

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Schriftleiter:

Notarassessor
Dr. Lorenz Bülow

Die MittBayNot
im Internet
unter

www.notare.bayern.de

ISSN 0941-4193

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlungen

Vollhardt, Neufassung der Dienstordnung 245

Spall, Zur so genannten Vermächtnislösung beim
Behindertentestament 249

Krafka, Verlagerung des Abstandsflächenrechts
vom öffentlichen Recht in das Privatrecht 256

Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“

Kopp, Immobilienerwerb – und -vererbung in England 287

Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

Schwarz, Verhandeln mit einer Vielzahl von Beteiligten 294

Rechtsprechung

Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Schuldübernahmen
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.1999 – 186/98 –) 313

mit Anmerkung *Volmer* 315

Kein Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge
i.S.v. § 13 Abs. 2a ErbStG a.F. bei Einräumung einer
atypisch stillen Unterbeteiligung an einer Kommandit-
beteiligung (BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 52/98 –) 335

mit kurzem Beitrag von *Wachter* 274

Hinweise für die Praxis

Erbschaftsteuer: Erwerb im Weg der vorweggenommenen
Erbfolge – Nichtanwendungserlass zum Urteil des
BFH vom 25.1.2001 (Oberste Finanzbehörden der Länder,
gleichlautende Erlasse vom 15.5.2001) 338

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Vollhardt</i> , Neufassung der Dienstordnung	245
<i>Spall</i> , Zur so genannten Vermächtnislösung beim Behindertentestament	249
<i>Krafka</i> , Verlagerung des Abstandsflächenrechts vom öffentlichen Recht in das Privatrecht	256
Kurze Beiträge	
<i>Döbereiner</i> , Die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB bei ausländischem Güterrechtsstatut	264
<i>Mayer</i> , Zur Entstehung unzulässiger Koppelfischereirechte bei der Veräußerung von Fischereirechten	268
<i>Wachter</i> , Unternehmensnachfolge vor dem Aus? – Zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 25.01.2001, – II R 52/98 –	274
<i>Stöber</i> , Was verwirrt bei Vereinigung?	281
Sonderreihe „Auslandsimmobilien in der notariellen Praxis“	
<i>Kopp</i> , Immobilienerwerb – und -vererbung in England	287
Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“	
<i>Schwarz</i> , Verhandeln mit einer Vielzahl von Beteiligten	294
Buchbesprechungen	
Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (<i>Frank</i>)	298
Busse/Dirnberger/Pröbstl/Schmid, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der Bauleitplanung mit Erläuterungen zum Ökokonto (<i>Grziwotz</i>)	299
Hofmann/Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz – Kommentar (<i>Gottwald</i>)	300
Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, und Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung (<i>Reimann</i>)	301
Seibert/Kiem, Handbuch der kleinen AG (<i>Engel</i>)	303
Bopp, Steuerliches Vertrags- und Formularbuch (<i>Spiegelberger</i>)	305
Clemente, Sicherungsgrundschuld und Gabeldiel, Kreditsicherung durch Grundschulden (<i>Sorge</i>)	306
Münchener Vertragshandbuch, Band 1: Gesellschaftsrecht (<i>Döbereiner</i>)	308
Priester, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co. (<i>Weigl</i>)	310
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB (BGH, Urteil vom 7.12.2000 – IX ZR 330/99 –)	312
2. Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Schuldübernahmen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.12.1999 – 186/98 –) mit Anmerkung <i>Volmer</i>	313 315

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Wohnungsbesetzungsrecht und sog. „betreutes Wohnen“ (BayObLG, Beschluss vom 29.12.2000 – 2Z BR 134/00 –)	317
4. Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Übertragung von Sondereigentum (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.2.2001 – 3 W 39/01 –)	318
5. Anspruch der Beteiligten auf Übersendung von Eintragungsnachrichten (OLG Köln, Beschluss vom 20.11.2000 – 2 Wx 59/00 –)	319
6. Rechtsnachfolgezusatz bei beschränkt persönlicher Dienstbarkeit (OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2000 – 15 W 361/00 –)	320
7. Unterverbriefung ohne Kenntnis des Verkäufers (OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2000 – 9 U 122/00 –)	321
<i>Familienrecht</i>	
8. Anrechnung von Zuwendungen auf Zugewinn (BGH, Urteil vom 20.12.2000 – XII ZR 237/98 –)	324
9. Geburtsname des adoptierten Volljährigen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.11.2000 – 3 W 255/00 –)	325
<i>Erbrecht</i>	
10. Anwendbarkeit von §§ 2325, 2329 BGB auf Schenkungen nach dem ZGB der DDR (BGH, Urteil vom 7.3.2001 – IV ZR 258/00 –)	326
11. Nachlassspaltung bei Grundbesitz in den neuen Bundesländern (BGH, Beschluss vom 24.1.2001 – IV ZB 24/00 –)	327
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
12. Amtsaufhebungsverfahren (BayObLG, Beschluss vom 7.2.2001 – 3Z BR 258/00 –)	329
13. Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin (BayObLG, Vorlagebeschluss vom 18.10.2000 – 3 Z BR 164/00 –)	330
14. Firma eines Einzelkaufmanns als übernehmender Rechtsträger einer Verschmelzung (Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 15.11.2000 – 2 W 145/00 –)	332
Kostenrecht	
15. Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung von Kosten (BayObLG, Beschluss vom 19.9.2000 – 3Z BR 227/00 –)	333
16. Gebühr für Einholung fehlender Registeranmeldung (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.1.2001 – 3 W 244/00 –)	334
Steuerrecht	
17. Kein Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge i.S.v. § 13 Abs. 2a ErbStG a.F. bei Einräumung einer atypisch stillen Unterbeteiligung an einer Kommanditbeteiligung (BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 52/98 –)	335

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
18. Schätzungsweise Aufteilung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung auf Grund und Boden und Gebäude (BFH, Urteil vom 10.10.2000 – IX R 86/97 –)	336
19. Anerkennung von Kommanditisten als Mitunternehmer (LS) (BFH, Urteil vom 7.11.2000 – VIII R 16/97 –)	338
 Hinweise für die Praxis	
1. Erbschaftsteuer: Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge – Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 25.1.2001 (Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautende Erlasse vom 15.5.2001)	338
2. Einkommensteuer: Rechtsfolgen des § 23 EstG im Fall der Einbringung eines Grundstücks in eine Gesamthandsgemeinschaft (Schreiben der OFD München vom 2.4.2001 – S 2256 B – 105 St 414)	338
 Standesnachrichten	 339
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

ABHANDLUNGEN

Neufassung der Dienstordnung

Von Notar *Dr. Jürgen Vollhardt*, Hersbruck

Die Änderungen der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze (in Kraft getreten am 8.9.1998) haben auch eine Neufassung der Dienstordnung (DONot) erforderlich gemacht, da ein Teil der bisher in der DONot enthaltenen Regelungen in die BNotO und das BeurkG übernommen wurde. Es handelt sich hierbei insbesondere um folgende Bestimmungen:

Bezug von Zeitschriften (§ 4 DONot a.F. nunmehr: § 32 BNotO).

Offenhalten der Geschäftsstelle (§ 5 Abs. 1 DONot a.F. nunmehr: § 10 Abs. 3 BNotO).

Verpflichtung der Beschäftigten (§ 6 DONot a.F. nunmehr: § 26 BNotO).

Verwahrungen (§§ 11, 12 DONot a.F. nunmehr: §§ 54 a, 54 b BeurkG)

Änderungen in den Urkunden (§ 30 DONot a.F. nunmehr: § 44 a BeurkG)

Die Dienstordnung wurde bei ihrer Neufassung systematisch neu gegliedert.

Die DONot schreibt weiterhin eine papiergebundene Bücherführung vor. Fragen, die damit zusammenhängen, dass zur Bücherführung inzwischen die EDV eingesetzt wird, wurden bei Neufassung der DONot zunächst ausgeklammert (um das In-Kraft-Treten der DONot nicht weiter zu verzögern) und sollen in einer länderübergreifenden Arbeitsgruppe erörtert und später in die DONot eingearbeitet werden.

Die folgenden Ausführungen dienen nicht der kritischen Auseinandersetzung mit der DONot. Insbesondere gehen sie nicht der Frage nach, ob alle Vorschriften der DONot dem Umstand genügend Rechnung tragen, dass der Notar ein selbstständiger Träger eines öffentlichen Amtes ist. Die Ausführungen sollen allein dem Notar und seinen Mitarbeitern einen raschen Überblick über die wesentlichen Änderungen geben, die mit

der Neufassung der DONot für die tägliche Praxis verbunden sind. Um angesichts der sprachlichen Neufassung der DONot Missverständnisse zu vermeiden, erlaube ich mir darauf hinzuweisen, dass ich diesen Überblick auch für meine Kolleginnen und unsere Mitarbeiterinnen geschrieben habe, um auch ihnen die erforderliche Umstellung zu erleichtern, auch wenn ich das nicht in jedem Satz in modischer Form zum Ausdruck bringe.

1. Amtsbezeichnung

Notarinnen müssen künftig auf ihren Siegeln, Amts- und Namensschildern sowie bei der Unterschrift die Amtsbezeichnung „Notarin“ verwenden (§§ 1 bis 3 DONot)

2. Feststellung und Bezeichnung der Beteiligten bei der Beurkundung

a) Die Neufassung der DONot sieht davon ab, dem Notar Vorschriften darüber zu machen, wie er sich Gewissheit über die Person der Urkundsbeteiligten verschafft (§ 26). Entfallen ist insbesondere die Vorschrift, dass der Notar bei der Vorlage eines Ausweises dessen Gültigkeit zu prüfen hat. Beibehalten wurde die Anforderung an den Notar, die Person der Beteiligten „mit besonderer Sorgfalt“ festzustellen. Die Art der insoweit gegebenenfalls erforderlichen Ermittlungen wurde jedoch der Verantwortung des Notars überlassen.

Ablichtungen eines Ausweises darf der Notar nur mit schriftlicher Einwilligung des Ausweisinhabers fertigen (§ 26 Abs. 1 S. 2).

b) Ein vom Familiennamen abweichender Geburtsname und das Geburtsdatum sind bei der Bezeichnung der Beteiligten künftig immer anzugeben (§ 26 Abs. 2 S. 1).

Von der Angabe der Wohnung ist abzusehen, wenn das zum Schutz gefährdeter Beteiligten oder ihrer Haushaltsangehörigen erforderlich ist (§ 26 Abs. 2 S. 2).

3. Herstellung der Urkunden

a) Da die bisherige Norm für dokumentenechte Kugelschreiberminen DIN 16554 durch eine neue Norm ersetzt wurde, verweist die Neufassung der DONot auch auf die neue Norm ISO 12757-2. Auf eine der beiden Normen muss die Aufschrift der verwendeten Kugelschreiberminen verweisen (§ 29 Abs. 2 S. 2).

b) Verwendet der Notar Vordrucke, die ihm von einem der Beteiligten zur Verfügung gestellt werden, so dürfen sie keine auf den Urheber des Vordrucks hinweisenden individuellen Gestaltungsmerkmale (Namensschriftzug, Firmenlogo, Signet, Fußzeile mit Firmendaten u.ä.) aufweisen, allerdings soll der Urheber am Rand des Vordrucks angegeben werden (§ 29 Abs. 4 S. 1).

c) Die Vorschrift, dass Lücken – soweit erforderlich – durch Füllstriche gegen nachträgliche Einschaltungen zu sichern sind, wurde ersatzlos gestrichen.

4. Siegeln von Urkunden

In die DONot neu aufgenommen wurde eine Vorschrift (§ 31) darüber, wann von einem ordnungsgemäß auf der Urkunde angebrachten Siegel gesprochen werden kann. Neue Siegelungstechniken (z.B. das derzeit angebotene Klebesiegel) dürfen danach nur verwendet werden, sofern sie gemäß einem Prüfungszeugnis der Papiertechnischen Stiftung in Heidenau die in § 31 genannten Anforderungen erfüllen.

5. Urkundensammlung

a) Werden ein Anwaltsvergleich oder ein Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut für vollstreckbar erklärt, so ist die Urschrift des Anwaltsvergleichs bzw. eine beglaubigte Abschrift des Schiedsspruches zusammen mit der Vollstreckbarerklärung in die Urkundensammlung aufzunehmen (§ 18 Abs. 1).

b) Wird eine Urkunde mit einer früheren Urkunde verbunden, so ist anstelle dieser Urkunde ein Hinweisblatt oder eine Abschrift unter Hinweis auf die Haupturkunde in die Urkundensammlung aufzunehmen (§ 18 Abs. 3).

c) Hat der Notar eine Urkunde entworfen und die Unterschriften darunter beglaubigt und wird die Urschrift nicht in der Urkundensammlung verwahrt, so musste bisher eine **beglaubigte** Abschrift dieser Urkunde einschließlich Kostenberechnung in die Urkundensammlung aufgenommen werden. Nunmehr genügt eine **einfache** Abschrift einschließlich Kostenberechnung (§ 19 Abs. 2).

d) Bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf kann anstelle des bisher allein vorgeschriebenen Vermerkblatts auch eine **einfache** Abschrift der Urkunde einschließlich Kostenberechnung in die Urkundensammlung aufgenommen werden (§ 19 Abs. 2).

6. Verfügungen von Todeswegen

a) Werden die Erbverträge nicht in der Urkundensammlung, sondern **gesondert** aufbewahrt, so kann in der Urkundensammlung künftig auch eine beglaubigte Abschrift des Erbvertrages anstelle des Vermerks über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung aufbewahrt werden (§ 18 Abs. 4 S. 2).

Allerdings müssen diese beglaubigte Abschrift sowie beglaubigte Abschriften von Testamenten, die der Notar für sich fertigt, **in verschlossenem Umschlag** in der Urkundensammlung aufbewahrt werden, soweit sich nicht die Beteiligten mit der

offenen Aufbewahrung **schriftlich** einverstanden erklären (§ 18 Abs. 4 S. 2, § 20 Abs. 1 S. 4). Dieses Einverständnis kann in die Urkunde selbst aufgenommen werden.

b) Der bei der Urkundensammlung aufzubewahrende Vermerk über die vom Notar an das Amtsgericht abgelieferten letztwilligen Verfügungen hat künftig nicht mehr den Beruf des Erblassers, dafür aber dessen Geburtsdatum und Geburtsort zu enthalten und Angaben darüber, wann und an welches Amtsgericht die letztwillige Verfügung abgeliefert wurde (§ 20 Abs. 1 S. 1).

Bleibt ein Erbvertrag in der Verwahrung des Notars oder enthält eine andere Urkunde Erklärungen, nach deren Inhalt die Erbfolge geändert wird (z.B. Erbverzicht, Eheverträge mit erbrechtlichen Auswirkungen), so genügt bisher ein Vermerk auf der Urkunde, dass die erforderliche Benachrichtigung des Standesamtes oder der Hauptkartei für Testamente erfolgt ist.

Künftig muss der Notar eine Abschrift des Benachrichtigungsschreibens bei der entsprechenden Urkunde aufbewahren (§ 20 Abs. 2 S. 2), der bislang vorgesehene Vermerk auf der Urschrift entfällt.

c) Befindet sich ein Erbvertrag seit mehr als 50 Jahren in notarieller Verwahrung, so hat der Notar bekanntlich Ermittlungen über das Weiterleben des Erblasser anzustellen. Die DONot legt nunmehr fest, dass der Notar an jedem Jahresende für diejenigen Erbverträge, die im abgelaufenen Jahr sich 50 Jahre in seiner Verwahrung befinden, entsprechende Ermittlungen anstellen und hierüber einen Vermerk aufnehmen muss (§ 20 Abs. 4 S. 2). Haben diese Ermittlungen nicht zu einer Ablieferung des Erbvertrages geführt, sind sie spätestens nach fünf Jahren zu wiederholen (§ 20 Abs. 4 S. 3).

7. Urkundenrolle

a) Klargestellt wurde, dass in die Urkundenrolle auch einzutragen sind:

Vollstreckbarerklärungen von Anwaltsvergleichen und Schiedssprüchen gemäß §§ 796 c Abs. 1, 1053 Abs. 4 ZPO

und

Beurkundungen und Beschlüsse gemäß §§ 96 ff. SachenRBerG (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 und 7).

b) Waren an einer Urkunde „eine größere Zahl von Personen beteiligt“ so genügt auch bisher schon deren zusammenfassende Bezeichnung.

Hierbei ist es geblieben. Was unter einer größeren Zahl von Personen zu verstehen ist, wird nunmehr von der Dienstordnung mit „mehr als zehn Personen“ definiert (§ 8 Abs. 4 S. 3).

c) Wurde bei Beurkundungen einer der Beteiligten vertreten, musste bisher in der Urkundenrolle nur der Vertretene angegeben werden. Im Hinblick auf die Überwachung der Mitwirkungsverbote muss nunmehr **auch** der Vertreter in der Urkundenrolle genannt werden (§ 8 Abs. 4 S. 4).

d) Bei Beurkundungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten (z.B. Beschlüsse und Handelsregisteranmeldungen für Personen- oder Kapitalgesellschaften) ist **auch** die Gesellschaft in der Urkundenrolle aufzuführen (§ 8 Abs. 4 S. 4).

e) Bei Beglaubigungen mit Entwurf durch den Notar **ist** künftig der Gegenstand der entworfenen Urkunde in der Urkundenrolle aufzuführen (§ 8 Abs. 5 S. 2). Es genügt nicht mehr die bloße Angabe „Begl. m. E.“ Bei Beglaubigungen ohne Entwurf **kann** der Gegenstand der Urkunde in der Urkundenrolle angegeben werden.

f) Neuaufgenommen in die DONot wurde der Zeitraum, in welchem die Eintragungen in die Urkundenrolle zu erfolgen haben. Vorschriften ist die Eintragung: „zeitnah, spätestens 14 Tage nach der Beurkundung“ (§ 8 Abs. 3). Das bedeutet bei EDV-gestützter Bücherführung, dass die Urkundenrolle mindestens zweimal im Monat ausgedruckt werden muss (§ 17).

Der in der Urkundenrolle anzubringende Vermerk über Beginn und Beendigung einer Vertretung bzw. einer Notariatsverwaltung braucht nicht mehr mit Datum und Unterschrift versehen zu werden.

8. Verwahrungsgeschäfte, Verwahrungs- und Massenbuch

a) Bisher war generell vorgeschrieben, dass die am Verwahrungsgeschäft Beteiligten eine Abrechnung erhalten. Diese Vorschrift wurde insofern gelockert, als beim Vollzug von Grundstückskaufverträgen und vergleichbaren Rechtsgeschäften den Kreditinstituten nur noch auf Verlangen eine Abrechnung zu erteilen ist (§ 27 Abs. 4 S. 2).

b) Schecks sind am Tag ihrer Entgegennahme durch den Notar in das Verwahrungs- und Massenbuch einzutragen. Stellt sich ein Scheck, der als Zahlungsmittel zur Einlösung übergeben wurde, als ungedeckt heraus, ist er als Ausgabe aufzuführen (§ 10 Abs. 4).

c) Kontoauszüge oder sonstige Mitteilungen der Banken, die Verwahrungen betreffen, sind mit dem Eingangsdatum zu versehen (§ 10 Abs. 3 S. 2).

d) Klargestellt wurde, dass Umbuchungen zwischen einem Giroanderkonto und einem Festgeldanderkonto, die für dieselbe Verwahrungsmasse eingerichtet worden sind, nicht im Verwahrungs- und Massenbuch einzutragen sind (§ 10 Abs. 2). Im Massenbuch ist neben der Kontonummer für das Giroanderkonto auch die Kontonummer für das Festgeldanderkonto zu vermerken (§ 12 Abs. 2 S. 1), ebenso in der Anderkontenliste (§ 12 Abs. 5 S. 3).

e) Nach Abwicklung einer Masse mussten bisher die entsprechenden Eintragungen im Massenbuch und in der Anderkontenliste mit Rotstift durchgestrichen werden. Bei EDV-gestützter Bücherführung war ein solcher Abschluss maschinell nicht möglich. Deshalb genügt nunmehr auch eine entsprechende Kennzeichnung der erfolgten Abwicklung „auf andere eindeutige Weise“ (§ 12 Abs. 6).

f) Nicht nur das Verwahrungsbuch ist – wie bisher schon – am Schluss des Kalenderjahres abzuschließen, sondern künftig ist auch für jede nicht erledigte Masse der Saldo von Einnahmen und Ausgaben zu bilden und die Summe der Salden im Massenbuch ist dem Ergebnis im Verwahrungsbuch gegenüberzustellen (§ 12 Abs. 4).

g) Bisher musste die Übersicht über die Verwahrungsgeschäfte bis 1.3. eines jeden Jahres beim Landgerichtspräsidenten eingereicht werden. In der Neufassung der DONot ist die Ablieferung der Übersicht bis 15.2. vorgeschrieben (§ 25 Abs. 1).

9. Führung der Urkundenrolle und des Verwahrungsbuches in Loseblattform

Werden die Urkundenrolle und das Verwahrungsbuch als Buch mit herausnehmbaren Einlageblättern geführt, so müssen diese Einlageblätter bisher nach Ablauf des Kalenderjahres „fest eingebunden“ werden. Teilweise verstanden die Landesjustizverwaltungen darunter ein Binden als Buch durch

den Buchbinder. Im Hinblick auf die sich daraus ergebenden Probleme bei der Wahrung der Verschwiegenheitspflicht sieht die DONot in ihrer Neufassung von dem Erfordernis des „Fest-Einbindens“ ab und es genügt nach einem Heften der Einlageblätter (= Verbinden mit Schnur und Siegel) deren „ordentliche Aufbewahrung“.

10. Erbvertragsverzeichnis

Der Zeitraum, in welchem die Beurkundung eines Erbvertrages in das Erbvertragsverzeichnis einzutragen ist, wurde in der DONot nunmehr mit „zeitnah, spätestens 14 Tage nach der Beurkundung“ festgelegt (§ 9 Abs. 1 S. 2).

11. Namensverzeichnisse

a) Für die Urkundenrolle und das Massenbuch kann ein gemeinsames Namensverzeichnis geführt werden (§ 13 Abs. 1 S. 2).

b) Bei Unterschriftsbeglaubigungen ohne Entwurf konnte bisher darauf verzichtet werden, den Beteiligten in das Namensverzeichnis zur Urkundenrolle aufzunehmen. Künftig sind **alle** Personen, deren Unterschrift beglaubigt wurde, auch im Namensverzeichnis zur Urkundenrolle anzugeben (§ 13 Abs. 3).

c) Ebenso wie in die Urkundenrolle künftig nicht nur der Vertretene, sondern auch der Vertreter aufzunehmen sind und bei gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten auch die Gesellschaft, müssen künftig auch die Vertreter und die Gesellschaft in das Namensverzeichnis zur Urkundenrolle aufgenommen werden (§ 13 Abs. 3).

d) Die Eintragungen im Namensverzeichnis sind „zeitnah, spätestens zum Vierteljahresschluss“ vorzunehmen (§ 13 Abs. 2). Bei EDV-gestützter Bücherführung hat deshalb zumindest viermal im Jahr ein Ausdruck der Namensverzeichnisse zu erfolgen (§ 17).

e) § 7 Abs. 4 S. 2 DONot a. F. ließ bisher bei Sozietäten eine gemeinsame Namenskartei zu, wenn sie „ohne größeren Arbeitsaufwand“ aufgeteilt werden konnte. Diese Bestimmung ist ersatzlos weggefallen, so dass künftig in Sozietäten jeder Notar eine eigene Namenskartei führen muss.

12. Automationsgestützte Führung der Bücher und Verzeichnisse

a) Bei Einsatz von EDV zur Führung der Bücher und Verzeichnisse müssen Ausdrücke spätestens zu dem Zeitpunkt erfolgen, an welchem die DONot die Eintragung verlangt. Auszudrucken sind somit:

aa) Eintragungen in die Urkundenrolle und das Erbvertragsverzeichnis: 14 Tage nach Beurkundung

bb) Eintragungen in das Verwahrungsbuch, Massenbuch und die Anderkontenliste: Am Tag der Einnahme oder Ausgabe, bzw. bei Eingang des Kontoauszugs

cc) Eintragungen in die Namensverzeichnisse: Jeweils zum Vierteljahresschluss.

Entstehen bei Ausdrucken Wiederholungen früherer Ausdrücke, so sind diese zu vernichten (§ 17 Abs. 1 S. 1)

b) Muster dürfen im Format (z. B. Hoch- oder Querformat, Breite der Spalten) vom Notar geändert werden.

Will der Notar jedoch die Reihenfolge der Spalten in den Mustern vertauschen, muss er sich das vom Landgerichtspräsidenten genehmigen lassen (§ 6 Abs. 3).

c) Auch wenn Bücher und Verzeichnisse mit Hilfe der EDV geführt werden, dürfen nachträgliche Änderungen nur so vorgenommen werden, dass die ursprüngliche Eintragung lesbar bleibt (§ 17 Abs. 2).

13. Führung der Unterlagen

a) Die vom Notar zu führenden Unterlagen sind in der Geschäftsstelle zu führen (§ 5 Abs. 3 S. 1) d.h. sie müssen dort für den Notar und die Aufsichtsbehörden jederzeit greifbar sein und sie dürfen nur von Mitarbeitern des Notars geführt werden (§ 5 Abs. 3 S. 2) d.h. eine externe Bücherführung durch selbstständige Unternehmen ist unzulässig.

Die in einigen Bundesländern bisher tolerierte Herstellung des Verwahrungs- und Massenbuchs durch die Fernbuchungsanlage der Hans-Soldan-Stiftung ist somit nicht mehr möglich.

b) Die Führung eines Notaranderkontos mittels Datenfernübertragung ist derzeit nicht zulässig (§ 27 Abs. 2 S. 2), d.h. bei Anderkonten ist Online-Banking untersagt.

14. Generalakten

In der Neufassung der DONot sind eine Reihe von (selbstverständlichen) Beispielen aus dem Schriftverkehr des Notars genannt, der zu den Generalakten zu nehmen ist. Ausdrücklich vorgeschrieben ist nunmehr, dass die Generalakten nach Sachgebieten zu ordnen **oder** mit fortlaufenden Blattzahlen und einem Inhaltsverzeichnis zu versehen sind (§ 23).

15. Nebenakten

a) Detaillierter als bisher ist geregelt, wie die Nebenakten bei Verwahrungsgeschäften auszusehen haben: Aus der für jedes Verwahrungsgeschäft vorgeschriebenen gesonderten Blattsammlung soll sich ein vollständiges Bild der durchgeführten Verwahrung ergeben. Hierzu gehört insbesondere, dass die Verwahrungsanweisungen im Original oder Abschrift, alle Bankbelege, die Durchschrift der Abrechnung und der Kostenrechnung (wenn die Kosten der Masse entnommen worden sind) sich in der Blattsammlung befinden (§ 22 Abs. 2 S. 2)

b) Die Ablichtung eines vorgelegten Ausweises und deren Aufbewahrung bei den Nebenakten ist nur mit **schriftlicher** Einwilligung des Betroffenen zulässig (§ 26 Abs. 1 S. 2).

16. Aufbewahrungsfristen

In der DONot sind erstmals zusammenfassend – und teilweise auch neu – die Aufbewahrungsfristen für die Unterlagen geregelt (§ 5 Abs. 4).

Dauernd aufzubewahren sind:
Urkundensammlung und Urkundenrolle.

30 Jahre aufzubewahren sind:
Generalakten, Verwahrungsbuch, Massenbuch nebst Namensverzeichnis und Anderkontenliste.

7 Jahre aufzubewahren sind:
Nebenakten, soweit der Notar nicht im Einzelfall eine längere Aufbewahrungsfrist bestimmt.

5 Jahre aufzubewahren sind:
Sammelbände für Wechsel- und Scheckproteste.

Neu ist auch, dass die DONot die Vernichtung der Unterlagen **anordnet**, sobald die Aufbewahrungsfrist abgelaufen ist (§ 5 Abs. 4 S. 4). Im Hinblick hierauf muss sich der Notar bei der Ablage der Nebenakten in jedem Fall überlegen, ob Gründe für eine längere Aufbewahrungsfrist als sieben Jahre vorliegen

und bejahendenfalls eine angemessene Aufbewahrungsfrist **schriftlich** auf dem Nebenakt vermerken. Eine solche längere Aufbewahrungsfrist empfiehlt sich z.B. bei Verfügungen von Todeswegen oder bei Regressgefahr. Künftig muss der Notar am Jahresbeginn seine Unterlagen daraufhin durchsehen, welche Unterlagen zu vernichten sind, da die Aufbewahrungsfrist mit dem 1. Tag des auf die letzte inhaltliche Bearbeitung folgenden Kalenderjahres beginnt (§ 5 Abs. 4 S. 3).

17. Notariatsverwaltung und Notarvertretungen

a) Notarvertreterinnen haben den sie als Vertreterin kennzeichnenden Zusatz bei ihrer Unterschrift in der weiblichen Form zu führen (§ 33 Abs. 3).

b) Wird der Notar nicht durch einen ständigen Vertreter vertreten, sondern durch einen Vertreter, der ihm nur für einen bestimmten Zeitraum bestellt wurde, so braucht er dem Landgerichtspräsidenten nicht mehr in jedem Fall die Beendigung dieser Vertretung anzuzeigen, sondern eine Anzeige ist nur noch erforderlich, wenn die Vertretung **vorzeitig** beendet wird (§ 33 Abs. 5 S. 2).

18. Dokumentation zur Einhaltung von Mitwirkungsverboten

Wird der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit für Dritte in Angelegenheiten tätig, die zu einer Beurkundung führen können, oder wird er oder sein Sozium in solchen Angelegenheiten von Dritten bevollmächtigt, so hat der Notar ein Verzeichnis zu führen, aus dem die Identität dieses Dritten und der Gegenstand seiner Tätigkeit für sie in ausreichender Weise ersichtlich sind (§ 15). Übt der Notar solche Tätigkeiten nicht aus, braucht er ein solches Verzeichnis auch nicht zu führen.

19. In-Kraft-Treten

Die Neufassung der DONot gilt ab 1.9.2001. Urkundenrolle, Verwahrungsbuch, Massenbuch, Erbvertragsverzeichnis, Anderkontenliste, Namensverzeichnisse zur Urkundenrolle und zum Massenbuch können jedoch bis 31.12.2001 nach den bisherigen Vorschriften fortgeführt werden.

Wird eine Masse vor dem 1.9.2001 angelegt, kann das Massenbuch bis zur Erledigung dieser Masse nach den alten Vorschriften geführt werden (§ 34).

20. DONot-Terminkalender

Jahresanfang:

a) Das Verwahrungsbuch für das vergangene Jahr ist abzuschließen und der Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben ist im laufenden Jahr vorzutragen (§ 11 Abs. 5).

b) Für alle noch nicht erledigten Massen ist der Saldo von Einnahmen und Ausgaben zu bilden und die Summe der Salden ist dem Abschluss des Verwahrungsbuchs gegenüberzustellen (§ 12 Abs. 4).

c) Werden Urkundenrolle und Verwahrungsbuch in Loseblattform geführt, so sind die Einlageblätter des Vorjahres mit Schnur und Siegel zu verbinden, in Schnellheftern oder Aktenordnern abzulegen und die Seitenzahl ist festzustellen (§ 14 Abs. 1).

d) Nebenakten sind zu vernichten, soweit sie älter als sieben Jahre sind und ihre weitere Aufbewahrung nicht erforderlich ist.

e) Wechsel- und Scheckproteste sind zu vernichten, soweit sie älter als fünf Jahre sind.

f) Verwahrungsbuch, Massenbuch, Namensverzeichnis zum Massenbuch, Anderkontenliste und Generalakten sind zu vernichten, soweit sie älter als 30 Jahre sind.

Spätestens zum 15.2.:

Erstellung der Geschäftsübersicht gemäß Muster 7 (§ 24 Abs. 1 S. 1) und Erstellung der Übersicht über die Verwahrungsgeschäfte gem. Muster 8 (§ 25 Abs. 1 S. 1) und deren Übersendung an den Landgerichtspräsidenten.

Jeweils zum Vierteljahresschluss:

a) Die Namensverzeichnisse sind auszudrucken (§ 13 Abs. 2).

b) Ist dem Notar ein ständiger Vertreter bestellt, hat er Anlass, Beginn und Beendigung der einzelnen Vertretungen im abgelaufenen Kalendervierteljahr in **zwei** Stücken dem Landgerichtspräsidenten anzuzeigen (§ 33 Abs. 5 S. 1).

Jahresende:

Bei Erbverträgen, die sich über 50 Jahre in notarieller Verwahrung befinden, sind Ermittlungen über das Weiterleben des letztwillig Verfügenden anzustellen und hierüber ein Vermerk aufzunehmen. Haben diese Ermittlungen nicht zu einer Ablieferung des Erbvertrages geführt, sind sie spätestens nach fünf Jahren zu wiederholen (§ 40 Abs. 4 S. 1 u. 3).

Zur so genannten Vermächtnislösung beim Behindertentestament

Von Notarassessor *Lorenz Spall*, Speyer/Waldfishbach-Burgalben

Nach wie vor stellt die Nachlassregelung bei Vorhandensein körperlich oder geistig schwer behinderter Kinder eine Herausforderung für die Gestaltungspraxis dar. Neben den gewöhnlichen zivilrechtlichen Überlegungen bei der Testamentsgestaltung müssen vor allem sozialhilferechtliche Erwägungen im Auge behalten werden. Da der Behinderte oft nicht in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt aus selbst erwirtschafteten Mitteln zu bestreiten, stellt sich die Frage, ob und in wie weit nach dem Tod eines Elternteils der Träger der Sozialhilfe auf dem Behinderten zugewendetes Vermögen zugreifen kann und ob solches Vermögen sozialhilferechtlich vorrangig einzusetzen ist. Um das hinterlassene Vermögen dem Behinderten neben der Sozialhilfe zu erhalten und auch nach dessen Tod einen Zugriff zu verhindern, wurden verschiedene Gestaltungsformen entwickelt:

Als klassische Gestaltungsform beim Behindertentestament gilt die Einsetzung des behinderten Kindes als (Mit-)Erbe, kombiniert mit der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich des dem behinderten Kind zugewendeten Erbteils (so genannte „Erbchaftslösung“). Im Hinblick auf den andernfalls drohenden Fortfall der Beschränkungen und um den Betreuer des Behinderten von einer Ausschlagung der Erbschaft zugunsten des Pflichtteils abzuhalten, wird dem behinderten Abkömmling bei der Erbchaftslösung eine (deutlich) über seinem Pflichtteil liegende Erbquote zugewendet, § 2306 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB.

Daneben findet sich in der kautelarjuristischen Praxis als Gestaltungsvariante der Ausschluss des behinderten Pflichtteilsberechtigten von der Erbfolge. Stattdessen erhält er ein Vermächtnis, dessen Wert ebenfalls seinen Pflichtteil (deutlich) übersteigt. Auch diesbezüglich wird Dauertestamentsvollstreckung sowie ggf. ein Nachvermächtnis angeordnet (so genannte „Vermächtnislösung“).¹ Die Orientierung an der Höhe des Pflichtteils des Behinderten ist in diesem Fall aufgrund der dem Betreuer zugunsten des Pflichtteils zustehenden Ausschlagungsmöglichkeit gemäß § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB und eines sonst drohenden Pflichtteilsrestanspruchs gemäß § 2307 Abs. 1 S. 2 HS 1 BGB geboten.

Die Vermächtnislösung wird spätestens seit dem Beitrag von *Damrau* „Das Behinderten-Testament mit Vermächtnislösung“² als Mindermeinung³ und sogar als untauglich⁴ und gefährlich⁵ kritisiert. Letzterem wird in diesem Beitrag widersprochen. In nicht seltenen Fällen und insbesondere bei geringerem Nachlass ist die Vermächtnislösung eine geeignete und hinreichend sichere Gestaltungsvariante.⁶

I. Die Motiv- und Interessenlage der testierenden Eltern beim Behindertentestament

Welche rechtliche Lösung beim Behindertentestament sachgerecht ist, hängt in erster Linie davon ab, welche Gestaltung den Willen des Erblassers am zutreffendsten und verlässlichsten verwirklicht. Dazu soll zunächst ein Blick auf die typischen Vorstellungen und Interessen von Eltern schwer körperlich oder geistig behinderter Kinder geworfen werden, wobei von der Konstellation ausgegangen wird, dass neben einem behinderten noch mindestens ein nichtbehindertes Kind vorhanden ist.⁷ Diese typisierende Betrachtung ersetzt selbstverständlich eine genau Analyse des individuellen Willens bei

² *Damrau*, ZEV 1998, 1.

³ So indirekt *Bengel*, ZEV Jahrestagung 1999, S. 23.

⁴ So, allerdings ohne die Möglichkeit einer Testamentsvollstreckung zu erkennen: *Schumacher*, Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe im Familien- und Erbrecht. Ein Vergleich von Unterhaltsverzicht und Behindertentestament, Dissertation (Tübingen), 2000, S. 38. Vgl. auch *Wegmann*, Ehegattentestament und Erbvertrag, 1997, S. 78.

⁵ *Damrau*, ZEV 1998, 1. Kritisch auch *Reimann*, Anm. zu BGH, Urteil vom 21.3.1990, DNotZ 1992, 241, 246. *Tanck/Kerscher/Krug*, Testamente in der anwaltlichen und notariellen Praxis, § 21 Rdnr. 11 f., S. 381.

⁶ So auch *Bengel*, ZEV 1994, 29, 30.

⁷ Vgl. zu dieser Frage auch *Bengel*, DAI-Skript, Ausgewählte Fragen des Erbrechts, 1995, Rdnr. 202. *Heinz-Grimm*, Erben und Vererben in Familien mit geistig behinderten Kindern, in *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth* (Hg.), a.a.O., S. 11 ff. *Fring's*, NDV 1999, 359, 361.

Soweit der Autor dabei eigene Beurteilungen einführt, basieren diese auf zahlreichen Gesprächen mit und Befragungen von Eltern geistig behinderter Kinder in der notariellen Praxis sowie in Behindertenorganisationen.

¹ Vgl. zur Vermächtnislösung bspw. Formulierungsvorschläge in *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth* (Hg.), Testamente zugunsten von Menschen mit geistiger Behinderung, 1997, S. 206 ff.

der Nachlassregelung im Einzelfall nicht. Sie kann jedoch bei der Beantwortung der Frage helfen, ob die Vermächtnislösung beim Behindertentestament als nicht interessengerechte Lösung regelmäßig und von vornherein ausscheidet.

Entgegen der nicht selten anzutreffenden Vorstellung, Eltern behinderter Kinder wollten diese zum Vorteil ihrer „gesunden“ Kinder mit einer möglichst geringen Quote an ihrem Nachlass beteiligen, äußern sich die Eltern tatsächlich in der Regel dahingehend, sämtliche Kinder nach Möglichkeit in gleicher Weise bedenken zu wollen. Dabei soll jedoch der fehlenden finanziellen Selbständigkeit des behinderten Kindes, seinen besonderen Bedürfnissen und Fähigkeiten sowie der (finanziellen) Leistungsfähigkeit der übrigen Geschwister Rechnung getragen werden. Außerdem sollen evtl. für das behinderte Kind zu Lebzeiten getroffene Vermögensdispositionen berücksichtigt werden. Es kommt dem Testator also weder darauf an, das behinderte Kind wirtschaftlich gegenüber den anderen Geschwistern zu benachteiligen, noch es um jeden Preis in wirtschaftlich identischer Weise am Vermögen teilhaben zu lassen. Ziel ist es, die Lebensverhältnisse des Behinderten aus Mitteln des Nachlasses zu verbessern und den anderen Geschwistern im Übrigen die wesentlichen Nachlasswerte zu deren möglichst freien Verfügung zu erhalten: Nicht jedem das Gleiche, jedem das Seine, das ihm Gemäße.

Die Beteiligung des Behinderten an bestimmten Nachlassgegenständen, etwa an vorhandenen Immobilien, steht für den Erblasser nicht im Vordergrund, da der Behinderte diese Vermögensgegenstände regelmäßig persönlich weder nutzen noch verwalten kann. Die dem behinderten Kind zufließenden Vermögenswerte sollen vielmehr an erster Stelle zu einer möglichst spürbaren Steigerung von dessen Lebensqualität führen und entsprechend auch verbraucht werden können.

Aus diesem Grund sollen sie nicht spurlos durch die Bestreitung des ansonsten von der Sozialhilfe gesicherten normalen Lebensunterhaltes aufgezehrt werden. Dieser Aspekt der Fürsorge der Eltern für ihr behindertes Kind bildet neben dem Gedanken einer Gleichbehandlung aller Kinder entsprechend ihren Bedürfnissen und Fähigkeiten in aller Regel das Hauptmotiv bei der Abfassung des so genannten Behindertentestaments. Die Behauptung von *Eichenhofer*⁸, die Zuwendung von Vorteilen an den Behinderten, die die Sozialhilfe nicht deckt, sei nicht mehr als ein „Feigenblatt“ und ein „Hohn auf den Sozialhilfeträger“, verkennt eklatant die wirklichen Motive von Eltern behinderter Kinder. Demgegenüber hat der BGH⁹ zu recht erkannt, dass es Ziel des Behindertentestaments ist, der sittlichen Verantwortung für das Wohl des behinderten Kindes nachzukommen.

Daneben kommt es dem Erblasser darauf an, die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses so zu gestalten, dass dies auch für Nichtjuristen möglichst einfach zu handhaben ist. Vor allem sollen die nichtbehinderten Nachkommen in ihrer Verfügungs-

freiheit hinsichtlich des Nachlasses möglichst wenig eingeschränkt und nicht von der Mitwirkung familienfremder Dritter, insbesondere des Testamentsvollstreckers oder Betreuers, abhängig sein.¹⁰ Konflikte und offene, ungelöste Interessensgegensätze zwischen am Nachlass beteiligten Abkömmlingen sollen vermieden oder zumindest entschärft werden.

Schließlich entspricht es regelmäßig dem Willen des Erblassers, die wesentliche Substanz des Familienvermögens nach Möglichkeit zu erhalten und dem Zugriff des Sozialhilfeträgers dauerhaft zu entziehen. Dabei geht es den Eltern behinderter Kinder überwiegend jedoch nicht darum, dem Sozialhilfeträger quasi um jeden Preis den Zugriff auf den Nachlass insgesamt zu verwehren. Ganz im Gegenteil äußert ein nicht geringer Anteil der Eltern von Behinderten Verständnis für das im Sozialhilferecht grundsätzlich herrschende Nachrangprinzip. Die Erblasser wünschen sich jedoch im allgemeinen den Erhalt bestimmter, hart erarbeiteter Vermögenswerte im Familienbesitz, wie z. B. einer Eigenheimimmobilie oder eines Gewerbebetriebes.

II. Erbschaftslösung und Vermächtnislösung im Hinblick auf die Motiv- und Interessenlage

1. Die Erbschaftslösung

a. Die Vorteile der Erbschaftslösung

Die Stärke der Erbschaftslösung liegt vor allem bei größeren Vermögen darin, dass der gesamte Nachlass ggf. ungeteilt erhalten bleiben kann und ihm so keine wichtigen Vermögenswerte entzogen werden. Wird der Behinderte nicht befreiter Vorerbe, soll seinen Belangen allein durch die dem Testamentsvollstrecker zufließenden anteiligen Erträge Rechnung getragen werden. Dies ist immer dann sinnvoll, wenn die Höhe der Erträge ausreicht, dem Behinderten spürbare und seiner Beteiligung am Nachlass angemessene Wohltaten zukommen zu lassen und sich das Verhältnis zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker spannungsfrei gestalten lässt.

Ein weiterer Vorteil der Erbschaftslösung liegt in der hinreichend geklärten Rechtslage¹¹ hinsichtlich der fehlenden Zugriffsmöglichkeiten der Eigengläubiger des Vorerben, insbesondere auch des Sozialhilfeträgers, zu Lebzeiten des Behinderten sowie vor allem beim Nacherbfall gemäß §§ 2211, 2214 BGB sowie §§ 2115 BGB, 773 ZPO, 83 Abs. 2 InsO. Das Erbschaftsmodell ermöglicht es also, wichtige Nachlassgegenstände über den Tod des behinderten Erben hinaus für die Familie zu erhalten sowie den Sozialhilfeträger weitestgehend auszuschließen.

Individuellen Situationen und Bedürfnissen kann im Rahmen der Erbschaftslösung durch Teilungsanordnungen und Vorvermächtnisse detailliert Rechnung getragen werden.

⁸ *Eichenhofer*, JZ 1999, 226, 230; *Ders.*, NDV 1999, 111, 114, jeweils mit Bezug auf *Köbl* ZfSH/SGB 1990, 449, 465.

⁹ BGH, Urteil vom 21.3.1990, BGHZ 111, 36, 40 = DNotZ 1992, 241, 243 = JR 1991, 104, 105 = JZ 1990, 1025, 1026 = MittBayNot 1990, 245, 247 = Urteilsbesprechung von *Hohloch*, JuS 1990, 937, 937. BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 368, 373 f. = DNotZ 1994, 380, 382 = FamRZ 1994, 162, 163 = MDR 1994, 591, 592 = MittBayNot 1994, 49, 50 = NJW 1994, 248, 249 = ZEV 1994, 35, 36. Ähnlich auch *Kübler*, Das sogenannte Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers, Dissertation (München), 1998, S. 1, 13. *Engelmann*, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger, Dissertation (Köln), 1999, S. 2.

¹⁰ Hier ist zu beachten, dass die Doppelstellung von Testamentsvollstrecker und Betreuer im Hinblick auf die Auswahlmöglichkeiten des Vormundschaftsgerichts und die möglichen Interessenkollisionen problematisch ist und so bei der häufigen Zwei-Kinder-Ehe nach dem Tod des längerlebenden Elternteils nicht selten geradezu zwangsläufig ein Familienfremder mit einer der Aufgaben betraut wird. Vgl. hierzu *Damrau*, ZEV 1994, 1, 6.

¹¹ Vgl. bspw. BGH, Urteil vom 21.3.1990, BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241 m. Anm. *Reimann* = JR 1991, 104 m. Anm. *Schubert* = JZ 1990, 1025 m. Anm. *Otte* = MittBayNot 1990, 245 m. Anm. *Reimann* = Urteilsbesprechung von *Hohloch*, JuS 1990, 937. BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380 = FamRZ 1994, 162 = MDR 1994, 591 = MittBayNot 1994, 49 m. Anm. *Reimann* = NJW 1994, 248 = ZEV 1994, 35. SächsOVG, Beschluss vom 2.5.1997, MittBayNot 1998, 127 m. Anm. *Krauß*.

b. Die Schwächen der Erbschaftslösung

Gerade ein Charakteristikum dieses Modells ist jedoch die zumindest vorübergehende gesamthänderische Bindung der Geschwister unter Einschluss des Behinderten, der insofern vom Testamentsvollstrecker vertreten wird. Durch in der Regel sinnvolle, aber häufig komplizierte Regelungen über das Verhältnis der Miterben untereinander, durch schwierige Teilungsanordnungen oder durch erst noch auszuhandelnde Erbauseinandersetzungen unter Mitwirkung des Behinderten (bzw. des Testamentsvollstreckers) entstehen weitreichende Abhängigkeiten von juristischen und ggf. auch steuerlichen Beratern über den Tod des Erblassers hinaus. Häufig ist es der Wunsch des Erblassers dies – soweit möglich – im Interesse aller Beteiligten zu vermeiden. Wie auch *Damrau* zutreffend einräumt, liegt eine Schwäche der Erbschaftslösung in der Unvermeidbarkeit einer Erbengemeinschaft der nichtbehinderten Kinder mit dem behinderten Kind.¹²

Die gesamthänderische Bindung kann bis zur Auseinandersetzung des Nachlasses die wirtschaftliche Nutzbarkeit des hinterlassenen Vermögens für die Erben erheblich beeinträchtigen. Eine allen Interessen gerecht werdende Erbauseinandersetzung, die insbesondere den Nachlass auch in seinen zentralen Vermögenswerten erhält, scheitert nicht selten an der Beschaffenheit des Nachlasses. Besteht dieser beispielsweise im Wesentlichen aus einem Eigenheim¹³ oder einem Gewerbebetrieb und verfügen die nichtbehinderten Miterben nicht über die notwendigen Barmittel zur Herauszahlung, so ist eine angestrebte Auseinandersetzung häufig nur durch eine Veräußerung der Immobilie oder des Gewerbebetriebes zu erreichen. Eine sachgerechte Lösung muss dabei in aller Regel und in erster Linie zum Ziel haben, das dem behinderten Miterben zustehende Vermögen von dem der übrigen Miterben zu trennen. Das Beispiel des hinterlassenen Gewerbebetriebes macht das besonders deutlich: Weder ist es dem nichtbehinderten Erben zuzumuten, wirtschaftliche Entscheidungen auf Dauer von der Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers abhängig zu machen, noch liegt es regelmäßig im recht verstandenen Interesse des Behinderten, vom wirtschaftlichen Geschick des Gewerbetreibenden abhängig zu sein. Deshalb sind auch Personenidentität von Gewerbetreibendem und Testamentsvollstrecker oder die Einräumung einer Kommanditistenstellung für den Behinderten gewöhnlich wenig hilfreich.

c. Ergebnis

Interessengerecht ist die Erbschaftslösung in den nicht seltenen Fällen, in denen wegen der Natur des Nachlasses eine Erbauseinandersetzung zu Lebzeiten des Behinderten entbehrlich ist oder wegen einfacher Teilbarkeit einer sachgerechten Erbauseinandersetzung nichts im Wege steht.

2. Die Vermächtnislösung

a. Die Vorteile der Vermächtnislösung

Zentraler Vorteil der Vermächtnislösung ist die Vermeidung des gesamthänderischen Bandes der Erbengemeinschaft zwischen dem Behinderten und seinen Geschwistern. Eine Ver-

¹² *Damrau*, ZEV 1998, 1, 2. Vgl. zur Stellung des Behinderten in der Erbengemeinschaft: *Kübler*, a.a.O., S. 43. Vgl. hierzu auch *Engelmann*, a.a.O., S. 27 ff. *Van de Loo*, MittRhNotK, 1989, 233, 242. *Ders.*, NJW 1990, 2852, 2853. *Heinz-Grimm*: Zusammenfassung der Diskussion, in: *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth (Hg.)*, a.a.O., S. 169, 194. *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 91.

¹³ Vgl. hierzu das plastische Beispiel in: *Littig/Mayer*, Sozialhilferegreß gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 313 ff.

bindung besteht lediglich durch den schuldrechtlichen Anspruch des Vermächtnisnehmers gemäß § 2174 BGB. Die Vermögensmassen sind und bleiben getrennt, da der Behinderte nicht erst Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers wird. Darüber hinaus eröffnet die Vermächtnislösung sehr individuelle Gestaltungsmöglichkeiten durch die Zuwendung der unterschiedlichsten Gegenstände.¹⁴

b. Die Schwäche der Vermächtnislösung

Die Kritik an der Vermächtnislösung basiert ganz überwiegend auf ihrer angeblichen Schwäche bei der Sicherung des dem Behinderten Zugewendeten.

aa. Die Rechtslage zu Lebzeiten des Behinderten

Diese Schwäche tritt zu Lebzeiten des Behinderten wegen der angeordneten Dauertestamentsvollstreckung noch nicht zu Tage. Nach allgemeiner Meinung ist auch die verwaltende Testamentsvollstreckung bezüglich eines Vermächtnisses zulässig.¹⁵ § 2214 BGB schließt den Zugriff der Gläubiger auf der Testamentsvollstreckung unterliegendes Vermögen vollständig aus.¹⁶ Darüber hinaus ist nach § 2211 BGB die Verfügungsmacht hinsichtlich des Vermächtnisgegenstandes dem Bedachten entzogen.¹⁷ Deshalb stellt ein Vermächtnis bei angeordneter Dauertestamentsvollstreckung für den Behinderten nicht verwertbares Vermögen im Sinne von § 88 Abs. 1 BSHG dar.¹⁸ Wiederkehrende Leistungen, die an den Testamentsvollstrecker fließen und dem Vermächtnisnehmer wegen § 2211 BGB nicht tatsächlich zur Verfügung stehen, sind kein Einkommen im Sinne von § 76 Abs. 1 BSHG.¹⁹ Auch eine Überleitbarkeit nach § 90 Abs. 1 BSHG setzt voraus, dass der entsprechende Anspruch auf verwertbares Vermögen im Sinne von § 88 Abs. 1 BSHG bzw. tatsächlich verfügbares Einkommen gemäß § 76 Abs. 1 BSHG gerichtet ist.²⁰ Dies folgt aus § 90 Abs. 1 S. 3 BSHG, wonach eine Überleitung nur insoweit zulässig ist, als bei rechtzeitiger Erfüllung des Anspruchs die Hilfe nicht gewährt worden wäre. Das erfüllte Vermächtnis ist jedoch wie dargelegt wegen der verwaltenden Testamentsvollstreckung unverwertbar und deshalb für die Frage der Gewährung von Sozialhilfe irrelevant.²¹ Zu Lebzeiten des Bedachten werden dadurch der Verweis auf den

¹⁴ Vgl. *Engelmann*, a.a.O., S. 32.

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 29.4.1954, BGHZ 13, 203, 205 = NJW 1954, 1036, 1036 f. *MüKo-BGB/Brandner*, 1997, § 2223 Rdnr. 1, 2, 4, 6. *Soergel/Damrau*, BGB, 1992, § 2223 Rdnr. 1.

¹⁶ Vgl. ausführlich *Engelmann*, a.a.O., S. 113 ff. *Dieselbe*, MittBayNot, 1999, 509, 510. *Dieselbe*, MDR 1999, 968, 970.

¹⁷ Vgl. zur Anwendbarkeit der §§ 2211 und 2214 auf die verwaltende Testamentsvollstreckung beim Vermächtnis *MüKo-BGB/Brandner*, a.a.O., § 2223 Rdnr. 4. *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 91.

¹⁸ Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 149. *Van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 246. *Krampe*, AcP 191 (1991), 526, 529. *Settergren*, Das „Behindertentestament“ im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip, Dissertation (Mainz), 1999, S. 32, 42. Vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.1.1992, NJW 1993, 152, 152.

¹⁹ Vgl. dazu, dass Einkommen i.S.v. § 76 BSHG dem Hilfesuchenden tatsächlich zur Verfügung stehen muss: *Jehle/Schmitt/Hilteimer/Lorz*, BSHG, Loseblattwerk, § 76 Rdnr. 5 (Stand: 24. Lief. 8/1999).

²⁰ Vgl. *Mergler/Zink*, BSHG, Loseblattwerk, § 90 Rdnr. 53 ff. *Wendt*, Sozialhilferechtliche Aspekte, in: *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth (Hg.)*, a.a.O., S. 93, 108 f.

²¹ Das übersieht offenbar *Staudinger/Otte*, BGB, 1995, Vor. §§ 2064 ff. Rdnr. 173. Auf § 90 Abs. 1 S. 4 BSHG kommt es deshalb gar nicht mehr an. Vgl. hierzu auch *Eichenhofer*, JZ 1999, 226, 232. *Ders.*, NDV 1999, 111, 118.

vorrangigen Einsatz des Vermögens bzw. des Einkommens oder der Zugriff des Sozialhilfeträgers verhindert.²²

Erst wenn an den Vermächtnisnehmer Vermögensgegenstände ausgekehrt werden, unterliegen diese als verwertbares Vermögen der sozialhilferechtlichen Anrechenbarkeit, soweit der Testamentsvollstrecker die Grenzen des § 88 Abs. 2 BSHG nicht beachtet. Dazu ist er im Behindertentestament aufgrund bindender Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB gehalten.

bb. Die Rechtslage nach dem Tod des Behinderten

Das scheinbare Defizit der Vermächtnislösung wird erst im Nachvermächtnisfall, also beim Tod des Behinderten sichtbar.

Im Gegensatz zum Nacherben, der nach § 2139 BGB Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglichen Erblassers – nicht des Vorerben – wird, richtet sich gemäß §§ 2191 Abs. 1, 2174, 1922 BGB der lediglich schuldrechtliche Anspruch des Nachvermächtnisnehmers auf Erfüllung des Nachvermächtnisses gegen die Erben des Vorvermächtnisnehmers, also des Behinderten.²³ Eine dingliche Nachlassspaltung tritt nicht ein. Da nach dem Tod des Behinderten in der Regel nicht genügend Vermögen vorhanden sein wird, um sämtliche Verbindlichkeiten, insbesondere auch die des Sozialhilfeträgers auf Kostenersatz für die vergangenen zehn Jahre gemäß § 92c BSHG, zu tilgen, besteht die Frage, wie sich der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers zu dem des Sozialhilfeträgers im Hinblick auf den regelmäßig überschuldeten Nachlass verhält.

(1) Die Ansicht von Damrau

*Damrau*²⁴ geht dabei davon aus, die Ansprüche des Sozialhilfeträgers und des Nachvermächtnisnehmers seien im regelmäßig durchzuführenden Nachlassinsolvenzverfahren gleichrangig. Bei beiden handle es sich um Eigenschulden des Behinderten. Demnach sei das im Nachlass befindliche Vermögen zwischen dem Sozialhilfeträger und dem Nachvermächtnisnehmer quotenmäßig zu teilen.

(2) Die Gegenansicht

Die Gegenansicht²⁵ legt demgegenüber § 92c BSHG dahingehend aus, dass die Kostenersatzpflicht gegenüber dem Sozialhilfeträger sich unmittelbar gegen die Erben des Sozialhilfeempfängers richte und auf den nach Abzug aller Nachlassverbindlichkeiten verbleibenden Aktivnachlass beschränkt sei. Beim Herausgabeanspruch des Nachvermächtnisnehmers gegenüber den Erben des Behinderten handle es sich um eine Erblässerschuld, die gegenüber dem Ersatzanspruch gemäß § 92c BSHG vorrangig sei.

Dieses Ergebnis entspricht der bisher h. M.²⁶, die jedoch meist lediglich feststellt, § 92c BSHG könne keine Haftung des Nachvermächtnisnehmers begründen.

(3) Weitere Ansätze

Ein weiterer Ansatz²⁷ lehnt zwar eine Haftung mit dem Nachvermächtnis aus § 92c BSHG für die Sozialhilfekosten ab, hält jedoch das Nachvermächtnis, das regelmäßig den wesentlichen Nachlass des Behinderten umfasst, für ein faktisches Universalvermächtnis und leitet deshalb eine Haftung des Nachvermächtnisnehmers in analoger Anwendung der Vorschriften zum Erbschafts Kauf (§§ 2378 Abs. 1, 2385 BGB) her.

Schließlich wurde in den Raum gestellt, die Haftung nach § 92c BSHG könnte auf den Nachvermächtnisnehmer erweitert werden.²⁸

(4) Stellungnahme

Bei § 92c BSHG handelt es sich um eine abschließende Sonderregelung²⁹, nämlich um eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass rechtmäßig gewährte Sozialhilfe nicht zurückgezahlt werden muss³⁰. Entsprechend ist sie eng auszulegen und grundsätzlich nicht analogiefähig.

Insofern kann festgestellt werden, dass es sich bei § 92c Abs. 2 S. 2 BSHG, wonach der Erbe für den Kostenersatz mit dem Wert des im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Nachlasses haftet, um eine Haftungsnorm handelt, die keine Regelung zum Rangverhältnis von Forderungen im Insolvenzverfahren trifft. Sie bezeichnet vielmehr lediglich das für den Sozialhilferückgriff in Frage kommende Vermögen. Kommt es also zum Nachlassinsolvenzverfahren, ist *Damrau* zuzustimmen und von einem Gleichrang der Ansprüche des Nachvermächtnisnehmers und des Sozialhilfeträgers auszugehen.

Allerdings ist gerade im Hinblick auf § 92c Abs. 2 S. 2 BSHG die Durchführung eines Nachlassinsolvenzverfahrens nicht derart selbstverständlich, wie *Damrau* glauben macht.³¹ Zum Antrag auf Durchführung eines Nachlassinsolvenzverfahrens wird der Erbe regelmäßig durch die drohende Haftung mit seinem übrigen Vermögen aus § 1980 BGB gedrängt. Nun hat der Gesetzgeber die Haftung der Erben wegen der Ersatzpflicht nach § 92c BSHG aber nicht den Regelungen der §§ 1975 ff. BGB überlassen, sondern in § 92c Abs. 2 BSHG von vornherein und abschließend auf den im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Wert des Nachlasses beschränkt; dies verbietet einen haftungserweiternden Rückgriff auf die §§ 1975 ff. BGB.³² Hätte der Gesetzgeber auch den Kosten-

²² Vgl. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 133 und 149. *Van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 246. *Settergren*, a.a.O., S. 32, 42.

²³ Vgl. *Van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2854. *Bengel*, ZEV 1994, 29, 30. *Bengel*, DAI-Skript, Ausgewählte Fragen des Erbrechts, 1995, Rdnr. 206.

²⁴ *Damrau*, ZEV 1998, 1, 3. Ihm folgend *Bengel*, in: *Dittmann/Reimann/Bengel (Hg.)*, Testament & Erbvertrag, 2000, Systematischer Teil E, Rdnr. 208 (a.A. noch in der Voraufgabe). *Tanck/Kersch/Krug*, a.a.O., § 21 Rdnr. 11 f., S. 381. Unklar: *Kübler*, a.a.O., 1998, S. 43 Fn. 176. Bereits vor *Damrau* entsprechend: *Staudinger/Otte*, a.a.O., Vor § 2064 ff. Rdnr. 173.

²⁵ DNotI-Report 1999, 149 ff. *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2000, Rdnr. 1301. Neuerdings ausführlich: *Weidlich*, ZEV 2001, 94, 96 f. sowie *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 92, der mit beachtlichen Argumenten außerdem eine Testamentsvollstreckung über den Tod des Behinderten hinaus zum Vollzug des Nachvermächtnisses befürwortet.

²⁶ Vgl. *Staudinger/Otte*, BGB, 1996, § 2191 Rdnr. 6. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 138. Wohl auch *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, Das Bundessozialhilfegesetz, 1997, § 92c Rdnr. 9.

²⁷ Vgl. *Van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 243. *Ders.*, NJW 1990, 2852, 2854. *Settergren*, a.a.O., S. 41 m.w.N.

²⁸ Vgl. *Bengel*, ZEV 1994, 29, 30.

²⁹ Vgl. BVerwG, Urteil v. 21.10.1987, FEVS 37 Nr. 1, S. 5. BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 369, 375 = DNotZ 1994, 380, 383 = FamRZ 1994, 162, 164 = MittBayNot 1994, 49, 50 = NJW 1994, 248, 249 = ZEV 1994, 35, 36. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.3.1990, FEVS 41 Nr. 80, S. 459. *Wietek*, Verfügungen von Todes wegen zugunsten behinderter Menschen, Dissertation (Konstanz), 1996, S. 76 f. *Engelmann*, a.a.O., S. 106.

³⁰ Vgl. *Jehle/Schmitt/Hiltebrand/Lorz*, a.a.O., § 92c Rdnr. 1 (Stand: 16. Lief. 6/1994).

³¹ Vgl. *Damrau*, ZEV 1998, 1, 3. Warum die Beschränkung des § 92c Abs. 2 BSHG nicht für den Anspruch des Nachvermächtnisnehmers gelten soll, begründet oder belegt er nicht.

³² So ausdrücklich BVerwG, Urteil vom 25.06.1992, BVerwGE 90, 250, 251 f. = NJW 1993, 1089, 1090.

satz des Sozialhilfeträgers den Regeln der §§ 1975 ff. BGB unterstellen wollen, hätte es der Norm des § 92c Abs. 2 S. 2 BSHG nicht bedurft.

Der Nachlass bestimmt sich auch im Rahmen des § 92c BSHG im Übrigen nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, insbesondere § 2311 Abs. 1 BGB.³³ Da der Anspruch des Nachvermächtnisnehmers auf Herausgabe des Vermächtnisgegenstandes als Erblasserschuld zu den Passiva des Nachlasses zählt, ist er wie andere Verbindlichkeiten auch den vorhandenen Aktiva gegenüberzustellen, vermindert also den Wert des Nachlasses und damit den Betrag der rechnerischen Haftungssumme im Sinne von § 92c Abs. 2 S. 2 BSHG. Erfüllt der Erbe also den Anspruch des Nachvermächtnisnehmers oder erlischt der Anspruch infolge Konfusion, weil der Nachvermächtnisnehmer gleichzeitig der (gesetzliche) Erbe des Behinderten ist, braucht er die Haftung aus § 1980 BGB nicht zu fürchten, obwohl der Nachlass wegen des Ersatzanspruchs des Sozialhilfeträgers überschuldet ist. Der Träger der Sozialhilfe geht insoweit leer aus.

Wegen der abschließenden Regelung des § 92c Abs. 2 BSHG kann im Übrigen auch nicht auf die an sich schon gewagte doppelte Analogie zum Erbschafts Kauf rekurriert werden.³⁴ Schließlich entspricht der Begriff „Erbe“ in § 92c BSHG dem des BGB und verweist auf die dort getroffenen Regelungen.³⁵ Entsprechend ist er bei der erforderlichen engen Auslegung auch nicht aus anderen Gründen auf den Nachvermächtnisnehmer erweiterbar.

(5) Ergebnis

Kommt es also nach dem Tod des Behinderten nicht zum Nachlassinsolvenzverfahren, kann der Erbe des Behinderten den Anspruch des Nachvermächtnisnehmers nach richtiger Ansicht erfüllen, ohne eine Haftung fürchten zu müssen. Im Ergebnis ist also der Gegenansicht zu *Damrau* und der bisher h.M. zuzustimmen.

Gleichwohl ist in der kautelarjuristischen Praxis zu beachten, dass obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser konkreten Frage fehlt. Deswegen ist die Achillesferse der Vermächtnislösung auch weiterhin die unklare Rechtsstellung des Nachvermächtnisnehmers im Verhältnis zum Träger der Sozialhilfe.

c. Typische Vermächtnisgegenstände beim Behindertentestament

aa. Das typische Geld- bzw. Sachvermächtnis

Diese Schwäche muss berücksichtigen, wer dem Behinderten ein in einem Betrag fälliges gewöhnliches Geldvermächtnis zukommen lässt. Ein beim Tod des Behinderten noch vorhandener Rest unterliegt möglicherweise dem Zugriff des Sozial-

hilfeträgers. Das Gleiche gilt für die Zuwendung eines sonstigen Vermögensgegenstandes, insbesondere einer Immobilie³⁶, die zudem, wie bereits ausgeführt, nur in seltenen Fällen vom Behinderten selbst nutzbar ist. Bei der vermächtnisweisen Zuwendung von Grundbesitz sollte deshalb in jedem Fall eine Absicherung des Nachvermächtnisnehmers durch Vormerkung vorgesehen werden.³⁷

bb. Wohnungsrecht oder Leibgeding

Häufig möchten Eltern eines behinderten Kindes diesem auch ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungsrecht in der Gestalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1093 BGB als Vermächtnis zuwenden.³⁸ Soweit sich dieses Wohnungsrecht auf Räumlichkeiten bezieht, die speziell auf das Leben des Behinderten ohne seine Eltern abgestimmt sind, insbesondere Einrichtungen des „Betreuten Wohnens“, ist in diesem Wunsch ein sinnvoller Gestaltungsvorschlag zu sehen. Das ist jedoch keinesfalls die Regel. Meist handelt es sich um Räumlichkeiten in der elterlichen Wohnung. Die Vorstellung der Eltern, nach ihrem Tod würden die Geschwister des Behinderten ihre Stellung hinsichtlich Betreuung und Pflege einnehmen und dem Behinderten so den Umzug in ein Heim ersparen, erweist sich vielfach als zu optimistisch und überfordert nicht selten beide Seiten. So ist das zugewendete Wohnungsrecht für das behinderte Kind nach dem Tod der Eltern selbst bei intakten Familienverhältnissen schnell nicht mehr nutzbar mit der möglichen Konsequenz, dass ein geldwerter Ersatzanspruch gegen den Beschwerten entsteht.³⁹ Dies ist nur ausnahmsweise interessengerecht. Der mögliche Ersatzanspruch kann zwar vermieden werden, indem man das Wohnungsrecht auflösend bedingt durch den nicht nur vorübergehenden Wegzug des Berechtigten. Jedoch ergeben sich dann im Hinblick auf den nicht unwahrscheinlichen Eintritt der Bedingung mögliche Fallstricke bei der Bewertung des Rechts, was wegen § 2307 Abs. 1 BGB erhebliches Gewicht hat. Weniger problematisch ist hingegen die Frage, ob der Ersatzanspruch gemäß § 90 Abs. 1 BSHG durch den Sozialhilfeträger überleitbar wird. Denn die Überleitbarkeit ist bei Vorhandensein einer gewissenhaft ausgestalteten Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung wegen des umfassenden Schutzes durch die §§ 2211, 2214 BGB ausgeschlossen.

Ähnlich ist die Rechtslage bei der Einräumung leibgedingsähnlicher Rechte für den Behinderten. Auch hier besteht die realistische Perspektive, dass Ersatzansprüche nach landesrechtlichen Vorschriften entstehen, etwa nach Art. 96 EGBGB i.V.m. § 14 AGBGB Rh.-Pf. bzw. Art. 18 BayAGBGB.⁴⁰

Sinnvoller ist es, für die Familie Anreize zu schaffen, den behinderten Geschwisteranteil freiwillig zu sich aufzunehmen, soweit dies gewünscht und machbar ist.

³³ Vgl. *Mergler/Zink*, a.a.O., § 92c Rdnr. 8 (Stand: 24. Lief. 1/1998), Rdnr. 22 (Stand: 27. Lief. 8/1999). *Schellhorn/Jirasek/Seipp*, Das Bundessozialhilfegesetz, 1997, § 92c Rdnr. 16. *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts, 1995, S. 1137. *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 93. *Weidlich*, ZEV 2001, 94, 97.

³⁴ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.3.1990, FEVS 41 Nr. 80, S. 459, 460 f. Ausführlich dazu nun auch *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 94.

³⁵ Ganz h. M.: BVerwG, Urteil vom 23.9.1982, BVerwGE 66, 161, 163. BGH, Urteil vom 20.10.1993, BGHZ 123, 369, 375 = DNotZ 1994, 380, 383 f. = FamRZ 1994, 162, 164 = MDR 1994, 591, 592 = MittBayNot 1994, 49, 51 = NJW 1994, 248, 250 = ZEV 1994, 35, 36. *Settergren*, a.a.O., S. 95 m.w.N. A.A. nur *Raiser*, MDR 1995, 237, 238.

³⁶ Vgl. *Weirich*, Erben und Vererben, 1998, Rdnr. 679. *Van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2854.

³⁷ Vgl. dazu BayObLG, Rpfleger, Beschluss vom 22.12.1980, 1981, 190. OLG Hamm, MDR 1984, 402, 403. *Bengel*, NJW 1990, 1826, 1828.

³⁸ Vgl. zum Wohnrecht und zum Altenteil ausführlich *Engelmann*, a.a.O., S. 50 ff. Vgl. auch *Weirich*, a.a.O., Rdnr. 681. *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 149. *Van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 243. *Ders.* NJW 1990, 2852, 2853. *Heinz-Grimm*: Zusammenfassung der Diskussion, in: *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth* (Hg.), a.a.O., S. 169, 194.

³⁹ Str., vgl. dazu *Karpen*, MittRhNotK 1988, 131, 146 f. *Engelmann*, a.a.O., S. 83.

⁴⁰ Vgl. dazu *Littig/Mayer*, a.a.O., Rdnr. 291, 253 ff. *Van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2853 f.

cc. Zweckvermächtnis

Das gelegentlich propagierte Instrument des Zweckvermächtnisses⁴¹ gemäß § 2156 BGB beim Behindertentestament hilft zwar verhindern, dass größere Vermögenswerte beim Testamentsvollstrecker „geparkt“ sind und den Erben ohne konkreten Bedarf des Vermächtnisnehmers Liquidität entziehen. Die zusätzliche Sicherheit vor sozialhilferechtlicher Überleitbarkeit durch Schaffung eines Bestimmungsrechts, das als Gestaltungsrecht die Überleitbarkeit verhindern soll, ist jedoch im Hinblick auf den hinreichenden Schutz durch die Testamentsvollstreckung unnötig.

Außerdem ist beim Zweckvermächtnis die Frage nach dem Zugriff auf den beim Tod des Behinderten noch nicht verbrauchten Vermächtnisteil ebenso wenig gelöst wie bei gewöhnlichen Zuwendungen.

d. Ergebnis

Die Vermächtnislösung beim Behindertentestament stellt in zahlreichen Fällen eine wünschenswerte und nach richtiger Ansicht nicht nur zu Lebzeiten des Behinderten, sondern auch nach dessen Tod eine sichere Gestaltungsvariante dar. Solange jedoch konkrete Rechtsprechung zur Vermächtnislösung fehlt, muss in der notariellen Praxis bedacht werden, dass die juristische Diskussion vor allem im Hinblick auf den Regress des Sozialhilfeträgers nach dem Tod des Behinderten gemäß § 92c BSHG noch nicht abgeschlossen ist.

Abgesehen von dieser verbleibenden Unsicherheit beim Nachvermächtnisfall ist die Vermächtnislösung gerade bei geringeren Vermögen ein zweifellos brauchbares Gestaltungsmittel⁴². Gleichwohl basiert die Kritik und Ablehnung dieser Gestaltungsvariante auf dieser Schwäche.

3. Lösungsvorschlag: Das Leibrentenvermächtnis

Eine Lösung, die die Schwäche der Vermächtnislösung weitgehend vermeidet, muss entsprechend auch von dieser Kritik ausgenommen sein.

Eine in der Praxis gängige, aber in der Literatur so weit ersichtlich bisher nur am Rande behandelte Variante⁴³ der Vermächtnislösung ist die vermächtnisweise Zuwendung einer von den Erben monatlich zu entrichtenden lebenslangen Rente für den Behinderten kombiniert mit der üblichen lebenslangen Dauertestamentsvollstreckung hinsichtlich der zufließenden Rentenbeträge.

a. Die Vorteile des Leibrentenvermächtnisses

Mit dieser Lösung werden die Vorzüge der Vermächtnislösung nutzbar gemacht und ihre Schwäche, der vermeintlich mangelnde Schutz vor Zugriff beim Nachvermächtnisfall, auf ein Minimum reduziert. Gegenstand des Nachvermächtnisses – soweit ein solches überhaupt angeordnet wird – sind beim Leibrentenvermächtnis nämlich nur die Geldbeträge bzw. Vermögenswerte, die der Testamentsvollstrecker aus den bis zum Todestag geflossenen Rentenzahlungen noch nicht für den Behinderten verbraucht hat, insbesondere also Rücklagen.

Durch die monatlichen Zahlungen wird – jedenfalls bei durchschnittlich großen Nachlässen – vermieden, dass sich ein größeres Vermögen in der Hand des Testamentsvollstreckers anhäuft. Dabei muss bedacht werden, dass auch kleinere Steigerungen der Lebensqualität, etwa im Bereich der individuellen Freizeitgestaltung oder Mobilität wegen der meist notwendigen ständigen Beaufsichtigung oder Betreuung des Behinderten hohe Kosten verursachen. Auch größere Renten ermöglichen dem im Heim lebenden Behinderten in vielen Fällen so allenfalls den Lebensstandard, den er gewohnt war, als seine Eltern noch lebten, weil diese unentgeltlich ihre Lebensgestaltung den Bedürfnissen des Behinderten angepasst hatten.⁴⁴ Soweit auch nach dem Tod der Eltern Verwandte vorhanden sind, bei denen der Behinderte wohnen kann, kann es sinnvoll sein, es in das Ermessen des Testamentsvollstreckers zu stellen, diesen für Beherbergung und Versorgung des Behinderten als Anerkennung und Anreiz einen über den bloßen Aufwendersersatz hinausgehenden angemessenen Betrag aus der Leibrente zukommen zu lassen.⁴⁵

Insgesamt hat die Zuwendung der Leibrente den Vorteil, dass es dem Testamentsvollstrecker leichter fällt, die ihm zufließenden Beträge tatsächlich und ausschließlich im Interesse des Behinderten einzusetzen, da der (familiäre) Druck seitens der Nachvermächtnisnehmer auf Erhalt der Nachlasssubstanz zu ihren Gunsten geringer ist als beim Erbschaftsmodell. Handelt es sich bei der Person des Testamentsvollstreckers gar um einen Erben des verstorbenen Elternteils, entkräftet die Zuwendung der zum Verbrauch gedachten Leibrente die diesbezüglich zum Erbschaftsmodell geäußerte Kritik, die Verwalterstellung sei hier atypischerweise nicht fremdnützig, sondern eigennützig.⁴⁶

Die Zuwendung einer Leibrente ist im Übrigen dem Zweckvermächtnis im Hinblick auf den Schutz vor sozialhilferechtlicher Anrechenbarkeit, Überleitbarkeit oder sozialhilferechtlichem Zugriff zumindest ebenbürtig. Zu Lebzeiten ist das vom Testamentsvollstrecker verwaltete Vermögen ausreichend durch die §§ 2211, 2214 BGB geschützt. Mittel werden gemäß der Verwaltungsanordnung vom Testamentsvollstrecker nur in Form solcher Leistungen an den Vermächtnisnehmer ausgekehrt, auf die der Sozialhilfeträger nicht zugreifen kann und die auf Sozialhilfeleistungen nicht anrechenbar sind. Nach dem Tod des Vermächtnisnehmers, also ggf. beim Nachvermächtnisfall, sind nur die Vermögenswerte vorhanden, die noch nicht für den Behinderten verbraucht sind. Dies wird bei sachgerechter Ausgestaltung der Verwaltungsanordnung und vernünftiger Mittelverwendung durch den Testamentsvollstrecker meist kein erheblicher Betrag sein. Beim Zweckvermächtnis fällt hingegen der gesamte noch unverbrauchte Teil des Vermächtnisses in den Nachlass des Behinderten. Das Leibrentenvermächtnis erleichtert zudem sowohl dem beschwerten Erben als auch dem evtl. familienfremden Testamentsvollstrecker wegen des steten Mittelab- bzw. -zuflusses die wirtschaftliche Planbarkeit und vermeidet so Streitigkeiten und Liquiditätsengpässe.

⁴¹ Vgl. hierzu im Hinblick auf das Behindertentestament *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth (Hg.)*, a.a.O., S. 236 f. *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1265. *Kübler*, a.a.O., S. 15, 39 ff. *Engelmann*, a.a.O., S. 33. Kritisch im Hinblick auf § 2307 BGB: DNotI-Report 1999, 149, 151.

⁴² Vgl. *Bengel*, ZEV 1994, 29, 31. *Ders.*, ZEV-Jahrestagung 1999, S. 23. *Engelmann*, a.a.O., S. 33. *Dieselbe*, MDR 1999, 968, 973. *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1265. *Settengren*, a.a.O., S. 42.

⁴³ Vgl. bspw. *Engelmann*, a.a.O., S. 33, 59 f. *Weirich*, a.a.O., Rdnr. 680. *Van de Loo*, NJW 1990, 2852, 2854.

⁴⁴ Wegen der angeordneten Testamentsvollstreckung ist es auch nicht erforderlich, die Rentenzahlungen auf Leistungen innerhalb der bestehenden Einkommensfreigrenzen der §§ 79 ff. BSHG zu beschränken. So aber offenbar: *Van de Loo*, MittRhNotK 1989, 233, 243. *Bengel*, in: *Dittmann/Reimann/Bengel (Hg.)*, a.a.O., 2000, Systematischer Teil E, Rdnr. 208.

⁴⁵ Vgl. Formulierungsvorschlag in *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth (Hg.)*, a.a.O., S. 237.

⁴⁶ Vgl. *Eichenhofer*, JZ 1999, 226, 230. *Ders.*: NDV 1999, 111, 114.

b. Die Ausgestaltung im Einzelnen

Der Stammwert, aus dem sich die Rente errechnet, sollte so bemessen sein, dass einerseits das mit den Rentenzahlungen erstrebte Ziel, nämlich die spürbare Steigerung der Lebensqualität des Behinderten, erreicht werden kann. Wegen der finanziellen Belastung der Erben und der nicht gänzlich auszuschließenden Zugriffsmöglichkeit des Sozialhilfeträgers nach dem Tod des Bedachten muss andererseits aber auch darauf geachtet werden, dass nicht durch zu großzügig bemessene Rentenzahlungen ein größeres Vermögen unnötig in der Hand des Testamentsvollstreckers angespart wird, das dann in den Nachlass des Behinderten fällt. Eine unbedingt zu beachtende Größe bei der Bemessung ist die Höhe des Pflichtteilsrechts des behinderten Kindes. Ein nach § 90 BSHG überleitbarer Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB sollte vermieden werden. Außerdem sollte ein spürbarer Abstand zur Höhe des Pflichtteils bestehen, um den Betreuer von einer Ausschlagung gemäß § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB abzuhalten.⁴⁷ Wegen dieser vorgegebenen Eckpunkte ist das Leibrentenvermächtnis regelmäßig nur bei geringen bis durchschnittlichen Nachlassgrößen sachgerecht oder auch dann, wenn die Pflichtteilsquote des Behinderten wegen einer großen Anzahl Pflichtteilsberechtigter niedrig ist. Da bei Errichtung des Testaments die Größe des Nachlasses und die Quote des Pflichtteils in Bezug auf den Gesamtnachlass nicht mit Sicherheit feststehen, bietet sich als Ausgangswert für die Rentenberechnung der Wert eines Bruchteils des gesetzlichen Erbteils des Behinderten an, der die Pflichtteilsquote übersteigen sollte. Anstelle eines absoluten Geldbetrages sollte also ein relativer Wert stehen, der sich am tatsächlichen Pflichtteilsrecht des Kindes als Untergrenze orientiert (relatives Quotenvermächtnis).⁴⁸

Eine weitere Frage ist, auf welcher Basis der zugewendete Geldbetrag zu verrenten ist. Grundsätzlich ist es zweifellos sachgerecht, die allgemeine Sterbetafel der Rentenberechnung zu Grunde zu legen. Nur wenn auf Grund spezieller medizinischer Befunde oder eines typischen Krankheitsbildes mit großer Wahrscheinlichkeit mit einer deutlich niedrigeren Lebenserwartung des Behinderten zu rechnen ist, müssen im Hinblick auf das Ausschlagungsrecht des Betreuers und einen möglichen Pflichtteilsrestanspruch gewisse Sicherheitskorrekturen vorgenommen werden.⁴⁹

Der individuellen Gestaltung bedarf schließlich die Sicherstellung der Rente für den Rentenempfänger. Auf der einen Seite muss nach Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass das behinderte Kind seinen Rentenanspruch wegen Insolvenz der Erben nicht mehr durchsetzen kann. Andererseits ist es gerade Ziel der Vermächtnislösung, die Erben bei Verfügungen über Nachlassgegenstände von der Mitwirkung des Behinderten bzw. seines Betreuers oder Testamentsvoll-

⁴⁷ Die Ansicht *van de Loos* (MittRhNotK 1989, 233, 249), wonach das Ausschlagungsrecht auf den Träger der Sozialhilfe gemäß § 90 Abs. 1 BSHG überleitbar ist, ist mit der ganz h.M. abzulehnen. Auch die Problematik evtl. Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB bei lebzeitigen unentgeltlichen Verfügungen muss im Auge behalten werden. Vgl. dazu *Weidlich*, ZEV 2001, 94, 95 f.

⁴⁸ Vgl. *Nieder*, NJW 1994, 1264, 1265. *Baumann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge, Rdnr. 670. *Heinz-Grimm*: Zusammenfassung der Diskussion, in: *Heinz-Grimm/Krampe/Pieroth (Hrsg.)*, a.a.O., S. 169, 198. Allg. zum Quotenvermächtnis: *Lange/Kuchinke*, a.a.O., S. 584.

⁴⁹ Dies muss nicht durch Eingruppierung in eine andere Altersgruppe geschehen, sondern kann auch durch Erhöhung des zugewendeten Rentenstammwertes erfolgen.

streckers unabhängig zu machen. Insofern ist die Gewährung von dinglichen Sicherheiten problematisch.

c. Musterformulierung

„1.
Ich
vermache
meinem Sohn Lukas eine lebenslange Leibrente, die ihm von dem oder den Erben zu bezahlen ist.
Ausgangswert für die Rente ist der Reinwert von drei Vierteln des fiktiven gesetzlichen Erbteils meines Sohnes Lukas. Der so ermittelte Betrag ist unter Berücksichtigung eines Rechnungszinses von 4 % jährlich auf der Grundlage der an meinem Todestag geltenden Sterbetafel auf Lebenszeit des Berechtigten zu verrenten.
Die so errechnete Rente ist von dem oder den Erben in monatlichen Raten von je einem Zwölftel des errechneten Jahresbetrages zu zahlen. Die erste Rate ist zahlbar ab dem vollen Monat, der auf die Testamentseröffnung folgt. Die Zahlung hat jeweils am ersten Werktag eines jeden Monats im Voraus zu erfolgen.
Zur Abtretung des Anspruchs bedarf es der Zustimmung des oder der Erben. Ein Kapitalwahlrecht besteht nicht.
Der Beschwerte hat sich auf erstes Anfordern wegen der Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen. Sicherheitsleistung kann nur in folgender Form verlangt werden: (...).
Eine Wertsicherung der Rente oder ein Anpassungsvorbehalt wird nicht angeordnet. Ersatzvermächtnisnehmer werden nicht bestimmt.

2.
Hinsichtlich dieses Vermächtnisses wird ein
Nachvermächtnis
angeordnet. Nachvermächtnisnehmer sind die Geschwister von Lukas zu gleichen Teilen, ersatzweise deren Abkömmlinge, untereinander nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge, wiederum ersatzweise tritt Anwachsung ein. Das Anwartschaftsrecht ist nicht vererblich und nicht übertragbar. Nachvermächtnisfall ist der Tod meines Sohnes Lukas. Vermacht ist dasjenige, was von der Substanz der Lukas zugeflossenen Rentenbeträge samt Erträgen hieraus und Surrogaten beim Nachvermächtnisfall noch vorhanden ist. Es wird klargestellt, dass sich durch das Nachvermächtnis die Verpflichtung zur Zahlung der Rente nicht verlängert.

3.
Zum Zwecke der dauernden Verwaltung des meinem Sohn Lukas Zugewendeten, einschließlich der Erträge hieraus, wird
Testamentsvollstreckung
in Form der Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. (...)“
(Es folgt die übliche Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung beim Behindertentestament bezüglich des Vermächtnisses.⁵⁰)

⁵⁰ Vgl. zur Erbschaftslösung Formulierung in *Dittmann/Reimann/Bengel*, a.a.O., Formularteil Rdnr. 79. In Anlehnung an den Vorschlag von *Hartmann*, ZEV 2001, 89, 92, kann darüber hinaus formuliert werden: „Die Testamentsvollstreckung erstreckt sich außerdem auf den Vollzug des Vermächtnisses zugunsten des Nachvermächtnisnehmers.“

III. Gesamtergebnis

1. Schlussbetrachtung

Ausschlaggebend für die Wahl der erbrechtlichen Gestaltung dürfen auch beim Behindertentestament nicht starre Anforderungen an die letztwillige Verfügung sein, wie beispielsweise die Erhaltung des dem Behinderten Zugewendeten für die Familie um jeden Preis. Vielmehr müssen die Familien- und Vermögenssituation sowie die Motive des Erblassers individuell erforscht werden und die Vor- und Nachteile der einzelnen Lösungsmöglichkeiten im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden.

Nach alledem ist die Zuwendung einer Leibrente in vielen Fällen eine sachgerechte Gestaltungsvariante. Entscheidend sind dabei auf der einen Seite die Bedürfnisse des Behinderten, also die Frage, welche Mittel er monatlich zur spürbaren Steigerung seiner Lebensqualität benötigt. Auf der anderen Seite bildet im Hinblick auf § 2307 BGB die Höhe des Pflichtteilsrechts eine Grenze für die Anwendbarkeit dieser Gestaltungsvariante. Schließlich müssen die Struktur des Nachlasses, die familiäre Zusammensetzung, hier vor allem die Zahl der Geschwister und die Problematik eines familienfremden Testamentvollstreckers, sowie die Leistungsfähigkeit der Beschwerten berücksichtigt werden. Dabei ist ein Vergleich der Belastung durch die verschiedenen Modelle des Behindertentestaments vorzunehmen. Das Leibrentenvermächtnis wird sich regelmäßig dann anbieten, wenn wegen der Beschaffenheit des Nachlasses oder der Personen, die zu seiner Verwaltung berufen sind, eine weitgehende Trennung der Vermögensmassen herbeigeführt werden soll. Regelmäßig kommt es außerdem nur bei geringen bis durchschnittlichen Nachlässen

oder einer großen Zahl von Pflichtteilsberechtigten, die die Pflichtteilsquote des Behinderten reduzieren, in Betracht.

2. Zusammenfassende Thesen

a. Hauptthese

Die so genannte Vermächtnislösung beim Behindertentestament stellt insbesondere in Form eines Leibrentenvermächtnisses für den Behinderten eine hinreichend sichere und in vielen Fällen geeignete Gestaltungsvariante dar.

b. Unterthesen

Eltern behinderter Kinder geht es bei ihrer Nachlassplanung in der Regel nicht darum, den Träger der Sozialhilfe um jeden Preis vom Zugriff auf den Nachlass insgesamt auszuschließen.

Die Schwäche der Erbschaftslösung liegt in der zwangsläufigen Erbengemeinschaft der nichtbehinderten Kinder mit dem behinderten Kind.

Zu Lebzeiten des Behinderten schützt bei der Vermächtnislösung die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung umfassend vor einer sozialhilferechtlichen Anrechenbarkeit oder einem Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Vermächtnisgegenstand (§§ 2211, 2214 BGB).

Nach dem Tod des Behinderten hat der Sozialhilfeträger keinerlei Zugriffsmöglichkeit auf das Nachvermächtnis, insbesondere nicht nach § 92c Abs. 1 BSHG.

Die vermächtnisweise Zuwendung einer Leibrente für den Behinderten beseitigt in vielen Fällen verbleibende Zweifel an der Sicherheit der Vermächtnislösung.

Verlagerung des Abstandsflächenrechts vom öffentlichen Recht in das Privatrecht

Anregung zur Fortentwicklung der Bauordnungsrechtsreformen von 1994 und 1998

Von Notarassessor *Alexander Krařka*, München

Ein Ziel der Bauordnungsrechtsreformen des Freistaats Bayern von 1994¹ und 1998 war die Vereinfachung des öffentlichen Baurechts. Dort, wo das klassische Bauordnungsrecht im Laufe der Zeit Aufgaben übernommen hat, die im Grunde lediglich private Nachbarn untereinander betreffen, wurden zwar bei den Reformvorhaben Neuerungen angedacht, zunächst aber noch nicht mit letzter Konsequenz verwirklicht. In das Blickfeld gerät hierbei insbesondere die Möglichkeit, das landesrechtliche Abstandsflächenrecht vom Bauordnungsrecht in das private Nachbarrecht zu verlagern. In folgender Darstellung soll zunächst das Bedürfnis nach einer Neuregelung, sodann deren mögliche Ausgestaltung sowie zum Abschluss die Folgen einer solchen Gesetzesänderung beschrieben werden.

1. Gründe für eine Neuaustrichtung des Abstandsflächenrechts

Auch nach den Reformen von 1994 und 1998 hat das bayerische Bauordnungsrecht seine Grundlagen beibehalten. Es statuiert ein „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“² zur Abwehr spezifischer Störungen und Gefahren, die von dem jeweiligen Bauvorhaben für die Allgemeinheit, aber auch für die Nachbarschaft ausgehen können. Im Falle der Genehmigungspflichtigkeit dient die Baugenehmigung noch heute – wenn auch partiell und sektoral weitgehend eingeschränkt – der Präventivkontrolle, ohne privatrechtsgestaltende Wirkung zu entfalten. In allen anderen Fällen, insbesondere im Falle der Genehmigungsfreistellung, wird die Bauaufsichtsbehörde repressiv gegenüber Verstößen tätig und erfüllt so die Aufgaben einer besonderen Si-

¹ Dazu *Jäde/Weinl/Dirnberger* BayVBl 1994, 321; *Simon* BayVBl 1994, 332; *Grziwotz* MittBayNot 1994, 185.

² Vergleiche *Seidel*, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nachbarnschutz (2000), Rdnr. 153, 317.

cherheitsbehörde. Bestehende zivilrechtliche Rechtsverhältnisse bleiben hierbei ebenfalls grundsätzlich außer Betracht³.

a. Privater Regelungsgrund des öffentlich-rechtlichen Abstandsflächenrechts

Das Abstandsflächenrecht⁴ gehört bislang zum öffentlichen Bauordnungsrecht (Art. 6 und 7 BayBO). Die Einhaltung der Abstandsflächen soll die Belichtung, Besonnung und Belüftung des Grundstücks sichern⁵. Auch werden Gesundheitsschutz, Brandschutz⁶ und letztlich die Sicherung von Ruhe und Erholung als Zweck der Gebäudeabstände genannt⁷.

Die Positionierung dieser Regelungen im Bauordnungsrecht ist jedoch mehr als fragwürdig. Öffentliches Recht kann seiner Natur nach Ansprüche grundsätzlich nur gegenüber einer Behörde beziehungsweise deren Rechtsträger verleihen. Lediglich mittelbar wirkt dies anspruchsbegründend, beispielsweise über § 823 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit § 1004 BGB auch im Wege des sogenannten quasinegatorischen Rechtsschutzes⁸) gegenüber dem Bauherrn selbst, wenn die verletzte Norm ein entsprechendes Schutzgesetz darstellt.

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht wird heute der Zweck der Abstandsflächen in vielerlei Weise durch das Bauplanungsrecht erfüllt⁹, so dass die Regelungen der Bayerischen Bauordnung ohnehin nur subsidiär Anwendung finden. So stehen die Regelungen der Art. 6, 7 BayBO unter dem Vorbehalt der Bauleitplanung und kommen nur zur Anwendung, wenn diese nichts Abweichendes vorsieht¹⁰.

Da letztlich das Bauplanungsrecht der Ort öffentlicher Interessenwahrung ist, wurde auch formuliert, das Abstandsflächenrecht der BayBO diene im Grunde nur noch zur Wahrung der Rechtssicherheit zwischen Nachbarn an der Grundstücksgrenze¹¹. Dem Regelungsgrund nach handelt es sich hierbei um eine ursprünglich privatrechtliche Situation, wie dies beispielhaft die Bestimmungen der §§ 907 ff. BGB darstellen. Dass Gebäudeabstände im Grunde einen privatrechtlichen Regelungsgegenstand enthalten, nahm auch der Bundesgesetzgeber an, indem er den Ländern in Art. 124 EGBGB die Möglichkeit gab, in Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches Vorschriften aufzustellen, nach welchen Anlagen nur in einem bestimmten Abstand von der Grundstücksgrenze gehalten werden dürfen.

³ Vergleiche Art. 72 Abs. 4 BayBO; dazu besonders deutlich BayVGH BayVBl 1999, 215.

⁴ Zu aktuellen Streitfragen des Abstandsflächenrechts siehe *Hauth* BayVBl 2000, 545 und *Jeromin* BauR 2000, 510 sowie die Entscheidung des Großen Senats des BayVGH BayVBl 2000, 562.

⁵ Siehe Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayBO sowie *König* in *Schwarzer/König*, BayBO, 3. Auflage (2000), Art. 6 Rdnr. 2; *Dhom* in *Simon*, BayBO (Stand: Mai 2000), Art. 6 Rdnr. 1; *Busse*, Die neue Bayerische Bauordnung, 2. Auflage (1997), Art. 6 Rdnr. 2.

⁶ Vergleiche Art 7 Abs. 3 BayBO sowie *Grziwotz* MittBayNot 1994, 185, 191; *Koch/Molodovsky/Famers*, BayBO (Stand: August 2000), Art. 6 Erl. 1.2; BVerfGE 91, 3293.

⁷ Siehe *Dhom* (Fn. 5) Art. 6 Rdnr. 1; *Boeddinghaus*, Abstandsflächen im Bauordnungsrecht Bayern (1997), Art. 6 Rdnr. 2.

⁸ Vergleiche beispielsweise *Palandt-Bassenge*, BGB, 60. Auflage (2001), § 1004 Rdnr. 2.

⁹ Näher hierzu in Teil 3 Abschnitt a.

¹⁰ Vergleiche Art. 6 Abs. 1 Sätze 2-4 und Art. 7 Abs. 1 BayBO; siehe auch *Koch/Molodovsky/Famers* (Fn. 6) Art. 6 Erl. 1.4; drastisch formuliert *Seidel* (Fn. 2) Rdnr. 406 Fn. 226, der örtliche Gesetzgeber entscheide letztlich, ob die drittschützenden Abstandsvorschriften des Bauordnungsrechts überhaupt zur Anwendung kommen.

¹¹ So *Jäde* BayVBl 1995, 710, 714.

Wird das Abstandsflächenrecht in das private Nachbarrecht verlagert, so kommt dies somit der Natur seines Regelungsgegenstands ebenso entgegen wie der Forderung nach Rückzug des Staates auf seine eigentlichen, am öffentlichen Interesse ausgerichteten Aufgaben¹².

b. Problematik der Abstandsflächenübernahme durch Eigentümer von Nachbargrundstücken

Nach den heutigen bauordnungsrechtlichen Vorschriften können sich Abstandsflächen unter anderem dann auf ein Nachbargrundstück erstrecken, wenn der Nachbar hierzu gegenüber der Baubehörde schriftlich zustimmt (Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO). Im Grunde handelt es sich bei einer derartigen Abstandsflächenübernahme um ein rein privatrechtliches Annexproblem des öffentlichen Baurechts¹³, da dieses gemäß Art. 72 Abs. 4 BayBO auf private Rechte Dritter keinen Einfluss hat.

Diese Regelungen zur Abstandsflächenübernahme erscheinen zwar einfach und sicher, sind dies jedoch keineswegs. Zudem entfalten sie Nebenwirkungen auf den Grundstücksverkehr, die sich heute noch kaum abschätzen lassen¹⁴.

aa. Anwendungsprobleme im öffentlichen Nachbarrecht

Da im Rechtsverkehr der Wert eines Grundstücks maßgeblich von seiner Bebaubarkeit abhängt, spielt die Feststellung, ob gegenüber dem Erwerber wirksame Abstandsflächenübernahmen vorliegen, eine wichtige Rolle. Bald nach In-Kraft-Treten der Neuregelung des Art. 7 Abs. 5 BayBO stellten sich daher Fragen bezüglich der Form der Übernahmeerklärung und der Einsichtnahme von Übernahmeerklärungen durch interessierte Dritte¹⁵ (z.B. potenzielle Rechtsnachfolger des Übernahmeerklärenden oder von diesem beauftragte Personen), sowie hinsichtlich der Anlegung eines Registers der Übernahmeerklärungen¹⁶. Nur partiell wurden diese Probleme praktikablen Lösungen zugeführt¹⁷.

Wie die Bauaufsichtsbehörden mit schriftlichen Nachbarzustimmungserklärungen umzugehen haben, ist gesetzlich nicht geregelt. Ob die jeweilige Behörde verpflichtet ist, die Zustimmungserklärung auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, ist eine der Hauptfragen hierzu. Von entscheidender Bedeutung ist v.a. die Verfügungsbefugnis des Zustimmenden, insbesondere also dessen Eigentümerstellung und gegebenenfalls dessen Vertretungsbefugnis. Anders als im formalisierten Grundbuchverfahren, das hierfür detaillierte und funktionierende Bestimmungen enthält, existiert für die Zustimmungserklärungen

¹² Dazu *Grziwotz* MittBayNot 1994, 185, 195 zur Bayerischen Bauordnungsrechtsnovelle 1994.

¹³ So *Jäde* BayVBl 1995, 710, 711.

¹⁴ Große Bedenken äußern sowohl *Lechner* in *Simon* (Fn. 5), Art. 7 Rdnr. 527 und *Jörg Mayer* BayVBl 1995, 257.

¹⁵ Dazu *Jäde* BayVBl 1995, 710, 712; die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 28.12.1999 (AllIMBl 2000, S. 6) enthält hierzu folgende Erläuterung: „Wer ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, hat Anspruch auf Auskunft über das Bestehen einer derartigen (Übernahme)Erklärung“ (Ergänzung durch den Verfasser).

¹⁶ Nach IMS vom 20.5.1994; Nr. IIB4-4101-004/92 – „Vollzugshinweise zur BayBO 1994“, C12 (abgedruckt bei *Jäde/Weinl/Dirnberger/Bauer/Eisenreich*; Die neue BayBO C 1 Seite 17) sind die Übernahmeerklärungen neben der Beigabe zu den Bauakten gesondert aufzubewahren.

¹⁷ Hinsichtlich der Form der Abstandsflächenübernahmeerklärung ist auf Grund § 6 Abs. 2 BauVorlV vom 8.12.1997 (GVBl S. 822, ber. 1998, S. 271) ein der Anlage 5 der Bekanntmachung vom 28.12.1999 (AllIMBl 2000, S. 6) entsprechendes Vorlageformular zu verwenden (abgedruckt bei *Simon* (Fn. 5) Anh. 21); siehe auch *Grziwotz* BayVBl 1997, 365.

erklärung nach Art. 7 Abs. 5 BayBO diesbezüglich keine Regelung. Aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrenrechts wird teilweise abgeleitet, die Bauaufsichtsbehörde sei generell dazu verpflichtet, die Wirksamkeit einer Übernahmeerklärung zu überprüfen¹⁸. Andernfalls würden Schadensersatzforderungen nach § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG drohen. Die Vollzugsbekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern bemerkt hingegen, der Bauherr (nicht also die Bauaufsichtsbehörde) trage das Risiko, dass eine ordnungsgemäße Zustimmungserklärung vorliegt¹⁹. Insbesondere eine Identitätsprüfung wie im Falle einer Unterschriftsbeglaubigung (§§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 2 S. 1 BeurkG) hat danach nicht stattzufinden. Tatsächlich wird die Kontrolldichte von den Bauaufsichtsbehörden bislang sehr unterschiedlich gehandhabt und reicht von der Einholung eines Grundbuchauszugs bis zur bloßen Schlüssigkeitsprüfung. Im Rahmen einer an den ministeriellen Vorgaben orientierten Verwaltungspraxis ist jedenfalls derzeit davon auszugehen, dass eine Gewähr für die Wirksamkeit der Übernahmeerklärungen nicht gegeben ist. Vor allem bei (auch heute noch weit verbreiteter) Namensgleichheit mehrerer Familienmitglieder oder bei Ehegatten, die im Güterstand der Gütergemeinschaft leben, ist das Risiko der Unwirksamkeit der Übernahmeerklärung groß.

Zudem fehlt jegliche gesetzliche Regelung für den Fall der Veränderung des Grundstücksbestands. Ob eine Übernahmeerklärung bei der Teilung des berechtigten beziehungsweise belasteten Grundstücks fortlebt, ist unklar. So ist beispielsweise denkbar, dass infolge einer Teilung des übernehmenden Grundstücks eine Abstandsfläche auf einem nicht mehr unmittelbar angrenzenden Grundstück zu liegen kommt. Fraglich ist, ob es sich in diesem Extremfall überhaupt noch um „das Nachbargrundstück“ im Sinne des Art. 7 Abs. 5 BayBO handelt²⁰. Im Falle zwischenzeitiger Verschmelzungen oder Vereinigungen des berechtigten und des belasteten Grundstücks mit einer anschließenden erneuten Teilung stellt sich ebenfalls die Frage nach einem Fortbestand der vormals erklärten Abstandsflächenübernahme. Das bürgerliche Sachenrecht enthält zu all diesen Fällen funktionierende Vorschriften. Für die Wirkung der öffentlich-rechtlichen Erklärung nach Art. 7 Abs. 5 BayBO fehlt es hingegen an einer Regelung. Unabhängig von der ungeklärten rechtlichen Beurteilung dürfte es in solchen Fällen auch rein faktisch schwierig sein, die Erklärungen aufzufinden und den im Laufe der Zeit geteilten beziehungsweise vereinigten Grundstücken zuzuordnen.

Angesichts dieser Lage wurde nicht zu Unrecht angemerkt, dass die von der Bauaufsichtsbehörde zu tragende haftungsrechtliche Verantwortung und die hierfür zu veranlassenden Vorkehrungen eine mit den Grundgedanken der Bauordnungsrechtsreformen nicht zu vereinbarende erhöhte Arbeitsbelastung der öffentlichen Verwaltung bewirkt²¹.

bb. Anwendungsprobleme im privaten Nachbarrecht

Letztlich handelt es sich um eine Frage der Rechtssicherheit, welche Wirkung die öffentlich-rechtliche Erklärung nach Art. 7 Abs. 5 Satz 1 BayBO hat. Erhebt der Nachbar trotz erklärter

Abstandsflächenübernahme wegen zu naher Grenzbebauung Klage vor dem Verwaltungsgericht, so wird er keinen Erfolg haben²². Die öffentlich-rechtliche Erklärung des Nachbarn hat Wirkung auch gegen dessen Rechtsnachfolger (Art. 7 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO), so dass dieser ebenfalls verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz wegen eines Verstoßes gegen das bauordnungsrechtliche Abstandsflächenrecht nicht in Anspruch nehmen kann. Der unmittelbar Übernehmende wird auch in einem Zivilprozess den Verstoß gegen die entsprechenden Schutzgesetze nicht mit Erfolg vortragen können, da er sich dort den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegen halten lassen muss.

Problematisch bleibt allerdings, ob dem Einzelrechtsnachfolger desjenigen Nachbarn, welcher eine Abstandsflächenübernahme erklärt hat auch der zivilrechtliche Nachbarschutz versagt bleibt. Festzuhalten ist zunächst, dass aus dem Grundbuch eine derartige Übernahmeerklärung nicht ersichtlich ist. Die frühere Praxis einer doppelten grundbuchmäßigen Absicherung (Grunddienstbarkeit auf Duldung der Abstandsflächenübernahme durch den Nachbarn; beschränkt persönliche Dienstbarkeit für den Träger der Bauaufsichtsbehörde gleichen Inhalts²³) ist baurechtlich nicht mehr erforderlich²⁴. Der Grund hierfür ist, dass die Übernahmeerklärung seit der Novellierung 1994 auch gegen den Rechtsnachfolger wirkt. Die Gesetzeserläuterung der Novellierung von 1994²⁵ führt dazu an, dass „Streitigkeiten hinsichtlich (der) Rechtsnachfolge bei Abstandsflächenübernahmen (...) im Verhältnis zwischen den privaten Grundstückseigentümern ausgetragen werden“ sollen. Dies spricht zunächst dafür, dass hauptsächlich an eine Sicherung der öffentlich-rechtlichen Lage gedacht war. Die mittelbaren Auswirkungen der Übernahmeerklärung auf die privatrechtliche Situation im Falle der Rechtsnachfolge wurden in der Literatur bereits kurze Zeit nach Inkraft-Treten der Neuregelung angesprochen²⁶, bislang jedoch nicht abschließend geklärt.

Vorweg sei auf die umstrittene Frage hingewiesen, auf welche Weise die öffentlich-rechtlichen Abstandsflächenregelungen Eingang in das Zivilrecht finden: Führen diese bei einer Verletzung direkt zu einem Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB oder nur auf dem Umweg über § 823 Abs. 2 BGB im Rahmen des quasi-negatorischen Rechtsschutzes? Der herrschenden Ansicht sowie der Rechtsprechung zufolge²⁷ ist nur über § 823 Abs. 2 BGB ein Beseitigungsanspruch gegeben, wobei jedoch ein Verschulden bei der Schutzgesetzverletzung nicht verlangt wird. Hingegen sollen negative Einwirkungen nicht zu einer direkten Anwendung des § 1004 BGB führen. Diese herrschende Ansicht wird auch den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt, obwohl angemerkt sei, dass auf

¹⁸ Grziwotz BayVBl 1997, 365, 366 mit einer Vielzahl von auch komplizierten Beispielen.

¹⁹ Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 28.12.1999 (AllMBl 2000, S. 6) Erläuterung zu Anlage 5 (Fn. 15).

²⁰ Dazu andeutungsweise Lechner in Simon (Fn. 5) Art. 7 Rdnr. 510.

²¹ Siehe Grziwotz BayVBl 1997, 365, 367.

²² Vergleiche für einen Fall der Übernahme von Abstandsflächen OVG Lüneburg NVwZ-RR 1998, 12.

²³ BayVGh NVwZ 1995, 281 (ergangen noch vor Inkraft-Treten der Novelle von 1994); Grziwotz BauR 1990, 20.

²⁴ Simon BayVBl 1994, 332, 339 meint, die Abschaffung der bisherigen Praxis sei ohne Not aus vordergründigen Vereinfachungsbestrebungen geschehen; auch weiterhin ist bei der Regelung der Garagen und Stellplätze die Dienstbarkeitslösung beibehalten worden (vergleiche Art. 52 Abs. 4 Satz 2 BayBO i. V.m. der entsprechenden Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern; MABl. 1966, S. 436).

²⁵ Nach Grziwotz MittBayNot 1994, 185, 192.

²⁶ Z.B. bei Mayer BayVBl 1995, 257.

²⁷ Siehe die Darstellung des Streitstandes von Gursky in Staudinger (13. Bearbeitung, Stand: Januar 1999), § 1004 Rdnr. 75; BGHZ 86, 356, 362; BGH NJW-RR 1997, 16, 17.

Grund des Überdeckungsverbots für Abstandsflächen durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 BayBO letztlich die eigene bauliche Nutzung durch den Nachbarn beschränkt wird, so dass keine klassische negative Einwirkung (durch Entziehen von Licht, Luft oder durch Abschattung) vorliegt.

Demzufolge scheint die Rechtslage im Rahmen des Art. 7 Abs. 5 BayBO sich folgendermaßen darzustellen: Die Übernahmeerklärung entfaltet, wie gesehen, auch Wirkung gegen den Rechtsnachfolger. In diesem Fall ist somit das grundsätzlich als Schutzgesetz anerkannte bauordnungsrechtliche Nachbarrecht der Abstandsflächen nicht verletzt. Ein Anspruch aus § 1004 BGB besteht daher nicht, da ein Schutzgesetz nicht verletzt ist, was jedoch über § 823 Abs. 2 BGB erst zu einer Anwendung des § 1004 BGB führen würde. Die Folge wäre, dass dann die Abstandsflächenübernahme auch in privatrechtlicher Hinsicht gegenüber dem Rechtsnachfolger wirkt. Dieser kann also auch keine zivilrechtlichen Ansprüche geltend machen. Im Übrigen ist in den – allerdings auf Grund der Reformen eher selten gewordenen – Fällen, in denen eine bestandskräftige Baugenehmigung vorliegt, zudem umstritten, in welchem Umfang auch privatrechtliche Ansprüche eines Rechtsnachfolgers wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 und 7 BayBO nicht mehr geltend gemacht werden können. Grund hierfür ist die (ihrem Umfang nach noch nicht bestimmte²⁸) sogenannte Tatbestandswirkung²⁹ der Baugenehmigung.

Ein zweiter Blick wirft hierzu aber einige Fragen auf, die noch weitgehend ungeklärt sind: Gemäß Art. 72 Abs. 4 BayBO sind private Rechte Dritter grundsätzlich nicht Gegenstand des bauordnungsrechtlichen Regelungszusammenhangs. In Bayern ist gleichwohl bislang (mangels privatrechtlicher Regelungen) der zivilrechtliche Nachbarschutz im Abstandsflächenrecht von den Bestimmungen des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Schutzgesetzes abhängig. Ob jedoch die Bindung des Rechtsnachfolgers an die Übernahmeerklärung nach öffentlichem Recht auch im Zivilrecht diese Wirkung entfaltet, lässt sich nicht allein auf Grund der Wertungen des Bausicherheitsrechts entscheiden. Sollen schwerwiegende Wertungswidersprüche vermieden werden, müssen vielmehr die (bundesrechtlichen) Regelungen und Prinzipien des bürgerlichen Rechts bei Anwendung des (landesgesetzlichen) Schutzgesetzes berücksichtigt werden. Nach bürgerlichem Sachenrecht jedenfalls binden Belastungen von Grundstücken den Rechtsnachfolger nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind (§ 873 Abs. 1 BGB). Daher ist die Wirkung gegenüber einem Rechtsnachfolger gemäß Art. 7 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 BayBO aus zivilrechtlicher Sicht nicht als Inhalt des Schutzgesetzes, vielmehr als rein öffentlich-rechtliche Sonderbestimmung anzusehen. Sie steht somit einem Anspruch aus § 1004 BGB, § 823 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Wohl aus diesem Grund findet sich in der Literatur oftmals die Ansicht, die Übernahmeerklärung nach Art. 7 Abs. 5 BayBO entfalte keinerlei zivilrechtliche Wirkung³⁰. Wenn hierdurch öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Nach-

barschutz auseinanderfallen, so ist dies eine Folge der Zweigleisigkeit des Nachbarrechts³¹. Zwar ist ein Gleichlauf unzweifelhaft wünschenswert, keineswegs aber naturgegeben. Dies stellt sich heute als Problem in voller Schärfe erst infolge der zunehmenden Ausdifferenzierung beider Rechtsgebiete in den vergangenen dreißig Jahren dar.

Angesichts dieser für den Bauherrn unsicheren Rechtslage wird in der Literatur zu Recht vorgeschlagen³², stets zur Absicherung vor privatrechtlichen Nachbaransprüchen eine Grunddienstbarkeit (§§ 1018 ff. BGB) auf dem Nachbargrundstück zugunsten des zu bebauenden Grundstücks eintragen zu lassen. Hierfür ist naturgemäß die gesonderte Mitwirkung des Nachbarn erforderlich. Wie dargestellt, war ein Ziel des Gesetzgebers, sich durch die Regelung in Art. 7 Abs. 5 BayBO darauf zu beschränken, den öffentlich-rechtlich notwendigen Zusammenhang zu regeln, ohne hierdurch die unter den Nachbarn bestehende Rechtslage zu gestalten, so dass dieses Ergebnis durchaus den gesetzgeberischen Vorgaben entspricht.

Somit besteht derzeit ein doppelter Rechtsweg bezüglich derselben Bestimmungen, da die Abstandsflächenregelungen Drittschutz auch über §§ 1004, 823 Abs. 2 BGB (quasinegativer Rechtsschutz) entfalten³³ und daher auch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten offen steht. Die Erfolgsaussichten beider Rechtswege können nach derzeitigem Rechtsstand zumindest im Falle eingetretener Einzelrechtsnachfolge nicht einheitlich beurteilt werden, so dass der Bauherr bei Vorliegen einer Übernahmeerklärung nach Art. 7 Abs. 5 BayBO zwar öffentlich-rechtlich abgesichert ist, aber gleichwohl privatrechtlichen Beseitigungsansprüchen des Rechtsnachfolgers seines Nachbarn ausgesetzt ist.

2. Verlagerung vom öffentlichen Bauordnungsrecht in das private Nachbarrecht

a. Änderung des Abstandsflächenrechts der BayBO

Abhilfe kann eine Neuregelung auf sehr verschiedenen Wegen leisten. Der erste Blick soll einer Änderung der bauordnungsrechtlichen Bestimmungen gelten.

Entsprechend der Tendenz der bisherigen Bauordnungsrechtsreformen ist zunächst an eine Herausnahme des Abstandsflächenrechts aus dem Prüfungsprogramm im Rahmen der Baugenehmigungserteilung zu denken, wie dies etwa in Bayern für die Regelungen des Schall- und Wärmeschutzes bereits der Fall ist³⁴. Der Nachbar könnte dann nicht mehr wegen Verstoßes gegen die Abstandsflächenvorschriften gegen eine erteilte Baugenehmigung vorgehen³⁵. An der Rechtslage im Rahmen der Genehmigungsfreistellung (Art. 64 BayBO) würde sich allerdings hierdurch nichts ändern, so dass dann in sämtlichen Fällen ein repressives Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde notfalls vom Nachbarn klageweise vor den Verwaltungsgerichten erzwungen werden könnte. Dies wäre jedoch nur eingeschränkt möglich, wenn zudem den Vorschrif-

²⁸ Die Tatbestandswirkung kann sich allerdings auf Grund Art. 72 Abs. 4 BayBO nicht auf dingliche oder obligatorische Rechte Dritter erstrecken; vergleiche dazu insgesamt *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, *BauGB*, 7. Auflage (1999), § 31 Rdnr. 54 m.w.N.; vergleiche auch *BayObLG BayVBl* 1991, 28 mit Anmerkung von *Geiger BayVBl* 1991, 252.

²⁹ Vergleiche *Mayer BayVBl* 1995, 257; *Breuer DVBl* 1983, 431, 438 f.; *Meisner-Ring-Götz*, *Nachbarrecht in Bayern*, 7. Auflage (1986), § 39 Rdnr. 7.

³⁰ Etwa bei *Grziwotz BayVBl* 1997, 365; im Ergebnis ebenso *Mayer BayVBl* 1995, 257; zurückhaltender *Busse* (Fn. 5) Art. 7 Rdnr. 8, der diese Frage für „nicht eindeutig geklärt“ erachtet.

³¹ Dazu beispielsweise *BGH NJW* 1983, 751; *Peine JuS* 1987, 169, 173 ff.; umfangreiche Nachweise auch bei *Säcker* in *MünchKomm zum BGB*, 3. Auflage (1997), § 906 Rdnr. 6 ff.

³² Vergleiche *Mayer BayVBl* 1995, 257, 263; *Lechner in Simon* (Fn. 5) Art. 7 Rdnr. 527 a.E.; *Wolf/Strunz*, *Bayerische Bauordnung*, 2. Auflage (1997), Art. 7 Anm. 6.

³³ Siehe *Palandt-Bassenge* (Fn. 8) § 903 Rdnr. 24 ff. und *BGH NJW* 1985, 2825.

³⁴ Vergleiche Art. 72 Abs. 1 Satz 2 BayBO.

³⁵ Siehe *Seidel* (Fn. 2) Rdnr. 261.

ten der Art. 6, 7 BayBO ausdrückliche Regelungen bezüglich der drittschützenden Wirkung beigefügt würden. Der bislang generelle, also vom Nachweis einer konkreten Beeinträchtigung unabhängige Nachbarschutz könnte beispielsweise durch eine gesonderte Regelung auf die Fälle beschränkt werden, in denen in individualisierter und qualifizierter Weise ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Nachbarn durch die Verletzung der Abstandsflächennormen vorliegt³⁶. Der Gesetzgeber käme auf diesem Weg der auf Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG beruhenden Gestaltungsaufgabe nach, den Umfang des Nachbarschutzes möglichst bestimmt zu regeln. Der Umfang des Drittschutzes soll danach im Grunde der jeweiligen Rechtsnorm selbst entnommen werden können, auch wenn sich meist mit Hilfe der sog. „Schutznormtheorie“ handhabbare Ergebnisse erzielen lassen.

Bei diesen Varianten behält die Baubehörde auch weiterhin die Aufgabe, für die Einhaltung der Abstandsflächen zu sorgen. Wollte man jeglichen (verwaltungsgerichtlichen) Rechtsschutz des Nachbarn hinsichtlich des Landesabstandsflächenrechts ausschließen, so könnte eine Bestimmung angefügt werden, wonach den Abstandsflächenvorschriften keinerlei drittschützende Wirkung zukommt. Der hierdurch entfallende Schutznormcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB wäre sodann zu kompensieren durch eigenständige zivilrechtliche Gebäudeabstandsregelungen.

Der weitestgehende Schritt wäre zweifellos die Streichung der Bestimmungen der Art. 6, 7 BayBO ohne bauordnungsrechtlichen Ersatz. Eine generelle baurechtliche Regelungslücke würde hierdurch nicht entstehen, da eine Überprüfung der Bauabstände im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Erfordernisse durch den Landesgesetzgeber ohnehin nicht angezastet werden kann und somit weiterhin Bestand hat. Über die Bestimmungen des BauGB, der BauNVO und entsprechenden Festlegungen der Bauleitplanung durch die Gemeinden findet in durchaus umfänglichem Maß ausreichender Nachbarschutz statt, der die öffentlichen Interessen an ausreichenden Baugrenzen mit flexiblen Mitteln zu wahren hilft. Demgegenüber stammen die außerordentlich starren und formalisierten bauordnungsrechtlichen Abstandsflächen aus einer Zeit, in der ein ausdifferenziertes System des Nachbarschutzes im Bauplanungsrecht noch nicht vorhanden war. Ohnehin treten bereits jetzt die Regelungen der Art. 6 und 7 BayBO in ihrer Wirkung hinter die bauplanungsrechtlichen Vorgaben zurück, indem die bauordnungsrechtlichen Vorschriften ihre Anwendung weitgehend von den Bestimmungen der bauplanungsrechtlichen Lage abhängig machen.

Auch die gänzliche Herauslösung des Abstandsflächenrechts aus der Bauordnung ist also keine Alles-oder-Nichts-Lösung, da auf jeden Fall die nachbarschützenden Gebäudeabstandsregelungen des Bauplanungsrechts bestehen bleiben³⁷, so dass der Bauaufsichtsbehörde auch bei dieser Variante weiterhin die Überwachung der Einhaltung elementarer Grenzabstände verbleibt.

b. Gestaltung im Privatrecht – Übernahme der Regelungen der BayBO in das BayAGBGB

Weiterhin denkbar ist die Aufnahme von Bestimmungen bezüglich der Bauabstände in das private Nachbarrecht. Wie dargestellt, würde in verschiedenen Varianten durch Abänderung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften auch der ordent-

liche Rechtsweg entfallen, da ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB nicht mehr vorläge. Angesichts dessen ist eine ausdrückliche Regelung im Rahmen des landesprivatrechtlichen Nachbarrechts der Art. 43 ff. AGBGB angezeigt.

Die Einlagerung des Abstandsflächenrechts im privaten Nachbarrecht entspricht, wie beschrieben, dem Verständnis des Bundesgesetzgebers, der in Art. 124 EGBGB den Ländern die Möglichkeit gegeben hat, Bauabstände auf landesrechtlicher Ebene festzulegen. Bislang haben hiervon Baden-Württemberg³⁸, Nordrhein-Westfalen³⁹, Niedersachsen⁴⁰ und Schleswig-Holstein⁴¹ Gebrauch gemacht⁴².

Wie dies bereits jetzt bei den Bestimmungen der Art. 6 und 7 BayBO der Fall ist, kann auch ein zivilrechtlicher Abstandsflächenrecht nur in Abhängigkeit von den bauplanungsrechtlichen Gegebenheiten sinnvoll geregelt werden. Einerseits gehen die bundesrechtlichen Bestimmungen dem Rang nach vor, so dass letztlich das BauGB den Rahmen vorgibt, in welchem Abstandsflächen überhaupt erst zum Tragen kommen können⁴³. Andererseits fordert der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung die Hinnahme der bauplanungsrechtlichen Vorgaben. Sieht also der geltende Bebauungsplan eine geschlossene Bauweise vor (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB, § 22 Abs. 3 BauNVO), so hat dies sinnvollerweise Vorrang gegenüber einem durch das Landesprivatrecht vorgesehenen seitlichen Grenzabstand. Die ausdrückliche Anordnung der Subsidiarität der privatrechtlichen Gebäudeabstandsregelungen ist daher wünschenswert⁴⁴.

Eine Absenkung des Schutzniveaus für die Beteiligten unter das bisherige Maß würde durch eine Verlagerung in das Privatrecht nicht eintreten. Über die derzeit in Art. 7 Abs. 5 BayBO vorgesehene Schriftform hinaus, besteht in zivilrechtlicher Sicht das Erfordernis einer Eintragung im Grundbuch, da andernfalls eine Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern nicht eintritt. Sollen sämtliche Übernahmen dokumentiert sein, so kann landesgesetzlich angeordnet werden, dass eine Abstandsflächenübernahme nur dann wirksam ist, wenn sie im Grundbuch eingetragen ist. Jede Abstandsflächenübernahme wäre dann zwingend aus dem Grundbuch ersichtlich.

Infolge der Vorschriften des Bürgerlichen Rechts und der Grundbuchordnung wird damit ein über die bisherigen Vorschriften hinausgehender Schutz erreicht. Denn in diesem Rahmen ist für die Eintragungsbewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO der Nachweis durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde erforderlich. Anders als im bisherigen Verfahren nach Art. 7 Abs. 5 BayBO wird somit in diesem Fall die Identität des Übernehmenden bei der Eintragung der Grunddienstbarkeit zwingend geprüft, ebenso wie dessen Verfügungsbefugnis im Grundbuchverfahren.

³⁸ §§ 3 ff. NRG BW (Gesetz über das Nachbarrecht) in der Fassung vom 8.1.1996 (GBl. S. 53).

³⁹ §§ 1-3 NachbG NW (Nachbarrechtsgesetz) vom 15.4.1969 (GV S. 190).

⁴⁰ § 61 NdsNachbRG (Nachbarrechtsgesetz) vom 31.3.1967 (GVBl S. 91).

⁴¹ §§ 42, 43 NachbG SchlH (Nachbarrechtsgesetz) vom 24.2.1971 (GVBl S. 54).

⁴² Jeweils allerdings unter Aufnahme bausicherheitsrechtlicher Bestimmungen der Abstandsflächen in den entsprechenden Landesbauordnungen; vergleiche z.B. §§ 5 ff. LBO BW und § 6 f. BauO NRW.

⁴³ So auch im Ausgangspunkt die Entscheidung BayVGH NVwZ-RR 1998, 712.

⁴⁴ Vergleiche beispielsweise die entsprechenden Formulierungen der § 27 NRG BW, § 42 f. NachbG SchlH.

Auch kann der Tendenz, ein neues Register für Abstandsflächenübernahmen⁴⁵ zu errichten, konsequent mit der hier vorgeschlagenen Verlagerung des Abstandsflächenrechts in das Privatrecht entgegengetreten werden. Systematisch fügt sich die Übernahme in das Immobiliarsachenrecht des Bürgerlichen Rechts bruchlos ein. Die von den Beteiligten aufzubringenden Kosten der Beglaubigung und Grundbucheintragung halten sich im Rahmen und sind für Beratung (Notar) und Rechtssicherheit (Grundbuchamt) gut investiert. Die Bedeutung des Grundbuchs wird weiter gestärkt und kommt damit der Absicht des Gesetzgebers entgegen, zusehends dem Grundbuch umfassende Aussagekraft für sämtliche Rechtsverhältnisse von Grundstücken zu verleihen. Zuletzt erkennbar wurde dies an der Einführung des Bodenschutzlastvermerks durch § 93 b GBV.

Der hier vorgeschlagene Weg führt zweifellos zu einer höheren Verantwortung der Nachbarn untereinander. Um die Wahrnehmung dieser Verantwortung nicht faktisch unmöglich zu machen, empfiehlt es sich, wie bisher, die Information des Nachbarn durch den Bauherrn mittels Vorlage der Bauunterlagen im Rahmen der obligatorischen Nachbarbeteiligung sicher zu stellen. Auch im Genehmigungsverfahren ist die Beteiligung des Nachbarn entsprechend Art. 71 BayBO auf Grund Vorlage der Bauunterlagen bei der Bauaufsichtsbehörde (Art. 64 Abs. 2 BayBO) und der folgenden Benachrichtigung des Nachbarn (Art. 64 Abs. 3 BayBO) gesichert. Zu denken wäre weiterhin an eine untergesetzliche Verpflichtung der Baubehörde zu einem Hinweis auf die zivilrechtlichen Gebäudeabstandsregelungen im Rahmen der Nachbarbeteiligung. Die Wahrung seiner Rechte ist sodann Aufgabe des Nachbarn selbst. Dies entspricht nicht zuletzt auch dem Wunsch des Gesetzgebers, die Nachbarn mögen Streitigkeiten hinsichtlich der Einhaltung von Gebäudeabständen grundsätzlich untereinander austragen.

Dass Rechtssicherheit und Wahrung des Rechtsfriedens mit an bestimmte Stillhaltefristen geknüpften Verwirkungsregeln erreicht werden kann, zeigen Vorschriften aus dem privaten Nachbarrecht anderer Bundesländer. Nordrhein-Westfalen ordnet beispielsweise eine Verwirkung der Beseitigungsansprüche an, wenn nicht binnen dreier Monate nach Vorlage des Bau- und Lageplans die Einhaltung der Abstände vom Bauherrn verlangt wurde oder wenn das fragliche Gebäude länger als drei Jahre in Gebrauch ist. Schadensersatzansprüche bleiben in letzterem Fall unberührt⁴⁶. Eine weitere Möglichkeit wäre die Anwendung der Verjährungsregelung des Art. 52 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 BayAGBGB, in welcher für den Beginn der Frist an das Erkennbarwerden der Rechtsverletzung angeknüpft wird.

Bereits nach derzeitiger Rechtsauffassung droht nicht immer eine Beseitigung des unter Verstoßes gegen die Abstandsflächenvorschriften errichteten Gebäudes: Nach heute deutlich überwiegender Ansicht⁴⁷ sind auf einen derartigen Fall die Vorschriften bezüglich der Errichtung eines Überbaus

(§§ 912–915 BGB) entsprechend anwendbar. War also der Verstoß unverschuldet im Sinne des § 912 Abs. 1 BGB, so besteht statt eines Beseitigungsanspruches lediglich ein Entschädigungsanspruch auf Zahlung einer Geldrente. Zur Klarstellung ist insoweit in der landesprivatrechtlichen Abstandsflächenvorschrift eine Verweisung auf die Bestimmungen der §§ 912–915 BGB möglich.

Bezüglich des Inhalts der materiellen Regelung kann im Übrigen eine weitgehende Beibehaltung der bislang öffentlich-rechtlichen Vorschriften der Art. 6 und 7 BayBO erfolgen. Lediglich die Möglichkeiten einer baubehördlichen Anordnung oder Gestattung⁴⁸ haben naturgemäß zu entfallen. Ob zugleich eine Rückkehr zu festen Grenzabständen eine wesentliche Vereinfachung der Rechtslage bewirken würde oder einen tatsächlichen Rückschritt zu einer längst überwundenen Rechtslage bedeuten würde⁴⁹, ist eine weitere relevante Frage, die an dieser Stelle nur angedeutet sein soll.

3. Konsequenzen und Grenzen einer Verlagerung in das Private Nachbarrecht

a. Kein öffentlich-rechtlicher Gebäudeabstandsschutz mehr?

Eine Verlagerung des Abstandsflächenrechts aus dem Bauordnungsrecht in das Privatrecht hat nicht zur Folge, dass keinerlei öffentlich-rechtliche Regelungen hinsichtlich des Gebäudeabstands mehr bestehen. Unberührt bleiben selbstverständlich die bundesrechtlichen Vorgaben des Bauplanungsrechts.

In zahlreichen Vorschriften sichert dort der Gesetzgeber dieselben Ziele ab, wie sie derzeit auch das Bauordnungsrecht wahrnimmt. So hat die Bauleitplanung nach § 1 Abs. 5 Nr. 1 BauGB insbesondere die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung zu berücksichtigen. Wie die Bestimmung des § 136 Abs. 3 lit. a BauGB zeigt, ist hierbei insbesondere an die Belichtung, Besonnung und Belüftung der Wohnungen und Arbeitsstätten gedacht.

Äußerst umstritten ist zwar die Frage, ob Festsetzungen des Bebauungsplans hinsichtlich der Vorgaben einer offenen Bauweise mit seitlichem Grenzabstand (§ 22 BauNVO) Drittschutz entfalten⁵⁰. Richtigerweise⁵¹ wird für die nachbarschützende Wirkung bei den überbaubaren Grundstücksflächen (§ 23 BauNVO) maßgeblich auf die jeweiligen Vorgaben der planaufstellenden Gemeinde abzustellen sein. In diesen Fällen ist sodann ein genereller Nachbarschutz der Festsetzungen abzulehnen⁵², gleichwohl im Einzelfall bei faktischen Beeinträchtigungen des Nachbarn ein drittschützendes Charakter der Festsetzungen zu bejahen⁵³. Im Rahmen der

⁴⁵ Etwa entsprechend den Baulastenverzeichnissen wie sie alle Bundesländer bis auf Bayern und Brandenburg kennen; zum Verhältnis von Baulast und Dienstbarkeit siehe *Steinkamp* MittRhNotK 1998, 117.

⁴⁶ § 3 Abs. 1 lit. a und lit. c NachbG NW und § 3 Abs. 2 NachbG NW; kritisch hierzu unter Berücksichtigung der Ermächtigung des Art. 124 EGBGB: *Roth* in *Staudinger* (13. Bearb., Stand: Oktober 1995), § 912 Rdnr. 59.

⁴⁷ Vergleiche *Roth* (Fn. 46) § 912 Rdnr. 59; *Säcker* (Fn. 31) § 912 Rdnr. 54; *Meisner/Ring/Götz* (Fn. 29) § 21 Rdnr. 58; OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 665 (in ausdrücklicher Abweichung von RGZ 83, 317).

⁴⁸ Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 3 und Satz 4 BayBO; Art. 6 Abs. 4 Satz 3 BayBO; Art. 7 Abs. 3 BayBO; Art. 70 BayBO.

⁴⁹ Vergleiche *Jüde* BayVBI 1995, 710, 711 m.w.N.

⁵⁰ Ablehnend VGH Kassel BRS 25 Nr. 188; befürwortend hingegen OVG Koblenz BRS 20 Nr. 164 und BRS 23 Nr. 182; vergleiche auch die kurze Darstellung von *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr* (Fn. 28) § 31 Rdnr. 72.

⁵¹ Vergleiche *Bielenberg* in *Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, BauNVO (Stand: 49. Lieferung, Stand: Juni 1994), § 22 Rdnr. 35 m.w.N.

⁵² Allgemein auch zum Drittschutz von Festsetzungen bezüglich des Maßes der baulichen Nutzung; BVerwG NVwZ 1996, 170; BVerwG NVwZ 1996, 888; VGH Mannheim BauR 1995, 512.

⁵³ So VGH Mannheim NJW 1992, 1060; NVwZ-RR 1995, 489; ebenso *Dürr* DÖV 1994, 841, 847 und *Bielenberg* (Fn. 51) § 23 Rdnr. 59 bezüglich seitlicher und hinterer Baulinien; zurückhalten der dagegen OVG Münster NVwZ-RR 1997, 277, 278.

Bauleitplanung kann daher weiterhin dem Nachbarn ausreichend Drittschutz vermittelt werden, da die entsprechenden Regelungen nicht nur städtebauliche Funktion haben⁵⁴.

Im unbeplanten Innenbereich wird nach heute gesicherter Rechtserkenntnis mittels des Gebots der Rücksichtnahme über das Erfordernis des „Einfügens“ auch im Rahmen des § 34 Abs. 1 BauGB Drittschutz vermittelt. Dass Nachbarschutz im Rahmen des Rücksichtnahmegebots auch dann möglich ist, wenn die landesrechtlichen Abstandsflächen eingehalten sind, hat das BVerwG⁵⁵ erst kürzlich erneut klargestellt⁵⁶. In diesem Zusammenhang wurde auch dargestellt, dass das Rücksichtnahmegebot allein deswegen verletzt sein kann, weil die Belange von Belichtung, Besonnung und Belüftung sowie Begrenzung der Einsichtsmöglichkeit nicht ausreichend berücksichtigt sind⁵⁷. Bei Einhaltung der landesrechtlichen Abstandsvorschriften soll allerdings aus tatsächlichen Gründen der Verstoß nicht zum Tragen kommen können, weil das Vorhaben sich dann real in die nähere Umgebung einfügt. Auf welcher rechtlichen Vorschrift die einzuhaltenden Abstände beruhen, spielt hierfür keine Rolle, da es allein auf die tatsächliche Bebauung ankommt. Landesprivatrechtliche Regelungen spielen dafür die gleiche Rolle wie die derzeit öffentlich-rechtlichen Bestimmungen.

Im Außenbereich wird ebenfalls über das Rücksichtnahmegebot, das insoweit in der Bestimmung des § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB Ausdruck gefunden hat, dem Nachbarn partieller Drittschutz gewährt. Ist also der Nachbar durch eine zu eng angrenzende Bebauung qualifiziert und individualisiert betroffen, so steht ihm bereits aus diesem Gesichtspunkt ein öffentlich-rechtlicher Abwehranspruch zu.

Im Ergebnis sichert somit bereits das Bauplanungsrecht im Falle konkreter Einwirkung auf das nachbarliche Grundstück die Erlangung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Dass in diesem Fall nicht die exakte Einhaltung der bisherigen bauordnungsrechtlichen Abstandsmaße verlangt werden kann, erklärt sich aus dem bodenrechtlichen Zusammenhang des bundesrechtlichen Bauplanungsrechts. Gerade diese Beschränkung des Nachbarschutzes auf tatsächlich bodenrechtlich spannungsreiche Abstandsbebauung kommt jedoch insgesamt den Erfordernissen eines im öffentlichen Interesse bestehenden Regelungszusammenhangs weit eher entgegen, als die bislang bestehende zentimetergenaue Regelung im Bauordnungsrecht. Dies zeigt sich auch daran, dass im Bauordnungsrecht nur dem unmittelbaren Nachbarn ein Anspruch auf Einhaltung der Abstandsflächen eingeräumt⁵⁸ wird, während sich der Schutzcharakter des bauplanungsrechtlichen Gebots der Rücksichtnahme nicht auf den unmittelbaren Nachbarn beschränkt, vielmehr auch der Schutz in Bezug auf die Bauweise und die überbaubaren Grundstücksflächen hier personell weiter gezogen wird⁵⁹.

b. Rechtswegaufspaltung oder Rechtswegharmonisierung?

Eine weitere wichtige Frage wirft die Verlagerung in das Privatrecht auf, indem nunmehr vorwiegend die ordentlichen

Gerichte über den Streit an der Grundstücksgrenze zu entscheiden hätten. Tritt hierdurch eine Aufspaltung des Rechtswegs ein? Ist eine erheblich größere Zahl an Rechtsstreitigkeiten zu erwarten?

Zunächst ist zu bemerken, dass bereits nach derzeitigem Rechtszustand sowohl die Verwaltungsgerichte als auch die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Die Zweigleisigkeit des Nachbarschutzes im deutschen Recht führt durch die nachbarschützenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften und die verbindende Regelung des § 823 Abs. 2 BGB dazu, dass dem Nachbarn beide (Rechts-)Wege offen stehen. Die Verlagerung in das Privatrecht würde also keinen bisher nicht gegebenen Rechtsweg eröffnen, vielmehr nur den Verwaltungsrechtsweg in Bezug auf die Überprüfung der Einhaltung der hier ins Auge gefassten Normen verschließen.

Der wesentliche Unterschied beider Rechtswege liegt darin, dass nur vor den Verwaltungsgerichten eine Amtsermittlung erfolgt (§ 86 Abs. 1 VwGO). Nachteilig für den Nachbarn im Rahmen des Zivilprozesses können die unter Umständen höheren Kosten sowie im einstweiligen Rechtsschutz die nur im öffentlichen Recht nicht anwendbare Schadensersatzpflicht nach § 945 ZPO sein.

Die Zivilgerichte zeigen bereits heute, dass mit dem Instrumentarium des bürgerlichen Nachbarrechts (Verwirkung, Rechtsmissbrauch, Duldungspflichten auf Grund des § 242 BGB) genügend Flexibilität besteht, um den jeweiligen situativen Gegebenheiten gerecht werden zu können. Trotz der zwar bestehenden prozessualen Unterschiede ist eine abweichende Rechtsentwicklung daher im Grunde nicht zu erwarten. Schließlich ist durchaus denkbar, dass Nachbarschaftskonflikte bei ausschließlicher Behandlung durch den Zivilrichter eher beigelegt werden können als durch die vorangehende Einschaltung der Bauaufsichtsbehörde, die im Einzelfall von den Beteiligten als Vorausinstanz instrumentalisiert wird, bevor schließlich vor Gericht gestritten wird. Zu bedenken ist auch, dass vor dem Verwaltungsgericht nicht in der eigentlichen Streitkonstellation Nachbar-Bauherr⁶⁰, sondern vielmehr mit dem Träger der Bauaufsichtsbehörde und dem Bauherrn als Beigeladenem prozessiert wird. Dass die Exekutive bei der Konfliktbeilegung des Nachbarschaftsstreits vor Gericht als Partei mit einbezogen wird, scheint jedenfalls nicht aus sich heraus zwingend streitschlichtend zu wirken. Beachtlich dürfte auch sein, dass im Übrigen ein obligatorisches Schlichtungsverfahren nach § 15a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGZPO in Verbindung mit einer Ergänzung des BaySchlG⁶¹ vorgeschaltet werden kann. Durch einen moderierenden neutralen Schlichter, der nicht als Partei teilnimmt, wird auf diesem Wege versucht, den bestehenden Konflikt einverständlich beizulegen.

Eine letzte Anmerkung zum Rechtsschutz betrifft die prozessual und materiellrechtlich problematische Zurückdrängung der genehmigungspflichtigen Bauvorhaben zugunsten des Genehmigungsfreistellungsverfahrens. Der insoweit erfolgte Rückzug des Staates aus der präventiven Vorabkon-

⁵⁴ Seidel (Fn. 2) Rdnr. 413; Löhr (Fn. 28) § 31 Rdnr. 70 ff.

⁵⁵ BVerwG NVwZ 1999, 879, 880.

⁵⁶ Nachf. ebenso: BayVGH BayVBl 2000, 532.

⁵⁷ So das BVerwG unter Berufung auf *Mampel* ZfBR 1997, 227, 229 f.

⁵⁸ *Dhom* in *Simon* (Fn. 5) Art. 6 Rdnr. 295 unter Berufung auf BayVGH vom 28.10.1993; Nr. 26 CS 923351.

⁵⁹ Löhr (Fn. 28) § 31 Rdnr. 70 unter Berufung auf *Mampel* BauR 1998, 697, 710.

⁶⁰ Die Ansicht von *Ortloff* NVwZ 1998, 932 im Falle der Genehmigungsfreistellung direkt im Verhältnis Nachbar-Bauherr vor dem Verwaltungsgericht zu streiten, müsste von der Rechtspraxis erst noch aufgenommen werden und begegnet grundsätzlichen Bedenken; vergleiche dazu *Mampel* NVwZ 1999, 385 und *Sacksofsky* DÖV 1999, 946, 951 f.

⁶¹ Unter weiterer Nutzung der Möglichkeit, das private Landesnachbarrecht nach Art. 124 EGBGB zum Gegenstand der obligatorischen vorprozessualen Schlichtung zu machen.

trolle hat auch die Frage aufgeworfen, ob nunmehr der Verwaltungsrechtsweg in den Fällen des Freistellungsverfahrens gänzlich ausscheidet oder nur noch in den Fällen einzuschlagen ist, in welchen das Ermessen hinsichtlich des gewünschten bauaufsichtsbehördlichen Einschreitens auf Null reduziert ist⁶².

Das Ziel der Diskussion ist es, den Nachbarrechtsschutz einheitlich zu gestalten und zwar unabhängig davon, ob im konkreten Fall eine Baugenehmigung erforderlich ist oder nicht⁶³. Die Lösung dieses Problems ist im Grunde auf der materiellrechtlichen Ebene zu suchen, da nur bei genehmigungspflichtigen Vorhaben eine Möglichkeit besteht, gegen die erteilte Genehmigung vorzugehen, im Übrigen aber nur ein Anspruch auf baubehördliches Einschreiten verbleibt.

Die Gefahr, dass hierdurch der Rechtsschutz weitgehend verzerrt wird, wirft weitere Rechtsfragen⁶⁴ auf, deren Klärung bislang noch auf sich warten lässt. Durch die Verlagerung in das Privatrecht lassen sich jedoch insoweit an der besonders streitträchtigen Schnittstelle der Grundstücksgrenze für den Nachbarn die Fragen des Rechtsschutzes einer pragmatischen Lösung zuführen, indem nunmehr ausschließlich die Zivilgerichte über die bislang bauordnungsrechtlich geregelten Rechtsfragen der Abstandsflächen zu entscheiden haben.

c. Verfassungsrechtliche Grenzen einer Verlagerung in das private Nachbarrecht

An verfassungsrechtliche Grenzen stoßen die hier vorgeschlagenen Änderungen nicht. Zwar fordert Art. 14 Abs. 1 GG einen Mindestinhalt der Eigentumsrechte und damit auch ein Minimum an Schutzgrenzen gegenüber einer Bebauung des Nachbargrundstücks. Allerdings ist, wie gezeigt, mit Hilfe der bauplanungsrechtlichen Vorschriften auch weiterhin ein genügender Schutzzumfang für den Nachbarn garantiert. Zudem lässt sich aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht die Pflicht des Gesetzgebers ableiten, eine öffentlich-rechtliche Regelung zu treffen. Hält der Gesetzgeber zivilrechtliche Normen für sachgerecht, so steht dies mit der Eigentumsgarantie im Einklang. Schließlich ist ein Verfassungsgebot zur Zweigleisigkeit des Rechtswegs aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht ableitbar. Steht es dem Gesetzgeber frei, ob er nachbarschaftliche Rechtsbeziehungen öffentlich-rechtlich oder nur privatrechtlich regelt⁶⁵,

so ist jedenfalls bei ausreichenden privatrechtlichen Vorschriften das Schutzniveau des Art. 14 Abs. 1 GG nicht unterschritten⁶⁶.

Auch die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG steht der hier vorgeschlagenen Verlagerung des Abstandsflächenrechts nicht entgegen. Nicht das Baurecht insgesamt wird der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen⁶⁷ – lediglich das Abstandsflächenrecht bislang bauordnungsrechtlicher Prägung. Wie gesehen bleibt der Weg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet. Insbesondere kann dort der bauplanungsrechtlich gewährte Drittschutz an der Grundstücksgrenze überprüft werden, auch soweit es um Gebäudeabstände geht. Da somit kein Verlust jeglicher (verwaltungs-)gerichtlicher Kontrolle der Tätigkeit der öffentlichen Bauverwaltung eintritt, scheint auch Art. 19 Abs. 4 GG nicht betroffen, da die Verfassung nicht vorschreibt, ob der ordentliche oder der Verwaltungsrechtsweg vom Gesetzgeber zur Klärung von Rechtsfragen zur Verfügung zu stellen ist.

4. Zusammenfassung

Wird auf eine bauordnungsrechtliche Regelung der Abstandsflächen vollständig verzichtet und diese in das Privatrecht überführt, so wird eine Art juristische Flurbereinigung erreicht. Das gesetzgeberische Ziel, welches den Art. 6 und 7 BayBO zugrunde liegt, ist seiner Natur nach dem privatrechtlichen Regelungszusammenhang zuzuordnen: Rechtssicherheit und Eigentumsschutz an der Grundstücksgrenze sind Rechtsbereiche, die in den §§ 906 ff. BGB sowie auf Grund Art. 124 EGBGB in den entsprechenden Landesgesetzen (in Bayern: Art. 43 ff. AGBGB) zum privaten Nachbarrecht geregelt sind.

Eine Verlagerung aus dem Bauordnungsrecht in das Privatrecht wird das Grundbuch an Aussagekraft gewinnen lassen, da nunmehr alle auch Rechtsnachfolger bindende Abstandsflächenübernahmen als Grunddienstbarkeiten ersichtlich werden. Zusätzlicher Arbeitsaufwand bei den Baubehörden durch Anfragen bezüglich möglicher Übernahmeerklärungen kann hierdurch ebenfalls vermieden werden. Schließlich ermöglicht die Verlagerung eine konsequentere Zuordnung der unterschiedlichen Regelungsbereiche als dies bislang der Fall ist, ohne allerdings den öffentlich-rechtlichen Schutz durch das Bauplanungsrecht anzutasten.

Der Gesetzgeber kann hierdurch mit der Fortführung seiner bisherigen mit den Bauordnungsrechtsreformen verfolgten Ziele in eleganter Weise auch eine Vielzahl problematischer Rechtsfragen ihrer sicheren Lösung zuführen.

⁶² Vergleiche die Darstellung bei *Sacksofsky* DÖV 1999, 946, 950 ff.

⁶³ Zu (wohl unvermeidbaren) Diskrepanzen *Seidel* (Fn. 2) Rdnr. 182 und Rdnr. 325.

⁶⁴ Vergleiche *Degenhart* NJW 1996, 1433; *Uechtritz* BauR 1998, 719; *Sacksofsky* DÖV 1999, 946, 950 ff.

⁶⁵ Vergleiche BVerwG NVwZ 1999, 413, 414; VGH Mannheim NVwZ 1998, 975, 976.

⁶⁶ *Seidel* (Fn. 2) Rdnr. 300 und Rdnr. 333.

⁶⁷ Dies wäre nach Ansicht von *Degenhart* NJW 1996, 1433 ein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG.

Die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB bei ausländischem Güterrechtsstatut

Von Notarassessor Dr. Christoph Döbereiner, München

Das Vermögen eines Verheirateten wird nach seinem Ableben nicht nur auf erbrechtlichem, sondern auch auf güterrechtlichem Wege verteilt. Im deutschen Recht gilt sach- wie kollisionsrechtlich und damit auch im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 EGBGB der Grundsatz des Vorrangs der güterrechtlichen vor der erbrechtlichen Vermögensabwicklung. Wenig Beachtung findet dabei bisher die Frage, ob die auf unbewegliches Vermögen beschränkte Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB auch besteht, wenn ein in Deutschland belegenes Grundstück Bestandteil des Gesamtguts von in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ist.

A. Einleitung

Die Rechtsnachfolge von Todes wegen unterliegt bei einem Fall mit Auslandsberührung gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehört. Für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen kann gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Erbrecht gewählt werden¹.

Die Auslegung des Begriffs des unbeweglichen Vermögens in Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist bis heute nicht abschließend geklärt und wirft insbesondere im Hinblick auf Beteiligungen des Erblassers an Grundbesitz haltenden Gemeinschaften und Gesellschaften zahlreiche Probleme auf². Einigkeit besteht, dass eine Rechtswahl für Miteigentumsanteile an Grundstücken möglich ist³. Für zum Nachlass gehörige Erb- und Gesellschaftsanteile vertritt die heute wohl h.M.⁴ dagegen den Standpunkt, dass es sich dabei um bewegliches Vermögen handelt, auch wenn der Nachlass bzw. das Gesellschaftsvermögen ausschließlich aus Grundbesitz bestehen. Kaum⁵ Be-

achtung findet die Frage der Zulässigkeit einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB, wenn ein in Deutschland belegenes Grundstück Bestandteil des Gesamtguts von in Gütergemeinschaft (deutschen oder ausländischen Rechts) lebenden Ehegatten ist⁶.

B. Die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB bei ausländischen Gesamtgutsanteilen

Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Niederländische Ehegatten mit Wohnsitz in den Niederlanden erwerben gemeinsam eine Wohnung in Deutschland. Sie werden als Eigentümer „in Gütergemeinschaft niederländischen Rechts“ in das Grundbuch eingetragen. Die Wohnung soll nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden allein gehören. Zur Erleichterung der Abwicklung nach dem Tod des Erstversterbenden treffen die Ehegatten in einem Erbvertrag⁷ hinsichtlich der Wohnung eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB⁸ und setzen sich gegenseitig zum Alleinerben ein. Weiteres Vermögen in Deutschland ist nicht vorhanden. Nach dem Tod des Erstversterbenden stellt sich die Frage, nach welchem Recht sich der Anteil des Verstorbenen an der Wohnung vererbt hat.

Auf den ersten Blick scheint an der Anwendbarkeit des deutschen Rechts aufgrund der getroffenen Rechtswahl kein Zweifel zu bestehen. Die Wohnung ist unproblematisch unbewegliches Vermögen. Betrachtet man den Gegenstand der Erbfolge genauer, so ergibt sich folgendes: Der Verstorbene lebte im Güterstand der „Allgemeinen Gütergemeinschaft“ des niederländischen Rechts nach Art. 93 ff. B.W. Die Wohnung gehörte zum „Gesamtgut“ gemäß Art. 94 Abs. 1 B.W. Jedenfalls nach deutschem materiellen Recht fällt bei Bestehen einer Gütergemeinschaft ausschließlich der Gesamtgutsanteil, nicht ein zum Gesamtgut gehöriger Einzelgegenstand in den Nachlass. Dies regelt ausdrücklich § 1482 S. 1 BGB. Der Gesamtgutsanteil ist nach deutschem Sachrecht kein unbeweglicher Gegenstand. Fraglich ist nun, ob dies auch auf

¹ Zu den Vor- und Nachteilen einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB allgemein Dörner, DNotZ 1988, 67 (85 ff.); Riering, ZEV 1995, 404.

² Vgl. im Einzelnen MünchKomm/Birk, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rdnr. 67; Riering, ZEV 1995, 404 (405); Staudinger/Dörner, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 485.

³ Dörner, DNotZ 1988, 67 (94); Nieder, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 400; Pünder, MittRhNotK 1989, 1 (3).

⁴ Lichtenberger, DNotZ 1986, 644 (659); MünchKomm/Birk, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rdnr. 63; Palandt/Heldrich, 60. Aufl. 2001, Art. 25 EGBGB Rdnr. 7; Riering, ZEV 1995, 404 (405), mit zahlreichen weiteren Nachweisen; a.A. z.B. Dörner, DNotZ 1986, 91; Erman/Hohloch, 10. Aufl. 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 18; Krzywon, BWNotZ 1986, 160; 1987, 5; Staudinger/Dörner, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 485.

⁵ Lediglich Riering, ZEV 1995, 404 (405); Schurig, IPRax 1990, 389 (391); Soergel/Schurig, 12. Aufl. 1996, Art. 25 EGBGB Rdnr. 4 und Staudinger/Dörner, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 485 sprechen das Problem – soweit ersichtlich – ausdrücklich an.

⁶ Dieses Problem stellt sich im Übrigen im Rahmen einer Rechtswahl gemäß Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB kaum, da durch eine Rechtswahl nach dieser Vorschrift das anwendbare Güterrechtsstatut und damit letztlich der Güterstand gerade erst festgelegt werden soll.

⁷ Zum Verbot des Erbvertrages im niederländischen Recht, das hier – die Wirksamkeit der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB unterstellt – gerade nicht anwendbar ist, vgl. z.B. Schotten, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 316 f. m.w.N.

⁸ In den Niederlanden gilt im Übrigen als nationales Kollisionsrecht seit 1.10.1996 das Haager Abkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht vom 1.8.1989, das weitergehende Rechtswahlmöglichkeiten vorsieht, vgl. hierzu Schmellenkamp, MittRhNotK 1997, 245.

der Ebene des Art. 25 Abs. 2 EGBGB durchschlägt. Hierzu ist eine Qualifikation des Anteils am Gesamtgut als beweglich oder unbeweglich erforderlich.

Eine Qualifikation ist im deutschen IPR allgemein nach der „lex fori“ durchzuführen, d.h. bei der Einordnung einer Rechtsfrage in eine bestimmte deutsche Kollisionsnorm ist die Konzeption des deutschen Rechts zu Grunde zulegen⁹. Diese Qualifikationsmethode findet ihre Rechtfertigung vor allem darin, dass die deutschen Kollisionsnormen ihren Anwendungsbereich weitgehend mit Begriffen umschreiben, die dem deutschen materiellen Recht entlehnt sind. Bei der Auslegung von Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist somit zunächst von der Terminologie des deutschen materiellen Rechts auszugehen¹⁰. Dieses kennt jedoch den Begriff des unbeweglichen Vermögens in einem allgemeingültigen Sinn nicht, sondern verwendet diesen nur im Zwangsvollstreckungsrecht in den §§ 864, 865 ZPO, wo auch Schiffe und Schiffsbauwerke zum unbeweglichen Vermögen gezählt werden. Auch in Staatsverträgen, z.B. in Art. 1 Abs. 1 lit. e) des Haager Abkommens über die Form letztwilliger Verfügungen, taucht der Begriff des „unbeweglichen Vermögens“ auf. Das deutsche BGB dagegen unterscheidet in den §§ 90 ff. zwischen beweglichen Sachen und Grundstücken, auch aus den Gesetzesmaterialien zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB lässt sich eine genaue Abgrenzung nicht herleiten¹¹. Eine genaue Anlehnung an das deutsche materielle Recht ist damit nicht möglich, so dass eine eigene kollisionsrechtliche Auslegung geboten und erforderlich ist¹².

Dabei gilt es unabhängig davon, welcher Meinung man für den hier zu behandelnden Grenzfall des zu einem Gesamtgut gehörenden Grundstück folgen will, vorab einige in diesem Zusammenhang bisher kaum behandelte Punkte zu beachten. So ist im Einzelfall immer genau zu prüfen, ob hinsichtlich des in Frage stehenden Grundbesitzes überhaupt ein Gesamthandsanteil vorliegt, oder ob nicht vielmehr tatsächlich Allein- oder Bruchteileigentum des Erblassers anzunehmen ist, für das eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB unstreitig zulässig ist.

I. Die „vermeintliche“ Gütergemeinschaft

So bezeichnen einige ausländische Rechtsordnungen – teilweise historisch bedingt – ihren gesetzlichen Güterstand zwar als Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft, obwohl es in Wirklichkeit allein wegen des Güterstandes zu keinerlei Vergemeinschaftung des Vermögens kommt, sondern allenfalls bestimmte Verfügungsbeschränkungen bestehen und erst am Ende der Ehe ein lediglich schuldrechtlicher Ausgleich stattfindet. Gemeint ist in diesen Rechtsordnungen mit dem Begriff der Güter- bzw. Errungenschaftsgemeinschaft – nach deutscher Terminologie – vielmehr eine Gütertrennung mit Zugewinnanteile bei Eheauflösung. So ist z.B. in der Schweiz gesetzlicher Güterstand die sog. „Errungenschafts-

beteiligung“ nach Art. 181, 196 ff. ZGB, bei der jedoch gemäß Art. 201 ZGB jeder sein Vermögen alleine verwaltet und hierüber verfügt. Es besteht keine Gesamthand, sondern lediglich eine schuldrechtliche Ausgleichsforderung nach Beendigung der Ehe. Tatsächlich handelt es sich bei der Errungenschaftsbeteiligung des Schweizer Rechts um einen der deutschen Zugewinnsgemeinschaft von der Grundkonzeption ähnlichen Güterstand¹³.

Vergleichbar ist die Rechtslage in der kanadischen Provinz Québec¹⁴, wo gesetzlicher Güterstand gemäß Art. 432, 448 ff. C.C.Q. eine sog. „Errungenschaftsgemeinschaft“ ist, die allerdings entgegen der Bezeichnung kein Gesamtgut kennt. Jeder Ehegatte verwaltet gemäß Art. 461 C.C.Q. sein Vermögen grundsätzlich alleine und kann hierüber auch unbeschränkt verfügen. Für die Schulden jedes Ehegatten haftet gemäß Art. 464 C.C.Q. nur sein jeweiliges eigenes Vermögen. Erst bei Beendigung der Ehe hat jeder Ehegatte gemäß Art. 481 C.C.Q. einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Hälfte des Nettowertes der Errungenschaft des anderen.

II. Die „aufgeschobene“ Gütergemeinschaft

Andere – insbesondere die skandinavischen – Rechtsordnungen kennen während des Bestehens der Ehe ebenfalls kein gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten, erst bei Eheauflösung entsteht eine gemeinschaftliche (dingliche) Berechtigung zwischen den Ehegatten bzw. dem Überlebenden und den Erben des Erstversterbenden. Zu diesen Rechtsordnungen zählt z.B. das dänische Recht¹⁵. Zwar geht nach § 15 Abs. 1 des dänischen Ehegesetzes das gesamte Vermögen, das die Ehegatten bei der Eingehung der Ehe besitzen oder später erwerben, in die sog. „Allgemeine Gütergemeinschaft“ ein, die Ehe bewirkt gemäß § 16 EheG mit Ausnahmen z.B. für die Ehwohnung oder Haushaltsgegenstände jedoch keine Verfügungsbeschränkung für das Vermögen, das ein Ehegatte bei Eingehung der Ehe besitzt oder später erwirbt. Jeder Ehegatte ist und bleibt Eigentümer des von ihm in die Ehe eingebrachten – besser „mitgebrachten“ – und während der Ehe erworbenen Vermögens. Es entsteht allein aufgrund des Güterstandes kein gemeinsames Eigentum. Eine gegenseitige Schuldenhaftung besteht gemäß § 25 EheG ebenfalls nicht. Bei Auflösung der Ehe auch durch Tod werden die Vermögensmassen beider Ehegatten – soweit es sich nicht um Vorbehaltsgut handelt – zusammengelegt und gemäß § 16 Abs. 2 EheG i.V.m. §§ 62 a ff. Teilungsgesetz¹⁶ in der Weise geteilt, dass je-

⁹ Vgl. nur *Erman/Hohloch*, 10. Aufl. 2000, Einl. zu Art. 3 EGBGB Rdnr. 38 ff.; *MünchKomm/Sonnenberger*, 3. Aufl. 1998, Einl. IPR Rdnr. 444 ff.; *Palandt/Heldrich*, 60. Aufl. 2001, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rdnr. 27 f.; jeweils m.w.N.

¹⁰ *Lichtenberger*, DNotZ 1986, 644 (659); *MünchKomm/Birk*, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rdnr. 63; *Palandt/Heldrich*, 60. Aufl. 2001, Art. 25 EGBGB Rdnr. 7; *Pünder*, MittRhNotK 1989, 1 (3); *Staudinger/Dörner*, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 477.

¹¹ Vgl. BT-Drucks. 10/5632, S. 44.

¹² *Dörner*, DNotZ 1988, 67 (92); *MünchKomm/Siehr*, 3. Aufl. 1998, Art. 15 EGBGB Rdnr. 32.

¹³ *Bergmann/Ferid/Cieslar*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Schweiz, Stand 1.1.1996, S. 63, Fn. 99; *Büntgen*, MittRhNotK 1985, 29 (30); *Schotten/Schotten*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 411; *Schwenzer*, DNotZ 1991, 419 (421); *Sturm*, FamRZ 1993, 755.

¹⁴ Gesetzestexte abgedruckt bei *Bergmann/Ferid/von Bonhorst*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Kanada/Québec, Stand 1995; *DNotI/Lefebvre*, Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Québec, 1995, S. 395 f. spricht ausdrücklich von einer Zugewinnsgemeinschaft.

¹⁵ Vgl. *Bergmann/Ferid/Dopffel*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Dänemark, Stand 31.12.1988, S. 54, Fn. 72; *Oellrich*, Familiensachen mit Auslandsberührung, 1992, Rdnr. 496; *Schotten/Koenigs*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 393, vgl. auch *Staudinger/von Bar/Mankowski*, 13. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 250: „aufgeschobene Gütergemeinschaft“.

¹⁶ Abgedruckt bei *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Thorbeck/Steiniger*, Internationales Erbrecht, Dänemark, Stand August 1981, Texte Nr. 2.

dem Ehegatten oder seinen Erben eine Hälfte dieses Gesamtvermögens zufällt. Jeder Ehegatte kann jedoch verlangen, dass das von ihm in die Ehe mitgebrachte Vermögen oder von ihm unentgeltlich von Todes wegen oder durch Schenkung erworbene Vermögen, von der Teilung ausgeschlossen wird. Ähnlich ist die Rechtslage im norwegischen¹⁷, schwedischen¹⁸ und isländischen¹⁹ Recht²⁰.

In derartigen Fällen ist zunächst einmal fraglich, auf welchen Zeitpunkt für die Bestimmung des Gegenstandes der Rechtswahl im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 EGBGB abzustellen ist. Würde man auf die Situation während des Bestehens der Ehe abstellen, so bestünde das Problem der Gesamthandsberechtigung für Art. 25 Abs. 2 EGBGB von vornherein nicht, da jeder Ehegatte Alleineigentümer seines Vermögens ist. Richtigerweise ist der Zeitpunkt nach Eheauflösung maßgeblich. Nur der erst durch den Tod entstandene Anteil fällt in das zu vererbende Vermögen. Eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB muss sich denknötwendig immer auf einen Nachlassgegenstand beziehen. Dies ergibt sich auch daraus, dass im internationalen Erbrecht der Umfang des Nachlasses eine selbstständig anzuknüpfende Vorfrage ist²¹, die im vorliegenden Zusammenhang vom Güterrechtsstatut beantwortet wird. Damit kommt es auf die noch zu behandelnde Frage an, ob das ausländische Güterrechtsstatut bei einer „Gütergemeinschaft“ den Anteil am Gesamtgut oder den Anteil an den Einzelgegenständen vererblich stellt, mithin ob das Güterrechtsstatut das Gesamtgut als Gesamthands- oder als Bruchteilsgemeinschaft ausgestaltet.

III. Die Gütergemeinschaft als Bruchteilsgemeinschaft

In wieder anderen Rechtsordnungen entsteht zwar aufgrund der Eheschließung tatsächlich ein sog. „Gesamtgut“, das aber nicht zwingend Gesamthandseigentum, sondern auch Miteigentum mit starken Bindungen und Verfügungsbeschränkungen sein kann. So ist z.B. im niederländischen Recht gesetzlicher Güterstand die „Allgemeine Gütergemeinschaft“ nach Art. 1:93 ff. B.W. Nach Art. 1:94 Abs. 1 B.W. umfasst

das „Gesamtgut“ grundsätzlich alle gegenwärtigen und zukünftigen Vermögenswerte der Ehegatten mit Ausnahme von Gegenständen, bezüglich derer durch Verfügung von Todes wegen oder bei der Schenkung bestimmt ist, dass sie nicht in das Gesamtgut fallen. Ferner haftet gemäß Art. 1:94 Abs. 2 B.W. – hier liegt der Unterschied z.B. zum dänischen Recht – das Gesamtgut auch für alle Verbindlichkeiten der Ehegatten. Dennoch besteht während der Ehe nach überwiegender Ansicht²² keine dem Gesamthandseigentum des deutschen Rechts vergleichbare dingliche Rechtszuordnung, sondern eine Art Miteigentum mit starken Bindungen und Beschränkungen²³. Jeder Ehegatte hat nämlich gemäß Art. 1:97 B.W. mit Einschränkungen z.B. hinsichtlich der Ehwohnung alleiniges Verwaltungs- und Verfügungsrecht hinsichtlich des eingebrachten Vermögens. Nach der Eheauflösung haben die Ehegatten gemäß Art. 1:100 B.W. gleichen Anteil an der Gemeinschaft, der Anteil des Verstorbenen fällt in seinen Nachlass.

Auch in Österreich dürfte die Meinung herrschend sein, dass beim Wahlgüterstand der österreichischen Gütergemeinschaft unter Lebenden nach §§ 1233 ff. ABGB hinsichtlich des Gesamtgutes Miteigentum vorliegt²⁴.

IV. Die mit dem Tod entstehende Abwicklungsgemeinschaft als Bruchteilsgemeinschaft

Selbst wenn in einer Rechtsordnung während der Ehe tatsächlich Gesamthandsvermögen im Sinne des deutschen Rechts besteht, wie dies z.B. im tschechischen (§§ 143 ff. ZGB²⁵), italienischen (Art. 159, 177 ff. C.C.²⁶) oder französischen (Art. 1400 ff. C.C.²⁷) gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft der Fall ist, so muss dies nicht automatisch auch für die – wie dargelegt – im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 EGBGB allein maßgebliche, mit dem Tod des Erstversterbenden zwischen den Erben und dem Überlebenden entstehende Abwicklungsgemeinschaft gelten. So sind z.B. nach französischem Recht gemäß Art. 1476 Abs. 1 C.C. für diese sog. „indivision postcommunautaire“ die Regeln der Erbengemeinschaft entsprechend anwendbar. Die Erbengemeinschaft nach französischem Recht ist jedoch weder eine Gesamthands- noch eine Bruchteilsgemeinschaft, sondern eine Gemeinschaft eigener Art²⁸.

¹⁷ §§ 31 ff. norwegisches EheG. Vgl. im übrigen *Bergmann/Ferid/Frantzen*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Norwegen, Stand 30.8.2000, S. 23 f., dort wird ausdrücklich von einer Zugewinnsgemeinschaft gesprochen; vgl. ferner *Schotten/Koenigs*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 406.

¹⁸ Sog. Gattenanteilsrechtssystem gemäß Kap. 7 ff. schwedisches EheG. Vgl. im übrigen *Bergmann/Ferid/Carsten*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Schweden, Stand 1.10.1998, S. 14 d; *Schotten/Koenigs*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 410; *Staudinger/Gamillscheg*, 11. Aufl. 1973, Art. 15 EGBGB Rdnr. 131; *Staudinger/von Bar/Mankowski*, 13. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 250.

¹⁹ Art. 53 ff. isländisches EheG. Vgl. auch *Bergmann/Ferid/Cieslar*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Island, Stand 30.9.1997, S. 11: „spezielle Form der Gütergemeinschaft“.

²⁰ Anders ist die Rechtslage wohl in Finnland, wo gemäß §§ 34 ff., 85 ff. finnisches EheG nach Beendigung der Ehe nur schuldrechtliche Ausgleichsanprüche bestehen. Vgl. *Bergmann/Ferid/Korkisch*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Finnland, Stand 31.12.1987, S. 25; *Schotten/Koenigs*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 394.

²¹ *Erman/Hohloch*, 10. Aufl. 2000, Art. 25 EGBGB Rdnr. 25; *Münch-Komm/Birk*, 3. Aufl. 1998, Art. 25 EGBGB Rdnr. 197; *Palandt/Heldrich*, 60. Aufl. 2001, Art. 25 EGBGB Rdnr. 17; *Staudinger/Dörner*, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 131, 569; siehe auch *Schotten*, Das IPR in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 334.

²² Vgl. OLG Oldenburg RPfl. 1991, 412: „gebundenes Miteigentum“; *Bergmann/Ferid/Weber*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, Stand 31.12.1994, S. 40, Fn. 93; *Schotten/Schmellenkamp*, Das IPR in der notariellen Praxis, Rdnr. 405; siehe auch LG Köln MittRhNotK 1978, 113.

²³ Deshalb ist die in der Praxis geläufige Grundbucheintragung von Ehegatten „in Gütergemeinschaft niederländischen Rechts“ nicht unproblematisch, besser wäre m.E. eine Eintragung „im gesetzlichen Güterstand des niederländischen Rechts“.

²⁴ Vgl. z.B. LG Köln MittRhNotK 1981, 67 (68); *Bergmann/Ferid/Schwimmann*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Österreich, Stand 30.9.1995, S. 138 Fn. 199; *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band 2, 9. Aufl. 1991, S. 50, 121 f. m.w.N.

²⁵ Vgl. LG Bamberg MittBayNot 1975, 261 (262).

²⁶ Vgl. hierzu z.B. BayObLG RPfl. 1986, 127 (128).

²⁷ Hierzu ausführlich *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, 2001, S. 22 ff.; siehe auch *Frank*, MittBayNot 2001, 39.

²⁸ Vgl. *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, 2001, S. 73 m.w.N.; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, 2. Aufl. 1987, Bd. 3, Rdnr. 4 B 289, 5 D 140.

C. Folgerungen

Ist man der Ansicht, eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB sei nicht möglich, wenn ein Grundstück gesamthänderisches Vermögen eines Gesamtgutes ist, können sich in der Praxis schwierige Abgrenzungsprobleme zwischen Gesamthands- und Bruchteilseigentum ergeben. § 1482 S. 1 BGB kann nur für das deutsche Sachrecht, nicht für ausländisches Recht gelten. Zwar mag das deutsche materielle Recht entscheiden, dass Gesamtgut Gesamthandseigentum und damit bewegliches Vermögen und Miteigentum an Grundstücken unbewegliches Vermögen ist, ob jedoch überhaupt – gedacht in den Kategorien des deutschen Rechts – Gesamthands- oder Miteigentum vorliegt, entscheidet das Güterrechtsstatut²⁹, im vorliegenden Kontext also das ausländische Recht. Allein dieses ist dafür zuständig, Regeln für das aufgrund der Ehe gemeinsame Vermögen der Ehegatten z.B. hinsichtlich der Verwaltung, der Verfügungsbefugnis und der Schuldenhaftung aufzustellen. Entscheidend ist dann, ob dieses nach ausländischem Recht bestehende Gemeinschaftsverhältnis der deutschen Gesamthand wesensähnlich und dieser entsprechend ausgestaltet ist³⁰. Dabei ist eine sorgfältige Prüfung erforderlich, ob nicht vielmehr aufgrund gesetzlicher Anordnung entstandenes Bruchteilseigentum vorliegt. Einigen Rechtsordnungen scheint Gesamthandseigentum im übrigen sogar gänzlich fremd zu sein.

Die einzige Lösung, diese schwierigen und teilweise kaum lösbaren Abgrenzungsfragen zu vermeiden, ist es, eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB unabhängig vom Güterstand anzuerkennen. Die meisten Laien, die eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB auch in einem privatschriftlichen Testament und ohne rechtliche Beratung treffen können, unterscheiden nicht zwischen den verschiedenen Formen des Eigentums. Für die Beteiligten steht jedenfalls dann, wenn das im Inland belegene Vermögen ausschließlich aus Grundbesitz besteht, letzterer tatsächlich immer im Vordergrund³¹.

Man könnte in Betracht ziehen, eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten nur dann zuzulassen, wenn beide davon Gebrauch machen. Nur in diesem Fall ist der Grundbesitz insgesamt erfasst. Dies würde allerdings zu Problemen führen, wenn die Rechtswahl in Einzeltestamenten enthalten ist und ein Ehegatte sie später widerruft. Eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für in

Gütergemeinschaft lebende Ehegatten nur zuzulassen, wenn sie in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag in bindender Form enthalten ist, ist bereits mit dem Wortlaut der Vorschrift, die allgemein von einer „Verfügung von Todes wegen“ spricht, nicht vereinbar. Dies gilt unabhängig davon, ob eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB überhaupt wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig sein kann³².

Im Ergebnis ist für Art. 25 Abs. 2 EGBGB somit auch ein Gesamtgutsanteil als unbewegliches Vermögen anzusehen³³. Eine andere Auslegung könnte im übrigen zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass ausländische Ehegatten mit Grundbesitz in Deutschland zwar diesbezüglich über Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB die Gütergemeinschaft deutschen Rechts, nicht jedoch über Art. 25 Abs. 2 EGBGB deutsches Erbrecht wählen könnten. Eine Vereinheitlichung von Güter- und Erbstatut, die durch die Rechtswahlmöglichkeiten gerade eröffnet werden sollte, wäre nicht möglich.

Dies muss auch gelten, wenn das im Inland befindliche Vermögen nicht nur aus Grundbesitz, sondern auch aus sonstigem Vermögen besteht. Unpraktikabel ist es, eine Rechtswahl nur zuzulassen, wenn sich das Gesamtgut in Deutschland „überwiegend“ oder „im wesentlichen“ aus Grundbesitz zusammensetzt³⁴, da eine Grenze, wann von einem „Überwiegen“ auszugehen ist, kaum festsetzbar ist. Zutreffenderweise ist in diesem Fall das Gesamtgut für Art. 25 Abs. 2 EGBGB aufzuspalten in einen Anteil am Grundbesitz und in einen Anteil am restlichem Vermögen³⁵. Ersterer wird nach deutschem Recht, letzterer nach dem gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB und den allgemeinen Grundsätzen ermittelten Erbstatut vererbt. Dies führt zwar – hinsichtlich der Vererbung – zu einer Aufteilung einer einzigen Gesamthand in mehrere Gesamthandsanteile und damit zu einer Nachlassspaltung, eine solche tritt bei einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 allerdings immer ein.

D. Schluss

Will man der hier vertretenen Ansicht nicht folgen, so muss in den einschlägigen Fällen zunächst gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB die Geltung deutschen Güterrechts und – sofern gewünscht – der Güterstand der Gütertrennung vereinbart werden. Anschließend ist unter Auseinandersetzung des Gesamtgutes das Grundstück beiden Ehegatten jeweils zum hälftigen Miteigentum zuzuteilen. Diesbezüglich ist dann unstreitig eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB zulässig.

²⁹ So auch *Henrich*, Internationales Familienrecht, 1989, S. 84; *Soergel/Schurig*, 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 36; *Soergel/Lüderitz*, 12. Aufl. 1996, Art. 38 EGBGB Anh. II Rdnr. 21; *Staudinger/von Bar/Mankowski*, 13. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 394.

³⁰ Diese Einordnung in das System des BGB ist als Substitution anzusehen. Es ist die Frage zu beantworten, welches Rechtsinstituts des deutschen Rechts, hier das Gesamthandseigentum, durch ein ausländisches Rechtsinstitut ersetzt werden kann. Vgl. allgemein zur Substitution *Erman/Hohloch*, 10. Aufl. 2000, Einleitung Art. 3 EGBGB Rdnr. 47; *MünchKomm/Sonnenberger*, 3. Aufl. 1998, Einl. IPR, Rdnr. 550 ff.; *Staudinger/Dörner*, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 485.

³¹ Bei Erb- oder Gesellschaftsanteilen mag dies möglicherweise anders sein.

³² Siehe hierzu *Döbereiner*, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr, 2001, S. 179 m.w.N.; *Riering*, ZEV 1995, 404 (406).

³³ So auch *Schurig*, IPRax 1990, 389 (391); *Staudinger/Dörner*, 13. Aufl. 1995, Art. 25 EGBGB Rdnr. 485; a.A. *Riering*, ZEV 1995, 404 (405).

³⁴ So aber z.B. *Dörner*, DNotZ 1988, 67 (96 f.) zu Erb- und Gesellschaftsanteilen.

³⁵ So auch *Krzywon*, BWNtZ 1986, 154 (159); *Pünder*, MittRh-NotK 1989, 1 (4), beide zu Erb- und Gesellschaftsanteilen; ablehnend *Dörner*, DNotZ 1988, 67 (95).

Zur Entstehung unzulässiger Koppelfischereirechte bei der Veräußerung von Fischereirechten

Von Notar Dr. jur. utr. Jörg Mayer, Pottenstein

Reimann hatte in dieser Zeitschrift bereits 1971 darauf hingewiesen¹, dass grundsätzlich Koppelfischereirechte und Anteilsrechte an solchen nach Art. 25 BayFiG² nicht mehr begründet werden können. Zwischenzeitlich hat sich die Rechtslage insofern noch verschärft, als seit dem 1. September 1986 auch keine behördliche Ausnahmegenehmigung von diesem Verbot mehr erteilt werden kann³. Aber selbst mancher, der diese „entlegene Bestimmung“ kennt, wird sich doch fragen, was ist eigentlich ein „Koppelfischereirecht“? Und auch wenn man diese Rechtsfigur in etwa einordnen kann, dann tauchen in der Praxis doch immer wieder Fälle auf, bei denen man zunächst nicht an das Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten denkt. Besondere Gefahren drohen hier daraus, dass Koppelfischereirechte auch anlässlich der Veräußerung von bereits bestehenden Fischereirechten entstehen können.

I. Beispielfälle

Zum Einstieg einige Beispielfälle aus der Praxis.

Beispiel 1:

Der begeisterte Sportfischer Petrus Heil will ein fünf Kilometer langes Forellengewässer im bayerischen Voralpengebiet erwerben. Da er vor kurzem bei Aktienspekulationen auf dem „neuen Markt“ viel Geld verloren hat und der Verkäufer einen stattlichen Kaufpreis fordert, wollen ihm zwei Fischerfreunde finanziell unterstützen. Alle drei wollen daher das Fischwasser gemeinsam in Bruchteilseigentum erwerben (je ein Drittel).

Beispiel 2:

Die wohlhabende Geschäftsfrau Rita Reich hat von ihrem Vater ein wertvolles Fischwasser geerbt. Sie will ihrem seit kurzem angetrauten Ehemann, der ein begeisterter Angler ist, hieran einen Hälfteanteil zuwenden. Nach dem bewährten Muster von *Langenfeld* beurkundet Notar Siggi Vielschreib eine ehebedingte Zuwendung mit einem Rückvertragsrecht im Scheidungsfall.

Beispiel 3:

Bauer Adam Alt überträgt sein landwirtschaftliches Anwesen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an seine beiden Söhne Alfons und Alois. Da diese den Hof als Ökobauern fortführen wollen, erwerben sie als Gesellschafter bürgerlichen Rechts. Zum umfangreichen Grundbesitz gehört auch ein Fischereirecht im Aalbach, das im Grundbuch unter einer eigenen laufenden Nummer des Bestandsverzeichnisses versteckt zwischen den vielen Grundstücken aufgeführt ist. Da die Grundstücke im Rahmen der Beurkundung des Übergabevertrags überhaupt nicht verlesen werden, fällt dieses besondere Recht im Notariat auch niemanden besonders auf.

Bestehen gegen den Erwerb durch Alfons und Alois Bedenken?

¹ MittBayNot 1971, 4, 8.

² Fischereigesetz für Bayern, vom 15.8.1908 (BayRS 793-1-E), zuletzt geändert durch Gesetz vom 24.7.1998 (BayGVBl S. 470).

³ Gesetz vom 29.7.1986 (BayGVBl S. 200).

Abwandlung:

Das Fischereirecht ist im Grundbuch im Bestandsverzeichnis wie folgt gebucht:

„Lfde. Nr. 1: FL.Nr. 1 Freistadt HsNr. 1,
Gebäude- und Freifläche zu 0,3510 ha
hierzu Fischrecht im Aalbach vom Eintritt in die Gemarkung Freistadt bei Fl.Nr. xx bis zum Austritt aus der Gemarkung bei Fl.Nr. yy.“

Welche Auswirkungen ergeben sich daraus für den Erwerb?

Beispiel 4:

Sportfischer Ludwig Lenz macht im Herbst seines Lebens sein Testament. Zu seinem Erben setzt er seine Tochter Ludmilla ein, die ihn im Alter aufopferungsvoll betreut und deshalb auch sein Wohnhaus und das wesentliche Vermögen erhalten soll. Seine beiden Söhne Leopold und Lukas sollen aber sein Forellengewässer erhalten. Wie ist das Testament zu gestalten? Welche Probleme können hier entstehen?

Beispiel 5:

Hotelier Willy Wohlhabend erwirbt für seine Gäste und als besondere Attraktion seines Hauses ein Salmonidengewässer, das eine Länge von ca. 1,5 km haben soll. Beim Notartermin stellt sich heraus, dass der Verkäufer nur noch ein Fischwasser besitzt, das im Grundbuch wie folgt eingetragen ist:

„^{60/100}-Anteil an dem Fischrecht im Toßfluss, beginnend bei Flst.Nr. xx und endend bei Flst.Nr. yy.“

(Gesamtlänge nach Auskunft des Vermessungsamts drei Kilometer).

In Abteilung II des Grundbuchs ist eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung hinsichtlich des ganzen Fischereirechts eingetragen und zwar des Inhalts, wonach der jeweilige Inhaber des o.g. Anteils zur alleinigen Befischung der besagten 1,5 Kilometer befugt ist.

Was ist zu tun?

Beispiel 6:

An einem selbstständigen Fischereirecht soll ein Nießbrauch für vier Personen eingeräumt werden. Notar Emil Eilig hält dies für unzulässig, da dadurch sowohl gegen das Verbot der Bestellung von Koppelfischereirechten verstoßen wird wie aber auch gegen das Verbot, dass Fischereirechte nicht mehr als Dienstbarkeiten begründet werden dürfen. Hat er Recht?

II. Grundsätzliches

1. Was ist ein Koppelfischereirecht?

Zur Beantwortung dieser Frage enthält Art. 24 Abs. 1 BayFiG eine Legaldefinition. Danach liegt ein Koppelfischereirecht vor, wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen oder wenn an derselben Gewässerstrecke mehreren Personen ein Fischereirecht zusteht. Damit unterscheidet das Gesetz zwei Formen der Koppelfischerei:

- an derselben Gewässerstrecke bestehen *mehrere Fischereirechte*. Dabei kann es sich um Eigentümerfischerei-

rechte (Art. 3 Satz 1 BayFiG, die gesetzliche Regelform) und um selbstständige Fischereirechte (Art. 9 BayFiG) handeln, um unbeschränkte wie aber auch beschränkte (Art. 11 BayFiG, die etwa nur zum Aalfang mittels Reusen berechtigen)⁴.

- an derselben Gewässerstrecke besteht nur ein Fischereirecht, das aber *mehreren Inhabern* gemeinschaftlich zusteht. Die Berechtigung eines jeden beschränkt sich dabei nicht auf Teilstücke dieser Gewässerstücke, sondern bezieht sich auf den gesamten Umfang des Fischereirechts. Auf das Gemeinschaftsverhältnis der Berechtigten kommt es dabei grundsätzlich nicht an; dies kann eine Bruchteilsgemeinschaft sein (§§ 741 ff. BGB) oder auch eine Gesamthandsgemeinschaft (Erbengemeinschaft, Gesellschaft bürgerlichen Rechts)⁵. Die Art des Fischereirechts ist hier ebenfalls unerheblich. Auch ein Fischereirecht, das dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks zusteht (subjektiv-dingliches Fischereirecht, Art. 10, 1. Alt. BayFiG), ist ein Koppelfischereirecht, wenn das „herrschende Grundstück“ im Miteigentum mehrerer Personen steht⁶.

Die beiden Formen der Koppelfischereirechte können miteinander kombiniert werden⁷; sie stehen in keinem Ausschlussverhältnis zueinander. So können an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen (ein Eigentümerfischereirecht, ein selbstständiges für einen Dritten), die wiederum ganz oder teilweise mehreren Personen zustehen.

Eine wichtige *Ausnahmeregelung* enthält Art. 24 Abs. 2 BayFiG, wenn ein Fischereirecht mehreren Personen zusteht, die in einer besonderen Art und Weise miteinander verbunden sind: Ein Fischereirecht gilt nicht schon deshalb als Koppelfischereirecht, weil es zum Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1415 ff. BGB, selten) oder fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 ff. BGB noch seltener) oder zu einem Stammgut (fast ohne praktische Bedeutung⁸) gehört. Aber auch ein in Art. 24 Abs. 2 BayFiG bezeichnetes Fischereirecht unterliegt dann den Bestimmungen über die Koppelfischereirechte, wenn an derselben Gewässerstrecke zusätzlich ein einem anderen zustehendes Fischereirecht besteht.

2. Was ist unter dem Begriff „derselben Gewässerstrecke“ zu verstehen?

Dies scheint der zentrale Begriff für die Beurteilung zu sein, ob ein Koppelfischereirecht vorliegt. Dieser Ausdruck ist jedenfalls nicht geographisch zu begreifen,⁹ so dass hierunter z.B. nicht die ganze Isar zu verstehen ist. Auch die kommunalrechtliche Gebietsaufteilung ist ohne Belang¹⁰, so dass Be-

zugsmaßstab nicht die Gewässer einer politischen Gemeinde sind. In den älteren Kommentaren wird zur näheren Erläuterung angeführt, dass der Begriff der Gewässerstrecke im rechtlichen Sinne zu verstehen sei (Wassergrundstück)¹¹, was die Auffassung nahe legen würde, damit sei das Grundstück im Rechtssinn oder zumindest im Sinn des Liegenschaftskatasters gemeint¹². Dies wird aber sogleich eingeschränkt: Gewässerstrecke sei der Abschnitt, in welchem neben einem Fischereirecht noch ein zweites besteht, oder bei welchem das in demselben bestehende Fischereirecht mehreren Personen zusteht¹³. Dies klingt aber sehr nach Tautologie: Koppelfischereirechte bestehen dann, wenn mehrere Erscheinungsformen von Koppelfischereirechten an derselben Gewässerstrecke vorliegen. *Braun/Keiz* präzisieren dies dahingehend, dass diese Aussagen nicht im grundbuchrechtlichen Sinn gemeint sind, sondern durch die „fischereirechtliche Situation“ vorgegeben seien¹⁴. Dies muss man m.E. dahingehend verstehen, dass es zumindest bei den im Grundbuch gebuchten Fischereirechten auf die vorgegebene Beschreibung des Fischereirechts ankommt (zu diesen oftmals ungewöhnlichen Formulierungen s. Beispiel 3). Der so vorgegebene Beschrieb ist der Gegenstand des Fischereirechts im Rechtssinn. Überschneiden sich bei der Eintragung im Grundbuch an verschiedenen Grundbuchstellen verschiedener Fischereirechte diese Vorgaben, so ist hinsichtlich der „Schnittmenge“ ebenfalls ein Koppelfischereirecht gegeben.

3. Bestehen sachliche Ausnahmen vom Verbot der Begründung der Koppelfischereirechte?

Nach Art. 29 BayFiG gelten die Vorschriften des zweiten Abschnittes des Bayerischen Fischereigesetzes, und damit auch Art. 25 BayFiG, nicht für geschlossene Gewässer i.S.d. Art. 2 Nr. 1 und 2 BayFiG. Dies sind alle künstlich angelegten, ablassbaren und während der Bespannung gegen den Wechsel der Fische ständig abgesperrten Fischteiche und Fischbehälter, unabhängig davon, ob sie mit einem natürlichem Gewässer in Verbindung stehen, sowie die lediglich zum Zwecke der Fischzucht oder der Fischhaltung künstlich hergestellten und ständig abgesperrten Rinnsale, solange sie ausschließlich diesem Zweck dienen.

4. Wieso Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten?

Mit dem Fischereirecht ist die Pflicht zur Hege verbunden (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BayFiG). Ohne eine solche kann keine nachhaltige Bewirtschaftung des Fischbestandes erfolgen. Die

⁴ *Braun/Keiz*, Fischereirecht in Bayern, Stand Januar 2001, Art. 24 Rdnr. 8; *Malsen-Waldkirch/Hofer*, Das bayerische Fischereirecht, 1910, Art. 24 Anm. 2 a.

⁵ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 24 Rdnr. 8; *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 24 Anm. 2 b; *Bleyer*, Das bayerische Fischereigesetz, 3. Aufl. 1925, Art. 24 Anm. 2 b.

⁶ AllgM, *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 24 Anm. 26.

⁷ AllgM, *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 24 Rdnr. 8.

⁸ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 24 Rdnr. 7 aE. Für Fans: Über zu Lehen und Stammgüter gehörende Fischereirechte s. *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 41 Anm. 1 (S. 277 f.); *Becher*, Das rechtsrheinisch-bayerische Landeszivil- und Landeszivilprozessrecht, 1896, Bd. I, S. 925.

⁹ *Weiß*, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, Art. 24 Anm. 5.

¹⁰ *Weiß* (Fn. 9) Art. 24 Anm. 5.

¹¹ *Weiß* (Fn. 9) Art. 24 Anm. 5; *Bleyer* (Fn. 5) Vorbem. zu Art. 24 Anm. 2. Die Kommentare von *Hans Otto Schmitt*, Das Fischereigesetz für das Königreich Bayern, 1909, und *Malsen-Waldkirch/Hofer* schweigen zu diesem Problem gänzlich. Die bayerischen *Verwaltungsvorschriften zum Vollzug fischereirechtlicher Bestimmungen* (VwFiR) v. 12.1.1999 (AllMBI S. 939) enthalten in Ziff. 5.1 ebenfalls keine Begriffsbestimmung hierzu, sondern behandeln nur Sonderfragen. Ebenso das dort in Bezug genommene UrT. des BayVGh v. 30.5.1979, BayVBl. 1979, 496, 497, das auf Grund des Normzwecks des Art. 25 Abs. 1 BayFiG eine weitreichende Auslegung herleitet, wenn bei der Ausübung der bestehenden Fischereirechte deren Grenzen nicht erkennbar sind und daher nicht sicher eingehalten werden können.

¹² Zu diesen Begriffen allgemein etwa *Bengel/Simmerding*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 5. Aufl. 1999, § 2 Rdnr. 13 f., 19 ff.

¹³ *Weiß* (Fn. 9) Art. 24 Anm. 5; *Bleyer* (Fn. 5) Vorbem. zu Art. 24 Anm. 2.

¹⁴ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 24 Rdnr. 5.

Erhaltung und Förderung eines der Größe angepassten artenreichen und gesunden Fischbestandes sowie die Pflege und Sicherung standortgerechter Lebensgemeinschaften wäre sonst nicht möglich. Besitzen nun aber mehrere Berechtigte ein Fischereirecht, so besteht die Gefahr, dass diese Ziele nicht erreicht werden können. Die geschichtliche Entwicklung hat gezeigt, dass es durch die Zerstückelung der Fischereirechte, die in weiten Teilen Bayerns im Laufe der Zeit eingetreten war, zu großen Missständen kam. Plastisch heißt es bei *Malsen-Waldkirch/Hofer*¹⁵:

„Hier bedeutet die meist von Gewerbsfischern ausgeübte Fischerei in der Regel nur den Krieg aller gegen alle. Der Einzelne ist hier auch schlechterdings ganz außerstande, eine wirtschaftliche Fischereiwirtschaft zu betreiben, sondern hier kann nur durch gemeinschaftliches Vorgehen aller Koppelfischereiberechtigten dem völligen Ruin der Fischerei mit Erfolg entgegengearbeitet werden.“

Dies wird man auch unter der Berücksichtigung der ökologischen Aspekte, die heute mehr im Vordergrund stehen, bejahen müssen.

Daher wollte man bei Erlass des Bayerischen Fischereigesetzes durch die Schaffung der Art. 24 ff. BayFiG das Entstehen neuer Koppelfischereirechte, von Ausnahmefällen abgesehen, verhindern, die allmähliche Beseitigung dieser Rechte durchsetzen und für die Ausübung dieser Rechte Bestimmungen schaffen, die eine vernünftige Bewirtschaftung gewährleisten sollten¹⁶.

5. Welche einschneidenden Regelungen sieht das Bayerische Fischereirecht sonst noch bei Koppelfischereirechten vor?

Außer dem Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten seien folgende Besonderheiten hervorgehoben¹⁷:

- besondere Regelung über die *Ausübung der Koppelfischerei* nach Art. 25 Abs. 2 BayFiG, wenn in zulässiger Weise in Ausnahmefällen ein Fischereirecht doch auf mehrere Personen übergeht.
- Begründung eines *Vorkaufsrechts* beim Verkauf eines Koppelfischereirechts für die übrigen Mitfischereiberechtigten (Art. 26 BayFiG).
- *Einschränkung der Ausübung der Fischerei* nach Art. 27 BayFiG bei den Koppelfischereirechten, für die nicht bereits nach Art. 25 Abs. 2 BayFiG besondere Ausübungsregelungen bestehen; diese Bestimmungen schließen die allgemeinen Regelungen über die Nutzung und Verwaltung der Gemeinschaftsverhältnisse aus (also etwa den § 744 BGB),¹⁸.
- Erlass einer *Koppelfischereiordnung* nach Art. 28 BayFiG zur Regelung der Fischereiausübung.

III. Lösung der Beispielfälle

1. Erwerb eines selbstständigen Fischereirechts durch mehrere Personen

a) Anwendbarkeit des Art. 25 Abs. 1 BayFiG

Art. 25 Abs. 1 BayFiG verbietet seinem Wortlaut nach nur die Neubegründung von Koppelfischereirechten oder Anteils-

rechten. Trotzdem gehen fast alle Stellungnahmen im fischereirechtlichen Schrifttum davon aus, dass von diesem Verbot nicht nur die originäre Rechtseinräumung (etwa Art. 13 BayFiG) erfasst wird, sondern auch der *abgeleitete* (derivative) *Erwerb* eines Fischereirechts durch mehrere Personen auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden¹⁹. *Bleyer* erwähnt in seiner Kommentierung zu Art 25 Abs. 1 BayFiG dieses Problem allerdings überhaupt nicht, sondern behandelt nur die Neubegründung solcher Rechte und schließt die Anwendung der Verbotsnorm nur für den Fall aus, dass das Recht kraft Gesetzes gemeinschaftlich wird²⁰. Da aber z.Z. der Kommentierung von *Bleyer* alle anderen vorhandenen Kommentierungen zum bayerischen Fischereirecht auch den rechtsgeschäftlichen Erwerb unter Lebenden durch die Verbotsnorm als erfasst ansahen, muss man bei der sonst sehr sorgfältigen Kommentierung von *Bleyer* davon ausgehen, dass auch er nicht von dieser h.M. abweichen wollte, sonst hätte er dies deutlich gemacht und sich mit dieser kritisch auseinandergesetzt.

Der *Gesetzeszweck* des Verbots der Begründung von Koppelfischereirechten (s. Abschnitt II.4) würde allerdings eine *analoge Anwendung* auch auf den abgeleiteten rechtsgeschäftlichen Erwerb unter Lebenden ebenso rechtfertigen, wie die systematische Interpretation: Zur Sicherung des Gesetzeszwecks wird sogar das Entstehen eines Koppelfischereirechts auf Grund eines Erwerbs von Todes wegen besonderen Beschränkungen unterworfen. Deshalb muss hieraus der Gegenschluss gezogen werden, dass auch das Entstehen von Koppelfischereirechten durch abgeleiteten Erwerb mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden von der Verbotsnorm erfasst werden muss, da sich diese sonst leicht umgehen ließe. Rechtsprechung zu dieser Frage scheint zu fehlen. Daher muss die Praxis der Vertragsgestaltung von der h.M. ausgehen und sich danach richten, auch wenn es aus Gründen der Rechtssicherheit mehr als problematisch ist, Verbotsnormen über ihren Zweck hinaus extensiv auszulegen; jedoch ist dies nicht unmöglich und geschieht auch im anderen Zusammenhang zur Verhinderung unzulässiger Umgehungen²¹.

Von der Verbotsnorm des Art. 25 Abs. 1 BayFiG werden aber nur solche Rechtsgeschäfte erfasst werden, die *unmittelbar* auf den Erwerb eines Fischereirechts abzielen, nicht aber solche, die nur mittelbar den Übergang eines Fischereirechts auf mehrere Inhaber zur Folge haben²². Daher kann in zulässiger Weise ein Koppelfischereirecht entstehen, wenn

- mehrere Personen gemeinschaftlich ein Gewässergrundstück erwerben und mit diesem (mangels des Bestehens eines selbstständigen Fischereirechts) ein *Eigentümergefischereirecht* (Art. 3 Satz 1 BayFiG) verbunden ist
- bei einem *subjektiv-dinglichen Fischereirecht* (Art. 10, 1. Alt. BayFiG) mehrere Personen das Grundstück erwerben, dessen jeweiligem Eigentümer dieses Recht zusteht. Auch wenn dieses herrschende Grundstück geteilt und dann die entstehenden neuen Grundstücke ganz oder teilweise an dritte Personen veräußert werden, entsteht zulässiger Weise ein Koppelfischereirecht oder – wenn

¹⁵ (Fn. 4) Vorbem. zu Art. 24.

¹⁶ Zur Entstehungsgeschichte etwa *Weiß* (Fn. 9), S. 13 f.

¹⁷ Vgl. auch den guten Überblick bei *Reimann* MittBayNot 1971, 4, 8 f.

¹⁸ Zum Anwendungsbereich der Vorschrift des Art. 27 BayFiG s. *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 27 Rdnr. 1.

¹⁹ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 25 Rdnr. 5; *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 25 Anm. 2; *Weiß* (Fn. 9) Art. 25 Anm. 1; *Hans Otto Schmitt* (Fn. 11) Art. 25 Anm. 2; *Reimann* MittBayNot 1971, 4, 8.

²⁰ *Bleyer* (Fn. 5) Art. 25 Anm. 1; genauso *Bergmann*, in von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. VI, Fischereirecht, 1966, 4.4.8.9.3.

²¹ Dazu etwa *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 134 Rdnr. 37.

²² *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 2 Rdnr. 5.

ein solches bisher schon bestand – es erhöhen sich die Anteile hieran. Denn Art. 25 Abs. 1 BayFiG schließt grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte nicht aus²³.

b) Rechtsfolgen

aa) Art. 25 Abs. 1 BayFiG als Verbotsgesetz

Das Verbot zur Begründung von Koppelfischereirechten nach Art. 25 Abs. 1 BayFiG wird als Verbotsgesetz iS. des § 134 BGB angesehen, so dass bei einem Verstoß dagegen das entsprechende Rechtsgeschäft nichtig ist²⁴. Dies gilt zum einen für das schuldrechtliche Grundgeschäft, das auf den Erwerb des Fischereirechts durch mehrere Personen gerichtet ist. Aber auch das entsprechende dingliche Fischereirecht ist nichtig.

In den *Beispielfällen 1* und *2* wurde daher kein selbstständiges Fischereirecht wirksam erworben. Gleiches gilt auch für den *Beispielfall 3* in seiner Ausgangsvariation: Auch der Erwerb durch mehrere Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) unterfällt der Verbotsnorm des Art. 25 Abs. 1 BayFiG, da die BGB-Gesellschaft keine juristische Person ist²⁵; auch die Ausnahmebestimmung des Abs. 2 ist hierauf nicht entsprechend anwendbar²⁶. Gleiches gilt für die Einbringung eines bislang einem Fischereiberechtigten zustehenden selbstständigen Fischereirechts in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Dagegen bestehen gegen den wirksamen Erwerb des Fischereirechts in der *Abwandlung des Beispielfalls 3* keine Bedenken. Art. 25 Abs. 2, 2. Alt. BayFiG nimmt den Fall, dass bei einem subjektiv-dinglichen Fischereirecht das „herrschende Grundstück“ von mehreren Erwerbern erworben wird, vom Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten ausdrücklich aus. Allerdings ergeben sich hier erhebliche Ausübungsbeschränkungen (s. Abschnitt III.2).

Da auch das Grundgeschäft bei einem Verstoß gegen Art. 25 Abs. 1 BayFiG nach § 134 BGB nichtig ist, ergibt sich auch daraus kein Anspruch auf eine Einräumung eines Fischereirechts.

Zu prüfen ist allerdings, ob eine *Umdeutung* (§ 140 BGB) in Betracht kommt. Dann müsste es aber ein Ersatzgeschäft geben, in das das nichtige Rechtsgeschäft umgedeutet werden kann, wobei das Ersatzgeschäft in seinen rechtlichen Wirkun-

gen nicht weiter gehen darf, als das nichtige²⁷. Da alle nur an die Person gebundenen und übertragbaren dinglichen Fischereirechte grundsätzlich dem Verbot des Art. 25 Abs. 1 BayFiG unterliegen, kommt eine Umdeutung in ein dingliches Recht nicht in Betracht. Jedoch erscheint eine Umdeutung in eine Verpflichtung zur Überlassung des (schuldrechtlichen) Fischereiausübungsrechts möglich. Auf ein solches Rechtsgeschäft finden nach Art. 31 Abs. 6 Satz 1, 2. Halbsatz BayFiG die Bestimmungen des Art. 31 Abs. 1 bis 5 BayFiG über einen Fischereipachtvertrag entsprechende Anwendung²⁸. Diese Lösung gibt dem Erwerber natürlich nicht die gleiche Rechtsmacht und Sicherheit. Ob sie dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien entsprochen hätte, wenn sie von der Nichtigkeit des zunächst gewollten dinglichen Rechtserwerbs gewusst hätten, ist Tatfrage des Einzelfalls.

bb) Die grundbuchrechtliche Behandlung von zu Unrecht eingetragenen Koppelfischereirechten

Hinsichtlich der bereits entgegen Art. 25 Abs. 1 BayFiG zu Unrecht im Grundbuch für mehrere Berechtigte eingetragenen dinglichen Fischereirechte stellt sich die Frage, ob hiergegen ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen ist, weil die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde, oder ob gar die Eintragung des gesamten Rechts gelöscht werden muss, weil die Eintragung unzulässig war (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO). Hier liegt es zunächst nahe, zeitlich zu differenzieren:

Bis zum *30.8.1986* konnte die Kreisverwaltungsbehörde vom Verbot der Begründung von Koppelfischereirecht eine Ausnahme genehmigung erteilen. Auf Grund des bis dahin bestehenden Verbots mit Erlaubnisvorbehalts konnte also ein Fischereirecht durch rechtsgeschäftlichen Erwerb unter Lebenden von mehreren Personen erworben werden, wenn die entsprechende Genehmigung erteilt wurde. Die Annahme einer inhaltlich unzulässigen Eintragung scheidet daher hier aus. Erfolgte die Grundbucheintragung aber bis dahin zu Unrecht, weil das Grundbuchamt übersah, dass die erforderliche Genehmigung noch nicht vorlag, so lag hier nur ein Verstoß gegen das gesetzlich vorgeschriebene Eintragungsverfahren vor. Denn die Genehmigungsbedürftigkeit und auch das Vorliegen der entsprechenden Genehmigungen, die für Wirksamkeit des Rechtsübergangs erforderlich sind, hat das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren von Amts wegen zu prüfen, da davon die Verfügungs- und damit auch die Bewilligungsbefugnis (§ 19 GBO) des Bewilligenden abhängt²⁹. Durch diesen Verstoß wurde das Grundbuch inhaltlich unrichtig, weil die Erwerber mangels der erforderlichen Ausnahme genehmigung das Recht nicht wirksam erworben hatten. Es hat also in diesen Fällen die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu erfolgen. Allerdings hat das Grundbuchamt nicht von sich aus ohne weiteren Anlass den Inhalt des Grundbuchs zu überprüfen, wohl aber auf eine entsprechende Anregung der Betroffenen hin³⁰. Auch bei einer entsprechenden Anregung der Fischereibehörde wird man die Verpflichtung zur Eintragung eines Amtswiderspruchs bejahen müssen.

²⁷ *Palandt/Heinrichs* (Fn. 25) § 140 Rdnr. 5 f.

²⁸ Vgl. auch den Fall von BayObLGZ 1998, 13, 17 ff. ebenfalls zu einem Fischereirecht, bei dem im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung auch eine Ersatzlösung angenommen wurde, weil die getroffene Regelung gegen Art. 35 BayFiG verstieß.

²⁹ *Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, § 19 Rdnr. 116.

³⁰ Zu Einzelheiten *Meincke*, in *Bauer/von Oefele*, GBO, 1999, § 53 Rdnr. 84 ff.

²³ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 2 Rdnr. 5; *Reimann* BayVBl. 1972, 571, 602; aM *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 2 Anm. 3 aE.

²⁴ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 25 Rdnr. 2; iE *Malsen-Waldkirch/Hofer* (Fn. 4) Art. 25 Anm. 5.

²⁵ *Palandt/Sprau*, BGB, 60. Auflage 2001, § 705 Rdnr. 24; zur Konsequenz aus einer möglichen Teilrechtsfähigkeit s. nächste Fn.

²⁶ *Braun/Keiz* (Fn. 4) Art. 25 Rdnr. 3. Etwas anderes ließe sich u.U. dann begründen, wenn man der GbR eine Teilrechtsfähigkeit zubilligt und sie insbesondere als gesamthänderisches Rechtssubjekt für den Erwerb von Vermögensrechten anerkennt (so etwa *Münch-KommBGB/Ulmer*, BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 Rdnr. 131 f. und jetzt BGH MittBayNot 2001, 192 m. Anm. *Ann*). Dann müsste aber näher geprüft werden, ob besondere fischereirechtliche Gesichtspunkte nicht dennoch hier entgegen stehen. Soweit sich allerdings der Gesellschaftszweck allein auf das Halten und Verwalten eines einzelnen Gegenstandes beschränkt, sind die Grundsätze des neuen BGH-Urteils ohnehin nicht anwendbar (*K. Schmidt* NJW 2001, 993, 1001 f.). Und sieht man die Beschränkung der Rechtsfähigkeit in der Abhängigkeit der Gesellschaft vom Verbund der Gesamthandhänder und in der verbleibenden personalistischen Organisation der GbK (*Ann* a.a.O., Fn. 6), so spricht dies dafür, dass auch für sie noch das Verbot der Koppelfischerei gilt.

Für Eintragungen ab dem 1.9.1986 stellt sich die Frage, ob eine *inhaltlich unzulässige Eintragung* i.S.v. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO deshalb vorliegt, weil eine Ausnahmegenehmigung im genannten Sinn nicht mehr erteilt werden konnte. Eine Eintragung ist dann inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann³¹. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage ist das zur Zeit der Eintragung geltende Recht³². Abzulehnen ist in diesem Zusammenhang zunächst die Auffassung³³, die eine inhaltliche Unzulässigkeit des dinglichen Rechts allein deshalb bejaht, weil das ihm zugrunde liegende materielle Rechtsgeschäft nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist (was hier ja in Betracht käme, vgl. Abschnitt III. 1. b) aa)). Diese Auffassung verkennt das Abstraktionsprinzip in seiner Ausgestaltung als Trennungsprinzip.

Im Übrigen hängt die Beantwortung dieser Frage davon ab, wie stark man den gesetzgeberischen Willen zur Reduzierung der Koppelfischereirechte umsetzen will. So kann man argumentieren, dass letztlich nur der Erwerbsmodus in diesen Fällen nicht zulässig ist, aber das Ergebnis, ein Koppelfischereirecht, ja nach wie vor nach dem Fischereigesetz möglich ist, wie gerade der Erwerb durch Erbfall zeigt (Art. 25 Abs. 2 BayFiG). Dann wird man allerdings wenigstens einen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften i.S.v. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO annehmen müssen, wenn solche Rechte eingetragen werden, denn sonst würde trotz der Verschärfung der materiellen Rechtslage durch Beseitigung der Ausnahmegenehmigung die formell-rechtliche Eintragung erleichtert, was nicht sein kann. Man könnte aber auch umgekehrt sagen, dass Art. 25 Abs. 1 BayFiG gerade die Begründung von neuen Koppelfischereirechten verbietet, und hierunter – entsprechend dem Normzweck – auch der gemeinschaftliche Erwerb durch Rechtsgeschäft unter Lebenden fallen muss, um das gesetzgeberische Anliegen zu verwirklichen; dann käme man zur Unzulässigkeit der Eintragung. Dafür spricht m.E. auch die Abschaffung der Ausnahmegenehmigung für derartige Rechtserwerbe.

Die Streitfrage hat auch noch eine weitreichende andere Bedeutung: Denn bei einer unzulässigen Eintragung ist auch ein öffentlicher Glaube des Grundbuchs, und damit auch ein späterer gutgläubiger Erwerb (§§ 891 f. BGB) nicht möglich, denn solche Rechte gelten als nicht eingetragen³⁴.

c) Vermeidungsstrategien

Der findige Kautelarjurist sucht natürlich nach Ausweggestaltungen. Hier kommt bei den Ehegattenzuwendungen (Beispiel 2) die Vereinbarung der *Gütergemeinschaft* in Betracht, da diese ausdrücklich nicht als Begründung eines Koppelfischereirechts gilt (Art. 24 Abs. 2 BayFiG). Jedoch wird diese durchweg zu Recht nicht mehr als zeitgerecht empfunden. Hier stört meist schon, dass alles Vermögen zunächst gemeinschaftliches Gesamtgut wird. Dem kann allerdings im weitreichenden Umfang durch die ehevertragliche Vereinba-

ung von Vorbehaltsgut (§ 1418 BGB) abgeholfen werden, wobei auch zukünftiger Vermögenserwerb diesem zugeordnet werden kann³⁵. Die sich daraus ergebenden umfassenden Haftungsprobleme der Gütergemeinschaft sind damit aber nicht gelöst (§§ 1437 Abs. 2 Satz 1, 1459 Abs. 2 Satz 1 BGB) und werden hier noch dadurch potenziert, dass die Ehefrau als Geschäftsfrau ein selbstständiges Erwerbsgeschäft betreibt. Deshalb haftet auf Grund der §§ 1431, 1456 BGB bei erteilter Zustimmung des anderen Ehegatten (was auch stillschweigend geschehen kann³⁶) nicht nur das Gesamtgut, sondern bei der i.d.R. vereinbarten gemeinschaftlichen Verwaltung das gesamte Vermögen beider Ehegatten (§§ 1459 Abs. 2 Satz 1, 1460 Abs. 1 BGB).

Im Übrigen waren die nachteiligen Auswirkungen, die durch das Verbot der Koppelfischereirechte gerade für die Sportfischer entstehen, dem damaligen Gesetzgeber durchaus bewusst. Als Lösungen wurden vorgeschlagen³⁷:

- die *Realteilung* des Fischereirechts in mehrere selbstständige Fischereirechte; allerdings dürfen dadurch die Mindestlängen für einen selbstständigen Fischereibetrieb (Art. 18 BayFiG) nicht unterschritten werden (zwei Kilometer), da sonst die Bildung eines gemeinschaftlichen Fischereibetriebs (Art. 20 BayFiG) droht;
- die Gründung eines *Vereins* (aber sieben Mitglieder erforderlich) und der Erwerb durch diesen; alternativ käme auch die Gründung einer sonstigen juristischen Person in Frage (etwa GmbH, aber hoher Gründungsaufwand);
- erwähnt wird auch die Bildung einer *Gesellschaft*. Da der Erwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausscheidet (dazu Abschnitt III.1.b)aa)), kommt wohl nur eine *Innengesellschaft* mit dem Erwerb des Fischereirechts nach außen durch nur einen Gesellschafter in Betracht, da dann die anderen Innengesellschafter gerade nicht am Vermögen des Gesellschaftsvertragspartners mitberechtigt sind³⁸, was den Erfordernissen des Art. 25 Abs. 1 BayFiG entspricht. Dies wird auch an den genannten Kommentarstellen deutlich, wo es heißt, dass ein Vertreter zu wählen wäre, der das Fischereirecht auf seinen Namen (also treuhänderisch) erwerbe, und dass dieses dann auf Grund von Fischereierlaubnisscheinen gemeinsam befishet werde.

Kein gangbarer Weg ist es, wie vom Bayerischen Obersten Landesgericht für möglich gehalten, einfach ein selbstständiges nachrangiges Fischereirecht zu begründen³⁹. Dies würde zum einen den Vorstellungen des Berechtigten nicht gerecht, denn – ließe man ein Rangverhältnis zwischen solchen grundsätzlich eigentumsähnlichen Rechten (vgl. Art. 9 Abs. 1 BayFiG) überhaupt zu – so könnte der Inhaber des vorrangigen Fischereirechts dem anderen die Fischereiausübung gänzlich untersagen. Zudem liegt hier, entgegen der Auffassung des Gerichts, ein unzulässiges Koppelfischereirecht vor⁴⁰.

³¹ RGZ 88, 21, 27; BayObLGZ 1987, 390, 398 = DNotZ 1988, 316; Demharter (Fn. 29) § 53 Rdnr. 42; Meincke, in Bauer/von Oefele (Fn. 30) § 53 Rdnr. 102 m.w.N.

³² Meincke, in Bauer/von Oefele (Fn. 30) § 53 Rdnr. 104 m.w.N.

³³ Für Unzulässigkeit etwa KEHE/Eickmann, GBO, 4. Aufl. 1991, § 53 Rdnr. 16; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Anh. zu § 18 Rdnr. 126; aM OLG Köln Rpfleger 1989, 405; Demharter (Fn. 29) § 53 Rdnr. 48; Meincke, in Bauer/von Oefele (Fn. 30) § 53 Rdnr. 117.

³⁴ RGZ 88, 21, 27; Demharter (Fn. 29) § 53 Rdnr. 52; MünchKommBGB/Wacke, BGB, 3. Aufl. 1997, § 892 Rdnr. 19 m.w.N.

³⁵ MünchKommBGB/Kanzleiter, BGB, 4. Aufl. 2000, § 1418 Rdnr. 3; allgemein zu den Grenzen ehevertraglicher Gestaltungen bei der Gütergemeinschaft MünchKommBGB/Kanzleiter § 1408 Rdnr. 16; es ist nur nicht möglich, sämtliches gegenwärtiges und künftiges Vermögen zum Vorbehaltsgut zu erklären. Dies ist aber auch hier wegen des Fischereirechts gerade nicht gewollt.

³⁶ MünchKommBGB/Kanzleiter § 1431 Rdnr. 6.

³⁷ Weiß (Fn. 9) Art. 25 Anm. 1; Hans Otto Schmitt (Fn. 11) Art. 25 Anm. 3.

³⁸ Palandt/Sprau § 705 Rdnr. 34.

³⁹ BayObLG Beschl. v. 4.1.1995, BayObLGZ 1995, 13, 15 ff. = MittBayNot 1995, 127 = AgrarR 1995, 274.

⁴⁰ So bereits meine Anmerkung MittBayNot 1995, 128 ff.; zustimmend Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 24 Rdnr. 6 a, Art. 25 Rdnr. 2.

2. Vererbung von Fischereirechten

Im *Beispielsfall 4* käme die Zuwendung des Fischereirechts an die Söhne Leopold und Lukas durch ein Vermächtnis (§ 2147 ff. BGB) in Betracht. Allerdings ist zweifelhaft, ob die Ausnahmenvorschrift des Art. 25 Abs. 2 BayFiG, die den Übergang eines Fischereirechts auf mehrere Personen von Todes wegen für zulässig hält (Ausnahme zu Art. 25 Abs. 1 BayFiG), auf das Vermächtnis überhaupt Anwendung findet. Denn dieses bewirkt mit dem Erbfall keinen unmittelbaren Anfall des Vermächtnisobjekts beim Vermächtnisnehmer, sondern gewährt diesem nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Erben auf Vermächtniserfüllung (§ 2174 BGB), während Art. 25 Abs. 2 BayFiG davon spricht, dass das Fischereirecht „von Todes wegen übergeht“. Jedoch wird im Ergebnis die Anwendung dieser Ausnahmenvorschrift auf den Vermächtniserwerb allgemein bejaht, da entscheidend sei, dass auch hier die Verfügung von Todes wegen den Rechtsgrund für die Leistung darstelle und juristisch-konstruktive Unterschiede nicht überbewertet werden dürften⁴¹. Der sicherste Weg ist aus fischereirechtlicher Sicht hier natürlich, wenn der Erblasser seine beiden Söhne, die das Fischereirecht erhalten sollen, zu seinen Erben einsetzt, und alles andere seiner Tochter mittels eines Vermächtnisses zuwendet.

Zu beachten ist allerdings, dass bei dieser Form des Übergangs eines Fischereirechts auf mehrere Personen die relativ rigorosen *Ausübungsbeschränkungen* des Art. 25 Abs. 2 BayFiG eingreifen (Ausübung für Rechnung der Anteilberechtigten nur durch einen ständig bestellten Vertreter, durch Verpachtung oder durch Anschluss an eine Genossenschaft). Dies ist das, was unser Erblasser sicherlich gerade nicht will.

3. Erwerb eines Koppelfischereirechts

Im *Beispielsfall 5* wird ein schon bestehendes Koppelfischereirecht erworben. Die Übertragung solcher Rechte ist vorbehaltenlich der Art. 26, 27 BayFiG zulässig⁴². Jedoch ist der Erwerb solcher Rechte trotz allem nicht unproblematisch. Denn

- den übrigen Mitberechtigten an dem Fischereirecht steht nach Art. 26 BayFiG ein *Vorkaufsrecht* zu. Dies führt zu all den bekannten Gefahren und Schwierigkeiten für die Vertragsgestaltung beim Vorhandensein von Vorkaufsrechten⁴³;
- wurde das Koppelfischereirecht beim Veräußerer *nicht rechtswirksam* begründet, so drohen dem Erwerber erhebliche Gefahren. Selbst wenn man bei einem nach dem 1.9.1986 im Grundbuch eingetragenen Fischereirecht eine inhaltlich unzulässige Eintragung verneint und damit einen gutgläubigen Erwerb für möglich hält, so muss man bedenken, dass nach wohl noch h.M. und überwiegender Rechtsprechung das Grundbuchamt einem Erwerber nicht zu einem gutgläubigen, materiell ungerechtfertigten Erwerb verhelfen darf. Erkennt das Grundbuchamt die Unrichtigkeit der bisherigen Eintragung, so hat es den Eintragungsantrag zurückzuweisen⁴⁴. Zudem wird

⁴¹ Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 2 Rdnr. 4; Bleyer (Fn. 5) Art 2 Anm. 2; Reimann BayVBl. 1972, 571, 601; iE Weiß (Fn. 9) Art. 2 Anm. 2 („freie Auslegung, ... ohne Rücksicht auf den Wortlaut“); Malsen-Waldkirch/Hofer (Fn. 4) Art. 2 Anm. 3.

⁴² Malsen-Waldkirch/Hofer (Fn. 4) Art. 25 Anm. 2.

⁴³ Allgemein dazu etwa Amann, in *Brambring/Jerschke*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A VIII Rdnr. 20 ff.; zu den Besonderheiten im Fischereirecht Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 26 Rdnr. 2 ff.

⁴⁴ Etwa BayObLGZ 1994, 66, 71; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445; Palandt/Bassenge § 892 Rdnr. 1; aM etwa MünchKommBGB/Wacke § 892 Rdnr. 70 m.w.N.

ein gutgläubiger Erwerb bei der vorweggenommenen Erbfolge überwiegend verneint⁴⁵;

- für den Erwerber ergeben sich aus Art. 27 BayFiG *nachteilige Ausübungsbeschränkungen*. So ist umstritten, ob zu der dem einzelnen Koppelfischereiberechtigten gestatteten Ausübung der Fischerei „in Person“ auch die Befugnis zählt, Fischereierlaubnisscheine nach Art. 35 BayFiG auszustellen, worauf es unserem Hotelier gerade ankommt⁴⁶. Auf alle Fälle wird die Kreisverwaltungsbehörde bei der Prüfung, ob und in welchem Umfang sie eine Genehmigung zur Erteilung der Erlaubnisscheine erteilt, die Bewirtschaftung der Koppelfischereistrecke insgesamt im Auge haben müssen⁴⁷. Und da hier eine nachhaltige Hege i.d.R. erschwert ist, kann dies zur Reduzierung des Kartenkontingents führen;
- als „schärfstes Schwert“ kann die Fischereibehörde nach Art. 28 BayFiG eine *Koppelfischereiordnung* erlassen⁴⁸. Dies ist ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt, der alle bislang privatrechtlich zwischen den Berechtigten getroffenen Abreden unwirksam werden lässt⁴⁹. Dies kann zu einer völlig neuen Regelung der Fischereiausübung jenseits der bislang gehandhabten Praxis der Beteiligten führen. Allerdings kann sie nur dann erlassen werden, wenn die betreffende Gewässerstrecke nicht „ordnungsgemäß und nachhaltig“ bewirtschaftet wird, und die Fischereiordnung geeignet und erforderlich ist, um diesen Mangel zu beseitigen⁵⁰. Die im Beispielsfall bestehende, im Grundbuch eingetragene Miteigentümergeinschaft, die jedem der Fischereiberechtigten eine möglichst selbstständige Fischereiausübung als solche gewährleisten soll, genügt nicht ohne weiteres. Die Vereinbarung der Fischereiberechtigten muss vielmehr eine geordnete, untereinander abgestimmte oder auf einige Berechtigte beschränkte Regelung der fischereilichen Nutzung treffen, durch die eine dem Hegeziel (Art. 1 Abs. 2 BayFiG) entsprechende Fischereiausübung sichergestellt wird⁵¹. Da die Mindestlänge von zwei Kilometer für einen selbstständigen Fischereibetrieb (Art. 18 BayFiG) unterschritten wird, erscheint dies im Beispielsfall zweifelhaft.

4. Bestellung eines Nießbrauchs

Für ein selbstständiges Fischereirecht gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften entsprechend (Art. 9 Abs. 1 BayFiG). Damit erscheint die Belastung mit einem Nießbrauch (nach §§ 1030 ff. BGB⁵²) grundsätzlich als zulässig. Auch Art. 15 Satz BayFiG steht dem nicht entgegen. Denn danach kann ein Fischereirecht zwar nicht mehr als Dienstbarkeit bestellt werden. Hier soll aber gerade kein ori-

⁴⁵ OLG Zweibrücken FGPrax 1999, 208; Palandt/Bassenge § 892 Rdnr. 3; aM etwa Hildesheim Rpfleger 1997, 12.

⁴⁶ Bejahend BayVGh v. 3.7.1991, BayVBl. 1992, 175, 176; Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 2 Rdnr. 5; Malsen-Waldkirch/Hofer (Fn. 4) Art. 27 Anm. 2; Weiß (Fn. 9) Art. 27 Anm. 4; zweifelnd Bleyer (Fn. 5) Art. 27 Anm. 2.

⁴⁷ Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 2 Rdnr. 5; Bleyer (Fn. 5) Art 2 Anm. 2.

⁴⁸ Dazu Ziff. 5.4 VwFiR (Fn. 11).

⁴⁹ Reimann MittBayNot 1971, 4, 8; Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 28 Rdnr. 11; vgl. auch BayVGh v. 8.12.1983, RdL 1985, 6, 7.

⁵⁰ Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 27 Rdnr. 6.

⁵¹ Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 27 Rdnr. 4.

⁵² Wegen der Verweisung auf das Grundstücksrecht nicht nach den §§ 1068 ff. BGB, Malsen-Waldkirch/Hofer (Fn. 4) Art. 9 Anm. 1 c.

ginäres Fischereirecht durch den Nießbrauch begründet werden, sondern ein von einem bereits bestehenden Fischereirecht abgeleitetes Fischereiausübungsrecht. Dies wird für zulässig gehalten⁵³. Allerdings finden auf diese umfassende Überlassung des Fischereiausübungsrechts nach Art. 31 Abs. 6 Satz 1, 2. Halbsatz BayFiG die in Art. 31 Abs. 1 bis 5 BayFiG enthaltenen Bestimmungen über den Fischereipachtvertrag entsprechende Anwendung. Daher ist es nicht möglich, ohne besondere behördliche Gestattung nach Art. 31 Abs. 6 Satz 2 BayFiG mehr als drei Personen die Nutzung des

⁵³ Reimann MittBayNot 1977, 179, 180; Bleyer (Fn. 5) Art 9 Anm. 2; Malsen-Waldkirch/Hofer (Fn. 4) Art. 9 Anm. 1 c; J. Mayer MittBayNot 1994, 295, 300.

Fischereirechts durch Bestellung eines Nießbrauchs einzuräumen⁵⁴. Auch müssen die Nießbrauchsberechtigten grundsätzlich im Besitz eines gültigen Fischereischeins sein. Demgegenüber soll das Verbot der Begründung von Koppelfischereirechten nicht entgegen stehen, wenn das gesamte Fischereirecht auf Grund des Nießbrauchs ausgeübt werden soll⁵⁵. Insoweit verdrängt der Nießbrauch die dem Fischereiberechtigten zustehende eigene Nutzung des Fischereirechts. Damit treten die schädlichen Wirkungen, die durch Art. 25 Abs. 1 BayFiG verhindert werden sollen, in diesem Fall schon aus diesem Grund nicht ein.

⁵⁴ Braun/Keiz (Fn. 4) Art. 31 Rdnr. 39.

⁵⁵ Reimann MittBayNot 1977, 179, 180.

Unternehmensnachfolge vor dem Aus?

– Zugleich eine Anmerkung zu dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 25.1.2001¹, II R 52/98 –

Von Notarassessor *Thomas Wachter*, München

Der Bundesfinanzhof hatte jüngst darüber zu entscheiden, ob die schenkweise Einräumung einer atypisch stillen Beteiligung an einer Kommanditbeteiligung als eine begünstigte Übertragung von Betriebsvermögen anzusehen ist. Der Zweite Senat hat dies in seiner Entscheidung vom 25.1.2001 überraschend verneint und damit bislang allseits anerkannten Möglichkeiten der Gestaltung der Unternehmensnachfolge (zunächst?) die Grundlage entzogen.

Die Entscheidung ist noch zur früheren Fassung des Betriebsvermögensfreibetrags (jetzt § 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG) ergangen. Gleichwohl hat das Urteil weitreichende Konsequenzen für die künftige Vertragsgestaltung bei der Übertragung von Betriebsvermögen. Im Folgenden soll daher zunächst die Entstehungsgeschichte der Begünstigung für Betriebsvermögen im Erbschaft- und Steuerrecht kurz zusammengefasst dargestellt werden (nachfolgend unter Abschnitt 1.). Im Anschluss werden die Gründe der Entscheidung kritisch analysiert (Abschnitt 2.) und die offenen Rechtsfragen erörtert (Abschnitt 3.). Abschließend werden einige der verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten diskutiert (Abschnitt 4.) und eine baldige Klärung der Rechtslage durch den Gesetzgeber angeregt (Abschnitt 5.).

¹ MittBayNot 2001, 335 (in diesem Heft). **Vgl. den Nichtanwendungserlass vom 15.5.2001, MittBayNot 2001, 338 (in diesem Heft).** Das Urteil ist auch veröffentlicht in DStR 2001, 573 mit Anm. Mößlang und Besprechungsaufsatz Jülicher, Der Erwerb von betrieblichem Vermögen im Wege „vorweggenommener Erbfolge“, DStR 2001, 769 = ZEV 2001, 165 mit Anm. Viskorf S. 166 und Anm. Söffing S. 207 und Besprechungsaufsatz Geck, Vorweggenommene Erbfolge und Betriebsvermögen: Eine Standortbestimmung nach dem BFH-Urteil vom 25.1.2001 zu § 13 a ErbStG, ZEV 2001, 180 = DB 2001, 796 mit Anm. Ebeling und Kommentar Flick, Erschlägt der BFH die vorweggenommene Erbfolge?, DB 2001, Editorial Heft 19 = BB 2001, 819 mit Anm. Scherer/Geuyen = GmbHR 2001, 441 mit Anm. Götz und mit Anm. Winter GmbHR 2001, R 157 = FR 2001, 484 mit Anm. Viskorf und mit Anm. Kabor = DStRE 2001, 481 (LS). Das erstinstanzliche Urteil des FG Köln vom 12.12.1997, 9 K 1208/96, EFG 1999, 205 hat sich ausschließlich mit verfahrensrechtlichen Fragen (insbesondere § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) befasst.

Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht begünstigt den Erwerb von Betriebsvermögen, um vor allem die Übertragung von kleinen und mittelständischen Unternehmen auf die nächste Generation zu erleichtern². Eine steuerliche Entlastung erfolgt in mehrfacher Hinsicht:

- Bei der Bewertung des übertragenen Vermögens wird nicht von den gemeinen Werten, sondern von den – in der Regel wesentlich niedrigeren – Steuerbilanzwerten ausgegangen (§ 12 Abs. 5 ErbStG).
- Für den Erwerb von Betriebsvermögen wird ein besonderer Betriebsvermögensfreibetrag in Höhe von 500.000 DM³ gewährt (§ 13 a Abs. 1 ErbStG).
- Der nach Anwendung des Freibetrags noch verbleibende Steuerwert des Vermögens wird der Besteuerung nur in Höhe von 60 % zugrunde gelegt (§ 13 a Abs. 2 ErbStG).
- Unabhängig von der verwandschaftlichen Nähe zwischen Veräußerer und Erwerber erfolgt die Besteuerung stets nach der günstigen Steuerklasse I (§ 19 a ErbStG).
- Schulden, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit begünstigtem Betriebsvermögen stehen, sind in vollem Umfang (und nicht nur anteilig) abzugsfähig (§ 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG).

Der Betriebsvermögensfreibetrag von 500.000 DM kann zudem alle zehn Jahre erneut in Anspruch genommen werden (§ 13 a Abs. 1 Satz 2 ErbStG).

² Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, Abschnitt C. I. 2. b) bb) der Entscheidungsgründe, BVerfGE 93, 165 = BStBl. 1995 II, 671 = BGBl. I 1995, 1192 = NJW 1995, 2624 = DStR 1995, 1348 = WM 1995, 1519 = ZIP 1995, 1352 = DB 1995, 1745 = GmbHR 1995, 679 = MDR 1995, 1005 = FamRZ 1995, 1261 = DVBl. 1995, 1128 = DNotZ 1995, 758 = MittRh-NotK 1995, 280 = JZ 1996, 40.

³ Ab 1.1.2002 256.000 Euro. – Siehe Art. 19 Ziffer 3 a) des Gesetzes zur Umrechnung und Glättung steuerlicher Euro-Beträge (Steuer-Euroglättungsgesetz – StEuglG) vom 19.12.2000, BGBl. I 2000, 1790 = BStBl. I 2001, 3. Zum ursprünglichen Gesetzesentwurf BT-Drks. 14/3554 vom 7.6.2000 siehe auch Schwarz, Verdeckte Erbschaftsteuererhöhung durch den Entwurf des Steuer-Euroglättungsgesetzes (StEuglG-E), DStR 2000, 1857.

Sämtliche Vergünstigungen gelten grundsätzlich sowohl für den Erwerb von Todes wegen als auch für den Erwerb unter Lebenden.

Aus wirtschaftlicher Sicht ist es in der Regel sachgerecht, dem potenziellen Unternehmensnachfolger bereits frühzeitig Verantwortung zu übertragen und an dem Unternehmen zu beteiligen. Viele Unternehmer sind dazu indes nicht bereit. In manchen Fällen kommt zumindest eine sukzessive Übertragung des Unternehmens auf den Erwerber bei gleichzeitiger Sicherung der berechtigten (Versorgungs-)Interessen des Veräußerers in Betracht. Dabei sind die steuerlichen Vorteile für viele Unternehmer ein (wenn nicht manchmal sogar der) entscheidende Gesichtspunkt, bereits zu Lebzeiten die Nachfolgeplanung in Angriff zu nehmen.

1. Entstehungsgeschichte von § 13a ErbStG

Die Voraussetzungen für die erst seit einigen Jahren bestehende Entlastung von Betriebsvermögen im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht ist in den letzten Jahren mehrfach geändert worden.

Durch das Standortsicherungsgesetz vom 13.9.1993⁴ wurde mit Wirkung zum 1.1.1994 erstmals ein besonderer Freibetrag für die Übertragung von Betriebsvermögen geschaffen. Der Freibetrag war auf Betriebsvermögen beschränkt; Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sowie land- und forstwirtschaftliches Vermögen waren nicht begünstigt. Der Freibetrag entfiel rückwirkend, wenn der Erwerber das Betriebsvermögen innerhalb einer Frist von fünf Jahren wieder veräußert hat. Die neue Bestimmung des § 13 Abs. 2 a ErbStG hatte folgenden Wortlaut:

„Betriebsvermögen (§ 12 Abs. 5) bleibt vorbehaltlich des Satzes 2 insgesamt bis zu einem Wert von 500.000 DM außer Ansatz

- 1. beim Erwerb durch Erbanfall; (...);*
- 2. beim Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge, wenn der Schenker dem Finanzamt unwiderruflich erklärt, dass der Freibetrag für diese Schenkung in Anspruch genommen wird; (...).“*

Im ursprünglichen Regierungsentwurf zum Standortsicherungsgesetz war noch vorgesehen, dass der neue Freibetrag in Höhe von 500.000 DM nur beim Erwerb von Todes wegen und nicht auch bei der Übertragung von Betriebsvermögen zu Lebzeiten gewährt wird⁵. Da die Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten einer letztwilligen Regelung jedoch regelmäßig vorzuziehen ist, wurde diese Einschränkung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens heftig kritisiert⁶. Im Zuge der Beratungen der Finanzausschusses kam es dann zu einer entsprechenden Gesetzesänderung. Nach dem Gesetzeswortlaut wurde der Betriebsvermögensfreibetrag jedoch nicht für alle freigiebigen Zuwendungen unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) gewährt, sondern nur für Vermögensübertragungen „im Weg(e) der vorweggenommenen Erbfolge“.

Der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge ist weder im Zivilrecht noch im Steuerrecht näher definiert⁷. Die Frage,

welche Formen der Übertragung von Betriebsvermögen mit dem neuen Freibetrag begünstigt werden sollten, wurde daher schon bald kontrovers diskutiert. Umstritten war insbesondere, wie im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden kann, dass ein Fall der vorweggenommenen Erbfolge vorliegt. In der Gesetzesbegründung dazu heißt es⁸:

„Die für Erwerbe durch Erben (Erbfall) vorgesehenen Maßnahmen zur Schonung von Betriebsvermögen sollen auch bei Betriebsvermögensübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gelten. Im Interesse der Erhaltung und des Fortbestands eines Betriebs sind auch hier steuerliche Entlastungen angezeigt. Vorweggenommene Erbfolge ist die Übertragung des Vermögens oder eines Teils durch den künftigen Erblasser auf einen oder mehrere als künftige Erben in Aussicht genommene Empfänger. Der Nachweis, wer künftiger Erbe sein soll, kann insbesondere durch notariell beurkundete Zusage, durch Erbvertrag oder durch Gesellschaftsvertrag mit Fortsetzungs- oder Übernahmeklausel erbracht werden.“

Unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien wurde daher vor allem von Seiten der Finanzverwaltung zunächst gefordert, dass der Steuerpflichtige in jedem Einzelfall nachweisen muss, dass ein Fall der vorweggenommenen Erbfolge vorliegt⁹. Schon bald wurde jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass es rechtlich unzulässig ist, sich zur Erbeinsetzung eines anderen zu verpflichten (§ 2302 BGB)¹⁰. Rechtlich möglich wäre allenfalls ein Nachweis durch einen Erbvertrag oder einen Gesellschaftsvertrag mit einer qualifizierten Nachfolgeklausel¹¹. Die theoretischen und praktischen Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen freigiebigen Zuwendungen und Zuwendungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sind aber gar nicht entscheidend dafür, dass ein Nachweis der künftigen Erbfolge nicht erforderlich ist. Maßgebend ist vielmehr, dass es für das Vorliegen einer vorweggenommenen Erbfolge überhaupt nicht darauf ankommt, wer tatsächlich einmal Erbe wird. Die Vorwegnahme der Erbfolge kann gerade darin bestehen, dass der Erwerber aufgrund der zu Lebzeiten erhaltenen Zuwendung des Betriebsvermögens nicht auch noch Erbe des sonstigen Vermögens werden soll. Das Schrifttum ist daher ganz überwiegend davon ausgegangen, dass dem Tatbestandsmerkmal „Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge“ keine eigenständige Bedeutung zukommt¹².

⁸ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses des Bundestages BT-Drks. 12/5016 vom 25.5.1993, S. 107.

⁹ So beispielsweise Weinmann, Steuerbefreiung für den Erwerb von Betriebsvermögen im ErbStG durch das Standortsicherungsgesetz, DStR 1993, 1237 (1240 f.); Christoffel, Änderungen bei der Erbschaftsbesteuerung, NWB Fach 10 Seite 663 (674 f.) (1994); siehe jetzt auch wieder Mößlang, DStR 2001, 575 (576).

¹⁰ Siehe nur Odenthal, Der neue Erbschaftsteuerfreibetrag für Betriebsvermögen nach § 13 Abs. 2 a ErbStG i.d.F. des Standortsicherungsgesetzes, ZEV 1994, 26 (27); Felix, Betriebsvermögens-Freibetrag nach § 13 Abs. 2a ErbStG, BB 1994, 477 (479); ders., Praktizierung des erbschaftsteuerlichen Betriebsvermögens-Freibetrages, § 13 Abs. 2 a ErbStG, KÖSDI 1994, 9878 (9882).

¹¹ Gebel, Die schenkungsteuerliche Freibetragsregelung für die Übergabe von Betriebsvermögen in vorweggenommener Erbfolge, UVR 1994, 172 (175 ff.).

¹² Statt aller Schauhoff, Die Schenkung von Betriebsvermögen unter Ausnutzung des neuen Erbschaftsteuerfreibetrages von 500.000 DM, ZEV 1994, 154 ff.; Moench, Ein Steuergeschenk mit Haken und Ösen, ZEV 1995, 50 (53 f.); Hübner, Der erbschaft- und schenkungsteuerliche Freibetrag für die Übertragung von Betriebsvermögen, DStR 1995, 197 (200 f.); einschränkend allerdings Gebel, (s.o. Fn. 11), der davon ausgeht, dass die Vorwegnahme der in Aussicht genommenen Erbfolge aus objektiven Umständen erkennbar sein muss.

⁴ BGBl. I 1993, 1569 = BStBl. I 1993, 774.

⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drks. 12/4487 vom 5.3.1993.

⁶ Siehe dazu Pietsch, Die „schwierige Geburt“ des Betriebsvermögens – Freibetrages bei der Erbschaftbesteuerung durch das Standortsicherungsgesetz, UVR 1993, 267 ff.

⁷ Siehe dazu statt aller Spiegelberger, Vermögensnachfolge, München 1994, Rdnr. 18 m.w.N.

Die Finanzverwaltung hat sich gleichfalls frühzeitig für eine pragmatische Lösung entschieden. In den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 29.11.1994¹³ heißt es dementsprechend:

„Der Freibetrag wird für inländisches Betriebsvermögen i.S.d. § 12 Abs. 5 ErbStG gewährt, das im Zeitpunkt der Steuerentstehung als solches auf den Erwerber übergeht und deshalb der Besteuerung nach dem ErbStG unterliegt. Begünstigt ist dabei (...) Betriebsvermögen in Form von Beteiligungen an Personengesellschaften (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3, § 18 Abs. 4 EStG). Das gilt ebenso für die Teilübertragung von solchem Vermögen (...).“ (Tz. 1).

„Die Zuwendung von Betriebsvermögen durch Schenkung unter Lebenden ist nur steuerbegünstigt, wenn es sich um einen Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge handelt. Im Zivilrecht ist die vorweggenommene Erbfolge eine Form der Übertragung von Vermögen durch den künftigen Erblasser auf einen oder mehrere als künftige Erben in Aussicht genommene Empfänger. Eine solche Übertragung unterliegt der Schenkungsteuer, soweit es sich dabei um eine freigiebige Zuwendung handelt. Bei Zuwendungen an die in den Steuerklassen I und II genannten Erwerber kann davon ausgegangen werden, dass eine vorweggenommene Erbfolge beabsichtigt ist. Bei Zuwendungen an andere Erwerber genügt es, wenn neben der vom Schenker abgegebenen Erklärung (...) durch die der jeweiligen Zuwendung zugrunde liegenden Erklärungen und Vereinbarungen der Beteiligten, z. B. Testament, Erbvertrag, Erb- und Pflichtteilsverzicht oder Anrechnungs- und Ausgleichsklauseln, erkennbar ist oder in sonstiger Weise dem Finanzamt dargelegt wird, dass die Übertragung einer lebzeitigen durchgeführten Erbfolgeregelung entspricht. Eine später abweichende tatsächliche Erbfolge hat keinen Einfluss auf die Inanspruchnahme des Freibetrags. (...).“ (Tz. 3.2).

Durch das Jahressteuergesetz 1996 vom 11.10.1995¹⁴ sollte die Entlastung des Betriebsvermögens inhaltlich erweitert werden. Neben der Übertragung von Betriebsvermögen sollten auch Anteile an Kapitalgesellschaften begünstigt werden, an denen der Schenker im Zeitpunkt der Entstehung der Steuer zu mehr als 25 % beteiligt war. Gleichzeitig sollte ein Bewertungsabschlag in Höhe von 25 % des den Freibetrag übersteigenden begünstigten Vermögens geschaffen werden. Die geplante Neuregelung ist jedoch aufgrund der Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Grundvermögen nie in Kraft getreten¹⁵.

Durch das Jahressteuergesetz 1997 vom 20.12.1996¹⁶ ist die Regelung des § 13 Abs. 2 a ErbStG 1974 in eine eigene Vorschrift (§ 13 a ErbStG) überführt und – auch im Vergleich mit der geplanten Neuregelung durch das Jahressteuergesetz 1996 – in zweifacher Hinsicht nochmals erweitert worden. Zum einen ist der Kreis des begünstigten Vermögens mit Wir-

kung zum 1.1.1996 über Betriebsvermögen und unmittelbare Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu mehr als 25 % hinaus auch auf land- und forstwirtschaftliches Vermögen erweitert worden. Zum anderen ist neben dem Freibetrag in Höhe von 500.000 DM noch ein zusätzlicher Bewertungsabschlag in Höhe von 40 % eingeführt worden. Schließlich wurde eine Tarifbegrenzung geschaffen, wonach der Erwerb von begünstigtem Betriebsvermögen nach der Steuerklasse I besteuert wird (§ 19 a ErbStG). Die beiden Vorschriften für die Begünstigung von Betriebsvermögen – § 13 a ErbStG einerseits und § 19 a ErbStG andererseits – sind fast wörtlich identisch; allerdings gilt die Tarifbegrenzung für alle Erwerbe einer natürlichen Person und ist (anders als § 13 a ErbStG) nicht auf den Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge beschränkt.

Die Finanzverwaltung hat in einem neuen Erlass zu der Auslegung der geänderten Vorschrift Stellung genommen und dabei (noch weitergehend als schon zuvor) deutlich gemacht, dass praktisch jede Übertragung von Betriebsvermögen zu Lebzeiten einen Fall der vorweggenommenen Erbfolge darstellt¹⁷. In den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 17.6.1997¹⁸ heißt es:

„Ein begünstigter Erwerb durch Schenkung unter Lebenden liegt vor, wenn es sich um einen Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge handelt. Im Zivilrecht ist die vorweggenommene Erbfolge eine Form der Übertragung von Vermögen durch den künftigen Erblasser auf einen oder mehreren als künftige Erben in Aussicht genommenen Empfänger, ohne dass diese Umschreibung eine Begrenzung auf Nachfolgeregelungen im engeren Familienkreis bezwecken oder erlauben würde. Bei freigiebigen Zuwendungen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) an die in Steuerklasse I genannten Erwerber kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass eine vorweggenommene Erbfolge vorliegt. Bei freigiebigen Zuwendungen an andere Erwerber gilt entsprechendes, wenn der Schenker erklärt, dass für diese Schenkung der Freibetrag nach § 13 a Abs. 1 ErbStG in Anspruch genommen wird (...). Will der Schenker den Freibetrag nicht in Anspruch nehmen, genügt zur Gewährung des Bewertungsabschlags die Erklärung, dass die Zuwendung eine Maßnahme der vorweggenommenen Erbfolge darstellt. Das Finanzamt hat eine schriftliche Erklärung zu verlangen. Daneben sind keine weiteren Nachweise erforderlich. (...).“ (Tz. 32).

„Die Anwendung des § 19 a ErbStG ist nicht auf Schenkungen im Weg der vorweggenommenen Erbfolge beschränkt. (...).“ (Tz. 76).

Dieser Standpunkt der Finanzverwaltung ist unverändert in die Richtlinien der Bundesregierung vom 21.12.1998 zur einheitlichen Anwendung des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts¹⁹ übernommen worden (R 56 Abs. 1 und 2 sowie R 76 Abs. 1 Satz 2 ErbStR).

Seit der erstmaligen Einführung der Entlastung für Betriebsvermögen im Jahr 1993 bestand demnach zwischen Finanzverwaltung und Schrifttum Einigkeit darüber, dass die „Un-

¹³ Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 13 Abs. 2 a ErbStG, BStBl. I 1994, 905 = DSiR 1995, 20.

¹⁴ BGBl. I 1995, 1250 = BStBl. I 1995, 438.

¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 = BStBl. 1995 II, 655 = BGBl. I 1995, 1191 = NJW 1995, 2615 = DSiR 1995, 1345 = WM 1995, 1506 = ZIP 1995, 1337 = DB 1995, 1740 = GmbHR 1995, 668 = MDR 1995, 1000 = DVBl. 1995, 1078 = FamRZ 1995, 1264 = DNotZ 1995, 763 = JZ 1996, 31 und BVerfG, Beschl. v. 22.6.1995, 2 BvR 552 / 91 (s.o. Fn. 2).

¹⁶ BGBl. I 1996, 2049 = BStBl. I 1996, 1523.

¹⁷ Zustimmend Moench, Das „Steuergeschenk mit Haken und Ösen“ im neuen Zuschnitt, ZEV 1997, 268 (272).

¹⁸ Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 13a und des § 19 a ErbStG, BStBl. I 1997, 673 = ZEV 1997, 287.

¹⁹ Erbschaftsteuer-Richtlinien vom 21.12.1998, BStBl. I 1998, Sondernummer 2/1998.

ternehmensnachfolge von kalter und von warmer Hand“ in gleicher Weise begünstigt ist²⁰.

Das Vertrauen aller Beteiligten in diese Rechtslage wurde jüngst noch dadurch bestätigt, dass im Rahmen des Steuerbereinigungsgesetzes 1999²¹ der bisherige Gesetzeswortlaut „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ durch die Formulierung „beim Erwerb durch Schenkung unter Lebenden“ ersetzt werden sollte²². Nach der Gesetzesbegründung sollte damit lediglich klargestellt werden, dass die Vermögensübertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge nichts anderes darstellt als eine Schenkung unter Lebenden. Diese Neufassung des Gesetzeswortlauts ist jedoch (wie auch die sonst geplanten Änderungen des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes sowie des Bewertungsgesetzes) im Vermittlungsverfahren (aus nicht bekannten Gründen) wieder gestrichen worden²³.

2. Entscheidung des Bundesfinanzhofs

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs liegt ein begünstigter Erwerb von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge demgegenüber nur dann vor, wenn der Erwerb mit einem Vermögensübergang durch Erbanfall materiell vergleichbar ist. Dies sei nur dann der Fall, wenn Betriebsvermögen als solches endgültig auf den Erwerber übergeht.

Die schenkweise Einräumung einer atypischen Unterbeteiligung an einer Kommanditgesellschaft²⁴ im Entscheidungsfall war demnach kein begünstigter Erwerb von Betriebsvermögen im Sinne von § 13 Abs. 2 a Satz 1 Nr. 2 ErbStG in der Fassung des Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993. Die mit der Kommanditbeteiligung verbundene Rechtsstellung ist nicht „als solche übertragen“ worden, sondern nur ein „Ausschnitt daraus“. Die Übertragung ist zudem nicht endgültig erfolgt, da sie unter dem „Vorbehalt der Rückgängigmachung“ erfolgt ist.

Ausgangspunkt der Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist der Wortlaut des § 13 Abs. 2 a ErbStG. Die Übertragung von Betriebsvermögen zu Lebzeiten ist danach nur dann begünstigt, wenn sie „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ erfolgt. Bei der Auslegung des Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge stellt der Bundesfinanzhof insbesondere auf den Sinn und Zweck der schenkungsteuerrechtlichen Begünstigungsvorschrift ab. Aus der Gesetzgebungsgeschichte leitet der Bundesfinanzhof ab, dass „Erwerbe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nur solche sein (können), die einem

Übergang von Betriebsvermögen durch Erbanfall materiell vergleichbar sind“. Kennzeichen des Übergangs von Betriebsvermögen durch Erbanfall ist, dass „die Rechtsstellung des Unternehmers hinsichtlich des Betriebsvermögens als solche auf einen oder mehrere Erben übergeht und die Übertragung endgültig erfolgt“.

Diese Auslegung beruht auf der Annahme, dass der Erwerb von Betriebsvermögen unter Lebenden nur dann begünstigt ist, wenn er unter vergleichbaren Voraussetzungen wie ein Erwerb durch Erbanfall erfolgt. Eine solche Parallelität der beiden Tatbestände lässt sich dem Gesetzeswortlaut aber nicht entnehmen. Der Gesetzesaufbau – Regelung des Erwerbs durch Erbanfall in Nr. 1 und des Erwerbs im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in Nr. 2 – deutet eher darauf hin, dass es sich um zwei voneinander unabhängige Erwerbsmodalitäten handelt. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift²⁵ lässt sich nicht ableiten, dass ein Erwerb zu Lebzeiten nur dann begünstigt ist, wenn er mit einem Erwerb durch Erbanfall vergleichbar ist. Allein der Umstand, dass die Begünstigungsvorschrift erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Erwerbe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ausgedehnt worden ist, spricht nicht für eine inhaltliche Gleichstellung der beiden Erwerbsvorgänge. Schließlich spricht vor allem der Sinn und Zweck der Vorschrift dagegen, dem Begriff der vorweggenommenen Erbfolge eine so weitgehende Bedeutung beizumessen.

Der Bundesfinanzhof scheint davon auszugehen, dass beim Erwerb durch Erbanfall stets eine endgültige Übertragung des Betriebsvermögens als solches vorliegt. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Auch ein Erwerb von Todes wegen kann aufschiebend bzw. auflösend bedingt (§§ 2074 und 2075 BGB) oder befristet sein. Der Erwerb eines Vorerben ist in keiner Weise endgültig. Der Erbe kann zudem durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, einer Nacherbschaft, durch Auflagen und Vermächtnisse oder Teilungsanordnungen in vielfacher Weise beschwert sein, so dass keine Übertragung des Betriebsvermögens als solchem angenommen werden kann. Der Erwerb durch einen Vermächtnisnehmer, der seit 1.1.1996 ebenfalls begünstigt ist (R 55 Abs.1 Satz 4 Nr. 1 ErbStR)²⁶, kann in gleicher Weise wie ein Erwerb zu Lebzeiten sukzessive erfolgen. Selbst wenn man das neu geschaffene Kriterium der materiellen Vergleichbarkeit²⁷ anwenden würde, hätte dies demnach nicht zur Folge, dass die schenkweise Einräumung einer atypisch stillen Unterbeteiligung nicht als begünstigt anzusehen ist²⁸.

Der Bundesfinanzhof legt den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge isoliert im Rahmen des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes aus. Der Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zivilrechts für das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht²⁹ hätte erwarten lassen, dass die Begriffsbestimmung in grundsätzlicher Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht erfolgt. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs³⁰ versteht man

²⁰ Siehe die Kommentierungen von Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher (Hrsg.), Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, München 2001, § 13 a Rdnr. 66 ff. und – zur Fassung des § 13 Abs. 2 a ErbStG i.d.F. des StandOG Rdnr. 386 ff.; Kapp/Ebeling, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Köln 2000, § 13 a Rdnr. 37 ff.; Meincke, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, 12. Auflage, München 1999, § 13 a Rdnr. 10; Michel, in: Wilms (Hrsg.), Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Bonn 2001, § 13 a Rdnr. 38 ff.; Weinmann, in: Moench (Hrsg.), Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Neuwied 2000, § 13 a Rdnr. 60.

²¹ BGBl. I 1999, 2601 = BStBl. I 2000, 13.

²² Art. 11 Nr. 6 a) aa) des Entwurfs eines Gesetzes zur Bereinigung von steuerlichen Vorschriften (Steuerbereinigungsgesetz 1999 – StBereinG 1999, BT-Drks. 14/1514 vom 27.8.1999.

²³ Siehe dazu auch Rating, El Dorado Erbschaftsteuerrecht?, Stbg. 1999, 545 (552).

²⁴ Zur Vertragsgestaltung in diesen Fällen siehe Weigl, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, München 1998, S. 15 ff., mit ausführlichen Formulierungsvorschlägen.

²⁵ Siehe dazu bereits oben unter Abschnitt 1.

²⁶ Vgl. dazu Mößlang, DStR 2001, 575 (576).

²⁷ Es findet sich insbesondere nicht in der angegebenen Entscheidung BFH, Urteil vom 10.12.1997, II R 22/98, BStBl. II 1998, 117 = DStR 1998, 206 = DB 1998, 403 = ZEV 1998, 77.

²⁸ Ebenso Jülicher, Der Erwerb von betrieblichem Vermögen im Wege „vorweggenommener Erbfolge“, DStR 2001, 769 (772).

²⁹ Grundlegend Crezelius, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht in zivilrechtlicher Sicht, Herne 1979.

³⁰ BGH, Urteil vom 30.1.1991, IV ZR 299/89, BGHZ 113, 310 = NJW 1991, 1345 = BB 1991, 795 = DNotZ 1992, 32 = MittBayNot 1991, 111.

unter vorweggenommener Erbfolge die Übertragung des Vermögens oder eines wesentlichen Teils davon durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger. Eine endgültige Vermögensübertragung wird dabei nicht vorausgesetzt.

Der Große Senat des Bundesfinanzhofs hat für den Bereich des Ertragsteuerrechts die eine vorweggenommene Erbfolge bezweckenden Übergabeverträge als Vereinbarungen beschrieben, in denen „*Eltern ihr Vermögen, insbesondere ihren Betrieb oder privaten Grundbesitz, mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge auf einen oder mehrere Abkömmlinge übertragen und dabei für sich einen ausreichenden Lebensunterhalt und für die außer dem Übernehmer noch vorhandenen weiteren Abkömmlinge Ausgleichszahlungen ausbedingen.*“³¹ Danach ist es für die Regelung der Generationennachfolge gerade charakteristisch, dass sich der Veräußerer bestimmte Rechte an dem übertragenen Vermögen vorbehält und die Vermögensübertragung demnach nicht endgültig erfolgt.

Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs liegt eine Schenkung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nur dann vor, wenn die Übertragung vorbehaltlos erfolgt. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht in der schenkweisen Einräumung einer stillen Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft ohne die Vereinbarung eines vertraglichen Rückforderungsrechts³² für den Fall des Vorversterbens des Beschenkten einen „*fehlgeschlagen(en)*“ „*Versuch einer vorweggenommenen Erbfolge*“ gesehen³³.

3. Offene Fragen

a) Übertragung von Betriebsvermögen als solchem

Freibetrag und Bewertungsabschlag für Betriebsvermögen (§ 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG) sind nach Auffassung des Bundesfinanzhofs nur dann zu gewähren, wenn eine endgültige Übertragung von Betriebsvermögen als solchem vorliegt.

Eine Übertragung von Betriebsvermögen als solchem liegt nicht vor, wenn der Schenker dem Beschenkten nur eine

Unterbeteiligung einräumt. In diesem Fall erhält der Schenker nicht die Rechtsstellung des Schenkers, sondern nur einen Ausschnitt daraus.

Viskorf, Mitglied des Zweiten Senats des Bundesfinanzhofs, geht in seiner Urteilsanmerkung davon aus, dass sich der Schenker zu Gunsten des oder der Beschenkten seiner Rechtsposition in Bezug auf das Betriebsvermögen „*vollständig*“ begeben muss³⁴. Am Merkmal der Vollständigkeit fehle es, wenn nur ein Teilausschnitt der Rechtsposition des Schenkers übertragen wird oder der Schenker sich „*wesentliche Verwaltungs-, Mitsprache- bzw. Verfügungsrechte vorbehält*“³⁵.

Die Frage, ob nunmehr auch eine „*Übertragung quantitativer Teilausschnitte von Betriebsvermögen*“ (beispielsweise die vorbehaltlose Übertragung von einem Drittel einer Kommanditbeteiligung des Schenkers) steuerschädlich ist, soll nach Auffassung von *Viskorf* damit aber noch nicht abschließend entschieden sein. Er erachtet es jedoch für nicht ganz fernliegend auch in diesen Fällen, eine Übertragung von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu verneinen³⁶.

Dies kann nicht überzeugen³⁷. Nach § 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG gilt der Freibetrag und der verminderte Wertansatz für den Erwerb „*eines Anteils an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 (...) des Einkommensteuergesetzes (...) oder eines Anteils daran;*“ (siehe dazu auch R 51 Abs. 3 Satz 5 ErbStR und H 51 Abs. 3 Abschnitt 1 Satz 2 ErbStR). Begünstigt ist demnach die ganze oder teilweise Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft. Ginge man davon aus, dass die nur teilweise Übertragung von Betriebsvermögen nicht begünstigt ist, hätte der Gesetzeswortlaut („*oder eines Anteils daran*“) keine Bedeutung. Im Übrigen kann auch einem Erben ein Anteil eines Gesellschaftsanteils übertragen werden, so dass das vom Bundesfinanzhof aufgestellte Kriterium der materiellen Vergleichbarkeit zwischen Erwerb von Todes wegen und im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in diesem Fall erfüllt wäre.

b) Endgültige Vermögensübertragung

Eine begünstigte Übertragung von Betriebsvermögen setzt ferner voraus, dass das Vermögen endgültig auf den Erwerber übergeht.

Eine endgültige Vermögensübertragung lag in dem vom Bundesfinanzhof zu entscheidenden Fall nicht vor, weil die Übertragung der Unterbeteiligung „*unter dem Vorbehalt der Rückgängigmachung durch Eintritt aufschiebender Bedingungen bzw. durch Kündigung*“ stand. Welche Rechte sich die Schenkerin im konkreten Fall vorbehalten hatte, ergibt sich jedoch weder aus dem mitgeteilten Sachverhalt des Bundesfinanzhofs noch dem des Finanzgerichts Köln³⁸. Bei einer Vermögensübertragung unter einer aufschiebenden Bedingung dürfte die Schenkungsteuer mangels Ausführung der Schenkung aber an sich noch gar nicht entstanden sein (§ 9 Abs. 1

³¹ BFH, Beschl. v. 5.7.1990, GrS 4/89, 5/89 und 6/89, unter Ziffer C. II. 1 a, BStBl. II 1990, 847 = MittBayNot 1990, 372 = MittRhNotK 1990, 233 = NJW 1991, 254 = DB 1990, 2196 = FamRZ 1991, 70.

³² Bis zu dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 25.1.2001, II R 52/98 (s.o. Fn. 1) war bei der schenkweisen Übertragung von Vermögenswerten (des Privat- und Betriebsvermögens) allein aus Gründen der Erbschaft- und Schenkungsteuer die vertragliche Einräumung eines Rückforderungsrechts für den Fall des Vorversterbens sinnvoll. Denn nur dann war bei einem Rückfall des Vermögens auf den Schenker die Steuerfreiheit der ursprünglichen Schenkung (nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i.V.m. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO) und des Vermögensrückfalls (der aufgrund des Rückforderungsrechts keine freigiebige Zuwendung im Sinne von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG darstellt) gesichert. Ohne ein solches Rückforderungsrecht ist die Steuerfreiheit nur unter den engen Voraussetzungen der Vorschrift des § 13 Abs. 1 Nr. 10 ErbStG gegeben, die insbesondere die „*Art- und Funktionsgleichheit*“ des geschenkten und des zurückfallenden Vermögens voraussetzt.

³³ BVerfG, Beschl. v. 28.10.1997, I BvR 1644/94, BVerfGE 97, 1 = NJW 1998, 743 = WM 1997, 2428 = DStRE 1997, 968 = BB 1997, 2627 = FamRZ 1998, 153 = ZEV 1997, 466, Abschnitt C. I. 2. a) der Entscheidungsgründe. – Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die Entscheidung des BFH, Urteil vom 22.6.1994, II R 13/90, BStBl. II 1994, 759 = BB 1994, 1692 = DB 1994, 2066 = DStR 1994, 1376 = DStZ 1995, 120 = NJW 1994, 2376 = ZEV 1994, 322, mit der eine Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 10 ErbStG mangels Art- und Funktionsgleichheit des geschenkten und des zurückgefallenen Vermögensgegenstandes verneint worden ist.

³⁴ ZEV 2001, 166 (166) und FR 2001, 485 (486); siehe auch die redaktionelle Zwischenüberschrift in der Urteilsveröffentlichung in DStR 2001, 573 (575) „*was nicht der Fall ist, wenn die Schenkerin nicht ihre volle Rechtsstellung überträgt*“.

³⁵ *Viskorf* ZEV 2001, 166 (166) und *ders.*, FR 2001, 485 (486).

³⁶ ZEV 2001, 166 (166 f.).

³⁷ Kritisch auch *Scherer/Geuyen*, BB 2001, 821 (822).

³⁸ Zu Recht kritisch insoweit *Ebeling*, DB 2001, 798 (798) und *Jülicher*, Der Erwerb von betrieblichem Vermögen im Wege „*vorweggenommener Erbfolge*“, DStR 2001, 769 (774).

Nr. 2 ErbStG)³⁹, so dass es auf die weitere Frage nach der Anwendbarkeit der Begünstigung für Betriebsvermögen nicht mehr angekommen wäre.

Am Merkmal der Endgültigkeit fehlt es in jedem Fall, wenn die Vermögensübertragung unter dem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt⁴⁰. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich der Schenker ein freies Rückforderungsrecht (dies war schon bislang steuerschädlich; H 51 Abs. 1 Sätze 1 bis 4 ErbStR) oder ein Rückforderungsrecht für bestimmte, vertraglich genau bestimmte Fälle (zum Beispiel Vorversterben des Erwerbers, Vermögensverfall des Erwerbers, Veräußerung oder Belastung des geschenkten Vermögens ohne Zustimmung des Schenkers, etc.) vorbehält⁴¹.

Ein Nießbrauchsvorbehalt hat nach Auffassung der Finanzverwaltung bereits bislang dazu geführt, dass die Vergünstigungen für Betriebsvermögen nicht gewährt worden sind (H 51 Abs. 1 Satz 5 ErbStR⁴²). Es ist davon auszugehen, dass sich auch der Bundesfinanzhof dieser Auffassung anschließen würde. Unter Anwendung des neuen Kriteriums der materiellen Vergleichbarkeit ist dies aber keineswegs zwingend, da auch der Erbe mit einem Nießbrauchsvermächtnis belastet werden kann.

Erbrechtliche Vereinbarungen über die Ausgleichung (§§ 2050 ff. BGB) und die Anrechnung (§§ 2315 ff. BGB) der schenkweise erfolgten Zuwendungen dürften der Endgültigkeit der Vermögensübertragung dagegen nicht entgegenstehen. Vielfach werden solche Bestimmungen gerade als Indiz für das Vorliegen einer vorweggenommenen Erbfolge gewertet⁴³.

Die Vereinbarung von Unterhalts- und Versorgungsrenten dürfte gleichfalls unschädlich sein, da es sich dabei um vom Erwerber aus seinem eigenen Vermögen zu erbringenden Auflagen und nicht um vorbehaltene Rechte des Veräußerers handelt.

c) Mittelbare Schenkung von Betriebsvermögen

Die Übertragung von Betriebsvermögen kann auch im Wege der mittelbaren Schenkung erfolgen (siehe R 56 Abs. 3 und R 76 Abs. 1 Sätze 3 und 4 ErbStR). In diesem Fall wendet der Schenker dem Beschenkten einen Geldbetrag mit der Auflage zu, dass der Erwerber sich damit am Betriebsvermögen des Schenkers beteiligt oder vom Schenker unmittelbar gehaltene Gesellschaftsanteile erwirbt. Gegenstand der Zuwendung soll

nach dem Willen des Schenkers das Betriebsvermögen und nicht ein bestimmter Geldbetrag sein. Die Vorteile der mittelbaren Schenkung beruhen auf den unterschiedlichen steuerrechtlichen Bewertungsansätzen. Während Geldzuwendungen zum Nominalwert erfasst werden, kommen für Zuwendungen von Betriebsvermögen Werte zur Anwendung, die in der Regel unter dem Verkehrswert liegen.

Beim Erwerb von Todes wegen finden die Grundsätze der mittelbaren Schenkung keine Anwendung.

Geht man mit der neueren Rechtsprechung der Bundesfinanzhofs davon aus, dass die Übertragung von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nur noch dann begünstigt ist, wenn sie mit dem Erwerb von Todes wegen materiell vergleichbar ist, dürfte eine mittelbare Schenkung von Betriebsvermögen⁴⁴ steuerrechtlich nicht mehr anerkannt werden⁴⁵. Dies gilt aber nicht für die Tarifbegrenzung (§ 19 a ErbStG und R 76 Abs. 1 Sätze 3 und 4 ErbStR), da die Steuerklasse I für sämtliche Erwerbe von begünstigten Betriebsvermögen durch natürliche Personen zur Anwendung kommt.

d) Grenzen der Begünstigung von Betriebsvermögen

Das Urteil des Bundesfinanzhofs könnte eine allgemeine Änderung der Rechtsprechung zur Behandlung von Betriebsvermögen bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer ankündigen.

In dem konkret zu entscheidenden Einzelfall hatte eine Mutter ihrer gerade einmal sieben Monate alten Tochter im August 1994 schenkweise eine atypisch stille Unterbeteiligung an ihrer Kommanditbeteiligung eingeräumt. Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus nachvollziehbar, dass der Bundesfinanzhof in der Vermögensübertragung keine begünstigungswürdige „Unternehmensnachfolge“ gesehen hat. Indes hat der Bundesfinanzhof seine Entscheidung in keiner Weise mit den Besonderheit des Entscheidungsfalles begründet, sondern diesen vielmehr (bewusst?) zum Anlass genommen, um die Begünstigung der Unternehmensnachfolge insgesamt erheblich einzuschränken. Darauf deuten vor allem die veröffentlichten Urteilsanmerkungen der an der Entscheidungen mitwirkenden Richter des Bundesfinanzhofs hin⁴⁶.

Aufschlussreich ist vor allem der Hinweis von *Möblang*, Vorsitzender Richter des Zweiten Senats des Bundesfinanzhofs, dass der zu entscheidende Sachverhalt keinen Anlass bot, „die Herabsetzung der Bemessungsgrundlage für den Erwerb von Betriebsvermögen im Zusammenhang mit der Übernahme der Steuerbilanzwerte allgemein einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen.“⁴⁷ Trotz des Hinweises, dass das Ergebnis einer derartigen Prüfung anhand eines geeigneten Falles völlig offen ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Bundesverfassungsgericht in näherer Zukunft einmal über die Zulässigkeit und die Grenzen einer

³⁹ Siehe dazu *Gebel*, in: *Troll/Gebel/Jülicher (Hrsg.)*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, München 2001, § 9 Rdnr. 86; *Kapp/Ebeling*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, Köln 2000, § 9 Rdnr. 81 f.; *Meincke*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, 12. Auflage, München 1999, § 9 Rdnr. 42; *Weinmann*, in: *Moench (Hrsg.)*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, Neuwied 2000, § 9 Rdnr. 25.

⁴⁰ *Viskorf*, ZEV 2001, 166 (167) und *ders.*, FR 2001, 485 (486). Nach Auffassung von *Jülicher*, Der Erwerb von betrieblichem Vermögen im Wege „vorweggenommener Erbfolge“, DStR 2001, 769 (772 und 774) soll das Merkmal der Vollständigkeit dagegen auch bei einer Schenkung unter „gewöhnlichem“ Nießbrauchsvorbehalt gegeben sein.

⁴¹ Ausführlich dazu *Spiegelberger*, Die Rückabwicklung der vorweggenommenen Erbfolge, MittBayNot 2000, 1 ff.

⁴² Dazu zu Recht kritisch *Ebeling*, Begünstigtes Betriebsvermögen i. S. des § 13 a ErbStG auch bei Nießbrauchsvorbehalt, DB 1999, 611 ff.

⁴³ Siehe statt aller *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, München 1994, Rdnr. 18 m.w.N.

⁴⁴ Die mittelbare Schenkung von Grundstücksvermögen bleibt davon in jedem Fall unberührt. Siehe dazu R 16 ErbStR und H 16 ErbStR und *Jung*, Die mittelbare Grundstücksschenkung. Probleme bei Zeitablauf und Durchführung, UVR 1995, 82; *Offerhaus*, Mittelbare Grundstücksschenkung in der neueren Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs und die Auswirkungen des neu zu regelnden Erbschaftsteuerrechts, in: Festschrift Flick, Köln 1997, S. 341 ff.

⁴⁵ In diesem Sinne *Viskorf*, ZEV 2001, 166 (167) und *ders.*, FR 2001, 485 (486).

⁴⁶ *Möblang*, Vorsitzender Richter des Zweiten Senats des Bundesfinanzhofs, DStR 2001, 575 f. und *Viskorf*, Richter des Bundesfinanzhofs und Mitglied des Zweiten Senats, ZEV 2001, 166 f. sowie FR 2001, 485 f.

⁴⁷ DStR 2001, 575 (576).

Begünstigung von Betriebsvermögen zu entscheiden haben wird. Im Schrifttum wurde in der Vergangenheit bereits einzeln darauf hingewiesen, dass die zunehmende Entlastung von Betriebsvermögen bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer im Hinblick auf den Gedanken der Belastungsgleichheit bedenklich sei⁴⁸.

4. Praktische Folgen für die Vertragsgestaltung

Für die Kautelarpraxis ergeben sich aus dem Urteil weitreichende Folgen. Dies gilt insbesondere auch für die Vielzahl rein vermögensverwaltender, aber gewerblich geprägter (Grundstücks-) GmbH & Co. KG's (§ 13 a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG i.V.m. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG).

Die begünstigte Übertragung von Betriebsvermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (§ 13 a ErbStG) ist nur noch dann gewährleistet, wenn das gesamte Betriebsvermögen vollständig und endgültig übertragen wird. Bei der Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften ist etwa vorhandenes Sonderbetriebsvermögen stets in vollem Umfang und vorbehaltlos mit zu übertragen. Dies gilt beispielsweise für die im Eigentum des Gesellschafters stehenden Betriebsgrundstücke, die der Gesellschaft zur Nutzung überlassen worden sind (Sonderbetriebsvermögen I) oder Anteile eines Kommanditisten an der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG (Sonderbetriebsvermögen II).

In allen anderen Fällen (und das werden in der Praxis fast alle Fälle sein) ist die Rechtslage nicht mehr gesichert. Es muss davon ausgegangen werden, dass bei der von den Beteiligten gewollten und wirtschaftlich sachgerechten sukzessiven Übertragung von Betriebsvermögen unter Vorbehalt gewisser Rechte eine vollständige bzw. endgültige Vermögensübertragung im Sinne von § 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG verneint wird. Lediglich die Tarifbegrenzung nach § 19 a ErbStG käme auch in diesen Fällen unverändert zur Anwendung.

Im Einzelfall sollte versucht werden, die steuerliche Anerkennung der beabsichtigten Gestaltung im Vorfeld durch eine verbindliche Auskunft des Finanzamts zu klären. Dabei kann es zweckmäßig sein, die (wirtschaftlichen) Motive für eine Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in einer Präambel zu dokumentieren und den entsprechenden Geschäftswillen der Beteiligten vertraglich festzuschreiben.

Bei etwaigen Ausweichgestaltungen⁴⁹ ist stets zu berücksichtigen, dass die Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Übertragung von Betriebsvermögen durch die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs möglicherweise noch weiter eingeschränkt werden könnten⁵⁰ und diese daher gleichfalls nicht gesichert sind.

⁴⁸ So etwa *Meincke*, Erbschaft- und Schenkungsteuergesetz, § 13 a Rdnr. 3; *Seer*, Die neue Erbschaft- und Schenkungsteuer auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, *StuW* 1997, 283 ff.; *Seer*, Ungeheimheiten bei der Behandlung des Betriebsvermögens im Erbschaftsteuerrecht, *GmbHR* 1999, 64 ff.; *Seer*, Die Sonderbehandlung des Betriebsvermögens im Erbschaftsteuerrecht, in: *Harzburger Steuerprotokoll* 1998, Köln 1999, S. 159 ff.; *Spitzbart*, Das Betriebsvermögen im Erbschaftsteuerrecht, Berlin 1999.

⁴⁹ Zu der Möglichkeit, Rechte zu Gunsten des Veräußerers nicht im Vertrag über die Zuwendung von Betriebsvermögen, sondern im Gesellschaftsvertrag zu vereinbaren (z.B. Kündigungsrechte oder Sonderrechte) siehe *Scherer/Geuyen*, *BB* 2001, 821 (822).

⁵⁰ Vgl. dazu auch *FG Rheinland-Pfalz*, Urteil vom 18.1.2001, 4 K 2810/99, *DStRE* 2001, 479 (480) (Az. *BFH II R 17/01*). Das *FG Rheinland-Pfalz* führt im Rahmen einer Entscheidung zu der Frage, ob § 13 a Abs. 4 Nr. 1 oder Nr. 3 ErbStG auf die Übertra-

Für die Übertragung eines Teils einer Beteiligung an einer Personengesellschaft zu Lebzeiten ist nach Auffassung des Bundesfinanzhofs der Betriebsvermögensfreibetrag und der Bewertungsabschlag wohl nicht mehr zu gewähren. In diesem Fall könnte der zu übertragende Teil der Beteiligung vom Veräußerer ertragsteuerneutral (§§ 20, 24 UmwStG) in eine GmbH oder eine GmbH & Co. KG eingebracht und anschließend der gesamte Anteil an diesem neuen Rechtsträger schenkweise auf den Erwerber übertragen werden. Die vollständige Anteilsübertragung stellt dann eine begünstigte Übertragung von Betriebsvermögen dar (§ 13 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG). Eine solche Gestaltung ist steuerlich selbst dann anzuerkennen, wenn die Einbringung und Anteilsübertragung auf Grund eines einheitlichen Gesamtplans und in engem zeitlichen Zusammenhang erfolgen. Dies gilt um so mehr, wenn der Veräußerer Anteile an einem Rechtsträger anderer Rechtsform (zum Beispiel GmbH-Anteile an Stelle der ursprünglich von ihm gehaltenen Anteile an einer Personengesellschaft) auf den Erwerber überträgt. Indes ist eine solche Gestaltung in der Regel mit nicht unerheblichen Transaktionskosten verbunden, die mit den steuerlichen Vorteilen für die Übertragung von Betriebsvermögen abzuwägen sind.

Um eine endgültige und vollständige Übertragung von Betriebsvermögen zu erreichen, kann das zu übertragende Vermögen auch in einzelne Objektgesellschaften eingebracht bzw. von vornherein durch solche erworben werden. Dagegen wird sich eine Aufspaltung bestehender Gesellschaften in mehrere Objektgesellschaften in der Praxis mangels Vorliegen von Teilbetrieben nur selten ertragsteuerneutral realisieren lassen (§ 15 UmwStG).

5. Ausblick

Aufgrund der Entscheidung des Bundesfinanzhofs ist davon auszugehen, dass der Begriff der vorweggenommenen Erbfolge im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht eine endgültige und vollständige Übertragung von Betriebsvermögen verlangt. Dies gilt auch für die heute gültige Fassung des § 13 a ErbStG, da der Gesetzeswortlaut unverändert einen Erwerb „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ voraussetzt⁵¹.

Das Urteil wirkt sich grundsätzlich auch für bereits erfolgte Übertragungen von Betriebsvermögen aus, für die die Schenkungsteuer noch nicht bestandskräftig festgesetzt worden ist. Angesichts des schutzwürdigen Vertrauens des Erwerbers an den Fortbestand der bisherigen Gesetzesauslegung (zuletzt

gung von im Privatvermögen gehaltenen, einbringungsgeborenen Anteilen im Sinne von § 21 UmwStG Anwendung findet (im Ergebnis verneint) Folgendes aus: „Da das *BVerfG* (...) von dem (...) *Gebot der Belastungsgleichheit* ausgeht, zeigt der von ihm betonte Zusammenhang zwischen der Erbrechtsgarantie und der steuerlichen Schonung des Betriebsvermögens, dass eine auf diese Vermögensart beschränkte Steuerbegünstigung ihre Rechtfertigung nicht allein in der vom fortführenden Erben aufrechterhaltenen Sozialgebundenheit der betrieblichen Funktionseinheit, sondern auch in der Erbrechtsgarantie finden muss. Dem hat der Steuergesetzgeber z.B. bei der Steuerbegünstigung für Zuwendungen unter Lebenden in § 13 a Abs. 1 Nr. 2 ErbStG durch das Merkmal der vorweggenommenen Erbfolge Rechnung getragen. Ohne dieses zusätzliche tatbestandliche Erfordernis, das die Verbindung zur Erbrechtsgarantie herstellt, wäre die Begünstigung lebzeitiger Betriebsübertragungen verfassungsrechtlich in Frage gestellt. (...)“

⁵¹ I.d.S. auch *Mößlang*, *DStR* 2001, 575 (576); *Viskorf*, *ZEV* 2001, 166 (166) und *ders.*, *FR* 2001, 485 (486); a.A. *Jenzen*, Vorweggenommene Erbfolge: Anteilige Übertragung von Mitunternehmeranteilen weiterhin begünstigt, *NWB* Nr. 19 v. 7.5.2001, S. 1534 ff.

R 56 Abs. 1 und 2 ErbStR) wäre es wünschenswert, wenn die Finanzverwaltung – sofern es nicht ohnehin zu einem generellen Nichtanwendungserlass kommen sollte – die Auffassung des Bundesfinanzhof den Steuerfestsetzungen aufgrund eines Billigkeitserlasses erst nach Ablauf einer gewissen Übergangszeit zugrunde legen würde⁵².

In den nächsten zehn Jahren stehen rund 700.000 kleine und mittlere Unternehmen vor der Aufgabe, den Generationenwechsel zu bewerkstelligen. Im Interesse des Fortbestands dieser Unternehmen gilt es, den komplexen Prozess der Unternehmensnachfolge, bei dem eine Vielzahl – oftmals divergierender – persönlicher, familiärer und wirtschaftlicher Interessen aufeinander trifft, zu fördern und zu unterstützen.

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs hat demgegenüber

⁵² Siehe dazu allgemein jüngst *Spindler*, Vertrauensschutz im Steuerrecht, DStR 2001, 725 (729 f.).

die steuerlichen Rahmenbedingungen für Unternehmensübertragungen zu Lebzeiten entscheidend verschlechtert. Wirtschaftlich sinnvolle Gestaltungen sind nicht mehr oder nur noch unter Inkaufnahme erhöhter finanzieller Belastungen möglich. Das Urteil sollte daher über den entschiedenen Einzelfall keine Anwendung finden.

Der Gesetzgeber sollte die im Steuerbereinigungsgesetz 1999 als Entwurf bereits vorgeschlagene Gesetzesänderung, wonach der Betriebsvermögensfreibetrag und der Bewertungsabschlag für sämtliche Übertragungen zu Lebzeiten Anwendung findet⁵³, baldmöglichst (mit Wirkung auch für die Vergangenheit) umsetzen. Dies könnte auch ein Signal an die betroffenen Unternehmer sein, die eigene Nachfolge frühzeitig und umfassend zu planen.

⁵³ Siehe dazu bereits oben Fußnote 22. Vgl. auch den Nichtanwendungserlass vom 15.5.2001, Fußnote 1.

Was verwirrt bei Vereinigung?

Von Regierungsdirektor a. D. Kurt Stöber, Rothenburg ob der Tauber

I. Verwirrung hindert Grundbucheintragung

Zwei oder mehrere Grundstücke können auf Antrag des Eigentümers zu einem einzigen Grundstück zusammengefasst werden durch

- Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB) oder
- Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB).

Unterschiede weisen diese beiden Arten der Verbindung zu einem einheitlichen Grundstück nur insofern auf, als

- die Vereinigung an den Belastungsverhältnissen nichts ändert und zwischen beliebig vielen Grundstücken – auch zwischen Zuflurstücken – zulässig ist¹,
- die Bestandteilszuschreibung nur zu einem einzigen Grundstück zulässig, damit zwischen Zuflurstücken (nach h. M.) unzulässig ist, und außerdem dazu führt, dass Grundpfandrechte am Hauptgrundstück sich kraft Gesetzes (§ 1131 S. 1 BGB) auf das zugeschriebene Grundstück erstrecken².

Das Grundbuchamt darf beide Arten der Verbindung zu einem Grundstück nur eintragen, wenn eine amtliche Karte vorgelegt wird (§ 5 Abs. 2 S. 3, § 6 Abs. 2 GBO) und wenn keine Verwirrung zu besorgen ist (§ 5 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 GBO). Diese Ordnungsvorschriften des Grundbuchverfahrensrechts wurden als genügend angesehen, „um den mit einer nicht einheitlichen Belastung des Grundstückes verbundenen Uebelständen zu begegnen“³. Eine entsprechende Vorschrift im Bürgerlichen Gesetzbuch hätte bewirkt, dass jede „zuwiderlaufende Zuschreibung nichtig wäre. Ein so scharfer Eingriff in die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten“ wurde jedoch nicht als erforderlich erachtet⁴. Auch die formellen Erfordernisse der Vereinigung und Bestandteilszuschreibung in § 5 Abs. 1 S. 1 und § 6 Abs. 1 GBO regeln eine gesetzliche

¹ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001. Rdnr. 624.

² *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 652, 653, 684.

³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Amtliche Ausgabe, Band III, 1888, Seite 58.

⁴ Motive zum BGB-Entwurf (Fußn. 3) Seite 58.

Inhaltsbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG): Indem sie bestimmen, dass die Grundbucheintragung abzulehnen ist, wenn sie Verwirrung besorgen läßt, sehen sie eine Einschränkung der Rechte des Eigentümers vor⁵.

II. Kein Grundpfandrecht an Grundstücksteilen, auch nicht bei Vereinigung und Bestandteilszuschreibung

1. Grundstücksteile (Grundstücksflächen) können nach § 7 Abs. 1 GBO grundsätzlich nicht mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden. Nur bei Dienstbarkeiten und Reallasten läßt § 7 Abs. 2 GBO die Belastung auch eines Grundstücksteils zu, wenn eine amtliche Karte vorgelegt wird und Verwirrung hiervon nicht zu besorgen ist. Es sollte mit dieser Ausnahme die Grundbuchführung vereinfacht werden, weil sie „hauptsächlich im Falle der Belastung einzelner Grundstücksteile mit einem Altentheile“ bedeutsam erschien⁶.

2. Verwirrung ist bei Vereinigung (§ 5 Abs. 1 S. 1 GBO) und Bestandteilszuschreibung (§ 6 Abs. 1 S. 1 GBO) nach der Denkschrift zur GBO⁷ zu besorgen, wenn die Belastung nur eines Grundstücksteils

- das Grundbuch unübersichtlich machen würde oder (nicht und)
- bei der Zwangsvollstreckung zu Verwicklungen führen würde.

„Die Verschiedenheit der Belastung“ stellt die Denkschrift zur GBO⁸ rundweg als „ein unbedingtes Hinderniß für die Zuschreibung oder die Vereinigung“ dar. Das stimmt mit den Er-

⁵ BayObLG 1977, 119 (120) = DNotZ 1978, 102; Kammergericht NJW-RR 1989, 1360 (1361) = OLGZ 1989, 395; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 634.

⁶ Denkschrift zur GBO, abgedr. in *Hahn/Mugdan*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Fünfter Band, 1897, zu § 6 S. 2, Seite 151.

⁷ Denkschrift zur GBO, zu § 5, Seite 150.

⁸ Denkschrift zur GBO, a.a.O. (Fußn. 7).

wägungen des Gesetzgebers überein, die in den Motiven zum BGB dargelegt sind. Diese lassen an der „Unzulässigkeit der (selbständigen) Belastung eines Grundstücksteiles keinen Zweifel“⁹ aufkommen. Das ist deshalb besonders hervorgehoben, weil nach damaligem Landesrecht diese Konsequenz nicht überall anerkannt war¹⁰. Nach den württembergischen und den hessischen Gesetzen wurden Flächenteile eines einheitlichen Grundstücks als ein selbständiger Gegenstand der Hypothekenbestellung angesehen; auch in Preußen hatte unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze vom 5.5.1872 diese Auffassung Vertreter gefunden. Demgegenüber folgen die Motive zum BGB¹¹ der Erwägung, dass „ein praktisches Bedürfnis für Hypotheken, welche nicht das ganze Grundstück ergreifen, (...) keinesfalls (wird) nachgewiesen werden können“. Sie betonen deshalb:

„Wohl aber steht denselben das Bedenken entgegen, daß eine verschiedene Belastung der verschiedenen Flächenteile eines Grundstücks die Grundbuchführung und das Zwangsversteigerungsverfahren erschweren und Verwirrung anzurichten geeignet ist“.

3. Verschiedenheit der Belastung als Hindernis für Eintragung einer Vereinigung (§ 5 Abs. 1 S. 1 GBO) schränkt im Interesse der Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchverkehrs das grundsätzliche Recht des Eigentümers ein, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren (§ 903 BGB). Es widerspricht dieser eindeutigen Regelung des Verfahrensrechts, wenn nunmehr erwogen wird, einzelne (unterschiedliche) Belastung der Grundstücke mit Grundpfandrechten könne für sich allein Vereinigung nicht hindern; vielmehr sei eine Beschränkung der Rechte des Eigentümers aus Art. 14 GG und damit § 890 BGB nur dann gerechtfertigt, wenn sie der Grundbuchverkehr aus objektiv nachvollziehbaren Erwägungen (im Einzelfall) eindeutig erfordert¹². Damit wird zudem nicht berücksichtigt, dass das Sachenrecht des BGB die (ursprüngliche) Einzelbelastung nur des Flächenabschnitts eines Grundstücks mit einem Grundpfandrecht nicht kennt. Gegenstand der Belastung ist nur das Grundstück (§ 1113 Abs. 1, § 1191 Abs. 1 BGB) oder der Bruchteil eines Miteigentümers an einem Grundstück (§ 1114 BGB). Die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld an der Fläche nur eines Flurstücks des Grundstücks ist ausgeschlossen¹³. Einer weitergehenden als dieser gesetzlichen Schranke des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) unterliegt auch der Eigentümer nicht, dem es verwehrt ist, nachträglich durch Vereinigung die Belastung eines Grundstücksteils mit einem Grundpfandrecht herbeizuführen. Dafür ist unerheblich, daß diese Inhaltsbestimmung des Eigentums in den Verfahrensvorschriften der GBO (§ 5 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 S. 1, je mit § 7 Abs. 1) bestimmt ist. Das ist geschehen, weil eine zuwiderlaufende Eintragung keine Nichtigkeit bewirken soll (Abschn. I). Doch kann auch die Regelung des Verfahrens in der GBO keine Zweifel an der Unzulässigkeit der selbständigen Belastung eines Grundstücksteils als gesetzliche Beschränkung des Eigentums aufkommen lassen.

⁹ Motive zum BGB-Entwurf (Fußn. 3) Seite 56.

¹⁰ Dazu m.N. Motive zum BGB-Entwurf (Fußn. 3) Seiten 55 und 56.

¹¹ Motive zum BGB-Entwurf (Fußn. 3) Seite 56.

¹² So BayObLG 1977, 119 (120) und Kammergericht NJW-RR 1989, 1360 (1361) = je a.a.O. (Fußn. 5); OLG Hamm Rpfleger 1998, 154 (155).

¹³ Motive zum BGB-Entwurf (Fußn. 3) Seite 56.

¹⁴ Kammergericht NJW-RR 1989, 1360 (1362) = a.a.O. (Fußn. 5); OLG Hamm Rpfleger 1998, 154; OLG Düsseldorf MittBayNot 2001, 74 = NJW-RR 2000, 608.

4. Wird ein unbelastetes Grundstück einem anderen Grundstück, das mit einem Grundpfandrecht belastet ist, als Bestandteil zugeschrieben, so erstreckt sich das Grundpfandrecht gem. § 1131 BGB auf das ganze einheitliche Grundstück. Das Problem der Belastung nur einer Teilfläche stellt sich nicht. Es taucht bei der Bestandteilszuschreibung allerdings auf, wenn das zugeschriebene Grundstück mit einem Grundpfandrecht belastet ist. Dieses Grundpfandrecht erstreckt sich nämlich nicht auf das Hauptgrundstück. Es lastet auch nach der Zuschreibung nur am zugeschriebenen Grundstück, also an einer Teilfläche des neuen einheitlichen Grundstücks, und zwar im Rang vor dem nach § 1131 BGB auf das ganze Grundstück erstreckten Grundpfandrecht. Bei der Vereinigung lastet jedes Grundpfandrecht stets nur an dem Teil des neuen einheitlichen Grundstücks, der bereits vor der Vereinigung Belastungsgegenstand war.

5. Die Frage, wann Grundbuchverwirrung droht, sei daher am Beispiel der Vereinigung behandelt. Die gewonnenen Erkenntnisse lassen sich auf den Fall übertragen, dass eine Bestandteilszuschreibung die Belastung nur des zugeschriebenen Teils des neuen einheitlichen Grundstücks mit sich bringt.

III. Unübersichtliches Grundbuch erst bei Flurstückverschmelzung?

Nach verbreiteter Ansicht in Rechtsprechung¹⁴ und Schrifttum soll die Vereinigung unterschiedlich mit Grundpfandrechten belasteter Grundstücke für sich allein noch nicht die Besorgnis der Verwirrung rechtfertigen. Sie soll nicht bestehen, solange aus dem Grundbuch auch nach Eintragung der Vereinigung zu ersehen ist, auf welchem Teil des dann einheitlichen Grundstücks welche Belastungen in welcher Rangfolge lasten¹⁵. Das soll erfordern, dass im Grundbuch die vereinigten Grundstücke mit ihren Flurstücknummern als Flächenteile des vereinigten Grundstücks gebucht bleiben. Daher soll Verwirrung (regelmäßig) erst zu besorgen sein, wenn die Flurstücke des Grundstücks vermessungsrechtlich verschmolzen werden, das Grundstück damit eine einheitliche Flurstücknummer erhält und im Grundbuch nur noch mit dieser benannt wird¹⁶. Doch sollen für Beurteilung, ob Vereinigung im Einzelfall Verwirrung besorgen lässt, nur die gegenwärtigen Verhältnisse zu berücksichtigen sein; Bedeutung sollen zwar auch die weiteren Folgen erlangen, die sich aus dem Vollzug von Anträgen ergeben, die im Zusammenhang mit dem Antrag auf Vereinigung gestellt sind¹⁷. Außer Betracht bleiben sollen aber spätere Veränderungen¹⁸. Anders ausgedrückt: Verwirrung kann zu besorgen sein, wenn bereits bei Eintragung der Vereinigung die Flurstücke verschmolzen werden, somit das Grundstück im Grundbuch sogleich nur noch mit einer Flurstücknummer benannt wird. Keine Bedeutung soll hingegen erlangen, dass mit Vereinigung unter Beibehaltung der Flurstücknummern die damit bezeichneten Flächen Teile des Grundstücks und damit die Voraussetzungen für eine spätere Verschmelzung als nur noch katastermäßiger Zusammenschluss dieser Flurstücke geschaffen werden.

¹⁵ Kammergericht a.a.O. (Fußn. 14).

¹⁶ Kammergericht und OLG Hamm je a.a.O. (Fußn. 14).

¹⁷ OLG Hamm a.a.O. (Fußn. 12); *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, 1999, Rdnr. 6 zu §§ 5, 6; *Demharter*, GBO, 23. Aufl. 2000, Rdnr. 13 zu § 5.

¹⁸ OLG Hamm, *Bauer/von Oefele/Waldner* und *Demharter* je a.a.O.

IV. Verwicklungen bei Zwangsvollstreckung

1. „Besorgnis der Verwirrung“ wird als Begriff mit umschriebenem und damit nachprüfbarem rechtlichem Inhalt (unbestimmter Rechtsbegriff) gekennzeichnet¹⁹; damit ist aber nur ausgedrückt, dass für eine Ermessensentscheidung des Grundbuchamts kein Raum ist²⁰. Was verwirrt, ist damit nicht gekennzeichnet. Es liegt aber nahe, für die Ordnungsvorschriften des Verfahrensrechts (Abschn. I) auf die Aufgabe des Grundbuchs abzustellen, dem Immobilienverkehr eine sichere Grundlage zu geben²¹. Daher verwirren Grundbucheintragungen, die Rechtsverhältnisse an Grundstücken nicht zuverlässig ausweisen und damit Ursache dafür setzen, sie durcheinander zu bringen oder die Rechtsverwirklichung mit Zahlung aus dem Grundstück bei Zwangsversteigerung zu erschweren.

2. Darüber, ob Belastung mit Grundpfandrechten nur eines Flächenabschnitts des mit den ursprünglichen Flurstücknummern eingetragenen einheitlichen Grundstücks das Grundbuch unübersichtlich macht, mag man unterschiedlicher Ansicht sein. Der Kundige mag solche Belastungsverhältnisse als überschaubar ansehen, den mit Darstellung der Rechtsverhältnisse im Grundbuch weniger Vertrauten wird solche Grundbucheintragung nicht gerade als klar und übersichtlich erfreuen. Allein darauf ist aber nicht abzustellen. Erheblich ist ebenso (s. Abschn. II. 2), ob diese Eintragung bei Zwangsversteigerung zu Verwicklungen führen kann.

3. Dafür kann nicht nur darauf abgestellt werden, ob der Gläubiger des Grundpfandrechts, das unverändert nur an dem Teil des vereinigten Grundstücks lastet, der mit der Flurstücknummer des vormaligen Einzelgrundstücks bezeichnet ist, selbst die Zwangsversteigerung dieser Grundstücksfläche betreiben kann. Denn das ist möglich. Der (dingliche) Vollstreckungstitel bezeichnet mit der Flurstücknummer des (alten) Grundstücks für Anordnung der Zwangsversteigerung die Bodenfläche des einheitlichen Grundstücks als Gegenstand der Immobilienvollstreckung noch immer hinreichend²². Auch der Grundbuchstand ermöglicht die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens. Angeordnet werden darf dieses nur, wenn der Schuldner auch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist (§ 17 Abs. 1 ZVG). Das gebietet, dass auch das Grundstück, über das ein Verfahren angeordnet werden soll, selbst im Grundbuch gebucht ist²³. Das ist auch nach Eintragung der Bestandsangabe mit Vereinigung der Fall, weil der in Spalte 2 der Abt. III als belastet ausgewiesene Flächenteil als (vormaliges) Einzelgrundstück im Bestandsverzeichnis eingetragen bleibt (hierzu Abschn. VI. 2). Das muss den Anforderungen des § 17 Abs. 1 ZVG jedenfalls deshalb genügen, weil damit dem Zweck der Vorschrift Rechnung getragen ist und Verfahrensrecht Durchsetzung des materiellen Anspruchs auf Zahlung aus dem Grundstück (§ 1147 BGB) zu gewährleisten hat.

4. Bedeutsam sind jedoch die Erschwernisse, die sich ergeben können, wenn auf Antrag eines weiteren Gläubigers das nach Vereinigung einheitliche Grundstück zu versteigern ist²⁴ oder

wenn der Gläubiger der am Flächenabschnitt lastenden Hypothek dem Zwangsversteigerungsverfahren beitrifft (§ 27 ZVG), das auf Antrag des Gläubigers eines Rechts am vereinigten Grundstück angeordnet ist. Es können dann trotz fortbestehender Einzelbelastung des mit der Flurstücknummer des (alten) Grundstücks bezeichneten Flächenabschnitts Einzelausgebote nicht erfolgen (§ 63 Abs. 1 ZVG), weil nicht mehrere Grundstücke in demselben Verfahren versteigert werden. Mit Einzelversteigerung als Regel²⁵ soll aber gerade Erzielung von Geboten erstrebt werden, die dem Wert des (belasteten) Versteigerungsgegenstandes entsprechen und damit wertrichtige Deckung der auf jedem belasteten Objekt ruhenden Lasten ermöglichen. Dann kann auch bei Antrag eines am vereinigten Grundstück „nach“ (oder „neben“) der Flächenbelastung Berechtigten auf Versagung des Zuschlags nach § 74 a Abs. 1 ZVG die $\frac{7}{10}$ -Wertgrenze nicht festgestellt und damit nicht bestimmt werden, ob sein nicht gedeckter Anspruch bei einem Gebot in der genannten Höhe voraussichtlich (ganz oder teilweise) gedeckt sein würde. Erlischt bei Versteigerung des mit Vereinigung entstandenen (neuen) Grundstücks (auch) die Einzelbelastung²⁶, kann ihr Gläubiger bei Erlösverteilung Befriedigung nur aus dem Anteil des Versteigerungserlöses erlangen, der für die haftende Grundstücksfläche erzielt ist. Sein Grundpfandrecht erstreckt sich ja nicht auf den weiteren Grundstücksteil des (vereinigten) versteigerten Grundstücks²⁷. Einzelerlöse für die verschiedenen Grundstücksflächen stehen dann aber nicht fest; solche können im Verteilungsverfahren (§§ 105 ff. ZVG) auch nicht (jedenfalls aber nicht sicher) bestimmt werden. § 112 ZVG kann keine Anwendung finden²⁸ und könnte überdies nicht weiter helfen, weil Werte, die Erlösaufteilung nach dem Verhältnis der Grundstücksteile ermöglichen würden, nicht festgestellt (festgesetzt) sind. Auch Erlösaufteilung nach den Flächengrößen der Flurstücknummern könnte zu keinem eindeutigen Ergebnis führen. Der für die Einzelbelastung haftende Erlösanteil kann höher oder geringer sein als der Erlösbetrag, der sich rechnerisch mit der Aufteilung des Gesamterlöses nach dem Verhältnis der Grundstücksflächen ergibt (Vereinigung eines bebaubaren Grundstücks mit einem Gartengrundstück usw.). Feststellung des haftenden Erlösanteils für Bestimmung der materiellen Berechtigung könnte daher nur im Rechtsstreit erfolgen oder doch (bei Widerspruch, § 115 ZVG) gegen eine (nicht vorgesehene) Aufteilung nach Flächengrößen in einen Rechtsstreit münden. Befriedigung der am Grundstück nachrangig (für den belasteten Flächenabschnitt) oder weiter (für den vor Vereinigung unbelasteten Flächenabschnitt) Berechtigten bei Erlösverteilung im Versteigerungsverfahren würde das verzögern und gefährden. Solche Verwicklungen bei Zwangsversteigerung, zu denen eine beantragte Vereinigung führen kann, lassen – stets – Verwirrung besorgen (Abschn. II. 2).

²⁵ Denkschrift zum ZVG, abgedr. in *Hahn/Mugdan* (wie Fußn. 6). Seite 49.

²⁶ Das ist ohne weiteres möglich, wenn auch ihr Gläubiger die Versteigerung betrieben hat, wenn die Einzelbelastung nachrangig bestellt ist, damit auch, wenn sie irgendwann (das muss nicht vor Vereinigung geschehen sein) im Rang zurückgetreten ist, wenn ein Gläubiger der Rangklasse 3 des § 10 Abs. 1 ZVG vollstreckt hat oder wenn das Erlöschen als Versteigerungsbedingung nach § 59 ZVG abweichend festgestellt worden ist.

²⁷ *Zeller/Stöber*, ZVG, Rdnr. 3.9 zu § 16.

²⁸ Anders (früher) *Planck*, BGB, 4. Aufl. 1920, Anm. 4 a y zu § 1131, m.N.: „Aber die entsprechende Anwendung rechtfertigt sich ... weil in anderer Weise eine befriedigende Lösung der Frage nicht möglich ist.“ Doch scheitert diese Aufteilung heute daran, dass Werte der Flächenteile des insgesamt versteigerten Grundstücks nicht festgesetzt sind und zuverlässig nicht zur Verfügung stehen.

¹⁹ Seit BayObLG 1977, 119 = DNotZ 1978, 102 allgemeine Ansicht, s. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 634.

²⁰ BayObLG 1977, 119 = a.a.O.; OLG Hamm Rpfleger 1998, 154.

²¹ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2, m.N.

²² *Zeller/Stöber*, ZVG, 16. Aufl. 1999, Rdnr. 3.9 zu § 16.

²³ *Zeller/Stöber*, ZVG, Rdnr. 3.1 zu § 17.

²⁴ BayObLG 1993, 365 = DNotZ 1994, 242 = NJW-RR 1994, 404 (Fall der Bestandszuschreibung) zeigt schon mögliche Verwicklungen bei Zwangsversteigerung anschaulich auf.

V. Keine Verwirrung durch Verschmelzung der Flurstücke nach Vereinigung

1. Für Anordnung und Durchführung der Zwangsversteigerung auf Antrag des Gläubigers des Grundpfandrechts, das unverändert nur am Flächenabschnitt des vereinigten Grundstücks fortbesteht (Abschn. IV. 3), ist es unerheblich, ob die Flurstücke des Grundstücks (bei oder nach Vereinigung) auch katastermäßig verschmolzen werden. Der ursprüngliche Vollstreckungstitel bezeichnet die haftende Grundstücksfläche als Gegenstand der Immobiliervollstreckung auch dann durchaus noch hinreichend, wenn die vormaligen Grundstücke nach Verschmelzung im Liegenschaftskataster zu einer Bodenfläche mit neuer Bezeichnung im Grundbuch vorgetragen sind²⁹. Auch nach Änderung der katastermäßigen Bezeichnung ist für Versteigerung der im Vollstreckungstitel mit seiner früheren Beschreibung im amtlichen Verzeichnis als Gegenstand der Immobiliervollstreckung genannte Grundstücksteil noch grundbuchserichtlich (s. Abschn. VI. 2), seine Feststellung und Benennung somit unverändert möglich. Es ist daher nicht richtig, dass Flurstückverschmelzung nach Vereinigung es nicht mehr ermöglichen, den weiterhin einzeln belasteten Grundstücksteil für Anordnung und Durchführung der Zwangsversteigerung zu bezeichnen³⁰. Anordnung der Zwangsversteigerung kann auch die Soll-Vorschrift des § 17 Abs. 1 ZVG nicht hindern (s. bereits Abschn. IV. 3). Der katastermäßige (belastete) Flächenabschnitt, dessen Versteigerung anzuordnen ist, ist bei Entscheidung über den Vollstreckungsantrag in jedem Fall im Grundbuch als Grundstück (erfordert § 17 Abs. 1 ZVG) nur mit der vor Vereinigung eingetragenen Bestandsangabe gebucht.

2. Rechtsprechung und Schrifttum der zurückliegenden Zeit sehen das anders. Sie gehen davon aus, dass bei unterschiedlicher Belastung des durch Vereinigung gebildeten Grundstücks nach Aufnahme der Flurstückverschmelzung in das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs aus diesem nicht mehr ersichtlich sei, auf welchen einzelnen Teilen des Grundstücks Rechte lasten³¹ (s. bereits Abschn. III). Angenommen wird daher, dass nicht (bereits) die Vereinigung, sondern erst die Verschmelzung bei oder nach Vereinigung Verwirrung besorgen lassen kann. Daher soll die Aufnahme der Flurstückverschmelzung nach Vereinigung in das Bestandsverzeichnis des Grundbuchs bei unterschiedlicher Belastung des Grundstücks vom Grundbuchamt als unzulässig abzulehnen sein³². Eine verfahrensrechtliche Grundlage dafür wird nicht bezeichnet. Angenommen wird, eine Flurstückverschmelzung verletze in diesem Fall materielles Recht, weil sie gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des § 873 Abs. 1 BGB verstoße, zur Unanwendbarkeit der §§ 891, 892 BGB führe und die Verwertung von Grundpfandrechten durch Zwangsversteigerung in den belasteten Grundstücksteil verhindere (dazu Abschn. VI).

3. Das verwundert; rechtlich ist das nicht nachvollziehbar. § 2 Abs. 2 GBO bestimmt das Gegenteil. Grundstücke werden

danach im Grundbuch (Bestandsverzeichnis, § 6 GVB) nach den in den Ländern³³ eingerichteten amtlichen Verzeichnissen benannt (Liegenschaftskataster). Das erfordert, dass auch bei Fortführung des Liegenschaftskatasters (Veränderungen an den eingetragenen Liegenschaften), damit auch nach Verschmelzung als katastermäßiger Zusammenschluss von Flurstücken, die im Grundbuch eingetragene Bezeichnung eines Grundstücks in Übereinstimmung mit dem Liegenschaftskataster gehalten wird³⁴. Die Änderung eines Katastervortrags über die Bezeichnung des Grundstücks ist daher von Amts wegen in das Grundbuch zu übernehmen³⁵. Dargestellt wird sie hierfür in einem Veränderungsnachweis des Vermessungsamts; durch Übersendung eines Auszugs aus dem Veränderungsnachweis wird sie dem Grundbuchamt von der Vermessungsbehörde für Änderung der Bestandsangabe im Grundbuch mitgeteilt³⁶ (§ 45 Abs. 1 S. 1 GBGA). Der Veränderungsnachweis der Vermessungsbehörde ist Verwaltungsakt; als solcher ist er für das Grundbuchamt verbindlich³⁷. Prüfung und Beanstandung³⁸ einer mit Veränderungsnachweis ausgewiesenen Verschmelzung durch das Grundbuchamt³⁹ schließt das aus⁴⁰.

VI. Belastete Grundstücksfläche im Bestandsverzeichnis nach Verschmelzung

1. Es ist auch nicht richtig, dass Eintragung der Flurstückverschmelzung nach Vereinigung aus dem Grundbuch nicht mehr ersehen lasse, an welchen Teilen des damit einheitlich eingetragenen Grundstücks welche Rechte in welcher Reihenfolge lasten (hierzu Abschn. III) und daher gar materielles Recht verletze (Abschn. V. 2). *Wendt*⁴¹ hat (soweit ersichtlich) diese

³³ Die Länder haben das Recht zur Gesetzgebung über das Liegenschaftskataster.

³⁴ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 601.

³⁵ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 603; Beschwerderecht des Eigentümers bei Verstoß dort Rdnr. 605 a.

³⁶ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 604.

³⁷ BayObLG 1962, 215 und 1981, 324; OLG Oldenburg Rpfleger 1992, 387; BayVGH MittBayNot 1974, 24 (für Abmarkung); auch z. B. *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, Rdnr. 12 zu § 2. Es steht den Beteiligten (nicht aber dem Grundbuchamt) der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten offen.

³⁸ Der Vermessungs-/Katasterbehörde steht die Beschwerde gegen die Entscheidung zu, wenn das Grundbuchamt die Übernahme der in einem Veränderungsnachweis enthaltenen Änderung in das Grundbuch ablehnt, OLG Düsseldorf OLGZ 1988, 58; OLG Hamm OLGZ 1985, 276; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 605 a.

³⁹ Es entscheidet der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, § 12 c Abs. 2 Nr. 2 GBO. Nicht richtig ist, dass der Rpfleger zuständig sei, weil zugleich „eine Berichtigung rechtlicher Art“ erfolge, wie von *Wendt* Rpfleger 1982, 192 (198, 199, V. 5 und VI. 2), *Böttcher* BWNZ 1986, 73 (74) und *Meikel/Böttcher*, GBO, 8. Aufl. 1997, Rdnr. 33 zu § 5, einfach angenommen wird (hierzu Abschn. VI 1). Berichtigung des Grundbuchs nach dem amtlichen Verzeichnis ändert eingetragene Rechtsverhältnisse nicht; Eintragung in Abt. I – III erfolgen nicht.

⁴⁰ Deshalb ist der Ansicht, das Grundbuchamt habe die Aufnahme der Verschmelzung in das Grundbuch abzulehnen, auch in *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 639 Fußn. 42, nachdrücklich widersprochen. Ablehnend ebenso *Bengel/Simmerding*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 3. Aufl. 1989, Rdnr. 22 (zu b) zu §§ 5, 6 GBO (weder das Liegenschaftsrecht noch das Katasterrecht geben eine Rechtsgrundlage für eine andere Auffassung).

⁴¹ *Wendt* Rpfleger 1983, 192 (196 f. unter V 4); dieser ergänzend auch Rpfleger 1994, 456 (Anmerkung).

²⁹ *Zeller/Stöber*, ZVG, Rdnr. 3.7 und 3.9 zu § 16.

³⁰ Das macht *Wendt* Rpfleger 1983, 192 (197, V 4 Beispiel b) geltend.

³¹ OLG Hamm Rpfleger 1998, 154 (155 re. Sp. unten); das soll gar die Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundstücksteil verhindern (S. 156 li. Sp. oben).

³² OLG Hamm Rpfleger 1998, 154; OLG Düsseldorf MittBayNot 2001, 74 = a.a.O. (Fußn. 14); *Meikel/Böttcher*, GBO, 8. Aufl. 1997, Rdnr. 33 zu § 5; *Wendt* Rpfleger 1983, 192 (V. 4 und VI. 2).

Gedanken entwickelt. *Böttcher*⁴² erkennt sie sogleich gar als überzeugend begründet, die *OLGE Hamm*⁴³ und *Düsseldorf*⁴⁴ sowie *Bauer/von Oefele/Waldner*⁴⁵ nehmen das schon ohne weiteres hin und entziehen sich damit der Mühe, dem sozusagen auf den Zahn zu fühlen. Die Eintragungsvorgänge sind grundbuchtechnisch jedenfalls so gestaltet, dass gerade auch nach Vereinigung (ohne oder mit Verschmelzung der Flurstücke) die ursprüngliche Einzelbelastung jedes Grundstücks grundbuchsertlich bleibt und materielle Rechte keineswegs berührt werden.

2. **Eingetragen**⁴⁶ wird eine Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB) der auf demselben Grundbuchblatt vorgetragene Grundstücke unter einer neuen laufenden Nummer in den Spalten 1–4 des Bestandsverzeichnisses; in Spalte 2 wird durch Angabe der bisherigen laufenden Nummer der Grundstücke zum Ausdruck gebracht, aus welchen bisherigen Grundstücken das neue Grundstücke gebildet ist (§ 6 Abs. 1–5, § 13 Abs. 1 S. 2 GBV); in der Spalte 6 (mit laufender Nummer in Spalte 5) wird die Vereinigung mit Entstehung des neuen Grundstücks zum Ausdruck gebracht (§ 6 Abs. 6 Buchst. c GBV). Die Eintragungen unter den bisherigen laufenden Nummern in den Spalten 1–4, **nicht** aber auch in den Spalten 5 und 6 (= Bestand und Zuschreibungen) werden rot unterstrichen (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBV). Diese Rötung ist keine Eintragung; sie ist nur Hilfs- und Hinweismittel, das zur übersichtlichen Gestaltung der Grundbucheintragungen geschaffen ist⁴⁷. In Abteilungen I bis III (Eigentum und Belastungen) wird nichts eingetragen, weil das Eigentumsrecht sich nicht verändert und die dinglichen Lasten auf den bisherigen Grundstücken stehen bleiben⁴⁸.

Sind die zu vereinigenden Grundstücke auf verschiedenen Grundbuchblättern vorgetragen, dann wird⁴⁹ entweder das eine Grundstück von seinem Blatt abgeschrieben und auf das Blatt des anderen übertragen oder es werden beide Grundstücke von ihren Blättern abgeschrieben und auf ein neues Blatt übertragen. Als dann wird die Vereinigung auf demselben Blatt vorgenommen wie vorstehend dargestellt. Belastungen des übertragenen Grundstücks werden in Abteilung (II und) III mit übertragen. In Spalte 2 der Abteilung (II und) III = laufende Nummer des betroffenen Grundstücks im Bestandsverzeichnis, wird nur⁵⁰ die laufende Nummer angegeben, unter der das Grundstück bei Übertragung auf das Blatt in das Bestandsverzeichnis eingetragen (zunächst einzeln gebucht) worden ist, **nicht** aber die Nummer des mit Vereinigung neu entstandenen (nach Verschmelzung beschriebenen) Grundstücks.

Diese Eintragungen bleiben auch erhalten, wenn nach Vereinigung die unter der neuen Nummer eingetragene Bestandsangabe des neu gebildeten Grundstücks infolge Verschmelzung mit der neuen Bezeichnung nach dem amtlichen Verzeichnis benannt werden (§ 2 Abs. 2 GBO).

3. Aus welchen bisherigen Grundstücken das durch Vereinigung entstandene und nach Verschmelzung neu bezeichnete

Grundstück gebildet ist, weisen diese Bestandseintragungen eindeutig und zweifelsfrei aus. Das Grundbuchblatt mit diesen Eintragungen stellt zugleich einwandfrei dar, auf welchem realen Grundstücksteil (Flächenabschnitt) des vereinigten und nach Verschmelzung neu bezeichneten Grundstücks ein Grundpfandrecht unverändert lastet, das an einem Einzelgrundstück vor Vereinigung bestellt wurde; es bleiben ja die Eintragungen in Abteilung (II und) III unverändert. Eine Rechtsänderung oder auch nur Berichtigung rechtlicher Art wird nirgends eingetragen. Es ist in der für Angabe der Rechtsverhältnisse bestimmten Abteilung (II und) III weiterhin (in Spalte 2) als laufende Nummer des belasteten Grundstücks im Bestandsverzeichnis das Grundstück bezeichnet, das vor Vereinigung bei Belastung rechtlich bestanden hat, damit dieser Grundstücksteil des vereinigten Grundstücks. Nirgends findet sich ein Hinweis darauf, dass das vereinigte (neue) Grundstück mit seiner nach Verschmelzung geführten Bezeichnung belastet wäre.

4. Die Verfahrensvorschriften über Einrichtung und Führung des Grundbuchs sehen damit vor, dass für eingetragene Rechtsverhältnisse die Bestandsangabe aus den Eintragungen im Bestandsverzeichnis von der in Spalte 2 der Abteilung (II und) III bezeichneten laufenden Nummer des belasteten Grundstücks an bis zu dem durch Veränderungsnachweis veranlassenden letzten Vortrag zusammen besteht. Diese (vollständige) Bestandsangabe ist als Inhalt des Grundbuchs für Feststellung der eingetragenen Rechtsverhältnisse am Grundbesitz als Gesamtheit zu sehen. Die Zusammengehörigkeit der Bestandseintragungen ist durch Bezeichnung der (jeweils) bisherigen laufenden Nummern der Grundstücke dargestellt, aus denen ein durch Vereinigung entstandenes Grundstück entstanden (§ 6 Abs. 2 GBV) und nach dem amtlichen Verzeichnis gebucht ist. Das gilt bei Bestandseintragung nach Vereinigung unter Einbeziehung eines einzeln belasteten Grundstücks und Verschmelzung ebenso wie für Eintragung der Vereinigung, bei der (wie gefordert, Abschn. III) im Grundbuch die Grundstücke mit ihren Flurstücknummern als Flächenteile des vereinigten Grundstücks gebucht bleiben. Wenn in diesem Fall in Spalte 4 des Bestandsverzeichnisses die Gesamtgröße des vereinigten Grundstücks angegeben (§ 6 Abs. 5 GBV) und dann nach dem amtlichen Verzeichnis eine andere Nutzungsart (Wohnhaus für Acker) und Lagebezeichnung (Änderung von Straßennamen und Hausnummer) eingetragen wird und schließlich das Grundstück auch noch eine andere Flurstücknummer erhält, verstehen sich die Bestandseintragungen gleichermaßen nur in ihrer Gesamtheit. Einen belasteten Teil des neuen (vereinigten) Grundstücks weist auch dann nicht die letzte Bestandseintragung allein aus, sondern nur ihre Verbindung mit den vorausgehenden Bestandsangaben, die auf das in Abteilung (II und) III Spalte 2 bezeichnete, vor Vereinigung belastete Einzelgrundstück zurückführen. In all diesen Fällen ist eine Hypothek oder Grundschuld damit als Recht, das nach Vereinigung nur an der Fläche des vormaligen Einzelgrundstücks fortbesteht, so eingetragen, wie das vom materiellen Recht in den § 891 (Rechtsvermutung) und § 892 BGB (Inhalt des Grundbuchs für gutgläubigen Erwerb) verlangt ist.

5. Zu wahren sind diese Grundbucheintragungen auch, wenn das Grundbuchblatt später umgeschrieben (§ 28 GBV) oder das Bestandsverzeichnis neu gefasst wird (§ 33 GVB). Die in den Spalten 1–4 gerötete Bestandseintragung, die bis zur Vereinigung und Verschmelzung vorgetragen war, ist weder gelöscht noch gegenstandslos; sie ist lediglich zur übersichtlichen Gestaltung des Grundbuchblatts rot unterstrichen (vorst. 2). Bestandseintragung für Darstellung der Rechtsverhältnisse bleibt sie weiterhin. In Spalte 2 der für Angabe der

⁴² *Meikel/Böttcher* Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1986, Rdnr. 26 zu § 5, in 8. Aufl. 1997 Rdnr. 33 zu § 5. Im gleichen Sinne *Böttcher* schon *BWNotZ* 1986, 73 (74).

⁴³ *OLG Hamm Rpfleger* 1998, 154 (155 re. Sp. unten/156 li. Sp. oben).

⁴⁴ *OLG Düsseldorf, MittBayNot* 2001, 74 = a.a.O. (Fußn. 14; II. 2 b bb der Gründe).

⁴⁵ *Bauer/von Oefele/Waldner*, GBO, Rdnr. 26 zu §§ 5, 6.

⁴⁶ So schon *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl. 1936, Rdnr. 15 (unter 1 a) zu §§ 5, 6; hierzu außerdem *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 641.

⁴⁷ *BayObLG* 1961, 23 (36); *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 281 (je zur Rötung bei Löschung).

⁴⁸ So wörtlich *Güthe/Triebel*, GBO, Rdnr. 15 (unter 1 b) zu §§ 5, 6; s. auch *Demharter*, GBO, Rdnr. 19 a.E. zu § 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 641.

⁴⁹ Auch hierzu *Güthe/Triebel*, GBO, Rdnr. 16 zu §§ 5, 6 sowie *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 642.

⁵⁰ *Güthe/Triebel*, GBO, Rdnr. 16 (letzter Satz) zu §§ 5, 6; *Demharter*, GBO, Rdnr. 20 a.E. zu § 5; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, Rdnr. 71 a.E. zu § 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 642.

Rechtsverhältnisse bestimmten Abteilung (II und) III bleibt die laufende Nummer des Grundstücks im Bestandsverzeichnis weiterhin bezeichnet, das bei Belastung vor Vereinigung und Verschmelzung bestanden hat und als Grundstücksteil nach Vereinigung unverändert einzeln belastet bleibt (vorst. 3). Als Teil der vollständigen Bestandsangabe (vorst. 4) bei Umschreibung oder Neufassung des Grundbuchblatts ist die nach Vereinigung und Verschmelzung gerötete vormalige Bestands-eintragung daher stets auch dann in das neue Blatt zu übernehmen, wenn eines der vereinigten Einzelgrundstücke einzeln belastet war⁵¹. Dem entsprechen § 30 Abs. 1 c und § 33 Abs. 2 c GBV, die vorsehen, dass selbst gelöschte Eintragungen (unter ihrer bisherigen Nummer) in ein neues Blatt insoweit zu übernehmen und damit zu wahren sind, als dies zum Verständnis der noch gültigen Eintragungen erforderlich ist.

VII. Zusammenfassung

1. Die Belastung eines Grundstücksteils mit einem Grundpfandrecht hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 GBO ausge-

⁵¹ Zutreffend so *Meikel/Ebeling*, GBO, Rdnr. 6 zu § 30 GBV; auch *K/E/H/E*, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, Rdnr. 12 zu § 6 GBV, die allerdings nicht ganz korrekt die nur zur übersichtlichen Gestaltung des Grundbuchblattes gerötete Bestandsangabe als (zu übernehmende) gelöschte Eintragung ansehen.

schlossen, weil sie die Grundbuchführung und das Zwangsversteigerungsverfahren (dazu Abschn. IV) erschweren und Verwirrung anzurichten geeignet ist. § 5 und § 6 GBO als Grundbuchverfahrensvorschriften sollen bewirken, dass ein solches Belastungsverhältnis auch durch Vereinigung und Bestandteilszuschreibung nicht entsteht (Abschn. II).

2. Rechtsprechung und Schrifttum, die das heute großzügiger sehen (Abschn. III), tragen den Verwicklungen bei Zwangsvollstreckung (Abschn. IV) nicht Rechnung. Sie stellen nur auf die Übersichtlichkeit des Grundbuchs und dafür auf die Bestandseintragung ab. Für allein erheblich wird nur angesehen, ob die rechtlich zusammengefassten (bisherigen) Grundstücke mit ihren Flurstücken als Flächenteile des verbundenen Grundstücks gebucht bleiben oder bei rechtlicher Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung die Flurstücke sogleich auch katastermäßig verschmolzen werden. Das jedoch ist völlig belanglos, weil Verschmelzung Verwirrung weder bewirken noch besorgen lassen kann (Abschn. V und VI).

3. Für eingetragene Rechtsverhältnisse besteht die Bestandsangabe aus den Eintragungen im Bestandsverzeichnis von der in Spalte 2 der Abteilungen II und III bezeichneten laufenden Nummer des belasteten Grundstücks an bis zu dem durch Veränderungsnachweise veranlassten letzten Bestandsvortrag (Abschn. VI).

Immobilienwerb und -vererbung in England

Von Notarin Dr. Beate Kopp, München

Der Immobilienwerb in England vollzieht sich wesentlich anders als in den kontinentaleuropäischen Ländern. Insbesondere ist kein Notar eingeschaltet. Dieser Beitrag soll das Verständnis für dieses ungewohnte System wecken und das nötige Hintergrundwissen geben für die richtige erbrechtliche Gestaltung, wenn es um Grundbesitz in England geht, und der deutsche Notar mit seiner Gestaltungscompetenz gefragt ist.

I. Einleitung

Das englische¹ Recht kennt anders als das deutsche Recht für Grundstücksverkäufe und -verfügungen keinen Beurkundungszwang. Weder für die Veräußerung noch für Grundstücksbelastungen ist die Mitwirkung eines Notars² erforderlich. Es sind die vom Verkäufer und Käufer beauftragten Anwälte (*solicitors*), die die Grundstückstransaktion abwickeln.

Auch dem Makler kommt in England eine andere Rolle zu als in Deutschland. Makler sind in England in der Regel sog. *surveyors*, ausgebildete Grundstückssachverständige. Die wesentlichen Eckpunkte des Grundstückskaufvertrages werden meist schon mit dem Grundstücksmakler vereinbart; dann werden die Anwälte eingeschaltet, die den Vertrag erstellen und die erforderlichen Urkunden entwerfen.

II. Formen des Eigentums

In England gibt es formal kein absolutes privates Eigentum an Grund und Boden, sondern, historisch bedingt, nur eine Berechtigung in beschränktem Umfang. Nach der Schlacht von Hastings im Jahre 1066 schufen William I. und seine Nachfolger ein straff geordnetes Lehnswesen, im Rahmen dessen die Krone Grundvermögen als Lehen an die Gefolgsleute verteilte, die dafür besondere Dienste leisteten und ihrerseits das Recht hatten, das Land wiederum untergeordneten Personen zur Nutzung zu überlassen. An dieser Grundidee hat sich nichts geändert, so dass alles Land formal weiterhin der Krone gehört³. Das Grundstück ist jedoch Gegenstand von zahlreichen Rechten, deren Inhaber der einzelne Bürger sein kann.

Praktische Bedeutung haben zwei Arten von Rechten an Grundstücken, *freehold* und *leasehold*. Wohnungseigentum ist im englischen Recht unbekannt.

¹ Der Übersichtlichkeit halber beschränkt sich der Beitrag auf die Teilrechtsordnung England.

² Der Beruf des Notars existiert im anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht in einer dem lateinischen Sinn vergleichbaren Form. Einzige Ausnahme sind die in London tätigen *scrivener notaries*, vgl. hierzu *Odersky/Kopp*, Praktikum bei Notaren in London, MittBayNot 2000, 22.

³ Vgl. *Kessel in Schönhofer/Böhner (Hrsg.)*, Haus- und Grundbesitz im Ausland, England und Wales, Stand 1996, Gruppe 4/L/ S. 9.

1. Freehold

Das umfassendste Recht an Grund und Boden ist *freehold estate*⁴. Diese Form der Berechtigung am Grundstück kommt dem deutschen Eigentumsbegriff sehr nahe. Bei *freehold* hat der Berechtigte einen zeitlich unbegrenzten Eigentumstitel, der nicht durch einen besseren Rechtsanspruch verdrängt werden kann. Er hat das Recht, das Grundstück auf ewige Zeit zu nutzen, zu belasten, und darüber zu verfügen.

2. Leasehold

Leasehold ist ein befristetes Recht an einem Grundstück, das je nach seiner Laufzeit entweder dem deutschen Erbbaurecht oder der Miete vergleichbar ist.

Leasehold wird immer von *freehold* oder einem übergeordneten, weil länger laufenden *leasehold* abgeleitet. Typischerweise entstehen dadurch Ketten von „Miet“-verhältnissen. Gewährt der *freehold*-Berechtigte einen *leasehold*, werden üblicherweise Grund und Boden samt Gebäude für einen bestimmten Preis überlassen. Der *leaseholder* hat dann alle das Gebäude betreffenden Kosten einschließlich außergewöhnlichen Erneuerungen, Verwaltungskosten und Steuern zu tragen.

Wesentliches Merkmal ist in jedem Fall, dass *leasehold* für einen bestimmten Zeitraum vereinbart wird.

a) longterm lease

Die langfristige *lease* läuft üblicherweise 99 oder 125 Jahre. Ähnlich wie bei der Übertragung von *freehold* ist bei der Einräumung einer *long lease* eine erhebliche Einmalzahlung (*premium*) zu leisten. Demgegenüber tritt die monatlich zu zahlende Leistung an Bedeutung zurück. Eine *long lease* kann sogar für das sprichwörtliche Pfefferkorn, also eine minimale Miete gewährt werden⁵. *Long lease* ist daher wirtschaftlich gesehen eine Investition, ein Aktivposten, der auch als Sicherheit für ein Darlehen dienen kann.

Wirtschaftlich ist *long lease* somit am ehesten mit dem deutschen Erbbaurecht vergleichbar. So ist es auch denkbar, dass für Belastungen die Zustimmung des *landlords*, also des Inhabers des *freehold* oder des übergeordneten *leasehold*, erforderlich ist oder dass der *landlord* das Recht hat, bei Insolvenz des Berechtigten (*tenant*) die *lease* aus wichtigem Grund zu beenden⁶, was an den Heimfall beim Erbbaurechtsvertrag erinnert.

⁴ Auch als *estate in fee simple absolute in possession* bezeichnet.

⁵ Nach englischem Recht muss bei jedem Vertrag eine Gegenleistung vereinbart sein, wobei allerdings eine symbolische Gegenleistung ausreicht, die so klein sein kann „wie ein Pfefferkorn“.

⁶ Dieses Recht auf vorzeitige Beendigung der *lease*, weil der *tenant* seinen Verpflichtungen aus der *lease* nicht nachgekommen ist, wird als *forfeiture* bezeichnet.

b) let

Der zweite Typ der *lease* ist die kurzfristige Vermietung, die auch als *rent charge*, *rack rent lease* oder *let* bezeichnet wird. Es handelt sich dabei um Vermietungen auf die Dauer von mehreren Monaten bis zu 25 Jahren. Mieterschutzvorschriften finden sich in den *Rents Acts*.

Dieser Beitrag beschränkt sich auf den Erwerb von *freehold* und *long term lease*.

3. Weitere Rechte am Grundstück

Weitere Rechte an Grundstücken, die *at law*⁷ bestehen, sind u. a. sog. *easements*. Sie können z. B. ein Wegerecht oder ein Fensteranbringungsrecht zum Inhalt haben und sind somit einer Dienstbarkeit vergleichbar. Es gibt auch Nutzungsrechte (mit der französisch anmutenden Bezeichnung *profits à prendre*), die z. B. ein Holzeinschlagsrecht beinhalten können, oder periodische Zahlungsverpflichtungen (*rent charges*), vergleichbar unserer Reallast, Hypotheken (*charge by way of legal mortgage*) und Betretungsrechte (*rights of entry*).

Im Gegensatz hierzu stehen die Rechte *in equity*⁸, die beispielsweise dem Begünstigten aus einem *trust*, dem *beneficiary* zustehen. Eine interessante Parallele wird über dieses Rechtsinstrument zu unserer Vormerkung konstruiert. Da *equity* das schon als *getan* ansieht, was *getan* werden muss (*equity regards as done that which ought to be done*), ergibt sich, dass ein Vertrag auf Übertragung eines Grundstücks ab Vertragsschluss als nach den Rechtsregeln der *equity* erfüllt angesehen wird, auch wenn die eigentliche Grundstücksübertragung, die *conveyance* noch nicht stattgefunden hat. Auch Zusicherungen im Hinblick auf bestimmte Grundstücksschaffenheiten werden als *in equity* durchsetzbar angesehen.

4. Formen der Mitberechtigung

Im englischen Recht gibt es im wesentlichen zwei Formen der Mitberechtigung, die *joint tenancy (at law)* und die *tenancy in common (in equity)*. Auch wenn der deutsche Notar nicht den Erwerb der Immobilie seines deutschen Mandanten betreut, sollte er diese Unterscheidung in Erinnerung behalten, da sich hieraus besondere erbrechtliche Konsequenzen ergeben.

Bei der *joint tenancy* sind die Mitberechtigten („*co-owner*“) gemeinsam untrennbar als Gruppe Inhaber von *freehold* oder *lease*, vergleichbar unserer Gesamthand. Da kein Mitberechtigter einen eigenen abtrennbaren Anteil an dem in Mitberechtigung stehenden Land hat, kann er über diesen auch nicht von Todes wegen verfügen. Seine Mitberechtigung am Grundstück fällt auch bei gesetzlicher Erbfolge nicht in den Nachlass. Vielmehr erwerben beim Tode eines Mitberechtig-

ten bei *joint tenancy* die übrigen Mitberechtigten – vergleichbar einer Anwachsung – dessen Anteil automatisch⁹.

Von einer *joint tenancy* ist auszugehen, wenn die Mitberechtigung der Beteiligten vollkommen übereinstimmt. Dafür müssen die folgenden vier Voraussetzungen vorliegen: Die Mitberechtigten einer *joint tenancy* müssen das Objekt zur selben Zeit, auf dieselbe Art und Weise (beide durch Kauf oder beide von Todes wegen) und für dieselbe Dauer erworben haben und in gleicher Weise zum Besitz berechtigt sein.

Die weniger weitreichende Bindung zwischen den Mitberechtigten, die sog. *tenancy in common*, setzt lediglich den gemeinsamen Besitz voraus.

Ein typisches Beispiel für den Erwerb in *joint tenancy* ist der Kauf einer Immobilie durch Ehegatten. Allerdings kann auch bei Vorliegen der genannten vier Voraussetzungen, wenn der *legal title* in *joint tenancy* gehalten wird, nicht ausgeschlossen werden, dass nach vorrangiger *equity* angenommen wird, dass die Ehegatten die Immobilie als *co-owner in common* halten und somit die Besonderheiten der *joint tenancy* gerade nicht gelten. Haben beispielsweise die Mitberechtigten unterschiedliche Anteile des Kaufpreises bezahlt, so wird *in equity* vermutet, dass sie als *tenants in common* erwerben¹⁰. Entsprechendes gilt, wo das Miteigentum kommerziellen Charakter hat und daher die Anwachsung im Todesfall keine sachgerechte Lösung wäre¹¹. Eine abschließende Beurteilung, ob *joint tenancy* vorliegt, ist also nur bei genauer Kenntnis des Sachverhalts möglich und bedarf genauer Festlegungen im Kaufvertrag. Die Form der Mitberechtigung ergibt sich insbesondere nicht aus Grundbucheinträgen.

5. HM Land Registry¹²

Grundbücher wurden in England im Jahr 1925 eingeführt. Seit dem 1.12.1990 müssen sämtliche Grundstücksverfügungen, die einen *freehold title* oder eine *lease* von mehr als 21 Jahren Laufzeit betreffen, beim *District Land Registry* (vergleichbar unserem Grundbuchamt) registriert werden¹³. Der Großteil der Grundstücke in England, insbesondere in den Ballungszentren, ist bereits registriert. Das Grundbuch (*HM Land Registry*) wird weniger dezentralisiert geführt als in Deutschland. Es gibt in England und Wales nur 19 *District Land Registries*.

Nach dem bis 1925 geltenden Recht wurden alle vorherigen Übertragungsurkunden gesammelt und der Nachweis des Eigentums durch eine lückenlose Kette von Vorerwerbsurkunden geführt.

Das Grundbuch besteht aus drei Teilen. Der Grundstücksbeschreibung befindet sich im *property register*, wo die postalische Anschrift, die geografische Lage mit einem Plan und die Nummer (*title number*) angegeben sind. Ferner sind dort auch dem Grundstück zugeordnete *interests* und *benefits* (Rechte zugunsten des Grundstücks) vermerkt. Im *proprietorship register* werden Name und Adresse des registrierten Eigentümers eingetragen sowie um welche Art von Eigentum es sich handelt. Die Belastungen finden sich im *charges register*.

⁹ Sog. *right of survivorship*.

¹⁰ *Kenny/Hewitson*, Legal Practice Course Guides, Conveyancing, 1999, S. 30.

¹¹ *Kessel* in *Schönhofer/Böhner*, a.a.O., S. 17.

¹² HM Land Registry, 32 Lincolns Inn Fields, London WC2A 3PH.

¹³ *Havergal*, Gewerbliche Immobilien in England, Hrsg. Deutsche Industrie- und Handelskammer, 1999, S. 12.

⁷ Die umfassendsten und wichtigsten Rechte am Grundstück, *freehold* und *leasehold*, bestehen *at law*.

⁸ Das englische Recht unterscheidet zwischen Rechten *at law* und Rechten, die *in equity* bestehen. *Common Law* war in seiner Ursprungszeit das gemeine Recht, das von den reisenden Richtern des Königlichen Gerichts gesprochen wurde und dem lokalen Recht übergeordnet war. Die Durchsetzung eines Anspruchs setzte eine dafür passende Klageform (*writ*) voraus, die auch auf bestimmte Rechtsfolgen, beispielsweise Schadensersatz, aber nie Erfüllung, begrenzt war. Daneben entstand ein weiterer Normenkomplex, *equity*. Wer meinte, aufgrund des Formalismus des strengen *common law* nicht zu seinem Recht zu kommen, konnte sich an den König wenden, der *ex aequo et bono* entschied. *Equity* und *common law* verloren zwar im 19. Jahrhundert ihre charakteristische Bindung an verschiedene Gerichtsbarkeiten, im übrigen wird aber bis heute an der Unterscheidung festgehalten.

Bei der Art des Eigentums wird neben *freehold* oder *leasehold* auch nach der Güte des Rechtstitels unterschieden. Bei *freehold* wird beispielsweise unterschieden zwischen *absolute freehold title* und *possessory freehold title*. *Absolute freehold title* ist das stärkste Recht und beinhaltet die praktisch kaum zu entkräftende Garantie des Eigentums. Kann der Antragsteller hingegen das Eigentum nicht durch eine lückenlose Kette von *title deeds* nachweisen, wird auf Antrag ein *possessory freehold title* eingetragen. Nach Ablauf von zwölf Jahren kommt es zu einer Art Ersitzung, d. h. der Titel kann dann grundsätzlich nicht mehr von Dritten angegriffen werden.

Das Grundbuch ist öffentlich. Einsicht ist jedermann gestattet¹⁴. Die Richtigkeit der Eintragung wird zwar gewährleistet, doch gibt es Einschränkungen, so dass nicht von einem dem deutschen Recht vergleichbaren öffentlichen Glauben des Grundbuchs gesprochen werden kann.

II. Ablauf des Grundstückserwerbs

In England ist es üblich, dass bei einer Immobilientransaktion sowohl Verkäufer als auch Käufer einen Anwalt, einen *solicitor*, einschalten.

1. Vorvertragliche Phase

Der Anwalt des Verkäufers prüft zunächst dessen Verfügungsbefugnis. Dies geschieht bei registrierten Liegenschaften anhand der Grundbuchauszüge, sog. *title deeds*. Kraft Gesetzes ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer eine Abschrift der Eintragungen im Grundbuch, eine Kopie des bei den Grundakten befindlichen amtlichen Planes und weitere dort befindliche Dokumente betreffend das Grundstück auszuhändigen¹⁵. Ab und zu kommt es vor, dass Grundstücke noch nicht registriert sind. In diesen Fällen wird der Nachweis des Eigentums durch eine Kette von Vorerwerbsurkunden erbracht.

Sodann prüft der Anwalt des Käufers die vorgelegten Dokumente und stellt eine Liste von Fragen auf. Diese Fragen des Käufers dienen dazu, möglichst umfassende Informationen zu dem Grundstück zu erhalten; denn es gilt das Prinzip „*buyer beware*“, d. h. der Käufer muss sich vor Vertragsabschluss ausführlich informieren.

Im Grundsatz gilt: Dem Käufer stehen wegen Sachmängeln der Kaufsache keine Gewährleistungsansprüche gegen den Verkäufer zu. Ferner haftet der Verkäufer nicht für erkennbare Rechtsmängel. Lediglich für verdeckte Rechtsmängel trifft den Verkäufer eine Offenbarungspflicht, aus deren Verletzung gegen ihn gegebenenfalls Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Außerdem gehen kraft Gesetzes bestehende Belastungen automatisch auf den Erwerber über.

So ist es üblich, sich nach dem Eigentum an Grenzmauern und -zäunen, der Existenz von Gas-, Elektrizitäts- und Abwasserleitungen, der Sicherung der Zugangswege und den Besitzverhältnissen zu erkundigen. Flankierend zu den Fragen an den Verkäufer wird der Anwalt des Käufers außerdem Anfragen bei den örtlichen Behörden stellen, um beispielsweise *local land charges* in Erfahrung zu bringen. Hierzu zählen u. a. Auflagen des Bauplanungsrechtes, Denkmalschutzanordnungen und Anliegerbeiträge.

¹⁴ Sec. 112 *Land Registration Act 1925* (1988).

¹⁵ Sec. 110 (1) *Land Registration Act 1925* (1988).

Obleich der Verkäufer nicht verpflichtet ist, die Fragen zu beantworten, tut er dies regelmäßig. Bei Fragen nach dem Zustand des Gebäudes und einem eventuellen Reparaturstau wird der Verkäufer jedoch häufig darauf verweisen, dass der Käufer das Objekt selbst in Augenschein nehmen und ein Sachverständigengutachten erstellen lassen kann.

Der Anwalt des Käufers verfasst für seinen Mandanten in der Regel einen abschließenden Bericht über seine Ermittlungen bzgl. der Immobilie. Neuerdings sind aber verstärkt auch die Anwälte des Verkäufers bei der Beschaffung der Informationen behilflich.

Bestehen Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Verkäufers, kann dieses Risiko versichert werden. Englische Versicherer bieten eine sog. *title indemnity insurance* an, insbesondere wenn die Eigentümerstellung nicht durch eine Kette lückenloser Vorerwerbsurkunden nachgewiesen werden kann, sondern nur auf länger dauernden ungestörten Besitz in der Vergangenheit gegründet wird. Ob eine Versicherung nötig ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

2. Schuldrechtlicher Kaufvertrag

Bis zum Abschluss der Ermittlungen gibt es meist nur unverbindliche Angebote und Vertragsentwürfe „*subject to contract*“¹⁶. Ein quasi schuldrechtlicher Vertrag kommt erst dann zustande, wenn die Parteien die jeweils von ihnen unterzeichnete Fassung des Kaufvertrages miteinander austauschen (*exchange of contracts*). Dabei ist meist eine Anzahlung (*deposit*) in Höhe von 10 % des Kaufpreises fällig. Der Kaufvertrag muss schriftlich abgefasst werden¹⁷. Der Vertrag baut auf vorformulierten Vertragsbedingungen auf. Üblicherweise werden die *Standard Conditions of Sale* verwandt, die von der Anwaltskammer, der *Law Society*¹⁸, herausgegeben werden.

a) particulars of sale

In einem ersten Teil des Kaufvertrages (*particulars of sale*) wird das Grundstück geografisch und rechtlich beschrieben. Für die Richtigkeit dieser Angaben haftet der Verkäufer. Hier wird unterschieden zwischen einer *full title guarantee* und einer *limited title guarantee*. Bei der *full title guarantee* versichert der Verkäufer, dass er befugt ist, über die Liegenschaft zu verfügen und dass sie frei von Rechten Dritter und Belastungen ist, die ihm bekannt sein müssten. Bei der *limited title guarantee* ist die Zusicherung hinsichtlich der Belastungen auf solche beschränkt, die vom Verkäufer selbst bewilligt wurden. Eine solche Zusicherung gibt beispielsweise ein Treuhänder oder Testamentsvollstrecker ab, der das Grundstück nicht selbst kennt. In den *particulars of sale* wird üblicherweise die Einbeziehung der *Standard Conditions of Sale* vereinbart, was aber nicht zwingend notwendig ist.

b) conditions of sale

Der zweite Teil des Kaufvertrages sind die *conditions of sale*. Dazu gehören typischerweise Bestimmungen über den Kaufpreis und darüber, wann eine Anzahlung zu leisten ist, welche beweglichen Sachen mitveräußert sind, welche Vertragsunterlagen, Vorerwerbsurkunden und Pläne zu übergeben sind, Besonderheiten zum Besitz- und Gefahrübergang, Verzugs- und Gewährleistungsregelungen und der Zeitpunkt der Vertragserfüllung.

¹⁶ „...vorbehaltlich einer noch zu schließenden Vereinbarung...“

¹⁷ Sec. 2 *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*.

¹⁸ Law Society, 133 Chancery Lane, London WC2A 1PL.

Bei einer *lease* werden u. U. weitere Pflichten des Käufers aufgenommen, beispielsweise die Verpflichtung, das Grundstück nur in einer bestimmten Art zu nutzen oder bestimmte Reparaturen vorzunehmen oder keine baulichen Veränderungen vorzunehmen. Nach altem Recht blieb der ursprüngliche *tenant* für die Verpflichtungen, die er in seinem Vertrag mit dem *landlord* eingegangen ist, verantwortlich, auch wenn er seine Rechte aus der *lease* ganz oder teilweise durch eine Kette von Untermietverhältnissen weiter gegeben hatte. Jeder neue *tenant* war darüber hinaus verpflichtet, sogenannte *covenants* gegenüber dem *landlord* abzugeben, d. h. vertragliche Zusicherungen über die Einhaltung bestimmter Verpflichtungen. Der Inhaber von *freehold*, von dem sich alle untergeordneten *leases* ableiteten, konnte also gesamtschuldnerisch alle nachfolgenden *tenants* in Anspruch nehmen. Für ab dem 1.1.1996 begründete *leases* gilt dies nicht mehr¹⁹. Die ursprünglichen Vertragsparteien haften grundsätzlich bei Weiterübertragung der *lease* für Verletzungen der Verpflichtungen aus der *lease* nicht mehr.

Bei einer vor diesem Zeitpunkt begründeten *lease* wird vom Käufer in der Regel die Übernahme von *covenants* verlangt. Dabei muss der Käufer vielfach die Haftungsübernahme nicht nur für sich, sondern auch für seine Rechtsvorgänger in Form einer Freistellungsverpflichtung erklären. Versicherungen werden auch gegen solche die Nutzung beeinträchtigende *covenants* abgeschlossen.

Gegen Mängel des Vertragsgegenstandes oder Auflagen des Bauplanungsrechtes, soweit es sich nicht um Mängel im Rechtstitel handelt, muss sich der Käufer durch eine ausdrückliche Gewährleistungsbestimmung (*warranty*) schützen.

c) Vertragsabschluss

Das *agreement for sale*²⁰ unterzeichnen Verkäufer und Käufer persönlich im Beisein ihrer Anwälte. Der Austausch der Vertragsurkunden kann bei einem Treffen, per Post oder Telefax erfolgen. Üblich ist allerdings, dass der „*exchange of contracts*“ telefonisch erfolgt, sobald beide Anwälte im Besitz eines von ihrem jeweiligen Mandanten unterzeichneten Vertragsexemplars sind und die Anzahlung geleistet ist. Das Telefonat läuft nach einem standardisierten Verfahren ab, sog. *Formula B* und wird in einem Memorandum festgehalten. Im Anschluss an dieses Telefonat wird der jeweils anderen Seite ein unterzeichnetes Vertragsexemplar übersandt.

Die Anzahlung (*deposit*) wird beim Anwalt des Verkäufers hinterlegt, der sie erst weiterreichen darf, wenn der Vertrag erfüllt ist.

d) Rechtsfolgen

Die Wirkung des *exchange of contract* ist, dass der Käufer ein *equitable interest* an dem Vertragsgegenstand hat; der Verkäufer ist zwar noch Eigentümer, er ist jedoch gebunden vergleichbar einem Treuhänder eines *trusts*. Bei registrierten Grundstücken kann im Grundbuch ab Vertragsschluss eine *notice*²¹ oder *caution* eingetragen werden. Diese hat vormerkungähnliche Wirkung. Bei nicht registrierten Grundstücken

kann ein Eintrag, sog. *land charge*, im *land charges register* erfolgen, was aber nur gemacht wird, wenn eine besonders lange Zeit zwischen Vertragsschluss und Erfüllung liegt.

3. Vertragserfüllung

Nach den *Standard Conditions of Sale* findet die *completion*, die Vertragserfüllung, und die Zahlung des Restkaufpreises vorbehaltlich anderer Vereinbarung 20 Arbeitstage nach dem *exchange of contracts*, statt. Meist wird sogar eine Uhrzeit vereinbart.

Die Übertragung wird *transfer* oder *conveyance* genannt. Hierfür gibt es ein Standardformular des Grundbuchamtes.

a) Formerfordernis

Die Anwälte stimmen den Entwurf einer Übertragungsurkunde ab. Diese Übertragungsurkunde muss in Form einer *deed*²², einer unter Einhaltung bestimmter Formalien erstellten Urkunde abgefasst sein. Bis 1990 war hierzu erforderlich, dass die Urkunde unterzeichnet, gesiegelt und willentlich dem Rechtsverkehr übergeben wurde. Seit dem 31.7.1990²³ genügt bei Privatpersonen die Unterzeichnung (*signed, witnessed and attested*) und Begebung; das Siegel ist nicht mehr erforderlich. Gesellschaften fertigen ein *deed* aus, indem entweder das Siegel der Gesellschaft (*company's seal*) in Gegenwart und unter Bezeugung dieser Handlung vom *Company's Secretary* oder einem Mitglied des *board of directors* auf der Urkunde angebracht wird oder die Urkunde von einem *director* und dem *Company's Secretary* oder von zwei *directors* unterzeichnet wird. Bei einer so unterzeichneten Urkunde besteht bei Gesellschaften eine Vermutung für eine Entäußerung mit Rechtsbindungswillen²⁴.

b) Ablösung von Hypotheken

Ist das Grundstück mit einer Hypothek belastet, muss diese grundsätzlich gelöscht werden. Der Gläubiger muss mittels eines Formblattes der Ablösung zustimmen. Banken sind jedoch in der Regel nicht bereit, die Löschung zu bewilligen, bevor das Darlehen zurückbezahlt ist. Soll die Hypothek des Verkäufers aus dem Kaufpreis getilgt werden, gibt normalerweise der Anwalt des Verkäufers dem Anwalt des Käufers gegenüber eine Verpflichtungserklärung (*solicitor's undertaking*) ab, mit dem Kaufpreis die Hypothek abzulösen und ihm anschließend die Löschungsbewilligung zu übersenden. Der Rechtsanwalt des Verkäufers muss dann nach Abschluss der *completion* dem Gläubiger die Ablösebeträge übersenden, der ihm dann in der Regel ein ausgefülltes Formular, das als Löschungsbewilligung dient, zusendet. Bei Banken ist dieses Verfahren unproblematisch, bei Privatgläubigern ist Vorsicht geboten.

c) Registrierung in *HM Land Registry*

Der Anwalt des Käufers beantragt binnen 30 Werktagen nach der *completion* die Umschreibung²⁵ der Eigentumsrechte auf

¹⁹ Sec. 5 *Landlord and Tenants (Covenants) Act 1995*.

²⁰ Der Begriff *agreement for sale* bezeichnet das Dokument, der Begriff *contract* die von den Parteien in dem Dokument getroffene vertragliche Vereinbarung.

²¹ Eine *notice* im Grundbuch kann beispielsweise auch eingetragen werden, wenn kenntlich gemacht werden soll, dass eine besondere Verpflichtung auf dem Grundstück ruht oder der Eigentümer eine Schuld nicht beglichen hat, *Kenny/Hewitson, a.a.O., S. 24*.

²² Eine *deed*, die unter der (ausdrücklichen oder impliziten) Bedingung abgegeben wird, dass der Käufer auch den Kaufpreis bezahlt, wird auch als *escrow* bezeichnet.

²³ Sec. 1 *Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989*.

²⁴ Sec. 36 A (6) *Companies Act 1985* (1989).

²⁵ *Freehold estate und leasehold estate* von mehr als 21 Jahren Dauer müssen seit dem 01.12.1990, spätestens seit 01.04.1998 im *Land Registry* eingetragen werden. Ist die Liegenschaft bislang noch nicht registriert, muss sie bei der Veräußerung erstmalig registriert werden.

seinen Mandanten. Die Frist von 30 Tagen erklärt sich daraus, dass der Anwalt des Käufers sich vor Unterzeichnung der *completion* vom *land registry* in dem sog. *official search certificate* nochmals bestätigen hat lassen, dass der Verkäufer immer noch verfügungsbefugt ist und keine anderen Eintragungen erfolgt sind. 30 Werkzeuge nach Erhalt eines solchen *official search certificate* ist der Erwerber vor anderen Eintragungen, die zwischenzeitlich beantragt werden, geschützt²⁶.

Bei der Übertragung einer *lease* ist unter Umständen die Zustimmung (*licence*) des Inhabers einer länger währenden *lease* oder des zugrunde liegenden *freehold titles* erforderlich. Diese Zustimmung erteilt der Inhaber der jeweils übergeordneten Berechtigung am Grundstück ebenfalls in Form einer *deed*.

Erwerbsbeschränkungen für ausländische Erwerber gibt es in England nicht. Dies gilt für Privatpersonen wie für Unternehmen. Ausländische Unternehmen müssen jedoch im Gesellschaftsregister (*Companies Registry*²⁷) eingetragen sein, wenn sie in England wirtschaftlich tätig sind. Hierfür genügt es, wenn sie entweder eine Zweigniederlassung (*branch*) oder eine sonstige physische Präsenz (*place of business*) in England besitzen und diese registrieren lassen.

d) Finanzierungsdarlehen

Hypotheken (*mortgages*) zu Sicherung eines Finanzierungsdarlehens des Käufers werden ebenfalls nach der *completion* im Grundbuch eingetragen²⁸. Grundstücke in *freehold* oder *longterm leasehold* können als Sicherheit für ein dem Käufer gewährtes Darlehen dienen. Um die Beleihungsfähigkeit zu ermitteln, ist es bei Immobiliengeschäften größeren Umfangs üblich, dass die finanzierende Bank sich bereits mit einem eigenen Anwalt an den vorvertraglichen Ermittlungen und der Vertragsunterzeichnung beteiligt.

III. Steuern

1. Grunderwerbsteuer

Die Grunderwerbsteuer (*stamp duty*) beträgt bei einem Kaufpreis zwischen £ 60.000,- und £ 250.000,- 1 % des Kaufpreises, bei einem Kaufpreis zwischen £ 250.000,- und £ 500.000,- 2,5 % und bei einem höheren Kaufpreis 3,5 %²⁹. Bei einem Kaufpreis von unter £ 60.000 fällt keine Grunderwerbsteuer an. Die Berechnungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer wird bei der *lease* nach einer Formel, die auf die Länge der *lease* und die erwartete *rent* abstellt, berechnet.

Grunderwerbsteuer fällt, genau wie in Deutschland, nur aus dem Kaufpreis, soweit er auf die Immobilie entfällt, an, nicht für die mitverkauften beweglichen Sachen.

2. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen

Veräußerungsgewinne werden in England unter bestimmten Voraussetzungen besteuert. Die der deutschen Spekulationssteuer vergleichbare Steuer heißt in Großbritannien *capital gains tax*. Einzig maßgeblich ist, ob der Veräußerer im Zeitpunkt des Verkaufs seinen Wohnsitz in Großbritannien hat.

²⁶ *Sarton*, Macmillan Law Masters, Conveyancing, 3. Auflage 2000, S. 101.

²⁷ *Companies House*, Crown Way, Cardiff, CF4 3UZ.

²⁸ Bei nicht registrierten Grundstücken verbleibt die Urkunde über die Bestellung der Hypothek beim Darlehensgeber.

²⁹ Stand 1999, vgl. *Kenny/Hewitson*, a.a.O., S. 140.

Dann unterliegen alle Gewinne, die £ 7.100,- jährlich übersteigen, der Besteuerung und werden den übrigen Einkünften hinzugerechnet. Ausgenommen ist die selbstgenutzte Immobilie, sofern das Grundstück nicht größer als einen halben Hektar ist und sich dort der Hauptwohnsitz (*main residence*) befand³⁰.

IV. Die Immobilie in England im Erbfall

1. Nachlassabwicklung (administration)

Der Rechtsübergang auf die Erben vollzieht sich im anglo-amerikanischen Rechtskreis in zwei Schritten. Zunächst wird der Nachlass unter gerichtlicher Aufsicht abgewickelt (*administration*)³¹, dann erst wird der Reinerlös an die Erben (*beneficiaries*) verteilt. Mit dem Tod geht der Nachlass nicht wie im deutschen Recht unmittelbar auf die Erben über, sondern zunächst auf einen öffentlich bestellten Nachlassverwalter (*personal representative*). *Personal representative* ist entweder der vom Erblasser bestimmte *executor* oder hilfsweise der vom Nachlassgericht ernannte *administrator*. Der *executor* kann als solcher auftreten, sobald das Testament, in dem er eingesetzt wurde, gerichtlich bestätigt wurde (*grant of representation*). Träger des Nachlasses wird er jedoch mit dem Erbfall. Anders beim *administrator*: bis zu seiner gerichtlichen Ernennung ist der Präsident der *Family Division of the High Court* Inhaber des Nachlasses. Auch er bedarf aber eines *grant*; vorher ist er nicht befugt, für den Nachlass zu handeln. Der *personal representative* ist also Inhaber des *legal title* am Nachlass. Die Erben sind *in equity* am Nachlass berechtigt; der Nachlassabwickler hat also eine dem Treuhänder vergleichbare Stellung.

Aufgabe des Nachlassverwalters ist es, den Nachlass zu sammeln und in Besitz zu nehmen; besteht ein berechtigtes Interesse, so kann er zur Inventarerrichtung und Rechnungslegung verpflichtet werden. Er treibt ausstehende Forderungen ein und begleicht die Nachlassschulden, wobei gesetzlich eine bestimmte Rangfolge der Schulden vorgegeben ist. Die verbleibenden Nachlassanteile überträgt er den *beneficiaries*. Die Übertragung (*assent*) braucht nicht vor Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Erblassers zu erfolgen. Die Übertragung wirkt auf den Erbfall zurück. Lediglich wenn der Nachlass weniger als £ 5.000,- beträgt, kann der Nachlass ohne formelles Abwicklungsverfahren an die *beneficiaries* ausgehändigt werden.

2. Kollisionsrecht

Die materiellrechtliche Trennung von Nachlassabwicklung und -verteilung wirkt sich auch auf kollisionsrechtlicher Ebene aus³².

a) Nachlassverteilung

Die Nachlassverteilung (*succession*) untersteht nach *common law*-Grundsätzen für den unbeweglichen Nachlass der *lex rei sitae*, für den beweglichen Nachlass dem Recht am letzten gewöhnlichen Erblasserdomizil.

³⁰ *Kenny/Hewitson*, a.a.O., S. 38.

³¹ Die Nachlassabwicklung ist im wesentlichen im *Administration of Estates Act* vom 1925 geregelt.

³² Ausführlich mit Fundstellen: *Kopp*, Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung, 1997, S. 27 ff. und 40 ff.

b) Nachlassabwicklung

Neben dieser territorialen Nachlassspaltung kann es außerdem zu einer funktionellen Nachlassspaltung kommen, da für die Nachlassabwicklung (*administration*) eine eigene Anknüpfung gilt. Das auf die Nachlassabwicklung anwendbare Recht ergibt sich aus der internationalen Zuständigkeit.

Englische Gerichte waren früher international für die Nachlassabwicklung nur zuständig, wenn sich Nachlassgegenstände in England befanden. Daneben sind sie nunmehr auch zuständig, wenn der Erblasser mit letztem *domicile* in England verstirbt – unabhängig von der Belegenheit der Nachlassgegenstände. Ist danach ein englisches Gericht für die Ernennung eines *personal representative* international zuständig, so wendet es auf alle Fragen sein eigenes Recht an.

Hinterlässt ein Erblasser Nachlassgegenstände in mehreren Staaten, so soll nach anglo-amerikanischer Vorstellung lokalen Gläubigern und Erbberechtigten jeweils unter gerichtlicher Aufsicht der Zugriff auf das im eigenen Staat befindliche Vermögen gewährt werden. Das Gericht am Ort des letzten Erblasser-*domicile* bestellt einen *domiciliary administrator*. Daneben kann überall, wo sich Nachlassgegenstände befinden, ein *ancillary administrator* bestellt werden. Es wird jeweils das gerichtseigene Recht angewandt. Die Nachlassabwicklung unterliegt bei international verteiltem Nachlass aus englischer Sicht somit verschiedenen Rechtsordnungen.

Da die Phase der Nachlassabwicklung zwingend vorgeschaltet ist, darf über in England belegene Nachlassgegenstände nur verfügen, wem von englischen Gerichten ein *probate* oder *letter of administration* erteilt wurde. Der ausländische Erbschaftsverwalter braucht also zwingend ein englisches *grant*. Dies gilt auch für den deutschen Erben. Der Grundsatz der Universalsukzession des deutschen Erbrechts gilt nicht für die in England belegene Immobilie, da die *administration* von in England belegenen Nachlassgegenständen immer englischem Recht unterliegt. Hingegen richtet sich die Abwicklung nach deutschem Recht, wenn ein englischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland verstirbt und Nachlassgegenstände in Deutschland belegen sind.

c) Reichweite des Erbstatuts

Der *administration* unterfallen folgende Themenbereiche: welche Rechte und Pflichten der Nachlassabwickler hat, wem der Titel an den Nachlassgegenständen zusteht und welche Vermögensmassen für Nachlassschulden haften.

An wen nach der Beendigung der *administration* der Nachlass auszugehen ist, richtet sich dann nach dem auf die Verteilung (*succession*) anwendbaren Recht.

d) Fallbeispiele

Als Grundsatz gilt: Eine Immobilie in England unterliegt unabhängig von Wohnsitz und Staatsangehörigkeit des Erblassers sowohl im Hinblick auf die Nachlassabwicklung als auch die -verteilung immer englischem Recht.

Eine Wahl des anwendbaren Rechts ist nicht möglich.

(1) Erblasser mit britischer Staatsangehörigkeit

Für die Erbfolge eines britischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in Deutschland gilt folgendes:

Das deutsche internationale Privatrecht verweist nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf sein Heimatrecht. Großbritannien hat kein eigenes Kollisionsrecht, so dass darauf abzustellen ist, zu welcher Teilrechtsordnung (England, Wales,

Schottland, Nordirland) der Erblasser die engste Verbindung hatte, Art. 25 Abs. 1 iVm Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EGBGB. Hatte der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in Deutschland, hinterlässt er aber eine Immobilie in England, so nimmt das englische Recht die Verweisung für die in England belegene Immobilie an und verweist für den gesamten Mobiliarnachlass, wo immer belegen, auf das deutsche Recht als Recht am Ort des letzten *domicile* des Erblassers zurück. Das deutsche Recht bricht die Verweisung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB an dieser Stelle ab und nimmt die Verweisung an. Die Erbfolge richtet sich somit für den gesamten Mobiliarnachlass nach deutschem Recht, wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich dabei beispielsweise um Konten in der Schweiz, Deutschland oder England handelt.

(2) Erblasser mit deutscher Staatsangehörigkeit

Hinterlässt ein deutscher Staatsangehöriger ein Grundstück in England, so ist nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich das deutsche Recht berufen. Allerdings nimmt Art. 3 Abs. 3 EGBGB auf die kollisionsrechtliche Sonderanknüpfung von Immobilien nach englischem Recht Rücksicht, so dass für die Nachlassverteilung hinsichtlich des englischen Grundstücks englisches Recht gilt. Ferner sind für die Nachlassabwicklung des Grundstücks aufgrund der Belegenheit englische Gerichte zuständig, die dann auch das gerichtseigene, nämlich englische Recht hierauf anwenden.

3. Gestaltungsempfehlung

Bei der Gestaltung eines Testaments muss daher bedacht werden, dass, sobald der Erblasser Grundvermögen in England besitzt, unabhängig von Wohnsitz und Staatsangehörigkeit das englische Recht sowohl für die Abwicklung (*administration*) als auch die Nachlassverteilung (*succession*) bezüglich der in England belegenen Immobilie allein maßgeblich ist und daher nach dem Tod stets ein *grant* für einen *personal representative* erteilt werden muss.

Dies ist nur dann nicht erforderlich, wenn eine Mitberechtigung an der Immobilie in der Form von *joint tenancy* besteht. In diesem Fall existiert gar keine eigenständige Berechtigung am Grundstück, die in den Nachlass fallen könnte. Der Anteil an der Immobilie wächst dem überlebenden *co-owner* automatisch zu³³.

Bei einem von englischen Juristen entworfenen Testament ist in aller Regel eine Person als *executor* benannt. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist im deutschen Recht jedoch eher die Ausnahme. Es sollte daher darauf geachtet werden, dass ein Testamentsvollstrecker benannt wird. In der Regel wird zwar auch dem Erben nach deutschem Recht ein *grant* für die Abwicklung der Nachlassimmobilie erteilt³⁴, doch kann man sich erhebliche Abwicklungsschwierigkeiten ersparen, wenn ausdrücklich ein Testamentsvollstrecker eingesetzt wird. Hilfreich ist ferner, wenn für den Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers auf die Tätigkeit eines englischen *executors* Bezug genommen wird. Ferner bietet es sich an, das Testament in englischer Sprache zu errichten, da es andernfalls zur Vorlage beim *Probate Court* für das Nachlassabwicklungsverfahren übersetzt werden muss.

In aller Regel kommt es bei deutsch-englischen Erbfällen zu einer Nachlassspaltung. Erwägenswert ist daher, für jeden

³³ Siehe oben unter I. 4.

³⁴ Die Verfahrensvoraussetzungen für die Erteilung eines solchen *grant* sind ausführlich dargestellt bei *Odersky*, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle, 2001, S. 169 ff.

Teilnachlass eine eigene Verfügung von Todes wegen zu verfassen. Dabei sollte deutlich gemacht werden, dass die eine Verfügung von Todes wegen nur für den Immobiliarnachlass in England und die andere für den gesamten, wo immer belegenen beweglichen Nachlass gilt. Gegebenenfalls kann mit Vermächtnissen bezüglich eines Teilnachlasses gearbeitet werden. Es muss dann nur für das Testament, das sich auf den in England belegenen Nachlass bezieht, ein *grant* erteilt werden.

4. Testamentsform

Sowohl Deutschland als auch das Vereinigte Königreich sind Vertragsstaaten des Haager Übereinkommens über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961³⁵. Die Vorschriften wurden in Deutschland durch

³⁵ BGBl. 1965 II 1145; Bekanntmachung vom 29.12.1965, BGBl. 1966 II 11.

Art. 26 Abs. 1 EGBGB in nationales Recht übernommen, in England durch *Sec. 1 Wills Act 1963*. Somit ist eine letztwillige Verfügung hinsichtlich ihrer Form gültig, wenn sie entweder in Übereinstimmung mit dem Recht errichtet wurde, dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung oder bei seinem Tode hatte, oder nach dem Recht am Ort der Errichtung bzw. am Wohnort des Erblassers, oder bei Immobilien der *lex rei sitae* oder dem Erbstatut. Somit ist es nicht erforderlich, das Testament nach englischen Formvorschriften zu errichten und zwei Zeugen zuzuziehen³⁶.

³⁶ Ein Testament ist nach englischem Recht formwirksam, wenn es von zwei Zeugen und dem Erblasser in Gegenwart der beiden Zeugen unterschrieben wurde und schriftlich abgefasst ist. Es muss nicht handschriftlich abgefasst sein; es muss auch nicht eigenhändig unterschrieben sein, beispielsweise kann auch ein anderer für den Erblasser unterschreiben, wenn er dies auf Geheiß des Erblassers tut.

Verhandlung und Mediation mit vielen Beteiligten

Von Notar *Dr. Henning Schwarz*, LL.M. (Georgetown Univ.), Kötzing

Im Beurkundungsverfahren leitet der Notar – zumindest in der Regel – eine Verhandlung zwischen zwei Parteien über einen klar abgegrenzten Kanon von Verhandlungsthemen. Sein Geschick ist umso stärker gefordert, je mehr Personen an den Verhandlungen beteiligt sind. Das zeigt sich nicht nur bei Vertragsverhandlungen, sondern wird auch bei der Vermittlung zwischen zerstrittenen Gesellschaftern, bei der Vermittlung der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft, bei der Beratung einer Eigentümergemeinschaft oder im Schlichtungsverfahren relevant. Worin liegen die Besonderheiten dieser Verhandlungssituation? Wie kann der Verhandlungsleiter oder Mediator sich auf diese besondere Situation einstellen? Im Folgenden richtet sich der Blick in erster Linie auf denjenigen Verhandlungsleiter, der sachlich nicht selbst an den Verhandlungen beteiligt ist, sondern sie als neutraler Dritter leitet, insbesondere also auf den Notar als Vermittler und Schlichter.

I. Delegationenverhandlungen und Mehrparteienverhandlungen

Verhandlungen mit vielen Beteiligten umfassen systematisch zwei Ausprägungen. In Mehrparteienverhandlungen verfolgen mehr als zwei Verhandlungsparteien unterschiedliche Interessen. Davon zu unterscheiden sind die sogenannten Delegationenverhandlungen, an denen ebenfalls viele Personen beteiligt sind, in denen aber jede Delegation eine Verhandlungspartei ist und damit ein gemeinsames Ziel verfolgt. Die beiden Varianten bilden keinen Gegensatz, sondern treten auch kombiniert auf, wenn in einer Verhandlung mehrere Delegationen aufeinandertreffen.

Für beide Varianten von Verhandlungen mit vielen Beteiligten lassen sich gemeinsame Leitlinien für den Mediator formulieren.

II. Beteiligung an der Verhandlung

1. Einbeziehung aller wesentlichen Beteiligten

Für das Verhandeln mit vielen Beteiligten ist charakteristisch, dass eine Einigung nur dann möglich oder sinnvoll ist, wenn möglichst alle interessierten Parteien ihr zustimmen. Die Machbarkeit einer Verhandlung hängt also davon ab, ob alle wesentlichen Beteiligten bereit sind, an ihr teilzunehmen. Im Vorfeld der eigentlichen Zusammenkunft zum Einigungsversuch hat der Mediator darauf zu achten, wessen Interessen in der anstehenden Frage berührt sind und wer an einer Einigung mitwirken muss. Nach Möglichkeit sollten alle Betroffenen einbezogen werden; wo dies nicht möglich ist, müssen jedenfalls die maßgeblichen Parteien einbezogen werden, sonst bietet der Einigungsversuch von vorneherein wenig Aussicht auf Erfolg.

Das gilt übrigens auch für mehrere Personen innerhalb einer Verhandlungspartei, insbesondere wenn diese auf unterschiedlichen Hierarchiestufen stehen. Wenn beispielsweise der verhandelnde Referent erst zum Schluss der Verhandlung die Zustimmung seines Vorgesetzten einholt und dieser erst in diesem späten Stadium ernsthaft mit dem Problem befasst wird, besteht die Gefahr, dass erst dann noch für den Vorgesetzten wichtige, aber in der Verhandlung bislang nicht berücksichtigte Fragen thematisiert werden müssen und das bis dahin erreichte in Frage stellen. Die Erfolgsaussichten einer Verhandlung sind daher größer, wenn die entscheidungsbefugten Personen jeder Partei von vorneherein in die Verhandlungen mit einbezogen werden. Auch insoweit muss der Mediator darauf achten, dass die wesentlichen Beteiligten an der Verhandlung teilnehmen.

2. Verhandlung als „Ritual der Beteiligung“

Neben der rationalen Seite wird hier auch die psychologische Seite des Verhandeln deutlich. Erfahrene Mediatoren sprechen von einem „Ritual der Beteiligung“ in dem Sinne, dass die Einigung umso wahrscheinlicher ist, als sie sich als gemeinsame Werk aller Beteiligten darstellt. Alle maßgeblichen Beteiligten sind an allen Verfahrensschritten zu beteiligen. Ihnen muss ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden. Wenn irgend möglich soll jeder sich auch in der abschließenden Vereinbarung wiederfinden, und sei es in einem Nebenpunkt oder einer Formulierung.

Dieses Ritual der Beteiligung spielt bei der Verhandlung mit vielen Beteiligten im Vergleich zur Zwei-Personen-Verhandlung eine ganz besonders wichtige Rolle.

III. Komplexität und Koalitionsbildung

1. Problemstellung

In nahezu jeder Verhandlung treffen verschiedene Interessen, Positionen, Zielvorstellungen und auch Emotionen aufeinander. Die Komplexität von Verhandlungen wächst, wenn eine Vielzahl von Verhandlungsgegenständen zu behandeln ist. Bei dieser komplexen Sachstruktur stellen sich ähnliche Probleme wie bei der Verhandlung zweier Personen über eine Vielzahl von Gegenständen. Was bereits für die Verhandlung zwischen zwei Parteien gilt, wird exponentiell verstärkt, wenn viele Parteien an einer Verhandlung beteiligt sind. Diese bilden zur Durchsetzung ihrer Interessen – bewusst oder unbewusst – Koalitionen. Damit stehen verschiedenartige Interessen im Raum. Die Koalitionen der Parteien untereinander – schon aus sich heraus eine zusätzliche Anforderung – können sich möglicherweise bezüglich unterschiedlicher Problemstellungen und Themenkomplexe verschieben.

Diese Komplexität zeigt das folgende Beispiel (nach *Haft*):

Vor einem Haus hatte sich im Winter Glatteis gebildet, auf dem ein Fußgänger F stürzt. Zunächst beauftragt F den Anwalt A1, der Schadenersatz vom Hausbesitzer H verlangt. Nach jahrelangen Verhandlungen beruft sich dieser auf Verjährung. Empört beauftragt F den Anwalt A2, der nunmehr sowohl den Schadenersatzanspruch gegen H als auch vorsorglich den Regressanspruch gegen A1 betreibt. Der Haftpflichtversicherer V des A1 regt eine Verhandlung aller Beteiligten an, um eine außergerichtliche Einigung zu erzielen.

In diesem Beispiel liegen – ganz abgesehen von schwierigen tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu Sachverhalt, Streupflicht, Verschulden und Mitverschulden, Verjährung etc. – folgende Interessenlagen vor:

F (vertreten durch A2) möchte Schadenersatz von H erhalten. Die Versicherung von A1 hat ein sachliches Interesse daran, dass möglichst geringe Schadenersatzansprüche vorliegen, da dann im Falle der Verjährung auch die Schadenersatzansprüche gegen die Versicherung entsprechend gering sind.

H wendet ein, dass (1) keinerlei Schadenersatzansprüche bestehen (insoweit mit gleichlaufendem Interesse wie V) und (2) dass etwaige Schadenersatzansprüche verjährt seien (insoweit mit gegenläufigem Interesse zu V).

Bei einer derartig komplexen Situation kann es sein, dass die Parteien, oder einzelne der Parteien, die unterschiedlichen Koalitionen nicht erkennen oder sie erkennen und sich unter Berücksichtigung der Konstellation entsprechend taktisch verhalten, z.B. könnte die Versicherung versuchen, hier als „neutraler“ Sachverständiger aufzutreten und so die Meinungsfindung der anderen Parteien zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Neben der Konzentration auf die schwierigen Verhandlungsgegenstände ist es erforderlich, auch solch taktisches Vorgehen wahrzunehmen.

2. Vorgehensweise des Mediators

Bereits in der Eröffnungssitzung sollte der Mediator die Verhandlungssituation mit den Beteiligten klären und auf die Besonderheiten der Mehrparteienverhandlung hinweisen. Die Vorstellung, die sich die Beteiligten von der Komplexität der anstehenden Fragen machen, kann durchaus angesprochen werden, ebenso die Möglichkeit, dass sich je nach dem, welcher Verhandlungsgegenstand betroffen ist, unterschiedliche Koalitionen bilden können.

Diese Koalitionen werden sich in diesem Stadium nicht ohne weiteres identifizieren lassen. In der Eröffnungsrunde hat aber jede Partei die Möglichkeit, sich zu äußern und ihre Position darzustellen. Der Mediator sollte dabei sicherstellen, dass sich jede Partei in angemessenem Umfang äußern kann und dass ein sachlicher Umgangston gefunden wird. Jede der Parteien und auch der Mediator gewinnt durch diesen gemeinsamen Termin die Möglichkeit, die unterschiedlichen Interessenlagen besser einzuschätzen.

Nicht zuletzt zur Vorbereitung auf die im Anschluss an die Eröffnungssitzung zu führenden Einzelgespräche sollte sich der Mediator diese Konstellationen bewusst machen, um entsprechend reagieren und gegebenenfalls ausgleichen zu können.

In dem oben dargestellten Beispiel ergibt sich für die Versicherung einmal ein gleichlaufendes Interesse mit H und einmal ein gleichlaufendes Interesse mit F. Die Koalitionen erge-

ben sich aus der Sachlage. Koalitionen können sich auch aus einer Personenkonstellation ergeben, z.B. besonders enge geschwisterliche Beziehungen oder Abneigungen in einer Familie oder dauerhafte Geschäfts- oder sonstige Beziehungen außerhalb der konkreten Verhandlungssituation.

Im Hinblick auf die neutrale Stellung des Mediators ist zu überlegen, ob eine Aufdeckung der Koalitionen bezüglich des konkreten Falls in diesem Stadium durch den Mediator sinnvoll ist. Indem man diese Gefahr allgemein anspricht, entschärft man sie zugleich. Die Parteien werden veranlasst, diese Konstellation in ihre Überlegungen einzubeziehen und man gibt zu erkennen, dass Manipulationsversuche durchschaut werden. Dem Unerfahrenen wird dadurch ein Stück weit Waffengleichheit gewährt.

Der Mediator braucht sich aber nicht darauf beschränken, ein allgemeines Problembewusstsein zu schaffen oder fehlende Informationen (z.B. über außerhalb der Verhandlung liegende Verbindungen) zu ergänzen, sondern kann auch potenzielle Koalitionen konkret benennen und damit deren Entstehen fördern. Legitim ist das vor allem, wenn damit gleichlaufende Interessen benannt werden. Indem man hier die Koalitionsbildung fördert, erleichtert man die Positionsfindung und fokussiert auch die Diskussion zu den einzelnen Verhandlungsgegenständen.

Die Tatsache, dass sich die Koalitionen zu unterschiedlichen Fragen verschieden zusammensetzen werden, verdeutlicht auch, dass das Hinzufügen und Herausnehmen von Verhandlungsgegenständen die Koalitionsbildung beeinflusst. Je nach dem wie die Verhandlungsgegenstände bestimmt sind, werden sich auch unterschiedliche Koalitionen bilden.

IV. Interne und externe Verhandlungen

Besonderheiten der Verhandlung mit vielen Beteiligten ergeben sich auch daraus, dass es innerhalb der beteiligten Gruppierungen zu Verhandlungen oder gar Konflikten kommt. Das gilt sowohl für ad hoc oder fest gefügte Koalitionen als auch für Delegationen. Die kleinstmögliche Delegation besteht aus zwei Personen, etwa dem Anwalt mit seinem Mandanten oder einem Ehepaar als Käufer eines Grundstücks, und ist – wie aus dem Alltag jedes Notars bekannt – keineswegs vor internen Meinungs- und Interessenverschiedenheiten gefeit.

Der Mediator muss sich bewusst sein, dass schon eine Verhandlung zwischen nur zwei Delegationen im Grunde drei unterschiedliche Verhandlungen umfasst, nämlich diejenige zwischen den Delegationen und jeweils eine Verhandlung innerhalb jeder Delegation. Die Verhandlungen auf beiden Ebenen – intern/extern – beeinflussen sich gegenseitig:

1. Informationsfluss

Sind beispielsweise nicht alle Delegationsmitglieder an allen Verhandlungsrunden beteiligt, kann es für die interne Willensbildung eine große Rolle spielen, welche Informationen an die nicht selbst Anwesenden weitergegeben werden. Besteht die Gefahr, dass Informationen nur selektiv weitergegeben werden, kann das gemeinsame Verhandeln in „großer Runde“ der Aufgliederung in getrennte Arbeitsgruppen vorzuziehen sein. Der unmittelbare Informationsfluss ist auch ein wichtiger Grund, alle maßgeblichen Beteiligten unmittelbar in die Verhandlung mit einzubeziehen.

2. Kompetenzkonflikte

Werden im Rahmen der Gesamtverhandlung verschiedene Sachbereiche auf Arbeitsgruppen verteilt, in denen jede Delegation mit einem Vertreter präsent ist, kann es zwischen den Arbeitsgruppen zu inhaltlichen Überschneidungen kommen. Divergierende Positionen in den verschiedenen Arbeitsgruppen müssen delegationsintern vermieden werden. Der Mediator kann vertraulich auf die ihm bekannt werdenden Diskrepanzen rechtzeitig hinweisen und auf eine einheitliche Position hinwirken.

3. Bewertung der Verhandlungsgegenstände

Die inhaltliche Abstimmung innerhalb der Delegation ist auch bei der Gewichtung der einzelnen Verhandlungsgegenstände gefordert. Der Kaufmann der Delegation mag etwa im Interesse des Geschäftsabschlusses bereit sein, Haftungsrisiken in Kauf zu nehmen, die dem juristischen Berater unannehmbar erscheinen. Hier kann der Mediator vorab darauf hinwirken, dass die zu verhandelnden Themen abgesteckt werden und die Delegationen intern ihre Positionen klären. Die Diskussion im Plenum wird dann von gruppeninternen Verhandlungen entlastet und kann sich auf die übergreifenden Themen konzentrieren.

Entsprechendes gilt natürlich, wenn nicht Delegationen, sondern Koalitionen an der Verhandlung beteiligt sind.

V. Organisatorische Vorkehrungen

Die angesprochene Komplexität der Verhandlung mit vielen Beteiligten erfordert ein entsprechend strukturiertes Vorgehen des Mediators. Intuitives Vorgehen ist hier besonders riskant. Weniger verhandlungserfahrene Parteien verlieren den Überblick und geraten in Bedrängnis. Es besteht die Gefahr, dass einzelne Parteien den Verhandlungsgang zu manipulieren versuchen.

Bei der Vorbereitung der Verhandlung mit vielen Beteiligten und in der gemeinsamen Zusammenkunft aller Beteiligten in der Eröffnungssitzung sollte daher das weitere Verfahren abgesprochen werden. Inhalt und Zielsetzung der einzelnen Verfahrensabschnitte lassen sich hier konkretisieren.

1. Verhandlungsvertrag

Diese Rahmenverhandlung (Verhandlung über die Verhandlung) hat bei Verhandlungen mit vielen Beteiligten als eigener Verfahrensschritt besonderes Gewicht. Sie mündet in den Verhandlungsvertrag, der natürlich häufig nicht ausdrücklich geschlossen wird und noch nicht einmal als solcher identifiziert werden muss. Die Orientierung der Beteiligten an den vorab getroffenen Absprachen entlastet die Verhandlung in der Sache selbst. In Konfliktfällen kann der Mediator auf diese Absprachen verweisen.

2. Delegationen

Bei Delegationen sollte hier deren Zusammensetzung und Aufgabenverteilung geklärt werden. Die anstehenden Fragen können inhaltlich strukturiert werden. Soweit nur bestimmte Parteien betroffen sind, können Unterverhandlungsrunden gebildet werden. Damit sind auch die Vorkehrungen angesprochen, die im organisatorischen Bereich das Verhandeln mit Delegationen erleichtern können:

Die Rollenverteilung der verschiedenen Delegationsmitglieder ist zu bestimmen und dementsprechend die Zuständigkeit

für die einzelnen Sachthemen. Jeweils ein Delegationsleiter sollte die Leitung übernehmen.

Der Mediator hat dafür zu sorgen, dass diese Punkte zu Beginn der Verhandlung geklärt und die vereinbarten Verfahren im Verlauf der Verhandlung eingehalten werden, denn die Behandlung der Sachthemen wird unmittelbar von ihnen beeinflusst. Eine Rahmenverhandlung über die organisatorischen Details der Verhandlung und entsprechende Abreden in einem Verhandlungsvertrag schaffen hier Klarheit.

3. Inhaltliche Strukturierung

Eingangs sollten die einzelnen Verhandlungsgegenstände bewusst gesammelt und in einer Tagesordnung zusammengestellt werden. Überraschungen durch ein taktisches „add on“ gegen Ende der Verhandlung werden dadurch eher vermieden.

Einen grundlegenden Unterschied macht es, ob über den gesamten Verhandlungsgegenstand in einem Vorgang verhandelt wird oder ob dieser in einzelne Themenpakete aufgeteilt wird. Die Entscheidung über das Vorgehen wird sich an der Komplexität der Gesamtsituation orientieren.

Bei Aufteilung in Themenpakete ist darauf zu achten, dass die Themenpakete ausgewogen, untereinander verknüpft und im Einklang mit dem Gesamtkonzept sind. Eine in schwierigen Verhandlungen hilfreiche Methode kann es z.B. sein, die Komplexe nach ihrer Bedeutung zu gewichten und in Themen von entscheidender Wichtigkeit, mittlerer Bedeutung und eher Randthemen aufzugliedern, so dass die Parteien bei der Kompromissfindung leichter ihre Schwerpunkte im Auge behalten können. Werden die wichtigen Themen zunächst behandelt, vermeidet man Zeitdruck gegen Ende des geplanten Verhandlungszeitraums. Der Mediator kann hier unterstützend tätig werden und die Sachthemen für die Parteien in einer Form strukturieren, dass eine Einigung möglichst effizient und umfassend erreicht werden kann. Bei der Vertragsvorbereitung würden dem gemäß die einzelnen Fragen einzeln verhandelt und erst nach einer jeweiligen Einigung in einen Gesamttext eingefügt.

Bei Verhandlungen mit vielen Beteiligten lassen sich Themenpakete auf Arbeitsgruppen verteilen. Bei Delegationen sollte die Aufgabenverteilung vorab bestimmt sein. Bei sonstigen Vielpersonenverhandlungen kann es hier vorteilhaft sein, wenn der Mediator die Bildung von Koalitionen fördert, die dann intern eine entsprechende Aufgabenverteilung vornehmen können.

VI. Inhaltliche Einflussnahme durch den Mediator

1. Prozessverantwortung und Ergebnisverantwortung

Häufig werden die Teilnehmer einer Verhandlung vom Mediator verlangen, dass er selbst inhaltliche Kompromissvorschläge präsentiert. Dann besteht die Gefahr, dass eine Partei, die sich bei dem Kompromissvorschlag nicht hinreichend berücksichtigt fühlt, an der Neutralität des Mediators zweifelt.

Generell gesprochen stellt sich die Frage, inwieweit der Mediator auf das Verhandlungsergebnis inhaltlich Einfluss nehmen darf oder soll. Er trägt in erster Linie Verantwortung für das Verhandlungsverfahren (Prozessverantwortung), nicht für Inhalt und Ergebnis der Verhandlung, die durch die Parteien und deren Vertreter zu gewährleisten ist (Ergebnisverantwortung). Praktisch wird sich aber auch der Mediator nicht immer einer inhaltlichen Stellungnahme entziehen können. Positiv

gewendet kann er dabei weiterführende Aspekte in die Verhandlung einführen, sei es, dass er den Parteien die Augen für weiterreichende Aspekte öffnet (Vergrößerung des Kuchens), sei es, dass er objektive Standards anbietet.

Um in den Einzelgesprächen schnell zu Lösungen zu kommen, bietet es sich für den Mediator an, Überlegungen anzustellen, ob in der konkreten Situation objektive Wege, einen Ausgleich zu finden, zur Verfügung stehen. Dies bietet sich besonders für die Mehrparteiverhandlung an, da es bei einer Vielfalt von Einzelperspektiven um so schwieriger sein wird, ohne inhaltliche Führung einen von allen akzeptierten Ausgleich zu finden.

2. Verfahren

Nicht immer muss jedoch gleich das Endergebnis vorgeschlagen werden. Oft kann der Mediator auch ein Verfahren vorschlagen, nach dem das Ergebnis dann bestimmt wird. Beispiele für solche „objektive“ Wege sind die Hinzuziehung eines Sachverständigen, mathematische Modelle zur Berechnung einer Ausgleichszahlung oder Verfahren zur Findung einer objektiven Lösung (Aufteilung, z.B. „you cut, I choose“).

In diesen Fragen hat auch die sogenannte Spieltheorie kompliziertere mathematische Verfahren entwickelt, mit denen der subjektive Vorteil zwischen den Beteiligten ausgeglichen wird. Ihre Beispiele würden den Rahmen dieser Darstellung sprengen. Die „Fairness“ jedes Verfahrens wird von jedem Beteiligten unterschiedlich beurteilt werden, je nach dem wie das Ergebnis dabei für ihn ausfällt. Hilfreich kann dabei sein, sich von vorneherein auf ein Verfahren zu einigen, am besten noch bevor für die Beteiligten ersichtlich ist, wie sie persönlich dabei abschneiden werden.

3. Erarbeitung des Vertragsentwurfs – „one text mediation“

Eine weitere Überlegung bei Behandlung komplexer Konstellationen ist die Frage, ob und ab wann die Parteien anhand von Textvorschlägen verhandeln und, wenn ja, ob anhand eines einheitlichen Vertragstextes verhandelt werden soll. Bei sehr komplexen Konstellationen macht es gegebenenfalls Sinn, die Themenkomplexe unabhängig von einem konkreten Vertragstext zu klären und erst dann auf Basis der gemeinsamen Lösungen, den Vertragstext auszuarbeiten. Es liegt auf der Hand, dass der Autor dieses Vertragsentwurfs einen großen Einfluss auf die inhaltliche Ausgestaltung hat und entsprechend große Verantwortung trägt. Bei der Vorbereitung einer notariellen Beurkundung ist dieses Verfahren der Regelfall; in der Mediation mit vielen Beteiligten wird diese Rolle ebenfalls regelmäßig dem Mediator zufallen. Aufgabe des Autors dieses zentralen Textes ist es dann, die Änderungsvorschläge der Parteien bei der Überarbeitung des Ausgangsentwurfes zu berücksichtigen bis eine Einigung zustande kommt.

VII. Schlussbemerkung

Vor allem die amerikanische Literatur hat sich bislang – wie im Bereich der Mediation im Allgemeinen – auch mit den Besonderheiten der Verhandlung mit vielen Beteiligten be-

fasst. Die empirischen Studien konzentrieren sich dabei auf Verhandlungen im internationalen Bereich, etwa die Vorbereitung von völkerrechtlichen Verträgen, Konventionen, Programmen oder bloßen Absichtserklärungen, z.B. in Umweltfragen (FCKW-, CO₂-Begrenzung), Handelsabkommen (GATT), Abkommen zur Rüstungskontrolle oder bei der Vermittlung in internationalen Konflikten (Israel – Palästinenser, Jugoslawien). Die Literatur zur Verhandlungstechnik konzentriert sich auf diese Themenstellungen. Die Überlegungen und Erkenntnisse lassen sich aber auf Verhandlungen im kleineren Rahmen übertragen.

Das theoretische Fundament versucht die sogenannte Spieltheorie zu befestigen. Mit ihr lassen sich Handlungsalternativen in komplexen Systemen analysieren. Ihr rational-mathematisches Konzept setzt in der Regel voraus, dass die Handlungsalternativen für alle Beteiligten einer Verhandlung transparent sind und die Teilnehmer sich in jeder Hinsicht rational verhalten. Sie basiert damit auf Annahmen, die sich so in der Realität nicht wiederfinden. Die theoretisch faszinierenden Modelle sind nur eingeschränkt praxistauglich.

Vor diesem Hintergrund wird dem Praktiker klar, dass Mediation letztlich weniger eine Wissenschaft als eine Kunst ist („mediation is an art rather than a science“, *Crocker et al.*) in dem Sinne, dass der Mediator nur mit viel Fingerspitzengefühl die Besonderheiten der Verhandlungssituation erfassen und berücksichtigen kann.

Zunehmend komplexe Rechtsverhältnisse mit einer Vielzahl von Beteiligten werden unter sich wandelnden wirtschaftlichen und sonstigen Lebensverhältnissen immer häufiger auch im notariellen Bereich und näher hin bei der notariellen Schlichtungstätigkeit eine Rolle spielen. Den Beitrag des Mediators werden die Parteien bei Verhandlungen mit vielen Beteiligten besonders zu schätzen wissen. Als „Verhandlungsorganisator“ stellt der Mediator einen organisatorischen Rahmen zur Verfügung. Darüber hinaus gibt er inhaltliche Impulse, indem er Lösungsvorschläge unterbreitet. Damit stärkt der Mediator die Chancen für eine einvernehmliche Verständigung durch die Betroffenen selbst. Indem er hilft, Meinungsverschiedenheiten zu überwinden und eine Einigung zu erreichen wird er für die künftige Beziehungen zwischen den Beteiligten zum „agent for change“.

Literatur:

Crocker, Chester A. et al.: Herding Cats. Multiparty Mediation in a Complex World, 1999,

Haft, Fridjof: Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. A., München 2000,

Lax, David A., James K. Sebenius: The Manager as Negotiator. Bargaining for Cooperation and Competitive Gain, 1986,

Raiffa, Howard: The Art and Science of Negotiation, 1982,

Susskind, Lawrence et al.: The Consensus Building Handbook: A Comprehensive Guide to Reaching Agreement, 1999.

Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Auflage 2001, Verlag C.H.Beck, München, 1854 Seiten, DM 218,-.

Die Neuauflage des bewährten Handbuchs der Rechtspraxis fällt rein äußerlich bereits durch einen geänderten Namen auf. Der bisherige Stammvater *Karl Haegele* erscheint im Titel der vorliegenden 12. Auflage nicht mehr namentlich: aus dem „*Haegele/Schöner/Stöber*“ ist nunmehr der „*Schöner/Stöber*“ geworden. Wenn damit auch zahlreiche Zitate in Kommentaren und Lehrbüchern umgeschrieben werden müssen, beruht dieser Namenswechsel zu Recht auf dem Verdienst der seit Jahren allein verantwortlichen Bearbeiter dieses für die Grundbuchpraxis wohl wichtigsten Werkes. Anstelle von Notar *Limmer* ist die Neuauflage unter Mitarbeit von Dipl.-RPfl. *Keller* entstanden, der insbesondere den 6. Teil über den Grundbuchverkehr in den neuen Bundesländern bearbeitet hat.

Aber nicht nur rein äußerlich, sondern auch inhaltlich war angesichts der Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet des Grundbuchrechts eine Neubearbeitung vier Jahre seit der Voraufgabe notwendig geworden. So findet man bereits Ausführungen zur Frage des Verzugsseintritts nach § 284 Abs. 3 BGB beim Individual- (Rdnr. 3152) und Formularvertrag (Rdnr. 3220, wo allerdings keine eigene Stellungnahme zur Frage der Möglichkeit vertraglicher Vereinbarungen erfolgt). Die mit der Neuregelung der Zulässigkeit von Abschlagszahlungen nach § 632 a BGB und der Entscheidung BGH MittBayNot 2001, 62, ausgelösten Fragen der Zulässigkeit des Ratenzahlungsplanes nach § 3 MaBV in Bauträgerverträgen (hierzu etwa *Basty* MittBayNot 2001, 64; *Kanzleiter* DNotZ 2001, 165; *Schmidt* DNotZ 2001, 209; *Sorge/Vollrath* DNotZ 2001, 261) waren offenbar so überraschend, dass sie nicht näher erläutert wurden. Zwar wird in Rdnr. 3210 darauf hingewiesen, dass die MaBV als öffentlich-rechtliches Gewerberecht keine zivilrechtlichen Mindeststandards festlegt, der Verbraucherschutz dagegen an den Maßstäben des AGBG zu messen ist. An der Wirksamkeit von Vorauszahlungen und der Orientierung am Ratenplan der MaBV, deren Wirksamkeit jüngst in Frage gestellt wurde (*Thode* ZNotP 2001, 151), werden jedoch keine Bedenken angemeldet. Die Rechtsunsicherheit wurde inzwischen durch eine auf Grundlage von § 27 a AGBG erlassene Verordnung beseitigt – (BGBl I 2001, 981).

Die BGH-Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (NJW 2001, 1056 = MittBayNot 2001, 192) ist zwar noch nicht berücksichtigt; sie wird aber wohl keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Grundbuchrecht haben, da aus der Rechtsfähigkeit noch nicht ohne weiteres auch die Grundbuchfähigkeit folgt, die von der h. M. und auch von *Schöner/Stöber* verneint wird (Rdnr. 981). Das Grundbuch soll die Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Rechten hieran für den Rechtsverkehr als solchen verlautbaren. Solange die BGB-Gesellschaft mit ihrem Namen, den Gesellschaftern und vertretungsberechtigten Personen nicht ihrerseits registriert ist, scheidet – trotz der anzuerkennenden Rechtsfähigkeit – ihre Grundbuchfähigkeit aus (keine Publizität des Objekts ohne Publizität des Subjekts, vgl. *K. Schmidt* NJW 2001, 1002; *Ann* MittBayNot 2001, 198). Die Eintragung der ein-

zelnen Gesellschafter ist v.a. beim Tod eines Gesellschafters mit großen praktischen Problemen verbunden, da die Rechtsprechung des BayObLG nach wie vor auf der Vorlage des Gesellschaftsvertrages in grundbuchmäßiger Form – auch bei Berichtigungsbewilligung besteht (zuletzt BayObLG MittBayNot 2001, 73, im Anschluss an MittBayNot 1998, 258; 1992, 47, und 1992, 259). Dies wird von *Schöner/Stöber* zu Recht in Rdnr. 983 a kritisiert. Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft dürfte in Zukunft auch geklärt sein, dass diese ohne weiteres auch Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (hierzu LG Landshut MittBayNot, 1998, 261) oder eines Nießbrauchs sein kann (*Schöner/Stöber* Rdnr. 1370 und 1197; *Staudinger/Frank* § 1030 Rdnr. 44). Die hiergegen erst jüngst vorgebrachten Bedenken (*Wegmann*, in: *Bauer/v. Oefele*, § 47 GBO Rdnr. 92 ff.) können nicht überzeugen, da die Gesamthand als solche Rechtsinhaber ist und daher ein Verstoß gegen das Lebensdauerprinzip (§§ 1061, 1092 BGB) nicht vorliegt. Wird ein Nießbrauch am Anteil eines BGB-Gesellschafters bestellt, ist fraglich, ob dies im Grundbuch eingetragen werden kann, wenn die Gesellschaft Grundbesitz hat. Dies wird mit dem Hinweis auf § 1071 BGB zumeist bejaht (OLG Hamm DNotZ 1977, 376.; *MünchKomm/Petzoldt* § 1068 Rdnr. 27; *Ebeling*, in: *Meikel*, GBO, 8. Aufl. § 10 GBV Rdnr. 34; *Wenz* MittRhNotK 1996, 385 f.). *Schöner/Stöber* stellen dagegen zutreffend darauf ab, ob dem Nießbraucher unmittelbare Mitwirkungsrechte bei Verfügungen über Grundbesitz der Gesellschaft zukommen (Rdnr. 1367). Dies ist aber grundsätzlich nicht der Fall, sodass für eine Eintragung im Grundbuch kein Raum ist (*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 61 11 3). Auch besteht hierfür aus Gründen des Gutgläubenschutzes kein Bedürfnis, da der Nießbraucher bei der Anteilsübertragung unabhängig von der Grundbucheintragung bestehen bleibt (zur Nichtanwendbarkeit des § 892 BGB beim Erwerb von Anteilen einer BGB-Gesellschaft s. BGH NJW 1997, 860).

In den letzten Jahren hat der sog. Wirksamkeitsvermerk bei der Bestellung von Rechten, denen der Auflassungsvormerkungsberechtigte zugestimmt hat und die ihm gegenüber somit wirksam sind, für Diskussionsstoff gesorgt. Der BGH (DNotZ 1999, 1000) hat einen solchen Vermerk – neben der in der Praxis gängigen Rangänderung der Vormerkung – für zulässig gehalten. *Schöner/Stöber* führen in diesem Zusammenhang aus (Rdnr. 1523 a), dass auch der Wirksamkeitsvermerk in der Zwangsversteigerung auf Antrag des Inhabers des der Vormerkung gegenüber wirksamen Rechts nicht in das geringste Gebot aufgenommen wird (ebenso *Stöber* MittBayNot 1997, 143, *Zeller/Stöber* ZVG, 16. Aufl. § 48 Rdnr. 3.3.; *Lehmann* NJW 1993, 1559; *Frank* MittBayNot 1996, 273; *Ulbrich* MittRhNotK 1995, 308). Diese inzwischen wohl h.M. dürfte die von manchen Kreditinstituten geäußerten Bedenken beruhigen. Dass sich der Wirksamkeitsvermerk in der Praxis nicht durchsetzt, liegt nicht zuletzt daran, dass er nach dem BayObLG (MittBayNot 1998, 274; aM OLG Köln RNotZ 2001, 243; LG Völklingen MittRhNotK 2000, 38; *Frank* MittBayNot 1998, 228) keine Kostenersparnis im Vergleich zur Rangänderung bringt.

In der Vergangenheit wurden bei Leibgedingsleistungen, die erst mit oder nach dem Tode entstehen oder bei Rückauf-

lassungsvormerkungen im Zusammenhang mit Grundstücksüberlassungen Löschungserleichterungen eingetragen, die nach der neueren Rechtsprechung unzulässig sind. *Schöner/Stöber* (Rdnr. 1344 a und 1544 b) bejahen hier in praxisfreundlicher Weise die Möglichkeit einer Umdeutung in eine postmortale Löschungsvollmacht. Die Rechtsprechung v.a. des BayObLG ist dagegen streng und verlangt die Löschungsbewilligung durch den Rechtsnachfolger (DNotZ 1998, 66; MittBayNot 1999, 74; zur Kritik: *Amann* DNotZ 1998, 6).

Noch nicht absehbar sind die Auswirkungen, die der BGH (DNotZ 2000, 854 = MittBayNot 2000, 546) mit seiner Entscheidung zur Abkehr von seiner Rechtsprechung zu sog. Pseudobeschlüssen von Wohnungseigentümergeinschaften ausgelöst hat (Rdnr. 2887 a). Für die Praxis wird es in Zukunft wichtig sein, bereits in der Teilungserklärung die Beschlusskompetenzen der Eigentümerversammlung klar festzulegen (Rdnr. 2887; zu den Grenzen hierzu bei Änderung der Gemeinschaftsordnung BGHZ 95, 137 = MittBayNot 1985, 260).

Wenig bekannt war bis zur Entscheidung des BGH DnotZ 1999, 60 mit Anm. *Rieger* = MittBayNot 1998, 188 mit Anm. *Reimann*) die Möglichkeit des Ausscheidens eines Miterben im Wege der Abschichtung als Alternative zur Erbanteilsübertragung oder Erbauseinandersetzung. Die – entsprechend zum Ausscheiden von Gesamthands-Gesellschaftern – zulässige Abschichtung soll nach dem BGH formfrei möglich sein. *Schöner/Stöber* bejahen dagegen zutreffend den Formzwang nach § 2033 Abs. 1 BGB, weil auch bei dieser Gestaltung der Miterbe über seinen „Anteil“ verfügt (Rdnr. 976 b).

Dass sich das Handbuch für das Grundbuchrecht nicht nur auf reine grundbuchverfahrensmäßige Fragen beschränkt, sondern neben der sachenrechtlichen Darstellung des Immobilienrechts im 4. Teil auch zahlreiche Probleme des Schuldrechts und zur Urkundsgestaltung behandelt, ist hinreichend bekannt. Auch hier wurde die Neuauflage auf den neuesten Stand der Rechtsentwicklung fortgeschrieben. Hervorzuheben sind hier insbesondere die Ausführungen zum Weiterverkauf von Grundbesitz vor Eigentumserwerb des Veräußerers (Rdnr. 3147 a). Die Neubearbeitung behandelt nunmehr ausführlich das „letztlich nicht lösbare“ Sicherungsproblem, wenn der Zweit-Käufer vor Eigentumsumschreibung vom

Erst-Verkäufer auf den Zweit-Verkäufer (und Erst-Käufer) Zahlungen erbringen soll (allgemein hierzu Gutachten DNotI-Report 1998, 213). Insbesondere ist eine Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht ausreichend, da sie – und damit auch der Abtretungsvermerk bei der Auflassungsvormerkung – in der Insolvenz des Erstkäufers erlischt (BGH 1989, 1282; 1992, 507; Gutachten DNotI-Report 99, 65). Damit sind die bisher von namhaften Autoren vertretenen – gegenteiligen – Ansichten überholt. Abgesehen von Verkäufern mit ausreichender Sicherheit (insbesondere der öffentlichen Hand oder bei Bankbürgschaften) sollte die notarielle Praxis von solchen Gestaltungen Abstand nehmen oder zumindest über die „unübersehbaren Gefahren“ Rdnr. 3147 aE) ausdrücklich belehren.

Die BGH-Entscheidung vom 23.4.1999 (MittBayNot 2000, 35 = DNotZ 2000, 121) hat an die Bestimmtheit der Bezeichnung einer verkauften Teilfläche in notariellen Verträgen sehr strenge, m.E. überzogene Anforderungen gestellt und wohl dazu geführt, dass eine große Anzahl von Urkunden unter dem Damoklesschwert der Unwirksamkeit steht. Da der BGH dem Kaufvertrag auch über eine – im zu entscheidenden Fall naheliegende – Auslegung der Urkunde nicht zur Wirksamkeit verholfen hat, ist die Entscheidung zu Recht kritisiert worden (*Kanzleiter* NJW 2000, 1919; *von Campe* DnotZ 2000, 109 ff.) Leider fehlt in der Neuauflage eine Auseinandersetzung und Stellungnahme zu dieser wichtigen Entscheidung (die in Rdnr. 863 nur in einer Fußnote erwähnt wird), während in Rdnr. 864 eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 1968 ausführlich erläutert wird, die nicht annähernd so strenge Maßstäbe anlegt wie die neueste Rechtsprechung.

Die zahlreichen neu bearbeiteten Passagen haben zwar dazu geführt, dass inzwischen viele a- und b-Randnummern in der Bearbeitung hinzugekommen sind. Dennoch ist die Beibehaltung des bisherigen Systems zu begrüßen, da es ein schnelles Auffinden von zitierten Fundstellen des Handbuchs erheblich erleichtert. Insgesamt ist den Autoren mit der 12. Auflage wieder ein großer Wurf gelungen. Wer mit Fragen des Grundbuchrechts zu tun hat und auf dem Stand der Zeit sein will, kommt am „*Schöner/Stöber*“ nicht vorbei.

Notar Dr. Johann Frank, Amberg

Busse/Dirnberger/Pröbstl/Schmid, Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der Bauleitplanung mit Erläuterungen zum Ökokonto. Handbuch, 1. Aufl., München, Verlagsgruppe Jehle Rehm, 2001, XXIX u. 208 S., DM 79,-

Seit 1.1.2001 gilt die Verpflichtung zum Ausgleich von Eingriffen in die Natur auch in Bayern. Wenn aufgrund der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen oder von Satzungen nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 BauGB Eingriffe in Natur- und Landschaft zu erwarten sind, hat die Gemeinde – nicht der Verursacher – im Rahmen der Bauleitplanung über die Vermeidung, den Ausgleich und den Ersatz nach den Vorschriften des BauGB zu entscheiden. Dabei werden Eingriff und Ausgleich räumlich und zeitlich entkoppelt. Ausgleichsmaßnahmen können auch an einem anderen als dem Eingriffsort erfolgen und bereits vor dem Eingriff durch-

geführt werden. Die Darstellung der rechtlichen Grundlagen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen, der Vorgehensweise der Gemeinde im Rahmen der Bauleitplanung und des gemeindlichen Ökokontos durch die Autoren, die bis auf die freie Landschaftsarchitektin *Pröbstl* sämtlich dem Bayerischen Gemeindetag angehören, liest sich nahezu spannend.

Für die notarielle Praxis ist vor allem das Kapitel über die Kostenerstattung von Ausgleichsmaßnahmen von Bedeutung. Als Wege der gemeindlichen Refinanzierung stehen der Erlass von Kostenerstattungsbescheiden und der Abschluss von städtebaulichen Verträgen zur Verfügung. Ob wie im Erschließungsbeitragsrecht die Gemeinde verpflichtet ist, zur Deckung ihres Aufwands für Ausgleichsmaßnahmen Kostenerstattungsbeiträge zu erheben, ist fraglich. Die im Anhang des Buches abgedruckte Mustersatzung sieht eine Ablösungsmöglichkeit vor, für die ebenso wie im Erschließungsbeitragsrecht das Verbot der verdeckten Ablösung Anwendung

finden dürfte (ähnlich Seite 155). Problematisch ist die Abgrenzung der zum umlagefähigen Aufwand zählenden Kosten für die Herstellungs- und Entwicklungspflege von den nicht abrechenbaren Kosten für sonstige Pflegemaßnahmen. Eine pauschale zeitliche Abgrenzung der Herstellungs- bzw. Entwicklungspflege von der Unterhaltungspflege ist wohl nicht möglich (ebenso S. 159; a.A. *Birk*, VBIBW 1998, 81, der einen Zeitraum von fünf Jahren annimmt). Ein gemeindlicher Eigenanteil ist bei der Kostenerstattung nicht vorgesehen. Strittig ist, wer Adressat der Kostenerstattungsforderung ist. Geht man von einer Verweisung auf Art. 5 Abs. 6 BayKAG aus, so sind der Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigte, aber auch Wohnungseigentümer Kostenschuldner. Nach anderer Ansicht (so *Krautzberger* in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 135 a Rdnr. 15) enthält § 135 a BauGB einen eigenständigen Adressatenbegriff, der den Erbbauberechtigten nicht umfasst. Dieser Meinung entspricht der Vergleich mit § 4 BBodSchG (a.A. S. 169 f.). Im Hinblick auf diese Unsicherheit sollte im Innenverhältnis der Beteiligten die Kostentragungspflicht geregelt werden.

Vereinbarungen zur Kostenerstattung sind auch mit der Gemeinde möglich. Kostenerstattungsvereinbarungen werden in der Praxis vor allem bei einer Veräußerung von Baugrundstücken durch die Gemeinde praktisch werden. Hier kann die Gemeinde im Hinblick auf die Abgabengerechtigkeit bei Bestehen einer Kostenerstattungssatzung wohl nicht anders verfahren als hinsichtlich der Erschließungsbeiträge (unklar S. 172). Die zweite Gruppe von Vereinbarungen betrifft den Ausgleich mit dem Grundstückseigentümer bzw. dem Vorhabenträger. Bis zu welchem Zeitpunkt derartige Vereinbarungen abgeschlossen werden müssen, ist umstritten. Die Empfehlung, den Vertrag deutlich vor dem jeweiligen Satzungsbeschluss (S. 174) zu vereinbaren, ist, da es keinen Anspruch auf ein „ausgleichsbeitragsloses Baurecht“ gibt, vorsichtig, aber wohl nicht zwingend. Eine ausdrückliche Lösungsmöglichkeit im Vertrag für den Fall der Unzumutbarkeit der Kosten (vgl. S. 174) dürfte im Hinblick auf das Angemessenheitserfordernis, das bei städtebaulichen Verträgen allgemein gilt (vgl. § 11 Abs. 3 BauGB u. Art. 56 BayVwVfG), überflüssig sein. Die vom Privaten übernommenen Kosten oder Maßnahmen müssen Voraussetzung oder Folge seines Vorhabens sein. Ob sich Unterschiede im Hinblick auf die Behandlung der Kosten für Unterhaltungspflegemaßnahmen zwischen der Erhebung von Kostenerstattungsbeiträgen und dem Behalten der betroffenen Flächen durch den Eigentümer ergeben (so S. 178), ist im Hinblick auf das Prinzip der Gleichbehandlung jedenfalls dann problematisch, wenn nicht mit sämtlichen Eigentümern Verträge geschlossen werden. Ob das Prinzip der Gleichbehandlung an der „Grenze des Baugebietes“ endet, erscheint zudem bei gleicher Ausgangslage problematisch. Auch insoweit bestehen Unsicherheiten für die Vertragsgestaltung.

Im Anhang sind zwei aus der Praxis stammende Muster zur Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit enthalten, wobei das zweite mit einer Reallast kombiniert wird. Pauschale Formulierungen zur Durchführung des Ausgleichs können – nicht nur im Hinblick auf die Bestimmtheit bei der Dienstbarkeit – Bedenken begegnen. Bei vereinbarten „Gestaltungsmaßnahmen“ handelt es sich um werkvertragsrechtliche Leistungen, so dass im Falle des Verzugs § 633 Abs. 3 BGB zu beachten ist. Insoweit müsste Abschn. III. 8 des Anhangs 1 bei Formularverträgen korrigiert werden. Das Muster geht im Übrigen mit der h.M. (vgl. dazu *Erman/Küchenhoff/Grziwotz*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1018 Rdnr. 7 m.w.N.) davon aus, dass zusätzlich zu den Festsetzungen eines Bebauungsplans eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden kann. Vorgeschlagen werden zwei (gleichrangige) Dienstbarkeiten mit gleichem Inhalt zugunsten der Gemeinde und zugunsten des Freistaats Bayern. Das zweite Muster sichert eine bestimmte Grundstücksfläche für das Ökokoonto der Gemeinde. Vereinbart wird eine Auffortungs- und Pflegeverpflichtung gegen Entgelt. Die beurkundete Vereinbarung enthält auch zur Absicherung der Auffortungsverpflichtung eine Reallast. Hier dürften sich bei der Eintragung im Grundbuch Probleme ergeben haben, da nur wiederkehrende Leistungen Inhalt der Reallast sein können (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rdnr. 1301). Die zusätzlich bestellte Duldungsdienstbarkeit könnte im Gleichrang mit der Reallast eingetragen werden, da eine Vollsteckung aus der Reallast, sofern nicht das betroffene Restgrundstück noch einen wirtschaftlichen Wert hat, in der Praxis kaum vorkommen dürfte. Andernfalls sollte die Dienstbarkeit jedoch Rang vor der Reallast erhalten, die entweder entsprechend dem Vorschlag des BayObLG (BayObLGZ 1990, 282) oder dem von *Amann* (DNotZ 1993, 222 f.) ausgestaltet werden könnte. Hintergrund für die Bestellung der Reallast ist die persönliche Haftung des Grundstückseigentümers gem. § 1108 BGB. Allerdings sollten beide Rechte nicht hinter Verwertungsrechten in Abteilung II des Grundbuchs und Grundpfandrechten in Abteilung III des Grundbuchs eingetragen werden, da sonst im Falle einer Zwangsversteigerung diese Rechte entfallen. Enthält das im Muster vorrangig eingetragene Leibgeding eine Reallast, kann dieser unbeabsichtigte (?) Effekt eintreten.

Die vorstehend angesprochenen Probleme, die sie sich vor allem für die notarielle Gestaltung ergeben, kennzeichnen einen kleinen Bereich der Schwierigkeiten der naturschutzrechtlichen Eingriffs- und Ausgleichsregelung. Sämtliche Fragen werden von den Autoren behandelt. Ihre Lösungsversuche entsprechen der Praxis. Inwieweit sie die Billigung der Rechtsprechung finden werden, bleibt abzuwarten. Die Anschaffung dieses Buches kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

Hofmann/Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz-Kommentar. nwb Verlag Neue Wirtschaftsbriefe, Herne/Berlin, 7. Auflage 2001, 563 Seiten, DM 148,-

Bei der 7. Auflage des Grunderwerbsteuergesetz-Kommentars von *Dr. Ruth* und *Gerda Hofmann* handelt es sich um die derzeit aktuellste Kommentierung zum Grunderwerbsteuerrecht, die auf dem Markt ist. Gesetzgebung, Rechtsprechung

sowie die Auffassung der Finanzverwaltung sind bis zum Stand Nov/2000 eingearbeitet. Insbesondere findet sich eine sehr aktuelle Kommentierung zu § 1 Abs. 2a GrEStG, der durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 mit Wirkung ab 1.1.2000 einer Neufassung unterzogen wurde. Auch die Herabsetzung der zur Anteilsvereinigung führenden Quote von Anteilen i.S.d. § 1 Abs. 3 GrEStG auf mindestens 95 % ist in dem Kommentar ausführlich behandelt.

Das Werk wendet sich primär an Praktiker (Notare, Steuerberater und Angehörige der Finanzverwaltung), wobei jedoch die umfassenden Literaturnachweise vor jedem neuen Kommentierungsabschnitt ein tiefergehendes Nachforschen ermöglichen. Mit 563 Seiten ist das Werk sehr übersichtlich geworden und erlaubt ein schnelles Nachlesen einzelner Probleme.

Der Kommentar, welcher von der vorsitzenden Richterin am BFH a. D., *Dr. Ruth Hofmann*, begründet wurde und nunmehr zusammen mit ihrer Tochter *Gerda Hofmann*, Regierungsoberärztin im Finanzministerium in Dresden, bearbeitet wird, hat eine verständliche und zum Teil sogar humorvolle Sprache. So wird etwa anlässlich der gelungenen Kommentierung zu § 5 Abs. 3 GrEStG in Rdnr. 22 sinngemäß darauf hingewiesen, dass der Tod eines Gesellschafters nach wie vor nicht als Versuch der Steuerumgehung zu werten sei.

Besonders hervorzuheben ist, dass die beiden Kommentatorinnen ihre Ausführungen stets aufeinander abgestimmt haben und in Folge dessen im Gegensatz zu anderen Grunderwerbsteuergesetz-Komentierungen keine inhaltlichen Widersprüche auftreten.

Aufgrund der Tätigkeit der Co-Komentatorin *Gerda Hofmann* in der Grunderwerbsteuerabteilung des sächsischen

Finanzministeriums ist zudem eine sehr ausführliche Kommentierung der Grunderwerbsteuerrechtlichen Besonderheiten in den neuen Bundesländern eingeflossen. Dies macht den Kommentar gerade für den Praktiker, der häufig mit Ost-Immobilien zu tun hat, unentbehrlich. In diesem Gebiet ist er meines Erachtens anderen Kommentaren überlegen.

Beeindruckend ist auch, dass das jüngste BFH-Urteil vom 8.11.2000 (II R 64/98), welches erst nach Redaktionsschluss veröffentlicht wurde und daher noch nicht zitiert sein konnte, bereits prognostiziert wurde. In § 23 Rdnr. 8 wird die Ansicht vertreten, dass der Fünfjahreszeitraum des § 1 Abs. 2a nicht vor dem 1.1.1997 begonnen haben kann. Damit hat sich der Kommentar ebenso wie jetzt der BFH gegen die bisherige Literatur- und Verwaltungsmeinung gestellt.

Meines Erachtens kann das Werk zur Anschaffung sehr empfohlen werden, insbesondere wenn man bedenkt, dass die Bedeutung der Grunderwerbsteuer ständig steigt und der Praktiker, der mit Grundstücken zu tun hat, auf eine aktuelle, systematische, übersichtliche, jedoch kurze und prägnante Darstellung angewiesen ist.

Notar *Dr. Stefan Gottwald*, Pappenheim

Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch Testamentvollstreckung, 2000, ZERB-Verlag Angelbachtal, 515 Seiten, DM 128,-

Zimmermann, Die Testamentvollstreckung, Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis, 2000, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 558 Seiten, DM 180,-

Es gilt, zwei Neuerscheinungen zum Testamentvollstreckerrecht anzuzeigen. Lange Zeit war das vom bayerischen Kollegen *Dr. Karl Winkler* herausgegebene Werk „Der Testamentvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht“ (nunmehr in der 15. Auflage vorliegend) das einzige Werk in diesem Bereich. Später kam das „Handbuch der Testamentvollstreckung“ als Mehrautorenwerk, herausgegeben von *Bengel/Reimann* (gegenwärtig 2. Auflage 1998), hinzu. Für die erhöhte Bedeutung des Testamentvollstreckerrechtes spricht es, daß nunmehr fast gleichzeitig zwei weitere Handbücher auf den Markt gekommen sind. Am „Praxishandbuch Testamentvollstreckung“ ist der durch zahlreiche Veröffentlichungen zum Erbrecht bestens ausgewiesene bayerische Kollege *Dr. Jörg Mayer* maßgeblich beteiligt, bei dem Werk von *Walter Zimmermann* handelt es sich um das einzige Handbuch zum Testamentvollstreckerrecht, bei dem kein bayerischer Notar als Herausgeber oder Autor beteiligt ist.

Das „Praxishandbuch Testamentvollstreckung“, herausgegeben von *J. Mayer, Bonefeld* und *Daragan*, richtet sich bewusst an Testamentvollstrecker und an Erblasser, die Testamentvollstreckung anordnen wollen. Es ist problemorientiert gestaltet.

Der erste Teil (Bearbeiter *Jörg Mayer*) ist den Grundlagen des Testamentvollstreckerrechtes gewidmet (S. 1–292). Man findet hier alles Wissenswerte über die Testamentvollstreckung, wobei auch auf Sonderprobleme eingegangen wird, wie etwa

das Verhältnis von Testamentvollstreckung und Nacherbschaft, und die Frage, ob bestimmte Berufsträger an der Übernahme des Testamentvollstreckeramtes verhindert sind. *J. Mayer* tritt hier in Bezug auf Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (vgl. Rdnr. 42 ff.) die eher liberale Auffassung, diese Berufsträger seien durch das Rechtsberatungsgesetz nur dort an der Übernahme des Amtes verhindert, wo sie eine spezifisch juristische Tätigkeit ausüben, also etwa umfangreiche Entwürfe von Erbauseinandersetzungen entwerfen.

Die Probleme einer Testamentvollstreckung im unternehmerischen Bereich werden übersichtlich und sachkundig erläutert. Zur Frage, ob der Testamentvollstrecker ohne Mitwirkung der Erben an Umwandlungsmaßnahmen teilnehmen kann, legt sich *Jörg Mayer* nicht fest (Rdnr. 399). *J. Mayer* behandelt auch diejenigen Fragen, die mit Vermögen außerhalb des Nachlasses zu tun haben, vor allem Bankkonten des Erblassers.

Der Unterabschnitt über die Vergütung des Testamentvollstrecker kann als ganz besonders gelungen bezeichnet werden. Die Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins wurden aufgegriffen, für den Anwender aufbereitet und tabellarisch übersichtlich dargestellt.

Der erste Teil wird abgerundet durch eine Darstellung des Alltags des Testamentvollstreckers. Die Darstellung ist gerade in diesem Bereich außerordentlich praxisbezogen und hilfreich. Sie enthält zahlreiche Formulierungsbeispiele, tabellarische Übersichten und Checklisten.

Im zweiten Teil (S. 293–437) befasst sich *Bonefeld* mit der praktischen Tätigkeit des Testamentvollstreckers anhand eines Ausgangsfalles mit vielen Beispielen und Formulierungsvorschlägen. *Bonefeld* bringt eine Checkliste für „Sofortmaßnahmen“, zahlreiche Entwürfe für Schreiben des Testamentvollstreckers, ein Gliederungsschema für den Testamentvollstreckerakt, Hinweise zur Durchführung der Kontenum-

schreibung, zur Bestattung des Erblassers, in Bezug auf das Sterbegeld, den Postnachsandantrag, die Korrespondenz mit Banken, die Kündigung des Mietverhältnisses, die Abmeldung bei der GEZ, die Kündigung von Mitgliedschaften in Vereinen, Gewerkschaften und Parteien, von Zeitschriftenabonnements wie auch arbeits- und rentenrechtliche Maßnahmen etc. Die Darstellung geht also sehr ins praktische Detail. Die übrigen Erläuterungen gelten dann den eigentlichen Maßnahmen des Testamentsvollstreckers.

Der dritte Teil „Testamentsvollstrecker und Steuerrecht“ (S. 439–472) ist von *Daragan* bearbeitet. Auch er gibt dem Testamentsvollstrecker zahlreiche praktische Hinweise zur Gestaltung seiner steuerlichen Doppelrolle, die sich einerseits aus § 31 Abs. 5 ErbStG, andererseits aus § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG ergibt. Nach § 31 Abs. 5 ErbStG hat der Testamentsvollstrecker die Erbschaftsteuererklärung abzugeben, nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG kann das Amt dem Testamentsvollstrecker Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit bringen. In einem vierten, von *Mayer* und *Bonefeld* gemeinsam bearbeiteten Teil (S. 473–498) wird ein Rechtsprechungsreport zur Testamentsvollstreckung seit 1994 gegeben.

Das von *Walter Zimmermann* herausgegebene und bearbeitete Handbuch ist völlig anders angelegt als das von *Mayer/Bonefeld/Daragan*. Es enthält eine systematische Darstellung des Testamentsvollstreckerrechtes, es ist also nicht primär problemorientiert gestaltet. Sie reicht von Abschnitt A (Testamentsvollstreckung und Vollmacht) bis zu Abschnitt Y (Formulierungshinweise für den Erblasser). Es ist also, wenn man den Namen des Autors einbezieht, eine Darstellung von „A–Z“. Sie zeichnet sich durch Vollständigkeit und komplette Verwertung der Rechtsprechung aus, sie enthält alle Probleme, die üblicherweise in einem Kommentar erläutert werden.

Bei der Frage, wer Testamentsvollstrecker sein kann, rät *Zimmermann* dem Urkundsnotar, der in einem privatschriftlichen Ergänzungstestament zum Testamentsvollstrecker ernannt wird, „jegliche Verknüpfung mit dem ursprünglichen notariellen Testament“ zu vermeiden (Rdnr. 94). In Bezug auf Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vertritt er dezidiert und mit knapper, aber inhaltsreicher Begründung die Auffassung, das Rechtsberatungsgesetz sei für sie kein Hindernis. Probleme sieht er nur bei Testamentsvollstreckungen, in deren Verlauf juristische Fragen im Vordergrund stehen, also eine spezifisch juristische Tätigkeit entfaltet werden muss. Auf die neuere Rechtsprechung zu diesem Thema konnte er noch nicht eingehen (OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, 88). Richtig ist dabei, dass nicht jede Testamentsvollstreckung mit Rechtsangelegenheiten zu tun hat (Rdnr. 98).

Besonders hilfreich ist das Handbuch von *Zimmermann* dort, wo es um verfahrensrechtliche Fragen geht, insbesondere für diejenigen, die bei Amtsbeginn und bei Beendigung der Testamentsvollstreckung auftauchen. Die Unsicherheit ist groß, wie vorzugehen ist, wenn die Testamentsvollstreckung ganz oder teilweise beendet wird. Benötigt man, wie von der herrschenden Meinung angenommen, einen neuen berechtigten Erbschein, der die Testamentsvollstreckungsanordnung nicht mehr enthält oder genügt eine Freigabe des Testamentsvollstreckers, um den Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch zu beseitigen? *Zimmermann* vertritt hier die pragmatische Auffassung, es genüge eine notariell beglaubigte Lö-

schungsbewilligung des Testamentsvollstreckers, in welcher das Erlöschen des Amtes nachvollziehbar dargetan wird. Diese Meinung könnte in all denjenigen Fällen helfen, in denen kein Erbschein erteilt wurde, etwa weil die Anordnung der Erbfolge in einem notariellen Testament erfolgte. Hier wäre es geradezu sinnwidrig, wollte man der herrschenden Meinung folgen und bei Beendigung der Testamentsvollstreckung (erstmal!) einen Erbschein beantragen. Auch die steuerlichen Pflichten des Testamentsvollstreckers werden prägnant, übersichtlich und vollständig erläutert. *Zimmermann* geht auch auf Detailfragen ein, wie diejenige ob ein Testamentsvollstrecker, der durch letztwillige Verfügung in einem Erbvertrag bestimmt wurde, später einseitig ohne Mitwirkung des Vertragserben ausgewechselt werden kann. Die Problematik „Testamentsvollstrecker im Handels- und Gesellschaftsrecht“ wird ausführlich erläutert. *Zimmermann* folgt der neueren Auffassung, wonach die Testamentsvollstreckung auch dann greift, wenn der Erbe bereits vor dem Erbfall eigene Anteile an einer Personengesellschaft inne hatte. Er lehnt die Eintragungspflichtigkeit und Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung im Handelsregister mit der Rechtsprechung gegen die herrschende Meinung in der Literatur ab.

Besonderes Augenmerk wendet Verfasser den in der Praxis besonders neuralgischen Vergütungsfragen zu. Die Darstellung ist auch hier auf dem neuesten Stand. Die Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins wurden berücksichtigt. In Bezug auf die Mehrwertsteuer vertritt *Zimmermann* die Meinung, diese komme wie beim Berufsbetreuer und Insolvenzverwalter zur Vergütung hinzu. Neu ist der Vorschlag von *Zimmermann*, die Angemessenheit der Vergütung nach ihrem Zeitaufwand zu berechnen, nicht nach dem Wert. Er schlägt also eine Abrechnung nach Stunden vor, wenn der Erblasser nichts anderes angeordnet hat und mit den Erben keine andere Vereinbarung geschlossen wurde. Die Stundenabrechnung, so *Zimmermann*, sei im Einzelfall angemessen und löse die Probleme der Abrechnung besser als die nach Werttabellen, z. B. bei der Aufteilung der Vergütung auf mehrere Testamentsvollstrecker und der Vergütung bei vorzeitiger Kündigung. Dieser Ansatz verengt allerdings die Anwendung des in § 2221 BGB verankerten Äquivalenzprinzips. Die Vergütung hat der Gesamtleistung des Testamentsvollstreckers zu entsprechen. Diese wird aber nicht durch den Stundenaufwand gekennzeichnet, sondern auch durch Verantwortung und Risiko, durch Erfolg und Misserfolg. Die Testamentsvollstreckervergütung muss auch der möglichen Haftung des Testamentsvollstreckers (§ 2219 BGB) angemessen sein, vor allem im Hinblick darauf, dass diese gegenüber den Erben zwingend ist, selbst vom Erblasser insoweit Befreiung nicht erteilt werden kann (§ 2220 BGB). Es muss also wohl bei der Wertvergütung bleiben. Der Vorschlag *Zimmermanns* ist allerdings dort interessant, wo der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ein Wertbezug fehlt oder wo es um die Abgrenzung der Vergütungsansprüche von Mitvollstreckern geht.

Die beiden neuen Werke sind zu begrüßen. Es kann vorausgesagt werden, dass die Praxis sie günstig aufnehmen wird. Es ist ihnen eine weite Verbreitung zu wünschen.

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Seibert, Kiem (Hrsg.), Handbuch der kleinen AG, 4. Auflage 2000, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 462 Seiten, DM 158,-

Der Boom der so genannten „kleinen Aktiengesellschaft“ ist ungebrochen. Dies berücksichtigt auch die vierte Auflage des „Handbuchs zur kleinen AG“. Wie der Titel andeutet, wurde das Werk vom ehemaligen Referentenkommentar zum Handbuch erweitert, das – wie die Herausgeber in ihrem Vorwort andeuten – „von der Wiege bis zur Börse“ sämtliche Phasen des Lebens der kleinen nicht börsennotierten Aktiengesellschaft abdecken soll. Dieser Anspruch ist zum großen Teil erfüllt.

Die Stärke des Buchs ist insgesamt die knappe Darstellung der wesentlichen Probleme der Aktiengesellschaft. Dies ist insbesondere für den Praktiker interessant, der mit Aktiengesellschaften weniger befasst ist. Ihm bietet das Werk die Möglichkeit in aller Kürze Einzelprobleme zu recherchieren oder sich einen Gesamtüberblick zu verschaffen. Als „Highlight“ möchte ich an dieser Stelle den von *Hauptmann* bearbeiteten Abschnitt H. über Wachstum- und Exitstrategien (insbesondere Abschnitt H.II.1.) nennen. Dort werden in aller Kürze die einzelnen Finanzierungsphasen unter Erläuterung der englischen Fachausdrücke behandelt. Nach der Lektüre dieser zwei Seiten wird der Leser des Buchs ohne weiteres in der Lage sein, sich in dem von Anglizismen geprägten Fachjargon mit den Führungskräften der Gesellschaften oder deren Beratern zu unterhalten.

Die Stärke des Buchs ist zugleich seine Schwäche. So annehm die knappe Darstellung sein mag, meine ich, dass für den Titel „Handbuch“ in einzelnen Bereichen die umfassende Behandlung fehlt. Zu erwähnen ist hier zum einen das „Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG)“, das nur relativ knapp abgehandelt wird. Wenngleich man natürlich den Verfassern zugute halten muss, dass dieses Gesetz zum Zeitpunkt der Bearbeitung nur im Entwurf vorlag. Schwerer wiegt meiner Meinung nach, dass zwar die Sicherung des Familieneinflusses von *Blaum* in einem eigenen Abschnitt (Abschnitt E) bearbeitet wird, kaum erörtert wird jedoch die Sicherung des Einflusses der Investoren, der in der Praxis einen zumindest vergleichbaren Stellenwert einnimmt.

Das Werk ist in acht Abschnitte gegliedert, die durch einen Anhang mit Mustertexten abgerundet werden. Im ersten Abschnitt gibt *Seibert* einen kurzen Rückblick auf das Gesetzgebungsverfahren, erörtert den Begriff der „kleinen AG“, um schließlich die Erfolgstory der „kleinen AG“ zu schildern.

Folgerichtig behandelt der zweite Abschnitt die Gründung der Gesellschaft. *Zimmermann* gibt hier in der bereits positiv erwähnten Kürze immer wieder für den Praktiker wertvolle Tipps. Nützlich ist zum Beispiel der Hinweis, dass die Existenz und die Vertretungsbefugnis einer an der Gründung beteiligten ausländischen Gesellschaft nachzuweisen ist (Rdnr. 43). Schön wäre es gewesen, wenn hier – möglicherweise in einer Fußnote – auf die Form der Nachweise in den wichtigsten Ländern (*Certificate of Incorporation* mit Bestätigung des *Secretary* in den USA; Notarbestätigung bzw. Einsicht in die Unterlagen des *Companies House* im Vereinigten Königreich; Möglichkeit der Firmenbucheinsicht in Österreich etc.) eingegangen worden wäre. Auch der Hinweis auf die Nichtigkeit des Gründungsaktes einer Einpersonengründung vorbehaltlich Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen ist erfreulich (Rdnr. 54). Dieser Punkt hat sich in der

Praxis – insbesondere offensichtlich auch bei den meisten Registergerichten – noch nicht so recht herumgesprochen.

Erwähnenswert ist im zweiten Abschnitt weiter der Hinweis auf die Vorschriften über das Ende der Amtszeit des ersten Aufsichtsrats gemäß § 30 Abs. 3 AktG (Beendigung der Hauptversammlung, die über die Entlastung des Aufsichtsrats über das erste (Rumpf)geschäftsjahr der Gesellschaft beschließt (Rdnr. 59). Häufig wird in der Praxis die Neuwahl des Aufsichtsrats in der ersten ordentlichen Hauptversammlung vergessen und damit der bestehende Aufsichtsrat „abgeschossen“. Die Gesellschaft ist in diesem Fall ohne Aufsichtsrat und die Beschlüsse des Scheinaufsichtsrats sind nichtig.

Erfreulich sind in Abschnitt B. weiter die Hinweise auf die Entbehrlichkeit der Bestellung des Abschlussprüfers bei kleinen Aktiengesellschaften im Gründungsprotokoll (Rdnr. 64), die Problematik der Einzahlung des Grundkapitals auf ein Konto, das bei dem als Gründer beteiligten Kreditinstitut geführt wird (Rdnr. 74), das zwingende Erfordernis der Festsetzung der Sacheinlage in der Satzung (und nicht etwa im Gründungsprotokoll, vgl. Rdnr. 81), die Zweckmäßigkeit eines genehmigten Kapitals in der Gründungssatzung (Rdnr. 142) und das Problem der Zulässigkeit eines bedingten Kapitals bei Gründung (Rdnr. 143).

Kritisch sei erwähnt, dass in Rdnr. 124 die Ausgabe von Aktienurkunden empfohlen wird, was insbesondere im Hinblick auf einen möglichen Verlust wohl kaum zweckmäßig ist. Der kleinen AG ist eher zu raten, das Recht auf Verbriefung der Aktien in der Satzung auszuschließen, da auch die Verwahrung von Globalurkunden in der Praxis Schwierigkeiten bereitet. Auch hätte ich mir in Rdnr. 133 einen Hinweis auf die Problematik der Sitz- bzw. Gründungstheorie gewünscht. Wie bereits angedeutet kommt das NaStraG bei der Behandlung der Nachgründungsvorschriften in den Randnummern 190 ff. zu kurz.

Dem zweiten Abschnitt folgt der von *Kiem* bearbeitete Abschnitt C., der konsequent die Umwandlung als weiteren Weg in die Aktiengesellschaft behandelt. Positiv zu erwähnen ist in diesem Abschnitt der Hinweis auf das häufig übersehene Problem der Zustimmungspflicht der einzelnen Anteilhaber einer GmbH bei Vinkulierung der Anteile nach § 193 Abs. 2 UmwG (Rdnr. 240). Auch die Festsetzung des Gründungsaufwands, der Sacheinlagen und Sachübernahmen aus der Satzung der GmbH, die beim Formwechsel in die AG zu übernehmen sind, wird häufig übersehen, so dass der Hinweis hierauf in Rdnr. 241 ebenfalls nützlich ist.

Einen schönen und angenehm kurzen Überblick gibt *Kiem* in dem Abschnitt Spaltung über die einzelnen Institute der Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung (Rdnr. 291).

Insgesamt sind im dritten Abschnitt über die Umwandlung auch einige Kritikpunkte zu erwähnen:

Unklar ist zum Beispiel, was *Kiem* in Rdnr. 244 damit meint, dass eine vor Umwandlung beschlossene Kapitalerhöhung nach den aktienrechtlichen Vorschriften erfolgen muss. Kapitalerhöhungen werden insbesondere beim Formwechsel einer GmbH in die AG häufig im Vorfeld der Umwandlung beispielsweise zum Zwecke der Euromstellung beschlossen. Selbstverständlich folgen jedoch diese Beschlüsse den Regelungen, die für die GmbH gelten.

Schön wäre es auch gewesen, wenn in Rdnr. 245 auf die verschiedenen Formen des notariellen Beurkundungsverfahrens hingewiesen worden wäre. Denn die Zustimmungs- und Verzichtserklärungen einzelner Anteilhaber im Rahmen der

Umwandlung sind nach den Vorschriften der Beurkundung über Willenserklärungen (§§ 9 ff. BeurkG) zu beurkunden, während bei dem Umwandlungsbeschluss ein Protokoll in der Form der §§ 36 ff. BeurkG möglich ist. Wenngleich an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben sollte, dass manche Registergerichte auch bei dem Beschluss selbst – wegen der analogen Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften – die Form der §§ 9 ff. BeurkG fordern.

Die Kostenaufstellung in Rdnr. 261 ist bezüglich des Entwurfs der Handelsregisteranmeldung nicht richtig, da es sich beim Formwechsel um eine Anmeldung mit bestimmtem Geldwert handelt. Auch wäre es begrüßenswert gewesen, bei den Kosten des Formwechsels hinsichtlich der Beratungsgebühren Zahlen zu nennen, auch wenn diese, was ich einsehe, wegen der Unterschiedlichkeit des Beratungsaufwandes nur grobe Schätzungen sein könnten.

Schließlich hätte ich mir eine etwas genauere Erörterung der Veränderungen durch das Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung – Steuersenkungsgesetz (StSenkG) gewünscht, das für die Rechtsformwahl erhebliche Bedeutung hat.

Nach den Wegen in die Aktiengesellschaft behandelt Abschnitt D. die Organisation der kleinen AG, wo von *Kiem* zunächst die tragenden Prinzipien des Aktienrechts, wie Satzungsstrenge, zwingende Kompetenzverteilung, Gleichbehandlungspflicht und Kapitalaufbringung erörtert werden. Im Anschluss daran werden die einzelnen Organe (Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung) sowie die Aktie dargestellt.

Hervorzuheben ist bei der Erörterung des Vorstands der Hinweis auf die Durchbrechung der unbeschränkten Vertretungsmacht nach außen bei bestimmten Rechtsgeschäften, bei denen die Mitwirkung anderer Organe – insbesondere der Hauptversammlung – erforderlich ist (wie z.B. Unternehmensverträge und die Nachgründung, vgl. Rdnr. 383). Auch der Verweis auf die Empfangsbedürftigkeit des Bestellungsaktes in Rdnr. 391 ist wertvoll, da dieser Punkt in der Praxis häufig übersehen wird. Auch die Empfehlung des Verfassers in Rdnr. 410, Aktienoptionen nur dann auszugeben, wenn konkrete Aussichten bestehen, dass innerhalb der Laufzeit der Option, insbesondere durch eine geplante Börseneinführung, die Handelbarkeit der Aktie hergestellt werden kann, erscheint vernünftig. Schön wäre noch in diesem Abschnitt ein Hinweis auf die in der Praxis häufig vorkommende *directors-and-officers-Versicherung* gewesen, deren Aufgabe es ist, das zunehmende Haftungsrisiko der Organe der Gesellschaft abzudecken.

Die Erörterung des Aufsichtsrats ist eher kurz gehalten, was aus notarieller Sicht kein Nachteil ist. Positiv fällt hier der Hinweis auf § 106 AktG auf (Rdnr. 460). Die Erfahrung zeigt, dass die Gesellschaften regelmäßig nicht ihrer Verpflichtung zur Veröffentlichung der Veränderungen des Aufsichtsrats nachkommen. Deswegen sollte der betreuende Notar, dies bei der Vorbereitung und dem Vollzug der Hauptversammlung gleich miterledigen. Auch die Erörterung der fehlenden Möglichkeit der Ausgabe „nackter“ Aktienoptionen (*naked warrants*) an die Mitglieder des Aufsichtsrats ist wegen der großen praktischen Relevanz positiv (Rdnr. 495), wenngleich ich mir hier den Hinweis auf die Ausgabe von Optionsschuldverschreibungen an den Aufsichtsrat gewünscht hätte. Dieser Weg wird in der Praxis in diesen Fällen regelmäßig beschritten.

Wieder ausführlicher ist der aus notarieller Sicht bedeutende Teil über die Hauptversammlung ausgefallen. *Zimmermann* gibt hier in der gewohnten Manier wertvolle Hinweise für die

Praxis. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang insbesondere die Hinweise auf die Verzichtbarkeit von Berichtspflichten bei der Vollversammlung (Rdnr. 514), dem möglichen Stimmverbot bei fehlender Einlageleistung (Rdnr. 565) und der Möglichkeit, eine Hauptversammlung nach den §§ 9 ff. BeurkG zu beurkunden.

Abgerundet wird der vierte Abschnitt durch einen Teil über die Aktie, in der die Bearbeitung von *Schüppen* durch die bereits hervorgehobene Kürze besticht.

Es folgt der fünfte Abschnitt, in dem *Blaum* die Sicherung des Familieneinflusses in der Aktiengesellschaft erörtert. Er geht hierzu zunächst von den Möglichkeiten einer Regelung in der Satzung, wie z.B. durch Entsendungsrechte, Stimmrechtsbegrenzungen, bestimmte Mehrheitserfordernisse und Einziehung von Aktien aus, um im Anschluss die Möglichkeit von Aktionärsvereinbarungen und Poolverträgen abzuhandeln. Wie bereits erwähnt, hätte ich mir hier eine Erörterung des Einflusses von Investoren gewünscht, die in der Praxis häufig durch einen Liquidationsvorschuss, eine Einziehungsmöglichkeit und Sonderbeschlüssen zu bestimmten Gegenständen in der Satzung und durch Abschluss einer Aktionärsvereinbarung geregelt wird.

In Abschnitt F. stellt *Schüppen* insgesamt sehr gelungen die Vor- und Nachteile der kleinen Kommanditgesellschaft auf Aktien dar.

Im Anschluss hieran werden die aus notarieller Sicht wichtigen Kapitalmaßnahmen vielleicht etwas zu kurz erörtert. Höhepunkt dieses Abschnitts ist meiner Meinung nach die Darstellung der bilanziellen und steuerlichen Aspekte der *stock-options* (Rdnr. 918 ff.), die in der Praxis von außerordentlich großer Bedeutung sind. Nicht selten wird wegen der bilanziellen Problematik nach US-GAAP auf Ausweichgestaltungen ausgewichen. Erfreulich ist auch der Hinweis bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln auf die häufig übersehene Vorschrift des § 218 AktG (FN 92 bei Rdnr. 867). Schön wäre es gewesen, wenn der Bearbeiter in diesem Zusammenhang noch erwähnt hätte, dass auch bei der Verwendung einer Zwischenbilanz, die umzuwandelnden Rücklagen auch in der letzten Jahresbilanz ausgewiesen sein müssen, da auch dieser Punkt in der Praxis nicht selten übersehen wird. Der Teil über die Euromstellung ist leider viel zu kurz ausgefallen.

Im letzten Abschnitt des Werks werden von *Hauptmann* Wachstums- und Exitstrategien erörtert. Dieser geht zunächst in der bereits gelobten Kürze auf die verschiedenen Finanzierungsformen ein, um dann den Börsengang und die einzelnen Börsensegmente darzustellen.

Abgerundet wird das Werk schließlich mit einem Musterteil im Anhang, der von der Einbringung einer GmbH durch gemischte Sach-/Bargründung unter Beteiligung eines Investors ausgeht.

Abschließend festhalten lässt sich, dass das Buch jedem Notar zum Kauf empfohlen werden kann. Für diejenigen, die sich mit der Materie weniger beschäftigen, liefert es einen kurzen, jedoch zugleich umfassenden Überblick über die kleine Aktiengesellschaft. Den Notaren, die häufiger Aktiengesellschaften betreuen, bietet es die Möglichkeit, sich insgesamt über Teilbereiche einen schnellen Kurzüberblick zum Thema zu verschaffen oder bei der Recherche eines Einzelproblems einen Einstieg in die Problematik zu finden.

Notar Dr. Thomas Engel, München

Bopp, Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 4. Auflage 2001, Verlag C. H. Beck, München, XXVII, 1.338 Seiten, DM 230,-. CD-ROM für Windows mit sämtlichen Verträgen und Formularen, DM 130,-

Das nunmehr bereits in vierter Auflage erschienene Werk will nach seiner Zielsetzung nicht nur Hilfsmittel für Steuerberater und sonstige Unternehmerberater, sondern im gleichen Maße auch für Rechtsanwälte und Notare sein, denen nach Vorbildung und Erfahrung die steuerrechtlichen Folgen nicht selten unbekannt oder unklar seien. Das steuerliche Vertrags- und Formularbuch zielt damit in der Tat auf eine Lücke im Büchermarkt, der mit zahlreichen Formularbüchern und Kommentaren glänzt, die das Zivil- und Gesellschaftsrecht umfangreich erörtern, aber nur selten die steuerlichen Folgen der jeweiligen Gestaltung darlegen.

Die Spannweite des Werkes ist gewaltig. Im ersten Teil werden die Satzungen der Aktiengesellschaft und der GmbH sowie die wichtigsten Typen der Personengesellschaftsverträge dargestellt, insbesondere die GbR, die OHG, die KG und GmbH & Co. KG sowie alle Varianten der stillen Gesellschaft. Eigene Kapitel sind der Organschaft, der Realteilung und der Umwandlung gewidmet. In einem weiteren Abschnitt werden sonstige Verträge behandelt, beginnend vom Darlehensvertrag bis hin zum *letter of intent*. Beibehalten wurde die bisherige Konzeption, wonach auch die Anträge im Besteuerungsverfahren, die Rechtsmittelverfahren und das Strafverfahren in eigenen Abschnitten dargestellt werden.

Besonders gelungen ist die Darstellung und Aufbereitung der Materie. Nach dem jeweiligen Vertragsmuster wird überblickartig die wirtschaftliche Funktion, die rechtliche Einordnung und die steuerliche Problematik dargelegt. Anschließend folgen die Einzelerläuterungen zu jedem Vertragsparagrafen. Die Kommentierung beschränkt sich auf die wesentlichen typischen Probleme, so dass dem Benutzer eine Orientierung in kürzester Zeit möglich ist. Diese bereits im Münchener Vertragshandbuch begonnene Konzeption ist für den Praktiker optimal, da ihm langatmige dogmatische und allgemeine Ausführungen erspart bleiben. Das Ergebnis ist die kürzest denkbare Zugriffszeit zu der jeweilig gesuchten Information. Auch in der Auswahl der Verträge hat das Autorenteam Augenmaß bewiesen.

Trotz des Umfangs von über 1.300 Seiten bleiben jedoch viele Wünsche unerfüllt.

Im Abschnitt „Betriebsaufspaltung“ wird auf eigenständige Muster für das Betriebs- sowie das Besitzunternehmen verzichtet und nur auf die allgemeinen Formulare verwiesen. Damit gehen die spezifischen Probleme der Betriebsaufspaltung (Bar-, Sach- oder Stufenründung?) verloren. Man vermisst auch einen Hinweis, dass eine Betriebsaufspaltung mit der vorgeschlagenen Übertragung von Teilen des beweglichen Anlagevermögens zur Gewinnrealisierung führt.

Die Auffassung, der BGH DSr 1999, 1704 sei der GbRmbH entgegengetreten, erlaube aber weiterhin eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen bei der Erkennbarkeit der beschränkten Vertretungsbefugnis des jeweiligen GbR-Geschäftsführers, ist eine grobe Verkennung der BGH-Rechtsprechung. Die Beschränkung der Vertretungsbefugnis des GbR-Geschäftsführers reicht gerade nicht aus, um die regelmäßig eintretende gesamtschuldnerische unbeschränkte

Haftung aller Gesellschafter zu vermeiden. Die Kommentierung des Formulars A. 5.00 in Rdnr. 2 muss der zutreffenden Kommentierung in Rdnr. 29 angepasst werden; die im Formular vorgeschlagenen gesellschaftsvertraglichen Vertretungsbeschränkungen sind obsolet geworden. Die unternehmenstragende GbR mit Haftungsbeschränkung hat der BGH zu Recht aus dem Verkehr gezogen.

Bei dem ausführlichen Vertrag einer GmbH & Co. KG (A. 8.01) wird die Abfindung bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters nach den Grundsätzen des Bewertungsgesetzes ermittelt. Das Abfindungsguthaben soll in zehn gleichen Jahresraten ausbezahlt werden. Die Auszahlung des Abfindungsanspruches über einen Zeitraum von fünfzehn Jahren hält der BGH GmbHR 1989, 508 für nichtig, da das Kündigungsrecht des Gesellschafters damit unangemessen eingeschränkt wird. Auch eine zehnjährige Streckung des Abfindungsanspruches ist bedenklich (vgl. OLG Dresden DB 2000, 1221), zumal etwaige stille Reserven bereits im Jahr nach dem Ausscheiden versteuert werden müssen.

Die bei dem GmbH-Vertragsmuster vorgeschlagene Abfindungsregelung entspricht nicht der BGH-Rechtsprechung. Eine Abfindung zum handelsrechtlichen „Bilanzkurs“ (eingezahlte Stammeinlage zuzüglich offener Rücklagen, zuzüglich Jahresüberschuss und Gewinnvortrag und abzüglich Jahresfehlbetrag und Verlustvortrag) lässt die vom BGH GmbHR 1992, 257 und 1993, 505 geforderte Ertragskomponente bei der Bemessung der Abfindung völlig außer Betracht. Die Ausführungen, dass der Gesellschaftsvertrag eine Abfindung gänzlich ausschließen könne, sind längst überholt; die angegebenen Zitate *Lutter/Hommelhoff*, § 34 Rdnr. 31 ff. und *Rowedder*, GmbHG § 34 Rdnr. 66 besagen genau das Gegenteil.

In dem ebenfalls kurz gefassten Kapitel über die Realteilung einer Personengesellschaft wird nur eine Auseinandersetzung bei dem Vorhandensein von Teilbetrieben vorgestellt. Die Streitfrage, ob auch Erbengemeinschaften mit Betriebs- und Privatvermögen gewinnneutral auseinandersetzt werden, ohne dass Teilbetriebe vorhanden sind, wird leider nicht behandelt; vgl. hierzu *Schmidt/Wacker* EStG 20. Aufl. 2001, § 16 Rdnr. 537.

Der Praxisübertragungsvertrag enthält keinen Hinweis auf die entgegenstehende Rechtsprechung des BGH. Die Praxisübertragung mit Aktenübergabe stellt eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht dar, so dass Strafbarkeit gem. § 203 StGB und Nichtigkeit gem. § 134 BGB eintritt. Auf die interessante Frage, wie dennoch eine Praxis zulässig übertragen werden kann, nämlich durch Aufnahme des Praxisinteressenten als Angestellten (vgl. BGH NJW 1995, 2915), wird nicht eingegangen.

Die Lektüre des Werkes hinterlässt den Eindruck, dass wichtige zivilrechtliche und gesellschaftsrechtliche Fragen zu kurz kommen. Dem Bearbeiterteam ist anzuraten, bei der nächsten Auflage des Werkes auch einen Notar als Autor hinzuzuziehen. Verdienstvoll ist und bleibt die steuerliche Aufschlüsselung des Gesellschaftsrechts, die in den überwiegend zivil- und gesellschaftsrechtlich orientierten Formularkommentaren häufig fehlt oder zumindest zu kurz kommt. Das Werk stellt eine wertvolle Hilfe für die Vertragspraxis dar.

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, RWS Verlag, Köln, 3. Auflage 1999, 347 S., DM 128,-

Gaberdie, Kreditsicherung durch Grundschulden, Deutscher Sparkassenverlag, Stuttgart, 6. völlig neu bearbeitete Auflage, 2000, 662 S., DM 172,-

Für den Praktiker, der mit dem Recht der Sicherungsgrundschuld als Richter oder Rechtspfleger, Anwalt oder Syndikus in Berührung kommt, ist das Heranziehen eines der beiden Werke gleichsam lohnend. Die Alltagstauglichkeit, aber auch die – vor allem im Bereich der Sicherungsabreden – wissenschaftlich vertiefte Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung zeichnet die Arbeit der Autoren aus. Die lobenden Worte vorangegangener Besprechungen verdienen weiterhin Zustimmung (*Amann*, DNotZ 1992, 392 zur 5. Auflage des *Gaberdie*, *Reithmann*, NotBZ 2000, 68 zur aktuellen Auflage des *Clemente*). Im Folgenden sollen die beiden Bücher in erster Linie auf dem notariellen Prüfstand getestet werden, was den Autoren ohne weiteres zuzumuten ist, da der Verlag *Gaberdies* den Notar als Nutzer ausdrücklich wirbt und sich das Buch *Clementes* bereits seit der zweiten Auflage von seinem auf die Bankpraxis ausgerichteten Titel gelöst hat.

Die Neuauflage des *Gaberdie* beeindruckt durch 550 Seiten Textteil und den daran anschließenden Formulareteil, der nicht nur die gebräuchlichen Formulare des Sparkassenverlages, sondern auch die des DG-Verlages und des Bank-Verlages berücksichtigt. Besonders hervorzuheben ist, dass von den Erläuterungen der Formulare – wie bei *Clemente* auch – auf die einschlägigen Randnummern des Textteils verwiesen wird. Das Buch von *Clemente* bietet ein lesefreundliches Druckbild und erspart dem Leser manches Nachschlagen, da es auch längere Passagen wichtiger Urteile zitiert.

Gaberdie überzeugt mit einer klaren Gliederung. Der erste Teil behandelt allein das dingliche Recht. Im zweiten Teil wird das Verhältnis zur gesicherten Forderung untersucht. Und der dritte Teil beleuchtet Fragen der Verwertung der Grundschuld. Die Gliederung *Clementes* erscheint dagegen etwas beliebig. So wird z.B. unter § 6 die formularmäßig vorgegenommene Tilgungsbestimmung betrachtet, aber erst unter § 10 das Leistungsbestimmungsrecht des Schuldners nachgeschoben. Leider fehlt auch das Vorwort zur aktuellen Auflage, so dass insbesondere nicht klar ist, bis wann Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt worden sind. Letzteres erschließt sich erst mittelbar über das neu aufgenommene Entscheidungsregister, das nur noch wenige Entscheidungen der Jahre 1998 und 1999 anführt.

Beide Autoren verweisen in der Regel auf Fundstellen der NJW und der DNotZ, *Clemente* auch auf die MittBayNot. *Gaberdie* verzichtet zum Leidwesen der Nutzer elektronischer Medien (z.B. der Notar-CD) nach wie vor auf die Angabe der Aktenzeichen. Sehr erfreulich ist das Entscheidungsregister von *Clemente*.

Inhaltlich sind folgende Themen aufgefallen:

1) Bestellung der Grundschuld und Grundbucheintragung

a) Eintritt der Bindungswirkung: § 873 Abs. 2 BGB

Die dingliche Einigung über die Bestellung der Grundschuld ist vor Eintragung im Grundbuch grundsätzlich frei widerruflich. Die Varianten des § 873 Abs. 2 BGB, nach denen eine

vorverlagerte Bindung eintritt, stellen beide Autoren ausführlich dar (*Clemente* Rdnr. 69 ff., *Gaberdie* 145 ff.). Einige Grundschuld-Formulare sehen die privatschriftliche Zustimmung und den Eintragungsantrag der Gläubigerin vor. Die Zustimmung der Bank soll zur Bindung des Bestellers führen, sobald die Urkunde beim Grundbuchamt eingereicht ist (§ 873 Abs. 2 3. Alt. BGB). Wird der Notar lediglich mit der Beglaubigung der Eintragungsbewilligung beauftragt, ist das ein probates Mittel, da das Original der Bewilligung zum Grundbuchamt geht. Bei der beurkundeten Grundschuld erhält die Gläubigerin aber ohnehin eine Ausfertigung, deren Zugang zugleich den Besteller bindet (4. Alt.). *Gaberdie* weist darauf hin, dass sich die Bank – will sie ganz auf Nummer sicher gehend auch nach § 873 Abs. 2 3. Alt. BGB die Bindungswirkung erreichen – mit dem Notar absprechen muss. Der Notar muss das von der Bank unterschriebene Original zum Grundbuchamt einreichen (Rdnr. 97 und 153). Unerläutert bleibt allerdings der Hintergrund: Da die Urschrift der Bestellungsurkunde beim Notar verbleibt (§ 45 Abs. 1 BeurkG), darf das von der Bank unterschriebene Formular nicht für die Urschrift, sondern muss zur Herstellung der dem Grundbuchamt einzureichenden *Ausfertigung* verwandt werden. Die Erklärung des Gläubigers wird außerhalb der beurkundeten Erklärungen abgegeben. Die Wirkung der Ausfertigung (§ 47 BeurkG) erstreckt sich nicht auf diesen Teil der Urkunde. Das Verfahren ist bei beurkundeten Grundschulden also umständlich und fehlerträchtig. Sinnvoller ist es daher in eiligen Fällen, den Notar zur Entgegennahme der für die Bank bestimmten Ausfertigung zu bevollmächtigen (vgl. *Clemente*, Rdnr. 82).

b) Notarbestätigung

Bei *Clemente* sind unter Rdnr. 158 f. die bisherigen Empfehlungen der Bundesnotarkammer zum Inhalt der Notarbestätigung abgedruckt (Rundschreiben vom 5.11.1986 – DNotZ 1987, 1). Die aktuellen Formulierungsempfehlungen vom 17.2.1999 (RS 5/99, DNotZ 1999, 396) konnten augenscheinlich wegen der Drucklegung in 1999 nicht mehr berücksichtigt werden. *Gaberdie* weist zudem auf den aus Sicht des BAKred fehlenden Wert von Notarbestätigungen hin, die auf Grund von Grundbucheinsichten erstellt werden, die früher als sieben Tage nach Vorlage des Eintragungsantrags vorgenommen worden sind (Rdnr. 170).

c) Voreintragung §§ 39, 40 GBO

Der noch nicht im Grundbuch eingetragene Erbe kann zwar die Eigentümerzustimmung zur Löschung abgeben, nicht aber die Eintragung einer neuen Grundschuld ohne Voreintragung seiner Stellung als Erbe erwirken (§ 40 Abs. 1 GBO, *Gaberdie* Rdnr. 120 ff., *Clemente* Rdnr. 103). Dies ist ein Fallstrick beim Verkauf eines Nachlassgrundstücks, wenn der Verkäufer bei der Finanzierung des Kaufpreises mitwirken soll, aber zum Beispiel wegen Ablaufs der Frist des § 60 Abs. 4 KostO die Voreintragung der Erbfolge scheut (*Vollhardt*, MittBayNot 1986, 114). Auch bei der Darstellung der Voreintragung behält *Gaberdie* die Nase leicht vorn.

d) Wirksamkeitsvermerk

Nach einer Erörterung des Wirksamkeitsvermerks als Alternative zum Rangrücktritt der Eigentumsvormerkung des Käufers hinter das Grundpfandrecht seiner Bank sucht man bei *Clemente* vergeblich. *Gaberdie* erörtert das Verhältnis der Grundschuld zu einer zuvor eingetragenen Eigentumsvormerkung unter Rdnr. 202. Den auf Grund der Zustimmung des Berechtigten zur Grundschuldbestellung bei der Vormerkung eingetragenen Wirksamkeitsvermerk (BGH, Beschluss v.

25.3.1999 – V ZB 34/98, MittBayNot 1999, 374) hält er für ausreichend, um in der Zwangsvollstreckung die Löschung der Vormerkung zu erreichen.

e) Gerichtliche Genehmigung

Die Bestellung der Grundschuld bedarf in bestimmten Fällen der Genehmigung durch das Vormundschafts- oder Familiengericht: §§ 1821 Abs. 1 Ziff. 1, 1643 Abs. 1, 1908 i, 1915 BGB. Die Erweiterung der Zuständigkeiten des Familiengerichts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997 hat *Clemente* nicht berücksichtigt (vgl. Rdnr. 645). Die interessante Fragestellung, ob es neben der erteilten gerichtlichen Genehmigung zum Grundstücksverkauf durch den Minderjährigen/Betreuten noch einer Genehmigung zur Grundschuldbestellung bedarf, wenn der Kaufvertrag eine Finanzierungsvollmacht enthält, äußert sich leider keiner der Autoren. Die h. M. geht davon aus, dass die Genehmigung der Belastungsvollmacht nicht ausreicht, um die Genehmigung der in Ausübung der Vollmacht bewilligten Belastung des Grundstücks zu ersetzen (*G. Müller*, DNotI-Report 1997, 171; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Rdnr. 3688; a.A. LG Schwerin, Beschluss vom 29.02.1996 – 5 T 350/95, MittBayNot 1997, 297).

f) Zinsen

Mit dem IX. Senat war bisher davon auszugehen, dass die kurze Verjährung der Grundschuldzinsen bis zur Fälligkeit der gesicherten Forderung gehemmt wird (§ 202 Abs. 1 BGB). Die Änderung dieser Rechtsprechung durch das Urteil des XI. Senats vom 28.09.1999 – XI ZR 90/98 (MittBayNot 1999, 558) hat *Clemente* mit Hinweis auf den Antwortbeschluss des IX. Senats vom 15.4.1999 XI ZR 90/98 (MittBayNot 1999, 477) bereits angekündigt (Rdnr. 16a). *Gaberdie* konnte auf Grund des späteren Erscheinens das Urteil bereits berücksichtigen (Rdnr. 288).

2) Vollstreckungsprobleme

a) Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Die AGB-rechtlichen Bedenken gegen die formularmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Ansprüche aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis des Sicherungsgebers, der nicht Schuldner der gesicherten Forderung ist, erläutern *Clemente* unter Rdnr. 346 ff., *Gaberdie* unter Rdnr. 300 ff. Die formularmäßige Unterwerfung des Eigentümers wegen des (sofort fälligen) Grundschuldkapitals hält *Clemente* ohne Diskussion für zulässig (Rdnr. 33 b). Auch die Entscheidung des VII. Zivilsenats zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag (fälschlich als V. Senat zitiert) sei nicht auf Fälle übertragbar, in denen der Besteller auf den Nachweis der Fälligkeit verzichtet, da der BGH seine Entscheidung auf die MaBV gestützt habe. Dies ist nicht wirklich eine Antwort auf die selbst aufgeworfene Frage, da der BGH die AGB-rechtliche Zulässigkeit ausdrücklich offen gelassen hat und mehrere Oberlandesgerichte einen Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a) AGBG erkannt haben (zuletzt OLG München, Urt. v. 4.7.2000, RNotZ 2001, 61). Zumindest hinsichtlich der persönlichen Unterwerfung hat der BGH den Verstoß gegen § 11 Nr. 15 a) AGBG verneint (BGH, Urt. v. 18.12.1986 – IX ZR 11/86, Fundstelle DNotZ 1987, 422 im Entscheidungsregister falsch zitiert). *Gaberdie* kommt unter Nachweis von Rechtsprechung und Literatur zum selben Ergebnis.

b) Umschreibung von Vollstreckungsklauseln

Bei einem Schuldner- oder Gläubigerwechsel darf der Notar nur nach Maßgabe der §§ 727 ff. ZPO eine Vollstreckungsklausel „umschreiben“. Immer wieder kommt es zu Verzögerungen, weil Kreditinstitute unzureichende Unterlagen zum Nachweis der Rechtsnachfolge einreichen. Beide Bücher beschäftigen sich leider nicht mit diesem Themenkreis.

Auf Schuldner- wie auf Gläubigerseite spielen Umwandlungsvorgänge eine zunehmende Bedeutung für die Kreditversicherung durch Grundschulden. Erst kürzlich traten im Zusammenhang mit der Ausgliederung eines bedeutenden Kreditinstituts erhebliche Probleme bei Klauselumschreibungen auf, die allesamt hätten vermieden werden können, wenn das Zusammenspiel der § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG und § 28 GBO bei der Ausgliederung gesehen worden wäre. Das Beurkundungsgesetz sieht gerade für solche Fälle flexible Möglichkeiten vor (§§ 13 a und 14, 42 Abs. 3 BeurkG), mit denen das Aufblähen des eigentlichen Umwandlungsvertrages wie auch des Rechtsnachfolgenachweises vermieden werden kann. Dieses Themas sollten sich beide Autoren annehmen.

3. Sicherungsvertrag

a) Widerruf nach HaustürWG bei Anwendbarkeit des VerbrKrG

Ein Kreditvertrag und auch eine Sicherungsabrede können nach dem HaustürWG widerruflich sein. § 5 Abs. 2 HaustürWG gibt dem VerbrKrG in dessen Anwendungsbereich den Vorrang. Wenn ein Kreditvertrag von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen, die für grundpfandrechlich gesicherte Kredite üblich sind, ausgereicht wird, ist das Widerrufsrecht des § 7 VerbrKrG ausgeschlossen (§ 3 Abs. 2 Ziff. 2 VerbrKrG). Der XI. Zivilsenat hat dem EuGH daher die Frage vorgelegt, ob das Widerrufsrecht nach dem HaustürWG auch in diesen Fällen ausgeschlossen sein darf (BGH, Beschluss vom 29.11.1999, NJW 2000, 521) *Gaberdie* umreißt das Problem kurz und treffend, während sich *Clemente* mit dieser auch vor dem Vorlagebeschluss bereits diskutierten Frage nicht befasst.

b) Formularmäßige Verrechnungsklausel

Behält sich die Gläubigerin das Recht vor, Leistungen des Eigentümers, der auch Schuldner der gesicherten Forderungen ist, auf die Grundschuld, die zugleich Schulden Dritter sichert, nach billigem Ermessen auf die gesicherten Forderungen zu verrechnen, verstößt das gegen § 9 AGBG (wg. § 366 Abs. 1 BGB). Die von *Clemente* noch nicht berücksichtigte Entscheidung des XI. Senats vom 9.3.1999 (DNotZ 1999, 638) liegt ganz auf dessen Linie (vgl. Rdnr. 377), während sie von *Gaberdie* kritisiert wird (Rdnr. 841 ff.).

In der gut ausgestatteten Bibliothek des Notars schließt keines der beiden Bücher eine echte Lücke. Vor allem wegen der ausführlichen Darstellung der schuldrechtlichen Seite der Grundschuldbestellung ist die Anschaffung eines oder auch beider Werke guten Gewissens zu empfehlen. Auch unter Berücksichtigung des deutlich höheren Preises erscheint mir das Buch *Gaberdies* für den Notar die bessere Wahl zu sein.

Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, München

Münchener Vertragshandbuch, Band 1, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2000, Verlag C. H. Beck, München, 1640 Seiten, DM 268,—

1. Gut vier Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe liegt Band 1 des als Formularbuch konzipierten Münchener Vertragshandbuches in 5. Auflage vor. Zahlreiche, teilweise einschneidende Gesetzesänderungen haben diese Neuauflage erforderlich gemacht. Genannt seien hier insbesondere das Gesetz über die Zulassung von Stückaktien (StückAG) vom 25.3.1998, das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998, das Gesetz zur Einführung des Euro (EuroEG) vom 9.6.1998, das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22.6.1998, das Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes, des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes und anderer Gesetze vom 22.7.1998 und das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (MHbeG) vom 25.8.1998.

2. Das Handbuch befindet sich in der Neuauflage auf dem Stand Frühjahr 2000, im stiftungsrechtlichen Teil wurde das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14.7.2000 noch berücksichtigt. Die meisten Währungsangaben in den Formularen wurden von DM auf Euro umgestellt. Der Umfang des Handbuchs mit insgesamt ca. 410 Formularen ist gegenüber der Voraufgabe um ca. 40 Seiten gewachsen, auch wenn der Abschnitt „Gesellschaften in den neuen Bundesländern“ ersatzlos gestrichen wurde. Konzeption und Aufbau des Werkes sind unverändert geblieben. Es umfasst nunmehr dreizehn Abschnitte, wovon neun die einzelnen Gesellschafts- und Vereinigungsformen von deren Gründung über Änderungen des Statuts bis zum Erlöschen verfolgen. Die restlichen vier Abschnitte behandeln Unternehmensverträge und Umwandlungsvorgänge. Die einzelnen Formulare sind durch umfassende Erläuterungen ergänzt, auch steuer- und kostenrechtliche Aspekte werden dabei nicht vernachlässigt. Bedauerlich ist, dass die steuerlichen Anmerkungen angesichts der seit Erscheinen des Handbuchs eingetretenen umfassenden Änderungen der Steuergesetze teilweise bereits überholt sind.

3. Der I. Abschnitt des Werkes behandelt die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die Partnergesellschaft. Im Recht der BGB-Gesellschaft ist das Urteil des BGH vom 27.9.1999 (NJW 1999, 3483) zur Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen durch den Zusatz „mbH“ eingearbeitet, Ausführungen hierzu finden sich auf S. 23. Die einschneidendste und in ihren Auswirkungen heute noch nicht vollkommen überschaubare Änderung in diesem Bereich ergab sich jedoch durch das am 29.1.2001 (NJW 2001, 1056) und damit nach Erscheinen der Neuauflage ergangene Urteil des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft. Im Recht der Partnerschaftsgesellschaft waren vor allem die Änderungen durch das HRefG zu berücksichtigen, wobei jedoch das Formular 10 zur Anmeldung einer Partnerschaftsgesellschaft zum Partnerschaftsregister die einzelnen Partner unter Hinweis auf § 4 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 108 Abs. 2 HGB immer noch den Partnerschaftsnamen zeichnen lässt, obwohl jetzt eine Zeichnung der Namensunterschrift unter Angabe des Partnerschaftsnamens ausreicht. Äußerst zweifelhaft ist ferner, ob die im gleichen Formular angemeldete Vertretungsbefugnis der Partner angesichts § 7 Abs. 3 PartGG i.V.m. § 126 Abs. 2 HGB überhaupt eintragungsfähig ist, da nach den genannten Vorschriften eine Beschränkung der Vertretungsmacht dahingehend, dass sich die Vertretungsmacht nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften bezieht, Dritten gegenüber unwirksam ist.

4. Die im II. bzw. III. Abschnitt behandelten Personenhandels-gesellschaften OHG und KG wurden seit Erscheinen der Voraufgabe vor allem durch das HRefG beeinflusst. So waren in die Muster der Gesellschaftsverträge u.a. die Liberalisierung des Firmenrechts und die Neuregelung der Auflösung der Gesellschaft und des Ausscheidens von Gesellschaftern in §§ 131 ff. HGB einzuarbeiten. In den Handelsregisteranmeldungen wurde die Zeichnung der Firma jeweils durch die nunmehr gem. § 108 Abs. 2 HGB ausreichende Zeichnung der Namensunterschrift unter Angabe der Firma ersetzt. Berücksichtigt ist auch die Einführung von § 1629 a BGB durch das MHbeG. Die Umstellung von Kommanditanteilen auf Euro wird zwar auf S. 214 angesprochen, wünschenswert wäre jedoch auch der Abdruck eines Musters einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung gewesen. Bei den kostenrechtlichen Erläuterungen zu den Handelsregisteranmeldungen auf S. 99, 140, 175, 177, 194, 204, 702 fällt auf, dass für den Geschäftswert immer noch auf den Einheitswert des Betriebsvermögens abgestellt wird, obwohl § 26 KostO Ende 1996 völlig neu gefasst wurde. Im Rahmen des Abschnitts III zur KG wird auch die GmbH & Co. KG behandelt. Dabei handelt es sich bei dem als Formular 6 abgedruckten KG-Vertrag um einen privatschriftlichen Vertrag, obwohl in § 11 (2) für den Fall der Übertragung des KG-Anteils zugleich eine Verpflichtung zur Übertragung von Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH niedergelegt ist. Erst in der Anmerkung 6 (S. 275) findet sich ein Hinweis auf § 15 Abs. 4 GmbHG. Ein in letzter Zeit angesichts der Rechtsprechung des BayObLG (vgl. MittBayNot 2000, 241, 330) heftig diskutiertes Problem, nämlich die Eintragungsfähigkeit der Befreiung von § 181 BGB der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wird – auch aufgrund des Erscheinungstermins des Handbuchs – bei der Handelsregisteranmeldung der GmbH & Co. KG (Formular 8) leider nicht behandelt.

5. Der IV. Abschnitt des Handbuchs ist der GmbH gewidmet. Dabei wird bei der kostenrechtlichen Anmerkung 15 zum Formular 1 übersehen, dass für die Bestellung der Geschäftsführer in der Gründungsurkunde zusätzlich § 47 KostO einschlägig ist. Vorsicht ist geboten mit der in einigen Formularen (Formular 19, S. 395; Formular 20, S. 417; Formular 21, S. 432; Formular 22, S. 450) geregelten Möglichkeit, den Geschäftsanteil eines Gesellschafters einzuziehen, wenn dieser Auflösungsklage nach § 61 GmbHG erhebt, da eine solche Regelung nach der Rspr. des BayObLG (DNotZ 1979, 49) und weiter Teile der Literatur (vgl. nur *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Auflage 2000, § 61 Rdn. 2 m.w.N.; siehe auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 61 Rdn. 2) unzulässig ist. Weiter fällt auf, dass die Ausführungen zur Zulässigkeit der Personenfirma bei der GmbH (Formular IV. 18, S. 412, 420) den durch das HRefG eingetretenen Erleichterungen nicht Rechnung tragen. Werden nicht die Namen aller Gesellschafter in die Firma aufgenommen, so war früher ein Zusatz wie z.B. „& Co.“ vor dem GmbH-Zusatz erforderlich. Dies ist heute jedoch nicht mehr der Fall (vgl. nur *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 4 Rdn. 29, 36). Ob die Belehrung eines im Ausland weilenden Geschäftsführers über seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht (§§ 39 Abs. 3 S. 2, 8 Abs. 3 S. 2 GmbHG) tatsächlich durch einen Konsularbeamten erfolgen kann, wie dies in Formular 49 ausgeführt wird, ist zweifelhaft. Neu aufgenommen wurde im IV. Abschnitt Formular 88 zu der nach der Rechtsprechung des BGH (MittBayNot 1996, 222) jetzt möglichen Heilung einer verdeckten Sacheinlage. Nützlich wäre hier jedoch zusätzlich ein Formular einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung. Neu sind ferner drei Formulare zur Euro-Umstellung (Formulare 98-100), die jedoch lediglich eine Euro-Umstellung im Wege der Barkapitalerhöhung

durch Aufstockung der bisherigen Geschäftsanteile behandeln, andere Möglichkeiten wie z.B. die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln werden lediglich in den Anmerkungen behandelt. Weggefallen ist das bisherige Formular zur Satzungsänderung wegen des Bilanzrichtliniengesetzes 1985.

6. Im Aktienrecht, behandelt in Abschnitt V, waren insbesondere das StückAG, das KonTraG, das EuroEG und das HRefG einzuarbeiten. Formulare zur Euro-Umstellung einer Aktiengesellschaft sucht man allerdings vergeblich. Das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) vom 18.1.2001 (BGBl. I, 123) konnte, da es erst nach dem Erscheinen der vorliegenden Neuauflage in Kraft getreten ist, nicht mehr berücksichtigt werden. Es hat insbesondere auch eine wesentliche Entschärfung der Vorschrift des § 52 AktG gebracht. Neu sind die Formulare 43 (Stückaktie), 61 (Beschluss der Hauptversammlung über die Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien), 82 (Geschäftsordnung der Hauptversammlung nach § 129 Abs. 1 S. 1 AktG), 109 (Antrag von Aktionären gemäß § 147 Abs. 3 AktG) und 149 (Satzung einer GmbH & Co. KGaA). Behandelt wird im übrigen zunächst die Bargründung einer AG. Dabei sollte m.E. im Rahmen der Bestellung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat zur Vermeidung von Missverständnissen anders als im Formular 3 die Vertretungsbefugnis des Vorstandes stets ausdrücklich klar gestellt werden, auch wenn die Vorstandsmitglieder nach der abstrakten Vertretungsregelung vertreten sollten. Die im Rahmen der Anmeldung der Gesellschaft abzugebende Versicherung der Vorstandsmitglieder kann nach h.M. nicht – wie im Formular 9 angegeben – unter pauschaler Bezugnahme auf § 76 Abs. 3 S. 3 und 4 AktG erfolgen (vgl. nur *Hüffer*, AktG, 4. Auflage 1999, § 37 Rdnr. 6 m.w.N.), sondern muss sich an den Wortlaut der genannten Vorschrift anlehnen. In Formular 63 und der zugehörigen Anmerkung 7 ist dies richtig dargestellt. Bei der Sachgründung einer AG wird in Formular 19 Anm. 9 davon ausgegangen, dass die Gesellschaft bei der dinglichen Übertragung des einzubringenden Gegenstandes vom Vorstand vertreten wird, im folgenden Formular 20 wird die Einbringung als Anlage zur Satzung genommen. Allerdings wird der Vorstand erst nach Beurkundung der Gründung vom Aufsichtsrat nach § 30 Abs. 4 AktG bestellt, so dass nicht klar wird, wie der Vorstand bereits vor seiner Bestellung die Vor-AG vertreten kann. Hier ist zu empfehlen, den Einbringungsvertrag erst nach Gründung und – soweit eine Beurkundung erforderlich ist – in einer eigenen Urkunde abzuschließen. Zu beachten ist dabei außerdem § 112 AktG, wenn der Einbringende selbst Vorstandsmitglied ist. In der in den Formularen 26–29 behandelten Nachgründung mit Sachkapitalerhöhung (siehe hierzu auch DNotI-Report 2001, 45) wird nicht genau zwischen der Nachgründung und der Sachkapitalerhöhung unterschieden, was sich vor allem darin zeigt, dass bei der Anmeldung zum Handelsregister in Formular 29 nur allgemein ein Prüfungsbericht des Gründungsprüfers vorgelegt wird, ohne dass klar wird, ob es sich dabei um den Nachgründungsbericht nach § 52 Abs. 4 AktG oder den Prüfungsbericht zur Sachkapitalerhöhung nach § 183 Abs. 3 AktG handelt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass beide Berichte zusammengefasst werden können, wäre eine Klarstellung jedenfalls sinnvoll. Zu beachten ist ferner, dass in sämtlichen Satzungsvorschlägen (Formulare 35–38) Angaben über den Gründungsaufwand fehlen, obwohl diese jedenfalls bei Gründung der AG nach § 26 Abs. 2 AktG erforderlich sind. Auch wären Ausführungen zu den verschiedenen Möglichkeiten der Regelung der Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder und insbesondere auch zu § 112 AktG sinnvoll. Ergänzend zu den im Rahmen der Kapitalerhöhung zur Verfügung gestellten Formularen wäre zu-

sätzlich ein Muster für einen Bericht des Vorstandes zum Bezugsrechtsausschluss gemäß § 186 Abs. 4 S. 2 AktG wünschenswert. Ob eine Zeichnung neuer Aktien im übrigen tatsächlich erst nach der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung erfolgen kann, wie dies in Formular 114 Anm. 3 behauptet wird, ist zweifelhaft und umstritten (vgl. nur *Hüffer*, AktG, 4. Auflage 1999, § 185 Rdnr. 6). Im Rahmen der bedingten Kapitalerhöhung zur Bedienung von Wandelschuldverschreibungen (Formular 126) wäre zusätzlich ein Formulierungsbeispiel für Anleihebedingungen sehr hilfreich. Kaum behandelt werden – entgegen ihrer Bedeutung in der Praxis – die verschiedenen Formen der Mitarbeiterbeteiligungsprogramme. Die abgedruckten Muster zur bedingten Kapitalerhöhung sind hierfür weder passend noch ausreichend.

7. In den Abschnitten VI zur Genossenschaft und VIII zur Stillen Beteiligung, Unterbeteiligung und Treuhand blieb die Zahl der Formulare unverändert wie bisher bei 21 bzw. 16. Abschnitt VII zur Stiftung wurde ergänzt um Erläuterungen zu Stadt-, Gemeinschafts- und Bürgerstiftungen. In Abschnitt IX über Unternehmensverträge wurde ein Entherrschungsvertrag zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG (Form 9, S. 1214) neu aufgenommen.

8. In den Abschnitten X., XI. und XII. werden Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG behandelt. Zur Verschmelzung findet man zunächst wie bisher 13 Muster, die allerdings ausnahmslos Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften betreffen. Andere nach § 3 UmwG verschmelzungsfähige Rechtsträger werden vernachlässigt. So taucht z.B. der in der Praxis relativ häufige Fall der Verschmelzung einer GmbH mit dem Vermögen ihres Alleingesellschafters nach §§ 120 ff. UmwG ebensowenig auf wie die Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften (§§ 39 ff. UmwG) oder Genossenschaften (§§ 79 ff. UmwG). Auch die seit 1998 nach §§ 45 a ff. UmwG bestehende Zulässigkeit der Verschmelzung unter Beteiligung von Partnerschaftsgesellschaften, die z.B. im Rahmen des Zusammenschlusses von Rechtsanwaltskanzleien, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften immer wieder eine Rolle spielt, kommt zu kurz. Größer ist die Bandbreite der zur Spaltung in Abschnitt XI. behandelten Vorgänge. Dabei blieb die Zahl der Formulare mit 20 gegenüber der Voraufgabe unverändert. Wünschenswert wäre hier z.B. die zusätzliche Aufnahme von Mustern zur Ausgliederung aus dem Vermögen von Gebietskörperschaften nach §§ 168 ff. UmwG. Ausführlicher ist der Formwechsel in Abschnitt XII. behandelt. Hier findet man zu fast jeder denkbaren Möglichkeit jedenfalls einen Gestaltungshinweis. Neu aufgenommen wurden Erläuterungen zum Formwechsel von Partnerschaftsgesellschaften nach §§ 225 a ff. UmwG bzw. von Kapitalgesellschaften in Partnerschaftsgesellschaften gem. § 228 Abs. 3 UmwG (Formulare 37 a–e, 47 a, 72 a). Der Übersichtlichkeit des Inhaltsverzeichnisses wäre es jedenfalls zuträglich, wenn auch dort genau zwischen den einzelnen Formwechselvorgängen unterschieden würde. So lautet z. B. die Zwischenüberschrift vor Formular 20 „Formwechsel einer OHG in eine eG“, wobei dort jedoch u.a. auch der Formwechsel einer KG in eine AG zu finden ist. Abschnitt XIII schließlich bietet zwei Muster zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung, nämlich einen Gründungsvertrag und eine Handelsregisteranmeldung.

9. Die vorstehend geäußerten Kritikpunkte sollen nicht darüber hinweg täuschen, dass das Münchener Vertragshandbuch für jeden mit dem Gesellschaftsrecht befassten Praktiker eine unschätzbare und unersetzliche Hilfe darstellt. Er findet hier praktisch zu allen Bereichen des Gesellschaftsrechts entweder ein passendes Muster oder jedenfalls in den Anmer-

kungen einen Anhaltspunkt zur Gestaltung eines Sachverhalts unter Abwandlung der abgedruckten Formulare. Es versteht sich von selbst, dass ein Formularbuch nicht jede erdenkliche Fallkonstellation behandeln kann. Als Fazit kann festgehalten

werden: Die zu besprechende Neuauflage des Bandes 1 zum Gesellschaftsrecht des Münchener Vertragshandbuches sollte in keinem Notariat fehlen.

Notarassessor *Dr. Christoph Döbereiner*, München

Priester, Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co., RWS Verlag Kommunikationsforum, 3. Aufl. 2000, 138 Seiten, DM 74,-.

Auch wenn im Hinblick auf die Unternehmensteuerreform 2001 häufig von einer Privilegierung der Kapitalgesellschaft die Rede ist, dürfte die Personengesellschaft, und hier vor allem die GmbH & Co. KG, zumindest für den Mittelstand weiterhin eine attraktive Rechtsform bleiben. Die Körperschaftsteuersenkung auf 25 % für Kapitalgesellschaften, die auch weiterhin ungeschmälert gewerbsteuerpflichtig sind und deren Gewinnausschüttungen beim Anteilseigner (soweit es sich nicht wiederum um eine Kapitalgesellschaft handelt) weiterhin der Einkommensteuer, wenn auch im Halbeinkünfteverfahren, unterliegen, wirkt sich vorteilhaft in erster Linie nur bei überwiegender Gewinnthesaurierung aus. Interessant ist die Kapitalgesellschaft deshalb künftig vor allem für Großunternehmen, insbesondere im Konzernverbund. Für die GmbH & Co. KG bringt die Unternehmensteuerreform 2001 hingegen durch die Gewerbesteueranrechnung gemäß § 35 EStG eine erhebliche Steuerentlastung, die Kapitalgesellschaften nicht gewährt ist. Der Spitzensteuersatz der Einkommensteuer soll des weiteren für die Gesellschafter der GmbH & Co. KG bis 2005 immerhin auf 42 % sinken. Auch erbschaftsteuerlich bleibt die Personengesellschaft jedenfalls bei ertragsstarken Unternehmen gegenüber der Kapitalgesellschaft die günstigere Rechtsform.

Zu Recht weist *Priester* in der Einführung seines neu erschienenen Büchleins zur GmbH & Co. ferner darauf hin, dass die Öffnung der Personenhandelsgesellschaft für reine Vermögensverwaltungsgesellschaften durch den im Zuge der Handelsrechtsreform geänderten § 105 HGB zusätzlichen Bedarf für die GmbH & Co. KG schafft, der durch die „Abschaffung“ der gewerblich geprägten Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Haftungsbeschränkung noch weiter erhöht wird (*Priester* a.a.O. S. 5 f., vgl. BMF MittBayNot 00, 483).

Ausreichende Kenntnisse im Recht der GmbH & Co. KG sind deshalb auch für den beratenden Notar unerlässlich. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags einer KG gilt zwar selbst im Rahmen der Gründung einer GmbH & Co. KG nicht als beurkundungspflichtig, trotzdem erwartet der Mandant häufig von „seinem“ Notar die Formulierung oder zumindest die Prüfung auch des KG-Vertrags.

Mit Sicherheit eine gute Hilfe leistet hier das zu rezensierende Büchlein des Notarkollegen *Priester* in Hamburg. Es steht hier in unmittelbarer Konkurrenz zu dem zuletzt 1997 in 2. Aufl. erschienenen Büchlein des Anwaltskollegen *M. Sommer* aus der Reihe „Beck'sche Musterverträge“, das zumindest auf den ersten Blick das bessere Preis-/Leistungsverhältnis bietet, kostet es doch statt DM 74,- nur DM 45,- und umfasst dabei immerhin rund 50 % mehr Seiten als das Büchlein von *Priester*. Dies sind natürlich bei der Auswahl eines Beratungsbuchs nicht die entscheidenden Kriterien, kommt es doch letztlich vor allem auf den Inhalt an.

Das Büchlein von *Priester* enthält einen vollständigen KG-Vertrag für den Fall einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG, der am Ende des Büchleins im Zusammenhang abgedruckt ist (10 Seiten). Vorangestellt ist eine 10-seitige Ein-

führung über die GmbH & Co. KG, die sich vor allem mit dem Anwendungsbereich der GmbH & Co. KG befasst. Im Hauptteil erläutert *Priester* die einzelnen §§ seines Mustervertrags (94 Seiten). Abgerundet wird das Büchlein – neben Inhalts- und Stichwortverzeichnis – mit ergänzenden Erläuterungen zu weiteren Formen der GmbH & Co. KG, nämlich der GmbH & Co. mit abweichenden Teilungsverhältnissen, der Einheits-GmbH & Co., der doppelstöckigen GmbH & Co. KG und der sternförmigen GmbH & Co. (6 Seiten).

Das Vertragsmuster enthält alle regelungsbedürftigen Bereiche eines KG-Vertrags und bietet somit eine gute Arbeitsgrundlage für die Formulierung des konkret benötigten Vertrags; Formulierungsvarianten enthält das Büchlein – anders als das „Konkurrenzwerk“ von *M. Sommer* (s.o.) – allerdings kaum. Die Erläuterungen sind knapp, erwähnen jedoch alle wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Problempunkte und enthalten umfangreiche und aktuelle Hinweise zur weiterführenden Literatur; überhaupt ist das Büchlein in jeder Hinsicht auf den aktuellen Stand im Herbst 2000 gebracht. Wie von *Priester* nicht anders zu erwarten, lassen das Vertragsmuster und die gesellschaftsrechtlichen Anmerkungen in qualitativer Hinsicht kaum Wünsche offen.

Die Benutzerfreundlichkeit des Büchleins könnte aus meiner Sicht jedoch noch verbessert werden:

- *Priester* hat auf die Aufnahme der Satzung einer Komplementär-GmbH verzichtet; es sind lediglich kurze Hinweise für deren Gestaltung enthalten. Da jedoch die gelungene Abstimmung des KG-Vertrags und der GmbH-Satzung bei einer GmbH & Co. KG gerade für die beteiligungsidentische GmbH & Co. KG regelmäßig von erheblicher Bedeutung ist, würde die Aufnahme einer auf die von *Priester* verwendeten Formulierungsvorschläge abgestimmten GmbH-Satzung die kautelarjuristische Arbeit sicherlich vereinfachen (Vertragsmuster für eine Komplementär-GmbH nebst Erläuterungen sind z.B. enthalten im „Konkurrenzwerk“ von *M. Sommer*, s.o., oder im Münchner Vertragshandbuch Bd. 1, Gesellschaftsrecht). *Priester* verweist hierzu im Vorwort auf das ebenfalls von ihm beim gleichen Verlag erschienene Büchlein „Die Gestaltung von GmbH-Verträgen“, das dieses Jahr in 6. Aufl. erscheinen soll; trotzdem hätte aus meiner Sicht nichts dagegen gesprochen, einen Vorschlag für eine Komplementär-GmbH-Satzung auch in das hier zu rezensierende Büchlein mit aufzunehmen.
- Das Büchlein beschränkt sich des weiteren auf die gesellschaftsrechtlichen Aspekte, auf steuerliche Hinweise wurde weitgehend verzichtet. Aber auch wenn eine stärkere Einbeziehung steuerlicher Gesichtspunkte gerade nicht der Intention des Büchleins entsprechen mag, sollte zumindest an den Stellen, bei deren vertraglicher Ausgestaltung steuerliche Gefahren bzw. Chancen liegen, auf einen kurzen steuerlichen Hinweis nicht verzichtet werden.

Dies betrifft z.B. den Bereich der Einlage von Betriebsvermögen in die GmbH & Co. KG. In diesem Zusammenhang enthält das Muster von *Priester* (§ 3 Abs. 5) die Einlage eines Einzelunternehmens, und zwar „nach dem Stande und zu den Werten der Handelsbilanz auf den 31. Dezember 1999“; zugleich beginnt nach § 15 des Vertragsmusters

die Gesellschaft am 1.6.2000, wobei dem vermutlich zugrunde liegen soll, dass der KG-Vertrag zwischen dem 1.1.2000 und dem 31.5.2000 abgeschlossen wird. Abgesehen davon, dass die beiden im Mustervertrag verwendeten Zeitpunkte m.E. nicht harmonieren, sollte in den Erläuterungen zumindest darauf hingewiesen werden, dass im Bereich der Personengesellschaften, und damit auch bei der GmbH & Co. KG, eine steuerliche Rückwirkung grundsätzlich nicht anerkannt wird (anders als z.B. bei der Sacheinlage in eine GmbH, für die ein 8-Monats-Rückwirkungszeitraum besteht; vgl. hierzu näher: Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 4. Aufl. 2001, Muster A. 3.01 mit Erläuterungen, dort auch zu den Ausnahmen bei Personengesellschaften im Falle eines kurzen Rückwirkungszeitraums von nur einigen Wochen und bei einer Ausgliederung auf eine GmbH & Co. KG nach dem UmwG).

Keine Erwähnung findet auch die Problematik der Einlage einzelner betrieblicher Gegenstände und die möglicherweise damit verbundene Aufdeckung stiller Reserven. Hier ist besonders zu berücksichtigen der durch die Unternehmensteuerreform 2001 neu gefasste § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG, über dessen Anwendungsbereich freilich bisher keine Klarheit besteht; möglicherweise führt hier sogar gerade die naheliegende Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten zur Gewinnrealisierung etwaiger stiller Reserven (vgl. hierzu z.B. *Düll/Fuhrmann/Eberhard*, DStR 2000, 1713; *Brandenberg*, FR 2000, 1183). Die zu dieser Vorschrift einschlägigen Veröffentlichungen dürften allerdings ganz überwiegend erst nach Drucklegung des Büchleins von *Priester* erschienen sein. Bis zur Klärung dieser Fragen sollten die Formulierungen bei der Einlage von betrieblichen Einzelwirtschaftsgütern unbedingt von einem steuerkundigen Berater geprüft werden!

Ähnliches gilt auch für die Problematik der Gewerbesteueranrechnung bei Mitunternehmenschaften. Hier sind gegebenenfalls Ergänzungen bei den traditionellen Gewinnverteilungsabreden im KG-Vertrag erforderlich (vgl. *Freshfields Bruckhaus Deringer*, NJW-Beilage 51/2000, 23*, Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 4. Aufl. 2001, Muster A.8.00, Rdnr. 24 b, und jüngst auch *Priester*, DStR 2001, 800).

Ansonsten ist bei der Lektüre noch aufgefallen:

- Nicht erwähnt sind Gemeinsamkeiten bzw. Unterschiede der GmbH & Co. KG und der (atypischen) GmbH & Still; eine kurze Darstellung der beiderseitigen Vor- und Nachteile hätte nahegelegen, da zwischen beiden Rechtsformen doch eine sehr große Ähnlichkeit besteht und sich deshalb auch die Anwendungsfelder stark überschneiden.
- Der Titel des Büchleins „Vertragsgestaltung bei der GmbH & Co.“ könnte beim weniger rechtskundigen Leser die Wahl einer unzulässigen Firmierung provozieren; sinnvollerweise weist *Priester* bei den Erläuterungen zur Firmierung aber darauf hin, dass die Firmierung „GmbH & Co.“ unzulässig und durch die konkrete Rechtsform zu ergänzen ist (GmbH & Co. KG bzw. GmbH & Co. OHG, vgl. *Priester* a.a.O., S. 13).
- Bei den Erläuterungen zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB erwähnt *Priester* auch die Möglichkeit der Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH durch die KG (*Priester*, a.a.O. S. 38), die vom BayObLG im Anschluss an entsprechende Überlegungen des Kollegen Westermeier (MittBayNot 1998, 155) mittlerweile anerkannt wurde. Nahegelegen hätte es allerdings, diesen Hinweis nicht bei den Erläuterungen zur Komplementär-GmbH, sondern zur KG (also auf S. 36)

unterzubringen, weil die Befreiung auf der Ebene der KG (und nicht der GmbH) zu erfolgen hat.

- Die gesellschaftsvertragliche Regelung „Ein etwaiger Verlust wird von den Kommanditisten entsprechend ihrer Beteiligung getragen“ (§ 10 Abs. 3 S. 1 des Mustertexts) wird von *Priester* dahingehend erläutert, dass dadurch die Kommanditisten „entgegen“ § 167 Abs. 3 HGB auch über ihre Kommanditeinlage hinaus am Verlust teilnehmen (a.a.O. S. 58). Die ganz überwiegende gesellschaftsrechtliche Literatur legt freilich bereits § 167 Abs. 3 in diesem Sinne aus (vgl. z.B. *Koller/Roth/Morcks*, HGB, § 167, Rdnr. 4), so dass es sich bei der Formulierung von *Priester* letztlich nur um eine Bestätigung der gesetzlichen Rechtslage (und nicht um eine abweichende Regelung) handelt.
- § 17 des Mustertexts sieht bei Insolvenz eines Gesellschafters oder bei Pfändung in dessen Gesellschaftsanteil das automatische Ausscheiden des Gesellschafters vor. Zutreffend weist *Priester* darauf hin, dass eine vergleichbare Regelung bei der Komplementär-GmbH nicht möglich ist, sondern hier mit einem satzungsmäßig verankerten „Ausschlussverfahren“ (insb. einer entsprechenden Einziehungsmöglichkeit) gearbeitet werden muss (a.a.O. S. 85). Um auch in zeitlicher Hinsicht einen genauen Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse zu gewährleisten, wäre überlegenswert, auch auf der Ebene der KG kein automatisches Ausscheiden vorzusehen, sondern ebenfalls ein Ausschlussverfahren (wie es *Priester* z.B. für den Fall der Ausschließung aus wichtigem Grund in § 16 vorgesehen hat).
- Über die Reichweite des gesetzlich neu geschaffenen Kündigungsrechts gem. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB bei volljährig gewordenen Kommanditisten besteht noch keine Klarheit. *Priester* empfiehlt hier eine gesellschaftsvertragliche Klarstellung (a.a.O., S. 87), verzichtet jedoch auf eine solche in seinem Mustertext.
- Einen guten, wenn auch knappen Überblick über mögliche Regelungen zur Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters enthalten die Erläuterungen *Priesters* zum entsprechenden § 20 des Mustertexts.
- Etwas irritierend wirkt der Hinweis (*Priester*, a.a.O. S. 9), dass der Mustervertragstext „keinesfalls etwa in toto abgeschrieben werden“ darf und lediglich „Anregungen geben“ soll. Ein Mustervertrag sollte aus meiner Sicht schon so konzipiert sein, dass er im Grundsatz für bestimmte Fälle als Komplettmuster verwendbar wäre (und diese Anforderung scheint mir freilich auch für den von *Priester* verwendeten Mustertext erfüllt zu sein); richtig ist natürlich, dass jede Regelung auf ihre Eignung im konkreten Fall geprüft und gegebenenfalls angepasst werden muss.

Im Vergleich zu dem etwas umfangreicheren „Konkurrenzwerk“ von *M. Sommer* (s.o.) besitzt das Büchlein von *Priester* derzeit sicherlich den Vorzug der deutlich höheren Aktualität. Die Hauptkonkurrenz dürfte allerdings beim potenziellen Leserkreis der Notare in den gängigen Formularbüchern zu sehen sein (z.B. Münchner Vertragshandbuch, Steuerliches Vertrags- und Formularbuch u.s.w.), die zumindest teilweise in jedem Notariat vorhanden sind und ebenfalls mehr oder weniger umfangreiche Vertragsmuster mit Erläuterungen zur GmbH & Co. KG enthalten. Aber auch wenn *Priester* in seinem Büchlein selbst schreibt: „Das Skript kann und will die vorhandenen Formularbücher nicht ersetzen“ (a.a.O. S. 9), erhält auch der Notar, dessen Bücherregal bereits mehrere dieser Formularbücher zieren, mit dem Büchlein von *Priester* für den Bereich der GmbH & Co. KG auf jeden Fall zusätzliche Formulierung- und Gestaltungshilfen, und zwar aus der Hand eines unserer renommiertesten Gesellschaftsrechtler.

Notar Dr. Gerald Weigl, Heilsbronn

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 166 Abs. 1, 117, 118 (*Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB*)

Zur entsprechenden Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB bei beurkundungsbedürftigen Verträgen.

BGH, Urteil vom 7.12.2000 – IX ZR 330/99 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den Beklagten wegen einer notariellen Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch.

Der Beklagte beurkundete einen Vertrag, mit dem der Kläger von M. T. für 300.000 DM ein Grundstück mit einem vom Verkäufer zu errichtenden Wohnhaus kaufte. Ohne Wissen des Verkäufers vereinbarte der Kläger mit der Mutter des Verkäufers, G. T., die als dessen Verhandlungsführerin den Vertragsschluss vorbereitete, an diese weitere 30.000 DM zu zahlen. Der Grundstückserwerb scheiterte, weil der Verkäufer sich erfolgreich darauf berief, der Beklagte habe die Baubeschreibung bei der Beurkundung nicht verlesen.

Der Kläger hat seinen auf 87.055,47 DM bezifferten Schaden klageweise geltend gemacht. In den Vorinstanzen hatte die Klage keinen Erfolg. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter – mit Erfolg:

Aus den Gründen:

(...)

1. Der vom Beklagten beurkundete Kaufvertrag war kein Scheingeschäft im Sinne des § 117 BGB.

Davon hätte nur ausgegangen werden können, wenn die Zahlung der 30.000 DM an die Mutter des Verkäufers nach dem Willen der Vertragsschließenden als Teil der von dem Kläger zu erbringenden Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks anzusehen gewesen wäre. Falls das Berufungsgericht entsprechende Feststellungen enthalten sollte – eindeutig ist dies nicht –, wären diese von der Revision erfolgreich angegriffen.

Das Berufungsgericht hat nicht berücksichtigt (§ 286 ZPO), dass der Verkäufer von der zwischen seiner Mutter und dem Kläger getroffenen Abrede nichts wusste. Dann kann jedenfalls er (zum Käufer siehe unten 2.) nicht den Willen gehabt haben, dass die Sonderzahlung von 30.000 DM ein Teil der vom Kläger zu erbringenden Gegenleistung für die Überlassung des Grundstücks sein sollte.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts muss sich der Verkäufer den Geschäftswillen seiner Mutter auch nicht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Zwar wendet die Rechtsprechung diese Vorschrift entsprechend in Fällen an, in denen jemand einen anderen mit der eigenverantwortlichen Erledigung bestimmter Angelegenheiten betraut und dieser nicht als Vertreter, aber doch einem Geschäftspartner gegenüber für den Geschäftsherrn handelnd – z.B. als Verhandlungsbevollmächtigter – auftritt (BGHZ 55, 307, 311; 83, 293, 296; BGH, Urteil vom 21.2.1986 – V ZR 126/84, NJW-RR 1986, 1019, 1020). Indessen sind der Zurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB Grenzen gesetzt. Sie kommt bei beurkundungsbedürftigen Verträgen deshalb nicht in Betracht, weil der Wille zum Abschluss eines Scheingeschäfts bei den Vertragsparteien vorhanden

sein muss. Nur aus diesem Willen ergibt sich wertungsmäßig die vom Gesetz festgelegte Nichtigkeitsfolge. Eine Erklärung, welche die Vertragsparteien nicht übereinstimmend wollen, kann keine rechtsgeschäftlichen Folgen haben. Deshalb lässt sich bei Verträgen nach § 313 BGB die notwendige Willensübereinstimmung nicht über eine Wissenszurechnung ersetzen (BGH, Urteil vom 26.5.2000 – V ZR 399/99, ZIP 2000, 1533, 1534).

2. Auch die Vorschrift des § 118 BGB – auf die das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht eingegangen ist – trägt das Berufungsurteil nicht.

a) Zwar ist nach dieser Vorschrift ein misslungenes Scheingeschäft nichtig, auch wenn hierüber eine notarielle Urkunde errichtet wurde (BGH, Urteil vom 26.5.2000 – V ZR 399/99, a.a.O.). Von einem misslungenen Scheingeschäft kann aber nicht ausgegangen werden. Ein solches setzt voraus, dass eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht erkannt werden. Das wäre hier anzunehmen, wenn der Kläger beim Vertragsschluss die Vorstellung gehabt hätte, in Wahrheit 330.000 DM für das Grundstück zu bezahlen, das entspreche auch dem Willen des Verkäufers und dieser sei sich darüber im klaren, dass der notarielle Vertrag nicht den vollständigen Kaufpreis ausweise.

b) Dazu hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Es hat festgestellt, dem Kläger sei bei der notariellen Beurkundung klar gewesen, dass er weitere 30.000 DM, insgesamt also 330.000 DM, zahlen müsse, weil G. T. es sonst nicht zum Vertragsschluss werde kommen lassen. Die Zahlungsvereinbarung mit G. T. habe mit dem Kaufvertrag „stehen und fallen“ sollen. Sie sei – anders als bei einer gewöhnlichen Maklervergütung – die Voraussetzung dafür gewesen, dass der Kläger das Grundstück habe kaufen können. Anderenfalls hätte G. T. ihren Einfluss auf ihren Sohn geltend gemacht, damit dieser nicht an den Kläger verkaufte, bzw. ihn gar nicht erst mit dem Kläger zusammengeführt. Weshalb sich das von einer „gewöhnlichen Maklervergütung“ unterscheide, hat das Berufungsgericht nicht gesagt.

c) Der Kläger hat – unter Beweisantritt – vorgetragen, zwischen ihm und G. T. sei abgesprochen worden, dass diese für die erfolgreiche Vermittlung des Kaufvertrages eine Provision von 30.000 DM erhalten solle. Danach hat der Kläger nicht den Willen gehabt, den Kaufvertrag und die Vereinbarung über die Provisionszahlung zu einer rechtlichen Einheit zu verknüpfen. Nur bei einer solchen Einheit hätte auch die zuletzt genannte Vereinbarung dem Formzwang gemäß § 313 BGB unterlegen (vgl. RGZ 145, 246, 248; BGHZ 101, 393, 396 f.; BGH, Urteil vom 16.9.1988 – V ZR 77/87, NJW-RR 1989, 198, 199). Die Verpflichtung zur Zahlung der 30.000 DM wäre durch das Zustandekommen des Kaufvertrages bedingt gewesen; umgekehrt wäre das Zustandekommen des Kaufvertrages nicht von der Zahlung der 30.000 DM rechtlich abhängig gewesen. Bei einer derartigen einseitigen Abhängigkeit wird die als solche nicht beurkundungsbedürftige Vereinbarung über die Provisionszahlung nicht vom Formzwang des Grundstücksgeschäfts erfasst (BGH, Urteil vom 26.11.1999 – V ZR 251/98, NJW 2000, 951 f.).

3. Die erste Hilfsrüge des Berufungsgerichts – falls das Verhalten der Verhandlungsbevollmächtigten dem Verkäufer

nicht zuzurechnen sei, habe der Kläger mit ihr zum Schaden des Verkäufers eine Schmiergeldabrede getroffen, deren Nichtigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB auch das Hauptgeschäft erfasse – trägt das Berufungsurteil ebenso wenig.

Mit Recht rügt die Revision insoweit das vom Berufungsgericht eingeschlagene Verfahren (§ 278 Abs. 3 ZPO). Sie macht geltend, die Parteien hätten die Frage der Sittenwidrigkeit der Provisionsvereinbarung in dem Rechtsstreit zu keinem Zeitpunkt erörtert. Gegenteiliges lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Würde dieser Punkt von den Parteien aber nicht behandelt, hätte das Berufungsgericht dem Kläger Gelegenheit geben müssen, zum Vorliegen einer Schmiergeldvereinbarung Stellung zu nehmen, ehe es sein Urteil darauf stützte.

Dazu macht die Revision weiter geltend, im Falle eines gerichtlichen Hinweises hätte der Kläger vorgetragen, G. T. habe die Vermittlungsprovision mit der Begründung verlangt, sie habe mit dem Objekt viel Arbeit gehabt und müsse auch dem Makler etwas abgeben. Der Kläger sei nicht auf den Gedanken gekommen, dass die Mutter den Sohn hintergehen könnte, und habe darauf vertraut, dass dieser mit der Honorierung der von der Mutter entfalteten Verkaufsbemühungen einverstanden sei.

Auf der Grundlage dieses Vorbringens, von dem für die Revisionsinstanz auszugehen ist, liegt keine sittenwidrige Schmiergeldabrede vor. Eine Provisionszusage ist unter diesem Gesichtspunkt nur dann nichtig, wenn der Versprechende weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Sachwalter diese Vereinbarung seinem Auftraggeber verschweigen will (BGHZ 78, 263, 268; 114, 87, 91, 92; BGH, Urteil vom 5.12.1990 – IV ZR 187/89, WM 1991, 645, 646).

4. Die zweite Hilfsrüge des Berufungsgerichts – der selbst vorsätzlich rechtswidrig handelnde Kläger verhalte sich treuwidrig, wenn er den nur fahrlässig handelnden Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch nehme – ist hinfällig, weil nach den Ausführungen oben zu 1. und 3. nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger „bewusst auf eine zu niedrige Kaufpreisbeurkundung antrag“. (...)

2. VerbrKG §§ 1 Abs. 1; 4 Abs. 1; 7 Abs. 2; BGB §§ 125, 139 (Anwendbarkeit des VerbrKG auf Schuldübernahmen)

Die vertragliche Übernahme einer Darlehensverbindlichkeit fällt nicht unter das Verbraucherkreditgesetz, wenn der Kreditgeber der Vertragsübernahme durch den neuen Darlehensschuldner lediglich zustimmt, also ein dreiseitiger Vertrag nicht geschlossen wird.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Urteil vom 20.12.1999, 24 U 186/98 (rkr.) –, mitgeteilt von *Ziemßen*, Vors. Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin war Inhaberin eines Imbisslokals, das sie in gemieteten Räumen betrieb. Mit auf den 25.8.1997 datierten, von den Parteien am 29.8.1997 unterzeichneten Vertrag veräußerte sie den Geschäftsbetrieb einschließlich Inventar und Warenvorräte zum Preis von 80.000,00 DM an den Beklagten unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung. In § 5 des Vertrags (nachf. Kaufvertrag – KV –) wurde Folgendes vereinbart:

„(1) Mit Übernahme des Geschäftsbetriebs tritt der Käufer in alle laufenden bzw. nicht vollständig erfüllten Verträge sowie sonstige Rechte und Pflichten ein, die sich auf den Geschäftsbetrieb beziehen. Es handelt sich insbesondere um folgende Verträge:

- a) Darlehens- bzw. Bürgschaftsvertrag mit S.L.M.G. & C. A. K. vom 27.6.1997,
- b) Automatenaufstellvertrag und Konkurrenzverbot vom 27.6.1997,
- c) Wartungsvertrag der Firma S.L.M.G. & C. A. K. vom 27.6.1997,
- d) Sicherungsübereignungsvertrag vom 26.6.1997 (richtig: 27.6.1997).

(2) Der Käufer stellt die Verkäuferin von allen Verpflichtungen aus den übernommenen Verträgen frei.

(3) Die Verkäuferin verpflichtet sich, bis zur Übergabe des Geschäftsbetriebs die Zustimmung Dritter einzuholen, soweit diese für die Übernahme der Verträge und Rechte erforderlich ist. Sollte eine Zustimmung nicht oder nicht rechtzeitig erteilt werden; wird die Verkäuferin künftig ausschließlich für Rechnung des Käufers tätig sein.“

Auf den vereinbarten Kaufpreis wurden 20.000,00 DM angerechnet aus der vom Beklagten gemäß Abs. 1 lit. a KV gegenüber dem Automatenaufsteller eingegangenen Zahlungsverpflichtung. Ein Teilbetrag von 10.000,00 DM war bei Vertragsschluss, ein weiterer Teilbetrag von 15.000,00 DM war am 1.9.1997 (Tag der Übergabe) fällig. Den Restkaufpreis (35.000,00 DM) hatte der Beklagte in monatlichen Raten von 2.000,00 DM ab 1.10.997 abzutragen, wobei der gesamte Restkaufpreis sofort fällig sein sollte, falls der Beklagte mit der Zahlung einer Rate länger als fünf Tage in Rückstand geraten sollte. Ferner vereinbarten die Parteien unter Bezugnahme auf den als Anlage beigefügten Hauptmietvertrag und die von ihnen und der Hauptvermieterin unterzeichnete Nachtragsvereinbarung zum Hauptmietvertrag ein bis zur Tilgung des Kaufpreises befristetes Untermietverhältnis und Eintritt des Beklagten in den bis zum 31.3.2003 befristeten Hauptmietvertrag ab Beendigung des Untermietvertrags. Der vom Beklagten zu zahlende Mietzins wurde mit monatlich 1.852,00 DM zuzüglich 581,00 DM Betriebskostenvorauszahlung vereinbart. Der Beklagte, der mit der Übernahme des Geschäftsbetriebs eine neue Existenz gründete, unterzeichnete am 29.8.1997 eine auf den 25.8.1997 datierte „Belehrung“, in welcher darauf hingewiesen wird, dass „... (die) auf den Abschluss vorstehender Verträge gerichtete Willenserklärung ... erst wirksam (wird), wenn er diese nicht ... binnen einer Frist von einer Woche nach Aushändigung einer Vertragsausfertigung schriftlich widerruft“ wird und dass „zur Wahrung der Frist die rechtzeitige Absendung des Widerrufsschreibens an die (bezeichnete) Adresse (der Klägerin)“ ausreichend ist. Ferner bekennt der Beklagte mit seiner Unterschrift, „... diese Belehrung sowie Ausfertigungen der zwischen den Beteiligten geschlossenen Verträge heute erhalten zu haben.“ Mit einer am 27.8.1997 unterzeichneten, mit „Einverständniserklärung Kaufvertrag“ überschriebenen Urkunde nahm der Automatenaufsteller Bezug auf die in § 5 KV bezeichneten, zwischen ihm und der Klägerin geschlossenen Verträge unter Hinweis auf den Darlehensvertragsstand am 27.8.1997 von 19.700,00 DM. Sodann heißt es weiter:

„Käufer verpflichtet sich, das Darlehen, wie im übernommenen Vertrag vereinbart, über Automateneingspielergebnisse zu tilgen (mindestens DM 1.000,-/mtl., sonst Zuzahlung).

Verkäuferin bleibt bis zur vollständigen Tilgung des Darlehens gegenüber der Firma S.L.M. in der Haftung.

S.L.M. ist mit dem Eintritt von Käufer in die bestehenden Verträge einverstanden.“

Der Beklagte übernahm den Imbissbetrieb vereinbarungsgemäß am 1.9.1997 und entrichtete die vereinbarten Zahlungen an die Klägerin bis einschließlich November 1997. Ab Dezember 1997 stellte er jegliche Zahlungen an die Klägerin und den Automatenaufsteller ein. Dieser kündigte das Darlehen gegenüber dem Beklagten mit Schreiben vom 30.12.1997 und verlangte Zahlung des noch offenen Betrags von 19.031,78 DM.

Die Klägerin hat den Beklagten im ersten Rechtszug auf Zahlung der Mietzinsen für die Monate Dezember 1997 und Januar 1998, des Restkaufpreises in Höhe von 31.000,00 DM (jeweils nebst Zinsen), sowie auf Freistellung aus dem Darlehensvertrag des Automatenaufstellers in Anspruch genommen. Sie hat die Auffassung vertreten, nach dem Vertragsinhalt befinde sich der Beklagte spätestens seit dem 8.12.1997 mit fälligen Zahlungen in Verzug. Sie hat deshalb beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 35.866,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 8.12.1997 zu zahlen und
2. die Klägerin gegenüber, der Firma S.L.M.G. & C. A. K. aus dem Darlehensvertrag vom 27.6.1997 freizustellen.

Der Beklagte hat um

Klageabweisung

gebeten. Er hat durch seine durch Vollmacht legitimierten Prozessvollmächtigten in der den Bevollmächtigten der Klägerin am 16.3.1998 zugegangenen Klageerwiderung den Übernahmevertrag widerrufen und angefochten sowie geltend gemacht: Das Geschäft sei wegen der fehlerhaft erteilten Widerrufsbelehrung noch widerruflich im Sinne des Verbraucherkreditgesetzes. Da der Hauptmietvertrag, der Nachtrag zu ihm sowie die Einverständniserklärung des Automatenaufstellers nicht mit dem Kaufvertrag fest verbunden worden seien, sei der Kaufvertrag auch formnichtig. Schließlich sei er durch die Klägerin arglistig getäuscht worden. Sie habe zu den Umsatzerlösen der Jahre 1995 bis 1997 falsche Angaben gemacht und zahlreiche Mängel am Inventar verschwiegen. Schließlich sei im Rahmen einer Besprechung am 8.12.1997 der Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben worden.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme unter Abweisung der Klage im Übrigen der Klägerin nur die geltend gemachten Mietzinsen nebst Verzugszinsen zugesprochen. Es hat für bewiesen gehalten, dass der Kaufvertrag (nicht aber die übrigen Verträge), einvernehmlich aufgehoben worden sei, und dass die näheren Einzelheiten der Rückabwicklung einer gesonderten Vereinbarung vorbehalten worden seien; der Beklagte schulde daher den Kaufpreisrest nicht mehr.

Dagegen richtet sich die Berufung der Klägerin. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens beantragt sie,

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten zu verurteilen,

1. an sie weitere 31.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 8.12.1997 zu zahlen und
2. sie gegenüber der Firma S.L.M.G. & C. A. K. aus dem Darlehensvertrag vom 27.6.1997 in Höhe von 19.031,78 DM freizustellen.

Die Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

IV. Der geltend gemachte Anspruch der Klägerin scheidet auch nicht an § 4 VerbrKG in Verbindung mit §§ 125 f. BGB, wonach Verbraucherkreditverträge im Sinne des § 1 VerbrKG bestimmter Form bedürfen, sie andernfalls nichtig sind mit der in Betracht zu ziehenden Folge, dass verbundene, an sich dieser Form nicht bedürftige Vereinbarungen gemäß § 139 BGB ebenfalls nichtig sind. Die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen unterliegen nicht dem Verbraucherkreditgesetz, so dass es einer Aufklärung des Sachverhalts über die konkret eingehaltene Form nicht bedarf.

1. a) Soweit die Klägerin dem Beklagten nach Abzug von 20.000,00 DM (vgl. dazu nachf. unter Nr. 2) für den verbleibenden Kaufpreisrest durch die Einräumung monatlicher Raten einen Zahlungsaufschub gewährt hat, liegt schon deshalb kein Kreditvertrag im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKG vor, weil das unentgeltlich geschehen ist. Davon sind beide Parteien bei Vertragsschluss ersichtlich ausgegangen, wie der Regelung in § 12 KV entnommen werden kann. Aus dieser mit „Widerrufsbelehrung“ überschriebenen Klausel geht hervor, dass der Vertrag zwar dem Verbraucherkreditgesetz unterstehe, aber nicht wegen der Kaufpreisregelung (§ 8 KV), sondern wegen des in § 5 KV geregelten Eintritts des Beklagten in die dort genannten Verträge (vgl. dazu nachf. unter Nr. 3). Das schließt zwar nicht aus, dass der vereinbarte Kaufpreis zumindest wegen des Kaufpreisrestes von 35.000,00 DM, der mit monatlichen Raten von 2.000,00 DM ab Oktober 1997 zurückzuzahlen war, in Wahrheit nicht den Barzahlungspreis, sondern den Teilzahlungspreis darstellt, ohne dass dies im Vertrag deklariert wird. Davon müsste der Senat ohne weiteres auch ausgehen, wenn die Klägerin gewerblich Kredite gewähren würde (vgl. dazu noch nachf. unter lit. b). Im Streitfall ist das indessen nicht der Fall.

Der Klägerin ging es mit den in Rede stehenden vertraglichen Vereinbarungen vielmehr darum, ihre gewerbliche Tätigkeit durch den Verkauf ihres Imbissbetriebs zu beenden. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass sie von vornherein in den individuell ausgehandelten, für dieses Geschäft offenkundig mit fachlicher Hilfe besonders entworfenen Vertrag einen Teilzahlungspreis einkalkuliert hatte. Der Klägerin war es ersichtlich darum gegangen, einen angemessenen Kaufpreis für den veräußerten Betrieb zu erhalten, nicht darum, für den gewährten Zahlungsaufschub nach Art eines Ratenzahlungskredits zusätzlich honoriert zu werden. Dagegen spricht auch, dass die Parteien einen auf die Ratenlaufzeit abgestimmten Untermietvertrag abgeschlossen haben, an den sich mit der Vermieterin ein Hauptmietverhältnis anschließen sollte. Diese sehr spezifische, auf den Einzelfall abstellenden Regelungen deuten darauf hin, dass zwischen den Parteien vor Unterzeichnung intensive, die Finanzkraft des Beklagten berücksichtigende Verhandlungen stattgefunden haben müssen, so dass die Klägerin bei Aufnahme der Vertragsverhandlungen, bei denen der Kaufpreis regelmäßig sogleich zur Sprache kommt, nicht gewusst haben wird, dass am Ende nicht die sofortige Fälligkeit des Kaufpreises stehen werde. Unter diesen Umständen hätte dem Beklagten eine Erhöhung des Kaufpreises mit Rücksicht auf die vereinbarte Ratenzahlung kaum entgehen können. Dennoch beruft sich der Beklagte nicht auf einen derartigen Teilzahlungspreis. Ein diesbezüglicher Vertrag muss aber von dem Beklagten erwartet werden (Behauptungslast), auch wenn die Klägerin nach Einführung einer entsprechenden Behauptung darzulegen und zu beweisen gehabt hätte, dass der vereinbarte (Rest-)Kaufpreis dem Barzahlungspreis entspricht, (vgl. dazu *Palandt/Putzo*, a.a.O., § 1 VerbrKG Rdnr. 2 „Entgeltlichkeit“).

b) Aber selbst dann, wenn aus rechtlichen Gründen eine diesbezügliche Behauptung vom Beklagten nicht aufzustellen war, vielmehr die Klägerin gehalten war, zu dieser Frage konkret vorzutragen, fällt die in Rede stehende Ratenzahlungsvereinbarung nicht in den Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes. Denn die Klägerin ist nicht als Kreditgeberin im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKG zu qualifizieren.

Kreditgeber ist derjenige, der in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt. Im Schrifttum ist umstritten, wie der Kreditgeberbegriff einzugrenzen ist. Während die eine (wohl überwiegend vertretene) Meinung die Grenze zwischen nicht kommerzieller (privater) und kommerzieller Betätigung zieht (*MünchKomm/Ulmer*, BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKG Rdnr. 10; v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg*, VerbrKG, 3. Aufl. zu § 1 Rdnr. 2 f. und 23; *Erman/Klingsporn/Rebmann*, BGB, 9. Aufl., § 1 VerbrKG Rdnr. 34 f.; *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, 13. Aufl., § 1 VerbrKG Rdnr. 4, 9 ff.; v. *Bülow*, VerbrKG, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 17 f.) und alle (entgeltlichen) Kredite erfassen will, die in irgendeinem sachlich-kommerziellen Zusammenhang mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit stehen (für den Verkauf einer Gaststätte vgl. *Ulmer/Masuch* JZ 1997, 654, 658), zieht die Gegenmeinung unter Berufung auf die gesetzliche Formulierung „in Ausübung“ den Kreditgeberbegriff enger (*Palandt/Putzo*, a.a.O. § 1 VerbrKG Rdnr. 2; *Vortmann*, VerbrKG § 1 Rdnr. 13; *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, VerbrKG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 16; ebenso OLG Düsseldorf – 17. ZS – NJW-RR 1996, 759). Als nicht erfasst werden solche Zahlungserleichterungen angesehen, die zwar mit der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit in Zusammenhang stehen, aber nicht ihren Gegenstand bilden, sondern bei Gelegenheit gewährt werden. Der Senat braucht hier nicht zu entscheiden, ob die Grenze so eng gezogen werden kann, wie es die Ge-

genmeinung für richtig hält (vgl. die beachtenswerten Einwände bei *Staudinger/Kessal-Wulf*, a.a.O., Rdnr. 11). Einen noch zureichenden sachlichen Zusammenhang sieht der Senat nämlich nur dann, wenn die Zahlungserleichterung funktionell der Förderung und Aufrechterhaltung der ausgeübten gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit dient. Davon kann nicht mehr die Rede sein, wenn das Kreditgeschäft wie im Streitfall dazu dient, die bisher ausgeübte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit zu beenden. Der Begriff „Ausübung“ enthält ein auf Fortsetzung hindeutendes Element, während es hier um einen Kontinuitätsbruch geht.

2. Auch soweit der Beklagte in Kreditvereinbarungen eingetreten ist, die die Klägerin mit dem Automatenaufsteller eingegangen war, waren spezifische Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes nicht einzuhalten. Obwohl der Beklagte als Existenzgründer unter den persönlichen Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 VerbrKG fällt, ist die Anwendung des Gesetzes ausgeschlossen.

a) Die Klägerin hat die in Betracht kommende Kreditvereinbarung (Darlehensvertrag vom 27.6.1997) mit dem Automatenaufsteller als Kreditgeber nicht als Verbraucherin getroffen, sondern für ihr bei Vertragsschluss bereits bestehendes Gewerbe. Mangels Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf den in Rede stehenden Vertrag hat er besonderen Formvorschriften nicht unterlegen. Unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Vertragsübernahme, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung hinsichtlich der Formbedürftigkeit den Vorschriften für das ursprüngliche Geschäft unterliegt (BGH NJW 1979, 208), sind deshalb insoweit besondere abgeleitete Anforderungen an die Form nicht zu stellen.

b) Allerdings sind die Formvorschriften für Verbraucherkredite dann zu beachten, wenn der Übernahmevertrag originär in den Schutzbereich des Verbraucherkreditgesetzes fällt (vgl. BGH WM 1995, 1231 = BGHZ 129, 371, 378). Das ist hier jedoch nicht der Fall.

Maßgeblich für die Frage, ob die vertragliche Übernahme einer Kreditverbindlichkeit durch einen Existenzgründer dem Verbraucherkreditgesetz unterfällt, ist die Beantwortung der Vorfrage nach der Qualifikation des Vertragspartners. Ist er Kreditgeber im Sinne des § 1 Abs. 1 VerbrKG, sind dieses Gesetz und damit auch die Formvorschrift des § 4 VerbrKG anwendbar.

Die Vertragsübernahme als eine im Gesetz nicht besonders geregelte Form der Rechtsnachfolge bedarf stets der Mitwirkung aller drei daran beteiligten Personen, nämlich des ausscheidenden, des übernehmenden und des verbleibenden Vertragsteils (BGH WM 1985, 1172, 1174; NJW 1986, 918). Dieses Ziel kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden, nämlich durch eine dreiseitige Vereinbarung (Vertragsübernahme im engeren Sinne) oder durch eine zweiseitige Vereinbarung unter Zustimmung der dritten Seite (vgl. BGH NJW 1999, 2664).

aa) Wird die Vertragsübernahme durch eine dreiseitige Vereinbarung geregelt, ist jeder der drei Beteiligten gleichzeitig Vertragspartner der beiden anderen Beteiligten, so dass für die Frage nach der Qualifikation es ausreicht, wenn einer der beiden dem Übernehmer gegenüberstehenden Vertragspartner Kreditgeber im Sinne des § 1 Abs. 2 VerbrKG ist, um zur Anwendung der Schutzvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes zu gelangen (BGH a.a.O.).

Im Streitfall ist Vertragspartner des Beklagten in diesem engeren Sinne allein die Klägerin, die hinsichtlich des Darlehensvertrags vom 27.6.1997 (unabhängig von der oben Nr. IV. 1.b)

beurteilten Qualifikation) nicht Kreditgeberin ist. Das ist vielmehr der Automatenaufsteller, der an dem Vertrag vom 29.8.1997 in feststellbarer Weise (abgesehen von seiner erteilten Zustimmung) nicht mitgewirkt hat.

bb) Kommt die Vertragsübernahme – wie hier geschehen – durch zweiseitigen Vertrag unter Zustimmung des Kreditgebers als des dritten Teils zustande, ist dieser nach herrschender Auffassung im dogmatischen Sinne nicht Vertragspartner. Seine Zustimmung ist abstrakte Willenserklärung, nämlich nur bezogen auf die vom Übergeber (unabhängig von dem schuldrechtlich abgeschlossenen Geschäft) getroffene Verfügung über die dingliche Berechtigung des Zustimmenden, wodurch die Verfügung erst wirksam wird, § 185 Abs. 2 BGB (*Palandt/Heinrichs*, a.a.O., vor § 182 Rdnr. 3). Daraus wird nach ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum der Schluss gezogen, dass bei zweiseitigen Vereinbarungen zwischen dem Übergeber und dem Übernehmer (Kreditgeber als Zustimmungender) die Schutzvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes keine Anwendung finden, es sei denn, die Vertragskonstruktion wurde gewählt, um den Übernehmer unter Umgehung des Verbraucherkreditgesetzes zu benachteiligen (vgl. die Nachw. bei BGH NJW 1999, 2664 unter II. 2.b, cc, der diese Frage, weil dort nicht entscheidungserheblich, ausdrücklich unbeantwortet gelassen hat). Begründet wird diese Auffassung nicht nur mit dogmatischen Erwägungen, sondern auch damit, dass in diesen Fällen der Schutz des Verbrauchers nicht vom Sinn und Zweck des Gesetzes erfasst sei. Übernehmer und Übergeber seien nämlich in der Lage, gänzlich ohne Mitwirkung des Kreditgebers im Wege der Erfüllungsübernahme (§ 415 Abs. 3 BGB) die Pflichten aus dem Kreditvertrag (Rückzahlung des Darlehens) auf den Übernehmer zu verlagern, wobei der Kreditgeber von einer derartigen Vereinbarung nicht einmal Kenntnis haben müsse. Eine solche Vereinbarung unterliegt aber ohne jeden Zweifel nicht dem Verbraucherkreditgesetz, wenn die Erfüllungsübernahme ausschließlich privaten Zwecken folgt oder das Verbraucherkreditgesetz aus anderen Gründen, wie im Streitfall (vgl. oben unter Nr. IV. 1.b), keine Anwendung findet (vgl. *Volmer* WM 1999, 209, 211 ff.; a.A. *Staudinger/Kessal-Wulf*, 13. Aufl., § 1 VerbrKG Rdnr. 22 a.E., die selbst die Erfüllungsübernahme dem Verbraucherkreditgesetz unterwerfen will).

cc) Der Senat schließt sich aus den dargelegten, ihn überzeugenden Gründen der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung an. Für den Streitfall bedeutet das, dass die vertragliche Übernahme der Darlehensverbindlichkeit nicht dem Verbraucherkreditgesetz unterfällt, weil Anhaltspunkte dafür, dass mit der hier umstrittenen Vereinbarung das Verbraucherkreditgesetz umgangen werden sollte (§ 18 VerbrKG), nicht vorliegen und die Klägerin, hätte sie mit dem Beklagten nur eine im Innenverhältnis wirkende Erfüllungsübernahme vereinbart, aus den schon genannten Gründen (oben Nr. IV.1.b) nicht Kreditgeberin gewesen wäre.

(...)

Anmerkung:

Der Beklagte hatte das zunächst von der Klägerin betriebene Imbisslokal fortgeführt. Zu diesem Zweck hatte er das vorhandene Inventar und die Warenvorräte gekauft und war in den Mietvertrag und die laufenden Geschäftsbeziehungen der Klägerin eingetreten. Auf die Klage auf Zahlung des Restkaufpreises wehrte sich der Beklagte, soweit im Rahmen dieser Anmerkung von Interesse, damit, sich auf eine Nichtigkeit

nach §§ 4, 6 Abs. 1 VerbrKrG zu berufen und den von ihm für möglich gehaltenen Widerruf nach § 7 Abs. 1 VerbrKrG (jetzt: § 7 Abs. 1 S. 1 VerbrKrG i.V.m. § 361a BGB) zu erklären.

Zu dessen Anwendung bot das Vertragswerk zwei Ansatzpunkte: Einmal sollte vom Kaufpreis ein Teilbetrag von DM 35.000,00 in monatlichen Raten zu DM 2.000,00, beginnend mit dem 1.10.1997, beglichen werden, eine Abrede, die möglicherweise als Kaufpreisstundung nach § 1 Abs. 2 VerbrKrG einzuordnen war. Zweitens hatte der Beklagte auch eine Darlehensverbindlichkeit der Klägerin bei einer Firma SLM, offenbar ein Betreiber von Spielautomaten, übernommen. Aufgeworfen war damit die Anwendung des VerbrKrG in Fällen der Vertragsübernahme.

1. Zur Kaufpreisstundung

Im Hinblick auf die Kaufpreisstundung lehnt das OLG die Anwendung des VerbrKrG mit zwei alternativen Begründungen ab. Die Umstände des Vertragsschlusses ließen einerseits den Schluss zu, dass die Ratenzahlungsabrede nicht entgeltlich erfolgt sei und den Kaufpreis nicht erhöht habe. Zum anderen, und insoweit über den Einzelfall hinaus von Bedeutung, habe die Klägerin bei Gewährung der Stundung nicht mehr in Ausübung einer gewerblichen Betätigung, also nicht mehr als Kreditgeberin, gehandelt.

Am 10.2.1995 hatte der 17. Senat des selben OLG Düsseldorf über folgenden Sachverhalt zu befinden¹: Ein Druckereibetrieb hatte eine ausgesonderte Druckmaschine veräußert und dabei eine Ratenzahlung gewährt, wobei (anders als in der Rezensionsentscheidung) der ausstehende Kaufpreis zu verzinsen war. Eine Widerrufsbelehrung war nicht erfolgt. Das OLG Düsseldorf hatte seinerzeit die Anwendung des VerbrKrG mit der Begründung abgelehnt, Kreditgeber sei nur, wer beruflich oder gewerbsmäßig Kredite gewähre, nicht aber, wer nur gelegentlich, wenngleich im Zusammenhang mit einem Gewerbebetrieb, Kredite gewähre. Als Begründung führte das OLG aus, nur bei gewerbsmäßiger Kreditvergabe könne das erforderliche Know-how verlangt werden, um die Informationspflichten des VerbrKrG einzuhalten. Die Einbeziehung auch anderer Gewerbetreibender nähme diesen faktisch die Möglichkeit, Teilzahlungsabreden zu vereinbaren, weil sie die damit verbundenen Informationspflichten nicht erfüllen könnten. Diese *rechtspolitisch* starke² und in der Debatte um Verbraucherschutz durch Information weitgehend vernachlässigte Argumentation wird noch dadurch untermauert, dass auch andere Autoren zum VerbrKrG davon ausgehen, die Informationspflichten könnten selbst von Profis nur noch mit Computerunterstützung erfüllt werden³. Ein Blick auf die Formel zur Berechnung des effektiven Jahreszinses bestätigt diesen Befund ohne weiteres. *De lege lata* führt aber insbes. wegen § 3 Abs. 1 Nr. 4 VerbrKrG wohl kein Weg daran vorbei, dass auch die gelegentliche Kreditvergabe eines Gewerbetreibenden dem VerbrKrG unterliegt. So lässt denn auch die neue Entscheidung des 26. Senats des OLG Düsseldorf vorsichtige Distanz zur Vorentscheidung erkennen.

Bestätigt wird die Vorentscheidung vom OLG jedoch für den Sonderfall der Aufgabe des Geschäftsbetriebs. Dabei setzt das OLG nicht am rechtspolitisch Wünschenswerten, sondern ganz dogmatisch am Tatbestandsmerkmal der „Ausübung ihrer ge-

werblichen ... Tätigkeit“ (jetzt § 14 BGB) an. Von einer „Ausübung“ könne man nur bei einer fortdauernden gewerblichen Betätigung sprechen, nicht mehr bei einer Betriebsaufgabe. Diese Argumentation ist für die notarielle Praxis hochinteressant: Damit fallen alle Betriebsübergaben, jedenfalls soweit sie sich auf Finanzierungshilfen (§ 1 Abs. 2 VerbrKrG) von Übergeber und Übernehmer untereinander beziehen, schon aus Gründen des persönlichen Anwendungsbereichs aus dem VerbrKrG heraus.

2. Vertragsübernahme

Der zweite Ansatzpunkt bestand in der Übernahme der Darlehensverbindlichkeit durch den Beklagten. Die seinerzeit geltende Wochenfrist (jetzt zwei Wochen nach § 361a Abs. 1 S. 2 BGB) war wegen einer fehlerhaften Belehrung nicht angelaufen; die Jahresfrist des § 7 Abs. 2 VerbrKrG hatte der Beklagte andererseits eingehalten.

Für den Fall einer Vertragsübernahme im Wege eines dreiseitigen Vertrages hatte der BGH die Anwendbarkeit des VerbrKrG angenommen⁴. Den Fall einer zweiseitigen Vertragsübernahme unter Genehmigung des Gläubigers ließ der BGH ausdrücklich offen. Diesen Fall hat nun das OLG Düsseldorf entschieden, und zwar genau entgegengesetzt zum Urteil des BGH zur dreiseitigen Vertragsübernahme: Bei einer bloß zweiseitigen Übernahme lediglich durch Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner unter Genehmigung des Gläubigers ist das VerbrKrG nicht anzuwenden.

3. Bewertung

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf trifft auch in diesem Punkt zu. Der Testfall für die Anwendung des VerbrKrG auf die Vertragsübernahme ist richtig die Erfüllungsübernahme: Aus Sicht des Neuschuldners ist es egal, ob er eine Verbindlichkeit der in §§ 1 Abs. 2, 2 VerbrKrG bezeichneten Arten nur gegenüber dem Altschuldner oder auch gegenüber dem Gläubiger eingeht. Zwischen Erfüllungsübernahme und Vertragsübernahme kann deswegen unter dem Gesichtspunkt des (Neu-)Schuldnerschutzes nicht sinnvoll differenziert werden. Wer dann, wie etwa *Staudinger/Kessal-Wulf*⁵, die Flucht nach vorn antritt und auch die Erfüllungsübernahme dem VerbrKrG unterwirft, gerät in die Gefahr, die Beschränkung im persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes zu missachten und zu seine Anwendung auch im Verhältnis der Verbraucher untereinander zu gelangen. Daher muss der umgekehrte Schluss gezogen werden: Gerade weil die Erfüllungsübernahme zwischen Verbrauchern nicht dem VerbrKrG unterliegt, kann auch die Vertragsübernahme in diesen Fällen nicht dem VerbrKrG unterliegen.

Ein zweites, dem OLG Düsseldorf hinzuzufügendes Argument ergibt sich aus den Auswirkungen des Widerrufsrechts: In Fällen der Vertragsübernahme führt der Widerruf ja nicht zu einem Erlöschen der Verbindlichkeit, sondern zu einer Rückführung der Verbindlichkeit auf den Altschuldner. Diese Rechtsfolge wird bisher in der Lit. nur von *Dazert*⁶ thematisiert. *Dazert* mutet dem Altschuldner die (jetzt zweiwöchige) Phase der schwebenden Unwirksamkeit zu, weil dieser ebenso die Ungewissheit über die Genehmigung des Gläubigers zu

¹ WM 1995, 1142 = NJW-RR 1996, 759.

² Vgl. *Peters* JZ 1992, 99, 100 und bereits der Gesetzgeber des BGB, *Mugdan*, I, S. 451.

³ *Martis*, Verbraucherschutz, S. 54.

⁴ WM 1999, 1412 = DNotI-Rep 15/99, S. 130 mit zust. Besprechung *Martinek* JZ 2000 551, mit abl. Anm. *Volmer* WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 2.99.

⁵ *Staudinger/Kessal-Wulf*, BGB, 13. Bearb. 1998, § 1 VerbrKrG Rdnr. 22.

⁶ *Dazert*, Mithaftung und Sukzession bei Verbraucherkreditverträgen, Diss. Bonn 1998, S. 150.

tragen hätte. *Dazert* setzt dabei stillschweigend voraus, dass der Altschuldner in der Lage ist, die zum Fristbeginn erforderliche Belehrung ordnungsgemäß zu erteilen. Nur beweist das Fallmaterial das Gegenteil. Dem Altschuldner wird womöglich die gem. § 7 Abs. 2 VerbrKrG ein Jahr lang dauernde Ungewissheit zugemutet (um von der keiner Verfristung unterliegenden Rüge der Vertragsnichtigkeit nach §§ 4, 6 Abs. 1 VerbrKrG gar nicht zu reden).

Natürlich steht aus Sicht des Neuschuldners die derivativ übernommene Verpflichtung in der Auswirkungen ihrer Belastung der originär eingegangenen Verpflichtung gleich. Andererseits kann kein Verbraucher erwarten, dass er von einem anderen Verbraucher als unmittelbarem Vertragspartner dieselbe Professionalität in der vorvertraglichen Aufklärung verlangen kann wie von einem Gewerbetreibenden. Es geht eben in diesen Fällen nicht um einen Ausgleich des Informationsvorsprungs des Gewerbetreibenden, sondern nur um Verwaltung beiderseitiger Unwissenheit.

Notarassessor *Michael Volmer*, Würzburg

3. BGB §§ 138, 1018, 1090 (*Wohnungsbesetzungsrecht und sog. „betreutes Wohnen“*)

Die fehlende Befristung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine Gemeinde führt nicht zur Nichtigkeit der Dienstbarkeitsbestellung und der Eintragungsbewilligung wegen Sittenwidrigkeit.

BayObLG, Beschluss vom 29.12.2000 – 2Z BR 134/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind im Grundbuch als Miteigentümer von Grundstücken eingetragen. Auf diesen Grundstücken soll nach Maßgabe eines Durchführungsvertrags zu einem „vorhabenbezogenen Bebauungsplan“ und eines „städtebaulichen Vertrages“ mit umfangreichen Plänen als Anlagen dazu in der Rechtsform des Wohnungseigentums eine Wohnanlage „Servicewohnungen“ errichtet werden.

Am 1.3.2000 bewilligten die Beteiligten zu 1 und 2 im Rahmen dieses Vertragswerks zugunsten der Beteiligten zu 3, einer Gemeinde, die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit mit folgendem Inhalt:

Der zur Verfügung stehende Wohnraum in der Wohnanlage „Servicewohnungen“ darf nur von Personen genutzt werden, deren Nutzung die Gemeinde als Berechtigte der Dienstbarkeit zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, welche das 55. Lebensjahr vollendet und einen Betreuungsvertrag gemäß Anlage 11a dieses Vertrags mit dem Betreiber der Wohnanlage „Servicewohnungen“ abgeschlossen haben. Sofern zusammenhängender Wohnraum von Ehegatten oder Partnern einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft oder von Geschwistern gemeinsam oder von Eltern mit ihren Kindern genutzt wird, gilt die Zustimmung auch als erteilt, wenn nur ein Partner das 55. Lebensjahr vollendet und den Betreuungsvertrag abgeschlossen hat. Die fiktive Zustimmung bleibt bestehen, wenn derjenige Partner der Ehegatten/Partner/Geschwister verstirbt, der die Unterlassungsverpflichtung allein erfüllt hat und der verbleibende Teil zu diesem Zeitpunkt die genannte Altersgrenze noch nicht erreicht hat, sofern dieser bei Erreichen der genannten Altersgrenze den Betreuungsvertrag unverzüglich abschließt und sofern bis dahin kein Dritter den Wohnraum allein oder gemeinsam mit dem verbleibenden Teil der Wohngemeinschaft nutzt.

Das Grundbuchamt hat durch Beschluss vom 3.5.2000 den Eintragungsantrag abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde am 6.11.2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Mit Erfolg:

Aus den Gründen:

(...)

a) Bei dem zur Eintragung beantragten Recht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts (§§ 1090, 1018 BGB). Nach dem Inhalt des Rechts sollen auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, nämlich die Überlassung der Wohnungen auf dem Grundstück an beliebige Personen. Damit liegt eine Unterlassungsdienstbarkeit vor (Fall 2 des § 1018 BGB). Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Dienstbarkeit in der Form des Wohnungsbesetzungsrechts, mit der öffentliche Interessen verfolgt werden, steht heute nicht mehr in Frage (BayObLGZ 2000, 140/141 m.w.N.).

b) Von einer Nichtigkeit der Dienstbarkeitsbestellung und der Eintragungsbewilligung wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) kann keine Rede sein. Der Senat hat in der erwähnten Entscheidung vom 22.5.2000 (BayObLGZ 2000, 140/142) im einzelnen ausgeführt, dass eine Befristung nicht notwendige Voraussetzung eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person ist. Daran hält der Senat fest. Entscheidende Bedeutung kommt dem Umstand zu, dass bei veränderten Umständen ein Anspruch gegen den Berechtigten der Dienstbarkeit auf deren Aufhebung und Löschung nicht ausgeschlossen ist.

c) Wie bei jedem dinglichen Recht erfordert der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz auch bei einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, dass der Umfang des Rechts sich aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne weiteres ergibt (*Demharter* GBO 23. Aufl. Anh. zu § 13, Rdnr. 5 m.w.N.). Dies ist hier entgegen der Ansicht des Landgerichts der Fall. Gegenstand des Wohnungsbesetzungsrechts ist nach der Eintragungsbewilligung der Wohnraum in der Wohnanlage „Servicewohnungen“. Die nächstliegende Bedeutung ist, dass es sich dabei um den gesamten Wohnraum handelt. Die Eintragungsbewilligung ist in dem notariellen Vertrag vom 1.3.2000 samt dem Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan und dem städtebaulichen Vertrag samt Anlagen enthalten. Dieser Vertrag ist daher zur Auslegung des verwendeten Begriffs der Wohnanlage „Servicewohnungen“ heranzuziehen. Aus § 2 des notariellen Vertrags in Verbindung mit den Plänen gemäß der Anlage, insbesondere dem Plan in Anlage 2a ergibt sich, dass das Vorhaben die in dem Plan mit blauer Farbe kenntlich gemachten Bauquartiere C, D und E umfasst und die Servicewohnungen in den Bauquartieren D und E liegen. Damit ist der Umfang des von der Dienstbarkeit umfassten Wohnraums ausreichend bestimmt bezeichnet.

d) In der Urkunde vom 1.3.2000 ist die Dienstbarkeit in zwei verschiedenen Fassungen bewilligt worden. Der Eintragungsantrag wurde sodann in der Erinnerungsschrift vom 8.5.2000 auf die zweite Fassung beschränkt. Dieser Antrag ist Gegenstand der Entscheidung. Bei der Eintragung der Dienstbarkeit wird bei der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (vgl. § 874 BGB, § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO) in geeigneter Form zum Ausdruck zu bringen sein, dass die zweite Fassung Gegenstand der Eintragung ist (vgl. *Demharter* § 44 Rdnr. 38).

4. WEG §§ 3 Abs. 2, 4; 7 Abs. 4 Nr. 2; BGB §§ 873, 925, 313 (Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Übertragung von Sondereigentum)

- 1. Verändern sich durch die Übertragung von Sondereigentum an einzelnen Räumen die Grenzen des bestehenden Sondereigentums, bedarf es, wie im Fall der Unterteilung, der Vorlage eines neuen bestätigten Aufteilungsplans sowie einer Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der neu gebildeten Einheiten.**
- 2. Werden bereits getrennt gelegene Räume übertragen, reicht hinsichtlich der Restwohnung die frühere Abgeschlossenheitsbescheinigung jedenfalls dann nicht aus, wenn nach dem neuen Aufteilungsplan Änderungen eingetreten sind, wonach die infolge Übertragung der Räume verkleinerte Wohnung nicht (mehr) als in sich abgeschlossen gelten kann (hier: Bad ohne WC).**

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 23.2.2001 – 3 W 39/01 – mitgeteilt von Notariatsverwalter Gerd Holland, Speyer, und Ri OLG Hengesbach

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten sind Miteigentümer einer Wohnungseigentumsanlage. Die Beteiligte zu 1) ist Sondereigentümerin der im ersten Obergeschoss befindlichen, im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Räumlichkeiten; die Beteiligte zu 2) ist Sondereigentümerin der im Dachgeschoss gelegenen, im Aufteilungsplan mit Nr. 3 bezeichneten Räumlichkeiten. Zum Sondereigentum der Beteiligten zu 1) gehören auch drei eigens zugängliche Räume des ersten Obergeschosses, die durch das – im Gemeinschaftseigentum stehende – Treppenhaus von den übrigen Räumen getrennt und im Aufteilungsplan als Gästezimmer, WC und Abstellraum bezeichnet sind. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung zur Teilungserklärung vom 6.10.1994 weist die mit Nummern 1 bis 3 bezeichneten Wohnungen als in sich abgeschlossen aus.

Die Beteiligte zu 1) hat mit notariellem Kaufvertrag vom 6.6.2000 die oben näher bezeichneten drei Räume an die Beteiligte zu 2) veräußert. Nach Ziffer II der notariellen Urkunde sollen die in dem der Urkunde beigefügten Aufteilungsplan nunmehr mit Nr. 3 bezeichneten Räume von der Wohnung Nr. 2 abgetrennt und im Wege der Bestandteilszuschreibung mit der Wohnung Nr. 3 verbunden werden, ohne dass sich an den Miteigentumsanteilen etwas ändert. In der dazu vorgelegten Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 22.5.2000 werden die jetzt mit Nr. 3 gekennzeichneten nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume (Nebenräume zu Wohnung Nr. 3) im ersten Obergeschoss als in sich abgeschlossen ausgewiesen.

Mit Zwischenverfügung vom 25.10.2000 forderte die Rechtspflegerin des Grundbuchamts u.a. die Vorlage einer weiteren Bescheinigung, wonach trotz Abtrennung der Räume die Wohnung Nr. 2 noch in sich abgeschlossen sei. Die hiergegen gerichtete Erinnerung und Beschwerde der Beteiligten sind ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde machen sie geltend, hinsichtlich der verbleibenden Räume der Wohnung Nr. 2 ergebe sich die Abgeschlossenheit aus der im Zusammenhang mit der Teilungserklärung erteilten Bescheinigung. Denn diese habe nur erteilt werden dürfen, wenn die Wohnung auch ohne die außerhalb gelegenen, vom gemeinschaftlichen Flur aus zugänglichen und hier übertragenen drei Räume in sich abgeschlossen war. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zunächst unterliegt es keinen rechtlichen Bedenken, wenn – wie hier – zwei Wohnungseigentümer einzelne Räume ihres Sondereigentums von dem einen auf den anderen übertragen. Dazu bedarf es, wie in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt ist (vgl. BayObLG DNotZ 1984, 381, 382 f.;

Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 11. Aufl. Rdnr. 2968; Bärmann/Pick, WEG 8. Aufl. § 6 Rdnr. 4; Weitnauer, WEG 8. Aufl. § 6 Rdnr. 4 jew. m.w.N.), weder einer gleichzeitigen Änderung der jeweiligen Miteigentumsanteile noch einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer. Die Übertragung erfolgt in der Form des § 4 WEG i.V.m. §§ 873, 925, 313 BGB (vgl. BayObLG a.a.O.; Haegle/Schöner/Stöber a.a.O.). Verändern sich die Grenzen des Sondereigentums, bedarf es jedoch, wie im Fall der Unterteilung (vgl. dazu BayObLG NJW-RR 1994, 716 m.w.N.), der Vorlage eines neuen bestätigten Aufteilungsplans sowie einer Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der neu gebildeten Einheiten (Rapp, MittBayNot 1996, 344, 348; Hauger, WE 1991, 66, 67; Bauer/von Oefele, GBO AT V 346). Dabei ist die Abgeschlossenheitsbescheinigung zwingende Eintragungsvoraussetzung; fehlt sie, so darf Wohnungseigentum durch das Grundbuchamt nicht begründet werden (vgl. BayObLGZ 1990, 168, 170 f. sowie NJW-RR 1994, 716; Hauger a.a.O.).

2. Ausgehend von den vorgenannten Grundsätzen haben hier die Vorinstanzen zu Recht die Grundbucheintragung von der Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung zur verkleinerten Wohnung Nr. 2 abhängig gemacht. Umstände, die es rechtfertigen könnten, hierauf ausnahmsweise zu verzichten, liegen nicht vor. Insbesondere kann nicht auf die frühere Bescheinigung nebst Aufteilungsplan abgestellt werden.

a) Ohne Rechtsfehler gehen die Vorinstanzen zunächst davon aus, dass der Nachweis für die Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 WEG erbracht ist, soweit es um die durch Übertragung der Räume vergrößerte Wohnung Nr. 3 geht. Für die übertragenen Räume ist mit dem Eintragungsantrag eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 22.5.2000 beigefügt. Das Grundbuchamt ist insoweit nicht verpflichtet, die Bescheinigung daraufhin zu überprüfen, ob sie der tatsächlichen Bauausführung entspricht (vgl. etwa Rapp in: Bub (u.a.), WEG, § 7 Rdnr. 29). Wie im Fall der Vereinigung mehrerer Wohnungen (vgl. dazu BayObLG ZMR 1999, 266, 267 und ZMR 2000, 468, 469; KG NJW-RR 1989, 1360, 1361; zuletzt BGH, Beschluss vom 21.12.2000 – V ZB 45/00 –) ist es nicht erforderlich, dass die vom neu gebildeten einheitlichen Sondereigentum erfassten Räume eine in sich abgeschlossene Gesamtwohnung bilden. Das Abgeschlossenheitserfordernis des § 3 Abs. 2 WEG hat den Sinn, die Eigentums- und Benutzungsverhältnisse innerhalb des in Wohnungseigentum aufgeteilten Gebäudes klarzustellen und Streitigkeiten vorzubeugen, die sich aus einer Unklarheit dieser Beziehungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht innerhalb eines Gebäudes ergeben können (vgl. KG a.a.O. m.w.N.). Dem ist genüge getan, wenn hinsichtlich der ursprünglichen Wohnung Nr. 3 die Abgeschlossenheit im bisherigen Sinne fortbesteht und hinsichtlich der dazu erworbenen – außenliegenden – Räume die Abgeschlossenheit gesondert bescheinigt wird (vgl. Bauer/von Oefele a.a.O. AT V. 48).

b) Etwas anderes gilt jedoch für die durch Abtrennung der drei übertragenen Räume verkleinerte Wohnung Nr. 2. In Bezug auf diese haben Grundbuchamt und Landgericht es zu Recht abgelehnt, als Nachweis die ursprüngliche mit der Teilungserklärung vorgelegte Abgeschlossenheitsbescheinigung ausreichen zu lassen.

aa) Von dem Grundsatz, dass bei Teilung bzw. Übertragung von Sondereigentum sich die Grenzen verändern, so dass die Abgeschlossenheit der neu gebildeten Einheiten neu zu bescheinigen ist, gibt es allerdings Ausnahmen, etwa im Fall der Übertragung eines von vornherein in sich abgeschlossenen

Raums (Garage oder Keller). Grund dafür ist, dass durch die Übertragung hinsichtlich der Aufteilung der einzelnen Räume keine Unklarheit geschaffen wird (vgl. OLG Celle DNotZ 1975, 42, 44).

bb) Hier kann dahinstehen, ob demgegenüber allein die (frühere) Nutzung zu Wohnzwecken entscheidendes Abgrenzungskriterium sein kann, wie das Landgericht meint. Jedenfalls könnte die ursprüngliche Bescheinigung mit Aufteilungsplan nur dann zum Nachweis herangezogen werden, wenn bezüglich der verbleibenden Wohnung Nr. 2 keine Änderung eingetreten wäre (vgl. zur Auswirkung etwaiger Änderungen tatsächlicher Zustände BayObLG NJW-RR 1994, 716). Das ist nicht der Fall. Denn der zu den Akten gereichte neue Aufteilungsplan stimmt mit dem früheren Plan in einem wesentlichen Punkt nicht überein; in dem „Bad“ ist nämlich kein „WC“ mehr verzeichnet. Zutreffend weist die Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang darauf hin, dass zu jeder Wohnung eine eigene Toilette gehören muss. Denn als abgeschlossen gelten Wohnungen bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen nur, wenn das WC innerhalb der Wohnung liegt (vgl. unter Hinweis auf Nr. 5 a Satz 3 AVA OLG Düsseldorf ZMR 1997, 662, 664). Dementsprechend war in dem der früheren Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügten Aufteilungsplan nicht nur außerhalb der nunmehr als Nr. 2 verbleibenden Räume, sondern auch im „Bad“ ein „WC“ verzeichnet. Da der jetzt vorgelegte Plan nur die Bezeichnung „Bad“ enthält, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass mittlerweile eine Änderung eingetreten ist, zumal zu den übertragenen – außerhalb der verbleibenden Restwohnung gelegenen – Räumen ein „WC“ gehört. Mithin ist die frühere Bescheinigung nicht geeignet, den Nachweis für die Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 WEG zu erbringen.

5. § 55 GBO (Anspruch der Beteiligten auf Übersendung von Eintragungsnachrichten)

Mit der Bekanntmachung der Eintragungsmittteilung an den antragstellenden Notar ist § 55 GBO Genüge getan. Ein Anspruch der Beteiligten auf unmittelbare Übersendung von Eintragungsnachrichten hierüber hinaus besteht nicht.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 20.11.2000 – 2 Wx 59/00 –, mitgeteilt von Notariatsbürovorsteher *Guido Bischoff*, Xanten

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1) ist der im Grundbuch eingetragene Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes. Mit Urkunde des Notars hat der Beteiligte zu 1) die Eintragung einer Grundschuld im Betrag von 36.000,00 DM zugunsten der Beteiligten zu 2) bewilligt. In der Urkunde heißt es außerdem:

„Der Notar ist berechtigt, die Anträge aus dieser Urkunde sowie aus fremden Urkunden einzeln, getrennt und in beliebiger Reihenfolge dem Grundbuchamt vorzulegen, zu ändern und sie in gleicher Weise umzustellen oder zurückzuziehen.

...

Die Beteiligten ermächtigen den Notar ... in ihren Namen alle Erklärungen abzugeben, die sinnvoll, geboten und zweckmäßig sind, um diese Urkunde zu vollziehen.

...

Die Erschienenen erklären ausdrücklich, dass die Eintragungsnachrichten des Grundbuchamtes ihnen und dem Gläubiger unmittelbar vom Grundbuchamt zu übersenden sind. Eine Eintragungsnachricht ist dem Notar zu übersenden.“

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei einen Anspruch der Beteiligten auf unmittelbare Übersendung einer Eintragungsmittteilung § 55 GBO verneint. Nach Maßgabe dieser Vorschrift sind Grundbucheintragungen zwar dem den Antrag einreichenden Notar, dem Antragsteller, dem eingetragenen Eigentümer sowie gegebenenfalls weiter genannten Personen bekanntzumachen. Erfolgt jedoch eine Eintragung aufgrund eines Antrages des beurkundenden Notars, erhält dieser nach absolut h.M. in Rechtsprechung und Literatur (BayObLG, Rpfleger 1989, 147 [148]; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449; *Wilke* in: *Bauer/von Oefele*, GBO, 1999, § 15 Rdnr. 40; *Meincke* in: *Bauer/von Oefele*, a.a.O., § 55 Rdnr. 6; *Demharter*, GBO, 23. Auflage 2000, § 15 Rdnr. 19, § 55 Rdnr. 10; *Böttcher* in: *Meikel*, GBO, 8. Auflage 1997, § 15 Rdnr. 33; *Morvilius* in: *Meikel* a.a.O., § 55 Rdnr. 26 ff.; *Kuntze/Herrmann/Eickmann/Erber-Faller/Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Auflage 1999, § 15 Rdnr. 38; § 55 Rdnr. 2), der sich der Senat anschließt, ausschließlich die Eintragungsnachricht, gegebenenfalls unter Beifügung einer entsprechenden Anzahl von Abschriften zur Weiterleitung.

Mit der Bekanntmachung an den Notar ist § 55 GBO Genüge getan. Eine gesonderte Übersendung einer Eintragung an die Antragsteller ist nicht notwendig. Eine Bekanntmachung an die Antragsteller unmittelbar ist zudem, entgegen dem sonst im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz, unwirksam (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311; *Demharter*, GBO, 23. Auflage 2000, § 15 Rdnr. 19 m.w.N. aus der Rechtsprechung). Es obliegt dem Notar, die Antragsteller von der Eintragung zu unterrichten. Dies ist Folge davon, dass dieser, sei es aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 15 GBO oder aufgrund einer ausdrücklichen Ermächtigung, den Antrag bei dem Grundbuchamt stellt. Die ausschließliche Übersendung der Eintragungsnachricht an den Notar mit der Verpflichtung zur Weiterleitung entspricht, wie das Landgericht mit rechtlich nicht zu beanstandenden Erwägungen ausführt, der Bedeutung dieser Mitteilung. Grundsätzlich ist jeder an einem Grundbuchverfahren Beteiligte verpflichtet, sofern er nach seiner Stellung oder seinem Bildungsgrad hierzu in der Lage ist, eine unmittelbar vom Grundbuchamt erhaltene Eintragungsnachricht sorgfältig auf die Richtigkeit der Eintragung zu überprüfen. Erforderlichenfalls muss er sich unverzüglich beim Grundbuchamt erkundigen und Gegenvorstellungen erheben (BGH, NJW 1984, 1748; BayObLG, Rpfleger 1989, 147 [148]; *Demharter*, GBO, 23. Auflage 2000, § 55 Rdnr. 32). Das Unterlassen der Nachprüfung ist als Nichtgebrauch eines Rechtsmittels im Sinne des § 839 Abs. 3 BGB anzusehen und kann unter Umständen den Verlust von Schadensersatzansprüchen zur Folge haben (vgl. BGH, NJW 1958, 1532; *Demharter*, a.a.O., § 55 Rdnr. 32). Zu einer entsprechenden Prüfung der Mitteilung ist der Notar aufgrund seiner Sachkunde in der Regel weit eher geeignet als ein Antragsteller (BayObLG, Rpfleger 1989, 147 [148]; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449). Bei einer Weiterleitung der Eintragungsunterlagen durch den Notar können die Beteiligten in der Regel darauf vertrauen, dass – falls durch den Notar keine gegenteilige Mitteilung erfolgt – diese bereits auf ihre Richtigkeit überprüft worden sind. Wenn ein Beteiligter einen

rechtskundigen Notar mit der Grundbuchrechtlichen Abwicklung eines Rechtsgeschäfts betraut, darf er sich darauf verlassen, dass der Notar alles Erforderliche veranlassen werde (BGH, NJW 1984, 1748; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474 [475]).

Die von den Beteiligten in der notariellen Urkunde aufgenommene Erklärung, die Eintragungsnachrichten des Grundbuchamtes seien ihnen unmittelbar vom Grundbuchamt zu übersenden, führt zu keiner anderen Beurteilung. Hierdurch wird nicht etwa die gemäß § 15 GBO gesetzlich vermutete bzw. die in der Urkunde ausdrücklich erteilte Vollmacht des Notars hinsichtlich der Berechtigung zur Entgegennahme der Unterlagen eingeschränkt. Unabhängig davon, ob eine solche Beschränkung der Vollmacht überhaupt wirksam wäre (verneinend wohl: BayObLG, Rpfleger 1989, 147; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311 [312]; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474 [475]; LG Koblenz, Rpfleger 1996, 449), ist vorliegend der antragstellende Notar nach dem eindeutigen Wortlaut der notariellen Urkunde vom 13.6.2000 uneingeschränkt bevollmächtigt worden, alle Erklärungen in Namen der Beteiligten abzugeben, die sinnvoll, geboten und zweckmäßig sind, um diese Urkunde zu vollziehen und insbesondere auch entsprechende Anträge zu stellen. Hierzu gehört auch das Ermächtigung, die für die Beteiligten bestimmten Unterlagen in Empfang zu nehmen.

Schließlich lässt sich aus einer möglicherweise abweichenden früheren Praxis verschiedener Grundbuchämter kein Anspruch der Beteiligten auf unmittelbare Übersendung von Eintragungsnachrichten begründen. Bedenken bestehen bereits, ob der Rechtspfleger des Grundbuchamtes nunmehr überhaupt noch berechtigt ist, einem von der Allgemeinen Verfügung des Justizministers vom 8.5.2000 (1433 – I D.19, JMBL. NRW S. 157) abweichenden Begehren des Notars bei der Antragstellung zu entsprechen. Auf jeden Fall begründet eine frühere abweichende Übung noch kein Gewohnheitsrecht. Dazu wäre erforderlich, dass die Übung auf der Überzeugung der beteiligten Verkehrskreise beruht, durch deren Einhaltung bestehendes Recht zu befolgen. Dies lässt sich nicht feststellen, zumal es sich nur um ein Verfahren zur Erleichterung der bürokratischen Abwicklung von Eintragungsanträgen handelt (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1984, 311 [312]; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 474 [475]).

—

6. GBO § 19, BGB § 1092 Abs. 2, BBG § 1059 a (*Rechtsnachfolgezusatz bei beschränkt persönlicher Dienstbarkeit*)

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann im Grundbuch nicht für eine offene Handelsgesellschaft mit dem Zusatz „und deren Rechtsnachfolger“ eingetragen werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2000 – 15W 361/00 – mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Zu notarieller Urkunde vom 27.5.1999 haben die Beteiligten die vorgenannten Grundstücke getauscht und aufgelassen. In § 2 b der notariellen Urkunde hat der Beteiligte zu 1) der Beteiligten zu 2) eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem Grundstück Flurstück 80 eingeräumt. Die Eintragungsbewilligung lautet auszugsweise:

„Herr S räumt der Firma Gebr. B (...) oHG und deren Rechtsnachfolger ... ein PKW-Parkplatz- und Wenderecht (...) ein.“

Den Antrag des Urkundsnotars vom 27.10.1999 auf Eigentumsumschreibung, Löschung von anderen Rechten und Eintragung des PKW-Parkplatz- und Wenderechtes hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes mit Zwischenverfügung vom 25.2.2000 dahin beanstandet, der der Bezeichnung der Berechtigten hinzugefügte Zusatz „und deren Rechtsnachfolger“ sei nicht eintragungsfähig. Die Rechtsnachfolgeklausel täusche über die grundsätzliche Unübertragbarkeit der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hinweg. Zur Behebung der Beanstandung ist eine Frist von vier Wochen gesetzt worden.

Gegen diese Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schriftsatz vom 21.3.2000 „Erinnerung“ eingelegt, die das Grundbuchamt nach Nichtabhilfe dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt hat. Dieses hat durch Beschluss vom 9.8.2000 die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Urkundsnotars, die er mit Schriftsatz vom 13.9.2000 bei dem Landgericht eingelegt hat, jedoch ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

Der Zusatz „und deren Rechtsnachfolger“ soll hier nach dem Zusammenhang des Vorbringens der Beteiligten offenbar als Hinweis darauf dienen, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit auf einen Rechtsnachfolger der ursprünglich berechtigten Beteiligten zu 2) übergehen kann. Diese Frage ist indessen im Gesetz eindeutig geregelt: Nach § 1092 Abs. 1 BGB ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht übertragbar. Ergänzend finden nach § 1092 Abs. 2 BGB die §§ 1059 a bis 1059 d BGB entsprechende Anwendung. Steht eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit einer juristischen Person zu, so geht die Dienstbarkeit im Falle einer *Gesamtrechtsnachfolge* auf den Rechtsnachfolger über (§ 1059 a Abs. 1 Nr. 1 BGB). Eine *Sonderrechtsnachfolge* findet nach § 1059 a Abs. 1 Nr. 2 BGB nur statt, wenn das von der juristischen Person betriebene Unternehmen insgesamt oder zu einem Teil übertragen wird und durch die zuständige Behörde festgestellt wird, dass die Dienstbarkeit den Zwecken des veräußerten Unternehmens bzw. Unternehmensteils zu dienen geeignet ist. Diese Bestimmungen finden nach dem durch das Gesetz vom 17.7.1996 (BGBl. I. S. 990) eingeführten § 1059 a Abs. 2 BGB auch auf rechtsfähige Personengesellschaften, darunter die oHG, Anwendung.

Ein klarstellender Hinweis lediglich auf die geltende gesetzliche Regelung ist indessen überflüssig und als solcher nicht im Grundbuch eintragungsfähig. Allerdings wird in der Literatur die Zulässigkeit eines Rechtsnachfolgevermerks teilweise unter dem Gesichtspunkt bejaht, dieser sei zur Klarstellung in der Hinsicht geeignet, dass ein – durch Verbindung der Bestellung des Rechts mit einer auflösenden Bedingung rechtlich möglicher – Ausschluss der Übertragbarkeit, in den Fällen des § 1059 a Abs. 1 BGB *nicht* vereinbart sei (*Staudinger/Frank*, BGB, 13. Bearbeitung, § 1059 a, Rdnr. 8; *MüKo/BGB-Petzold*, 3. Aufl. § 1059 a, Rdnr. 3). Der Senat kann für seine Entscheidung offenlassen, ob er sich dieser Auffassung im Ausgangspunkt anschließen kann. Sie ist mit dem Gedanken, das Grundbuch von überflüssigen Eintragungen freizuhalten, kaum in Einklang zu bringen. Denn wenn der gesetzliche Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ihre Übertragbarkeit in bestimmten Fällen ermöglicht, bedarf nur der vereinbarte Ausschluss der Übertragbarkeit, nicht aber eine mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmende Einigung der Beteiligten einer klarstellenden Eintragung im Grundbuch. Unabhängig davon müsste eine unter diesem Gesichtspunkt zugelassene Klarstellung inhaltlich so gefasst sein, dass sie im Ergebnis ein größeres Maß an Klarheit er-

bringt und nicht zusätzliche Unklarheiten schafft. Eine Bestimmung der Eintragungsbewilligung des Inhalts, § 1059 a BGB sei nicht ausgeschlossen, mag deshalb ggf. hinzunehmen sein.

Anders verhält es sich aber hier mit dem Zusatz „und deren Rechtsnachfolger“ zur Bezeichnung der Berechtigten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Diese Fassung lässt nämlich unklar, welche Fälle der Rechtsnachfolge mit dieser Formulierung erfasst werden sollen. Im juristischen Sprachgebrauch werden allgemein die Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) und die Sonderrechtsnachfolge bei Veräußerung einzelner Vermögensgegenstände unterschieden; beide Formen der Rechtsnachfolge führen zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Diese Unterscheidung wird in §§ 1092 Abs. 1, 1059 a Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB aufgegriffen: Eine Gesamtrechtsnachfolge einer juristischen Person oder Personenhandelsgesellschaft kann sich unbeschränkt auch auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit erstrecken, eine Sonderrechtsnachfolge kann jedoch nur in beschränkten Ausnahmefällen stattfinden. Da in der Eintragungsbewilligung der allgemeine Begriff der Rechtsnachfolge verwendet wird, wird aus der für die Auslegung von Grundbucheintragungen maßgeblichen Sicht des unbefangenen Betrachters zumindest der missverständliche Eindruck erweckt, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit solle unbeschränkt einer Rechtsnachfolge zugänglich sein. Dies kann zu Komplikationen bei der Auslegung der Grundbucheintragung in der Hinsicht führen, ob, weil die allgemeine Übertragbarkeit des Rechts als zulässiger Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht begründet werden kann, durch die Einbeziehung von Rechtsnachfolgern in der Formulierung ggf. die Bestellung einer subjektiv-dinglichen Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) zum Ausdruck gebracht werden soll, mag der BGH eine solche Auslegung in seiner Entscheidung vom 2.12.1964 (NJW 1965 393) auch abgelehnt haben. Mit dem Bestimmtheitsanfordernis für Eintragungen im Grundbuch sind solche Missverständlichkeiten der Formulierung nicht in Einklang zu bringen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Recht in Übereinstimmung mit dem Inhalt begründet werden soll, wie er sich bereits aus den gesetzlichen Vorschriften ergibt. Der Senat folgt deshalb der verbreiteten Auffassung, dass ein Rechtsnachfolgesatz bei der Bezeichnung des Berechtigten einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen werden kann (LG Bochum Rpfleger 1975, 432 f.; Grundbuchamt Mannheim BWNNotZ 1977, 26; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1199; MüKo/BGB-Joost, § 1092, Rdnr. 2).

So zu entscheiden sieht sich der Senat nicht gehindert durch den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.11.1975 (MittBayNot 1976, 215 = MittRhNotK 1976, 641), auf den sich die Beschwerdeführer zur Begründung ihrer gegenteiligen Auffassung stützten. Das OLG Düsseldorf hat in dieser Entscheidung zwar einen Rechtsnachfolgesatz bei einer oHG als Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als klarstellenden Hinweis zugelassen. Grundlage seiner Auffassung ist jedoch der damalige Rechtszustand vor Einfügung des § 1059 a Abs. 2 BGB. Damals war lediglich in der Rechtsprechung (BGHZ 50, 307, 310) anerkannt, dass die Regelung des § 1059 a BGB (jetzt: Abs. 1) entsprechend auch auf eine Personenhandelsgesellschaft als Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit anwendbar ist. Ausdrücklich im Hinblick auf diese Rechtsprechung hat das OLG Düsseldorf einen solchen ergänzenden Hinweis für geeignet und damit für zulässig gehalten, eine Klarstellung herbeizu-

führen. Nach Einführung des § 1059 a Abs. 2 BGB durch das Gesetz vom 17.7.1996 besteht dafür jedoch keinerlei sachliches Bedürfnis mehr. Im Hinblick auf die der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegende, inzwischen geänderte Gesetzeslage sieht sich der Senat zu einer Vorlage an den BGH gem. § 79 Abs. 2 GBO nicht verpflichtet.

7. BGB §§ 117, 116 (*Unterverbriefung ohne Kenntnis des Verkäufers*)

Zu den Rechtsfolgen, wenn der Kaufpreis für ein Grundstück zu niedrig beurkundet wurde, ohne dass der Verkäufer es bemerkt hat.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.12.2000 – 9 U 122/00 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Kläger verlangt von den Beklagten Löschung einer Auflassungsvormerkung.

Der 73-jährige Kläger ist Architekt und Eigentümer des Mehrfamilienhauses F.-Straße in L Baujahr 1966, durch Teilungserklärung vom 20.5.1988 aufgeteilt in zwölf Wohnungen nebst Garagen. Aus diesem Objekt hatte der Kläger zuletzt im Oktober 1997 an die Eheleute H eine Eigentumswohnung zum Kaufpreis von 275.000 DM veräußert.

Die Beklagten haben mit Mietvertrag vom 23.9.1994 seit dem 15.10.1994 die vergleichbare Eigentumswohnung Nr. 2 im 1. Obergeschoss gemietet.

Im Januar 1999 entschlossen sich die Beklagten, die Wohnung zu erwerben und äußerten gegenüber dem Kläger ihr Interesse. Die Parteien führten Vorgespräche, in denen ein Kaufpreis von zunächst 300.000 DM und später von 290.000 DM erwogen wurde.

Der Kläger beauftragte am 11.3.1999 „seinen“ Notar mit dem Entwurf eines Kaufvertrages, wobei er unstreitig Bezug nahm auf den früheren Kaufvertrag H, den derselbe Notar beurkundet hatte.

Den Kaufvertragsentwurf, in dem der Kaufpreis mit 190.000 DM angegeben war, erhielt der Kläger per Post am 16.3.1999. Am Abend erkundigte der Kläger sich bei den Beklagten, ob sie mit dem Kaufpreis einverstanden seien, wobei er die Höhe des Kaufpreises nicht erwähnte.

Am 17.3.1999 wies der Kläger mit notarieller Urkunde das Sondernutzungsrecht am Garten, das vorher zu seiner Wohnung Nr. 8 gehörte, der zu veräußernden Wohnung Nr. 2 zu.

Am 18.3.1999 wurde der notarielle Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 190.000 DM beurkundet.

Mit Schreiben vom 24.3.1999 übersandte der Notar den Parteien u.a. die Ausfertigung des Kaufvertrages und seine Rechnung (für den Kläger wegen Vollzug der Pfandfreigabe nach einem Wert von 190.000 DM). Das Grundbuchamt übersandte mit Schreiben vom 1.4.1999, eingehend beim Notar am 6.4.1999, die Eintragungsnachricht über die Auflassungsvormerkung und eine Grundschuld von 190.000 DM.

Vom Notar erhielt der Kläger weiter die Durchschrift von dessen Fälligkeitsmitteilung an die Beklagten vom 8.4.1999, worin der Gesamtkaufpreis mit 190.000 DM angegeben war.

Mit Schreiben und Fax vom 29.4.1999 teilte der Kläger dem Notar mit, er sei mit dem Kaufpreis von 190.000 DM nicht einverstanden und könne sich nicht vorstellen, dass bei Lesung diese Summe genannt worden sei. Er habe dem Notar den Auftrag erteilt, weil dieser schon den Auftrag „H.“ (für 275.000 DM) verfasst habe. Wenn ihm die Summe unklar gewesen sei, hätte ein Blick auf den Kaufvertrag den richtigen Hinweis geben können.

Mit weiterem Schreiben und Fax vom gleichen Tage an die S teilte der Kläger mit, er werde die Annahme der auf Irrtum zu erwartenden

Kaufpreiszahlung von 190.000 DM ablehnen und weise die S an, das Geld zurückzugeben.

Mit weiterem Schreiben vom 29.4.1999 an die Beklagten teilte der Kläger mit, er gehe davon aus, dass auch sie die irrtümlich eingesezte Summe von 190.000 DM nicht bewusst wahrgenommen hätten und es keine Schwierigkeit bedeute, eine Änderung herbeizuführen. Rein vorsorglich focht er mit weiterem Schreiben vom gleichen Tage den Kaufvertrag an. Diese Schreiben übergab die Zeugin H dem Beklagten nach deren Urlaub am 12.5.1999. Die Bank der Beklagten zahlte gemäß Schreiben vom 29.4.999 am 30.4.1999 an den Kläger 162.000 DM (172.000 DM abzüglich 10.000 DM Rückstand) und 28.000 DM aus. Das Darlehen ist fest vereinbart bis zum 30.12.2023. Geldeingang auf dem Konto des Klägers war am 30.4.1999; die Rücküberweisung erfolgte am 3.5.1999.

Mit Anwaltsschreiben vom 19.5.1999 teilten die Beklagten mit, dass sie am Kaufvertrag festhielten. Seitdem bewohnen sie die Wohnung, ohne weiter Miete zu zahlen.

Der Kläger hat behauptet, die Parteien seien sich über einen Kaufpreis von 290.000 DM einig gewesen. Der Betrag habe sich an dem Kaufpreis des Verkaufs „H.“ orientiert, mit einem Aufschlag von 15.000 DM für das Sondernutzungsrecht im Garten. Dieser Preis entspreche dem ortsüblichen Marktwert einer solchen Wohnung. Er habe dem Notar den Auftrag zur Erstellung des Kaufvertragsentwurfes telefonisch gegeben und ihn angewiesen, den Kaufvertrag so zu gestalten, wie den Kaufvertrag „H.“. Er habe angenommen, der Notar habe diese Anordnung befolgt. Daher habe er den Vertragsentwurf nicht mehr durchgesehen. Im Notartermin habe er gesundheitliche Probleme gehabt und die Verlesung des Vertrages nicht verfolgen können. Er habe den Kaufvertrag unterschrieben in dem Glauben, die Wohnung für 290.000 DM zu verkaufen. Die ihm später übersandten Unterlagen habe er ungelesen abgeholt. Erst am 29.4.1999 habe er erfahren, dass nur 190.000 DM beurkundet worden seien. Dazu hat der Kläger zunächst behauptet, der Notar habe ihn angerufen, um die Überweisung von 190.000 DM mitzuteilen. Später hat der Kläger hierzu behauptet, er sei auf den Irrtum aufmerksam geworden, weil nur 190.000 DM seinem Konto gutgeschrieben worden seien.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, der Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Eigentumsvormerkung im Grundbuch von E des Amtsgerichts Düsseldorf, Blatt, Abteilung zuzustimmen;

hilfsweise,

die Beklagten gesamtschuldnerisch zu verurteilen, an ihn 100.000 DM nebst 4 % Zinsen zu zahlen.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt und behauptet, zunächst sei ein Kaufpreis von 290.000 DM erwogen worden, jedoch einschließlich Garage und umfangreicher Renovierung durch den Kläger.

Im Notartermin habe der Notar bei der Verlesung des Kaufpreises den Kläger gefragt, ob dies richtig sei; dieser habe geantwortet: „ja, 190.000 DM“.

Es liege kein Erklärungsirrtum vor, jedenfalls sei die Anfechtungserklärung des Klägers verfristet. Es sei lebensfremd anzunehmen, dass der Kläger den angeblichen Fehler weder im Notartermin noch später bemerkt habe. Der Kläger müsse beweisen, dass er die ihm zugegangenen Unterlagen nicht gelesen habe.

Letztlich sei die Anfechtung ausgeschlossen, weil der Kläger den Vertragstext durch eine Person seines Vertrauens, nämlich den Notar, habe formulieren lassen.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag der Kläger nach Beweisaufnahme stattgegeben, weil der Kaufvertrag wirksam angefochten sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten. Ohne Erfolg:

Aus den Gründen:

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Der Kläger kann – entsprechend § 894 BGB oder nach Bereicherungsrecht – von den Beklagten Bewilligung der Löschung der Auflas-

sungsvormerkung verlangen, weil die Vormerkung vom Bestand des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs abhängig ist, der gesicherte Auflassungsanspruch der Beklagten aber unter keinen Umständen – mehr – besteht.

Naheliegend ist die Vermutung, dass beide Parteien den Kaufpreis einvernehmlich mit 190.000 DM zu niedrig beurkundet und in Wahrheit einen Kaufpreis von 290.000 DM gewollt haben. Der beurkundete Kaufvertrag wäre dann als Scheingeschäft, § 117 Abs. 1 BGB, der tatsächlich gewollte Kaufvertrag wegen Formmangels, §§ 117 Abs. 2, 313 Satz 1, 125 i.V.m. § 4 Abs. 3 WEG nichtig und die Auflassungsvormerkung gegenstandslos. Dieser Hintergrund würde den zum Teil lebensfremden, jedenfalls aber widersprüchlichen Vortrag beider Parteien zwanglos erklären; hierauf hat sich allerdings keine der Parteien berufen.

Auf der Grundlage des Vortrages der Parteien ist davon auszugehen, dass der Kläger irrtümlich zu einem Kaufpreis von 190.000 DM den Kaufvertrag geschlossen hat. Auch dann ist die Klage auf Löschung der Auflassungsvormerkung begründet, ohne dass es darauf ankommt, welche Vorstellungen die Beklagten sich über die Höhe des Kaufpreises gemacht haben. Nach jeder der insoweit rechtlich denkbaren Möglichkeiten steht den Beklagten kein Auflassungsanspruch zu.

Es ist davon auszugehen, dass der Kläger die Eigentumswohnung für 290.000 DM verkaufen wollte, auch wenn ein Kaufpreis von 190.000 DM beurkundet worden ist.

Unstreitig haben beide Parteien ursprünglich einen Kaufpreis von 290.000 DM erwogen. Eine Reduzierung um 100.000 DM ist auch nach dem Vortrag der Beklagten – nie besprochen worden. Für eine solche Herabsetzung des Kaufpreises gab es auch keinen plausiblen Anlass. Die Beklagten hatten keine Verringerung des Kaufpreises verlangt. Ihr Vortrag, der Kaufpreis von 290.000 DM habe umfangreiche Renovierungen des Klägers enthalten sollen, ist nicht nachvollziehbar. Zum einen haben die Beklagten die angeblich vom Kläger übernommenen Renovierungsarbeiten nicht widerspruchsfrei dargelegt. Nachdem sie zunächst Mängel an Estrich, Heizung, Klinker und Dachziegel behauptet hatten, haben sie im Berufungsrechtszug abgestellt auf eine Erneuerung von Fenstern und Balkontüren, eine grundlegende Sanierung von Bad, Toilette und Küche sowie der Fußböden, ohne hierzu nähere Angaben zu machen. Die Beklagten behaupten weder, dass die Parteien irgendwelche Renovierungsarbeiten zu Beginn der Vertragsverhandlungen festgelegt oder sonst besprochen hätten, noch legen sie unterschiedliche Standpunkte der Vertragsparteien zum Umfang der Renovierungsarbeiten dar. Sie behaupten schließlich nicht, dass über die Renovierungsarbeiten nach der angeblich dadurch veranlassten Herabsetzung des Kaufpreises durch den Kläger noch ein Wort verloren worden sei. Abgesehen davon, dass es ausgesprochen ungewöhnlich wäre, wenn Vertragsparteien über den Inhalt vertraglicher Leistungen, die etwa $\frac{1}{3}$ des Vertragsvolumens ausmachen sollen, nicht ein Wort verlieren, kann es sich nach dem Vortrag der Beklagten lediglich als purer Zufall darstellen, dass die Verringerung des Kaufpreises um 100.000 DM dem angeblichen Umfang der Renovierungsarbeiten entsprach. Auch dies erscheint ausgesprochen unwahrscheinlich.

Die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe im Notartermin auf Befragen ausdrücklich erklärt, „ja, 190.000“, ist vom Notar nicht bestätigt worden. Der Umstand, dass der Kläger im Notartermin nach Verlesen des geringeren Kaufpreises offenbar keinen Widerspruch erhoben habe, rechtfertigt die Annahme nicht, er sei mit diesem Kaufpreis einverstanden ge-

wesen. Da es aus den vorstehenden Gründen völlig unwahrscheinlich war, dass der Kläger den Kaufpreis kommentarlos um einen solchen Betrag verringern wollte, ist nicht auszuschließen, dass er diesen Betrag nicht bewusst wahrgenommen hat.

Auch die Umstände nach Abschluss des Kaufvertrages (Übersendung verschiedener Dokumente mit Angabe des geringeren Kaufpreises) geben zu einer anderen Beurteilung keinen Anlass. Diese Umstände lassen einen Rückschluss auf den Erklärungswillen des Klägers im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages nicht zu, zumal, wenn man davon ausgehen muss, dass der Kläger – wie er unwiderlegt geltend macht – diese Dokumente nicht gelesen hat.

Ist mithin davon auszugehen, dass der Kläger die Eigentumswohnung für 290.000 DM hat verkaufen wollen, so kommen folgende Alternativen in Betracht:

Wenn die Beklagten bei Vertragsschluss erkannt haben, dass der Kläger abweichend von seiner beurkundeten Erklärung (190.000 DM) tatsächlich für 290.000 DM verkaufen wollte, wäre der Kaufvertrag zu einem Kaufpreis von 290.000 DM zustande gekommen. Wenn nämlich die eine Vertragspartei den von der objektiven Erklärungsbedeutung abweichenden wirklichen Willen der anderen Vertragspartei erkannt hat, ist ihr etwaiger Vorbehalt, die Gegenpartei am objektiven Sinn der Erklärung festzuhalten, gemäß § 116 BGB unwirksam und das wirklich Gewollte maßgebend (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 59. Aufl., § 155, Anm. 3). Wenn ein Vertragspartner sich auf den objektiv zweideutigen (mehrdeutigen) Sinn der Erklärung seines Vertragspartners berufen möchte, obwohl er dessen Vertragswillen erkannt hat („erkannter und ausgenutzter Irrtum“) gilt – wie bei der *falsa demonstratio* – das tatsächlich Gemeinte (BGH NJW-RR 1995, 859; BGH NJW 1984, 721; RGZ 93, 297, 299; RGZ 66, 427, 428 f.; MüKo/Kramer, BGB, 3. Aufl., § 155, 5). In diesem Fall wäre die Klage begründet, weil der Erfüllungsanspruch der Beklagten nach § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB erloschen ist. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Die Beklagten befanden sich mit der Zahlung des Kaufpreises (in Höhe von 290.000 DM) in Verzug. Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch den Kläger war nicht mehr erforderlich, nachdem die Beklagten mit Anwaltsschreiben vom 19.5.1999 hatten mitteilen lassen, sie hielten an einem Kaufpreis von 190.000 DM fest. Die für die Liquidation des Kaufvertrages erforderliche rechtsgestaltende Ablehnungserklärung des Klägers (vgl. BGH NJW-RR 1988, 1100; *Palandt/Heinrichs*, a.a.O., § 326, 22) liegt spätestens in der vorliegenden Klage.

Haben hingegen die Beklagten bei Vertragsschluss erkannt, dass die Willenserklärung des Klägers zweideutig war – nämlich deshalb, weil nach dem Wortlaut der Vertragsurkunde der Kaufpreis 190.000 DM betragen sollte, andererseits aber die Beklagten als Erklärungsempfänger die maßgebende Willenserklärung des Klägers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte dahin hätten verstehen müssen, dass der Kläger nur für 290.000 DM verkaufen wollte (der Empfänger einer Willenserklärung darf ihr nicht einfach den günstigsten Sinn beilegen, sondern ist nach Treu und Glauben verpflichtet, unter Berücksichtigung aller erkennbaren Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit zu prüfen, was der Erklärende gemeint hat, vgl. *Palandt/Heinrichs* a.a.O., § 133, 9), haben also die Beklagten eine solche objektive Zweideutigkeit der Willenserklärung des Klägers erkannt, ohne dessen tatsächlichen Willen (für 290.000 DM zu verkaufen) zu kennen, läge ein Dissens im Sinne von § 155 BGB vor, weil die

Parteien sich in diesem Fall in Wahrheit nicht über die Höhe des Kaufpreises geeinigt hätten. Ein Auflassungsanspruch der Beklagten wäre in diesem Falle nicht entstanden, weil ein Kaufvertrag nicht zustande gekommen wäre.

Schließlich besteht auch dann kein Auflassungsanspruch der Beklagten, wenn man annimmt, die Beklagten hätten die Willenserklärung des Klägers aus ihrer Sicht nicht als objektiv mehrdeutig erkennen müssen, sondern annehmen dürfen, der Kläger wolle für 190.000 DM verkaufen. Dann wäre zunächst ein Kaufvertrag über den Kaufpreis von 190.000 DM zustande gekommen. Der hierdurch begründete Auflassungsanspruch der Beklagten wäre aber infolge wirksamer Anfechtung des Klägers gemäß § 119 Abs. 1 BGB untergegangen, § 142 Abs. 1 BGB. Einer Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB steht nicht entgegen, dass der Kläger die notarielle Urkunde unterschrieben hat, obwohl er sie weder gelesen, noch der Verlesung durch den Notar gefolgt ist. Zwar liegt ein Irrtum dann nicht vor, wenn der Erklärende eine Erklärung in dem Bewusstsein abgibt, ihren Inhalt nicht zu kennen, weil in einem solchen Fall eine Fehlvorstellung (unbewusste Unkenntnis vom wirklichen Sachverhalt) nicht vorliegt. Hat sich aber der Anfechtende vom Urkundeninhalt eine bestimmte Vorstellung gemacht, kann er seine Erklärung wegen Irrtums anfechten, sofern der Erklärungsinhalt von seinen Vorstellungen abweicht (BGH NJW 1995, 190, 191). So liegen die Dinge hier.

Der Wirksamkeit der Anfechtung steht auch § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen. Die Beklagten haben nicht dargetan, dass der Kläger entgegen dieser Vorschrift nicht unverzüglich angefochten hat. Maßgebend ist die Kenntnis des Klägers vom Anfechtungsgrund. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger bereits vor dem 29.4.1999 Kenntnis von seinem Irrtum hatte. Soweit die Beklagten auf die diversen Schreiben an den Kläger verweisen, aus denen sich ergab, dass der beurkundete Kaufpreis niedriger lag, genügt dies nicht. Es ist nicht auszuschließen, dass der Kläger tatsächlich diese Schreiben ungelesen abgeheftet hat. Dass der Kläger möglicherweise den geringeren Kaufpreis hätte erkennen müssen, genügt für den Beginn des Laufs der Anfechtungsfrist nicht. Die Beklagten können sich auch nicht mit Erfolg auf eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast berufen. Diese würde dem Zweck des § 121 BGB nicht gerecht. Diese Vorschrift soll dem Anfechtenden genügend Zeit geben, seinen wirklichen Willen zu realisieren, andererseits aber die sich aus der Anfechtbarkeit ergebende Unsicherheit im Interesse des Verkehrsschutzes zeitlich begrenzen. Ist diese zeitliche Grenze zwischen diesen Interessen der Sphäre nicht aufklärbar, steht aber andererseits ein beachtlicher Irrtum sowie die Abgabe einer Anfechtungserklärung fest, ist der Realisierung des wahren Willens des Irrenden gegenüber dem Verkehrsschutz der Vorzug zu geben (*Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2. Aufl., § 121 Rdnr. 2).

Der Kläger hat unverzüglich nach Kenntnis am 29.4.1999, nämlich ohne schuldhaftes Zögern, in angemessener Überlegungsfrist angefochten. Die Anfechtungserklärung ist den Beklagten am 12.5.1999, also vor Ablauf von zwei Wochen, zugegangen. Berücksichtigt man, dass die Beklagten bis zum 9.5.1999 in Urlaub waren, ist die Anfechtungsfrist jedenfalls gewahrt. Der Hinweis der Beklagten in der Berufungsbegründung, § 122 Abs. 1 Satz 2 BGB stelle maßgebend auf eine unverzügliche Absendung der Anfechtung ab, liegt neben der Sache. Diese Regelung enthält eine Schutzvorschrift zugunsten des Anfechtenden, indem sie ihm die Verzögerungsgefahr in Bezug auf die Anfechtungserklärung abnimmt, sofern

die Erklärung jedenfalls rechtzeitig abgesandt wurde. Diese Regelung würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn eine fristgerecht zugegangene Anfechtungserklärung wegen nicht rechtzeitiger Absendung der Erklärung als verspätet gewertet würde.

Das Anfechtungsrecht des Klägers ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht deshalb (analog 172 Abs. 2 BGB) ausgeschlossen, weil der Kläger eine Person seines Vertrauens beauftragt habe, die Urkunde zu formulieren, und sich deshalb wegen etwaiger Erklärungsfehler ausschließlich an seinen Vertrauensmann zu halten habe. Zwar wird die Auffassung vertreten, derjenige, der einer Person, die auf seiner Seite stehe, die Formulierung einer Urkunde überlasse, die er dann ungesehen unterschreibe, müsse für diese Autorisation zur Bestimmung des Inhalts der Erklärung in gleicher Weise einstehen wie bei der Vollmachtserteilung (*Flume*, AT II, § 23 Nr. 2 b, S. 454). Der hierfür angeführte Fall liegt jedoch nicht vor. Der Notar ist nicht Vertrauensperson einer Partei, wenn er von dieser mit der Beurkundung eines Vertrages beauftragt wird. Vielmehr ist der Notar gerade bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäftes in Ausübung seines öffentlichen Amtes und nicht als Vertreter einer Partei tätig und zu besonderer Neutralität verpflichtet.

(...)

8. BGB § 1380 Abs. 1 (*Anrechnung von Zuwendungen auf Zugewinn*)

Zur Anrechnung dessen, was ein Ehegatte dem anderen nach dem Scheitern der Ehe mit dem Ziel einer Vermögensauseinandersetzung zuwendet, auf den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten.

BGH, Urteil vom 20.12.2000 – XII ZR 237/98 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Parteien, deren Ehe auf den am 8.2.1994 gestellten Scheidungsantrag geschieden wurde, streiten über die Höhe des der Klägerin zustehenden Zugewinnausgleichs.

Die Klägerin hat keinen Zugewinn erzielt, während das Endvermögen des Beklagten zum Stichtag (8.2.1994) sein Anfangsvermögen von 7.382,74 DM übersteigt. Zum Endvermögen des Beklagten zählen unter anderem Guthaben, Einlagen und eine Lebensversicherung im Gesamtwert von 14.852,07 DM sowie die Geschäftsausstattung seines nebenberuflich betriebenen Architekturbüros mit einem Zeitwert von 7.708 DM, jeweils bezogen auf den Stichtag. Ferner gehört zum Endvermögen des Beklagten ein Wohnmobil, das dieser etwa ein Jahr nach dem Stichtag für 34.000 DM verkauft hat und über dessen Wert am Stichtag die Parteien streiten.

Außerdem streiten die Parteien darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Weise im Rahmen des Zugewinnausgleichs festverzinsliche Wertpapiere im Nennwert von 50.000 DM zu berücksichtigen sind, die sich in einem auf den Namen des Beklagten lautenden Depot befanden, von den Parteien anlässlich ihrer Trennung im Juni 1993 zum Zwecke der Vermögensauseinandersetzung hälftig untereinander aufgeteilt und sämtlich vor dem Stichtag veräußert wurden.

Das Amtsgericht gab der Klage in Höhe von 24.588,67 DM statt und wies die weitergehende Klage sowie eine vom Beklagten erhobene Widerklage ab. Auf die Berufung des Beklagten, mit der er lediglich seine Verurteilung zur Zahlung angriff, und nachdem die Parteien den Rechtsstreit in Höhe vom Beklagten gezahlter 5.297,18 DM übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, änderte das Berufungsgericht die Entscheidung des Amtsgerichts über die Klage ab und verurteilte

den Beklagten unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung zur Zahlung von noch 15.290 DM nebst Zinsen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Beklagten, mit der er seinen Antrag auf Abweisung der nach Teilerledigung noch rechtshängigen Klage weiterverfolgt. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

2. Rechtsfehlerhaft lässt das Berufungsgericht indes dahinstehen, ob das Wertpapierdepot gemeinsames Vermögen der Parteien war, wie die Klägerin geltend macht, oder ob die Wertpapiere dem Beklagten allein gehörten. Gehörten die der Klägerin übertragenen Wertpapiere ursprünglich dem Beklagten allein, wovon zu dessen Gunsten revisionsrechtlich auszugehen ist, waren sie entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beim Zugewinn zu berücksichtigen, und zwar nicht mit ihrem Nennwert, sondern mit ihrem Kurswert im Zeitpunkt der Übertragung zuzüglich der bis zu diesem Tag aufgelaufenen Stückzinsen.

a) Wie die Revision zutreffend rügt, kann die hälftige Übertragung eigener Wertpapiere des Beklagten hier nicht als ein die Anwendung des § 1380 Abs. 1 BGB ausschließendes entgeltliches Rechtsgeschäft angesehen werden (vgl. *Staudinger/Thiele*, BGB 12. Aufl. § 1380 Rdnr. 7). Auch wenn die Parteien zugleich vereinbart haben, dass der Beklagte seine sonstigen Vermögenswerte, nämlich das Wohnmobil, die Guthaben, die Geschäftsausstattung und die restlichen Wertpapiere solle behalten dürfen, macht dies die Übertragung der Wertpapiere – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht zu einer entgeltlichen, weil die Vereinbarung nicht auf eine Gegenleistung zielt, sondern die bestehende Vermögenslage insoweit unverändert lässt.

Auch die weitere Voraussetzung des § 1380 BGB, dass nämlich die Zuwendung nicht geschuldet, sondern freiwillig ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.2.1983 – IX ZR 42/82 – FamRZ 1983, 351, 352), liegt hier vor. Die Klägerin hatte keinen Anspruch auf Übertragung der Wertpapiere, auch später nach Beendigung des gesetzlichen Güterstandes nicht, weil der Zugewinnausgleichsberechtigte regelmäßig (vgl. § 1383 BGB) keinen Anspruch auf einen Teil der Vermögenswerte des anderen Ehegatten, sondern nur einen Anspruch auf Ausgleich des von diesem erzielten Zugewinns in Geld hat.

b) Auf den Ausgleichsanspruch der Klägerin ist der Wert der Wertpapiere im Zeitpunkt der Übertragung anzurechnen, wenn der Beklagte dies bei der Übertragung bestimmt hat, § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dies gilt auch, wenn die Bestimmung bereits mit dem der Übertragung vorausgehenden Rechtsgeschäft verbunden wird (vgl. *MünchKomm-BGB/Koch* 4. Aufl. § 1380 Rdn. 4). Sie bedarf keiner Form (vgl. *Staudinger/Thiele* a.a.O. § 1380 Rdn. 12).

Im vorliegenden Fall liegt es nahe, in der Übertragung der Wertpapiere zum erklärten Zweck der Vermögensauseinandersetzung nach dem Scheitern der Ehe die stillschweigende Bestimmung zu sehen, dass der Wert der zugewendeten Wertpapiere jedenfalls dann auf eine mögliche Ausgleichsforderung der Klägerin angerechnet werden sollte, wenn diese nach Beendigung des Güterstandes Ausgleich des Zugewinns verlangt. Denn nach der für die Klägerin erkennbaren Vorstellung des Beklagten wollte dieser mit der Übertragung der Wertpapiere die wegen des Scheiterns der Ehe schon jetzt für erforderlich gehaltene Vermögensauseinandersetzung der Parteien abschließend bewirken. Die Bestimmung eines sol-

chen Leistungszwecks schließt regelmäßig die unausgesprochene Bestimmung ein, dass die Leistung zumindest eine im Voraus bewirkte Teilleistung sein soll, falls sich herausstellt, dass sie nicht ausreicht, den Anspruch des Leistungsempfängers vollständig zu erfüllen.

c) Ob das Verhalten des Beklagten im Zusammenhang mit der Übertragung der Wertpapiere in dieser Weise auszulegen ist, bedarf indes keiner Entscheidung. Denn die Anrechnung hat nach § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB im Zweifel auch dann zu erfolgen, wenn die Übertragung der Wertpapiere nicht mit einer solchen Bestimmung verknüpft war.

So unterliegen der Anrechnung auch unbenannte Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen während bestehender Ehe als Anerkennung und Ausgleich für dessen familiäre Leistungen gemacht hat (vgl. BGHZ 82, 227, 231 ff.), denn nach der Wertung des Gesetzes gilt die Anrechnung auf eine etwaige künftige Zugewinnausgleichsforderung des anderen Ehegatten, die das gleiche Ziel verfolgt, im Zweifel als gewollt (vgl. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 4 Aufl. Kap. VII Rdnr. 187). Mit dieser Regelung soll nach Möglichkeit vermieden werden, dass der Zuwendungsempfänger sich im Falle des Zugewinnausgleichs besser stellt, als er stehen würde, wenn die Zuwendung unterblieben und der Wert im (End-)Vermögen des Zuwendenden verblieben wäre, so daß der Empfänger hieran über den Zugewinnausgleich partizipiert hätte (vgl. *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht 3. Aufl. § 1380 BGB Rdnr. 3).

Diese grundsätzlichen Erwägungen gelten erst recht für Zuwendungen, die – wie hier – nicht mehr der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollen, sondern erst nach deren Scheitern mit dem Ziel einer Vermögensauseinandersetzung zwischen den Ehegatten vorgenommen werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Zuwendende die erforderliche Vermögensauseinandersetzung mit seiner Zuwendung bereits endgültig und abschließend herbeigeführt zu haben glaubte. In einem solchen Fall ist nämlich erst recht gemäß § 1380 Abs. 1 Satz 2 BGB im Zweifel anzunehmen, dass der Zuwendende eine Anrechnungsbestimmung getroffen hätte, wenn er vorausgesehen hätte, dass der andere Ehegatte die Vermögensauseinandersetzung in Form des Zugewinnausgleichs weiter betreiben werde.

9. BGB §§ 1757 Abs. 1 und 4; 1767 Abs. 2; FGG §§ 56e, 19 (*Geburtsname des adoptierten Volljährigen*)

Die Änderung des Geburtsnamens infolge Adoption erstreckt sich nicht auf den allgemein in der Öffentlichkeit verwendeten Familiennamen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Beschluss des Pfälzischen Oberlandesgerichts vom 29.11.2000 – 3 W 255/00 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 2) hat u.a. den Beteiligten zu 1) als Kind angenommen. Zur Namensführung haben die Beteiligten in der vorausgehenden notariellen Urkunde beantragt, dass der Angenommene seinen Familiennamen „mit Rücksicht darauf, dass er diesen Namen als Ehenamen führt und seine Kinder diesen Namen ebenfalls führen“, beibehält.

Mit Beschluss vom 29. März hat das Amtsgericht angeordnet, dass der Familienname des Beteiligten zu 1) unverändert bleibt, sein Geburtsname jedoch demjenigen des Beteiligten zu 2) als Adoptivvater entspricht. Das Landgericht hat die Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt. Mit seiner weiteren Beschwerde wendet sich der Beteiligte zu 1) gegen die Änderung seines Geburtsnamens. Er macht geltend, sein derzeitiger Familienname und sein Geburtsname seien identisch.

Hieran habe die Adoption nichts geändert. Für die vorgenommene Änderung fehle eine Rechtsgrundlage.

Aus den Gründen:

(...)

aa) Im Ausgangspunkt zutreffend beurteilt das Landgericht die namensrechtlichen Folgen der Annahme des Beteiligten zu 1) als Kind nach § 1757 BGB. Diese Vorschrift, die unmittelbar nur die Annahme Minderjähriger regelt, ist bei der Annahme Volljähriger gemäß § 1767 Abs. 2 BGB sinngemäß anzuwenden, weil sich insoweit aus den Bestimmungen der §§ 1768 bis 1772 BGB nichts anderes ergibt (vgl. BayObLG StAZ 2000, 107, 108 und NJW-RR 1986, 498; OLG Celle FamRZ 1997, 115; *Staudinger/Frank* a.a.O. § 1767 Rdnr. 31 und 1770 Rdnr. 10; *MünchKomm/Lüderitz* a.a.O. 1767 Rdnr. 15).

bb) Nach § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält das angenommene Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden. Diese Namensänderung als Folge der Adoption ist auch im Fall des adoptierten Volljährigen nicht verfassungswidrig. Insoweit schließt sich der Senat den Ausführungen der Oberlandesgerichte Celle (a.a.O.) und Karlsruhe (NJW-RR 1999, 1089, 1090 sowie StAZ 1999, 372, 373) an. Durch die namensrechtliche Verbindung soll das Adoptionsverhältnis dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis gleichgestellt werden. Dies entspricht dem Gedanken des Art. 6 GG, der die adoptionsbedingte Familie ebenso wie die natürliche Familie betrifft (vgl. *Liermann* FamRZ 2000, 722, 723). Ist der Angenommene – wie hier – verheiratet, kommt dem Geburtsnamen überdies nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Die Änderung des Geburtsnamens erstreckt sich nämlich nicht auf den allgemein in der Öffentlichkeit verwendeten Familiennamen, weil die Ehefrau des Angenommenen – die Beteiligte zu 4) sich nicht gemäß § 1757 Abs. 3 BGB der Namensänderung angeschlossen hat. Der Ehe- bzw. Familienname des Beteiligten zu 1) bleibt deshalb unverändert.

cc) Soweit nach § 1757 Abs. 4 Nr. 2 BGB schließlich die Möglichkeit eröffnet ist, unter bestimmten Voraussetzungen dem neuen Familiennamen des Kindes den bisherigen Familiennamen voranzustellen oder anzufügen, kommt die Führung eines solchen Doppelnamens hier nicht in Betracht. Dabei kann dahinstehen, ob bei der Adoption Volljähriger insoweit dem Annehmenden und dem Beteiligten zu 1) als Anzunehmenden ein Antragsrecht zusteht (so wohl OLG Celle a.a.O.). Denn ein dahingehender Antrag ist hier nicht gestellt. Der Beteiligte zu 1) weist zwar auf die Doppelnamen seiner Schwestern hin. Ihm selbst geht es aber – was auch in der Rechtsbeschwerde deutlich zum Ausdruck kommt – nur darum, seinen ursprünglichen unveränderten Geburtsnamen beizubehalten; Geburtsname und derzeitiger Familienname sollen identisch sein. Dieses Begehren ist indes, wie bereits dargelegt, aufgrund der namensrechtlichen Folgen einer Adoption rechtlich nicht möglich (vgl. zur Unwirksamkeit einer solchen Bestimmung OLG Karlsruhe und *Liermann* jew. a.a.O.).

10. BGB §§ 2325, 2329 (Anwendbarkeit der §§ 2325, 2329 BGB auf Schenkungen nach dem ZGB der DDR)

§§ 2325, 2329 BGB sind auch auf Schenkungen anzuwenden, die ein nach der Einigung Deutschlands verstorbener Erblasser in der ehemaligen DDR unter der Geltung des Zivilgesetzbuchs vorgenommen hatte.

BGH, Urteil vom 7. 3.2001 – IV ZR 258/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt Schadensersatz vom Beklagten, der sie bei der Verfolgung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen als Anwalt vertreten hat. Die Klägerin ist eine Tochter des am 24.6.1992 mit letztem Wohnsitz in W. gestorbenen Erblassers. Dieser setzte durch Testament einen nicht von ihm abstammenden Erben ein und verschenkte mit notariellen Verträgen vom 28.6. und 28.9.1990 Grundstücke in W. an ein Ehepaar B. Die Beschenkten wurden am 13.11.1991 und 24.6.1992 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Eine Klage gegen den Alleinerben auf Pflichtteilsergänzung wegen dieser Grundstücksschenkungen wurde abgewiesen, weil der Anspruch verjährt sei.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Zahlung eines der Pflichtteilsquote der Klägerin entsprechenden Teils des Wertes der verschenkten Grundstücke verurteilt. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Mit Erfolg:

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob Schenkungen eines in der ehemaligen DDR wohnhaft gewesenen Erblassers, der nach dem 3.10.1990 gestorben ist und deshalb gemäß Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch beerbt wird, auch dann zu Ansprüchen aus §§ 2325, 2329 BGB führen können, wenn er die Schenkungen unter der Herrschaft des Zivilgesetzbuchs der DDR gemacht hat, das eine Pflichtteilsergänzung nicht kannte. Selbst wenn insoweit Pflichtteilsergänzungsansprüche in Betracht kämen, stünden sie der Klägerin jedenfalls deshalb nicht zu, weil sie im Zeitpunkt der hier vorgenommenen Schenkungen noch nicht pflichtteilsberechtigt gewesen sei. Dafür komme es auf den Zeitpunkt der Auflassung, nicht etwa der Umschreibung im Grundbuch an (BGHZ 59, 210, 211), hier also auf den 28.6. und 28.9.1990. Nach dem seinerzeit noch geltenden Zivilgesetzbuch sei die Klägerin aber nicht pflichtteilsberechtigt gewesen, weil sie weder im Zeitpunkt der Schenkung noch im Zeitpunkt des Erbfalls unterhaltsberechtig gegenüber dem Erblasser gewesen sei (§ 396 Abs. 1 Nr. 2 ZGB).

2. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Recht.

a) Der nach dem 3.10.1990 gestorbene Erblasser wird nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch beerbt (Art. 235 § 1 EGBGB). Deshalb kommt es für die Pflichtteilsberechtigung der Klägerin nicht auf das Zivilgesetzbuch, sondern auf § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB an. Danach genügt, dass sie ein (durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossener) Abkömmling des Erblassers ist. Eine Unterhaltsberechtigung gegenüber dem Erblasser ist nicht erforderlich. Dementsprechend kann es auch für den Schutzbereich des § 2325 Abs. 1 BGB nur darauf ankommen, ob die Klägerin im Zeitpunkt der Schenkung bereits die Tochter des Erblassers war. Das ist unstreitig.

Dass dem Erblasser bei Abschluss der Schenkungsverträge eine spätere Pflichtteilsberechtigung der Klägerin möglicherweise nicht klar gewesen ist, weil das Bürgerliche Gesetzbuch in der früheren Deutschen Demokratischen Republik noch nicht in Kraft getreten war, und dass auch die Klägerin aus diesem Grunde damals noch nicht mit einer Beteiligung an den verschenkten Vermögenswerten gerechnet haben könnte, ist nicht entscheidend: § 2325 Abs. 1 BGB wirkt objektiv und führt zu einer Art Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Senat, Urteil vom 25.6. 1997 – IV ZR 233/96 – NJW 1997, 2676 unter I 3 c).

b) Der Senat hat allerdings in einem Beschluss vom 14.12.1994 (IV ZA 3/94 – ZEV 1995, 335 = FamRZ 1995, 420; dazu kritisch *Kummer*, ZEV 1995, 319 f.) für fraglich gehalten, ob Schenkungen, die ein Erblasser vor dem 3.10.1990 in der DDR vorgenommen hat, beim Tod des Erblassers nach dem 3.10.1990 der im Zivilgesetzbuch der DDR nicht vorgesehenen Pflichtteilsergänzung unterliegen. An den damals bestehenden Bedenken hält der Senat nach erneuter Sachprüfung jedenfalls im Hinblick auf den hier zu beurteilenden Fall nicht fest.

Aus Art. 235 § 1 EGBGB lassen sich Einschränkungen der Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Erbfälle nach dem 3.10.1990 nicht entnehmen. Zu der Parallelvorschrift des Art. 213 EGBGB hat das Reichsgericht entschieden, dass bei einem nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gestorbenen Erblasser die §§ 2325, 2329 BGB auch auf Schenkungen anzuwenden sind, die vor dem 1.1.1900 unter der Herrschaft eines Rechts vorgenommen wurden, das eine solche Pflichtteilsergänzung nicht kannte (RGZ 54, 241; 58, 124, 126 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die tatbestandliche Anknüpfung einer Rechtsnorm an Gegebenheiten aus der Zeit vor ihrer Verkündung („unechte“ Rückwirkung) grundsätzlich zulässig, stößt aber – je nach dem Gewicht der gegenläufigen schutzwürdigen Interessen, insbesondere des Vertrauens in den Bestand der geltenden Rechtslage – auf durch Abwägung zu ermittelnde Grenzen, die sich letztlich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben (BVerfGE 72, 200, 242 f. = NJW 1987, 1749 unter I 1; BVerfGE 92, 277, 325 ff. = NJW 1995, 1811, 1814 unter V; BVerfGE 97, 67, 78 f. = NJW 1998, 1547, 1548 unter I 1 a). Soweit Pflichtteilsergänzungsansprüche die Erberwartungen des eingesetzten Erben schmälern (und insofern auch die Testierfreiheit des Erblassers beschränken), überwiegt gegenüber dem – auch vom Zivilgesetzbuch der DDR nicht geschützten – Vertrauen auf den uneingeschränkten Bestand letztwilliger Verfügungen das Anliegen des Gesetzgebers an der Einheit der Rechtsordnung nach der Einigung Deutschlands (so auch OLG Dresden ZEV 1999, 272, 273; *Schubel-Wiedenmann*, JZ 1995, 858, 864 f.). Stärker betroffen ist dagegen ein Beschenkter, der unter dem Zivilgesetzbuch unangreifbar Eigentum erworben hatte (für seinen Schutz vor Pflichtteilsergänzungsansprüchen *Schubel-Wiedenmann*, a.a.O. 866; *Kuchinke*, DtZ 1996, 194, 199). Auch für ihn gilt jedoch, dass er unentgeltlich erworben hat; eine Folge der Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs ist der Anspruch aus § 2329 BGB (*MünchKomm/Frank*, BGB 3. Aufl. § 2325 Rdnr. 10a; *MünchKomm/Leipold*, Art. 235 § 1 EGBGB Rdnr. 42). Diese Belastung des Beschenkten wird gemildert durch das Recht, die Herausgabe des Geschenks durch Zahlung des fehlenden Betrags abzuwenden (§ 2329 Abs. 2 BGB); für dessen Berechnung kommt es gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB auf den Wert im Zeitpunkt der Schenkung an (d.h. ihres Vollzuges; BGHZ 65, 75, 76), wenn der Wert in

diesem Zeitpunkt geringer ist als im Zeitpunkt des Erbfallendes. Das trifft im allgemeinen bei Grundstücksschenkungen in der früheren DDR zu und führt zu weit unter dem Verkehrswert nach der Einigung Deutschlands liegenden Beträgen (vgl. Senatsbeschluss vom 14.12.1994 a.a.O.). Bei dieser Sachlage sind die Folgen, die sich für den Beschenkten aus der Einführung von §§ 2325 ff. BGB in den neuen Bundesländern ergeben, im Hinblick auf die große Bedeutung der vom Gesetzgeber erstrebten Rechtseinheit hinzunehmen.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass sich der Eigentumserwerb der Beschenkten erst nach dem 3.10.1990 durch Eintragung im Grundbuch vollendet hat. Schon bei Abschluss der Schenkungsverträge vom 28.6 und 28.9.1990 konnte auf das uneingeschränkte Fortbestehen des Zivilgesetzbuchs der DDR nicht mehr vertraut werden. Der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands, der in Art. 8 das Inkrafttreten des Bundesrechts in den neuen Ländern vorsah, ist am 31. August 1990 abgeschlossen worden (BGBl. II 889). (...)

11. BGB §§ 2032 ff.; DDR: ZGB §§ 400 ff.; DDR: RAnwG § 25 Abs. 2 (*Nachlassspaltung bei Grundbesitz in den neuen Bundesländern*)

Ist der nach BGB beerbte Erblasser nicht Eigentümer eines Grundstücks in der DDR, sondern daran nur gesamthänderisch im Rahmen einer Erbengemeinschaft beteiligt, tritt insoweit grundsätzlich eine Nachlassspaltung nicht ein.

BGH, Beschluss vom 24.1.2001 – IV ZB 24/00 – mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Erbfolge hinsichtlich des Anteils des am 4. März 1980 mit letztem Wohnsitz im damaligen Westteil Berlins gestorbenen Erblassers an einer ungeteilten Erbengemeinschaft, zu der ein Grundstück in der ehemaligen DDR gehörte. Dieses Grundstück stand ursprünglich im Eigentum der ebenfalls in Westberlin wohnenden Eltern des Erblassers. Der Vater starb 1974 und wurde von der Mutter allein beerbt. Diese starb am 15.5.1978. Kraft Gesetzes wurden ihre drei Söhne, darunter der Erblasser, ihre Erben. Der Erblasser errichtete am 4.7.1978 das folgende eigenhändige Testament:

„Hiermit setze ich ... meine Freundin (Braut) ... [die Beteiligte zu 2)] und die Tochter meines Bruders ... [die Beteiligte zu 1)] als Erben ein. Meine Wohnung, Sparkonto, Girokonto, BSV-Konto, Bausparvertrag, Aktien und Schmuck. Das soll zu 2 gleichen Teilen geteilt werden ...“

Die Beteiligte zu 1) hat die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2) gemäß § 2078 BGB mit der Begründung angefochten, das Verlöbnis des Erblassers mit dieser sei im Jahre 1979 aufgelöst worden. Das Amtsgericht hat der Beteiligten zu 1) am 26.9.1980 einen Erbschein erteilt, der sie als Alleinerbin auswies. Im Verfahren über die gegen diesen Erbschein gerichtete Beschwerde schlossen die Beteiligten am 3.2.1981 einen Vergleich.

Im April 1997 beantragte die Beteiligte zu 1), ihr einen ergänzenden, gegenständlich beschränkten Erbschein als Alleinerbin für im Beitrittsgebiet belegenes Grundvermögen zu erteilen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Ihre Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen, weil sich die Erbeinsetzung im Testament vom 4.7.1978 gemäß § 2088 BGB auf das Westvermögen des Erblassers

beschränke; falls sich das Testament aber auch auf Vermögen auf dem Gebiet der ehemaligen DDR erstrecke, könne die Beteiligte zu 1) insoweit nicht Alleinerbin geworden sein, weil eine dem § 2077 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift im Zivilgesetzbuch fehle.

Gegen diesen Beschluss des Landgerichts hat die Beteiligte zu 1) weitere Beschwerde eingelegt. Diese hat das Kammergericht gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof vorgelegt (ZEV 2000, 505). Nach Ansicht des Kammergerichts kommt es darauf an, ob der Anteil des Erblassers an der Erbengemeinschaft, zu der das in der ehemaligen DDR belegene Grundstück gehört, aufgrund einer Nachlassspaltung nach dem Zivilgesetzbuch der DDR vererbt worden ist. Nur in diesem Fall sei ein Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten zu 1) an einem gegenständlich beschränkten Erbschein gegeben. An einer Entscheidung in diesem Sinne sieht sich das Kammergericht jedoch durch gegenteilige Beschlüsse des Oberlandesgerichts Dresden (MittRheinNotK 1997, 267) und des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLGZ 1998, 242) gehindert, die jeweils im Verfahren der weiteren Beschwerde ergangen sind.

Aus den Gründen:

(...)

I. 1. Die Voraussetzungen der Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Die genannten Beschlüsse des Oberlandesgerichts Dresden und des Bayerischen Obersten Landesgerichts weichen von der im Vorlagebeschluss des Kammergerichts vertretenen Auffassung ab in der Frage, ob der Anteil eines mit letztem Wohnsitz im Westen Deutschlands in der Zeit zwischen dem 1. Januar 1976 und dem 3. Oktober 1990 gestorbenen Erblassers an einer Erbengemeinschaft, zu der Grundvermögen in der ehemaligen DDR gehört, der Nachlassspaltung unterliegt. Von dieser Vorlagefrage hängen die Entscheidung des vorliegenden Falles und deren konkrete Tragweite ab, auch wenn sich die Vorlagefrage letzten Endes nach den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts nicht auf das Endergebnis auswirkt. § 28 Abs. 2 FGG setzt nicht voraus, dass die Lösung der Vorlagefrage zur Erledigung der weiteren Beschwerde unerlässlich wäre (BGHZ 134, 230, 233).

2. Die weitere Beschwerde ist gemäß §§ 27, 29 FGG zulässig. Eine Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1) ergibt sich schon aus der Zurückweisung ihres Erbscheinsantrags und ihrer dagegen gerichteten Beschwerde (§ 20 FGG).

II. Die weitere Beschwerde ist begründet und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

1. Allerdings stimmt der Senat in der Vorlagefrage der Gegenansicht zu. Wenn der nach bürgerlichem Recht beerbte Erblasser nicht Eigentümer eines Grundstücks in der DDR, sondern daran nur gesamthänderisch im Rahmen einer Erbengemeinschaft beteiligt war, tritt insoweit grundsätzlich eine Nachlassspaltung nicht ein (so OLG Dresden MittRheinNotK 1997, 267; BayObLGZ 1998, 242; *MünchKomm/Leipold*, BGB 3. Aufl. Art. 235 EGBGB Rdnr. 17; *Palandt/Edenhofer*, BGB 59. Aufl. § 1922 Rdnr. 8; *Schotten/Johnen*, DtZ 1991, 257, 260; zum internationalen Privatrecht *MünchKomm/Birk*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 67 m.w.N.; a.A. OLG Oldenburg MittRheinNotK 1998, 136 m. abl. Ann. *Schmellenkamp*; *Andrae*, NJ 1998, 113, 117; dies., NJ 1999, 147, 148 f.; dies., IPRax 2000, 300, 303 f.; zum internationalen Privatrecht *Staudinger/Dörner*, 13. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 485 m.w.N.).

a) Gemäß Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB bleibt für die erbrechtlichen Verhältnisse das bisherige Recht maßgebend, wenn der Erblasser vor dem Wirksamwerden des Beitritts gestorben ist. Welches Sachrecht danach anzuwenden ist, bestimmt sich

nach dem damals in der Bundesrepublik geltenden interlokalen Kollisionsrecht (BGHZ 124, 270, 272 ff.). Der im Jahre 1980 gestorbene Erblasser hatte seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im ehemaligen Westteil Berlins. Die Erbfolge richtete sich daher grundsätzlich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Gegenüber diesem Gesamtstatut kam jedoch dem Belegenheitsstatut Vorrang zu, soweit dieses für die in seinem Gebiet befindlichen Vermögenswerte besondere Vorschriften aufstellte (vgl. Art. 28 EGBGB a.F., der mit Art. 3 Abs. 3 EGBGB n.F. sachlich übereinstimmt). Danach war für Erbfälle seit Inkrafttreten des ZGB und des Rechtsanwendungsgesetzes der DDR (im Folgenden: RAG-DDR) am 1.1.1976 § 25 Abs. 2 RAG-DDR zu beachten, wonach sich die erbrechtlichen Verhältnisse in Bezug auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der Deutschen Demokratischen Republik befinden, nach dem Zivilgesetzbuch richten (vgl. BGHZ 131, 22, 26 f.).

b) Soweit zum Vermögen des Erblassers im vorliegenden Fall ein Anteil an einer Erbengemeinschaft nach seiner Mutter gehört, die Eigentümerin eines Grundstücks in der DDR war, treffen das Zivilgesetzbuch und das Bürgerliche Gesetzbuch sachlich im wesentlichen übereinstimmende Regelungen hinsichtlich der Rechte des einzelnen Miterben (vgl. *Westen/Schleider*, *Zivilrecht im Systemvergleich* 1984 S. 823 ff.; *Münch-Komm/Leipold*, Einl. Bd. 9 Erbrecht Rdnr. 277, 291 ff.): Nach bürgerlichem Recht steht das Eigentum an dem zur Erbengemeinschaft gehörenden Grundstück den Miterben nur zur gesamten Hand zu. Über den Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB); dies ist den Miterben nur gemeinschaftlich möglich (§ 2040 Abs. 1 BGB). Leistungen Dritter kann der Miterbe nur zugunsten aller Miterben einfordern (§ 2039 BGB). Der einzelne Miterbe kann aber über seinen Anteil an der Erbengemeinschaft als solchen verfügen (§ 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auch das Zivilgesetzbuch kennt neben dem Miteigentum das nur allen Eigentümern gemeinsam zustehende Gesamteigentum (§ 34 Abs. 2 Satz 4), für das § 42 Abs. 2 ZGB auf die jeweilige gesetzliche Regelung verweist. Für die Erbengemeinschaft gilt nach § 400 Abs. 1 Satz 2 ZGB, dass die einzelnen Miterben bis zur Auflösung der Erbengemeinschaft über die einzelnen Nachlassgegenstände nur gemeinschaftlich verfügen können. Zur Erbschaft gehörende Forderungen kann der Miterbe nur für alle geltend machen (§ 400 Abs. 3 ZGB). Jeder Miterbe kann aber über seinen Erbteil verfügen (§ 401 ZGB). Die Erbengemeinschaft ist nach beiden Gesetzen auf ihre Auflösung angelegt; jeder Miterbe kann ihre Auseinandersetzung verlangen, bei der nach Tilgung der Nachlassverbindlichkeiten der Rest unter den Miterben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile aufzuteilen ist (§§ 2042 ff. BGB; § 423 ZGB). Das Zivilgesetzbuch hat mithin die Rechtsstellung der Miterben im Vergleich zur Rechtslage nach dem BGB der Sache nach nicht geändert (BGH, Urteil vom 7.7.2000 – V ZR 287/99 – ZEV 2000, 498).

c) Die ungeteilte Gesamtberechtigung am Nachlass vermittelt dem einzelnen Miterben keine unmittelbare dingliche Berechtigung am einzelnen Nachlassgegenstand, auch wenn der Nachlass nur noch aus einer Sache besteht (BGH, Urteil vom 17. November 2000 – V ZR 487/99 – noch unveröffentlicht – unter III 1 b; anders der Vorlagebeschluss des Kammergerichts und OLG Oldenburg a.a.O. unter Bezug u.a. auf RGZ 94, 239, 243 und BayObLGZ 1982, 59, 67; vgl. *MünchKomm/Ditz* BGB § 2032 Rdnrn. 10, 11). Also kann es nur um die Frage gehen, welches Sachrecht auf den in den Nachlass gefallenen, vererblichen Anteil des Erblassers an der nicht aus-

einandergesetzten Erbengemeinschaft nach seiner Mutter anzuwenden ist. Schon in BGHZ 24, 352, 367 f. ist entschieden worden, dass der gesamthänderische Anteil an einer deutschen Personalgesellschaft des bürgerlichen und des Handelsrechts auch dann nicht zum unbeweglichen Vermögen und dem dafür nach EGBGB maßgebenden Belegenheitsstatut gehört, wenn zum Gesellschaftsvermögen Grundstücke gehören (vgl. zum Anteil eines Erblassers am Gesamtgut der – Grundstücke umfassenden – ehelichen Gütergemeinschaft BGHZ 26, 378, 382; Beschluss vom 10.3.1976 – V ZB 7/72 – NJW 1976, 893). Was insofern für den Anteil an einer Personalgesellschaft gilt, ist auch für den Anteil an der in ihrer gesamthänderischen Grundstruktur ähnlichen Erbengemeinschaft maßgebend. Der Anteil des einzelnen Teilhabers ist bewegliches Vermögen. Er verschafft seinem Inhaber im wesentlichen einen Anspruch auf Auseinandersetzung gegen den oder die anderen Teilhaber. Selbst wenn sich der Anspruch auf Auseinandersetzung im Einzelfall auf Übertragung eines Grundstücks, eines Grundstücksteils oder dinglichen Rechts richtet, ändert das nichts an der Qualifikation dieses Anspruchs als bewegliches Vermögen (vgl. BGHZ 131, 22, 27 f.; Senat, Urteil vom 10.5.2000 – IV ZR 171/99 – NJW 2000, 2421 unter 3 b, zur Veröffentlichung in BGHZ 144, 251 vorgehen).

d) § 25 Abs. 2 RAG-DDR unterstellt zwar nicht nur das Eigentum, sondern auch „andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden“ dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik, wenn sie sich dort befinden. Zu diesen anderen Rechten wurden neben dinglichen Rechten auch bestimmte, gegen den Eigentümer gerichtete, mit dem Grundstück verbundene Forderungen (Steuern, Abgaben, Versicherungsverträge) sowie Guthaben aus Haus- oder Grundstückserträgen gerechnet (BGHZ 131, 22, 28 m.w.N.). Der Anteil eines Miterben an einer Erbengemeinschaft, zu der ein Grundstück gehört, begründet aber weder ein selbständiges dingliches Recht des einzelnen Miterben am Grundstück noch ist sein Auseinandersetzungsanspruch nach Zweck und Inhalt mit den genannten anderen Rechten an Grundstücken und Gebäuden vergleichbar. Nur für die Berechtigung am Grundstück selbst und die ihm zuzuordnenden anderen Rechte gilt die aus Gründen des Vertrauensschutzes auch nach der Vereinigung Deutschlands weiterhin zu beachtende Nachlassspaltung (BGHZ 131, 22, 30). Eine Nachlassspaltung auch für die Übertragung oder Vererbung von Anteilen an einer Erbengemeinschaft, zu der ein Grundstück in der ehemaligen DDR gehörte, wird von § 25 Abs. 2 RAG-DDR nicht angeordnet. Insofern ist schutzwürdiges Vertrauen auch nicht begründet worden.

Dass in der DDR auch die Übertragung eines Erbteils einer Genehmigung bedurfte, wenn ein Grundstück oder Grundstücksrecht zum Nachlass gehörte (§ 2 Abs. 1 Buchst. i der Grundstücksverkehrsordnung der DDR vom 15. Dezember 1977, GBl. I 1978 S. 73), gibt entgegen der Ansicht des Kammergerichts nichts für die Auslegung von § 25 Abs. 2 RAG-DDR her. Diese Genehmigungspflicht erfasst auch die Übertragung von Anteilen an Erbengemeinschaften, die vor Inkraft-Treten des § 25 Abs. 2 RAG-DDR am 1.1.1976 entstanden waren und für die eine Nachlassspaltung schon deshalb nicht in Betracht kam (dazu BayObLGZ 1998, 242, 246).

2. Der vorliegende Fall unterscheidet sich indessen wesentlich von den Fällen, die den abweichenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Dresden und des Bayerischen Obersten Landesgerichts (wie auch der Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg) zugrunde lagen. In jenen Fällen war

die Erbengemeinschaft, um die es ging, schon vor In-Kraft-Treten des § 25 Abs. 2 RAG-DDR am 1.1.1976 durch einen vor diesem Zeitpunkt eingetretenen Erbfall entstanden, so dass von vornherein nur in Frage stand, ob ein schon vorhandener Erbanteil eines einzelnen Miterben bei dessen Tod der Nachlassspaltung unterlag. Hier ist jedoch die Mutter des Erblassers, der das in der DDR belegene Grundstück als Alleinerbin des mit letztem Wohnsitz im Westen Berlins im Jahre 1974 vorverstorbenen Vaters gehörte, erst im Jahre 1978 gestorben. Bei dieser Erbfolge nach der Mutter trat hinsichtlich des Grundstücks in der DDR gemäß § 25 Abs. 2 RAG-DDR Nachlassspaltung ein, wie das Kammergericht mit Recht erkannt hat. Die Mutter hat kein Testament hinterlassen, sondern ist von ihren drei Söhnen kraft Gesetzes beerbt worden (§ 1924 BGB, § 365 Abs. 1 ZGB). Aus diesem Grund gab es neben der Erbengemeinschaft, zu der ihr im Westen belegener Nachlass gehörte, eine personengleiche weitere Erbengemeinschaft, die das Gesamteigentum im Sinne von § 400 Abs. 1 ZGB an dem Grundstück in der DDR innehatte. Auch dieser Erbengemeinschaft gehörte der Erblasser an.

Als er mit letztem Wohnsitz im ehemaligen Westteil Berlins im Jahre 1980 starb, wurde er nach bürgerlichem Recht beerbt. Das galt gemäß § 25 Abs. 1 RAG-DDR auch aus der Sicht der DDR. Die Erbfolge erfaßte gemäß § 1922 BGB als Universalsukzession auch seinen Anteil als Mitglied der Erbengemeinschaft, die Inhaberin des abgespaltenen, auf der Erbfolge nach dem Zivilgesetzbuch beruhenden Grundstücksnachlasses in der DDR war. Auch nach der Rechtsordnung der DDR sind Bedenken gegen die Vererblichkeit dieses Anteils, der gemäß § 401 Abs. 1 ZGB veräußerlich war, nicht ersichtlich; zum vererblichen Eigentum gehörte alles, was persönliches Eigentum des verstorbenen Bürgers im Sinne von § 23 ZGB war, aber auch Eigentum und Rechte an Miethäusern, die nicht der Befriedigung der Wohn- und Erholungsbedürfnisse des Eigentümers und seiner Familie dienten (Kommentar zum Zivilgesetzbuch, herausgegeben vom Ministerium der Justiz, § 362 Anm. 2.1; *MünchKomm/Leipold*, Einl. zu Bd. 9 Erbrecht Rdnrn. 231, 233).

Danach hätte die Beteiligte zu 1) jedenfalls ein Rechtsschutzinteresse an einem gegenständlich auf den abgespaltenen Nachlass beschränkten Erbschein, der die nach dem Tod der Mutter des Erblassers eingetretene Erbfolge auf der Grundlage des Zivilgesetzbuchs bezeugt (vgl. BayObLGZ 1998, 242, 245; *Palandt/Edenhofer*, BGB 59. Aufl. § 2353 Rdnr. 7). Ihr kann im Hinblick auf eine Grundbuchberichtigung ein Rechtsschutzinteresse aber auch nicht abgesprochen werden an einem Erbschein, der die nach dem Erblasser eingetretene, gegenständlich auf den abgespaltenen Nachlass beschränkte Erbfolge bezeugt. Dass diese Erbfolge auf bürgerlichem Recht beruht, ändert nichts daran, dass das in der ehemaligen DDR belegene Grundstück weiterhin als besonderer Nachlass gilt. Deshalb ist es gerechtfertigt, auch für Veränderungen der für diesen Sondernachlass bestehenden besonderen Erbengemeinschaft einen gegenständlich beschränkten Erbschein zu erteilen.

3. Das Verfahren ist an das Landgericht zurückzuverweisen, weil seine Auslegung des Testaments rechtsfehlerhaft ist und weitere Ermittlungen erforderlich sind.

a) Mit Recht führt das Kammergericht in seinem Vorlagebeschluss aus, dass gegen eine Beschränkung der letztwilligen Erbinsetzung auf das Westvermögen des Erblassers (§ 2088 Abs. 1 BGB) der vom Landgericht nicht gewürdigte erste Satz des Testaments spricht. Darin werden die Beteiligten zu 1)

und 2) zu Erben berufen, ohne dass der Umfang dieser Einsetzung eingegrenzt wird. Die sich im zweiten Satz des Testaments anschließende Aufzählung vom Erblasser für wesentlich gehaltener Vermögensteile enthält den Anteil an der Erbengemeinschaft, zu der das in der DDR gelegene Grundstück gehört, zwar nicht. Diesem Anteil kam unter den im Jahre 1980 dort herrschenden Verhältnissen aber kein wirtschaftlich erheblicher Wert für den Erblasser zu. Bei dieser Sachlage fehlen hinreichende Anhaltspunkte für eine Auslegung, dass die testamentarische Erbinsetzung auf das Vermögen des Erblassers im Westen beschränkt sei.

b) Soweit der Erblasser die Beteiligte zu 2) im Testament als seine „Freundin (Braut)“ bezeichnet hat, hat das Landgericht zu Unrecht angenommen, § 2077 Abs. 2 BGB sei nicht zu prüfen, weil es an einer entsprechenden Vorschrift in dem vom Landgericht für maßgeblich gehaltenen Zivilgesetzbuch der DDR fehle. Abgesehen davon, dass die Auflösung des Verlöbnisses auch nach dem Zivilgesetzbuch unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Testamentsauslegung Bedeutung gewinnen könnte, wie das Kammergericht in seinem Vorlagebeschluss mit Recht hervorgehoben hat, ist auf die Vererbung des Anteils des Erblassers an der Erbengemeinschaft, der das in der DDR belegene Grundstück zustand, bürgerliches Recht anzuwenden.

Dabei ist der Vortrag der Beteiligten zu 2) zu prüfen, der Zusatz „(Braut)“ im Testament könne nicht als Hinweis auf ein Verlöbnis im Rechtssinne gewertet werden, weil es ein ernsthaftes gegenseitiges Heiratsversprechen nie gegeben habe. Außerdem bliebe im Hinblick auf die von der Beteiligten zu 2) vorgetragenen, über den angeblichen Abschiedsbrief vom 15.1.1979 hinaus fortbestehenden Kontakte des Erblassers zu ihr auch § 2077 Abs. 3 BGB zu prüfen.

c) Soweit eine testamentarische Erbfolge der Beteiligten zu 2) in Betracht kommt, wird das Landgericht auch den Vergleich der beiden Beteiligten vom 3.2.1981 auszulegen haben. Er verpflichtet die Beteiligte zu 2), „die Richtigkeit“ des Erbscheins vom 26.9.1980, der die Beteiligte zu 1) als Alleinerbin auswies, „nicht länger anzuzweifeln“. Damit kann eine verfahrensrechtliche Position gemeint sein, aber auch die materiellrechtliche Frage der Erbfolge selbst. Weiter wäre zu fragen, ob sich die Beteiligte zu 1) auf den Vergleich noch berufen kann, soweit es um die Beteiligung des Erblassers an dem in der damaligen DDR gelegenen Grundstück geht (vgl. BGHZ 123, 76, 81 f.). (...)

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. FGG §§ 27, 144a (*Amtsauf Lösungsverfahren*)

Das Gericht der weiteren Beschwerde kann im Amtsauf Lösungsverfahren gemäß § 144a FGG eine nach dem Wirksamwerden des Beschlusses des Beschwerdegerichts in das Handelsregister eingetragene Satzungsänderung berücksichtigen.

BayObLG, Beschluss vom 7.2.2001 – 3Z BR 258/00 –

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister war die A-GmbH mit dem Sitz – wie in § 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags vom 31.3.1994 bestimmt – in B. eingetragen. Inzwischen verfügt die Gesellschaft dort nicht mehr über ein Ge-

schäftslokal. Das Amtsgericht forderte deshalb den Geschäftsführer der GmbH auf, bis 31.3.2000 die Änderung der Satzungsbestimmung bezüglich des Sitzes herbeizuführen und diese Änderung zur Eintragung im Handelsregister anzumelden oder die Unterlassung durch Widerspruch zu rechtfertigen. Gleichzeitig wies es darauf hin, dass es nach Ablauf der Frist den Satzungsmangel feststellen werde, mit der Folge, dass die Gesellschaft aufgelöst werde. Durch Beschluss vom 15.5.2000 stellte das Amtsgericht fest, dass die Bestimmung von B. zum Sitz der Gesellschaft in § 1 Satz 2 der Satzung nichtig und die Gesellschaft dadurch aufgelöst sei. Die sofortige Beschwerde der Gesellschaft wies das Landgericht am 15.6.2000 zurück. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Gesellschaft. Am 12.1.2001 wurden im Handelsregister die Verlegung des Sitzes der GmbH von B. nach C. und die entsprechende Änderung der Satzung in § 1 Satz 2 (Sitz) eingetragen.

Aus den Gründen:

1. Das zulässige Rechtsmittel ist begründet. Durch die Änderung der Satzung und deren Eintragung in das Handelsregister am 12.1.2001 ist der dem Beschluss des Amtsgerichts zugrunde liegende Satzungsmangel behoben worden. Für die Feststellung eines solchen Mangels gemäß § 144a Abs. 2 und 4 FGG ist daher kein Raum mehr. Die Gesellschaft ist nicht gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG aufgelöst. Dies ist zur Klärung auszusprechen.

Bei der Satzungsänderung und deren Eintragung handelt es sich um neue Tatsachen, die der Senat bei seiner Entscheidung berücksichtigen konnte. Zwar ist das Gericht der weiteren Beschwerde grundsätzlich an den vom Erstbeschwerdegericht verfahrensfehlerfrei festgestellten Sachverhalt gebunden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG i.V.m. § 561 ZPO; BayObLGZ 1999, 17/20 m.w.N.). Die Eintragung der Satzungsänderung ist jedoch aus dem den Akten beigegebenen Registerblatt ersichtlich. Die Berücksichtigung dieser offenkundigen gerichtlich bescheinigten Tatsache gebieten zumindest die Grundsätze der Verfahrenswirtschaftlichkeit (vgl. BGHZ 53, 128/131 f.; 54, 132/135 f.; BGH NJW 1994, 579; NJW-RR 1998, 1284; BayObLGZ 1978, 140/142; KG OLGZ 1983, 428/431; OLG Düsseldorf WuM 2000, 625/626).

Der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob, wie das Landgericht angenommen hat und wofür vieles spricht, im Hinblick auf die Einfügung des § 4a GmbHG durch Art. 9 HRRefG v. 22.6.1998 (BGBl. I S. 1474) gegen eine GmbH das Amtsaufhebungsverfahren nach § 144a Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 und 2 FGG, § 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG eingeleitet werden kann, wenn die Gesellschaft unter ihrem im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Sitz nicht mehr erreichbar ist (vgl. *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 15. Aufl. § 4a Rdnr. 16 und § 60 Rdnr. 11; *Baumbach/Hueck/Fastrich* GmbHG, 17. Aufl. § 4a Rdnr. 9, anders ebenda *Schulze-Osterloh* Anhang zu § 77 Rdnr. 32).

13. HGB § 161, BGB § 705 (*Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin*)

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft eintreten (Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen Abweichung von OLG Zweibrücken OLGZ 1982, 155).

BayObLG, Beschluss vom 18.10.2000 – 3Z BR 164/00 – mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Im Handelsregister ist die X. GmbH & Co. KG eingetragen. Am 17.11.1999 meldete der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin, diese auch handelnd für alle anderen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft, zur Eintragung ins Handelsregister an, dass folgende Gesellschaften bürgerlichen Rechts in die Gesellschaft eingetreten seien: die aus den Herren A, B und C bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 25.000 DM sowie die aus den Herren D und E bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 35.000 DM. Das Registergericht wies die Anmeldung am 29.2.2000 zurück. Die vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluss vom 27.4.2000 zurück. Hiergegen wendet sich der Urkundsnotar mit der weiteren Beschwerde. Nach Auffassung des Senats zu Recht:

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig. Der Urkundsnotar, der beim Registergericht die Eintragung der Kommanditisten beantragt hat, konnte es formgültig einlegen (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG). Seine Ermächtigung hierzu ergibt sich aus § 129 FGG (vgl. *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 8. Aufl. § 129 Rdnr. 1, 2), da eine Verpflichtung zur Anmeldung neuer Gesellschafter besteht (§ 161 Abs. 2 i.V.m. 107 HGB; vgl. *Baumbach/Hopt* HGB 30. Aufl. § 162 Rdnr. 1, § 108 Rdnr. 5). Die Gesellschafter sind beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 1 und 2 FGG).

Die weitere Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Der Senat kann über sie nicht befinden, ohne von der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 24.11.1981 – 3 W 93/81 – (OLGZ 1982, 155) abzuweichen.

1. Der Senat hält die weitere Beschwerde für begründet.

a) Das Landgericht hat seine Entscheidung unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Amtsgerichts damit begründet, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft sein könne. Deren Gesellschafter müssten im Gegensatz zu den Mitgliedern einer juristischen Person im Handelsregister eingetragen werden. Ausschlaggebend sei, dass eine solche Gesellschaft nicht geschlossen als Einheit nach außen hin auftreten könne und dass wegen der fehlenden Registerpublizität die persönliche Haftung der einzelnen Gesellschafter nur mit Schwierigkeiten verwirklicht werden könne.

b) Dies hält nach Auffassung des Senats der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO) nicht stand.

aa) Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft sein kann, ist umstritten. Die Rechtsprechung hat sie bisher verneint (vgl. BGHZ 46, 291/296; BGH NJW-RR 1987, 416; WM 1990, 586/587; OLG Zweibrücken OLGZ 1982, 155). Auch im Schrifttum wird eine Gesellschafterstellung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts überwiegend abgelehnt (*Baumbach/Hopt* § 105 Rdnr. 29; *Staub/Ulmer* HGB 4. Aufl. § 105 Rdnr. 96; *Happ/Brunkhorst* Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1 § 41 Rdnr. 32; *Heymann/Emmerich* HGB 2. Aufl. § 105 Rdnr. 46; *Röhrich/von Gerkan* HGB § 161 Rdnr. 18, § 105 Rdnr. 65; *Koller/Roth/Morck* HGB 2. Aufl. § 105 Rdnr. 19; *Keidel/Stöber/Schmatz* Registerrecht 5. Aufl. Rdnr. 283; *Palandt/Sprau* BGB 59. Aufl. § 705 Rdnr. 24). Die Gegenmeinung hält die Beteiligung jedenfalls einer Außengesellschaft bürgerlichen Rechts (*K. Schmidt* Gesellschaftsrecht 3. Aufl. § 45 I 2) an einer Personenhandelsgesellschaft für zulässig, sei es ohne

wesentliche Einschränkungen (*Schlegelberger/K. Schmidt* HGB 5. Aufl. § 105 Rdnr. 67 ff.; BGB 11. Aufl. § 718 Rdnr. 6; *Erman/Westermann* BGB 10. Aufl. § 705 Rdnr. 21; *K. Schmid* Gesellschaftsrecht 3. Aufl. S. 1306 ff.; *Brodersen*, Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandels-gesellschaften 1988; *Klamroth* BB 1983, 796/803), sei es be-schränkt auf Gesellschaften mit einem bestimmten Typus (z.B. mit eigener Identitätsausstattung, *Breuninger*, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr S. 64 ff.), sei es beschränkt auf bestimmte Gesellschafterstellungen (Stellung als Kommanditist, Nachweise bei *Schlegelberger/K. Schmidt* a.a.O. Rdnr. 71).

bb) Nach Auffassung des Senats können die (Außen-)Gesell-schaften bürgerlichen Rechts, deren Eintragung als Gesell-schafter hier begehrt wird, als Kommanditistinnen einer Per-sonenhandels-gesellschaft beitreten.

(1) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts-hofs, der auch der Senat folgt, kann eine Gesellschaft bürger-lichen Rechts, unabhängig von der Frage ihrer Rechts- oder Teilrechtsfähigkeit, als Teilnehmerin am Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, es sei denn, es stünden spezielle Rechtsvorschriften entgegen (vgl. nur BGHZ 136, 254/257; BGH NJW 1998, 376). Unter anderem kann sie Mitglied einer juristischen Person oder deren Vorge-sellschaft sein (vgl. für die Aktiengesellschaft BGHZ 118, 83; für die GmbH BGHZ 78, 311; für die Genossenschaft BGHZ 116, 86), ebenso aber auch Gesellschafterin einer anderen BGB-Gesellschaft (BGH NJW 1998, 376).

(2) Der Stellung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin stehen nach Auffassung des Senats derart spezielle Rechtsvorschriften nicht entgegen.

(a) Der Umstand, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsverkehr keine spezielle Bezeichnung führen muss, stellt kein Hindernis dar. Bei der Eintragung einer solchen Gesellschaft als Gesellschafterin einer Personenhandels-gesellschaft können im Handelsregister, ähnlich wie im Grund-buch (vgl. § 47 GBO und BayObLGZ 1985, 212/213), die ein-zelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „in Gesellschaft bür-gerlichen Rechts“ eingetragen werden (vgl. *Schmidt Gesell-schaftsrecht* S. 1307; *Breuninger* a.a.O. S. 69; *Klamroth* a.a.O. S. 801). Damit sind im Grundsatz auch die BGB-Ge-sellschafter aus dem Handelsregister ersichtlich. Scheidet die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus der Personenhandels-gesellschaft aus, ist dies gemäß § 143 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1, 162 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 HGB beim Handelsregister anzumelden und einzutragen.

(b) Die Schwierigkeiten, die sich aus der im Gesetz vorgese-henen Publizität der Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft ergeben (vgl. §§ 106, 107, 162 Abs. 1 und 3 HGB), wiegen nach Auffassung des Senats nicht so schwer, dass sie der Eintragung entgegenstünden.

Soweit diese Publizität der Offenlegung der Vertretungsver-hältnisse für die Personenhandels-gesellschaft dient (vgl. § 125 HGB, insbesondere Absatz 4), ist dies für die Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin ohne Bedeutung, da dem Kommanditisten Vertretungsmacht kraft Gesetzes nicht zusteht (§ 170 HGB).

Die Publizität soll darüber hinaus außenstehenden Dritten die Möglichkeit geben, sich über die Zusammensetzung der Gesellschaft zu informieren und dadurch, unter Berücksich-tigung der persönlichen Haftung der Gesellschafter (§§ 128, 171 ff. HGB), die Bonität der Gesellschaft abzuschätzen.

Auch diesem Gesichtspunkt ist jedenfalls im wesentlichen Rechnung getragen, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin auftritt und diejenigen Personen, die im Zeitpunkt des Beitritts zu der Personenhandels-gesellschaft Gesellschafter sind, namentlich in das Handelsregister eingetragen werden.

Zwar ist zweifelhaft, ob in einem solchen Fall eine Pflicht be-steht, einen Wechsel in der Zusammensetzung der Gesell-schafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Austritt, Ein-tritt, Übertragung der Gesellschafterstellung) zum Handels-register anzumelden. Denn nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft ist Gesellschafterin der Personen-handels-gesellschaft, so dass § 162 Abs. 3 HGB jedenfalls nicht unmittelbar angewendet werden kann. Immerhin ließe sich die Auffassung vertreten, dass sich aus dem Sinn und Zweck des Handelsregisters, das der Sicherheit des Rechts-verkehrs dient und die eingetragenen Rechtsverhältnisse zu-verlässlich wiedergeben soll (vgl. *Röhrich/v. Westphalen/Ammon* HGB § 8 Rdnr. 18), eine Pflicht zur Anmeldung der Änderung ergibt (vgl. auch ders. § 8 Rdnr. 23).

Verneint man eine solche Pflicht, so ist der herrschenden Mei-nung zuzugeben, dass das Registergericht keine Möglichkeit hat, etwaige Änderungen hinsichtlich der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu überprüfen, da es für diese Gesellschaft kein öffentliches Register gibt. Diesen Fol-gen mangelnder Publizität kommt aber nach Auffassung des Senats keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Denn eine Ge-fährdung der Interessen der Gläubiger der Kommanditgesell-schaft ist nicht zu befürchten. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts haftet im Hinblick auf § 128 HGB für die Verbindlich-keiten der Kommanditgesellschaft in dem in §§ 171 ff. HGB bestimmten Umfang. Für diese Verpflichtung haben auch die Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Ge-samtschuldner einzustehen, und zwar ohne die Möglichkeit einer einseitigen Haftungsbeschränkung auf das Gesell-schaftsvermögen; die Haftung kann im Verhältnis zu den Gläubigern der Kommanditgesellschaft nur durch individual-vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden (vgl. BGH NJW 1999, 3483; siehe auch BGHZ 78, 311 und 118, 83/99 sowie *Breuninger* S. 67).

Scheidet ein Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus, so haftet er für bereits begründete Verbindlich-keiten weiterhin nach Maßgabe des § 736 Abs. 2 BGB. Die fünfjährige Enthafungsfrist des § 736 Abs. 2 BGB, § 160 Abs. 1 HGB beginnt nach ganz herrschender Meinung erst mit der Kenntnis des Gläubigers von der Tatsache des Aus-scheidens (*Palandt/Sprau* § 736 Rdnr. 14; vgl. auch *Altmep-pen* NJW 2000, 2529/2534). Schon aus diesem Grund muss das Ausscheiden als im Handelsregister eintragungsfähig an-gesehen werden. Der ausgeschiedene Gesellschafter wird dann schon im eigenen Interesse auf eine Eintragung seines Ausscheidens in das Handelsregister dringen. Eine Haftung für durch Rechtsgeschäft neu begründete Verbindlichkeiten dürfte sich nach Auffassung des Senats daraus herleiten las-sen, dass der ausgeschiedene Gesellschafter durch das Fortbe-stehen der Eintragung nach außen den Rechtsschein erweckt, die Vertreter der Personenhandels-gesellschaft dürften auch ihn bindende Rechtsgeschäfte eingehen. § 15 HGB findet keine unmittelbare Anwendung, wenn die Tatsache des Aus-scheidens nicht eintragungspflichtig ist. Dieser Vorschrift liegt aber der allgemeine Rechtsscheingedanke zugrunde (*Baumbach/Hueck* § 15 Rdnr. 3), aus dem auch hier eine Haf-tung hergeleitet werden kann (vgl. *Klamroth* BB 1983, 796/802).

Der Umstand, dass neue Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht zwingend in das Handelsregister eingetragen werden müssen, fällt nicht ausschlaggebend ins Gewicht. Der Drittgläubiger kann die eingetragenen (ehemaligen) Gesellschafter in Haftung nehmen. Entziehen sie sich dem durch Eintragung ihres Ausscheidens, wird aus dem Handelsregister die brüchige Haftungsgrundlage offensichtlich, wenn keine neuen Gesellschafter eingetragen werden. Damit ist dem der Registerpublizität zu Grunde liegenden Interesse derjenigen Personen, die in Geschäfte mit der Kommanditgesellschaft eintreten wollen, hinreichend Rechnung getragen.

(3) Geht man mit dem Senat davon aus, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditistin einer Personenhandels-gesellschaft sein kann, wird sie hinsichtlich ihrer Fähigkeit, Gesellschafterin zu sein, für alle Handelsgesellschaften und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. BGH NJW 1998, 376) gleich behandelt. Dies steht in Einklang mit der weitgehenden Anerkennung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsverkehr, wie sie in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, aber auch in der Gesetzgebung (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) zum Ausdruck kommt.

(4) Für die vom Senat für zutreffend angesehene Auffassung spricht auch, dass dadurch Probleme vermieden werden, die auftreten können, wenn eine Personenhandels-gesellschaft, die Gesellschafterin einer anderen Personenhandels-gesellschaft ist, wegen veränderter Umstände zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird und damit nach der herrschenden Auffassung nicht mehr Gesellschafterin einer anderen Handelsgesellschaft sein kann (vgl. BGHZ 116, 86/89). Derartige Probleme ergeben sich im übrigen auch dann, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, und diese kraft Gesetzes zu einer Personenhandels-gesellschaft wird (vgl. die Beispiele bei *Baumbach/Hopt* § 105 Rdnr. 7). Auch in diesem Fall bleibt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mangels eines gesetzlichen Hinderungsgrundes ohne weiteres Gesellschafterin der (nunmehr) Personenhandels-gesellschaft.

2. Der Senat möchte der weiteren Beschwerde stattgeben. Dem steht die auf weitere Beschwerde ergangene Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 24.11.1981 (OLGZ 1982, 155) entgegen, nach der eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts keinen Kommanditanteil halten kann.

14. UmwG § 3 Abs. 2 Nr. 2 (*Firma eines Einzelkaufmanns als übernehmender Rechtsträger einer Verschmelzung*)

Eine GmbH kann auf den im Handelsregister als Einzelkaufmann eingetragenen Alleingesellschafter verschmolzen werden.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 15.11.2000 – 2 W 145/00 –

Zum Sachverhalt:

Alleingesellschafter der im Handelsregister des Amtsgerichts Flensburg eingetragenen R Verwaltungs-Service GmbH (im Folgenden: GmbH) ist der Beteiligte H.R., der (auch) Inhaber der im Handels-

register des Amtsgerichts Flensburg eingetragenen Einzelfirma Automaten-R ist. In einem notariell beurkundeten Verschmelzungsvertrag vom 28.12.1998 vereinbarten die GmbH und der Beteiligte, die GmbH als übertragenden Rechtsträger mit der Einzelhandelsfirma Automaten-R Inh. H.R. zu verschmelzen, und beantragten unter Überreichung der Eintragungsunterlagen die Eintragung der Veränderungen in das Handelsregister. Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 27.1.2000 den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde vom 4.2.2000 hat das Landgericht mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde. Mit Erfolg:

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt: Aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG ergebe sich, dass übernehmender Rechtsträger stets und ausschließlich eine natürliche Person sein könne, so dass die Firma des Einzelkaufmanns als übernehmender Rechtsträger einer Verschmelzung ausscheide. Die Verschmelzung könne daher nur auf den Beteiligten und nicht auf die Firma, unter der er im Rechtsverkehr auftrete, erfolgen. Dies hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Beteiligt sein an Verschmelzung können als übertragende und übernehmende Rechtsträger nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG Kapitalgesellschaften (GmbH, AG) und nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 UmwG natürliche Personen, die als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft deren Vermögen übernehmen. Die Verschmelzung auf eine natürliche Person wird in §§ 120 122 UmwG abschließend geregelt (*Lutter/Karollus* UmwG § 120 Rdnr. 4). Aus § 120 Abs. 1 UmwG ergibt sich, dass als übertragender Rechtsträger nur eine Kapitalgesellschaft in Betracht kommt (*Lutter/Karollus* a.a.O. Rdnr. 5). Das ist hier der Fall. Übernehmender Rechtsträger kann nur eine natürliche Person sein (*Lutter/Karollus* a.a.O. Rdnr. 17). Diese muss alleiniger Gesellschafter der übertragenen Kapitalgesellschaft sein (*Lutter/Karollus* a.a.O. Rdnr. 22). Auch diese Voraussetzungen sind gegeben. Der Beteiligte ist als natürliche Person Alleingesellschafter der übertragenden GmbH. Er kann demnach übernehmender Rechtsträger sein. Daran ändert nichts, dass er (auch) unter der Firma Automaten-R im Handelsregister des Amtsgerichts Flensburg (...) eingetragen ist. Nach § 17 Abs. 1 HGB ist die Firma eines Kaufmanns (nichts anderes als) der Name, unter dem er seine Geschäfte betreibt und die Unterschrift abgibt. Die Firma ist kein von der natürlichen Person zu unterscheidender Rechtsträger. § 122 UmwG regelt die Eintragung in das Handelsregister. Danach ist ein noch nicht in das Handelsregister eingetragener Alleingesellschafter nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches in das Handelsregister einzutragen. Vorliegend ist der Beteiligte – wie schon ausgeführt – bereits unter der Firma Automaten-R im Handelsregister eingetragen. War der Alleingesellschafter aber bereits – wie hier – vor der Verschmelzung im Handelsregister eingetragen, kann er jedenfalls seine bisherige Firma beibehalten und unter dieser auch ein von ihm neu erworbenes Unternehmen betreiben (*Lutter/Karollus* a.a.O. § 122 UmwG Rdnr. 15). Dies will der Beteiligte erreichen. Rechtliche Bedenken dagegen bestehen nach dem Gesagten nicht. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind daher aufzuheben; die Sache ist an das Amtsgericht zurückzuverweisen, damit es unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut über den Eintragungsantrag entscheidet.

Kostenrecht

15. KostO §§ 7, 14, 15, 17 (*Verjährung des Anspruchs auf Rückerstattung von Kosten*)

Der Anspruch auf Rückerstattung von Kosten entsteht bereits mit der Überzahlung. Mit diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO zu laufen.

BayObLG, Beschluss vom 19.9.2000 – 3Z BR 227/00 –

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte ist eine Kommanditgesellschaft. Am 28.3.1994 wurde im Handelsregister der Eintritt von weiteren Kommanditisten antragsgemäß eingetragen. Mit Kostenrechnung vom 11.5.1994 stellte das Amtsgericht der Beteiligten bei Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 11.850.000 DM einen Betrag von 16.434,50 DM in Rechnung, den die Beteiligte im Jahre 1994 bezahlte.

Mit Schreiben vom 15.12.1999 bat die Beteiligte unter Hinweis auf die Unvereinbarkeit der angesetzten Gebühren mit dem Europäischen Recht um Überprüfung und Berichtigung der Kostenrechnung sowie Rückerstattung des überzahlten Betrages. Das Amtsgericht behandelte das Schreiben als Erinnerung und wies diese am 22.2.2000 zurück, nachdem die Staatskasse gegen einen etwaigen Rückerstattungsanspruch die Einrede der Verjährung erhoben hatte. Die dagegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen, der Rückerstattungsanspruch sei verjährt. Der Anspruch sei gemäß § 17 Abs. 2 KostO bereits mit der Zahlung der angeforderten Kosten durch den Kostenschuldner entstanden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Verjährungsfrist zu laufen begonnen. Europarechtliche Vorgaben stünden der Einrede der Verjährung nicht entgegen.

Dagegen wendet sich die Beteiligte mit der vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde. Ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

1. Nach § 17 Abs. 2 KostO verjähren Ansprüche auf Rückerstattung von Kosten in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Nach überwiegender Auffassung, in der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 296; OLG Hamm NJW-RR 1999, 1229/1230; OLG Bremen OLGR 2000, 209/210; LG Bielefeld Rpfleger 2000, 300; LG Hannover NdsRpfl 2000, 111/112; LG Frankenthal NJW-RR 1999, 1158; so auch *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 17 Rdnr. 6) entsteht der Rückerstattungsanspruch bereits mit der Zahlung der unberechtigt angeforderten Kosten. Nach anderer Ansicht beginnt die Verjährungsfrist erst mit der Aufhebung des Kostenansatzes zu laufen (OLG Köln Rpfleger 1992, 317; *Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 17 Rdnr. 17; *Hartmann* Kostengesetze 29. Aufl. § 17 KostO Rdnr. 5).

2. Der Senat folgt – wie das Landgericht – der ersten Auffassung.

a) Das Gesetz enthält keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Rückzahlungsanspruch von der Änderung des Kostenansatzes abhängig sein soll.

aa) Der Anspruch der Staatskasse auf Zahlung der Gebühren wird mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts fällig (§ 7 KostO). Damit beginnt nach § 17 Abs. 1 KostO der Lauf der Verjährungsfrist. Entstehen und Fälligkeit sind somit nicht von der Erstellung und Hinausgabe einer Kostenrechnung (Kostenansatz, § 4 Kostenverfügung) abhängig. Der Anspruch des Kostenschuldners auf Erstattung objektiv zu Unrecht erhobener Kosten hat seine Grundlage in demselben

öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis; es handelt sich bei ihm um die Kehrseite des Kostenanspruchs der Staatskasse (BayObLGZ 1998, 340/343; OLG Hamm NJW-RR 1999, 1229/1230). Leistet der Schuldner, ohne verpflichtet zu sein, so erfolgt die Leistung ohne Rechtsgrund, und die Landeskasse hat die ohne Rechtsgrund erbrachte Leistung zurückzugewähren. Da sich die Höhe der geschuldeten Kosten unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, entsteht der Rückzahlungsanspruch mit der Überzahlung.

bb) Bei dem Kostenansatz nach § 14 KostO, §§ 4 ff. Kostenverfügung handelt es sich um einen Justizverwaltungsakt (*Korintenberg/Lappe* § 14 Rdnr. 2). Dies bedeutet aber nicht, dass die Zahlungsverpflichtung des Kostenschuldners nach Grund und Höhe durch den Kostenansatz verbindlich festgelegt wird mit der Folge, dass der Kostenansatz, solange er besteht, einen Rechtsgrund für die Leistung des Schuldners bildet. Zwar entfaltet ein Verwaltungsakt seine Wirksamkeit grundsätzlich unabhängig davon, ob die getroffene Regelung mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Er begründet dem Betroffenen gegenüber ein rechtlich selbstständiges Rechtsverhältnis, aus dem sich Rechte und Pflichten ergeben können und welches das materiell-rechtliche Rechtsverhältnis überlagert (vgl. *Kopp/Ramsauer* VwVfG 7. Aufl. § 43 Rdnr. 8). Welches Maß an Verbindlichkeit einem Verwaltungsakt zukommt, hat aber der Gesetzgeber zu entscheiden (*Stelkens/Bonk/Sachs* VwVfG 5. Aufl. § 43 Rdnr. 13). Dies ist eine Frage der Bestandskraft des Verwaltungsakts. Gegenstand und rechtliche Tragweite der Bestandskraft lassen sich nicht einheitlich für alle Rechtsgebiete und alle Arten von Verwaltungsakten beurteilen; vielmehr muss das jeweilige materielle Recht berücksichtigt werden (*Badura* in *Erichsen/Martens* Allgem. Verwaltungsrecht 11. Aufl., S. 541). Verwaltungsakte, auf die das Verwaltungsverfahrensgesetz Anwendung findet, genießen eine hohe Bestandskraft (vgl. §§ 43 ff. VwVfG, Art. 43 ff. BayVwVfG). Das Verwaltungsverfahrensgesetz findet aber auf Kostenerstattungsansprüche keine Anwendung (§ 2 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG; Art. 2 Abs. 3 Nr. 1 BayVwVfG), da die Kostenordnung eine eigenständige Regelung enthält.

cc) Aus § 14 Abs. 6 KostO folgt, dass der Kostenansatz nicht in Bestandskraft erwächst (OLG Hamm NJW-RR 1999, 1229/1230). Nach dieser Bestimmung tritt eine Bindungswirkung nur ein, wenn im Verfahren über die Kostenerinnerung eine Entscheidung des Gerichts ergangen ist. Ohne gerichtliche Entscheidung kann der Kostenansatz im Verwaltungsweg ohne weitere Voraussetzungen, auch zu Lasten des Kostenschuldners, geändert werden. Eine Nachforderung ist lediglich durch die Fristbestimmung des § 15 KostO beschränkt. Dies bedeutet, dass der Kostenansatz die materielle Rechtslage nicht bindend gestaltet (OLG Hamm a.a.O.).

b) Die Gegenauffassung hätte, worauf das Landgericht zutreffend hinweist, zur Folge, dass die Verjährungsvorschrift des § 17 Abs. 2 KostO weitgehend leer liefe.

aa) Kommt es zu einer Berichtigung des Kostenansatzes, so hat der Kostenbeamte nach § 36 Abs. 3 Satz 1 Kostenverfügung durch Kassenanordnung die Rückzahlung bereits geleisteter Gebühren anzuordnen. Mit der Aufhebung des Kostenansatzes wird somit von Amts wegen die Rückzahlung der zu Unrecht vereinnahmten Kosten veranlasst. Der Kostenschuldner braucht seinen Rückerstattungsanspruch nicht gesondert geltend zu machen und läuft deshalb nicht Gefahr, dass sein Anspruch an der Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO scheitert (OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 296).

bb) Verlangt der Kostenschuldner mehr als vier Jahre nach Kostenansatz und Zahlung der mit ihm geforderten Gebühren die Rückzahlung von Gebühren und verbindet er sein Rückzahlungsverlangen mit einer Erinnerung gegen den Kostenansatz, bleibt nach der Gegenansicht die Verjährungsvorschrift des § 17 Abs. 2 KostO weitgehend wirkungslos. Da die Verjährungsfrist dann erst mit Aufhebung des Kostenansatzes zu laufen beginnen würde, wäre es ohne Bedeutung, welcher Zeitraum seit Erlass des Kostenansatzes und erfolgter Zahlung verstrichen ist. Der Kostenschuldner könnte – in den Grenzen der Verwirkung – seinen Rückerstattungsanspruch auch noch nach Ablauf eines Zeitraumes, der ein Mehrfaches der Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO ausmacht, durchsetzen. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Zweck der in § 17 Abs. 2 KostO getroffenen Verjährungsregelung unvereinbar (OLG Düsseldorf a.a.O.), die, wie jede Verjährung, nach Ablauf einer bestimmten Zeit Rechtsfrieden schaffen soll (vgl. BGHZ 128, 74/82; Palandt/Heinrichs BGB 59. Aufl. Überbl v § 194 Rdnr. 4). Denn anders als für die Inanspruchnahme des Kostenschuldners (vgl. § 15 KostO), kennt die Kostenordnung für den Rückerstattungsanspruch neben der Verjährungsfrist keine zeitliche Grenze für eine Berichtigung des Kostenansatzes zu Lasten der Staatskasse.

c) Europäische Rechtsvorschriften stehen der Einrede der Verjährung nicht entgegen. Zu Recht geht das Landgericht davon aus, dass das Gemeinschaftsrecht es den Mitgliedsstaaten nicht verwehrt, sich gegenüber Klagen auf Erstattung richtlinienwidrig erhobener Abgaben auf eine nationale Verjährungsfrist zu berufen, die vom Zeitpunkt der Fälligkeit der betreffenden Forderung an läuft. Der Europäische Gerichtshof lässt dies zu, sofern diese Frist für die Geltendmachung auf Gemeinschaftsrecht gestützter Ansprüche nicht ungünstiger ist als für die Geltendmachung auf nationales Recht gestützter Ansprüche und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird (EuGH ZIP 1998, 206/211).

Die Berufung auf die Verjährung stellt auch keine unzulässige Rechtsausübung dar. Insoweit ist ein strenger Maßstab anzuwenden (Palandt/Heinrichs Überbl v § 194 Rdnr. 10). Unzulässig ist die Verjährungseinrede nur bei wirklich schweren Verstößen gegen Treu und Glauben, so, wenn der Schuldner den Gläubiger durch sein Verhalten von der rechtzeitigen gerichtlichen Geltendmachung abgehalten hat oder wenn der Gläubiger nach objektiven Maßstäben darauf vertrauen durfte, sein Anspruch werde ohne Rechtsstreit befriedigt oder vom Schuldner nur mit Einwendungen in der Sache bekämpft (BGHZ 93, 64/66; NJW 1988, 265/266; 2245/2247). Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben.

16. KostO §§ 35, 145 Abs. 1, 147 Abs. 2 (*Gebühr für Einholung fehlender Registeranmeldung*)

Übersendet der Notar eine Kopie der von ihm beurkundeten Handelsregisteranmeldung einer GmbH an einen der Geschäftsführer, damit dieser sie an einem anderen Ort unterschreiben und dies notariell beglaubigen lassen kann, erhält er dafür keine gesonderte Gebühr nach § 145 Abs. 1 oder 147 Abs. 2 KostO.

Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 23.1.2001 – 3 W 244/00 – mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1) beurkundete und vollzog die Anmeldung der Beteiligten zu 3) zum Handelsregister. Beide Gesellschafter sollten nach dem Gesellschaftsvertrag zugleich Geschäftsführer sein. Im Beurkundungstermin vor dem Beteiligten zu 1) war nur einer der Geschäftsführer erschienen. Dieser unterzeichnete die Urkunde. Sodann übersandte der Beteiligte zu 1) auf Bitten des Erschienenen eine Kopie der Urkunde dem weiteren Geschäftsführer, damit dieser an seinem Wohnort die Urkunde unterzeichnen und dort beglaubigen lassen konnte. Mit seiner Kostenrechnung vom 17.7.1998 berechnete der Notar für diese Übersendung eine Gebühr gemäß den §§ 38 Abs. 2 Nr. 7, 145 Abs. 1 KostO in Höhe von 80,- DM nebst Mehrwertsteuer.

Nach Beanstandung des Prüfungsbeauftragten hat der Notar seine Kostenrechnung nicht abgeändert, sondern auf Anweisung des Beteiligten zu 2) die Entscheidung des Landgerichts herbeigeführt. Das Landgericht hat mit seiner angefochtenen Entscheidung die Kostenrechnung um diese Gebühr reduziert.

Die weitere Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, 550 ZPO). Der Senat teilt die Auffassung der Kammer, wonach für die Übersendung des Entwurfs der Handelsregisteranmeldung an den weiteren Geschäftsführer keine weitere Gebühr angefallen ist, die Kostenrechnung des Notars mithin entsprechend zu reduzieren war.

a) Eine Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO ist durch die Tätigkeit des Beteiligten zu 1) nicht entstanden. Diese Entwurfsgebühr entsteht nach allgemeiner Auffassung nur dann, wenn der Entwurf als selbstständige notarielle Leistung erforderlich wird. Ein selbstständiger Auftrag zur Entwurfsherstellung im Sinne des § 145 Abs. 1 KostO kann zwar trotz vorliegens eines Beurkundungsauftrags gegeben sein. Dies setzt allerdings voraus, dass der Entwurf zunächst nur als Grundlage für weitere Vertragsverhandlungen, Überprüfungen oder Ähnliches angefordert wird (vgl. OLG Düsseldorf JurBüro 1994, 239; OLG Köln JurBüro 1997, 604). Andernfalls verbleibt es bei dem Vorbereitungscharakter des Entwurfs. Dieser ist damit – wie hier – Teil der Beurkundungstätigkeit des Notars.

b) Die Übersendung des Entwurfs an den weiteren Geschäftsführer löst auch nicht die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus.

aa) Nach § 147 Abs. 2 KostO erhält der Notar die Hälfte der vollen Gebühr, soweit für eine im Auftrag eines Beteiligten ausgeübte Tätigkeit eine Gebühr nicht bestimmt ist. Unter § 147 Abs. 2 KostO fallen alle nicht besonders benannten isolierten Geschäfte vorsorgender Rechtspflege, die nicht im Zusammenhang mit einem Beurkundungsgeschäft stehen und auf Grund eines ausdrücklichen Auftrags erfolgen (vgl. Korintenberg/Reimann KostO 14. Aufl. § 147 Rdnr. 126). Die Vorschrift bezieht sich vor allem auf die „sonstige Betreuung“ der Beteiligten i.S.d. § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Hierunter fallen insbesondere auch die sog. Vollzugsaufgaben des Notars. Dies sind Tätigkeiten des Notars, die dazu dienen, den über die rechtliche Tragweite eines zu beurkundenden Rechtsgeschäfts hinausgehenden rechtlichen oder wirtschaftlichen Erfolg zu erreichen (vgl. Schippel BNotO 7. Aufl. § 24 Rdnr. 25). Zu den Vollzugsaufgaben, die der Notar übernehmen kann, gehört auch die Übersendung von Urkunden (vgl. Schippel a.a.O. Rdnr. 27).

bb) eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entsteht allerdings nur, soweit es sich bei der Tätigkeit des Notars nicht um ein gebührenfreies Nebengeschäft handelt, § 147 Abs. 3 KostO. Nach den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen liegt ein Nebengeschäft i.S.d. § 35 KostO vor, wenn die Tätigkeit zum Pflichtenkreis des Notars gehört, mit einem Hauptgeschäft so zusammenhängt, dass sie nicht als selbstständiges Geschäft in Erscheinung tritt und die Tätigkeit das Hauptgeschäft vorbereitet oder fördert und so der beabsichtigte Erfolg herbeigeführt wird (vgl. BayObLG JurBüro 1980, 751; Mümmeler in JurBüro 1982, 837 jew. m.w.N.). Ob das Nebengeschäft im Verhältnis zum Hauptgeschäft zudem minder wichtig erscheinen muss, ist umstritten (bejahend BayObLG a.a.O.; ablehnend etwa *Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 35 Rdnr. 4), kann hier jedoch dahinstehen. Denn die Übersendung des Entwurfs der Handelsregisteranmeldung an den weiteren Geschäftsführer zum Zwecke der Unterschrift und deren Beglaubigung durch einen Notar an einem anderen Ort ist jedenfalls als minderwichtige Tätigkeit im Verhältnis zur Haupttätigkeit des Notars anzusehen.

Auch die übrigen, nach den o.g. Grundsätzen aufgestellten Voraussetzungen für ein gebührenfreies Nebengeschäft liegen vor. Die Übersendung des Entwurfs der Handelsregisteranmeldung bereitet lediglich die Anmeldung der GmbH vor. Denn der Anmeldung muss nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbH der Gesellschaftsvertrag beigelegt sein. Dieser bedarf notarieller Form (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) und ist von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Werden – wie hier – zugleich mit der Anmeldung der Gesellschaft mehrere Geschäftsführer bestellt, so ist darüber hinaus die Unterschrift sämtlicher Geschäftsführer zur Anmeldung erforderlich. Die Anmeldung hat nämlich namens der Gesellschaft durch sämtliche Geschäftsführer persönlich zu erfolgen (vgl. *Scholz GmbHG* 9. Aufl. § 7 Rdnr. 10).

Steuerrecht

17. ErbStG § 13 Abs. 2a Satz 1 a.F., AO § 173 Abs. 1 Satz 1 (*Kein Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge bei Einräumung einer atypisch stillen Unterbeteiligung an einer Kommanditbeteiligung*)

- 1. Ein Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge i.S. von § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG liegt in der ab 1. Januar 1994 geltenden Fassung des StandOG nur vor, wenn er dem Übergang von Betriebsvermögen durch Erbanfall vergleichbar ist.**
- 2. Die schenkweise erfolgende Einräumung einer Unterbeteiligung an einer Kommanditbeteiligung in Form einer atypisch stillen Beteiligung, die unter dem Vorbehalt von aufschiebenden Bedingungen und von Kündigungsrechten steht, ist kein nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG begünstigter Erwerb.**

BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 52/98 –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist als Kommanditistin an der A-KG beteiligt. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 24.8.1994 räumte sie ihrer 1994 geborenen Tochter B mit Wirkung vom 1.5.1994 schenkweise eine „mitunternehmerische (atypische)“ Unterbeteiligung von nominal 100.000 DM an der Kommanditbetei-

ligung ein und verpflichtete sich, die anfallende Schenkungsteuer zu tragen.

Die Klägerin gab eine Schenkungsteuererklärung auf amtlichem Vordruck ab, der ihr vom Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt – FA –) übersandt worden war. Der Vordruck entsprach dem Stand 06/84. In dem Vordruck wurde zwar nach zugewendetem Betriebsvermögen gefragt, er enthielt jedoch keinen Hinweis auf abziehbare Freibeträge. In der Erklärung wurde kein Freibetrag geltend gemacht.

Durch Bescheid vom 27.1.1995 setzte das FA gegen die Klägerin Schenkungsteuer fest. Der Bescheid erging wegen der Einheitswerte der KG zum 1.1.1994/1995 vorläufig nach § 165 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO 1977).

Am 6.3.1995 stellte die Klägerin den Antrag, den Freibetrag für Betriebsvermögen von 500.000 DM nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 des Erbschaftsteuergesetzes in der ab 1.1.1994 geltenden Fassung des Art. 13 des Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993 (BGBl I, 1969) – ErbStG – abzuziehen. Dies wurde vom FA unter Hinweis auf die abgelaufene Einspruchsfrist abgelehnt. Am 23.3.1995 machte die Klägerin nunmehr geltend, den Freibetrag übersehen zu haben und beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sowie hilfsweise Änderung des Bescheids nach § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977. Die Änderung des Bescheids wurde vom FA abgelehnt. Den dagegen gerichteten Einspruch wies das FA zurück.

Mit der Klage wurde begehrt, unter Aufhebung der Ablehnungsverfügung vom 29.3.1995 und der Einspruchsentscheidung vom 30.1.1996 das FA zu verpflichten, den Schenkungsteuerbescheid vom 3.9.1997 zu ändern und dabei den Freibetrag von 500.000 DM zu berücksichtigen. Während des Klageverfahrens wurde der Steuerbescheid gemäß § 165 Abs. 2 AO 1977 geändert und die Schenkungsteuer herabgesetzt. Die Klägerin machte diesen Bescheid zum Gegenstand des Klageverfahrens.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben. Das FA sei nach § 101 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zu verpflichten, den Schenkungsteuerbescheid unter Berücksichtigung des Freibetrags zu ändern. Dies folge aus § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977. Wenn die Gewährung einer Steuervergünstigung nicht nur vom Vorliegen objektiver Tatbestandsmerkmale, sondern außerdem von einer subjektiven Willensentscheidung des Steuerpflichtigen abhängt, dann sei auch diese eine – innere – Tatsache im Sinne dieser Vorschrift. Im Streitfall habe die Klägerin ursprünglich von der Existenz des Freibetrags nichts gewusst. Diese Tatsache sei dem FA erst nachträglich bekannt geworden. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFGI) 1999, 205 abgedruckt.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 und materiellen Rechts.

Es beantragt, unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage.

1. Das Urteil des FG ist aufzuheben, weil es § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 verletzt. Nach dieser Vorschrift sind Steuerbescheide aufzuheben oder zu ändern, soweit Tatsachen oder Beweismittel nachträglich bekannt werden, die zu einer niedrigeren Steuer führen und den Steuerpflichtigen kein grobes Verschulden daran trifft, dass die Tatsachen oder Beweismittel erst nachträglich bekannt werden. Tatsache im Sinne dieser Vorschrift ist alles, was Merkmal oder Teilstück eines gesetzlichen Steuertatbestands oder einer Steuervergünstigung sein kann, also Zustände, Vorgänge, Beziehungen, Eigenschaften materieller oder immaterieller Art (vgl. z.B. Urteil des BFH vom 28.9.1984 VI R 48/82, BFHE 141, 532, BStBl II 1985, 117, m.w.N.). Die Unkenntnis der Klägerin über die Existenz des Freibetrages nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG und

über das Antragserfordernis stellt entgegen der Auffassung des FG jedoch keine Tatsache i.S. von § 173 Abs. 1 Satz 1 AO 1977 dar, denn die zutreffende Rechtskenntnis als solche ist kein (subjektives) Merkmal oder Teilstück der hier in Betracht kommenden Steuervergünstigung nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG. Zu Unrecht beruft sich das FG daher auf das BFH-Urteil vom 9.12.1987 II R 186/85 (BFH/NV 1989, 256), weil in dieser Entscheidung das subjektive Tatbestandsmerkmal einer Steuerbefreiungsvorschrift, nämlich die Widmungsabsicht, zu beurteilen war.

2. Die Klage ist abzuweisen.

Der Senat kann offen lassen, ob im Streitfall eine Anwendung des § 173 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 sich aus anderen Gründen als vom FG angenommen rechtfertigen ließe oder ob verwaltungsverfahrenrechtlich eine Änderung des Schenkungssteuerbescheids nach anderen Vorschriften (z.B. nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977) in Betracht käme, da bereits die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Gewährung des begehrten Freibetrags nicht vorliegen.

Nach § 13 Abs. 2a Satz 1 ErbStG (in der Fassung des Standortsicherungsgesetzes) bleibt Betriebsvermögen bis zu einem Betrag von 500.000 DM sowohl beim Erwerb durch Erbanfall als auch beim Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge außer Ansatz. Der Senat braucht keine Stellung dazu zu beziehen, ob oder inwieweit diese Regelung dem Grunde nach einer Überprüfung standhält (vgl. z.B. *Meincke*, Erbschaftsteuergesetz, 10. Aufl., § 13 Rdnr. 59), denn sie ist im Streitfall deshalb nicht anzuwenden, weil kein Erwerb im Wege vorweggenommener Erbfolge im Sinne dieser Vorschrift gegeben ist.

Zwar ist materiell-rechtlich die vorweggenommene Erbfolge Schenkung unter Lebenden (vgl. Urteil des BFH vom 30.1.1991 IV ZR 299/89, NJW 1991, 1345, und BFH Urteil vom 8.11.1993 II R 61/89, BFH/NV 1994, 373). Der nach § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG begünstigte Erwerb erfasst jedoch nicht jede Schenkung unter Lebenden i.S. von § 7 ErbStG, denn nach dem Wortlaut der Vorschrift ist die Anwendung des Freibetrags auf besonders qualifizierte, den Begriff vorweggenommene Erbfolge erfüllende Schenkungen beschränkt. Der in § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG als Tatbestandsmerkmal verwendete Begriff der vorweggenommenen Erbfolge ist allerdings weder im Erbschaftsteuergesetz noch im Bürgerlichen Gesetzbuch näher bestimmt. Die Bedeutung der Einschränkung auf Erwerbe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG ist daher nach allgemeinen Auslegungskriterien zu ermitteln. Dabei ist insbesondere auf Sinn und Zweck der Begünstigungsnorm des § 13, Abs. 2a ErbStG abzustellen.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Standortsicherungsgesetz sah den Freibetrag zunächst nur für die Unternehmensnachfolge durch Erbanfall vor, um sie vor einer zu hohen Steuerlast zu schützen. Erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erfolgte die Erweiterung auf Erwerbe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge (vgl. *Moench*, ZEV 1995, 50, 53 f.). Damit hat der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung getragen, dass aus vielfältigen Zwängen und Überlegungen heraus Betriebsvermögen auch bereits zu Lebzeiten des Unternehmers übertragen wird, und ein allgemeiner Ausschluss dieser Übertragungsart von der Vergünstigung deswegen nicht zu rechtfertigen sei. Da § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG lediglich eine Gleichstellung der Erwerbe unter Lebenden bewirken soll, können Erwerbe im Wege der vorweggenommenen Erbfolge nur solche sein, die einem Übergang von Betriebsvermögen durch Erbanfall materiell vergleichbar

sind (zum Erwerb durch Vermächtnis siehe BFH-Urteil vom 10.12.1997 II R 22/96, BFHE 184, 121, BStBl II 1998, 117). Ein Übergang von Betriebsvermögen durch Erbanfall wird im wesentlichen dadurch charakterisiert, dass die Rechtsstellung des Unternehmers hinsichtlich des Betriebsvermögens als solche auf einen oder mehrere Erben übergeht und dass die Übertragung endgültig erfolgt (a.A. 3.1. der gleichlautenden Ländererlasse vom 29.11.1994, BStBl I, 905).

Hiervon kann im Streitfall nicht die Rede sein. Die Klägerin hat ihre Rechtsstellung (Kommanditistin) nicht als solche übertragen, sondern der Beschenkten nur eine Unterbeteiligung in Form einer atypisch stillen Beteiligung eingeräumt. Damit hat die Beschenkte in Bezug auf das Betriebsvermögen nicht die Rechtsstellung der Schenkerin erhalten, sondern nur einen Ausschnitt daraus. Sie ist künftig lediglich an einem Teil der Rechte und Pflichten der Hauptbeteiligten als Kommanditistin aus dem Hauptgesellschaftsverhältnis im Wege einer Innengesellschaft beteiligt. Darauf, ob möglicherweise im ertragsteuerrechtlichen Sinn eine Mitunternehmerschaft besteht, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Auch die Regelung des § 13 Abs. 2a Satz 3 ErbStG widerspricht nicht dem Entscheidungsergebnis. Die dort genannten Veräußerungsfälle sollen eine Aushöhlung der fünfjährigen Behaltenspflicht auch durch nur teilweise Weiterübertragung des begünstigt erworbenen Betriebsvermögens verhindern. Der Regelung lässt sich mithin nicht im Umkehrschluss entnehmen, dass der Erwerb aller der aufgezählten Rechtspositionen nach Satz 1 begünstigungsfähig ist. Die Übertragung der Unterbeteiligung steht im Streitfall auch unter dem Vorbehalt der Rückgängigmachung durch Eintritt aufschiebender Bedingungen bzw. durch Kündigung. Sie ist daher nicht endgültig. Insgesamt liegt danach eine Schenkung unter Lebenden vor, die einer Unternehmensnachfolge durch Übergang von Betriebsvermögen durch Erbanfall nicht vergleichbar ist und deshalb keinen Erwerb von Betriebsvermögen im Wege vorweggenommener Erbfolge i.S. von § 13 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 ErbStG darstellt. (...)

(Hinweis der Schriftleitung:

Vergleiche auch den Beitrag von Wachter – Unternehmensnachfolge vor dem Aus? – in diesem Heft)

18. EStG §§ 7, 9 Abs. 1 Nr. 7, 21 Abs. 1; WertV i.d.F. vom 6.12.1988, §§ 7 Abs. 1, 13 ff., 21 ff. (*Schätzungsweise Aufteilung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung auf Grund und Boden und Gebäude*)

Bei der schätzungsweisen Aufteilung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung in einen Anteil für Grund und Boden einerseits und Gebäude andererseits ist grundsätzlich der Sachwert des Grund- und Bodenanteils sowie des Gebäudeanteils nach der Wertermittlungsverordnung 1988 zu ermitteln; die sog. Vergleichswertmethode ist in diesem Zusammenhang keine geeignete Schätzungsmethode (Bestätigung des BFH-Urteils vom 15.1.1985 – IX R 81/83 –, BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252).

BFH, Urteil vom 10.10.2000 – IX R 86/97 –

Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) werden für das Jahr 1991 (Streitjahr) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. Mit Vertrag vom 30.7.1991 erwarben sie eine im Bau befindliche Eigen-

tumswohnung (57 qm) mit Tiefgaragenstellplatz in X zum Preis von 317.300 DM. Hinzu kamen Nebenkosten in Höhe von 9.616 DM und Kosten für Sonderwünsche in Höhe von 5.899 DM. Der Veräußerer bescheinigte den Klägern am 1.2.1993, dass der Grundstücksanteil 52.000 DM betrage.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr gingen die Kläger bei der Berechnung der Absetzung für Abnutzung (AfA) von Anschaffungskosten für die Gebäudeteile in Höhe von 265.300 DM (Gesamtkaufpreis 317.300 DM \cdot Grund- und Bodenanteil von 52.000 DM) aus. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) ermittelte demgegenüber den anteiligen auf die Gebäudeteile entfallenden Kaufpreis zunächst mit 251.346 DM (Vordruck S 3101 A/S 2170 A (1) vom April 1991). Die gesamten Anschaffungskosten seien nach dem Verhältnis der Verkehrswerte des Grund- und Bodenanteils sowie des Gebäudeanteils aufzuteilen. Grundlage für die Aufteilung sei das Verhältnis des Sachwerts des Miteigentumsanteils an Grund und Boden zum Sachwert des Miteigentumsanteils am Gebäude einschließlich der Außenanlagen und des Sachwerts des Sondereigentums an der Wohnung und an dem Tiefgaragenstellplatz. Der Sachvermittlung des Anteils am Grund und Boden sei der vom Gutachterausschuss der Stadt X nach § 5 der Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken i.d.F. vom 6.12.1988 (BGBl I 1988, 2209, Wertermittlungsverordnung – WertV 1988 –) ermittelte Bodenrichtwert zugrunde zu legen. Da die Kläger die tatsächlichen Herstellungskosten ihrer Wohnung und des Tiefgaragenstellplatzes nicht nachgewiesen hätten, seien die gewöhnlichen Herstellungskosten zur Ermittlung des Sachwerts heranzuziehen. Die gewöhnlichen Herstellungskosten vergleichbarer Wohnungen hätten nach Feststellungen der Oberfinanzdirektion (OFD) Stuttgart (Kaufpreisaufteilung Preisstand 1993, Vordruck vom Mai 1994) und des Bausachverständigen des FA rd. 2.700 DM pro qm Wohnfläche betragen.

Die im Zusammenhang mit der Anschaffung und Herstellung der Wohnung aufgewendeten Kosten seien bei der Bemessungsgrundlage für die AfA der Wohnung wie folgt zu berücksichtigen:

Gesamtkaufpreis	317.300 DM
+ Nebenerwerbskosten lt. Steuererklärung	9.124 DM
+ Nebenerwerbskosten lt. Einspruch	492 DM
Gesamte Anschaffungskosten der Wohnung	326.916 DM
Gebäudeanteil 76,05 %	248.620 DM
+ Sonderwünsche	5.900 DM
AfA-Bemessungsgrundlage	254.520 DM
7 % AfA nach § 7 Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes (EStG)	17.817 DM

Die Kläger erhoben Klage, mit der sie u. a. geltend machten, das FA habe im Rahmen seiner Ermittlungspflicht einen vereidigten Sachverständigen zur Aufklärung des Wertes von Grundstück und Gebäude bestellen müssen.

Das Finanzgericht (FG) hat durch Einholung eines Sachverständigengutachtens Beweis über die Frage erhoben, in welcher Höhe der Verkehrswert des Grund- und Bodenanteils und des Gebäudeanteils der Eigentumswohnung zum Zeitpunkt des Erwerbs und der Fertigstellung der Wohnung im Jahre 1991 zu bewerten sei. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass der Kaufpreis in Höhe von insgesamt 326.424 DM wie folgt aufzuteilen sei:

Grund und Boden (16,52 %)	53.925 DM
Gebäude (83,48 %)	272.499 DM

Das FG gab der Klage statt und setzte die AfA mit 19.578 DM fest (Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 1998, 446):

Der Gesamtkaufpreis für den Grund- und Bodenanteil sowie für den Gebäudeanteil sei nach dem Verhältnis der Verkehrswerte aufzuteilen. Dieser Grundsatz gelte aber nur in Ermangelung einer Aufteilung durch die Vertragsparteien oder im Falle der Zweifelhafteit einer solchen Aufteilung. Im Streitfall gebühre der Aufteilung durch die Vertragsparteien im Ergebnis der Vorrang, da sie keinen nennenswerten Zweifeln begegne. Dabei sei unerheblich, dass sie nachträglich erfolgt sei.

Die Aufteilung durch den Verkäufer und die Kläger sei durch das Gutachten des Sachverständigen im Wesentlichen bestätigt worden. Die Methode des Sachverständigen sei schlüssig und vertretbar. Der

Sachverständige habe zur Rechtfertigung seiner Wertermittlungsmethode angeführt, nach der neuen Wertermittlungsverordnung 1988 könnten auch Vergleichswerte zur Beurteilung herangezogen werden (§§ 13 und 14 WertV 1988). Insoweit sei das Urteil des erkennenden Senats vom 15.1.1985 – IX R 81/83 – (BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252), das dieses Verfahren nicht für anwendbar halte, zu revidieren; das Vergleichsverfahren sei erst 1988 eingeführt worden. Im Gegensatz zur Auffassung des FA sei von den Anschaffungskosten der Kläger auszugehen, die auch einen Gewinn des Bauträgers umfassen könnten, und nicht etwa von den Herstellungskosten des Bauträgers.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG i. V. m. §§ 7 Abs. 5 und 21 EStG.

Das FG weiche in seiner Entscheidung von anerkannten Schätzungsgrundsätzen ab, welche der Bundesfinanzhof (BFH) in seiner Entscheidung in BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252 aufgeführt habe. Die Verkehrswerte seien danach anhand der Sachwerte von Grund- und Boden- sowie Gebäudeanteil zu schätzen. Das Sachverständigengutachten gehe jedoch von einem Vergleichswert aus. Dieses Verfahren sei zur Ermittlung des Verkehrswerts des Grund- und Boden- sowie des Gebäudeanteils nicht brauchbar, denn es erlaube nur, die Eigentumswohnung als eine Einheit von Miteigentumsanteil und Sondereigentum zu bewerten. Mit den Sachverständigenfeststellungen des FA habe sich das FG nicht auseinandergesetzt.

Das FA beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Mit Erfolg.

Aus den Gründen:

(...)

1. Zutreffend geht das FG davon aus, dass eine Einigung der Vertragsparteien über den Grundstücksanteil im Gesamtkaufpreis grundsätzlich der Aufteilung auf Grund und Boden sowie Gebäude zugrunde zu legen ist, solange dagegen keine nennenswerten Zweifel bestehen (vgl. dazu BFH-Urteile in BFHE 143, 61, 65, zu 1a, BStBl II 1985, 252, und vom 26.5.1992 – IX R 190/87 –, BFH/NV 1993, 92). Zu Unrecht ist das FG jedoch bei der nachträglichen „Bescheinigung des Veräußerers“ vom 1.2.1993 als von einer Einigung der Vertragsparteien in diesem Sinne ausgegangen. Eine solche Einigung kann nur eine von den wechselseitigen Interessen getragene Vereinbarung der Vertragsparteien sein. Das ist eine Erklärung des Verkäufers auch dann nicht, wenn sie auf Wunsch der Käufer erteilt wird. Eine solche Erklärung kann allenfalls als eine Schätzung gewertet werden. Eine Schätzung wird auch für die Finanzverwaltung und das FG in dem Maße zu beachten sein, in dem die Grundlagen der Schätzung nachvollziehbar und überzeugend sind. Das ist im Streitfall nicht der Fall, denn das Schreiben des Veräußerers vom 1.2.1993 führt insoweit lediglich an, dass der auf den Grund und Boden entfallende Kaufpreisanteil „von uns entsprechend dem Erwerb errechnet“ wurde.

Das FA war danach im Streitfall grundsätzlich zur Schätzung der Kaufpreis-Anteile, die auf den Grund- und Bodenanteil sowie auf den Gebäudeanteil entfallen, berechtigt (§ 162 Abs. 1 der Abgabenordnung – AO 1977 –).

2. Ist wie im Streitfall ein Gesamtkaufpreis für eine Wohnung gezahlt worden, dann ist der Kaufpreis zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage für die AfA aufzuteilen. Zunächst ist der Bodenwert und der Gebäudewert gesondert zu ermitteln und sodann sind die Anschaffungskosten nach dem Verhältnis der beiden Wertanteile in Anschaffungskosten für den Grund- und Bodenanteil und den Gebäudeanteil aufzuteilen.

Für die Schätzung des Werts des Grund- und Boden- sowie des Gebäudeanteils kann die Wertermittlungsverordnung 1988 entsprechend herangezogen werden (BFH-Urteil in BFHE

143, 61, BStBl II 1985, 252). Die Wertermittlungsverordnung 1988 sieht für die Verkehrswertermittlung in § 7 Abs. 1 das Vergleichswert-, das Ertragswert- oder das Sachwertverfahren vor. Die Ermittlung des Verkehrswerts ist Teil der Sachverhaltsfeststellung des FG, die für das Revisionsgericht grundsätzlich bindend ist (§ 118 Abs. 2 FGO). Der BFH als Revisionsgericht hat aber zu prüfen, ob das FG bei seiner Wertermittlung die zutreffende Methode angewandt hat (vgl. BFH-Urteile vom 9.4.1987 – IV R 42/84 –, BFH/NV 1988, 37, und in BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252). Im Streitfall ist das FG bei seiner Schätzung zu Unrecht der Methode des Sachverständigen in seinem Gutachten vom 31.10.1996 gefolgt. Der Sachverständige hat zwar für den Gebäudeteil einen Sachwert bzw. Bauwert (240.000 DM) ermittelt, der Kaufpreisaufteilung aber einen Vergleichswert zugrunde gelegt.

Das Vergleichswertverfahren hat der BFH im Urteil in BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252 für die Ermittlung des Gebäudewerts in diesem Zusammenhang als ungeeignet verworfen. Zu Unrecht meint das FG mit dem Sachverständigen, diese Entscheidung sei durch die §§ 13 f. WertV 1988 überholt. Das Vergleichswertverfahren hat es bereits in der Wertermittlungsverordnung von 1972 (BGBl I 1972, 1417) gegeben (§ 3 ff.). Die Wertermittlungsverordnung 1988 hat in den hier maßgeblichen Punkten keine wesentlichen Änderungen gebracht. Die in der Entscheidung in BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252 geäußerten Bedenken bestehen fort. Das Vergleichswertverfahren ist mit dem Gebot der Einzelbewertung (§ 6 EStG), das auch bei der Ermittlung der Einkünfte gemäß § 21 Abs. 1 EStG gilt (BFH-Urteil in BFHE 143, 61, BStBl II 1985, 252), nicht vereinbar. Der Gutachter hat den Gebäudewert im Wesentlichen (unter Ansatz eines gesonderten Werts für den Garagenstellplatz) durch Substraktion des Grundstückswerts vom Vergleichswert (der sowohl Grund und Boden als auch

Gebäude umfasst) festgelegt. Diese sog. Restwertmethode hat der BFH in mehreren Entscheidungen verworfen (vgl. Urteile in BFHE 143, 61, 64, BStBl II 1985, 252, und vom 7.6.1994 – IX R 33, 34/92 –, BFHE 175, 70, BStBl II 1994, 927), auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird.

3. Der Senat kann als Revisionsgericht die Schätzung der Bemessungsgrundlage für die AfA nicht selbst vornehmen (§ 118 Abs. 2 FGO). Die Sache geht daher zur Nachholung dieser Feststellung an das FG zurück.

19. EStG § 15 Abs. 1 Nr. 2, § 12 Nr. 2; HGB § 119 Abs. 1, § 164, § 116 Abs. 2 (*Anerkennung von Kommanditisten als Mitunternehmer*)

(*Nur Leitsatz*)

Ist in dem Gesellschaftsvertrag einer Familienpersonengesellschaft, durch den die minderjährigen Kinder des Hauptgesellschafters als Kommanditisten in die KG aufgenommen werden, bestimmt, dass Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung – abweichend vom Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB – mit einfacher Mehrheit zu fassen sind, steht diese Vertragsklausel der Anerkennung der Kinder als Mitunternehmer nicht entgegen. Eine solche Klausel ist dahin auszulegen, dass sie nur Beschlüsse über die laufenden Geschäfte der KG betrifft (Abgrenzung zum BFH-Urteil vom 11.10.1988 – VIII R 328/83 –, BFHE 155, 514, BStBl II 1989, 762).

BFH, Urteil vom 7.11.2000 – VIII R 16/97 –

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Erbschaftsteuer:

Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge – Nichtanwendungserlass zum Urteil des BFH vom 25.1.2001

(Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautende Erlasse vom 15.5.2001, mitgeteilt von Notarassessor *Thomas Wachter*, München)

Der BFH hat im Urteil vom 25.1.2001, II R 52/98 (DStR 2001, 573) entschieden, ein Erwerb im Weg der vorweggenommenen Erbfolge i.S. von § 13 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 ErbStG in der bis 31.12.1995 anzuwendenden Fassung liege nur vor, wenn er dem Übergang durch Erbanfall materiell vergleichbar sei. Die Entscheidung steht insoweit im Widerspruch zu den zu § 13 Abs. 2a ErbStG ergangenen Verwaltungsanweisungen (gleich lautende Ländererlasse v. 29.11.1994, BStBl I, 905, DStR 1995, 20 Ziff. 3.1). Entsprechendes gilt auch hinsichtlich der ab 1.1.1996 anzuwendenden Vorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ErbStG und der dazu ergangenen Verwaltungsanweisungen (gleich lautende Ländererlasse v. 17.6.1997, BStBl I, 673, Rdnr. 32, DStR 1997, 1086, R 56 ErbStR).

In Übereinstimmung mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder wird gebeten, die Rechtsgrundsätze des BFH-

Urteils vom 25.1.2001, II R 52/98 nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anzuwenden.

2. EStG § 23 (Gründung einer Grundstücksfamilienstiftung mit unentgeltlicher Beteiligung der Kinder)

OFD München, Schr. v. 2.4.2001 (S 2256 B-105 St 414)

(...)

Für die Frage, ob die Rechtsfolgen des § 23 EStG im Fall der Einbringung eines Grundstücks in eine Gesamthandsgemeinschaft eintreten oder nicht, ist entscheidend, ob das Grundstück entgeltlich oder unentgeltlich übertragen wird. Tz. 8 des BMF-Schreibens vom 5.10.2000 (BStBl I S. 1383 [= MittBayNot 2000, 581]) spricht die Fälle der entgeltlichen Übertragung (gegen Ausgleichszahlung oder Gewährung von Gesellschaftsrechten) an. Erfolgt dagegen eine unentgeltliche Übertragung, liegt keine Veräußerung i.S.d. § 23 EStG vor. Es ist lediglich § 23 Abs. 1 S. 3 EStG zu beachten, wonach den Mitgesellschaftern für Zwecke des § 23 EStG die Anschaffung durch den oder die übertragenden Gesellschafter zuzurechnen ist. Die ursprünglichen Anschaffungskosten sind bei unentgeltlicher Übertragung gem. § 11 d EStDV fortzuführen.

Personaländerungen

1. Verwaltungsrat der Notarkasse:

Notar Rudolf Spoerer, München
Durch Amtssitzverlegung von Miltenberg nach München, endet die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat der Notarkasse

Notar Norbert Dolp, Alzenau
Neuberufung in den Verwaltungsrat der Notarkasse bis Ablauf des Monats September 2002

2. Vorstand der Landesnotarkammer Bayern:

Notar Dr. Winfried Kössinger, München
Durch Amtssitzverlegung von Münchberg nach München endet die Mitgliedschaft im Vorstand der Landesnotarkammer zum 31.3.2001

Notar Dr. Jens Eue, Kulmbach
Neuwahl in den Vorstand der Landesnotarkammer Bayern bis zum 9.9.2001

Neuwahl des Vorstands der Landesnotarkammer mit Amtszeitbeginn am 10.9.2001:

Ehrenpräsident: Notar Dr. Helmut Keidel

Präsident: Notar Dr. Ulrich Bracker, Weilheim

Stellvertretender Präsident: Notar Dr. Jürgen Vollhardt, Hersbruck

Weitere Mitglieder des Vorstands:

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg

Notar Dr. Jens Eue, Kulmbach

Notar Dr. Tilman Götte, München

Notar Ulrich Gropengießer, Memmingen

Notar Joseph Hönle, Tittmoning

Notar Dr. Hans-Dieter Kutter, Schweinfurt

3. Ehrungen/Ehrenämter:

Ab 1.8.2001:

Notar Dr. Manfred Rapp, Landsberg a. Lech
Wiederberufung in den Prüfungsausschuss für die Zweite Juristische Staatsprüfung und zum Prüfer für die Zweite Juristische Staatsprüfung (Prüfungsort München)

4. Verstorben:

Notar a. D. Maximilian Veicht, Eggenfelden, verst. am 2.5.2001

NOR i. N. Otto Kilsheimer, Augsburg (Notarstellen Füller/Dr. Waibel), verst. am 24.5.2001

5. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.8.2001:

Notar Dr. Egbert Fried, Pirmasens

Mit Wirkung vom 1.10.2001:

Notar Dr. Otto Ullrich, Traunstein

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Notar Wolfgang Kassner, Memmingen

Mit Wirkung vom 1.2.2002:

Notar Dr. Karl Ritter, München

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Notar Heribert Höfler, Bamberg

6. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 18.4.2001:

Speyer	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Bruno Rieder
Notar Reinhold Rohr)	(bisher in Bad Dürkheim)

Speyer	dem Notar
(in Sozietät mit	Reinhold Rohr
Notar Dr. Bruno Rieder)	(bisher in Lauterecken)

Mit Wirkung vom 1.6.2001:

Memmingen	der Notarassessorin
	Dr. Ulrike Gropengießer
	(bisher in Illertissen
	Notarstelle Dr. Kössinger)

Miltenberg	dem Notarassessor
(in Sozietät mit	Dr. Stefan Gutheil
Notarin Gemke)	(bisher in Aschaffenburg
	Notarstellen Schad/ Dr. Seidl)

München	dem Notar
(in Sozietät mit	Gerhard Thallinger
Notar Dr. Heinz Kollmar)	(bisher in Schwabmünchen)

Schrobenhausen	der Notarassessorin
	Margit Knab
	(bisher in München
	Notarstelle Weiß)

Mit Wirkung vom 1.7.2001:

Aichach	der Notarassessorin
	Dagmar Lorenz-Czarnetzki
	(bisher in München Notar-
	stelle Prof. Dr. Gantzer)

Fürstenfeldbruck	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Gerhard Brandmüller
Notar Schüßler)	(bisher in Straubing)

Rosenheim	dem Notar
(in Sozietät mit	Dieter Ellert
Notar Lothar Lederer)	(bisher in Cadolzburg)

Trostberg	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Hilmar Keller
Notar Wolfgang Lehnert)	(bisher in Fürth)

7. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.5.2001:

Dr. Christoph Hans-Georg Schmidt, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann)

8. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Prien am Chiemsee (Notarstellen Huber/Dr. v. Daumiller), ab 1.4.2001 in Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Notarassessor Dr. Lorenz Bülow, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger), ab 9.4.2001 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Alexander Krafka, Bad Reichenhall (Notarstelle Massinger), ab 1.5.2001 in München (Notarstellen Jungsberger/Dr. Wirner)

Notarassessorin Helene Förtig, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer), ab 1.6.2001 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Bertrand Koller, Landshut (Notarstellen Schmidmeister/Suttner), ab 1.6.2001 in München (Notarstelle Weiß)

Notarassessor Johannes Schwarzmann, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 26.6.2001 in München (Notarstelle Prof. Dr. Gantzer)

Oberinspektor i. N. Norbert Feneis, Erlangen (Notarstelle Odersky), ab 1.5.2001 in Altdorf (Notarstelle Dr. Mickisch)

Oberinspektorin i. N. Petra Thomas, Münnersstadt (Notarstelle Reiß), ab 1.5.2001 in Dinkelsbühl (Notarstelle Dr. Keidel)

Inspektor i. N. Josef Walkshäusl, Straubing (Notarstelle Emnet), ab 1.5.2001 in Würth a. d. Donau (Notarstelle Eicher)

Inspektorin i. Angela Kramer, Augsburg (Notarstellen Fügler/Dr. Waibel), ab 25.5.2001 in München (Notarstellen Frhr. von Oefele/ Dr. Götte)

Inspektorin i. N. Angela Eckert, Augsburg (Notarstelle Hille), ab 1.6.2001 in München (Notarstelle Weiß)

Amtsrat i. N. Erich Fichter, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1.7.2001 in Rosenheim (Notarstellen Lederer/Ellert)

Oberinspektorin i. N. Marianne Liebhart, Aichach (Notarstelle Dr. Vassel), ab 1.9.2001 in Dachau (Notarstelle Bock)

Inspektor i. N. Oliver Kindler, Friedberg (Notarstellen Dr. Schmidt/Dr. Nawratil), ab 1.9.2001 in Augsburg (Notarstellen Laue/Rapp)

Oberinspektorin i. N. Hannelore Elflein, Altdorf (Notarstelle Dr. Mickisch), ab 1.1.2002 in Würzburg (Notarstelle Böhmer)

Oberinspektor i. N. Werner Wörle, Kaufbeuren (Notarstelle Notarin Lang), ab 1.1.2002 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Amtmann i. N. Manfred Jauß, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.4.2002 in Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte)

9. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtmann i. N. Ewald Dräxlmaier, Regensburg (Notarstelle Dr. Merznicht), ab 30.4.2001 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Siegfried Fischer, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp), ab 30.4.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Anton Maierholzner, Vilsbiburg (Notarstelle Dr. Winkler), ab 30.4.2001 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Günter Schäfer, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Dr. Gutmann), ab 30.4.2001 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Bettina Jesper, München (Notarstellen Dr. Reinl/ Zöllner), eigene Kündigung mit Wirkung vom 6.5.2001

Amtsrat i. N. Hardi Lang, Kaiserslautern (Notarstelle Dr. Wenz), ab 31.5.2001 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Carola Feldmeier, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstellen Dr. Ulbrich/Leitenstorfer), eigene Kündigung mit Wirkung vom 30.6.2001

Amtmann i. N. Wolfgang Karrer, Freising (Notarstelle Geßele), ab 30.6.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Ferdinand Neumüller, Amberg (Notarstellen Herbolzheimer/Dr. Hoffmann), ab 30.6.2001 im Ruhestand

Inspektorin i. N. Nicole Renner, Landshut (Notarstellen Schmidmeister/Suttner), eigene Kündigung mit Wirkung vom 30.6.2001

Amtmann i. N. Erwin Terzer, Aichach (Notarstelle Huwendiek), ab 30.6.2001 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Lorenz Bülow, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 90,- DM zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 20,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

München, Notarstelle Dr. Wolfsteiner, Telefon: 0 89/54 54 76-0,
Fax: 0 89/54 54 76-75

Freising, Notarstelle Schmidl/Ruhland, Bahnhofstraße 1/I,
85354 Freising, Telefon: 0 81 61/1 30 01, Fax: 0 81 61/1 30 03,
e-mail: notare.schmidl.ruhland@t-online.de

Veranstaltungen des DAI 2/2001

1. Steuerrecht für Notare I: Einkommenssteuer, Körperschaftsteuer, Umsatzsteuer
30. August – 1. September 2001 in Hannover
2. Intensivkurs Erbrecht: Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen
6.–8. September 2001 in Hannover
3. Entgeltliche und unentgeltliche Übertragungen und Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen im privaten und betrieblichen Bereich (*Fachinstitut für Steuerrecht*)
3.–5. September 2001 in Hamburg
4. Intensivkurs Erbrecht: Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Tod und vorbereitende Erbfolgebmaßnahmen
6.–8. September 2001 in Hannover
5. Entgeltliche und unentgeltliche Übertragungen und Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen im privaten und betrieblichen Bereich (*Fachinstitut für Steuerrecht*)
3.–5. September 2001 in Hamburg
6. Vermögensnachfolge
13.–15. September 2001 in Fischbachau
7. Personengesellschaften – Reaktion auf steuergesetzgebende Entwicklungen und neue finanzgerichtliche Entscheidungen (*Fachinstitut für Steuerrecht*)
22.–24. Oktober 2001 in München
8. Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht (*Fachinstitut für Steuerrecht*)
29. und 30. Oktober 2001 in Köln

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht) –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64 18, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de

NEUERSCHEINUNGEN

1. Evers/Grätz/Näser, Die Gehaltsfestsetzung bei GmbH-Geschäftsführern. Einflussgrößen, Komponenten und Entwicklung der Bezüge, Verlag Ott Schmidt, Köln, 5. Auflage 2001, 145 Seiten, DM 78,-.
2. Handbuch Erbschaftsteuer und Bewertung 2001. BewG, ErbStG, GrEStG, GRStG – Texte mit Richtlinien und Rechtsprechungsnachweisen, Verlag C.H. Beck, München 2001, 1.154 Seiten, DM 95,-.
3. Knopp/Albrecht, Bodenschutz- und Altlastenklauseln. Kauf-, Miet- und Sanierungsvertrag, Heidelberger Musterverträge H. 111, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2001, 38 Seiten, DM 17,60.
4. Knott/Mielke/Weidlich, Unternehmenskauf. RWS-Vertragskommentar 3. RWS-Verlag 2001, ca. 320 Seiten, DM 128,-.
5. Langenfeld, Eine Einführung in die Vertragsgestaltung, Verlag C.H. Beck, München 2001, ca. XX, 178 Seiten, ca. DM 39,-.
6. Münchener Kommentar, Band 1: Allgemeiner Teil mit AGB-Gesetz, Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2001, 2.872 Seiten, DM 398,-.
7. Odersky, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle, Verlag O. Schmidt 2001 (Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung: Bd. 5), ca. DM 75,-.
8. Schumann, Erbvertragsrecht – Kommentar mit Vertragsmustern, Verlag Haufe, München 2001, 1.192 Seiten mit CD-ROM, DM 158,-.
9. Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Verlag Franz Vahlen GmbH, München, Überarbeitung Februar 2001, DM 208,-.
10. Waldner, Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarung für die notarielle und anwaltliche Praxis, Erich Schmidt Verlag, Berlin/Bielefeld/München 2001, 180 Seiten, DM 58,- (€ 29,65).

1. BGH: Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Beweislast

(§§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 ZPO)

Die Beweislast für die erfolgte Hingabe eines Darlehens trägt der Darlehensgläubiger auch dann, wenn der die Hingabe bestreitende Schuldner in notarieller Urkunde den Empfang als Darlehen bestätigt, sich der Zwangsvollstreckung unterworfen und dem Notar gestattet hat, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne den Nachweis der Fälligkeit des Darlehens zu erteilen (Aufgabe von BGH, Urteil vom 25. Juni 1981 – III ZR 179/79, WM 1981, 1140 = NJW 1981, 2756).

(Urteil vom 3.4.2001 – XI ZR 120/00 –)

2. BGH: Gewährleistung bei Unternehmens- und GmbH-Anteilskauf

(BGB § 276)

Bei Verhandlungen über den Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen trifft den Verkäufer im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten diesem gegenüber eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht.

(Urteil vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00 –)

3. BGH: Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages

(BGB § 167, VerbrKrG § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1)

Eine Vollmacht, die zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages erteilt wird, muss grundsätzlich

nicht die Mindestangaben über die Kreditbedingungen (§ 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG) enthalten.

(Urteil vom 24.4.2001 – XI ZR 40/00 –)

4. OLG Hamm: Sitzverlegung einer GmbH ins Ausland

(GmbHG § 60, EGV Art. 43, 48)

Auch nach der Centros-Entscheidung des EuGH vom 9.3.1999 (NJW 1999, 2027) bleibt es dabei, dass die Sitzverlegung einer in Deutschland gegründeten GmbH nach England zur Auflösung der Gesellschaft führt und deshalb im Handelsregister nicht eingetragen werden kann.

(Beschluss vom 1.2.2001 – 15 W 390/00 –)

5. BFH: Steuerklasse bei entgeltlichem Verzicht auf künftige Pflichtteilsansprüche

(ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1)

Schließen künftige gesetzliche Erben einen Vertrag gem. § 312 Abs. 2 BGB, wonach der eine auf seine künftigen Pflichtteils-(ergänzungs)ansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrages verzichtet, stellt die Zahlung eine freigiebige Zuwendung i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 dar. Die Steuerklasse richtet sich nach dem Verhältnis des Zuwendungsempfängers (Verzichtenden) zum künftigen Erblasser.

(Urteil vom 25.1.2001 – II R 22/98 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F