

**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

Neu unter

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)

- Benachrichtigung in  
Nachlasssachen: Vordruck  
nach Anlage 2c als  
pdf-Datei zum download  
(Angebote für Fachanwender)

ISSN 0941-4193

## Aus dem Inhalt

Seite

**Abhandlungen**

*Schneeweiß*, Die Doppelvertretung durch den Bürger-  
meister bei Grundstücksverträgen 341

*Albrecht*, Notar 2000 – Vortrag anlässlich der  
Jahrestagung des Bayerischen Notarvereins 1999 346

*Stumpp*, Pflichten des Notars im Schlichtungsverfahren 351

**Kurze Beiträge**

*Nachreiner*, Familienrechtliche Verträge zwischen  
Urkundsgewährungsanspruch und Ablehnungspflicht 356

**Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“**

*Kapfer*, Verhandlungen über eine Mehrzahl von  
Gegenständen 373

**Rechtsprechung**

Keine Beweislastumkehr durch notarielle Zwangs-  
vollstreckungsunterwerfung  
(BGH, Urteil vom 3.4.2001 – XI ZR 120/00 –) 386

mit Anmerkung *Heinemann* 389

Berücksichtigung der Haushaltsführung als die  
ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen  
(BGH, Urteil vom 13.6.2001 – XII ZR 343/99 –) 397

mit Anmerkung *Bergschneider* 402

Schenkungssteuerlich begünstigte Vermögens-  
übertragungen zwischen Geschwistern  
(BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 22/98 –) 416

mit kurzem Beitrag von *Wälzholz* 361

**Hinweise für die Praxis**

Einkommensteuer: Auslegung des § 6 Abs. 5 Satz 3  
EStG hinsichtlich der Übertragung von Wirtschaftsgütern  
in ein anderes Betriebsvermögen und umgekehrt  
(BMF-Schreiben vom 7.6.2001) 419

## Inhaltsübersicht

|   | Seite |
|---|-------|
| <b>Abhandlungen</b>   |       |
| <i>Schneeweiß</i> , Die Doppelvertretung durch den Bürgermeister bei Grundstücksverträgen   | 341   |
| <i>Albrecht</i> , Notar 2000 – Vortrag anlässlich der Jahrestagung des Bayerischen Notarvereins 1999  | 346   |
| <i>Stumpp</i> , Pflichten des Notars im Schlichtungsverfahren   | 351   |
| <b>Kurze Beiträge</b>   |       |
| <i>Nachreiner</i> , Familienrechtliche Verträge zwischen Urkundsgewährungsanspruch und Ablehnungspflicht  | 356   |
| <i>Wälzholz</i> , Schenkungsteuerlich begünstigte Vermögensübertragungen zwischen Geschwistern (zugleich Besprechung von BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 22/98 –)              | 361   |
| <b>Tagungsberichte</b>  |       |
| <i>Twehues</i> , Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen (Bericht über die 57. Jahrestagung des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen 2001)                | 368   |
| <i>Frank/Sorge</i> , Sichere Fundamente beim privaten Hausbau? (Bericht über die Tagung des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände e.V. am 12.6.2001) | 370   |
| <b>Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“</b>  |       |
| <i>Kapfer</i> , Verhandlungen über eine Mehrzahl von Gegenständen   | 373   |
| <b>Buchbesprechungen</b>  |       |
| Memento Rechtshandbücher – Steuerrecht für die Praxis ( <i>Wälzholz</i> )   | 377   |
| Memento Rechtshandbücher – Gesellschaften 2001 ( <i>Wälzholz</i> )  | 379   |
| Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge ( <i>Spiegelberger</i> )  | 380   |
| Grziwotz, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare ( <i>Walz</i> )  | 381   |
| Beck'sches Wirtschaftsrechts-Handbuch 2001/2002 ( <i>Sedlmayer</i> )  | 382   |
| Döbereiner, Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr ( <i>Frank</i> )  | 383   |
| Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung ( <i>U. Gropengießer</i> )   | 385   |
| <b>Rechtsprechung</b>   |       |
| <b>Bürgerliches Recht</b>   |       |
| <i>Allgemeines</i>  |       |
| 1. Keine Beweislastumkehr durch notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung (BGH, Urteil vom 3.4.2001 – XI ZR 120/00 –)   | 386   |
| mit Anmerkung <i>Heinemann</i>  | 389   |
| 2. Formfreie nachträgliche Vereinbarungen eines Rücktrittsrechts beim Grundstückskauf (BGH, Urteil vom 5.4.2001 – VII ZR 119/99 –)  | 390   |

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

|  | Seite      |
|--|------------|
| 3. Bevollmächtigung zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages<br>(BGH, Urteil vom 24.4.2001 – XI ZR 40/00 –)  | 392        |
| <i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>  |            |
| 4. Recht zum Betreten von Wohnungen für WEG-Verwalter in Gemeinschaftsordnung<br>(Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 24.11.2000 – 3 W 184/00 –)<br>( <i>nur Leitsatz</i> ) | 394        |
| 5. Umfang der Vollzugsvollmacht; Voraussetzung einer Kettenauflassung<br>(OLG Hamm, Urteil vom 16.10.2000 – 22 U 33/00 –)  | 394        |
| 6. Bemessung der Miteigentumsanteile bei Aufteilung nach WEG<br>(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.1.2001 – 3 Wx 402/00 –) ( <i>nur Leitsatz</i> )   | 396        |
| 7. „Begründung“ von Sondernutzungsrechten ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer<br>(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.5.2001 – 3 Wx 101+123/01 –)   | 396        |
| <i>Familienrecht</i>   |            |
| 8. Berücksichtigung der Haushaltsführung als die ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen<br>(BGH, Urteil vom 13.6.2001 – XII ZR 343/99 –)<br>mit Anmerkung <i>Bergschneider</i>         | 397<br>402 |
| <i>Erbrecht</i>  |            |
| 9. Verfügung des Vorerben über ein Grundstück<br>(BayObLG, Beschluss vom 15.5.2001 – 2Z BR 52/01 –)  | 403        |
| <b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>  |            |
| 10. Gesteigerte Aufklärungspflicht bei Verkauf von GmbH-Anteilen<br>(BGH, Urteil vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00 –)   | 405        |
| 11. Erfüllung der Einlagenschuld des GmbH-Gesellschafters durch Einzahlung auf eigenes Konto<br>(BGH, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 183/00 –)   | 407        |
| 12. Eintragung der Auflösung einer Personenhandelsgesellschaft ohne Liquidation<br>(BayObLG, Beschluss vom 7.3.2001 – 3Z BR 68/01 –)   | 409        |
| 13. Eingetragener Verein: Einberufungsquorum in der Satzung; Vertretung des Vorstands – Stellvertreter<br>(BayObLG, Beschluss vom 18.4.2001 – 3Z BR 100/01 –)                                    | 410        |
| 14. Sitzverlegung einer GmbH auch ins EU-Ausland nicht eintragungsfähig<br>(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.3.2001 – 3 Wx 88/01 –)  | 411        |
| <b>Kostenrecht</b>   |            |
| 15. Auseinandersetzung einer Miteigentümergeinschaft<br>(BayObLG, Beschluss vom 18.4.2001 – 3Z BR 115/01 –)<br>mit Anmerkung Prüfungsabteilung der Notarkasse                                    | 412<br>414 |
| 16. Wirksamkeitsvermerk<br>(BayObLG, Beschluss vom 29.3.2001 – 3Z BR 94/01 –)  | 414        |
| 17. Abzugsfähigkeit von Pflichtteilsansprüchen im Erbscheinsverfahren<br>(BayObLG, Beschluss vom 22.11.2001 – 3 Z BR 345/00 –) ( <i>nur Leitsatz</i> )   | 416        |

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

|  | Seite |
|--|-------|
| <b>Steuerrecht</b>   |       |
| 18. Schenkungsteuerlich begünstigte Vermögensübertragungen zwischen Geschwistern<br>(BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 22/98 –)   | 416   |
| 19. Bereicherung eines Gesamtgläubigers durch Wegfall eines anderen Gesamtgläubigers<br>(BFH, Beschluss vom 7.2.2000 – II B 11/00 –)   | 417   |
| <b>Hinweise für die Praxis</b>   |       |
| 1. Handelsrecht: Firmierung von Versicherungsvermittlern (Pressemitteilung des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen vom 23.4.2001 – Z6-PR1101-34/01 –)   | 419   |
| 2. Einkommensteuer: Auslegung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i.d.F. des StSenkG hinsichtlich der Übertragung von Wirtschaftsgütern in ein anderes Betriebsvermögen und umgekehrt<br>(BMF-Schreiben vom 7.6.2001 – IV A 6 – S 2241 – 52/01 –) | 419   |
| 3. Grunderwerbsteuer: Formerfordernis bei Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs durch Vereinbarung gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG (Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 18.5.2001 – 3-S 4543 / 9 –)                      | 420   |
| <b>Standesnachrichten</b>  | 421   |
| <b>Sonstiges</b>   | III   |
| Ausschreibung des Helmut-Schippel-Preises<br>der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung  | III   |
| <b>Veranstaltungen</b>   | III   |
| <b>Neuerscheinungen</b>  | IV    |

## ABHANDLUNGEN

# Die Doppelvertretung durch den Bürgermeister bei Grundstücksverträgen

Von Notar *Dr. Wolfram Schneeweiß, LL.M. (Cornell Univ.)*, Straubing

Erscheint bei Grundstücksgeschäften zwischen einer Kommune und einem privaten Grundstückseigentümer Letzterer zur notariellen Beurkundung nicht, so ist es bisher gängige Praxis gewesen, dass die Gemeinde, vertreten durch ihren anwesenden Bürgermeister, vorbehaltlich der Genehmigung für den Privaten handelt und dieser später seine Zustimmung zu dem Geschäft erteilt. Diese Praxis<sup>1</sup> ist nunmehr durch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf<sup>2</sup> in die Diskussion gekommen. Nach dem Beschluss des OLG Düsseldorf liegt eine Doppelvertretung im Sinne von § 181 BGB vor, wenn ein Bevollmächtigter einer juristischen Person für diese und zugleich für die Gegenseite als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt. Im konkreten Fall erschien vor dem Notar ein Bevollmächtigter einer Aktiengesellschaft, die ihrerseits als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für die veräußernde Stadt auftrat. Ob dieser Beschluss zu einer Abkehr von der dargestellten Praxis zwingt, soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein.

### 1. Das Problem:

#### Doppelvertretung durch den Bürgermeister

Im Zentrum des Problems steht die Frage, ob das in § 181 BGB enthaltene Verbot der Mehrfachvertretung den Bürgermeister hindert, für die von ihm vertretene Gemeinde zu handeln, wenn diese zugleich für den nicht erschienenen Käufer vorbehaltlich dessen Genehmigung auftritt. Die Beantwortung dieser Frage hängt letztlich davon ab, ob auch das Handeln eines vollmachtlosen Vertreters dem Anwendungsbereich des § 181 BGB unterliegt. Sofern dies zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob und wie dem handelnden Bürgermeister Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann.

<sup>1</sup> Vgl. zur Problematik der Doppelvertretung durch den Bürgermeister allg.: *Manssen*, Bayer. Bgm. 2000, 136.

<sup>2</sup> MittBayNot 1999, 470 mit Anm. *Lichtenberger*.

#### a) Grundsätzliche Anwendbarkeit von § 181 BGB auf den Bürgermeister

Nach allgemeiner Ansicht erstreckt sich der Anwendungsbereich von § 181 BGB auch auf die von Organen juristischer Personen des öffentlichen Rechts abgeschlossenen Privatrechtsgeschäfte.<sup>3</sup> Schließt also ein Bürgermeister namens der Gemeinde und zugleich als Bevollmächtigter des Vertragspartners der Gemeinde einen Kaufvertrag, muss er grundsätzlich die Beschränkungen des § 181 BGB beachten.

#### (1) Keine Anwendung auf den *falsus procurator*

Die Frage, ob § 181 BGB auch auf das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht anwendbar ist, wird meist ohne nähere Begründung bejaht.<sup>4</sup>

In seiner Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf<sup>5</sup> vertritt jedoch *Lichtenberger* die Ansicht, dass der *falsus procurator* von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des § 181 BGB falle. Dies ergebe bereits das Wortlautargument, wonach „Vertreter“ im Sinne von § 181 BGB nur sei, wer auch mit Vertretungsmacht ausgestattet sei. Dies sei beim Vertreter ohne Vertretungsmacht gerade nicht der Fall. Eine Macht, welche der *falsus procurator* nicht habe, könne dieser auch nicht missbrauchen.

*Lichtenberger* trifft den Kern des Problems: Für die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf das Handeln eines *falsus procurator* wird die abstrakte Gefahr angeführt, dass der Bevoll-

<sup>3</sup> BGHZ 33, 189 (190); 50,10; 56, 97 (101); LG Arnberg, Rpfleger 1983, 63; *Palandt/Heinrichs*, § 181 Rdnr. 3; *MüKo/Schramm*, § 181 Rdnr. 65; *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 19; *Soergel/Leptien*, § 181 Rdnr. 24; *Württemberger*, BVlBW 1984, 171 (172); vgl. auch DNotI-Report 1998, 65 (66).

<sup>4</sup> BayObLG, MittBayNot 1986, 68 = Rpfleger 1988, 61 m. abl. Anmerkung *Fertl*; *Demharter*, GBO, 23. Aufl., § 19 Rdnr. 90; *Meikel-Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 164.

<sup>5</sup> *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 471 unter bewusster Abkehr von seiner in Fn. 4 zitierten Ansicht.

mächtigte seinen Vollmachtgeber auch beim gleichzeitigen vollmachtlosen Handeln für den Vertragsgegner benachteiligen könne.<sup>6</sup> Dies leuchtet wenig ein, wenn man die Situation des vollmachtlosen Handelns vergleicht mit dem Vertragsschluss unter Anwesenheit des Vertragspartners: Die abstrakte Gefahr wäre in gleichem Umfang gegeben, würde der Bevollmächtigte den fraglichen Vertrag mit dem Vertragsgegner persönlich abschließen. In letzterem Fall wäre der Vollmachtgeber verpflichtet, ohne dass es auf § 181 BGB ankäme.

Eine einmal erteilte Vollmacht kann also – unabhängig von der konkreten Konstellation des Vertragsschlusses – stets zum Nachteil des Vollmachtgebers missbraucht werden. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob der andere Vertragsteil persönlich handelt oder ob der Vertreter der einen zugleich vorbehaltlich der Genehmigung für die andere Vertragsseite auftritt. In beiden Konstellationen braucht der Vertragsgegner nur noch „ja“ zu einem den Vollmachtgeber möglicher Weise übervorteilenden Angebot des Bevollmächtigten sagen.

Entscheidender Gesichtspunkt für die Herausnahme des vollmachtlosen Handelns aus dem Anwendungsbereich des § 181 BGB ist folgender: anders als bei der echten Mehrfachvertretung oder beim In-Sich-Geschäft des Bevollmächtigten kommt das konkrete Rechtsgeschäft beim vollmachtlosen Handeln für die Gegenseite erst durch die Mitwirkung einer vom handelnden Vertreter unabhängigen Person zustande.<sup>7</sup> Das vollmachtlose Handeln des Vertreters allein führt nicht zum Zustandekommen des Vertrages. Dieser wird erst wirksam, wenn der vollmachtlos Vertretene das Handeln des *falsus procurator* genehmigt. Mit der Erteilung der Genehmigung wird der Vertrag nach § 184 Abs. 1 BGB wirksam, als hätte der vollmachtlos Vertretene das Rechtsgeschäft von Anfang an selber vorgenommen.<sup>8</sup>

Insoweit hat *Lichtenberger* Recht, wenn er den *falsus procurator* als „beliebig ersetzbares *quivis ex populo*“<sup>9</sup> bezeichnet: ohne entsprechende Bewirkungserklärung des vollmachtlos Vertretenen kann er keinerlei Rechtswirkungen herbeiführen. Das unterscheidet ihn von dem beiderseits Bevollmächtigten. Nur bei Letzterem besteht die von § 181 BGB inkriminierte abstrakte Gefahr eines Missbrauchs der jeweils erteilten Vollmacht. Handelt der Bevollmächtigte zugleich als *falsus procurator* für die andere Vertragsseite, ist die Missbrauchsgefahr auch abstrakt gesehen nicht größer, als sie es bei einem persönlichen Handeln des Vertragspartners wäre: das für den Vollmachtgeber nachteilige Geschäft käme wohl in beiden Fällen zustande. Warum es nur deshalb (schwebend) unwirksam sein soll, weil neben dem Missbrauch der durch die Vollmacht eingeräumten Rechtsmacht zugleich ein vollmachtloses Handeln für den begünstigten Vertragspartner vorgelegen hat, ist nicht einsichtig.<sup>10</sup>

Würde die Wirksamkeit des Vertragsschlusses allein wegen der Anwendbarkeit von § 181 BGB von der erneuten Genehmigung auch des Vollmachtgebers abhängen, erhielte dieser ein unverhofftes Reuerecht. Er müsste das – jeder Vollmacht-

erteilung immanente – Risiko des Missbrauchs plötzlich nicht mehr tragen, obwohl er seine Rechtsgüter bereits mit der Erteilung der Vollmacht dem möglichen Missbrauch durch den Bevollmächtigten exponiert hatte.

Folglich muss gelten: der Anwendungsbereich von § 181 BGB ist stets ausgeschlossen, wenn die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes von einer entsprechenden Bewirkungserklärung einer vom Vertreter verschiedenen Person abhängt. Solange die Mitwirkung eines Anderen als des Vertreters erforderlich ist, um für den Vertretenen rechtsgeschäftliche Wirkungen herbeizuführen, ist das Rechtsgeschäft nicht im Sinne von § 181 BGB „vorgenommen“. Die formalisierende Betrachtungsweise, welche für die Anwendbarkeit allein auf die Identität der auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts handelnden Personen abstellt<sup>11</sup> hat den vermeintlichen Charme der Klarheit, ist jedoch bei näherer Betrachtung beim Handeln eines *falsus procurator* mit dem Wortlaut und Zweck des § 181 BGB nicht vereinbar. Im Fall des *falsus procurator* liegt eben kein rechtlich relevantes Handeln derselben Personen auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes vor.

Für die eingangs dargestellte Konstellation bedeutet dies Folgendes: ein Bürgermeister, welcher für die von ihm vertretene Gemeinde und als deren Vertreter zugleich vorbehaltlich der Genehmigung für den Vertragspartner der Gemeinde handelt, unterliegt nicht den Beschränkungen des § 181 BGB. Auf eine etwaige Befreiung des Bürgermeisters von § 181 BGB kommt es damit nach der hier vertretenen Ansicht gar nicht an.

## (2) Teleologische Einschränkung

Unabhängig von den vorstehenden Erwägungen zur grundsätzlichen Anwendbarkeit hat aber auch die bislang vorliegende Rechtsprechung die Anwendbarkeit von § 181 BGB in bestimmten Konstellationen der Mehrfachvertretung wiederholt teleologisch eingeschränkt:

In einem aktuellen Beschluss hatte das LG Saarbrücken<sup>12</sup> folgenden Fall entschieden: ein Käufer eines Gemeindegrundstückes hatte in eigenem Namen und zugleich vorbehaltlich der Genehmigung für die Gemeinde gehandelt. Dieses Handeln hatte der Bürgermeister nachträglich genehmigt. Obwohl das Gericht sich der bislang h.M.<sup>13</sup> angeschlossen und die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf das zu genehmigende Rechtsgeschäft bejaht hat, kam es im entschiedenen Fall zur Wirksamkeit der Genehmigung: da wegen des vollmachtlosen Handelns des Erwerbers die Entscheidung über die Wirksamkeit des zu genehmigenden Rechtsgeschäftes allein bei der Gemeinde, bzw. deren Bürgermeister als Vertreter lag, war eine Umgehung des Schutzzweckes von § 181 BGB nicht zu befürchten. Die vom Bürgermeister erklärte Genehmigung war also wirksam, ohne dass es auf dessen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ankam.

Das LG München I<sup>14</sup> hatte sich sogar in einem Fall echter Mehrfachvertretung gegen eine Anwendung der Beschränkungen des § 181 BGB ausgesprochen: Der Entscheidung zufolge kann ein nicht von § 181 BGB befreiter Organvertreter einen Untervertreter insoweit von den Beschränkungen des

<sup>6</sup> So das tragende Argument des BayObLG, MittBayNot 1986, 68 (69).

<sup>7</sup> Ebenso jüngst *Neumayer*, RNotZ 2001, 249 (266).

<sup>8</sup> Ebenso LG Saarbrücken, MittBayNot 2000, 433.

<sup>9</sup> A.a.O., 471.

<sup>10</sup> Im Ergebnis ebenso: *Fertl*, Anmerkung zu BayObLG, Rpfleger 1988, 62 (= MittBayNot 1986, 68), *Vollhardt*, Anmerkung zu OLG Hamm v. 22.1.1999, DNotZ 2000, 309.

<sup>11</sup> *Soergel/Leptien*, § 181 Rdnr. 12; *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 8 u. 16; *MüKo/Schramm*, § 181 Rdnr. 14.

<sup>12</sup> MittBayNot 2000, 433.

<sup>13</sup> Vgl. die in Fn. 4 zitierten Fundstellen.

<sup>14</sup> LG München I, NJW-RR 1989, 997; zustimmend *MüKo/Schramm*, § 181 Rdnr. 48.

§ 181 BGB befreien, als die Untervollmacht nur für Rechtsgeschäfte mit Dritten, nicht aber mit dem Organvertreter – also zur Umgehung des Verbots des In-Sich-Geschäfts des Vertreters – benutzt wird.

Ähnlich hatte bereits das Kammergericht entschieden:<sup>15</sup> Dem Leitsatz der Entscheidung zufolge kann das von einem *Untervollmächtigten* unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommene In-Sich-Geschäft mit der Genehmigung des nicht von § 181 BGB befreiten Hauptvollmächtigten wirksam werden. Auch das Reichsgericht hat einen Vertragsschluss durch einen Vertreter und einen von ihm bestellten Untervertreter zugelassen.

Sämtlichen vorgenannten Entscheidungen liegt offensichtlich derselbe Gedanke zu Grunde, welcher auch das unter Ziffer (1) gefundene Ergebnis trägt: Stets wäre das – ohne Genehmigung des Vertretenen noch unwirksame – Rechtsgeschäft von vornherein wirksam zustande gekommen, wenn der Genehmigende gleich selber gehandelt hätte und der Vertragspartner (unverändert) durch den (Unter-)Bevollmächtigten vertreten gewesen wäre. In diesen Konstellationen kommt es nach den angeführten Entscheidungen nicht mehr darauf an, ob der genehmigende Vertreter selber von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

### (3) Befreiung des Bürgermeisters kraft Organkompetenz

Eingangs wurde bereits erwähnt, dass die Beschränkungen des § 181 BGB auch auf die Organe juristischer Personen des öffentlichen Rechts Anwendung finden.<sup>16</sup> Folglich findet die Vorschrift grundsätzlich auch auf das rechtsgeschäftliche Handeln eines Bürgermeisters Anwendung.

Gleichwohl hatte das LG Stuttgart<sup>17</sup> in einem Fall der Mehrfachvertretung entschieden, dass der Bürgermeister bei Geschäften der laufenden Verwaltung i.S.v. § 44 Abs. 2 GO-BW<sup>18</sup> von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Zu diesem Ergebnis hat das LG Stuttgart folgende Überlegung geführt: Wäre § 181 BGB anwendbar, blieben drei Varianten: (a) Der Gemeinderat müsste dem Bürgermeister die Mehrfachvertretung gestatten. Damit wäre jedoch die gesetzliche Kompetenzverteilung zwischen Gemeinderat und Bürgermeister unterlaufen. (b) Der Bürgermeister erteilt sich selber die Befreiung von § 181 BGB. Durch diese „Eigengenehmigung“ würde aber der Normzweck – so er denn anwendbar ist – unterlaufen. (c) Der Bürgermeister kann generell keine Geschäfte i.S.v. § 181 BGB abschließen. Diese Möglichkeit hat das LG Stuttgart wegen des praktischen Bedürfnisses nicht vertreten. Letztlich hat es aus der originären Kompetenz des Bürgermeisters zur Vertretung in Geschäften der laufenden Verwaltung auch eine konkludente Befreiung von § 181 BGB abgeleitet. Insoweit sieht das LG Stuttgart eine Vergleichbarkeit mit einem vom BayObLG<sup>19</sup> entschiedenen Fall, wonach ein Residenzbischof bei Ausübung seiner kirchenrechtlichen Befugnisse nicht den Beschränkungen des § 181 BGB unterliege und deshalb auch eine Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB wirksam erteilen könne.

Sofern man der Entscheidung des LG Stuttgart folgen will<sup>20</sup>, spricht viel dafür, die originäre Befreiung des Bürgermeisters

von den Beschränkungen des § 181 BGB auf sämtliche Rechtsgeschäfte auszudehnen, welche der Bürgermeister ohne weitere Mitwirkung des Gemeinderates erledigen kann. Dies wären dann nicht nur die Angelegenheiten der laufenden Verwaltung gemäß Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, sondern auch die ihm vom Gemeinderat nach Art. 37 Abs. 2 BayGO zur selbständigen Erledigung übertragenen Aufgaben. Sofern also der Bürgermeister bspw. vom Gemeinderat zum selbständigen Abschluss von Grundstücksgeschäften bis zu einem Wert von DM 5.000,- ermächtigt worden ist, könnte er dem Gedanken des LG Stuttgart zufolge Rechtsgeschäfte mit einem geringeren Wert ohne weitere Gestattung der Mehrfachvertretung für beide Vertragsteile vornehmen.

### (4) Erfüllung einer Verbindlichkeit

Dass § 181 BGB nicht anwendbar ist, sofern die Mehrfachvertretung ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit dient, ergibt sich bereits aus dem Wortlaut. Hierbei ist unerheblich, wessen Verbindlichkeit erfüllt wird.<sup>21</sup> Voraussetzung ist stets das Vorliegen einer zivilrechtlich wirksamen Verbindlichkeit. Diese darf nicht erst mit der Erfüllung entstehen (z. B. Heilung eines formnichtigen Kaufvertrages nach § 313 S. 2).<sup>22</sup>

Die z. B. vom Käufer der Gemeinde erteilte Vollmacht zur Erklärung der Auflassung kann vom Bürgermeister also ohne Verstoß gegen § 181 BGB betätigt werden, solange lediglich der im Kaufvertrag wirksam begründete Anspruch auf Übereignung erfüllt wird. Beim Verkauf einer noch nicht vermessenen Teilfläche wird jedoch neben der Auflassung vor allem das Messungsergebnis als richtig anerkannt und eventuell eine Anpassung des Kaufpreises an das Messungsergebnis vereinbart. Dies geht über die bloße Erfüllung einer Verbindlichkeit hinaus.

### (5) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich die allgemeine Regel aufstellen, dass im Fall der vollmachtlosen Vertretung § 181 BGB trotz des gleichzeitigen Handelns derselben Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes nicht anwendbar ist, wenn das Rechtsgeschäft zum einen erst durch die Genehmigung des vollmachtlos Vertretenen wirksam wird und es zum anderen auch wirksam zustande gekommen wäre, wenn der Genehmigende gleich beim Abschluss mitgewirkt hätte.

### b) Möglichkeit zur Befreiung des Bürgermeisters von den Beschränkungen des § 181 BGB

Hält man – entgegen der vorstehend unter lit. a) dargelegten Ansicht – § 181 BGB nicht nur auf die Fälle der echten Doppelvertretung, sondern auch auf den *falsus procurator* für anwendbar, kommt es für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes auf die Frage an, ob und von wem dem Bürgermeister Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann.

#### (1) Grundsätze

Die Gestattung der Mehrfachvertretung gemäß § 181 BGB kann sowohl dem Vertreter selber als auch dem Vertragsgegner gegenüber erfolgen.<sup>23</sup> Sofern sie nicht (ausdrücklich oder konkludent) vor Vornahme des Rechtsgeschäftes erteilt

<sup>15</sup> KG, DNotZ 1941, 164.

<sup>16</sup> Vgl. die in Fn. 3 zitierten Fundstellen.

<sup>17</sup> BWNNotZ 1995, 166 mit kritischer Anmerkung Joas.

<sup>18</sup> Vergleichbar Art. 37 Abs. 1 BayGO.

<sup>19</sup> MittBayNot 1974, 8.

<sup>20</sup> Vgl. nur die kritische Anmerkung von Joas, BWNNotZ 1995, 167.

<sup>21</sup> MüKo/Schramm, § 181 Rdnr. 49; Ermann/Palm, § 181 Rdnr. 27.

<sup>22</sup> RGZ 94, 147 (150).

<sup>23</sup> MüKo/Schramm, § 181 Rdnr. 40.

ist, kann sie auch nachträglich erfolgen.<sup>24</sup> Eine Genehmigung des Rechtsgeschäftes beinhaltet regelmäßig die Gestattung eines etwaigen Verstoßes gegen § 181 BGB.<sup>25</sup>

Zuständig zur Gestattung der Mehrfachvertretung ist stets und ausschließlich der Vertretene.<sup>26</sup> Soweit man liest, dass bei juristischen Personen das Bestellorgan des Vertreters für die Gestattung zuständig sei<sup>27</sup>, liegt hierin kein Abweichen von dieser Regel: die Zuständigkeit des Bestellorgans erklärt sich aus dem Umstand, dass die juristische Person als Vertreter selber nicht handlungsfähig ist. Insoweit handelt es sich um eine subsidiäre Regel nur für den Fall, dass kein anderweitiger Vertreter der juristischen Person vorhanden ist, welcher namens der juristischen Person wirksam die Befreiung erteilen kann.

## (2) Gemeinderat als Gestattungsorgan

Die vorgenannten Grundsätze sind auch auf den Bürgermeister anzuwenden. Zuständig für die Gestattung einer Mehrfachvertretung ist jedoch nicht die Gemeinde als eigentlich Vertretene, sondern der Gemeinderat als universelles Vertretungsorgan der Gemeinde.

Die Ansicht, wonach der direkt gewählte Erste Bürgermeister nur von dem Bestellorgan – also den Gemeindebürgern – von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden könne,<sup>28</sup> geht von vornherein fehl: die Rechtsfolgen des auf Grund der Mehrfachvertretung durch den Bürgermeister geschlossenen Vertrages treffen nicht die Gemeindebürger, sondern die Gemeinde. Diese ist als Gebietskörperschaft gegenüber den Gemeindebürgern eine rechtlich selbständige juristische Person. Insoweit liegt hier eine andere Situation vor als bei den juristischen Personen des Privatrechts (GmbH, Aktiengesellschaft), wo die für die Vertretung der Gesellschaft zuständigen (Organ-)Vertreter (Geschäftsführer, Vorstand) durch ein anderes Organ derselben juristischen Person (Gesellschafterversammlung, Aufsichtsrat) bestellt werden.

Im Übrigen lässt sich diese Ansicht nur mit einem rechtlichen Fehlverständnis erklären. Auf die Befreiung durch das Bestellorgan muss nur zurückgegriffen werden, solange kein anderweitig kompetenter Vertreter der juristischen Person vorhanden ist.<sup>29</sup> Nach Art. 29 Bayerische Gemeindeordnung (BayGO) kommt dem Gemeinderat in Bayern eine eingeschränkte Universalkompetenz in Angelegenheiten der Gemeinde zu.<sup>30</sup> Die (interne) Willensbildung der Gemeinde erfolgt im Gemeinderat. Ein Beschluss des Gemeinderates, welcher eine Mehrfachvertretung des Bürgermeisters gestattet, ist folglich direkt der für die Gestattung originär zuständigen Gemeinde zuzurechnen.

<sup>24</sup> *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 50.

<sup>25</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3557.

<sup>26</sup> *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 49; *Soergel/Leptien*, § 181 Rdnr. 36; *MüKo/Schramm*, § 181 Rdnr. 45; *Palandt/Heinrichs*, § 181 Rdnr. 18.

<sup>27</sup> *Soergel/Leptien*, § 181 Rdnr. 36; *Ermann/Palm*, BGB, 10. Aufl., § 181 Rdnr. 25; jeweils unter Bezugnahme auf BFH WM 1975, 457 und OLG Zweibrücken OLGZ 1983, 37. Ebenso *Württemberg*, VBIBW 1984, 171 (172).

<sup>28</sup> So die nicht weiter begründete Ansicht von *Manssen*, Bayer. Bgm. 2000, 137 (153).

<sup>29</sup> Handelt z. B. ein nicht befreiter Geschäftsführer einer GmbH unter Verstoß gegen § 181 BGB für die GmbH, kann die Gestattung auf Seiten der GmbH problemlos durch einen weiteren Geschäftsführer erklärt werden, ohne dass es auf dessen Befreiung von § 181 BGB ankäme.

<sup>30</sup> Vgl. *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, GO Art. 29 Rdnr. 3 f.

Selbst wenn man der Ansicht Rechnung tragen wollte, wonach die Gestattung der Mehrfachvertretung durch das Bestellorgan zu erklären sei, braucht diese nicht durch eine – in Bayern nicht vorgesehene<sup>31</sup> – Gemeindeversammlung zu erfolgen<sup>32</sup>: Nach Art. 30 Abs. 1 BayGO werden die Gemeindebürger durch den Gemeinderat vertreten. Die Formulierung „Vertretung der Gemeindebürger“ meint jedoch keine rechtsgeschäftliche Vertretung. Der Gemeinderat kann weder die Gemeindebürger noch die Gemeinde im Rechtsverkehr vertreten. Diese Vertretungsmacht im Außenverhältnis ist nach Art. 38 Abs. 1 BayGO dem Ersten Bürgermeister vorbehalten.<sup>33</sup> Art. 30 Abs. 1 BayGO meint deshalb allein die Vertretung der Gemeindebürger bei der kollektiven Willensbildung.

Der allgemein geläufige Grundsatz, wonach nur ein selbst von § 181 BGB befreiter Vertreter einen Dritten von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien kann<sup>34</sup>, ist auf den Gemeinderat aus folgender Erwägung heraus nicht anwendbar: Dieser Grundsatz bezieht sich auf die Rechtsmacht des genehmigenden Vertreters im Rechtsverkehr und nicht auf die interne Willensbildung auf Seiten des Vertretenen. Als „Vertreter im Willen“ braucht der Gemeinderat ebenso wenig eine Befreiung von § 181 BGB wie der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft oder die Gesellschafterversammlung einer GmbH. Folglich steht auch unter diesem Gesichtspunkt der Gestattung durch den Gemeinderat nichts entgegen.<sup>35</sup>

## (3) Form und Erklärung der Gestattung durch Gemeinderat

Die Willensbildung des Gemeinderates erfolgt durch Beschlussfassung gemäß Art. 47, 51 BayGO. Der erste Bürgermeister führt den Vorsitz im Gemeinderat und vollzieht dessen Beschlüsse, Art. 36 S. 1 BayGO. Dies führt zu folgender Frage: Kann der Bürgermeister die vom Gemeinderat erteilte Gestattung sich selber als Vertreter oder dem Vertragspartner gegenüber erklären?

Dem könnte in Bayern die Vorschrift des Art. 36 Satz 2 BayGO entgegenstehen: Hiernach ist der Bürgermeister von der Vollziehung der Gemeinderatsbeschlüsse ausgeschlossen, soweit er selbst persönlich beteiligt ist. Dies erfordert jedoch nach h. M., dass der Gemeinderatsbeschluss ihm selber, seinem Ehegatten oder einem Verwandten oder Verschwägerten bis zum dritten Grad oder einer von ihm kraft Gesetzes oder Vollmacht vertretenen natürlichen oder juristischen Person einen Vorteil oder Nachteil bringen kann.<sup>36</sup>

Würde man Art. 36 S. 2 BayGO für anwendbar erklären, wäre folglich der Bürgermeister gemäß Art. 49 BayGO auch von der Beschlussfassung über die Genehmigung der Mehrfachvertretung ausgeschlossen. Da der Bürgermeister jedoch meistens nur für die Gemeinde als Vertreter auftritt und das vollmachtlose Handeln für den Vertragspartner erst auf Ebene

<sup>31</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, a.a.O. Rdnr. 2.

<sup>32</sup> Hiervon scheint jedoch *Manssen*, Bayer. Bgm. 2000, 137 (153) auszugehen.

<sup>33</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, GO Art. 30 Rdnr. 1.

<sup>34</sup> *BayObLG*, MittBayNot 1993, 150; *Palandt/Heinrichs*, § 181 Rdnr. 18; *Neumayer*, RNotZ 2001, 249 (265).

<sup>35</sup> Für die Rechtslage in Baden-Württemberg im Ergebnis ebenso: *Württemberg*, VBIBW 1984, 171 (172) unter Bezugnahme auf *Kunze/Bronner/Katz*, 3. Aufl., § 24 Gemo, Erl. I, 2–4.

<sup>36</sup> *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Bayerische Kommunalgesetze, GO Art. 36 Rdnr. 3.



der Gemeinde erfolgt, käme ein Ausschluss des Bürgermeisters nur im Hinblick auf die Tatsache in Frage, dass er als Vertreter der Gemeinde gehandelt hat. Da die Gestattung jedoch für die Gemeinde über den bereits auf ihrer Seite erfolgten Vertragsschluss hinaus weder einen besonderen Nachteil, noch einen Vorteil mit sich bringt, liegt kein Ausschlussgrund für die Mitwirkung bei der Beschlussfassung oder den Vollzug durch den Bürgermeister vor. Ein etwaiges Haftungsrisiko des *falsus procurator* kann sich auf Ebene der Gemeinde wegen der Identität von potenzieller Gläubiger- und Schuldnerstellung nicht realisieren. Der Gestattungsbeschluss und dessen Vollzug hat also hierauf keinerlei Einfluss. Dies bedeutet, dass der Bürgermeister weder an der Mitwirkung bei der Beschlussfassung, noch an dem Vollzug des die Mehrfachvertretung gestattenden Gemeinderatsbeschlusses gehindert ist.

Die vorstehenden Erwägungen zeigen aber auch, dass die Rechtslage anders zu beurteilen wäre, wenn der Bürgermeister persönlich für die andere Vertragsseite als *falsus procurator* aufgetreten wäre. Hier wäre wegen seines persönlichen Haftungsrisikos und des mit der Gestattung für den Vertragspartner verbundenen rechtlichen Vorteils (Zustandekommen des Vertrages) eine persönliche Beteiligung des Bürgermeisters i.S.v. Art. 36 Satz 2 und 49 Abs. 1 BayGO anzunehmen. In diesem Fall wäre der Gemeinderatsbeschluss ohne Mitwirkung des beim Vertragsschluss handelnden Bürgermeisters zu fassen und von einem weiteren Bürgermeister der Gemeinde als nicht persönlich betroffenem Vertretungsorgan der Gemeinde zu vollziehen.

Das zuletzt dargestellte Vorgehen bietet auch einen geeigneten Weg, um jeden erdenklichen Zweifel an einer etwaigen Wirksamkeit von vertraglichen Erklärungen eines Bürgermeisters auszuschließen, soweit dieser in der Vergangenheit zugleich für die andere Vertragsseite gehandelt haben sollte: Mit einem entsprechenden Universalgestattungsbeschluss könnte der Gemeinderat sämtliche Fälle der Mehrfachvertretung mit Wirkung für die Vergangenheit „heilen“. Soweit diese Gestattung aus Praktikabilitätsgründen nicht dem jeweiligen Vertragsgegner mitgeteilt werden kann, wird sie durch Erklärung gegenüber dem jeweiligen *falsus procurator* in gleicher Weise wirksam. Aufgrund der regelmäßig in notariellen Verträgen dem Notar eingeräumten Vollmacht zur Entgegennahme von Genehmigungserklärungen im Rahmen des Urkundenvollzugs, könnte in diesen Fällen die Gestattung auch gegenüber dem Notar als Vertreter der Beteiligten erklärt werden. Beim Vollzug dieses „Heilungsbeschlusses“ wäre jedoch stets Art. 36 Satz 2 BayGO zu beachten.

## 2. Auswirkungen von Art. 38 KWBG auf Mehrfachvertretung

Ein bislang nicht erörtertes Problem stellt sich vor dem Hintergrund des mit Art. 38 BayKWBG normierten öffentlich-rechtlichen Verbotes der Mehrfachvertretung durch den Bürgermeister als kommunalem Wahlbeamten.

### a) Anwendbarkeit

Nach Art. 38 KWBG darf ein Beamter keine Amtshandlung vornehmen, welche ihm selbst, einem Angehörigen oder einer von ihm vertretenen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil verschaffen würde.

Unklar ist, ob unter den Begriff „Amtshandlung“ auch das Tätigwerden des Bürgermeisters als Vertreter der Gemeinde im privatrechtlichen (fiskalischen) Bereich zu verstehen ist. Die spärliche Kommentarliteratur bejaht dies ohne nähere Er-

läuterung.<sup>37</sup> Der Wortlaut spricht jedoch gegen eine solche undifferenzierte Anwendung auf jedes Handeln als Bürgermeister: Amtshandlung erfordert eine öffentlich-rechtliche Dimension des Handelns in der Weise, dass das Handeln von öffentlich-rechtlichen Normen bestimmt ist. Hierfür reicht m.E. nicht das in Art. 38 Abs. 1 BayGO geregelte Vertretungsrecht des Bürgermeisters aus, wenn das kraft Vertretung geschlossene Rechtsgeschäft nicht auf öffentlich-rechtlichem Gebiet erfolgt. Letzteres wäre z.B. der Fall, wenn neben dem privatrechtlichen Kaufvertrag zugleich eine öffentlich-rechtliche Ablösevereinbarung über die Erschließungskosten nach § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB geschlossen würde.

Unabhängig von der Frage der „Amtshandlung“ erfordert der Anwendungsbereich jedoch die „Vornahme“ einer Amtshandlung. Hier lassen sich letztlich dieselben Erwägungen wie im Rahmen des § 181 BGB anstellen: Ohne die Genehmigungserklärung des Vertragspartners der Gemeinde fehlt es dem Handeln des Bürgermeisters noch an jeder Wirksamkeit. Von einer „Vornahme“ im Sinne von Art. 38 KWBG, kann deshalb im Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung nicht die Rede sein. Zum gleichen Ergebnis führt die Auslegung des tatbestandlichen Erfordernisses, dass das Handeln einer vom Bürgermeister „vertretenen“ natürlichen Person einen Vorteil oder Nachteil verschaffen würde. Fehlt dem Bürgermeister im Zeitpunkt seines Handelns die Vertretungsmacht, kann er den Vertragspartner auch nicht im eigentlichen Sinne vertreten.

M.E. ist deshalb Art. 38 KWBG auf die Fälle des vollmachtlosen Handelns des Bürgermeisters für einen Vertragspartner der Gemeinde von vornherein nicht anwendbar.

### b) Auswirkung

Will man die Anwendbarkeit von Art. 38 KWBG gleichwohl bejahen, stellt sich das Problem, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen diese Norm hätte.

Art. 38 KWBG stellt ein öffentlich-rechtliches Verbot der Mehrfachvertretung dar. Insoweit ist sein Regelungsgehalt mit § 181 BGB identisch. Anders als § 181 BGB sieht er jedoch keine Befreiungsmöglichkeit vor. Ein Verstoß ist also endgültig, führt jedoch nicht zur Nichtigkeit der vorgenommenen Amtshandlung, sondern nur zu deren Anfechtbarkeit.<sup>38</sup>

Dies rückt die Bedeutung von Art. 38 KWBG an die richtige Stelle als ausschließlich öffentlich-rechtlicher Norm: Ebenso wie ein Verstoß gegen das Vertretungsverbot des Art. 50 BayGO nach überwiegender Ansicht keinen Einfluss auf die Wirksamkeit bereits vorgenommener zivil- oder prozessrechtlicher Erklärungen hat<sup>39</sup>, würde einem Verstoß gegen Art. 38 KWBG allein intern dienstrechtliche, jedoch keine privatrechtliche Relevanz zukommen. Für den handelnden Bürgermeister ist dies ein schwacher Trost, für die übrigen Beteiligten jedoch ein wichtiger Umstand, weil anderenfalls z.B. auch eine vom Bürgermeister zugleich für den Vertragspartner erklärte Auffassung (unabhängig von der Stellung als *falsus procurator*) unheilbar nichtig wäre.

### c) Ausweichgestaltungen

Die vorstehend angesprochenen Auslegungsfragen und etwa verbleibende Zweifel lassen sich mit Gewissheit nur aus-

<sup>37</sup> Zimmermann, Gesetz über kommunale Wahlbeamte (KWGB), Handkommentar, 4. Aufl. (1990), Art. 38 Anm. 1.

<sup>38</sup> Ebd., Anm. 3.

<sup>39</sup> Siehe im einzelnen Widmann/Grasser, BayGO – Kommentar, Art. 50 Rdnr. 7; Bauer/Böhle/Masson/Samper, a.a.O., Art. 50 Rdnr. 1; a. A. Hölzl/Hien, Gemeindeordnung – Kommentar, Art. 50 Anm. 4.

schließen, wenn neben dem Bürgermeister eine zweite Person für den Vertragsgegner der Gemeinde vorbehaltlich dessen Genehmigung handelt: Hier ist eine Mehrfachvertretung i.S.v. § 181 BGB oder Art. 38 KWBG von vornherein nicht gegeben.

Hat der Bürgermeister beim Vertragsschluss nicht nur für den Vertragsgegner, sondern zugleich für die Gemeinde vorbehaltlich deren Genehmigung gehandelt, wäre das gleiche Ergebnis zu erreichen, wenn die Genehmigung auf Seiten der Gemeinde nicht von dem Handelnden, sondern von einem weiteren Bürgermeister erklärt würde: Hierin läge die (konkludente) Gestattung auch eines etwaigen Verstoßes gegen § 181 BGB.

### 3. Fazit

Das Verbot der Mehrfachvertretung im Sinne von § 181 BGB birgt für den Vertragsjuristen immer noch manche Untiefen. Dieses Problem wird beim Auftreten eines Bürgermeisters für die andere Vertragsseite wegen Art. 38 KWBG noch verschärft.

Zumindest in den Konstellationen des Handelns vorbehaltlich der Genehmigung durch den Vertragspartner scheidet jedoch

die Anwendbarkeit beider Normen mangels eigenständiger Bewirkungsmacht des Bürgermeisters von vornherein aus: Das vollmachtlose Handeln führt weder zur Vornahme des Rechtsgeschäftes i.S.v. § 181 BGB, noch zur Vornahme einer Amtshandlung i.S.v. Art. 38 KWBG.

Teilt man diese Auffassung nicht, würde § 181 BGB eine entsprechende Gestattung der Mehrfachvertretung erfordern und – anders als Art. 38 KWBG – erlauben. Zuständig für die Gestattung ist der Gemeinderat. Den Beschluss des Gemeinderates könnte der ursprünglich handelnde Bürgermeister trotz Art. 36 Satz 2 BayGO selber vollziehen, solange er nicht persönlich für die andere Vertragsseite gehandelt hat, sondern diese durch die von ihm vertretene Gemeinde vertreten wurde. Ein etwaiger Verstoß gegen Art. 38 KWBG hat – auf Grund des ausschließlich öffentlich-rechtlichen Charakters der Norm – keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des zivilrechtlichen Handelns des Bürgermeisters.

Restlos vermeiden lassen sich sämtliche Zweifel jedoch allein durch die – für den Regelfall ohnehin sinnvolle – Beziehung des Vertragspartners persönlich oder – wenn dies nicht möglich sein sollte – durch das Auftreten einer eigenständigen Vertretungsperson für den Vertragsgegner.

## Notar 2000\*

Von Notar *Dr. Andreas Albrecht*, Regensburg

Meine Urgroßmutter, die ich noch gut kannte, lebte in Köln und war dort am 14. Februar des Jahres 1900 zu einer Hochzeitsfeier eingeladen. Damals war es noch Sitte, zu solchen Anlässen schöne Gedichte zu verfassen. So sagte der Bruder des Bräutigams dem Brautpaar in Gedichtform ein ruhiges Leben in Glück voraus:

„Herrlich liegt vor Euch die Zukunft,  
wie das weite sonnebeglänzte Meer,  
und seeklar ist schon Eures Lebens Schifflein,  
seine Segel bläht ein günst'ger Wind ...“

Die so gut gemeinten Prophezeiungen des Hochzeitsredners sollten sich schon bald als illusionär erweisen. Tatsächlich wurde das Lebensschifflein des Brautpaares und aller damals Anwesenden gerade in der ersten Hälfte des neuen Jahrhunderts durch schwere Stürme hin- und hergeworfen. Der Laudator aber wurde ein berühmter Mann, dem sein Land in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine vergleichsweise lange Periode von Frieden und Wohlstand verdankt: *Konrad Adenauer*.

In einer ähnlichen Lage befindet man sich, wenn man für das deutsche oder auch nur das bayerische Notariat einen Ausblick in das kommende 21. Jahrhundert wagen soll. Wie jener Redner sind auch wir Kinder unserer Zeit und eigentlich nur dazu in der Lage, die Entwicklung der Vergangenheit in die Zukunft zu extrapolieren und – je nach Temperament – mit einem Schuss Optimismus oder Pessimismus anzureichern. Wer versucht, sich der Zukunft des Notariats im kommenden

Jahrhundert zu nähern, kommt um die Binsenweisheit nicht herum, dass der Notar und seine Tätigkeit auch in der Zukunft bedingt ist durch die politischen, sozialen, technischen und kulturellen Lebensumstände seiner Zeit. Ich möchte Ihnen deshalb an Hand von mir als wahrscheinlich vorschwebenden Entwicklungen auf diesen Gebieten mögliche Auswirkungen auf das Notariat darstellen. Ich beschränke mich dabei auf Ereignisse der Evolution unserer heutigen Gesellschaft und Lebensform; Revolutionen, zu denen ich das Entstehen einer Diktatur aber auch Kriege, Naturkatastrophen, Völkerwanderungen oder ähnliches zählen möchte, wollen wir heute außer Acht lassen. Die großen Umwälzungen der Weltgeschichte, die von Jacob Burckhardt als die „kräftigen Ruinierer“ bezeichneten Monster unter den Politikern und ihre Auswirkungen auf unser Leben und unseren Beruf bleiben uns (Gott sei Dank, möchte man einflechten) nicht vorhersehbar. Wer hätte bei jener Hochzeitsfeier im bürgerlichen, fortschrittsgläubigen deutschen Kaiserreich der Jahrhundertwende die Katastrophen der beiden Weltkriege, die bis dato beispiellosen Grausamkeiten des 20. Jahrhunderts, aber auch das Ende der Monarchien in Europa und die Integration dieses Kontinents zum „Euroland“ vorhersehen können.

Gedanken über die Zukunft sind immer problematisch: Es spottet sich leicht über die nicht in Erfüllung gegangenen Prophezeiungen unserer Vorfahren. Ob der Marxismus die Weltrevolution vorhergesagt hat, die, wie wir jetzt wissen, inzwischen wohl abgesagt wurde; oder ob der Mühl-Hiasl aus Windberg bei Bogen den bis jetzt ausgebliebenen Untergang des Abendlandes gesehen hat oder ob die Sonnenfinsternis das Weltenende bringen sollte: Immer kann die Nachwelt feststellen, dass alles ganz anders, zum Teil besser, zum Teil schlechter gekommen ist, als die Propheten es ahnen konnten.

\* Überarbeitete Form des Festvortrags anlässlich der Jahrestagung des Bayerischen Notarvereins in Bad Kissingen am 16.10.1999. Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

Dennoch scheinen mir Gedanken über die Zukunft gerade eines Berufsstandes wichtig, um aus dem gemütlichen „Weiter so“ herauszukommen. In Zeiten, wie den unsrigen, in denen es den Deutschen im Allgemeinen und auch den bayerischen Notaren generell recht gut geht, besteht natürlich die Neigung zu glauben, die Zukunft werde doch hoffentlich weiterhin das bringen, was wir in der Gegenwart genießen. Gedanken über sich möglicherweise in mancherlei Hinsicht ändernde Lebensumstände und wie der Berufsstand sich darauf einstellen könnte, werden dann verdrängt oder entsprechende Überlegungen gar nicht erst angestellt. Wie meinte doch ein Kollege unlängst in einer Diskussion, ob auch Sozietäten mit mehr als zwei Notaren zugelassen werden sollten: „Da wir derzeit unsere Aufgaben angemessen erfüllen, wird das auch in Zukunft so bleiben; Diskussionsbedarf über Strukturänderungen besteht deshalb nicht.“ Mir scheint es dagegen dringend notwendig, zu überlegen, wie es sein könnte, wenn alles ganz anders wäre. Welche Fragen werden unsere Klienten uns im 21. Jahrhundert stellen, welche Leistungen von uns verlangen? Und wie werden wir dann als Notare reagieren, unsere berufliche Tätigkeit rechtfertigen und mit Sinn erfüllen? Welche Qualifikationen müssen wir künftig aufweisen?

### Technische Änderungen: Computerisierung

Sicher wird das kommende Jahrhundert in noch stärkerem Maße als die Gegenwart von den Möglichkeiten der elektronischen Kommunikation geprägt sein. Der Einzelne wird alle erdenklichen Informationen via Datennetz erfragen können; er wird blitzschnell mit anderen Erdteilen kommunizieren können. Er wird besser über das Geschehen informiert sein, z. B. Preisvergleiche über Ländergrenzen hinweg anstellen, aber auch sich über ausländische Rechtsordnungen durch die Recherche in dortigen Datenbanken informieren können. Derartige Visionen sind heute Allgemeingut und werden von der Computer-Branche aus naheliegenden Gründen in bunten Farben ausgemalt. Das brauche ich hier nicht nachzuzeichnen.

Aber wird das für alle gelten? Keinesfalls für Menschen in den Ländern, die heute noch keine Stromversorgung haben, wie etwa in weiten Teilen Afrikas. Es werden aber auch nicht alle in Bayern Lebenden dazu in der Lage sein, beispielsweise die zur Gestaltung ihres Ehevertrages relevanten Informationen sich selbst auf den Bildschirm zu spielen und umzusetzen. Das liegt zunächst an der nicht flächendeckenden Verbreitung des Computers. Auch in einigen Jahren werden nicht alle Menschen darauf Zugriff haben. Dies hat weniger finanzielle Gründe, sondern erklärt sich daraus, dass die Benutzung des Computers für viele Menschen offenbar nicht genügend Vorteile bietet. Auch ist die Benützung der neuen Kommunikationsmittel für viele „user“ erheblich zu kompliziert. Wenn für ein simples schnurloses Telefon (kein Handy) eine 90-seitige Bedienungsanleitung erforderlich ist, wenn beim Kauf eines PC ein halber Meter Dokumentation mitgeliefert wird und zumindest teilweise verstanden werden muss, dann schreckt das viele Menschen entweder vom Erwerb ab oder aber sie werden nur einen Bruchteil der Möglichkeiten nutzen. Es besteht somit die Gefahr eines „Informationsproletariats“, einer breiten Schicht von Menschen also, denen der Zugang zu den Möglichkeiten der modernen Telekommunikation verwehrt ist, weil sie die finanziellen oder die intellektuellen Zugangsschranken nicht überwinden können und wollen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Zahl der Älteren in unserer Gesellschaft zunehmen wird. Diese werden weniger leicht mit den neuen Kommunikationsmedien umgehen

als die Jüngeren. Diese Gruppe wird in der Zukunft bei allgemein zunehmender Komplexität der Lebensverhältnisse und einer sich ausweitenden Schere zwischen Informierten und Nichtinformierten in stärkerem Maße als heute einer rechtsberatenden, neutralen Stelle, also des Notars, bedürfen.

Es widerspräche unserer Vorstellung vom Sozialstaat, wenn der Informierte den Nichtinformierten übertölpeln könnte; oder wie es § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG seit vielen Jahren klassisch prägnant ausdrückt: der Notar soll „... darauf achten, dass ... unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“. Der Notar wird somit, bedingt durch die Technisierung der Welt, in höherem Maße als bisher, die Informationsdefizite der intellektuell einfach gestrickten Personen auszugleichen haben als bisher. Multinational operierende Unternehmen werden die Leistungen des Notars unter diesem Gesichtspunkt weniger nachfragen, da sie ihre eigenen Erkenntnisquellen im Haus haben. Der sogenannte einfache Bürger aber bedarf verstärkt des Notars. Nach außen bedeutet dies, dass die sozialstaatliche Komponente und der Verbraucherschützende Aspekt der notariellen Tätigkeit mehr herausgestellt werden muss. Nach innen muss sich das Notariat intensiv mit den Möglichkeiten des Internets befassen und diese Erkenntnisquellen nützen, um nicht selbst im Lager des „Uninformierten“ zu landen. Schon jetzt werden Expertenprogramme und elektronische Suchmaschinen angeboten, um dem Notar die Lösung komplexer Fragen zu erleichtern; dies wird sicherlich zunehmen. Dazu muss aber die Bereitschaft der Kollegen kommen, sie auch zu nutzen. „Am Netz oder im Aus“ heißt hier die Alternative!

Aber auch der Internet-erfahrene Laie, der sich alle Informationen zu seinem Rechtsproblem durch die Maschine hat zusammenstellen lassen, wird das persönliche Vertrauensverhältnis zu einem Berater nicht missen können. Er wird den guten Rat eines Notars wünschen, der ihm aus der Fülle der vorliegenden Daten das für ihn Wesentliche herausfiltert. Der Bürger wird danach um so mehr verlangen, wenn er sich bewusst ist, dass dem Vorteil der weltweiten Information und der Meinungsvielfalt via Datennetz der Nachteil der Unverbindlichkeit und unsicheren Autorenschaft der dort erhältlichen Texte gegenübersteht.

So kam kürzlich ein ehemaliger Soldat der US-Army zu mir, der in Mittelfranken verheiratet ist, und wollte sein Testament besprechen. Da er seine bisherige Staatsangehörigkeit beibehalten hat, war es nötig, sich die Kenntnis des Erbrechts des Staates Kalifornien zu verschaffen. Ich versprach, ein Gutachten beim Deutschen Notarinstitut zu diesem Thema in Auftrag zu geben und vereinbarte einen neuen Besprechungstermin. Eine Stunde später war der Mann wieder da mit einem Paken Computerausdrucken mit Ausführungen zum kalifornischen Erbrecht, von denen er zugab, sie selbst obwohl auf Englisch nicht zu verstehen. Er hatte sich die Texte mit Hilfe des Internets aus mir nicht bekannten Datenbanken zusammengestellt. Auf der Grundlage dieser Unterlagen sollte ich jetzt sein Testament entwerfen.

Hier sehe ich eine wesentliche Aufgabe für den Notar der Zukunft; er muss nicht nur Informationsdefizite ausgleichen, sondern auch die vielfältigen Informationen für die Beteiligten ordnen. Wir alle wissen aus unserer Lektüre von juristischen Fachzeitschriften, dass es ausgesprochen schwierig ist, der Informationskatastrophe Herr werden. Der Laie der Zukunft kommt damit erst recht nicht zurande. Er verlangt deshalb den vertrauensvollen Rat des Notars im Chaos der Meinungen. Für den Notar ist allerdings eine halbbildete

Klientel in aller Regel viel schwieriger und zeitaufwendiger zu beraten, als der völlige Laie. Die Beratungstätigkeit des Notars wird deshalb fachlich und menschlich schwieriger und wichtiger werden. Der seit langem zu beobachtende Wandel in der Bedeutung der notariellen Urkunde setzt sich verstärkt fort: sie soll nicht nur der formal richtigen Protokollierung von Erklärungen dienen, sondern durch Belehrung und Beratung zu inhaltlich richtigen, dem Ziel des Bürgers dienenden Erklärungen führen.

Der zunehmende Handel im Internet hat schon jetzt dazu geführt, dass der Bundesgesetzgeber im Signaturgesetz die Möglichkeit einer digitalen Unterschrift geschaffen hat. Bei der digitalen Unterschrift handelt es sich um eine Verschlüsselungstechnik, die dazu führt, dass einem mit dem Computer geschriebenen Text, also auch einer digital formulierten Willenserklärung angesehen werden kann, ob sie vom Inhaber des elektronischen Schlüssels stammt (also echt ist) und zusätzlich ob sie nach der Verschlüsselung verändert wurde. Der individuelle Schlüssel wird von einem Trust-Center an eine bestimmte Person vergeben. Das technische Problem besteht allerdings derzeit noch darin, dass anders als bei der Unterschrift, der Schlüssel nicht absolut sicher dem Autor zugeordnet werden kann. Nur wenn nämlich der elektronische Autor den Schlüssel und die dazugehörige Geheimnummer niemand verrät und auch im Trust-Center alle dicht halten, funktioniert der logische Schluss vom Schlüssel auf den Autor. Das ist aber schon wegen des menschlichen Mitteilungsbedürfnisses und aus Praktikabilitätsgründen häufig nicht der Fall: Vielleicht geht es Ihnen wie mir, meine Frau kennt die Geheimnummer meiner Bankkarte und ich die ihre! Und schon ist nicht mehr sicher, ob sie oder ich Geld abgehoben habe, ob die Willenserklärung echt war, das heißt vom angeblich Berechtigten stammte, oder nicht.

Dem wird die technische Entwicklung aber bald einen Riegel vorschieben können, indem der Schlüssel mit bestimmten biologischen Konstanten des einzelnen Menschen verknüpft wird. So kann sicher bald der Schlüssel mit dem Fingerabdruck gekoppelt werden – wahrhaft digital – oder aber mit lebenslang unveränderlichen Strukturen des Auges. Risiken bestehen aber noch in der Funktion des Trust-Centers. Solange das Trust-Center die dort hinterlegten Daten wirklich vertraulich behandelt und beispielsweise keine Klone der Schlüssel anfertigt (was aber bei Computerprogrammen – und das sind die Schlüssel – verführerisch leicht ist), kann die digitale Signatur besser als eine notarielle Unterschriftsbeglaubigung die Echtheit einer Willenserklärung, also ihre sichere Herkunft vom Aussteller, beweisen. Hier sind allerdings Zweifel angebracht: So kann jeder ein Trust-Center einrichten, der einmal seine gewerberechtliche Zuverlässigkeit nachweist. Eine fortlaufende Kontrolle der Tätigkeit gibt es nicht. Diesen vergleichsweise geringen vorbeugenden Standard will jetzt eine EU-Richtlinie weiter absenken und lediglich durch strafrechtliche Sanktionen post festum bewehren; daneben soll das Trust-Center eine Mindest-Versicherung nachweisen müssen, sonst nichts!

Ganz anders die Entwicklung in Amerika: dort hat die American Bar Association gerade anhand des Problems des Trust-Centers den europäischen Notar entdeckt. Die Amerikaner sehen es geradezu als Wettbewerbsnachteil an, dass es dort bisher keinen privaten neutralen Träger eines öffentlichen Amtes gibt, dem die Echtheitskontrolle in Form eines Trust-Centers übertragen werden könnte. Ausdrücklich sollen auch die Vorteile der notariellen Urkunde, nämlich Beweiskraft und Vollstreckbarkeit, im globalen elektronischen Handel genutzt

werden können. Man will deshalb den Beruf des sogenannten „Cyber-Notars“ schaffen. Seine elektronisch gefertigten Urkunden sollen weltweite Anerkennung finden. Die Berufsorganisation der US-amerikanischen Anwälte: einen unverdächtigeren Werber für die weltweite Verbreitung des Notariats bayerisch-pfälzischer Prägung kann man sich gar nicht vorstellen!

Der dem entsprechende und meines Erachtens naheliegende Vorschlag der Bundesnotarkammer, die Notare als quasi „geborene“ Trust-Center einzuspannen, traf beim Bundesgesetzgeber und erst recht bei der Brüsseler Kommission auf keine Gegenliebe. Dies führt aber bereits jetzt zu praktischen Schwierigkeiten. Nach dem SigG besteht nämlich die sinnvolle Möglichkeit, den Schlüssel mit bestimmten Attributen zu versehen; so kann elektronisch im Schlüssel die Vertretungsberechtigung einer natürlichen Person für eine andere oder z. B. ein Unternehmen ausgedrückt sein. Der Empfänger einer elektronischen Willenserklärung kann also erkennen, dass der Autor berechtigt ist, mit Vertretungsmacht im Namen eines Dritten zu handeln. Hier hat sich in den letzten Monaten herausgestellt, dass die bestehenden Trust-Centers ohne notarielle Vertretungsbescheinigungen nicht in der Lage sind, die Schlüssel korrekt zu erstellen. Ähnliches ist zu erwarten, wenn die ersten Schäden durch treuwidrig agierende Trust-Centers bekannt werden: auch hier wird man über kurz oder lang auf den Notar als Vertrauensperson zurückkommen.

Trotz einer möglichen Tätigkeit als Trust-Center wird die traditionelle Aufgabe der Echtheitsfeststellung einer Willenserklärung durch den Notar stark an Bedeutung verlieren; aber die Aufgabe der Richtigkeitsfeststellung wird an Bedeutung gewinnen. Der Notar wird – wie bisher schon – als Filter vor den Registern tätig sein. Er wird die einzutragenden Erklärungen der Beteiligten überprüfen und so den Registern eine wesentliche Arbeitserleichterung bieten. Wie viele Erklärungen zum Handelsregister und zum Grundbuch, selbst wenn sie von Rechtsabteilungen von Unternehmen oder von externen Beratern gefertigt wurden, werden heute vom Notar ohne großes Aufheben korrigiert und nach Unterschriftsbeglaubigung dem Register vorgelegt? Dies wird auch dann notwendig sein, wenn die Echtheit der Erklärung durch technische Mittel sichergestellt ist.

Die steigende Bedeutung des Notars auf diesem Gebiet hängt mit der wachsenden Nachfrage nach Registern zusammen. Register und Notar sind aber wie die beiden Seiten einer Münze: Wegen der Bedeutung der registrierten Tatsachen bedürfen die einzutragenden Sachverhalte einer sorgfältigen Aufbereitung, sowie einer inhaltlichen und formellen Überprüfung; hierauf sind die Notare spezialisiert. Ob es um die Eintragung in das Grundbuch, in das Handels- oder Partnerschaftsregister geht, der Notar kontrolliert und formuliert vielfach auch die Eintragungsunterlagen, um die zügige Eintragung und Verlautbarung im Register zu erreichen.

Die Registerführung ist tatsächlich eine Wachstumsbranche, auch wenn scheinbar das sorgfältige Eintragen eines Rechtsverhältnisses in ein großes Buch der modernen Dynamik nicht mehr entspricht. Die Registrierung von Rechtsverhältnissen wird in Wahrheit sicher weiter zunehmen, gerade auch durch die elektronischen Signaturen. Wenn Sie an die Vergabe der E-Mail- oder Internetadressen denken, gibt es solche Register bereits. Warum sollten solche Einrichtungen nicht durch rechtliche Komponenten verfeinert und der Obhut der Spezialisten für solche Register anvertraut werden, nämlich den Notaren?

Das Konzept des deutschen Grundbuchs, nämlich die Eintragung als grundsätzlich konstitutives Merkmal für die Wirksamkeit eines Rechtsverhältnisses auszugestalten, hat sich als Exportschlager erwiesen. Auch Länder, die bisher noch ohne Register auskamen, führen diese ein: z.B. England, Moldawien, Estland etc.: der dem Register innewohnende Zwang, die Verhältnisse klar zu strukturieren, und die Vorteile seiner Publizität für den Rechtsverkehr liegen auf der Hand. Ein Schritt auf diesem Weg ist meines Erachtens auch die unlängst auf europarechtlicher Grundlage eingeführte Notwendigkeit, nach GmbH-Anteilsabtretungen eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Dies kann über kurz oder lang zu einem GmbH-Gesellschafter-Register führen. Auch bei den Aktiengesellschaften kommen die im Aktienbuch des Gesellschaft registrierten Namensaktien immer mehr in Mode. Ein ganz wesentlicher Aspekt der zur Zeit diskutierten Änderungen des Stiftungsrechts ist m. E. die Einführung eines Stiftungsregisters, um deren Rechtsverhältnisse nach außen zu dokumentieren. Sie sehen: Register ohne Zahl!

Auf dem diesem ureigenen Gebiet, nämlich der Registrierung von Rechtsverhältnissen, sind weltweit die Notare aufgerufen, sich neue Tätigkeitsgebiete zu suchen! Sie werden sie auch finden, weil eine zuverlässigere Methode, Rechtssicherheit zu schaffen, noch nicht erfunden worden ist!

### **Kulturelle Änderungen: Vom Antragsteller zum Mandanten**

Neben den technisch bedingten sind auch kulturelle Änderungen zu erwarten und in ihren Auswirkungen auf das Notariat zu berücksichtigen. Ein Aspekt erscheint mir hier wert, aufgegriffen zu werden: Unsere Gesellschaft wandelt sich schon seit einiger Zeit zu einer Dienstleistungsgesellschaft! Das heißt für uns Notare, dass wir es zunehmend nicht mehr mit dem Antragsteller, sondern mit einem Mandanten als Kunde zu tun haben.

Der Notar muss in Zukunft verstärkt auf die Wünsche seiner Mandanten eingehen und sie durch qualifizierte Arbeit überzeugen. In diesem Sinne verstehe ich den Notar als Dienstleister, nicht als blinden Erfüllungsgehilfen der ggf. rechtswidrigen Wünsche der Beteiligten. Der heute gerade auf dem Land noch vorhandene Amtsbonus des Notars wird überall verschwinden. Die Tätigkeit des Notars wird sicher in viel stärkerem Maße als heute schon von den Bürgern, aber auch von anderen Rechtsberatern hinterfragt werden. Dies gilt nicht zuletzt für die Kostenrechnung des Notars! Hier gilt es, dem einzelnen Bürger das Prinzip der Kostenordnung, nämlich die wertabhängige Gebühr und ihre sozialstaatliche Bedeutung, verständlich zu machen. Der Notar wird künftig einem grundsätzlich viel informierteren Mandanten als früher (gelegentlich auch einem halbgebildeten) gegenüberstehen. Dies wird auch eine wesentlich intensivere Öffentlichkeitsarbeit des Notariats insgesamt erforderlich machen, um im Chor der veröffentlichten Meinung nicht unterzugehen. Der Mandant der Zukunft will ausführlich vom Notar beraten werden; er will Alternativen aufgezeigt sehen und selbst entscheiden. Das vielfach auch heute noch übliche patriarchalische Prinzip des „Ich weiß, was für Dich gut ist!“ wird in Zukunft nicht mehr vermittelbar sein. Der Mandant will die notarielle Tätigkeit verstehen und überzeugt werden. Er glaubt nicht mehr dem Notar, bloß weil er der Notar ist.

Die weitere Individualisierung der Gesellschaft wird die Wünsche des einzelnen Bürgers an den Notar differenzierter

werden lassen. Die uns vorgelegten Sachverhalte werden weiter an Komplexität zunehmen; das einfache Muster oder die für alle Fälle passende Lösung wird seltener. So wird die erbrechtliche Beratung schon allein durch soziologische Veränderungen in unserer Gesellschaft schwieriger. Die vor wenigen Jahrzehnten noch regelmäßig auftretende Kernfamilie (Vater, Mutter, zwei bis vier Kinder) wird die Ausnahme. Es gibt Schulklassen, in denen nur eine Minderheit der Kinder aus einer Kernfamilie mit beiden leiblichen Eltern kommt. „Meine Kinder, deine Kinder, unsere Kinder“ begegnet einem deshalb auch zunehmend in der Beratungspraxis. In dieser Lage das Muster des Berliner Testaments herauszuziehen und gedankenlos den Beteiligten vorzulegen, kommt nicht mehr in Frage. Ich erinnere mich an den Formularschrank eines bayerischen Notars, bei dem ich vor vielen Jahren vertreten habe: da fand sich ein Erbvertrag für die Stadtbevölkerung und ein Ehe- und Erbvertrag für die Landbevölkerung sowie ein einseitiges Testament. Mehr zum Erbrecht gab es nicht und wurde von der Praxis auch nicht nachgefragt. Diese idyllischen Verhältnisse sind im 21. Jahrhundert Vergangenheit!

Ebenso wird die Bedeutung des ausländischen Rechts für unsere tägliche Arbeit zunehmen. Deutschland ist nicht mehr eine Nation in dem Sinne, dass dort fast nur Deutsche leben. Der Ausländeranteil beträgt inzwischen ca. 10 % und wird sicher zunehmen; das Gleiche gilt für die Verflechtungen des internationalen Handels. Wie oft kommt es nicht heute schon vor, dass die Beteiligten erklären, sie hätten neben ihrem Vermögen in Deutschland auch ein Haus in Spanien, das es zu vererben gilt. Diese Entwicklung verlangt detaillierte Rechtskenntnisse und gelegentlich ein ganz neues Einfühlungsvermögen in fremde Mentalitäten.

Darüber hinaus will der Mandant des 21. Jahrhunderts vom Notar wie von allen anderen Dienstleistern auch die Komplettlösung. Diese Einstellung ist angesichts der zunehmenden Komplexität aller Gebiete, nicht nur des Rechts, verständlich. Wer schon einmal versucht hat, einen Computer an den m.E. segensreichen Zentralen Bayerischen Grundbuchspeicher anschließen zu lassen, weiß, dass dafür mindestens das Zusammenwirken von Elektrikern, Telefonanlagentechnikern, Telekom-Mitarbeitern und Computerfachleuten erforderlich ist. Glücklicherweise kann man sich schätzen, wer deren Zusammenarbeit als koordiniert erlebt. Der Mandant des Notars von morgen wird die Koordinierungsarbeit von verschiedenen Spezialisten auf ihn betreffenden Rechtsgebieten nicht mehr übernehmen wollen, sondern die funktionierende Leistung verlangen. Darauf hat sich der Notar einzustellen und seine Bemühungen entsprechend zu strukturieren. Sein Mandant sucht nicht bloß die Beurkundungsleistung, sondern er will den Beurkundungserfolg in rechtlicher, steuerlicher, wirtschaftlicher, vielleicht auch moralischer Hinsicht. Deshalb wird es künftig nicht mehr genügen, am Schluss der Urkunde den verbreiteten Satz aufzunehmen: „Die Beteiligten haben sich steuerlich selbst anderweitig beraten lassen.“ Der Mandant von morgen wird diese Koordinierungsarbeit nicht mehr übernehmen wollen und in vielen Fällen auch gar nicht können, sondern die funktionierende Leistung verlangen. Dies verlangt den integrierten Dienstleister. Wirtschaftsberatende Unternehmen haben darauf reagiert: Hier arbeiten schon heute Juristen, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, aber auch Techniker, Kommunikationsspezialisten zusammen und das über viele Ländergrenzen hinweg. Diesem Trend wird der Notar auf Dauer nicht allein mit seiner hochspezialisierten Leistung entgegenreten können: schon heute erlebe ich schmerzlich, dass ich einen Klienten bitten muss, die einkommensteuer-

rechtlichen Folgen einer einfachen Grundstücksüberlassung bei seinem Steuerberater prüfen zu lassen, wenn der Veräußerer z.B. einen ruhenden landwirtschaftlichen Betrieb hat. Ebenso bedauere ich, im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung die Klienten wegen der Unterhaltsbeträge im einzelnen an einen Rechtsanwalt verweisen zu müssen; das Gleiche gilt, wenn ein Unternehmer mich nach den Voraussetzungen der Handelsregistereintragung in Zürich fragt. Da wünsche ich mir und sicher auch der Mandant die notarielle Leistung aus einer Hand, genauso wie bei der Computerinstallation.

Diese Entwicklung hat das bayerische Notariat bereits vor zehn Jahren gesehen und die Gründung des Deutschen Notarinstituts in Würzburg angestoßen, welches genau diese Unterstützung bietet. Aber reicht das? Hier wird das Notariat ständig weiteren Entwicklungsbedarf haben. Vielleicht muss darauf in einigen Jahren doch mit der Zulassung größerer Notarsozietäten reagiert werden, die sich den fehlenden Sachverstand durch geeignete Mitarbeiter „einkaufen“ können. Vielleicht werden zusätzliche Einrichtungen des Berufsstandes entstehen, welche die hoch spezialisierte Leistung des Notars abrunden und ergänzen. Vielleicht werden auch alle bayerischen Notare zusammen eine virtuelle, nur elektronisch verbundene Sozietät bilden müssen, die sich gegenseitig ersetzt und unterstützt. Auf jeden Fall wird die Flexibilität der Notare, und ihre Bereitschaft zu kooperieren, in hohem Maße gefordert sein, um den berechtigten wachsenden Ansprüchen der Mandanten zu genügen. Der Notar des 21. Jahrhunderts braucht die Teamfähigkeit!

## Notar und Staat

Einen letzten Aspekt der notariellen Tätigkeit möchte ich auf mögliche Zukunftsentwicklungen hin beleuchten, nämlich das Verhältnis zwischen Notar und Staat, konkret die Aufgaben, die der Staat dem Notar in den nächsten Jahrzehnten zuweisen könnte.

Für mich ist die zukünftige Entwicklung der staatlichen Gemeinschaft durch zwei Faktoren geprägt: zum einen die Disintegration der Gesellschaft und zum anderen die Übertragung von wichtigen Aufgaben auf übernationale Einheiten, speziell die Europäische Union. Die Disintegration mit allen Vor- und Nachteilen glaube ich zu beobachten beispielsweise in einer generellen Stärkung des Individuums gegenüber der Gemeinschaft, festzustellen unter anderem an der sinkenden Bedeutung und Dauer zwischenmenschlicher Bindungen, festzustellen aber auch an der sinkenden Mitgliederzahl der Parteien, Kirchen und Gewerkschaften, beispielsweise auch der an der beklagenswert geringen Bereitschaft, durch Steuern zur Staatsfinanzierung beizutragen, Stichwort: Volkssport Steuerhinterziehung. Auch das früher einheitliche Staatsvolk ist in vielen Städten einer multikulturellen Vielfalt gewichen. Die Liste ließe sich beliebig fortsetzen.

Darauf wirkt zum Teil verstärkend die Übertragung vieler bisheriger Staatsaufgaben auf bürgerferne Einheiten. So werden derzeit 50 % aller uns betreffenden Rechtsregeln in Brüssel oder Straßburg geschaffen; in der Landwirtschaft sind es ca. 95 % und das wird weiter zunehmen. Für viele Bürger bedeutet dies, dass sie noch weniger den Entstehungsprozess und die Notwendigkeit der Vorschriften überblicken oder gar Einfluss darauf nehmen können und vielleicht auch deshalb den Gesetzesbefehl nicht mehr unbedingt als für sie verbindlich ansehen. Dem entspricht das vielfach beklagte Demokratiedefizit der europäischen Institutionen! Je genereller aber die uns betreffenden Vorschriften gefasst werden und je größer der

Einfluss Europas darauf ist, umso komplexer werden die Rechtsregeln, auch wenn sie inhaltlich segensreich sein mögen. Wenn man sich die Formulierungen im Verbraucher-kreditgesetz oder im Teilzeitwohnrechtgesetz betrachtet, ist erkennbar, was ich meine.

Aus dieser nur ganz oberflächlichen Analyse könnten sich für die Zukunft bestimmte Konstanten ergeben, auf die das Notariat eingestellt sein sollte.

Die Individualisierung im weitesten Sinne wird dazu führen, dass der Staat weiterhin über wenig Geld verfügt. Überschuldet und überfordert wird er sich auf Kerngebiete zurückziehen. Die Konflikte unter den Individuen werden weiter zunehmen. Der Staat wird deshalb gezwungen sein, bestimmte Staatsaufgaben, zu denen auch Teile der Konfliktlösung gehören, auf Private zu übertragen. Das Notariat, als ein bereits im 19. Jahrhundert gelungenes Beispiel der Privatisierung von Staatsaufgaben, sollte sich verstärkt dazu anbieten.

Dies beginnt bei bisher typischen Aufgaben der Justiz, wie dem Entgegennehmen von Erbscheinsanträgen und deren Erteilung oder der einvernehmlichen Ehescheidung. Die notarielle Scheidungsvereinbarung hat in den letzten zwanzig Jahren immer stärker an Bedeutung gewonnen. Die Notare haben es offensichtlich verstanden, die Scherben der gescheiterten Ehe zusammenzukehren und daraus eine kostengünstige Regelung der Scheidungsfolgen zu formen. Zumindest liefern die Notare eine verwertbare Aufbereitung des Sachverhalts und erleichtern so dem Familiengericht die Entscheidung. Wenn aber die Beteiligten einvernehmlich vor und mit dem Notar fast alle Scheidungsfolgen regeln dürfen, liegt es dann nicht nahe, den Notar anstelle des Gerichts die Scheidung selbst aussprechen zu lassen? Ein Gutteil der jährlich etwa 180.000 gerichtlichen Scheidungsverfahren ließe sich so vermeiden. Ich könnte mir vorstellen, dass sich der Staat in seiner Ausprägung als Familiengericht in den nächsten Jahrzehnten aus dem unstreitigen Familienrecht verabschiedet und einem beliebigen Unternehmer, nämlich dem Notar, diese Aufgaben überträgt.

Privatisiert werden könnten vielleicht auch bestimmte Register: Wenn schon die Handelsregister auf die Industrie- und Handelskammern übertragen werden sollten, dann könnte zum Beispiel auch die Bundesnotarkammer für die ganze Republik ein Testamentsregister führen, wie dies in Österreich bereits eingerichtet wurde. Die Standesämter könnten so von ihren Meldepflichten an die Nachlassgerichte entlastet werden. Dies würde umso mehr zu einer Verfahrenserleichterung führen, wenn die Notare auch andere wichtige Teile des Nachlassverfahrens selbst durchführen werden.

Die Dachorganisation aller Notare könnte auch ein elektronisches Identifikationsregister führen, in dem nicht nur die Schlüssel, sondern auch alle gegenwärtig gültigen Attribute der elektronischen Unterschrift gespeichert sind. Für die noch nicht an den elektronischen Rechtsverkehr angeschlossenen Bürger könnte der Notar daraus Vertretungsbescheinigungen fertigen.

Diese mehr technisch geprägten neuen Aufgaben für das Notariat setzen sich fort in der Mithilfe bei einem langsam einsetzenden Wandel in der deutschen Rechtskultur, nämlich dem Übergang vom Streit zur Verhandlung als dem probaten Mittel der Konfliktlösung. Dieser Wandel ist notwendig: Prozesse um Beträge unter 1000,- DM machen einen viel zu großen Anteil an der Arbeitsbelastung der Justiz aus und binden dort knappe Ressourcen. Die Deutschen können auf diesem Gebiet einiges von ausländischen Rechtsordnungen ler-

nen, wo der Streit um den Gartenzweig im Vorgarten nicht vor dem Richter für Wohnungseigentumsachen landet, sondern zwischen den Beteiligten durch Verhandlungen im Wege des Vergleichs gelöst wird. Auch wenn die Notwendigkeit der Mediation in den USA zunächst durch die im Vergleich zu uns erheblich höheren Kosten der gerichtlichen Rechtsverfolgung und die geringere Vorhersehbarkeit des Prozess Erfolgs begründet ist, spielen die Vorteile der außergerichtlichen Streitbeilegung auch bei uns eine große Rolle.

Der dazu nötige Wandel in der Rechtskultur hat auch bei uns bereits eingesetzt: so hat der Gesetzgeber bewusst im Sachrechtsbereinigungsgesetz auf eine Verhandlungslösung gesetzt, um den wahrlich nicht nur um Kleinigkeiten kreisenden Konflikt zwischen Gebäude- und Grundstückseigentümer in den neuen Bundesländern zu entschärfen; einen Konflikt, der auch noch durch das typische Ossi/Wessi-Schema emotional aufgeheizt war. Auf diesem Gebiet haben gerade die Notare in den neuen Bundesländern wichtige Arbeit zur vorprozessualen Konfliktlösung geleistet und Grundlagen einer im Entstehen begriffenen nicht Streit-, sondern Verhandlungskultur in Deutschland gelegt. Der Gesetzgeber geht nunmehr einen Schritt weiter und will durch die Einführung der obligatorischen Schlichtung vor kleineren Zivilprozessen die Deutschen vom beliebten „G'richtsmässig Werden“ abbringen und ihnen Verhandlungslösungen anbieten. Auch hier stehen die Notare mit ihrem hoheitlichen Instrumentarium als geeignete Schlichter bereit; anders als etwa eine Handwerkskammer können wir ähnlich einem Versäumnisurteil einen gewissen Druck auf die Beteiligten aufbauen, der oft erst die Verhandlung zum Erfolg führt. Es ist zu hoffen, dass der zunächst ganz schlichte Sparzwang der öffentlichen Hand unter tätiger Mithilfe der Notare zu einem Wandel der Rechtskultur führen kann. Der Zeithorizont von 100 Jahren erscheint mir dafür allerdings fast zu knapp!

## Schluss

Die dargestellten möglichen Entwicklungen und Chancen für die notarielle Berufsausübung lassen mich optimistisch in die Zukunft schauen: Der technische Fortschritt wird den Notar nicht zum Heizer auf der E-Lok des Rechtsverkehrs, sondern zu einer wichtigen Beratungs- und Zertifizierungsstelle werden lassen. Er wird dabei gleichzeitig verschiedene Rechtsberatungsleistungen zu integrieren haben, allerdings seine Arbeit auch stärker rechtfertigen müssen. Dem Notar eröffnen sich neue Betätigungsfelder, die durch den teilweisen Rückzug des Staates aus der Freiwilligen Gerichtsbarkeit frei werden, aber auch von den sich ändernden technischen Möglichkeiten und der Globalisierung neu geschaffen werden. Die skizzierten neuen Aufgaben fußen aber alle auf dem traditionellen Berufsbild des neutralen Trägers eines öffentlichen Amtes. Die Gefahr, dass aus dem Fachgeschäft Notariat ein Gemischtwarenladen wird, sehe ich deshalb nicht. Jedenfalls solange nicht, als das Notariat sich auf den Ausbau der Aufgaben im hoheitlichen Bereich beschränkt. Würde es sich hingegen in den Wettbewerb des „freien“ Rechtsbesorgungsmarktes stürzen, bestünde das Risiko, dass der Notar im täglichen Geschäft die neutrale, treuhänderische Grundhaltung vernachlässigen und zum Parteivertreter mutieren würde. Dann aber verlöre er die Berechtigung, die Vorteile dieser Stellung wie Gebietsschutz und Zulassungsbeschränkung zu genießen. Ich hoffe, dass wir den „klassischen“ Weg eines grundsätzlich hoheitlich geprägten Berufes auch im nächsten Jahrhundert in der beschriebenen Weise fortentwickeln werden und nicht den gelegentlich tönenden Sirenenklängen der Freiberuflichkeit nachgeben. Der Notar als neutraler Berater innerhalb des Systems der Gerichtsbarkeit, aber vor dem Streit, wird auch im kommenden Jahrhundert unentbehrlich sein.

## Pflichten des Notars im obligatorischen Schlichtungsverfahren

Von Notar *Dr. Hans Ulrich Stumpp*, Simbach a. Inn

Art. 5 Abs. 1 des Bayerischen Schlichtungsgesetzes (BaySchlG)<sup>1</sup> bestimmt, dass jeder Notar als Träger eines öffentlichen Amtes Gütestelle ist. Damit greift der Gesetzgeber für das obligatorische Schlichtungsverfahren auf die weitreichenden Erfahrungen der Notare im Bereich der vorsorgenden Rechtspflicht zurück.<sup>2</sup>

Über den sachlich begrenzten Bereich der obligatorischen Schlichtung hinaus räumt das BaySchlG dem Notar auf dem Gebiet der *freiwilligen* Schlichtung eine Sonderstellung ein:

Aus dem Vergleich, der vor dem Inhaber einer Gütestelle geschlossen wird, findet die Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statt (Art. 18). Ist ein Notar Inhaber der Gütestelle so ist er befugt, zu dem vor ihm abgeschlossenen

Vergleich die Vollstreckungsklausel zu erteilen (Art. 19 Abs. 1)<sup>3</sup>. Der beschränkte Anwendungsbereich des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO wird für den Notar als Inhaber einer Gütestelle auf alle Bereiche erweitert, auf denen Vollstreckungstitel möglich sind (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Damit werden für den Notar alle Voraussetzungen geschaffen, damit er auf dem Gebiet der freiwilligen Streitschlichtung erfolgreich tätig sein kann.

Wirkt der Notar im Rahmen des Schlichtungsverfahrens des SGH (Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof deutscher Notare) mit, hat er diese weitreichende Kompetenz nicht. Die Schlichtungsstelle des SGH ist nicht Gütestelle nach dem BaySchlG. Dies ergibt sich schon daraus, dass nach § 7 des Statuts andere Personen als Notare in dem Spruchkörper tätig sein können.

<sup>1</sup> Alle nachfolgenden Artikel ohne Angaben beziehen sich auf das BaySchlG.

<sup>2</sup> *Heßler* notar 4, 99 S. 132 ff. spricht in diesem Zusammenhang von einem „Glücksfall“. Vgl. auch *Wagner* „zur Zukunft des Notariats“ in *DNotZ* 1/2000 S. 13 ff.

<sup>3</sup> Daneben sehe ich keine Notwendigkeit zur Beurkundung des Vergleichs mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Dies hätte zur Folge, dass in derselben Sache zwei Grundlagen für je einen Vollstreckungstitel bestehen (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5).

Das Schlichtungsverfahren vor dem SGH stellt auch kein Schiedsverfahren i.S. des 10. Buches der ZPO dar<sup>4</sup>. Demgemäß kann aus einem Vergleich vor dem SGH nur vollstreckt werden, wenn der SGH eine „durch die Landesjustizverwaltung anerkannte Gütestelle“ ist (§ 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO).

Das dem Notar entgegengebrachte Vertrauen bringt aber auch Pflichten mit sich. Diese so zu erfüllen, dass die rechtssuchende Bevölkerung die Vorteile des Schlichtungsverfahrens erfährt, eröffnet dem Notar die Chance, auf dem Gebiet der Streitschlichtung ein genauso hohes Ansehen zu gewinnen, wie ihm dies im Bereich des Beurkundungsverfahrens entgegengebracht wird.

## 1. Mitwirkungspflicht

Die allgemeinen Berufspflichten für Notare gelten nach dem Wortlaut des Art. 8 ab dem Zeitpunkt der „Ausübung des Schlichteramtes“. Ob der Notar auf einen Antrag hin ein Schlichtungsverfahren übernimmt steht nach herrschender Ansicht in seinem Ermessen<sup>5</sup>. Zur Begründung wird ausgeführt, dass der Landesgesetzgeber nicht die Kompetenz habe, dem Notar neue Berufspflichten aufzuerlegen<sup>6</sup>. Entgegen dieser Auffassung meine ich, dass der Notar im obligatorischen Schlichtungsverfahren im gleichen Umfang zur Mitwirkung verpflichtet ist, wie dies im Beurkundungsverfahren der Fall ist. Das BaySchlG verbindet mit dem Schlichtungsverfahren gewichtige Rechtsfolgen: Die Antragstellung in diesem Verfahren unterbricht die Verjährung. Eine Klage vor dem Amtsgericht kann erst erhoben werden, nachdem die Parteien den Versuch unternommen haben, die Streitigkeit gütlich beizulegen. Für die Unterbrechung der Verjährung ist es von Bedeutung, dass der Zeitpunkt des Eingangs des Antrags genau festgehalten wird (§ 209 Abs. 2 Nr. 1a BGB). Deshalb sieht auch Art. 7 vor, dass die Gütestelle den Antrag zu registrieren hat. Auch für den Fall, dass der Notar anschließend das Güteverfahren nicht durchführen will, ist nach Ansicht von *Birnstiel*<sup>7</sup> „eine Registrierung des Schlichtungsantrages ... immer erforderlich“.

Für den Antragsteller ist wenig gewonnen, wenn er nunmehr zwar einen Anspruch hat, der nicht verjährt, er diesen Anspruch aber gerichtlich nicht durchsetzen kann. Der Gesetzgeber, der eine zwingende Prozessvoraussetzung schafft – nämlich Durchführung eines Vorverfahrens –, die nur unter Mitwirkung eines Dritten überwunden werden kann, muss sicherstellen, dass der Dritte tätig wird, weil sonst der Zugang zu den Gerichten nicht mehr gewährleistet ist. Nur die Mitwirkungspflicht des Notars stellt sicher, dass das BaySchlG im Einklang mit verfassungsrechtlichen Normen steht.

Die Festlegung der Mitwirkungspflicht des Notars im BaySchlG konnte unterbleiben<sup>8</sup>, weil sich diese schon aus der BNotO ergibt.

<sup>4</sup> *Bietz* MittBayNot 5, 349 ff., 357.

<sup>5</sup> Vgl. *Birnstiel* MittBayNot Sonderheft zur Ausgabe August 2000 (nachfolgend zitiert „Sonderheft“) S. 10 „wenn die angerufene Gütestelle das Schlichtungsverfahren ... nicht durchführen möchte und es folglich – in zulässiger Ausübung ihres Ermessens – ablehnt.“

<sup>6</sup> *Heßler* Sonderheft S. 4.

<sup>7</sup> *Birnstiel* a.a.O. S.10.

<sup>8</sup> *Heßler* a.a.O. S. 4 legt unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des Art. 5 dar, dass das BaySchlG keine neuen Berufspflichten für Notare begründet. So auch *Birnstiel* a.a.O. Sonderheft S. 14.

Das BaySchlG weist dem Notar als Schlichter eine „Aufgabe auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege“ im Sinne des § 1 BNotO zu. Es gelten für ihn als Schlichter die allgemeinen Berufspflichten, die in der BNotO für die Ausübung des Amtes als Notar aufgestellt sind (§§ 14 ff. BNotO). Dies wird in Art. 8 Abs. 1 S. 2 nochmals ausdrücklich klargestellt.

Die Vorschriften der BNotO über die Amtsausübung differenzieren die Berufspflichten danach, ob eine Beurkundungstätigkeit (§§ 20–22 BNotO) oder eine Tätigkeit als „sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege“ (§ 24 BNotO) vorliegt. Die Zuordnung der Tätigkeit des Notars als Schlichter in den einen oder anderen Bereich hat Folgen für seine Mitwirkungspflicht. Ist Schlichtungstätigkeit nur eine „sonstige Betreuung“ im Sinne des § 24 BNotO, kann der Notar ohne Angabe von Gründen seine Mitwirkung versagen, es sei denn, die Amtsverweigerung erfolgt willkürlich. Bei der Einordnung der Schlichtungstätigkeit als Urkundentätigkeit kann der Notar die Mitwirkung nur aus einem „ausreichenden Grund“ verweigern (§ 15 BNotO).

Der Notar übt als Schlichter in allen Verfahrensstufen, die das BaySchlG vorsieht, Urkundentätigkeit im Sinne der Bundesnotarordnung aus. Wird eine Vereinbarung zur Konfliktbeilegung geschlossen, sieht Art. 12 ausdrücklich die „Protokollierung der Konfliktbeilegung“ vor. Der Inhalt der Vereinbarung ist unter Angabe des Tages ihres Zustandekommens schriftlich niederzulegen und von den Parteien wie vom Schlichter zu unterzeichnen. Diese Tätigkeit entspricht in vollem Umfange dem, was im notariellen Beurkundungsverfahren gemäß § 20 BNotO geschieht.

Die Tatsache, dass aus der vor dem Notar geschlossenen Vereinbarung (Art. 12) die Zwangsvollstreckung stattfindet (Art. 18) hebt die Vereinbarung aus dem rein materiellen Bereich heraus und gibt ihr eine Rechtswirkung, die bisher nur mit Hilfe des Gerichts oder der vollstreckbaren Urkunden eines Notars erreicht werden konnte. Die Ausübung dieser dem Schlichter übertragenen Funktion ist mehr als Rechtsbetreuung, sie ist Ausübung öffentlicher Gewalt und auf Grund ihres formalen Zustandekommens der Urkundentätigkeit zuzurechnen. Dem Ergebnis widerspricht nicht, dass bei der Mitwirkung des Notars im Schlichtungsverfahren das Zuhören, das Hinterfragen der Interessen, die Herausarbeitung von Optionen im Vordergrund stehen, während die Vereinbarung zur Streitbeilegung die Beteiligten finden. Der Notar erbringt vergleichbare Leistungen im Beurkundungsverfahren auch schon bisher, man denke an Eheverträge oder Auseinandersetzungsvereinbarungen unter Mitereben. Deutlicher wird dies noch bei den Vermittlungen nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz, das der Gesetzgeber ausdrücklich dem Beurkundungsverfahren (§ 20 Abs. 4 BNotO) zuweist. Aber auch dort, wo der Notar Versammlungsbeschlüsse beurkundet, beschränkt sich seine Tätigkeit zunächst einmal auf die Wahrnehmung. Gleiches gilt auf allen Gebieten der Tatsachenfeststellung. Zum gleichen Ergebnis kommen *Stumpf/Gabler*<sup>9</sup>. Sie weisen die Tätigkeit im „Schiedsverfahren in amtsgerichtlichen Streitigkeiten“, d.h. das obligatorische Schlichtungsverfahren nicht der Rechtsbetreuung, sondern der Beurkundungstätigkeit zu.

Aber auch bei einem erfolglosen Schlichtungsverfahren sind die damit verbundenen Tätigkeiten, insbesondere die Ausstellung einer „Bescheinigung über erfolglosen Schlichtungsverfahren“ (Art. 4) Beurkundungstätigkeiten. Das Zeugnis ist Vor-

<sup>9</sup> *Stumpf/Gabler*, Notar 2000 11 ff., S. 12 und 16.



aussetzung für die Klageerhebung. Macht der Notar die dazu erforderlichen Feststellungen, so ist dies Beurkundungstätigkeit.

Demgemäß kann der Notar seine Mitwirkung im obligatorischen Schlichtungsverfahren ohne ausreichenden Grund nicht verweigern.

Gegen eine ablehnende Entscheidung des Notars kann der Antragsteller des Schlichtungsverfahrens Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO einlegen.

Der Pflicht zur Mitwirkung entspricht das Privileg der subsidiären Haftung gem. § 19 BNotO. Da die Schlichtungstätigkeit nicht unter § 24 BNotO fällt, sondern der Beurkundungstätigkeit zuzuordnen ist, kann sich der Notar darauf berufen, dass er nur subsidiär haftet. Eine weitere Einschränkung der Haftung durch eine vertragliche Vereinbarung mit den Beteiligten ist nicht möglich. Der Notar kann von einer Amtspflicht nicht befreit werden. Anders als der Schiedsrichter, bei dem durch vertragliche Vereinbarung die Haftung auf die Grenzen der Richterhaftung (§ 839 II BGB: Richterprivileg) zurückgeführt werden kann, wird der Notar nicht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung tätig, sondern er übt als Schlichter ein Amt i.S. der BNotO aus. Seine Mitwirkung in diesem Verfahren ist auch nicht vergleichbar mit einem „Urteil in einer Rechtssache“. Der Notar entscheidet nicht, so dass bezüglich der Haftung des Notars das Richterprivileg nach § 839 II BGB nicht zum Tragen kommt<sup>10</sup>. Der Notar haftet demgemäß, wenn er fahrlässig seine Amtspflicht verletzt. Da die Schlichtung nach § 19 a BNotO zur Berufstätigkeit des Notars gehört, ist er auch verpflichtet, dafür eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten (§ 19 a BNotO).

## 2. Pflicht zur zügigen Erledigung

Der Schlichter hat für eine zügige Erledigung des Verfahrens Sorge zu tragen (Art. 8 Abs. 1 S. 4). Das Schlichtungsgesetz kennt nur wenige Verfahrensvorschriften. Damit lässt es dem Schlichter genügend Spielraum rasch vom Antrag auf Schlichtung zu der abschließenden Vereinbarung der Parteien zu kommen. Das Gebot, die Sache zügig zu erledigen, muss zwei Einschränkungen erfahren. Zum einen: die intensive Vorbereitung des Schlichters leistet einen wesentlichen Beitrag dazu, dass eine Einigung erreicht werden kann. Dabei dürfte es weniger darum gehen, dass der Schlichter zu dem vorgetragenen Lebenssachverhalt bis in die entferntesten Winkel die Gesetze und die Rechtsprechung studiert. Vielmehr sollten ihm neben den Ergebnissen, die sich aus dem Gesetz ableiten lassen, eine Vielzahl alternativer Lösungen zur Verfügung stehen.

Zum anderen: Die Verhandlung selbst sollte der Schlichter nicht unter Zeitdruck führen. Die eigentlichen Parteiinteressen zu ermitteln, die sich oft hinter den eingeleiteten Verfahren verbergen, bedarf eines geduldigen Zuhörens und Hinterfragens. Dabei wird sich zeigen, dass Mediation ein strukturierter, kooperativer Prozess ist, der genauso gelernt sein will, wie das Richten oder das Beurkunden<sup>11</sup>. Die Konfliktbewältigung, auch für die Zukunft, ist etwas anderes, als nur fest-

zustellen, ein Anspruch zu dem Vergangenen besteht oder besteht nicht. Auch für die von den Parteien gefundene Einigung die richtige Formulierung zu finden, ist um ein Vielfaches schwieriger, als zu urteilen, der Klage wird stattgegeben oder sie wird abgewiesen.

Über die Verpflichtung zur zügigen Erledigung hinaus lässt das BaySchlG dem Schlichter für die Bestimmung des Verfahrens einen weitreichenden Ermessensspielraum (Art. 10 Abs. 4). Soweit die Güteordnung<sup>12</sup>, welche in der Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer vom 8.10.1999 gefasst wurde in § 1 vorschreibt, dass diese in förmlichen Verfahren anzuwenden ist, kann es sich dabei nur um Empfehlungen handeln, da nach dem BaySchlG der Schlichter das „zweckmäßige Verfahren nach seinem Ermessen“ bestimmt (Art. 10 Abs. 4).

## 3. Unparteilichkeit des Schlichters<sup>13</sup> – Mitwirkungsverbote

Der Notar, der als Schlichter angerufen wird, prüft vorweg, ob er gemäß Art. 3 Abs. 2 i.V. mit § 41 ZPO von der Schlichtung ausgeschlossen ist. Die für den Notar in § 14 Abs. 1 BNotO formulierte Grundpflicht, unparteilich zu sein, ist ein prägendes Wesensmerkmal des Notaramtes<sup>14</sup>. § 41 ZPO entspricht teilweise den Mitwirkungsverboten für Notare nach den §§ 6, 7 und 3 BeurkG. Soweit die für die Notare geltenden Regelungen über § 41 ZPO hinausgehen, sind sie vom Notar in seiner Eigenschaft als Schlichter gleichfalls zu beachten. (Art. 8 Abs. 1 S. 2 sowie § 16 Abs. 1 BNotO). Liegt ein Mitwirkungsverbot vor, so ist der Notar von der Schlichtung ausgeschlossen (Art. 3 Abs. 2). Der Notar hat dies den Beteiligten mitzuteilen. Dies bedeutet m.E. keine Beendigung des Verfahrens mit der Folge, dass ein Zeugnis über einen erfolglosen Schlichtungsversuch auszustellen ist<sup>15</sup>. Vielmehr muss sich der Antragsteller an einen anderen Schlichter wenden. Das BaySchlG sagt nichts über die Folgen aus, wenn ein Schlichter mitwirkt, der nach § 41 ZPO von der Mitwirkung ausgeschlossen ist. Das Beurkundungsgesetz unterscheidet entsprechend der Nähe des Notars zu den Parteien zwischen zwingenden Mitwirkungsverboten (§§ 6 und 7 BeurkG), die die Unwirksamkeit der Urkunde zur Folge haben und Mitwirkungsverboten auf Grund von Sollvorschriften (§ 3 BeurkG). Wird eine Sollvorschrift verletzt, so hat dies keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Urkunde.

Wendet man diese Differenzierung auf das obligatorische Schlichtungsverfahren an, so ergibt sich Folgendes: Soweit Mitwirkungsverbote nach den §§ 6 und 7 BeurkG gegeben sind, hat deren Verletzung die Unwirksamkeit der von den Parteien gefundenen Einigung zur Folge. In allen anderen Fällen bleibt die Einigung wirksam.

Die entsprechende Anwendung der Regelungen nach dem Beurkundungsgesetz ergibt sich zum einen aus der formalen

<sup>10</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt *Henssler/Koch* Mediation in der Anwaltspraxis § 9 Rdnr. 7 für das freiwillige Mediationsverfahren.

<sup>11</sup> Vgl. *Proksch*, KON:SENS 1998, S. 113 und im Rahmen des Lehrbriefes 5 „Curriculum einer Mediationsausbildung ZKM 1/2000 S. 28 ff., insbesondere S. 30. In diesem Zusammenhang dürfte es für den Notar zweckmäßig sein, die umfangreiche Literatur zum Verfahren der Mediation zu verfolgen.

<sup>12</sup> DNotZ 1/2000 S. 1 ff.

<sup>13</sup> *Stumpp* „Die Sicherung der Unabhängigkeit des Mediators“ in ZKM 1/2000 S. 34 ff.

<sup>14</sup> *Keidel/Winkler* § 3 BeurkG Rdnr. 4. Interessant ist, dass § 3 BeurkG Rdnr. 4 eine der ersten gerichtlichen Grundsatzentscheidungen im Rahmen der freiwilligen Streitschlichtung zur Frage der Unparteilichkeit erging: OLG Hamm, Urteil vom 20.10.1998 in KON:SENS 1999 S. 308 mit Anmerkung von *Wegmann* a.a.O. S. 309.

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu die Erläuterung zu § 3 Güteordnung in DNotZ 12000 S. 4 und in Ergebnis abweichend § 4 Abs. 5 Ziff. 1 Güteordnung.

Position des Schlichters: wie der Notar ein Teil des Beurkundungsverfahrens ist, so ist der Schlichter „integraler Bestandteil“<sup>16</sup> des Schlichtungsverfahrens. Zum anderen: Aus dem Gebot der Rechtssicherheit<sup>17</sup> folgt, dass der Gesetzgeber im Beurkundungsverfahren nur in wenigen Ausnahmefällen die Unwirksamkeit der Urkunde anordnet. Gleiches muss für das Schlichtungsverfahren gelten.

Zu den einzelnen Mitwirkungsverboten darf auf die ausführlichen Kommentierungen zu den §§ 41 ZPO und 3 ff. BeurkG verwiesen werden. Hier möchte ich nur kurz das Problem andeuten, ob der Notar als Schlichter von der Mitwirkung ausgeschlossen ist, wenn ein Sachverhalt Gegenstand des Verfahrens ist, bei dem der Schlichter vorweg in seiner Eigenschaft als Notar mitgewirkt hat. Die genauen Kenntnisse aus dem bisherigen Beurkundungsverfahren könnten dem Notar die Arbeit als Schlichter erleichtern. Andererseits kann Zurückhaltung geboten sein, wenn eine der Parteien auch nur andeutet, dass auf Grund einer „fehlerhaften“ Beurkundung der Streit ausgelöst wurde.<sup>18</sup>

Umgekehrt stellt sich die Frage, ob der Notar das, was er vorher als Schlichter zu Protokoll genommen hat, zum Gegenstand einer notariellen Urkunde machen darf<sup>19</sup>. Aus § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG lässt sich ein solches Verbot nicht herleiten. Dem Notar als Schlichter ist auf Grund der im Schlichtungsverfahren bestehenden Unabhängigkeit und Unparteilichkeit die nachfolgende Beurkundung nicht verwehrt. Schlichten ist keine Vorbefassung des Notars „außerhalb seiner Amtstätigkeit.“ Mit der Schlichtung nimmt der Notar ein Amtsgeschäft wahr, so dass ihn § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG nicht an der anschließenden Beurkundung hindert. Ob § 3 Abs. 1 Nr. 7 BeurkG den Notar an einer anschließenden Beurkundung hindert, kann für die Mehrzahl der Fälle offen bleiben, da ein Bedürfnis zur Beurkundung nicht besteht.

Enthält die Vereinbarung nach Art. 12 Regelungen, aus denen vollstreckt werden kann, so findet aus dem Vergleich die Zwangsvollstreckung statt (Art. 18). In der Rechtsprechung und in der Literatur wird der Begriff „Vergleich“ sehr weit verstanden, so dass in der „Vereinbarung zur Konfliktbeilegung“ (Art. 12) immer ein „Vergleich“ i.S. des Art. 18 liegen dürfte<sup>20</sup>. Am Anfang streiten die Beteiligten danach nicht mehr, also muss einer von beiden „nachgegeben“ haben. Diese Auffassung kommt auch in der amtlichen Begründung zu Art. 12 deutlich zum Ausdruck. „Das Schlichtungsverfahren zielt auf eine Vereinbarung zur Konfliktbeilegung, die nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Vollstreckungstitel ist.“<sup>21</sup>

Letztlich kann nur noch für den Fall, dass sich die Vereinbarung zur Konfliktbeilegung auf ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft bezieht, die Notwendigkeit zur Beurkundung ergeben.<sup>22</sup>

<sup>16</sup> Mähler/Mähler, KON:SENS 1999, S. 201.

<sup>17</sup> Mihm DNotZ 1999, 8 f.; Keidel/Winkler BeurkG § 3 Rdnr. 6.

<sup>18</sup> Vgl. auch Wolfsteiner für das Verfahren vor dem SGH a.a.O. S. 115 unter Hinweis auf § 8 Abs. 3 des Statuts SGH.

<sup>19</sup> Vgl. BeurkG § 3 Rdnr. 104 für den Fall: Notar und Schiedsrichter.

<sup>20</sup> Zum Verhältnis „Vereinbarung zur Konfliktbeilegung“ und „Vergleich“ ausführlich die Erläuterung zu § 8 Güteordnung in DNotZ 1/2000 S. 7.

<sup>21</sup> Insoweit scheint mir das vorliegende Formular zur Schlichtung der Landesnotarkammer in Bayern in Ziffer 12 a missverständlich: „Einigung erzielt, beurkundet am URNr...“. Auch § 8 Güteordnung spricht davon, dass im Falle eines Vergleichs „die Erklärungen der Beteiligten vom Notar beurkundet“ werden.

<sup>22</sup> Bei der obligatorischen Schlichtung dürfte eine solche Fallgestaltung kaum einmal Gegenstand des Verfahrens sein.

Wird ein Vergleich zu einem beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäft vor einer Gütestelle abgeschlossen, so ersetzt der Vergleich nach herrschender Meinung nicht die notarielle Beurkundung i.S. des § 127 a BGB.<sup>23</sup>

Hält man an dieser Auffassung fest, dann wäre im Schlichtungsverfahren vorweg zu prüfen, ob über einen beurkundungsbedürftigen Rechtsvorgang ein Schlichtungsverfahren überhaupt stattfinden darf, weil das gewünschte Ergebnis (wirksame Konfliktbeilegung durch Vergleich vor der Gütestelle) nicht erzielt werden kann. Der Vergleich ist nichtig (z.B. § 313, 125 BGB). Dieses sicherlich unerfreuliche Ergebnis kann nur verhindert werden, wenn im Schlichtungsverfahren die entsprechende Einigung auch beurkundet wird. Schlichtungsverfahren und Beurkundungsverfahren gehen ineinander über. Zu Beginn des Schlichtungsverfahrens sollte darauf hingewiesen werden. Demgemäß kann nur vor dem Notar eine wirksame Konfliktbeilegung im Falle eines beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäfts erfolgen. Damit tritt zumindest dort, wo Konfliktbeilegung im Rahmen eines beurkundungspflichtigen Sachverhalts stattfindet, und diese Konfliktbeilegung wirksam ausschließlich durch den Notar vorgenommen werden kann, auch die Pflicht, dass der Notar tätig wird. Sonst würde die Gefahr bestehen, dass auf diesem weiten Rechtsgebiet Schlichtung überhaupt nicht stattfinden kann.

#### 4. Betreuer der Beteiligten

a) Vor der Durchführung des Verfahrens hat der Schlichter neben dem sachlichen und örtlichen Anwendungsbereich zu prüfen, ob „eine Schlichtung aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen von vornherein ungeeignet ist“ (Art. 4 Abs. 2).

Ein Schlichtungsverfahren ist beispielsweise nicht geeignet, wenn der Antragsteller zu erkennen gibt, dass es ihm darauf ankommt, dass er eine grundsätzliche Entscheidung einer Rechtsfrage wünscht. Das Gleiche muss gelten, wenn eine Bindungswirkung gegenüber Dritten herbeigeführt werden soll, und dies nur über die Streitverkündung erreicht werden kann. Sind strittige Ansprüche durch Versicherungen abgedeckt, so ist zu prüfen, ob der Versicherer auch zahlt, wenn im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens eine Einigung gefunden wird. Ähnliche Probleme treten auf, wenn Ansprüche verbürgt sind. Besteht die Gefahr, dass Beweismittel auf Grund der Zwischenschaltung des Schlichtungsverfahrens verloren gehen, hat der Schlichter das Verfahren für ungeeignet zu erklären.

b) Zu Beginn des Verfahrens muss der Schlichter den Beteiligten erklären, welche Unterschiede sowohl im Verfahren als auch in materieller Hinsicht zwischen einem Zivilprozess mit einem Endurteil einerseits und dem Schlichtungsverfahren mit einer Vereinbarung über die Konfliktbeilegung andererseits bestehen. Für das Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass sich die Chance auf eine Einigung erhöht, wenn beide Parteien möglichst offen und kooperativ miteinander umgehen. Dies kann jedoch Nachteile für den anschließenden Zivilprozess mit sich bringen, wenn eine Einigung nicht stattfindet<sup>24</sup>.

Zum Ergebnis wird der Schlichter vorweg darlegen, dass die Einigung wesentlich von dem abweichen kann, was sich bei strikter Anwendung der Normen ergeben könnte.

<sup>23</sup> Palandt § 127 a BGB Rdnr. 2 m.w.H. Eine ausführliche Zusammenstellung der Meinungen findet sich in den Erläuterungen zu § 8 Güteordnung DNotZ 1/2000 S. 8.

<sup>24</sup> Walz „Der Notar als Mediator“ in notar 99 S. 2 ff., S. 6. Es geht darum „im Spannungsverhältnis zwischen Kooperation und Konkurrenz erfolgreich zu verhandeln.“

c) Danach stellt sich für den Schlichter die Aufgabe aus dem vorgetragenen Lebenssachverhalt das herauszuschälen, was unter den Beteiligten streitig ist. Die klare Abgrenzung der Bereiche, bei denen Einigkeit besteht und den strittigen Punkten ist für den gesamten Verhandlungsablauf und für die Formulierung der Einigung von Bedeutung. Vieles spricht dafür den Streitgegenstand möglichst weit zu fassen, um Verhandlungsspielraum zu gewinnen und um zu einer umfassenden Lösung zu kommen.

d) Der Schlichter kann einen Vorschlag zur Konfliktbeilegung unterbreiten. (Art. 10 Abs. 1 S. 4). Dieser Vorschlag muss nicht mit den Rechtsfolgen übereinstimmen, die das Gesetz aus dem gefundenen Sachverhalt zieht. Im Vordergrund des Schlichtungsverfahrens steht, dass die Parteien selbst eine übereinstimmende Lösung finden. Deshalb sollte der Schlichter nur einen Vorschlag machen, wenn die Parteien dies übereinstimmend wünschen. Dann sollte er es aber auch tun, weil einem solchen Vorschlag ein größerer Wert zukommt, als wenn von einer Partei ein Vorschlag zur Einigung ausgeht<sup>25</sup>.

e) Besondere Bedeutung kommt der Protokollierung der Konfliktbeilegung (Art. 12) zu. Dabei sollten Irrtümer und Zweifel vermieden werden (§ 17 BeurkG). Aus dem Vergleich findet die Zwangsvollstreckung statt. Er muss demgemäß genügend bestimmt sein. Ordnet man die „Vereinbarung zur Konfliktbeilegung“ (Art. 12 I S. 1) in das System des BGB ein, so wird darin meist ein Vergleich i.S. des § 779 BGB liegen<sup>26</sup>. Bei der Mithilfe, den Vergleich zu formulieren, bewegt sich der Schlichter auf schwierigem Terrain. Allein *Staudinger*<sup>27</sup> verwendet 63 Druckseiten zu dieser Vorschrift. Nur einige Probleme sollen hier angedeutet werden:

<sup>25</sup> Walz, a.a.O., S. 6.

<sup>26</sup> Art. 19 Abs. 1 spricht ausdrücklich von einem „Vergleich“.

<sup>27</sup> *Staudinger* BGB 13. Bearbeitung (1997) von *Marburger* § 779 BGB.

(1) In wieweit ersetzt der Vergleich das bisher Bestehende?

Nach der ganz herrschenden Auffassung bildet der Vergleich nach § 779 BGB keine Novation, was wiederum für die Frage der Verjährung und für das Fortbestehen von Sicherheiten von Bedeutung ist. Die großzügigen Möglichkeiten, die das Schlichtungsverfahren zur Konfliktbeilegung gewährt, werden häufig eine kreative, in die Zukunft weisende Lösung mit sich bringen. Der gefundene Vergleich wird mit dem ursprünglichen Rechtsverhältnis nicht mehr viel gemein haben, demnach eine Novation darstellen. Der Schlichter wird deutlich formulieren müssen, was letztlich gewollt ist.

(2) Mit dem Vergleich sollen nach den Vorstellungen der Parteien „alle gegensteitigen Ansprüche erledigt sein“. Auch hier warten schwierige Formulierungsaufgaben auf den Schlichter.

(3) Ein breites Thema stellt die prozessuale Einordnung der Einigung dar. Wie ist zu verfahren, wenn über die gefundene Einigung sich Streit ergibt, sei es bezüglich der formalen Gültigkeit, sei es bezüglich des Inhalts? Der Vergleich vor einem Schlichter stellt die Erledigung der Streitsache dar. Er ist vollstreckbar. Vom Ergebnis her geschieht genau das Gleiche, was im Prozessvergleich als Einigung „zur Beilegung des Rechtsstreits“ bezeichnet wird. In Anlehnung an die umstrittene Rechtsnatur des Prozessvergleichs können beim Vergleich vor dem Schlichter zumindest ähnliche Fragestellungen diskutiert werden, wie beim Prozessvergleich.

Mit den vorstehenden Darstellungen habe ich nur einige aus der großen Zahl der Amtspflichten des Notars für das Schlichtungsverfahren herausgearbeitet. Ich bin mir sicher, dass der Notar mit diesen Pflichten im Schlichtungsverfahren genauso gut umzugehen weiß, wie wir dies im Beurkundungsverfahren in der täglichen Praxis unter Beweis stellen.

## Familienrechtliche Verträge zwischen Urkundsgewährungsanspruch und Ablehnungspflicht

Von Notarassessor *Dipl.-Kfm. Andreas Nachreiner*, München

Bei Verträgen mit familienrechtlichem Inhalt, seien es Vereinbarungen über den Güterstand mit oder ohne Zugewinnausgleichsregelung, die nachehelichen Unterhaltspflichten oder den Versorgungsausgleich, ist die Gefahr der Übervorteilung einer Vertragspartei gegenwärtig. In bestimmten Fällen kann daher der Vertrag sittenwidrig und nichtig sein. Hierzu gibt es etliche höchstrichterliche Entscheidungen. Anfang des Jahres urteilte das BVerfG über einen – allerdings privatschriftlichen – Unterhaltsverzicht. Der folgende Beitrag zeigt die Grundsätze dieser Rechtsprechung und die mit der Beurkundung solcher Verträge zusammenhängenden notariellen Pflichten auf.

### I. Einleitung

Das jüngste Urteil des BVerfG über die Frage der Zulässigkeit eines privatschriftlichen Unterhaltsverzichts<sup>1</sup> soll hier zum Anlass genommen werden, das aus der Gefahr der Unwirksamkeit von familienrechtlichen Verträgen im Besonderen und von Beurkundungen im Allgemeinen resultierende Dilemma für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis anzuschneiden: Zum einen besteht gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO ein Urkundsgewährungsanspruch, zum anderen soll der Notar die Beurkundung ablehnen bzw. er hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, § 4 BeurkG bzw. § 14 Abs. 2 BNotO. Der Notar steht daher bei der Beurkundung von Verträgen vor der Frage, inwieweit er die Umstände zu erforschen hat, die eine etwaige Unwirksamkeit bedingen können, und ob die ihm bekannten Umstände zur Unwirksamkeit der gewünschten vertraglichen Vereinbarung führen.

### II. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 6.2.2001 das angegriffene Urteil aufgehoben mit der Begründung, dass dieses die beschwerdeführende Ehefrau in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 4 GG verletze und gegen Art. 6 Abs. 2 GG verstoße. Das Instanzgericht habe nämlich unzulässigerweise eine Inhaltskontrolle des streitgegenständlichen Unterhaltsverzichts der Beschwerdeführerin – der übrigens zulässigerweise nicht notariell beurkundet worden war – über die zivilrechtlichen Generalklauseln unter dem Gesichtspunkt der gestörten Vertragsparität unterlassen. Die grundsätzlich auch für Eheverträge gewährleistete Privatautonomie setze nämlich voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung der Vertragsparteien auch tatsächlich gegeben sind. Kann ein Vertragspartner den Vertragsinhalt faktisch einseitig

bestimmen, so sei es „Aufgabe des Rechts“, zu verhindern, dass sich für den anderen Vertragsteil „die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt“<sup>2</sup>. Bei Eheverträgen komme hinzu, dass durch den speziellen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG dort Grenzen zu setzen seien, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt<sup>3</sup>. Eine solche Dominanz sei regelmäßig anzunehmen, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau vor die Alternative gestellt werde, entweder unverheiratet zu bleiben oder unter der Bedingung eines sie stark belastenden Ehevertrages zu heiraten<sup>4</sup>.

Das Gericht hat aber auch ausgeführt, dass die Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrages nur ein Indiz für ein vertragliches Ungleichgewicht sei. Diese gebe nur Anlass für eine stärkere richterliche Kontrolle. Weitere maßgebliche Faktoren für die Beurteilung der Zulässigkeit der Vereinbarung seien darüber hinaus die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit, die im Einzelfall die Unterlegenheit ausgleichen könnten<sup>5</sup>. In einem gegenseitigen Unterhaltsverzicht bei Ehen, in denen beide Ehegatten einer gleichwertigen Berufstätigkeit nachgehen und sich Haus- und Familienarbeit teilen, liege keine ungleiche Belastung<sup>6</sup>.

Die Ehefrau schwäche ihre wirtschaftliche Lage durch den Unterhaltsverzicht jedoch nachhaltig, wenn die Ehegatten davon ausgehen, dass sie für den Fall der Scheidung die Sorge für das gemeinsame Kind tragen solle<sup>7</sup>. Hinzu kam im entschiedenen Fall, dass die Ehefrau den Ehemann über den Unterhaltsverzicht hinaus gegen Unterhaltsansprüche des gemeinsamen Kindes bis auf einen Betrag von 150,- DM freigestellt hatte. Dies widerspreche der Verantwortung der Eltern, für einen angemessenen Unterhalt des Kindes zu sorgen, da sich die tatsächliche wirtschaftliche Lage des Kindes wesentlich ändere, wenn die Mutter nicht über ausreichende Mittel für den auch vom Kind bewohnten Haushalt verfüge<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/958.

<sup>3</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/958.

<sup>4</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/958.

<sup>5</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/959.

<sup>6</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/959.

<sup>7</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/959.

<sup>8</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/960.

<sup>1</sup> V. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. mit Anmerkung *Scherwier* = NJW 2001, S. 957 ff.

Offen gelassen hat das BVerfG, welche konkreten rechtlichen Auswirkungen ein vom Instanzgericht festzustellendes Ungleichgewicht für den Unterhaltsverzicht hat.

### III. Bisherige Rechtsprechung zur Vertragsgestaltung von familienrechtlichen Verträgen

Nach der bisherigen zivilgerichtlichen Rechtsprechung besteht für Eheverträge, auch für Unterhaltsverzicht bezüglich der Zeit nach der Ehe – anders als für die Ehezeit –, grundsätzlich volle Vertragsfreiheit<sup>9</sup>. Der Versorgungsausgleichsausschluss ist sogar vom Gesetz in § 1408 Abs. 2 S. 1 BGB explizit vorgesehen, und zwar ohne weitere Bedingungen wie z. B. Vereinbarung einer Gegenleistung oder Abfindung<sup>10</sup>. Dies entspricht dem im Grundsatz der Privatautonomie zum Ausdruck kommenden, durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen<sup>11</sup>. Es werden der privatautonomen Gestaltung von Eheverträgen jedoch durch § 138 BGB Grenzen gesetzt<sup>12</sup>. Die Grundrechtspositionen der beteiligten Vertragsparteien kollidieren nämlich miteinander, weshalb sie in ihrer Wechselwirkung so zu begrenzen sind, dass sie für die Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden (Problem praktischer Konkordanz)<sup>13</sup>. Die Grundrechte sind mittelbar bei der Inhaltskontrolle nach § 138 BGB zu berücksichtigen. Darüber hinaus kann die Berufung auf einen wirksamen Verzicht im Einzelfall bzw. vorübergehend aufgrund einer nach Vertragsschluss eingetretenen Entwicklung gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verstoßen<sup>14</sup>.

Für die Sittenwidrigkeit komme es auf den „aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter der Verzichtsvereinbarung“ an<sup>15</sup>. Schon bisher wurde vom BGH eine Vereinbarung, durch die für den Fall der Ehescheidung auf nachehelichen Unterhalt verzichtet wurde, für sittenwidrig und daher nichtig erachtet, wenn die Vertragsparteien dadurch bewusst eine Unterstützungsbedürftigkeit zu Lasten der Sozialhilfe herbeiführen, auch wenn sie eine Schädigung nicht beabsichtigt haben<sup>16</sup>. Regelmäßig sei auch Sittenwidrigkeit anzunehmen, wenn ein Ehegatte voraussehbar auf Jahre hinaus einer eigenen Erwerbstätigkeit aufgrund der Ehe, insbesondere wegen der Erziehung eines gemeinsamen Kindes, nicht nachgehen kann<sup>17</sup>. Allein der Umstand, dass sich die Regelung eines Ehevertra-

ges im Falle der Scheidung ausschließlich oder überwiegend zu Lasten eines Ehegatten auswirken kann, rechtfertigt jedoch noch nicht das Sittenwidrigkeitsurteil<sup>18</sup>. Auch verneinte der BGH die Unwirksamkeit eines Unterhaltsverzichts einer noch unverheirateten Frau, von dem der Ehemann die Eingehung der Ehe abhängig machte, da die künftige Ehefrau keine Aussicht gehabt habe, einen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zu erwerben<sup>19</sup>, sowie eines Ehevertrags, dessen Abschluss vom Ehemann zur Voraussetzung für die Fortsetzung einer bereits bestehenden Ehe gemacht wurde, jedenfalls wenn die Ehe noch nicht lange bestanden hat<sup>20</sup>. Ebenso stelle „die Tatsache, dass die künftige Ehefrau bei Abschluss des Ehevertrages bereits schwanger war und der Ehemann die Eheschließung von dem Ausschluss des Versorgungsausgleichs abhängig gemacht hat,“ keine zu missbilligende Ausbeutung einer Zwangslage der Ehefrau dar, da der Ehemann von einer Eheschließung hätte absehen und sich auf die rechtlichen Verpflichtungen eines nichtehelichen Vaters zurückziehen hätte können. Vielmehr müssten besondere Umstände hinzukommen<sup>21</sup>.

Den Ausschluss des Versorgungsausgleichs hielt der BGH darüber hinaus nicht schon deshalb für sittenwidrig, weil er in Kenntnis des Umstands vereinbart wurde, der andere Teil werde nicht in der Lage sein, eine eigene Altersversorgung aufzubauen, und bei Scheidung u. U. zum Sozialfall werde<sup>22</sup>. Als Argument wurde angeführt, zur Vermeidung von Missbräuchen sei in § 1408 Abs. 2 S. 2 BGB die Jahresfrist eingeführt; aus § 1587o Abs. 2 S. 2 BGB folge, dass eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle nur bei Vereinbarungen anlässlich einer Ehescheidung innerhalb der Jahresfrist stattfinde. Außerdem biete Schutz vor Unerfahrenheit oder Gesetzesunkenntnis die Belehrungspflicht des § 17 BeurkG. Nach Ansicht des OLG Schleswig-Holstein<sup>23</sup> kann sich die Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs jedoch im Zusammenhang mit einem vereinbarten Unterhaltsausschluss und einer Gütertrennung trotz § 1408 Abs. 2 BGB ergeben, wenn bei Vertragsschluss klar war, dass die Ehefrau wegen Kindeserziehung während der Ehezeit keine Versorgungsansparungen erwerben würde. Andererseits hat der BGH in einem Fall, in dem die Parteien bereits verheiratet waren und offensichtlich keine Kinder hatten, einen Gesamtverzichtsvertrag gebilligt<sup>24</sup>.

Die Berufung auf einen wirksam vereinbarten Unterhaltsverzicht war dem Verzichtsempfänger schon bisher nach der Rechtsprechung des BGH verwehrt, wenn sie gegen Treu und Glauben verstieß, insbesondere weil sich die zur Zeit des Verzichts bestehenden oder erwartenden Verhältnisse nachträglich im Hinblick auf schutzwürdige Interessen gemeinsamer Kinder anders entwickelten, aber auch in Fällen, in denen die Parteien die später tatsächlich eingetretene Entwicklung be-

<sup>9</sup> BGH v. 2.10.1996 MittBayNot 1997, S. 40/41; OLG Köln v. 15.12.1998, MittBayNot 1999, S. 383; OLG Schleswig-Holstein v. 15.1.1999, MittBayNot 1999, S. 384.

<sup>10</sup> BGH v. 18.9.1996, MittBayNot 1996, S. 441/442.

<sup>11</sup> BVerfGE 89, S. 214/231.

<sup>12</sup> BGH v. 24.4.1985, FamRZ 1985, S. 788 f.; v. 28.11.1990, FamRZ 1991, S. 306; OLG Schleswig-Holstein v. 15.1.1999, MittBayNot 1999, S. 384, mit zustimmender Anm. *Grziwotz*.

<sup>13</sup> BVerfGE 89, S. 214/232.

<sup>14</sup> BGH v. 24.4.1985, FamRZ 1985, S. 788/789; v. 15.10.1986, FamRZ 1987, S. 46/47; v. 28.11.1990, FamRZ 1991, S. 306 f.; v. 18.9.1996, MittBayNot 1996, S. 441/443.

<sup>15</sup> BGH v. 8.12.1982, FamRZ 1983, S. 137/138 = NJW 1983, S. 1851/1852.

<sup>16</sup> BGH v. 8.12.1982, FamRZ 1983, S. 137/138 = NJW 1983, S. 1851/1852; v. 17.9.1986, NJW 1987, S. 1546/1548; v. 9.7.1992, MittBayNot 1993, S. 23/24 = NJW 1992, S. 3164; OLG Köln v. 15.12.1998, MittBayNot 1999, S. 383; v. 19.12.1989, FamRZ 1990, S. 634 f.

<sup>17</sup> BGH v. 8.12.1982, FamRZ 1983, S. 137/138 = NJW 1983, S. 1851/1852.

<sup>18</sup> BGH v. 2.10.1996, MittBayNot 1997, S. 40/41.

<sup>19</sup> BGH v. 9.7.1992, MittBayNot 1993, S. 23/24 = NJW 1992, S. 3164 f.

<sup>20</sup> BGH v. 2.10.1996, MittBayNot 1997, S. 40/41 f., mit Hinweis auf OLG Karlsruhe FamRZ 1991, S. 332 f., wonach ein umfänglicher Verzicht nach 25-jähriger Ehe sittenwidrig ist.

<sup>21</sup> BGH v. 18.9.1996, MittBayNot 1996, S. 441 (LS), 442.

<sup>22</sup> BGH v. 18.9.1996, MittBayNot 1996, S. 441/442.

<sup>23</sup> V. 15.1.1999, MittBayNot 1999, S. 384 f.

<sup>24</sup> BGH v. 2.10.1996, MittBayNot 1997, S. 40 ff.; vgl. *Grziwotz*, Anm. zu OLG Schleswig-Holstein v. 15.1.1999, MittBayNot 1999, S. 385/386.

reits bei Vertragsabschluss bedacht hatten<sup>25</sup>. Einen hierbei zu berücksichtigenden Umstand kann das Kindeswohl darstellen, aus dem der Fortbestand der Unterhaltspflicht für den Kindesbetreuenden Ehegatten resultieren kann<sup>26</sup>. Als Verstoß gegen Treu und Glauben kann aber nicht mehr ein Umstand gewertet werden, der unter bestimmten Voraussetzungen schon zur Sittenwidrigkeit und somit zur Nichtigkeit des Verzichts führen kann, so z. B. die Belastung der Sozialhilfe<sup>27</sup>.

#### IV. Urkundsgewährungsanspruch und Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung

Aus der Verbotsnorm des § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO, wonach eine Verweigerung der Urkundstätigkeit ohne ausreichenden Grund nicht erlaubt ist, resultiert ein Urkundsgewährungsanspruch<sup>28</sup>. Dieser Anspruch besteht aber nur im Rahmen der übrigen Amtspflichten des Notars. Gemäß § 14 Abs. 1 S. 1 BNotO hat der Notar „sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten“. Daraus folgt u. a., dass er dahin zu wirken hat, dass die Privatautonomie mit der Rechts- und Sittenordnung im Einklang steht<sup>29</sup>.

Es ist Aufgabe des Notars, eine materiell wirksame Urkunde herzustellen<sup>30</sup>. § 14 Abs. 2 BNotO schreibt die Versagung der Amtstätigkeit vor, wenn sie mit den Amtspflichten nicht vereinbar wäre<sup>31</sup>. Der Notar hat daher von der Beurkundung Abstand zu nehmen, wenn das beurkundete Rechtsgeschäft unwirksam wäre, etwa weil es gegen die guten Sitten verstößt<sup>32</sup>. „Insbesondere“ führt § 4 BeurkG Handlungen auf, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden. Während § 14 BNotO für alle Amtstätigkeiten des Notars gilt, ist § 4 BeurkG nur auf Beurkundungen anwendbar<sup>33</sup>.

Die Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung möglicherweise sittenwidriger Verträge ergibt sich nicht nur aus den genannten einfachgesetzlichen Normen. Als Amtsperson ist der Notar ebenfalls unmittelbar an die Grundrechte gebunden<sup>34</sup>. Daneben folgt aus dem vom Amtseid umfassten Gebot der Verfassungstreue das Verbot der Mitwirkung an Geschäften,

durch das Grundrechte missbraucht würden<sup>35</sup>. Art. 2 Abs. 1 GG schützt die Vertragsparteien vor der faktisch einseitigen Bestimmung des Vertragsinhalts durch den jeweils anderen Teil. Ebenso wie die Gerichte<sup>36</sup> hat der Notar daher darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung eines Vertragsteils durch den anderen dienen, da deren Beurkundung einen Grundrechtsverstoß zu Lasten der strukturell unterlegenen Partei darstellen würde.

In Zweifelsfällen darf der Notar die Beurkundung regelmäßig nicht ablehnen<sup>37</sup>. Er muss dann seine Bedenken mit den Beteiligten erörtern und in die Niederschrift aufnehmen (§ 17 Abs. 2 BeurkG)<sup>38</sup>. Auch Zweifel führen aber zu einer Ablehnungspflicht, wenn sonst ein unerfahrener oder ungewandter Beteiligter benachteiligt würde (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG)<sup>39</sup>. Das Verbot der Beurkundung unwirksamer Rechtsgeschäfte wird also gelockert durch die Beurkundungspflicht bei bloßen Zweifeln an der Wirksamkeit, diese Pflicht ist aber wiederum eingeschränkt durch das Benachteiligungsverbot. Erkennt der Notar, dass trotz Belehrung im Falle eines einseitigen Vertrages der benachteiligte Vertragsteil seine nachteilige Position nicht überblickt, darf er nicht beurkunden, auch wenn er sich nicht sicher ist, ob die Benachteiligung sittenwidrig ist<sup>40</sup>. Besteht der benachteiligte Teil jedoch im Wissen seiner Benachteiligung willentlich auf Beurkundung, so wird die bloß mögliche Sittenwidrigkeit kein Ablehnungsgrund sein. Daran wird auch deutlich, dass die erfolgreiche Aufklärung durch den Notar das Sittenwidrigkeitsurteil entschärft.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Notar den *Vollzug* einer Urkunde verweigern kann, wenn ihm nach Beurkundung Umstände bekannt werden, aus denen er die Nichtigkeit der Urkunde folgert, hat das OLG Frankfurt am Main geurteilt<sup>41</sup>, dass der Notar allenfalls Zweifel an der Unwirksamkeit haben könne, wenn diese auf Umständen beruht, die außerhalb der Urkunde liegen. Er könne nämlich solche Umstände nicht abschließend beurteilen und entscheiden, dies sei vielmehr Aufgabe eines Gerichts. Vom Vollzug dürfe er daher nicht Abstand nehmen. Legt man diese Maßstäbe für die Beurkundung selbst an, so ist der Notar nur zur Ablehnung berechtigt und verpflichtet, wenn die Nichtigkeit des zu beurkundenden Geschäfts aus Umständen folgt, die Gegenstand der Urkunde sind oder die unzweifelhaft feststehen. Sobald aber außerhalb der Urkunde liegende Umstände nicht sicher feststehen oder nicht alle für die Frage der Rechtswirksamkeit erheblichen Umstände bekannt sind, kann der Notar nur Zweifel anmelden, die er mit den Vertragsparteien besprechen muss, die aber nicht zur Ablehnung der Beurkundung führen

<sup>25</sup> BGH v. 9.7.1992, MittBayNot 1993, S. 23/25 = NJW 1992, S. 3164/3165; OLG Hamm v. 16.9.1988, FamRZ 1989, S. 398 f.

<sup>26</sup> BGH v. 15.10.1986, FamRZ 1985, S. 788/47; v. 9.7.1992, MittBayNot 1993, S. 23/26 = NJW 1992, S. 3164/3166.

<sup>27</sup> BGH v. 9.7.1992, MittBayNot 1993, S. 23/25 = NJW 1992, S. 3164/3166; anders noch BGH v. 28.11.1990, FamRZ 1991, S. 306/307.

<sup>28</sup> Seybold/Schippel, § 15 BNotO, Rdnr. 15 f.; Lerch/Sandkühler, § 15 BNotO, Rdnr. 4; kritisch Eylmann/Vaasen-Frenz, § 15 BNotO, Rdnr. 6.

<sup>29</sup> Seybold/Schippel, § 14 BNotO, Rdnr. 9.

<sup>30</sup> Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 8; Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 68.

<sup>31</sup> Eylmann/Vaasen-Frenz, § 14 BNotO, Rdnr. 27.

<sup>32</sup> Seybold/Schippel, § 14 BNotO, Rdnr. 11; Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 68, 70, § 15 BNotO, Rdnr. 53; Eylmann/Vaasen-Frenz, § 14 BNotO, Rdnr. 28 f.; Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 9; Huhn/v. Schuckmann, § 4 BeurkG, Rdnr. 20.

<sup>33</sup> Huhn/v. Schuckmann, § 4 BeurkG, Rdnr. 4; a. A. Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 1, die annehmen, dass sich beide Vorschriften gegenseitig ausschließen.

<sup>34</sup> Vgl. Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 14, Keidel/Winkler, Rdnr. 33 ff., und Huhn/v. Schuckmann, § 4 BeurkG, Rdnr. 7, wonach der Notar das Recht und die Pflicht hat, zu prüfen, ob eine von ihm anzuwendende Norm verfassungswidrig ist, und ggf. die Beurkundung abzulehnen hat.

<sup>35</sup> Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 10.

<sup>36</sup> BVerfGE 89, S. 214/234.

<sup>37</sup> H. M.; dies ergibt sich aus der Sollbestimmung des § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG, die eine Beurkundung voraussetzt; a. A. Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 4; deren Argument, eine Beurkundungspflicht des Notars bei unüberwindlichen Bedenken sei schwerlich mit seinem Selbstverständnis als unabhängiges Organ der Rechtspflege zu vereinbaren, geht m. E. fehl, da unüberwindliche Bedenken mehr als Zweifel sind und daher ausreichen für eine Ablehnung.

<sup>38</sup> Seybold/Schippel, § 14 BNotO, Rdnr. 11; Winkler, MittBayNot 1998, S. 141; Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 69, § 15 BNotO, Rdnr. 28; Eylmann/Vaasen-Frenz, § 14 BNotO, Rdnr. 28.

<sup>39</sup> Winkler, MittBayNot 1998, S. 141.

<sup>40</sup> Ähnlich Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 4 m.w.N.

<sup>41</sup> DNotZ 1998, S. 196/198 f. Fraglich war, ob die Parteien beurkundungsbedürftige Nebenabreden vereinbart hatten, die nicht beurkundet wurden; vgl. auch Winkler, MittBayNot 1998, S. 141/146 f.

können. Ihn trifft diesbezüglich freilich eine Belehrungspflicht; er kann aber von keiner der Parteien, die nach entsprechender Aufklärung über die Zweifel an der Wirksamkeit nicht vom Vertragsschluss Abstand genommen hat, für die Folgen einer später gerichtlich festgestellten Nichtigkeit in Haftung genommen werden. Ausfluss privatautonom Handelns ist nämlich auch, bei Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Umstände eigenverantwortlich das Risiko der Unwirksamkeit eines Vertrages einzugehen.

Dennoch steht der Notar zwischen Beurkundungspflicht und Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung sittenwidriger Geschäfte, da es zunächst zu prüfen gilt, ob einem zu beurkundenden Geschäft ein sittlicher Makel anhaftet.

## V. Lösung des Dilemmas

### 1. Beurkundungsverbot nur bei Sittenwidrigkeit, nicht bei möglichem späteren Verstoß gegen Treu und Glauben

Die Beurkundung eines Vertrages ist nur dann abzulehnen, wenn gesichert ist, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ein Nichtigkeitsgrund vorliegt. Es ist daher zu prüfen, ob bei Beurkundung Umstände gegeben sind, die zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB führen. Ist dies zu verneinen, und sind auch sonst keine Unwirksamkeitsgründe ersichtlich, hat der Notar den Vertrag zu beurkunden. Die Möglichkeit, dass sich ein Vertragsteil später auf bestimmte Folgen des Vertrages, so z. B. den vereinbarten Unterhaltsverzicht, nicht mehr berufen kann, weil dies dann im konkreten Fall dauerhaft oder für einen vorübergehenden Zeitraum gegen Treu und Glauben verstößt, hat keine Auswirkung auf die Beurkundungssituation. Denn eine spätere Treuwidrigkeit impliziert gerade nicht eine gegenwärtige Unwirksamkeit, vielmehr setzt die Möglichkeit einer Vertragspartei, sich zu einem späteren Zeitpunkt unter bestimmten Voraussetzungen auf § 242 BGB zu berufen, voraus, dass die Vertragsabrede, deren Geltendmachung treuwidrig ist, zunächst wirksam ist.

Der Notar hat also nur zu prüfen, ob zukünftige Entwicklungen bereits bei Vertragsschluss zur Sittenwidrigkeit führen, nicht aber ob eine wirksame Regelung später wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht durchgeführt werden kann.

### 2. Erkundungspflichten

Fraglich ist, wie weit der Notar die Umstände zu erforschen hat, die zur Unwirksamkeit des von ihm zu beurkundenden Vertrages führen können. Anerkannt ist, dass der Notar nicht beurkunden darf, wenn er von der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts weiß, unabhängig davon, ob das Wissen des Notars amtlicher oder privater Natur ist, und auch, wenn er von anderer Seite als von den Beteiligten Kenntnis erlangt hat<sup>42</sup>.

Aus den Darlegungen des BVerfG zeigt sich, dass sich erst aus dem Zusammenspiel verschiedener Gesichtspunkte die Sittenwidrigkeit einer familienvertraglichen Regelung ergibt. Besondere Umstände, wie z. B. die Schwangerschaft der beteiligten Frau, haben jedoch Indizwirkung. Die Sittenwidrigkeit eines Vertrages hängt von dem aus Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter der Vereinbarung ab. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung ist der

<sup>42</sup> Winkler, MittBayNot 1998, S. 141/147, m.w.N.; Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 29.

Vertragsabschluss<sup>43</sup>. Daher hat der Notar nicht nur den Willen der Parteien zu erforschen, sondern auch die hinter diesem Willen stehenden Umstände zu berücksichtigen. Er hat aber keine besondere Pflicht, nicht erkennbaren, unerlaubten Zwecken nachzuforschen und eigene Ermittlungen aufzunehmen. Vielmehr darf er auf die Angaben der Parteien vertrauen<sup>44</sup>. Der Amtsermittlungsgrundsatz des § 12 FGG gilt nicht für Notare<sup>45</sup>. Die Beschränkung auf die Erkennbarkeit sieht das Gesetz ausdrücklich aber nur hinsichtlich der von den Parteien verfolgten Zwecke vor (§ 4 BeurkG); dies betrifft im Falle der Sittenwidrigkeit die subjektive Ebene. Da vom Notar jedoch keine Prognosen oder Hypothesen verlangt werden können, gilt auch für objektive Umstände, dass nur die ohne weiteres erkennbaren der notariellen Beurteilung zugrundegelegt werden müssen.

Eine Grenze wird auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) der Beteiligten bilden. Daher sind sie dem Notar nicht zur Auskunft über Umstände verpflichtet, die ihre Privatsphäre berühren, soweit diese nicht die unmittelbare Grundlage für die Errichtung der Urkunde bilden. Die Frage nach einer Schwangerschaft dürfte sich daher verbieten<sup>46</sup>. Der Notar wird ein Augenmerk darauf zu richten haben, ob die ihm bekannten oder bei den Parteien durch einfache Nachfrage ermittelbaren Umstände für ehevertragliche Regelungen die unangemessene Benachteiligung eines Beteiligten zur Folge haben. Der Schwerpunkt liegt aber nach wie vor in der Prüfung der rechtlichen Konstruktion und nicht in der Bewertung tatsächlicher Gegebenheiten. Der Notar hat nach dem Zweck eines Rechtsgeschäfts, das seiner Form nach wirksam ist, nicht zu forschen<sup>47</sup>.

### 3. Belehrungspflichten

Dem Notar obliegt eine umfassende Aufklärungspflicht<sup>48</sup>. Die Beratung und Belehrung durch einen Notar soll die Parteien vor Missbrauch und Benachteiligung schützen<sup>49</sup> und einem Ungleichgewicht zwischen den Parteien vorbeugen. Die notarielle Beurkundung kann daher Fremdbestimmung im Vertrag verhindern, wenn die Parteien entsprechende Belehrungen des Notars beherzigen. So hat das BVerfG im eingangs dargestellten Fall darauf hingewiesen, dass eine besondere richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen „umso mehr“ vorzunehmen sei, als bei Abreden über die Unterhaltslasten anders als bei Vereinbarungen über Zugewinn und Versorgungsausgleich durch Formerfordernisse kein Übervorteilungsschutz geboten ist<sup>50</sup>. Bei der Inhaltskontrolle sind also sowohl der Umstand der Beurkundungspflicht als auch die konkreten Belehrungen zu berücksichtigen. Ein notariell beurkundeter Ver-

<sup>43</sup> BGH v. 28.11.1990 FamRZ 1991, S. 306/307 = NJW 1991, S. 913/914.

<sup>44</sup> Seybold/Schippel, § 14 BNotO, Rdnr. 20; Winkler, MittBayNot 1998, S. 141; Lerch/Sandkühler, § 14 BNotO, Rdnr. 88; Keidel/Winkler, § 4 BeurkG, Rdnr. 29; BGH v. 7.11.1957, DNotZ 1958, S. 99/101; v. 23.5.1960, DNotZ 1961, S. 162 (LS).

<sup>45</sup> Lerch/Sandkühler, § 15 BNotO, Rdnr. 24.

<sup>46</sup> Wohl auch Grziwotz, Anm. zu OLG Schleswig-Holstein v. 15.1.1999, MittBayNot 1999, S. 385/386; vgl. hierzu OLG Düsseldorf, DNotZ 1997, S. 656, wonach dem Notar im nur fünf Tage vor der Geburt liegenden Notartermin die Schwangerschaft einer Beteiligten nicht verborgen geblieben sein könne.

<sup>47</sup> Huhn/v. Schuckmann, § 4 BeurkG, Rdnr. 28.

<sup>48</sup> Lerch/Sandkühler, § 15 BNotO, Rdnr. 21 ff.

<sup>49</sup> Seybold/Schippel, § 14 BNotO, Rdnr. 7.

<sup>50</sup> BVerfG v. 6.2.2001, MittBayNot 2001, S. 207 ff. = NJW 2001, S. 957/958.

trag mit eingehenden notariellen Hinweisen ist weniger gefährdet, dem Sittenwidrigkeitsurteil anheim zu fallen, als ein privatschriftlicher Vertrag. Der Notar hat es daher in begrenztem Umfang in der Hand, ein anfängliches strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien durch Information und Aufklärung so auszugleichen, dass die vertraglichen Bestimmungen – gegebenenfalls nach Abänderung – von allen Beteiligten als die von ihnen autonom gewollten angesehen werden können. Voraussetzung für den entsprechenden „Bonus“ eines beurkundeten Vertrags muss aber dann sein, dass der Notar die Inhaltskontrolle bereits vorverlagert und die Beurkundung von Verträgen ablehnt, bei denen trotz ausführlicher Belehrung eine Selbstbestimmung aller Vertragsbeteiligten nicht gewährleistet ist, sei es aufgrund des Vertragsinhalts, sei es aufgrund der Verständnismöglichkeit der Beteiligten.

#### 4. Unzulässige Geschäfte

Im Lichte der jüngsten Rechtsprechung dürfen wohl Totalverzicht von vermögenslosen Ehegatten nicht abgegeben werden, wenn diese auf absehbare Zeit mit der Kindeserziehung betraut sind. Ob ein bloßer Unterhaltsverzicht sittenwidrig ist, ist im Einzelfall zu prüfen<sup>51</sup>. Da der angesprochenen Entscheidung des BVerfG ein privatschriftlicher Verzicht zu Grunde lag, kann sich durch die notarielle Belehrung die Unterlegenheit verringern. Ob dies für die Wirksamkeit ausreicht, ist durch eine Gesamtschau der vertraglichen Regelungen, insbesondere auch im Hinblick auf eine mögliche Kompensation durch Zugewinn- und Versorgungsausgleich zu ermitteln.

Fraglich ist, inwieweit die bisherige Argumentation des BGH, wonach voreheliche Verzicht auch bei faktischer einseitiger Benachteiligung deshalb wirksam seien, weil der benachteiligte Teil ohne Verheiratung auch keine Ansprüche gehabt hätte, nach der BVerfG-Rechtsprechung noch haltbar ist. Für die Bewertung kommt es nicht darauf an, dass bei Nichtverheiratung gar keine Ansprüche bestanden hätten, sondern auf die konkrete vertragliche Ausgestaltung der Ansprüche im Vergleich mit der gesetzlichen Lage bei Eheschließung. Man wird aber wohl Unterschiede zwischen Unterhaltsverzicht und Versorgungsausgleich machen müssen. Während der Unterhaltsverzicht mittelbar im Falle der Scheidung vor Beendigung der Erziehung auch ein gemeinsames Kind trifft, hat der Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen seiner Relevanz erst im Rentenalter regelmäßig nur Auswirkungen für den verzichtenden Ehegatten<sup>52</sup>. Die Beurkundung des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs ist jedoch abzulehnen, wenn dies der Schutz des unerfahrenen oder „uneinsichtigen“ Ehegatten gebietet<sup>53</sup>. Entscheidend ist insbesondere, ob bei Abgabe eines Verzichts gemeinsame Kinder vorhanden waren oder erwartet wurden bzw. in welchem Alter diese waren. Je älter die Kinder sind, desto eher wird ein Verzicht wirksam sein. Auch ist zu berücksichtigen, ob der verzichtende Ehegatte nach der Kindeserziehung noch eigene Anwartschaften erwerben kann. Generell ist bei einer unverheirateten

Schwangeren die Drucksituation regelmäßig höher als bei Frauen, die bereits Kinder haben, mit der Folge, dass eine sittenwidrige Übervorteilung im ersteren Fall eher anzunehmen ist. Bei verheirateten Paaren wird hingegen der Wille zum Abschluss eines Ehevertrags, auch wenn er umfassende Verzicht enthält, im Regelfall einer autonomen, gleichberechtigten Entscheidung beider Ehegatten entspringen, weshalb es in diesem Fall für die Annahme der Unwirksamkeit besonderer Umstände bedarf.

#### 5. Vorsichtsmaßnahmen

Oft handelt es sich bei dem beschriebenen Dilemma nicht um eine „Alles oder nichts“-Entscheidung zwischen Beurkundung und deren Ablehnung. Vielmehr kann der Notar – freilich unter Wahrung seiner Neutralitätspflicht – den Parteien Alternativen aufzeigen, die problematische Regelungen so abmildern, dass die Wirksamkeit gewährleistet ist. Beispielsweise könnte eine Reaktion auf das Urteil des BVerfG sein, statt eines völligen Unterhaltsverzichts den Unterhalt nur auszuschließen, wenn die Ehefrau bereits einige Jahre vor Scheidung wieder berufstätig war bzw. an einer Berufsausübung nicht mehr durch Kindeserziehung gehindert war. Auch eine gestaffelte Unterhaltsregelung je nach Alter der Kinder im Falle einer Scheidung ist denkbar, um ein sittenwidriges Ungleichgewicht zu verhindern. Auf jeden Fall sollte mit den Parteien besprochen werden, ob bei Unwirksamkeit eines Teils des zu beurkundenden Vertrages der wirksame Rest fortbestehen soll oder nicht. Entsprechend ist u. U. eine salvatorische Klausel aufzunehmen. Voraussetzung ist freilich, dass der Vertrag ohne den ggf. von der Nichtigkeit betroffenen Teil selbst wirksam ist. Es ist denkbar, dass beispielsweise ein Ehevertrag bei Wegfall einer unterhaltsrechtlichen Regelung so unausgewogen ist, dass er weiterhin sittenwidrig ist.

Hinsichtlich des Vollzugs von Urkunden wird vorgeschlagen, dass der Notar den Beteiligten seine Vollzugsabsicht ankündigt und sie auf die Beschwerdemöglichkeit hinweist. Eine Partei, die damit nicht einverstanden ist, könne dann schon im Vorfeld eine gerichtliche Überprüfung herbeiführen. Tut sie das nicht, könne der Notar später auch nicht in Anspruch genommen werden<sup>54</sup>. Diese Vorgehensweise ist freilich vor Vornahme der Beurkundung selbst nicht möglich. Es würde schlechterdings keinen Sinn machen, vor der Beurkundung diese anzukündigen. Die Parteien wünschen ja gerade das vom Notar als zweifelhaft angesehene Rechtsgeschäft, so dass eine gerichtliche Beschwerde nicht eingelegt werden wird. Andererseits ist die generelle Ablehnung zweifelhafter Beurkundungen auch kein gangbarer Weg.

Es besteht jedoch die Pflicht, auch bei Urkunden über ein später als unwirksam erkanntes Rechtsgeschäft, die keines Vollzugs bedürfen, also z. B. bei vorsorgenden Eheverträgen ohne Auseinandersetzung von Grundvermögen, die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften zu verweigern<sup>55</sup>, da somit verhindert werden kann, dass die Urkunde in Verkehr gebracht wird. Wird eine Ausfertigung erteilt, so ist dem Ausfertigungsvermerk ein Hinweis auf die Nichtigkeit<sup>56</sup> bzw. die Zweifel des Notars an der Wirksamkeit beizufügen.

<sup>51</sup> Vgl. *Schervier*, MittBayNot 2001, S. 213 ff.

<sup>52</sup> Vgl. BGH v. 18.9.1996, MittBayNot 1996, S. 441/443, zur Frage, ob die Berufung auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs unredlich ist: Die Ehefrau sei nach dem Scheitern einer kurzen Ehe in der Lage, noch in erheblichem Umfang Versorgungsanswartschaften zu erwerben. Außerdem sei nicht auszuschließen, dass der naheheliche Unterhalt auch noch im Rentenalter Bedeutung hat. Daher erscheine die Berufung auf den Verzicht nicht unerträglich.

<sup>53</sup> *Huhn/v. Schuckmann*, § 4 BeurkG, Rdnr. 24.

<sup>54</sup> *Winkler*, MittBayNot 1998, S. 141/147.

<sup>55</sup> *Winkler*, MittBayNot 1998, S. 141/148; *Seybold/Schippel*, § 14 BNotO, Rdnr. 21; *Eylmann/Vaasen-Frenz*, § 14 BNotO, Rdnr. 35; *Eylmann/Vaasen-Frenz*, § 14 BNotO, Rdnr. 35; *Keidel/Winkler*, § 4 BeurkG, Rdnr. 44.

<sup>56</sup> *Winkler*, MittBayNot 1998, S. 141/148; *Keidel/Winkler*, § 4 BeurkG, Rdnr. 44.



Grundsätzlich empfiehlt es sich, in Eheverträgen die Rechtsprechung des BVerfG kurz zu erläutern und auf eine mögliche Unwirksamkeit im Falle der strukturellen Unterlegenheit eines Beteiligten hinzuweisen. Ferner sollten auch sämtliche übrigen im Einzelfall gegebenen Hinweise am besten in der Urkunde selbst dokumentiert werden. Dadurch wird zwar im Ernstfall nicht die Unwirksamkeit geheilt, der Notar kann sich aber vor Vorwürfen der Vertragsparteien schützen.

## VI. Fazit

Eheverträge mit umfangreichen Verzichten befinden sich im Grenzbereich zur Sittenwidrigkeit. Der beurkundende Notar steht somit zwischen Urkundsgewährungs- und Ablehnungs-

pflicht. In jedem Einzelfall ist sorgfältig zu prüfen, ob die gewünschte Vertragsgestaltung unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter wirtschaftlicher und familiärer Verhältnisse, die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt sind, zu einer unangemessenen Benachteiligung eines Vertragsteils führt. Dabei ist der Notar nicht zu Nachforschungen, insbesondere nicht in der Intimsphäre der Beteiligten, verpflichtet, vielmehr kann er den ihm mitgeteilten Informationen vertrauen. In bestimmten Fällen kann er die Unterlegenheit einer Vertragspartei durch Belehrung und Aufklärung verringern. Bleiben Zweifel, hat er diese mit den Beteiligten zu erörtern. Ist die Sittenwidrigkeit evident, darf er nicht beurkunden. Ziel der notariellen Belehrung sollte es sein, dass die Vertragsparteien sich autonom für ein ausgewogenes Regelungswerk entscheiden.

# Schenkungssteuerlich begünstigte Vermögensübertragungen zwischen Geschwistern

– zugleich eine Besprechung des BFH-Urteils vom 25.1.2001, II R 22/98<sup>1</sup> –

Von Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

Unentgeltliche Übertragungen zwischen Geschwistern sind schenkungssteuerlich im Regelfall nachteilig und führen zu hohen steuerlichen Belastungen. Nunmehr hat der BFH Rechtssicherheit geschaffen und einen sicheren Weg aufgezeigt, mit dem unentgeltliche Geschwisterübertragungen bereits zu Lebzeiten nach der Steuerklasse I und auf die Freibeträge der Eltern erfolgen können. Der Verfasser stellt das Urteil dar, erläutert die damit verbundenen steuerlichen Konsequenzen und erörtert weitere, alternative Gestaltungsüberlegungen.

## I. Einführung

Schenkungen zwischen Geschwistern sind erbschaft- und schenkungssteuerlich höchst problematisch. Schenkungen zwischen Geschwistern fallen gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG in die Steuerklasse II. Freibeträge werden nach § 16 Abs. 1 ErbStG lediglich in Höhe von 20.000,- DM, in Zukunft 10.300,- Euro, gewährt. Der Eingangssteuersatz bei Schenkungen bis zu 100.000,- DM liegt nach § 19 Abs. 1 ErbStG bereits bei 12 % und bei Überschreiten eines schenkungssteuerlichen Wertes von 100.000,- DM bereits bei 17 %. Soweit möglich, sollten reguläre unentgeltliche Übertragungen zwischen Geschwistern daher vermieden werden. In manchen Sachverhaltskonstellationen ist dies jedoch zivilrechtlich erwünscht und erforderlich.

Die hier erörterten Probleme seien am folgenden Beispielfall dargestellt.

**Beispiel:** 1995 haben die Eltern E 1 und E 2 wertvollen Grundbesitz, der ihnen bis dahin zu je 1/2 gehörte, auf K 1, nämlich eines von zwei gemeinschaftlichen leiblichen Kindern, übertragen. Der Einheitswert bei der damaligen Übertragung betrug 180.000,- DM, so dass bei zwei Elternfreibeträgen in Höhe von 90.000,- DM (frühere Rechtslage bis 1995) die Schenkung damals insgesamt steuerfrei erfolgen konnte. Der heutige Steuerwert liegt bei 800.000,- DM, der Verkehrswert beträgt 1,6 Millionen DM. Nunmehr entdecken

die Eltern, dass aus Gründen der Gleichbehandlung der beiden gemeinschaftlichen Kinder auch K 2 einen Teil des Grundbesitzes erhalten soll, nämlich genau eine hälftige Teilfläche, die ebenso bebaut werden kann, wie die bei K 1 verbleibende Teilfläche. K 1 ist hiermit einverstanden. Bei der Übertragung Ende des Jahres 1995 hatten die Eltern entsprechende Bedenken hinsichtlich der Gleichbehandlung der Kinder noch aus Gründen der Steuerersparnis zurückgestellt.

Als die Beteiligten mit ihrem Vorhaben zum Notar kommen, weist dieser auf die mit einer Schenkung verbundene erhebliche Steuerbelastung in Höhe von rund 64.600,- DM hin. Bei weiterer Erörterung stellt sich heraus, dass die Möglichkeit einer Rückübertragung auf die Eltern mit anschließender Weiterschenkung auf die Kinder nicht aufgrund vorbehaltener Rückübertragungsrechte (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) möglich ist. Auch ein Fall des § 530 BGB (grober Undank) liegt nicht vor.

Es fragt sich, welche Lösungsmöglichkeiten in dem vorbeschriebenen Beispielfall bestehen.

## II. Das Urteil des BFH vom 25.01.2001 II R 22/98<sup>1</sup>

Der BFH hatte jüngst einen Fall zu entscheiden, der wichtige Hinweise zur Lösung des vorstehend beschriebenen Gestaltungsproblems gibt. In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt haben die beiden beteiligten Geschwister zu Lebzeiten der Eltern einen Erbschaftsvertrag gemäß § 312 BGB geschlossen. Mit diesem Vertrag, der nach § 312 Abs. 2 BGB unter gesetzlichen Erben zulässig ist und der notariellen Beurkundung bedarf<sup>2</sup>, haben die beiden Geschwister vereinbart, dass der eine Geschwisteranteil, der bisher zuviel erhalten hatte, sich zur Zahlung eines Geldbetrages an den anderen Ge-

<sup>1</sup> MittBayNot 2001, 416 (in diesem Heft) = DStR 2001, 434 ff.

<sup>2</sup> Vgl. zu den zivilrechtlichen Voraussetzungen und Folgen die grundlegende Kommentierung von Wufka in: Staudinger, BGB, § 312 Rdnr. 19 ff.; sowie Thode in: MünchKomm, BGB, § 312 Rdnr. 13 ff.; Limmer, DNotZ 1998, 927 ff.; zu einem Einzelproblem des § 312 Abs. 1 BGB vgl. jüngst Kulke, ZEV 2000, 298 ff.

schwisterteil verpflichtet, während der andere auf die zukünftigen Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche am Nachlass der Eltern verzichtete. Die Höhe der potenziellen erbrechtlichen Ansprüche und die Höhe der Gegenleistungen entsprachen einander im Wesentlichen.

### 1. Die Vorinstanz verneint Steuerbarkeit wegen Entgeltlichkeit der Vereinbarung nach § 312 Abs. 2 BGB

Die Vorinstanz des BFH, das FG München<sup>3</sup>, hatte aufgrund der Wertgleichheit der Gegenleistung und den potenziellen zukünftigen Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüchen die Anwendbarkeit des Erbschaftsteuergesetzes insgesamt abgelehnt. Nach seiner Meinung habe es sich um ein Wagnisgeschäft gehandelt, bei dem Leistung und Gegenleistung ausgewogen einander gegenüberstanden. Es fehle daher an der Unentgeltlichkeit.

### 2. Der BFH bejaht die Schenkungsteuerpflicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG

Dem ist der BFH jedoch in dem genannten Urteil entgegengetreten. Nach Meinung des höchsten deutschen Steuergerichts liegt ein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vor. Der die Geldzahlung empfangende Geschwisteranteil sei endgültig durch die Zahlung bereichert. Die Zahlung sei freigebig erfolgt, weil der zahlende Bruder dem anderen gegenüber rechtlich nicht zu einer Zahlung verpflichtet gewesen sei. Ein Anspruch auf den Pflichtteil oder auf Pflichtteilergänzung habe dem Bruder am maßgeblichen Stichtag der Vereinbarung nach § 312 BGB nicht zugestanden<sup>4</sup>. Die Zahlung des Bruders sei somit nicht auf eine Forderung erfolgt. Evtl. zukünftig erst entstehende Forderungsrechte in Form von Pflichtteilsansprüchen oder Pflichtteilergänzungsansprüchen hätten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinen geldwerten Vermögenswert dargestellt, sondern allenfalls eine Erwerbschance. Der Wille zur Freigebigkeit, also das subjektive Element des Steuertatbestandes sei ebenfalls anzunehmen, weil der zuwendende Bruder sich bewusst gewesen sei, dass er seine Leistung ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung bzw. ohne rechtliche Verpflichtung erbringt<sup>5</sup>.

Der Steuerpflicht stehe auch nicht die Regelung des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG entgegen. Nach dieser Vorschrift gilt als Schenkung unter Lebenden, was als Abfindung für einen Erbverzicht (§ 2346) oder Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) gewährt wird. Ein *argumentum e contrario* sei nicht zulässig. Der Umstand, dass in dieser Vorschrift Abfindungen bei Ver-

trägen nach § 312 BGB nicht erwähnt seien, sei unschädlich. Die Regelung sei nicht abschließend. Der BFH leitet dieses Ergebnis insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG her.

### 3. Die Zuwendung aufgrund des Vertrages nach § 312 BGB unter Geschwistern fällt jedoch in Steuerklasse I

Dann kommt der BFH zum Kernpunkt seines Urteils: Die Besteuerung nach dem Erbschaftsteuergesetz richtet sich nach Meinung des BFH trotz Zuwendung zwischen den Geschwistern nicht nach der Steuerklasse zwischen Geschwistern, also Steuerklasse II. Maßgeblich sei vielmehr das Verhältnis zwischen den Erblassern, auf deren Nachlass sich die Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche beziehen und dem die Zahlung empfangenden Kind. Damit richtet sich die Besteuerung nach Steuerklasse I. „Der Verzicht auf Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegenüber einem anderen gesetzlichen Erben“, heißt es in den Urteilsgründen des BFH<sup>6</sup>, „kann hinsichtlich der Steuerklasse vor Eintritt des Erbfalls nicht anders behandelt werden als nach Eintritt des Erbfalls. Beide Male geht es um die wertmäßige Teilhabe des Verzichtenden am Vermögen des Erblassers. Nach Eintritt des Erbfalls ist der Verzicht auf die noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche gegen Abfindung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG 1974 nach der Steuerklasse zu bestimmen, die im Verhältnis zum Erblasser gilt.“<sup>7</sup> Der Fall sei ebenso zu behandeln, wie ein Erbverzicht (§ 2346 BGB) nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG, wenn die Abfindung für den erklärten Erbverzicht nicht von dem Erblasser selbst gezahlt wird, sondern von einem Dritten<sup>8</sup>. Auch in diesem Fall sei das Verhältnis des Zahlungsempfängers und Verzichtenden zum Erblasser maßgeblich und nicht zu demjenigen, der die Ausgleichsleistung erbringe<sup>9</sup>.

## III. Folgerungen

Für die Lösung des eingangs unter I. geschilderten Beispielfalles folgt aus dem vorgenannten BFH-Urteil, dass das steuerliche Problem gelöst werden kann, indem der hälftige Grundstücksanteil aufgrund eines Vertrages nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 BGB gegen Verzicht auf Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilergänzungsansprüche übertragen werden kann. In diesem Fall richtet sich die Steuerklasse für die unentgeltliche Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nach dem Verhältnis Eltern-Kind, also nach der Steuerklasse I.

### 1. Freibetrag

Der BFH hat sich in seinem oben genannten Urteil ausdrücklich nur zur Anwendung der Steuerklasse und der damit verbundenen Höhe des Steuersatzes geäußert. Aus der Logik der Argumentation des BFH ist jedoch zu folgern, dass die gleichen Überlegungen auch für die Höhe der Freibeträge

<sup>3</sup> Urteil vom 7.7.1997, EFG 1997, 1401 f. = ZEV 1998, 237 f.; zustimmend *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 112 a.E.; ebenso wohl *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 215.

<sup>4</sup> Die Argumentation des BFH ist an dieser Stelle angreifbar. Der BFH argumentiert, eine Zahlungsverpflichtung habe vor Vertragsabschluss nach § 312 BGB nicht bestanden. Diese Argumentation geht jedoch fehl. Stellt man hinsichtlich einer rechtlichen Verpflichtung auf den Zeitpunkt vor Abschluss des Vertrages ab, so wäre auch ein echter Kauf zwischen Fremden und Dritten eine Schenkung i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Denn vor Abschluss des Kaufvertrages waren auch in diesem Fall beide Beteiligten nicht zur Erbringung ihrer Leistung verpflichtet.

<sup>5</sup> Vgl. auch BFH vom 7.4.1992, VIII R 59/89, BStBl. II 1992, 809, 811; BFH vom 20.10.1999, X R 132/95, BStBl. II 2000, 82 sowie BGH vom 28.2.1991, IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393; vgl. allgemein *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 14 ff.; *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 109 ff.; *Troll/Gebel/Jüllicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 274 f., Rdnr. 316.

<sup>6</sup> BFH vom 25.1.2001, II R 22/98.

<sup>7</sup> BFH vom 25.1.2001, II R 22/98.

<sup>8</sup> Der BFH weist auf das Urteil des BFH vom 25.5.1977, II R 136/73, BStBl. II 1977, 733, 734 hin. Eine parallele Besteuerung von Erbschaftsvertrag nach § 312 BGB und Erb- oder Pflichtteilsverzicht nahmen bisher auch schon *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, „Erbschaftsvertrag“, S. 110, an.

<sup>9</sup> Ebenso zu § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 215; *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 108; *Troll/Gebel/Jüllicher*, § 7 Rdnr. 317 ff.

Anwendung finden müssen. Im Beispielsfall gilt daher nicht der sonst für Geschwister geltende Freibetrag in Höhe von 20.000,- DM, sondern der im Verhältnis Eltern-Kind zur Anwendung gelangende Freibetrag in Höhe von 400.000,- DM. Verzichtet das empfangende Geschwisterkind K 2 auf seine Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche im Hinblick auf beide Eltern, so stehen für die Zuwendung sogar steuerliche Freibeträge in Höhe von 800.000,- DM zur Verfügung.

## 2. Bewertung der Zuwendung

Der BFH hat sich in der vorliegenden Sache auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, wie die Zuwendungen zwischen den Geschwistern zu bewerten sind. Er hatte hierzu auch keinen Anlass, da es sich in dem von ihm zu entscheidenden Sachverhalt um reine Geldschenkungen handelte, die mit dem Nominalwert zu bewerten waren. In dem unter I. geschilderten Beispielsfall steht jedoch die Übertragung von Grundbesitz in Frage. Werden aufgrund eines Vertrages nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 BGB Gegenstände auf ein Geschwisterkind übertragen, bei denen wie bei Grundbesitz Verkehrswert und Steuerwert auseinanderfallen, stellt sich die Frage, ob erbschaftsteuerlich der Verkehrswert oder der Steuerwert, hier die Grundbesitzwerte nach §§ 138 ff. BewG Anwendung finden.

Nach den entscheidungserheblichen Erwägungen des BFH gelten die Leistungen des Geschwisters an den anderen Geschwisterkind als Leistungen im Hinblick auf zukünftige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Dies muss auch Ausgangspunkt für die Überlegungen zur Bewertung entsprechender Abfindungsleistungen sein. Erfolgt *nach* dem Todeseintritt die Auszahlung eines Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruches in Geld, so ist der Nominalwert des gezahlten Geldbetrages maßgeblich. Wird anstelle der Auszahlung des Pflichtteilsanspruches ein Grundstück an Erfüllungsstatt für einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch abgegeben, § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i.V. mit § 9 Abs. 1 Nr. 1 b ErbStG, so ist trotz Hingabe eines Grundstücks nicht der dafür geltende Grundbesitzwert nach den §§ 138 ff. BewG maßgeblich, sondern der Nominalbetrag des Pflichtteilsanspruches in Geld, für den das Grundstück abgegeben wurde<sup>10</sup>. Erfolgt die Hingabe des Grundstückes jedoch nicht an Erfüllungsstatt, sondern als Gegenleistung und Abfindung für den *Verzicht* auf einen noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch, § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 f.) ErbStG, so richtet sich der Wert der Zuwendung nach dem Grundbesitzwert für das Grundstück, §§ 138 ff. BewG<sup>11</sup>.

Bei Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungsstatt für ein ausgesetztes Barvermächtnis ist ebenso wie beim Pflichtteilsanspruch auch der Wert des Barvermächtnisses, also der Nominalwert des geschuldeten Geldes, maßgeblich<sup>12</sup>. Auf die Grundbesitzwerte kommt es nicht an.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu umfassend *T.Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 166 f. m.w.N.; anders früher noch BFH vom 17.2.1982, II R 160/80, BStBl. II 1982, 350 ff.; aufgegeben durch BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, BStBl. II 1999, 23 ff. (für einen bereits geltend gemachten Pflichtteilsanspruch).

<sup>11</sup> Vgl. dazu *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 53; *T.Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 167.

<sup>12</sup> BFH vom 25.10.1995, II R 5/92, BStBl. II 1996, 97 zur Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungsstatt für Barvermächtnis; zustimmend auch *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 43. Vermeiden lässt sich diese Folge durch Ausschlagung des Barvermächtnis gegen Abfindung in Form eines Grundstücks. Dann ist der Grundbesitzwert maßgeblich (vgl. *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 3 Rdnr. 303 ff.; *Meincke*, ErbStG, § 3 Rdnr. 43).

Die Argumentation des BFH, die auf die Gleichbehandlung mit der Besteuerung im Erbfall abzielt, lässt hinsichtlich der Bewertung kein eindeutiges Ergebnis zu. Je nach Gestaltung der Vereinbarungen nach dem Erbfall ist die Bewertung jeweils unterschiedlich; einmal ist der Nominalwert des geschuldeten Geldbetrages anzusetzen, ein anderes Mal der Grundbesitzwert. Maßgeblich und meines Erachtens ausschlaggebend muss daher, wie stets im Erbschaftsteuerrecht<sup>13</sup>, das Zivilrecht sein. Wie der BFH zutreffend ausgeführt hat, besteht im Zeitpunkt der Vereinbarung nach § 312 Abs. 2 BGB kein Anspruch in Geld. Allenfalls besteht die Möglichkeit, dass später evtl. Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche entstehen könnten. Das Grundstück wird daher nicht an Erfüllungsstatt für einen bestehenden Geldanspruch hingegeben. Die Vereinbarung der Geschwister nach § 312 Abs. 2 BGB begründet vielmehr einen *originären* Anspruch auf das Grundstück. Aus diesem Grunde sind daher die Grundbesitzwerte nach §§ 138 ff. BewG für die Bewertung des Zuwendungsgegenstandes maßgeblich.

## 3. Zulässige Höhe der Abfindung

Der BFH äußert sich in seinem Urteil nicht über die zulässige Höhe des Abfindungsbetrages. Dazu bestand in dem zu entscheidenden Fall auch kein Anlass, da nach den Feststellungen der Tatsacheninstanz der Abfindungsbetrag in etwa der Höhe der potenziellen Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche entsprach.

Im Einzelfall kann jedoch die Frage nach der Höhe der Gegenleistung Probleme aufwerfen<sup>14</sup>.

**Beispiel:** E1 war im gesetzlichen Güterstand verheiratet und hat noch keine Schenkungen an seine beiden Kinder K1 und K2 vorgenommen. Die Mutter der Kinder, E2, ist bereits verstorben. Das Vermögen des E1 beträgt 1 Mio. DM. K2 soll in einem Vertrag nach § 312 BGB vollumfänglich auf zukünftige Pflichtteilsansprüche jeglicher Art am Nachlass von E1 verzichten und dafür von K1, der Alleinerbe werden soll, 250.000,- DM als Ausgleich erhalten.

**Abwandlung 1:** Wie ist das vorstehende Beispiel zu besteuern, wenn K1 an K2 ein Grundstück mit einem Steuerwert von 500.000,- DM übertragen soll?

**Abwandlung 2:** Ändert sich etwas an der Lösung der Abwandlung 1, wenn die Beteiligten die Höhe der Abfindung im Hinblick auf eine „sicher“ zu erwartende Erbschaft des E1 im Werte von über 1 Mio. DM vereinbart haben?

**Abwandlung 3:** Wie ist die Abwandlung 1 zu lösen, wenn die Beteiligten nicht nur einen Verzicht auf Pflichtteilsansprüche vereinbaren, sondern auch nach § 312 Abs. 2 BGB die Verpflichtung begründen, im Erbfall das aus dem gesetzlichen Erbrecht ggfs. Erlangte auf K1 zu übertragen.

Es liegt nahe anzunehmen, dass grds. lediglich ein Abfindungsbetrag bis zur Höhe des im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden potenziellen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruches versprochen werden kann. Im **Ausgangsfall des Beispiels** beträgt das fiktive gesetzliche Erbrecht des verzichtenden K2 im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses wertmäßig 500.000,- DM und die Höhe des Pflichtteilsanspruches demnach 250.000,- DM. Die Anerkennung dieser Abfindung ist daher unproblematisch.

<sup>13</sup> Vgl. zur Maßgeblichkeit des Zivilrechts für das Erbschaftsteuerrecht *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 1 Rdnr. 5 ff.; *Meincke*, ErbStG, Einführung Rdnr. 7 f.

<sup>14</sup> Vgl. dazu andeutungsweise auch *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 317 (zum parallelen Problem bei § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG).

Jede diesen Wert übersteigende Zuwendung kann grds. nicht darauf beruhen, den Verzichtenden so zu stellen, wie er im Todesfall stünde. Darüber hinaus vereinbarte Abfindungen müssen ihren Rechtsgrund in einer zusätzlichen Schenkung i.S.d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zwischen den Geschwistern haben. Diese zusätzliche Schenkung ist m.E. nach der schlechteren Steuerklasse 2 zu besteuern<sup>15</sup>. So könnte jedoch mit einer Schenkung zusätzlich der Freibetrag zwischen Geschwistern in Höhe von 20.000,- DM ausgeschöpft werden. In der **Abwandlung 1** ist die Abfindung daher aufzuteilen in eine Zuwendung von 250.000,- DM, die als von E1 stammend nach der Steuerklasse 1 zu versteuern ist, und eine weitere Schenkung von 250.000,- DM, die als von K1 stammend, also nach der Steuerklasse 2 zu versteuern ist.

In **Abwandlung 2** fragt es sich, ob bei der Bemessung der Abfindung auch zukünftig zu erwartende Vermögenszuwächse zu berücksichtigen sind. Diese Frage ist m.E. zu bejahen. Es muss den Beteiligten grds. frei stehen, einen plausiblen Abfindungsbetrag zu vereinbaren. Wollen sie dabei auch zukünftige Entwicklungen berücksichtigen, so ist dies der Besteuerung zu Grunde zu legen. Zur Absicherung sollte ein entsprechender Beweggrund in die Vereinbarung nach § 312 Abs. 2 BGB aufgenommen werden.

In **Abwandlung 3** verzichtet K 2 nicht nur auf Ansprüche aus dem Pflichtteilsrecht, sondern auch auf sein gesetzliches Erbrecht. Der Wert des Erbrechts kann als doppelt so groß eingestuft werden wie der Wert von Ansprüchen aus dem Pflichtteilsrecht, da die Quote doppelt so hoch ist. Wird daher im Rahmen eines Vertrages nach § 312 Abs. 2 BGB auch die Verpflichtung eingegangen, auf Rechte aus dem gesetzlichen Erbrecht zu verzichten und diese nach dem Erbfall abzutreten, so kann die als vom Vater stammend zu versteuernde Abfindung m.E. doppelt so hoch bemessen werden; im Beispielsfall also bis zur Höhe von 500.000,- DM.

#### 4. Weitere steuerliche Auswirkungen (GrEStG, EStG)

Grunderwerbsteuer kann für die Übertragung zwischen den Geschwistern im Beispielsfall unter I. nach § 3 Nr. 2 Grunderwerbsteuergesetz nicht anfallen, da es sich um Grundstücksschenkungen unter Lebenden i.S. des ErbStG handelt<sup>16</sup>.

Ebenfalls können meines Erachtens aus der Vereinbarung nach § 312 Abs. 2 BGB keine einkommensteuerlichen Probleme im Hinblick auf den Spekulationstatbestand des § 23 EStG entstehen. Zwar wird von der wohl überwiegenden Meinung<sup>17</sup> die Hingabe eines Grundstücks an Erfüllungsstatt für einen Pflichtteilsanspruch oder für einen Zugewinnausgleichsanspruch oder die Ausschlagung gegen Abfindung<sup>18</sup>

als entgeltliche Veräußerung i.S. des § 23 EStG angesehen. Um einen vergleichbaren Fall handelt es sich bei einer Vereinbarung nach § 312 BGB jedoch gerade nicht. Die Rechtsposition, die der Verzichtende aufgibt, ist noch so unsicher und unklar, dass hierin keine einkommensteuerrechtliche Veräußerung zu sehen ist<sup>19</sup>. Wie der BFH in dem Besprechungsurteil richtig festgestellt hat, besteht im Zeitpunkt der Vereinbarung nach § 312 BGB kein Anspruch, der bereits übertragen werden könnte oder zu dessen Erfüllung das Grundstück an Erfüllungsstatt hingegeben wird. Insofern kann nicht von einem der seltenen Fälle<sup>20</sup> ausgegangen werden, in denen ein und derselbe Sachverhalt erbschaftsteuerlich als unentgeltlich und einkommensteuerlich als entgeltlich behandelt wird.

#### 5. Abzug des Erwerbs beim schenkenden Geschwisterteil

Im unter I. geschilderten Beispielsfall war die 1995 getätigte Schenkung vollständig erbschaftsteuerfrei, da von jedem Elternteil eine Schenkung im Werte von genau 90.000,- DM, der Höhe des damals geltenden Freibetrages, erfolgte. Wäre bei der 1995 erfolgten Schenkung jedoch eine Schenkungsteuer angefallen, stellt sich die Frage, ob der Beschenkte, der nunmehr einen Teil seiner Schenkung im Hinblick auf Pflichtteilergänzungsansprüche wieder abgibt, diese Minderung des Erwerbs rückwirkend auf den Schenkungsfall von 1995 geltend machen kann. Diese Frage hat der BFH<sup>21</sup> in dem Besprechungsurteil eindeutig beantwortet: Nach Meinung des höchsten deutschen Steuergerichts handelt es sich bei der Auszahlung an den Geschwisterteil um Kosten der Erlangung des Erwerbs. Diese sind nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG i.V. mit § 1 Abs. 2 ErbStG abzugsfähig. Es handelt sich nach Meinung des BFH dabei um ein rückwirkendes Ereignis gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO. Die Vereinbarung nach § 312 Abs. 1 Satz 2 BGB wirkt mithin auf den 1995 verwirklichten Schenkungsteuersachverhalt zurück. Nach § 175 Abs. 1 Satz 2 AO beginnt dabei die Festsetzungsverjährungsfrist erst mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem das rückwirkende Ereignis eingetreten ist, mithin im Fall des BFH und im Beispielsfall unter I. in dem Jahr, in dem die Vereinbarung nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 BGB geschlossen wird. Viele Jahre nach dem Erwerb durch den ursprünglich beschenkten Geschwisterteil kann daher die Weitergabe an den Bruder die Schwester noch rückwirkend steuermindernd geltend gemacht werden.

<sup>15</sup> Ebenso wohl *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 317 (zum parallelen Problem bei § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG).

<sup>16</sup> Vgl. dazu *Hofmann*, NWB Fach 8, S. 1309, 1344 (dort auch zum Erbverzicht gegen Abfindung nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG).

<sup>17</sup> Vgl. nur BFH vom 15.2.1977, VIII R 175/74, BStBl. II 1977, 389 ff.; *Wacker* in: Schmidt, § 16 Rdnr. 599; a.A. *T. Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 167; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ 2000, 133, 137; *dies.*, NotBZ 2000, 237, 238 f.; ausführlich dazu *Tiedtke*, FR 1977, 539 ff.; *ders.*, FR 1985, 631 ff.; vgl. auch *Gottwald*, MittBayNot 2001, 8, 12 Fn. 37; *Heinicke* in: Schmidt, EStG § 23 Rdnr. 22.

<sup>18</sup> Vgl. nur BFH vom 17.04.96, X R 160/94, BStBl. II 1997, 32 ff. = FR 1996, 675 f. mit Anm. *Weber-Grellet*; *Hörger/Stephan*, Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragsteuerrecht, 1998, Rdnr. 779 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234 ff. Gegen die Behandlung der Ausschlagung gegen Abfindung als Veräußerungsgeschäft plädiert insbesondere *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 674; ebenso *Hannes*, ZEV 1996, 10, 14.

<sup>19</sup> Insoweit kann die steuerliche Beurteilung nicht anders sein als bei einem Erbverzicht nach § 2346 BGB. Darin ist auch keine Vermögenszuwendung beim Verzichtsempfänger und keine Vermögensminderung beim Verzichtenden und damit kein entgeltliches Veräußerungsgeschäft zu sehen, vgl. *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 116; *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 360 und zur zivilrechtlichen Sicht ebenda Rdnr. 358 f.; *Glanegger* in: Schmidt, EStG, § 6 Rdnr. 159; wie hier BFH vom 7.4.1992, VIII R 59/89, BStBl. II 1992, 809 ff.; offen BFH vom 20.10.1999, X R 132/95, BStBl. II 2000, 82 ff.

<sup>20</sup> So bei Ausschlagung gegen Abfindung, vgl. dazu nur BFH vom 17.04.96, X R 160/94, BStBl. II 1997, 32 ff. = FR 1996, 675 f. mit Anm. *Weber-Grellet*; *Hörger/Stephan*, Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragsteuerrecht, 1998, Rdnr. 779 ff.; *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, 1999, „Ausschlagung“ Rdnr. 10, 16 ff.; *Tischer*, BB 1999, 557 ff.; *Christ*, ZEV 1995, 446 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, BB 2001, 234 ff.; vgl. auch die erbschaftsteuerliche Rechtsprechung, z.B. BFH vom 30.4.1986, II R 155/83, BStBl. II 1986, 676 f.

<sup>21</sup> BFH vom 25.1.2001, II R 22/98.

## 6. Zivilrechtliche Auswirkungen eines Erbschaftsvertrages nach § 312 Abs. 2 BGB

Bei Beurkundung eines Erbschaftsvertrages ist hinsichtlich der zivilrechtlichen Wirkungen<sup>22</sup> Folgendes zu beachten. Der Vertrag kann sich entweder auf das Pflichtteilsrecht oder auf das Erbrecht oder beides beziehen. Ein Vertrag über das Erbrecht kann sowohl das gesetzliche Erbrecht regeln als auch den Fall einer testamentarischen Erbfolge betreffen, dann aber nur quantitativ begrenzt bis zur Höhe der gesetzlichen Erbquote<sup>23</sup>. Ein Vertrag über das Erbrecht beeinflusst die Erbfolge nicht unmittelbar. Die Vereinbarung des Erbschaftsvertrages muss nach dem Eintritt des Todesfalles erst noch erfüllt werden<sup>24</sup>. Eine aufschiebend auf den Todesfall bedingte Verfügung über den Erbteil wird von der überwiegenden Meinung nicht anerkannt. Auch das Pflichtteilsrecht bleibt durch eine Vereinbarung nach § 312 Abs. 2 BGB unberührt. Allerdings kann bereits in dem Erbschaftsvertrag über den zukünftig aufgrund des Pflichtteilsrechts entstehenden Pflichtteilsanspruch verfügt werden<sup>25</sup>. Dann erlangt der Erbschaftsvertrag mit dem Eintritt des Todesfalles dingliche Wirkung.

## IV. Weitere Gestaltungsüberlegungen

### 1. Hinderungsgründe für einen Vertrag nach § 312 BGB

In manchen Konstellationen ist die vorstehend geschilderte und vom BFH entschiedene Vorgehensweise schwer realisierbar. Dies ist insbesondere der Fall, wenn bereits früher, insbesondere im Zusammenhang mit früher erfolgten Schenkungen (z.B. 1995) ein vollständiger Pflichtteilsverzicht erklärt wurde. Das Gleiche gilt, wenn nur ein Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche vereinbart wurde, jedoch kein nennenswertes weiteres Vermögen bei den Eltern vorhanden ist. In diesem Fall hätten die potenziellen zukünftigen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche keinen nennenswerten Wert mehr, so dass entsprechende Geschwisterzuwendungen wohl nicht auf die Freibeträge der Eltern entfielen und nicht nach dem Steuersatz der Eltern, sondern nach Steuerklasse II zu versteuern wären.

Die Aufhebung eines gestaltungshinderlichen Pflichtteilsverzichts und spätere Neuvereinbarung eines solchen gegen Abfindung durch einen Geschwisterteil ist bei einem engen zeitlichen Zusammenhang vom Einwand des steuerlichen Gestaltungsmissbrauchs nach § 42 AO bedroht.

Sinnvoller kann es sein, den Pflichtteilsverzicht bestehen zu lassen und statt dessen zusätzlich einen Erbschaftsvertrag nach § 312 Abs. 2 BGB über das gesetzliche Erbrecht gegen Abfindung oder einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gemäß § 2346 BGB, § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG gegen Abfindung zu vereinbaren (vgl. dazu unten).

Der Abschluss eines Erbschaftsvertrages nach § 312 Abs. 2 BGB beschränkt auf Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen

Abfindung ist versperrt, wenn die 10-jährige Frist des § 2325 Abs. 3 BGB im Zeitpunkt der Vereinbarung nach § 312 BGB bereits abgelaufen ist. In diesem Fall können die früher getätigten Zuwendungen nicht mehr als Pflichtteilsergänzungsansprüche berücksichtigt werden. Unbeachtlich ist es meines Erachtens hingegen, wenn es nach der statistischen Lebenserwartung unwahrscheinlich ist, dass die Eltern vor Ablauf der 10-jährigen Frist des § 2325 Abs. 3 BGB versterben sollten. Auch nach Ablauf der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bleibt die Möglichkeit, einen Erbschaftsvertrag über das gesetzliche Erbrecht gegen Abfindung oder einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gemäß § 2346 BGB, § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG gegen Abfindung zu vereinbaren (vgl. dazu unten).

### 2. Rückforderungsrecht nach § 29 Abs.1 Nr.1 ErbStG

Als alternative steuerliche Gestaltung kommt die Rückforderung nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Betracht. Besteht ein gesetzliches oder vertragliches Rückforderungsrecht<sup>26</sup> der Eltern, so können sie das Geschenkte ganz oder teilweise zurückfordern. Dadurch entfällt nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG<sup>27</sup> nicht nur der ursprünglich verwirklichte Steuertatbestand. Eine evtl. früher gezahlte Steuer wäre insoweit von der Finanzbehörde zu erstatten. Darüber hinaus ist die Rückübertragung vom Kind auf die Eltern selbst nicht steuerpflichtig. Freibeträge werden hierdurch nicht angegriffen.

Anschließend, nach Abwarten einer gewissen Frist, wie dies auch bei Kettenschenkungen<sup>28</sup> üblich und notwendig ist, können die Eltern auf ihre eigenen Freibeträge und nach dem Steuersatz der Steuerklasse I den Grundbesitz ganz oder teilweise auf das andere Kind übertragen. Eine unmittelbare Zuwendung zwischen Geschwistern würde so vermieden. Allerdings sind die Fälle sehr selten, in denen tatsächlich ein gesetzliches oder vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht erfüllt ist.

Würde im Rahmen der Überlassung beispielsweise ein Verfügungsverbot vereinbart, würde eine Belastung des erworbenen Grundbesitzes mit einer Grundschuld den Tatbestand des § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllen. Ob die Finanzverwaltung allerdings den Rückfall eines aus steuerlichen Gründen *provokierten* Rückfalls anerkennen würde, erscheint zweifelhaft.

Sehen die Steuerpflichtigen einen zweifelhaften Sachverhalt als groben Undank<sup>29</sup> gemäß § 530 BGB an und verlangen aus diesem Grunde den Grundbesitz zurück, so besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung den Tatbestand des § 530 BGB als nicht erfüllt ansieht und von einer unentgeltlichen Zuwendung des Kindes an die Eltern ausgeht. In diesem Fall würde nicht nur der ursprüngliche Schenkungsteuerfall nicht rückgängig gemacht, sondern darüber hinaus die unentgeltliche Zuwendung des Sohnes an die Eltern nach den Grundsätzen der Steuerklasse II besteuert werden. Werden dem

<sup>22</sup> Vgl. ausführlich *Wufka* in: Staudinger, BGB, § 312 Rdnr. 19 ff.; sowie zu den Grenzen auch *Limmer*, DNotZ 1998, 927 ff.

<sup>23</sup> BGH NJW 1988, 2726 ff.; *Wufka* in: Staudinger, BGB, § 312 Rdnr. 22; a.A. *Thode* in: MünchKomm, § 312 Rdnr. 14.

<sup>24</sup> *Wufka* in: Staudinger, BGB, § 312 Rdnr. 30; *Thode* in: MünchKomm, § 312 Rdnr. 15; vgl. auch differenzierend *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 931 f.

<sup>25</sup> *Wufka* in: Staudinger, BGB, § 312 Rdnr. 29; *Thode* in: MünchKomm, § 312 Rdnr. 15; kritisch insoweit *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 934 f.

<sup>26</sup> Vgl. ausführlich dazu *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1 ff.

<sup>27</sup> Vgl. zum ganzen *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 29 Rdnr. 1 ff.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 375 ff.; *Hörger/Stephan*, Die Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Ertragsteuerrecht, Rdnr. 427 ff.; *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, „Kettenschenkung“, S. 164 ff.; *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 145 ff.; *T.Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 175 f.; *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 68 ff.; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 393 ff.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Putzo* in: Palandt, BGB, § 530 Rdnr. 4 ff.; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 29 Rdnr. 10 ff.

Finanzamt hingegen falsche Tatsachen vorgespiegelt, die so nicht gegeben sind, so handelt es sich um eine Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO.

### 3. Abschluss eines Erbverzichts- oder Zuwendungsverzichtsvertrages nach §§ 2346, 2352 BGB gegen Abfindung

Der BFH verweist in seinem hier besprochenen Urteil vom 25.1.2001 auf ein älteres Urteil des BFH<sup>30</sup> aus dem Jahre 1977, dessen Rechtsmeinung er damit nochmals bestätigt. In diesem Urteil hat der BFH eine weitere steuerbegünstigte Gestaltung für Geschwisterübertragungen ermöglicht. Geschwisterzuwendungen unterliegen nicht nur bei Verträgen nach § 312 Abs. 2 BGB der Steuerklasse I, sondern auch, wenn ein Geschwisterteil mit seinen Eltern einen Erb-, Pflichtteils-<sup>31</sup> oder Zuwendungsverzicht vereinbart und dafür von einem dadurch begünstigten Geschwisterteil eine Abfindung erhält<sup>32</sup>. Insofern lassen sich die durch einen Vertrag nach § 312 Abs. 2 BGB erzielbaren erbschaftsteuerlichen Folgen auch durch Vereinbarungen nach §§ 2346, 2352 BGB erreichen. Erwirbt der die Ausgleichsleistung erbringende Geschwisterteil im Erbfall der Eltern später etwas, so kann er die an den Bruder/die Schwester erbrachte Ausgleichsleistung als Kosten des Erwerbs nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abziehen<sup>33</sup>.

Beispielsweise ist ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht am Nachlass der Eltern nach § 2346 BGB gegen Abfindung zwischen den Geschwistern möglich. Die Abfindungsleistung, die ein Geschwisterteil an den anderen leistet, ist nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG steuerpflichtig. Schenkungsteuerlich gilt die Zuwendung jedoch als Zuwendung von den Eltern und wird als solche besteuert. Da der Erbverzicht nach § 2346 BGB sich jedoch nur auf das *gesetzliche* Erbrecht bezieht, kann dem verzichtenden Kind dennoch von den Eltern *testamentarisch* etwas zugewandt werden<sup>34</sup>. Eine solche testamentarische Regelung, die den Erbverzicht seiner Wirkung beraubt, sollte m.E. jedoch nicht zeitgleich mit dem Erbverzicht gegen Geschwisterabfindung getroffen werden, da sonst der Einwand des Gestaltungsmissbrauches nach § 42 AO drohen könnte.

### 4. Übertragung von Betriebsvermögen gemäß § 13 a, 19 a ErbStG

Als weiteres steuerliches Gestaltungsmittel zur schenkungsteuerlich begünstigten unentgeltlichen Vermögensübertragung zwischen Geschwistern kommt die Ausnutzung der §§ 13 a, 19 a ErbStG in Betracht<sup>35</sup>. Dies setzt die Begründung

von Betriebsvermögen voraus. Sind §§ 13 a, 19 a ErbStG erfüllt, so besteht auch zwischen Geschwistern ein zusätzlicher Freibetrag von 500.000,- DM; die Steuersätze richten sich nach der Steuerklasse I und ein zusätzlicher Bewertungsabschlag in Höhe von 40 % wird gewährt. Dieses Ziel lässt sich insbesondere durch Einbringung von Grundbesitz in eine nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägte GmbH & Co. KG erreichen.

Gegenüber dem Abschluss eines Vertrages nach § 312 BGB zeichnet sich diese Gestaltung dadurch aus, dass sie einen erheblichen Aufwand erfordert und die Handhabbarkeit für die Beteiligten oft schwierig ist und diese überfordert. Darüber hinaus führt dieses Vorgehen zu einer steuerlichen Verstrickung der stillen Reserven, wenn Wertsteigerungen während der Zeit des Betriebsvermögens eintreten. Außerdem sind die fünfjährigen Behaltefristen der §§ 13 a, 19 a ErbStG einzuhalten. Hieraus resultieren gewisse Gestaltungsrisiken. Schließlich führt die Einlage in das Gesamthandsvermögen der GmbH & Co. KG gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen zu einem Veräußerungsgeschäft im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG<sup>36</sup>. Bei Anschaffung oder Entnahme von Grundbesitz innerhalb von zehn Jahren vor der Einbringung in die GmbH & Co. KG ist daher auf § 23 EStG genau Acht zu geben.

Ist die Komplementär GmbH an der GmbH & Co. KG nicht kapitalmäßig beteiligt und bleiben die bisherigen Eigentümer des Grundbesitzes nach der Einbringung in die GmbH & Co. KG im gleichen Verhältnis am Grundbesitz beteiligt, so entsteht bei einer Einbringung nach § 5 GrEStG keine Grunderwerbsteuer. Die Nachversteuerung nach § 5 Abs. 3 GrEStG greift bei einer schenkungsteuerpflichtigen Übertragung nach § 3 Nr. 2 GrEStG m.E. nicht ein<sup>37</sup>.

### 5. Vorsorgemaßnahmen bei der vorweggenommenen Erbfolge

Wollen Eltern mit mehreren Kindern wesentliches Vermögen auf *ein* Kind übertragen und kommt es dadurch möglicherweise zu Ungleichbehandlungen der Kinder, die nicht gewollt sind, kann bereits bei der Übertragung Vorsorge getroffen werden.

In dem oben geschilderten Beispielsfall unter I. hätten die Eltern dem beschenkten K 1 die Auflage machen können, auf einseitige Aufforderung der Eltern eine möglichst genau bezeichnete Teilfläche von bis zu X Quadratmetern auf K 2 zu übertragen. Die Weitergabepflichtung müßte dann auf Anforderung der Eltern erfüllt werden. Das Recht der genaueren

<sup>30</sup> BFH vom 25.5.1977, II R 136/73, BStBl. II 1977, 733 f.

<sup>31</sup> Ob auch ein Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung trotz der Nichterwähnung im Wortlaut des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG dieser Norm oder § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt, ist bestritten, vgl. *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 122 m.w.N.; a.A. *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 321.

<sup>32</sup> Vgl. *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, „Erbverzicht“ Rdnr. 6 ff.; *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 108; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 122; *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 215; vgl. zu zivil- wie auch einkommensteuerrechtlichen Konsequenzen *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 353 ff.

<sup>33</sup> *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 215.

<sup>34</sup> *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 319; *Meincke*, ErbStG, § 7 Rdnr. 108.

<sup>35</sup> Vgl. dazu bereits *T. Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 186 ff.; *Jülicher*, DStR 1997, 1949 ff.; *Piltz*, ZEV 1997, 61 ff.; *Hübner*, NWB Fach 10, S. 787 ff.; *Stobbe/Brüninghaus*, BB 1998, 1611 ff.

<sup>36</sup> Erlass des BMF vom 5.10.2000, BStBl. I 2000, 1383 ff. = MittBayNot 2000, 581 ff., Tz. 6; Erlass des BMF vom 29.3.2000, BStBl. I 2000, 462; vgl. dazu auch BFH vom 19.10.1998, VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230 ff.; *Gottwald*, MittBayNot 2001, 8, 15, Fn. 59; *Reich*, ZNotP 2000, 479, 483; *Obermeier*, NWB Fach 3 S. 11450, 11454 ff.; *Daragan*, DStR 2000, 573 ff.; *Krafi/Bräuer*, DStR 1999, 1603 ff.; *Kusterer*, DB 2000, 820 ff.; vgl. zum parallelen Problem bei Einbringung in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft *Strahl*, KÖSDI 2001, 12802 ff.

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Pahlke/Franz*, GrEStG, § 5 Rdnr. 51, der insoweit unklar ist. Einerseits meint er, dass § 5 Abs. 3 GrEStG nicht eingreife, wenn ein Fall des § 3 Nr. 2 GrEStG vorliege, also auch im Schenkungsfall. Andererseits scheint er die Nichtanwendung des § 5 Abs. 3 GrEStG auf Fälle *personenbezogener* Steuerbefreiungen beschränken zu wollen. Darunter fällt § 3 Nr. 2 GrEStG m.E. jedoch nicht. Wer ganz sicher gehen will, sollte daher bis zur endgültigen Klärung dieser Frage, die 5-Jahres-Frist des § 5 Abs. 3 GrEStG abwarten.

Bestimmung der Teilfläche könnte den Eltern nach § 315 BGB zugewiesen werden. Eine entsprechende Vereinbarung hätte einerseits zivilrechtliche Flexibilität geschaffen. Gleichzeitig hätte die Zuwendung von K1 an K2 schenkungsteuerrechtlich als Zuwendung der Eltern an K2 gegolten<sup>38</sup>. Es wäre mithin die Steuerklasse I zur Anwendung gekommen. Ob es sich dabei um eine Schenkung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG oder eine AufLAGENSCHENKUNG nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG handelt<sup>39</sup>, ist dabei irrelevant. Die spätere teilweise Weitergabe mindert rückwirkend wiederum den Erwerb des zunächst beschenkten K 1 nach § 10 Abs. 5 ErbStG i.V.m. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO.

#### IV. Zusammenfassung

Der BFH hat mit seinem jüngsten Urteil Rechtssicherheit für eine Gestaltungsmöglichkeit von schenkungsteuerlich begünstigten Geschwister-Vermögensübertragungen geschaffen: Ein Verzicht auf zukünftige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche zwischen gesetzlichen Erben nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 BGB gegen Abfindung ist ein steuerpflichtiger Vorgang nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die erhaltene Abfindung ist jedoch nach der Steuerklasse und mit dem Freibetrag zu versteuern, die für das Verhältnis von zukünftigem Erblas-

ser und Abfindungsempfänger gilt, also nach Steuerklasse I. Wird Grundbesitz übertragen, ist dieser mit den Grundbesitzwerten der §§ 138 ff. BewG zu bewerten. Der Wert des Verzichts und der Wert der Abfindung sollten einander in etwa entsprechen.

Beruhet die Übertragung von Vermögen zwischen den Geschwistern auf einer früher von den Eltern getätigten Schenkung an das eine Kind, so mindert die spätere Geschwisterübertragung nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG den ursprünglichen schenkungsteuerpflichtigen Erwerb des ersten Kindes von den Eltern.

Das Vorgesagte gilt nicht nur bei einem Vertrag nach § 312 Abs. 2 BGB über zukünftige Pflichtteilsansprüche, sondern auch bei einem Vertrag nach § 312 BGB über das künftige gesetzliche Erbrecht.

Mit einem sogenannten Erbschaftsvertrag nach § 312 Abs. 1, Abs. 2 BGB lassen sich auf die Freibeträge der Eltern und nach der Steuerklasse zwischen Eltern und Kindern Vermögen zwischen Geschwistern ohne großen Gestaltungsaufwand übertragen.

Als alternative Gestaltungen sind auch ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht nach § 2346 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG oder ein Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG denkbar. Auch bei diesen Vereinbarungen wird die Zuwendung eines Geschwisteranteils an den anderen als Zuwendung von den Eltern besteuert.

Wird Vermögen von den Eltern auf eines von mehreren Kindern übertragen und lässt sich bei der vorweggenommenen Erbfolge noch nicht sicher abschätzen, ob später Teile des dem einen Kind zugewandten Vermögens auf Geschwister übertragen werden sollen, so sollte bei der Übertragung eine bedingte Weiterschenkungsvereinbarung nach § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG getroffen werden. Diese sichert die Besteuerung der späteren (Teil-)Weitergabe von einem Kind an das andere als Zuwendung von den Eltern an das Kind.

<sup>38</sup> BFH vom 17.2.1993, II R 72/90, BStBl. II 1993, 523 ff. (dies gilt nach diesem Urteil sogar auch dann, wenn der Zwischenempfänger den Gegenstand vor Bedingungseintritt aus eigenem Entschluss weitergibt); anders noch BFH vom 14.7.1982, II R 102/80, BStBl. II 1982, 736 ff.; vgl. dazu auch *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 202 m.w.N.; *Jülicher*, DStR 1994, 926 ff. (kritisch); *Wachter*, MittBayNot 2000, 162, 175; *Söffing/Völkers/Weinmann*, Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht, „Kettenschenkung“ Rdnr. 9, S. 166; *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 96.

<sup>39</sup> Vgl. zur Abgrenzung *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 201; vgl. auch *Kapp/Ebeling*, ErbStG, § 7 Rdnr. 98.

## Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen

### Bericht über die 57. Jahrestagung des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen

Von Notarassessorin *Dr. Margit Twehues*, Ingolstadt

In der notariellen Beratungspraxis der Vermögensnachfolge gewinnt das Rechtsinstitut der Stiftung zunehmend an Bedeutung. Derzeit kann man von einem regelrechten Stiftungsboom sprechen. Die Zahl der Neugründungen von Stiftungen steigt in Deutschland kontinuierlich an. Gründe hierfür sind einerseits die gewachsenen Privatvermögen und die Bereitschaft potentieller Stifter, diese Mittel dem Gemeinwohl zur Verfügung zu stellen, und andererseits die Erkenntnis, dass die staatliche Leistungsfähigkeit an ihre Grenzen stößt. Letzteres hat die Politik bewogen, das Stiftungswesen durch eine Neuordnung der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu unterstützen. Beispielhaft seien hier nur die Reform des Stiftungssteuerrechts durch das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen (BGBl. I 2000, S. 1034) und die bevorstehende Reform des Bayerischen Stiftungsgesetzes genannt.

Vor diesem Hintergrund fand in der Zeit vom 30.5. bis 1.6.2001 in Köln die 57. Jahrestagung des *Bundesverbandes Deutscher Stiftungen* statt. Die diesjährige Jahrestagung, die unter dem Titel „Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – Die Rolle der Stiftungen“ stand, war mit ca. 600 Teilnehmern die größte Tagung, die der Bundesverband bisher ausgerichtet hat. Das rege Interesse, das die Veranstaltung gefunden hat, ist nur ein Zeichen für die überaus erfolgreiche Arbeit des Bundesverbandes in der jüngsten Vergangenheit, die sich insbesondere auch darin zeigt, dass es dem Bundesverband gelungen ist, viele seiner Positionen in der soeben erfolgten Reform des Stiftungssteuerrechts durchzusetzen.

Im Rahmen der Tagung wurden – wie in jedem Jahr – in einzelnen Arbeitskreisen aktuelle Fragen der Stiftungsarbeit erörtert. Die Zahl der Arbeitskreise ist in den vergangenen Jahren kontinuierlich ausgebaut und die Themenauswahl akzentuiert worden, so dass in diesem Jahr ein umfangreiches Fachprogramm geboten wurde. In elf Arbeitskreisen wurden den Teilnehmern in über 20 Fachvorträgen praxisbezogene Informationen zu stiftungsrelevanten Themen gegeben. Daneben war wesentlicher Gegenstand der Tagung die aktuelle Reformdiskussion im Bereich des Stiftungsprivatrechts.

#### I. Berichte aus den Arbeitskreisen

Aus den Arbeitskreisen lässt sich exemplarisch Folgendes berichten:

##### 1. Arbeitskreis „Steuern, Recht und Wirtschaft“

Auf das größte Interesse stieß auch in diesem Jahr der Arbeitskreis „Steuern, Recht und Wirtschaft“, der sich mit den in den letzten Monaten erfolgten Änderungen im Steuerrecht

für Stiftungen und Stifter befasste. Rechtsanwalt *Dr. Peter Lex* und Rechtsanwalt *Harald Spiegel* (beide von *Dr. Mohren und Partner*, München) referierten unter der Themenstellung „Das Steuerrecht wird runderneuert – fahren Stiftungen künftig besser?“ insbesondere über das Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen, das Steuersenkungsgesetz und sonstige Änderungen einkommensteuerlicher, erbschaftsteuerlicher und abgabenrechtlicher Vorschriften. Im Mittelpunkt der Erörterungen von *Dr. Lex* standen die Möglichkeit zur Bildung freier Rücklagen durch Stiftungen und die – auch aus notarieller Sicht interessanten – Änderungen im Einkommensteuerrecht für Stifter. Hervorgehoben wurde insbesondere der Abzugsbetrag in Höhe von DM 600.000 in der Einkommensteuer, der nunmehr gemäß § 10b Absatz 1a EStG für Zuwendungen anlässlich der Neugründung einer Stiftung gewährt wird und der nach Prognose des Referenten vermehrt zur Errichtung auch nichtrechtsfähiger Stiftungen führen wird. Das Stiftungsprivatrecht spielte in diesem Arbeitskreis keine große Rolle.

##### 2. Arbeitskreis „Immobilienmanagement“

Im Arbeitskreis „Immobilienmanagement“ referierten zunächst *Jürgen Ehrlich* (Vorstandsmitglied *Deutsche Immobilienfonds AG, Difa*, Hamburg) zum Thema „Werterhaltungsmanagement als Basis nachhaltiger Portfolioentwicklung – Immobilienentwicklung als Reaktion auf den Markt“ und *Norbert Völler* (Vorstand *Merck-Finck-Treuhand AG* für Privat- und Stiftungsvermögen, Frankfurt) zu den Themen „Immobilienanlagen im Vermögen einer Stiftung unter den Aspekten Diversifikation und Internationalität“ und „Formen und Renditeerwartungen von Immobilienanlagen“. Während die vorgenannten Vorträge nicht nur der Information der Tagungsteilnehmer, sondern nicht zuletzt auch der Positionierung der hinter den Referenten stehenden Unternehmen dienten, referierte Kirchenrechtsdirektorin *Ulrike Kost* (*Evangelische Pflege Schönau*, Heidelberg) in bewährter Form zu aktuellen Fragen des Erbbaurechts. Sie erörterte dabei auch die aktuelle Fassung des Mustererbbaurechtsvertrages des Bundesverbandes Deutscher Stiftungen, der hervorgegangen ist aus der Arbeitsgruppe „Mustervertrag zur Vergabe von Erbbaurechten“ des *Deutschen Städtetages*, der Kirchen und des *Bundesverbandes Deutscher Stiftungen*.

##### 3. Arbeitskreis „Kommunales“

Im Arbeitskreis „Kommunales“ verdeutlichten die praxisorientierten Hinweise für die Verwaltung kommunaler Stiftungen und die Betreuung potentieller Stifter von *Katharina Knäusl*, Leiterin der Stiftungsverwaltung der Landeshauptstadt München, welches Potential in kommunalen Stiftungen steckt. Die



von *Knäusl* vorgestellten Zahlen zeigten, dass die Landeshauptstadt München ein Stiftungsvermögen von ca. 600 Millionen Mark verwaltet und allein in München im Jahr 2000 von Stiftern 11,5 Millionen Mark in kommunale Stiftungen eingebracht wurden.

Gerade bei kleineren Stiftungen biete sich die Anbindung an eine kommunale Gebietskörperschaft an, da so die dauerhafte Verwaltung gesichert sei, ohne dass ein aufwändiges Stiftungsorgan gebildet werden müsse. Von diesen, von den Gemeinden verwalteten Stiftungen würden viele durch Verfügungen von Todes wegen errichtet. Vor diesem Hintergrund war es aus notarieller Sicht interessant, von der kommunalen Stiftungsverwaltung zu erfahren, welche Probleme bei der Verwaltung kommunaler Stiftungen bestehen und wie diesen durch die Gestaltung der Satzung vorgebeugt werden kann. Angeregt wurde von *Knäusl*, in Absprache mit dem Stifter möglichst schon vor Errichtung des Testaments Rücksprache mit der betroffenen Gemeinde zu nehmen, um später einen reibungslosen Ablauf der Errichtung und eine dem Stifterwillen entsprechende Verwaltung der Stiftung zu gewährleisten. Diese Anregung sollte die notarielle Praxis aufgreifen und gegebenenfalls im Rahmen der Beratung einen solchen Kontakt anregen und aufbauen.

## II. Diskussion zur Modernisierung des Stiftungsprivatrechts

Die Diskussion zum Thema „Modernisierung des Stiftungsprivatrechts – Signal auf dem Weg zur Bürgergesellschaft“, die eine zentrale Veranstaltung der Jahrestagung war und von *Prof. Dr. Axel Freiherr von Campenhausen*, dem ersten Vorsitzenden des *Bundesverbandes*, geleitet wurde, begann mit einer Einführung in die Problematik durch *Dr. Bernd Andrick*, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Gelsenkirchen. Es wurde schnell deutlich, dass der *Bundesverband Deutscher Stiftungen* keinen großen Reformbedarf im Stiftungsprivatrecht sieht. Er vertritt die Ansicht, dass sich das geltende Stiftungsrecht allgemein bewährt habe. Insbesondere an dem System der Stiftungsaufsicht müsse festgehalten werden.

Im Wesentlichen lassen sich die Reformvorschläge des *Bundesverbandes* wie folgt zusammenfassen:

Das Recht auf Stiftung sollte im BGB ausdrücklich erwähnt werden. Zudem sollten die Voraussetzungen für die Errichtung rechtsfähiger Stiftungen bundeseinheitlich geregelt werden.

Eine Vereinfachung und Beschleunigung des Errichtungsverfahrens sollte erreicht werden, insbesondere durch Einführung eines Verbundverfahrens, in dem der Stifter nur noch mit der Stiftungsbehörde zu tun hat. Die erforderliche Abstim-

mung mit der Finanzverwaltung sollte intern von der Stiftungsbehörde vorgenommen werden. Zudem sollten Entscheidungsfristen eingeführt werden.

Ein bei den Stiftungsbehörden geführtes Stiftungsregister, das öffentlichen Glauben genießt, sollte eingeführt werden.

Der *Bundesverband* sieht seine Thesen durch die Ergebnisse einer Umfrage bestätigt, in deren Rahmen er bei neuerrichteten Stiftungen ermittelt hat, welche Erfahrungen jeweils mit dem Genehmigungsverfahren gemacht wurden. Das Ergebnis sei eindeutig ausgefallen. Probleme bei der Errichtung von Stiftungen bestünden praktisch nicht.

## III. Festveranstaltung mit Verleihung des Stifterpreises 2001

Im Rahmen der Festveranstaltung, bei der die Festrede von Staatsminister *Prof. Dr. Julian Nida-Rümelin* zum Thema „Auf dem Weg zur Bürgergesellschaft – die Rolle der Stiftungen“ gehalten wurde, ehrte der *Bundesverband Prof. Dr. Paul Raabe* für seinen Einsatz beim Wiederaufbau der *Franckeschen Stiftungen zu Halle* mit dem Deutschen Stifterpreis 2001.

## IV. Resümee

Bedauerndwert ist, dass die Notare bei dieser hervorragenden Fachtagung, deren Teilnahme auch Nichtmitgliedern des *Bundesverbandes Deutscher Stiftungen* offen steht, kaum Präsenz zeigten. Die Tagung bot einen idealen Rahmen, um – neben den Informationen aus den Fachvorträgen – auch aus Gesprächen mit Vertretern der Genehmigungsbehörden zahlreiche nützliche Hinweise für die Praxis der Stiftungserrichtung zu erhalten. So wurde von den Genehmigungsbehörden kritisiert, dass es – auch bei notariellen Stiftungsgeschäften – häufig Probleme im Genehmigungsverfahren gebe, die vielfach auf mangelnde Absprache mit den Genehmigungsbehörden zurückzuführen seien. In der Stiftungspraxis sei es allgemein üblich, die Grundlagen der Stiftungserrichtung vorab mit den Genehmigungsbehörden abzustimmen. Von dieser Klärung im Vorfeld, scheinen die Notare kaum Gebrauch zu machen, obwohl das Verfahren der Stiftungsgenehmigung – nicht zuletzt im Interesse des Stifters – dadurch erheblich beschleunigt werden könnte. Es kann daher nur empfohlen werden, frühzeitig den Kontakt zu den Genehmigungsbehörden zu suchen.

Resümierend lässt sich feststellen, dass die Notare dem Rechtsinstitut der Stiftung mehr Beachtung schenken sollten, da es in der Beratungspraxis sicherlich in der nächsten Zeit deutlich an Bedeutung gewinnen wird.

# Sichere Fundamente beim privaten Hausbau?

## – Bericht über die Tagung des Bundesverbands der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände e.V. (BVZV) am 12.6.2001 in Berlin –

Von Notarassessorin *Dr. Susanne Frank*, Lic. en droit und Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, beide München

Sichere Fundamente beim privaten Hausbau? Diese Frage war zugleich Thema der Veranstaltung des BVZV, auf der Vertragsverhältnisse und Markttransparenz beim privaten Hausbau in Deutschland und anderen europäischen Ländern diskutiert wurden. Der BVZV ist im vergangenen Jahr aus dem Zusammenschluss mehrerer Verbraucherorganisationen hervorgegangen. Mit der „Europäischen Tagung“ setzt er die Initiativen der *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. (AgV)* fort, die im Frühjahr 2000 der Öffentlichkeit eine Musterbaubeschreibung vorgestellt hatte<sup>1</sup>. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung des Eigenheimerwerbs ist es nur konsequent, dass die Verbraucherverbände sich auch in diesem Bereich die Aufmerksamkeit zu Nutze machen, die Politik und Exekutive dem Thema Verbraucherschutz derzeit zukommen lassen. Neben Regierungsvertretern (hervorzuheben ist MR *Dr. Schmidt-Räntsch*, BMJ) war auch ein Mitglied des Bundestagsausschusses für Bau- und Wohnungswesen sowie mit Herrn *Jens Ring* ein Vertreter der Europäischen Kommission anwesend, der sein Grußwort sybillinisch mit der Frage schloss: „Wird diese Konferenz einen Themenbereich oder eine Zukunftsperspektive für weitere Tätigkeiten der Kommission im Baubereich innerhalb des vertraglich festgelegten Subsidiaritätsprinzips aufzeigen?“<sup>2</sup>

Frau Prof. *Dr. Edda Müller*, Vorstandsmitglied des BVZV, formulierte in ihrer Eröffnungsrede die wichtigsten Forderungen des BVZV an den Gesetzgeber: 1. Einen stärkeren Insolvenzschutz für Erwerber. 2. Größere Transparenz bei Bau- und Leistungsbeschreibungen. Diesem Zweck dienen die Vorschläge des BVZV zu Musterbaubeschreibungen und Musterbauvertrag. In diesem Kontext wurde die Initiative des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen zur Einführung eines „Gebäudepasses“ begrüßt.

Der von RA *Steffen Kraus*, München, vorgestellte „Baurechtliche Ergänzungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz“ des *Instituts für Baurecht Freiburg im Breisgau e.V. (IfBF)* stößt bei den Verbraucherverbänden auf reges Interesse<sup>3</sup>. Kernstück dieser aus nur fünf Paragraphen bestehenden Sonderbestimmungen für das Bauvertragsrecht ist die von § 632 a BGB abweichende Regelung des gesetzlichen Anspruchs auf Abschlagszahlung. Ein solcher besteht nur gegen Stellung einer Sicherheit in Höhe von 10% des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs. Die Sicherheit wird nach Abnahme auf fünf vom Hundert abgeschmolzen. Sie ist bis zum Ablauf der Gewährleistungsfristen aufrechtzuerhalten. Dieser Regelungsvorschlag sichert den Erwerber/Auftraggeber über

die Rückzahlungsbürgschaft des § 7 MaBV hinaus. Die betragsmäßige Begrenzung der Sicherheit nimmt ihm das Fertigstellungsrisiko jedoch nur zum Teil ab und bleibt daher hinter den auf der Veranstaltung vorgestellten französischen und niederländischen Konzepten<sup>4</sup> zurück. Andererseits würde die Situation des Erwerbers in der Insolvenz des Bauträgers spürbar verbessert. Weitere Elemente des Entwurfs sind ein gesetzlicher Anspruch des Bestellers auf Änderung der vereinbarten Bauleistung nach Vertragsschluss unter dem Vorbehalt entgegenstehender wichtiger Gründe auf Seiten des Unternehmers, die Einführung einer Pflicht des Unternehmers zur angemessenen Förderung der Herstellung der Bauleistung<sup>5</sup> und Regelungen bei Fristüberschreitungen. Die Äußerungen des MR *Dr. Jürgen Schmidt-Räntsch*, BMJ, ließen jedoch nicht erkennen, dass diese Vorschläge Chancen haben werden, im laufenden Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt zu werden.

Neben der bereits bekannten Musterbaubeschreibung, die demnächst auch in elektronischer Form zur Übernahme in die elektronische Textverarbeitung erhältlich sein wird, wurde erstmals ein Musterbauvertrag für die Gruppe – nicht beurkundungspflichtiger – „standardisierter Typenhausverträge“ vorgestellt. Das Vorbild solcher Standardverträge stammt aus den Niederlanden, an deren Entwicklung die dortigen Notare einen wesentlichen Anteil hatten. Auch die EU-Kommission stellt bereits Überlegungen an, ob solche Vertragsstandards geeignet sind, mögliche Schwächen der Klauselrichtlinie zu beheben<sup>6</sup>. Motiv für die Entwicklung solcher Verträge ist die von den Verbraucherverbänden kritisierte Unausgewogenheit der Vertragspraxis zu Lasten der Verbraucher. Nach ihren Feststellungen gelingt es vielen Anbietern, auf Grund fehlender Transparenz gegenüber dem juristischen Laien einseitige Klauseln durchzusetzen. Dem BVZV schwebt vor – auch in Zusammenarbeit mit den Verbänden der Bauwirtschaft –, ausgewogene Vertragsstandards für bestimmte Vertragstypen zu erarbeiten.

Im Lichte der verbesserten Markttransparenz soll auch der vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen geplante Gebäudepass zu betrachten sein, der von MR *Manfred Hilgen* vorgestellt wurde. Über die Notwendigkeit und Möglichkeit der Einführung eines Gebäudepasses für Wohngebäude wird in Deutschland seit Anfang der 80er Jahre auf verschiedenen Fachebenen diskutiert, entsprechend kursieren diverse Modelle solcher Pässe. Genese des Gebäudepasses des Bundes ist der „*Leitfaden Nachhaltiges Bauen*“

<sup>1</sup> Vgl. Rundschreiben 05/00 der *Landesnotarkammer Bayern* vom 6.7.2000.

<sup>2</sup> Zum aktuellen Stand sowie den geplanten Möglichkeiten für künftige Initiativen der EG auf dem Gebiet des Vertragsrechts s. die Mitteilungen der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001, KOM (2001), 398 endg.

<sup>3</sup> Sonderbeilage BauR Heft 3, 2001; s. hierzu auch *Sorge/Vollrath*, Das Ende vom Ende des Bauträgervertrages, DNotZ 2001, 260 (270).

<sup>4</sup> Siehe hierzu *Frank*, Bauträgerrecht in Europa, MittBayNot 2001, 113 ff.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu die Entscheidung des VII. Senats des BGH vom 8.3.2001, BauR 2001, 946.

<sup>6</sup> Bericht der Kommission vom 27.4.2000, KOM (2000) 248 endg., über die Anwendung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993, ABl. EG 1993, L 95/29 sowie Mitteilungen der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zum Europäischen Vertragsrecht vom 11.7.2001, KOM (2001), 398 endg.

für bundeseigene Liegenschaften (seit Frühjahr dieses Jahres Pflicht), zu dessen Bestandteil als Anlage auch der Gebäudepass gehört und auf dessen Grundlage nun ein modifizierter verbraucherorientierter Gebäudepass für Wohngebäude sowie ein Vorschlag für die Gliederung einer „Hausakte“ entwickelt wird. Die Veröffentlichung beider Projekte ist für Herbst dieses Jahres geplant. Die Einführung sowohl der Hausakte als auch des Gebäudepasses auf freiwilliger Basis zielen darauf ab, einerseits als Instrumente der Markttransparenz die Unübersichtlichkeit der Angebote im Immobilien- und Bausektor zu verbessern oder gar zu beheben, andererseits im Rahmen der Privatisierung und der damit einhergehenden Vereinfachung von Baugenehmigungsverfahren als Orientierungshilfen für die Eigenverantwortlichkeit der Bauherren zu dienen. Der Gebäudepass soll hierbei jedoch weder einen Bauabnahmebescheid ersetzen noch Grundlage für Gewährleistungsansprüche bilden; in Betracht kommt er als praktische Beurteilungsgrundlage für die baulichen wie ökologischen Eckwerte der Immobilie im Falle des späteren Verkaufs. Inhaltlich enthält er nach dem derzeitigen Vorschlag des BMVBW allgemeine Angaben zu Standort und Bauherr, Angaben zur Liegenschaft und dem Gebäude sowie dessen allgemeine Beschreibung, die Baubeschreibung mit einer Kurzbeschreibung der Konstruktion, den Wärmebedarfsausweis und Angaben zum Jahresenergiebedarf, zum Schallschutz der technischen Gebäudeausrüstung und den Außenanlagen.

Um eine Veränderung des privaten Baurechts in Deutschland im Sinne eines verbraucherfreundlichen, sicheren und übersichtlichen Baurechts herbeizuführen, war auch ein grenzüberschreitender Blick auf die europäischen Nachbarn zu werfen. Mit Frankreich, den Niederlanden und Großbritannien wurden dabei Konzepte vorgestellt, die den privaten Bauvertrag durch zwingende Gesetze, Selbstverpflichtungsmodelle, Versicherungen und Kampagnen Verbraucherschützend regeln.

Seitens des BVZV wurde dem Gesetzgeber hierbei insbesondere das französische Bauvertragsgesetz als Grundlage und Vorbild für die Schaffung eines neuen privaten Baurechts dringend ans Herz gelegt. Dieses wurde den Teilnehmern von *Bernard Vorms*, Directeur der *Agence Nationale pour l'Information sur le Logement* (ANIL)<sup>7</sup>, einer teils staatlichen, teils aus verschiedenen Verbraucherorganisationen zusammengesetzten Vereinigung, vorgestellt. Ganz anders als in Deutschland existiert in Frankreich mit dem privaten Baurecht ein besonderes Verbraucherschutzrecht, das den Vertrag über den Bau eines individuellen Hauses besonderen zwingenden Vorschriften unterstellt. Die Zahl der Haus- und Wohnungseigentümer ist in Frankreich in den letzten Jahren konstant gestiegen und liegt derzeit bei ca. 55 %. Mit dem Gesetz vom 19.12.1990 n. 90-1129 ist der französische Gesetzgeber, nachdem der Bauträgervertrag bereits seit 1967 zwingenden gesetzlichen Vorschriften unterworfen wurde, auch im privaten Baurecht dem Bedürfnis nach umfassenden verbraucher-schützenden Regelungen nachgekommen. Der Vertrag über die Errichtung eines individuellen Hauses muss eine Reihe von detaillierten, obligatorischen Bestimmungen enthalten. Die Vergütung des Bauunternehmers ist in gesetzlich festgelegten Raten nach Baufortschritt zu zahlen, Raten vor Baubeginn müssen durch Rückzahlungsbürgschaft abgesichert

werden, jegliche Zahlungen vor Vertragsunterzeichnung selbst sind unzulässig. Daneben hat der Bauunternehmer eine Fertigstellungsgarantie in Form einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft oder speziellen Versicherung beizubringen, weiter muss er eine Berufs- und Bauhaftpflichtversicherung nachweisen. Der Bauherr hat nach Vertragsunterzeichnung ein siebentägiges Widerrufsrecht, beginnend mit Zugang des Bauvertrags einschließlich Baubeschreibung und weiterer Unterlagen mit Einschreiben und Rückschein oder in vergleichbarer Weise. Wird der Bauvertrag bzw. ein entsprechender Vorvertrag – wie der Bauträgervertrag – notariell beurkundet, entfällt dieses Widerrufsrecht; stattdessen hat der Erwerber eine siebentägige Überlegungsfrist. Diese erst zum 1. Juli in Kraft getretene Neuerung weist interessante Parallelen zur Privilegierung des beurkundeten Verbrauchervertrages im Freiburger Vorschlag (E § 5 Abs. 2 b)) auf. Sämtliche Bestimmungen sind zwingender Natur, bei Nichtbeachtung droht Nichtigkeit des Vertrages, außerdem ergeben sich haftungsrechtliche sowie strafrechtliche Konsequenzen.

Ganz anders, nämlich mit Hilfe von Modellverträgen, gekoppelt an Versicherungen, fangen die Niederlande die Schwierigkeiten im Baubereich ab, dargestellt von *van Rijk*, Directeur des *Stichting Waarborgfonds Koopwoningen*<sup>8</sup>. Anstelle verbindlicher gesetzlicher Regelungen existieren Musterbauverträge, die u.a. in Zusammenarbeit der niederländischen Vereinigung der Bauunternehmer, der Konsumentenvereinigung und Anwälten sowie, vor allem die Verträge über den Kauf und Bau eines Hauses, der Vereinigung niederländischer Notare entwickelt wurden. Der Modellvertrag enthält in einem ersten Teil Bestimmungen über den Bau des Objekts, insbesondere ist eine technische Baubeschreibung enthalten. Gezahlt wird regelmäßig nach Baufortschritt. Ein zweiter Teil ist allgemeinen Geschäftsbedingungen vorbehalten. Diese an sich unverbindlichen Modellverträge sind jedoch obligatorisch abzuschließen, will der Verbraucher vom zusätzlichen Versicherungsschutz vor der Insolvenz des Bauunternehmers profitieren. Mit diesem Ziel wurde 1974 das *Stichting Garantie Instituut Woningbouw* (GIW), Rotterdam, als Zusammenschluss von Verbrauchern, Bauunternehmern und der öffentlichen Hand geschaffen, das entsprechende Versicherungskonzepte ausarbeitet sowie die Einhaltung bestimmter Rahmenbedingungen durch den Bauunternehmer überprüft. Erfüllt das Projekt des Bauunternehmers die vorgegebenen finanziellen sowie technischen Forderungen, gewährt das GIW eine Fertigstellungsgarantie, wenn der Bauvertrag nach den Modellverträgen abgeschlossen wird. In der Praxis ist dies in 80–90 % der abgeschlossenen Bauverträge der Fall; der Verkauf von Baugrund durch Gemeinden erfolgt darüber hinaus grundsätzlich nur, wenn eine entsprechende Versicherung abgeschlossen wurde.

In der anschließenden Diskussion wurde vor allem seitens der Verbraucherverbände das niederländische Versicherungswesen sehr begrüßt. Sowohl von dieser Seite als auch von Vertretern aus der Versicherungsbranche wurde für den deutschen Bauvertrag die Einführung von Pflichtversicherungen des Inhalts der Garantie der Fertigstellung oder der Rückzahlung von Geldern für den Fall der Insolvenz des Bauunternehmers angeregt. Nach Angabe eines Branchenvertreters sei die Fertigstellungs- sowie Gewährleistungsgarantie schon heute in der Praxis der Versicherer Standard. Die Vertreterin des Bun-

<sup>7</sup> *Agence Nationale pour l'Information sur le Logement* (ANIL), 2, bd Saint Martin, F-75010 Paris; [www.anil.org](http://www.anil.org).

<sup>8</sup> *Stichting Waarborgfonds Koopwoningen*, Westblaak 32, Postbus 29160; NL – 3001 GD Rotterdam; [www.swk.nl](http://www.swk.nl).

destagsausschusses für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen *Iwersen* zeigte sich für den öffentlich geförderten Wohnbau gegenüber dieser Forderung nach einer Pflichtversicherung aufgeschlossen, ebenso MR *Jürgen Schmidt-Räntsch*. Probleme sieht dieser jedoch hinsichtlich der Kostentragung für solche Pflichtversicherungen, die letztlich doch auf den Bauherrn umgelegt würden.

Als vorbildlich wurde auch die Zusammenarbeit der niederländischen Versicherungen und Verbraucherorganisationen zur Kenntnis genommen. Beispielhaft als niederländische Verbraucherorganisation wurde hierbei die *Vereiniging Eigen Huis* (VEH)<sup>9</sup> durch deren Hauptgeschäftsführerin *Marlies E. C. Pernot* vorgestellt. Mit über einer halben Million Mitglieder hat diese eine sehr starke politische Stellung im niederländischen Wohnungsbausektor.

Ähnlich wie in den Niederlanden hat sich auch in Großbritannien ein Selbstregulierungsmechanismus durchgesetzt. *Francis Harison* erläuterte für den *National Consumer Council*<sup>10</sup> die unter den Schlagworten „*Combating Cowboy Builders*“ durchgeführte Kampagne gegen unseriöse und/oder inkompetente Bauunternehmer. In Zusammenarbeit mit der Regierung wurde ein „Qualitätsgütezeichen für Bauunternehmer“ (*Builders Quality Mark*) entwickelt, welches gewährleisten soll, dass der Verbraucher beim Bau seines Eigenheims auf einen ehrlichen, seriösen wie kompetenten Bauunternehmer zurückgreifen kann. Um dieses Gütezeichen zu erhalten, können sich Bauunternehmer, sofern sie bestimmte technische und wirtschaftliche Voraussetzungen („Kompetenz“; „Solvenz“) erfüllen, in einem nationalen Register der „*quality-marked builders*“ registrieren lassen. Mit dem Bauherrn ist dann ein Bauvertrag bestimmten Inhalts zu schließen, beim Bau hat der Bauunternehmer bestimmte Mindeststandards einzuhalten. Weiter wurde ein besonderer Regelungsmechanismus hinsichtlich Mängeln und Beschwerden entwickelt, der für beide Vertragsseiten einen fairen Prozess bei auftretenden Schwierigkeiten gewährleisten soll. Hinzu kommt auch hier ein Versicherungssystem, das den Verbraucher vor Insolvenz des Bauunternehmers schützt.

Mit der Tagung unterstrichen die Verbraucherverbände ihr Engagement auf dem wirtschaftlich für den Einzelnen wie für die Volkswirtschaft bedeutsamen Gebiet des privaten Haus-

<sup>9</sup> *Vereiniging Eigen Huis* (VEH), Amersfoort; [www.eigenhuis.nl](http://www.eigenhuis.nl).

<sup>10</sup> *National Consumer Council* (NCC), 20 Grosvenor Gardens, GB – London SW1W 0DH; [www.ncc.org.uk](http://www.ncc.org.uk).

baus. Dabei fiel angenehm auf, dass keine Schwarz-Weiß-Malerei betrieben wurde, sondern durchaus der Eindruck zurückblieb, dass auch die Probleme der Bauwirtschaft gesehen werden, die seit Jahren über die nachlassende und in vielen Fällen existenzbedrohende Zahlungsmoral der Verbraucher klagt.

Die Modelle des europäischen „Musterlands“ Holland sollten aber nicht ohne sorgfältige Reflexion auf die Bundesrepublik Deutschland übertragen werden. Möglicherweise sind die von der niederländischen Referentin beklagten immensen Preissteigerungen<sup>11</sup> und die architektonische Einfalt der vergangenen Jahre auch Folgen der mit der Einführung der „faktischen“ Pflichtversicherung einhergehenden rigiden Marktberichtigung. Bevor der Bürger und mündige Verbraucher in Musterverträge gezwungen wird, sollte als „milderes Mittel“ an der Transparenz des zivilen und öffentlichen Baurechts gearbeitet werden. Dass mit den bauordnungsrechtlichen Vereinfachungen der vergangenen Jahre auch ein Verlust an Verbraucherschutz einhergegangen ist, haben selbst die Verbraucherverbände noch nicht erkannt. Nur als Beispiel ist an das infolge der weitgehenden Genehmigungsfreistellungen im Geschosswohnungsbau gestiegene Risiko hinzuweisen, einen Schwarzbau zu erwerben. Dass die Einführung des Gebäudepasses als Reaktion auf die Vereinfachungen des Bauordnungsrechts gedacht ist, sollte zu denken geben. Wenn man als vorsichtiger Immobilienerwerber nicht nur unter Anleitung des Notars Einblick in das Grundbuch nimmt, sondern u.U. auch das Baulastenverzeichnis, das Altlastenregister, die Baugenehmigung bzw. den Bauleitplan und demnächst noch den sog. Gebäudepass einsehen muss – der zudem als freiwilliges Instrument nach der Vorstellung des Bauministeriums angeblich keinerlei gewährleistungsrechtliche Wirkungen zeigen wird –, deutet das nicht auf eine bessere Transparenz für den Erwerber hin.

Auch scheint die Tatsache, dass die durchschnittliche deutsche Bauträger-GmbH chronisch unterkapitalisiert ist, als eine Ursache der hohen Insolvenzrate offenbar nicht klar genug erkannt worden zu sein. Marktzugangsbeschränkungen wie eine höhere Eigenkapitalausstattung des Bauträgers oder auch eine Koppelung von Eigenmitteln und Auftragsvolumina (z.B. nach dem Vorbild des Kreditwesengesetzes) könnten bei ähnlichem Nutzen gegenüber einer Pflichtversicherung bzw. einer „faktischen“ Pflichtversicherung geringere Einschnitte nach sich ziehen.

<sup>11</sup> Bis zu 90 % in den letzten fünf Jahren.

## Verhandlungen über eine Mehrzahl von Gegenständen

Von Notarassessorin Anja Kapfer, Landsberg am Lech

Verhandlungen über mehrere Gegenstände beinhalten eine spezielle Problemkonstellation: Sie stellen an die Strukturiertheit und Vorbereitung der Verhandlungspartner besondere Anforderungen und bergen ein gesteigertes Risiko des Scheiterns oder des Nichterreichens einer optimalen Einigung. Verhandlungskonzepte für diese spezielle Konstellation werden traditionell aus der Spieltheorie entwickelt. Der nachfolgende Beitrag versucht dabei, die sehr theoretischen Ansätze auf konkrete Handlungsanweisungen zu reduzieren.

### I. Die Vorbereitung der Verhandlung

#### 1. Die Problemstellung

Der Mensch ist von der Komplexität einer Verhandlungssituation mit einer Mehr- oder Vielzahl von Gegenständen regelmäßig überfordert. Will er sich darauf verlassen, in der konkreten Verhandlung intuitiv die für ihn vermeintlich richtige Entscheidung zu treffen, ist das Ergebnis oft ein für ihn an sich unannehmbare Kompromiss, eine unvollständige Einigung, oder eine Vereinbarung, die Synergieeffekte und Kooperationsgewinne ungenutzt lässt, mit anderen Worten: ein nicht optimales Verhandlungsergebnis.

Deshalb ist eine gründliche Vorbereitung gerade bei komplexen Problemkonstellationen und einer Vielzahl von Einzelaspekten unabdingbar, um eine optimierte und strukturierte Verhandlungsstrategie zu entwerfen. Hierbei kann sich ein Vorgehen nach folgender Systematik empfehlen:

- Sammlung der zu behandelnden Themen und der sich dahinter verbergenden Interessen,
- Ermittlung der innerhalb der Einzelthemen denkbaren Lösungsmöglichkeiten und deren Bewertung,
- Festlegung eines Punktes, ab dem ein Verhandlungsabbruch erfolgen soll,
- Versuch der Erfassung der Themen, Lösungsmöglichkeiten und Bewertungssysteme des Verhandlungspartners.

#### 2. Die Themensammlung

Am Beginn steht, etwa im Wege des *brainstorming* oder *brainwriting*, eine Sammlung aller Themen, die man in der anstehenden Verhandlung einer Lösung zuführen möchte.

Mittels der Frage, warum man ein bestimmtes Thema für wichtig hält, können sodann die hinter den Themen stehenden eigenen Grundinteressen ermittelt werden. Eine Bewertung und Einordnung der möglichen Lösungen kann letztlich zufriedenstellend nur unter Berücksichtigung der hinter den eigenen Positionen stehenden Interessen erfolgen.

### 3. Ein Bewertungssystem

Jeder Verhandlungspartner wünscht sich sicherlich, ein System zur Hand zu haben, das ihm während der Verhandlung eine augenblickliche Einschätzung des diskutierten Kompromisses am Maßstab seiner eigenen Optimalvorstellungen erlaubt. Hierzu gibt es in der Literatur die verschiedensten Ansätze:

Insbesondere im Rahmen des amerikanischen „Harvard-Verhandlungskonzepts“ wird das sogenannte „*additive scoring system*“ (Additionsmethode) propagiert. Diese Methode beruht auf der systematisch ermittelten Vergabe von Punktwerten auf einer Skala von 0 (entsprechend der denkbar schlechtesten Einigung) und 100 (entsprechend dem besten vorstellbaren Ergebnis) für jeden ausgehandelten Kompromiss, so dass jeder Lösungsvorschlag anhand der von ihm insgesamt auf der Skala erzielten Punktzahl unmittelbar eingeordnet und bewertet werden kann.

Zur Veranschaulichung der Additionsmethode ist im *Anhang* zu diesem Beitrag ein Beispielfall enthalten. Mögen auch die dortigen Ausführungen eher theoretisch klingen, so vermitteln sie doch eine Vorstellung von der praktischen Anwendung dieser Methode und verhelfen zu einem vertieften Verständnis von Bewertungsvorgängen in komplexen Verhandlungen.

Leider versagen die rein mathematischen Methoden meist, wenn besondere Interessen, etwa politische Rücksichtnahmen, oder sonstige, nicht direkt messbare Faktoren, wie etwa die Risikofreude eines einzelnen Verhandlungsteilnehmers, die Verhandlungen beeinflussen. Oder aber die Bewertungssysteme, die diese Faktoren zu erfassen suchen, münden in hochkomplizierte Berechnungen, welche für eine Kurzdarstellung zu komplex sind.

Der häufige Einwand, jegliches formalistische System ginge an der Realität vorbei und sei zu mathematisch und aufwendig, greift jedoch zu kurz. Denn nur eine systematische Methode kann die eigene Verhandlungsvorbereitung optimal strukturieren helfen.

### 4. Der Verhandlungsabbruch

Um nicht ein Verhandlungsergebnis zu erzielen, welches in der Nachschau als nicht akzeptabel erscheint, muss im Vorfeld auch der Punkt festgelegt werden, ab welchem eine Nichteinigung die letztlich bessere Alternative darstellt. Hierzu hilft es, die sog. BATNA zu ermitteln (BATNA = „*best alternative to a negotiated agreement*“), das heißt die Chancen und Risiken einer unterbliebenen Einigung.

Nur so ist gewährleistet, dass der Verhandlende während der Verhandlung stets einen Fixpunkt vor Augen behält, ab dem er die konkrete Verhandlung nach den selbst gesteckten Zielen und ermittelten Vorgaben abrechnen muss.

## 5. Der Verhandlungspartner

Nach Ermittlung der eigenen Interessen, Wertigkeiten und Lösungsvorschläge lohnt sich ein Hineinversetzen und Eindenken in die mögliche Bewertung dieser Punkte durch den künftigen Verhandlungspartner.

Diese Einschätzung wird weitgehend auf Vermutungen basieren und muss deshalb in der Verhandlung immer wieder angepasst werden. Sie hilft jedoch, Forderungen des anderen zu verstehen und dahinterliegende Interessen zu entdecken. Unter Umständen können so bereits im Vorfeld mögliche kreative Lösungsmöglichkeiten und Kooperationsgewinne eruiert werden.

Jedenfalls werden für die Gegenseite wichtige Themen im Rahmen der Verhandlung auch für einen selbst relevant werden.

## II. Die Vorverhandlung

Empfehlenswert, gerade für komplexe Verhandlungen, ist die Führung einer Vorverhandlung, in der der Verhandlungsrahmen („Verhandlung über die Verhandlung“) und die zu behandelnden Themen festgelegt werden.

Gleichwohl bereits dies ein schwieriger Schritt sein kann, wird das Absolvieren und Glücken dieser Vorverhandlung in den Verhandlungstheorien zu komplexen Verhandlungen meist vorausgesetzt und soll an dieser Stelle – als eher generelle und nicht themenspezifische Problematik – nicht weiter vertieft werden.

## III. Die Phase der Verhandlung

### 1. Chancen und Risiken

#### a) Kreative Lösungsmöglichkeiten

Gerade bei komplexen Verhandlungen bieten sich kreative Lösungen und die Nutzung von Synergieeffekten für alle Beteiligten an. So kann der „Kuchen“ oft vor Aufteilung vergrößert werden, so dass jeder der Verhandlungspartner am Ende der Verhandlung tendenziell auch ein größeres Stück dieses Kuchens erhalten kann.

Wenn auch nicht am Beispiel der mehrthemigen Verhandlungen, zeigt dies der vielzitierte „Orangenfall“, in dem zwei Schwestern um eine Orange ringen. Bis zu dem Zeitpunkt, in dem offenbar wird, dass das Interesse der einen Schwester sich nur auf das Fruchtfleisch richtet, das sie essen will, und das der anderen Schwester nur auf die Schale, die sie zum Backen verwenden will, können beide nur verlieren, insbesondere bei bloßer hälftiger Teilung der Orange.

Kooperationsgewinne sind jedoch nur dann möglich, wenn die Beteiligten eine gewisse Offenheit in der Verhandlung zulassen und ausreichend vorbereitet in die Verhandlung gehen – ansonsten werden solche, den Interessen beider Parteien dienende Effekte in aller Regel nicht erzielt werden können.

#### b) Die Manipulation komplexer Verhandlungen

In der Realität wird gerade bei nicht so einfach überschaubaren Konstellationen zumindest einer der Verhandlungspartner versucht sein, das Verhandlungsergebnis durch manipulative Verhaltensweisen zu seinen Gunsten zu beeinflussen, insbesondere durch

- Manipulation der Verhandlungsreihenfolge,
- Manipulation der Verhandlungsinhalte selbst.

Denkbar ist, dass eine Partei Themen in die Verhandlungsliste einbringt, die ihr letztlich nicht „am Herzen liegen“, so dass sie bezüglich dieser Punkte in der Verhandlung nachgeben kann. Selbstverständlich wird sie für ihr eigenes – vermeintliches – Nachgeben von der anderen Seite Zugeständnisse fordern, die sie somit erreichen kann, ohne wirklich vom eigenen Standpunkt abrücken zu müssen. Da das Gegenüber über die tatsächlichen Wertigkeiten der einzelnen Themen in der Regel nur ungenaue Erkenntnisse und auf Vermutungen basierende Einschätzungen hat, mag es auch verlockend sein, die eigenen Kompromisse als besonders bedeutend, das Nachgeben des anderen dagegen als geringwertig darzustellen.

Von solch manipulativen Vorgehensweisen kann jedoch regelmäßig nur abgeraten werden: Nicht nur steht eine etwaige positive Beziehung der Verhandlungspartner für die Zukunft auf dem Spiel, oft führen derartige Strategien auch dazu, dass der für beide Seiten optimale Verhandlungserfolg verfehlt wird, da mögliche Kooperationsgewinne unentdeckt bleiben.

## 2. Die Bedeutung der Verhandlungsreihenfolge

Neben dem Streben nach einer Einigung für die einzelnen Themenbereiche müssen die Verhandlungspartner bei mehrthemigen Verhandlungen zusätzlich eine Festlegung der Reihenfolge leisten, in welcher sie die einzelnen Streitpunkte behandeln wollen.

In manchen Fällen ist dabei die Reihenfolge sachlogisch zwingend vorgegeben. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Behandlung eines Themas die Bejahung oder Negation einer Vorfrage zur Voraussetzung hat. Bei einer Verhandlung über einen streitigen Anspruch mag etwa einerseits die rechtliche Begründetheit des Anspruches sowie andererseits die Frage einer Kulanzregelung zur Debatte stehen. In einem solchen Fall wird zunächst der rechtliche, dann erst der Kulanzaspekt zu behandeln sein.

In vielen anderen Fällen bestimmen jedoch nicht zwingende Vorgaben die Verhandlungsreihenfolge, die deshalb letztlich frei gewählt werden kann.

Aufgrund der vor der eigentlichen Verhandlung gewonnenen Erkenntnisse wird jeder Teilnehmer für sich einige der zu verhandelnden Themen als eher unproblematisch, andere als schwierig und konfliktreich zu verhandelnde einschätzen. Nun können die Beteiligten entweder mit dem zentralen Verhandlungsproblem beginnen oder aber zunächst die Einigung hinsichtlich kleinerer, leichter verhandelbarer Themen versuchen:

a. Vorteil einer frühen Einigung über das zentrale Problem ist die dann steigende Bereitschaft der Verhandlungspartner, bei einer so weit gediehenen Einigung die Verhandlung nicht an „Kleinigkeiten“, an Nebenpunkten scheitern zu lassen. Vielleicht wächst auch die Bereitschaft, eine über die konkret anstehenden Probleme hinausgehende Einigung zu erzielen, wenn schon die Einigung über das am größten scheinende Problem geglückt ist (Mitnahme von Kooperationsgewinnen). Andererseits wird unter Umständen der gesamte Verhandlungserfolg aufs Spiel gesetzt, wenn sich eine sofortige Einigung über das Hauptproblem nicht erzielen lässt. Zumindest aber ist zu erwarten, dass sich das Verhandlungsklima zunächst verschlechtert und somit eine Einigung über die verbleibenden Punkte erschwert wird.

b. Gerade wenn sich einer der Handelnden hinsichtlich des Hauptpunktes in einer tendenziell schwächeren Verhandlungsposition wähnt, spricht jedoch für diesen einiges dafür,

mit vergleichsweise problemlosen Aspekten zu beginnen: Zunächst gelingt so ein „Herantasten“ an den Verhandlungspartner und dessen Verhandlungsstil. Durch das Glücken kleinerer Kompromisse wird zudem von Anfang an eine positive Verhandlungsatmosphäre geschaffen, die Parteien gewinnen Zuversicht in einen Verhandlungserfolg und werden allgemein günstiger gestimmt die Lösung des zentralen Problems angehen – was das Gelingen eines Verhandlungserfolges wahrscheinlicher macht.

Wenden sich die Verhandelnden allerdings erst dem Hauptpunkt zu, nachdem alle Nebenpunkte einer Klärung zugeführt sind, werden sie vielleicht vor dem Problem stehen, bereits alle eintauschbaren Kompromissmöglichkeiten hinsichtlich kleinerer Themen verbraucht zu haben und somit ggf. nicht mehr über ausreichende Manövriermasse zu verfügen. Ein eventuell erforderliches, kleines Entgegenkommen („*low-cost concession*“), um einen toten Punkt in der Schlussphase zu überwinden, kann unmöglich geworden sein.

Ersichtlich beeinflusst damit die Entscheidung darüber, in welcher Reihenfolge einzelne Themen verhandelt werden, bereits die Entscheidung über die Themen selbst. Dieser Aspekt darf deshalb nicht unterschätzt werden und spricht in vielen Fällen für die Zuziehung eines neutralen Dritten. Dieser kann nicht nur bei der sachgerechten Verhandlung der Inhalte, sondern auch bei der Gewinnung einer dem Verhandlungsergebnis förderlichen Abfolge unterstützen.

### 3. Besondere Verhandlungstechniken

Der Prozess der Einigung in Hinblick auf die einzelnen Themenbereiche unterscheidet sich bei Verhandlungen über mehrere Gegenstände grundsätzlich nicht von dem bei nur einem zu verhandelnden Themenbereich. Im Detail gibt es jedoch Vorgehensweisen bzw. Strategien, die ausschließlich bei multiplen Verhandlungen beobachtet werden können und sich auch nur hierfür eignen.

#### a) Übliche Vorgehensweisen

Üblicherweise laufen mehrthemige Verhandlungen nach folgenden Mustern ab:

- Einer der Verhandlungspartner schlägt eine Gesamtlösung vor, die möglichst alle anstehenden Themen in einer für ihn möglichst günstigen Weise behandelt. Die Bedeutung des sog. „Ankerns“ ist dabei besonders groß, da der eine Lösung vorschlagende Part von dieser als Minimalkonsens im weiteren Verlauf kaum mehr abrücken kann.

Das Gegenüber kontert mit einem seinerseits für diese Seite günstigeren, ebenfalls umfassenden Lösungsvorschlag. Diese Prozedur wiederholt sich, bis – im Idealfall – ein für beide Partner akzeptables Verhandlungsergebnis erreicht ist.

In der Praxis hat sich dieses Verfahren allerdings als nachteilig erwiesen: Nicht nur ist es unflexibel, zu oft verlieren die Verhandelnden auch den Überblick über die Wertigkeiten der Einzelthemen und übersehen an sich naheliegende, zu Kooperationsgewinnen für beide führenden Detaillösungen.

- Als erfolgversprechend hat sich ein Vorgehen Schritt-für-Schritt erwiesen: Je ein oder zwei Einzelthemen werden herausgegriffen, im Wege eines beiderseitigen Nachgebens einer Lösung zugeführt und so allmählich ein komplexes Lösungsmuster geschaffen. Nicht selten werden dabei die ganz zu Beginn erzielten, häufig im Sinne eines

„Mittelweges“ erreichten Kompromisse in einem späteren Verhandlungsstadium nochmals anhand des bereits erreichten, immer komplexer werdenden Lösungsgefüges überprüft und ggf. diesem angepasst.

Unüberschbar vorteilhaft ist dabei die Tatsache, dass jeder Verhandlungspartner sowohl die erzielten Einzelkompromisse als auch das sich stetig entwickelnde Gesamtergebnis vor Augen behält.

#### b) Ein besonderes Konzept: Das „Ein-Text-Verfahren“ (*one-text-procedure*)

Beim sogenannten Ein-Text-Verfahren schlägt ein neutraler Dritter – etwa der Notar als Mediator – eine Gesamtlösung vor. Diese wird den Verhandelnden vorgelegt und kann von ihnen in Einzelgesprächen sowie gemeinsamen Verhandlungsrunden kritisiert werden. Dabei versucht der Dritte, die hinter den vertretenen Standpunkten (Positionen) liegenden Interessen und Wertigkeiten zu ermitteln und den Lösungsvorschlag sukzessive den Vorstellungen der Verhandlungspartner anzupassen. Er kann jedem einzeln bei der Ermittlung und Klärung seiner Interessen und Prioritäten behilflich sein und die Parteien auf mögliche kreative Lösungen aufmerksam machen.

Eine Gefahr stellt sich bei dieser Vorgehensweise allerdings dahingehend, dass der Blickpunkt aller Beteiligten von vornherein auf den vorgelegten Vorschlag fokussiert wird.

Gerade von Notaren wird jedoch seit langem und mit größtem praktischen Erfolg diese Methode praktiziert: Bei den Beteiligten kann so zur Gewinnung von Strukturiertheit und Problembewusstsein und der systematischen Durchdringung der Komplexität entscheidend beigetragen werden.

#### 4. Die Berücksichtigung künftiger Entwicklungen

Oft bestehen bei einer Vielzahl von Themen große Unsicherheiten darüber, wie sich einzelne Aspekte zukünftig entwickeln werden. Dies hemmt eine sofortige und bindende Verständigung über diese Themen. Hier kann es helfen, wenn sich die Parteien darauf verständigen, für solche Problemkomplexe nur Lösungssysteme zu installieren, die den konkreten Konflikt dann in Abhängigkeit von der tatsächlichen Zukunftsentwicklung befrieden: So kann etwa ein Ausschuss eingesetzt werden, für dessen Tätigkeit die Verhandlungspartner bereits bestimmte Richtlinien festlegen.

### IV. Die Phase nach der Verhandlung

An sich scheint mit der Gewinnung eines Verhandlungsergebnisses die Verhandlung vorüber. Doch das ist nicht zwingend. Vielmehr kann unter Umständen eine Nacharbeit, auch und gerade nach Glücken des Kompromisses, zum besonderen Vorteil beider Verhandlungspartner gereichen. So kann das erzielte Ergebnis insbesondere durch die Einschaltung eines neutralen Dritten verbessert werden.

Möglich ist das folgende Verfahren: Ein neutraler Dritter ermittelt vorab mit jedem Verhandlungspartner einzeln und vertraulich dessen Wertesystem. Der Mediator ist danach in der Lage, die „*efficient frontier*“, das heißt die Menge möglicher „Optimallösungen“, zu bestimmen und einen Lösungsvorschlag zu machen, der auf dieser Linie liegt und somit keine Lösung mit größeren Gewinnen für beide Parteien gleichzeitig zulässt. Dieser Vorschlag wird versiegelt. Nach erfolgter Verhandlung offenbart der Mediator jedem Verhand-

lungsgegner – sinnvoller weise einzeln – seinen Vorschlag, den nunmehr jeder entweder akzeptieren oder ablehnen kann. In letzterem Fall verbleibt es bei dem ausgehandelten Ergebnis; nur wenn beide Partner den Vorschlag akzeptieren, gilt dieser. Im Einvernehmen mit beiden Parteien kann im Anschluss die Vertraulichkeit aufgehoben werden, damit der Mediator erläutern kann, wie er seine Lösung erarbeitet hat.

Die Wahl einer bestimmten Problemlösung durch den Dritten aus dem Kreis der möglichen, optimierten Lösungen bleibt allerdings abhängig von dessen persönlicher Einschätzung. Zahlreiche Modelle, insbesondere im Rahmen der sog. Spieltheorie, versuchen deshalb, theoretisch zu ermitteln, was „fair“ ist. Eine Darstellung dieser Modelle würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, nur soviel sei gesagt: Einigkeit darüber, wie der fairste Lösungsvorschlag zu ermitteln ist, besteht nicht.

## V. Die Rolle des neutralen Dritten

Die Beziehung eines neutralen Dritten kann den Beteiligten bei der Gewinnung von Struktur und der systematischen Erfassung und Verhandlung der problemrelevanten Themen außerordentlich behilflich sein. Dass dies in der täglichen Beurkundungspraxis der Notare bereits seit langem erfolgreich durchgeführt wird, wurde insbesondere bei der Vorstellung des sog. Ein-Text-Verfahrens deutlich. Wegen der besonderen Bedeutung des neutralen Dritten bei komplexen Verhandlungsthemen war dessen Rolle bereits besonderer Gegenstand des Beitrages von *Sorge* in der vorliegenden Reihe (MittBay-Not 2001, S. 50 ff.).

## VI. Zusammenfassung

Die Komplexität von Verhandlungen mit einer Mehr- oder Vielzahl von Themen überfordert die Verhandelnden regelmäßig. Deshalb ist es hier besonders wichtig, nicht einem intuitiven Verhandlungsstil zu vertrauen, sondern sich eine systematische Verhandlungsstrategie zurechtzulegen und mit einer strukturierten Vorstellung der eigenen Interessen und Wertigkeiten in die Verhandlung zu gehen. Die Zuziehung eines neutralen Dritten kann dabei helfen, für beide Seiten befriedigendere Verhandlungsergebnisse zu erzielen.

### Literatur:

*Raiffa*, The Art and Science of Negotiation, 1982

*Keeney, Raiffa* in: Young, H. Peyton (ed.), Negotiation Analysis, 1991

*Haft*, Verhandlung und Mediation: Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Auflage, 2000

### Anhang (Fallbeispiel):

Zur Illustration und Veranschaulichung der in dem Textbeitrag dargestellten Harvard-Additionsmethode mag folgender Fall dienen:

Es steht der Kauf eines Bauplatzes im Wege eines Teilflächenkaufs aus einem größeren Gesamtareal und nunmehr konkret das Aushandeln der Vertragsbedingungen an. Folgende Faktoren bestimmen aus der Sicht des Käufers dessen Entscheidung: Kaufpreis, Lage und Grundstücksgröße.

Bereits geführte Vorgespräche haben zu folgenden Spannen von möglichen Werten geführt: Gesamt-Grundstückspreis des einzelnen Bauplatzes, den der Verkäufer unabhängig von der Bauplatzgröße erzielen möchte, zwischen DM 200.000,- und DM 400.000,-, eine Bauplatzgröße zwischen 800 und 1.000 qm sowie eine Lage innerhalb des Gesamtareals, die auf einer Skala bei Werten zwischen 1 und 5 (1 für die best-, 5 für die schlechtest mögliche Lage, je nach Entfernung von der Straße) einzustufen ist.

Selbstverständlich würde die „perfekte Vereinbarung“ den insgesamt billigsten Bauplatz, jedoch mit der größten Fläche und der besten Lage, umfassen. Offensichtlich ist es jedoch in höchstem Maße unwahrscheinlich, dass ein solcher Kontrakt tatsächlich mit einem Verkäufer aushandelbar wäre.

Deshalb soll mittels der Additionsmethode ein Bewertungsschema ermittelt werden, mit dem jeder denkbare Kompromiss in der Verhandlung schnell qualitativ erfasst werden kann:

Hierzu erhält der gerade dargestellte „perfekte“ Vertrag einen Punktwert von 100, der schlechtest denkbare einen Punktwert von 0.

Sodann muss sich der Käufer entscheiden, in welcher Wertigkeit die einzelnen, im Übrigen voneinander unabhängigen Faktoren im Sinne seiner eigenen Interessen stehen. Dabei kann sich zum Beispiel ergeben, dass die Kostenfrage die wichtigste ist und deshalb mit 50 % gewichtet wird. An nächster Stelle soll die Grundstücksgröße stehen (30 %), zuletzt die Lage (20 %).

Schließlich ermittelt man noch für jeden Themenbereich eine Punkteskala von 0 bis 100, abhängig davon, wie wichtig dem Käufer eine auch nur geringfügige Verbesserung bzw. Verschlechterung des Kompromisses bei diesem Thema ist. Zur Vereinfachung nehmen wir an, dass diese Skala linear ist, das heißt eine Grundstücksgröße von 900 qm als „goldene Mitte“ zwischen 800 und 1000 qm dem Wert von 50 entspricht.

Mit diesen Werten kann nun ein System erstellt werden, das jeden denkbaren Kompromiss erfasst: Ein Kaufvertrag über eine Teilfläche etwa, die insgesamt DM 280.000,- kostet, eine Größe von 900 qm und Lagefaktor 2 aufweist, würde den Punktwert 60 von 100 möglichen Punkten erzielen (ermittelt durch Multiplikation der Prozentwerte, die die Rangordnung der Faktoren untereinander darstellen, mit dem Punktwert, den das Einzelergebnis auf einer Skala von 0 bis 100 innerhalb der für den einzelnen Faktor vorbestimmten Spanne entsprechen würde, und anschließender Addition, das heißt:  $(50 \% \times 60) + (30 \% \times 50) + (20 \% \times 75)$ , ergibt  $30 + 15 + 15 = 60$  Punkte).



**Memento Rechtshandbücher, Steuerrecht für die Praxis – Alle betrieblichen und privaten Steuerarten, mit CD-ROM, 2. Auflage 2001, Memento-Verlag (Haufe-Mediengruppe, Editions Francis Lefebvre), Freiburg, 1406 Seiten, 148,- DM**

**1. Das Konzept**

Charakteristisch für das Konzept des Memento „Steuerrecht“ ist eine knappe und komprimierte Darstellung der behandelten Rechtsfragen sowie jährliche Neuauflagen. Dieses Konzept richtet sich vor allem an den Praktiker. Wissenschaftliche Streitigkeiten sind ausgespart. Die Informationen sind auf das Wesentliche reduziert. Trotz der Ausrichtung an den Bedürfnissen der Praxis findet der Leser allerdings kaum Gestaltungsanregungen.

Positiv hervorzuheben ist das neunzigseitige Stichwortverzeichnis. Die Suche nach bestimmten Themen wird ferner durch eine CD-ROM erleichtert, auf der sowohl das gesamte Buch als auch zahlreiche Gesetze, ausgewählte Rechtsprechung, Verwaltungsanweisungen und Arbeitshilfen enthalten sind. Sehr wertvoll für die schnelle Erschließung des Buches sind die zahlreichen graphisch aufbereiteten Übersichten, vgl. beispielsweise Rdnrn. 1212 (Abschreibungsmethoden), 1221 (AfA-Tabelle), 1775 (Einnahme-Überschuss-Rechnung), 3356 (Besteuerung von Renten, Raten, dauernden Lasten) und 4345 (Übertragung von Wirtschaftsgütern innerhalb der Mitunternehmerschaft).

Die durch jährliche Neuauflagen erzielte Aktualität ist einer der wichtigsten Pluspunkte, deren Bedeutung gerade im Steuerrecht nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Dennoch ist das Memento „Steuerrecht“ leider nicht vollständig auf dem Stand bei Redaktionsschluss im Februar 2001 (vgl. dazu auch unten).

Im Folgenden sei auf ausgewählte Aspekte des Besprechungswerkes eingegangen. Der Schwerpunkt wird auf die in der notariellen Praxis häufig vorkommenden Rechtsfragen gesetzt.

**2. Ertragsteuerrecht**

Das Ertragsteuerrecht füllt ungefähr die Hälfte des Besprechungswerkes. Es beinhaltet eine systematisch geordnete, komprimierte und gut verständliche Darstellung dieses Rechtsgebietes. Insoweit kann die Lektüre jedem interessierten Notar empfohlen werden. Bei einem so umfassenden Werk sind vereinzelt auftretende Schwachstellen jedoch kaum zu vermeiden. Beispielsweise wird die für die Praxis bedeutsame Veräußerung von „wesentlichen“ Beteiligungen nach § 17 EStG lediglich in Rdnrn. 931, 948 auf rund einer halben Seite und damit viel zu kurz erläutert. Irreführend ist die Darstellung der Besteuerung mit dem halben Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG n.F. hinsichtlich der Erfassung von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Ohne weitere Differenzierung heißt es in Rdnr. 954, die Gewinne aus der Veräußerung einer 100%igen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft unterlägen dem halben Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG. Dies ist jedoch nur zutreffend, wenn sich die Anteile im Betriebsvermögen befinden. Befinden sie sich dagegen im steuerlichen Privatvermögen (§ 17 EStG), findet der halbe Steuersatz nach

§ 34 Abs. 3 EStG auch im Veranlagungszeitraum 2001 keine Anwendung (vgl. dazu *Hagen/Schynol*, DB 2001, 397, 401).

Die Darstellung der Betriebsaufspaltung (von Rechtsanwalt *Dietmar Zimmers*) ist ausgezeichnet. Hervorzuheben ist der Gestaltungshinweis am Ende von Rdnr. 1558, wonach durch Vereinbarung des Einstimmigkeitsprinzips bei der Besitzgesellschaft die Voraussetzungen der personellen Verflechtung und damit der Betriebsaufspaltung vermieden werden können (vgl. BFH vom 21.1.1999, IV R 96/96, BFH/NV 1999, 1033).

Der Themenbereich gewerblicher Grundstückshandel in Rdnr. 1620 ff. umfasst lediglich fünf Seiten. Zur Verwirklichung des gewerblichen Grundstückshandels durch Verkauf von weniger als vier Objekten bei Entfaltung von Bautätigkeiten ist im Memento nur das sog. Supermarkt-Urteil des BFH berücksichtigt (BFH vom 24.1.1996, X R 255/93, BStBl. II 1996, 303 ff.). Die Vorlage des X. Senats des BFH zum Großen Senat vom 29.10.1997 (X R 183/96, BStBl. II 1998, 332 ff.), wonach im Falle der vorherigen Herstellung ein gewerblicher Grundstückshandel auch dann begründet wird, wenn weniger als vier Eigentumswohnungen verkauft werden, ist noch nicht erwähnt.

Die den Notar häufig interessierenden Probleme der Vermögensübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gegen wiederkehrende Leistungen, insbesondere dauernde Lasten, sind leider nicht auf aktuellem Stand, Rdnr. 3450 ff. Leider fehlt jeder Hinweis auf die praxisrelevanten Vorlageverfahren des X. Senates des BFH, womit die Grundsätze der Vermögensübertragung gegen Versorgungsbezüge stark eingeschränkt werden (vgl. nur BFH vom 10.11.1999, X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 ff. = ZEV 2000, 159 = BB 2000, 338 = DB 2000, 453; BFH vom 13.9.00, X R 147/96, DStRE 2001, 71; vgl. dazu *Spiegelberger*, DStR 2000, 1073 ff.; *Weimer*, MittRhNotK 2000, 114 f.; *Reich*, DNotI 2000, Heft 5, S. 42; *Geck*, ZEV 2000, 136 ff.). Nach Meinung des vorliegenden X. Senats wird die steuerliche Abzugsfähigkeit einer dauernden Last bei einer Vermögensübertragung gegen Versorgungsbezüge des sog. Typus II (dauernde Last kann nicht aus den Erträgen finanziert werden) nicht mehr anerkannt, da es sich in diesen Fällen um ein entgeltliches Veräußerungsgeschäft handele.

Im zweiten Abschnitt des Memento „Steuerrecht“, in Rdnr. 3700 ff., wird die Besteuerung der Gesellschaften erläutert. Dieser Abschnitt ist insgesamt gut gelungen. In Rdnr. 4338 findet sich unter dem Stichwort Sonderbetriebsvermögen der Hinweis auf die neue Rechtsprechung, wonach die steuerliche Begünstigung nach §§ 16, 34 EStG nur gewährt wird, wenn bei Abtretung eines Teilanteils an einem Mitunternehmeranteil auch quotal das vorhandene Sonderbetriebsvermögen mitübertragen wird (vgl. auch *Spiegelberger*, MittBayNot 2001, 16 ff.). Der Mitunternehmererlass, der nunmehr in § 6 Abs. 5 Satz 2, 3 EStG geregelt ist, ist in einer tabellarischen Übersicht in Rdnr. 4345 dargestellt. Leider findet sich an dieser Stelle jedoch keinerlei Hinweis auf den Streit, ob § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG auch dann anzuwenden ist, wenn die Überführung zwischen Sonderbetriebsvermögen und Gesamtvermögen gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten erfolgt. Teilweise wurde hierzu die Ansicht vertreten, dass dies aufgrund des Vorranges der Tauschgrundsätze nach § 6 Abs. 6 EStG gewinnrealisierend sei (*van*

Lishaut, DB 2000, 1784, 1785; Schulze zur Wiesche, FR 2000, 976, 977). Ein Hinweis auf diesen Streit findet sich lediglich an ganz anderer Stelle, in Rdnr. 8559. Ein Verweis auf diese Rdnr. bei Rdnr. 4345 hätte sich angeboten. Inzwischen ist diese Problematik durch die Stellungnahme des BMF im Bericht zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (abrufbar im Internet unter <http://www.bundesfinanzministerium.de>) beseitigt. Hiernach gilt § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG auch bei Überführung von Wirtschaftsgütern gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten (vgl. dazu ausführlich Spiegelberger/Wälzholz, DStR 2001, 1093 ff.).

Ausgezeichnet gelungen ist die Darstellung der atypisch stillen Gesellschaft in Rdnr. 4485 ff. und der Organshaft in Rdnr. 4601 ff. Letzteres ist für den Notar besonders bedeutsam, da die Voraussetzungen der Organshaft für die steuerliche Planung in den nächsten Jahren aufgrund des Steuersenkungsgesetzes 2001 erheblich an Bedeutung gewinnen wird (vgl. Reich, ZNotP 2001, 96 ff. und 188 ff.; Kollruss, Stbg 2001, 17 ff.; Sauter/Heuring, GmbHR 2001, 165 ff.; Tiedtke/Wälzholz, NotBZ 2000, 356, 359).

### 3. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Die Darstellung des Rechts der Erbschaft- und Schenkungsteuer (StB Christoffel) ist erfreulich. Hier finden sich auch einige Gestaltungshinweise. Positiv hervorzuheben ist die Darstellung der Besteuerung des Vermächnisses (Rdnr. 7016 ff.). Es wird genau zwischen Geld- und Sachvermächtnis, Voraus- und Kaufrechtsvermächtnis unterschieden. Die Bewertungsprobleme bei der Hingabe an Erfüllung statt für ein Bargeldvermächtnis sowie bei Ausschlagung gegen Abfindung werden exzellent auf kürzestem Raum erläutert. Leider fehlen lediglich Ausführungen zur Bewertung eines Verschaffungsvermächnisses, das nach einer verbreiteten, wenn auch umstrittenen Meinung den Vorteil hat, dass es beim Erben mit dem Verkehrswert abgezogen werden kann und beim Vermächtnisnehmer mit dem bewertungsrechtlichen (Grundbesitz-)Wert zu versteuern ist (Meincke, ErbStG, § 3 Rdnr. 42; Wachter, MittBayNot 2000, 162, 167 f.; a.A. Moench, ErbStG, § 3 Rdnr. 104 m.w.N.). Etwas zu knapp ist hingegen die Behandlung des Pflichtteilsanspruches in Rdnr. 7021 geraten. Unzutreffend ist dort der Hinweis, die Hingabe eines Grundstücks an Erfüllung statt zur Befriedigung eines geltend gemachten Pflichtteils sei mit dem Grundstückswert anzusetzen. Der Hinweis auf das Urteil des BFH, BStBl. II 1982, 350 ist leider veraltet. Die neuere Rechtsprechung folgt dem nicht mehr (BFH vom 7.10.1998, II R 52/96, BStBl. II 1999, 23; vgl. auch Kapp/Ebeling, ErbStG, § 3 Rdnr. 203; Meincke, ErbStG, § 3 Rdnr. 53; Moench, ErbStG, § 3 Rdnr. 124 ff.). Im Übrigen sind die notarspezifisch relevanten Themen klar und gut verständlich dargestellt. Dies gilt insbesondere für die Besteuerung der Vor- und Nacherbschaft (Rdnr. 7028), die Auswirkungen der ehelichen Güterstände (Rdnr. 7050 ff.), den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer (Rdnr. 7074), die Behandlung von Kettenschenkungen (Rdnr. 7080), die Besteuerung unbenannter Zuwendungen zwischen Ehegatten (Rdnr. 7081) sowie die mittelbare Grundstücksschenkung (Rdnr. 7082 ff.). Ausführlich und gut strukturiert ist auch die Darstellung der Grundstücksbewertung im Erbschaftsteuerrecht und Bewertungsgesetz (Rdnr. 7127 ff.). Die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG (Familienwohnheim) ist in Rdnr. 7253 ff. detailliert erörtert. Die Hauptprobleme dieser Norm sind herausgearbeitet. An dieser Stelle fehlt lediglich der Gestaltungshinweis, dass sich die Probleme im Zusammenhang mit § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG bei gemischter Nutzung durch eine Aufteilung nach dem WEG ver-

meiden lassen. Ausgezeichnet ist schließlich in den Rdnr. 7320 ff. auch die Besteuerung von Betriebsvermögen nach den §§ 13 a, 19 a ErbStG gelungen. Zur Einarbeitung in diesen Bereich sind diese Ausführungen bestens geeignet.

### 4. Grunderwerbsteuer

Die Darstellung der Grunderwerbsteuer (StB Kurt Heine) ist trotz einem Umfang von nur zwanzig Seiten solide und gut verständlich. Die problematischen Fälle der Weitergabe eines Kaufangebotes, der Verschaffung der Verwertungsmöglichkeit, insbesondere in Treuhandfällen und beim Auftragserwerb, sowie die Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen ist sehr knapp geraten. Die Probleme des verdeckten Bauträgervertrages bei Aufspaltung in einen Grundstückskauf- und einen Werkvertrag werden in Rdnrn. 7629 und 7634 zutreffend dargestellt, jedoch ohne Hinweis auf die steuerschädlichen Auswirkungen auf das Umsatzsteuerrecht (Doppelbelastung mit GrESt und USt!), wenn ein verdeckter Bauträgervertrag nachträglich von der Finanzverwaltung als solcher aufgedeckt wird (vgl. BFH vom 10.9.1992, V R 99/88, BStBl. II 1993, 316).

### 5. Eigenheimzulage

Die Darstellung der Eigenheimzulage aus der Feder von Hausen/Kohlrust-Schulz, beide aus dem Bundesfinanzministerium, ist die Perle des Memento „Steuerrecht“. Auf 50 Seiten werden fast alle praktisch relevanten Fragen des Rechts der Eigenheimzulage beantwortet. In diesem Teil findet der Notar unter anderem Antwort auf die Fragen des Objektverbrauches, insbesondere bei Ehegatten, sowie wertvolle Hinweise auf die Besonderheiten bei Trennung, Scheidung oder Tod eines Ehegatten (Rdnrn. 9378, 9382 ff.) auf die Probleme eines unentgeltlichen oder teilentgeltlichen Erwerbs einschließlich der vorweggenommenen Erbfolge und der mittelbaren Grundstücksschenkung. Auf zwei Seiten gelingt es den Verfassern, die Besonderheiten der Eigenheimzulage bei Erbfall und Erbauseinandersetzung komprimiert und doch unter Darlegung der wesentlichen Problempunkte zu schildern. Selbstverständlich fehlen nicht die Ausführungen zu dem klassischen Problem der Eigenheimzulage, der sogenannten Neujahrsfalle, Rdnrn. 9321, 9340.

### 6. Gesamturteil

Nach alledem enthält das Memento „Steuerrecht“ eine im Wesentlichen praxistaugliche Darstellung des gesamten Steuerrechts. Der Anspruch einer Gesamtdarstellung bietet Vor- wie Nachteile. Vorteilhaft ist es für den steuerrechtlich interessierten Notar, auch entlegene steuerrechtliche Rechtsgebiete prägnant zusammengefasst vorzufinden. Insoweit ist das Memento „Steuerrecht“ jedem Kommentar überlegen. Andererseits kann das Besprechungswerk naturgemäß in notarspezifischen Gebieten nur wenig Tiefgang bieten.

Es ist davon auszugehen, dass die laufende Aktualisierung des Werkes in Zukunft besser gelingt und die derzeit noch bestehenden, vorstehend teilweise geschilderten Unklarheiten beseitigt werden. Dies vorausgesetzt kann das Memento „Steuerrecht“ aufgrund seiner praxisorientierten Grundkonzeption sehr zur Anschaffung empfohlen werden. Dies gilt insbesondere für diejenigen Notare, die Interesse daran haben, sich auch mit steuerrechtlichen Fragen zu beschäftigen, die über das Notarspezifische hinausgehen. Insoweit bietet das Memento „Steuerrecht“ eine umfassende Einstiegslektüre und ein hervorragendes Nachschlagewerk.

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

**Memento Rechtshandbücher, Gesellschaften 2001, mit CD-ROM, 1. Aufl. 2000, Memento-Verlag (Haufe-Mediengruppe, Editions Francis Lefebvre), Freiburg, 1324 Seiten, 148,- DM**

Das Memento „Gesellschaften“ stammt aus der gleichen Reihe, in der auch das Memento-Rechtshandbuch „Steuerrecht für die Praxis“ (vgl. Besprechung des *Verfassers* hierzu in diesem Heft) erschienen ist. Insoweit kann auf die dortigen Ausführungen zu dem Konzept der Memento-Reihe verwiesen werden (unter 1.). Das Besprechungswerk richtet sich vor allem an den Praktiker des Gesellschaftsrechts. Im Wesentlichen enthält es eine sehr gelungene, gut strukturierte Darstellung des gesamten Gesellschaftsrechts, das jedoch teilweise an Ungenauigkeiten leidet (vgl. dazu im Folgenden). Es ist in fünf Abschnitte eingeteilt.

Entsprechend dem Gliederungskonzept des BGB werden im 1. Abschnitt die allgemeinen Grundlagen „vor die Klammer gezogen“. Die Idee ist im Grunde ausgezeichnet, jedoch nicht stets hilfreich. Beispielsweise wird in Rdnr. 690 ff. das Handelsregister samt Eintragungsverfahren und Handelsregisteranmeldungen erläutert. Dort heißt es, bei juristischen Personen hätten die Organe in der zur Vertretung berechtigenden Zahl die Anmeldungen vorzunehmen. Diese Aussage ist zwar im Grundsatz, aber nicht *stets* zutreffend. Daher wäre ein Hinweis erforderlich, wenn ausnahmsweise *alle* Organe einer Kapitalgesellschaft die Anmeldung vornehmen müssen. Dieser aber fehlt: In Rdnr. 2400 ff. ist die Anmeldung der Kapitalerhöhung bei einer GmbH geschildert. Nach § 78 GmbHG i.V.m. § 57 GmbHG bedarf die Anmeldung zum Handelsregister der Mitwirkung *sämtlicher* Geschäftsführer. Leider findet sich in der Rdnr. 2400 ff. jedoch kein Hinweis auf diese Vorschrift oder diese Besonderheit.

Positiv zu erwähnen sind die zahlreichen grafischen Übersichten im ersten Abschnitt, mit denen die Grundlagen des Gesellschaftsrechts dargestellt werden. Der Grundsatz, komplexe Informationen durch Visualisierung schnell erfassbar zu machen, beherrscht das ganze Buch. Beispielhaft sei hier die Übersicht in Rdnr. 95 zu den einzelnen gesellschaftsrechtlichen Fällen vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung erwähnt. In Rdnr. 96 fehlt leider ein Hinweis auf die neue Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (BVerfG, MittBayNot 2000, 311, vgl. dazu auch *Reiß*, MittBayNot 2000, 373 ff.; OLG Schleswig-Holstein, MittBayNot 2001, 80 f. mit Anm. *Reiß*; OLG Hamm, RNotZ 2001, 221; *Reiß*, RNotZ 2001, 203 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen), die bei der Abwicklung entsprechender Rechtsgeschäfte, insbesondere bei Verwendung der sogenannten Doppelvollmacht (deren Zulässigkeit bejahend *Reiß*, RNotZ 2001, 203, 206; vgl. auch das Gutachten in DNotI-Report 2001, 90 ff.), Berücksichtigung finden sollte.

Hervorragend ist die Übersicht in Rdnr. 180 des ersten Abschnittes, in der die Spezialgesetze für bestimmte Wirtschaftsbereiche dargestellt sind, nach denen bestimmte Tätigkeiten nur in bestimmten Gesellschaftsformen ausgeübt werden dürfen. Dies gilt insbesondere für freie Berufe und Tätigkeiten zur Verwaltung von Geld (vgl. dazu auch *Gottwald*, MittBayNot 2001, 164 ff.).

In Rdnr. 663 des ersten Abschnittes (Grundlagen) werden die Fragen der Auslandsbeurkundung behandelt. Zutreffend wird hier eine Beurkundung durch einen *notary public* des anglo-amerikanischen Rechtskreises für nicht ausreichend angesehen. Hingegen wird ohne weitere Differenzierung eine Auslandsbeurkundung bei schweizer, österreichischen, italieni-

schen, französischen, belgischen oder niederländischen Notaren für zulässig gehalten. Diese Meinung ist im Hinblick auf die in Rechtslehre und Rechtsprechung umstrittene und unterscheidende Sichtweise viel zu undifferenziert (vgl. *Zimmermann* in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, Teil G, Rdnr. 190 f.; *Priester* in: Lutter, UmwG, 2. Auflage, § 126 Rdnr. 11; *Goette*, DStR 1996, 709 ff.; *Reuter*, BB 1998, 116 ff.; *van Randenborgh/Kallmeyer*, GmbHR 1996, 908 f.; AG Fürth, GmbHR 1991, 24 ff. mit Anm. *Heckschen*; OLG München, GmbHR 1998, 46 ff.; LG Augsburg, GmbHR 1996, 941; BGH, GmbHR 1990, 25). Der Rechtsanwender wird hier in Sicherheit gewiegt, die den tatsächlichen Gegebenheiten keineswegs entspricht.

Im zweiten Abschnitt, dem Hauptabschnitt, folgen die einzelnen Gesellschaftsformen. Nach Erläuterung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden die OHG sehr knapp, anschließend die KG, die GmbH und die AG dargestellt. Gerade bei der Darstellung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird deutlich, dass die auf der Umschlagseite angegebene Jahreszahl 2001 nicht dem Bearbeitungsstand des Buches entspricht. Redaktionsschluss dieses Bandes war tatsächlich September 2000. Allerdings befindet sich ein 19-seitiges Aktualisierungsheftchen bei dem Buch, das Hinweise auf den Rechtsstand bis zum 8. Mai 2001 enthält. Dort ist auch die neue Rechtsprechung zur „Rechtsfähigkeit“ der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. insbesondere BGH MittBayNot 2001, 192 ff. = NJW 2001, 1056 ff.; dazu *K. Schmidt*, NJW 2001, 993 ff.; *Goette*, DStR 2001, 315 ff.; *Ann*, MittBayNot 2001, 197; anders (!) dagegen BGH, NJW-RR 2001, 114 bzgl. der Markenrechtsfähigkeit) berücksichtigt.

In Rdnr. 924 wird der Vorteil von Grundbesitz verwaltenden Personengesellschaften zu Recht gepriesen (vgl. auch *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 212 ff.). Der Hinweis, die formlose Übertragung von Gesellschaftsanteilen spare Notarkosten ist zutreffend. Hier vermisst man jedoch den Hinweis, dass für die Durchführung der nachfolgenden Grundbuchberichtigung gleichwohl die Einschaltung des Notars erforderlich und die notarielle Beurkundung aus Gründen der Information der Beteiligten (§ 17 BeurkG) gerade bei geschäfts-unerfahrenen Beteiligten wünschenswert ist. Im Übrigen ist bei der Abtretung von Gesellschaftsanteilen ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen. Es besteht damit keinerlei Sicherheit, dass der Gesellschaftsanteil tatsächlich vom Käufer erworben wird. Auch auf diesen Nachteil wird nicht hingewiesen.

In Rdnr. 1535 ff. sind die Folgen des Versterbens eines Gesellschafters bei einer Kommanditgesellschaft praxisnah dargestellt. Der Praktiker wird hier schnell zahlreiche Antworten auf brennende Fragen finden, auch wenn die Erläuterungen naturgemäß knapp und komprimiert sind.

Die Probleme des Kündigungsrechts Minderjähriger aufgrund des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (vgl. dazu *Grunewald*, ZIP 1999, 579 ff.; *Behnke*, NZG 1999, 244 ff.; *Habersack*, FamRZ 1999, 1 ff.) sind im Memento Gesellschaftsrecht unter Rdnr. 1610 bei der Kommanditgesellschaft erläutert. Tatsächlich gehört diese Problematik jedoch weniger zur KG als zur OHG oder zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nach überwiegender und überzeugender Meinung (vgl. insbesondere *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 206; *Habersack* MittBayNot 1999, 22, 27) findet das in § 133 HGB i.V.m. § 723 Abs. 1 BGB vorgesehene Kündigungsrecht Minderjähriger im Zeitpunkt der Volljährigkeit keine Anwendung, wenn der Minderjährige, wie ein Kommanditist, nicht unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet. In 99 % der Fälle, in denen

Minderjährige an einer KG beteiligt sind, wird eine Beteiligung als Kommanditist vorliegen – nicht zuletzt aufgrund der Praxis der Vormundschafts- bzw. Familiengerichte.

Positiv hervorzuheben sind die Rdnr. 1725 zu den Besonderheiten der Publikums-KG und die Rdnr. 1750 zur GmbH & Co. KG. Im Anschluss findet sich eine kurze Erläuterung der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Es folgen die beiden Hauptteile des zweiten Abschnittes über die GmbH (Rdnr. 1950 ff.) auf rund 235 Seiten und über die Aktiengesellschaft (Rdnr. 3400 ff.) auf rund 250 Seiten. In beiden Fällen handelt es sich im Wesentlichen um gelungene, gut strukturierte und schnell erfassbare Darstellungen beider Gesellschaftsformen.

Im dritten Abschnitt (gemeinsame Vorschriften) ist aus notarieller Sicht vor allem das zweite Kapitel mit der Behandlung des Umwandlungsrechtes interessant. Dort sind die wesentlichen Probleme des Umwandlungsrechts prägnant dargestellt. In Kapitel 4 dieses Abschnittes folgt das Konzernrecht, in Kapitel 5 die Betriebsaufspaltung.

Abschnitt 4 behandelt besondere Gesellschaftsformen wie die stille Gesellschaft, die EWIV sowie die Partnerschaftsgesellschaft (Rdnr. 7800 ff.). In Rdnr. 7805 wird ein hilfreicher Rechtsformvergleich zwischen der Partnerschaftsgesellschaft und der GmbH durchgeführt (vgl. dazu auch *Seibert* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, § 30 Rdnr. 22; *Bösert/Braun/Jochem*, Leitfaden zur Partnerschaftsgesellschaft, S. 23 ff.; *Kunz* in: Sozietätsrecht, 2000, § 1 Rdnr. 14 ff.; *Römermann*, GmbHHR 1997, 530 ff.). Der Leser erschrickt jedoch, wenn er am Ende der genannten Rdnr. folgenden Satz liest: „Veräußert ein GmbH-Gesellschafter bei Aufgabe seiner aktiven Berufstätigkeit seinen Anteil an der GmbH, so ist der Veräußerungsgewinn nur dann steuerpflichtig, wenn der Gesellschafter mit mehr als 25 % an der GmbH beteiligt war (§ 17 Abs. 1 EStG).“ Der Verfasser dieses Teils,

Rechtsanwalt *Wolf-Dieter Frontalski*, hat übersehen, dass die Beteiligungsgrenzen des § 17 Abs. 1 EStG bereits durch das SteuerentlastungsG 1999/2000/2002 auf 10 % herabgesetzt und nach den Regelungen des Steuersenkungsgesetzes 2001 sogar auf 1 % vermindert sind (vgl. dazu *M. Wachter*, MittBayNot 2001, 136, 140 f.; *Bornheim*, DB 2001, 162 ff.; *Korezkij*, BB 2000, 1273 ff.; *Schulte*, DB 2000, 1043 ff.; *Hötzel* in: Schaumburg/Rödter, Unternehmenssteuerreform 2001, S. 280 ff.; *Bergemann*, DStR 2000, 1410 ff.; *Tiedtke/Wälzholz*, NotBZ 2000, 356, 362 f.). Dieser Fehler ist auch in dem beigelegten Aktualisierungsheft nicht berichtigt.

Der fünfte Abschnitt enthält in einem Anhang zahlreiche Musterverträge und Formulare. Diese sind auch auf der beigelegten CD-ROM enthalten, die sich einfach installieren lässt. Die Musterverträge sind problemlos in Word-Dokumente zu transferieren und dort weiter zu verarbeiten. Die CD-ROM ist insoweit ein wertvoller Begleiter, der durch zahlreiche wiedergegebene Urteile und umfangreiche aktuelle Gesetzestexte ergänzt wird.

Insgesamt beruht das Memento „Gesellschaften“ auf einem ausgezeichneten, für den Praktiker begrüßenswerten Konzept, an dessen Umsetzung allerdings noch gefeilt werden sollte, um eine uneingeschränkte Zuverlässigkeit zu erreichen. Es ist dem interessierten Leser trotz der vorstehend geschilderten Verbesserungsmöglichkeiten zur Anschaffung zu empfehlen. Abschließend lässt sich das Memento „Gesellschaften“ entsprechend dem Herkunftsland der Memento-Reihe – nämlich Frankreich – mit einem großen Rotwein vergleichen: Das Potenzial für einen ganz großen Wein ist deutlich erkennbar. Für einen *uneingeschränkten* Genuss bedarf es allerdings noch einer gewissen Reifezeit. In der Zwischenzeit ist das Memento „Gesellschaften“ ein wichtiger Wegbegleiter der Praxis, der jedoch im Einzelfall der kritischen Überprüfung bedarf.

Notarassessor *Dr. Eckhard Wälzholz*, Rosenheim

## **Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, 6. Auflage 2001, Erich Schmidt Verlag, München, 851 Seiten, DM 248,–**

Der Beratungsbedarf in Fragen der Vermögensnachfolge ist in den letzten Jahren ständig gestiegen. Durch das Handelsrechtsreformgesetz sowie durch die Unternehmenssteuerreform 2001 sind erhebliche Änderungen eingetreten. Die Neuauflage hat sich zum Ziel gesetzt, den steuer-, rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen den Einstieg in die veränderte Rechts- und Steuerlandschaft ab 2001 zu erleichtern.

Im ersten Buch werden die bürgerlich rechtlichen Grundlagen einer Vermögensnachfolge aufgezeigt. Die erbrechtlichen Bestimmungen, die Gestaltungsmöglichkeiten der gewillkürten Erbfolge und die vorbereitenden Maßnahmen einer Vermögensnachfolge werden eingehend behandelt. Im vierten Kapitel werden die Unternehmensnachfolge, insbesondere die Übernahme eines Einzelunternehmens, die wichtigsten Gesellschaftsformen sowie die Unternehmensnachfolgeregelungen in Verfügungen von Todes wegen dargestellt.

Das zweite Buch ist der Darstellung der Steuerfolgen einer Erbfolgegestaltung gewidmet, wobei in einzelnen Kapiteln die Einkommensteuer und die Verkehrssteuern unter Einschluss der Abgabenordnung behandelt werden. Eigene Kapitel sind der gesellschaftsrechtlichen Erbfolge und der vorweg-

genommenen Erbfolge gewidmet. Abschließend enthält das Werk die steuerliche Beurteilung der Gründung und Umwandlung von Familiengesellschaften.

Die zivil- und gesellschaftsrechtliche Darstellung umfasst 430 Seiten, die steuerliche Beurteilung erstreckt sich auf 370 Seiten. Ein umfangreiches Literaturverzeichnis und ein ergiebiges Sachregister runden das Werk ab.

Das ehrwürdige, über 100 Jahre alte Erbrecht mit seiner ausgefeilten Gesetzestechnik ist dem hohen Rang dieser Materie entsprechend dargestellt. Auch die Ausführungen zum Unternehmensrecht zeigen, dass der Mitautor *Baumann* sein gesellschaftsrechtliches Wissen in die Kommentierung eingebracht und damit auch Praxiserfahrung umgesetzt hat. Erfreulich ist z. B. die Empfehlung, bei einer GmbH & Co. KG das Modell der „Einheits-Gesellschaft“ zu wählen (Rdnr. 1206). Die kritischen Stimmen aus der Wissenschaft (z. B. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 3. Aufl. 1997, S. 1637) beruhen auf theoretischen, praxisfernen Überlegungen. *Baumann* zeigt insbesondere die aktuellen Strömungen auf und beweist Augenmaß auch bei den neuesten Entwicklungen, z. B. der Haftung im faktischen Konzern. Auch bei der Darstellung schwieriger gesellschaftsrechtlicher Fragen, z. B. der Bestellung von Nießbrauchsrechten an Gesellschaftsanteilen, differenziert *Baumann* zutreffend, so dass es ihm – hoffentlich – gelingt, die Scheu vor Nießbrauchsrechtsbestellungen abzubauen. Aller-

dings wäre die im Vorspann enthaltene Zusicherung, dass jeweils durch Querverweisungen auf den Steueranteil eingegangen wird, auch hier besonders sachdienlich, da im Steuerrecht aufgrund des I. Nießbraucherlasses BStBl. 1983 I 508 Tz. 57 nur der Vorbehalts-, nicht jedoch der Zuwendungsnießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen anerkannt wird.

Auch der steuerliche Teil wird von *Schulze zur Wiesche* gut bewältigt. Allerdings sind die Schnittpunkte zum Zivilrecht teilweise missverständlich. Wenn der Erblasser aufgrund einer Teilungsanordnung den Betrieb einem bestimmten Erben zugeordnet hat, hängt die Übernahme des Betriebes durch den testamentarisch bestimmten Nachfolger keinesfalls vom Entschluss aller Miterben ab (Rdnr. 477). Auch die Teilungsanordnung stellt wie das Vermächtnis eine schuldrechtliche Anordnung des Erblassers dar, die gegen den Widerstand der Miterben erzwungen und eingeklagt werden kann. Dabei ist es insbesondere bedauerlich, dass *Schulze zur Wiesche* den einkommensteuerlichen Folgen der Teilungsanordnung nicht weiter nachgeht, obwohl der frühere Mitautor *Esch* hierzu Wesentliches in der Literatur beigetragen hat (BB 1994, 1651).

Überzeugend dargestellt ist die Übertragung eines Betriebs unter Nießbrauchsvorbehalt, insbesondere der Hinweis, dass der bloße Ertragsnießbrauch beim Nießbraucher nur zu wiederkehrenden Bezügen als Unterhaltsleistung i.S. des § 12 Nr. 1 EStG führt. Auch die Auffassung, dass die Grundsätze hinsichtlich der AfA-Berechtigung des Vorbehaltsnießbrau-

ches nur für das Privatvermögen, nicht für das Betriebsvermögen gelten (Rdnr. 950), verdient Zustimmung.

Die Ausführungen, dass die unentgeltliche Aufnahme eines Kindes in ein Einzelunternehmen unter § 24 UmwStG fällt, weil diese Bestimmung auch auf geschenkte Beteiligungen anwendbar ist, überzeugen. Diese Auffassung entspricht auch einer jahrzehntelangen Tradition, die nach dem soeben veröffentlichten Kommissionsbericht zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform B I 4b nunmehr gesetzlich in § 6 Abs. 3 EStG geregelt werden soll.

Die Unternehmenssteuerreform 2001 ist in dem der GmbH gewidmeten Abschnitt enthalten, so dass auch insoweit die Kommentierung den neuesten Stand wiedergibt. Ärgerlich ist jedoch, dass bei der Körperschaftsteuer der Stiftungen die früher geltende Rechtslage dargestellt ist, so dass dem Verlag zu empfehlen ist, durch eine Errata-Beilage auf die aktuelle Rechtssituation abweichend von den Rdnrn. 1263–1266 und 1271 sowie 1272 hinzuweisen.

Zusammenfassend ist das Konzept des Werkes, dem Zivilrecht und dem Steuerrecht gerecht zu werden, zu loben. Das Handbuch der Vermögensnachfolge vermittelt einen Überblick über die zivil- und steuerrechtlichen Grundlagen der vorweggenommenen Erbfolge wie kein anderes auf dem Büchermarkt befindliches aktuelles Werk und ist daher uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Dr. Sebastian Spiegelberger, Rosenheim

---

### **Grziwotz, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare: ein Praxishandbuch zur außergerichtlichen Streitbeilegung, obligatorischen Streitschlichtung und Mediation, 2001, Centrale für Mediation GmbH & Co. KG, 313 Seiten, DM 98,—**

*Grziwotz* legt ein Werk vor, das die konfliktbezogene Verhandlungsführung sowie das Konfliktmanagement der Notare in drei Themenbereichen behandelt. Beginnend mit einem historischen Überblick stellen die einleitenden Kapitel die mittlerunterstützte Streitbeilegung dem staatlichen Richterspruch und dem oftmals einhergehenden Kampf ums Recht gegenüber. Eingehende Mediationsbeispiele aus der notariellen Praxis runden den ersten Teil ab. Der zweite Teil behandelt die obligatorische Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung des bayerischen Notarmodells. Damit und mit den Formulierungsvorschlägen zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens bietet das Werk gerade bayerischen Kollegen Gelegenheit, sich sowohl mit Fragen der Verhandlungsführung als auch mit den praktischen Erfordernissen des Schlichtungsverfahrens vertraut zu machen. Der dritte Teil behandelt die schiedsrichterliche und schiedsgutachterliche Tätigkeit der Notare.

Bei der Lektüre beeindruckt zunächst der Umfang der verarbeiteten Literatur. Der Verhandlungs- und Einigungsprozess kann mit Hilfe einer Vielzahl von Ansätzen untersucht und beschrieben werden. Die Darstellung von *Grziwotz* beschränkt sich – insbesondere im ersten Teil – nicht auf eine einzelne Herangehensweise, sondern entnimmt Anregungen aus einer Fülle von Material. Anfangs stehen die Herangehensweisen der Kommunikationspsychologie im Vordergrund, wobei es sowohl um die Verwendung von Sprache als auch um nonverbale Kommunikation geht. Zugleich klingen aber auch tiefen-

psychologische Betrachtungsweisen an, geht es um Mimik, Gestik und Kinesik (betreffend die Körperhaltung). Sodann wendet sich die Darstellung der Betrachtung des Konfliktes als Phänomen zu, es geht um die Ursachen von Konflikten und deren Verlauf, Defekte im Kommunikationsprozess und Einigungshindernisse bei Konflikten, insgesamt also um Konfliktmanagement. Dies leitet zu denjenigen Betrachtungsweisen über, die den eigentlichen Verhandlungsprozess zum Gegenstand haben, um dann Fragen der Dialektik und Rhetorik zu berücksichtigen. Dieser allgemeine Teil wird abgeschlossen durch Regeln für einen fairen Verhandlungsablauf und effektives Konfliktmanagement. Die Vielzahl der eingearbeiteten Ansätze macht es unvermeidlich, dass die einzelnen Betrachtungsweisen nicht in voller Tiefe vorgestellt werden. Wenn etwa das dreibändige kommunikationspsychologische Konzept des *Schulz von Thun* auf zwei Seiten zusammengefasst, sogleich auf der Folgeseite das tiefenpsychologische Erklärungsmodell der verschiedenen Ich-Ebenen erläutert und auf der wiederum folgenden Seite Mimik, Gestik und Kinesik behandelt werden (S. 25 ff.), so wird bei der gebotenen Bewunderung der Materialfülle deutlich, dass es *Grziwotz* auch um die Anregung zu weiterer Lektüre geht.

Mediation versteht *Grziwotz* als in erster Linie auf das Phänomen des Konfliktes bezogene Technik (S. 164). Hieraus folgt eine deutliche Unterscheidung der notariellen Vertragsgestaltung vom Bereich der Mediation (S. 95 f.). Die gut dargestellten, vielfältigen Beispiele zur Mediation der Notare zeigen, dass auch vor dem Hintergrund eines solchen eher engen Mediationsbegriffes die mediativen Aufgaben der Notare klar hervortreten.

Im zweiten Teil stellt *Grziwotz* die obligatorische Streitschlichtung in konzentrierter Form vor. Nach einem Überblick über die verschiedenen landesrechtlichen Lösungen geht es um die Vorgehensweise auf der Basis des Notarmo-

dells. Spezielle Hinweise zu Nachbar- und Ehrverletzungsstreitigkeiten und Formulierungsvorschläge zur Durchführung des Schlichtungsverfahrens runden die Erläuterungen ab.

Im dritten Teil dann geht es um Schiedsgutachten und Schiedsgericht. Viele Notare verwenden von jeher Schiedsgutachterklauseln, etwa hinsichtlich von Grundstückswerten bei Ankaufs- und Wiederkaufsrechten sowie im Zusammenhang mit Abfindungen ausscheidender Gesellschafter. Eine praxisrelevante Darstellung der einschlägigen Rechtsfragen und die Erörterung der Einsatzmöglichkeiten und -grenzen solcher Klauseln werden daher fast jedem Notar von Nutzen sein, zumal *Grziwotz* auch die wichtigen Musterformulierungen einbezieht. Schiedsgerichtsklauseln rückten mit der Gründung des *SGH* zwar in das Blickfeld vieler Kollegen, werden aber gleichwohl bislang wohl nur zögerlich verwen-

det. Auch hier überzeugt der Text mit der Diskussion der Vor- und Nachteile solcher Klauseln, die entsprechenden Muster-texte begleiten abermals die Darstellung.

Insgesamt präsentiert *Grziwotz* ein vielgestaltiges Buch, das die Freude des Autors an der Verarbeitung umfangreichen Materials spüren lässt. Das Werk regt an und informiert. Es verbindet auf ungewöhnliche Weise ganz praxisnahe Erörterungen (Teile B und C) mit einer Darstellung der notariellen Verhandlungsführung, welche frei von Berührungängsten die Erkenntnisse anderer Fachrichtungen einbezieht (Teil A). Die Lektüre sei sowohl dem nach guten Musterformulierungen suchenden Praktiker als auch dem an Grundsatzfragen Interessierten empfohlen.

Notar *Dr. Robert Walz* LL.M. (University of Chicago),  
Ingolstadt

---

**Pelka (Gesamtverantwortung), Beck'sches Wirtschaftsrechts-Handbuch 2001/2002; Verlag des Deutschen wissenschaftlichen Instituts der Steuerberater GmbH, Verlag C.H.Beck München; 1619 Seiten, DM 228,-**

Das nunmehr in 3. Auflage vorliegende Beck'sche Wirtschaftsrechts-Handbuch knüpft an das Beck'sche Steuerberater-Handbuch an. Es hat zum Ziel, alle wichtigen Fragen des Wirtschaftsrechts komprimiert, aber gleichwohl ausreichend detailliert darzustellen und die in der Steuerkanzlei häufig gestellten Fragen des Wirtschaftsrechts in einer praxisrelevanten Weise zu beantworten. Den Steuerberater soll dieses Handbuch über die rechtlichen Voraussetzungen steuerrechtlicher Folgewirkungen informieren, dem Rechtsanwalt soll es korrespondierend steuerrechtliche Folgewirkungen zivilrechtlicher Gestaltungen aufzeigen. Es mag daher überraschen, dass sich eine Rezension dieses Buches in den *MittBayNot* findet. Auch dem Notar können jedoch in seinem Beruf viele Fragen des Wirtschaftsrechts begegnen, die außerhalb der Schwerpunkte seiner täglichen Praxis liegen. Ein Buch, das alle Rechtsbereiche behandelt, die im weitesten Sinne unter das Gebiet „Wirtschaftsrecht“ fallen, kann deshalb für den Notar durchaus von Nutzen sein.

Als erste ausführlichere Darstellung eines Rechtsbereichs enthält das Kapitel „Arbeitsrecht“ eine alphabetische Gliederung der in diesem Gebiet am häufigsten auftretenden Fragestellungen, um eine schnelle und praxisorientierte Bearbeitung zu ermöglichen. Dies erscheint zweckmäßig. Im Bereich des Kündigungsrechts würde jedoch eine zusammenhängende Darstellung – die Bearbeiter haben hier eine Aufteilung in verschiedene Stichworte vorgenommen – aus Gründen der Übersichtlichkeit besser gefallen. Das Buch enthält in diesem Kapitel verschiedene Muster, unter anderem zu Arbeitsverträgen, Geschäftsführerverträgen, Abmahnungen, Kündigungen und der Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots.

Das Kapitel „Bankrecht“ befasst sich mit dem Bankvertragsrecht, mit Finanzierungsfragen (hier insbesondere auch Bankkrediten und Immobilienfinanzierungen, Baurägerkrediten und Krediten für Erwerber- und Bauherrenmodelle), mit Kapitalanlagen (die Darstellung reicht von den üblichen Kontenformen über Sondersparformen bis zu verschiedenen Wertpapieranlagen), mit dem Zahlungsverkehr, insbesondere dem bargeldlosen, und mit dem Bankgeheimnis und der Bankauskunft. Am Ende der Bereiche Finanzierungsfragen und Kapi-

talanlagen werden jeweils damit im Zusammenhang stehende steuerliche Fragen dargestellt. Die behandelten Themen werden ausführlich erläutert; insbesondere enthält das Kapitel eine gute überblickartige Darstellung der einzelnen Kredit-sicherheiten.

Im Kapitel „Baurecht und Baumodelle“ werden nach einem kurzen Streifzug durch das Recht der Baugenehmigung die zivilrechtlichen Bereiche der Abnahme und der Baumängel behandelt. Neu sind die sich hieran anschließenden grundlegenden Ausführungen zu den verschiedenen Baumodellen, dem Baurägermodell, dem Bauherrenmodell, dem Generalübernehmermodell und dem geschlossenen Immobilienfonds. Dargestellt werden insbesondere die rechtliche Konstruktion und Form der Verträge, die Anwendbarkeit des § 34 c GewO und der MaBV, Vertrags- und Haftungsfragen und die Gewährleistung bei Wohnungseigentum. Grundsätzlich vermögen die Ausführungen hierzu zu überzeugen. Jedoch ist die Auffassung des Bearbeiters, dass die „Raten“ nach § 3 Abs. 2 MaBV in etwa auch beim Generalübernehmermodell eingehalten werden müssten, weil es nach § 641 BGB allgemeiner Grundsatz sei, dass Abschlagszahlungen die Ausnahme sind und nur nach Leistungsstand erbracht werden müssen, nach Einführung des § 632 a BGB neu zu überdenken. Weder die MaBV noch die inzwischen in Kraft getretene, auf Grund von § 27 a AGBG erlassene Verordnung über Abschlagszahlungen bei Baurägerverträgen vom 28.5.2001 finden auf das Generalübernehmermodell unmittelbar Anwendung, da hier Grundeigentum vor Baubeginn vollständig und lastenfrei an den Erwerber aufgelassen wird. Schließt man sich der Auffassung an, dass die Vereinbarung von Abschlagszahlungen im Anwendungsbereich des AGBG an den Voraussetzungen des § 632 a BGB zu messen ist, sofern sie nicht unter eine Verordnung auf Grundlage des § 27 a AGBG fällt, müssen Abschlagszahlungen bei Generalübernehmermodellen diesen Voraussetzungen genügen.

Eine gute, ausführliche Darstellung aller wesentlichen Bereiche des Erbrechts und ergänzender Vorsorgemaßnahmen zu Lebzeiten enthält das Kapitel „Erbrecht“. Entsprechend der Zielsetzung des Buches wird auf das Unternehmertestament, auf die Besonderheiten bei Gesellschaftsbeteiligungen und auf die Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich näher eingegangen. In alle Teile des Kapitels sind Formulierungsbeispiele eingearbeitet.

Das Kapitel „Familienrecht“ befasst sich außer mit den „klassischen“ Bereichen Güterrecht, Unterhaltsrecht, Kindschafts-

recht und Versorgungsausgleich, Rechtsverhältnisse an Ehe- wohnung und Hausrat und Verfahren in Familiensachen auch mit Scheidungen mit Auslandsberührung und mit dem Namensrecht.

Grundsätzliches zu den verschiedenen Gesellschaftsformen einschließlich der jeweiligen Steuerpflichten und Ausführungen zu ausgewählten gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Fragen sowie zur Liquidation von Gesellschaften enthält das Kapitel „Gesellschaftsrecht“. Dabei werden sämtliche Gesellschaftsformen, auch die in der Praxis seltener auftauchende EWIV, behandelt; zu den gängigeren Gesellschaftsformen sind Muster von Gesellschaftsverträgen und Checklisten hierzu aufgenommen.

Das Kapitel „Grundstücksrecht“ befasst sich mit dem Erwerb, der Veräußerung und der Belastung von Grundstücken, mit dem Grundbuch und mit der Zwangsversteigerung und -verwaltung von Grundbesitz. Die Aussage, der Notar trage in der Regel dafür Sorge, dass die wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien in Abhängigkeit voneinander erfüllt werden, indem die Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto erfolgt, trifft jedoch zumindest in Bayern nicht zu; soweit eine gleichwertige andere Möglichkeit der Absicherung besteht, ist diese Einschätzung auch im Hinblick auf das beurkundungsrechtliche Erfordernis eines objektiven Sicherungsinteresses bedenklich.

Das neu aufgenommene Kapitel „Prozessrecht“ umfasst eine Darstellung der Standardprobleme sämtlicher Bereiche des Prozessrechts (gegliedert in die Bereiche Zivilprozess, Arbeitsgerichtsprozess, Sozialgerichtsprozess, Verwaltungsgerichtsprozess und Finanzgerichtsprozess) und umfangreiche Muster.

Das Kapitel „Umwandlungsrecht“ beginnt – anders als die Gesetzessystematik des Umwandlungsgesetzes – mit einer Darstellung des Formwechsels; behandelt werden der Formwechsel einer OHG in eine GmbH und vice versa. Es folgen Ausführungen zu ausgewählten gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Problemen bei der Verschmelzung von GmbHs und Personengesellschaften sowie bei der Spaltung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts und von GmbHs. Die Auswahl der beteiligten Rechtsträger erscheint etwas will-

kürlich; eine überblickartige Darstellung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Umwandlung unter Einbezug auch anderer Gesellschaftsformen fehlt.

Ebenfalls neu aufgenommen wurde das Kapitel „Unternehmensverträge“. Es erläutert eine Vielzahl von wichtigen Standardverträgen, insbesondere zu Betriebsaufspaltungen, Nießbrauch, Poolverträgen, Unternehmenskaufverträgen, Schenkungsverträgen, Treuhandverträgen, Organschaftsverträgen, Leasing- und Factoringverträgen; enthalten sind auch umfangreiche steuerliche Hinweise, Checklisten für die Vertragsgestaltung und einzelne Musterverträge.

Darüber hinaus befasst sich das Handbuch mit einer Reihe weiterer Bereiche des Wirtschaftsrechts, insbesondere mit dem Handelsrecht, dem Insolvenzrecht, dem Kartellrecht, dem gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, dem Wechsel- und Scheckrecht, dem Wettbewerbsrecht, dem Verbraucher- und Kapitalanlegerschutz, der Miete und Pacht, dem Gewerbe-, Subventions- und Umweltrecht und dem Versicherungs- und Sozialrecht.

Der Schwerpunkt des Handbuches liegt auf einer übersichtlichen, lehrbuchartigen Darstellung der jeweiligen Rechtsbereiche. Dies erlaubt sowohl einen schnellen Überblick über einzelne Rechtsfragen als auch die systematische Erschließung eines gesamten Rechtsbereichs. Dabei ist das eingangs erwähnte Ziel erreicht: Die einzelnen Rechtsbereiche werden zwar komprimiert, trotz der großen Stofffülle des Handbuches aber oft erstaunlich ausführlich behandelt; umfangreiche Literaturhinweise am Anfang der Kapitel ermöglichen die Erarbeitung weiterer Details. Im Vordergrund steht das Zivilrecht; steuerrechtliche Ausführungen sind nicht durchwegs enthalten und beschränken sich in der Regel auf die Darstellung von Grundlagen. Das Buch richtet sich in erster Linie an Wirtschaftsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Unternehmensberater sowie Rechtsabteilungen von Unternehmen. Zu den Rechtsbereichen, die den Schwerpunkt notarieller Tätigkeit ausmachen, ist kein erweitertes Wissen enthalten. Das Handbuch ist für den Notar jedoch insofern von Nutzen, als es einen raschen und guten Einblick in Rechtsbereiche ermöglicht, mit denen er nicht täglich in Berührung kommt.

Notarassessorin *Eleonore Sedlmayer*, Neu-Ulm

---

**Döbereiner, Christoph: Ehe- und Erbverträge im deutsch-französischen Rechtsverkehr Anordnungen und Vereinbarungen auf den Todesfall im Zusammenhang mit Eheverträgen, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2001, 304 Seiten, 98,- DM**

Anfang dieses Jahres ist als Bd. 6 der Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung die vorliegende Dissertation von *Döbereiner* erschienen. Sie wurde 1999 an der Universität Regensburg vorgelegt und von Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Henrich betreut. Ihr Gegenstand ist die umfängliche Untersuchung von in Deutschland und Frankreich geschlossenen Ehe- und Erbverträgen bzw. entsprechender französischer Vereinbarungen, ihrer Qualifikation, Einordnung, Wirksamkeit und Anerkennung im jeweils anderen Recht.

Bereits formell besticht die Abhandlung durch ein sehr ausführliches, vollständiges Literaturverzeichnis, in dem kein bis Mitte 1999 erschienener Literatur- und Rechtsprechungsbei-

trag fehlt. Die Aufteilung in einen deutsch- und einen französischsprachigen Teil erleichtert die Recherche. Inhaltlich führt eine klare und übersichtliche Gliederung durch das komplexe Thema.

In einem ersten Teil stellt *Döbereiner* zunächst die materielle Rechtslage Deutschlands und Frankreichs dar. Ausgangspunkt ist dabei der deutsche Ehe- und Erbvertrag, der es Ehegatten ermöglicht, ihr Bedürfnis nach Abstimmung ihrer güter- und erbrechtlichen Regelungen auch äußerlich in einer Urkunde zu verbinden. Dabei beeinflusst die Wahl eines bestimmten Güterstandes auch schon unmittelbar die erbrechtliche Ausgangssituation, namentlich hinsichtlich Erb- und Pflichtteilsquoten. In den Nachlass fällt nur das, was nicht schon vorher aufgrund güterrechtlicher Zuordnung an den Ehegatten fällt. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die erbrechtliche Einordnung von Verfügungen gemäß § 1482 BGB bei der Gütergemeinschaft, die Abweichungen vom Halbteilungsgrundsatz vorsehen. Auch beim gesetzlichen Güterstand ist die Erhöhung des Erbteils über § 1371 Abs. 1 BGB erbrechtlich einzuordnen.

Mit dem französischen gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft zeigt sich, dass die güterrechtliche Vermögensordnung von Ehegatten im Code Civil anderen Grundsätzen unterworfen ist. Erbrechtlich ist der Ehegatte nur schwach am Nachlass beteiligt, auch Noterbrechte stehen ihm nicht zu. Doch auch der französische Gesetzgeber stellt ein Instrumentarium zur Verfügung, mit welchem die Ehegatten ihren Wünschen Rechnung tragen können. In güterrechtlicher Hinsicht ist dies formell allerdings dadurch erschwert, dass Eheverträge, die nach Eheschließung abgeschlossen bzw. geändert werden, eine Mindestfrist von zwei Jahren nach Eheschließung oder Änderung einhalten müssen und der zwingenden Genehmigung des Tribunal de Grande Instance bedürfen. Erbrechtlich kommt hinzu, dass Regelungen nur in eng gestecktem Rahmen getroffen werden können; Erbverträge, gemeinschaftliche Testamente sowie Erbverzichte sind grundsätzlich nicht möglich.

Französische Ehegatten können jedoch durch Ehevertrag den Überlebenden von ihnen durch güterrechtliche *avantages matrimoniaux* begünstigen. Bei Güterständen mit Gesamtgut kommen Vorwegentnahmerechte mit oder ohne Ausgleichszahlung an das Gesamtgut (*clause de prélèvement moyennant indemnité/clause de préciput*) oder Vereinbarungen über die Teilung des Gesamtguts abweichend vom Halbteilungsgrundsatz (*stipulation de parts inégales/clause d'attribution de la totalité de la communauté*) in Betracht. Letzterem entsprechende Klauseln sind auch beim Wahlgüterstand der Zugehörigkeitsgemeinschaft (*participation aux acquêts*) möglich (*clause de participation inégale/clause d'attribution de la totalité des acquêts à l'époux survivant*). Ebenfalls durch Ehevertrag geregelt werden die güterstandsunabhängigen, nachlassgebundenen Vorwegentnahmerechte (*clause d'acquisition ou d'attribution de biens propres*). In der Praxis am häufigsten ist die durch Ehevertrag vereinbarte *institution contractuelle*, mittels derer die Ehegatten sich gegenseitig für den Todesfall die größtmögliche Quote einräumen, ohne Noterbrechte zu verletzen. Nachteil: Die Einräumung ist frei widerruflich, sofern die *institution contractuelle* nach Eheschließung erfolgt.

Nach dieser umfassenden Darstellung des französischen Güter- und Erbrechts, welche dadurch abgerundet wird, dass auch das Projekt über die große geplante Erbrechtsreform, die vielleicht nächstes Jahr geltendes Recht wird, Berücksichtigung fand sowie einer zusammenfassenden Darlegung des französischen internationalen Privatrechts untersucht *Döbereiner* in einem zweiten Teil die kollisionsrechtlichen Wirkungen sowohl des deutschen Ehe- und Erbvertrages als auch der französischen Eheverträge und besonderen vorgenannten Vereinbarungen nach deutschem und französischem IPR.

Aus herrschender deutscher Sicht, der sich *Döbereiner* insofern anschließt, unterliegt der Ehe- und Erbvertrag hinsichtlich der güterrechtlichen Vereinbarungen und ihrer Wirksamkeit dem Güterrechtsstatut, der Erbvertrag dem Erbstatut. Für die Wirksamkeit des Erbvertrags, insbesondere auch hinsichtlich der Bindungswirkung gilt gemäß Art. 26 Abs. 5 EGBGB das Errichtungsstatut. Beim gegenseitigen Vertrag schließt sich *Döbereiner* der Meinung an, wonach für jeden Ehegatten getrennt anzuknüpfen ist, im Falle der Scheidung oder der Trennung von Tisch und Bett kommt er dagegen zur Anwendbarkeit des Scheidungsstatuts. Ungleichbehandlungen der unterschiedlichen Statute beider Ehegatten sind grds. nach dem erbvertragsfreundlicheren, ggf. auch dem erbvertragsfeindlichen Statut zu lösen, hilfsweise ist materiell oder kollisionsrechtlich anzugleichen. Aus französischer Sicht wird der Ehevertrag nach dem Güterrechtsstatut beurteilt, der Erbvertrag nach wohl h.M. nach dem Erbstatut, wobei die Frage der

Zulässigkeit des Erbvertrags als materielle Frage ebenso wie die Bindungswirkung ebenfalls dem Erbstatut unterliegt. Umgekehrt wird die *institution contractuelle* aus deutscher und französischer Sicht erbrechtlich qualifiziert, bei den nach französischem Recht güterrechtlich einzuordnenden *avantages matrimoniaux* kommt *Döbereiner* mit Ausnahme der *clause de prélèvement moyennant indemnité* zur erbrechtlichen Qualifikation.

Was dies für den deutsch-französischen Ehe- und Erbvertrag, insbesondere in erbrechtlicher Hinsicht bedeutet, stellt *Döbereiner* anhand einer Vielzahl von Fällen, variiert nach Staatsangehörigkeit, Wohnsitz, Belegenheit des beweglichen wie unbeweglichen Vermögens, Auswirkungen von Wohnsitz- und sonstigen Statutenwechseln, beeindruckend dar. Gleich ist allen Fällen die Problematik, inwieweit die (teilweise) Unwirksamkeit der Verfügung eines Ehegatten nach dem Recht eines Staates Auswirkungen auf die Verfügungen des anderen Ehegatten hat. Je nachdem, ob ein deutsches oder ein französisches Gericht mit dem Sachverhalt befasst wird, sind die Ergebnisse unterschiedlich.

Beispielhaft zusammengefasst werden soll die (erbrechtliche) Problematik durch den nachfolgenden Fall: Ein in Deutschland lebendes deutsch-französisches Ehepaar schließt vor einem deutschen Notar einen Ehe- und Erbvertrag, in welchem der französische Partner, der in Frankreich Grundbesitz, in Deutschland sein sonstiges Vermögen hat, vertragsmäßig verfügt. Gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB richtet sich aus deutscher Sicht das Erbstatut des Erblassers nach der Staatsangehörigkeit, somit kommt es zur Anwendbarkeit französischen Kollisionsrechts. Hiernach kommt es zur kollisionsrechtlichen Nachlassspaltung: hinsichtlich des in Frankreich belegenen Grundbesitzes nimmt das französische Recht die Verweisung an, es verbleibt nach dem lex-*rei-sitae*-Prinzip bei der Anwendbarkeit französischen Sachrechts. Für das in Deutschland belegene bewegliche Vermögen spricht es eine gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB zu beachtende Rückverweisung auf das Wohnsitzrecht, hier Deutschland, aus. Wirksamkeit und Widerruflichkeit des Erbvertrages sind für jede Nachlassmasse gesondert zu untersuchen. Soweit deutsches Recht zur Anwendung gelangt, ist der Erbvertrag zulässig und bindend, soweit französisches Recht gilt, ist zu unterscheiden, ob der Erbvertrag vor oder nach der Heirat geschlossen wurde und wer als Vertragserbe eingesetzt wird. Ist dies eine andere Person als der Ehegatte, z.B. Kinder, ist der Erbvertrag unwirksam, soweit französisches Recht gilt.

Schwieriger wird die Rechtslage noch, wenn beide Ehegatten vertragsmäßig verfügen. Probleme entstehen auch bereits, wenn zwei deutsche Ehegatten in Frankreich Immobilien haben. Unwirksam aus französischer Sicht ist auch ein vor dem deutschen Notar erklärter Erbverzicht.

Mit der Vielzahl der untersuchten Varianten hält *Döbereiner* die Schwierigkeit solcher Verträge mit Auslandsberührung deutlich vor Augen. Andererseits ergeben sich gerade hierdurch auch interessante Gestaltungsmöglichkeiten, zu denen der Verfasser Anregungen gibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die hervorragende Abhandlung sowohl das materielle französische Recht als auch die kollisionsrechtliche Problematik des Themas umfassend aufzeigt. Wie auf dem Bucheinband zutreffend bemerkt, gibt *Döbereiner* den „mit der Materie beschäftigten Rechtsanwälten, Notaren und Richtern wertvolle Hinweise für ihre praktische Fallarbeit“. Ich füge dem nur hinzu, dass das Buch m.E. für diejenigen, die sich mit der Gestaltung deutsch-französischer Ehe- und Erbverträge auseinandersetzen wollen, unentbehrlich ist.

Notarassessorin Dr. Susanne Frank, München



**Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Bewertung – Berechnung – Sicherung – Verjährung, Erich Schmidt Verlag, 2000, 251 Seiten, DM 76,-**

Dieter Büte ist Richter am Oberlandesgericht Celle. Demgemäß beurteilt er den Zugewinnausgleich bei Ehescheidung aus forensischer Sicht; für den Kautelarjuristen ist dies dann von praktischem Nutzen, wenn er hieraus Konsequenzen für seine streitvorbeugende Tätigkeit ziehen kann. Dass Bütes Zielgruppe dagegen vor allem forensisch tätige Rechtsanwälte sind, zeigen schon die in den Anhang ausgelagerten Muster für Klage- und Arrestanträge im Zugewinnausgleichsverfahren. Überhaupt wird der Kautelarjurist bei der Lektüre dieses Buches nicht nur Formulierungsvorschläge vermissen, sondern vor allem Hinweise zu vertraglichen Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich in Form von Scheidungsvereinbarungen.

Der auf das anwaltliche bzw. richterliche Scheidungsverfahren konzentrierte Ansatz des Autors zeigt sich beispielsweise in Rdnr. 157, wo der Autor zur Entstehung der Ausgleichsforderung ausführt: „Gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB entsteht die Ausgleichsforderung mit Beendigung des Güterstandes, d.h. der Rechtskraft der Ehescheidung, und ist von diesem Zeitpunkt an fällig und vererblich.“ Völlig unerwähnt bleibt, dass die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes außer durch Tod auch in Betracht kommt, wenn durch Ehevertrag nachträglich ein anderer Güterstand vereinbart, der bestehende Güterstand aufgehoben, der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen wird oder durch Ausschluss des Versorgungsausgleichs kraft Gesetzes Gütertrennung eintritt. Die Ausführungen des Autors (Rdnr. 160) zur Frage von Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich im Scheidungsverfahren beschränken sich daher auf eine knappe Darstellung des § 1378 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB. Notarielle Eheverträge über die Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes und die Regelung des Zugewinnausgleichs finden in diesem Zusammenhang nur bezüglich einer Entscheidung des OLG Düsseldorf in FamRZ 1989, 181, Erwähnung, wonach formlose Vereinbarungen über die Zugewinnausgleichsforderung dann möglich sind, wenn bereits ein Ehevertrag über die Beendigung der Zugewinnngemeinschaft formgerecht abgeschlossen wurde.

Die sonstigen Ausführungen im vorliegenden Werk zur Berechnung des Zugewinnausgleichs bei Ehescheidung, die der Autor in Anhang 7 zu einer kurzen, aufgrund der gewählten Darstellung als Berechnungsschema für die Praxis nur bedingt geeigneten Checkliste zusammenfasst, beschränken sich auf die Darstellung der wesentlichen Grundzüge der Zugewinnausgleichsverfahrens mit Querverweisen auf die Rechtsprechung. Hier verliert sich der Autor nicht in Einzelheiten, sondern stellt die einzelnen Schritte der Berechnung anhand der Rechtsprechung des BGH und der Oberlandesgerichte übersichtlich dar.

Den Schwerpunkt des Werkes bilden Fragen der Bewertung von Vermögenswerten und Sachgesamtheiten im Zugewinnausgleichsverfahren auf immerhin fast 50 Seiten. Auch der Notar wird vor allem bei der Beratung der Ehegatten im Rahmen des Abschlusses von Scheidungsvereinbarungen, aber auch bereits bei der Abfassung vorsorgender Eheverträge, vielfach mit Bewertungsfragen befasst sein. Die Ausführlichkeit der Darstellung geht weit über das in gängigen Handbüchern, beispielsweise dem Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen von *Langenfeld*, Rdnr. 148 ff.,

hinaus. Sachgerecht wird der Notar hier nur beraten können, wenn er die Rechtsprechung und die Bewertungsmethoden für die einzelnen Gegenstände und Sachgesamtheiten wie Arzt-, Steuerberater- und Rechtsanwaltspraxis kennt. Der Autor gibt in diesem Zusammenhang jeweils gegliedert nach den einzelnen Arten freiberuflicher Praxen bzw. des gewerblichen Unternehmens Hinweise zur Bewertung. Im Anhang abgedruckt sind ferner die von den jeweiligen Berufskammern herausgegebenen Empfehlungen für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberatungspraxis, Anwaltspraxis sowie die Wertermittlungsverordnung vom 6.12.1988 (BGBl I 1988, 2209). Der Autor, der beim Kauf des Werkes hofft, nunmehr allgemeingültige Regelungen für die Bewertung derartiger Sachgesamtheiten zu erhalten, sieht sich jedoch enttäuscht. In Rdnr. 203 weist der Autor selbst darauf hin, dass im Streitfall bei Bewertungsfragen in der Regel ein Sachverständigengutachten erforderlich sein wird. Er gibt konsequenterweise in Anhang 5 dem Leser auch nur eine Checkliste zur Überprüfung von Verkehrswertgutachten über Grundstücke an die Hand. Das Buch selbst lässt jedoch konkrete Berechnungsschemata für Freiberuflerpraxen und wirtschaftliche Unternehmen vermissen.

Verdienstvoll sind allerdings die Ausführungen zur Lebensversicherung, da sie zum einen Aspekte der Abgrenzung zum Versorgungsausgleich, zum anderen Bewertungsfragen ausführlich behandeln. Breiten Raum nimmt dabei die Erörterung der aktuellen, wenngleich auch nicht mehr ganz neuen BGH-Rechtsprechung, vor allem des Urteils vom 12.7.1995 (MittBayNot 1995, 472 = BGHZ 130,340) ein. Ein kurzes Berechnungsbeispiel illustriert die Ausführungen und wird dem mit Bewertungsfragen befassten Praktiker in aller Regel eine ausreichende Hilfestellung sein.

Den Schluss der Ausführungen bildet die Behandlung des Verhältnisses des Zugewinnausgleichs zu anderen Ausgleichsregelungen. Kurz und präzise behandelt der Autor hier Abgrenzungsfragen zu den wichtigsten, mit dem Zugewinnausgleich konkurrierenden Ausgleichsansprüchen, insbesondere dem Schenkungswiderruf gemäß § 530 BGB, dem Gesamtschuldnerausgleich, der Auseinandersetzung von Konten, gesellschaftsvertraglichen Ansprüchen und der Auseinandersetzung von Grundbesitz.

Da der darstellende Teil zum Zugewinnausgleichsverfahren für den notariellen Praktiker kaum Neues bringen wird, Formulierungsvorschläge für notarielle Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen fehlen und generell das Buch das Thema unter forensischen Aspekten behandelt, kann das Buch Notaren nur bedingt zum Kauf empfohlen werden. Zwar verdient die ausführliche Behandlung der Bewertung einzelner Positionen im Zugewinnausgleich lobende Erwähnung; für den Notar, anders als für den Rechtsanwalt, wird sich der Kauf dieses Buches allein deswegen aber wohl meist nicht lohnen. Wünschenswert bei der bald zu erwartenden Neuauflage wäre die Aufnahme von Bewertungsbögen für die wichtigsten Positionen im Zugewinnausgleich unter Berücksichtigung der neuesten Rechtsprechung, insbesondere für Grundbesitz, freiberufliche Praxen und Lebensversicherungen. Hierdurch könnte das Buch zu einem wertvollen Hilfsmittel bei der Berechnung von Zugewinnausgleichsforderungen für Notare, Richter und Rechtsanwälte gleichermaßen werden.

*Ulrich F. Gropengießer, Notar in Memmingen*

## Bürgerliches Recht

1. ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 (*Keine Beweislastumkehr durch notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung*)

**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).**

BGH, Urteil vom 3.4.2001 – XI ZR 120/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger wendet sich mit der Vollstreckungsabwehrklage gegen die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde.

Der Kläger, ein Angestellter in einem Steuerberatungsbüro in K., suchte nach dem Besuch des Oktoberfestes in M. im Herbst 1994 Entspannung im Club „W“. Dort lernte er die Zeugin L. kennen, die im Club als Prostituierte tätig war. In der Folgezeit suchte der Kläger sie an mehreren Wochenenden in M. auf. Als er sie bat, ihre Tätigkeit in M. aufzugeben und zu ihm nach K. zu ziehen, spiegelte sie ihm nach seinem Vortrag vor, dass für diesen Fall eine „Ablöse“ von 130.000 DM und weitere 2.500 DM für jeden Tag, an dem sie nicht „arbeite“, an den Club gezahlt werden müssten; außerdem müsse der Kläger die Miete für ihre Wohnungen in M. und B. in Höhe von 3.000 DM monatlich zahlen. Der Kläger war einverstanden. Daraufhin zog die Zeugin L. nicht nach K., sondern zum Beklagten, ihrem früheren Lebensgefährten, nach B.

Auf telefonische Anforderung der „Ablöse“ durch die Zeugin L. überwies der Kläger 80.000 DM an den Beklagten und erbat von einem Freund einen Scheck über weitere 50.000 DM, der im November 1993 vom Beklagten, der gegenüber dem Club angeblich in Vorlage getreten war, eingezogen wurde. An den Club sind keine Zahlungen geleistet worden. Im Dezember 1995 unterzeichnete der Kläger mehrfach Verträge, in denen er der Zeugin bescheinigte, von ihr hohe Geldbeträge als Darlehen erhalten zu haben, was jedoch nicht zutraf.

Am 14.3.1996 schlossen die Parteien einen notariellen Vertrag, in dem der Kläger bestätigte, vom Beklagten 500.000 DM als Darlehen erhalten zu haben. In Höhe der Rückzahlungsforderung nebst Zinsen unterwarf sich der Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung und wies den Notar an, dem Beklagten eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen zu erteilen.

Gegen die Vollstreckung aus dieser Urkunde wendet sich der Kläger mit der Behauptung, vom Beklagten niemals Geld erhalten und den notariellen Vertrag nur unter massivem Druck geschlossen zu haben. Der Beklagte trägt demgegenüber vor, er habe dem Kläger für Finanzgeschäfte mit Br. im Dezember 1995 und im Februar 1996 je 150.000 DM und am Tag der Beurkundung des Vertrages weitere 200.000 DM in bar übergeben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter

### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist nicht begründet.

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Kläger könne mit Erfolg geltend machen, die Darlehensvaluta sei an ihn nicht ausgezahlt worden. Da gemäß § 797 Abs. 4 ZPO die Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO auf notarielle Urkunden nicht anwendbar sei, sei der Kläger nicht gehindert, Einwendungen zu erheben, die die Entstehung des Darlehensrückzahlungsanspruchs betreffen. Die Beweislast für die wirksam bestrittene Darlehensausreichung trage nach allgemeinen Regeln der Darlehensgeber, also der Beklagte. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 25.6.1981 – III ZR 179/79 –, WM 1981, 1140 = NJW 1981, 2756), bei der Vollstreckungsabwehrklage habe der Kläger die Beweislast für die gegen den Titel vorgebrachten Einwendungen, sei nicht zu folgen. Der Senat schließe sich vielmehr der überwiegenden instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung im Schrifttum an. Danach richte sich die Beweislast auch bei Vollstreckungsabwehrklagen nach den materiellen Beweislastregeln des der vollstreckbaren Forderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Die Vollstreckungsunterwerfung als Prozesshandlung könne nur die prozessuale, nicht aber die materielle Rechtslage mit der daraus folgenden Beweislast ändern. Die Ermächtigung an den Notar, eine vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen zu erteilen, enthalte keine Vereinbarung zur Umkehr der Beweislast; die Erklärung diene ausschließlich der Vereinfachung des Klauselerteilungsverfahrens.

Der Beklagte habe den Beweis der Darlehenshingabe nicht geführt. Die Empfangsbestätigung des Klägers in der notariellen Urkunde sei lediglich als Wissenserklärung aufzufassen; dadurch erhalte die Urkunde den Charakter eines Schuldscheins, nicht aber eines abstrakten oder kausalen Schuldanerkennnisses. Der Schuldschein habe zwar die formelle Beweiskraft des § 416 ZPO, hinsichtlich der materiellen Beweiskraft unterliege er jedoch der freien Beweiswürdigung. Dem Kläger stehe deshalb der Gegenbeweis offen. Für diesen genüge es, dass die Überzeugung des Gerichts vom Empfang der Leistung erschüttert werde. Das sei hier der Fall. Gegen die tatsächliche Hingabe des Darlehens spreche, dass die mit dem Beklagten in einem engen Verhältnis stehende Zeugin L. vom Kläger zuvor mehrfach Darlehensschuldscheine erwirkt habe, denen keine Geldzahlungen zugrunde gelegen hätten. Die Abfolge der vom Kläger unterzeichneten Darlehensurkunden weise eine Kontinuität auf, in die sich der notarielle Vertrag vom 14. März 1996 nahtlos einfüge. Warum der Kläger sich unmittelbar nach einer Überweisung von 80.000 DM an den Beklagten bei diesem 150.000 DM ausgeliehen haben solle, sei nicht zu erklären. Die Aussage der die Version des Beklagten bestätigenden Zeugin L. stehe in Widerspruch zu ihren früheren Angaben und sei nach Überzeugung des Berufungsgerichts unwahr.

II. Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, die Beweislast für die Auszahlung des Darlehens liege beim Beklagten. Die im Urteil des III. Zivilsenats vom 25.6.1981 (III ZR 179/79, WM 1981, 1140 f.) vertretene Auffassung, bei einer Klage gegen die Vollstreckung aus einer notariellen Urkunde über ein Darlehen habe der Kläger auch die Nichtauszahlung der Darlehensvaluta zu beweisen, wird vom erkennenden Senat nicht geteilt und aufgegeben. Dazu ist der erkennende Se-

nat ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen nach § 132 Abs. 2 GVG in der Lage, da der XI. Zivilsenat nach Änderung des Geschäftsverteilungsplans seit dem Jahre 1990 anstelle des III. Zivilsenats für Darlehenssachen allein zuständig ist (vgl. § 132 Abs. 3 Satz 2 GVG; BGHZ 28, 16, 28 f.).

a) Der III. Zivilsenat hat in seinem Urteil, auf das sich die Revision beruft, ausgeführt, die Beweislast für alle Einwendungen gegen bestehende Vollstreckungstitel treffe grundsätzlich den Vollstreckungsschuldner, auch wenn es sich um vollstreckbare Urkunden nach § 794 ZPO handle. Sie seien wie Urteile vollwertige und endgültige Vollstreckungstitel und bedürften daher derselben Behandlung. Hätten die Parteien vereinbart, dass dem Gläubiger jederzeit ohne Nachweis des Entstehens und der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtungen eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden könne, so spreche dies dafür, dass die Parteien diese Verteilung der Beweislast gewollt hätten. Habe sich der Schuldner vorhandener Verteidigungsmöglichkeiten im Klauselerteilungsverfahren freiwillig begeben, so sei es angemessen, ihn auch für die Vollstreckungsgegenklage von der Beweislast für Einwendungen nicht zu entbinden.

b) Die Ansicht des III. Zivilsenats ist in Rechtsprechung und Literatur nur vereinzelt auf Zustimmung, vor allem aber auf massive Kritik gestoßen.

aa) Angeschlossen haben sich der Auffassung des III. Zivilsenats das Oberlandesgericht München (NJW-RR 1992, 125) und für den Fall, dass der Zahlungspflichtige auf den Nachweis der Fälligkeit bei Klauselerteilung verzichtet habe, eine Mindermeinung im Schrifttum (*Schuschke* in *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz Band I 2. Aufl. § 767 ZPO Rdnr. 38; *Zöller/Herget*, ZPO 22. Aufl. § 767 Rdnr. 11).

bb) Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in einer dem genannten Urteil des III. Zivilsenats vorausgegangenen Entscheidung die Ansicht vertreten, anspruchsbegründende Umstände seien auch im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage vom Gläubiger zu beweisen (BGH, Urteil vom 16.11.1979 – V ZR 93/77 –, WM 1980, 34, 35). Der VII. und der VIII. Zivilsenat haben offengelassen, ob dem Urteil des III. Zivilsenats vom 25.6.1981 gefolgt werden könne (BGHZ 114, 57, 71; BGH, Urteil vom 31.1.1991 – VII ZR 375/89 –, WM 1991, 1184, 1185).

cc) Im Übrigen ist die Ansicht des III. Zivilsenats in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum auf Ablehnung gestoßen

(vgl. OLG Nürnberg DNotZ 1990, 564, 565; OLG Celle NJW-RR 1991, 667; OLG Hamm DNotZ 1994, 57, 59; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 444; *Wolfsteiner* NJW 1982, 2851 ff.; *Münch* NJW 1991, 795, 796; *Baumgärtel*, Festschrift für Gerhard Lücke S. 1, 4; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht 11. Aufl. S. 176 und 187; *Schönke/Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Band I 12. Aufl. Rdnr. 16.23; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckungsrecht 3. Aufl. S. 41 f.; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht 6. Aufl. Rdnr. 1358; *Schlosser*, Zivilprozessrecht II § 5 III Rdnr. 117; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO 21. Aufl. § 767 Rdnr. 44; *Wieczorek/Schütze/Salzmann*, ZPO 3. Aufl. § 767 Rdnr. 66; *MünchKomm-ZPO/Karsten Schmidt*, 2. Aufl. § 767 Rdnr. 57; *Musielak/Lackmann*, ZPO 2. Aufl. § 767 Rdnr. 29; *Thomas/Putzo*, ZPO 22. Aufl. § 767 Rdnr. 20 b);

Die Beweislast werde weder durch die Verfahrensart noch durch die Parteirolle im Prozess, sondern allein durch die materielle Rechtslage bestimmt. Nach allgemeinen Regeln müsse der Gläubiger die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegen und beweisen. Die Zwangsvollstreckungsunterwer-

fung verändere nur die prozessuale, nicht aber die materielle Lage, habe also keinen Einfluss auf die Beweislast. Der Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit habe nur Bedeutung für das Klauselerteilungsverfahren, für das er bestimmt sei, enthalte keine Aufgabe materieller Positionen und begründe deshalb auch keine Umkehrung der dem materiellen Recht folgenden Beweislast.

c) Der erkennende Senat schließt sich unter Aufgabe der vom III. Zivilsenat (Urteil vom 25.6.1981 – III ZR 179/79 –, WM 1981, 1140 f.) vertretenen Ansicht der in der Literatur herrschenden Meinung aus folgenden Gründen an:

aa) Die Beweislastverteilung ist von der Parteirolle im Prozess unabhängig (*Rosenberg*, Die Beweislast 5. Aufl. S. 173). Dies entspricht im Falle einer Feststellungsklage allgemeiner Ansicht. Gleichgültig ob der vermeintliche Gläubiger auf Feststellung seines Anspruchs klagt oder der vermeintliche Schuldner den Rechtsweg beschreitet, um das Nichtbestehen des Anspruchs feststellen zu lassen („negative Feststellungsklage“), immer hat der Gläubiger die Voraussetzungen seines Rechts darzulegen und zu beweisen (BGH, Urteile vom 10.4.1986 – VII ZR 286/85 –, WM 1986, 954, vom 25.10.1991 – V ZR 196/90 –, WM 1992, 313, 317 und vom 2.3.1993 – VI ZR 74/92 –, NJW 1993, 1716, 1717; *MünchKomm-ZPO/Pritting*, 2. Aufl. § 286 Rdnr. 118; *Musielak/Foerster*, ZPO 2. Aufl. § 286 Rdnr. 35).

Etwas anderes für die Vollstreckungsabwehrklage anzunehmen, führt zu einem inneren Entscheidungswiderspruch, wenn neben der Vollstreckungsabwehrklage vom Kläger die Feststellung betrieben wird, dass die der Vollstreckungsurkunde zugrunde liegende Forderung nicht besteht, oder wenn vom Gläubiger widerklagend die Feststellung des Bestehens der Forderung begehrt wird. Misslingt dem Gläubiger der ihm obliegende Nachweis, dass der Anspruch besteht, müsste das Nichtbestehen der Forderung festgestellt werden. Damit ließe sich die Abweisung der Vollstreckungsgegenklage mit der Begründung, der Kläger habe das Nichtbestehen der zugrunde liegenden Forderung nicht nachgewiesen, nicht vereinbaren (*Wolfsteiner* NJW 1982, 2851; *Münch* NJW 1991, 795, 803).

bb) Die notariell beurkundete Vollstreckungsunterwerfung ist eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung, die nur prozessrechtlichen Grundsätzen untersteht (BGHZ 108, 372, 375; BGH, Urteile vom 23.10.1980 – III ZR 62/79 –, WM 1981, 189, vom 1.2.1985 – V ZR 244/83 –, WM 1985, 545 und vom 12.7.1996 – V ZR 202/95 –, WM 1996, 1735). Sie ist nicht auf eine Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet, hat keine materiell-rechtlichen Auswirkungen (BGHZ 108, 372, 376) und bleibt deshalb von einer Unwirksamkeit des mitbeurkundeten materiellen Rechtsgeschäftes unberührt (BGH, Urteile vom 1.2.1985 – V ZR 244/83 –, WM 1985, 545 und vom 12.7.1996 – V ZR 202/95 –, WM 1996, 1735).

Die Beweislast ist demgegenüber dem materiellen Recht zuzuordnen, da Beweislastregel und materieller Rechtssatz aufs Engste miteinander verbunden sind (st.Rspr., vgl. nur BGHZ 85, 252, 256; BGH, Urteile vom 17.2.1983 – III ZR 184/81 –, WM 1983, 454, 455 und vom 14.3.1988 – II ZR 302/87 –, WM 1988, 1031, 1032). Deshalb hat ein Gläubiger die Entstehungsvoraussetzungen seines Anspruchs auch dann zu beweisen, wenn sich der Schuldner wegen dieses Anspruchs in notarieller Urkunde der Zwangsvollstreckung unterworfen hat (OLG Celle NJW-RR 1991, 667; *Wolfsteiner* NJW 1982, 2851; *Münch* NJW 1991, 795, 800).

cc) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, ein Angriff gegen einen bestehenden Vollstreckungstitel mit Hilfe einer Vollstreckungsgegenklage sei nur in beschränktem Maße zulässig (so aber BGH, Urteil vom 25.6.1981 – III ZR 179/79 –, WM 1981, 1140, 1141). Dies trifft auf vollstreckbare Urkunden nicht zu. Sie stehen Endurteilen nur insoweit gleich, als sie wie diese (§ 704 Abs. 1 ZPO) Vollstreckungstitel sind (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Im Übrigen bestehen aber fundamentale Unterschiede, die es gebieten, sie hinsichtlich ihrer materiell-rechtlichen Kontrolle im Verfahren nach § 767 ZPO nicht gleich zu behandeln (*Wolfsteiner* NJW 1982, 2851, 2852; *Münch* NJW 1991, 795, 804): Sie erwachsen nicht in Rechtskraft. Deshalb ist die Vorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO, nach der nur Einwendungen gegen den titulierten Anspruch, die nach Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung entstanden sind, die Vollstreckungsabwehrklage zu begründen vermögen, nach § 797 Abs. 4 ZPO auf vollstreckbare Urkunden nicht entsprechend anzuwenden (BGHZ 85, 64, 74). Anders als bei vollstreckbaren Urkunden stellt sich die Frage, ob der titulierte Anspruch entstanden ist und wer dafür die Beweislast trägt, bei einer Vollstreckungsabwehrklage gegen ein Urteil nicht, weil das Entstehen der titulierten Forderung rechtskräftig feststeht. Daraus den Schluss zu ziehen, es entspreche dem Wesen der Vollstreckungsgegenklage, einen Angriff gegen einen bestehenden Vollstreckungstitel, soweit dieser in einer notariellen Urkunde enthalten ist, nur in beschränktem Maße zuzulassen, ist von vornherein verfehlt. Die Vollstreckungsgegenklage gegen eine vollstreckbare Urkunde soll die Prüfung der materiell-rechtlichen Beziehungen in vollem Umfang ermöglichen, weil dem Titel kein Erkenntnisverfahren vorgeschaltet war (*Münch* NJW 1991, 795, 803).

dd) Auch die Anweisung an den Notar, dem Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis von Fälligkeit voraussetzungen des titulierten Anspruchs zu erteilen, wie sie hier in der notariellen Urkunde vom 14.3.1996 mit der Vollstreckungsunterwerfung verbunden worden ist, lässt nicht darauf schließen, dass die Parteien insoweit dem Schuldner im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage die Beweislast auferlegen wollten. Der Nachweisverzicht bezieht sich nur auf das Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724 ff. ZPO, in dem es um eine dem Vollstreckungsverfahren vorgeschaltete formelle Prüfung des Bestandes und der Vollstreckbarkeit des Titels geht (BGH, Urteil vom 26.4.1976 – VIII ZR 290/74 –, WM 1976, 687, 688; *Zöller/Stöber*, ZPO 22. Aufl. § 724 Rdnr. 1; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, ZPO 3. Aufl. § 725 Rdnr. 22; *Musielak/Lackmann*, ZPO 2. Aufl. § 724 Rdnr. 2). Soweit dazu die nach dem Inhalt der vollstreckbaren Urkunde noch offene Fälligkeit des vollstreckbaren Anspruchs gehört, wollen die Parteien mit einem Nachweisverzicht nur die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Gläubiger vereinfachen. Anderenfalls müsste er sonst in der Regel diese Vollstreckungsvoraussetzung in einer oft nicht praktikablen Weise nach § 726 Abs. 1 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gegenüber dem Notar (§ 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO) nachweisen (*Rastätter* NJW 1991, 392; *Reithmann/Albrecht/Basty*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung 7. Aufl. Rdnr. 338). Nichts spricht dafür, dass die Parteien mit dieser Verfahrensvereinfachung zugleich eine Beweislastverteilung im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage präjudizieren wollten (*Wolfsteiner* NJW 1982, 2851, 2852).

2. Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich die Beweislast des Klägers für den Nichtbestand der Darlehensschuld auch nicht aus einem in der notariellen Urkunde enthaltenen kausalen Schuldanerkenntnis. Das Berufungsgericht hat eine

solche Auslegung des notariell beurkundeten Individualvertrages abgelehnt. Einen revisionsrechtlich relevanten Auslegungsfehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Sie setzt lediglich in unzulässiger Weise ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass das schriftliche Bekenntnis, einen bestimmten Betrag als Darlehen empfangen zu haben, eine bloße Wissenserklärung sein kann, die ein Zeugnis des Ausstellers gegen sich selbst darstellt und einer Quittung ähnelt (BGHZ 66, 250, 254; BGH, Urteil vom 10.6.1985 – III ZR 178/84 –, WM 1985, 1206, 1207). Es hat weiterhin dargelegt, dass es von der Auslegung der in einem Schuldschein enthaltenen individuellen Erklärungen abhängt, ob ihnen die Bedeutung eines kausalen Schuldanerkenntnisses zukommt. Weil der Sinn eines solchen Anerkenntnisses darin liegt, ein Schuldverhältnis ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit der Parteien zu entziehen, bedarf es regelmäßig eines entsprechenden Anlasses, um den Schluss auf ein derartiges Rechtsgeschäft zu rechtfertigen (BGHZ 66, 250, 255). Dieser Anlass kann nicht schon in dem Abschluss des Vertrages selbst gesehen werden (BGH, Urteil vom 9.11.1983 – IVa ZR 60/82 –, WM 1984, 62, 63). Deshalb bestand entgegen der Ansicht der Revision für das Berufungsgericht auch kein Grund, sich mit der Bezeichnung der Vereinbarung als Darlehensvertrag auseinander zu setzen.

Rechtsfehlerfrei davon ausgehend, dass sich nach dem Inhalt der Urkunde und den Umständen des Abschlusses Anzeichen für ein beabsichtigtes kausales Schuldanerkenntnis nicht ergeben, hat das Berufungsgericht der notariell beurkundeten Wissenserklärung des Klägers zutreffend nur formelle Beweiskraft beigemessen (§ 415 Abs. 1 ZPO). Damit steht lediglich fest, dass der Kläger die beurkundeten Erklärungen abgegeben hat; deren inhaltliche Richtigkeit unterliegt der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO. Das bedeutet, dass das Zeugnis des Erklärenden gegen sich selbst durch jeden Gegenbeweis entkräftet werden kann. Dieser ist bereits dann geführt, wenn die Überzeugung des Gerichts von der zu beweisenden Tatsache erschüttert wird; dass sie als unwahr erwiesen wird, ist nicht nötig (BGH, Urteile vom 14.4.1978 – V ZR 10/77 –, WM 1978, 849, 850, vom 10.6.1985 – III ZR 178/84 –, WM 1985, 1206, 1207 und vom 28.9.1987 – II ZR 35/87, WM 1988, 524, 525).

3. Diesen Gegenbeweis hat das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung aller relevanten Umstände als geführt angesehen. Revisionsrechtlich relevante Fehler sind ihm dabei nicht unterlaufen. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe in seine Beweiswürdigung rechtsfehlerhaft Umstände aus dem Verhältnis des Klägers zu der Zeugin L. einfließen lassen, die mit der notariellen Urkunde vom 14.3.1996 nichts zu tun hätten, ist schon deshalb verfehlt, weil der Kläger den Beklagten erst über die Zeugin kennen lernte und auch die finanzielle Beziehung von ihr vermittelt wurde. Sie gab vom Kläger erhaltene Schecks an den Beklagten weiter, und der Kläger überwies an den Beklagten im angeblichen Interesse der Zeugin L. in engem zeitlichen Zusammenhang mit der angeblichen Darlehensgewährung einen Teil der vorgetauschten Ablösesumme. Auch die weiteren Verfahrensrügen der Revision greifen nicht durch; von einer Begründung sieht der Senat insoweit ab (§ 565 a ZPO).

III. Da sich somit das angefochtene Urteil als zutreffend erweist, war die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen

## Anmerkung:

Im Mittelpunkt dieses zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung bestimmten Urteils des XI. Zivilsenats des BGH vom 3.4.2001 steht die längst herbeigesehnte<sup>1</sup>, vielleicht sogar absehbare<sup>2</sup> Aufgabe einer heftig umstrittenen<sup>3</sup> und von Beginn an als „falsch“<sup>4</sup> kritisierten Rechtsprechung<sup>5</sup>, die in der Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht eine Umkehr der Beweislast im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO) erblickt hatte.

### 1. Beweislastumkehr durch Vollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht?

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die förmliche Aufgabe der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des BGH, wie sie im Urteil vom 25.6.1981<sup>6</sup> begründet worden war. Bekanntlich hatte der BGH damals eine gesetzliche Beweislastumkehr im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage derart angenommen, dass „grundsätzlich den Kläger die Beweislast für Einwendungen, mit denen er sich gegen den Vollstreckungstitel wendet“, trifft. Dieser für rechtskräftige Urteile unzweifelhaft zutreffende Grundsatz<sup>7</sup> wurde vom BGH seinerzeit auch auf die vollstreckbare notarielle Urkunde ausgedehnt, da diese wie ein Urteil einen vollwertigen und endgültigen Vollstreckungstitel bilde und damit derselben Behandlung bedürfe. Als Hilferwägung<sup>8</sup> hatte der BGH ausgeführt, dass sich der Schuldner mit dem Nachweisverzicht im Klauselerteilungsverfahren auch für die Vollstreckungsgegenklage freiwillig seiner Einwendungen begeben habe.

*Wolfsteiner*<sup>9</sup> hat am Urteil des III. Zivilsenats prompt und unerbittlich kritisiert, dass man die Falschheit einer gerichtlichen Entscheidung selten „so leicht und mit geradezu mathematischer Eindeutigkeit nachweisen“ könne, wie hier. Seine wiederholte Kritik<sup>10</sup> hat schließlich *Münch*<sup>11</sup> aufgenom-

men und erneuert. Ihm ist die ausführlich und umfassend begründete Darstellung, dass diese Grundsatzentscheidung des BGH in der Tat falsch war, zu verdanken. In jüngster Zeit haben *Schultheis*<sup>12</sup> und *Lindemeier*<sup>13</sup> dieses Ergebnis in ihren Monografien bekräftigt. Schließlich war auch beim BGH selbst die Tendenz verspürbar<sup>14</sup>, dieses Urteil zu revidieren.

Der XI. Zivilsenat hat sich nunmehr den Argumenten von *Wolfsteiner* und *Münch* angeschlossen: Die Beweislastverteilung sei dem materiellen Recht zuzuordnen und daher von der Parteirolle und der Verfahrensart unabhängig. Die Vollstreckungsunterwerfung als rein prozessuale Erklärung habe für sich allein keine materiellrechtliche Rechtswirkung. Zwischen Urteilen und vollstreckbaren Urkunden bestehe ein fundamentaler Unterschied. Der Nachweisverzicht schließlich sei auf das Klauselerteilungsverfahren beschränkt und somit ohne Bedeutung für die Beweislastverteilung im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage.

Der Entscheidung ist im Ergebnis voll und ganz zuzustimmen. Der BGH setzt seine saubere Unterscheidung zwischen prozessualen (Vollstreckungsunterwerfung) und materiellrechtlichen Erklärungen konsequent fort.<sup>15</sup> Auch widersteht er einer pauschalen Gleichsetzung aller Vollstreckungstitel, was schon der Wortlaut des Gesetzes, § 795 ZPO, gebietet. Eine zutreffende Behandlung erfährt endlich auch die Beweislastverteilung in der Vollstreckungsabwehrklage, die sich nunmehr wieder nahtlos in die *Rosenbergsche* Normentheorie<sup>16</sup> einfügt. Überhaupt wird die Bedeutung der Vollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht wieder in ihren historisch korrekten Kontext zurückversetzt: Dem Schuldner soll lediglich die Prozessführungslast, nicht aber die Beweisführungslast aufgebürdet werden, so dass allein „die Beweisführung vom einen ins andere Verfahren verlagert“<sup>17</sup> wird.

### 2. Auswirkungen des Urteils

#### (a) Allgemein

Dadurch dass der BGH die Bedeutung der Vollstreckungsunterwerfung wieder vom Kopf auf die Beine gestellt hat, erübrigt sich nunmehr der auf *Wolfsteiner* zurückgehende<sup>18</sup> und häufig anzutreffende<sup>19</sup> Zusatz, dass „eine Umkehr der Beweislast im gerichtlichen Verfahren hiermit nicht verbunden“ sei. Diese nicht unumstrittene<sup>20</sup> Verlegenheitslösung zur Korrektur der als verfehlt angesehenen Rechtsprechung kann und sollte künftig aus den vollstreckbaren Urkunden getilgt werden. Da dieser Zusatz die jetzige Rechtslage lediglich deklaratorisch wiederholt, wird er bei den Beteiligten, die die Unterscheidung zwischen materiellen und prozessualen Be-

<sup>1</sup> *Münch*, NJW 1991, 795, 802.

<sup>2</sup> Vgl. *Münch*, DNotZ 1994, 59, 63 und *Basty*, MittBayNot 1992, 311 unter Hinweis auf BGHZ 114, 57, 71 = NJW 1991, 1746, 1749 = MDR 1991, 718, 719; NJW 1991, 1617 = MDR 1991, 992.

<sup>3</sup> *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851; *ders.*, DNotZ 1990, 531, 546; *ders.*, DNotZ 1990, 605, 606; *ders.*, MittBayNot 1995, 438; *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1988, § 13 III, S. 380 ff.; *ders.*, NJW 1991, 795; *ders.*, DNotZ 1994, 59; *Basty*, MittBayNot 1992, 311; *Lindemeier*, Die Unterwerfungserklärung in der vollstreckbaren notariellen Urkunde, 2000, S. 40 f.; 256 f.; *Schultheis*, Rechtsbehelfe bei vollstreckbaren Urkunden, 1996, S. 84 f.; *Rastätter*, NJW 1991, 392; *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage 1997, S. 176, 187; *Bruns/Peters*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage 1987, S. 41 f.; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Auflage 1999, Rdnr. 1358; *Stein/Jonas/Münzberg*, 21. Auflage 1995, § 767 Rdnr. 44; *MünchKomm-ZPO/K. Schmidt*, 2. Auflage 2000, § 767 Rdnr. 57; *Musielak/Lackmann*, 2. Auflage 2000, § 767 Rdnr. 29; *Thomas/Putzo*, 23. Auflage 2001, § 767 Rdnr. 20b; OLG Nürnberg DNotZ 1990, 564; OLG Celle NJW-RR 1991, 667; OLG Hamm DNotZ 1994, 57; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 444; zugestimmt haben dem BGH lediglich das OLG München NJW-RR 1992, 125 und *Zöller/Herget*, 22. Auflage 2000, § 767 Rdnr. 11.

<sup>4</sup> *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851.

<sup>5</sup> BGH NJW 1981, 2756 = MDR 1982, 124.

<sup>6</sup> BGH NJW 1981, 2756 = MDR 1982, 124.

<sup>7</sup> *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851, 2852.

<sup>8</sup> *Münch* (Fn. 3), § 13 III 1. a), S. 382.

<sup>9</sup> *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851.

<sup>10</sup> *Wolfsteiner*, DNotZ 1990, 531, 546; *ders.*; DNotZ 1990, 605, 606; *ders.*, MittBayNot 1995, 438.

<sup>11</sup> *Münch* (Fn. 3), § 13 III, S. 380 ff.; *ders.*, NJW 1991, 795, 800 ff.

<sup>12</sup> *Schultheis* (Fn. 3), S. 84 f.

<sup>13</sup> *Lindemeier* (Fn. 3), S. 40 f.; 256 f.

<sup>14</sup> BGHZ 114, 57, 71 = NJW 1991, 1746, 1749 = MDR 1991, 718, 719; NJW 1991, 1617 = MDR 1991, 992.

<sup>15</sup> BGH NJW 1996, 2792 = DNotZ 1998, 944 = MittBayNot 1996, 429; BGHZ 108, 372, 375 = DNotZ 1990, 586 = MittBayNot 1990, 28, 29 jeweils m.w.N.

<sup>16</sup> *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Auflage 1965, § 9, S. 98 f.

<sup>17</sup> *Münch* (Fn. 3), § 13 III 3. c), S. 396.

<sup>18</sup> Vgl. OLG Nürnberg DNotZ 1990, 567, 569; *Basty*, MittBayNot 1990, 298.

<sup>19</sup> *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, 2. Auflage 1997, Rdnr. 295; *F. Schmidt*, in: Münchener Vertragshandbuch IV/1, S. 265; *Reithmann*, in: Kauf vom Bauträger, 7. Auflage 1995, Rdnr. 220, 224; DNotI-Report 1995, 153, 155.

<sup>20</sup> Ablehnend etwa *Rastätter*, NJW 1991, 392, 394.

standteilen einer Urkunde ohnehin selten werden nachvollziehen können, dann Verwirrung stiften, wenn sie im materiellen Teil der Urkunde (dem abstrakten Schuldanerkenntnis o.ä.) gerade eine Beweislastumkehr herbeiführen wollten.

Gewahrt werden muss aber auch vor einer folgerichtigen Umsetzung dieses Urteils in der Vertragsgestaltung. Zwar läge es nunmehr nahe, explizit mittels materiellrechtlicher Beweislastverträge in die gesetzliche Beweislastverteilung einzugreifen; bedacht werden sollte hierbei jedoch, dass solchen Regelungen durch § 11 Nr. 15 AGBG und § 242 BGB enge Grenzen gesteckt sind<sup>21</sup>, die der Notar nur in seltenen Ausnahmefällen ausloten sollte.

### (b) Bauträgervertrag

Seit dem Urteil des VII. Zivilsenats vom 22.10.1998<sup>22</sup> scheint eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag in weite Ferne gerückt zu sein, zumal einzelne Mitglieder des Senats schon zum Sturm auf solche Klauseln blasen<sup>23</sup>, die ihrer Ansicht nach jene Entscheidung nur umgehen sollen<sup>24</sup>. Das vorliegende Urteil kann demgegenüber als Hoffnungsschimmer und Rückkehr zu einem ausgewogenen Standpunkt betrachtet werden: Dass die Vollstreckungsunterwerfung mit oder ohne Nachweisverzicht die gesetzliche Beweislastverteilung nicht zu Lasten des Schuldners verschiebt, ist nunmehr unbestreitbar. Die Unterwerfungserklärung wälzt allein die prozessuale „Initiativlast“ auf den Schuldner ab, eine materiellrechtlich zu verstehende „Möglichkeit, in den Besitz von Vermögenswerten der Auftraggeber zu gelangen oder zumindest eine Verfügungsbefugnis hierüber zu erhalten“ ist damit jedoch nicht verbunden.<sup>25</sup> Anderenfalls müsste man auch die wahnwitzige Folgerung in Erwägung ziehen, dass in ihrer Wirkung vergleichbare, den Auftraggeber unter Umständen ebenfalls „benachteiligende“ prozessuale Institute, wie das Mahnverfahren oder der Urkundenprozess mit §§ 3, 12 MaBV unvereinbar wären! Dem XI. Zivilsenat gebührt jetzt das Verdienst, auf eine sorgfältige Trennung zwischen prozessualen und materiellrechtlichen Wirkungen der Vollstreckungsunterwerfung geachtet zu haben. Es liegt nun beim VII. Senat, diese differenzierende Betrachtungsweise aufzugreifen.

Die Frage der Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag bleibt daher weiter offen.<sup>26</sup> Bis zu einer möglicherweise erneuten Klärung durch den BGH muss jedoch als sicherster Weg von einer Vollstreckungsunterwerfung weiterhin abgeraten werden.

### 3. Ergebnis

Die Entscheidung des BGH, die der Vollstreckungsunterwerfung mit und ohne Nachweisverzicht für das Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage viel von ihrer Schärfe genommen hat, sollte die Praxis keineswegs dazu verleiten, alles beim Alten zu belassen. Vielmehr sollte der Notar den von *Wolfsteiner*<sup>27</sup> angemahnten sparsamen Umgang mit Vollstre-

ckungsunterwerfungen unter Verzicht auf alle Nachweise beherzigen: Nicht nur weil dieser Verzicht in vielen Fällen entbehrlich ist<sup>28</sup>, sondern insbesondere auch um nach außen zu demonstrieren, dass sich der Notar durchaus der schockierenden Wirkung bewusst ist, die das plötzliche Auftauchen des Gerichtsvollziehers aufgrund einer notariellen Vollstreckungsklausel beim Schuldner auslösen kann.<sup>29</sup>

Dass die Entscheidung im Ergebnis auf die Beweisfähigkeit des Beklagten gestützt wurde, nicht aber auf eine naheliegende Einwendung, z.B. aus §§ 123, 138 oder 826 BGB, bedeutet keineswegs eine Geringschätzung der notariellen Urkunde. Da auch die notarielle Urkunde auslegungsfähig und -bedürftig ist, kann man die Interpretation der Urkunde als „Quittung“ nicht beanstanden. Angesichts des ungeheuerlichen Sachverhalts ist die Integrität der notariellen Urkunde damit m.E. sogar besser gewahrt, als wenn die Gerichte von der Beurkundung eines anfechtbaren oder gar sitten- und gesetzeswidrigen Rechtsgeschäfts ausgegangen wären.

Von Notarassessor *Jörn Heinemann*,  
Bad Neustadt a. d. Saale

### 2. BGB § 313 Satz 1 (Formfreie nachträgliche Vereinbarungen eines Rücktrittsrechts beim Grundstückskauf)

**Vereinbaren die Vertragsparteien eines notariell beurkundeten Erwerbvertrages im Hinblick auf einen unvorhersehbaren Umstand nachträglich eine Frist für den Baubeginn und ein Rücktrittsrecht des Erwerbers für den Fall des verspäteten Baubeginns, um die zeitgerechte Bauausführung und die fristgerechte Fertigstellung zu regeln, unterliegt diese Vereinbarung nicht der Formvorschrift des § 313 Satz 1 BGB.**

BGH, Urteil vom 5.4.2001 – VII ZR 119/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Zum Sachverhalt:

Die Kläger verlangen von dem Beklagten die erste Rate aus einem Erwerbvertrag über eine Eigentumswohnung. Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte den Vertrag zu Recht gekündigt hat.

Im Dezember 1996 schlossen die Parteien einen Erwerbvertrag über eine noch zu sanierende Eigentumswohnung in einer Eigentumswohnungsanlage. Die Vereinbarungen über die Fälligkeit der einzelnen Abschlagszahlungen entsprechen dem § 3 Abs. 2 der MaBV. Die Fälligkeit der einzelnen Abschlagsforderungen sollte unter Vorlage einer Bestätigung des bauleitenden Architekten über den Baustand eintreten.

Der Baubeginn wurde im Vertrag im Unterschied zur Fertigstellung nicht geregelt:

„Die bezugsfertige Erstellung des Vertragsgegenstandes soll bis zum 31.3.1998 erfolgen. Die Fertigstellung der Außenanlagen ist bis zum 30.6.1998 vorgesehen.“

Den Klägern wurde die Baugenehmigung im November 1996 und der Baufreigabeschein im Dezember 1996 erteilt. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Ehefrau des Beklagten schwanger geworden war, schlossen die Parteien am 5.7.1997 schriftlich die folgende Vereinbarung:

<sup>28</sup> *Wolfsteiner*, NJW 1982, 2851, 2853; *ders.*, in: Kersten/Bühling (Fn. 27), § 21 I 3 c), Muster 201.

<sup>29</sup> So bekanntlich der Vorwurf von *J. Blomeyer*, NJW 1999, 472, 473 an die Adresse der Notare.

<sup>21</sup> *Zöller/Greger* (Fn. 3), Vor § 284 Rdnr. 23.

<sup>22</sup> NJW 1999, 51 = DNotZ 1999, 53 = MittBayNot 1998, 458 mit abl. Anm. *F. Schmidt*.

<sup>23</sup> Vgl. *Grziwotz*, ZfIR 2000, 929 f.

<sup>24</sup> Gemeint sind offenbar solche Klauseln, wie sie von *Hertel*, ZNotP 1999, 3, 8 oder *Kutter*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage 2000, A II Rdnr. 93c vorgeschlagen werden.

<sup>25</sup> *Lindemeier* (Fn. 3), S. 265 f.; ähnlich *Wolfsteiner*, DNotZ 1999, 99.

<sup>26</sup> Ebenso *Lindemeier* (Fn. 3), S. 270 f.

<sup>27</sup> *Wolfsteiner*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch, 20. Auflage 1994, § 21 I 3. c), Muster 201; § 75 III 3 e).

„Hiermit wird vereinbart, dass Herrn Dr. Sch. bis zum 16.7.1997 verbindlich der Baubeginn für das Objekt „P.-straße 5“ mitgeteilt wird.

Falls dies von der GbR nicht erreicht wird, kann Herr Dr. Sch. die Rückabwicklung des Kaufvertrages ohne Einwendungen der GbR einleiten, d.h. der Vertrag wird im beiderseitigen Einvernehmen gelöst und rückabgewickelt ...“.

Mit Schreiben vom 15.7.1997 sagten die Kläger dem Beklagten den Baubeginn zum 1.9.1997 zu. Mit einem weiteren Schreiben vom selben Tage forderten sie den Beklagten auf, die erste Rate zu zahlen.

Mit Schreiben vom 10.8.1997 erklärte der Beklagte den Klägern, er bitte um die am 5.7.1997 vereinbarte Rückabwicklung des Vertrages, weil die Bank der Kläger ihm mitgeteilt habe, dass die Zwischenfinanzierung nicht gesichert und damit der Baubeginn zu dem angegebenen Termin nicht möglich sei.

Die Kläger teilten dem Beklagten mit Schreiben vom 15.8.1997 mit, dass ihr Schreiben vom 15.7.1997 nach wie vor gültig sei und der Bau am 1.9.1997 begonnen werde. Der Beklagte erklärte daraufhin mit Schreiben vom 1.9.1997 den Rücktritt vom Vertrag.

Nachdem Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien gescheitert waren, erklärte der Beklagte mit Schreiben vom 15.5.1998 erneut den Rücktritt vom Vertrag und forderte die Kläger hilfsweise auf, das Objekt bis zum 27.5.1998 bezugsfertig zu erstellen. Das Objekt wurde zu diesem Zeitpunkt nicht fertiggestellt.

Die als Voraussetzung für die Fälligkeit vereinbarte Bescheinigung des Architekten über den Bautenstand für die erste Abschlagsforderung legten die Kläger erst während des Prozesses am 28.5.1998 vor.

Das Landgericht, das nach Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Bau nicht am 1.9.1997 begonnen worden ist, hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

#### *Aus den Gründen:*

I. Die Revision des Beklagten ist begründet, sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II. Das Berufungsgericht hat der Klage mit der Begründung stattgegeben, die Rücktrittserklärung des Beklagten sei schon deshalb unwirksam, weil die nachträgliche Vereinbarung vom 5.7.1997 formunwirksam sei (III.).

In einer Hilfsbegründung erachtet das Berufungsgericht den Rücktritt als unwirksam, weil die sachlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten (IV.).

III. 1. (...)

2. (...) Die nachträgliche Vereinbarung der Parteien ist nicht formunwirksam.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind nachträgliche Vereinbarungen der Parteien eines Grundstücksveräußerungsvertrages gemäß § 313 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn eine bereits formgültig begründete Verpflichtung in rechtlich erheblicher Weise verändert wird. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt dann in Betracht, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändern (BGH, Beschluss vom 9.11.1995 – V ZR 36/95 –, NJW 1996, 452 = ZIP 1996, 79; Urteil vom 2.10.1987 – VII ZR 42/86 –, NJW-RR 1988, 185 = WM 1987, 1467; Urteil vom 6.6.1986 – V ZR 264/84 –, NJW 1986, 351; Urteil vom 6.11.1981 – V ZR 138/80 –, NJW 1982, 434 = WM 1982, 157).

b) Nach diesen Grundsätzen war die nachträgliche Vereinbarung der Parteien vom 5.7.1997 nicht beurkundungsbedürftig:

(1.) Die nachträgliche Vereinbarung diente dazu, die Vertragsabwicklung im Hinblick auf das nach Vertragsabschluss entstandene besondere Interesse des Beklagten in einer frühzeitigen oder zumindest fristgerechten Fertigstellung der Wohnung einvernehmlich zu regeln, um Streitigkeiten über die zeitgerechte Bauausführung während des Bauablaufs nach dem vereinbarten Beginn zu vermeiden.

(2.) Durch die Vereinbarung sind die gegenseitigen Pflichten aus dem Erwerbvertrag nicht wesentlich verändert worden. Die Vereinbarung berührt nicht unmittelbar die jeweiligen durch den notariell beurkundeten Vertrag wirksam begründeten Hauptpflichten, sondern lediglich die Abwicklung des Vertrages für den Fall, dass die Kläger mit dem Bau nicht fristgerecht beginnen würden. Die Vereinbarung einer Vertragsfrist für den Beginn des Baus und eines Kündigungsrechts des Beklagten bei nicht fristgerechtem Baubeginn konkretisiert lediglich die mit dem notariell beurkundeten Vertrag begründeten Rechte des Erwerbers.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Auftraggeber eines Werkvertrages vor Ablauf der vereinbarten Herstellungsfrist vom Vertrag zurücktreten, wenn vor der Fertigstellung absehbar ist, dass der Termin vom Auftraggeber nicht eingehalten werden kann (BGH, Urteil vom 4.5.2000 – VII ZR 53/99 –, BGHZ 144, 242 = BauR 2000, 1182 = ZfBR 2000, 472; Urteil vom 5.5.1992 – X ZR 115/90 –, NJW-RR 1992, 1141; *Kniffka/Koebke*, Kompendium des Baurechts, Teil 6 Rdnr. 292). Mit der nachträglichen Vereinbarung haben die Vertragsparteien als Voraussetzung eines derartigen Rücktrittsrechts den nicht fristgerechten Baubeginn einvernehmlich festgelegt.

Danach war es nicht für die Wirksamkeit des Vertrages vom 5.7.1997 erforderlich, dass er entsprechend § 313 Satz 1 BGB notariell beurkundet wurde.

IV. 1. (...)

2. (...)

a) In der Revision ist zugunsten des Beklagten zu unterstellen, dass die Vereinbarung vom 5.7.1997 den von ihm behaupteten Inhalt hatte, er habe den Vertrag kündigen dürfen, wenn die Kläger nicht am 1.9.1997 mit den Arbeiten begonnen hätten.

b) Unter dieser Voraussetzung war der Beklagte am 10.8.1997 noch nicht berechtigt, von dem Vertrag zurückzutreten. Ob sein Schreiben bereits eine Kündigungserklärung enthält, ist angesichts des Wortlauts des Schreibens zweifelhaft. Die Kläger haben ausweislich ihres Antwortschreibens vom 15.8.1997 das Schreiben des Beklagten selbst nicht als eine Kündigung verstanden. Sie haben sich nicht gegen eine etwaige Kündigung verwahrt, sondern lediglich ihre Angabe zum Beginn des Baues wiederholt.

Das Berufungsgericht hat keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, ob die Erklärung des Beklagten aus der Sicht der Kläger als Kündigung zu verstehen war. Die Reaktion der Kläger auf die Erklärung des Beklagten ist ein gewichtiger Anhaltspunkt dafür, dass sie die Erklärung des Beklagten lediglich als Ankündigung einer Kündigung verstanden haben. Sollte der Beklagte am 10.8.1997 eine unbedingte Kündigung erklärt haben, wäre sie unberechtigt.

c) Die für die weitere revisionsrechtliche Betrachtung unterstellte unberechtigte Kündigungserklärung des Beklagten vom 10.8.1997 führt nicht ohne weiteres dazu, dass die Klä-

ger wegen Vertragsuntreue des Beklagten von ihrer Vorleistungspflicht entbunden worden sind. Eine derartige Rechtsfolge ließe sich nur mit dem Grundsatz von Treu und Glauben begründen.

Die Erwägungen des Berufungsgerichts zum Grundsatz von Treu und Glauben sind deshalb rechtsfehlerhaft, weil es nicht alle relevanten Umstände berücksichtigt hat.

Im Hinblick auf den im Schreiben vom 10.8.1997 mitgeteilten Sachverhalt, wonach die Finanzierung der Bauarbeiten der Klägerin nicht gesichert sei, war der Beklagte berechtigt gewesen, eine Kündigung für den Fall anzukündigen, dass die Kläger nicht am 1.9.1997 mit dem Bau beginnen werden. Darüber hinaus haben die Kläger sich selbst vertragswidrig verhalten. Sie haben bereits mit Schreiben vom 15.7.1997 den Beklagten aufgefordert, die erste Rate zu zahlen mit der wahrheitswidrigen Behauptung, der Bautenstand der ersten Rate sei erreicht. Außerdem haben die Kläger gegen ihre vertragliche Kooperationsverpflichtung verstoßen. Sie sind nicht auf den Hinweis des Beklagten eingegangen, der Beginn des Baus sei deshalb gefährdet, weil die Zwischenfinanzierung nach Auskunft der Bank nicht gesichert sei.

Selbst wenn die Kläger aufgrund der vorzeitigen und deshalb unwirksamen Kündigung des Beklagten berechtigt gewesen wären, den Baubeginn von einer Vertragstreueerklärung des Beklagten abhängig zu machen, hätten die Kläger aufgrund ihres Schreibens vom 15.8.1997 diese Erklärung nicht mehr erwarten können. Sie haben nach dem Schreiben vom 10.8.1997 ohne Vorbehalt den Baubeginn am 1.9.1997 angekündigt, obwohl nach Auskunft der Bank die Zwischenfinanzierung und damit der Baubeginn zu diesem Zeitpunkt nicht gewährleistet war.

d) Da der Bau am 1.9.1997 nach dem Sachvortrag des Beklagten, der in der Revision als richtig zu unterstellen ist, nicht begonnen worden war, war der Beklagte mit dem von ihm behaupteten und in der Revision zu unterstellenden Inhalt der Vereinbarung vom 15.7.1997 berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten.

---

3. BGB §167; VerbrKrG §4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 (*Bevollmächtigung zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages*)

**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.**

BGH, Urteil v. 24.4.2001 – XI ZR 40/00 –, mitgeteilt von Notarassessor *Thomas Wachter*, München

#### *Zum Sachverhalt:*

Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über die Wirksamkeit einer Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrages und über die damit zusammenhängende Pflicht der Kläger, der beklagten Bank vertragliche Darlehenszinsen zu zahlen. Dem liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger gaben am 21.6.1992 ein notariell beurkundetes Angebot auf Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrages mit der C. Steuerberatungsgesellschaft mbH (im Folgenden: C.) ab. Dieses Angebot enthält u. a. die Vollmacht, für die Kläger eine Eigentumswohnung in einem in O. zu errichtenden Studentenwohnheim zu erwerben, einen Gesellschaftsvertrag zum Zwecke der Errichtung des

Bauvorhabens abzuschließen und die erforderlichen Finanzierungsdarlehen aufzunehmen. Detaillierte Angaben über Inhalt und Modalitäten der abzuschließenden Darlehensverträge sind nicht enthalten. Die C. nahm dieses Vertragsangebot an. Sie erwarb im Juli 1992 im Namen der Kläger die noch nicht fertig gestellte Eigentumswohnung und erklärte den Beitritt zu einer GbR „Studentenwohnheim“, deren Zweck in der Fertigstellung des Bauvorhabens lag. Ende Dezember 1992 schloss sie für die Kläger mit der Rechtsvorgängerin der beklagten Bank zwei Darlehensverträge, und zwar über ein Annuitätendarlehen in Höhe von 39.371 DM mit einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 8,91 % und über ein durch eine Kapitallebensversicherung zu tilgendes Festdarlehen von 126.054 DM mit einem anfänglichen effektiven Jahreszins von 8,84 %.

Die Kläger haben in erster Linie Schadensersatzansprüche aus angeblichem Verschulden der Beklagten bei Vertragsschluss geltend gemacht und mit ihren Hauptanträgen die Rückzahlung geleisteter Zinsen sowie die Freistellung von sämtlichen Rückzahlungsverpflichtungen – Zug um Zug gegen Übertragung ihrer Miteigentumsanteile – verlangt. Hilfsweise begehren sie wegen angeblicher Formunwirksamkeit der Kreditvollmacht die Feststellung, dass die Beklagte die von ihnen geleisteten über den gesetzlichen Zinssatz von 4 % hinaus gehenden Darlehenszinsen zu erstatten und der Kläger zu 2) künftig lediglich Zinsen in dieser Höhe zu entrichten habe. Landgericht und Oberlandesgericht, dessen Urteil in WM 2000, 292 veröffentlicht ist, haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgten die Kläger ihre Ansprüche in vollem Umfang weiter. Die Revision wurde nur hinsichtlich der Hilfsanträge angenommen.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision der Kläger ist nicht begründet.

(...)

1. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die schriftlich abgefassten Darlehensverträge formwirksam seien, weil sie die von § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG geforderten Mindestangaben enthielten. Das wird von der Revision nicht beanstandet.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Wirksamkeit der Darlehensverträge nicht daran scheitern lassen, dass die von den Klägern der C. erteilte Vollmacht die Angaben gem. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG nicht enthält.

a) Die höchstrichterlich bislang noch nicht entschiedene Frage, ob und inwieweit die Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes bei der Erteilung von Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen zu berücksichtigen sind, ist umstritten.

So wird u. a. die Auffassung vertreten, jede Kreditvollmacht bedürfe der Schriftform gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 VerbrKrG und müsse die Angaben gem. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten (LG Potsdam WM 1998, 1235, dazu EWiR 1998, 763 (*Vortmann*); *Bülow*, VerbrKrG, 3. Aufl., 1998, § 4 Rdnr. 37; *Derleder*, NJW 1993, 2401, 2404; *Frisch*, VuR 1999, 432, 437; *Graf von Westphalen / Emmerich / von Rottenburg*, VerbrKrG, 2. Aufl., 1996, § 4 Rdnr. 28). Dieser Ansicht folgt ein Teil der Rechtsprechung und Lehre jedenfalls für die Fälle, in denen die Vollmacht unwiderruflich erteilt oder der Widerruf sanktionsbewehrt ist. Es wird darauf verwiesen, dass im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes das Ziel eines funktionierenden Verbraucherschutzes gegenüber dem Recht der Stellvertretung zugrunde liegenden Repräsentationsprinzip vorrangig sei (OLG München ZIP 1999, 1963, 1964 = ZfIR 1999, 749, 751 = WM 1999, 1456, 1457 f., dazu EWiR 1999, 1025 (*Kessal-Wulf*); OLG Karlsruhe WM 2000, 1996 mit abl. Anm. *Peters/Riechert*, WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 6.00; vgl. auch MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl., 1995, § 4 VerbrKrG Rdnr. 17 ff.).



Demgegenüber hält die von der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre überwiegend vertretene Auffassung die Mindestangaben gem. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG in der Vollmachtsurkunde in jedem Fall für entbehrlich und die Schriftform nur bei unwiderruflich erteilten oder unter erschwerten Bedingungen widerruflichen Vollmachten für erforderlichlich

(OLG Köln WM 2000, 127, 129 f.; OLG Frankfurt OLGR 2000, 191; OLG Zweibrücken OLGR 2000, 336; OLG Frankfurt/M. ZfIR 2001, 45, 47 = WM 2001, 353, 354 f., dazu EWiR 2000, 1175 (Sauer); OLG Karlsruhe WM 2001, 356, 358 f.; vgl. auch Bruchner, WM 1999, 825, 836 f.; Horn/Balzer, WM 2000, 333, 342; Peters in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, Bd. 11, § 81 Rdnr. 94e; Rösler, WuB I G 5.-9.99; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Bearb., 1998, § 4 VerbrKrG Rdnr. 16; Steinhauer, EWiR 1999, 277; Volmer, MittBayNot 1999, 346, 349).

b) Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob und unter welchen Voraussetzungen Vollmachten zum Abschluss von Verbraucherkreditverträgen schriftlich erteilt werden müssen. Die hier zu beurteilende Vollmacht wurde notariell beurkundet. Diese Beurkundung ersetzt die Schriftform (§ 126 Abs. 3 BGB).

c) In der Frage, ob solche Vollmachten grundsätzlich auch die Angaben gem. § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG enthalten müssen, schließt der Senat sich der überwiegend vertretenen Meinung an, die dies verneint.

aa) Dem Verbraucherkreditgesetz ist nicht zu entnehmen, dass das dem Vertretungsrecht zugrunde liegende Repräsentationsprinzip entscheidend eingeschränkt werden müsse. Die nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG erforderlichen Mindestangaben sollen dem Darlehensnehmer ein vollständiges Bild von den Bedingungen und Kosten des Darlehens verschaffen, damit er die Risiken überblicken kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum es nicht genügen soll, wenn diese Informationen seinem Stellvertreter bei Abschluss des Darlehensvertrages erteilt werden. Es liegt im Wesen der Stellvertretung, dass der Stellvertreter vom Vertragsgegner die wesentlichen Informationen über die einzelnen Vertragsbedingungen erhält und auf dieser Grundlage die notwendigen Entscheidungen für den Geschäftsherrn treffen darf. Das Risiko, das mit der Bestellung eines Vertreters einhergeht, wird vom Verbraucherkreditgesetz nicht begrenzt.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats zum Haustürwiderrufgesetz ist regelmäßig darauf abzustellen, ob der Bevollmächtigte bei Abgabe der Willenserklärung in einer Haustürsituation gehandelt hat, während es grundsätzlich unerheblich ist, ob die Vollmacht in einer solchen Situation erteilt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 2.5.2000 – XI ZR 150/99 –, BGHZ 144, 223 = ZIP 2000, 1155, 1157 = ZfIR 2000, 613, 615 = ZBB 2000, 400 (m. Bespr. Kulke, S. 407) = WM 2000, 1250, 1251 f., dazu EWiR 2000, 1097 (Büchler); und BGH, Urt. v. 2.5.2000 – XI ZR 108/99 –, ZIP 2000, 1152, 1154 = ZfIR 2000, 610, 612 = ZBB 2000, 404 = WM 2000, 1247, 1249, dazu EWiR 2000, 871 (Klaas)). Entsprechend ist im Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes bei der Frage, wer vom Kreditgeber zu informieren ist, die Repräsentantenstellung des Vertreters entscheidend (OLG Köln WM 2000, 127, 130; OLG Frankfurt OLGR 2000, 191, 192; OLG Frankfurt/M. ZfIR 2001, 45, 47 = WM 2001, 353, 355; Bruchner, WM 1999, 825, 837; Horn/Balzer, WM 2000, 333, 341; Kessal-Wulf, EWiR 1999, 1025, 1026; van Look, WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 4.00; Peters in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), a.a.O., § 81 Rdnr. 94e; Rösler, VuR 2000, 191, 193; Ulmer/Timmann in: Festschrift Rowedder, 1994, S. 503,

522 f., a. A. OLG München ZIP 1999, 1963, 1964 = ZfIR 1999, 749, 751 = WM 1999, 1456, 1457). Es reicht aus, dass die Mindestangaben bei Abgabe der Vertragserklärung durch den Bevollmächtigten vorliegen. Dessen Kenntnis ist dem Vertretenen nach § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.

bb) Eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung bei Verbraucherkreditverträgen wäre weitgehend unmöglich, müssten die nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG geforderten Angaben bereits in die Vollmachtsurkunde aufgenommen werden. Bevollmächtigt ein Verbraucher einen Geschäftsbesorger nicht mit dem Abschluss eines konkret bestimmten Darlehensvertrages, sondern mit dem Aushandeln und Abschluss eines der Höhe nach begrenzten Kreditvertrages zu marktüblichen Konditionen, so ist es ihm bei Vollmachtserteilung noch nicht möglich, die Mindestangaben zu machen. Wollte man eine Pflicht zur Aufnahme dieser Angaben in die Vollmachtsurkunde statuieren, so liefe das auf einen Ausschluss der Stellvertretung im Bereich der Verbraucherkredite hinaus. Den Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes kann nicht entnommen werden, dass die in seinen Anwendungsbereich fallenden Verträge nur höchstpersönlich abgeschlossen werden könnten (vgl. OLG Frankfurt/M. OLGR 2000, 191, 192; Bruchner, WM 1999, 825, 837 f.; Peters in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), a.a.O., § 81 Rdnr. 94e; ders., in: Festschrift Schimansky, 1999, S. 477, 495 f.; Peters/Scharnewsky, WuB I E 2. § 4 VerbrKrG 4.98; Rombach, MittBayNotK 1999, 380, 381; Vortmann, WuB I G 5.-9.00; Balzer, EWiR 2000, 49; Edelmann/Hertel, DStR 2000, 331, 338; Kessal-Wulf, EWiR 1999, 1025; Steinhauer, EWiR 1999, 277).

cc) Bei Beantwortung der Frage nach dem notwendigen Inhalt der Vollmacht ist auch entscheidend zu berücksichtigen, dass Normadressat des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG der Kreditgeber ist. Dieser hat dafür Sorge zu tragen, dass die vom Verbraucher zu unterzeichnende Erklärung alle für die Wirksamkeit erforderlichen Angaben enthält. Kommt er dieser Verpflichtung nicht oder nur unzureichend nach, treffen ihn die von § 6 Abs. 2 VerbrKrG angeordneten Sanktionen. Der Kreditgeber ist aber an einer Vollmachtserteilung, die sich allein im Verhältnis zwischen Verbraucher als Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem abspielt, regelmäßig nicht beteiligt. Müsste schon die Kreditvollmacht die Mindestangaben enthalten, hätte der Kreditgeber letztendlich für Versäumnisse einzustehen, auf deren Vermeidung er im Normalfall keinen Einfluss hat (vgl. Peters, WM 2000, 554, 560).

d) Dieser Auslegung von § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG steht die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 766 Satz 1 BGB (BGHZ 132, 119, 122 = ZIP 1996, 745, 746, dazu EWiR 1996, 785 (Hadding)) nicht entgegen, nach der eine Blankounterschrift nicht durch eine auf Grund mündlicher Ermächtigung vorgenommene Ergänzung der Urkunde zu einer formwirksamen Bürgschaft wird. Diese Entscheidung betrifft nur die für das Bürgschaftsrecht relevante Frage der Auslegung der Formvorschrift von § 766 Satz 1 BGB und präjudiziert nicht die Auslegung der Formvorschriften des Verbraucherkreditgesetzes. Die Schutzbedürftigkeit von Bürge und Verbraucher ist unterschiedlich. § 766 Satz 1 BGB bezweckt, dem Bürgen Inhalt und Umfang seiner Haftung deutlich vor Augen zu führen, weil dessen Verpflichtung in aller Regel nur anderen, dem Gläubiger und dem Hauptschuldner, zugute kommt (BGHZ 132, 119, 125 = ZIP 1996, 745, 747). Mit dem Abschluss eines Kreditvertrages geht ein Verbraucher kein fremdnütziges Risiko ein. Die Pflichtangaben der Kreditkonditionen sollen ihm lediglich vor Augen führen, worauf er sich einlässt und ihm den Vergleich mit den Kondi-

tionen anderer Kreditgeber ermöglichen (vgl. Senatsurt v. 27.6.2000 – XI ZR 322/98 –, ZIP 2000, 1523, dazu EWiR 2000, 1031 (Vortmann)).

Die Revision der Kläger war daher als unbegründet zurückzuweisen.

---

4. WEG § 14 Nr. 4, GG Art. 13 (*Recht zum Betreten von Wohnungen für WEG-Verwalter in Gemeinschaftsordnung*)

- 1. Eine Regelung, die dem Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage gestattet, ohne sachlichen Grund eine Wohnung zu betreten, ist auch dann mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung unvereinbar, wenn das Betretungsrecht zeitlich auf zwei Termine pro Jahr beschränkt ist.**
- 2. Die bloße Kontrolle, ob Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen erforderlich sind, stellt keinen sachlichen Grund für ein Betretungsrecht des Verwalters dar.**

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 24.11.2000 – 3 W 184/00 –

---

5. BGB §§ 164 I, 185 I; GBO 19 (*Umfang der Vollzugsvollmacht, Voraussetzung einer Kettenauflassung*)

- 1. Die in einem notariellen Kaufvertrag erteilte Vollzugsvollmacht beschränkt sich auf die Vertragsdurchführung zwischen den Vertragsparteien.**  
**Die Auflassung an nur einen von zwei im Vertrag genannten Erwerbern und einen Dritten (an Stelle des zweiten Erwerbes) ist durch die Vollzugsvollmacht nicht gedeckt und daher insgesamt unwirksam.**
- 2. Ein wirksamer Eigentumsübergang durch Eintragung des Letzterwerbers auch ohne die Zwischeneintragung der Vorerwerber im Wege der sog. „Kettenauflassung“ setzt denknottwendig und auch tatsächlich eine ununterbrochene Kette von Auflassungen voraus.**

Urteil des 22. Zivilsenates des OLG Hamm vom 16.10.2000 – 22 U 33/00 –, mitgeteilt von *Aschenbach*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Verfügungsklägerin verkaufte eine noch zu vermessende Teilfläche ihres Grundstücks durch notariellen Kaufvertrag vom 21.2.1995 nebst Ergänzung vom 7.8.1996 an den Verfügungsbeklagten zu 1) zum Preis von 250.000,00 DM. Der Kaufpreis war nicht bar zu erbringen, sondern sollte durch die Übereignung einer noch auf dem Grundstück bis zum 31.3.1998 zu errichtenden Eigentumswohnung beglichen werden.

In § 8 des Kaufvertrages bevollmächtigten die Vertragsparteien die dort namentlich genannten Rechtsanwaltsgehilfinnen und zwar jede für sich allein,

„alle zur Durchführung und Abwicklung dieses Vertrages erforderlichen Anträge zu stellen, die gestellten Anträge zu ändern oder ganz oder teilweise zurückzunehmen. Die Vollmacht berechtigt insbesondere dazu, berichtigende oder ergänzende Erklärungen zu diesem Vertrag abzugeben und entgegenzunehmen, soweit dies notwendig sein sollte, um den Vertrag durchzuführen; dies gilt insbesondere für alle Erklärungen, die möglicherweise dem Grundbuchamt gegenüber abzugeben sind. ...

Sie sind auch berechtigt, die Auflassung zu erklären ...“

Durch notarielle Urkunde vom 19.9.1996 übertrug der Miterwerber seine Rechte aus dem Kaufvertrag – insbesondere den Anspruch auf Übereignung – unentgeltlich auf den Verfügungsbeklagten zu 1). Dieser übertrug wiederum durch notarielle Urkunde vom 29.11.1996 einen 1/2-Anteil am Grundstück und seine diesbezüglichen Rechte gegenüber der Verfügungsklägerin auf den Verfügungsbeklagten zu 2).

Am 23.5.1997 wurden die Verfügungsbeklagten als Eigentümer zu je 1/2 in das Grundbuch eingetragen. Die Eintragung erfolgte aufgrund einer Auflassung vom 14.4.1997, die eine Rechtsanwaltsgehilfin unter Bezug auf die ihr in den Urkunden vom 21.2.1995, 19.9.1996 und 29.11.1996 erteilten Vollmachten namens der Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagten erklärt hatte.

Mit notarieller Urkunde vom 27.4.1999 bewilligte der Verfügungsbeklagte zu 1) die Eintragung einer brieflosen Grundschuld auf seinen 1/2-Miteigentumsanteil zu Gunsten des Verfügungsbeklagten zu 2). Die Eintragung der Grundschuld erfolgte am 5.5.1999.

Die Verfügungsklägerin, die den Kaufvertrag vom 21.2.1995 aus verschiedenen Gründen für nichtig hält, begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung sowie Abtretungsvormerkung bzgl. der Grundschuld, hilfsweise die Eintragung entsprechender Widersprüche.

Das Landgericht hat die Verfügungsklage abgewiesen. Die Berufung der Verfügungsklägerin hat teilweise Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Die Berufung der Verfügungsklägerin ist wegen des Hilfsantrags zu 1) begründet. Im Übrigen hat sie keinen Erfolg.

I. Die Verfügungsklägerin hat gegen die Verfügungsbeklagten keinen Anspruch auf die von ihr mit dem Hauptantrag begehrte Eintragung einer Auflassungsvormerkung (§§ 883, 885 I 1 BGB) zur Sicherung des von ihr behaupteten Rückauflassungsanspruchs.

Ein Anspruch auf Rückübereignung – sei es aus Vertrag oder aus Bereicherungsrecht – setzt voraus, dass die im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Verfügungsbeklagten auch tatsächlich Eigentum an dem streitigen Grundstück erworben haben. Dies ist mangels wirksamer Auflassung (§ 925 BGB) nicht der Fall.

Die zur Eintragung der Verfügungsbeklagten führende Auflassung vom 14.4.1997 ist unwirksam und konnte daher einen Eigentumswechsel nicht herbeiführen.

Die Auflassung vom 14.4.1997 hat eine Rechtsanwaltsgehilfin des beurkundenden Notars namens der Verfügungsklägerin erklärt, ohne dass diese Erklärung von der ihr in der Kaufvertragsurkunde vom 21.2.1995 durch die Verfügungsklägerin erteilte Vollmacht gedeckt gewesen ist.

Bedenken gegen die Wirksamkeit der durch die Klägerin im Vertrag vom 21.2.1995 erteilten Vollmacht bestehen nicht, da sich diese ausdrücklich auf die Vornahme des Verfügungsgeschäftes (Auflassung) bezieht. Eine Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes – wie sie von der Klägerin behauptet wird – berührt die für das Verfügungsgeschäft erteilte Vollmacht grundsätzlich nicht.

Die Rechtsanwaltsgehilfin hat jedoch bei der von ihr erklärten Auflassung die Grenzen der ihr erteilten Vollmacht überschritten. Gem. § 8 des Kaufvertrages ist die Vollmacht zwar umfassend erteilt, jedoch auf den Vollzug des Vertrages beschränkt. Daher konnte die Rechtsanwaltsgehilfin eine Auflassung namens der Verfügungsklägerin wirksam nur gegenüber den im Kaufvertrag genannten Erwerbern erklären. Der Verfügungsbeklagte zu 2) ist nicht Partei des Vertrages vom 21.2.1995. Ihm gegenüber konnte daher namens der Klägerin eine Auflassung nicht wirksam erklärt werden. Dies muss

auch dann gelten, wenn dem Verfügungsbeklagten zu 2) durch die Folgeverträge der Anspruch auf Übereignung des  $\frac{1}{2}$ -Miteigentum an dem Grundstück abgetreten wurde. Eine Erweiterung der Vollmacht auch auf diese Fälle entspricht nicht dem Zweck der Vollmacht, die nur der reibungslosen Vertragsabwicklung dienen soll und widerspricht dem Interesse der Verkäuferin, die eine Vollmacht nur zur Abwicklung des von ihr bei Vertragsschluss zu überblickenden und einzuschätzenden Geschehensablaufes erteilt hat. Die Übertragung von Rechten auf Dritte ist hiervon nicht erfasst. Eine wirksame Auflassung gegenüber dem Verfügungsbeklagten zu 1) ist – auch wenn er Vertragspartei des Kaufvertrags ist – gleichfalls nicht erfolgt, da die von der Verfügungsklägerin erteilte Vollzugsvollmacht nur eine Auflassung an beide im Kaufvertrag genannten Erwerber deckt. Die Auflassung eines  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteils nur an den Verfügungsbeklagten zu 1) entspricht nicht dem Vollzugauftrag und ist daher nicht von der Vollzugsvollmacht gedeckt.

Ein wirksamer Eigentumsübergang an die Verfügungsbeklagten ist auch nicht im Wege einer sog. „Kettenauflassung“ erfolgt, wonach die Eintragung des Letzterwerbers auch ohne die Zwischeneintragung der Vorerwerber wirksam ist. Die Wirksamkeit wird in diesen Fällen damit begründet, dass in der Auflassung für den Empfänger regelmäßig die Einwilligung (§ 185 I BGB) liegt, als Nichtberechtigter über das Grundstück zu verfügen (BGH NJW 1997, 936; BayObLG NJW-RR 1991, 465).

Dies setzt jedoch denotwendig und auch tatsächlich eine ununterbrochene Kette von Auflassungen voraus, die der Beurkundung vom 14.4.1997 wie auch der vom 5.2.1997 nicht entnommen werden können. In der Urkunde vom 14.4.1997 hat die Vertreterin Erklärungen nur namens der Klägerin und der Verfügungsbeklagten abgegeben. Es fehlt eine Auflassung zwischen der Klägerin und Dr. K. (dem weiteren Käufer aus dem Kaufvertrag vom 21.2.1995). Es fehlen in der Urkunde vom 14.4.1997 auch Auflassungserklärungen, zwischen X und dem Verfügungsbeklagten zu 1) zur Umsetzung des Vertrages vom 19.9.1996 und zwischen den Verfügungsbeklagten zur Umsetzung des Vertrages vom 29.11.1996. Soweit in den Urkunden vom 19.9.1996 und 29.11.1996 bereits eine Auflassung durch die Vertragsparteien erklärt wurde, kann dies eine ununterbrochene Kette von Auflassungen nicht begründen, da zu diesen Zeitpunkten eine Auflassung seitens der Klägerin nicht erklärt war, so dass schon deshalb eine Einwilligung gem. § 185 I BGB nicht angenommen werden kann.

Eine solche Kette von Auflassungen lässt sich auch nicht aus der Urkunde vom 5.2.1997 entnehmen, in der unter Bezug auf die erteilten Vollmachten die Auflassung wie folgt erklärt wird: „Die Vertragsparteien sind sich einig, dass das Eigentum auf die Käufer zu je  $\frac{1}{2}$  Anteil übergeht. Verkäufer und Käufer beantragen, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen.“ Diese Erklärung ist zu unbestimmt, als dass sich ihr eine wirksame Auflassungserklärung entnehmen ließe. Demgemäß zu Recht hat das Grundbuch diese Erklärung auch beanstandet und sie nicht zur Grundlage der Eintragung gemacht.

Selbst wenn man eine ununterbrochene Auflassungskette annehmen würde, ist vorliegend ein wirksamer Eigentumsübergang zu verneinen, da es an der hierzu notwendigen Einwilligung der Klägerin (§ 185 Abs. 1 BGB) fehlt.

Die Auflassung des Verkäufers enthält dann keine Ermächtigung an den Käufer, das Grundstück ohne Zwischeneintragung an einen Dritten zu übertragen, wenn der Erwerb des

Dritten einer vertraglichen Zweckbestimmung zuwiderläufe (BGH NJW 1997, 936). Dies ist hier der Fall.

Nach dem Inhalt des Vertrages vom 21.2.1995 und seiner Ergänzung vom 7.8.1996 haben die Erwerber die Verpflichtung übernommen, auf dem Grundstück bis zum 31.3.1998 eine Eigentumswohnanlage zu errichten und der Klägerin hieraus eine Wohnung nebst Keller zu übereignen. Diese Verpflichtung kann der Erwerber mit Übertragung seiner Rechte nicht mehr erfüllen, so dass eine Gefährdung der Gegenleistung vorliegt, die eine Einwilligung ausschließt. Die Gegenleistung kann nur noch von dem Verfügungsbeklagten zu 1) erbracht werden, der auch im Innenverhältnis der Erwerber allein zur Errichtung verpflichtet ist. Dies gefährdet den gesamten Vertragszweck nicht unerheblich, da die Klägerin bei Scheitern der Bebauung allein auf Schadensersatzansprüche verwiesen ist.

II. Die Verfügungsklägerin hat jedoch gegen die Verfügungsbeklagten einen Anspruch auf Eintragung eines Widerspruchs (§ 899 BGB) zur Sicherung ihres Anspruchs auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB).

Ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung besteht, da die Eintragung der Verfügungsbeklagten als Eigentümer im Grundbuch nicht der wirklichen Rechtslage entspricht (§ 894 BGB).

Wie oben dargelegt haben die Verfügungsbeklagten mangels wirksamer Auflassung kein Eigentum an dem streitbefangenen Grundstück erworben. Eigentümerin ist nach wie vor die Verfügungsklägerin, die als wahre Eigentümerin durch die Unrichtigkeit des Grundbuchs unmittelbar beeinträchtigt ist und daher dessen Berichtigung (vgl. *Palandt-Bassenge*, BGB, 59. Aufl., § 894 Rdnr. 6) und zur Sicherung ihres Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs im Wege einer einstweiligen Verfügung (§ 899 Abs. 2 Satz 1 BGB) verlangen kann.

Die Glaubhaftmachung einer Anspruchsgefährdung (Verfügungsgrund) ist gem. § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht erforderlich.

III. Die Verfügungsklägerin hat gegen den Verfügungsbeklagten zu 2) weder einen Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung (§§ 883, 885 Abs. 1 Satz 1 BGB) zur Sicherung eines von ihr behaupteten Abtretungsanspruches bzgl. einer auf dem Anteil des Verfügungsbeklagten zu 1) zu Gunsten des Verfügungsbeklagten zu 2) eingetragenen Buchgrundschuld noch Anspruch auf Eintragung eines Widerspruchs (§ 899 BGB) gegen die genannte Rechtsposition.

Die Bewilligung der Grundschuld erfolgte durch notarielle Urkunde vom 27.4.1999 und die Eintragung im Grundbuch am 5.5.1999.

Für die Wirksamkeit der Grundschuld ist es unerheblich, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) als Nichtberechtigter verfügt hat, da er bei Begründung der Grundschuld im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war und der Verfügungsbeklagte zu 2) somit die Grundschuld gutgläubig erlangen konnte (§ 892 BGB). Eine Kenntnis des Verfügungsbeklagten zu 2) von der Unrichtigkeit des Grundbuchs ist nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen.

Die Verfügungsklägerin hat Umstände, nach denen sie von dem Verfügungsbeklagten zu 2) die Abtretung oder Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Grundschuld verlangen kann, nicht schlüssig dargelegt. Die von ihr behauptete Unwirksamkeit des Kaufvertrags vom 21.2.1995 berührt die Wirksamkeit der Grundschuldbestellung aus den dargelegten Gründen nicht.

Folglich stimmt das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage überein, so dass auch ein Anspruch auf Eintragung eines Widerspruchs nicht besteht (§§ 894, 899 BGB).

---

6. WEG §§ 10 Abs. 1, 16 Abs. 2; BGB § 242 (*Bemessung der Miteigentumsanteile bei Aufteilung nach WEG*)

- 1. Der Umfang der einzelnen Miteigentumsanteile kann ohne Bindung an gesetzliche Vorschriften sowie an Wert, Größe und Nutzungsmöglichkeit des einzelnen Wohnungseigentümers festgelegt werden.**
- 2. Führt die Festlegung der Miteigentumsanteile oder eine nachträglich bauliche Veränderung (Vergrößerung einer Wohnung) zu unbilligen Ergebnissen bei der Kostenverteilung, so besteht u.U. ein Anspruch auf Änderung der Miteigentumsanteile (oder des Verteilerschlüssels).**
- 3. Eine Differenz von 15% bei der Kostenverteilung begründet einen solchen Anspruch (noch) nicht.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.1.2001 – 3 Wx 402/00 –

---

7. WEG § 8; GBO § 13 (*„Begründung“ von Sondernutzungsrechten ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer*)

**Der teilende Alleineigentümer kann gemäß § 8 WEG einseitig ein Sondernutzungsrecht an einer erst künftig auf gemeinschaftlichem Eigentum zu errichtenden Penthousewohnung begründen, wenn durch die Teilungserklärung diejenigen Eigentümer, die nicht Berechtigte sind, vom Mitgebrauch ausgeschlossen werden und dem Berechtigten das inhaltlich klar und eindeutig bezeichnete Benutzungsrecht zugestanden wird.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.5.2001 – 3 Wx 101+123/01 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte zu 1 hat das mit einem Mehrfamilienhaus und einer Tiefgarage bebaute Grundstück in Benrath, eingetragen im Grundbuch von Benrath Blatt ... aufgrund der Teilungserklärung vom 4.8.1997 nebst deren Ergänzung bzw. Änderung vom 18.12.1997 in Wohnungs- und Teileigentum geteilt. § 5 der Teilungserklärung enthält folgende Regelung:

„1. Sollte nach Maßgabe baurechtlicher Festsetzungen künftig die Erstellung einer Penthousewohnung auf dem Dach des Hauses möglich sein, kann an Wohnungs- und Teileigentümer im Hause im Rahmen der Zuweisung eines Sondernutzungsrechtes gemäß § 15 WEG mit Rechtsnachfolgewirkung gemäß § 10 WEG das Sondernutzungsrecht zuerkannt werden, unter Freistellung der übrigen Eigentümer, auf dem Dach des Hauses eine Penthousewohnung unter Berücksichtigung architektonischer, statischer und bautechnischer Erfordernisse zu errichten. ...

4. Sollte im Rahmen der Dachgeschossaufstockung behördlicherseits die Errichtung einer Feuerwehrezufahrt oder die Errichtung von weiteren Kfz-Stellplätzen für die neue Dachgeschosswohnung gefordert werden, so ist der Begünstigte berechtigt, auf eigene Kosten die Feuerwehrezufahrt und die Stellplätze auf dem Grundstück zu errichten und an den Stellplätzen Sondernutzungsrechte zu begründen und seiner Einheit zuzuordnen.“

Die Teilungserklärung ist am 23.1.1998 ins Grundbuch eingetragen worden.

Die Beteiligte zu 2 hat durch notariellen Kaufvertrag vom 26.5.1999 von der Beteiligte zu 1 Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten im Kellergeschoss sowie an zwei Pkw-Stellplätzen in der Tiefgarage erworben. In dem Vertrag haben die Beteiligten zu 1 und 2 weiterhin folgende Vereinbarung getroffen:

„Mit dem Verkauf wird dem Käufer das Sondernutzungsrecht zur Erstellung einer Penthousewohnung auf dem Dach des Hauses nach Maßgabe des § 5 Ziffer 1 der Teilungserklärung vom 17.8.1997 – UR.-Nr.: 3337/97, des amtierenden Notars auf Grund der Zuweisungsermächtigung des Verkäufers gemäß § 5 Ziff. 3 der Teilungserklärung (bestätigt durch alle bisherigen Erwerber in den Kaufverträgen) zugewiesen.“

Durch notariellen Kaufvertrag vom 24.8.1999 hat der Beteiligte zu 3 die vorgenannten Teileigentumseinheiten verbunden mit dem Sondernutzungsrecht zur Erstellung einer Penthousewohnung auf dem Dach des Hauses nach Maßgabe der Teilungserklärung von der Beteiligte zu 2 erworben. In diesem Vertrag wird Bezug genommen auf einen Bauvorbescheid, der die Errichtung einer Penthousewohnung, unterteilt in drei Einheiten baurechtlich für zulässig erklärt. Der Beteiligte zu 3 hat deshalb in dem notariellen Kaufvertrag erklärt, die Baudurchführung unter Aufteilung in drei Einheiten zu beabsichtigen. Dieser Vertrag ist durch notarielle Urkunde vom 18.9.2000 wie folgt ergänzt worden:

„Der Verkauf der Teileigentumseinheiten Benrath Blatt ... und ... einschließlich der Sondernutzungsrechte zur Erstellung der Penthousewohnung und Schaffung zusätzlicher drei Einstellplätze im Außenbereich wird aufrechterhalten und hiermit bestätigt ...

Unter Bezugnahme auf die genehmigten Baupläne wird von der H. ... mit Zustimmung der übrigen Beteiligten dieses Vertrages die Zuweisung des Sondernutzungsrechtes zur Erstellung des in drei Einheiten aufgeteilten Penthouses als gemeinschaftliches Sondernutzungsrecht zu den Teileigentumseinheiten Benrath Blatt ... und Benrath Blatt ... bestätigt und vorsorglich wiederholt.“

Unter dem 23.10.2000 haben die Beteiligten zu 1 bis 3 beantragt, die Sondernutzungszuweisung vom 18.9.2000 einzutragen, die Eigentumsumschreibung zugunsten des Beteiligten zu 3 vorzunehmen und die zu dessen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkungen zu löschen.

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag durch Zwischenverfügung vom 8.11.2000 beanstandet. Es hat gemeint, ein Sondernutzungsrecht sei in der Teilungserklärung nicht verdinglicht worden, da die Miteigentümer darin nicht vom Mitgebrauch der Dachfläche oder weiterer Grundstücksflächen für ggf. weiter notwendige Stellplätze ausgeschlossen worden seien. Die Regelung in der Teilungserklärung stelle sich lediglich als Handlungsvollmacht zugunsten der Beteiligten zu 1 dar, ersetze jedoch nicht die Zustimmung der dinglich Berechtigten. Diese Vollmacht verhalte sich darüber hinaus lediglich über die Zuweisung einer, nicht aber dreier Penthousewohnungen. Zur Einräumung und Zuweisung des Sondernutzungsrechtes an drei Wohnungen nebst drei Stellplätzen sei eine entsprechende Änderung der Teilungserklärung unter Beteiligung sämtlicher Miteigentümer nebst Zustimmung aller dinglich Berechtigter in der Form des § 29 GBO notwendig.

Die gegen diese Zwischenverfügung von den Beteiligten zu 1 bis 3 eingelegte Beschwerde ist beim Landgericht ohne Erfolg geblieben.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts wenden sich die Beteiligten zu 1 bis 3 mit ihrer weiteren Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel ist insoweit begründet als die Vorinstanzen zu Unrecht angenommen haben, das Sondernutzungsrecht an der zu erstellenden Penthousewohnung sei aufgrund der Teilungserklärung wegen fehlenden Ausschlusses der Miteigentümer vom Mitgebrauch nicht entstanden. Im Übrigen hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

(...)

2.1. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen bedarf es der Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer und dinglichen Berechtigten bei der Zuweisung des Sondernutzungsrechts, an einer auf der Dachfläche des Hauses zu erstellenden Penthousewohnung nicht.

Es bestehen keine Bedenken, wenn anstelle von Wohnungseigentum an Kellerräumen verbunden mit Sondernutzungsrechten an Wohnungen begründet wird (vgl. BayObLG NJW 1992, 700). Ein solches Sondernutzungsrecht kann nach § 8 WEG durch den teilenden Alleineigentümer einseitig begründet werden. Voraussetzung hierfür ist, dass durch die Teilungserklärung diejenigen Wohnungseigentümer, die nicht Berechtigte des Sondernutzungsrechts sind, vom Mitgebrauch ausgeschlossen werden (negative Komponente) und dem Berechtigten das ausschließliche Benutzungsrecht zugestanden wird (positive Komponente) und diese Teilungserklärung ins Grundbuch eingetragen wird (vgl. Senat NJW-RR 1987, 1491, 1492; Rpfleger 1993, 193, 194; BayObLG Rpfleger 1990, 63). Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des Senats erfüllt. § 5 der Teilungserklärung kann nach Sinn und Zweck für einen unbefangenen Betrachter nur bedeuten, dass das Recht zur Mitbenutzung der Dachfläche entfällt, wenn diese einem bestimmten Wohnungs- oder Teileigentümer zur Errichtung eines Penthouses zugewiesen wird. Entgegen der vom Landgericht vertretenen Ansicht, an die der Senat nicht gebunden ist (vgl. Senat Rpfleger 1993, 193; OLG Frankfurt Rpfleger 1998, 20, 21), ist in der Teilungserklärung nicht bloß die Freistellung der übrigen Miteigentümer von den durch die Bauausführung entstehenden Kosten enthalten, sondern gleichzeitig das Mitbenutzungsrecht ausgeschlossen. Auch ohne ausdrücklichen oder wörtlichen Ausschluss ist für einen Erwerber ohne weiteres erkennbar, dass er im Falle der Zuweisung des Sondernutzungsrechts an einen Dritten, der eine Penthousewohnung auf der Dachfläche errichtet, von dem Mitgebrauch ausgeschlossen ist. Die in § 5 der Teilungserklärung enthaltene Regelung stellt sich hinsichtlich des Ausschlusses der Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch als aufschiebende Bedingung gemäß § 158 BGB dar. Der Ausschluss vom Mitgebrauch hängt nämlich von der Zuweisungserklärung des teilenden Eigentümers ab. Gegen die Zulässigkeit dieser in der Teilungserklärung enthaltenen aufschiebenden Bedingung bestehen keine Bedenken (vgl. Senat NJW-RR 1987, 1491, 1492; OLG Frankfurt Rpfleger 1998, 20, 21). Beruht aber die spätere Zuordnung des Sondernutzungsrechts auf der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung, werden Drittberechtigte durch sie nicht beeinträchtigt mit der Folge, dass ihre Mitwirkung nicht erforderlich ist.

2.2. Die Kammer hat indes zu Recht ein Eintragungshindernis darin gesehen, dass – entgegen der Regelung in § 5 der Teilungserklärung – das Sondernutzungsrecht zur Errichtung nicht nur einer, sondern dreier Penthousewohnungen zugewiesen worden ist. Es kann dahinstehen, ob und inwieweit bei der Begründung von Sondernutzungsrechten Anforderungen an die Abgeschlossenheit zu stellen sind; soll nämlich das Sondernutzungsrecht als Inhalt des Sondereigentums ins Grundbuch eingetragen werden, verlangt der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz, den Teil des gemeinschaftlichen Eigentums, an dem das Sondernutzungsrecht bestellt werden soll, klar und bestimmt zu bezeichnen (BayObLG NJW 1992, 700, 701). Eine solche Bezeichnung fehlt in der Teilungserklärung für die nunmehr beabsichtigte Errichtung von drei Penthousewohnungen. Insoweit hätte bereits in der Teilungserklärung festgelegt werden müssen, dass Sondernutzungs-

rechte an drei der Größe und Lage nach genau bezeichneten Penthousewohnungen bestellt werden. Die angefochtene Zwischenverfügung ist daher insofern zu Recht ergangen.

8. BGB §§ 1573 Abs. 2, 1578 (*Berücksichtigung der Haushaltsführung als die ehelichen Lebensverhältnisse prägendes Einkommen*)

**In Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte nach der Scheidung ein Einkommen erzielt oder erzielen kann, welches gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes seiner während der Ehe erbrachten Familienarbeit angesehen werden kann, ist dieses Einkommen in die Unterhaltsberechnung nach der Differenzmethode einzu beziehen (Änderung der bisherigen Rechtsprechung zur sog. Anrechnungsmethode).**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Urteil vom 13.6.2001 – XII ZR 343/99 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die 1951 geborene Klägerin nimmt den Beklagten auf nachehelichen Aufstockungsunterhalt in Anspruch.

Ihre am 23.8.1968 geschlossene Ehe wurde am 2.12.1997 rechtskräftig geschieden. Während der Ehe versorgte die Klägerin den Haushalt und die 1979 geborene gemeinsame Tochter. Nach anfänglich stundenweisen Beschäftigungen war sie ab 1974 etwas mehr als halbtags als selbständige Fußpflegerin tätig. Daraus erzielte sie zuletzt ein monatliches Durchschnittseinkommen von 998 DM, welches, bereinigt um Aufwendungen für Kranken- und Lebensversicherung sowie um einen Erwerbstätigenbonus, monatlich rund 403 DM betrug.

Die Klägerin war Alleineigentümerin eines den Parteien als Familienheim dienenden, mit Restschulden belasteten Hauses, welches sie am 1.7.1998 verkaufte. Seither wohnt sie zur Miete. Nach Ablösung von Schulden und Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 85.000 DM an den Beklagten verblieb ihr ein Restkapital, aus dem sie Zinsen erzielt.

Die Tochter ist seit September 1997 nicht mehr unterhaltsbedürftig. Der Beklagte ist nach vorübergehender Arbeitslosigkeit seit Januar 1998 wieder bei einer Firma beschäftigt und verdiente 1998 dort monatlich netto 3.194 DM. Das Kapital aus dem Zugewinnausgleich hat er verbraucht.

Das Amtsgericht hat den Beklagten zu monatlichen Unterhaltszahlungen an die Klägerin von je 203 DM für die Zeit vom 1.7. bis 31.12.1998, je 309 DM für die Zeit vom 1.1. bis 31.5.1999 und von je 419 DM für die Zeit ab 1.6.1999 verurteilt.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht den ab 1.6.1999 zu zahlenden monatlichen Unterhaltsbetrag auf 398 DM herabgesetzt und das Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der völligen Klagabweisung weiter. Die Revision des Beklagten blieb im Ergebnis ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

(...)

I. 1. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin einen nachehelichen Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 Abs. 2 BGB zugebilligt. Bei der Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen hat es abweichend vom Amtsgericht auf Seiten des Beklagten dessen 1998 erzieltetes monatliches Nettoeinkommen von 3.194 DM, bereinigt um berufsbedingte Fahrtkosten in Höhe von maximal monatlich 330 DM, Kosten der Zusatzkrankenversicherung von monat-

lich 94 DM und um einen Erwerbstätigenbonus von 10 %, somit 2.493 DM monatlich zugrunde gelegt. Die geltend gemachten höheren Fahrtkosten hat es, da unangemessen hoch, nicht anerkannt, desgleichen nicht Raten aus Steuer- und anderen Schulden, da der Beklagte diese aus dem erhaltenen Zugewinnausgleich hätte tilgen können.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen.

2. Das Oberlandesgericht hat ferner ausgeführt, die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien seien von einem „Wohnwert“ von mindestens monatlich 1.242 DM geprägt gewesen (geschätzter Mietwert monatlich 1.800 DM abzüglich 558 DM Darlehensraten). Trotz des zwischenzeitlichen Auszugs der Parteien und des Wegfalls der Nutzung sei hierfür ein Einkommen anzusetzen, damit der bedürftige Ehegatte nicht infolge der Trennung und Scheidung einen sozialen Abstieg erleide. Andererseits könne nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Höhe des sogenannten toten Kapitals, das nach Auszug eines Ehegatten und dem dadurch bedingten Nutzungsausfall entstanden sei, kein bedarfsbestimmendes Einkommen angesetzt werden. Diese Rechtsprechung könne, weil sie sonst widersprüchlich sei, nur so verstanden werden, dass zwar das addierte Einkommen aus tatsächlichen Einkünften und voller Mietersparnis den Lebensstandard gemäß § 1578 BGB bestimme, dass sich aber beide Ehegatten bereits im Rahmen des § 1578 BGB aus Billigkeit damit abfinden müssten, dass nur das tatsächliche Erwerbseinkommen zur Verteilung zur Verfügung stehe. Soweit es indessen ein Ersatz-einkommen gebe, das zur Auffüllung der Lücke herangezogen werden könne, müsse keiner der Ehegatten diese Billigkeitskorrektur hinnehmen. Ein solches Ersatz-einkommen seien die monatlichen Zinseinnahmen in Höhe von 407 DM, die die Klägerin aus dem ihr verbliebenen Kapital nach Verkauf des Hauses und Ablösung der Schulden erzielen könne. Zum weiteren prägenden Einkommen gehöre ferner ein fiktives Einkommen für die Haushaltsführung, da auch dadurch die ehelichen Lebensverhältnisse im Sinne des § 1578 BGB bestimmt worden seien. Nach dem von der Klägerin nicht angegriffenen medizinischen Gutachten des Sachverständigen sei ihr eine leichte vollschichtige Tätigkeit zuzumuten, mit der sie monatlich ein (um die gesetzlichen Abzüge, pauschale berufsbedingte Aufwendungen und den Erwerbstätigenbonus) bereinigtes Nettoeinkommen von 1.291 DM erzielen könne. Dieses sei ihr neben den monatlichen Zinseinkünften von 407 DM auf den Unterhaltsbedarf anzurechnen. Den Unterhaltsbedarf errechnet das Oberlandesgericht demnach ab 1.7.1998 nach der sogenannten Additionsmethode wie folgt:

|   |                |
|---|----------------|
| bereinigtes Einkommen des Beklagten   | 2.493 DM       |
| zuzüglich „ $\frac{1}{3}$ prägendes Einkommen“ der Klägerin aus 1.291 DM                        | 430 DM         |
| zuzüglich „ $\frac{2}{3}$ Ersatz-einkommen für Haushaltsführung“                                | 861 DM         |
| zuzüglich Ersatz-einkommen Wohnung (Zinsen)   | <u>407 DM</u>  |
|   | 4.191 DM : 2 = |
|   | 2.096 DM       |
| Den Unterhaltsanspruch errechnet es unter Abzug des fiktiven Erwerbseinkommens der Klägerin von | 1.291 DM       |
| und der Zinsen von  | <u>407 DM</u>  |
| mit   | 398 DM         |

Eine Herabsetzung des Unterhalts ergebe sich daher nur für den Zeitraum ab 1.6.1999.

II. 1. Die Revision wendet sich gegen den Ansatz des Berufungsgerichts, die Haushaltsführung als ein die ehelichen Lebensverhältnisse mitbestimmendes Element anzusehen und ein an deren Stelle tretendes Ersatzeinkommen in die Unterhaltsbedarfsermittlung nach § 1578 BGB einzubeziehen. Die dadurch erforderlich werdende Monetarisierung der Haushaltsführung sei wegen der Schwierigkeit einer Bewertung nicht praktikabel. Der Ansatz des Berufungsgerichts, der dazu führe, nach der Ehescheidung erzielte, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht prägende Einkünfte auch des Unterhaltsschuldners zu verteilen und den Unterhalt des Berechtigten aufzustocken, beruhe auf Billigkeitserwägungen, denen eine gesetzliche Grundlage bisher fehle. Daher habe es bei dem Ansatz zu verbleiben, nur die in der Ehe vorhandenen Bareinkünfte der Bedarfsberechnung zugrunde zu legen.

Diese Einwände führen im Ergebnis nicht zum Erfolg.

2. Gemäß § 1573 Abs. 2 BGB kann die Klägerin nach der Scheidung einen sogenannten Aufstockungsunterhalt in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen ihren eigenen Einkünften und dem vollen Unterhalt (§ 1578 BGB) verlangen, wenn ihre Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit zum vollen Unterhalt nicht ausreichen. Das Gesetz knüpft dabei an den Unterhaltsmaßstab der ehelichen Lebensverhältnisse in § 1578 BGB an, ohne dort allerdings im Einzelnen zu definieren, welche Umstände diese Lebensverhältnisse bestimmen, und ohne den für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt festzulegen. Nach den bislang vom Senat zur Ausfüllung dieses Rechtsbegriffs entwickelten Grundsätzen werden die ehelichen Lebensverhältnisse im Wesentlichen durch die bis zur Scheidung nachhaltig erzielten tatsächlichen Einkünfte der Ehegatten bestimmt, soweit sie dazu vorgesehen waren, den laufenden Lebensunterhalt zu decken (vgl. grundlegend Senatsurteile vom 8.4.1981 – IVb ZR 566/80 – FamRZ 1981, 539, 541; vom 4.11.1981 – IVb ZR 625/80 – FamRZ 1982, 255, 257; vom 24.11.1982 – IVb ZR 326/81 – FamRZ 1983, 144, 146 und seither ständig; weitere Nachweise bei *Lohmann* Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Familienrecht 8. Aufl. Rdnr. 110 f.). Zwar hat der Senat die Haushaltsführung eines nicht erwerbstätigen Ehegatten einschließlich der Kinderbetreuung wirtschaftlich betrachtet der Erwerbstätigkeit und der durch diese ermöglichten Geldunterhaltsleistung des anderen Ehegatten als grundsätzlich gleichwertig angesehen. Er hat aber entscheidend darauf abgehoben, dass an Barmitteln, die zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehen, nur die Einkünfte des erwerbstätigen Ehegatten vorhanden sind und daher die für die Unterhaltsbemessung maßgeblichen ehelichen Lebensverhältnisse grundsätzlich durch diese Einkünfte und nicht entscheidend durch den wirtschaftlichen Wert der von beiden Ehegatten erbrachten Leistungen geprägt werden (Senatsurteile vom 14.11.1984 – IVb ZR 38/83 – FamRZ 1985, 161, 163; vom 23.4.1986 – IVb ZR 34/85 – FamRZ 1986, 783, 785). Da die Scheidung den Endpunkt für die Entwicklung der ehelichen Lebensverhältnisse setzt, können diese nach diesen Grundsätzen nicht mehr durch Einkünfte mitgeprägt werden, die erst durch eine spätere Arbeitsaufnahme oder Ausdehnung einer Teilzeittätigkeit hinzutreten. Hat der unterhaltsberechtigten Ehegatte während der Ehe (nur) den Haushalt geführt und gegebenenfalls Kinder betreut, bestimmt sich daher das Maß seines eheangemessenen Unterhalts grundsätzlich nur nach einer Quote des tatsächlich erzielten und zum Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Einkommens des erwerbstätigen Ehegatten. Diese Quote erhöht sich gegebenenfalls um trennungsbedingten Mehrbedarf, den der unterhaltsberechtigten Ehegatte konkret darlegen muss

(Senatsurteile vom 4.11.1981 a.a.O. 257 und vom 23.11.1983 – IVb ZR 21/82 – FamRZ 1984, 149, 151 = BGHZ 89, 108, insoweit dort jedoch nicht abgedruckt). Einkommen, das der unterhaltsberechtigten Ehegatte nach der Scheidung durch erstmalige Aufnahme (vgl. Senatsurteil vom 8.4.1981 a.a.O. und vom 4.11.1981 a.a.O.) oder durch Erweiterung einer bereits innegehabten Teilzeitarbeit (vgl. Senatsurteil vom 14.11.1984 a.a.O.) erzielt, bleibt daher bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen außer Betracht. Vielmehr muss er sich dieses Einkommen nach dem Grundsatz wirtschaftlicher Eigenverantwortung auf die Quote bedarfsdeckend anrechnen lassen (§§ 1569, 1577 Abs. 1 BGB; sogenannte Anrechnungsmethode, vgl. Senatsurteile vom 8.4.1981, 24.11.1982, 14.11.1984 jeweils a.a.O.). Hat der unterhaltsberechtigten Ehegatte demgegenüber seine Tätigkeit schon während der Ehe aufgenommen, fließt sein daraus erzieltetes Einkommen als die ehelichen Lebensverhältnisse prägend (und damit letztlich unterhaltserhöhend) in die Bedarfsbemessung nach § 1578 BGB mit ein. Sein Unterhalt kann dann im Wege der sogenannten Differenzmethode nach einer Quote der Differenz der beiderseits erzielten (bereinigten) Einkommen bemessen werden, ohne dass der so berechnete „Quotenunterhalt“ allerdings die Gewähr bietet, den vollen, nach den ehelichen Lebensverhältnissen bemessenen Unterhaltsbedarf abzudecken (vgl. Senatsurteil vom 25.1.1984 – IVb ZR 43/82 – FamRZ 1984, 358, 360 m.N.). Die Berechnung kann auch im Wege der sogenannten Additionsmethode erfolgen, indem eine Quote aus den zusammengerechneten beiderseitigen (bereinigten) Einkommen gebildet wird und darauf sowohl die prägenden wie die nicht prägenden Einkünfte des unterhaltsberechtigten Ehegatten angerechnet werden. Differenz- und Additionsmethode führen danach – bei beiderseits bereinigtem Einkommen – rechnerisch zum selben Ergebnis, wobei die Differenzmethode lediglich eine Verkürzung darstellt (zu den verschiedenen Methoden vgl. *Wendll/Gerhardt* Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 5. Aufl. § 4 Rdnr. 386 ff.; *Schwab/Borth* Handbuch des Scheidungsrechts 4. Aufl. IV Rdnr. 933 ff.).

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen zur Bestimmung der ehelichen Lebensverhältnisse hat der Senat unter anderem in einem Fall zugelassen, in dem die Ehefrau nach der Trennung ihre bisher in der Ehe ausgeübte Halbtags-tätigkeit in eine Ganztags-tätigkeit ausgeweitet hatte, nachdem das Kind 16 Jahre alt geworden war. Er hat dazu ausgeführt, dass das Heranwachsen eines Kindes in aller Regel dem betreuenden Elternteil die Möglichkeit eröffne, eine Vollzeitbeschäftigung aufzunehmen. Er hat in diesem Zusammenhang entscheidend darauf abgestellt, ob die Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit bereits in der Ehe geplant und angelegt war und damit auch ohne die Trennung erfolgt wäre (BGHZ 89, 108, 113 = FamRZ 1984, 149, 150). In diesem Fall war das erhöhte Einkommen der Ehefrau bereits bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs zu berücksichtigen und in die Differenzrechnung einzustellen. Ebenso ist er in einem Fall verfahren, in dem die Ehefrau nach der Heirat ihren Beruf aufgab, den Haushalt und die Kinder betreute und den Ehemann in dessen Tierarztpraxis unterstützte, nach der Trennung – die Kinder waren inzwischen 17 und 18 Jahre alt – zunächst ihren erlernten Beruf als Medizinisch-Technische Assistentin im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung wiederaufnahm und diese noch vor der Scheidung zu einer Ganztags-tätigkeit ausweitete. Der Senat hat ihren Einkünften prägenden Einfluss auf die ehelichen Lebensverhältnisse zugemessen, weil ihre Arbeitsaufnahme im Rahmen einer normalen Entwicklung lag (Senatsurteil vom 9.6.1982 – IVb ZR 698/80 – FamRZ 1982, 892,

893). Erfolgte die Arbeitsaufnahme dagegen erst nach der Scheidung, erhöhte das daraus erzielte Einkommen nach den bisherigen Grundsätzen den Unterhaltsbedarf nach § 1578 BGB auch dann nicht, wenn ein entsprechender Lebensplan schon vor der Trennung bestanden hatte, so dass ein späteres Erwerbseinkommen im Wege der Anrechnungsmethode auf den Unterhaltsbedarf anzurechnen war und den Unterhalt beschränkte (Urteil vom 23.4.1986 a.a.O. S. 785).

3. Die in den Fällen einer erst nachezeitlich aufgenommenen oder ausgeweiteten Erwerbstätigkeit des unterhaltsberechtigten Ehegatten angewandte Anrechnungsmethode führt zu einem geringeren Unterhalt als es der Fall wäre, wenn das Einkommen aus dieser Erwerbstätigkeit im Wege der Differenzmethode in die Unterhaltsbemessung einbezogen würde.

Das mag folgendes vereinfachtes Beispiel verdeutlichen (nach *Graba* FamRZ 1999, 1115, 1116), wobei die Einkommen bereits um den berufsbedingten Aufwand und um den Erwerb-stätigenbonus bereinigt sind, so dass von einer Aufteilung zu je 1/2 ausgegangen werden kann:

Anrechnungsmethode:

|   |                 |
|---|-----------------|
| prägendes Einkommen des M.                          | 4.000 DM        |
| nicht prägendes Einkommen der F.                    | 2.000 DM        |
| Bedarf: 4.000 DM : 2 =                              | 2.000 DM        |
| darauf anzurechnen nicht prägendes Einkommen der F. | <u>2.000 DM</u> |
| Unterhalt   | 0 DM            |

Additionsmethode:

|   |                   |
|---|-------------------|
| prägendes Einkommen des M.                  | 4.000 DM          |
| prägendes Einkommen der F.                  | <u>+ 2.000 DM</u> |
| Summe                                       | 6.000 DM          |
| Bedarf: 6.000 DM : 2 =                      | 3.000 DM          |
| darauf anzurechnen eigenes Einkommen der F. | <u>- 2.000 DM</u> |
| Unterhalt                                   | 1.000 DM          |

Dasselbe Ergebnis ergibt sich verkürzt durch die

Differenzmethode:

|                            |                   |
|----------------------------|-------------------|
| prägendes Einkommen des M. | 4.000 DM          |
| prägendes Einkommen der F. | <u>- 2.000 DM</u> |
| Differenz                  | 2.000 DM : 2 =    |
| Unterhalt                  | 1.000 DM          |

4. Der Rechtsprechung des Senats, dass sich die ehelichen Lebensverhältnisse nur durch die vorhandenen Barmittel, nicht aber auch durch den wirtschaftlichen Wert der von dem haushaltsführenden Ehegatten erbrachten Leistungen bestimmen sollen, wird entgegengehalten, dass sie den Ehegatten benachteilige, der um der Familie und Kinder willen oder um dem anderen erwerbstätigen Ehegatten ein besseres berufliches Fortkommen zu ermöglichen, auf eine eigene Erwerbstätigkeit (und damit auch auf eine höhere Alterssicherung) verzichtet. Die Bemessungsweise nach der sog. Anrechnungsmethode führe vollends zu Unbilligkeiten, wenn in der Ehe ein Teil des Erwerbseinkommens zur Vermögensbildung gespart worden sei und nicht zum allgemeinen Lebensbedarf zur Verfügung gestanden habe.

Das als ungerecht empfundene Ergebnis der Unterhaltsbemessung bei nachehelicher Aufnahme einer Erwerbstätigkeit wurde in der Literatur stets kritisch beurteilt (vgl. u.a. *Büttner FamRZ* 1984, 534, 536; *Hampel FamRZ* 1984, 621, 624, 625; *Laier FamRZ* 1993, 392 ff.; *Luthin FamRZ* 1988, 1109, 1113), ist aber nunmehr angesichts des Wandels der sozialen Wirklichkeit seit Einführung der Eherechtsreform verstärkt in das Blickfeld geraten

(vgl. unter anderem *Johannsen/Henrich/Büttner* Eherecht 3. Aufl. § 1573 Rdnr. 30; *Heiß/Heiß* Handbuch des Unterhaltsrechts I Kap. 5.7 Rdnr. 21 ff., 26; *Kalthoener/Büttner/Niepmann* Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts 7. Aufl. Rdnr. 440 und 445; *Schwab/Borth* a.a.O. IV Rdnrn. 853, 945; *Gerhardt/von Heintzel-Heinegg/Klein* Handbuch des Fachanwalts Familienrecht 3. Aufl. Kap. 6 Rdnr. 403 a ff.; *Göppinger/Bäumel* Unterhaltsrecht 7. Aufl. Rdnr. 1073; *Münch-Komm/Maurer* BGB 4. Aufl. § 1578 Rdnr. 59; *Palandt/Brudermüller* BGB 60. Aufl. § 1578 Rdnr. 31; *Born FamRZ* 1999, 541, 547; *derselbe* MDR 2000, 981 ff.; *Büttner FamRZ* 1999, 893 ff.; *Borth FamRZ* 2001, 193 ff.; *Gerhardt* FamRZ 2000, 134 ff.; *Gerhardt/Gutdeutsch* FuR 1999, 241 ff.; *Graba* FamRZ 1999, 1115 ff.).

(...)

5. Dem ist zuzugeben, dass die Anrechnungsmethode dem Verständnis von der Gleichwertigkeit von Kindesbetreuung und/oder Haushaltsführung nicht gerecht wird und auch dem gewandelten Ehebild in der Mehrzahl der Fälle nicht mehr angemessen Rechnung trägt.

Ausgangspunkt ist die Wertentscheidung des Gesetzgebers, mit der er die Haushaltsführung des nicht erwerbstätigen Ehegatten der Erwerbstätigkeit des anderen Ehegatten gleichstellt. Nach § 1360 Satz 1 BGB sind beide Ehegatten verpflichtet, durch ihre Arbeit und ihr Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Nach heutigem Eheverständnis regeln die Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen und unter Rücksichtnahme auf die jeweiligen Belange des anderen und der Familie die Frage, wer von ihnen erwerbstätig sein und wer – ganz oder überwiegend – die Haushaltsführung übernehmen soll (§ 1356 BGB). Dies richtet sich nach den individuellen (familiären, wirtschaftlichen, beruflichen und sonstigen) Verhältnissen der Ehegatten. Dabei kann zum Beispiel mitbestimmend sein, wer von beiden die qualifiziertere Ausbildung hat, für wen die besseren Chancen am örtlichen Arbeitsmarkt bestehen, wo sich der Arbeitsplatz und das Familienheim befinden, ob gegebenenfalls Personen aus dem Familienverband (z.B. Geschwister oder Eltern) oder nahe Freunde zur Kindesbetreuung zur Verfügung stehen oder ob den Ehegatten noch weitere Familienpflichten besonderer Art, z.B. die Pflege hilfsbedürftiger Eltern, obliegen. Geht die Entscheidung dahin, dass einer von ihnen die Haushaltsführung und gegebenenfalls Kindesbetreuung übernehmen soll, so bestimmt das Gesetz ausdrücklich, dass er hierdurch in der Regel seine Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, erfüllt (§ 1360 Satz 2 BGB). In ähnlicher Weise setzt § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB die Kindesbetreuung der Gewährung von Barunterhalt gleich.

Der Gesetzgeber geht damit zugleich davon aus, dass die ehelichen Lebensverhältnisse nach § 1578 BGB nicht nur durch die Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, sondern auch durch die Leistungen des anderen Ehegatten im Haushalt mitbestimmt werden und hierdurch eine Verbesserung erfahren (vgl. *BT-Drucks.* 7/650 S. 129, 136; 7/4361 S. 15). Dessen Tätigkeit ersetzt Dienst- und Fürsorgeleistungen und Besorgungen, die andernfalls durch teure Fremdleistungen erkaufte werden müssten und den finanziellen Status – auch einer Doppelverdienerehe – verschlechtern würden. Darüber hinaus enthält sie eine Vielzahl von anderen, nicht in Geld messbaren Hilfeleistungen, die den allgemeinen Lebenszuschnitt

der Familie in vielfältiger Weise verbessern. Aus dieser Sicht ist es zu eng, die ehelichen Lebensverhältnisse als Maßstab des Unterhalts nur an den zum Zeitpunkt der Scheidung vorhandenen Barmitteln auszurichten. Zwar bildet das Erwerbseinkommen als finanzielle Grundlage der Familie den primären Faktor der Unterhaltsbemessung, jedoch werden die ehelichen Lebensverhältnisse durch die Gesamtheit aller wirtschaftlich relevanten beruflichen, gesundheitlichen, familiären und ähnlichen Faktoren mitbestimmt (vgl. *Gerhardt* in *Handbuch Familienrecht* a.a.O. Rdnr. 403 d). Auch nach der gesetzgeberischen Intention soll es auf das Gesamtbild der ehelichen Lebensverhältnisse ankommen, wozu im Übrigen eine gewisse Dauer gehört und vorübergehende Änderungen irrelevant sein sollen (vgl. *BT-Drucks.* 7/650 S. 136). Die – auf den Scheidungszeitpunkt bezogenen – konkreten Barmittel können damit immer nur ein Kriterium, nicht aber der alleinige Maßstab sein. Vielmehr umfassen die ehelichen Lebensverhältnisse alles, was während der Ehe für den Lebenszuschnitt der Ehegatten nicht nur vorübergehend tatsächlich von Bedeutung ist (vgl. *Senatsurteil* vom 25.11.1998 – XII ZR 98/97 – *FamRZ* 1999, 367, 368), mithin auch den durch die häusliche Mitarbeit des nicht erwerbstätigen Ehegatten erreichten sozialen Standard.

6. An dem in dieser Weise verbesserten ehelichen Lebensstandard soll der haushaltsführende Ehegatte auch nach der Scheidung teilhaben. Das Gesetz bringt dies an verschiedenen Stellen zum Ausdruck: So enthält § 1578 BGB nach dem Willen des Gesetzgebers eine Lebensstandardgarantie gerade auch zugunsten des haushaltsführenden Ehegatten (*BT-Drucks.* 10/2888 S. 18). Mit der Anknüpfung des Unterhalts an die ehelichen Lebensverhältnisse wollte der Gesetzgeber insbesondere den Fällen gerecht werden, in denen durch gemeinsame Leistung der Ehegatten ein höherer sozialer Standard erreicht worden ist, an dem auch der nicht erwerbstätige Ehegatte teilhaben soll (*BT-Drucks.* 7/650 S. 136). Es wurde als unbillig empfunden, den Wert der Leistungen unberücksichtigt zu lassen, die sich in der Haushaltsführung, der Erziehung der gemeinsamen Kinder oder in der Förderung des beruflichen Fortkommens und Ansehens des anderen Ehegatten niederschlagen haben (*BT-Drucks.* 7/4361 S. 15). Eine Ausprägung dieses Gedankens ist auch der Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB, mit dem der Gesetzgeber den sozialen Abstieg eines Ehegatten nach der Scheidung verhindern will, weil das erreichte Lebensniveau als gleichwertige Leistung auch desjenigen Ehegatten angesehen wird, der zugunsten von Ehe und Familie auf eine eigene Berufstätigkeit verzichtet hat. Die Regelung schränkt in verfassungskonformer Weise den Grundsatz der nachehelichen wirtschaftlichen Eigenverantwortung (§ 1569 BGB) zugunsten der nachwirkenden ehelichen Mitverantwortung ein (*BVerfG* Urteil vom 14.7.1981 – 1 BvL 28/77 u.a. – *FamRZ* 1981, 745, 750 ff.; *Senatsurteil* vom 27.4.1983 – IVb ZR 372/81 – *FamRZ* 1983, 678, 679; *Kalthoener/Büttner/Niepmann* a.a.O. Rdnr. 439; *Born* *FamRZ* 1999 a.a.O. 542). Schließlich soll durch § 1574 Abs. 2 BGB sichergestellt werden, dass Ehegatten, die ihr eigenes berufliches Fortkommen um der Familie willen hintangestellt und den wirtschaftlichen und sozialen Aufstieg des anderen Ehegatten gefördert haben, nicht nach der Scheidung eine Tätigkeit ausüben müssen, die unter dem ehelichen Lebensstandard liegt (*BT-Drucks.* 7/650 S. 129; 7/4361 S. 17). Die Teilhabequote orientiert sich an der Gleichwertigkeit der beiderseits erbrachten Leistungen, so dass beide Ehegatten häufig an dem durch Erwerbseinkommen einerseits, Haushaltsführung andererseits geprägten ehelichen Lebensstandard teilhaben.



7. Zur Verwirklichung einer derartigen gleichmäßigen Teilhabe werden in der Literatur (vgl. die obigen Zitate, ferner Übersicht bei *Schwab/Borth* a.a.O. Rdnr. 945) verschiedene Wege vorgeschlagen:

a) Eine verbreitete Meinung geht von der Tatsache aus, dass das Heiratsalter von Frauen in den letzten rund 25 Jahren stetig gestiegen ist (1975: 22,7 Jahre; 1996: 27,6 Jahre; 1998: 28 Jahre, vgl. Statistische Jahrbücher des Statistischen Bundesamtes 1977, 70; 1998, 70; 2000, 69) und schließt daraus, dass Frauen vor der Eheschließung in aller Regel einen Beruf erlernt und ausgeübt haben und ihn nach der Heirat erst aufgeben, wenn die Betreuung von Kindern, die man nicht Hilfspersonen überlassen will, dies erfordert. Daran wird die (widerlegliche) Vermutung geknüpft, dass die Ehegatten nach den heutigen Gepflogenheiten in aller Regel die Vorstellung haben, dass die Berufstätigkeit nur für die Phase der Kindesbetreuung unterbrochen werden soll und der betreuende Ehegatte danach in den Erwerbsprozess zurückkehrt, vorausgesetzt, seine Gesundheit, seine berufliche Qualifikation und die Arbeitsmarktlage lassen dies nach dem Zeitablauf zu. Dem ist einzuräumen, dass Ehen, in denen die Ehefrau den Haushalt führt und Kinder betreut, in der sozialen Wirklichkeit nicht mehr generell und auf Dauer dem Typ der Haushaltsführungsehe zugeordnet werden können, sondern in stark gestiegenem Maße nurmehr vorübergehend in dieser Form geführt werden und sich die Ehegatten nach ihren jeweiligen Bedürfnissen auch zur (Wieder-)Aufnahme einer Doppel- oder Zuverdiener-ehe entschließen. Auch ist es nicht mehr stets die Ehefrau, die die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernimmt, vielmehr kann diese Aufgabe, je nach Berufschancen und Arbeitsmarktlage, auch dem Ehemann zufallen oder von beiden gemeinsam übernommen werden. Den Ehegatten wird eine solche – gegebenenfalls phasenweise – Aufteilung der Übernahme von Erwerbs- und Familienpflichten nicht nur durch die Möglichkeit eines staatlichen Erziehungsgeldes erleichtert, sondern auch die Arbeitswelt enthält sowohl im öffentlichen Dienst als auch in privaten Arbeitsverhältnissen Beurlaubungs- oder Rückkehrmöglichkeiten (vgl. *Büttner* FamRZ 1999 a.a.O. 894). Anreize zur Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit ergeben sich schließlich auch aus dem Gedanken des Aufbaues einer eigenen Alterssicherung, zumal rentenrechtliche Vorschriften u.a. den Bezug einer vorzeitigen Rente wegen Erwerbsminderung von Mindestpflichtversicherungszeiten in den letzten fünf Jahren vor Eintritt der Erwerbsminderung abhängig machen (vgl. §§ 43 Abs. 1 Nr. 2 und 44 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI a.F. und § 43 Abs. 1 Nr. 2 SGB VI in der Fassung des Rentenreformgesetzes 1999 vom 16.12.1997 ab 1.1.2001, BGBl. 1997 I S. 2998 und BGBl. 1999 I S. 388; *Johannsen/Henrich/Hahne* a.a.O. § 1587 a Rdnrn. 137, 138).

Auch wenn an diesen Wandel der sozialen Verhältnisse vielfach die Vermutung geknüpft werden kann, dass die Wiederaufnahme der Berufstätigkeit nach Abschluss der Kindesbetreuungsphase schon in der Ehe angelegt war und damit schon deshalb zur Berücksichtigung des Erwerbseinkommens im Rahmen der Anwendung der Differenzmethode führen kann, vermag diese Überlegung indes nicht die Fälle kinderloser Ehen zu lösen, in denen ein Ehegatte nur den Haushalt geführt und sein eigenes berufliches Fortkommen um der Ehe willen oder im Interesse des beruflichen Einsatzes und der Karriere des anderen Ehegatten – sei es bei Auslandsaufenthalten oder sonstigen Versetzungen – hintangestellt hat. Ein solcher Ehegatte verdient nicht weniger Schutz als ein Kindesbetreuender Ehegatte. Auch zeigt sich in diesen Fällen, dass eine Abgrenzung danach, ob die Berufstätigkeit auch ohne die Trennung aufgenommen worden wäre, nicht weiterhilft. Die durch die

Aufgabe der eigenen Berufstätigkeit entstandenen ehebedingten Nachteile wirken – bei Anwendung der Anrechnungsmethode – auch nahehezeitlich fort, wenn nach der Scheidung, wie nicht selten bei kinderlosen Ehen, eine Berufstätigkeit wieder aufgenommen, aber der Unterhaltsbedarf allein nach dem Einkommen des anderen Ehegatten bemessen wird.

b) Ein anderer Lösungsweg, den Familieneinsatz eines Ehegatten bei der Unterhaltsbemessung zu berücksichtigen, wird über eine „Monetarisierung“ der Haushaltsführung und Kindesbetreuung gesucht, wobei zum Teil pauschale Festbeträge ohne Rücksicht auf den individuellen Umfang der familienbezogenen Leistungen vorgeschlagen werden (500 DM bis 1.000 DM nach den Bayerischen Leitlinien Nr. 6, s. FamRZ Buch 1 3. Aufl. S. 75; vgl. *Gerhardt/Gutdeutsch* FuR a.a.O. S. 243; *Graba* a.a.O. S. 1118, 1121), zum Teil – in Anknüpfung an die Bewertung der Haushaltsführung in sogenannten Konkubinatsfällen analog § 850 h ZPO (vgl. u.a. Senatsurteil vom 28.3.1984 – IVb ZR 64/82 – FamRZ 1984, 662 m.w.N.) – allgemeine Erfahrungswerte, die zur Bemessung von Schadensersatzrenten bei Verletzung oder Tötung von Hausfrauen entwickelt wurden (vgl. *Born* MDR a.a.O. S. 984; *Graba* a.a.O. S. 1121). Diskutiert wird in diesem Zusammenhang auch eine Verdoppelung der Bareinkünfte des erwerbstätigen Ehegatten, weil nach der Gleichwertigkeitsregel des § 1360 Abs. 1 Satz 2 BGB die Haushaltsführung der Erwerbstätigkeit gleichzusetzen sei. Zu Recht wird jedoch diese Berechnungsweise mit dem Hinweis darauf verworfen, dass eine solche Verdoppelung nicht der Lebenswirklichkeit entspreche und die Haushaltsführung als eigenständiger Umstand zu beurteilen sei, der die ehelichen Lebensverhältnisse ebenso bestimme wie etwa ein Wohnvorteil im eigenen Heim (vgl. *Graba* a.a.O. S. 1121). Im Übrigen wird gegen die fiktive Monetarisierung eingewandt, dass sie wegen der Unterschiedlichkeit der Ehetypen nicht praktikabel sei und den jeweiligen individuellen Leistungen des Ehegatten für die Familie nicht angemessene Rechnung trage (vgl. *Gerhardt* FamRZ 2000 a.a.O. S. 135, 136; zweifelnd auch *Borth* a.a.O. S. 200; *Bienko* FamRZ 2000, 13 ff.; *Söpper* FamRZ 2000, 14 ff.). Auch könne sie die Mehrzahl derjenigen Fälle nicht befriedigend lösen, in denen der haushaltsführende Ehegatte nach der Scheidung etwa wegen Kindesbetreuung oder alters- oder krankheitsbedingt nicht arbeiten kann oder auf dem Arbeitsmarkt keine angemessene Tätigkeit mehr findet. Denn der unterhaltspflichtige Ehegatte werde ihm in solchen Fällen ohnehin nur den Quotenunterhalt nach dem fortgeschriebenen, real zur Verfügung stehenden Einkommen gewähren können. Ein Zugriff auf gegebenenfalls weitere, nicht in der Ehe angelegte Einkünfte des Unterhaltspflichtigen sei nach der Ausrichtung des § 1578 BGB nicht möglich. Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen erfordere es nämlich andererseits nicht, die Haushaltsleistungen nachträglich durch die hälftige Beteiligung am verfügbaren Einkommen zu vergüten. Solange daher der haushaltsführende Ehegatte nach Trennung bzw. Scheidung z.B. wegen Kindererziehung, Krankheit oder Alters keine eigenen Einkünfte beziehen könne, verbleibe es bei der Aufteilung des real zur Verfügung stehenden eheprägenden Einkommens. Denn da die lebensstandarderhöhende Haushaltstätigkeit mit der Scheidung weggefallen und kein an deren Stelle tretendes Ersatz Einkommen vorhanden sei, müssten beide Ehegatten in gleicher Weise die trennungsbedingte Verschlechterung ihrer ehelichen Lebensverhältnisse hinnehmen (vgl. *Borth* a.a.O. S. 200; *Graba* a.a.O. S. 1117, 1118).

c) Einer abschließenden Entscheidung zur Frage der Notwendigkeit einer Monetarisierung der Haushaltstätigkeit bedarf es

indessen nicht. Jedenfalls in den Fällen, in denen der unterhaltsberechtigte Ehegatte – wie hier – nach der Scheidung ein Einkommen erzielt oder erzielen kann, welches gleichsam als Surrogat des wirtschaftlichen Wertes seiner bisherigen Tätigkeit angesehen werden kann, ist dieses Einkommen in die Unterhaltsberechnung nach der Differenzmethode einzubeziehen.

Das knüpft an die Überlegung an, dass die während der Ehe erbrachte Familienarbeit den ehelichen Lebensstandard geprägt und auch wirtschaftlich verbessert hat und als eine der Erwerbstätigkeit gleichwertige Leistung anzusehen ist, und trägt dem Grundsatz Rechnung, dass der in dieser Weise von beiden Ehegatten erreichte Lebensstandard ihnen auch nach der Scheidung zu gleichen Teilen zustehen soll. Nimmt der haushaltsführende Ehegatte nach der Scheidung eine Erwerbstätigkeit auf oder erweitert er sie über den bisherigen Umfang hinaus, so kann sie als Surrogat für seine bisherige Familienarbeit angesehen werden. Der Wert seiner Haushaltsleistungen spiegelt sich dann in dem daraus erzielten oder erzielbaren Einkommen wider, von Ausnahmen einer ungewöhnlichen, vom Normalverlauf erheblich abweichenden Karriereentwicklung abgesehen. Insofern bildet § 1578 BGB – ebenso wie bei unerwarteten Einkommenssteigerungen des Unterhaltspflichtigen – auch eine Begrenzung für die Bedarfsbemessung. Aus dieser Sicht erscheint es gerechtfertigt, dieses Einkommen in die Bedarfsbemessung einzubeziehen und in die Differenzrechnung einzustellen. Damit ist gewährleistet, dass – ebenso wie früher die Familienarbeit beiden Ehegatten zu gleichen Teilen zugute kam – nunmehr das beiderseitige Einkommen zwischen ihnen nach dem Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe geteilt wird. Eine wirtschaftliche Benachteiligung des unterhaltspflichtigen gegenüber dem unterhaltsberechtigten Ehegatten tritt durch die Differenzmethode nicht ein, zumal eine Entlastung durch die zeitliche Begrenzung des Unterhalts gemäß den §§ 1573 Abs. 5 und 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB möglich ist. Es wird lediglich vermieden, dass – wie es bei der Anrechnungsmethode der Fall wäre – zu Lasten des haushaltsführenden Ehegatten eine Berücksichtigung seines Einkommens bei der Bedarfsbemessung unterbleibt und nur der unterhaltspflichtige Ehegatte einseitig entlastet wird (*Borth* a.a.O. S. 200, 201; derselbe in *Schwab/Borth* a.a.O. Rdnr. 945; *Gerhardt* in Handbuch Familienrecht a.a.O. Rdnr. 403 d; *Büttner* FamRZ 1999, a.a.O. 896; derselbe FamRZ 1984, a.a.O. S. 538; im Ergebnis ebenso *Graba* a.a.O. S. 1119; *Laier* a.a.O. S. 393; *Born* FamRZ 1999, a.a.O. S. 548).

8. Die vom Oberlandesgericht gewählte Lösung, ein Ersatz-einkommen der Klägerin in die Unterhaltsberechnung einzu-beziehen, entspricht im Ergebnis diesem Ansatz. Dass es dabei statt der Differenz- die Additionsmethode gewählt hat, macht keinen Unterschied, da hier beide Berechnungsweisen zum selben Ergebnis führen. Die Additionsmethode hat lediglich den Vorzug der besseren Verständlichkeit gegenüber der verkürzenden Differenzmethode. Die vom Oberlandesgericht vorgenommene Aufteilung des erzielbaren Erwerbseinkommens von monatlich 1.291 DM in einen Anteil von  $\frac{1}{3}$  als prägendes Einkommen (= 430 DM), welches dem früheren prägenden Einkommen der Klägerin aus der Fußpflege-tätigkeit entsprechen soll, und von  $\frac{2}{3}$  als Ersatz-einkommen für die Haushaltsführung (= 861 DM) führt zu keiner Abweichung, weil das gesamte jetzt erzielte Erwerbseinkommen an die Stelle des Wertes der Haushaltsführung tritt.

9. Dass das Oberlandesgericht auch die Zinseinkünfte der Klägerin in Höhe von monatlich 407 DM als Ersatz-einkom-

men berücksichtigt hat, die sie aus dem nach Verkauf des Hauses und nach Ablösung von Schulden und der Zugewinn-ausgleichszahlung an den Beklagten verbliebenen Restkapital erzielen kann, ist in der Sache zutreffend. Während der Ehe waren die ehelichen Lebensverhältnisse der Parteien geprägt durch das mietfreie Wohnen im Haus der Klägerin, so dass sich der eheangemessene Bedarf grundsätzlich auch durch die daraus gezogenen Nutzungsvorteile erhöhte. Mit dem Verkauf des Hauses nach der Scheidung sind diese Nutzungsvorteile jedoch für beide Ehegatten entfallen, so dass ein (fiktiver) An-satz des Wohnvorteils nicht mehr in Betracht kommt. Diese Einbuße muss von beiden Ehegatten getragen werden (vgl. Senatsurteil vom 11.4.1990 – XII ZR 42/89 – FamRZ 1990, 989, 991 f.; *Graba* a.a.O. S. 1120). Verblieben sind allerdings auf Seiten der Klägerin die Zinsvorteile aus dem Verkaufser-lös, die an die Stelle des Nutzungsvorteils getreten sind und daher mit in die Differenz – bzw. – nach der Berechnungs-weise des Oberlandesgerichts – in die Additionsmethode ein-zubeziehen sind (vgl. Senatsurteil vom 3.5.2001 – XII ZR 62/99 – zur Veröffentlichung bestimmt; vgl. a. 13. Deutscher Familiengerichtstag 1999, Beschlüsse Arbeitskreis 3 zu III, Brühler Schriften zum Familienrecht).

Danach hält die Berechnung des Unterhaltsanspruchs der Klägerin auf der Grundlage der vom Oberlandesgericht fest-gestellten Einkünfte, gegen die die Parteien im Revisionsver-fahren keine Einwände erhoben haben, im Ergebnis rechtli-cher Nachprüfung stand.

#### Anmerkung:

Die mit vorstehendem Urteil für eine Vielzahl von Fällen des nahehelichen Unterhalts vorgenommene Änderung der Berechnungsmethode war schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unumgänglich, da die bisher angewandte Subtrak-tionsmethode die während der Ehe nicht erwerbstätigen, ins-besondere die kindererziehenden Frauen krass benachteiligt hat. Die Auswirkungen des Methodenwechsels, also die nun-mehr an die Stelle der Subtraktionsmethode tretende Addi-tions-/Differenzmethode<sup>1</sup> – im Folgenden nur noch Additions-methode genannt – sind zwar in erster Linie für die Richter und Rechtsanwälte, die den Unterhalt auszurechnen haben, von Bedeutung, sollten aber auch den Vertragsgestalter zu einigen Überlegungen anregen.

1. Die Additionsmethode führt regelmäßig zu einem höhe-ren Unterhalt als die vom BGH verworfene Subtraktions-methode. Zudem wird, wie die unter Ziffer II. 3 des Urteils vorgestellten Berechnungsvarianten zeigen, die Additions-methode in Zukunft in vielen Fällen überhaupt erst zu einem Unterhaltsanspruch führen, wo bisher keiner bestand. Für den Vertragsgestalter ergibt sich daraus die Konsequenz, noch mehr als bisher an die Möglichkeiten der Unterhaltsbeschrän-kung, die sich auf Grund der Ehedauer ergeben, zu denken. Es erscheint deshalb zweckmäßig, sich die Möglichkeiten der Beschränkung des nahehelichen Unterhalts wieder einmal vor Augen zu führen.

<sup>1</sup> Die Grundstruktur der verschiedenen Methoden ist im Abschnitt II. 3 des Urteils dargestellt. Die Additionsmethode wenden regel-mäßig die bayerischen Oberlandesgerichte an (vgl. Ziffer 16 der Unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Familiensenate in Bayern – BayL), während die Differenzmethode von den meisten anderen Oberlandesgerichten angewendet wird (vgl. Leitlinien zum Unter-haltsrecht des OLG Hamm Ziffer III. 30).

Drei Möglichkeiten stehen zur Verfügung, nämlich

- § 1579 Nr. 1 BGB,
- § 1573 Abs. 5 BGB,
- § 1578 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB.

§ 1579 Nr. 1 BGB erfasst die Fälle, auf die die Präambel zu dieser Vorschrift insbesondere im Hinblick auf das Kindeswohl zutrifft und die Ehe von kurzer Dauer ist. Ob die Ehedauer kurz ist, hängt zwar von der konkreten Lebenssituation ab. Der BGH hat aber den zeitlichen Bereich eingegrenzt und regelmäßig eine kurze Ehedauer bejaht bis zu zwei Jahren, verneint über drei Jahren. In besonderen Ausnahmefällen kann jedoch auch eine Ehedauer von bis zu fünf Jahren als kurz behandelt werden<sup>2</sup>. § 1579 Nr. 1 BGB ist auf alle Unterhaltstatbestände anwendbar und kann zu einer betragsmäßigen oder zeitlichen Beschränkung, jedoch auch zu einem völligen Wegfall des Unterhalts führen.

§ 1573 Abs. 5 BGB betrifft nur die Fälle, in denen Unterhalt dem Grunde nach gemäß den Unterhaltstatbeständen des § 1573 Abs. 1 BGB (Fehlen einer angemessenen Erwerbstätigkeit) und des § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) verlangt werden kann. Die Voraussetzungen sind vieltufig beschrieben, an Billigkeitsgesichtspunkten orientiert und umfassen im Großteil der Fälle eine Ehedauer bis zu etwa zehn Jahren, können in besonderen Einzelfällen auch eine längere Ehedauer betreffen, im Extremfall bis zu 20 Jahren.<sup>3</sup> § 1573 Abs. 5 BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass der Unterhalt nicht nur betragsmäßig und zeitlich beschränkt, sondern ganz wegfallen kann.

Für die Unterhaltsbeschränkung nach § 1578 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB ist charakteristisch, dass sie auf alle Unterhaltstatbestände (§§ 1570 bis 1576 BGB) anwendbar ist, ihre Voraussetzungen sehr ähnlich wie bei § 1573 Abs. 5 BGB sind, der Unterhalt jedoch nicht völlig wegfallen kann.

Für die Vertragsgestaltung birgt die Nichtbeachtung dieser Beschränkungsmöglichkeiten insoweit ein sehr erhebliches Risiko, als die Beschränkung nach einem rechtswirksam abgeschlossenen Vertrag nicht mehr nachgeholt werden kann, auch nicht im Wege einer Abänderungsklage<sup>4</sup>.

2. Welche juristische Qualität eine Unterhaltsvereinbarung hat, erweist sich, wenn es um deren Abänderung geht. Da nach der Rechtsprechung eine Unterhaltsabänderung nur bei einem Wegfall oder einer Änderung der Geschäftsgrundlage möglich ist<sup>5</sup>, ist es erforderlich, die Geschäftsgrundlage anzugeben, das Einkommen, die Erwerbsverhältnisse usw. War es bisher schon schwierig, aus einer Unterhaltsvereinbarung, welche die Geschäftsgrundlage nicht angab, das damalige Einkommen und die damaligen Erwerbsverhältnisse zu rekonstruieren, so wird dies zumindest für eine Übergangszeit noch schwieriger sein, weil dann noch Zweifel bezüglich der Berechnungsmethode hinzukommen, denn die Kenntnis und Anwendung der neuen BGH-Rechtsprechung wird nicht immer vorausgesetzt werden können. Es sollten deshalb neben

<sup>2</sup> Vgl. BGH FamRZ 1981, 140 = NJW 1981, 754; Palandt/Brudermüller 60. Auflage § 1579 BGB Rdnr. 8.

<sup>3</sup> Vgl. OLG Bamberg FamRZ 1998, 25; Palandt/Brudermüller a.a.O., § 1573 BGB Rdnr. 33.

<sup>4</sup> Vgl. Bergschneider, Verträge in Familiensachen 2. Auflage Rdnr. 307.

<sup>5</sup> Vgl. Bergschneider a.a.O. Rdnr. 326 ff.

den bestimmenden Größen der Einkommensermittlung und der Erwerbsverhältnisse auch die Berechnungsmethode aufgenommen werden.

3. Noch unklar ist, wie frühere Unterhaltsvereinbarungen (und Unterhaltsurteile) zu behandeln sind, denen die Subtraktionsmethode zu Grunde liegt, und für die jetzt die Additionsmethode maßgebend ist. Dazu, aber auch zu anderen wichtigen Fragen des Unterhaltsrechts werden weitere Entscheidung des BGH, aber auch des BVerfG erwartet. Wie vorhin dargestellt, kann der Methodenwechsel einen höheren Unterhalt oder überhaupt erst einen Unterhalt bedeuten, wo es bisher keinen gab. Künftige Änderungen der Rechtsprechung und der Gesetzgebung können auch zu einem niedrigeren Unterhalt führen. Um für die Zukunft derartige Unsicherheiten nicht aufkommen zu lassen, sollte geregelt werden, ob Änderungen in der Rechtsprechung und Gesetzgebung eine Änderung der konkreten Unterhaltsvereinbarung ermöglichen oder nicht. Dies gilt ganz besonders für einen Unterhaltsverzicht.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht  
Dr. Ludwig Bergschneider, München

9. GBO §§ 29, 51; BGB 2113, 2136, 2165 (Verfügung des Vorerben über ein Grundstück)

1. **Die Verfügung eines nicht befreiten Vorerben über einen Nachlassgegenstand bedarf dann nicht der Zustimmung der Nacherben, wenn damit ein vom Erblasser angeordnetes Vermächtnis erfüllt wird. Offen bleibt, ob der Nachweis, dass ein Vermächtnis erfüllt wird, dem Grundbuchamt gegenüber durch ein privatschriftliches Testament geführt werden kann.**
2. **Ist ein vermächtnisweise zugewendetes Grundstück mit Eigentümerrechten belastet, so lässt die testamentarische Verfügung, der Vorerbe sei verpflichtet, das Grundstück gegen Übernahme der beim Erbfall vorhandenen Belastungen zu übergeben, aus sich heraus nicht die zweifelsfreie Auslegung zu, auch die Eigentümerrechte seien mitvermacht.**

BayObLG, Beschluss vom 15.5.2001 – 2Z BR 52/01 –, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der Beteiligte zu 1 ist der Ehemann der am 1.2.1989 verstorbenen Erblasserin. Der am 25.9.1996 erteilte Erbschein weist aus, dass diese aufgrund privatschriftlichen Testaments vom 6.3.1986 von ihren Söhnen, den Beteiligten zu 2 und 3, zu je 1/2 beerbt und dass Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung, beide befristet bis zum Tod des Testamentsvollstreckers, angeordnet ist. Nacherben der nicht befreiten Vorerben sind deren Abkömmlinge, ersatzweise der andere Miterbe, ersatzweise der Beteiligte zu 1. Nacherbfolge tritt nach dem Erbschein ein mit dem Tod des Vorerben. Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 1.

Nach einem weiteren privatschriftlichen Testament vom 3.2.1988 sind die Erben verpflichtet, auf Verlangen des Beteiligten zu 1 unter anderem eine der Erblasserin gehörende Eigentumswohnung „kostenfrei zu übergeben, lediglich gegen Übernahme der beim Erbfall vorhandenen Belastungen“.

Im Grundbuch ist für diese Eigentumswohnung seit 9.2.1999 der Beteiligte zu 1 aufgrund Auflassung vom 22.12.1998 als Eigentümer ohne Nacherbenvermerk eingetragen. In Abteilung III des Grundbuchs sind Briefgrundschulden zu 500.000 DM und 400.000 DM ein-

getragen, deren Berechtigte die Erblasserin war. Jetzt sind als Berechtigter die Beteiligten zu 2 und 3 als Vorerben mit Nacherbenvermerk eingetragen.

Am 14.9.2000 haben die Beteiligten unter anderem die Löschung der beiden Briefgrundschulden beantragt. Dazu wurden die Bewilligung des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker und Grundstückseigentümer sowie die Zustimmungen der Beteiligten zu 2 und 3 als Vorerben vorgelegt. Ferner wurde zu notarieller Urkunde erklärt, mit dem privatschriftlichen Testament der Erblasserin vom 3.2.1988 sei die Eigentumswohnung samt den beiden Eigentumsrechten dem Beteiligten zu 1 als Vermächtnis zugewendet worden.

Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht durch Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

(...)

II. Die Entscheidung des Landgerichts hält im Ergebnis der rechtlichen Überprüfung stand.

1. Das Grundbuchamt hat zu Recht die Zustimmung der Nacherben zu der beantragten Löschung der beiden Grundschulden verlangt. Denn die Aufgabe dieser Rechte würde das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen (§ 2113 Abs. 1 BGB). Die Löschung der Rechte hätte nämlich zwangsläufig auch die Löschung des Nacherbenvermerks zur Folge, so dass der durch die Eintragung bezweckte Schutz des Nacherben entfielen (OLG München JFG 21, 81/84; *Soergel/Harder* BGB 12. Aufl. § 2113 Rdnr. 11). Zur materiellen Wirksamkeit bedarf es deshalb der Zustimmung der Nacherben, die dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist (OLG München a.a.O.; KG JFG 15, 187/188; *Demharter* GBO 23. Aufl. § 19 Rdnr. 63, 69).

2. Der aufgezeigte Grundsatz lässt Ausnahmen zu. So ist anerkannt, dass der Vorerbe zur Übereignung eines Nachlassgegenstands an den hiermit bedachten Vermächtnisnehmer nicht die Zustimmung des Nacherben benötigt (KG JFG 22, 98; BayObLG FamRZ 1992, 728/729; *Palandt/Edenhofer* BGB 60. Aufl. § 2113 Rdnr. 5; *Deimann* Rpfleger 1978, 244). Dies lässt sich damit begründen, dass der Vorerbe im Bezug auf den fraglichen Erbschaftsgegenstand von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB durch den Erblasser befreit ist (§ 2136 BGB) und die Erfüllung des Vermächtnisanpruchs sich nicht als unentgeltliche Verfügung (§ 2113 Abs. 2 BGB) darstellt (OLG Hamm NJW-RR 1996, 1230 f.). Der Nachweis, dass ein fälliger Vermächtnisanpruch erfüllt wird, ist nach der Rechtsprechung des Senats durch öffentliche Urkunden zu führen (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO; BayObLGZ 1971, 336/339; 1974, 312/316; Beschluss vom 14.2.1977, BReg. 2 Z 45/76 = Rpfleger 1977, 285 <Leitsatz>; ebenso KG JFG 22, 98/100 f.; OLG Hamm Rpfleger 1984, 313/314).

Diese Rechtsprechung hat in der Literatur neben Zustimmung (vgl. *Meikel/Kraiss* GBO 8. Aufl. § 51 Rdnr. 53; ebenso *Staudinger/Behrends/Avenarius* BGB 13. Bearbeitung § 2113 Rdnr. 54) auch Kritik erfahren (*Schaub in Bauer/v. Oefele* GBO § 51 Rdnr. 151; *Schöner/Stöber* GBR 12. Aufl. Rdnr. 3520; *Deimann* Rpfleger 1978, 244 bei Fn. 1). Gegen sie wird vorgebracht, sie widerspreche den Grundsätzen, die für den Nachweis der Erfüllung eines Vermächtnisses bei Testamentsvollstreckung gelten, und sei praxisfremd.

3. Das Oberlandesgericht Hamm hat in seinem Beschluss vom 21.5.1996 (NJW-RR 1996, 1230/1231 f.; zustimmend

*Schöner/Stöber* und *Schaub in Bauer/v. Oefele*, je a.a.O.), ohne sich mit seiner früheren Rechtsprechung (Rpfleger 1984, 313) auseinanderzusetzen, keine grundsätzlichen Bedenken gesehen, dass das Grundbuchamt bei der Prüfung, ob ein die Unentgeltlichkeit ausschließender Vermächtnisanpruch erfüllt werde, auch ein privatschriftliches Testament berücksichtigt. Offen bleiben kann, ob diese Rechtsprechung zu der Entscheidung vom Jahr 1984 in Widerspruch steht, weil auch die herrschende und vom Senat geteilte Ansicht für den Nachweis der Entgeltlichkeit von gelockerten Grundsätzen ausgeht (BayObLGZ 1969, 278/283; BayObLG Rpfleger 1989, 200; *Demharter* GBO § 51 Rdnr. 35, § 52 Rdnr. 23, 25), die im Ergebnis auf eine freie Beweiswürdigung hinauslaufen. Davon abgesehen kann auch offen bleiben, ob der Ansicht des Oberlandesgerichts Hamm im Übrigen gefolgt werden könnte. Denn das privatschriftliche Testament vom 3.2.1988 führt nicht zu einer abschließenden Klärung der entscheidenden Frage.

Nach der Auslegungsregel des § 2165 Abs. 2 BGB ist bei einer Grundschuld, die dem Erblasser selbst zusteht, aus den Umständen zu entnehmen, ob sie als mitvermacht zu gelten hat. Abs. 1 dieser Vorschrift, nach der die Beseitigung der Belastung im Zweifel nicht verlangt werden kann, gilt dann, wenn kein anderer auf lastenfreie Übertragung gerichteter Erblasserwille feststeht (BGH NJW 1998, 682). Die Darlegungslast für die Umstände, aus denen sich ergibt, dass Eigentümerrechte mitvermacht sind, trägt der Bedachte (MünchKomm/Schlichting 3. Aufl. § 2165 Rdnr. 7). Handelt es sich um ein ursprüngliches Fremdrecht, das dadurch Eigentümerrecht geworden ist, dass der Erblasser den Gläubiger befriedigt hat, mögen die Umstände im allgemeinen dafür sprechen, dass das Recht mitvermacht ist (MünchKomm/Schlichting a.a.O.; *Staudinger/Otte* BGB 13. Bearbeitung § 2165 Rdnr. 10; *Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 4. Aufl. § 29 V 2b bei Fn. 205; enger von *Lübtow* Erbrecht I, S. 369). Ob dieser Fall hier vorliegt, kann dem privatschriftlichen Testament nicht entnommen werden; die Umstände sprechen eher dagegen. Aus der Verpflichtung, dass Wohnungseigentum kostenfrei, im Übrigen nur mit den beim Erbfall vorhandenen Belastungen übernehmen zu müssen, lässt sich nicht zweifelsfrei entnehmen, ob außer der Eigentumswohnung selbst auch die Eigentümerrechte vermacht sein sollen. Eigene Ermittlungen und Beweiserhebungen in dieser Richtung sind dem Grundbuchamt verwehrt (OLG Hamm a.a.O.; *Demharter* GBO Anhang zu 13 Rdnr. 2; § 29 Rdnr. 23).

4. Eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis der Nacherben nimmt die Rechtsprechung auch dann an, wenn auf Antrag eines befreiten wie eines nicht befreiten Vorerben ein rangletztes Recht gelöscht werden soll (OLG München a.a.O.; KG JFG 15, 187; KGJ 43, 263; *Staudinger/Behrends/Avenarius* § 2113 Rdnr. 53; RGRK/Johannsen 12. Aufl. § 2113 Rdnr. 6 und 7). Voraussetzung dafür ist aber, dass auch das Grundstück selbst der Nacherbfolge unterliegt. Dies ist hier nicht der Fall. Der Beteiligte zu 1 ist aufgrund Auflassung ohne einen Nacherbenvermerk im Grundbuch als Eigentümer der Eigentumswohnung eingetragen.

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. BGB § 276 Abs. 1 (*Gesteigerte Aufklärungspflicht bei Verkauf von GmbH-Anteilen*)

**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.**

BGH, Urteil vom 4.4.2001 – VIII ZR 32/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

### *Zum Sachverhalt:*

Der Kläger macht gegen die Beklagten Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Kauf von Geschäftsanteilen der BKD GmbH (nachfolgend auch: GmbH) geltend.

Gesellschafter der GmbH waren zunächst die beiden Beklagten und der Zeuge K. Am 8.9.1993 schied der Beklagte zu 2, der Bruder des Beklagten zu 1, aus der Gesellschaft aus, nachdem er seine Geschäftsanteile an den Mitgesellschafter K. verkauft und übertragen hatte; er blieb jedoch der GmbH – wie bisher – als Steuerberater verbunden und arbeitete, insbesondere durch die Erledigung sämtlicher Buchführungsarbeiten, mit seinem Bruder und der GmbH weiterhin eng zusammen. Sein Büro befand sich auf dem Betriebsgelände der GmbH. Die Geschäftsführung teilten die beiden verbliebenen Gesellschafter dergestalt unter sich auf, dass der Beklagte zu 1 als „Hauptgeschäftsführer“ für den kaufmännischen Bereich und der Zeuge K. für den technischen Bereich zuständig sein sollte. Die wirtschaftliche Situation der GmbH war bereits spätestens seit dem Sommer 1993 angespannt.

Am 9.11.1993 fand zwischen dem Beklagten zu 1, dem Zeugen K. und dem Kläger eine Besprechung statt, bei der die Übernahme sämtlicher Geschäftsanteile des Beklagten zu 1 mit einem Nennbetrag von insgesamt 12.300 DM sowie von zwei Geschäftsanteilen des Zeugen K. in Höhe von insgesamt 7.800 DM durch den Kläger vereinbart wurde; die von K. gehaltenen restlichen Geschäftsanteile im Nennbetrag von 30.000 DM sollten weiterhin bei diesem verbleiben. Außerdem vereinbarten die Beteiligten, dass der Kläger der Gesellschaft eine „Liquiditätshilfe“ in Höhe von 100.000 DM als Darlehen gewähren sollte, die zur Bezahlung der anstehenden Löhne bestimmt war. Der Betrag wurde am 11.11.1993 vom Kläger überwiesen und am folgenden Tag der GmbH gutgeschrieben.

Entsprechend der Vereinbarung vom 9.11.1993 erwarb der Kläger durch notariellen Vertrag vom 22.11.1993 die Geschäftsanteile des Beklagten zu 1 zum Nennwert von 12.300 DM sowie zwei Anteile des Zeugen K. ebenfalls zum Nennwert – für 7.800 DM.

In der Folgezeit gaben der Kläger und der Mitgesellschafter K. gegenüber einer Gläubigerin der GmbH, der I. GmbH, die Forderungen aus Warenlieferungen geltend gemacht und mit Vollstreckungsmaßnahmen gedroht hatte, eine Garantieerklärung über 88.222,63 DM ab; hierauf hat der Kläger insgesamt 50.000 DM an die I. GmbH gezahlt.

(...) Der Kläger macht im Zusammenhang mit der Zahlung der Liquiditätshilfe für die GmbH und seiner Garantieerklärung gegenüber der I. GmbH gegen die Beklagten Schadensersatzansprüche in Höhe von insgesamt 195.775,21 DM sowie einen Feststellungsanspruch hinsichtlich des weiteren Schadens geltend. Er behauptet, die Beklagten hätten ihn bei den Vertragsverhandlungen über die finanzielle Lage der GmbH getäuscht, weil sie ihn über die wahre Situation nicht pflichtgemäß aufgeklärt, vielmehr die Lage der Gesellschaft positiv dargestellt hätten.

Die Beklagten haben das Vorbringen des Klägers, insbesondere eine Täuschung über die wahre wirtschaftliche Lage der GmbH und eine Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft bereits im November 1993, bestritten. Der Beklagte zu 2 hat außerdem Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche eingewandt.

Das Landgericht hat der Klage gegen den Beklagten zu 1 unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens des Klägers überwiegend

stattgegeben, gegen den Beklagten zu 2 hat es sie abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten zu 1 hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat es zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen bezifferten Schadensersatzanspruch und den Feststellungsanspruch in vollem Umfang weiter.

### *Aus den Gründen:*

(...)

II. (...) 1. Nur im Ergebnis, nicht in der Begründung trifft der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsurteils zu. Zu Recht weist die Revision darauf hin, dass eine – gegenüber der Haftung für Verhandlungsverschulden vorrangige – Sachmängelhaftung gemäß §§ 459 ff. BGB hier nicht etwa erst wegen Fehlens einer langjährigen Umsatz- und Ertragsangabe ausscheidet, sondern bereits deshalb, weil ein Unternehmenskauf überhaupt nicht vorliegt. Ein zur Anwendung der §§ 459 ff. BGB führender Unternehmenskauf ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur gegeben, wenn der Käufer sämtliche oder nahezu sämtliche Anteile an einem Unternehmen erwirbt (so z.B. BGHZ 65, 246, 251 f. und BGHZ 138, 195, 204 m.w.N.). Der Kläger hat jedoch mit dem notariellen Vertrag vom 22.11.1993 von dem Beklagten zu 1 und dem Zeugen K. unstreitig lediglich Geschäftsanteile im Gesamt-Nennbetrag von 20.100 DM (rund 40 % des Stammkapitals) übernommen, während die restlichen Anteile in Höhe von 30.000 DM bei dem Zeugen K. verblieben sind. Gegen eine Haftung der Beklagten wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken.

2. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Beklagte zu 1 als Verkäufer der Anteile und der Beklagte zu 2 aufgrund seiner maßgeblichen Beteiligung an den Vertragsverhandlungen, seiner engen Beziehung zum Beklagten zu 1 und der GmbH sowie seiner Sachkunde als langjähriger Steuerberater der Gesellschaft als sogenannter Sachwalter unter dem Gesichtspunkt der Inanspruchnahme besonderen Vertrauens dem Kläger gegenüber haften. Das wird von der Revisionserwiderung nicht angegriffen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29.1.1992 – VIII ZR 80/91 – WM 1992, 699 unter I 4).

3. Nicht gefolgt werden kann dagegen der Auffassung des Berufungsgerichts, eine Haftung der Beklagten scheitere am fehlenden Verschulden.

a) Es kann dahinstehen, ob der Beklagte zu 1, der sich das mitwirkende Verhalten seines Bruders auch insoweit zurechnen lassen muss (vgl. dazu BGH, Urteile vom 1.6.1989 – III ZR 261/87 –, WM 1989, 1364 unter II 2 = BGHR BGB § 123 Abs. 2 Dritter 1; vom 8.12.1989 – V ZR 259/87 –, WM 1990, 479 unter II = BGHR a.a.O. Dritter 2; vom 9.4.1992 – IX ZR 145/91 –, WM 1992, 1016 unter I 1 = BGHR a.a.O. Dritter 4 und vom 20.11.1995 – II ZR 209/94 –, WM 1996, 201 unter 3 = BGHR a.a.O. Dritter 5), den Kläger bei den Vertragsverhandlungen durch Übergabe einer falschen betriebswirtschaftlichen Auswertung zum 30.9.1993 und durch die angeblichen Manipulationen im Zusammenhang mit dem Verkauf des Betriebsteils „Baustoffcenter“ arglistig getäuscht hat und der Kläger deshalb den notariellen Vertrag vom 22.11.1993 wirksam gemäß § 123 BGB angefochten hat. Der Kläger kann jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes für Verschulden bei Vertragsverhandlungen nicht nur die Rückabwicklung des notariellen Vertrages, sondern auch Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die ihm im

ursächlichen Zusammenhang mit dem Erwerb der Geschäftsanteile an der GmbH entstanden sind; denn der Beklagte zu 1 hat ihn bei den Verhandlungen pflichtwidrig nicht über wesentliche Umstände aufgeklärt, die für seine Kaufentscheidung von Bedeutung waren.

b) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, von der auch das Berufungsgericht ausgeht, besteht selbst bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte (BGH, Urteil vom 6.12.1995 – VIII ZR 192/94 –, NJW-RR 1996, 429 unter II 2 m.w.N.; vgl. BGH, Urteil vom 16.10.1987 – V ZR 170/86 –, NJW RR 1988, 394 unter 2).

Beim Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen ist im Hinblick auf den für den Kaufpreis im Regelfall erheblichen Ertragswert insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kaufinteressent – für den Verkäufer erkennbar – sich ein einigermaßen zutreffendes Bild von den wertbildenden Faktoren in erster Linie nur an Hand der Bilanzen, der laufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen, sonstiger Buchführungsunterlagen und ergänzender Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers machen kann. Diese Erschwerung der Bewertung des Kaufobjekts durch einen außenstehenden Interessenten, die auch durch dessen möglicherweise vorhandene Sachkunde nicht ausgeglichen wird, und seine besondere Abhängigkeit von der Vollständigkeit und Richtigkeit der ihm erteilten Informationen vor allem zur Umsatz- und Ertragslage des Unternehmens sowie die regelmäßig weitreichenden wirtschaftlichen Folgen der Kaufentscheidung rechtfertigen es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen und an die hierbei anzuwendende Sorgfalt einen strengen Maßstab anzulegen. Geht es um die Beteiligung des Erwerbers an einem lebensfähigen Unternehmen, dann erstreckt sich die Aufklärungspflicht des Käufers namentlich auch auf alle Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, insbesondere also drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung.

c) Gemessen an diesen Grundsätzen und auf der Grundlage des festgestellten und unstreitigen Sachverhalts kann der Auffassung des Berufungsgerichts, dem Beklagten zu 1 sei nicht einmal fahrlässiges Verhalten anzulasten, nicht gefolgt werden.

aa) Zu Recht beanstandet die Revision, dass das Berufungsgericht die desolatte wirtschaftliche Situation der Gesellschaft „bis hin zur Konkursreife“ als nicht bewiesen angesehen hat. Schon die – unstreitige – Häufung von zahlreichen gewichtigen Indizien für eine anhaltende Krise der Gesellschaft ab Juni 1993 zeigt, dass sich die GmbH bereits seit geraumer Zeit auf den Zustand der Zahlungsunfähigkeit zu bewegte. In den Monaten Juni und Juli wurde in mehreren Fällen Ware im Wert von jeweils etwa 20.000 bis 30.000 DM, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert worden war, von der Lieferantin wegen Nichtbezahlung der Rechnungen wieder abgeholt. Im Juli und August kam es zu Zwangsvollstreckungsmaßnahmen verschiedener Gläubiger. In der ersten Hälfte des vierten Quartals hatten die rückständigen Raten für geleaste Kraftfahrzeuge einen solchen Umfang angenommen, dass die betroffenen Leasingfirmen Maßnahmen zur Rückholung von Fahrzeugen ergriffen. Ab Oktober wurden mehrfach Lastschriften zurückgebucht und Schecks nicht eingelöst. Wegen Zahlungsrückständen wurde überdies die Sperrung der Tele-

fon- und Stromleitungen angedroht. Bei der zuständigen Berufsgenossenschaft befand sich die GmbH mit Beiträgen in Höhe von etwa 50.000 DM in Verzug, so dass sich der Beklagte zu 1 im Oktober 1993 auf Drängen der Berufsgenossenschaft veranlasst sah, eine entsprechende persönliche Bürgschaft zu übernehmen. Dass der Beklagte zu 2 als Steuerberater und damaliger Gesellschafter der GmbH die wirtschaftliche Situation des Unternehmens nicht anders sah, belegt sein Mahnschreiben an die Gesellschaft vom 15.7.1993, in welchem er auf die Dringlichkeit der Tilgung von Forderungen der Krankenkassen und Finanzämter hinwies. Dieses Schreiben – ein wichtiges Indiz für die negative Einschätzung der wirtschaftlichen Lage der GmbH durch die Beklagten – hat das Berufungsgericht mit Stillschweigen übergangen, was die Revision zutreffend als Verstoß gegen § 286 ZPO rügt. Angesichts einer solchen Häufung deutlicher Anzeichen für eine bereits eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft spätestens im Herbst 1993 erweist sich die zusammenfassende Wertung des Berufungsgerichts, es hätte „wesentlich stärkerer Indizien bedurft“, als formelhafte Wendung und Überspannung der Beweisforderungen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 18.6.1998 – IX ZR 311/95 –, WM 1998, 1689 unter C II 2 a = BGHR ZPO § 286 Abs. 1 Beweismaß 2).

Sofern der Beklagte zu 1 als der für die kaufmännischen Angelegenheiten zuständige „Hauptgeschäftsführer“ der GmbH über diese Vorgänge nicht in vollem Umfang unterrichtet war, entlastet ihn das nicht, denn dann müsste er sich, wie ausgeführt, das Verhalten seines als Verhandlungsgehilfen hinzugezogenen Bruders, des Beklagten zu 2, zurechnen lassen (§ 278 BGB), der, wie den Aussagen der Zeugen J. und O. zu entnehmen ist, umfassend informiert war.

bb) Aufgrund der unstreitigen gewichtigen Anzeichen für eine anhaltende Krise der Gesellschaft war für die Beklagten erkennbar, dass die GmbH im Herbst 1993 entweder bereits zahlungsunfähig war oder der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zumindest drohte. Damit war der vom Kläger mit dem Erwerb eines Geschäftsanteils verfolgte Vertragszweck der Beteiligung an einer lebensfähigen Gesellschaft jedenfalls ernsthaft gefährdet. Der Beklagte zu 1 war daher verpflichtet, den Kläger – auch ungefragt – über diese Vorkommnisse umfassend und wahrheitsgemäß zu unterrichten; dieser Verpflichtung ist er unstreitig nicht nachgekommen, wobei ihm das Unterlassen des Beklagten zu 2 zuzurechnen ist. Darin liegt eine mindestens fahrlässige Verletzung der ihm gegenüber dem Kläger obliegenden Aufklärungspflicht, die ihn nach den Grundsätzen der Haftung für Verschulden bei Vertragsverhandlungen zum Schadensersatz verpflichtet.

d) Das Verschweigen der auf eine Zahlungsunfähigkeit der GmbH hindeutenden Anzeichen war ursächlich sowohl für den Kaufentschluss des Klägers als auch für die Leistung der Liquiditätshilfe von 100.000 DM an die GmbH, die Zahlung von 40.000 DM an die I. GmbH aufgrund der dieser gegenüber übernommenen Garantie und die im Zusammenhang damit entstandenen Anwalts- und Gerichtskosten.

(...) Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist derjenige, der vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungspflichten verletzt, beweispflichtig dafür, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, der Geschädigte also den Hinweis – hier: auf die eindeutigen Anzeichen für eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit im Sommer und Herbst 1993 – unbeachtet gelassen und auch bei wahrheitsgemäßen Angaben den Kaufvertrag so wie geschehen abgeschlossen hätte (vgl.

z.B. BGH, Urteil vom 18.6.1996 – VI ZR 121/95 –, NJW 1996, 2503 unter II; Urteil vom 20.9.1996 – V ZR 173/95 –, NJW-RR 1997, 144 unter II 2 b bb). Anhaltspunkte für ein solches – hypothetisches – Verhalten des Klägers sind weder von den Beklagten vorgetragen noch sonst ersichtlich.

(...) Soweit die Beklagten darüber hinaus geltend machen, der Kläger hätte im Zeitpunkt der Abgabe seiner Garantieerklärung gegenüber der I. GmbH am 17.12.1993 aufgrund seiner Eigenschaft als Gesellschafter und Geschäftsführer selbst einen Überblick über die wirtschaftliche Lage der GmbH haben können, beseitigt dies die Ursächlichkeit der Pflichtverletzungen der Beklagten nicht. Der Kläger hat hierzu vorgebracht, er sei damals noch – mangels ausreichender Kenntnisse über das wahre Ausmaß der Krise der Gesellschaft – von der Sanierungsfähigkeit der GmbH ausgegangen. Angesichts der erwiesenen, in erster Linie vom Beklagten zu 2 zu verantwortenden gravierenden Mängel der Buchführung sowie der angeblichen Unkenntnis der Beklagten über den genauen Umfang der Zahlungsrückstände und einer Überschuldung der Gesellschaft trotz ihrer jahrelangen Beteiligung an der GmbH sowie ihrer Tätigkeit als kaufmännischer Geschäftsführer bzw. buchführender Steuerberater liegt es nahe, dass der Kläger Mitte Dezember 1993, mithin erst wenige Wochen nach seinem Eintritt in die Gesellschaft – übrigens ebenso wie der an der I.-Garantie beteiligte langjährige Mitgesellschafter K. – noch auf die Möglichkeit einer Sanierung der GmbH vertraute und auch vertrauen durfte.

4. Der in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben seines Vertragspartners Enttäuschte ist so zu stellen, wie er bei richtiger Offenbarung der für seinen Kaufentschluss erheblichen Umstände stünde. Er kann daher entweder am Vertrag festhalten und lediglich zusätzlich Schadensersatz beanspruchen oder aber Rückgängigmachung des Vertrages verlangen (BGHZ 69, 53, 56 und BGHZ 111, 75, 82). Wählt er – wie der Kläger im vorliegenden Fall – die letztere Möglichkeit, dann kann er Zug um Zug gegen (Rück-) Abtretung des erworbenen Geschäftsanteils den Kaufpreis zurückfordern und zugleich, wie ausgeführt, Ersatz derjenigen Aufwendungen verlangen, die ihm im ursächlichen Zusammenhang mit dem beabsichtigten und/oder durchgeführten Erwerb des Geschäftsanteils entstanden sind. Dies trifft für die Liquiditätshilfe (100.000 DM), die Garantieleistung an die I. GmbH (40.000 DM) und die außerhalb dieses Rechtsstreits und des Parallelverfahrens entstandenen Anwaltsgebühren und Gerichtskosten (insgesamt 55.775,21 DM) jedenfalls dem Grunde nach zu. Die gesamtschuldnerische Haftung der Beklagten erstreckt sich auch auf den weiteren Schaden, der dem Kläger aufgrund des Kaufs der Geschäftsanteile an der GmbH bisher entstanden ist und künftig entstehen wird, den der Kläger aber derzeit noch nicht beziffern kann und hinsichtlich dessen er die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten beantragt hat.

III. An einer eigenen Sachentscheidung (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) sieht sich der Senat gehindert, weil das Berufungsgericht die vom Landgericht bejahte Frage des Mitverschuldens des Klägers sowie die vom Beklagten zu 2 erhobene Verjährungseinrede zunächst in eigener Zuständigkeit zu prüfen haben wird und es hierfür weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Das Berufungsgericht hat – aus seiner Sicht folgerichtig – die besonderen subjektiven Voraussetzungen einer deliktischen Haftung insbesondere des Beklagten zu 2 aus § 826 BGB, für

die Anhaltspunkte bestehen, nicht geprüft. Hierauf kann es jedoch im Hinblick auf die Verjährungsfrage ankommen; denn die Verjährungsfrist des § 852 BGB entspricht zwar in ihrer dreijährigen Dauer jener für die Berufshaftung des Steuerberaters nach dem – möglicherweise entsprechend anwendbaren – § 68 StBerG, unterscheidet sich von ihr aber durch die Voraussetzungen für ihren Beginn. In diesem Zusammenhang wird sich das Berufungsgericht gegebenenfalls mit den Ausführungen der Revision insoweit auseinander zusetzen haben.

11. GmbHG §§ 16, 19 Abs. 1 (*Erfüllung der Einlageschuld des GmbH-Gesellschafters durch Einzahlung auf eigenes Konto*)

- 1. Zu den Voraussetzungen der Anmeldung einer Anteilsübertragung gegenüber der Gesellschaft (§ 16 GmbHG).**
- 2. Leistet der Gesellschafter einer Vor-GmbH eine Bar einlage auf sein eigenes Konto, das zugleich als Geschäftskonto der Gesellschaft genutzt wird, so führt das zur Tilgung der Einlageschuld, wenn und soweit der Geschäftsführer das Guthaben tatsächlich zur Begleichung von Gesellschaftsverbindlichkeiten einsetzt.**

BGH, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 183/00 –

*Zum Sachverhalt:*

Der Kläger ist Verwalter in dem am 26.6.1995 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der O. GmbH. Sie wurde durch den Alleingesellschafter M. K. mit Gesellschaftsvertrag vom 15.11.1993 gegründet und am 27.1.1994 im Handelsregister eingetragen. Geschäftsführerin war Ma. van Te. Das Stammkapital betrug 50.000,- DM; die Stammeinlage war in bar zu erbringen und sofort fällig. K. trat am 13.6.1994 einen Teilgeschäftsanteil von 22.500,- DM an Th. Ku. ab. Am 16.12.1994 ließ sich der Beklagte diesen Anteil sowie einen weiteren Teilgeschäftsanteil K.s in Höhe von 3.000,- DM abtreten, wobei für die beiden Veräußerer M. als Vertreterin ohne Vertretungsmacht handelte. Der Notar wurde in beiden Verträgen mit der Einholung der Genehmigungen der Veräußerer beauftragt und bat diese unter dem 16.12.1994 um Genehmigungserklärungen, die dem Beklagten am 9. und 10.1.1995 zuzugingen.

Mit der Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten aus §§ 16 Abs. 3, 19 Abs. 1 GmbHG Zahlung der angeblich rückständigen Stammeinlagen auf die erworbenen Geschäftsanteile von 22.500,- DM und 3.000,- DM. Dem hält der Beklagte entgegen, K. habe die Einlageschuld durch Kontoüberweisungen vom 16.11. bzw. 7.12.1993 bereits erfüllt. Im Übrigen seien die Anteilsübertragungen vom 16.12.1994 unwirksam, weil dem Beklagten die Genehmigungen des vollmachtlosen Handelns der M. durch K. und Ku. erst nach Ablauf der Frist des § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB mitgeteilt worden sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr – bis auf einen Teil der Zinsforderung – stattgegeben. Mit seiner – zugelassenen – Revision begehrt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht (dessen Urteil in GmbHR 2000, 1099 veröffentlicht ist) meint, der Beklagte hafte für die nicht nachweislich geleisteten Stammeinlagen als bei der Gemeinschaftschuldnerin angemeldeter Anteilsnehmer gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG trotz Unwirksamkeit der von den Veräußerern gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB verspätet genehmigten Anteilsübertragungen. Die Haftung des bei der Gesellschaft angemel-

deten Scheinerwerbers für noch offene Sozialverpflichtungen im Fall eines zunächst schwebend und dann endgültig unwirksamen Anteilserwerbs sei allerdings aus BGHZ 84, 47 ff. nicht unmittelbar zu entnehmen; auch sei diese Entscheidung im Schrifttum umstritten (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 15. Aufl. § 16 Rdnr. 14 m.w.N.), weshalb die Revision zuzulassen sei.

II. Die angefochtene Entscheidung hält – unabhängig von der von dem Berufungsgericht zur Überprüfung gestellten Rechtsfrage – revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Revision rügt zu Recht, dass schon die Annahme des Berufungsgerichts, die Anteilsübertragungen auf den Beklagten seien der Gesellschaft gegenüber im Sinne von § 16 GmbHG angemeldet worden, durch die getroffenen Feststellungen nicht getragen wird.

1. Das Berufungsgericht stützt sich insoweit im Wesentlichen auf ein Schreiben der Geschäftsführerin der Gemeinschaftsdarlehnerin an den Beklagten vom 8.3.1995, in dem die Geschäftsführerin unter Bezugnahme auf „Ihre Gesellschafteranteile O. GmbH“ die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung anregt. Dieses Schreiben reicht jedoch für die Annahme einer Anmeldung des Anteilsübergangs nach Maßgabe des § 16 GmbHG nicht aus. Eine – für die Haftung gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG in jedem Fall erforderliche – Anmeldung setzt die Kundgabe des Anteilsübergangs durch einen Gestaltungsakt des Veräußerers oder des Erwerbers gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft voraus; allein die Kenntnis der Geschäftsführung von der Übertragung genügt dafür nicht, weil der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Gesellschafterwechsels gegenüber der Gesellschaft durch dessen Anmeldung bei ihr zur Disposition der Parteien des Veräußerungsvertrages steht (Sen.Urt. v. 24.6.1996 – II ZR 56/95 –, NJW-RR 1996, 1377, 1378). Aus dem Schreiben vom 8.3.1995 geht aber lediglich die Kenntnis der Geschäftsführerin von der Gesellschafterstellung des Beklagten hervor. Es ist daraus nicht ersichtlich, auf welche Weise, wann und durch welche Personen sie von den Anteilsübertragungen erfahren hat.

Zwar kann eine Anmeldung i.S.v. § 16 GmbHG auch durch konkludentes Verhalten eines Anmeldungsberechtigten erfolgen (vgl. Sen.Urt. v. 15.4.1991 – II ZR 209/90 –, ZIP 1991, 724 f.); so etwa, wenn der Geschäftsführer den Erwerber mit dessen zum Ausdruck gekommenem Willen als Gesellschafter behandelt (vgl. *SchoIz/Westermann*, GmbHG 9. Aufl. § 16 Rdnr. 15 m.w.N.). Die bloße Bezeichnung des Beklagten als Gesellschafter im Schreiben vom 8.3.1995 ist aber dafür nicht ausreichend; denn das lässt noch keine Schlüsse darauf zu, ob auch der Beklagte sich gegenüber der Geschäftsführerin in entsprechender Weise verhalten hat. Behandelt und anerkennt die Gesellschaft den Erwerber als neuen Gesellschafter, so macht dies zwar den Nachweis, nicht aber die Anmeldung des Anteilsübergangs (§ 16 Abs. 1 GmbHG) entbehrlich (vgl. Sen.Urt. v. 15.4.1991 a.a.O. zu 2).

2. Soweit das Berufungsgericht zusätzlich darauf abstellt, dass der Veräußerer Ku. zur Zeit der Abtretung seines Geschäftsanteils an den Beklagten Geschäftsführer der Gemeinschaftsdarlehnerin gewesen und ihr deshalb durch ihn die Veräußerung seines Geschäftsanteils bekannt geworden sei, ist darin zum einen nicht ohne weiteres eine Anmeldung i.S.v. § 16 Abs. 1 GmbHG zu sehen (Sen.Urt. v. 15.4.1991 a.a.O. zu 2 a). Zum anderen weist die Revisionserwiderung selbst darauf hin, dass Ku. nur zeitweise Geschäftsführer der Gemeinschaftsdarlehnerin und ausweislich des vorliegenden Handelsregisterauszugs noch vor der Anteilsübertragung von dieser Funktion abberufen worden war.

3. Über die Feststellungen des Berufungsgerichts hinausgehenden, vorinstanzlichen Vortrag des Klägers zu der fraglichen Anmeldung der beiden Anteilsabtretungen zeigt die Revisionserwiderung nicht auf. Die Sache ist gleichwohl nicht zu Lasten des Klägers entscheidungsreif, weil die Parteien in den Vorinstanzen die Voraussetzungen einer Anmeldung i.S.v. § 16 Abs. 1 GmbHG – ebenso wie das Berufungsgericht – verkannt haben und dem Kläger daher durch die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht Gelegenheit gegeben werden muss, dazu ergänzend vorzutragen (vgl. § 278 Abs. 3 ZPO).

Ganz oder zum Teil abweisungsreif ist die Klage auch nicht im Hinblick auf die vom Beklagten behauptete Erfüllung der Einlageschuld durch den Gesellschafter K., weil diese nach den bisherigen Feststellungen nicht bewiesen ist (vgl. unten III 2).

III. Für die weitere Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Auf die nach Ansicht des Berufungsgerichts entscheidungsbedürftige Rechtsfrage der Anmeldungswirkung bei unwirksamer Anteilsübertragung (vgl. oben I) kommt es im vorliegenden Fall auch dann nicht an, wenn dem Kläger der Nachweis einer Anmeldung gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG gelingen sollte. Die beiden Anteilsübertragungen auf den Beklagten vom 16.12.1994 sind gemäß § 177 Abs. 1 BGB durch den Zugang der Genehmigungserklärungen K.s und Ku.s beim Beklagten Anfang Januar 1995 wirksam geworden. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (das sich insoweit auf OLG Köln, NJVV 1995, 1499 stützt) können die Schreiben des Notars vom 16.12.1994, mit denen er K. und Ku. um Genehmigung der Verträge bat, nicht als Aufforderungen des Beklagten zur Erklärung über die Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB verstanden werden. Der Notar handelt im Rahmen einer übernommenen Vollzugstätigkeit im Verhältnis zu den Vertragsparteien grundsätzlich als Amtsperson. Er ist nicht Bevollmächtigter oder Treuhänder einer Partei (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO; BGH, Urt. v. 21.12.1959 – III ZR 180/58 –, LM Nr. 14 zu § 21 RNotO). Er wird deshalb regelmäßig bei Abgabe und Entgegennahme materiell-rechtlicher Erklärungen nicht als Vertreter von Urkundsbeteiligten mit gegenläufigen Interessen tätig (vgl. OLG Naumburg, MittRhNotK 1994, 315 m. Nichtannahme-Beschl. d. BGH v. 27.10.1994 – V ZR 264/93 –). Dass der Notar im vorliegenden Fall abweichend von diesem Grundsatz nicht eine eigene Handlung im Rahmen des Vertragsvollzugs vornehmen, sondern eine rechtsgeschäftliche Erklärung der einen Vertragspartei (Beklagter) im Verhältnis zur anderen (K. bzw. Ku.) abgeben wollte, kann den beiden Schreiben vom 16.12.1994 nicht entnommen werden. In dem Schreiben an Ku. heißt es lediglich, dieser werde um Hereingabe der Genehmigung gebeten. Im Schreiben an K. wird die Bitte zum Ausdruck gebracht, „wie mit Herrn C. (Beklagter) besprochen zu verfahren“. Daraus konnten die Empfänger nicht auf ein Handeln des Notars in fremden Namen und gar auf eine Aufforderung des Beklagten zur Erklärung über die Genehmigung gemäß § 177 Abs. 2 BGB schließen (vgl. OLG Naumburg a.a.O.).

2. Zur Frage der Erfüllung der Einlageschuld durch den Gesellschafter K. gilt Folgendes:

a) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht in dem am 16.11.1993 erfolgten Eingang von 54.285,75 DM auf einem als Geschäftskonto der Vorgesellschaft benutzten Bankkonto auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes zutreffend keine Erfüllung der Einlageschuld gese-



hen. Abgesehen davon, dass das Bankkonto nach den insoweit unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts noch auf „O. T. Inh. M. K.“ lautete und erst Anfang Januar 1994 auf die Gemeinschuldnerin „umgeschrieben“ wurde, geht aus dem von der Revision in Bezug genommenen Parteivortrag nicht hervor, ob es sich bei der Überweisung um eine Leistung des Gesellschafters K. oder eines Dritten gehandelt hat und ob mit ihr die Einlageschuld oder eine andere Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft erfüllt werden sollte. Eine Leistung auf die Einlageschuld würde (auch im Fall des § 267 BGB) eine für den Geschäftsführer erkennbare Zuordnung zu ihr voraussetzen (vgl. Sen.Urt. v. 22.6.1992 – II ZR 30/91, ZIP 1992, 1303, 1305). Gegen einen entsprechenden Zusammenhang mit der Einlageschuld spricht hier neben dem von ihr abweichenden Überweisungsbetrag insbesondere der Umstand, dass K. selbst drei Wochen später 30.000,- DM mit der ausdrücklichen Zweckbestimmung „Einzahlung Stammkapital“ auf das Konto überwiesen hat, also von einem Fortbestand seiner Einlagepflicht zumindest noch in dieser Höhe ausgegangen ist.

b) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht weiter davon aus, dass K. auch mit der am 7.12.1993 vorgenommenen „Einzahlung Stammkapital“ in Höhe von 30.000,- DM auf das Bankkonto, dessen Inhaber er war, seine Einlageschuld noch nicht (teilweise) erfüllt hat. Das gilt unabhängig davon, dass das Konto auch als Geschäftskonto der Gemeinschuldnerin fungierte und ihre Geschäftsführerin – neben K. – darüber verfügen konnte. Denn als Kontoinhaber war K. weiterhin verfügungsberechtigt und daher in der Lage, die 30.000,- DM ohne Mitwirkung der Geschäftsführerin jederzeit wieder abzurufen. Das Kontoguthaben stand sonach noch nicht endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung, wie es für die Erfüllung der Einlageschuld erforderlich wäre.

c) Entgegen der Ansicht der Revision kann in der Anfang Januar 1994 erfolgten „Umschreibung“ des Kontos auf die Gemeinschuldnerin nicht ohne weiteres eine Einlageleistung in Höhe des damaligen Guthabens von 30.507,38 DM gesehen werden. Denn dem Kontostand ist nicht zu entnehmen, ob und inwieweit K. die auf das Konto eingezahlten 30.000,- DM dort belassen oder sie zu eigenen Zwecken wieder abgezogen hat. Der bei der Übertragung des Kontos verbliebene Saldo kann auch auf Zuflüssen aus der Geschäftstätigkeit der Vorgesellschaft beruhen. Ausweislich der von dem Kläger vorgelegten Kontoauszüge wurden in der Zeit zwischen dem 7. und 30.12.1993 zahlreiche Zu- und Abflüsse auf dem faktisch gemeinsamen Konto verbucht.

Soweit das Berufungsgericht meint, K. habe zusammen mit dem Konto auch sein bisheriges Einzelunternehmen auf die Gemeinschuldnerin übertragen und ihr damit insgesamt eine Sacheinlage anstelle der geschuldeten Bareinlage erbracht (wie im Falle des Sen.Urt. v. 22.6.1992 a.a.O. zu I), läge das dann nahe, wenn die Vorgesellschaft das frühere Einzelunternehmen gegen Entgelt oder auch dessen Verbindlichkeiten zu übernehmen hatte (vgl. BGHZ 132, 133, 139). Feststellungen dazu fehlen.

d) Scheidet eine verdeckte Sacheinlage aus, so wäre eine (teilweise) Tilgung der Bareinlageschuld allerdings anzunehmen, wenn und soweit über das (30.000,- DM übersteigende) Kontoguthaben nach Einzahlung der – als Bareinlage bestimmten – 30.000,- DM tatsächlich nicht mehr K., sondern die Geschäftsführerin verfügt und es zur Begleichung von (originären) Gesellschaftsverbindlichkeiten eingesetzt hat. Das ist aber dem bisherigen Vortrag des für die Erfüllung der Einlageschuld beweispflichtigen Beklagten nicht zu entnehmen.

Erforderlichenfalls wird das Berufungsgericht den Parteien insoweit Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben haben. Eine etwaige Vorbelastungshaftung des Beklagten (nach den Grundsätzen in BGHZ 80, 129, 134, 333) im Fall einer Unterbilanz der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt ihrer Eintragung in das Handelsregister, bliebe davon unberührt.

---

12. HGB § 148 (*Eintragung der Auflösung einer Personenhandelsgesellschaft ohne Liquidation*)

**Das Registergericht kann die Eintragung der Auflösung einer Personenhandelsgesellschaft und des Erlöschens der Firma nicht davon abhängig machen, dass zugleich die Liquidatoren zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet werden.**

BayObLG, Beschluss vom 7.3.2001 – 3Z BR 68/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Im Handelsregister ist die X-GmbH & Co. KG eingetragen. Sämtliche Gesellschafter meldeten mit notarieller Urkunde vom 16.10.2000 zur Eintragung an, dass die Gesellschaft durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst, die Liquidation der Gesellschaft beendet und die Firma der Gesellschaft erloschen seien.

Mit Verfügung vom 20.10.2000 wies das Registergericht den anmeldenden Notar darauf hin, dass Liquidatoren auch dann zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden müssten, wenn zugleich das Erlöschen der Firma angemeldet werde, und bat, die entsprechende Anmeldung innerhalb von vier Wochen nachzureichen.

Die Beschwerde der Beteiligten gegen diese Verfügung hat das Landgericht am 4.1.2001 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde. Mit Erfolg.

*Aus den Gründen:*

1. Das Landgericht hat ausgeführt, das Gesetz schreibe zwingend vor, dass die ersten Liquidatoren, soweit sie nicht gerichtlich bestellt worden seien, von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden seien. Dies gelte auch dann, wenn zugleich das Erlöschen der Firma angemeldet werde. Durch die Eintragung der Liquidatoren solle für jedermann ersichtlich sein, wer die Abwicklung vornehme und die Verantwortung für eine eventuell bereits durchgeführte Vermögensabwicklung trage. Selbst wenn zum Zeitpunkt der Anmeldung bei der Gesellschaft kein Vermögen mehr vorhanden sein sollte und eventuelle Gläubiger sich an die persönlich haftende Gesellschafterin halten könnten, müsse den Gläubigern die Möglichkeit verbleiben, die Liquidatoren wegen schuldhaft fehlerhafter Abwicklung in Anspruch zu nehmen. Aus diesen Gründen sei die Eintragung der Liquidatoren im Handelsregister kein reiner Formalismus.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Das Beschwerdegericht hat das Rechtsmittel der Beteiligten zu Recht als zulässig angesehen. Hätte das Registergericht mit der angegriffenen Verfügung nur zu einer weiteren Anmeldung aufgefordert, wäre hiergegen ein Rechtsmittel nicht gegeben gewesen (vgl. BayObLG Rpfleger 1978, 59), da kein Zwangsgeld angedroht worden ist. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch um eine Zwischenverfügung im Sinne von § 26 Satz 2 HRV, da das Registergericht seine Verfügung vom

20.10.2000 als solche ansieht, also die Anmeldung für unvollständig hält und beabsichtigt, diese zurückzuweisen, falls der Mangel nicht behoben wird.

b) Die Vorinstanzen haben auch nicht verkannt, dass gemäß § 161 Abs. 2, S 148 Abs. 1 Satz 1 HGB die Liquidatoren von sämtlichen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Das Registergericht durfte jedoch diesen Umstand nicht zum Anlass dafür nehmen, die Eintragung der Auflösung und der Löschung abzulehnen.

Das Registergericht darf nämlich die Eintragung von eintragungspflichtigen Tatsachen – abgesehen von formellen Hindernissen – nur dann ablehnen, wenn gegen die Wirksamkeit und Rechtsbeständigkeit der angemeldeten Rechtsverhältnisse oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der Eintragung begründete Bedenken bestehen (BGH NJW 1977, 1879/1880; BayObLGZ 1988, 51/53; BayObLG ZIP 1996, 2109; OLG Hamm GmbHR 1996, 858; KG OLGZ 1965, 124/127; MünchKomm/Bokelmann HGB § 14 Rdnr. 6; Röhricht/von Westphalen/Ammon HGB § 14 Rdnr. 7). Es darf nicht durch die Ablehnung der Eintragung praktisch einen Registerzwang im Hinblick auf eine weitere als erforderlich angesehene Anmeldung ausüben.

Die Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft (§ 143 Abs. 1 HGB), deren Eintragung für die zeitliche Begrenzung der Gesellschafterhaftung bedeutsam ist (§ 159 Abs. 2 HGB), sowie des Erlöschens der Firma (§ 157 Abs. 1 HGB) hängen jedoch in ihrer Wirksamkeit von der Anmeldung von Liquidatoren (§ 148 Abs. 1 Satz 1 HGB) nicht ab. Soweit Erwägungen des Senats in einer früheren Entscheidung (BB 1982, 1749), die die Anmeldung von Liquidatoren einer GmbH bei noch nicht beendeter Liquidation betraf, für den Bereich der Personengesellschaften etwas anderes entnommen worden sein sollte (vgl. etwa *Baumbach/Hopt* HGB 30. Aufl. § 148 Rdnr. 1; *Großkomm/Habersack* HGB 4. Aufl. § 148 Rdnr. 5; *Röhricht/von Westphalen/von Gerkan* HGB § 148 Rdnr. 1), folgt der Senat dem nicht. Das Erlöschen der Firma setzt bei Personengesellschaften eine Liquidation und damit das Vorhandensein von Liquidatoren nicht zwingend voraus. Das Registergericht ist im Rahmen der Eintragung des Erlöschens nicht gehalten nachzuforschen, ob die Durchführung einer Liquidation erforderlich war (KGJ 22, A 107).

Der Umstand, dass die Anmeldung des Erlöschens von sämtlichen Liquidatoren vorzunehmen ist (§ 157 Abs. 1 HGB), rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zum einen ist auch die Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter ausreichend (*Baumbach/Hopt* § 157 Rdnr. 2; *Großkomm/Habersack* HGB § 157 Rdnr. 8); dies ist hier der Fall. Zum anderen sind im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass nicht sämtliche Gesellschafter zugleich gemäß § 161 Abs. 2, § 146 Abs. 1 Satz 1 HGB auch die Liquidatoren sind.

13. BGB § 37 Abs. 1, § 26 (*Eingetragener Verein: Einberufungsquorum in der Satzung; Vertretung des Vorstands – Stellvertreter*)

**1. Eine Regelung in der Satzung eines eingetragenen Vereins, wonach eine Mitgliederversammlung einzuberufen ist, wenn 20 % der Mitglieder dies verlangen, ist auch unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes nicht rechtsmissbräuchlich und zulässig.**

**2. Allein die satzungsmäßige Bezeichnung der Vorstandsmitglieder als Stellvertreter ist nicht missverständlich, wenn die Satzung eindeutig darüber Auskunft gibt, wer den Verein wie vertreten kann.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluss vom 18.4.2001 – 3Z BR 100/01 –, mitgeteilt von Notar *Rasso Rapp*, Augsburg

*Zum Sachverhalt:*

Mit der am 8.12.2000 eingegangenen Urkunde meldeten die Vorstandsmitglieder sich und den Verein zur Eintragung im Vereinsregister an.

Als Vorstandsmitglieder sollen eingetragen werden:

1. Dr. F., 1. Vorsitzender,
2. Dr. H., stellvertretender Vorsitzender,
3. Dr. D., 2. stellvertretender Vorsitzender.

In § 9 Abs. 5 der Satzung des angemeldeten Vereins ist bestimmt:

„Der Vorstand kann eine außerordentliche Mitgliederversammlung einberufen. Er hat innerhalb von 6 Wochen eine außerordentliche Mitgliederversammlung einzuberufen, wenn mindestens 20 Prozent der Mitglieder dies schriftlich verlangen. Für die außerordentliche Mitgliederversammlung gelten die Einladungsformalien der ordentlichen Mitgliederversammlung. Die Tagesordnung ist bei der außerordentlichen Mitgliederversammlung nicht erweiterbar.“

§ 10 der Satzung lautet:

„(1) Der Vorstand besteht aus 5 Mitgliedern. Er führt die Geschäfte des Vereins ehrenamtlich. Zum Vorstand gehören

- a) der Vorsitzende
- b) der 1. Stellvertreter
- c) der 2. Stellvertreter
- d) der Schriftführer
- e) der Schatzmeister

(2) Gesetzliche Vertreter im Sinne von § 26 BGB sind der Vorsitzende sowie der erste und zweite Stellvertreter des Vorsitzenden. Sie sind einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Mit Zwischenverfügung vom 16.1.2001 wies das Amtsgericht darauf hin, der weiteren Behandlung stehe entgegen, dass (Nr. 1) in § 9 Abs. 5 der Satzung für die Pflicht zur Einberufung der Mitgliederversammlung eine Minderheit von 20 % bestimmt sei und (Nr. 2) dass in § 10 Abs. 1 der Satzung die Formulierung „Stellvertreter“ missverständlich sei, da trotz des nachfolgenden Absatzes der Eindruck entstehe, die Tätigkeit der stellvertretenden Vorsitzenden sei bedingt. Die vom Urkundsnotar eingelegte Beschwerde hat das Landgericht am 5.3.2001 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde des Notars.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde des Notars ist zulässig. Er ist als Urkundsnotar, der den Eintragungsantrag gestellt hat, gem. § 29 Abs. 1 Satz 3 FGG postulationalfähig. Die Befugnis des Vereins zur weiteren Beschwerde ergibt sich aus der Zurückweisung der Erstbeschwerde (vgl. BayObLGZ 1998, 195; *Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 8. Aufl. § 27 Rdnr. 7).

Das Rechtsmittel ist begründet.

1. (...)

2. (...) a) Die vom Notar eingelegte Erstbeschwerde ist zulässig. Dies hat das Rechtsbeschwerdegericht selbständig zu prüfen (vgl. BayObLG GmbHR 1998, 1123/1124). Das Landgericht durfte davon ausgehen, dass der Notar die Erstbeschwerde für die Beteiligten eingelegt hat. Zwar trifft die Vollmachtsvermutung des § 129 Satz 1 FGG, die auch die Ein-

legung von Rechtsmitteln umfasst (*Bassenge/Herbst* FGG/RPflG 8. Aufl. § 129 Rdnr. 2), nicht zu, weil sie nur für den gilt, der zu einer Anmeldung öffentlich-rechtlich verpflichtet ist (BayObLGZ 1984, 29/32 m.w.N.; BayObLG ZIP 2000, 791) und keine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Anmeldung des Vereins besteht (§ 78 Abs. 1 BGB i.V.m. § 59 BGB; *Soergel/Hadding* BGB 13. Aufl. § 59 Rdnr. 2). Die Kammer durfte aber annehmen, dass der Notar nicht ohne Vollmacht handeln wird (vgl. BayObLGZ 1984, 29/32; *Jansen* FGG 2. Aufl. § 13 Rdnr. 46; *Keidel/Winkler* FGG 14. Aufl. § 129 Rdnr. 5) und dass er, auch wenn die Rechtsmittelschrift keine entsprechende Erklärung enthält, das Rechtsmittel für den Berechtigten einlegt (vgl. BayObLGZ 1987, 314/316 m.w.N.). Dies ist hier der Vorverein, vertreten durch seinen Vorstand (vgl. BayObLGZ 1991, 52; *Reichert* Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts 8. Aufl. Rdnr. 177; *Soergel/Hadding* § 60 Rdnr. 5).

b) Die Bestimmung des § 9 Abs. 5 der Satzung ist zulässig. Diese regelt, dass eine Mitgliederversammlung einzuberufen ist, wenn mindestens 20 % der Mitglieder dies verlangen. Das Landgericht sieht hierin einen Verstoß gegen § 37 Abs. 1 BGB, der bestimmt, dass die Mitgliederversammlung zu berufen ist, „wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder“ dies verlangt. Die Satzung könne aus dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes nur einen niedrigeren Teil als ein Zehntel der Mitglieder bestimmen. Dieser auch in der Literatur vertretenen Auffassung (z.B. *Soergel/Hadding* § 37 Rdnr. 5; MünchKomm/Reuter BGB 3. Aufl. § 37 Rdnr. 1; *Reichert* Rdnr. 791) folgt der Senat nicht. Die Satzung kann als Voraussetzung für das Einberufungsverlangen auch ein höheres Quorum als 10 % vorsehen (KG NJW 1962, 1917; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 995; *Staudinger/Weick* BGB 1995 § 37 Rdnr.3; *Erman/Westermann* BGB 10. Aufl. § 37 Rdnr. 1; RGRKomm/Steffen BGB, 12. Aufl. § 37 Rdnr. 1; *Palandt/Heinrichs* BGB 60. Aufl. § 37 Rdnr. 1; *Sauter/Schweyer*. Der eingetragene Verein 16. Aufl. Rdnr. 159; *Stöber* Handbuch zum Vereinsrecht 7. Aufl. Rdnr. 425). Der Wortlaut des § 37 Abs. 1 BGB ist eindeutig: Der zehnte Teil der Mitglieder soll nur dann gelten, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt. Die Grenze des Minderheitenschutzes unterliegt damit grundsätzlich der Satzungsregelung und damit der Entscheidung der Mitgliederversammlung. Hierin unterscheidet sich § 37 Abs.1 BGB von § 50 Abs. 1 GmbHG (vgl. hierzu *Baumbach/Hueck* GmbHG 17. Aufl. § 50 Rdnr. 2), der die Mindestquote (der zehnte Teil des Stammkapitals) zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung nicht unter den Vorbehalt der Satzung stellt, und von § 45 Abs. 1 GenG, der der Satzung nur vorbehält, für die Einberufung der Generalversammlung eine geringere Quote als den zehnten Teil der Genossen festzulegen. Wo bei eingetragenen Vereinen aus Gründen des Minderheitenschutzes die Grenzen rechtsmissbräuchlicher Regelung zu ziehen sind (zu den Grenzen vgl. KG und OLG Stuttgart je a.a.O.), bedarf hier keiner Entscheidung. Diese sind jedenfalls bei einem Einberufungsquorum von 20 % der Mitglieder nicht überschritten.

c) Die Vertretungsregelung in § 10 der Satzung ist nicht missverständlich. Sie gibt eindeutig darüber Auskunft, wer den Verein wie vertreten kann. Absatz 1 regelt die Zusammensetzung des Vorstands. Absatz 2 Satz 1 stellt klar, welche von den in Absatz 1 genannten Vorstandsmitgliedern gesetzliche Vertreter des Vereins im Sinne des § 26 BGB sind. Für diese bestimmt Absatz 2 Satz 2, dass sie einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass von der Frage der Missverständlichkeit der Vertretungsregelung in der Satzung die Frage zu unterscheiden ist, inwieweit der Vertreterzusatz, wie angemeldet, im Vereinsregister eingetragen werden kann (vgl. BGH NJW 1998, 1071 und BayObLGZ 1997, 107 zur Nichteintragungsfähigkeit des Vertreterzusatzes bei Geschäftsführern einer GmbH).

14. GmbHG § 4a; EGV Art. 43, 48; Vorentwurf einer Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU vom 22.4.1997. (*Sitzverlegung einer GmbH auch ins EU-Ausland nicht eintragungsfähig*)

**Die Verlegung des Sitzes einer GmbH in die Niederlande ist weder nach geltendem Recht der Bundesrepublik Deutschland noch nach gegenwärtigem oder künftigem EU-Recht (Vorentwurf einer Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU vom 22.4.1997) im deutschen Handelsregister einzutragen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.3.2001 – 3 Wx 88/01 –, mitgeteilt von *Dr. Johannes Schütz*, Richter am OLG

*Zum Sachverhalt:*

Die Beteiligte GmbH ist im Handelsregister von Düsseldorf eingetragen. Sitz des Unternehmens ist Düsseldorf. Gegenstand des Unternehmens ist die Durchführung von chirurgischkosmetischen Operationen, insbesondere im Bereich Haartransplantationen.

Unter dem 7.11.2000 reichte der Notar N. eine von ihm am 3.11.2000 zu UR.Nr. ... /2000 beglaubigte Handelsregisteranmeldung vom selben Tage ein.

Hierin heißt es u.a.:

„1. Der Gesellschaftsvertrag wurde hinsichtlich §1 (Firma und Sitz der Gesellschaft) neu gefasst.

2. Herr J. K. ist mit Wirkung vom ... an als Geschäftsführer abberufen worden. Ihm wurde Entlastung erteilt. Zum neuen Geschäftsführer wurde mit Wirkung vom ... an Herr F. T., geboren am ... Makler, ... Zandvoort, bestellt. Er vertritt die Gesellschaft stets allein. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

...

Die Geschäftsräume der Gesellschaft befinden sich: ... Zandvoort, Niederlande ...“

Darüber hinaus legte der Notar das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 3.11.2000 vor, aus dem sich die angemeldeten Veränderungen ergeben und beantragte „den Vollzug der überreichten Urkunden“.

Die Richterin des Amtsgerichts hat den Antrag auf Eintragung der Sitzverlegung in das Handelsregister abgelehnt, weil eine Sitzverlegung ins Ausland nach gegenwärtig geltendem nationalem Recht nicht zulässig sei. Ob in Zukunft aufgrund der Rechtsprechung des EuGH bzw. neuer rechtlicher Vorschriften einer derartige Maßnahme möglich sei, könne dahinstehen.

Die Beschwerde der Gesellschaft hat das Landgericht zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde. Ohne Erfolg.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Denn die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG).

1. Das Landgericht hat ausgeführt, nach den derzeitigen geltenden gesetzlichen Bestimmungen sei eine Sitzverlegung der Gesellschaft in das Ausland nur in Form der Auflösung und Neuerrichtung bzw. Neugründung im Ausland möglich. Dabei hätten mangels anderweitiger Bestimmungen die Staaten der EU gegenwärtig noch als Ausland zu gelten. Der gegenwärtige Rechtszustand in der Bundesrepublik Deutschland verstoße mit Blick auf die unterschiedlichen Bezeichnungen und Haftungsregelungen von „GmbHs“ in den verschiedenen Staaten der EU nicht gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht.

2. Diese Ausführungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Rechtlich beanstandungsfrei ist die Auffassung der Vorinstanzen, dass das gegenwärtige Recht der Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Verlegung des Geschäftssitzes einer GmbH ins Ausland – auch innerhalb der EU – nicht eröffnet (*Baumbach-Hueck/Fastrich GmbHG* 17. Auflage 2000 § 4a Rdnr. 10 mit umfangreichen Nachweisen).

b) Soweit Art. 43, 48 EGV (früher 52, 58 EGV) die Beschränkung der freien Niederlassung der GmbH eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats es verbieten, besagt dies nicht schon, dass vorliegend durch die Ablehnung der Eintragung der Sitzverlegung der Beteiligten in die Niederlande EU-Recht verletzt wird (vgl. EuGH NJW 1989, 2186 – Daily Mail; *Baumbach-Hueck/Fastrich* a.a.O. mit Nachweisen). Hieran hat das „Centros-Urteil“ des EuGH vom 9.3.1999 Rs. C-212/97 (GmbHR 1999, 474) nichts geändert (vgl. *Baumbach-Hueck/Fastrich* a.a.O.). Dort hat der EuGH entschieden (LS):

„Ein Mitgliedstaat, der die Eintragung der **Zweigniederlassung** einer Gesellschaft verweigert, die in einem anderen Mitgliedstaat, in dem sie ihren Sitz hat, rechtmäßig errichtet worden ist, aber keine Geschäftstätigkeit entfaltet, verstößt gegen Art. 52 und 58 EGV, wenn die Zweigniederlassung es der Gesellschaft ermöglichen soll, ihre gesamte Geschäftstätigkeit in dem Staat auszuüben, in dem diese Zweigniederlassung errichtet wird, ohne dort eine Gesellschaft zu errichten und damit das dortige Recht über die Errichtung von Gesellschaften zu umgehen, das höhere Anforderungen an die Einzahlung des Mindestgesellschaftskapitals stellt. ...“

Dieser Fall unterscheidet sich indes grundlegend von dem hier zur Beurteilung stehenden Sachverhalt. Denn zum einen soll vorliegend nicht eine Zweigniederlassung der beteiligten Gesellschaft in den Niederlanden errichtet werden, zum anderen verweigert auch nicht eine Behörde des Staates, in den die Niederlassung verlegt werden soll (hier der Niederlande), die Eintragung, sondern eine solche des Gründungsstaates (hier der Bundesrepublik Deutschland).

Dafür, dass indes die Weigerung der Registerbehörde des Gründungsstaates, die Sitzverlegung einer GmbH in ein anderes EU-Land einzutragen, nach Auffassung des EuGH in gleicher Weise die Niederlassungsfreiheit innerhalb des Wirtschaftsraumes der EU (Art. 43, 48 EGV) tangiert, wie die Weigerung des Zuzugsstaates, eine Zweigniederlassung einzutragen, besagt das „Centros-Urteil“ nichts. Es lässt sich hieraus insoweit insbesondere – entgegen AG Heidelberg (EuZW 2000, 414) – eine Tendenz, die es erforderlich erscheinen lässt, diese Frage gemäß Art. 234 (früher 177) EGV dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen, nicht herleiten.

aa) Eine Behandlung des vorliegenden Falles entsprechend dem der „Centros“-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt erscheint bereits problematisch, weil durch eine Verpflichtung der Registerbehörde des Gründungsstaates zur

Eintragung der Sitzverlegung in das Ausland hoheitliche Interessen des Zuzugsstaates berührt sein können, der in diesem Falle ohne sein Zutun als Sitz einer – ihm möglicherweise missliebigen – ausländischen Gesellschaft gelten würde.

bb) Überdies spricht entscheidend hiergegen der – bislang nicht in Kraft gesetzte – der Umsetzung des Art. 58 (jetzt 48) EGV dienende Vorentwurf einer Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU vom 22.4.1997 (ZIP 1997, 1721 ff.).

Diese hat zum erklärten Ziel, den nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften die Verlegung ihres satzungsmäßigen oder tatsächlichen Sitzes in einen anderen Mitgliedstaat unter Wahrung ihrer Rechtspersönlichkeit (d.h. ohne Auflösung), aber mit Wechsel des für die Gesellschaften maßgeblichen Rechts, zu ermöglichen (Begründung VII. 1, a.a.O. S. 1722). Demnach sollen nach der Richtlinie die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen treffen, damit der satzungsmäßige oder tatsächliche Sitz einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat verlegt werden kann. Hierbei hat die Sitzverlegung weder die Auflösung der Gesellschaft zur Folge noch die Gründung einer neuen juristischen Person, bewirkt allerdings mit Eintragung des neuen Sitzes im Gesellschaftsregister gemäß Art. 10 einen Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts (Art. 3). Der neue Sitz kann erst u. a. nach Erbringung des Nachweises, dass die Eintragungsf formalitäten im neuen Sitzstaat erfüllt sind, eingetragen werden (Art. 10). Die Eintragung der Gesellschaft im Register des früheren Sitzes kann erst dann gelöscht werden, wenn nachgewiesen wird, dass die Gesellschaft im Register des neuen Sitzes eingetragen ist (Art. 11 Abs. 3).

Hieraus folgt zum einen, dass die EG-Kommission die Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes der Gesellschaft ins Ausland für regelungsbedürftig, also nach EG-Recht nicht geregelt, hält, zum anderen, dass die Eintragung der Gesellschaft im neuen Sitzstaat und nicht im Gründungsstaat erfolgen soll, während dem Register des Gründungsstaates nur die Aufgabe zugeordnet ist, **nach erfolgter Eintragung des Sitzes im neuen Sitzstaat**, die Löschung vorzunehmen.

Dies bedeutet, dass vorliegend der beteiligten Gesellschaft selbst bei unterstellter Geltung der in Aussicht genommenen Richtlinie die Eintragung ihres neuen Geschäftssitzes in Zandvoort/Niederlande durch das Amtsgericht – Registergericht – in Düsseldorf, nach erfolgloser Beanstandung des Eintragungsgesuchs im Wege der Zwischenverfügung, zu Recht versagt worden ist, weshalb die gegen die dies bestätigende landgerichtliche Entscheidung gerichtete weitere Beschwerde der Gesellschaft zurückzuweisen war.

## Kostenrecht

15. KostO § 39 Abs. 1 und 2; BGB § 741 (*Auseinandersetzung einer Miteigentümergeinschaft*)

**Für die Bewertung der Auseinandersetzung einer Miteigentümergeinschaft an einem Grundstück ist ausschlaggebend, ob über das Grundstück im Ganzen oder nur über einzelne Miteigentumsanteile verfügt wird (Fortführung von BayObLG MittBayNot 1970, 120 und 1991, 271).**

BayObLG, Beschluss vom 18.4.2001 – 3Z BR 115/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 und 2 waren zusammen mit ihrer Schwester je zu einem Drittel Miteigentümer eines 2.311 m<sup>2</sup> großen Grundstücks Flst. 335. Sie ließen das Grundstück vermessungstechnisch zerlegen. In dem Veränderungsnachweis waren zwei Teilflächen von je 800 m<sup>2</sup> als selbständige Flurstücke 335/3 und 335 (Rest) ausgewiesen, ferner ein weiteres Flurstück 335/4 sowie zwei kleinere Zuflurstücke.

Am 19.3.1999 ließen die Miteigentümer von der beteiligten Notarin einen Auseinandersetzungsvertrag beurkunden. Darin wurde der Vollzug des die genannte Zerlegung betreffenden Veränderungsnachweises im Grundbuch beantragt (Ziff. 1/2 der Urkunde). Weiter wurde eine Auseinsetzung in der Weise erklärt, dass der Beteiligte zu 1 das neue Flst. 335 (Rest), der Beteiligte zu 2 das neue Flst. 335/3 nach Teilung jeweils als selbstständiges Grundstück zu Alleineigentum erhielt (Ziff. II der Urkunde). Insoweit wurde die Auflassung erklärt (Ziff. III der Urkunde). Die Beteiligten verpflichteten sich, ihrer Schwester je 8.000 DM zu zahlen (Ziff. VIII der Urkunde). Am 3.8.1999 wurde der Veränderungsnachweis vollzogen. Die Grundstücksteilung und die Eigentumsänderungen wurden im Grundbuch eingetragen. Die beteiligte Notarin erstellte am 23.3.1999 eine Kostenrechnung für ihre Beurkundungstätigkeit, die sie den Beteiligten mitteilte. Darin legte sie dem Vertrag den Verkehrswert der beiden je 800 m<sup>2</sup> großen Teilflächen (1.600 m<sup>2</sup> x 31,70 DM/m<sup>2</sup> = 50.720 DM) als Geschäftswert zugrunde. Dies beanstandete die Prüfungsabteilung der Notarkasse. Nach deren Auffassung liegt ein Austauschvertrag vor, bei dem nur über einzelne Miteigentumsanteile verfügt wurde, sodass ein Geschäftswert von lediglich 25.360 DM anzusetzen sei.

Die beteiligte Notarin beantragte auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts die Entscheidung des Landgerichts.

Das Landgericht hat durch Beschluss vom 23.2.2001 entschieden, dass die Kostenrechnung der beteiligten Notarin zutreffend sei; es hat die weitere Beschwerde zugelassen.

Gegen diesen Beschluss des Landgerichts wendet sich die auf Weisung des Präsidenten des Landgerichts eingelegte weitere Beschwerde der beteiligten Notarin. Ohne Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Die Weisung an die beteiligte Notarin zur Einlegung des Rechtsmittels (§ 156 Abs. 5 Satz 1 KostO) enthält zwar keine Angaben dazu, mit welchem Ziel die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde herbeigeführt werden soll (vgl. zu diesem Zulässigkeitsanfordernis BayObLG FGPrax 1997, 197). Dieses Ziel ergibt sich aber aus dem Gegenstand der Entscheidung des Landgerichts, auf die in der Weisung Bezug genommen wird. Dies genügt, da das Landgericht nur über den Geschäftswert des notariell beurkundeten Vertrags befunden hat.

2. Die angegriffene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO) stand.

a) Gegenstand der weiteren Beschwerde ist lediglich die Frage, ob der beurkundete Vertrag hinsichtlich der beiden Teilflächen zu je 800 m<sup>2</sup> eine Auseinsetzung der Miteigentümergeinschaft beinhaltet, deren Geschäftswert sich gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 KostO i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO nach dem Verkehrswert des zu teilenden Grundstücks bestimmt (so offenbar die Meinung der beurkundenden Notarin und des Landgerichts), oder ob ein Austauschvertrag vorliegt, von dem nicht das Grundstück insgesamt, sondern nur einzelne Miteigentumsanteile betroffen wurden, sodass gemäß § 39 Abs. 2 KostO nur die Austauschverhältnisse zu bewerten wären (so die Meinung der Notarkasse und des Präsidenten des Landgerichts). Die kostenrechtliche Behandlung des Vollzugs des Veränderungsnachweises im Übrigen ist nicht ange-

griffen und deshalb auch nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens.

b) Steht das Eigentum an einem Grundstück mehreren Miteigentümern gemeinschaftlich nach Bruchteilen zu, und teilen die Miteigentümer dieses Grundstück durch Auseinandersetzungsvertrag unter Aufhebung der Gemeinschaft entsprechend ihren ideellen Anteilen real auf, so ist der Geschäftswert nach dem Verkehrswert des Grundstücks zu bestimmen (§ 39 Abs. 1 Satz 1 KostO i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO; vgl. BayObLG MittBayNot 1970, 120; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 96). Dem liegt zugrunde, dass die reale Teilung eine Verfügung über das Grundstück im Ganzen darstellt, an der alle Teilhaber mitwirken müssen (§ 747 Satz 2 BGB; vgl. *Staudinger/Langhein* BGB 13. Aufl. § 747 Rdnr. 66 und 70). Wird hingegen das Eigentum nach Bruchteilen an dem gemeinschaftlichen Grundstück in Alleineigentum eines der bisherigen Teilhaber überführt, so genügt hierfür eine Übertragung der Einzelanteile der „ausscheidenden“ Teilhaber auf den übernehmenden Teilhaber, also eine Verfügung über diese Anteile gemäß § 747 Satz 1 BGB (vgl. *Staudinger/Langhein* a.a.O.). Daher ist im letztgenannten Fall nicht der Wert des Grundstücks, sondern der Wert der Miteigentumsanteile, über die verfügt wird, für den Geschäftswert maßgeblich, weil sich die Beurkundung nur auf diese Anteile bezieht (§ 39 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 1 KostO). Allerdings ist § 39 Abs. 2 KostO anzuwenden, wenn für den Miteigentumsanteil, über den verfügt wird, eine Gegenleistung vereinbart ist, also ein Austausch von Leistungen stattfindet.

c) Der Beschluss des Senats vom 12.6.1991 (MittBayNot 1991, 271) betraf keine Realteilung eines in Miteigentum stehenden Grundstücks, somit also keine Verfügung über einen gemeinschaftlichen Gegenstand im Ganzen. Vielmehr bestand Miteigentum derselben Teilhaber an mehreren Grundstücken. Keines der Grundstücke wurde real geteilt, es wurden nur die Eigentumsanteile der Teilhaber an den betroffenen Grundstücken verändert. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte (vgl. BGHZ 140, 63) bestand für jedes Grundstück eine selbständige Bruchteilsgemeinschaft. Daher genügte der wechselseitige Austausch von Miteigentumsanteilen, um die gewünschte Eigentumszuweisung herbeizuführen. Der Bestand der Grundstücke selbst blieb unverändert. Infolge dessen hat der Senat, da es sich nur um einen Austausch von Anteilen handelte, § 39 Abs. 2 KostO herangezogen und lediglich die vom Austausch betroffenen Miteigentumsanteile bewertet.

d) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landgericht zutreffend erkannt, dass das im Miteigentum der Beteiligten und ihrer Schwester stehende Grundstück nach dem zu bewertenden Auseinandersetzungsvertrag real geteilt werden sollte.

Eine solche Teilung setzt entsprechende Willenserklärungen aller Miteigentümer voraus, die in der Regel im Eintragungsantrag enthalten sind (*Palandt/Bassenge* BGB 60. Aufl. § 890 Rdnr. 12). Demnach können in dem Antrag, den Veränderungsnachweis im Grundbuch zu vollziehen (Ziff. 1/2 der Vertragsurkunde), diese materiell-rechtlichen Teilungserklärungen gesehen werden. Durch die Eintragung im Grundbuch am 3.8.1999 wurde die Teilung vollzogen (vgl. *Palandt/Bassenge* a.a.O. Rdnr. 14). Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war das Grundstück im Rechtssinne daher noch nicht geteilt. Der Veränderungsnachweis als solcher hatte zunächst auf die materielle Rechtslage keinen Einfluss und diente nur als vermes-

sungstechnische Grundlage für die spätere im Zusammenhang mit der Urkunde vollzogene reale Teilung.

e) Unter diesen Umständen hat das Landgericht die beurkundete Vereinbarung zu Recht als (gegebenenfalls Teil-)Auseinandersetzung bewertet. Gegen die Bewertung im Übrigen sind Einwendungen nicht vorgebracht.

### Anmerkung:

Bereits mit Beschluss vom 24.6.1970 (MittBayNot 1970, 120) hatte sich das BayObLG mit dem Problem der Abgrenzung Auseinandersetzung/Austausch bei einer Grundstücksrealteilung durch Bruchteilseigentümer zu befassen. Das BayObLG hatte schon mit dieser Entscheidung festgestellt, dass eine Auseinandersetzung und kein Austauschvertrag vorliegt, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft nur gemeinschaftlich durch alle Miteigentümer erfolgen kann (§ 747 S. 2 BGB). Dies ist der Fall, wenn die Bruchteilsgemeinschaft nur durch Realteilung nach § 752 BGB aufgelöst werden kann. Diese Rechtsprechung wurde durch Beschluss vom 12.6.1991 (MittBayNot 1991, 271) fortgeführt. Dieser Entscheidung lag (vereinfacht) folgender Sachverhalt zu Grunde: A und B waren Miteigentümer je zur Hälfte an Fl.Nr. 1 und Fl.Nr. 2. Die Miteigentümergeinschaft wurde dadurch aufgelöst, dass A das Alleineigentum an Fl.Nr. 1 erhielt, B das Alleineigentum an Fl.Nr. 2. Das BayObLG stellte zunächst fest, dass es sich nicht um eine Bruchteilsgemeinschaft handelt, sondern um zwei Bruchteilsgemeinschaften, wenngleich die Bruchteilseigentümer an beiden Gemeinschaften personengleich waren. Nach Auffassung des BayObLG bedarf es in einem solchen Fall keiner Auseinandersetzung. Das jeweilige Alleineigentum kann dadurch verschafft werden, dass A seinen Miteigentumsanteil an Fl.Nr. 2 auf B überträgt und im Gegenzug B seinen Miteigentumsanteil an Fl.Nr. 1 auf A. Es handelt sich nicht um die Realteilung i.S.d. §§ 747 S. 2, 752 BGB, sondern um den Austausch von Miteigentumsanteilen, auch wenn dies faktisch die Beendigung der Gemeinschaft zur Folge hatte. Erneut stellte das BayObLG fest, dass eine Auseinandersetzung nur dann vorliegt, wenn durch die Realteilung das Grundstück in seinem Bestand verändert wird. Die Prüfungsabteilung hat sich der Rechtsprechung in einer Anmerkung (MittBayNot 1991, 272) angeschlossen.

Im Streifzug (4. Auflage Rdnr. 62) vertritt die Prüfungsabteilung sogar weitergehend die Auffassung, dass eine Auseinandersetzung durch Realteilung nur bei einem „unvermessenen“ Grundstück vorliegen könne. Ein Austausch von Miteigentumsanteilen sei bereits möglich, wenn dem Notar der Veränderungsnachweis über das vermessungstechnisch geteilte Grundstück vorliegt, die Teilung aber im Grundbuch noch nicht vollzogen ist. Dem ist das BayObLG mit der hier veröffentlichten Entscheidung vom 18.4.2001 entgegengetreten. Die Teilung müsse im Grundbuch vollzogen sein, damit zwei selbständige Grundstücke im Rechtssinne entstehen, die dann einen Austausch von Miteigentumsanteilen ermöglicht. Die Vorlage des Veränderungsnachweises erfüllt – so das BayObLG weiter – diese materielle Rechtslage noch nicht.

Die Prüfungsabteilung hält im Hinblick auf die nunmehrige Entscheidung des BayObLG nicht mehr an ihrer Auffassung fest, dass die Beurkundung einer Auseinandersetzung unrichtige Sachbehandlung nach § 16 KostO sei, wenn über die Realteilung zwar der Veränderungsnachweis vorliegt, die Teilung aber im Grundbuch noch nicht vollzogen ist.

Ein für die Beteiligten beträchtlich geringere Kosten auslösender Tauschvertrag liegt damit nur vor, wenn die „Real-

teilung“ nach Vollzug des Veränderungsnachweises beurkundet wird. Diese Verfahrensweise mag zwar sehr formalistisch sein, ist aber nach dem Beschluss des BayObLG vom 18.4.2001 zwingend.

Die Prüfungsabteilung wird in der zum Jahresende erscheinenden 5. Auflage des Streifzugs die in Rdnr. 62 vertretene diesbezügliche Auffassung aufgeben.

*Prüfungsabteilung der Notarkasse*

—

16. KostO § 62 Abs. 3 Satz 1, § 67 (*Wirksamkeitsvermerk*)

**Die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks zusammen mit einem Grundpfandrecht ist jedenfalls dann kein gebührenfreies Nebengeschäft, wenn die Eintragung des Vermerks zeitlich nach Auflassungsvormerkung beantragt und vollzogen wird.**

BayObLG, Beschluss vom 29.3.2001– 3Z BR 94/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Mit notariellem Vertrag vom 23.2.2000 kauften die Beteiligten zu 1 und 2 von der Beteiligten zu 3 und einem Dritten eine Eigentumswohnung zum Preis von 268.000 DM. Für die Käufer wurde eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Die spätere Bestellung einer gegenüber der Auflassungsvormerkung vorrangigen Grundschuld war in der Urkunde nicht vorgesehen. Mit notarieller Urkunde vom 28.2.2000 bestellten die Verkäufer an der Eigentumswohnung eine Grundschuld ohne Brief für die x-Bank in Höhe von 268.000 DM.

Nr. 11 der notariellen Urkunde lautet u. a.:

...

Der Erwerber übernimmt das Grundpfandrecht und tritt mit seiner Auflassungsvormerkung im Rang hinter die vorbestellte Grundschuld zurück, sofern diese nicht von vornherein Rang vor der Vormerkung erhält, und bewilligt die Eintragung im Grundbuch unter der Bedingung, dass im Rang nach der Vormerkung keine Zwischenrechte ohne Zustimmung des Erwerbers eingetragen sind.

...

Nr. 13 lautet:

Im Grundbuch soll eingetragen werden, dass die Grundschuld gegenüber der vorgehenden Vormerkung der ... (= Beteiligte zu 1 und 2) wirksam ist.

Mit Schreiben vom 2.3.2000 beantragte der Notar gemäß § 15 GBO namens aller Antragsberechtigter den Vollzug, allerdings mit der Maßgabe, dass statt des Rangrücktritts gemäß Nr. 11 der Wirksamkeitsvermerk gemäß Nr. 13 eingetragen werden sollte. Mit Bescheid vom 3.4.2000 stellte die Landesjustizkasse den Beteiligten zu 1 und 2 für den Wirksamkeitsvermerk eine 1/4-Gebühr in Höhe von 132,50 DM in Rechnung. Die Kostenerinnerung, die der Notar für die Kostenschuldner eingelegt hat, wies das Amtsgericht – Grundbuchamt – am 24.7.2000 zurück. Auf die Beschwerde der Beteiligten hob das Landgericht am 2.2.2001 den Beschluss des Amtsgerichts vom 24.7.2000 und den Kostenbescheid der Landesjustizkasse Bamberg vom 3.4.2000 auf.

Dagegen wendet sich der weitere Beteiligte mit der vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel (§ 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) ist sachlich begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt, die angefochtene Entscheidung stütze sich auf die Auffassung des Bayerischen

Obersten Landesgerichts, wonach für die Eintragung der Rangänderung zwischen Auflassungsvormerkung und Grundpfandrecht (auch wenn sie gleichzeitig mit dessen Eintragung erfolge) wegen der Veränderung der Auflassungsvormerkung eine  $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach § 67 KostO zu erheben und kein Grund ersichtlich sei, warum der einer Rangänderung gleichkommende Wirksamkeitsvermerk gebührenfrei sein solle. Dem hätten mehrere Stimmen in der Literatur widersprochen. Auch das OLG Düsseldorf gehe davon aus, dass die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks, der sich auf ein Grundpfandrecht beziehe und zusammen mit diesem in das Grundbuch eingetragen werde, ein gebührenfreies Nebengeschäft sei. Die Kammer schließe sich dieser Entscheidung an, welche in ihrer rechtlichen Systematik überzeuge; eine gebührenpflichtige Rangänderung erfordere gemäß § 880 Abs. 2 Satz 1 BGB als konstitutives Wirksamkeitserfordernis die Eintragung in das Grundbuch, während die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks lediglich deklaratorische Bedeutung habe, da die materiell-rechtliche Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zu der an sich vormerkungswidrigen Verfügung unabhängig von der grundbuchrechtlichen Eintragung wirksam sei. Der Wirksamkeitsvermerk habe infolgedessen keine Rechtsänderung zum Gegenstand, sondern mache lediglich deutlich, dass der Vormerkungsberechtigte mit der Bestellung der Grundschuld einverstanden und diese ihm gegenüber deshalb wirksam sei.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO, § 550 ZPO) nicht stand.

a) Der Senat hat mit seinem Beschluss vom 26.2.1998 (BayObLGZ 1998, 49 ff.) entschieden, dass für die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks gemäß § 67 KostO eine  $\frac{1}{4}$ -Gebühr zu erheben ist, wenn im Grundbuch gleichzeitig mit der Eintragung einer Grundschuld vermerkt wird, dass diese gegenüber einer eingetragenen Auflassungsvormerkung wirksam ist. Er hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass der gemäß § 18 GBV bei der Vormerkung einzutragende Vermerk im Ergebnis einer Rangänderung zwischen Vormerkung und Grundpfandrecht gleichkomme und, da er im Ergebnis die bereits eingetragene Vormerkung verändere, nicht als gebührenfreies Nebengeschäft der Eintragung der Grundschuld angesehen werden könne. Diese Entscheidung hat Kritik erfahren. Es wird geltend gemacht (OLG Düsseldorf MittRhNotK 2000, 359/360; *Schubert* DNotZ 1999, 967/978; *Frank* MittBayNot 1998, 228; *Lehmann* Rpfleger 1998, 375/376), dass die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks nicht mit der Eintragung einer Rangänderung verglichen werden könne, auf die zweifelsohne § 67 KostO anzuwenden sei. Bei einer Rangänderung komme der Eintragung konstitutive Bedeutung zu. Erst mit der Eintragung werde die Rangänderung wirksam. Demgegenüber habe die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks nur deklaratorische Bedeutung. Es handle sich um eine Grundbuchberichtigung. Durch die Eintragung werde nur klargestellt, dass sich außerhalb des Grundbuchs eine Rechtsänderung vollzogen habe. Würde das Grundpfandrecht ohne den Wirksamkeitsvermerk eingetragen, so wäre das Grundbuch unrichtig. Durch die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks zusammen mit dem Grundpfandrecht werde die Unrichtigkeit verhindert. Es handle sich bei der Eintragung des Unwirksamkeitsvermerks deshalb um ein gebührenfreies Nebengeschäft (vgl. § 35 KostO), auf das § 62 Abs. 3 Satz 1 KostO entsprechend anzuwenden sei.

b) Der Senat lässt offen, ob dieser Auffassung für den Fall gefolgt werden kann, dass Auflassungsvormerkung und Grund-

pfandrecht gleichzeitig eingetragen werden. Jedenfalls wenn, wie hier, der Wirksamkeitsvermerk nach der Auflassungsvormerkung eingetragen wird, kann Gebührenfreiheit nicht angenommen werden, weil die Eintragung kein Nebengeschäft ist.

aa) Zwar hat das Landgericht keine Feststellungen dahin getroffen, wann die Auflassungsvormerkung, das Grundpfandrecht und der Wirksamkeitsvermerk eingetragen wurden. Aus den Eintragungsverfügungen des Amtsgerichts – Grundbuchamt – vom 28.2.2000 und 20.3.2000 ergibt sich aber zweifelsfrei, dass das Grundpfandrecht zusammen mit dem Wirksamkeitsvermerk zeitlich nach der Auflassungsvormerkung eingetragen wurde. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (DNotZ 1999, 1000) ist der Wirksamkeitsvermerk in einem solchen Fall sowohl beim Grundpfandrecht als auch bei der Auflassungsvormerkung einzutragen.

bb) Nach ganz überwiegender Auffassung (*Schubert* DNotZ 1999, 967/980; *Korintenberg/Lappe* KostO 14. Aufl. § 62 Rdnr. 18; *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 62 Rdnr. 10c; siehe auch *Bengel* DNotZ 1999, 793) kommt ein gebührenfreies Nebengeschäft nicht in Betracht, wenn die Nebeneintragung nicht gleichzeitig mit der Haupteintragung erfolgt (a. A. *Lehmann* Rpfleger 1998, 375/376, der bei berichtigten Eintragungen stets von Gebührenfreiheit ausgeht). Das Gesetz definiert in § 35 KostO zunächst nicht näher, was es unter „Nebengeschäft“ versteht (*Schubert* a.a.O.). § 62 Abs. 3 Satz 1 KostO führt als Beispiel für gebührenfreie Nebengeschäfte jedoch die gleichzeitig mit der Eintragung des Rechts beantragte Eintragung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung, eines Rangvorbehaltes oder des Ausschlusses der Brieferteilung an. Umgekehrt ordnet § 67 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 1. Alt. und Nr. 6 KostO für den Fall, dass der Ausschluss der Brieferteilung bzw. die Zwangsvollstreckungsunterwerfung eingetragen wird und kein gebührenfreies Nebengeschäft vorliegt, die Erhebung einer  $\frac{1}{4}$ -Gebühr an. Aus dieser Gegenüberstellung wird zu Recht der Schluss gezogen, die gleichzeitige Eintragung sei in den vorstehenden Fällen gebührenfrei, die spätere hingegen kostenpflichtig gemäß § 67 KostO (*Schubert* a.a.O.; *Korintenberg/Lappe* a.a.O.). Vermerke, die die Wirksamkeit einer Verfügung kennzeichnen, sind in der KostO nicht ausdrücklich aufgeführt. Sie fallen deshalb unter die sonstigen Eintragungen im Sinne des § 67 KostO. Sie sind nur dann ein gebührenfreies Nebengeschäft, wenn sie gleichzeitig mit dem Recht, auf das sie sich beziehen, eingetragen werden. Erfolgt die Eintragung des Vermerks später, nachdem das Recht bereits eingetragen ist, handelt es sich nicht mehr um ein Nebengeschäft (*Schubert* a.a.O.).

Die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks betrifft in erster Linie die Vormerkung. Wurde deshalb die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks zwar gleichzeitig mit derjenigen des Grundpfandrechts beantragt und vollzogen, aber zeitlich nach derjenigen der Auflassungsvormerkung, liegt kein Nebengeschäft vor. Es ist eine  $\frac{1}{4}$ -Gebühr zu erheben (*Rohs/Wedewer* a.a.O.).

Die Entscheidung des Landgerichts kann deshalb keinen Bestand haben. Die Ausgangsentscheidung des Amtsgerichts ist wieder herzustellen.

### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. den kurzen Beitrag von *Frank* in MittBayNot 1998, 228.

17. BGB §§ 1967 Abs. 2, 2132 Abs. 1; KostO § 107 (*Abzugsfähigkeit von Pflichtteilsansprüchen im Erbscheinsverfahren*)

**Bei der Festsetzung des Geschäftswerts im Erbscheinserteilungsverfahren sind Pflichtteilsverbindlichkeiten auch dann vom Aktivnachlass voll abzuziehen, wenn „sichere Anhaltspunkte“ dafür vorliegen, dass der Pflichtteil nicht geltend gemacht wird (hier: Pflichtteilsstrafklausel).**

BayObLG, Beschluss vom 22.11.2000 – 3Z BR 345/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

## Steuerrecht

18. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Schenkungsteuerlich begünstigte Vermögensübertragungen zwischen Geschwistern*)

**Schließen künftige gesetzliche Erben einen Vertrag gemäß § 312 Abs. 2 BGB, wonach der eine auf seine künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrages verzichtet, stellt die Zahlung eine freigebige 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.**

BFH, Urteil vom 25.1.2001 – II R 22/98 –, mitgeteilt von Notarassessor *Dr. Eckhard Wälzholz*, Rosenheim

### *Zum Sachverhalt:*

Nachdem die Mutter des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) ihr aus Grundbesitz bestehendes gesamtes Vermögen auf dessen Bruder übertragen hatte, schlossen die beiden Brüder noch zu Lebzeiten der Mutter am 7.12.1990 einen notariell beurkundeten Vertrag, wonach der Kläger gegenüber seinem Bruder auf sämtliche etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche bezüglich des Nachlasses der Mutter verzichtete und sich verpflichtete, derartige Ansprüche gegen ihn nicht geltend zu machen. Der Bruder seinerseits verpflichtete sich, innerhalb dreier Wochen ab Vertragsschluss 130.000,- DM und innerhalb von sechs Wochen nach dem Tod der Mutter weitere 130.000,- DM an den Kläger zu zahlen. Beide Zahlungen sind vertragsgemäß erfolgt. Die Mutter ist im Oktober 1991 verstorben.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) sah in den Zahlungen freigebige Zuwendungen des Bruders i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) 1974 und setzte gegen den Kläger durch Bescheide vom 7.5.1992 und 8.3.1993 Schenkungsteuer von 18.600,- DM nach der ersten Zahlung und unter deren Anrechnung von 31.400,- DM nach der zweiten Zahlung fest. Dabei war die Steuer nach der Steuerklasse III berechnet. Die gegen beide Bescheide eingelegten Einsprüche blieben erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) hob die Schenkungsteuerbescheide sowie die Einspruchsentscheidungen auf, obwohl der Kläger ausweislich der Niederschrift über die mündliche Verhandlung und der darin enthaltenen Bezugnahme auf die Klageschrift lediglich eine Herabsetzung auf die Steuer beantragt hatte, die sich nach der im Verhältnis zur Mutter geltenden Steuerklasse I/2 ergibt. Dazu hatte der Kläger vorgebracht, es fehle an einer freigebigen Zuwendung des Bruders, weil als Gegenleistung auf die Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verzichtet worden sei. Nach Ansicht des FG ist aus diesem Grunde überhaupt keine Schenkungsteuer entstanden, weil den Zahlungen von 260.000,- DM ein gleichwertiger Verzicht des Klägers gegenüber gestanden habe, der gemäß § 312 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) wirksam habe vereinbart werden können. Die Zahlungen hätten etwa einem Viertel des Werts des übertragenen Grundbesitzes entsprochen. Die Ungewissheit über die weitere Entwicklung bis zum Tod der Mutter sei unschädlich; insoweit habe es sich bei dem Vertrag vom Dezember 1990 um ein Risikogeschäft ge-

handelt. Im Übrigen hätte es der Sonderregelungen des § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 10 ErbStG 1974 nicht bedurft, wenn Geldleistungen für den Verzicht auf künftige Pflichtteilsansprüche bereits unter die Nr. 1 der Vorschrift fielen. Die Tatbestände des § 7 Abs. 1 Nr. 5 und 10 ErbStG 1974 ihrerseits seien nicht erfüllt. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1997, 1525 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974. Zu Unrecht erblicke das FG in dem Verzicht des Klägers auf die Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche eine Gegenleistung für die Zahlungen des Bruders. Dieser Verzicht auf eine bloße Erwerbschance habe beim Bruder keinen Vermögensanfall bewirkt. Die gegenteilige Auffassung des FG sei mit dem in § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG 1974 zum Ausdruck kommenden Grundgedanken, wonach die Abfindung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht eine Vorwegnahme des späteren Erwerbs bedeute, nicht vereinbar.

### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Das FG ist mit der Aufhebung der Steuerbescheide über das Klagebegehren hinausgegangen. Dies stellt einen Verstoß gegen die Grundordnung des Verfahrens dar, der auch ohne Rüge zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung führt (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

(...)

2. Bei der erneuten Entscheidung wird zu berücksichtigen sein, dass dann, wenn künftige gesetzliche Erben einen sog. Erbschaftsvertrag gemäß § 312 Abs. 2 BGB schließen, wonach der eine gegenüber dem anderen bezüglich des Nachlasses eines noch lebenden Dritten gegen Abfindung auf etwaige künftige Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche verzichtet, die Abfindung eine freigebige Zuwendung i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 darstellt. Die Schenkungsteuer ist dabei jedoch nach der im Verhältnis zum Erblasser geltenden Steuerklasse festzusetzen.

a) Durch die Zahlung der 260.000,- DM wurde der Kläger aus dem Vermögen seines Bruders bereichert. Die Bereicherung erfolgte auch endgültig, da der Kläger unabhängig davon, ob und in welcher Höhe ein Pflichtteils(ergänzungs)anspruch einmal entstehen würde, den Betrag behalten durfte. Demnach wurden die 260.000,- DM nicht nur als Vorauszahlung auf einen erst künftig möglicherweise entstehenden Anspruch geleistet.

Die Zahlung erfolgte auch freigebig, weil der Bruder dem Kläger gegenüber rechtlich nicht zu einer Zahlung verpflichtet war. Denn dem Kläger stand am maßgeblichen Stichtag ein Anspruch auf den Pflichtteil oder auf eine Pflichtteilsergänzung gegen seinen Bruder nicht zu. Die Zahlung des Bruders erfolgte somit nicht auf eine Forderung. Daran vermag auch der vom Kläger erklärte „Verzicht“ auf eine möglicherweise zukünftig einmal entstehende Forderung nichts zu ändern. Denn diese stellte im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keinen in Geld bewertbaren Vermögenswert dar, sondern verkörperte allenfalls eine bloße Erwerbschance, die als solche nicht geeignet ist, Gegenstand einer die Freigebigkeit ausschließenden Gegenleistung zu sein (vgl. BFH-Urteile vom 7.4.1992 – VIII R 59/89 –, BFHE 167, 515, BStBl. II 1992, 809, 811; vom 20.10.1999 – X R 132/95 –, BFHE 190, 178, BStBl. II 2000, 82, sowie des BGH vom 28.2.1991 – IX ZR 74/90 –, BGHZ 113, 393; ähnlich für den Anspruch auf Zugewinnausgleich: BFH-Urteil vom 2.3.1994 – II R 59/92 –, BFHE 173, 432, BStBl. II 1994, 366, 367).

b) Der Sondertatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG 1974 für Abfindungen gegen Erbverzicht oder Pflichtteilsverzicht steht



der Annahme einer freigebigen Zuwendung im Streitfall nicht entgegen. Der Vorschrift ist weder im Sinne des FA zu entnehmen, auch solche Abfindungen, die ein anderer gesetzlicher Erbe dafür zahlt, dass ein Pflichtteilsberechtigter ihm gegenüber auf seine künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche verzichtet, müssten schenkungsteuerpflichtig sein, noch im Sinne des Klägers, dass es einer vergleichbaren Sonderregelung bedürfe, um derartige Abfindungen der Schenkungsteuer zu unterwerfen. Soweit dem Sondertatbestand die Vorstellung zugrunde liegt, dass jedenfalls der Erbverzicht als solcher auch dann, wenn er unentgeltlich erfolgt, keine Schenkungsteuer auslöst, weil er beim Erblasser keinen Vermögensanfall bewirkt (so BFH-Urteil vom 25.5.1977 – II R 136/73 –, BFHE 122, 543, BStBl II 1977, 733), entspricht das der oben vertretenen Ansicht, wonach der Verzicht auf die künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche mangels Vermögenswerts keine Gegenleistung darstellt. Dass der Gesetzgeber eine Sonderregelung für erforderlich hielt, um die Abfindung für einen Erbverzicht schenkungsteuerrechtlich zu erfassen, beruhte auf der Unsicherheit darüber, ob es sich dabei um einen unentgeltlichen Vorgang handelt oder nicht (vgl. heute Mönch, Kommentar zum Erbschaftsteuergesetz, § 7 Anm. 216, sowie *Meincke*, Erbschaftsteuergesetz, Kommentar, 12. Aufl. 1999, § 7 Anm. 109). Der Sondertatbestand des Erbverzichts gegen Abfindung war bereits im Reichserbschaftsteuergesetz 1906 enthalten (vgl. BFH-Urteil in BFHE 122, 543, BStBl II 1977, 733). Während jedoch nach den Motiven zum BGB (Mot., Bd. V, 450) von den Umständen des Einzelfalles abhängen sollte, ob eine gemischte Schenkung oder gar eine verschleierte Schenkung in vollem Umfang vorliegt, neigte das Schrifttum überwiegend zur Annahme eines entgeltlichen Vorgangs (vgl. *Dernburg*, Das bürgerliche Recht, Bd. 5, 3. Aufl. 1911, S. 293, sowie BFH-Urteil in BFHE 167, 515, BStBl II 1992, 809, unter 1. a aa mit Literaturangaben aus späterer Zeit). Vor diesem Hintergrund schuf die nunmehr in § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG 1974 fortbestehende Regelung des Erbverzichts gegen Abfindung klare rechtliche Verhältnisse, ohne damit die Frage des Entgeltscharakters selbst bindend und darüber hinaus mit Auswirkung auf Verträge nach § 312 Abs. 2 BGB entscheiden zu wollen.

c) Auch der subjektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 ist erfüllt. Der hierfür erforderliche und ausreichende Wille zur Freigebigkeit ist nach der Rechtsprechung des Senats anzunehmen, wenn sich der Zuwendende bewusst ist, dass er seine Leistung ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung bzw. ohne rechtliche Verpflichtung erbringt. Dies ist auf der Grundlage der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsblichen festzustellen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 173, 432, BStBl II 1994, 366, 369, m.w.N.). Beide Brüder betrachteten sich bei Vertragsabschluss als künftige gesetzliche Erben. Dem Zuwendenden war darüber hinaus im Zeitpunkt der Genehmigung des notariell beurkundeten Vertrages bekannt, dass er zu einer Leistung an seinen Bruder nicht verpflichtet war, weil ein Pflichtteils(ergänzungs)anspruch seines Bruders noch nicht entstanden war (vgl. § 2317 Abs. 1 BGB), da die Mutter noch lebte. Die Möglichkeit, nach Eintritt des Erbfalls zur Erfüllung eines dann entstehenden Pflichtteils(ergänzungs)anspruchs verpflichtet zu sein, ändert nichts daran, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses keine Verbindlichkeit bestanden hat.

d) Die Steuer ist dabei jedoch gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG 1974 in der damals geltenden Fassung nicht nach der Steuerklasse III/2 festzusetzen. Der Verzicht auf Pflichtteils(ergänzungs)-

ansprüche gegenüber einem anderen gesetzlichen Erben kann hinsichtlich der Steuerklasse vor Eintritt des Erbfalls nicht anders behandelt werden als nach Eintritt des Erbfalls. Beide Male geht es um die wertmäßige Teilhabe des Verzichtenden am Vermögen des Erblassers. Nach Eintritt des Erbfalls aber ist der Verzicht auf die noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche gegen Abfindung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG 1974 nach der Steuerklasse zu bestimmen, die im Verhältnis zum Erblasser gilt. Dies war vorliegend gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG 1974 die Steuerklasse I/2. Dass im Streitfall anders als in den Fällen des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG 1974 der Erbfall noch nicht eingetreten ist, macht keinen entscheidenden Unterschied. Auch beim Erbverzicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG 1974 liegt der Erbfall noch in der Zukunft. Dennoch ist nach der Rechtsprechung bei einer Abfindung für einen gegenüber dem Erblasser erklärten Erbverzicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG 1974 die im Verhältnis zum Erben geltende Steuerklasse auch dann maßgeblich, wenn die Abfindung von einem Dritten geleistet wird (so BFH-Urteil in BFHE 122, 543, BStBl II 1977, 733, 734). Auch bei einer Besteuerung nach § 7 Abs. 1 Nr. 10 ErbStG 1974, einer Vorschrift, zu der der Streitfall ebenso eine gewisse Nähe aufweist, richtete sich die Besteuerung nicht nach dem Verhältnis zum Abfindungsschuldner (so zutreffend Gebel in *Troll/Gebel/Jülcher*, Erbschaftsteuergesetz, Kommentar, § 7 Anm. 352). Aus dem gleichen Grunde, der zur Anwendung der Steuerklasse I geführt hat, ist es dem Bruder des Klägers grundsätzlich möglich, die Abfindung als Erwerbskosten i.S. des § 10 Abs. 5 Nr. 3 i.V.m. § 1 Abs. 2 ErbStG 1974 geltend zu machen, sofern § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Abgabenordnung (AO 1977) i.V.m. Satz 2 der Vorschrift dies noch zulässt.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Wälzholz*, MittBayNot 2001 (S. 361 [in diesem Heft]).

19. ErbStG 1974 § 3 Abs. 1 Nrn. 2 und 4; BGB § 430, § 428 (*Bereicherung eines Gesamtgläubigers durch Wegfall eines anderen Gesamtgläubigers*)

**Haben die Parteien eines Kaufvertrages vereinbart, dass der Käufer den Kaufpreis in Form einer an den Verkäufer und einen Dritten (als Gesamtgläubiger) bis zum Tode des Längstlebenden zu zahlenden Leibrente zu entrichten hat, so ist ernstlich zweifelhaft, ob der mit dem Tode eines der Gesamtgläubiger der Leibrentenforderung eintretende Wegfall der Ausgleichspflicht nach § 430 BGB beim anderen (überlebenden) Gesamtgläubiger zu einem Erwerb von Todes wegen aufgrund eines vom verstorbenen Gesamtgläubiger abgeschlossenen Vertrages mit dem Schuldner führt (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG). Es ist auch ernstlich zweifelhaft, ob in einem solchen Fall der überlebende Gesamtgläubiger durch den Wegfall der Ausgleichspflicht nach § 430 BGB vom verstorbenen Gesamtgläubiger i.S. von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG „auf den Todesfall“ beschenkt wird.**

BFH, Beschluss vom 7.2.2001 – II B 11/00 –

#### Zum Sachverhalt:

Die am 26.1.1914 geborene Antragstellerin und Beschwerdeführerin (Antragstellerin) ist die Alleinerbin ihrer am 3.6.1995 verstorbenen

Schwester. Diese hatte als Hoferbin durch Vertrag vom 8.1.1980 an eine Kirchengemeinde Hofgrundstücke veräußert. Die Kirchengemeinde verpflichtete sich, an die Erblasserin, die Antragstellerin sowie eine weitere vorverstorbene Schwester der Antragstellerin als „Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB“ eine monatliche, währungsgesicherte Leibrente zu entrichten, die „in voller Höhe bis zum Tode des Letztlebenden der Bezugsberechtigten“ gezahlt werden sollte. Der Höhe nach betrug die Rente, die nach dem Tode der Erblasserin der Antragstellerin als Letztlebende der Bezugsberechtigten allein zustand, am 3.6.1995 monatlich insgesamt 11 678 DM.

Der Antragsgegner und Beschwerdegegner (das Finanzamt – FA –) setzte mit Bescheid vom 16.12.1998 für den Erwerb der Antragstellerin von Todes wegen nach der Erblasserin Erbschaftsteuer in Höhe von 369 138 DM fest. Hierbei berücksichtigte es u.a. als der Antragstellerin zugeflossenen Vermögensvorteil eine „Rentenforderung“ mit einem Betrag von 438 823 DM. Es vertrat die Auffassung, der Antragstellerin sei der der Erblasserin zustehende Rentenanteil aufgrund eines Vertrages zu Gunsten Dritter i.S. von § 3 Abs. 1 Nr. 4 des Erbschaftsteuergesetzes (ErbStG) „angewachsen“.

Mit der Einspruchsentscheidung setzte das FA die Steuer auf 334 550 DM fest. Es ging nunmehr vom Erwerb einer „Rentenforderung“ von monatlich 5 839 DM im Kapitalwert von 372 551 DM (70 068 DM x 5,317) aus.

Über die Klage hiergegen hat das Finanzgericht (FG) noch nicht entschieden.

Die Antragstellerin hat beim FG beantragt, die Vollziehung des Erbschaftsteuerbescheides in Höhe der auf den Ansatz des Rentenforderungsrechts entfallenden Erbschaftsteuer auszusetzen.

Das FG hat den Antrag durch Beschluss als unbegründet zurückgewiesen. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Bescheides bestünden nicht. Der Vertrag vom 8.1.1980 beinhalte beim Eintritt des Todesfalles für die noch lebenden Geschwister eine Begünstigungsregelung und zwar in der Weise, dass der im Innenverhältnis bestehende anteilige Rentenanspruch mit dem Tode eines Gesamtgläubigers nicht untergehe, sondern auf die anderen Gesamtgläubiger übergehe und ihnen zuwache. Darin liege eine aufschiebend bedingte Übertragung des jeweils Verstorbenen auf die noch lebenden Geschwister. Hierin liege ein Vermögensvorteil, der gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG aufgrund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrages bei dessen Tode von einem Dritten unmittelbar erworben werde. Im Übrigen könne der Vertrag vom 8.1.1980 auch als Schenkung auf den Todesfall gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG gewertet werden.

Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Aussetzungsbegehren weiter.

Die Antragstellerin beantragt, unter Aufhebung des Beschlusses des FG die Vollziehung des Erbschaftsteuerbescheides i.d.F. der Einspruchsentscheidung in Höhe der auf den Ansatz des Rentenforderungsrechts entfallenden Erbschaftsteuer auszusetzen.

Das FA beantragt, die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

#### *Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist begründet. Zu Unrecht hat das FG ernstliche Zweifel i.S. von § 69 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Erbschaftsteuerbescheides vom 16.12.1998 i.d.F. der Einspruchsentscheidung verneint.

1. Ob ein steuerpflichtiger Erwerb der Antragstellerin von Todes wegen nach ihrer Schwester (Erblasserin) hinsichtlich des dieser bis zu ihrem Tod gemäß § 430 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zustehenden Anteils an Rente vorliegt, der

aufgrund des Vertrages vom 8.1.1980 nach dem Tode der Erblasserin von der Kirchengemeinde weiterhin zu zahlen war, ist rechtlich zweifelhaft.

a) An der Auffassung des FG, der mit dem Tode der Erblasserin als einer der beiden Gesamtgläubigerinnen der Leibrentenforderung eingetretene Wegfall der Ausgleichspflicht nach § 430 BGB führe beim anderen (überlebenden) Gesamtgläubiger (Antragstellerin) zu einem Vermögensvorteil, der aufgrund eines von der Erblasserin abgeschlossenen Vertrages bei ihrem Tode von der Kirchengemeinde erworben worden sei (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG), bestehen ernstliche Zweifel. Denn gegenüber dem Dritten (der Kirchengemeinde) hat sich die Rechtsposition der Antragstellerin als Gesamtgläubigerin der Rentenforderung mit dem Eintritt des Erbfales nicht verändert. Vielmehr war sie nach § 428 BGB bereits mit dem Abschluss des Vertrages vom 8.1.1980 gegenüber der Kirchengemeinde berechtigt, die gesamte Rente zu fordern. Einen „zusätzlichen“, über diesen bereits bestehenden Anspruch hinausgehenden Vermögensvorteil hat die Klägerin beim Tod der Erblasserin von der Kirchengemeinde nicht erworben.

Dabei kann dahinstehen, ob die Antragstellerin beim Abschluss des Vertrages vom 8.1.1980 aus dem Vermögen der Erblasserin bereichert worden ist oder ob die Verschaffung dieses Rentenanspruchs mit Ansprüchen der Antragstellerin nach den §§ 12 und 13 HöfeO im Zusammenhang gestanden hat. Denn eine vom Erben bereits vor dem Todesfall in vollem Umfang erworbene Rechtsposition kann nicht Gegenstand eines Erwerbs von Todes wegen, sondern allenfalls eine (vom angefochtenen Bescheid nicht erfasste) Schenkung zu dem früheren Zeitpunkt sein.

b) Erhebliche Zweifel bestehen auch, ob – wie das FG hilfsweise angenommen hat – der mit dem Tode der Erblasserin bei der Antragstellerin durch den Wegfall der Ausgleichspflicht nach § 430 BGB eingetretene Vermögensvorteil eine steuerpflichtige Schenkung der Erblasserin an die Antragstellerin auf den Todesfall i.S. von § 3 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG darstellt. Voraussetzung für eine Schenkung auf den Todesfall ist – wie bei jeder freigebigen Zuwendung i.S. von § 7 ErbStG – u.a., dass der Empfänger durch diese objektiv auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (Urteil des BFH vom 5.12.1990 – II R 109/86 –, BFHE 163, 223, BStBl II 1991, 181; hierzu auch: *Moench*, Erbschaftsteuergesetz, Kommentar, § 3 Rdnr. 131). An dieser Voraussetzung kann es hier fehlen, weil die Rechtsposition der Erblasserin als Gesamtgläubigerin der von der Kirchengemeinde zu zahlenden Leibrente mit ihrem Tod ersatzlos untergegangen und demnach nicht – wie das FG unter Nichtbeachtung dieser zivilrechtlichen Vorgaben aber angenommen hat – auf die Antragstellerin übergegangen ist. Die Kirchengemeinde war nämlich gegenüber der Erblasserin zur Entrichtung der Rente nur für deren Lebensdauer verpflichtet (§ 759 Abs. 1 BGB). Demnach verlor die Erblasserin ihre Stellung als Gesamtgläubigerin der Rente mit ihrem Tode. Ein Vermögensvorteil, der insoweit „aufschiebend bedingt durch den Eintritt des Todes der Erblasserin“ auf die Antragstellerin aus dem Vermögen der Erblasserin hätte übergehen können, bestand nicht mehr.

### 1. Handelsrecht:

#### Firmierung von Versicherungsvermittlern

(Pressemitteilung des Bundesamtes für das Versicherungswesen vom 23.4.2001 – Z6 – PR 1101 – 34/01–)

Die Firmierung von Versicherungsvermittlern ist seit Ende letzten Jahres explizit in § 4 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) geregelt. Die Neuregelung hat bei den betroffenen Vermittlern zahlreiche Fragen zur Zulässigkeit Ihrer Firmenbezeichnung aufgeworfen. Die Folge war eine Flut von Anfragen im BAV. Das BAV weist deshalb zur Klarstellung auf Folgendes hin:

Gemäß § 4 VAG dürfen Versicherungsvermittler die Bezeichnungen „Versicherung“, „Versicherer“, „Assekuranz“, „Rückversicherung“, „Rückversicherer“ (gilt auch für entsprechende fremdsprachliche Bezeichnungen) sowie Bezeichnungen, die eines der vorgenannten Worte enthalten, nur führen, wenn sie mit einem die Vermittlereigenschaft klarstellenden Zusatz als Teil der Firma z.B. „VersicherungsvermittlungsgmbH“, „Versicherungsmakler oHG“ oder „Versicherungsagentur“) versehen sind. Andere Personen dürfen die vorgenannten Bezeichnungen überhaupt nicht verwenden. In Zweifelsfällen entscheidet das BAV. Die Registergerichte sind an die Entscheidung des BAV gebunden. Sie haben im Falle un-

zulässiger Firmierungen die Firma, den Zusatz zur Firma oder den Unternehmensgegenstand von Amts wegen nach den für anwendbar erklärten Bestimmungen des Gesetzes für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu löschen.

§ 4 VAG soll verhindern, dass Unternehmen, die nicht der Versicherungsaufsicht unterliegen, den Anschein versicherungsgeschäftlicher Tätigkeit erwecken. Zur Beurteilung der Frage, welche Firmierungsbezeichnungen als zulässig anzusehen sind, können die nach wie vor geltenden Firmierungsgrundsätze, welche das BAV im Jahre 1982 nach Abstimmung mit dem Deutschen Industrie- und Handelstag veröffentlicht hat zur Interpretation ergänzend herangezogen werden. Danach ist insbesondere ein klarstellender Vermittlerzusatz für die Firmierungsbezeichnungen „Versicherungsdienst“, „Versicherungsstelle“ und „Versicherungskanzlei“ erforderlich, da hier eine Verwechslungsgefahr mit Versicherungsunternehmen besteht.

Das BAV wird jeden ihm bekannt gewordenen Fall einer unzulässigen Firmierung aufgreifen. Sollten sich vom BAV unter Hinweis auf § 4 VAG angeschriebene Vermittler weigern, ihre Firmierung zu ändern, wird das Amt das zuständige Registergericht einschalten und eine Löschung der Firma erwirken. Ein Bestandsschutz für bisher verwendete unzulässige Firmierungen besteht nicht.

### 2. Einkommensteuer:

#### EStG § 6 Abs. 5 Satz 3 i.d.F. des StSenkG (Übertragung von Wirtschaftsgütern in ein anderes Betriebsvermögen und umgekehrt)

BMF-Schreiben vom 7.6.2001 (IV A 6 – S 2241 – 52/01)

Durch das StSenkG v. 23.10.2000 (BStBl 2000 I S. 1428) ist in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers oder aus dessen Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt neu geregelt worden. Diese Neuregelung gilt für Übertragungen von einzelnen Wirtschaftsgütern ab dem 1.1.2001. Der Gesetzeswortlaut des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG unterscheidet allerdings nicht zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern, was zu Zweifeln hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Vorschrift geführt hat.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wird zu Zweifelsfragen im Zusammenhang mit der Auslegung des § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i.d.F. des StSenkG wie folgt Stellung genommen:

(1) § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG erfasst die Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft und umgekehrt gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten an derselben Mitunternehmerschaft als Spezialform des Tauschs zwischen dem Mitunternehmer und seiner Mitunternehmerschaft. Damit geht § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG als *lex specialis* den allgemeinen Regeln über die

Gewinnrealisierung bei Tauschvorgängen (§ 6 Abs. 6 Satz 1 EStG) vor. Die Übertragung ist nunmehr zwingend zum Buchwert vorzunehmen.

(2) § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG umfasst auch die unentgeltliche Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern aus dem Betriebsvermögen oder Sonderbetriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft und umgekehrt sowie die unentgeltliche Übertragung zwischen den Sonderbetriebsvermögen verschiedener Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft.

(3) § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG erfasst dagegen nicht Veräußerungsvorgänge, die nach den allgemeinen Regelungen über Veräußerungsgeschäfte wie zwischen fremden Dritten abgewickelt werden. In diesen Fällen ist das Einzelwirtschaftsgut beim Erwerber gem. § 6 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 EStG mit den Anschaffungskosten anzusetzen; der Veräußerer erzielt in derselben Höhe einen Veräußerungserlös.

(4) Teilentgeltliche Übertragungen sind in eine voll entgeltliche und eine voll unentgeltliche Übertragung aufzuteilen. Der Umfang der Entgeltlichkeit bestimmt sich nach dem Verhältnis des Kaufpreises zum Verkehrswert des übertragenen Wirtschaftsguts (vgl. H 140 – teilentgeltliche Übertragung – Abs. 4 EStH 2000).

(5) Soweit Einzelwirtschaftsgüter gegen Übernahme von Verbindlichkeiten übertragen werden, steht dies einer erfolgsneutralen Übertragung entgegen. Die Übernahme von Verbindlichkeiten ist als gesondertes Entgelt anzusehen (vgl. BMF-Schreiben v. 28.4.1998, BStBl 1998 I S. 583, Tz. 5.a).

### 3. Grunderwerbsteuer;

#### **Formerfordernis bei Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs durch Vereinbarung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG**

(Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlass vom 18.5.2001, mitgeteilt von Notarassessor *Thomas Wachter*, München)

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wird die Grunderwerbsteuer auf Antrag nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn ein Erwerbsvorgang durch Vereinbarung rückgängig gemacht wird, bevor das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergegangen ist, und die Rückgängigmachung innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer erfolgt. Die Vorschrift erfasst in erster Linie die auf einem freien Willensentschluss der Vertragsparteien beruhende und in deren gegenseitigem Einvernehmen erfolgende Aufhebung eines Erwerbsvorgangs durch einen Aufhebungsvertrag.

Zu der Frage, ob ein solcher Aufhebungsvertrag der notariellen Beurkundung nach § 313 BGB bedarf, bitte ich nachfolgende Auffassung zu vertreten:

Nach dem Wortlaut des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist die Rückgängigmachung eines Rechtsgeschäfts durch Vereinbarung nicht von einer bestimmten formalen vertraglichen Gestaltung abhängig. Auch hat sich der Bundesfinanzhof in seinen bisher zu dieser Vorschrift ergangenen Entscheidungen nicht mit den Formerfordernissen der Vereinbarung über die Rückgängigmachung eines Grundstückskaufvertrages auseinandergesetzt. Da die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG jedoch die zivilrechtlich wirksame Beseitigung des zur Grunderwerbsteuer führenden Rechtsvorgangs verlangt, kommt hinsichtlich der Frage, welche Form der Aufhebungsvertrag haben muss, der höchstrichterlichen Zivilrechtsprechung entscheidende Bedeutung zu. Danach hat der Bundesgerichtshof seine frühere Rechtsprechung, nach der die Aufhebung und die Verpflichtung zur Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages bis zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch formfrei war, mit Urteil vom 30.4.1982 (NJW S. 1639) aufgegeben. Nach dieser geänderten, inzwischen als gefestigt anzusehenden Rechtsprechung (vgl. BGH-Urteile vom 30.9.1993,

NJW S. 3323 und vom 7.10.1994, NJW S. 3346) stellt sich die Rechtslage derzeit wie folgt dar:

- Liegt ein *Kaufvertrag ohne Auflassungserklärung und ohne Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch* vor, kann der Kaufvertrag *formfrei* aufgehoben werden. Die Aufhebung begründet in Bezug auf das veräußerte Grundstück keine wie auch immer geartete unmittelbare oder mittelbare Rückübertragungs- oder Erwerbsverpflichtung.
- Bei einem *Kaufvertrag mit Auflassungserklärung und ohne Eintragung einer Auflassungsvormerkung bzw. ohne Antrag auf Umschreibung des Eigentums im Grundbuch* kann die Vertragsaufhebung ebenfalls *formfrei* vorgenommen werden. In derartigen Fällen befindet sich das Grundstück noch im Eigentum des Verkäufers, der es anderweitig veräußern oder belasten kann. Entsprechendes gilt, wenn der *Veräußerer einen Eintragungsantrag zu Gunsten des Auflassungsempfängers gestellt hat, den er jederzeit wieder zurücknehmen kann*.
- Bei Vorliegen eines *Kaufvertrags und eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers* besteht für den Aufhebungsvertrag *Beurkundungszwang*. Ein Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers liegt vor, wenn er eine gesicherte Rechtsposition innehat, die der andere Vertragsbeteiligte (Veräußerer) nicht mehr einseitig zerstören kann. Der Erwerb eines Anwartschaftsrechts durch den Auflassungsempfänger ist in den Fällen zu bejahen, in denen *er selbst den Antrag auf Umschreibung des Eigentums im Grundbuch gestellt hat oder eine Auflassungsvormerkung zu seinen Gunsten im Grundbuch eingetragen ist, die ihn nach den Vorschriften der §§ 883 ff. BGB von einer anderweitigen Verfügung des Verkäufers schützt*. Voraussetzung für das Entstehen eines Anwartschaftsrechtes des Auflassungsempfängers ist, dass der Antrag auf Eintragung des Eigentums oder die Eintragung einer Auflassungsvormerkung *nach* der Auflassung erfolgen. Durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung *vor* der Auflassung entsteht daher noch kein derartiges Anwartschaftsrecht. Wird ein bestehendes Anwartschaftsrecht wieder aufgegeben, z. B. durch formlose Aufhebung der Auflassung oder durch Rücknahme des Eintragungsantrags, entfällt das Formerfordernis bzw. der zunächst unwirksame Aufhebungsvertrag wird dadurch geheilt. (...)

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/ Ehrenämter:

Mit Wirkung vom 9.9.2001:

Notar Dr. Johann Frank, Amberg, ist zum ehrenamtlichen Beisitzer des Disziplinargerichts für Notare bei dem Oberlandesgericht München als Nachfolger des Notars Dr. Andreas Albrecht, Regensburg, ernannt

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Johann Walter Schmitt, Lauterecken, verst. am 21.6.2001

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Notar Dr. Kurt Schwab, Osterhofen

#### 4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.8.2001:

|   |   |
|---|---|
| Altötting<br>(in Sozietät mit<br>Notar Krick) | dem Notarassessor<br>Michael Habel<br>(bisher in München<br>Notarstellen Pölster/ Dr. Asam) |
|---|---|

|            |   |
|------------|---|
| Cadolzburg | dem Notar<br>Eberhard Oltersdorf<br>(bisher in Höchststadt a.d.Aisch) |
|------------|---|

|       |  |
|-------|--|
| Fürth | dem Notarassessor<br>Falko Bode<br>(bisher in München<br>Notarstelle Dr. Schaub) |
|-------|--|

|           |  |
|-----------|--|
| Pirmasens | dem Notar<br>Reinhardt Neumann<br>(bisher in Dahn) |
|-----------|--|

|  |   |
|--|---|
| Regensburg<br>(in Sozietät mit<br>Notar Dr. Sauer) | dem Notar<br>Dr. Hans Thalhammer<br>(bisher in Eschenbach i. d. Opf.) |
|--|---|

|          |   |
|----------|---|
| Waldmohr | der Notarassessorin<br>Katja Bayer<br>(bisher in Mutterstadt<br>Notarstelle Dr. Pongratz) |
|----------|---|

Mit Wirkung vom 1.10.2001:

|            |   |
|------------|---|
| Traunstein | dem Notar<br>Cornelius Gruner<br>(bisher in Burghausen) |
|------------|---|

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2001 :

Tobias Fembacher, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Till Franzmann, Staffelstein (Notarstelle Richter)

Florian Hagenbucher, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Andrea Lichtenwimmer, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Westermeier)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarin Dagmar Lorenz-Czarnetzki, Aichach, wurde mit Wirkung vom 29.06.2001 promoviert

Aichach, Notarstellen Huwendiek/Dr. Lorenz-Czarnetzki, ab 1.7.2001 in gemeinsamer Berufsausübung

Memmingen, Notarstellen U. F. Gropengießer/Dr. Gropengießer, ab 1.7.2001 in gemeinsamer Berufsausübung

Notarassessor Tomas Kuhn, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ist mit Wirkung vom 31.7.2001 auf sein Verlangen aus dem Notarassessorendienst ausgeschieden

Inspektor i. N. Michael Ludwig, Arnstein (Notarstelle Dr. Martini), ab 1.10.2001 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Inspektorin i. N. Yvonne Schneider, Ludwigshafen (Notarstellen Kämmerer/Malchus), ab 1.11.2001 in Speyer (Notarstellen Rohr/Dr. Rieder)

Amtsrat i. N. Gerhard Bauer, München (Notarstellen Dr. Ritter/Dr. Reuss), ab 16.8.2001 in Dachau (Notarstelle Bock)

#### 7. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2001:

*Zum Notariatsrat i. N. ( VerGr II a BAT):*

Siegwart Riedel, Hof (Notarstelle Wasserthal)

Walfried Weber, Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jacob)

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. II a BAT):*

Heinz Egermann, Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Wilhelm Jenning, Neu-Ulm (Notarstellen Goebel/Rehle)

August Lang, Regensburg (Notarstellen Megies/Ziegler)

Hermann Müller, Hof (Notarstelle Hoffmann)

Günther Nagel, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/Dr. Böhmer)

Josef Nowak, München (Notarstellen Reeh/Verwalter)

Herbert Schalli, Nürnberg (Notarstellen Volland/Dr. Budnick)

Hans-Dieter Witter, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

*Zum Amtsrat i. N. (VerGr. III BAT):*

Hans-Werner Baldauf, Schifferstadt (Notarstellen Hutzler/Regel)

Heinz Kupczak, Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)  
Rudolf Leix, Günzburg (Notarstellen Stache/Wachter)  
Gerhard Mayer, Schwabmünchen (Notarstellen Thumer/  
Verwalter)  
Helga Semmelroth, Herzogenaurach (Notarstelle Dr.  
Scholzen)  
Franz Simmel, Waldkirchen (Notarstelle Dr. Graf)  
Max Wagner, Furth i. Wald (Notarstelle Knerr)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):*

Andreas Böhm, Starnberg (Notarstellen Dr. Gäbhard/Dr.  
Kastenbauer)

Roland Christmann, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Rei-  
mann/Westermeier)

Martin Gröbl, Garmisch-Partenkirchen (Notarstellen Dr.  
Aumüller/Dr. Reiner)

Rainer Haussmann, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/  
Dr. Kornexl)

Carolin Henkel, München (Notarstellen Dr. Kollmar/  
Thallinger)

Michael Leonbacher, Fürstenfeldbruck (Notarstellen Sil-  
ler/Dr. Schrödl)

Bernhard Mailänder, Augsburg (Notarstellen Fügler/Dr.  
Waibel)

Waldemar Mützel, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)

Lioba Seib, Bamberg (Notarstellen Weidner/Wolf)

Cornelia Steinert, Schwabach (Notarstellen Dr. Joachim/  
Dr. Böhmer)

Roland Trauner, Starnberg (Notarstellen Dr. Gäbhard/Dr.  
Kastenbauer)

Katharina Zenner, München (Notarstelle Jobst von Hey-  
nitz)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(VerGr IV b BAT):*

Sandra Dünzl, München (Notarstelle Barth)

Manuela Hirsch, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Lotter)

Peter Krajewski, Frankenthal (Notarstellen Barth/JR Sei-  
berth)

Angela Kramer, München (Notarstellen Frh. v. Oefele/Dr.  
Götte)

Michael Ludwig, Arnstein (Notarstelle Dr. Martini)

Claudia Müller, München (Notarstellen Dr. Schöner/  
v. Grafenstein)

Wolfgang Niederer, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Ulrike Pieler, Fürth (Notarstelle Schmeißer)

Juliane Poschenrieder, München (Notarstellen Dr. Kor-  
schan/Dr. Gastroph)

Hans-Ulrich Reitenauer, Weilheim (Notarstelle Dr.  
Drasch)

Sandra Säckler, Augsburg (Notarstellen Röder/Dr. Koch)

Barbara Seitz, Oettingen (Notarstelle Ochs)

Doreen Scheffler, Neu-Ulm (Notarstellen Prof. Dr. Kanz-  
leiter/Dr. Winkler)

Johannes Schlicht, Wunsiedel (Notarstelle von Edlinger)

## **8. Ausgeschiedene Angestellte:**

Amtmann i. N. Wolfgang Karrer, Freising (Notarstelle  
Geßele), ab 1. 7. 2001 im Ruhestand

Amtmann i. N. Matthias Keilhofer, Vohenstrauß (Notar-  
stelle Ritz-Mürtz), Kündigung zum 31.7.2001

Inspektorin i. N. Judith Schmalenberger, Nürnberg (No-  
tarstellen Dr. Armbruster/Bensch), Auflösungsvertrag  
zum 31.7.2001

Oberamtsrat i. N. Manfred Thoma, Immenstadt i. Allgäu  
(Notarstellen Dubon/Kellner), ab 1.8.2001 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

### Ausschreibung des Helmut-Schippel-Preises der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts wiederum den

#### Helmut-Schippel-Preis

in Höhe von 10.000 DM aus. Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

**30. Juni 2002**

bei der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung e.V.) einzureichen. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2003 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor.

### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Würzburg, Notarstelle Dr. Löffler, Telefon: 0931/45262-3, Fax: 0931/18238

---

## Veranstaltungen des DAI 4/2001

- |   |   |
|---|---|
| 1. Vermögensnachfolge<br>13. bis 15. September 2001 in Fischbachau  | 11. Sonderprobleme des Kostenrechts<br>19. Oktober 2001 in Rendsburg<br>20. Oktober 2001 in Berlin  |
| 2. Praktikertagung zum Bauträgervertrag<br>20. September 2001 in Bremen<br>21. September 2001 in Frankfurt a.M.   | 12. Kreditsicherung durch Grundschulden<br>26. u. 27. Oktober 2001 in Hamburg   |
| 3. Übertragungsverträge und Rechte in Abt. II und III;<br>Kostenrecht<br>20. bis 22. September 2001 in NN   | 13. Deutsch-Islamischer Rechtsverkehr in der notariellen<br>Praxis<br>27. Oktober 2001 in Köln  |
| 4. Aktienrecht in der notariellen Praxis<br>21. u. 22. September 2001 in Köln   | 14. Modernisierung des Schuldrechts<br>3. November 2001 in Berlin<br>9. November 2001 in Düsseldorf<br>10. November 2001 in München<br>6. Dezember 2001 in Bochum<br>7. Dezember 2001 in Bremen                                       |
| 5. Neufassung der Dienstordnung für Notare;<br>Aktuelle Fragen zum Bauträgervertrag<br>28. September 2001 in Hamburg  | Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche<br>Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare –, Postfach<br>250254, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64 18, Telefax<br>02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de |
| 6. Der Euro in der notariellen Praxis<br>29. September 2001 in Frankfurt a.M.   |   |
| 7. Intensivkurs zu Ehegattenverträgen<br>4. bis 6. Oktober 2001 in Bad Kreuznach  |   |
| 8. Die Stiftungsreform<br>12. Oktober 2001 in Berlin<br>13. Oktober 2001 in München   |   |
| 9. Grundkurs für angehende Anwaltsnotare Block IV:<br>WEG, Erbbaurecht, Bauträgervertrag, Haftpflicht- und<br>Europarecht<br>11. bis 13. Oktober 2001 in NN | ZEV-Jahrestagung: Erbrecht und Vermögensnachfolge 2001/2002<br>19.–20. Oktober 2001 in München<br>25.–26. Januar 2002 in Berlin   |
| 10. Erbbaurecht in der notariellen Praxis<br>19. Oktober 2001 in Mainz  | Anfragen sind ausschließlich zu richten an: Beck-Seminare,<br>Wilhelmstraße 9, 80801 München, Telefax 0 89/3 81 89-5 47   |

## ZEV-Veranstaltungen

---

## NEUERSCHEINUNGEN

---

1. Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht, Verlag C.H. Beck, 2001, XXXIX, 439 Seiten, DM 94,-.
2. Ann, Die Erbengemeinschaft, Verlag Carl Heymanns, 2001, XXV, 465 Seiten, DM 280,-.
3. Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, mit CD-ROM, Verlag C.H. Beck, 2001, 1300 Seiten, ca. DM 178,-.
4. Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, Verlag C.H. Beck, 6. Auflage 2001, XLI, 1010 Seiten, DM 118,-.
5. Ebenroth/Boujong/Joost, HGB Kommentar Bd. 1 §§ 1–342a, Verlag C.H. Beck/Vahlen, 2001, 2933 Seiten, DM 398,-.
6. Hamme, Die Teilungsversteigerung, Verlag Erich Schmidt, 2001, 208 Seiten, DM 68,-.
7. Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, erhältlich mit CD-ROM, Verlag Carl Heymanns, 21. Auflage 2001, DM 352,-.
8. Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, Verlag Dr. Otto Schmidt, 3. Auflage 2001, 408 Seiten, DM 98,- / € 50,11
9. Schreiber (Hrsg.), Immobilienrecht Handbuch, Verlag Erich Schmidt, 2001, 1280 Seiten, bis 31.10.2001 DM 298,-, danach ca. DM 370,-.
10. Zimmermann/Dorsel, Eheverträge, Scheidungs- und Unterhaltsvereinbarungen, mit CD-ROM, Deutscher Anwalt Verlag, 3. Auflage 2001, 299 Seiten, DM 98,-.

**1. BGH: Strafbarkeit der irreführenden Abfassung von Angebotsschreiben**

(§ 263 Abs. 1 StGB)

Wer Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale (insbesondere durch die hervorgehobene Angabe einer Zahlungsfrist) so abfasst, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht, dem gegenüber die – kleingedruckten – Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, begeht eine (versuchte) Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB.

(Urteil vom 26.4.2001 – 4 StR 439/00 –)

**2. BGH: Rückforderungsanspruch des Schenkers**

(§§ 528 BGB, § 852 ZPO)

Der Anspruch des Schenkers nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Herausgabe des Geschenkes erlischt nicht mit dessen Tod, sofern er bereits vom Schenker geltend gemacht oder abgetreten worden ist. Das Gleiche gilt, wenn der Schenker durch die Inanspruchnahme unterhaltssichernder Leistungen Dritter zu erkennen gegeben hat, dass er ohne die Rückforderung des Geschenks nicht in der Lage war, seinen notwendigen Unterhalt zu bestreiten.

(Urteil vom 25.4.2001 – X ZR 229/99 –)

**3. BFH: GrErSt bei Übergang eines Grundstücks von einer durch Formwechsel einer GmbH entstandenen GbR auf eine KG**

(§ 6 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1 GrEStG, §§ 202 Abs. 1, 235 Abs. 1 UmwG)

Wird eine GmbH mit Grundbesitz in eine GbR umgewandelt und nachfolgend ein Grundstück auf eine mit der GbR gesellschafteridentische KG übertragen, ist die Grunderwerbsteuerbegünstigung des § 6 Abs. 3 gemäß Abs. 4 Satz 1 GrEStG ausgeschlossen, wenn die Gesellschafter der GbR ihre durch Umwandlung erlangten Anteile innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang erhalten ha-

ben. Die Zeit ihrer Beteiligung an der GmbH kann den Gesellschaftern nicht fiktiv als Beteiligung an der GbR angerechnet werden; die Fünfjahresfrist des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG beginnt erst mit Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister.

(Urteil vom 4.4.2001 – II R 57/98 –)

**4. BFH: GrErSt bei Grundstücksübertragung innerhalb nichtehelicher Lebensgemeinschaft**

(§ 3 Nr. 4 GrEStG 1983; Art. 3 Abs. 1, Art. 6 GG)

1. Die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Abs. 4 GrEStG 1983 erfasst nur Grundstückserwerbe zwischen Partnern einer Ehe im Sinne des bürgerlichen Rechts. Grundstücksübertragungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft sind danach nicht von der Grunderwerbsteuer befreit.

2. (...)

(Urteil vom 25.4.2001 – II R 72/00 –)

**5. BayObLG: Nutzung von Teileigentum zur Aufbewahrung von Notariatsakten**

(§ 15 Abs. 3 WEG)

In einer Wohnanlage kann die Nutzung eines Speicherraums, der ein selbständiges Teileigentum bildet, zur Aufbewahrung von Notariatsakten grundsätzlich nicht untersagt werden.

(Beschluss vom 14.2.2001 – ZZ BR 90/00 –)

**6. Pfälzisches OLG Zweibrücken: Energiebezugsdienstbarkeit**

(§ 1090 BGB, § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO)

Die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die verbietet, dass das belastete Grundstück mit anderen Brennstoffen als mit Flüssiggas (ausgenommen offenes Kaminfeuer) beheizt wird, erweist sich nach ihrem Inhalt nicht als unzulässig und ist daher nicht von Amts wegen zu löschen.

(Beschluss vom 23.5.2001 – 3 W 32/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F