

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Herausgeberbeirat:**

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

**Schriftleiterin:**

Dr. Helene Förtig  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

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



Angebote für  
Fachanwender  
neu gestaltet

**Abhandlungen**

- Feller*, Sachmängel beim Kauf 81  
*Mayer*, Auswirkungen der Gesetzesänderungen  
im Aktienrecht auf die Satzungsgestaltung 96

**Kurze Beiträge**

- Eckhardt*, Zum 200. Geburtstag des modernen  
Notariats – Das Gesetz vom 25. Ventöse  
des Jahres XI (16. 3.1803) 106  
*Münch*, Inhaltskontrolle von Eheverträgen –  
Erste Umsetzungen der Entscheidungen des  
BVerfG in die obergerichtliche Praxis 107  
*Hipler*, Der neue Rentenerlass im Überblick 112

**Tagungsbericht**

- Lindner*, Notar und Vermessungsamt im Dialog –  
Fortbildungsveranstaltung am 2.12. 2002 für  
Notarassessoren 117

**Rechtsprechung**

- Erforderlichkeit einer Identitätserklärung  
(BayObLG, Beschluss vom 12.12.2002 –  
2Z BR 112/02 –) 127  
mit Anmerkung *Morhard* 128  
Eintragung von Grundschulden vor Eintragung  
des Zuschlagsbeschlusses im Grundbuch  
(LG Gera, Beschluss vom 19.3.2002 – 5 T 65/01 –) 130  
mit Anmerkung *Stöber* 131  
Konkludente Wahl deutschen Erbrechts  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom  
28.5.2000 – 13 W 218/01 –) 146  
mit Anmerkung *Riering* 149  
Kaufvertraglicher Anschluss- und Benutzungs-  
zwang (BGH, Urteil vom 9.7.2002 – KZR 30/00 –) 161  
mit Anmerkung *Grziwotz* 164

## Inhaltsübersicht

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<i>Feller</i> , Sachmängel beim Kauf	81
<i>Mayer</i> , Auswirkungen der Gesetzesänderungen im Aktienrecht auf die Satzungsgestaltung	96
<b>Kurze Beiträge</b>	
<i>Eckhardt</i> , Zum 200. Geburtstag des modernen Notariats – Das Gesetz vom 25. Ventöse des Jahres XI (16.3.1803)	106
<i>Münch</i> , Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Erste Umsetzungen der Entscheidungen des BVerfG in die obergerichtliche Praxis (zugleich Besprechung des Urteils des OLG München vom 1.10.2002 – 4 UF 7/02)	107
<i>Hipler</i> , Der neue Rentenerlass im Überblick	112
<b>Tagungsbericht</b>	
<i>Lindner</i> , Notar und Vermessungsamt im Dialog – Fortbildungsveranstaltung am 2.12.2002 für Notarassessoren	117
<b>Buchbesprechungen</b>	
Schreiber (Hrsg.), Immobilienrecht ( <i>Limmer</i> )	119
Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts ( <i>Krafka</i> )	120
Michalski (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Kommentar in 2 Bänden ( <i>Kapfer</i> )	121
Söffing, Gewerblicher Grundstückshandel und private Veräußerungsgeschäfte mit Grundstücken ( <i>Wälzholz</i> )	122
Dannenberg-Mletzko, Notariatskunde ( <i>Reinold</i> )	123
Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht ( <i>Förtig</i> )	124
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>	
<i>Allgemeines</i>	
1. Erlöschen einer Altersvorsorgevollmacht bei Tod des Vollmachtgebers (OLG Hamm, Beschluss vom 17.9.2002 – 15 W 338/02 –)	125
2. Wirkung einer salvatorischen Klausel ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BGH, Urteil vom 24.9.2002 – K ZR 10/01 –)	126

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
3. Kein dingliches Rechtsgeschäft zugunsten Dritter (BayObLG, Beschluss vom 17.10.2002 – 2Z BR 57/02 –)	126
4. Erforderlichkeit einer Identitätserklärung (BayObLG, Beschluss vom 12.12.2002 – 2Z BR 112/02 –) mit Anmerkung <i>Morhard</i>	127 128
5. Eintragung von Grundschulden vor Eintragung des Zuschlagsbeschlusses im Grundbuch (LG Gera, Beschluss vom 19.3.2002 – 5 T 65/01 –) mit Anmerkung <i>Stöber</i>	130 131
<i>Familienrecht</i>	
6. Umfang des Elternunterhalts (BGH, Urteil vom 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –)	132
7. Unwirksamkeit eines Ehevertrags wegen Benachteiligung eines Ehegatten (OLG München, Urteil vom 1.10.2002 – 4 UF 7/02 –)	136
8. Anforderungen an sittliche Rechtfertigung bei Erwachsenenadoption (BayObLG, Beschluss vom 24.7.2002 – 1Z BR 54/02 –)	140
<i>Erbrecht</i>	
9. Testamentsauslegung unter Verwertung von Anlagen ( <i>nur Leitsatz</i> ) (OLG Hamm, Beschluss vom 1.10.2002 – 15 W 164/02 –)	143
<b>Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>	
10. Urkundenvorlage bei Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers (OLG Hamm, Beschluss vom 26.9.2002 – 15 W 321/01 –)	143
11. Außerordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers ( <i>nur Leitsatz</i> ) (BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00 –)	144
12. Verlustdeckungshaftung bei Scheitern einer GmbH-Gründung (BGH, Beschluss vom 4.11.2002 – II ZR 204/00 –)	144
<b>Internationales Privatrecht</b>	
13. Konkludente Wahl deutschen Erbrechts (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.5.2000 – 13 W 218/01 –) mit Anmerkung <i>Riering</i>	146 149
<b>Zivilprozessrecht, Schlichtung</b>	
14. Keine Nachholung der Schlichtung (AG Nürnberg, Urteil vom 9.4.2002 – 14 C 8577/01 –)	152

## Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<b>Beurkundungs- und Notarrecht</b>	
15. Vorrang eigener Notarassessoren vor auswärtigen Bewerbern (BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 13/02 –)	152
16. Angestelltenhaftung wegen fehlerhaften Gebrauchs einer Auflassungsvollmacht (BGH, Urteil vom 14.11.2002 – III ZR 87/02 –)	154
17. Anfechtung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde über Verschwiegenheitspflicht (BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 17/02 –)	157
18. Vorbescheid vor Erteilung einer Ausfertigung (LG Stuttgart, Beschluss vom 6.12.2001 – 1 T 51/00 –)	158
<b>Kostenrecht</b>	
19. Aufschlüsselung des Geschäftswerts in der Kostenrechnung (BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 19/02 –)	159
20. Unrichtige Sachbehandlung des Notars bei unterlassener Zusammenbeurkundung (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.9.2002 – 3 W 74/02 –)	160
<b>Öffentliches Recht</b>	
21. Kaufvertraglicher Anschluss- und Benutzungszwang (BGH, Urteil vom 9.7.2002 – KZR 30/00 –) mit Anmerkung <i>Grziwotz</i>	161 164
<b>Steuerrecht</b>	
22. Kein gewerblicher Grundstückshandel bei Notverkauf eigengenutzter Immobilien (BFH, Urteil vom 18.9.2002 – X R 28/00 –)	166
<b>Hinweise für die Praxis</b>	
1. Schenkungsteuer, Verpflichtung zur Pflege im Bedarfsfall Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 6.12.2002, Gz. 34 – S 3806 – 45/4 – 54702	172
2. Grunderwerbsteuer, Formerfordernis bei Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nach § 16 GrEStG Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 6.12.2002, Gz. 36 – S 4543 – 003 – 50627/02	173
<b>Standesnachrichten</b>	175
<b>Sonstiges</b>	III
<b>Veranstaltungen</b>	III
<b>Neuerscheinungen</b>	IV



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

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

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## ABHANDLUNGEN

### Sachmängel beim Kauf

#### – Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Gestaltung, insbesondere beim Grundstückskauf –

Von Notar *Lutz Feller*, Eggenfelden

H. P. Westermann verbindet seine Feststellung, dass es Sonderregelungen für den Grundstückskauf nicht gebe, mit der Aufforderung: „An diesen Geschäftstyp wird man sicher einmal unter Gesichtspunkten wie des Gewährleistungsausschlusses heranmüssen, ohne dass es dazu einer Richtlinie bedürfte, die uns der Himmel ersparen möge.“<sup>1</sup> Dieser Aufforderung nachzukommen, ist Sinn des folgenden Beitrages.

#### I. Einleitung

Durch das am 1.1.2002 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts<sup>2</sup> hat sich das System der Sachmängelrechte im Bereich des Kaufvertrages grundlegend geändert. Auslöser für das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in seiner heutigen Gestalt war neben der schon lange angestrebten Reform des Schuldrechts<sup>3</sup> insbesondere die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>4</sup> (nachfolgend: Richtlinie), die bis zum Ablauf des 31.12.2001 in das deutsche Recht umzusetzen war. Der Gesetzgeber hat sich trotz der von der Wissenschaft hieran geäußerten Kritik<sup>5</sup> nicht darauf beschränken wollen, die Richtlinie im Rahmen eines Sondergesetzes zum Verbrauchsgüterkauf umzusetzen<sup>6</sup>, sondern sich für die so genannte „große Lösung“ entschieden. In Folge dessen wurden

die Vorgaben der Richtlinie in das allgemeine Kaufrecht übernommen und für den „Verbrauchsgüterkauf“ lediglich einige Sonderregelungen in den §§ 474–479 BGB geschaffen.<sup>7</sup> Dieser Hintergrund ist für das Verständnis des neuen Sachmängelrechts wichtig, da sich dessen Regelungen nicht zuletzt über die zwingenden Vorgaben der Richtlinie erschließen.<sup>8</sup>

#### II. Pflicht zur Verschaffung einer sachmängelfreien Sache

##### 1. Erfüllungspflicht statt Gewährleistung

Die grundlegende Änderung des neuen Sachmängelrechts gegenüber dem bisherigen Recht besteht darin, dass der Verkäufer nunmehr auch beim Stückkauf verpflichtet ist, die Sache frei von Sachmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs.1 Satz 2 BGB). Der Sachmangel (§ 434 BGB) wird damit dem Rechtsmangel (§ 435 BGB) gleichgestellt. Bei Leistung einer (sach- oder rechts-)mangelhaften Sache erfüllt der Verkäufer seine Hauptleistungspflicht nicht. Die sich daraus nach § 437 BGB ergebenden Rechte des Käufers führen zu einer Integration des bisherigen Gewährleistungsrechts in das Recht der Leistungsstörungen.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> JZ 2001, 530 (531).

<sup>2</sup> BGBl I 3138 ff.

<sup>3</sup> Vgl. insbesondere den Entwurf einer Schuldrechtsreformkommission aus dem Jahre 1992.

<sup>4</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und den Garantien für Verbrauchsgüter, ABLEG Nr. L 171 vom 7.7.1999.

<sup>5</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl., Einl. Zum Ergänzungsband, Rdnr. 5; *Amann/Brambring/Hertel*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S.1; *Wilhelm JZ* 2001, 861 (862); *Ernst/Gsell*, ZIP 2001, 1389 sowie die detaillierte Übersicht bei *Gsell*, JZ 2001, 65.

<sup>6</sup> So einige andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union; vgl. *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 f.; *Brambring* in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 2 f.

<sup>8</sup> *Palandt/Putzo* (Fn. 5), Vorbem. zu § 474, Rdnr. 1; *Kainer*, AnwBl 2001, 380 (382); *Müller-Graff*, NJW 1993, 13 (21).

<sup>9</sup> Vgl. *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 f.

## 2. Begriff des Sachmangels

Während das bisherige Recht festgelegt hat, wann eine Sache mit *Fehlern behaftet* ist (§ 459 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.), definiert das neue Recht nunmehr, wann eine Sache *frei von Sachmängeln* ist (§ 434 BGB).

Dabei bedient sich das Gesetz eines dreistufigen Aufbaus.

a) Auf einer ersten Stufe wird unter Zugrundelegung eines ausschließlich subjektiven Fehlerbegriffs in Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie<sup>10</sup> festgelegt, dass eine Sache frei von Sachmängeln ist, wenn sie die *vereinbarte Beschaffenheit* aufweist (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB). Der Begriff der „Beschaffenheit“ wird vom Gesetz nicht näher umschrieben. Insbesondere lässt das Gesetz bewusst<sup>11</sup> offen, ob dazu nur Eigenschaften gehören, die der Kaufsache unmittelbar anhaften. Man wird jedoch davon ausgehen können, dass der bisher von der allgemeinen Meinung anerkannte weite Begriff der „Eigenschaft“ auch für die „Beschaffenheit“ Verwendung finden wird.<sup>12</sup> Danach gehören auch diejenigen tatsächlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Bezüge zur Beschaffenheit, die ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache selbst haben, ihr auf eine gewisse Dauer anhaften und nach der Verkehrsauffassung Wert und Brauchbarkeit der Sache unmittelbar beeinflussen.<sup>13</sup>

Da bereits jede Abweichung der Kaufsache von der vereinbarten Beschaffenheit einen Sachmangel begründet, wird die bisherige Unterscheidung zwischen Fehlern und zugesicherten Eigenschaften hinfällig.<sup>14</sup> Während bislang nur das Fehlen zugesicherter Eigenschaften zum Schadensersatz führte (§ 463 Satz 1 BGB a. F.), können nunmehr bereits Schadensersatzansprüche entstehen (§ 437 Nr. 3 BGB), wenn die Kaufsache nicht der Soll-Beschaffenheit entspricht. An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung sind aber wesentlich niedrigere Anforderungen zu stellen als an die Zusicherung von Eigenschaften.<sup>15</sup> Dieser Umstand erklärt sich gerade daraus, dass die Zusicherung im bisherigen Recht die besonders einschneidenden Rechtsfolgen des § 463 BGB a. F. hatte, somit das Bewusstsein der Übernahme dieser Rechtsfolgen und die damit verbundene erhöhte Einstandspflicht eine Rolle spielte.<sup>16</sup>

Hat die Zusicherung einer Eigenschaft die ihr vom alten Recht beigelegte Bedeutung verloren, hat das neue Recht nunmehr die Garantie (§ 443 BGB) als selbstständige Anspruchsgrundlage eingeführt. Weitergehend als die bisherige Eigenschaftszusicherung gewährt die Garantie neben den gesetzlichen Ansprüchen dem Käufer verschuldensunabhängig eigene Rechte nach Maßgabe der Garantieerklärung.

b) Auf einer zweiten Stufe wird, soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart wurde, darauf abgestellt, ob sich die Sache für die *nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet* (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB).

Auch die zweite Stufe orientiert sich an den Vorgaben der Richtlinie (Art. 2 Abs. 2 Buchst. b<sup>17</sup>). Der zweiten Stufe liegt insoweit ein *subjektiv-objektiver Fehlerbegriff*<sup>18</sup> zugrunde, als sie sowohl subjektive als auch objektive Elemente einbezieht. Es fließen subjektive Elemente ein, da es auf den von den Vertragsparteien vertraglich festgelegten subjektiven Verwendungszweck ankommt, aber auch objektive Elemente, da sich die Sache nach objektiven Kriterien für diesen Verwendungszweck eignen muss.

c) Erst auf einer dritten Stufe kommt es darauf an, ob sich die Sache für die *gewöhnliche Verwendung eignet* und die *übliche, vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit* aufweist (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB).

Die dritte Stufe verwendet – wiederum in Übereinstimmung mit der Richtlinie (Art. 2 Abs. 2 Buchst. c<sup>19</sup>) – einen ausschließlich *objektiven Fehlerbegriff*.

Der Gesetzgeber hat damit bei der Neuregelung den auch bislang von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre zugrunde gelegten subjektiven Fehlerbegriff in den Vordergrund gerückt.

## 3. Subsidiarität der Stufen

Die Dominanz des subjektiven Fehlerbegriffs ergibt sich nunmehr bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, wonach die drei Stufen in einem Verhältnis der Subsidiarität zueinander stehen. Vorrangig ist entsprechend dem subjektiven Fehlerbegriff der ersten Stufe zu prüfen, ob die Sache die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Nur *soweit* (§ 434 Abs. 1 Satz 2 BGB) die Beschaffenheit nicht vereinbart wurde, kommt es nach dem subjektiv-objektiven Fehlerbegriff der zweiten Stufe auf die Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung, *sonst* (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB a.E.) nach objektivem Fehlerbegriff auf dritter Stufe auf die Eignung zur gewöhnlichen Verwendung an. Während der Entwurf der Schuldrechts-Kommission die Subsidiarität der dritten gegenüber der zweiten Stufe bereits vorsah<sup>20</sup>, sollte nach dem vom Bundesjustizministerium vorgelegten Entwurf<sup>21</sup> *alternativ* die Eignung für die vertraglich vorausgesetzte *oder* gewöhnliche Verwendung ausreichen, um einen Sachmangel

<sup>10</sup> Wonach vermutet wird, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das der Verkäufer dem Verbraucher als Probe oder Muster vorgelegt hat.

<sup>11</sup> Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/6040, S. 213.

<sup>12</sup> So auch, allerdings mit Vorbehalt, *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 434, Rdnr. 12.

<sup>13</sup> So die vom BGH in ständiger Rechtsprechung zu § 459 BGB a.F. gebrauchte Umschreibung zu möglicherweise einen Fehler begründenden Eigenschaften; z.B. BGH NJW 1992, 2564 m.w.N.

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 212 (Fn. 11); *Krebs*, Beilage Nr. 14 zu Der Betrieb, 2000, 16 f.

<sup>15</sup> *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 434, Rdnr. 2.

<sup>16</sup> Vgl. hierzu, insbes. zur Abgrenzung zwischen Zusicherung und Beschaffenheitsvereinbarung nach altem Recht: *H. P. Westermann*, in *MünchKomm*, 3. Aufl., § 459, Rdnr. 59.

<sup>17</sup> Danach wird vermutet, dass die Sache vertragsgemäß ist, wenn sie sich für einen bestimmten, vom Verbraucher angestrebten Zweck eignet, den der Verbraucher dem Verkäufer bei Vertragsschluss zur Kenntnis gebracht hat und dem der Verkäufer zugestimmt hat.

<sup>18</sup> Zum subjektiv-objektiven Fehlerbegriff vgl. auch *H. P. Westermann* in *MünchKomm* (Fn. 16), § 459, Rdnr. 9; wenn *Heinze/Salzig* (NotBZ 2002, Sonderbeilage I S.1, 3) die Regelungen des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB als Ausfluss ausschließlich des subjektiven Fehlerbegriffs begreifen, verkennen sie m.E. die objektive Komponente, die darin liegt, dass die Sache sich zu ihrer nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung nur eignet, wenn sie über bestimmte typisierte Beschaffenheitsmerkmale verfügt, die der Käufer für diese Verwendung erwarten kann.

<sup>19</sup> Danach wird vertragsgemäße Erfüllung vermutet, wenn sich die Sache für Zwecke eignet, für die Güter der gleichen Art gewöhnlich gebraucht werden.

<sup>20</sup> § 435 Abs. 1 BGB-KE.

<sup>21</sup> § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB-E.

auszuschließen.<sup>22</sup> Da das Gesetz in diesem Punkt nun ausdrücklich dem Kommissions-Entwurf gefolgt ist, hat der Gesetzgeber sich bewusst für die Subsidiarität der einzelnen Stufen entschieden.<sup>23</sup> Aus dieser vom Gesetz gewollten Subsidiarität folgt aber auch, dass die der vereinbarten Beschaffenheit entsprechende Sache auch dann sachmängelfrei ist, wenn ihre Qualität hinter dem üblichen Standard zurückbleibt.<sup>24</sup> Kauft eine Filmgesellschaft ein Haus als Kulisse für Dreharbeiten gerade wegen seines stark beschädigten Daches, ist das Haus aufgrund dieser Beschaffenheitsvereinbarung sachmängelfrei, obwohl es nicht einmal den Anforderungen der dritten Stufe genügt. Ganz im Gegenteil würde ein Sachmangel erst geschaffen, wenn der wohlmeinende Erbe des Verkäufers in Unkenntnis der vertraglichen Vereinbarungen das Dach in Stand setzen ließe. Ebenso ist der zum „Aus-schlachten“ als Ersatzteillager gekaufte Pkw aufgrund seiner Eignung für diesen vertraglich vereinbarten Verwendungszweck sachmängelfrei, ohne dass es noch darauf ankäme, ob er sich als Fahrzeug für die gewöhnliche Verwendung im Straßenverkehr eignet.

### III. Möglichkeiten vertraglicher Gestaltung

Die Rechte des Käufers bei Mängeln ergeben sich aus § 437 BGB. Nach § 437 Nr. 1 i.V.m. § 439 Abs. 1 BGB kann der Käufer zunächst nur<sup>25</sup> Nacherfüllung verlangen, wobei er zwischen der Beseitigung des Mangels oder der Lieferung einer mangelfreien Sache wählen kann. Erst nach fruchtloser Fristsetzung zur Nacherfüllung kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten, den Kaufpreis mindern (§ 437 Nr. 2 BGB) oder Schadensersatz bzw. Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen (§ 437 Nr. 3 BGB). Die Einzelheiten dieser Rechte des Käufers sollen an dieser Stelle nicht dargestellt werden.<sup>26</sup>

Hingegen soll der Frage nachgegangen werden, ob die bisherige Praxis vertraglicher Gestaltung der Sachmängelrechte nicht grundlegend zu überdenken ist. Hierauf werden sich folgende Antworten ergeben:

Die Möglichkeiten der bislang üblichen vertraglichen Gestaltung der Sachmängelrechte auf der Rechtsfolgenseite werden durch die neuen Sondervorschriften des Verbrauchsgüterkaufrechts und des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (A. 2. 2.) erheblich eingeschränkt (A. 3.).

Daher bietet es sich an, die vertragliche Gestaltung auf die Tatbestandsseite zu verlagern (B.). Hierbei wird zu zeigen sein, dass gebrauchte Sachen auch mit der Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ verkauft werden können (C. 2.). Wird beim Verkauf von Grundbesitz auch Zubehör mitverkauft, ist Verbrauchsgüterkaufrecht nicht anzuwenden (A. 3. a), zumindest aber durch die Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ nicht unzulässig umgangen (C. 3. 2. a).

Auch im Geltungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen schränkt die Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ nur in seltenen Ausnahmefällen Schadensersatzansprüche des Käufers (§ 309 Nr. 7 BGB) unzulässig ein, führt aber selbst dann – anders als die verunglückte Rechtsfolgenlösung – nicht zu unbeabsichtigten weiteren Sachmängelrechten (C. 3. 2. b).

## A) Einschränkungen der Sachmängelrechte auf der Rechtsfolgenseite

### 1. Gesetzliche Einschränkungen (§ 442 BGB)

Die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels sind kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss kennt (§ 442 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder ihn aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht kennt, in letzterem Fall jedoch nur, wenn nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie (§ 443 BGB) übernommen hat (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB).

### 2. Vertragliche Einschränkungen

Die Sachmängelrechte des Käufers können wie bisher<sup>27</sup> grundsätzlich auch vertraglich abbedungen werden.<sup>28</sup>

Sie können insbesondere auf einzelne Behelfe, wie Nacherfüllung oder Minderung, begrenzt werden unter Ausschluss des Anspruchs auf Schadensersatz und/oder des Rechts zum Rücktritt.<sup>29</sup> Ebenso können die Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels weiterhin grundsätzlich völlig ausgeschlossen werden<sup>30</sup>, wie üblicherweise beim Kauf gebrauchter Sachen, insbesondere auch beim Kauf gebrauchter Gebäude.<sup>31</sup>

#### 2.1. Allgemeine Grenzen (§ 444 BGB<sup>32</sup>)

Auf die vertragliche Einschränkung (Ausschluss oder Beschränkung) von Mängelrechten kann sich der Verkäufer nicht berufen, wenn er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Beschaffenheitsgarantie übernommen hat, also in den Fällen, in denen auch grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels dem Käufer nicht schadet. Diese für den Fall des arglistigen Verschweigens bereits dem bisherigen Recht (§ 476 BGB a. F.) bekannte Grenze vertraglicher Gestaltungsfreiheit wurde auf die Beschaffenheitsgarantie (§ 443 BGB) erstreckt. Während jedoch das alte Recht zur Nichtigkeit der vertraglichen Einschränkung und damit zur möglichen Anwendbarkeit von § 139 BGB<sup>33</sup> führte, stellt § 444 BGB nunmehr klar, dass nur die Einschränkung der Mängelrechte unwirksam ist, der Kaufvertrag selbst jedoch wirksam bleibt.<sup>34</sup>

<sup>22</sup> Vgl. *Gsell*, JZ 2001, 65 (66); auch der Wortlaut des bisherigen § 459 Abs. BGB a.F. stellte auf den gewöhnlichen und alternativ den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch ab.

<sup>23</sup> So auch ausdrücklich BT-Drucks. 14/6040, S. 212 f. (Fn. 11); vgl. hierzu auch *Kornel*, ZNotP 2002, 86 (87).

<sup>24</sup> So auch *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 (243); *Gsell*, JZ 2002, 65 (66).

<sup>25</sup> So ausdrücklich Art. 3 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie, der den Vorrang der Nacherfüllung insoweit klarer zum Ausdruck bringt als das Gesetz, aus dem sich dieser Vorrang erst aus §§ 281 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1 BGB ergibt, wonach Schadensersatz und Rücktritt erst nach erfolgloser Frist zur Leistung oder Nacherfüllung offen stehen.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu die Darstellungen in *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 437; *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 (248); *Hertel*, ZNotP 2002, 1 (24 ff).

<sup>27</sup> Vgl. *H. P. Westermann* in MünchKomm, (Fn. 16), vor § 459, Rdnr. 9.

<sup>28</sup> *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530 (536); *Haas* BB 2001, 1313 (1319).

<sup>29</sup> *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 437, Rdnr. 3; *Hertel*, ZNotP 2002, 1 (31).

<sup>30</sup> *Brambring* in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 115.

<sup>31</sup> Vgl. *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl., A I, Rdnr. 247 (S. 120).

<sup>32</sup> Das Gesetz bedient sich in der Überschrift zu dieser Vorschrift noch der alten, überholten Terminologie und spricht von „Haftungsausschluss“.

<sup>33</sup> Die allerdings von der h. M. verneint wurde (vgl. *H. P. Westermann*, Fn. 16, § 476, Rdnr. 19).

<sup>34</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 240 (Fn. 11); *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 444, Rdnr. 10, 14; *Hertel* in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 262.

## 2.2. Grenzen durch Sondervorschriften

### a) Verbrauchsgüterkauf

Da die Vorgaben der Richtlinie weitgehend im allgemeinen Sachmängelrecht umgesetzt wurden, konnte sich der Gesetzgeber darauf beschränken, in einem eigenen Abschnitt (§§ 474–479 BGB) die für einen Verbrauchsgüterkauf geltenden Besonderheiten zu regeln. Diese Sondervorschriften finden Anwendung, wenn ein *Verbraucher* (§ 13 BGB) von einem *Unternehmer* (§ 14 BGB) eine *bewegliche Sache* kauft; sie gelten auch, wenn es sich um gebrauchte Sachen oder einen Individualvertrag handelt. Wichtigste Bestimmungen dieser Sondervorschriften sind § 475 Abs. 1 BGB, wonach die Sachmängelrechte des Käufers grundsätzlich nicht abbedungen oder umgangen werden dürfen, und § 475 Abs. 2 BGB, wonach die Verjährungsfrist bei neuen Sachen zwei Jahre und bei gebrauchten Sachen ein Jahr nicht unterschreiten darf. Die nach der Richtlinie zu gewährenden Sachmängelrechte werden von dieser für zwingend erklärt.<sup>35</sup> Da hierzu jedoch nicht der Anspruch auf Schadensersatz gehört, überlässt § 475 Abs. 3 BGB den Bereich der Schadensersatzansprüche weiterhin der privatautonomen Gestaltung, soweit nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegen steht.

### b) Allgemeine Geschäftsbedingungen/ Verbrauchervertrag

Liegen dem Verkauf Allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 BGB) oder ein Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) zugrunde, sind weitere<sup>36</sup> Restriktionen bei der Einschränkung von Mängelrechten zu beachten.

Dies gilt zum einen nach § 309 Nr. 7 BGB für den Haftungsausschluss bei der schuldhaften Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit (§ 309 Nr. 7 a BGB<sup>37</sup>) und den Ausschluss oder die Begrenzung der Haftung bei grobem Verschulden des Verwenders (§ 309 Nr. 7 b BGB). In beiden Fällen wird dem Verschulden des Verwenders die schuldhafte Pflichtverletzung seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich gestellt.

Zum anderen können nach § 309 Nr. 8 b BGB beim Verkauf *neu hergestellter* Sachen die Mängelrechte nur in den dort genannten Grenzen eingeschränkt werden.

## 3. Die Mühen der vertraglichen Einschränkung der Sachmängelrechte auf der Rechtsfolgenseite

### a) Verbrauchsgüterkauf

Da ein Verbrauchsgüterkauf nach der Legaldefinition in § 475 BGB voraussetzt, dass „ein Verbraucher von einem Unternehmer *eine bewegliche Sache*“ kauft, stellt sich die Frage, ob Verbrauchsgüterkaufrecht bereits dann anzuwenden ist, wenn beim Verkauf eines Grundstücks bewegliche Sachen *mitverkauft* werden. Zu den beweglichen Sachen gehören auch Scheinbestandteile des Grundstücks (§ 95 BGB) und Grund-

stückszubehör (§ 97 BGB), das im Zweifel mitverkauft ist (§ 311 c BGB).<sup>38</sup>

Nach einer bislang verbreiteten Ansicht sind die Vorschriften des Verbrauchsgüterkaufs auch für mitverkauftes Zubehör anzuwenden.<sup>39</sup> Dies hat dann zwangsläufig zur Folge, dass beim Verkauf eines Altbaus Sachmängelrechte für Grundstück und Gebäude vollständig ausgeschlossen werden können, hinsichtlich des Zubehörs jedoch nur Schadensersatzansprüche. Teilweise<sup>40</sup> wird für erforderlich gehalten, Schadensersatzansprüche bei Arglist oder vorsätzlichen Handlungen des Verkäufers ausdrücklich vorzubehalten. Hinsichtlich des mitverkauften Zubehörs kann die Verjährungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden und sollte klargestellt werden, dass ein mangelbedingtes Recht zum Rücktritt vom Kauf des Zubehörs nicht auch zum Rücktritt vom Grundstückskauf berechtigt.

Die kautelarjuristische Verarbeitung der Ansicht, auf mitverkauftes Grundstückszubehör sei Verbrauchsgüterkaufrecht anzuwenden, führt somit zu erheblichem Formulierungsaufwand.<sup>41</sup>

Die Auffassung, der Mitverkauf von Zubehör unterliege dem Verbrauchsgüterkaufrecht, soll nachfolgend einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

Insbesondere beim Verkauf von Grundstückszubehör i. e. S. des § 97 BGB prägt der Grundstücksverkauf auch den Verkauf des Zubehörs.<sup>42</sup> Dies belegen deutlich § 311 c BGB, wonach das Zubehör im Zweifel mitverkauft ist und § 926 Abs. 1 BGB, der besagt, dass das Zubehör im Zweifel mitveräußert ist und der Erwerber mit dem Eigentum am Grundstück grundsätzlich auch das Eigentum am Zubehör erlangt. Auch bei der Vertragsgestaltung und im Verständnis der Vertragsteile wird der Mitverkauf von Zubehör in aller Regel lediglich als unselbstständiger Teil des Grundstücksverkaufs gesehen. Dies zeigt sich u. a. daran, dass regelmäßig der auf das Zubehör entfallende Teil des Kaufpreises zwar wegen der Grunderwerbsteuer ausgewiesen wird, aber zusammen mit dem auf das Grundstück entfallenden Kaufpreisteil fällig gestellt wird, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bis zur Zahlung des *Gesamtkaufpreises* gesperrt wird und sich auch im Übrigen die allgemeinen Bestimmungen des Kaufvertrages auf das mitverkaufte Zubehör erstrecken, ohne dass dies eigens betont würde. Ist somit aber der Verkauf des Grundstücks für den gesamten Vertrag prägend, liegt es nicht nahe, den Mitverkauf von Zubehör einem ganz eigenen Vertragstypus zu unterwerfen, der zu „gespaltenen“ Sachmängelrechten des Käufers führen würde. Hinzu kommt, dass die „strukturelle Unterlegenheit“ des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer zwar beim gängigen Verkauf von Verbrauchsgütern phänotypisch sein mag, beim Mitverkauf von Zubehör anlässlich eines Grundstücksverkaufs der vom Verbrauchsgüterkaufrecht angestrebte Verbraucherschutz<sup>43</sup> aber eher eine untergeordnete Rolle spielen wird.

<sup>35</sup> Art. 7 Abs. 1.

<sup>36</sup> Zunächst ist zu prüfen, ob ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt, da in diesem Fall Sachmängelrechte nur im Bereich der Schadensersatzansprüche abbedungen werden können. Nur soweit danach „eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist“ (so der Wortlaut von § 309 BGB) sind weiter die Klauselverbote des § 309 BGB zu beachten (*Amann/Brambring/Hertel*, s. Fn. 5, S. 152, 262).

<sup>37</sup> Nach der Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf sichert die Vorschrift Schadensersatzansprüche ausdrücklich auch für den Fall, dass die Pflichtverletzung in der Lieferung einer mangelhaften Sache besteht (BT-Drucks. 14/6040, S. 156).

<sup>38</sup> Auch wenn nicht jeder mitverkaufte bewegliche Gegenstand Zubehör i. S. d. § 97 BGB darstellt, soll im Folgenden zur Vereinfachung von „Zubehör“ gesprochen werden.

<sup>39</sup> *Brambring* DNotZ 2001, 904 (909); *Brambring* in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 171; *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (91); *Hertel*, ZNotP 2002, 1 (30); *Heinze/Salzig* (Fn. 18), S. 1.

<sup>40</sup> Vgl. *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509 (518).

<sup>41</sup> Vgl. das Formulierungsbeispiel in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 309.

<sup>42</sup> Ähnlich *Wälzholz/Bülow* (Fn. 40).

<sup>43</sup> Vgl. Absätze 22–24, 26 der Präambel der Richtlinie und die nachfolgenden Ausführungen.

Bereits damit lässt sich schon in Frage stellen, ob nach alledem der Verkauf eines Grundstücks nebst Zubehör als – auch – „Verkauf einer beweglichen Sache“ teilweise dem Verbrauchsgüterkaufrecht unterliegen soll.<sup>44</sup>

Freilich ist einzuräumen, dass zumindest der Wortlaut von § 475 BGB zunächst für die Gegenansicht zu sprechen scheint. Auch die Richtlinie, auf der § 475 BGB beruht, definiert<sup>45</sup> grundsätzlich alle beweglichen körperlichen Gegenstände<sup>46</sup> als „Verbrauchsgüter“. Diese Definition ist jedoch im Lichte der Kompetenz für den Erlass der Richtlinie zu sehen. Das Europarecht (Art. 153 Abs. 3 Buchst. a EG i.V.m. Art. 95 EG) gewährt eine Kompetenz zur Europäischen Verbraucherschutzgesetzgebung nur, wenn der Fortbestand unterschiedlicher Rechtsordnungen den freien Verkehr von Waren (Dienstleistungen, Personen oder Kapital) hemmen oder den inner-europäischen Wettbewerb verzerren würde.<sup>47</sup> Ein Blick in die Präambel (die sogenannten „Erwägungsgründe“) zur Richtlinie belegt, dass der Europäische Gesetzgeber auch nur im Rahmen dieser Kompetenzen tätig werden wollte und konnte. So spricht Erwägungsgrund (1) vom grenzüberschreitenden freien Warenverkehr und davon, dass „es den Verbrauchern aus einem Mitgliedstaat möglich sein muss, auf der Grundlage angemessener einheitlicher Mindestvorschriften über den Kauf von Verbrauchsgütern im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats frei einzukaufen“. Erwägungsgrund (3) beklagt, dass aufgrund unterschiedlicher Rechtsvorschriften die einzelstaatlichen Absatzmärkte für Verbrauchsgüter uneinheitlich seien und daher Wettbewerbsverzerrungen eintreten könnten. Erwägungsgrund (4) schließlich stellt auf den Verbraucher ab, der sich Waren in einem anderen Mitgliedstaat beschaffen möchte, und hegt die Befürchtung, dass ohne eine Mindestharmonisierung der Bestimmungen über den Verbrauchsgüterkauf die Weiterentwicklung des Warenverkaufs mit Hilfe der neuen Fernkommunikationstechniken behindert werden könnte. Da es sich bei Grundstückszubehör per definitionem um grundstücksbelegene Gegenstände handelt, die dem gängigen innereuropäischen Warenverkehr ebensowenig unterliegen<sup>48</sup> wie das Grundstück selbst, konnte und wollte der Europäische Gesetzgeber mangels Richtlinienkompetenz dessen Mitverkauf nicht dem Regime der Richtlinie unterwerfen.

Nun ließe sich einwenden, dass der deutsche Gesetzgeber mit der Schaffung des Verbrauchsgüterkaufrechts über die Vorgaben der Richtlinie hinausgehen konnte<sup>49</sup> und wollte. Hiergegen spricht aber bereits die Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>50</sup>, wonach in den Abschnitt über den Verbrauchsgüterkauf „die Vorschriften eingestellt werden (sollen), deren Schaffung zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie *erforderlich* ist, deren Geltung aber nicht für sämtliche Kaufverträge gerechtfertigt ist, weil sie *spezifischen Verbraucherschutz Gesichtspunkten* Rechnung tragen“

(Hervorhebungen vom Verf.). Das Bemühen, den Verbraucherschutz nicht stärker als für den innereuropäischen Warenverkehr von der Richtlinie gefordert auszuweiten, wird aber vor allem beim Vergleich des Regierungsentwurfs (RegE) mit der endgültigen Gesetzesfassung deutlich. Gerade im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts sind sämtliche den RegE ergänzenden oder abändernden Beschlüsse des Rechtsausschusses<sup>51</sup> in die endgültige Fassung des Gesetzes übernommen worden. Damit ist der Gesetzgeber aber in wesentlichen Punkten bewusst hinter die noch verbraucherfreundlicheren Vorstellungen des RegE auf das von der Richtlinie geforderte Mindestmaß an Verbraucherschutz zurückgegangen. So hat das Gesetz, anders als der RegE, von dem in der Richtlinie<sup>52</sup> für die Mitgliedstaaten vorgesehenen Vorbehalt Gebrauch gemacht und öffentliche Versteigerungen unter bestimmten Voraussetzungen von der Anwendung des Verbrauchsgüterkaufrechts ausgenommen (§ 474 Abs. 1 Satz 2 BGB). Während der RegE noch vorsah, dass auch Schadensersatzansprüche beim Verbrauchsgüterkauf nicht abbedungen oder eingeschränkt werden können, ist dies nach dem Gesetz nun möglich, wenn nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entgegensteht (§ 475 Abs. 3 BGB). Damit wurde der Verbraucherschutz auch in diesem Bereich auf das nach der Richtlinie geforderte Mindestmaß zurückgeführt.

Nach alledem ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den Verbraucherschutz über die Richtlinie hinaus ausweiten wollte. § 474 Abs.1 Satz 1 BGB ist daher im Wege teleologischer Reduktion dahingehend zu verstehen, dass das bei einem Grundstücksverkauf mitverkaufte Zubehör nicht dem Verbrauchsgüterkaufrecht unterliegt. Es wäre zu wünschen gewesen, der Gesetzgeber hätte diese Einschränkung des Anwendungsbereichs durch eine Ergänzung von § 474 Abs. 1 Satz 2 BGB klargestellt.

#### b) Allgemeine Geschäftsbedingungen/Verbrauchervertrag

Soweit ein Vertrag dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterliegt, führt bei der Einschränkung von Sachmängelrechten die Missachtung der oben geschilderten Grenzen zur Unwirksamkeit der einschränkenden Bestimmung und wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB) zur uneingeschränkten Geltung des gesetzlichen Sachmängelrechts. Deswegen wird in diesen Fällen, beispielsweise beim Verkauf von Altbaugrundstücken, zu Recht vor der Weiterverwendung bisher üblicher Klauseln gewarnt, wonach alle Rechte des Käufers wegen Mängeln der Sache ausgeschlossen sein sollen. Stattdessen wird ein ausdrücklicher Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen für die in § 309 Nr. 7 a BGB genannten Fälle für erforderlich gehalten.<sup>53</sup> Dies führt dann notgedrungen zu aufwändigen Formulierungen entsprechend folgendem Formulierungsbeispiel:<sup>54</sup>

Ansprüche des Käufers auf Schadensersatz sind ausgeschlossen. Hiervon ausgenommen sind Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit, wenn der Verkäufer die Pflichtverletzung zu vertreten hat, und für sonstige Schäden, die auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verkäufers beruhen. Einer Pflichtverletzung des Verkäufers steht die eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen gleich.

<sup>44</sup> Im Ergebnis ähnlich, allerdings ohne nähere Begründung, *Wälzholz/Bülow* (Fn. 40).

<sup>45</sup> Art. 1 Abs.2 Buchst. b.

<sup>46</sup> Ausgenommen die wenigen in Art. 1 Abs. 2 Buchst. b näher bezeichneten Gegenstände.

<sup>47</sup> *Kainer*, AnwBl. 2001, 380 (381) m.w.N. in Fn. 19.

<sup>48</sup> „Warenverkehr“ findet allenfalls in unbedeutendem Umfang in der Weise statt, dass ein EU-Bürger in einem anderen Mitgliedstaat eine Immobilie zusammen mit beweglichen Gegenständen erwirbt, somit nicht die Ware, sondern der Verbraucher „die Grenze überschreitet“.

<sup>49</sup> Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten diese Möglichkeit ausdrücklich ein.

<sup>50</sup> BT-Drucks. 14/6040, S.242.

<sup>51</sup> 6. Ausschuss, s. BT-Drucks. 14/7052.

<sup>52</sup> Art. 1 Abs. 3.

<sup>53</sup> Hertel in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 263; *Hertel ZNotP* 2002, 1 (31).

<sup>54</sup> S. bei Hertel in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 263.

Beim „Verbraucher“ solcherart entworfener Klauseln wird leicht der Eindruck entstehen, der Vertragsgestalter habe „umständlich“, „unnötig langatmig“ und in vielen Fällen womöglich „wirklichkeitsfremd“ formuliert. Wenn ein als Unternehmer geltender Landwirt eine Wiese an einen Verbraucher verkauft, wird den Vertragsteilen nur schwer zu vermitteln sein, welche vom Verkäufer zu verantwortenden Gefahren für Leben, Körper und Gesundheit dem Käufer durch den Kauf der Wiese drohen könnten, die es rechtfertigten, derartig ausführlich formulierte Vorbehalte in den Vertrag aufzunehmen. Da sich in der Praxis nicht ohne einigen Aufwand an Sachverhaltsaufklärung zuverlässig klären lassen wird, dass ein Verbrauchervertrag *nicht* vorliegt, wird die Tendenz dahin gehen, im Zweifel den unumständlichen Vorbehalt in den Vertrag aufzunehmen. Dies hat zur Konsequenz, dass in vielen Fällen, in denen der Vorbehalt „an sich“ nicht nötig gewesen wäre, die Aufmerksamkeit der Vertragsteile von den wesentlichen Vereinbarungen unnötig abgelenkt wird. Als verständliche Reaktion hierauf wird in der Praxis, wie erste Erfahrungen zeigen, wohl vielfach versucht, den Vorbehalt möglichst zu straffen. Ein anschauliches Beispiel dafür bietet der von *Hertel*<sup>55</sup> unterbreitete Formulierungsvorschlag:

Dem Käufer vorbehalten bleiben Schadensersatzansprüche bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und grobem Verschulden (§ 309 Nr. 7 BGB).

Der Vorbehalt erstreckt sich nicht ausdrücklich auf Verschulden des gesetzlichen Vertreters und Erfüllungsgehilfen. Soweit intendiert sein sollte, diese durch pauschale Verweisung auf § 309 Nr. 7 BGB in den Vorbehalt einzubeziehen, verstieße der Vorbehalt – zumindest bei privatschriftlicher Verwendung – gegen das sich aus § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB ergebende Transparenzgebot.<sup>56</sup> Der genaue Inhalt des Vorbehalts erschließt sich nur durch das Paragrafen-Zitat und ist damit einem „durchschnittlichen Vertragspartner“ unverständlich.<sup>57</sup>

Werden durch verkürzte Formulierungen des Vorbehalts die Rechte des Käufers, wenn auch unbeabsichtigt, inhaltlich eingeschränkt, so führt dies wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion jedoch wiederum ungewollt zu vollumfänglichen Sachmängelrechten des Käufers.

## B) Regelungsmöglichkeiten auf der Tatbestandsseite

Die soeben geschilderten Probleme einer erst auf der Rechtsfolgenseite einsetzenden Vertragsgestaltung legen es nahe, nach Gestaltungsmöglichkeiten auf der Tatbestandsseite zu suchen.

<sup>55</sup> ZNotP 2002, 126 (130).

<sup>56</sup> *Palandt/Heinrichs* (Fn. 5), § 305, Rdnr. 41; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 1150 (zur Regelung der Verjährung durch einen Verweis auf § 51 BRAO).

<sup>57</sup> Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Vorbehalt, wie im Formulierungsbeispiel von *Hertel*, im Rahmen einer notariellen Beurkundung Verwendung finden würde und vom Notar ausführlich und vollständig erläutert würde; doch dann stellte die Verweisung auf die gesetzliche Bestimmung keine Erleichterung des Beurkundungsverfahrens dar und sollte aus Gründen des „sicheren Weges“ der Vorbehalt in der Urkunde selbst ausformuliert werden. *Hertel* (Fn. 55, S. 129), der die mit dem Transparenzgebot verbundene Problematik durchaus erkennt, scheint der Ansicht zu sein, dass auch bei notarieller Beurkundung (und der dann zu unterstellenden pflichtgemäßen Belehrung) ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliege, wenn nur die Paragrafennummer zitiert werde; ob dieser Verstoß, wie *Hertel* meint, dann wirklich bereits dadurch ausgeschlossen würde, dass zusätzlich die Gesetzesüberschrift zitiert wird, erscheint zumindest zweifelhaft.

## 1. Festlegung, auf welcher der drei Stufen die Sachmängelfreiheit zu prüfen ist

Die auf der Tatbestandsseite ansetzende Gestaltung hat zunächst festzulegen, nach den Kriterien welcher der drei Stufen zu entscheiden ist, ob die Kaufsache sachmängelfrei ist. Als Beispiel möge der Kauf eines Bauplatzgrundstücks dienen.

*Beispiel 1:* Wird vereinbart, dass der Bauplatz zum Bau eines Wohnhauses mit zwei Vollgeschossen und aufgrund des vorgelagerten Landschaftsschutzgebietes mit unverbaubarem Alpenblick verkauft wird, entspricht der Bauplatz nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn sich herausstellt, dass er nicht unmittelbar an das Landschaftsschutzgebiet angrenzt und durch die Bebauung anderer vorgelagerter Bauparzellen der Alpenblick nicht gewährleistet ist. Aufgrund der Subsidiarität der Stufen<sup>58</sup>, ist im Beispielfall festgelegt, dass die Prüfung bereits auf der ersten Stufe stattfindet, und kommt es, weil er nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht, nicht mehr darauf an, ob der Bauplatz sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung der Bebauung mit einem zweigeschossigen Wohnhaus eignet.

*Beispiel 2:* Vereinbaren die Vertragsteile lediglich, dass der Bauplatz zum Bau eines Wohnhauses mit zwei Vollgeschossen gekauft wird, spielt die Lage des Grundstücks keine Rolle mehr, und setzt die Prüfung der Sachmängelfreiheit erst auf der zweiten Stufe der „vertraglich vorausgesetzten Verwendung“ ein.

*Beispiel 3:* Kauft der Käufer das Grundstück ohne weitere Vereinbarungen „als Bauplatz“, damit später möglicherweise eines seiner Kinder ein Wohnhaus am Ort bauen kann, ist subsidiär ausschließlich die dritte Stufe maßgeblich. Der Bauplatz ist sachmängelfrei, wenn er sich überhaupt zur Bebauung mit einem (sei es auch nur eingeschossigen) Wohnhaus eignet.<sup>59</sup>

Die Stufe, auf der die Sachmängelfreiheit zu prüfen ist, kann auch stillschweigend und konkludent vereinbart werden.<sup>60</sup> So wird vielfach beim Kauf eines als „Bauplatz“ bezeichneten Grundstücks dessen Bebaubarkeit und beim Kauf eines Gebrauchtwagens zumindest dessen Verkehrstauglichkeit<sup>61</sup> als „geschuldet“ gelten können, da der Verwendungszweck konkludent vereinbart wurde.

Wird nicht (ausdrücklich oder stillschweigend) festgelegt, auf welcher der drei Stufen die Frage nach der Sachmängelfreiheit zu beantworten ist, gelten aufgrund der Subsidiarität zumindest die Kriterien der untersten, dritten Stufe als Auffangtatbestand. Je alltäglicher ein Geschäft ist, um so häufiger wird es in der Vertragspraxis an einer vollständigen Vereinbarung der Beschaffenheit im Einzelnen fehlen.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Oben II. 3.

<sup>59</sup> Die zusätzlich erforderliche übliche, berechtigterweise vom Käufer zu erwartende Beschaffenheit (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB), wird ein Bauplatz in aller Regel aufweisen, es sei denn, er befände sich beispielsweise auf dem verfüllten Gelände einer früheren Mülldeponie.

<sup>60</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 213 (Fn. 11); *Palandt/Putzko* (Fn. 5), § 434 Rdnr. 17.

<sup>61</sup> Nach OLG Köln, NJW 1993, 271, soll allerdings der vereinbarte Gewährleistungsausschluss auch die Betriebs- und Verkehrssicherheit des Pkw umfassen.

<sup>62</sup> So ausdrücklich BT-Drucks. 14/6040, S. 213 (Fn. 11); ebenso *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (88).

## 2. Kombination mehrerer Stufen

Die dargelegte Subsidiarität der Stufen bedeutet nun aber nicht, dass die Prüfung der Sachmängelfreiheit für den gesamten Kaufgegenstand ausschließlich auf ein und derselben Stufe zu erfolgen habe. Dies wird besonders deutlich in § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB, der eben nicht lautet, „wenn die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“, sondern „soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“.<sup>63</sup>

Bei der Festlegung des Maßstabs der Sachmängelfreiheit können auch die Kriterien verschiedener Stufen miteinander kombiniert werden. Dies kann sowohl partiell (bezogen auf unterschiedliche Eigenschaften der Sache) als auch seriell (bezogen auf die kumulative Geltung der Kriterien mehrerer Stufen für ein und dieselbe Eigenschaft) geschehen.

### a) Partielle Kombination

In der Praxis wird die Sachmängelfreiheit hinsichtlich einzelner Eigenschaften der Sache durchaus auf unterschiedlichen Stufen definiert.

So mag vereinbart sein, dass der gekaufte Pkw nur dann sachmängelfrei ist, wenn er hinsichtlich der vereinbarten Farbe (Stufe 1) rot ist, sich von seiner Motorstärke her für den Verwendungszweck (Stufe 2) als Zugfahrzeug für einen Wohnwagen, ansonsten aber für die gewöhnliche Verwendung (Stufe 3) als verkehrssicheres Fahrzeug im Straßenverkehr eignet.

Sachmängelfreiheit ist in diesem Fall nur gegeben, wenn die Sache mit ihren partiellen Eigenschaften den Kriterien der jeweils maßgeblichen Stufe genügt. Der Pkw muss also hinsichtlich seiner Farbe, Motorstärke und Verkehrssicherheit den auf unterschiedlichen Stufen hieran zu stellenden Anforderungen genügen.

### b) Serielle Kombination

Wenn in obigem Beispielfall vereinbart würde, dass der Pkw über eine Motorstärke von 75 PS verfügen *und* sich mit seiner Motorisierung für die Verwendung als Zugfahrzeug eines Wohnwagens eignen müsse, läge ein Fall serieller Kombination verschiedener Stufen vor, weil er mit ein und derselben Eigenschaft „Motorstärke“ kumulativ den Anforderungen verschiedener Stufen genügen müsste. Wäre der Pkw tatsächlich 75 PS stark, entspräche er zwar der vereinbarten Beschaffenheit (Stufe 1); erweise er sich damit aber als zu schwach für ein Zugfahrzeug, eignete er sich nicht für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung (Stufe 2) und wäre dennoch mangelhaft. Der Pkw wäre also nur mangelfrei, wenn er gleichsam den Anforderungen aus der Schnittmenge beider Stufen genüge. Nur auf den ersten Blick scheint dieses Ergebnis im Widerspruch zu der Subsidiarität der Stufen<sup>64</sup> zu stehen, wonach eine Sache auch bei minderer Qualität sachmängelfrei ist, wenn sie der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. In Wirklichkeit wurde hier das Kriterium der Stufe 2 nur zur standardisierten Konkretisierung der Beschaffenheitsvereinbarung verwendet und ist damit letztlich Bestandteil der Beschaffenheitsvereinbarung geworden.

Ob und welche Stufen partiell oder seriell zu kombinieren sind, legen die Vertragsteile durch ihre Vereinbarungen fest,

die wiederum auch nur stillschweigend<sup>65</sup> getroffen werden können, und deren Inhalt nötigenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist.

## C) Besonderheiten beim Kauf gebrauchter Sachen?

### 1. Allgemeine Überlegungen

Stellt das Gesetz nunmehr ein verfeinertes Instrumentarium zur Verfügung, um die Sachmängelfreiheit und damit den Sachmangel zu bestimmen, bietet es sich an, davon auch beim Kauf gebrauchter Sachen Gebrauch zu machen. Das Gesetz stellt den subjektiven Fehlerbegriff in den Vordergrund<sup>66</sup> und geht geradezu davon aus, dass die Vertragsteile im Idealfall die Frage, wann eine Sache im rechtlichen Sinne frei von Sachmängeln ist, selbst beantworten.<sup>67</sup> Man würde die Intentionen des Gesetzgebers negieren, wollte man fortfahren, die Vertragsgestaltung weiterhin auf die Rechtsfolgenseite zu beschränken. In der Tat macht es gerade beim Kauf gebrauchter Sachen, die auch im Bewusstsein des Käufers nie völlig ohne Fehl und Tadel sein werden, wenig Sinn, erst einmal die Tretmine des Sachmangels zu legen, um diese dann auf der Rechtsfolgenseite wieder zu entschärfen, wobei die Entschärfung, wie oben gezeigt, nur mit großem Aufwand und Risiko, teilweise aber überhaupt nicht gelingt.

### 2. Kauf gebrauchter Sachen „wie besichtigt“

Stattdessen bietet es sich an, beim Kauf gebrauchter Sachen zu vereinbaren, dass der Verkäufer die Kaufsache nur in ihrem bei Besichtigung befindlichen Zustand schuldet, selbst wenn ihr Fehler anhaften. Schon bislang war der Kauf „wie besichtigt“ eine gängige Gestaltungsvariante nicht nur beim Kauf von Gebrauchtwagen, sondern auch beim Kauf gebrauchter Immobilien.

a) Die Klausel „wie besichtigt“ schreibt als geschuldete Beschaffenheit den Zustand der Sache zum Zeitpunkt der Besichtigung fest. Dies erscheint interessengerecht, da dieser Zustand zur Grundlage für die Bemessung des Kaufpreises gemacht wurde. Würde auf den Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses oder gar den der späteren Übergabe der Kaufsache abgestellt, gingen zwischenzeitliche Verschlechterungen zu Lasten des Käufers.<sup>68</sup>

Mit der Klausel „wie besichtigt“ wird aber auch zugleich vereinbart, dass der Käufer die Sache grundsätzlich nur mit den Fehlern, die bei Besichtigung unschwer erkennbar sind, als vertragsgemäße Erfüllung akzeptiert. Verborgene Fehler sind nach ganz h. M.<sup>69</sup> damit nicht ohne weiteres hinzunehmen.<sup>70</sup> Ob ein Fehler verborgen bleibt, wird sich aber auch nach Umfang und Intensität der Untersuchung der Kaufsache und der

<sup>65</sup> An dieser Stelle kann nicht eingegangen werden auf die Frage, in welchem Umfang bei beurkundungsbedürftigen Verträgen dieses stillschweigende Übereinkommen wenigstens andeutungsweise seinen Niederschlag in der Urkunde finden muss.

<sup>66</sup> Oben II. 2. a.E.

<sup>67</sup> So auch *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (88).

<sup>68</sup> *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (89).

<sup>69</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 1886 (1887), wonach „wie besichtigt“ nur diejenigen Mängel erfasse, die „bei einer den Umständen nach zumutbaren Prüfung und Untersuchung unschwer erkennbar“ seien; *H. P. Westermann* (Fn. 16), § 476, Rdnr. 8 m.w.N.; *Palandt/Putzo* (Fn. 5), § 476, Rdnr. 7 m.w.N.

<sup>70</sup> Krit. zu der vornehmlich im Bereich des Gebrauchtwagenhandels ergangenen Rspr. allerdings *H. P. Westermann* (Fn. 69), der diese Rspr. nur deswegen als hinnehmbar bezeichnet, weil mit dem Zusatz „und unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ ein Haftungsausschluss auch für verborgene Mängel erreichbar sei.

<sup>63</sup> Und noch deutlicher formulieren könnte „wenn und soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist“.

<sup>64</sup> Oben II. 3.

Sachkunde desjenigen, der die Kaufsache prüft, richten. Je intensiver und sachkundiger die Prüfung durchgeführt wird, umso konkreter ist die Vereinbarung der Beschaffenheit „wie besichtigt“.

Durch einen Kauf „wie besichtigt“ wird der – wenn auch möglicherweise fehlerhafte – Zustand der Sache bei Besichtigung als die geschuldete Beschaffenheit vereinbart. Die Verschaffung der Sache in diesem Zustand ist einerseits ausreichend zur vertragsgemäßen Erfüllung, andererseits aber auch erforderlich hierfür; die Sache darf also auch nicht negativ von dem Zustand abweichen, in dem sie sich bei Besichtigung befunden hat. Letztlich treffen die Vertragsteile bei einem Kauf „wie besichtigt“ somit eine Beschaffenheitsvereinbarung.

b) Wird die Sache „wie besichtigt“ gekauft, heißt dies nicht, der Käufer müsse damit zwangsläufig auch alle Fehler, und seien sie noch so gravierend, hinnehmen.

Der Käufer eines gebrauchten Wohnhauses, das über keine funktionsfähige Abwasserbeseitigungsanlage verfügt, muss sich, selbst wenn der Verkäufer diesen Umstand nicht arglistig verschwiegen hatte, nicht darauf verweisen lassen, er habe das Haus „wie besichtigt“ gekauft. Sollte die Formulierung wirklich wörtlich so verwendet worden sein, könnte der Käufer wohl zu Recht geltend machen, dass bei seiner im üblichen Rahmen erfolgten Hausbesichtigung der Fehler gar nicht zu Tage treten konnte, von ihm also auch nicht „besichtigt“ und damit nicht akzeptiert wurde.<sup>71</sup> Vor allem aber wird bei einem Kauf „wie besichtigt“ vielfach zumindest stillschweigende Übereinstimmung dahingehend bestehen, dass sich die Kaufsache trotz aller grundsätzlich hingenommenen Fehler dennoch für „die gewöhnliche Verwendung“ eignen müsse. Ohne funktionsfähige Abwasserbeseitigungsanlage eignet sich ein Wohnhaus aber nicht für die gewöhnliche Verwendung. Damit liegt ein Fall serieller Kombination der Kriterien mehrerer Stufen (Stufen 1 und 3) vor, so dass die Kaufsache nur dann sachmängelfrei ist, wenn sie der Schnittmenge der Anforderungen beider Stufen entspricht.<sup>72</sup> Die Kriterien der dritten Stufe sind damit in die Beschaffenheitsvereinbarung einbezogen worden. Somit wird im Beispielsfall durch die Beschaffenheitsvereinbarung einerseits der bei Besichtigung vorgefundene Ist-Zustand als Soll-Zustand festgelegt und klar gestellt, dass nicht jeder Fehler der Sache als Sachmangel im rechtlichen Sinne gilt. Zugleich beinhaltet die Beschaffenheitsvereinbarung andererseits aber auch, dass sich die Sache zumindest grundsätzlich für die gewöhnliche Verwendung eignen muss.

Will man sich beim Kauf gebrauchter Immobilien nicht mit stillschweigendem Übereinkommen begnügen, ließe sich in etwa formulieren:

Das Kaufobjekt wird in dem bei Besichtigung befindlichen Zustand mit allen etwaigen, auch verborgenen, Fehlern verkauft, wobei jedoch die Ver- und Entsorgungseinrichtungen, wie Heizung, Wasser- und Abwasseranlagen funktionstauglich sein müssen. Weitere Vereinbarungen über die Beschaffenheit des Kaufobjekts werden nicht getroffen. Der Verkäufer versichert, dass ihm verborgene Mängel nicht bekannt sind.<sup>73</sup>

<sup>71</sup> S. oben III. C) 2. a) a.E.

<sup>72</sup> S. oben III. B) 2. b).

<sup>73</sup> Auch *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (90 f.) empfiehlt für „besonders kostenträchtige Bestandteile des Vertragsobjekts“ eine Ergänzung der abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung.

c) Entspricht die Sache zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) dieser geschuldeten, wenn auch fehlerhaften, Beschaffenheit, hat der Verkäufer diesbezüglich seine Vertragspflichten erfüllt. Es wäre verfehlt, Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels auszuschließen, wenn ein solcher nicht vorliegt.<sup>74</sup>

Wieso sollte der Verkauf eines abbruchreifen Hauses an einen Käufer, der das Haus erklärtermaßen abreißen möchte, um das Grundstück anderweitig zu verwerten, zunächst als Verletzung vertraglicher Pflichten zu betrachten sein, die erst auf der Rechtsfolgenseite sanktionslos gestellt wird, indem alle aus dieser vermeintlichen Pflichtverletzung sich ergebenden Ansprüche ausgeschlossen werden?<sup>75</sup>

Vielmehr eignet sich in diesem Fall das Haus für den vertraglich festgelegten Verwendungszweck. Damit ist es frei von Sachmängeln im Sinne des Gesetzes. Juristische Donquichotterie betriebe, wer hier Sachmängelrechte des Käufers ausschließen wollte, die nicht entstanden sein können.

d) *Hertel*<sup>76</sup>, der diesem Ansatz der auch von *Kornexl*<sup>77</sup> befürworteten Tatbestandslösung grundsätzlich zustimmt, meint nun aber, die abstrakte<sup>78</sup> Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ sei nicht ausreichend.

Ausgehend von Überlegungen zum Verbrauchsgüterkauf meint *Hertel* im Ergebnis, dass im allgemeinen Kaufrecht nicht sein könne, was beim Verbrauchsgüterkauf nicht sein dürfe (§ 475 Abs.1 BGB). Sedes materiae der Beschaffenheitsvereinbarung sei § 434 BGB und damit das allgemeine Kaufrecht. Daraus schließt *Hertel*, die Vertragsteile müssten sich über den konkreten „Mangel“ einig sein bzw. dieser müsse dem Käufer bekannt sein. Als Begründung gibt *Hertel* zu bedenken, dass ansonsten beim Stückkauf ein Sachmangel kaum noch möglich sei, da dabei immer eine Sache mit ihrer individuellen Beschaffenheit verkauft werde und damit immer eine pauschale Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werde. *Hertel* beruft sich in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung<sup>79</sup>, die Klauseln „gekauft wie besichtigt“ nicht als auch bisher mögliche pauschale Beschaffenheitsvereinbarung, sondern als Gewährleistungsausschluss verstanden habe.

Dem ist aus mehreren Gründen zu widersprechen.

aa) Richtig ist sicherlich, dass sedes materiae der Beschaffenheitsvereinbarung das allgemeine Kaufrecht ist. Doch daraus, dass möglicherweise im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts eine abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung unzulässig wäre, kann nicht geschlossen werden, dass dies auch im allgemeinen Kaufrecht so sein müsse. Ganz im Gegenteil

<sup>74</sup> Ebenso *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (88); auch *Hertel*, ZNotP 2002, 126 stimmt insoweit diesem dogmatischen Ausgangspunkt der Regelung auf der Tatbestandsseite zu.

<sup>75</sup> Die Problematik erinnert an die im Strafrecht geführte Diskussion darüber, ob es angehen könne, lege artis ausgeführte ärztliche Eingriffe als tatbestandsmäßige Körperverletzungen zu betrachten und diese erst bei Prüfung der Rechtswidrigkeit deswegen straffrei zu stellen, weil sie mit Einwilligung erfolgten.

<sup>76</sup> ZNotP 2002, 126 (127).

<sup>77</sup> ZNotP 2002, 86 (88 ff.).

<sup>78</sup> *Hertel* (Fn. 74) bezeichnet sie als „pauschale“ Beschaffenheitsvereinbarung.

<sup>79</sup> Insbesondere BGHZ 74, 383 = NJW 1979, 1886 (*Hertel* ZNotP 2002, 126,128); zugleich wird auch Literatur zitiert (*Hertel*, a.a.O., Fn. 9: MünchKomm/H. P. *Westermann*, BGB, 3. Aufl. 1995, § 476 BGB, Rdnr. 8 ff.; *Palandt/Putzo*, BGB, 61. Aufl. 2002, vor § 459 BGB, Rdnr. 27).

liegt eher der Umkehrschluss nahe, dass das, was erst die Sondervorschrift (§ 475 Abs. 1 BGB) für unzulässig erklärt, im allgemeinen Kaufrecht zulässig ist. Das allgemeine Kaufrecht und insbesondere die Vereinbarung der geschuldeten Beschaffenheit der Kaufsache unterliegen aber dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.<sup>80</sup>

bb) *Hertel* lässt die Frage offen, wann eine Beschaffenheitsvereinbarung aufhört, hinreichend konkret zu sein und – aus seiner Sicht – unzureichend abstrakt zu werden beginnt. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie wird vermutet, dass Verbrauchsgüter vertragsgemäß sind, wenn sie „mit der vom Verkäufer gegebenen Beschreibung übereinstimmen und die Eigenschaften des Gutes besitzen, das . . . als Probe oder Muster vorgelegt“ wurde.<sup>81</sup>

Das Erfordernis der „vom Verkäufer gegebenen Beschreibung“ scheint zunächst für die von *Hertel* geforderte konkrete Beschaffenheitsvereinbarung zu sprechen; jedoch ist zu bedenken, dass die Richtlinie auch den Gattungskauf zu berücksichtigen hatte, während sich beim Stückkauf die dem Käufer vorliegende Sache weitestgehend „selbst beschreibt“. Der Gesetzgeber hat die in der Richtlinie dargelegte Vermutung als dem deutschen Recht fremd nicht in das Gesetz übernommen; in Anlehnung an Erwägungsgrund (8) der Richtlinie wurde in der Gesetzesbegründung aber klargestellt, die „genannten Kriterien können jedoch auch dazu verwendet werden, die Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache zu bestimmen“.<sup>82</sup> Wenn danach beim Gattungskauf schon die Vorlage eines Modells zur Festlegung der Sollbeschaffenheit tauglich ist, muss dies umso eher durch Verwendung der Kaufsache selbst möglich sein, wie *Kornexl*<sup>83</sup> zu Recht betont. Zumal dann, wenn der Käufer die Kaufsache selbst oder unter Inanspruchnahme sachkundiger Dritter intensiv geprüft oder erprobt hat, ist mit der abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ die geschuldete Beschaffenheit in vielen Fällen konkreter vereinbart als durch eine noch so ausführliche „konkrete Beschaffenheitsvereinbarung“.

cc) *Hertel* gelangt zu der zutreffenden Überzeugung, dass die von ihm geforderte konkrete Beschaffenheitsvereinbarung häufig nicht praktikabel sei.<sup>84</sup> Ob eine beim Altbauverkauf allenfalls mögliche „eingeschränkte konkrete Beschaffenheitsvereinbarung“<sup>85</sup> überhaupt Sinn macht, lässt *Hertel*<sup>86</sup> offen, neigt aber dann doch der Ansicht zu, sie könne in einem späteren Rechtsstreit den Streitstoff entschärfen. M. E. steht im Gegenteil zu befürchten, dass solche „umrisshaften Beschaffenheitsvereinbarungen“<sup>87</sup> mehr Streitfragen aufwerfen als entschärfen. Abgesehen von der nach *Hertel* zu klärenden Vorfrage, ab wann die Beschaffenheitsvereinbarung hinreichend konkret ist, würde beispielsweise der von *Brambring*<sup>88</sup>

unterbreitete und von *Hertel*<sup>89</sup> aufgegriffene Vorschlag, ein Baujahr des Gebäudes anzugeben, weiteres Streitpotenzial in sich bergen.

Sollte der Verkäufer, der bei Altbauten und mehrfachem Eigentumswechsel oft gar nicht in der Lage sein wird, ein Baujahr zuverlässig anzugeben, sich dennoch darauf einlassen, könnte eine – wenn auch unwissentlich – falsche Angabe gerade erst zum Anlass genommen werden, Sachmängelrechte geltend zu machen. So beispielsweise, wenn das Gebäude tatsächlich einige Jahre früher als angegeben gebaut wurde und nach den damals geltenden Regeln der Baukunst oder den damals gültigen Bauvorschriften gesundheitsschädliche Baustoffe verwendet werden durften und tatsächlich verwendet wurden, die im angeblichen Baujahr üblicherweise bereits nicht mehr verwendet wurden oder verboten waren. Was ist, wenn ein Verbrauchervertrag vorlag, der Verkäufer bei der falschen Angabe des Baujahrs zumindest fahrlässig handelte und der Käufer wegen der gesundheitsgefährdenden Baustoffe tatsächlich erkrankte (§ 309 Nr. 7 a BGB)?

dd) Wenn *Hertel* geltend macht, schon bisher sei die Klausel „wie besichtigt“ nicht als abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung, sondern als Gewährleistungsausschluss verstanden worden, beruft er sich zu Unrecht auf die von ihm zitierte Rechtsprechung. Sowohl die zitierte Rechtsprechung als auch die Literatur haben Klauseln beurteilt, die gerade anders lauteten als zitiert, nämlich „gekauft wie besichtigt und unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung (Hervorhebung vom Verf.)“<sup>90</sup>. Es ging hierbei um die Frage, ob die Klausel im Hinblick auf die Unklarheitenregel des § 5 AGBG insofern unwirksam sei, als „wie besichtigt“ sich nicht auf verborgene Mängel erstrecken könne, hingegen „unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung“ auch diese umfasse. Der BGH<sup>91</sup> befindet hierzu wörtlich: „Die Klausel insgesamt („unter Ausschluss jeder Gewährleistung“) bringt jedoch hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Haftung für sämtliche, auch verborgene Mängel . . . ausgeschlossen werden soll.“

Somit wurde auch bislang von der h. M. die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung *allein* nicht als Ausschluss der Sachmängelrechte verstanden.

ee) Nach Auffassung *Hertels*<sup>92</sup> kann mangels konkreter Beschaffenheitsvereinbarung auf der Tatbestandsseite allenfalls noch die Kenntnis des Käufers vom Mangel zu einer Einschränkung der Sachmängelrechte des Käufers führen. Die Grenzen zwischen konkreter Beschaffenheitsvereinbarung und Kenntnis des Sachmangels werden nicht selten fließend sein.<sup>93</sup> Wer die Kaufsache in Kenntnis ihres Mangels kauft, wird häufig damit akzeptieren, dass der Verkäufer die Sache auch nur mit dieser Beschaffenheit schuldet, und damit zugleich eine Beschaffenheitsvereinbarung treffen. Der Ausschluss der Sachmängelrechte des Käufers bei Kenntnis des Mangels dient letztlich als Auffanglösung für die Fälle, in denen der Mangel zwar nicht vertraglich hingenommen wird, der Käufer sich aber treuwidrig verhalten würde, wenn er die Sache in Kenntnis ihrer Fehler gekauft hat, diese dann aber reklamiert.<sup>94</sup>

Festzuhalten bleibt aber Folgendes: Kennt ausschließlich der Verkäufer den Mangel und verschweigt ihn arglistig, lässt

<sup>80</sup> So im Ergebnis auch *Huber*, Festschrift für Henrich, 2000, S. 297 (316 f.); *Haas*, BB 2001, 1313 (1319); *Heinze/Salzig* (Fn. 18); *Kornexl*, ZNotP 2002, 131 (132).

<sup>81</sup> Vgl. hierzu auch *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (90), der allerdings die Richtlinie in diesem Punkt nicht vollständig („vom Verkäufer gegebene Beschreibung“) zitiert und bereits aus „Probe oder Muster“ die Zulässigkeit der abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung durch Vorlage eines konkreten Gegenstandes herleitet.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 212.

<sup>83</sup> ZNotP 2002, 86 (90).

<sup>84</sup> Ebenso *Kornexl*, ZNotP 2002, 86 (89).

<sup>85</sup> Wie sie etwa von *Brambring* in *Amann/Brambring/Hertel* (Fn. 5), S. 308 vorgeschlagen wird.

<sup>86</sup> ZNotP 2002, 126 (128).

<sup>87</sup> *Hertel* (Fn. 86).

<sup>88</sup> Fn. 85.

<sup>89</sup> ZNotP 2002, 126 (128).

<sup>90</sup> Vgl. *H. P. Westermann* (Fn. 16), § 476, Rdnr. 8.

<sup>91</sup> NJW 1979, 1886 (1887).

<sup>92</sup> ZNotP 2002, 126 (127).

<sup>93</sup> *Hertel*, ZNotP 2002, 126.

<sup>94</sup> *H. P. Westermann*, (Fn.16), § 460, Rdnr. 1.

schon das Gesetz (§ 444 BGB) vertragliche Einschränkungen der Mängelrechte nicht zu. Kennt umgekehrt der Käufer den Mangel, werden dessen Mängelrechte wiederum durch das Gesetz (§ 442 BGB) ausgeschlossen. Damit hält bereits das Gesetz eine adäquate Regelung bereit, wenn zumindest einer der Vertragsteile den Mangel kennt. Wie *Kornexl*<sup>95</sup> zu Recht betont, ist somit gesetzlich zulässig und geboten nur die Regelung der Frage, wer das Risiko *beiderseits* unerkannter Mängel zu tragen hat. Auch die bisherige Rechtsfolgenlösung hatte aus diesen Gründen eigenständige Bedeutung nur für den Fall beiderseits unerkannter Mängel, also in Fällen, in denen sich die Vertragsteile gerade nicht über einen konkreten Mangel einig sein konnten. Somit aber geht die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ auch bei beiderseits unerkannten Mängeln in ihren Rechtswirkungen nicht über die bisherige Rechtsfolgenlösung hinaus. Im Gegenteil: Legt man die h. M. zugrunde, wonach die Klausel „wie besichtigt“ verborgene Mängel nicht einschließt, bliebe die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung sogar in ihren Wirkungen hinter dem Ausschluss der Sachmängelrechte, der auch verborgene Mängel umfasst, zurück. Müsste für eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung der Mangel ebenso konkret feststehen wie im Falle der Kenntnis des Käufers, führte dies im Übrigen zu einem wenig plausiblen Ergebnis: Es könnte zwar wirksam vereinbart werden, dass die Verschaffung einer Sache als vertragsgemäße Erfüllung gilt, wenn der Fehler konkret feststeht, nicht aber, wenn er nur als möglich erscheint.

Eine wirksame Beschaffenheitsvereinbarung setzt daher – zumindest im allgemeinen Kaufrecht – nicht voraus, dass sich die Vertragsteile über konkrete Mängel einig sind. Die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ ist ausreichend. Sie sollte jedoch zum Ausdruck bringen, dass sie auch und gerade beiderseits unerkannte Mängel umfasst, um deren Risikoausgleich es in der Praxis hauptsächlich geht. Daher sei an dieser Stelle klargestellt, dass bei den weiteren Ausführungen mit der in Kurzform wiedergegebenen Klausel „wie besichtigt“ solche Beschaffenheitsvereinbarungen gemeint sind, die auch beiderseits unerkannte Mängel einschließen.<sup>96</sup>

### 3. Beschränken die bei der Gestaltung auf der Rechtsfolgenseite bestehenden Grenzen auch die Gestaltungsmöglichkeiten auf der Tatbestandsseite?

#### 3.1. Allgemeine gesetzliche Grenze der Arglist und Beschaffenheitsgarantie (§ 444 BGB)

##### a) Arglist

Wollte man annehmen, durch eine Beschaffenheitsvereinbarung wäre der fehlerhafte Ist-Zustand der Kaufsache uneingeschränkt mit dem geschuldeten Soll-Zustand gleichgesetzt, so könnte auf den ersten Blick der Eindruck entstehen, dass ein arglistiges Verschweigen eines Mangels ausgeschlossen sei, weil es den Mangel per definitionem nicht mehr gäbe. Denn der Käufer würde beim Kauf „wie besichtigt“ die Kaufsache in ihrem bestehenden Zustand, also auch mit allen versteckten Fehlern, als vertragsgemäße Erfüllung akzeptieren. Dieser erste Blick trägt aus folgendem Grund: Die Arglist setzt gerade voraus, dass die Kenntnis des Fehlers Einfluss auf die Kaufentscheidung gehabt hätte, die Kaufsache somit negativ von den subjektiven Vorstellungen des Käufers von

deren Beschaffenheit oder Verwendbarkeit abweicht. Arglist kann somit nur vorliegen, wenn die Beschaffenheitsvereinbarung sich eben nicht darin erschöpft, den Ist-Zustand der Sache mit allen verborgenen Mängeln als den geschuldeten Soll-Zustand festzuschreiben. Vielmehr setzt die Arglist voraus, dass die Sache sich gerade nicht in dem vom Käufer vorausgesetzten Umfang für dessen Zwecke eignet und der Käufer sie sonst nicht oder nicht zu den selben Konditionen gekauft hätte. Es liegt also ein Fall der seriellen Kombination<sup>97</sup> vor, da die vereinbarte Beschaffenheit um die Kriterien der zweiten oder dritten Stufe erweitert wurde. Damit liegt aber bei Arglist zwangsläufig ein Mangel vor. Die Arglist hat gleichsam den Mangel zur Bedingung.

Die von *Kornexl*<sup>98</sup> als Vertreter der Tatbestandslösung geäußerte Befürchtung, durch die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ ergebe sich eine Gesetzeslücke, die es durch ergänzende Erklärungen des Verkäufers zu schließen gelte, erweist sich somit als unbegründet.

##### b) Beschaffenheitsgarantie

Eine Beschaffenheitsgarantie kann durch eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht ausgehöhlt werden, da sie diese als Minus voraussetzt. Die Gefahr, Einschränkungen der Sachmängelrechte, die auf der Rechtsfolgenseite unwirksam wären, unzulässigerweise auf die Tatbestandsseite zu verlagern, besteht somit nicht.

### 3.2. Besondere Grenzen durch Sondervorschriften

#### a) Verbrauchsgüterkauf

Im Sonderfall des Mitverkaufs von Zubehör im Rahmen eines Immobilienkaufs ist Verbrauchsgüterkaufrecht nicht anwendbar.<sup>99</sup> Zumindest bis zur wünschenswerten Klarstellung des Gesetzgebers wird man in der Praxis bei vorsichtiger Vertragsgestaltung diese Überzeugung durch die nachfolgenden Überlegungen ergänzen.

Das Gesetz erklärt ausschließlich im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts bestimmte Vorschriften des Sachmängelrechts, so auch § 434 BGB, für unabdingbar (§ 475 Abs. 1 Satz 1 BGB) und lässt deren Umgehung durch andere Gestaltungen nicht zu (§ 475 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Dies bestätigt im Umkehrschluss, dass außerhalb des Verbrauchsgüterkaufrechts das Sachmängelrecht grundsätzlich der privatautonomen Gestaltung zugänglich ist.<sup>100</sup>

##### aa) Unabdingbarkeit

Zum einen ist also zu prüfen, ob unabdingbare Sachmängelvorschriften (§ 475 Absatz 1 Satz 2 BGB) durch entsprechende Gestaltungen auf der Tatbestandsseite nicht letztlich doch abbedungen werden. Wenn aber vereinbart wird, dass eine Sache in ihrem bestehenden Zustand und trotz ihrer Fehler der vertragsgemäßen Beschaffenheit entspricht, wird lediglich festgelegt, wie weit die Anforderungen an die geschuldete Beschaffenheit gehen.<sup>101</sup> Damit wird § 434 BGB

<sup>97</sup> S. oben III. B) 2. b).

<sup>98</sup> ZNotP 2002, 86 (90); ZNotP 2002, 131 (133, Fn. 12).

<sup>99</sup> Wie oben III. A) 3 a) gezeigt wurde.

<sup>100</sup> S. oben III. A) 2.

<sup>101</sup> So auch ausdrücklich *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530 (536): „Wohl aber macht § 434 klar – und das ist mit der Richtlinie vereinbar –, dass die Bestimmung der geschuldeten Beschaffenheit der Sache der Parteivereinbarung unterliegt, was gerade beim Kauf gebrauchter Güter praktisch werden könnte (Beispiel: Gebrauchtwagenkauf).“ Ebenso: *Huber*, Festschrift für Henrich, 2000, S. 297 (309).

<sup>95</sup> ZNotP 2002, 131 (132).

<sup>96</sup> S. das Formulierungsbeispiel oben III. C) 2. b) a. E.

nicht abbedungen, sondern nur insoweit angewandt, als sich die Sachmängelfreiheit einer Sache in erster Linie gerade danach beurteilen soll, ob sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist.<sup>102</sup>

§ 434 BGB wäre nur dann abbedungen, wenn eine Sache als sachmängelfrei fingiert würde, die nicht der vereinbarten Beschaffenheit oder den Kriterien einer der subsidiär maßgeblichen anderen beiden Stufen dieser Vorschrift entspräche. Während somit die Beschaffenheitsvereinbarung als solche § 434 BGB nicht abbedingen kann, ist allenfalls zu erwägen, ob im Einzelfall die Beschaffenheitsvereinbarung gegen das Umgehungsverbot verstößt (hierzu sogleich unten bb).

*Hertel*<sup>103</sup> hingegen geht davon aus, dass ein Gebrauchtwagenhändler, der seine Autos „so verkauft, wie sie auf dem Hof stehen“ mit dieser abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung die Sachmängelrechte des Käufers bereits unzulässig abbedingt und sich die Unzulässigkeit dieser Klausel nicht erst aus dem Umgehungsverbot ergibt. *Hertel* gebraucht dabei das Beispiel, dass der Händler das Auto als Unfallwagen verkauft; die Eigenschaft als Unfallwagen begründe keinen Sachmangel. Seien aber zusätzlich noch die Bremsen defekt, ohne dass hierzu etwas vereinbart wurde, läge ein Sachmangel vor, für den der Verkäufer einzustehen habe. *Hertel* begründet dies damit, dass die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ nicht den Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB entspreche.<sup>104</sup> Mit diesem Beispiel lassen sich sehr anschaulich die unterschiedlichen Ansätze und damit auch Ergebnisse der Tatbestandslösung einerseits und der Rechtsfolgenlösung andererseits illustrieren.

Nach der von mir vertretenen Ausgestaltung der Tatbestandslösung hätte der Käufer für den Fall, dass auch die Bremsen des Unfallwagens defekt wären, durchaus auch Sachmängelrechte, da das Auto eben nicht in allen Belangen der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Zwar würde sein Zustand den Anforderungen „wie besichtigt“ und (nur) „Unfallwagen“ genügen, nicht jedoch dem zumindest stillschweigend als weiteres Beschaffenheitsmerkmal vereinbarten Kriterium der dritten Stufe „Eignung für die gewöhnliche Verwendung“ als verkehrstaugliches Fahrzeug. Danach würden sich die Sachmängelrechte des Käufers aber auf die defekten Bremsen beschränken.

Nach der von *Hertel* als Anhänger der Rechtsfolgenlösung vertretenen Auffassung wäre die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ als unzulässige Abbedingung der Mängelrechte insgesamt unwirksam. Damit würden bei nicht von der Beschaffenheitsvereinbarung „Unfallwagen“ erfassten Fehlern subsidiär die Kriterien der untersten Stufe gelten. Der Händler müsste für alle Mängel, die nicht mit dem Unfall zusammenhängen, vollumfänglich einstehen.<sup>105</sup>

An dem genannten Beispiel zeigt sich im Übrigen sehr deutlich, wie problematisch sich die Abgrenzung der nach *Hertel* unzureichenden abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung von

der von ihm für erforderlich gehaltenen konkreten Beschaffenheitsvereinbarung darstellt. Die Beschaffenheitsvereinbarung „Unfallwagen“ soll nach *Hertels* Ansicht als konkrete Beschaffenheitsvereinbarung ausreichen, einen Sachmangel auszuschließen. Was aber ist mit der Bezeichnung als „Unfallwagen“ konkret ausgesagt? Welche Teile des Fahrzeugs wurden von dem Unfall in Mitleidenschaft gezogen? Wie schwer war der Unfall und wie nachhaltig hat er sich auf die Qualität des Wagens ausgewirkt? Wollte man, wie *Hertel* das vorzuschweben scheint, an eine ausreichend konkrete Beschaffenheitsvereinbarung die gleichen Anforderungen wie an die Kenntnis des Käufers von einem Mangel stellen, wäre die Beschaffenheitsvereinbarung „Unfallwagen“ allein – anders als *Hertel* dies in seinem Beispiel annimmt – ebenso wenig ausreichend. Würde man verlangen, dass der Verkäufer die Mängel detailliert auflistet, wäre das bei komplexeren Kaufgegenständen, wie einem Gebrauchtwagen, unpraktikabel. Sollte, wenn der Unfallwagen zum „Ausschlachten“ gekauft wurde, auch eine konkrete Beschaffenheitsvereinbarung erforderlich sein, die alle Mängel penibel aufführt, um den Verkäufer vor Sachmängelansprüchen für den Fall zu bewahren, dass der Wagen weniger Verwertbares hergibt, als der Käufer angenommen hatte? Die Beispiele der für den Straßenverkehr und zum „Ausschlachten“ gekauften Unfallwagen veranschaulichen im Übrigen nochmals, dass die Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ sich eben nicht in einer pauschalen, undifferenzierten Festlegung des Status quo erschöpfen muss und in aller Regel auch nicht erschöpfen wird. Vielmehr wird sich eine solcherart getroffene Beschaffenheitsvereinbarung durch partielle oder serielle Kombination mit weiteren Kriterien anderer Stufen und die Untersuchung der Kaufsache regelmäßig als weitaus weniger abstrakt erweisen, als *Hertel* dies anzunehmen scheint.

#### bb) Umgehung

Schon eher könnte man bei einem Kauf „wie besichtigt“ an eine nach § 475 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls unzulässige Umgehung der Sachmängelrechte denken. Einigkeit besteht im Ergebnis wohl darüber, dass die Sachmängelrechte des Verbrauchers nicht zur Disposition der Vertragsteile stehen und auch nicht mittelbar durch restriktive Festlegungen der Soll-Beschaffenheit unzulässig eingeschränkt werden dürfen.<sup>106</sup> Andererseits führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die Umgehung der Sachmängelrechte den Sachmangel voraussetzt und dieser sich in erster Linie nach der vereinbarten Beschaffenheit definiert. Während die Festlegung der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Kaufsache weitestgehend der Privatautonomie der Parteien überlassen bleiben muss, ist der Kernbereich der Rechte des Käufers nicht disponibel. Die Grenzziehung zwischen zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und unzulässiger Umgehung erweist sich als überaus schwierig. Dies umso mehr, als man juristisches Neuland betritt, in dem sich nur wenige, teils auch nur flüchtige, Spuren finden.

Der Versuch einer Grenzziehung wird folgende Grenzpunkte berücksichtigen müssen: Die Umgehung setzt voraus, dass durch eine Beschaffenheitsvereinbarung

- (1) das Risiko des Auftretens eines von beiden Vertragsteilen *unerkannten* Mangels
- (2) *bewusst* vom Käufer übernommen wird und
- (3) dessen Sachmängelrechte hierdurch mittelbar unzulässig durch die *Fiktion vertragsgemäßer Beschaffenheit* eingeschränkt werden.

<sup>102</sup>Dabei wird nicht verkannt, dass der Wortlaut des Gesetzes, wonach nicht zum Nachteil des Verbrauchers von „den Vorschriften dieses Untertitels“ abgewichen werden darf, weiter reicht als die Vorgabe der Richtlinie, nach deren Art. 7 Abs. 1 die „gewährten Rechte unmittelbar oder mittelbar“ nicht eingeschränkt werden dürfen (Hervorhebungen vom Verf.).

<sup>103</sup>ZNotP 2002, 126 (127).

<sup>104</sup>S. hierzu oben III. C) 2. d).

<sup>105</sup>Wenngleich auch zu berücksichtigen ist, dass es sich um eine gebrauchte Sache handelt (s. hierzu sogleich unter bb).

<sup>106</sup>*Ehmann/Rust* JZ 1999, 853 (860); *Kessler*, ZRP 2001, 70; *Kainer*, AnwBl. 2001, 380 (388).

Dabei wird sich jedoch zeigen, dass nicht jede abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ als unzulässige Umgehung stigmatisiert werden kann.

(1) Eine Umgehung setzt denotwendigerweise voraus, dass ein von beiden Vertragsteilen nicht erkannter<sup>107</sup> Sachmangel auftaucht, der durch eine Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ gleichsam verdeckt werden soll. Nicht jeder zusätzlich auftretende Fehler führt jedoch zu einem Sachmangel im rechtlichen Sinne.

Würden die Vertragsteile zur Sachmängelfreiheit keinerlei Vereinbarungen treffen, käme damit automatisch die Aufanglösung der subsidiären dritten Stufe zum Tragen. Der Käufer einer gebrauchten Sache kann aber gerade keine einer neuwertigen Sache vergleichbare Qualität erwarten. Die dem Alter und Nutzungsgrad der Sache entsprechenden, üblichen Fehler muss der Käufer hinnehmen.<sup>108</sup> Um nochmals das Beispiel des Gebrauchtwagenverkaufs zu bemühen: Allenfalls könnte darüber gestritten werden, ob der Gebrauchtwagen mit seinen Fehlern der Beschaffenheit entspricht, die bei einem Gebrauchtwagen seines Alters und seiner Fahrleistung „üblich ist“ (so der Gesetzeswortlaut). Diesen Punkt stellen die Vertragsteile außer Streit, wenn sie durch den Kauf „wie besichtigt“ eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung treffen. Ich neige infolge der dargelegten Subsidiarität der Stufen<sup>109</sup> und der Festlegung des maßgeblichen Zeitpunkts (Besichtigung) dazu, in dieser Beschaffenheitsvereinbarung eine solche im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zu sehen, die durch Kriterien der dritten Stufe aufgefüllt wird. Man könnte aber auch erwägen, in einer solchen Beschaffenheitsvereinbarung eine Konkretisierung zu sehen für die „Beschaffenheit . . ., die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach Art der Sache<sup>110</sup> erwarten kann“ (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Dann könnte aber von Umgehung zumindest so lange nicht gesprochen werden, als es sich bei der Klausel „wie besichtigt“ wirklich nur um eine Konkretisierung dieser Beschaffenheit handelt und nicht die Sachmängelfreiheit damit lediglich fingiert werden soll. Diese Erkenntnis eignet sich für die Kontrollüberlegung, dass auch dann, wenn man eine Beschaffenheitsvereinbarung nach Stufe 1 annimmt, von einer Umgehung zumindest nicht ausgegangen werden kann, so lange sich auch diese Beschaffenheitsvereinbarung im soeben skizzierten Rahmen hält. Danach kann von Umgehung frühestens gesprochen werden, wenn selbst das Niveau der dritten Stufe unterschritten wird.

Auf welcher der drei Stufen des § 434 BGB diese Prüfung stattfindet, muss aber auch beim Verbrauchsgüterkauf der Vereinbarung der Vertragsteile überlassen bleiben. Auch im Bereich des Verbrauchsgüterkaufrechts muss es weiterhin möglich sein, einen Pkw zum „Ausschlachten“ zu verkaufen, der, obwohl nicht den Kriterien der dritten Stufe genügend, im rechtlichen Sinne sachmängelfrei ist, weil er sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet.<sup>111</sup> Stellt sich dann beim „Ausschlachten“ heraus, dass der Pkw als Ersatzteilla-

ger weniger hergibt als vom Käufer erwartet, eignet er sich dennoch für den vereinbarten Verwendungszweck und ist rechtlich mängelfrei. Eine Umgehung kann somit (mangels Mangel) nicht vorliegen.

Dasselbe gilt, wenn der Käufer den von ihm begehrten Oldtimer ohne „Wenn und Aber“ kaufen möchte, weil er ein Modell dieses Baujahres schon lange gesucht hat und es ihm nicht darauf ankommt, ob es noch fahrtauglich ist oder nur noch als stationäres Vorzeigobjekt dienen kann. Wenn es also dem Käufer nur darum geht, diesen Oldtimer – in welchem Zustand auch immer – sein eigen nennen zu können, entspricht er der vereinbarten Beschaffenheit „wie besichtigt“ und ist mängelfrei, auch wenn er weniger gut erhalten ist als angenommen. Wer die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung pauschal als unzulässige Umgehung betrachten wollte, hätte in diesem Fall wohl einige Not, dem Verkäufer des Oldtimers begreiflich zu machen, wieso er für die nächsten zwei Jahre bei jedem zusätzlich auftauchenden Fehler mit weiteren Sachmängelansprüchen des Käufers rechnen müsste.

(2) *Huber*<sup>112</sup> fordert für eine zulässige abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung zunächst den beschreibenden Charakter der Vereinbarung, den er mit der Beschränkung der Soll-Beschaffenheit auf die bei Vertragsschluss<sup>113</sup> vorhandene als gewahrt sieht.<sup>114</sup> Zum anderen verlangt *Huber* aber, dass die Beschaffenheitsvereinbarung ausreichend transparent sein müsse.<sup>115</sup> Erforderlich sei hierfür, dass die Beschränkung der Soll-Beschaffenheit auch für einen geschäftsunerfahrenen Verbraucher hinreichend deutlich werden müsse. Die Klausel „verkauft wie gesehen“ genüge hierfür nicht, da aus ihr nicht deutlich werde, dass der Käufer auch das Risiko des Auftauchens verborgener Fehler zu tragen habe. Dem ist mit der bereits zitierten h. M.<sup>116</sup> beizupflichten. Um sicherzustellen, dass der Käufer die Beschaffenheitsvereinbarung tatsächlich zur Kenntnis genommen und akzeptiert hat, müsse es sich nach *Hubers* Ansicht zusätzlich um eine individuell vereinbarte und nicht vorformulierte Klausel handeln.<sup>117</sup> Auch wenn man – zumindest bei notarieller Beurkundung und der damit verbundenen Belehrung – dem Käufer auch mit vorformulierten Standardklauseln die Tragweite der Beschaffenheitsvereinbarung hinreichend deutlich machen können, ist zumindest im Ergebnis wohl eines richtig: Der Käufer muss das Risiko des Auftauchens verborgener Fehler bewusst übernommen haben. Ist dies nicht der Fall, liegt nach Ansicht *Hubers* eine unzulässige Umgehung vor.

Meines Erachtens wird man sich in diesen Fällen jedoch gar nicht mit der möglicherweise unzulässigen Umgehung auseinander zu setzen haben. Vielmehr wird regelmäßig bereits ein versteckter Dissens vorliegen (§ 155 BGB), wenn der Verkäufer das Risiko abwälzen, der Käufer es aber nicht übernehmen wollte. Rechtsfolge wäre dann, dass der Vertrag – je

<sup>107</sup>Bei einseitiger Kenntnis eines der Vertragsteile bestehen gesetzliche Regelungen, so dass es auf eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht mehr ankäme (s. hierzu III. C. 2. d), ee).

<sup>108</sup>*Kessler*, ZRP 2001, 70 (71); *Kainer*, AnwBl. 2001, 380 (387).

<sup>109</sup>S. oben II. 3.

<sup>110</sup>Aufgrund dieses Kriteriums ist durchaus zu differenzieren, ob es sich um einen von einem Freiberufler oder einem Gebrauchtwagenhändler – womöglich als „generalüberholt“ bezeichneten – verkauften Gebrauchtwagen handelt.

<sup>111</sup>Ähnlich *Kainer*, AnwBl. 2001, 380 (388).

<sup>112</sup>Festschrift für Henrich, 2000, S. 297 (310).

<sup>113</sup>Fallen Besichtigung und Vertragsschluss nicht zusammen, wird besser auf die Besichtigung abgestellt (s. oben III. C) 2. a).

<sup>114</sup>Als nicht ausreichende Beschreibung erachtet *Huber* zu Recht die Klausel, wonach dem Käufer „alle bei Vertragsschluss bestehenden Vertragswidrigkeiten bekannt“ waren. Auch nach Erwägungsgrund (22) der Richtlinie würden hierdurch die Sachmängelrechte unzulässig abbedungen.

<sup>115</sup>Ähnlich *H. P. Westermann*, JZ 2002, 530 (536).

<sup>116</sup>S. oben III. C) 2. a).

<sup>117</sup>Mit dieser aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entlehnten Anforderung verkennt *Huber* meines Erachtens, dass dieses Recht bei einem Verbrauchsgüterkauf zwar häufig, aber nicht zwangsläufig anwendbar sein wird.

nach dem mutmaßlichen Parteiwillen – entweder insgesamt gar nicht zustande gekommen ist oder aber ohne die Beschaffenheitsvereinbarung; in letzterem Falle würde sich die Sachmängelfreiheit damit im Zweifelsfall nach der subsidiär geltenden untersten Stufe bemessen. Die mögliche Umgehung kann also überhaupt erst einsetzen, wenn der Käufer das Risiko eines verborgenen Mangels tatsächlich bewusst übernommen hat.

Nach *Hubers* Auffassung (unzulässige Umgehung) müsste der Verkäufer in jedem Fall aufgrund der „gescheiterten Beschaffenheitsvereinbarung“ in vollem Umfang für die Sachmängelrechte des Käufers einstehen. Nach meiner Ansicht (versteckter Dissens) könnte er hingegen geltend machen, der Kaufvertrag sei insgesamt unwirksam, da er die Sache nur verkauft hätte, wenn der Käufer das Risiko verborgener Mängel rechtswirksam übernommen hätte. Dieses Ergebnis scheint mir zumindest auch in jenen Fällen angemessen zu sein, in denen nicht zusätzlich das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung findet und man über einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) und das Verbot geltungserhaltender Reduktion (§ 306 BGB) dem Käufer dennoch vollumfängliche Sachmängelrechte zugestehen würde.

(3) Übernimmt der Käufer entsprechend den von *Huber* genannten Kriterien bewusst das Risiko verborgener Mängel, liegt nach Ansicht *Hubers* in jedem Fall eine wirksame abstrakte Vereinbarung der Soll-Beschaffenheit, damit kein Mangel und auch keine Umgehung vor. Ich fürchte jedoch, dass dies nur in den Fällen richtig sein wird, in denen der Käufer nicht nur das Risiko des Auftretens versteckter Fehler übernimmt, sondern er auch den Fehler selbst, sollte er denn auftreten, gleichsam billigend in Kauf nimmt. In diesen Fällen wird aber nach dem oben Gesagten vielfach gar kein Mangel im rechtlichen Sinn vorliegen, weil der Käufer die Sache dann trotz des auftretenden Fehlers noch als der vereinbarten Beschaffenheit oder dem vertraglichen Verwendungszweck gemäß akzeptiert hätte. Wenn aber der Käufer das Risiko des Auftretens versteckter Fehler nur in der Hoffnung übernimmt, dieses Risiko werde sich nicht realisieren, nicht aber bereit wäre, den Fehler als solchen zu den selben vertraglichen Konditionen in Kauf zu nehmen, wird die Gefahr der unzulässigen Umgehung groß sein. Letztlich würde dann die nach den objektiven Kriterien der Stufen 2 oder 3 mangelnde objektive Eignung der Sache durch die subjektiven Elemente der Stufen 1 oder 2 verdeckt, weil fingiert würde, dass die Sache trotz der aufgetretenen Fehler der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen oder sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignen würde.

*Kainer*<sup>118</sup> schlägt vor, in diesen Fällen § 117 BGB entsprechend anzuwenden.<sup>119</sup> Da aber eine Umgehungsabsicht nicht erforderlich ist<sup>120</sup>, wird jedoch die Klausel „wie besichtigt“ häufig nicht zum Schein verwendet werden, um den eigentlich gewollten Ausschluss von Sachmängelrechten damit zu verdecken, sondern tatsächlich mit diesem Inhalt gewollt sein. Dann muss auch eine entsprechende Anwendung von § 117 BGB scheitern. Ein Rückgriff auf § 117 BGB ist aber auch

nicht erforderlich, da schließlich das Gesetz in § 475 Abs. 1 BGB die Rechtsfolgen unzulässiger Umgehung dahingehend regelt, dass der Unternehmer sich nicht darauf berufen kann. Danach aber ist eine unzureichende Beschaffenheitsvereinbarung unwirksam; die Sachmängelfreiheit bestimmt sich in diesem Fall nach der infolge Subsidiarität geltenden nächsten Stufe.

Auch wenn durch diese Überlegungen deutlich wird, dass keinesfalls jede Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ dem Verdikt des Umgehungsverbotes anheim fällt<sup>121</sup>, ist doch nicht zu verkennen, dass die Grenze zur Umgehung der Sachmängelrechte im Einzelfall fließend sein kann<sup>122</sup>, zumal eine Umgehungsabsicht nicht erforderlich ist.

In der notariellen Praxis stellen sich die Fragen der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Verbrauchsgüterkaufrechts und seiner möglichen Umgehung insbesondere beim Mitverkauf von Grundstückszubehör. Sollte man den Bestimmungen des Verbrauchsgüterkaufrechts aus Gründen der Vorsicht bei der Vertragsgestaltung vorerst noch Rechnung tragen wollen, drängen sich dennoch folgende Überlegungen auf:

Kaum ein Käufer wird beim Kauf einer Immobilie die Kaufentscheidung und Konditionen des Kaufs von möglichen verborgenen Mängeln des Zubehörs und dem Umfang der diesbezüglichen Mängelrechte abhängig machen. Vielfach wird die Übernahme mitverkaufter, im Kaufobjekt befindlicher beweglicher Gegenstände als Entgegenkommen des Käufers betrachtet, der damit dem Verkäufer die Räumung hiervon erspart. Häufig wird erst bei Übergabe des Kaufobjekts von den Vertragsteilen entschieden, welches Zubehör gegebenenfalls im Objekt verbleibt. Erst mit Erkenntnis der grunderwerbsteuerlichen Relevanz pflegen Bedeutung und Wert dieses Zubehörs zu steigen. Deswegen wird in den meisten Fällen der Käufer das Zubehör „wie besichtigt“ und „ohne Wenn und Aber“ miterwerben, gleichviel als wie gut oder schlecht sich sein Zustand erweisen sollte. Dann aber liegt entsprechend dem Kauf eines Liebhaberobjekts eine von rein subjektiven Elementen geprägte Beschaffenheitsvereinbarung und damit ein Kauf „wie besichtigt“ und „ohne Wenn und Aber“ vor, so dass auch beim Auftreten versteckter Fehler das Zubehör im Rechtssinn mangelfrei ist.

cc) So lange nicht abschließend geklärt ist, dass Verbrauchsgüterkaufrecht beim Mitverkauf von Grundstückszubehör nicht anwendbar ist und ab wann von Umgehung gesprochen werden kann, mag es sich in der notariellen Praxis – auch wenn man der Tatbestandslösung folgt – noch empfehlen, den Verkäufer nach Hinweis auf die Rechtslage zu veranlassen, etwaige Fehler des Zubehörs dem Käufer möglichst konkret zur Kenntnis zu bringen, Schadensersatzansprüche des Käufers vorsorglich auszuschließen und die Verjährungsfrist auf ein Jahr zu verkürzen.

Ergibt die Aufklärung des Sachverhalts jedoch, dass das Zubehör „ohne Wenn und Aber“ gekauft wird, sollte man dies ausdrücklich klar stellen. Gerade hier zeigt sich auch die Schwäche der erst auf der Rechtsfolgenseite einsetzenden Lösung: Ihr zufolge müsste der Verkäufer im Rahmen der allenfalls zulässigen Einschränkungen (Schadensersatz/Verjährung) zwingend für die Sachmängel einstehen, auch wenn der Käufer das Zubehör unabhängig von versteckten Fehlern „ohne Wenn und Aber“ kaufen wollte. Dann aber wäre bei Anwendung der Rechtsfolgenlösung der Wille der Vertragsparteien nicht zutreffend umgesetzt worden.

<sup>118</sup>AnwBl 2001, 380 (388).

<sup>119</sup>Zwar kann § 117 BGB auf Umgehungsgeschäfte grundsätzlich nicht angewandt werden, weil diese im Gegensatz zum Scheingeschäft regelmäßig ernstlich gewollt sind. Doch kann es sich bei einer entsprechend gestalteten Beschaffenheitsvereinbarung um ein „unechtes“ Umgehungsgeschäft handeln, das, nicht ernstlich gemeint, die auf die dissimulierte Vereinbarung anwendbare gesetzliche Regelung vermeidet.

<sup>120</sup>*Palandt* (Fn. 5), § 475, Rdnr. 7.

<sup>121</sup>Anders als *Hertel* (ZNotP 2002, 126, 127) dies annimmt.

<sup>122</sup>*Huber*, Festschrift für Henrich, 2000, S. 297 (309); *H. P. Westermann*, JZ 2001, 530 (536).

## b) Allgemeine Geschäftsbedingungen/Verbrauchervertrag

Unterliegt ein Vertrag dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, können Schadensersatzansprüche bei Sachmängeln nur in den in § 309 Nr. 7 BGB genannten Grenzen eingeschränkt werden. Da Schadensersatzansprüche die Pflichtverletzung zur Voraussetzung haben, kann eine Pflichtverletzung beim Kauf „wie besichtigt“ grundsätzlich nicht vorliegen, da die Sache trotz bestehender Fehler im rechtlichen Sinne sachmängelfrei ist. Die zum Verbrauchsgüterkauf hierzu angestellten Erwägungen gelten entsprechend.

Die Klausel „wie besichtigt“ als solche unterliegt als Leistungsbeschreibung, die Art, Güte und Umfang der geschuldeten Leistung bestimmt, nicht der Inhaltskontrolle (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB).<sup>123</sup> Zwar können, wie das neue Schuldrecht ausdrücklich festlegt (§ 307 Abs. 3 Satz 2 BGB), auch bei Leistungsbeschreibungen Verstöße gegen das Transparenzgebot zur Unwirksamkeit der betreffenden Klausel führen. Davon ist jedoch bei der Klausel „wie besichtigt“ nicht auszugehen, da sie weder unverständlich noch unbestimmt ist.<sup>124</sup>

Auch das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kennt jedoch ein Umgehungsverbot (§ 306 a BGB).

Aus den oben 3.2 a) bb) genannten Gründen, die grundsätzlich in gleicher Weise für das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, kann aber nur unter den dort dargelegten Mindestvoraussetzungen überhaupt von einer Umgehung gesprochen werden.

Ein Weiteres kommt hinzu: Genügt im Verbrauchsgüterkaufrecht, dass irgendein Mangel unzulässig „wegdefiniert“ wird, so setzt im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Umgehung erst später ein. Es muss sich um einen Mangel handeln, der zu einem vom Verkäufer (vorsätzlich oder fahrlässig) zu vertretenden Schaden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit (kurz: Körperschaden) oder durch grobes Verschulden (vorsätzlich oder grob fahrlässig) herbeigeführten sonstigen Schaden führt. Die Rechtsfolgenlösung schützt sich vor dem nach § 309 Nr. 7 BGB unzulässigen Haftungsausschluss dadurch, dass sie dem Käufer die Schadensersatzansprüche für die dort genannten Fälle ausdrücklich vorbehält. Ebenso könnte sich die Tatbestandslösung vor der unzulässigen Umgehung schützen, indem sie in etwa formuliert: „Die Kaufsache entspricht mit ihrem bei Besichtigung vorgefundenen Zustand, ungeachtet etwaiger, auch verborgener Fehler, der vereinbarten Beschaffenheit, ausgenommen solche Fehler, die zu einem vom Verkäufer verschuldeten Körperschaden oder durch grobes Verschulden herbeigeführten sonstigen Schaden führen sollten.“<sup>125</sup> In der Vertragspraxis wäre damit jedoch im Hinblick auf übersichtliche, auch für den juristischen Laien nachvollziehbare Vertragsgestaltung nichts gewonnen.

Deswegen soll nachfolgend untersucht werden, ob nicht auch die verkürzte Tatbestandslösung mit der einfachen Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ praktikabel wäre.

Wenn der Verkäufer vorsätzlich, und sei es auch nur bedingt vorsätzlich, handelt, wird zugleich ein arglistiges Verschweigen des Mangels vorliegen, für das der Verkäufer seine Haftung ohnehin nicht ausschließen kann (§ 444 BGB). Die Umgehungsproblematik reduziert sich also auf die Fälle der Fahrlässigkeit (Körperschäden) oder groben Fahrlässigkeit (sonstige Schäden) des Verkäufers. Hat der Verkäufer *nach* Besichtigung fahrlässig einen Mangel an der Sache herbeigeführt, entspricht die Sache nicht der vereinbarten Beschaffenheit, in der sie sich bei Besichtigung befand; die Frage der Umgehung stellt sich nicht, da dem Käufer aufgrund der nicht vertragsgemäßen Beschaffenheit ohnehin Mängelrechte zustehen. Somit kann die Fahrlässigkeit des Verkäufers nur darin bestehen, dass er im Zusammenhang mit einem Mangel Untersuchungs-, Aufklärungs- oder Sorgfaltspflichten gegenüber dem Käufer verletzt. Wenn dies grob fahrlässig geschieht und zu einem sonstigen Schaden führt, muss der Verkäufer diese Pflichten in besonders schwerwiegendem Maße verletzt und die Rechtsgüter des Käufers dadurch bewusst gefährdet haben.<sup>126</sup> Die Schwelle von der groben Fahrlässigkeit zum bedingten Vorsatz und damit zur Arglist ist aber sehr niedrig.<sup>127</sup> Bei Körperschäden genügt zwar bereits leichte Fahrlässigkeit des Verkäufers, doch muss der Mangel schon ein gewisses Ausmaß erreichen, um zu einem Körperschaden führen zu können. Beide Fälle werden nicht sehr häufig sein. In beiden Fällen ist der Verkäufer überdies nicht schützenswert, weswegen er seine Haftung nach den gesetzgeberischen Vorstellungen in diesen Fällen auch nicht ausschließen kann, weder über die Rechtsfolgenlösung noch – aufgrund des Umgehungsverbots – über die Tatbestandslösung.

Die Rechtsfolgenlösung führt nun aufgrund des von der ganz h. M. vertretenen Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB)<sup>128</sup> dazu, dass bei einem nach § 309 Nr. 7 BGB unzulässigen Haftungsausschluss der gesamte Ausschluss der Sachmängelrechte unwirksam ist, dem Käufer also vollumfängliche Sachmängelrechte zustehen. Bei unzulässiger Umgehung dieses Haftungsausschlusses durch die Tatbestandslösung ist man auf den ersten Blick geneigt, anzunehmen, dass hier nichts anderes gelten könne.

Der Unterschied zwischen beiden Lösungen zeigt sich jedoch in Folgendem:

(1) Der unzulässige Haftungsausschluss geht davon aus, dass die Kausalität der verschuldeten Pflichtverletzung für den Schaden feststeht. Mit dem Vorwurf der Umgehung muss sich die Tatbestandslösung also nicht auseinandersetzen, bevor die Ursächlichkeit des Mangels und des Verschuldens für den Schaden feststehen. Tritt ein Schaden tatsächlich ein, wird zumindest die Ursächlichkeit des Mangels vielfach indiziert oder sogar nahegelegt sein. Ebenso, wie der unzulässige Haftungsausschluss den tatsächlichen Schadenseintritt nicht voraussetzt, kann auch der Vorwurf der Umgehung allerdings nicht erst erhoben werden, wenn der Schaden eingetreten ist. Wohl aber kann er erst erhoben werden, wenn auch die Kausalität des Mangels und des Verschuldens für einen eintretenden Schaden feststehen. Während also beim unmittelbaren Haftungsausschluss bereits die böse Absicht (für den Fall der einschlägigen Pflichtverletzung nicht für den daraus entstandenen Schaden haften zu wollen) „bestraft“ wird, weil die Kausalität der verschuldeten Pflichtverletzung für den Schaden als Tatbestandsvoraussetzung feststeht, muss bei der un-

<sup>123</sup>Ständige Rspr. des BGH: S. zuletzt NJW 2001, 2635 (2636) m.w.N.

<sup>124</sup>Zur Bestimmtheit und dem konkreten Aussagegehalt der Klausel „wie besichtigt“ s. oben III. C) 2. d) bb).

<sup>125</sup>Nicht etwa: „.... führen können.“ Auch ein unzulässiger Haftungsausschluss nach § 309 Nr. 7 BGB geht vom Schaden, der eintritt aus – und nicht etwa von dem, der eintreten kann. Allerdings beginnt die Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses auch nicht erst, wenn der Schaden tatsächlich eintritt, sondern bereits, wenn die Haftung für den Fall, dass er eintreten sollte, ausgeschlossen wird (vgl. Hertel in Amann/Brambring/Hertel, Fn. 5, S. 262).

<sup>126</sup>Hanau in MünchKomm (Fn. 16), § 277, Rdnr. 6; Palandt/Heinrichs (Fn. 5), § 277, Rdnr. 2.

<sup>127</sup>Vgl. Hanau in MünchKomm (Fn. 16), § 277, Rdnr. 2.

<sup>128</sup>Krit. Kötz in MünchKomm. (Fn. 16), § 6 AGBG, Rdnr. 8.

zulässigen Umgehung diese Kausalität erst nachgewiesen werden.

Diese Kausalität wird sich aber nur in seltenen Ausnahmefällen ex ante feststellen lassen – müsste doch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass der Mangel zu einem schuldhaft verursachten Schaden führen wird.

(2) Wenn im Ausnahmefall eine unzulässige Umgehung durch die Tatbestandslösung feststehen sollte, stünden dem Käufer im Hinblick auf den verschleierte Mangel in vollem Umfang Mängelrechte zu.

Die Sachmängelrechte des Käufers beschränken sich jedoch auf den einschlägigen Mangel. Denn weitere Mängel im rechtlichen Sinne können aufgrund der ansonsten ohne Einschränkungen zulässigen abstrakten Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ nicht vorliegen.<sup>129</sup> Keinesfalls kann das Umgehungsverbot dazu führen, die im Übrigen der uneingeschränkten Privatautonomie der Vertragsteile überlassene Festlegung der Vertragsgemäßheit der Kaufsache in Gänze außer Kraft zu setzen. Selbst wenn man dies mit einem pauschalen Hinweis auf den „Strafcharakter“ des Umgehungsverbotes versuchen sollte, wäre dem entgegen zu halten, dass dann in vielen Fällen auch der Käufer „mitbestraft“ würde; nämlich dann, wenn die insgesamt als unwirksam betrachtete Beschaffenheitsvereinbarung für andere Eigenschaften der Kaufsache einen höheren als den vom Gesetz vorgesehenen Standard festgelegt hätte.

(3) Selbst die – wegen unzulässiger Umgehung – teilweise verunglückte Tatbestandslösung beschränkt also die Sachmängelrechte des Käufers auf den verschleierte Mangel. Die Rechtsfolgenlösung hingegen begnügt sich regelmäßig mit dem Ausschluss der Sachmängelrechte und verzichtet auf jegliche Regelungen auf der Tatbestandsseite. Damit werden bei der Rechtsfolgenlösung vielfach Mängel vorhanden sein. Verunglückt die Rechtsfolgenlösung, weil bei der Vertragsgestaltung übersehen wurde, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde liegen oder weil der Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen unzulässig verkürzt wurde, führt dies wegen des Verbots geltungserhaltender Reduktion ungewollt zu uneingeschränkten Mängelrechten des Käufers.

(4) Die Unterschiede beider Lösungen sollen mit folgendem Beispiel veranschaulicht werden:

V. verkauft in einem Verbrauchervertrag ein Wohnhaus an den K., der dieses Wohnhaus im Familienbesitz erhalten und erklärtermaßen nur in den Sommerferien nutzen möchte. Nach der Übergabe des Hauses zeigt sich, dass die Heizungsanlage nur zur Warmwasserbereitung und an kühlen Tagen, nicht aber an Wintertagen ausreichend Wärme liefert und einige Rollläden defekt sind. Bei seinem ersten Sommerurlaub in dem Haus bricht sich K. aufgrund der morschigen Holzterrasse den Fuß, da V. fahrlässig nicht auf den schlechten Zustand der Treppe hingewiesen hatte.

Die an dieser Stelle unvermeidliche Frage, „Wie ist die Rechtslage?“ würden – falls bei der Vertragsgestaltung nicht berücksichtigt wurde, dass ein Verbrauchervertrag vorliegt – Rechtsfolgen- oder Tatbestandslösung folgendermaßen beantworten:

#### *Rechtsfolgenlösung:*

Der uneingeschränkte Ausschluss sämtlicher Mängelrechte verstößt gegen § 309 Nr. 7 BGB und ist unwirksam. K. kann seinen Körperschaden geltend machen und Nachbesserung

der Holzterrasse verlangen. Aufgrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB) kann K. aber auch die Nachbesserung der defekten Rollläden und aller weiteren Mängel verlangen, die in den nächsten fünf Jahren nach der Übergabe auftreten. Aus der nur eingeschränkten Leistungsfähigkeit der Heizung kann K. keine Mängelrechte geltend machen, da – zumindest stillschweigend<sup>130</sup> – vereinbart wurde, dass sich das Haus nur zu Ferienzwecken in den Sommermonaten eignen müsse, und es sich damit für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eignet. Auch das Verbot geltungserhaltender Reduktion ändert hieran nichts, da es zwar zu uneingeschränkten Mängelrechten führt, ein Mangel in puncto Heizung aber gerade nicht vorliegt.

#### *Tatbestandslösung:*

K. hat das Haus gekauft mit der Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt, mit allen verborgenen Fehlern und geeignet, es im Sommer zu bewohnen“. Wurde mit dieser Beschaffenheitsvereinbarung das Verbot des Haftungsausschlusses für Körperschäden (§ 309 Nr. 7 BGB) unzulässig umgangen (§ 306 a BGB), kann K. seinen Körperschaden geltend machen und Nachbesserung der Holzterrasse verlangen. Da ansonsten die Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt und für Sommermonate geeignet“ uneingeschränkt wirksam war, ist das Haus im Übrigen sachmängelfrei. Es bestehen keine weiteren Mängelrechte, insbesondere nicht wegen der defekten Rollläden.

Anm.: Wäre die Holzterrasse nicht so morsch gewesen, dass K. durchgebrochen wäre oder ohne jeglichen vernünftigen Zweifel in absehbarer Zeit ein Körperschaden nahezu zwangsläufig hätte eintreten müssen, hätten K. auch hinsichtlich der Treppe keine Mängelrechte zugestanden, da die Kausalität des Mangels für einen Körperschaden nicht hätte nachgewiesen werden können.

Damit lässt sich folgendes Ergebnis festhalten:

Die abstrakte Beschaffenheitsvereinbarung „wie besichtigt“ führt selbst in den seltenen Ausnahmefällen, in denen der Vorwurf der Umgehung begründet wäre, auch im Bereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu ungewollten Sachmängelrechten des Käufers. Insoweit führt sie nicht zu anderen Ergebnissen als die – geglückte – Rechtsfolgenlösung, besitzt aber den Vorteil geringeren Formulierungsaufwands und größerer Plausibilität für den juristischen Laien. Die Rechtsfolgenlösung läuft demgegenüber Gefahr, den erforderlichen Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen zu übersehen oder unzulässig zu verkürzen und dadurch dem Käufer entgegen dem Willen der Vertragsteile uneingeschränkte Sachmängelrechte einzuräumen.

## **IV. Zusammenfassung und Folgerungen für die notarielle Praxis**

Für die Vertragsgestaltung beim Kauf gebrauchter Immobilien lassen sich aus den gewonnenen Erkenntnissen folgende Schlussfolgerungen ziehen:

1. Vereinbarungen über die vertragsgemäße Beschaffenheit der Kaufsache entsprechen dem gesetzlichen Leitbild und sollten in den Vertrag aufgenommen werden.
2. Solche Vereinbarungen sind grundsätzlich auch in verkürzter Form als abstrakte Beschaffenheitsvereinbarungen des Inhalts „verkauft wie besichtigt und mit allen etwaigen verborgenen Mängeln“ zulässig.

<sup>129</sup>Falls nicht zusätzlich Verbrauchsgüterkaufrecht anwendbar ist.

<sup>130</sup>Die Frage, ob die Form des § 311b BGB zu wahren war und gewahrt wurde, möge hier offen bleiben.

3. Werden bewegliche Gegenstände mitverkauft, ist Verbrauchsgüterkaufrecht nicht anwendbar. Vorsorglich kann klargestellt werden, dass die beweglichen Gegenstände unabhängig von etwaigen Mängeln „ohne Wenn und Aber“ gekauft werden.

4. Auch im Geltungsbereich des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird gegen abstrakte Beschaffenheitsvereinbarungen nur in seltenen Ausnahmefällen der begründete Vorwurf erhoben werden können, der nach § 309 Nr. 7 BGB unzulässige Haftungsausschluss sei umgangen worden. Selbst dann führt die verunglückte Tatbestandslösung – anders als die verunglückte Rechtsfolgenlösung – nicht zu uneingeschränkten Sachmängelrechten und kommt damit dem Willen der Vertragsteile näher als diese.

Hat der Beitrag mit einem Zitat von *H. P. Westermann* begonnen, soll er auch mit einem solchen enden:

„Die juristische Praxis wird sich mit der Erfassung der systematischen Neuordnung leichter tun als mit der vertraglichen – auch: in AGB niederzulegenden – Anpassung der gesetzlichen Bestimmungen an ihre Bedürfnisse; ob es sich dabei um eine – wie gerne formuliert wird – Herausforderung oder eher um eine Zumutung handelt, muß sich allerdings noch herausstellen.“<sup>131</sup>

Der Aufsatz möge dazu beitragen, die Anpassung eher als Herausforderung denn als Zumutung zu begreifen.

<sup>131</sup> *H. P. Westermann*, NJW 2002, 241 (253).

## Auswirkungen der Gesetzesänderungen im Aktienrecht auf die Satzungsgestaltung

Von Notar *Dr. Dieter Mayer*, München

Die gestiegene Popularität der Aktiengesellschaft findet ihren Grund u. a. in einer Serie von Reformgesetzen, die die gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen umfassend verändert haben. Der Schwerpunkt dieses Beitrags liegt in der Satzungsrelevanz dieser gesetzgeberischen Maßnahmen. Ausgehend vom „klassischen“ Gliederungsaufbau der Satzung einer börsennotierten Aktiengesellschaft wird der durch die gesetzlichen Vorgaben und den Corporate Governance Kodex bedingte Handlungsbedarf jeweils im Rahmen des darauf bezogenen Regelungskomplexes verdeutlicht und um entsprechende Formulierungsvorschläge für Satzungsänderungen bzw. -anpassungen ergänzt.

### A. Einleitung

Insbesondere in den Zeiten der Börseneuphorie in den Jahren 1997–2000 erlebte die Aktiengesellschaft nach jahrzehntelangem Schattendasein eine eindrucksvolle Renaissance. Im Jahre 1994 gab es in der Bundesrepublik 2.934 Aktiengesellschaften (einschließlich KGaA) mit 147,3 Mrd. DM Grundkapital.<sup>1</sup> Die Deutsche Bundesbank gab für Ende 2000 bekannt, dass 10.582 Aktiengesellschaften (einschließlich KGaA) mit einem Grundkapital von 147,4 Mrd. € registriert seien<sup>2</sup>, wovon rund 1100 an Börsen gehandelt werden. Diese gestiegene Popularität der Aktiengesellschaft findet ihren Grund u. a. in einer Serie von Reformgesetzen, die die gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Rahmenbedingungen umfassend verändert haben sowie in der bereits erwähnten Börseneuphorie. Trotz des mittlerweile weitgehend zum Stillstand gekommenen Geschäfts mit den Neuemissionen erfreut sich die Aktiengesellschaft nach wie vor großer Beliebtheit. Die an einem Börsengang interessierten Unternehmen befinden sich quasi in der Warteschleife und hoffen auf eine Verbesserung des Klimas an der Börse. Aber auch der Mittelstand hat seit der Auflockerung der starren Strukturen der AG durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaft und zur Deregulierung des Aktienrechts<sup>3</sup> die AG als Alternative zur GmbH entdeckt. Auslösender Faktor hierfür ist sicherlich die mit dieser Aktienrechtsreform aus dem Jahr 1994 verbundene Erleichterung

bei der Gründung und Handhabung der neu konzipierten, häufig als Zulassung eines neuen Gesellschaftstyps missverstandenen „kleinen“ AG. Seitdem kann die AG auch durch einen einzigen Gründer gegründet werden, Einladung und Abhaltung der Hauptversammlung unterliegen geringeren Formalanforderungen, die Rechtsform der AG ist vereinfacht ausgedrückt für die mittelständische Wirtschaft „geöffnet“ worden. Dieser allgemeine „Liberalisierungstrend“ setzt sich bis heute fort und wird durch zahlreiche Gesetzesänderungen geprägt. Zu nennen sind insbesondere das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz vom 24.3.1998<sup>4</sup>, das Stückaktiengesetz (StückAG) vom 25.3.1998<sup>5</sup>, wonach Aktien nunmehr entweder als Nennbetragsaktien oder als Stückaktien ausgegeben werden können, das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998<sup>6</sup> mit seinen wesentlichen Änderungen im Bereich der Vorstandspflichten, des Aufsichtsrats, der Hauptversammlung sowie der Pflichten des Abschlussprüfers, das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) vom 22.6.1998<sup>7</sup> mit einer Liberalisierung des Firmenrechts und der Einschränkung der vorbeugenden Satzungskontrolle durch das Registergericht sowie das sog. Euro-Einführungsgesetz vom 9.6.1998<sup>8</sup>, das durch eine währungsmäßige Um-

<sup>1</sup> Vgl. *Hansen*, AG 1996 (Sonderheft 10/1996, S. 7).

<sup>2</sup> In Kapitalmarktstatistik Februar 2001, Statistisches Beiheft zum Monatsbericht 2 (AG 2001/R67).

<sup>3</sup> BGBl I 1994 S. 1961 und hierzu *Lutter*, AG 1994, 429 ff.; *Hommelhoff*, AG 1995, 529 ff. und *Priester*, DB 1996, 333 ff.

<sup>4</sup> BGBl. I 1998 S. 529.

<sup>5</sup> BGBl. I 1998 S. 590.

<sup>6</sup> BGBl. I 1998 S. 786; vgl. hierzu *Semler* in MünchKomm zum AktG 2000, Einl. Rdnr. 87 ff.

<sup>7</sup> BGBl. I 1998 S. 1474 und hierzu *Semler* in MünchKomm zum AktG 2000, Einl. Rdnr. 114 ff.

<sup>8</sup> BGBl. I 1998 S. 1242 und hierzu *Semler* in MünchKomm zum AktG 2000, Einl. Rdnr. 104 ff.

stellung zahlreicher Vorschriften und durch Sonderregelungen für Gesellschaften, die vor dem 1.1.1999 im Handelsregister eingetragen waren (sog. Altgesellschaften) auf das Aktienrecht wesentlichen Einfluss genommen hat. Im Jahre 2000 folgte dann das Kapitalgesellschaften- und Co.-Richtlinie-Gesetz (KapCoRiLiG) vom 24.2.2000.<sup>9</sup> Hinsichtlich der Übergangsvorschriften dieser Novellen ist auf die einschlägigen Bestimmungen des EG AktG (§§ 1–16) und des EG HGB (Art. 38–46) zu verweisen.

Im Jahr 2001 trat eine weitere wichtige Änderung des Aktiengesetzes in Kraft, nämlich das Namensaktiengesetz (NaStraG) vom 18.1.2001<sup>10</sup>, das eine Neuregelung des Rechts der Namensaktie, eine Öffnung des Aktienrechts für die neuen Medien und zahlreiche Deregulierungen, insbesondere bei der gefährlichen „Nachgründungsfalle“ des § 52 AktG mit sich brachte. Noch Ende des Jahres 2001, nämlich am 22.12.2001 wurde das „Gesetz zur Regelung von öffentlichen Angeboten zum Erwerb von Wertpapieren und von Unternehmensübernahmen“ im Bundesgesetzblatt veröffentlicht<sup>11</sup>, wodurch unter anderem neben der Vorgabe von Verhaltenspflichten für die Organe der Zielgesellschaft insbesondere die praxiserhebliche Möglichkeit des „Squeeze-Out“ von Minderheitsaktionären (vgl. §§ 327a ff. AktG) eingeführt wurde.<sup>12</sup> Den vorläufigen Abschluss bilden das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) vom 25.7.2002<sup>13</sup> sowie die Vorgaben des Corporate Governance Kodex vom 26.6.2002.<sup>14</sup>

Die Umsetzung all dieser gesetzlichen Vorgaben hatte und hat auf unterschiedliche Weise zu erfolgen. Während ein Teil der Vorgaben eine Änderung der Satzung erforderte bzw. nunmehr erfordert, konnten bzw. können andere Aspekte in den Geschäftsordnungen für den Vorstand und den Aufsichtsrat geregelt werden. Zum Teil ist bzw. war eine Anpassung bestehender Anstellungsverträge der Organmitglieder erforderlich. Für zahlreiche weitere Vorgaben reichte bzw. reicht es sogar aus, wenn die Gesellschaft ihnen nach entsprechender Beschlussfassung der zuständigen Organe faktisch Rechnung trug bzw. trägt, ohne dass es einer Anpassung in der Satzung oder den Geschäftsordnungen bedürfte bzw. bedarf.

Der Schwerpunkt dieser Darstellung wird – der Themenstellung entsprechend – naturgemäß in der Satzungsrelevanz der aktuellen gesetzgeberischen Maßnahmen, wie insbesondere des NaStraG, des TransPuG sowie des deutschen Corporate Governance Kodex liegen.

<sup>9</sup> BGBl. I 2000 S. 154.

<sup>10</sup> BGBl. I 2001 S. 123 und hierzu *Pentz*, NZG 2000, 225; *Siems*, NZG 2000, 626; *Kölling*, NZG 2000, 631; *Weber*, NZG 2001, 337; *Pentz*, NZG 2001, 346; *Priester*, DB 2001, 467; *Hanloser*, NZG 2001, 355; *Grumann/Soehlke*, DB 2001, 576; *Zentzche*, ZIP 2001, 682; *Werner*, ZIP 2001, 1403.

<sup>11</sup> BGBl. I 2001 3822.

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Baums*, WM 2001, 1843; *Ehricke/Roth*, DStR 2001, 1120; *Halm*, NZG 2000, 1162; *Rühlend*, WM 2000, 1884; *Bolte*, DB 2001, 2587; *Heidel*, DB 2001, 2031; *Grunewald*, ZIP 2002, 18; *Wolf*, ZIP 2002, 153; *Vossius*, ZIP 2002, 511 ff. mit entsprechenden Formulierungshilfen für den Hauptversammlungsbeschluss.

<sup>13</sup> BGBl. I 2002 S. 2681 und hierzu *Knigge*, WM 2002, 1729 ff.; *Grage*, RNotZ 2002, 326; *Ihrig/Wagner*, BB 2002, 789; *Noack*, DB 2002, 620 ff.; *Götz*, NZG 2002, 599; *Seibert*, NZG 2002, 608; *Hucke/Ammann*, DStR 2002, 689.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu NZG 2002, 273 ff. und Einzelheiten bei *Seibt*, AG 2002, 249; *Peltzer*, NZG 2002, 10; *ders.*, NZG 2002, 593 ff.; *Seibert*, BB 2002, 581; *Wolf*, ZRP 2002, 59; *Berrar*, DB 2001, 2181; *Ulmer*, ZHR 166 (2002), 150 ff.; *Ehrhardt/Nowak*, AG 2002, 336.

## B. Einzelne Satzungstypen

### I. Grundsatz

Die Satzung der AG hat eine doppelte Funktion.<sup>15</sup> Sie enthält zum einen (vgl. § 28 AktG) die **Vereinbarung der Gründer** über die Errichtung der AG (§ 2 AktG spricht insoweit auch vom **Gesellschaftsvertrag** der AG). Zum andern enthält die Satzung die **Verfassung der AG**, die ihre Organisation sowie die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten der Aktionäre im Verhältnis zur AG regelt. Darüber hinaus kann die Satzung individualrechtliche Regelungen der Aktionäre untereinander oder zwischen AG und Aktionären enthalten.<sup>16</sup>

Der **notwendige Inhalt** der Satzung ergibt sich aus § 23 Abs. 3 und 4 AktG. Darüber hinaus *müssen* bestimmte Regelungen in die Satzung aufgenommen werden, damit sie Gültigkeit erlangen. Beispiele sind etwa die Festsetzungen zu Sacheinlagen und zum Gründungsaufwand (§ 26 Abs. 2 und 3 AktG).

**Zentrale Vorschrift** für die Satzungsgestaltung bei der AG und darüber hinaus für diese Rechtsform insgesamt ist § 23 Abs. 5 AktG. Danach kann die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen sind zulässig, es sei denn, dass das AktG eine abschließende Regelung enthält.<sup>17</sup>

Darüber hinaus kann die Satzung der AG nur unter Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls und der Ziele der Personen, die sich als Gründer beteiligen wollen, entworfen werden. So kann es etwa bei einer **Familien-AG** erforderlich sein, eine Vielzahl komplizierter Regelungen in die Satzung aufzunehmen, um die verschiedenen Interessen einzelner Familienstämme optimal abzusichern. Bei einer in der Rechtsform der AG organisierten Konzerntochtergesellschaft, deren einziger Aktionär die Obergesellschaft ist oder bei einer **Einmann-AG** mit einer natürlichen Person als Aktionär kann dagegen schon eine kurze Standardsatzung ausreichen. Bei der Gestaltung der Satzung ist überdies zu berücksichtigen, ob die Gesellschaft an einer **Börse notiert** oder zumindest in einem absehbaren Zeitraum ein Börsengang geplant ist. Insbesondere im unmittelbaren Vorfeld des Börsengangs muss die Satzung nochmals komplett auf ihre „Börsentauglichkeit“ überprüft werden<sup>18</sup> – so sind etwa bei einigen am Neuen Markt notierten Aktiengesellschaften nach wie vor Satzungsregelungen anzutreffen, wonach die Hauptversammlung nur beschlussfähig ist, wenn mehr als die Hälfte des Grundkapitals vertreten ist.

### II. Fallgruppen

Hilfestellung bei der Beurteilung der Satzungsrelevanz und bei der Umsetzung entsprechender gesetzlicher Vorgaben leistet dabei insbesondere eine Objektivierung der Satzungsgestaltung im Einzelfall durch eine Ausrichtung nach **Fallgruppen**.<sup>19</sup> Ähnlich der Situation bei familien- und erbrechtlichen Problemlagen bestimmt auch hier die gewünschte Struktur der AG den Einsatz des richtigen Satzungsinstrumentariums.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2000, § 6 Rdnr. 1.

<sup>16</sup> Dazu *Priester*, DB 1979, 681 ff.

<sup>17</sup> Dazu im Einzelnen Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts a.a.O. (Fn. 15) § 6 Rdnr. 9 ff.

<sup>18</sup> Einzelheiten hierzu bei *D. Mayer*, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts 2001, Kap. D, Aktienrecht Rdnr. 673 ff.

<sup>19</sup> Dazu ausf. *Langenfeld*, Vertragsgestaltung – Methode, Verfahren, Vertragstypen, 1991.

Im Einzelnen lassen sich folgende typische Fallgruppen herausstellen:

1. Satzung einer „Normal“-AG ohne Mehrheitsaktionär mit Mindestanforderungen (Bargründung).<sup>20</sup>
2. Satzung einer „Normal“-AG mit einem Mehrheitsaktionär und Minderheitenschutzbestimmungen.
3. Satzung einer Einmann-AG (Bargründung).<sup>21</sup>
4. Satzung einer Familien-AG.<sup>22</sup>
5. Satzung einer börsennotierten AG.<sup>23</sup>
6. Satzung einer AG als Komplementärin einer KG.<sup>24</sup>
7. Satzung einer durch Sacheinlage errichteten AG.<sup>25</sup>

## C. Einzeldarstellung

Die Darstellung der Auswirkungen der Gesetzesänderungen auf die Satzungsgestaltung soll anschließend nicht gesetzes-, sondern satzungsbezogen erfolgen. Ausgangspunkt ist der „klassische“ Gliederungsaufbau der Satzung einer börsennotierten Aktiengesellschaft mit den allgemeinen Bestimmungen, Regelungen zum Grundkapital und zu den Aktien, zum Vorstand, zum Aufsichtsrat, zur Hauptversammlung sowie zum Jahresabschluss und zur Verwendung des Bilanzgewinns. Dabei wird der durch die gesetzgeberischen Vorgaben und den Corporate Governance Kodex bedingte Handlungsbedarf im Rahmen des darauf bezogenen Regelungskomplexes der Satzung verdeutlicht und um entsprechende Formulierungsvorschläge für Satzungsänderungen bzw. -anpassungen ergänzt. Ausgangspunkt hierfür soll ebenfalls die Satzung einer börsennotierten (vgl. dazu § 3 Abs. 2 AktG) Aktiengesellschaft sein.

## D. Neufassung der Satzung im Lichte der aktuellen Gesetzesänderungen

### I. Allgemeine Bestimmungen

#### 1. Firma und Sitz

##### a) Firma

Nach der Änderung des § 4 AktG durch das Handelsrechtsreformgesetz kann in der Firma die abgekürzte Bezeichnung „AG“ verwendet werden. Ferner steht allen Gesellschaften nun zur freien Option, ob sie eine Personen- oder Sachfirma wählen. Auch eine schlichte Branchenbezeichnung (ohne firmenspezifische Konkretisierung) und eine reine „Phantasiefirma“, die nicht dem Unternehmensgegenstand entnommen ist, ist nunmehr zulässig, wenn die wesentlichen Grundsätze wie Firmenwahrheit und Firmeneinheit sowie das Irreführungsverbot beachtet werden.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Vgl. dazu Münchner Vertragshandbuch, Bd. I, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2000, Form. V 35.

<sup>21</sup> Münchner Vertragshandbuch a.a.O. (Fn. 20) Form. V 36.

<sup>22</sup> Vgl. Münchner Vertragshandbuch a.a.O. (Fn. 20) Form. V 37.

<sup>23</sup> Münchner Vertragshandbuch a.a.O. (Fn. 20) Form. V 38; Henn, Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl. 2002, S. 943 ff.

<sup>24</sup> Vgl. dazu Münchner Vertragshandbuch a.a.O. (Fn. 20) Form III 7 für die GmbH.

<sup>25</sup> Vgl. Münchner Vertragshandbuch a.a.O. (Fn. 20) Form. V 20.

<sup>26</sup> Vgl. Einzelheiten bei Schaefer, DB 1998, 1269; Henn, Handbuch des Aktienrechts (a.a.O. Fn. 23) § 2 Rdnr. 66 ff.

#### b) Sitz

Für den Sitz der Gesellschaft, den die Satzung zu bestimmen hat, macht § 5 Abs. 2 AktG Vorgaben. Dabei darf nur ausnahmsweise von dem Grundsatz abgewichen werden, dass der Sitz der Gesellschaft der Ort ist, wo sich die Geschäftsleitung befindet, oder der Betrieb errichtet ist oder wird.

## 2. Gegenstand des Unternehmens

Nach der **Altfassung** des § 52 Abs. 9 AktG kamen die strengen Nachgründungsvorschriften nicht zur Anwendung, wenn der Erwerb von Vermögensgegenständen vom **Gegenstand des Unternehmens** erfasst wurde. Hierzu wurde die Auffassung vertreten, die Nachgründungsvorschriften kämen nicht zur Anwendung, wenn der Erwerb entsprechender Vermögensgegenstände von vornherein in den in der Satzung definierten Unternehmensgegenstand aufgenommen wird.<sup>27</sup> Bereits in der Vergangenheit zeigte allerdings eine entsprechende Sichtung der Literaturmeinungen<sup>28</sup>, dass nach überwiegender Auffassung die Ausnahmebestimmung des § 52 Abs. 9 AktG nur solche Rechtsgeschäfte betrifft, die unter den Hauptzweck des Unternehmensgegenstands der Gesellschaft fallen.<sup>29</sup>

Die Neufassung des § 52 Abs. 9 AktG durch das NaStraG, wonach die Anwendung des § 52 AktG ausgeschlossen ist, „wenn der Erwerb der Vermögensgegenstände **„im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft, ... erfolgt“**“, schließt eine „vorbeugende“ Satzungsregelung nunmehr definitiv aus.<sup>30</sup> Für entsprechende Gestaltungen ist aber auch weitgehend die Notwendigkeit entfallen, da aufgrund der Neufassung des § 52 Abs. 1 AktG die Nachgründungsvorschriften nur noch greifen, wenn der Vertrag **mit Gründern** oder **mit Aktionären**, die **mit mehr als 10 % am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt** sind, geschlossen wird.<sup>31</sup> Wenn eine Konzernbildung durch Gründung oder Erwerb von Tochtergesellschaften oder Ausgliederung beabsichtigt ist, sollte allerdings eine entsprechende Konzernklausel in die Satzung aufgenommen werden.<sup>32</sup>

### 3. Bekanntmachungen

Nach § 25 Satz 1 AktG sind Bekanntmachungen, die nach Gesetz oder Satzung in den Gesellschaftsblättern zu erfolgen haben, in den Bundesanzeiger einzurücken. Darunter wurde bislang der Bundesanzeiger **in Papierform** verstanden. Mit

<sup>27</sup> Vgl. hierzu Binz/Freudenberg, DB 1992, 2281, 2282 – vorgeschlagen wurde etwa folgende Formulierung: „Gegenstand der Gesellschaft ist ... Weiterer Unternehmensgegenstand ist der Erwerb und das Halten von Beteiligungen, insbesondere der Erwerb der 100 %igen Beteiligung an der X-GmbH mit dem Sitz in Y von deren Gesellschaftern.“

<sup>28</sup> Vgl. etwa Krieger in FS Claussen, S. 232; Knott, BB 1999, 806; Jäger, NZG 1998, 370 f.; Werner, NZG 2000, 231, 232.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu zusammenfassend Pentz in MünchKomm zum AktG, 2. Aufl. 2000, § 52 Rdnr. 55.

<sup>30</sup> Vgl. hierzu insb. Priester, DB 2001, 467, 470; Schmidt/Seipp, ZIP 2000, 2089, 2090; Langenfeld, NotBZ 2001, 157, 161 – zur Situation von Holding-AGs vgl. ausf. Walter/Hald, DB 2001, 1183, 1185 und kritisch hierzu Werner, ZIP 2001, 1403, 1406.

<sup>31</sup> Einzelheiten bei Priester, DB 2001, 467 ff.; Dormann/Fromholzer, AG 2001, 242; Pentz, NZG 2001, 346; Walter/Hald, DB 2001, 1183; Eisolt, DSr 2001, 748; Werner, ZIP 2001, 1403.

<sup>32</sup> Allgemein zum Anwendungsbereich des § 52 Abs. 1 AktG bei der Gründung einer Tochter-GmbH/AG Zimmer, DB 2000, 1265, 1267; Kubis, AG 1993, 118 f.; Priester, DB 2001, 467, 468 und zusammenfassend D. Mayer, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, 2001, Kap. D (Aktienrecht) Rdnr. 520.

dem „TransPuG“ ist der „elektronische Bundesanzeiger“<sup>33</sup> ab 1.1.2003 alleiniges Medium der Pflichtveröffentlichungen.<sup>34</sup> Nach § 25 Satz 2 AktG in seiner Neufassung durch das NaStraG können neben weiteren Blättern elektronische Informationsmedien als zusätzliche Gesellschaftsblätter in der Satzung bestimmt werden. Da von der Veröffentlichung von Pflichtmitteilungen nicht unwesentliche Fragen abhängen (Fristen, Wirksamkeit von Mitteilungen), kommt eine entscheidende Funktion nur dem Bundesanzeiger zu. Interessant sein werden zusätzliche elektronische Foren, dann insbesondere für freiwillige Bekanntmachungen (z.B. Quartalsberichte) nach § 23 Abs. 4 AktG.<sup>35</sup> Die Satzung sollte der Einfachheit halber das **zusätzliche** Medium konkret bestimmen, muss dies im Gegensatz zu Pflichtmitteilungen aber nicht.<sup>36</sup> Ist in der Satzung einer Gesellschaft zu den Pflichtveröffentlichungen allgemein bestimmt, dass die Veröffentlichungen im Bundesanzeiger zu erfolgen haben, so wird das nach Inkrafttreten der Neuregelung durch das TransPuG als Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger zu verstehen sein. Eine Satzungsänderung erscheint jedenfalls nicht unbedingt erforderlich.<sup>37</sup>

Formulierungsvorschlag:

Die Bekanntmachungen der Gesellschaft werden im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht. Freiwillige Bekanntmachungen können auch nur auf einer Website der X-AG erfolgen.

## II. Grundkapital und Aktien

### 1. Höhe und Einteilung des Grundkapitals

#### a) Höhe des Grundkapitals

Nach dem Euro-Einführungsgesetz verlangt § 6 AktG i.V.m. §§ 1 ff. EG AktG spätestens ab dem 1.1.2002, dass das Grundkapital auf einen Nennbetrag in Euro lautet und mindestens 50.000 € beträgt.

#### b) Einteilung des Grundkapitals

Nach § 8 Abs. 1 AktG i.d.F. des StückAktG können die Aktien als **Nennbetragsaktien** oder als **Stückaktien** ausgegeben werden. Die Praxis hat in der Vergangenheit weitgehend auf Stückaktien umgestellt, um die Umstellung des Kapitals von DM auf Euro zu erleichtern. Auch bei Neugründungen überwiegen Stückaktien, wobei der auf die einzelne Aktie entfallende anteilige Betrag des Grundkapitals 1 € nicht unterschreiten darf (§ 8 Abs. 3 Satz 3 AktG). Häufig übersehen wird in diesem Zusammenhang bei Kapitalerhöhungsvorgängen gegen Einlage die Regelung des § 182 Abs. 1 Satz 5 AktG, wonach sich bei Gesellschaften mit Stückaktien die Zahl der Aktien in demselben Verhältnis wie das Grundkapital erhöhen muss.

### 2. Besonderheiten bei Namensaktien

Aktien können gemäß § 10 Abs. 1 AktG auf den **Inhaber** oder auf den **Namen** lauten. Dies hat die Satzung zu bestimmen (§ 23 Abs. 3 Nr. 5 AktG). Das Recht der Namensaktie wurde

durch das **NaStraG** vollständig reformiert. Das Aktienbuch ist nunmehr als **Aktienregister** bezeichnet. Die in das Aktienregister einzutragenden Daten des Aktionärs wurden neu und präzise geregelt (§ 67 Abs. 1 AktG). Auf die Vorlage von Aktienurkunden bei Neueintragungen in das Aktienregister wird verzichtet. Die vollelektronische Registerführung und Aktualisierung wird ermöglicht. Hinzu kommt eine Angleichung der Hinterlegungsfristen (für Inhaberaktien) und Anmeldefristen (für Namensaktien) und eine Angleichung von Namens- und Inhaberaktie hinsichtlich der Stimmrechtsvertretung. Hierauf wird noch gesondert einzugehen sein.

Bei Namensaktien empfiehlt sich folgende Satzungsregelung:

Die Aktien lauten auf den Namen. Die Aktionäre haben der Gesellschaft zur Eintragung ins Aktienregister, soweit es sich um natürliche Personen handelt, ihren Namen, ihre Anschrift und ihr Geburtsdatum, soweit es sich um juristische Personen handelt, ihre Firma, ihre Geschäftsanschrift und ihren Sitz, sowie in jedem Fall die Zahl der von ihnen gehaltenen Aktien und ihre elektronische Postadresse anzugeben, sofern sie eine haben.

Bei den nicht börsennotierten Gesellschaften folgen sodann meist Regelungen, wonach die Namensaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden können (sog. Vinkulierung, § 68 Abs. 2 Satz 1 AktG).<sup>38</sup>

### 3. Anspruch auf Verbriefung der Beteiligung

Aufgrund der Neufassung des § 10 Abs. 5 AktG durch das KonTraG kann nunmehr durch die Satzung auch der Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ausgeschlossen werden. Der Ausschluss bezieht sich sowohl auf die Einzelverbriefung als auch auf die Verbriefung in Sammelurkunden. Es bleibt dann nur noch eine Globalurkunde.<sup>39</sup> Derartige „Total-Ausschlüsse“ bilden mittlerweile einen klaren Praxistrend.

Formulierungsvorschlag:

Die Form der Aktienurkunden und der Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine bestimmt der Vorstand. Der Anspruch des Aktionärs auf Verbriefung seines Anteils ist ausgeschlossen.

## III. Vorstand

Dem Vorstand ist die eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft zugewiesen (§ 76 Abs. 1 AktG). Er unterliegt der laufenden Kontrolle durch den Aufsichtsrat, der die Mitglieder des Vorstands bestellt und abberuft und die Geschäftsführung des Vorstands überwacht. Diese **dualistische Konzeption** der Verwaltung der Aktiengesellschaft ist durch eine strikte personelle (§ 105 AktG) und im Wesentlichen auch sachliche Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat – sog. **Trennungsprinzip** – geprägt. In der Praxis erweisen sich als Nachteile dieses dualistischen Systems vor allem die gegenüber dem Vorstand geringere Sachnähe und Information des Aufsichtsrats sowie die fehlende Einbindung des Aufsichtsrats in den laufenden Entscheidungsprozess des Managements.<sup>40</sup> Das Aktiengesetz begegnet diesen Nachteilen in § 90

<sup>33</sup> Dazu Noack, DB 2002, 620, 621.

<sup>34</sup> www.ebundesanzeiger.de.

<sup>35</sup> Dazu auch Wohlwend, NJW 2001, 3170.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Hüffer, AktG, 5. Aufl. (2001), § 25 Rdnr. 9.

<sup>37</sup> Zutr. Seibert, NZG 2002, 608, 609; Ihrig/Wagner, BB 2002, 789, 792; Grage, RNotZ 2002, 326, 331.

<sup>38</sup> Einzelheiten hierzu bei Henn, Handbuch des Aktienrechts, a.a.O. (Fn. 23) § 1 Rdnr. 33 ff.

<sup>39</sup> Einzelheiten hierzu bei Seibert, DB 1999, 267, 268; Lauppe, DB 2000, 807.

<sup>40</sup> Dazu ausführlich Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. IV, Aktiengesellschaft, 2. Aufl., § 19 Rdnr. 2.

AktG mit einem umfassenden Informationsrecht und in § 111 Abs. 4 AktG mit der Möglichkeit, bedeutsame Geschäfte von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen. Durch das „TransPuG“ wird nicht nur die Regelberichts-pflicht des Vorstands nach § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG erweitert<sup>41</sup>, sondern nunmehr auch § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG (zustimmungsbedürftige Geschäfte) von einer Kann- zu einer Mussvorschrift umgestaltet. Von der Möglichkeit, einen Zustimmungskatalog gesetzlich festzuschreiben, hat der Gesetzgeber richtigerweise abgesehen. Der deutsche Corporate Governance Kodex beschränkt sich in Ziff. 3.3 auf die Aussage, dass zu den zustimmungspflichtigen Geschäften „Entscheidungen oder Maßnahmen gehören, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern.“<sup>42</sup> Dies deckt sich im Wesentlichen mit der Gesetzesbegründung.<sup>43</sup>

Ein solcher **Zustimmungsvorbehalt** kann in der Satzung, in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats, in einer vom Aufsichtsrat beschlossenen Geschäftsordnung des Vorstands oder durch einen besonderen Beschluss des Aufsichtsratsplenums bestimmt werden. Zustimmungskataloge in der Satzung sind bei börsennotierten Gesellschaften selten anzutreffen, nicht nur wegen der Mitbestimmungsproblematik, sondern auch aus Gründen der Praktikabilität, weil die Bezeichnung der zustimmungspflichtigen Geschäfte – z.B. durch Wertgrenzen – in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats oder des Vorstands formell leichter zu ändern ist als in einer Satzungsbestimmung. Im Hinblick auf die Zielsetzung des Gesetzgebers, die präventive Überwachung der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat zu erleichtern<sup>44</sup>, sollte die Satzung allerdings zumindest ein gewisses „Grobraster“ für eine entsprechende Geschäftsordnung des Aufsichtsrats bzw. Vorstands vorgeben. Dadurch erhalten die Ausführungsbestimmungen des Aufsichtsrats in der Geschäftsordnung letztlich den „Segen“ der Aktionäre.

Formulierungsvorschlag:

Im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorschriften und der Bestimmungen dieser Satzung gibt der Aufsichtsrat dem Vorstand eine Geschäftsordnung. Die Geschäftsordnung des Vorstands hat zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften, insbesondere

- solche, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage der Gesellschaft oder Risikoexpositionen der Gesellschaft grundlegend verändern und
- die Gründung, Auflösung, Erwerb oder Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen ab einer vom Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung festzulegenden Grenze

nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Der Aufsichtsrat kann widerruflich die Zustimmung zu einem bestimmten Kreis von Geschäften allgemein oder für den Fall, dass das einzelne Geschäft bestimmten Bestimmungen genügt, im Voraus erteilen.“

<sup>41</sup> Der Vorstand hat den Aufsichtsrat nunmehr auch über die Umsetzung der berichteten Planung zu informieren – Einzelheiten in der Reg.-Begr. NZG 2002, 213, 219.

<sup>42</sup> Einzelheiten hierzu bei *Kniege*, WM 2002, 1729, 1733; *Grage*, RNotZ 2002, 326, 328; *Götz*, NZG 2002, 599, 602 ff.

<sup>43</sup> Vgl. NZG 2002, 216, 222.

<sup>44</sup> Dazu auch *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 111 Rdnr. 16.

## IV. Aufsichtsrat

### 1. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

Nach Ziff. 5.4.2 des deutschen Corporate Governance Kodex wird eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat auch dadurch ermöglicht, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören sollen und dass Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben sollen. In Ziff. 5.4.3 ist ausgeführt, dass Mitglieder des Vorstands einer börsennotierten Gesellschaft insgesamt nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen sollen.

Hierzu empfiehlt sich – wenn auch nicht zwingend angezeigt – eine rechtliche Umsetzung dieser Vorgaben in der Satzung der Gesellschaft.

Formulierungsvorschlag:

Mitglied des Aufsichtsrats kann kein ehemaliges Vorstandsmitglied der Gesellschaft werden, wenn bereits zwei Aufsichtsratsmitglieder ehemalige Mitglieder des Vorstands sind. Aufsichtsratsmitglied kann ferner nicht sein, wer dem Vorstand einer börsennotierten Gesellschaft angehört und bereits fünf Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnimmt oder Organfunktionen oder Beratungsfunktionen bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausübt. § 100 Abs. 4 AktG bleibt unberührt.

### 2. Einberufung

Eine wesentliche Stärkung der Position **einzelner** Aufsichtsratsmitglieder bringt die Änderung des § 110 Abs. 2 AktG durch das TransPuG. Danach kann nunmehr auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied (bisher mindestens zwei) unter Mitteilung des Sachverhalts und Angabe der Tagesordnung selbst den Aufsichtsrat einberufen, wenn seinem vorherigen Verlangen auf Einberufung des Aufsichtsrats nicht entsprochen wurde.<sup>45</sup>

Eine entsprechende Satzungsergänzung scheint nicht zwingend angezeigt, jedoch muss die Satzung daraufhin überprüft werden, ob sie auf der Grundlage der bisherigen gesetzlichen Regelung für diesen Sonderfall auf eine Einberufung durch **mindestens zwei** Aufsichtsratsmitglieder abstellt.

### 3. Beschlussfassungen

#### a) Form der Aufsichtsratssitzung

Das NaStraG hat das AktG an mehreren Stellen an den Einsatz moderner Informations- und Kommunikationsmittel angepasst.<sup>46</sup> Nach alter Rechtslage konnte der Aufsichtsrat schriftliche, telegrafische oder fernmündliche Beschlüsse nur fassen, wenn keines seiner Mitglieder widersprach. Einem vom geltenden Grundsatz der Beschlussfassung **in Sitzungen** mit persönlich anwesenden Mitgliedern abweichenden Verfahren mussten also stets alle Mitglieder zustimmen. Nach der Neufassung des § 108 Abs. 4 AktG durch das NaStraG besteht nun eine Widerspruchsmöglichkeit nur noch dann, wenn die Satzung oder eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats keine Regelung über die Form der Beschlussfassung enthält. Bei entsprechender Satzungsregelung ermöglicht die Vorschrift

<sup>45</sup> Dazu *Götz*, NZG 2002, 599, 601.

<sup>46</sup> Vgl. die Übersicht bei *D. Mayer*, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, 2001, Aktienrecht Rdnr. 2 ff.

dem Aufsichtsrat somit, was für die Hauptversammlung auch heute noch unzulässig bleibt<sup>47</sup>, nämlich die Beschlussfassung außerhalb einer Präsenzsitzung.<sup>48</sup> Unklar blieb dabei die **Form derartiger Sitzungen**, denn das Gesetz beschränkte sich auf die Regelungen zur **Form der Beschlussfassung**. Während der bisherige Wortlaut des § 110 Abs. 3 AktG vorsah, dass der Aufsichtsrat „**zusammentreten**“ muss, lautet die Neufassung dieser Vorschrift durch das TransPuG, dass der Aufsichtsrat Sitzungen „**abhalten**“ muss. Damit soll ausweislich der Regierungsbegründung klargestellt werden, dass für die Sitzungen des Aufsichtsrats künftig nicht in allen Fällen zwingend die **körperliche Anwesenheit** aller Aufsichtsratsmitglieder erforderlich ist, sondern jedenfalls in begründeten Ausnahmefällen auch eine Sitzung (also auch eine Pflichtsitzung!) in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend ist.<sup>49</sup> Aus dem Zusammenspiel dieser gesetzlichen Neuregelungen wird Folgendes deutlich: Video- und Telefonkonferenzsitzungen des Aufsichtsrats waren auch schon bisher zulässig, soweit sie zusätzlich zu der in § 110 Abs. 3 AktG vorgesehenen Mindestzahl von Aufsichtsratsitzungen abgehalten wurden.<sup>50</sup> Wenn auf diesen Sitzungen Beschlüsse gefasst werden sollen, sind auch nach dem In-Kraft-Treten des TransPuG die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 AktG in seiner Neufassung durch das NaStraG zu beachten. Nur dann, wenn die Satzung oder eine Geschäftsordnung des Aufsichtsrats dies vorsieht, können auf Video- oder Telefonkonferenzen Beschlüsse gefasst werden, auch wenn einzelne Aufsichtsratsmitglieder diesem Verfahren widersprechen. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich für solche Unternehmen, deren Aufsichtsrat – etwa wegen seiner internationalen Besetzung – das Kommunikationsmittel der Video- oder Telefonkonferenz verwenden will, entsprechende satzungs- oder geschäftsordnungsmäßige Vorkehrungen zu treffen, um nicht auf die Zustimmung aller Aufsichtsratsmitglieder angewiesen zu sein.

Formulierungsvorschlag:

Die Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse finden in der Regel als Präsenzsitzungen statt. Der Aufsichtsrat kann in seiner Geschäftsordnung vorsehen, dass die Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse auch in Form einer Videokonferenz abgehalten werden können oder dass einzelne Aufsichtsratsmitglieder im Wege der Videoübertragung zugeschaltet werden können mit der Maßgabe, dass in diesen Fällen auch die Beschlussfassung im Wege der Videokonferenz bzw. Videoübertragung erfolgen kann.

Der Aufsichtsrat kann in seiner Geschäftsordnung vorsehen, dass eine Beschlussfassung des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse außerhalb von Sitzungen durch schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung, insbesondere auch durch Videokonferenzen, zulässig ist. Fernmündliche oder sonstige nicht im schriftlichen Übermittlungsverfahren gefasste Beschlüsse sind nachträglich schriftlich zu bestätigen.

<sup>47</sup> Vgl. hierzu *Goedecke/Heuser*, BB 2001, 369; *Noack*, DB 2002, 620, 624 f.

<sup>48</sup> Dazu auch *Wagner*, NZG 2000, 57; und der Gesetzesvorschlag der BNotK zur Eröffnung der Hauptversammlung der AktG für den Einsatz neuer Medien dargestellt bei *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133 ff.

<sup>49</sup> Dazu *Götz*, NZG 2002, 599, 601 und ausf. zur Aufsichtsratsitzung in Form der Videokonferenz *Wagner*, NZG 2002, 57 ff.

<sup>50</sup> Zur Problematik der Anrechnung von Videokonferenzen auf die Mindestzahl von Aufsichtsratsitzungen vgl. *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1689; *Götz*, NZG 2002, 599, 602 einerseits und *Wagner*, NZG 2002, 57, 61 andererseits.

**Alternativvorschlag** bei Zuweisungskompetenz an den Aufsichtsratsvorsitzenden im Einzelfall:

Beschlüsse des Aufsichtsrats werden in Sitzungen gefasst. Schriftliche, fernmündliche oder andere vergleichbare Formen der Beschlussfassung, insbesondere auch durch Videokonferenzen sind zulässig. Über die Form der Beschlussfassung entscheidet der Vorsitzende.

#### b) Mindestzahl der Aufsichtsratsitzungen

Die Regelung in § 10 Abs. 3 AktG über die Anzahl der Pflichtsitzungen des Aufsichtsrats wurde durch das TransPuG dahingehend geändert, dass zukünftig für alle Gesellschaften – ob börsennotiert oder nicht – **zwei** Sitzungen des Aufsichtsrats im Kalenderhalbjahr zwingend vorgeschrieben sind. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften kann der Aufsichtsrat beschließen, dass **eine** Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist (§ 110 Abs. 3 AktG). Hier ergibt sich eine entsprechende Überprüfungspflicht von Satzungen nicht börsennotierter Gesellschaften.

#### 4. Schweigepflicht

Als flankierende Maßnahme zum beabsichtigten verstärkten Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat wird die Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit aufgrund der Neufassung des § 116 AktG durch das TransPuG ausdrücklich hervorgehoben. Bislang hat § 116 AktG hinsichtlich der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder lediglich auf die sinngemäße Geltung des § 93 AktG (Verschwiegenheitspflicht der Vorstandsmitglieder) verwiesen. Jetzt sind Aufsichtsratsmitglieder insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche **Berichte** und vertrauliche **Beratungen** verpflichtet.

Die **Rechtsumsetzung** wird hier im Regelfall im Rahmen der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats erfolgen. Entsprechende Satzungsklauseln zur Schweigepflicht sind jedoch zu überprüfen.

#### 5. Vergütung des Aufsichtsrats

Nach Ziff. 5.4.5 des Corporate Governance Kodex soll auch eine Mitgliedschaft in Aufsichtsratsausschüssen bei der Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder berücksichtigt werden. Wenn die Satzung entsprechende **allgemeine** Vergütungsregelungen festsetzt (hierzu § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG) ist zu prüfen, ob eine etwaige Ergänzung für Ausschusstätigkeiten angezeigt erscheint.

Formulierungsvorschlag:

Aufsichtsratsmitglieder, die einem Ausschuss des Aufsichtsrats angehören, erhalten zusätzlich eine Vergütung von € ..... und der Vorsitzende eines solchen Ausschusses eine Vergütung von € ..... für jede Teilnahme an einer Ausschusssitzung. Insgesamt beläuft sich die zusätzliche Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder für eine Teilnahme an Ausschusssitzungen des Aufsichtsrats aber auf max. € ..... pro Mitglied und Jahr.

#### 6. D&O-Versicherung für Aufsichtsräte

Nach der h. A. in der Literatur<sup>51</sup> stellt der Abschluss einer sog. „Director’s and Officer’s Liability Insurances“ (D&O-Versicherung) für Aufsichtsräte einen Vergütungsbestandteil dar

<sup>51</sup> Vgl. hierzu *Schüppen/Sanna*, ZIP 2002, 550, 552; *Kästner*, DStR 2001, 195; *Feddersen*, AG 2000, 385, 395; a.A. *Mertens*, AG 2000, 447, 449; *Lange*, ZIP 2001, 1524, 1526 ff.

und bedarf daher einer Satzungsregelung oder eines Hauptversammlungsbeschlusses (§ 113 Abs. 1 Satz 2 AktG). Dies gilt auch für bereits bisher laufende D & O-Versicherungsverträge. Soweit die Satzung bereits eine Regelung über die Vergütung des Aufsichtsrats enthält, empfiehlt sich vor diesem Hintergrund eine entsprechende Satzungsergänzung.

Formulierungsvorschlag:

Die Gesellschaft kann zugunsten der Aufsichtsratsmitglieder eine Haftpflichtversicherung (D & O-Versicherung) zu marktüblichen und angemessenen Konditionen abschließen, welche die gesetzliche Haftpflicht aus der Aufsichtsratsfähigkeit abdeckt, dabei soll ein angemessener Selbstbehalt vereinbart werden.

Mit einer derartigen Satzungsklausel würde, wie von der h. M. gefordert, jedenfalls für die Zukunft eine sichere rechtliche Grundlage für die Übernahme der Versicherungsprämien für die Aufsichtsräte geschaffen. Die Regelung betreffend den Selbstbehalt ergibt sich aus der Empfehlung in Ziff. 3.8 des Corporate Governance Kodex.

## 7. Fassungsänderungen

Auch ohne entsprechende aktuelle gesetzgeberische Vorgaben sollten die Satzungsbestimmungen betreffend Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrats stets dahingehend überprüft werden, ob der Aufsichtsrat zur Vornahme von Satzungsänderungen berechtigt ist, die nur die Fassung betreffen (vgl. hierzu § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG). Häufig wird insbesondere bei Gründungsvorgängen (vgl. § 202 Abs. 1 AktG) ein genehmigtes Kapital geschaffen, ohne dass eine entsprechende Ermächtigungsklausel für den Aufsichtsrat aufgenommen wird. Aber auch bei börsennotierten Gesellschaften mit genehmigten oder bedingtem Kapital sind derartige Versäumnisse vereinzelt anzutreffen.

## V. Hauptversammlung

### 1. Einberufung der Hauptversammlung

Auf die Möglichkeit der Einberufung der Hauptversammlung mittels elektronischem Bundesanzeiger (dazu § 25 Satz 1 AktG) wurde bereits hingewiesen. Allerdings fehlt eine entsprechende Folgeänderung in § 130 Abs. 3 AktG. Die Vorschrift sieht nämlich vor, dass die Belege über die Einberufung der Versammlung der Niederschrift als Anlage beizufügen sind, wenn sie nicht unter Angabe ihres Inhalts in der Niederschrift aufgeführt sind. Eine Printversion erscheint aber auch schon deshalb sinnvoll, weil unklar bleibt, wie lange die Gesellschaftsmittelungen im elektronischen Bundesanzeiger abrufbar sein müssen.<sup>52</sup>

Am Rande ist auf seit August 2001 geltendes Recht aufmerksam zu machen. Im Rahmen des Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr (FormVAnpG)<sup>53</sup> wurde § 121 Abs. 4 Satz 1 AktG geändert. Danach kann die **Satzung** über die Einberufungsform bestimmen, wenn die Gesellschaft ihre Aktionäre namentlich kennt. In Betracht kommt insbesondere eine Einberufung per E-Mail. Die Aktionäre sind bei Namensaktien aus dem Aktienregister bekannt; nur dort registrierte Personen sind an der Hauptversammlung teilnahmeberechtigt (§ 67 Abs. 2 AktG).<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Dazu im Einzelnen *Noack*, DB 2002, 620, 621.

<sup>53</sup> BGBI I 2001, 1542.

<sup>54</sup> Vgl. hierzu *Noack*, DB 2002, 620, 621.

### 2. Recht zur Teilnahme an der Hauptversammlung

Die Satzung kann das Recht der Aktionäre zur Teilnahme an der Hauptversammlung weder beschränken noch ausschließen. Sie kann allerdings sowohl die Teilnahme als auch die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig machen, dass die Aktien bis zur Beendigung der Hauptversammlung hinterlegt bzw. angemeldet werden. Zur Vorbereitung der Teilnahme an der Hauptversammlung ist die Hinterlegungsfrist durch das NaStraG für Inhaberaktien von zehn auf sieben Tage verkürzt und die Anmeldefrist für Namensaktien von drei auf sieben Tage verlängert worden (§ 123 Abs. 3, 4 AktG). Damit wurden beide Fristen einander angeglichen. Die meisten Aktiengesellschaften hatten allerdings schon in der Vergangenheit von sich aus die Hinterlegungsfristen deutlich verlängert. Das Gesetz vollzog insoweit – jedenfalls für Inhaberaktien – diese Praxis lediglich nach. Satzungen, die bislang dem gesetzlichen Muster folgten, waren bzw. sind entsprechend zu korrigieren.

Formulierungsvorschlag:

Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sowie zur Antragstellung sind berechtigt:

- Jeder Aktionär, der seine Inhaberaktien spätestens bis zum Ablauf des 7. Tages vor dem Tag der Hauptversammlung bei der Gesellschaftskasse, bei einem deutschen Notar, bei einer Wertpapiersammelbank oder bei einer anderen in der Einberufung angegebenen Stelle hinterlegt und bis zur Beendigung der Hauptversammlung dort belässt. Die Hinterlegung gilt auch dann als bei einer der genannten Stellen bewirkt, wenn Aktien mit Zustimmung einer Hinterlegungsstelle für diese bei einem Kreditinstitut bis zur Beendigung der Hauptversammlung gesperrt gehalten werden.
- Jeder Aktionär, der im Aktienregister eingetragen ist und seine Namensaktien spätestens am 7. Tag vor der Hauptversammlung angemeldet hat.

Fällt der letzte Tag der Hinterlegungsfrist bzw. Anmeldefrist auf einen Sonnabend, Sonntag oder auf einen staatlich anerkannten Feiertag, endet diese Frist mit dem letzten diesem Tag vorangehenden Werktag. Die Einzelheiten über die Hinterlegung bzw. Anmeldung der Aktien und die Ausstellung von Eintrittskarten sind in der Einladung bekannt zu geben.

### 3. Stimmrecht

Die Form, in der **Stimmrechtsvollmachten** erteilt werden können, wurde durch das NaStraG liberalisiert. Bevollmächtigungen von Privatpersonen müssen zwar nach wie vor grundsätzlich schriftlich erfolgen, eine abweichende Satzungsregelung ist aber zulässig (§ 134 Abs. 3 Satz 2 AktG).<sup>55</sup> Sonderregelungen gelten nach § 135 Abs. 1 Satz 1 AktG für geschäftsmäßig handelnde Stimmrechtsvertreter (Kreditinstitute, Aktionärsvereinigungen etc.). Ihre Bevollmächtigung ist auch ohne entsprechende Satzungsregelung nicht mehr an die Schriftform gebunden. Dies ändert aber nichts daran, dass sich der Vertreter gegenüber der Gesellschaft ausreichend legitimieren muss. Auch in Zukunft ist deshalb eine „nachweisbare“ Vollmachtserteilung zu fordern. Eine mündlich erteilte

<sup>55</sup> Selbst bei fehlender Satzungsregelung ist es möglich, eine Vollmacht elektronisch zu übermitteln. Möglich macht dies das „Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr“. Danach wurde ein neuer § 126 Abs. 3 BGB eingefügt, wonach die schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden kann und dazu *Wohlwend*, NJW 2001, 3171.

Vollmacht genügt hierfür nicht.<sup>56</sup> Bei Zweifeln an der Bevollmächtigung kann die Gesellschaft weitere Nachweise verlangen.<sup>57</sup> Bei entsprechender Satzungsgrundlage dürften aber Vollmachtserteilungen per E-Mail gegenüber der Gesellschaft möglich sein, wenn sich der jeweilige Aktionär etwa durch eine Aktionärsnummer identifizieren kann.

Neu in das Aktiengesetz eingeführt wurde durch das NaStraG auch ein dem anglo-amerikanischen Proxy-Voting sehr verwandtes Modell von **Stimmrechtsvertretern**, die von der Gesellschaft benannt werden (§ 134 Abs. 3 Satz 3 AktG). Die Möglichkeiten der Stimmrechtsvertretung wurden auch damit erweitert und die Stimmrechtsausübung insgesamt erleichtert. Die nur rudimentär formulierte Vorschrift steht im Aktiengesetz allerdings an etwas unsystematischer Stelle, nämlich bei den Regeln zur Bevollmächtigung von Privatpersonen.<sup>58</sup> Dies deutet darauf hin, dass eine Bevollmächtigung – vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsregelung – grundsätzlich nur schriftlich möglich ist.<sup>59</sup>

Keinen Hinweis enthält das Gesetz überdies zur Frage, wie ein dergestalt bevollmächtigter Gesellschaftervertreter von seiner Vollmacht Gebrauch machen darf, wenn zwar eine wirksame Bevollmächtigung vorliegt, jedoch keine Weisung, in welcher Art und Weise zu den einzelnen Tagesordnungspunkten abzustimmen ist. Hier ist davon auszugehen, dass der Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft zur Vermeidung von Interessenskollisionen analog § 135 Abs. 1 Satz 2 AktG von der Vollmacht nur Gebrauch machen darf, wenn entsprechende Einzelanweisungen vorliegen<sup>60</sup>, sonst muss er sich der Stimme enthalten.<sup>61</sup> Da vieles unklar bleibt, tut die Gesellschaft gut daran, in ihrer Satzung genau zu bestimmen in welcher Form von ihr benannte Stimmrechtsvertreter bevollmächtigt werden können.

Formulierungsvorschlag:

Das Stimmrecht kann durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Die Vollmacht kann schriftlich, per Fax, elektronisch oder auf eine andere von der Gesellschaft jeweils näher zu bestimmende Weise erteilt werden. Die Einzelheiten für die Erteilung der Vollmacht werden zusammen mit der Einberufung der Hauptversammlung mitgeteilt.

Werden von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter zur Ausübung des Stimmrechts bevollmächtigt, so kann die Vollmacht in gleicher Weise erteilt werden. Die Wahrnehmung der Vollmacht ist ausgeschlossen, wenn ihr keine Einzelweisung zugrunde liegt. Die Einzelheiten für die Erteilung dieser Vollmacht werden ebenfalls zusammen mit der Einberufung der Hauptversammlung mitgeteilt.

#### 4. Ton- und Bildübertragungen

##### a) Internetübertragung der Hauptversammlung

Die Internetübertragung der Hauptversammlung oder zumindest von Teilen der Hauptversammlung, z.B. der Rede des Vorstandsvorsitzenden, ist bereits vielfach geübte Hauptver-

sammlungspraxis. Nach bisher geltendem Recht war zumindest fraglich, ob eine Übertragung der Redebeiträge von Aktionären gegen deren Widerspruch zulässig ist.<sup>62</sup> Die Neuregelung des § 118 Abs. 3 AktG durch das TransPuG hat diese Regelungslücke nunmehr geschlossen. Danach kann die Satzung oder die Geschäftsordnung der Hauptversammlung bestimmen, dass die Hauptversammlung „in Ton und Bild“ übertragen werden darf.<sup>63</sup>

Formulierungsvorschlag:

Die Hauptversammlung kann auszugsweise oder vollständig in Bild und Ton übertragen werden. Die Übertragung kann auch in einer Form erfolgen, zu der die Öffentlichkeit uneingeschränkt Zugang hat. Die Form der Übertragung ist in der Einladung bekannt zu machen.

##### b) Videozuschaltung von Aufsichtsratsmitgliedern

Nach § 118 Abs. 2 AktG sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen. Daraus wird allgemein nicht nur ein Teilnahmerecht, sondern auch eine **Teilnahmepflicht** der Verwaltungsmitglieder abgeleitet, die sie nur in persona und durch Präsenz erfüllen können.<sup>64</sup> § 118 Abs. 2 Satz 2 AktG in seiner Neufassung durch das TransPuG räumt nunmehr davon abweichend die Möglichkeit ein, in der Satzung bestimmte Fälle vorzusehen, in denen Aufsichtsratsmitglieder von der Pflicht zur persönlichen Teilnahme an der Hauptversammlung freigestellt sind und stattdessen im Wege der Bild- und Tonübertragung zugeschaltet werden können. Zu beachten ist dabei, dass eine **generelle Freistellung** von der Teilnahmepflicht der Aufsichtsratsmitglieder **nicht** in die Satzung aufgenommen werden kann, vielmehr geht es um im Einzelnen zu präzisierende **Ausnahmefälle**. Die Übertragung muss kumulativ durch Bild- und Tonträger erfolgen und **beidseitig** sein, d. h. das zugeschaltete Aufsichtsratsmitglied muss auch durch die Hauptversammlung seh- und hörbar sein.<sup>65</sup>

Formulierungsvorschlag:

Die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats sollen an der Hauptversammlung persönlich teilnehmen. Ist einem Aufsichtsratsmitglied die Anwesenheit am Ort der Hauptversammlung nicht möglich, weil es sich aus wichtigem Grund im Ausland aufhält, so kann es an der Hauptversammlung auch im Wege der Bild- und Tonübertragung teilnehmen.

#### 5. Niederschrift über die Hauptversammlung

##### a) Beifügung der Einberufungsbelege

Es ist darauf hinzuweisen, dass trotz der Neufassung des § 25 Satz 1 AktG (elektronischer Bundesanzeiger) gemäß § 130 Abs. 3 AktG nach wie vor die Verpflichtung besteht, Belege über die Einberufung der Niederschrift als Anlage beizufügen, wenn sie nicht unter Angabe ihres Inhalts in der Niederschrift aufgeführt sind.

<sup>56</sup> Zutr. Noack, ZIP 2000, 57, 58.

<sup>57</sup> Vgl. Wohlwend, NJW 2001, 3171.

<sup>58</sup> So Noack, ZIP 2001, 57, 62; Wohlwend, NJW 2001, 3271.

<sup>59</sup> Vgl. zum Meinungsstand Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 134 Rdnr. 22a.

<sup>60</sup> Vgl. Hüther, AG 2001, 68, 72; D. Mayer, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, 2001, Kap. D, Aktienrecht Rdnr. 267.

<sup>61</sup> Vgl. Noack, ZIP 2001, 57, 62.

<sup>62</sup> Vgl. hierzu Goedecke/Heuser, BB 2001, 372; Habersack, ZHR 2001, 184; Hasselbach/Schumacher, ZGR 2000, 263.

<sup>63</sup> Der deutsche Corporate Governance Kodex sieht in Ziff. 2.3.4 vor, dass die Gesellschaft den Aktionären die Verfolgung der Hauptversammlung über moderne Kommunikationsmittel (z.B. Internet) ermöglichen soll. Einzelheiten zur Internetübertragung der Hauptversammlung bei Grage, RNotZ 2002, 326, 329; Hücke/Ammann, DStR 2002, 689, 691.

<sup>64</sup> Vgl. die Nachweise bei Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 118 Rdnr. 10.

<sup>65</sup> Reg.-Begr. NZG 2002, 213, 223; Grage, RNotZ 2002, 326, 329; Götz, NZG 2002, 599, 603.

## b) Teilnehmerverzeichnis

Nach § 129 Abs. 4 AktG in seiner Neufassung durch das NaStraG ist das Teilnehmerverzeichnis den Aktionären nur noch „zugänglich zu machen“ und muss **nicht mehr dem Hauptversammlungsprotokoll als Anlage** beigefügt werden. Auf die Papierform des Teilnehmerverzeichnisses wird verzichtet. Stattdessen ist eine elektronische Darstellung möglich. Ebenso kann eine Unterzeichnung des Teilnehmerverzeichnisses durch den Vorsitzenden unterbleiben. Konsequenterweise führt der neu gefasste § 130 Abs. 3 AktG das Teilnehmerverzeichnis auch nicht mehr bei den zum **Handelsregister** einzureichenden Anlagen zur Niederschrift auf. Die damit verbundene Aufgabe der Registerpublizität des Teilnehmerverzeichnisses ist vor dem Hintergrund der Beschränkung des Auskunftsrechts der Aktionäre auf die eigenen Dateien (§ 67 Abs. 6 Satz 2 AktG) folgerichtig<sup>66</sup>. Die nach wie vor vereinzelt anzutreffende Praxis, wonach weiterhin eine Beifügung zum Hauptversammlungsprotokoll und Einreichung zum Handelsregister erfolgt, ist damit bedenklich.

## VI. Jahresabschluss, Lagebericht und Verwendung des Bilanzgewinns

### 1. Jahresabschluss

§ 111 Abs. 3 AktG in der Neufassung durch das KonTraG ordnet entgegen der Vorgängerregelung (§ 318 Abs. 1 Satz 4 HGB) an, dass nicht der Vorstand, sondern der Aufsichtsrat dem Abschlussprüfer den Auftrag für die Prüfung des Jahresabschlusses erteilt.<sup>67</sup>

Formulierungsvorschlag:

Der Vorstand hat den Lagebericht und den Jahresabschluss für das vergangene Geschäftsjahr in den ersten drei Monaten eines jeden Geschäftsjahrs aufzustellen und dem Aufsichtsrat einzureichen. Dieser erteilt dem Abschlussprüfer unverzüglich den Prüfungsauftrag für den Jahresabschluss. Nach Eingang des Prüfungsberichts beim Aufsichtsrat sind der Jahresabschluss, der Lagebericht, der Vorschlag über die Verwendung des Bilanzgewinns sowie der Prüfungsbericht den anderen Aufsichtsratsmitgliedern zwecks Prüfung zur Kenntnis zu bringen.

### 2. Bilanzgewinn (Sachdividende)

Nach ganz einhelliger Auffassung ist der Dividendenanspruch des Aktionärs (vgl. § 58 Abs. 4 AktG) auf Zahlung einer Geldsumme, also auf eine **Bardividende** gerichtet.<sup>68</sup> Die Ausschüttung von Sachwerten, wie z.B. Wertpapieren aus dem Portefeuille der Gesellschaft wird teilweise bei entsprechender Satzungsregelung<sup>69</sup>, teilweise nur mit Zustimmung jedes einzelnen Aktionärs<sup>70</sup> für möglich erachtet. Mit dem durch das TransPuG neu eingefügten § 58 Abs. 5 AktG kann nunmehr die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit auf der Grundlage einer entsprechenden Satzungsbestimmung eine

**Sachausschüttung** beschließen. Auch eine Kombination von Bar- und Sachdividende ist möglich.<sup>71</sup> Nach der Regierungsbegründung besteht ein schutzwürdiges Vertrauen der Aktionäre, insbesondere nicht börsennotierter Gesellschaften und Familiengesellschaften, auf eine **Barausschüttung**. Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu fordern, dass eine entsprechende Satzungsregelung im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Sachdividende wirksam sein muss.<sup>72</sup> Im Übrigen soll das Vertrauen des Aktionärs auf Barausschüttung in der Regel dann nicht verletzt sein, wenn es sich bei den auszuschüttenden Sachwerten um börsengehandelte Werte handelt, die der Aktionär rasch zu Geld machen kann, oder wenn die Ausschüttung auf Grundlage eines wirksamen Satzungs vorbehalts erfolgt, der auch die Ausschüttung nicht fungibler Sachwerte (z.B. Produkte des Unternehmens) umfasst.<sup>73</sup> Unbeantwortet bleibt die für die Praxis ganz wesentliche Frage, ob die Bewertung der ausgeschütteten Sachwerte nach ihrem Buchwert oder ihrem Marktwert<sup>74</sup> zu erfolgen hat, überdies ist noch eine steuerrechtliche „Flankierung“ der Neuregelung erforderlich.<sup>75</sup>

Formulierungsvorschlag:

Die Hauptversammlung kann anstelle einer Barausschüttung eine Verwendung des Bilanzgewinns im Wege einer Sachausschüttung beschließen, wenn es sich bei den auszuschüttenden Sachwerten um solche handelt, die auf einem Markt im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG gehandelt werden.

## E. Ausblick

Es steht außer Frage, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz über die kleine AG (1994), dann folgend dem KonTraG (1998), dem NaStraG (2001) und jetzt mit dem TransPuG (2002) einen gelungenen Beitrag zur Steigerung der Akzeptanz der Rechtsform „Aktiengesellschaft“ und zur Modernisierung des Aktienrechts geleistet hat. Allerdings ist auch kritisch zu bemerken, dass dieses Rechtsgebiet in kurzen Intervallen immer neuen „Reformschüben“ unterzogen wurde und wird<sup>76</sup> und viele Unternehmen dies – insbesondere in Zeiten schlechter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen – nur mit großen Schwierigkeiten rechtstechnisch umsetzen können. Bei der weiteren Umsetzung der Corporate Governance Vorgaben, insbesondere im Bereich des Organhaftungs- und Anfechtungsrechts, der Verstärkung des Einflusses elektronischer Medien auf die Hauptversammlung<sup>77</sup>, des Spruchstellenverfahrens und anderen geplanten Reformvorhaben sollte deshalb beachtet werden, dass den Unternehmen, die ohnehin durch Euro-Umstellung, Schuldrechtsreform etc. einen enormen rechtlichen Anpassungsbedarf haben, der einen großen Personal- und Sachaufwand verursacht, ausreichend Zeit für eine sachgerechte Umsetzung eingeräumt wird. Dies gilt auch

<sup>66</sup> Dazu *Kindler*, NJW 2001, 1678, 1686; *Noack*, ZIP 1999, 1993, 1999.

<sup>67</sup> Zu den umfangreichen Änderungen des Rechts der Abschlussprüfung durch das KonTraG vgl. ausführlich *Claussen*, AG 1996, 481; *Zimmer*, NJW 1998, 3521; *Forster*, AG 1999, 193; *Lingemann/Wasmann*, BB 1998, 853.

<sup>68</sup> Vgl. die Nachweise bei *Lutter/Leinekugel/Rödter*, Die Sachdividende – Gesellschafts- und Steuerrecht, ZGR 2002, 205 ff.; *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 58 Rdnr. 28 m.w.N.

<sup>69</sup> Dazu *Hüffer*, AktG, 5. Aufl. 2002, § 58 Rdnr. 28 m.w.N.

<sup>70</sup> Vgl. *Kölner Komm./Lutter*, 2. Aufl. 1988, § 58 Rdnr. 107.

<sup>71</sup> Vgl. Reg.-Begr. NZG 2002, 213, 218 und ebenso *Grage*, RNotZ 2002, 326, 329.

<sup>72</sup> Zutreffend *Ihrig/Wagner*, BB 2002, 789, 796 und zustimmend *Grage*, RNotZ 2002, 326, 329.

<sup>73</sup> Vgl. *Grage*, RNotZ 2002, 326, 329 und die Reg.-Begr. NZG 2002, 213, 218.

<sup>74</sup> So *Ihrig/Wagner*, BB 2002, 789, 796.

<sup>75</sup> So auch *Seibert*; NZG 2002, 608, 609, der darauf hinweist, dass der Rechtsausschuss die Bundesregierung aufgefordert hat, die steuerlichen Folgen zu prüfen und dem Parlament Vorschläge hierzu vorzulegen – ebenso *Grage*, RNotZ 2002, 326, 330.

<sup>76</sup> Vgl. *Noack*, DB 2002, 620, 626.

<sup>77</sup> Dazu *Zetzsche* (Hrsg.), Die virtuelle Hauptversammlung, 2002.

für die Umsetzung des durch das TransPuG eingefügten neuen § 161 AktG, wonach Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären haben, „dass den im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemachten Verhaltensempfehlungen der Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden“ (sog. „Entsprechenserklärung“<sup>78</sup>). Als Trost aus Unternehmenssicht ist darauf hinzuweisen, dass nach empirischen Studien der Beratungsgesellschaft McKinsey vor allem institutionelle Anleger bereit sind, für Aktien von Gesellschaften mit überzeugender Corporate Governance einen Aufpreis zu bezahlen.<sup>79</sup>

Besonders spannend aus notarieller Sicht wird der weitere Weg in Richtung „virtuelle“ Hauptversammlung sein. Zur Öffnung der Hauptversammlung der Aktiengesellschaft für den Einsatz neuer Medien hat die Bundesnotarkammer Vorschläge für einen erweiterten Einsatz von Internet, E-Mail

und anderen elektronischen Medien bei der Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung vorgelegt.<sup>80</sup> Auch die Regierungskommission „Corporate Governance“ hat diese Gedanken aufgegriffen und sich für eine Satzungserlaubnis ausgesprochen, „dass die Aktionäre unmittelbar an der Hauptversammlung auch ohne eigene Präsenz an deren Ort und ohne Zwischenschaltung eines Vertreters teilnehmen und sämtliche oder einzelne Rechte im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können“. Dieser Vorschlag bedeutet im Klartext: Der Aktionär kann zu Hause am PC abstimmen. Die Zwischenschaltung eines Vertreters ist nicht mehr notwendig. Die Satzung kann regeln, welche Rechte der nicht physisch präsente Aktionär wahrnehmen kann. In Frankreich und in Finnland wurden jüngst die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche direkte Online-Teilnahme geschaffen.<sup>81</sup> Der Gesetzgeber hat den Vorschlag zunächst nicht aufgegriffen. Vielmehr ist im Kodex unter Ziff. 2.1.1 formuliert: „Die Aktionäre nehmen ihre Rechte in der Hauptversammlung wahr und üben dort ihr Stimmrecht aus.“

<sup>78</sup> Vgl. zur „Entsprechenserklärung“ *Ihrig/Wagner*, BB 789 ff.

<sup>79</sup> Vgl. *McKinsey*, Quartalsbericht 1996/4, S. 170 und *Hucke/Oldenburger*, DSStR 2002, 689, 696.

<sup>80</sup> Einzelheiten bei *Fleischhauer*, ZIP 2001, 1133 ff.

<sup>81</sup> Vgl. die Nachw. bei *Noack*, DB 2002, 624.

## KURZE BEITRÄGE

## Zum 200. Geburtstag des modernen Notariats – Das Gesetz vom 25. Ventôse des Jahres XI (16.3.1803) –

Von Notar *Dr. Wolfram Eckhardt*, München

Im März 2003 jährt sich das In-Kraft-Treten der „Loi du 25 Ventôse des Jahres XI“ zum zweihundertsten Mal. Dieses Jubiläum soll hier kurz gewürdigt werden.

### I.

Am 16.3.2003 feiert das moderne Notariat – weltweit – seinen 200. Geburtstag:

Am 16.3.1803 wurde die „Loi contenant organisation du Notariat“ („Gesetz welches eine organisierung des Notariats enthält“, wie nach dem damaligen Sprachgebrauch die korrekte Übersetzung lautete) von Bonaparte, dem ersten Konsul der Republik, proklamiert. Das korrekte Datum für den 16.3.1803 war nach dem Kalender der Französischen Revolution der 25. Ventôse (Windmonat) des Jahres XI.

### II.

Napoleon Bonaparte ist außerhalb Frankreichs eher als der große Feldherr bekannt, der regelmäßig Schlachten zu gewinnen pflegte – abgesehen von der letzten Schlacht bei Waterloo (18.6.1815). Sein Ruhm als Gesetzgeber und damit Schöpfer eines neuen Europa dürfte viel bedeutungsvoller sein als alle von ihm gewonnenen Schlachten. So schuf er neben dem „Code civil“ von 1804 den „Code de procédure civile“ (In-Kraft-Treten: 1.1.1807), den „Code de commerce“ (In-Kraft-Treten: 1.1.1808), den „Code d’instruction criminelle“ (In-Kraft-Treten: 1.1.1811) und den „Code pénal“ (In-Kraft-Treten: 1.1.1811).

Nicht umsonst hat Napoleon einmal geäußert: „Gesetze werden für die Menschen gemacht“. Auf Sankt Helena hat er selbst seine Rolle als Gesetzgeber mit den Worten umschrieben:

„Mein Ruhm besteht nicht darin, dass ich 40 Schlachten gewonnen habe. Das, was nichts auslöschen wird, das, was ewig leben wird, ist mein Code civil.“

### III.

Das Ventôse-Gesetz hat sich aus einer Reihe von Versuchen der Revolutionsgesetzgebung zur Modernisierung des Notariats entwickelt. Das Gesetz beseitigte die bis dahin vorhandenen verschiedenen Arten von Urkundspersonen zu Gunsten des Amtes der „fonctionnaires publics“ (Artikel 1 Abs. 1 Ventôse-Gesetz). Ernennung der Notare und Festlegung der Anzahl der Notarstellen wurden ausschließliche Aufgabe der Justizverwaltung. Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit der Notare wurden wichtige Wesensmerkmale des Notaramtes. Das Amt des öffentlichen Notars als ein selbstständiger Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde als mit den Aufgaben anderer staatlicher Ämter unvereinbar erklärt. Alle Urkunden öffentlicher Notare genießen öffentlichen Glauben. Die Notare erheben gesetzlich geregelte Gebühren.

Der im „Ancien régime“ häufig beklagte Ämterverkauf und die Vererbung von Notarstellen wurden abgeschafft.

### IV.

Die im Ventôse-Gesetz niedergelegten Grundsätze haben weltweit einen wahren Siegeszug angetreten. Sie gelten heute in vielen europäischen Staaten – auch in den osteuropäischen Reformstaaten –, in Lateinamerika und in vielen afrikanischen und manchen asiatischen Ländern.

Die „Internationale Union des Lateinischen Notariats (UINL)“ ist in Wirklichkeit eine „Internationale Union des französischen Notariats des Ventôse-Gesetzes“.

Die Schaffung des Ventôse-Gesetzes als Schlusspunkt der Revolutionsgesetzgebung auf dem Gebiet des Notariats ist geistesgeschichtlich ein erstaunliches Phänomen: Nahezu alle geistigen Wegbereiter der Französischen Revolution, wie etwa Montesquieu und Voltaire, waren auf intellektuellem Gebiet stark geprägt von englischen Ideen und Institutionen. England ist aber ein Land, das – historisch bedingt – nie ein Notariat kontinentaleuropäischer Prägung als Organ der vorsorgenden Rechtspflege kannte. Obwohl die Französische Revolution fast alle Institutionen des „Ancien régime“ abschaffte oder radikal reformierte, blieb das Notariat die einzige Institution, die in dem vom revolutionären Überschwang hinterlassenen Trümmerfeld im Wesentlichen aufrechterhalten blieb – ein Kompliment für unseren Berufsstand.

### V.

Der 200. Geburtstag des modernen Notariats ist für die „lateinischen“ – korrekter „französischen“ – Notare nicht nur ein Grund zum Feiern und zur Freude. Das Datum 16.3.2003 soll und muss auch Anlass zum Nachdenken und zur Besorgnis für alle „lateinischen“ Notare sein: Der moderne internationale Handels- und Wirtschaftsverkehr wird weitgehend auf der Grundlage des angelsächsischen Rechts und Rechtsdenkens, insbesondere des Rechtsdenkens der Vereinigten Staaten von Amerika, abgewickelt. Das anglo-amerikanische Recht kennt aber grundsätzlich kein Notariat als Organ der vorsorgenden Rechtspflege. Der im kontinentaleuropäischen Rechtsdenken so tief verwurzelte Grundsatz, das Recht habe vor allem den Schutz des Schwächeren zu gewährleisten (vgl. § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG: „Dabei soll er (i. e. der Notar) darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden“), ist anglo-amerikanischem Rechtsdenken fremd. Dort gilt grundsätzlich das „Gesetz des Stärkeren“.

Das Ventôse-Gesetz ist daher ein wichtiger Pfeiler unserer kontinentaleuropäischen, sozial geprägten Rechtskultur, die wir für bewahrenswert halten.

Videant consules!

# Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Erste Umsetzungen der Entscheidungen des BVerfG in die obergerichtliche Praxis

(zugleich Besprechung des Urteils des OLG München vom 1.10.2002 – 4 UF 7/02<sup>1</sup>)

Von Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen

Mit einem Paukenschlag hat das BVerfG durch zwei Entscheidungen aus dem letzten Jahr der Vertragsfreiheit im Bereich der Eheverträge Grenzen aufgezeigt<sup>2</sup>. Damit hat sich das BVerfG einer bis dahin gesicherten Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup> entgegengestellt und Argumenten der Literatur<sup>4</sup> zum Durchbruch verholfen<sup>5</sup>. In einem weiteren Judikat hat das BVerfG entschieden, dass die Familienarbeit der Erwerbsarbeit gleichzustellen sei<sup>6</sup>.

Deutete sich beim ersten Urteil des BVerfG noch an, dass nicht notariell beurkundete Verträge (hier: Unterhaltsverzicht mit Kindesunterhaltsfreistellung einer schwangeren Frau zur Erreichung der Eheschließung) einer gesteigerten Inhaltskontrolle gegenüber beurkundeten Verträgen unterliegen könnten<sup>7</sup>, so gilt der zweite Beschluss<sup>8</sup> einem beurkundeten Vertrag, ohne dass auf die Unterschiede nochmals eingegangen wird. Die Wertung<sup>9</sup>, der Rechtsprechungswandel führe nur in wenigen Ausnahmefällen zu einer Ausübungskontrolle, erscheint daher jedenfalls aus jetziger Sicht zu optimistisch. Zutreffend ist hingegen die Auffassung, die Entscheidungen des BVerfG seien nicht Schlusspunkt, sondern Beginn einer neuen Diskussion um die Ehevertragsfreiheit<sup>10</sup>. Diese Diskussion mündet mittlerweile sogar in Vorschläge zur Ersetzung des geltenden Güterrechts, weil es der Rechtsprechung des BVerfG widerspreche<sup>11</sup>. Solche literarischen Gedankengänge beeinflussen aber auch die gerichtlichen Entscheidungen im Gefolge der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Nun liegen erste Oberlandesgerichtsurteile vor, welche die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze umsetzen<sup>12</sup>. Einer solchen Entscheidung, die vor allem die Notare aufhorchen lassen muss, gilt diese Anmerkung. Sie schildert zunächst nochmals kurz die Rechtsprechung des BVerfG, stellt sodann die Entscheidung des OLG München dar, um sich nach ihrer inhaltlichen Bewertung den Konsequenzen für die Ehevertragsgestaltung zuzuwenden.

## 1. Die Entscheidungen des BVerfG

Das BVerfG führt allgemein aus, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und (*Hervorhebung vom Verf.*) einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner der Vertrag einer Inhaltskontrolle bedarf<sup>13</sup>. Damit setzt das BVerfG der Ehevertragsfreiheit

Grenzen und führt eine Inhaltskontrolle ein, ohne die Zivilgerichte darauf festzulegen, ob es sich hierbei um eine Wirksamkeitskontrolle anhand § 138 BGB oder um eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB handelt<sup>14</sup>.

Beide Voraussetzungen – ungleiche Verhandlungsposition und einseitige Aufbürdung vertraglicher Lasten – müssen also kumulativ vorliegen<sup>15</sup>. Offen bleibt im Urteil des BVerfG, ob von einer objektiv krassen Benachteiligung eines Ehegatten auf das Vorliegen einer ungleichen Verhandlungsposition geschlossen werden kann. Dies begründen gewichtige Stimmen in der Literatur unter Berufung auf die allgemeinen Grundsätze des § 138 BGB, bei dem eine besonders krasse Benachteiligung eine Vermutung für die Verwerflichkeit begründet<sup>16</sup>.

In den beiden vom BVerfG entschiedenen Fällen war jeweils die Schwangerschaft der Ehefrau im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Ehevertrages vor Eheschließung Grund für die ungleiche Verhandlungsposition. Das BVerfG hat jedoch klargestellt, dass die Schwangerschaft nur ein Indiz für die mögliche vertragliche Disparität ist, dass aber andere maßgebliche Faktoren wie die Vermögenslage der Schwangeren, ihre berufliche Qualifikation und Perspektive und die von den Ehepartnern ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe eine Unterlegenheit wieder ausgleichen können. Aus diesen Ausführungen wird man zweierlei folgern können: Zum einen, dass die Schwangerschaft keineswegs die einzige Ursache für eine ungleiche Verhandlungsposition sein muss, zum anderen, dass, wenn eine Vermutung von der krassen Benachteiligung auf die Unterlegenheit schließen lässt, diese Vermutung jedenfalls widerleglich ist.

<sup>1</sup> MittBayNot 2003, 136 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BVerfG vom 6.2.2001, MittBayNot 2001, 207 = DNotZ 2001, 222 = FamRZ 2001, 343 und BVerfG vom 29.3.2001, MittBayNot 2001, 485 = DNotZ 2001, 708 = FamRZ 2001, 985.

<sup>3</sup> Etwa BGH, FamRZ 1996, 1536; BGH, MittBayNot 1997, 40 = DNotZ 1997, 410 = FamRZ 1997, 156 ff.; BGH, FamRZ 1997, 800; BGH, MittBayNot 96, 441; zu dieser Rechtsprechung *Gerber*, DNotZ-Sonderheft 1998, 290.

<sup>4</sup> *Schwenzer*, AcP 1996, 88 ff., die allerdings generell von einer strukturellen Unterlegenheit der Frau ausgeht – hiergegen *Grziwotz*, FamRZ 1997, 586, 589; *Büttner*, FamRZ 1998, 1 ff.

<sup>5</sup> Die Entscheidungen werden vielfältig kommentiert. Hier nur einige Stimmen: *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337 ff.; *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295 ff.; *dies.* FF 2002, 151 ff.; *Grziwotz*, MDR 2001, 393 ff.; *ders.*, FF 2001, 41 ff.; *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272 ff.; *Rauscher*, DNotZ 2002, 751 ff.; *Schervier*, MittBayNot 2001, 213 ff. und 486 ff.; *Schubert*, FamRZ 2001, 733 ff.; *Schwab*, DNotZ-Sonderheft 2001, 9 ff.

<sup>6</sup> BVerfG vom 5.2.2002, FamRZ 2002, 527.

<sup>7</sup> So BVerfG, FamRZ 2001, 343, 346 = MittBayNot 2001, 207, 211.

<sup>8</sup> BVerfG MittBayNot 2001, 485 = DNotZ 2001, 708.

<sup>9</sup> *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272.

<sup>10</sup> So *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295, 311.

<sup>11</sup> *Scholz*, FamRZ 2002, 733; *Maier* (Richter im 4. Zivilsenat des OLG München mit dem Sitz in Augsburg), NJW 2002, 3359, 3364; *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151, 153.

<sup>12</sup> So z.B. OLG Frankfurt, ZFE 2002, 349; OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 (in dieser Sache ist inzwischen der Antrag auf Ehescheidung zurückgenommen, OLG Naumburg, FF 2002, 168); OLG Köln, FamRZ 2002, 828 f.; OLG München, MittBayNot 2003, 136 (in diesem Heft).

<sup>13</sup> BVerfG, MittBayNot 2001, 207, 210 ff.

<sup>14</sup> *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272, 273.

<sup>15</sup> *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337, 1339; *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272, 276; *Schwab*, DNotZ-Sonderheft 2001, 9, 15; *ders.*, FamRZ 2001, 349; a.A. offensichtlich *Schubert*, FamRZ 2001, 733, 735 („oder“).

<sup>16</sup> *Schwab*, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 15; gegen *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272, 279; ebenso *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1337, 1339.

Schließlich hat das BVerfG in einem „revolutionären Judikat des Unterhaltsrechts“<sup>17</sup> die bisherige Rechtsprechung des BGH, die dieser freilich selbst schon zuvor geändert hatte<sup>18</sup>, zur Anrechnung nahehehlicher Erwerbseinkünfte solcher Ehegatten, die während der Ehe nicht berufstätig waren, verworfen. Das BVerfG hat darüber hinaus betont, dass aufgrund der Gleichstellung von Erwerbs- und Familienarbeit die Leistungen unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung als gleichwertig anzusehen seien. Dies bedinge einen Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, und zwar dergestalt, dass dieser Anspruch auch nach Trennung und Scheidung Wirkung entfalte auf die Beziehung der Ehegatten hinsichtlich Unterhalt, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens<sup>19</sup>.

## 2. Das Urteil des OLG München

### a) Der Sachverhalt

Im Gegensatz zu den Entscheidungen des BVerfG erklärt das OLG München im Besprechungsurteil einen Ehevertrag für unwirksam, der etwa zwei Jahre nach der Heirat abgeschlossen wurde. Die Ehefrau war gut ausgebildet und hatte vor der Ehe in ihrem Beruf gearbeitet. Sie war zum Zeitpunkt des Ehevertragsschlusses nicht schwanger, sie hatte vielmehr bereits ein etwa zwei Jahre altes Kind. Deswegen übte sie wegen der Kindesbetreuung eine weitere berufliche Tätigkeit nicht mehr aus. Der Ehemann verdiente zum Zeitpunkt der Scheidung sehr gut, die Ehefrau hatte nur geringes eigenes Einkommen. Gleichwohl werden insgesamt Lebensverhältnisse von bescheidenem Zuschnitt vorgetragen. Warum in dieser Situation der Ehevertrag geschlossen wurde, wird nicht mitgeteilt. Nur an einer Stelle klingt an, der Ehemann habe sich durch den Vertrag das ererbte Vermögen sichern wollen.

Im Ehevertrag schlossen die Ehegatten nahehehlichen Unterhalt aus, jedoch mit Ausnahme des Unterhaltes wegen Kindesbetreuung.

Der Versorgungsausgleich wurde ausgeschlossen und durch eine Kompensation ersetzt, die nur zwei Drittel des Wertes des Versorgungsausgleiches erreichte, die eine Abfindung vorsah, welche dann auch die zwei Drittel nicht erreichte. Ferner verlor die Ehefrau Ansprüche auf Invaliditätsversorgung.

Der Ehevertrag schloss sodann den Zugewinn für die Vergangenheit aus. Für die Zukunft vereinbarten die Ehegatten Gütertrennung.

### b) Die Begründung des OLG München

Das OLG München betont zunächst einleitend, dass der Vertrag nach der neuen Rechtsprechung des BVerfG der Inhaltskontrolle unterliege, wenn eine besonders einseitige Aufbürdung von vertraglichen Lasten und eine erheblich ungleiche Verhandlungsposition vorliege. Es zitiert dann eine längere Passage der Entscheidung des BVerfG zur Gleichstellung von Familien- und Erwerbsarbeit<sup>20</sup> in einem ersten, quasi vor die Klammer gezogenen Abschnitt und macht damit deutlich, dass es die Aussage dieser Entscheidung über die gleiche Teilhabe am erwirtschafteten für alle drei Bereiche Unterhalt, Versorgungsausgleich und Güterrechtsregelung zugrunde legen will. Zu Beginn des zweiten Abschnitts erklärt das OLG den notariellen Ehevertrag für unwirksam unter Wiederholung der vom BVerfG genannten Voraussetzungen. Die unangemes-

sene Benachteiligung begründet das OLG damit, dass die der Ehefrau nach Scheidung zustehenden Ansprüche nahezu völlig abbedungen würden und nimmt in diesem Zusammenhang § 242 BGB in Bezug.

Sodann untersucht das Gericht nacheinander die drei Bereiche und kommt schon bei jedem für sich zum Verdikt der Unwirksamkeit, ohne hierfür nochmals eine Gesamtbetrachtung anzustellen. Schließlich wird die Anwendung des § 139 BGB auf die ehevertraglichen Regelungen eingeschränkt. Ein Ehegatte könne nicht Schutzvorschriften weitestgehend ausschließen und dann auf eine geltungserhaltende Reduktion durch das Gericht hoffen.

An zwei Stellen spricht das Gericht an, worin es die dominierende Position des Ehemannes erblickt. Einmal betont das OLG im Rahmen der Prüfung der Unterhaltsregelung, die Ehefrau sei wirtschaftlich vollkommen vom Antragsteller abhängig gewesen. An anderer Stelle bei der Untersuchung der Gütertrennungsvereinbarung stellt es den Ehemann als Inhaber eines Vermögens und Bezieher eines weit überdurchschnittlichen Einkommens der vermögenslosen und praktisch einkommenslosen Ehefrau gegenüber. Eine weitere Begründung für die erheblich ungleiche Verhandlungsposition oder eine Auswertung der Motivationslage bei Abschluss des Ehevertrages erfolgt nicht, obwohl hierzu der Umstand durchaus Anlass geboten hätte, dass die Ehefrau den Ehevertrag einige Jahre nach seinem Abschluss aber lange vor der Scheidung wegen Irrtums und Täuschung angefochten hatte.

## 3. Von der Inhaltskontrolle zur ehelichen Halbteilung?

### a) Ungleiche Verhandlungsposition

Das BVerfG hatte die Schwangerschaft der Ehefrau bei Vertragsschluss zu einem durch andere Faktoren widerleglichen Indiz für eine ungleiche Verhandlungsposition erklärt. Es war hierbei detailliert auf die Gemütslage, die gesellschaftlichen und sozialen Zwänge eingegangen und auf die daraus resultierende psychische Zwangslage der werdenden Mutter sowie ihre ökonomischen Perspektiven. Das BVerfG sah die Schwangere vor die Alternative gestellt, entweder einen sie belastenden Ehevertrag zu unterschreiben oder aber unverheiratet zu bleiben und alleine für das Kind sorgen zu müssen.

Ganz anders die Situation im Falle des OLG München. Hier waren die Ehegatten verheiratet und hatten bereits ein Kind. Alle Ansprüche der Ehefrau auf Unterhalt, Versorgungsausgleich und Zugewinn waren bis dahin unberührt geblieben. Das Gericht hat nicht festgestellt, welcher Nachteil der Ehefrau gedroht hätte, wenn sie den Vertrag nicht unterzeichnet hätte. Eine psychische Zwangslage vergleichbar derjenigen der unverheirateten werdenden Mutter ist also nicht festgestellt. Die Ehefrau hätte ihre Belastung durch den Ehevertrag hier schon dadurch abwenden können, dass sie den Vertrag nicht unterschrieb. Die Ehefrau besaß nach der Sachverhaltschilderung einen Magistertitel in Kunstgeschichte, alter Geschichte und Germanistik. Sie war also von ihrer Ausbildung und ihrer intellektuellen Fähigkeit her in der Lage, die Formulierung des Vertrages zu verstehen und den Schluss auf die Folgewirkungen zu ziehen. Sie war durch die notarielle Beurkundung über die Folgen eingehend belehrt<sup>21</sup>. Von dieser Warte aus hätte sie angesichts dessen die Wahl gehabt, den Ehevertrag nicht zu unterzeichnen.

Wenn das Gericht zur Begründung der Unterlegenheit nun auf die völlige wirtschaftliche Abhängigkeit vom Ehemann hinweist, so überzeugt dies gerade beim vorliegenden Sachverhalt nicht.

<sup>17</sup> Maier, NJW 2002, 3359, 3360.

<sup>18</sup> BGH, MittBayNot 2001, 397 ff. mit Anm. Bergschneider = NJW 2001, 2254; zuvor war bereits das OLG München abgewichen, NJW-RR 2000, 449.

<sup>19</sup> BVerfG, FamRZ 2002, 527, 529 (unter I 1 b, c).

<sup>20</sup> BVerfG, FamRZ 2002, 527 ff.

<sup>21</sup> Nachreiner; MittBayNot 2001, 356, 359, meint, dass konkrete und ausführliche Belehrungen das strukturelle Ungleichgewicht jedenfalls beseitigen können; a.A. Schubert, FamRZ 2001, 734, 736.

Zum einen ist fraglich, ob der Schluss von ungleicher Vermögensausstattung auf unterlegene Verhandlungsposition generell zulässig ist. Hierin scheint mir ebenso wie in der These von der strukturellen Unterlegenheit der Frauen bei Vertragsabschlüssen<sup>22</sup> eine unzulässige Verallgemeinerung zu liegen, die – zu Ende gedacht – dazu führen müsste, dass nicht nur im ehelichen Bereich, sondern im gesamten Vertragsrecht Verträge zwischen Arm und Reich oder zwischen Mann und Frau generell in Zweifel zu ziehen wären<sup>23</sup>. Die ungleiche Vermögensverteilung mag Indiz sein können für eine hierdurch gestärkte Verhandlungsposition des begüterten Ehegatten. Sie reicht aber nicht aus, um für sich allein die unterlegene Verhandlungsposition zu begründen.

Zum anderen war die Ehefrau zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages gerade nicht ökonomisch abhängig. Sie hatte bei bestehender Ehe einen unabdingbaren Unterhaltsanspruch. Sie hatte ohne den streitigen Ehevertrag vollen Anspruch auf Versorgungsausgleich, Zugewinn und Unterhalt im Falle einer Scheidung, hätte also selbst in diesem Falle angesichts der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Ehemannes ihren ehelichen Lebensstandard wahren und aufgrund ihrer beruflichen Ausbildung auch selbst zur Sicherung desselben beitragen können. Ein ökonomischer Zwang, sich den Regelungen des Ehevertrages „zu unterwerfen“, bestand also gerade nicht.

Es bleibt die vom OLG München nicht gestellte oder beantwortete Frage, ob schon eine besonders krasse Benachteiligung nach dem Inhalt des Ehevertrages den Schluss auf die unterlegene Verhandlungsposition rechtfertigt<sup>24</sup>. Betrachtet man Rechtsprechung und Schrifttum zu § 138 BGB<sup>25</sup>, so erscheint eher die Prognose zutreffend, dass die Rechtsprechung auch in diesem Falle bei einem besonders groben Missverhältnis, dem hier eine besonders krasse Benachteiligung entspricht, den Schluss auf die unterlegene Verhandlungsposition ziehen wird. Die besonders krasse Benachteiligung wird dann aber über die besonders einseitige Aufbürdung vertraglicher Lasten hinausgehen müssen, da diese erst die Inhaltskontrolle eröffnet. Eine genaue Abgrenzung wird die Rechtsprechung zu leisten haben. Ferner sollte der Schluss auf die unterlegene Verhandlungsposition nicht den Gegenbeweis ausschließen, sondern letztendlich nur die Beweislast verlagern.

Im vorliegenden Fall, wäre daher der weitere Gang der Untersuchung abzuwarten, ob eine besonders krasse Benachteiligung vorliegt, welche eine Vermutung für die unterlegene Verhandlungsposition begründet, sofern man nicht die oben genannten Erwägungen bereits als Gegenbeweis ansehen will.

#### b) Besonders einseitige Aufbürdung vertraglicher Lasten

Das OLG München sieht in seiner Untersuchung des Ehevertrages schon jede der getroffenen Vereinbarungen für sich als unwirksam an. Es gelangt zu dieser Wertung vor allem durch eine Gesamtschau der zuvor besprochenen Urteile des BVerfG. Das Gericht entnimmt dem Beschluss des BVerfG zur Gleichstellung der Familienarbeit<sup>26</sup> den Anspruch auf gleiche Teilhabe in allen drei Bereichen des Unterhalts, des Versorgungsausgleichs und des Ehegüterrechts und sieht daher jede Abweichung von dieser gleichen Teilhabe, d.h. von der durch Gesetz angeordneten Rechtsfolge, bereits als Benachteiligung im Sinne der Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle

an. Ganz anders etwa das OLG Frankfurt<sup>27</sup>, das formuliert: „Der Güterstand der Gütertrennung ist einer der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Güterstände, die untereinander jeweils wertneutral zur Disposition der Ehegatten stehen.“

Die Auslegung des OLG München berücksichtigt m.E. zu wenig, dass das Urteil des BVerfG zur Gleichstellung der Familienarbeit zu Fällen erging, in denen um den gesetzlichen Unterhalt gestritten wurde. Das BVerfG hat hier ausgesprochen, dass „grundsätzlich“ ein Anspruch auf hälftige Teilhabe besteht. Das BVerfG hat ferner ausgeführt, dass dies Wirkung auch für die Zeit nach Trennung und Scheidung entfalte, es hat nicht ausgesprochen, dass dies auch nach Trennung und Scheidung in gleicher Weise weitergelte<sup>28</sup>. Es hatte sich außerdem in diesem Beschluss nicht mit den Möglichkeiten ehevertraglicher Abweichungen von der gesetzlichen Regelung zu befassen. Das BVerfG hat auch nicht etwa Vorschriften des BGB für verfassungswidrig erklärt, sondern nur eine Auslegung der Vorschriften geboten, welche den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht wird. Die Auslegung des OLG München hingegen verschiebt die Maßstäbe der Inhaltskontrolle quasi vom Rand in die Mitte. Es überprüft eigentlich nicht mehr allein den Missbrauch der Ehevertragsfreiheit, sondern die Abweichung von der Halbteilung.

Es bleibt somit zu klären, wie die Ehevertragsfreiheit und zwischen den Ehegatten geschlossene ehevertragliche Regelungen auf diesen „grundsätzlich“ gegebenen Anspruch auf gleiche Teilhabe einwirken. Wenn die Vorschriften des BGB über die Vertragsfreiheit im Ehebereich noch einen Sinn behalten sollen, dann müssen Ehegatten durch ehevertragliche Vereinbarungen bis zu der Grenze, welche das BVerfG in den Entscheidungen zur Inhaltskontrolle gezogen hat<sup>29</sup> von der grundsätzlichen Halbteilung abweichen können, ohne dass dieser Abweichung von der Halbteilung an sich schon ein Unwerturteil beigelegt wird<sup>30</sup>. Die ehevertragliche Regelung führt dann zu einer Modifizierung des Halbteilungsgrundsatzes. Ansonsten müssten schon die §§ 1408 und 1585c BGB gegen das Grundgesetz verstoßen<sup>31</sup>. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung möglichst bald die Grenzen auslotet, die einer zulässigen Modifizierung gesetzt sind.

Im Einzelnen ist zu den Wertungen des OLG München Folgendes zu sagen:

#### (1) Unterhaltsrecht

Konnte man bis zu den Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle davon ausgehen, dass ein Unterhaltsverzicht bis zu den vom BGH gezogenen Grenzen der Sittenwidrigkeit bzw. des Verstoßes gegen Treu und Glauben möglich sei, so führte die Rechtsprechung des BVerfG zur Einsicht, dass Begrenzungen des Unterhalts wegen Kindesbetreuung nach § 1570 BGB kritisch zu sehen sind<sup>32</sup>. Die Vertragspraxis ging

<sup>22</sup> So *Schwenzer*, AcP 1996, 88 ff.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu *Grziwotz*, FamRZ 1997, 586, 589.

<sup>24</sup> In diesem Sinne *Bergschneider*, FamRZ 2001, 1338, 1339; *Schwab*, DNotZ-Sonderheft 2001, 9, 15; a.A. *Langenfeld*, DNotZ 2001, 272, 279.

<sup>25</sup> Vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Aufl., 2002, § 138, Rdnr. 34a m.w.N.

<sup>26</sup> BVerfG, FamRZ 2002, 528 f.

<sup>27</sup> OLG Frankfurt, ZFE 2002, 349 ff.

<sup>28</sup> Sonst hätte es näher gelegen, den Satz einfacher zu formulieren ohne den Einschub „entfaltet seine Wirkung“. Der Satz hätte sonst lauten müssen: „Dies gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern auch nach Trennung und Scheidung ...“

<sup>29</sup> BVerfG, MittBayNot 2001, 207 und BVerfG, MittBayNot 2001, 485.

<sup>30</sup> A.A. *Maier*, NJW 2002, 3359, 3365: Das Gebot gleicher Teilhabe erkläre die Grenzen der Privatautonomie nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Inhaltskontrolle.

<sup>31</sup> Es gibt bereits erste Äußerungen, dass der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft im Lichte des Beschlusses des BVerfG zur Gleichstellung der Familienarbeit gegen das Grundgesetz verstoße, weil er die gleiche Teilhabe während der Ehe gerade nicht herbeiführe, sondern einen Ausgleich erst im Scheidungsfall schaffe, vgl. *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151, 153; *Scholz*, FamRZ 2002, 733.

<sup>32</sup> *Bergschneider*, FamRZ 2003, 39.

allerdings davon aus, dass aufgrund der Vorschrift des § 1585 c BGB eine Abweichung im Bereich der anderen Unterhaltstatbestände zulässig sei. Dem tritt das OLG München nun entgegen mit dem Argument, dadurch werde der gleichwertige Beitrag zu den ehelichen Lebensverhältnissen in der Gestalt der Kinderbetreuung und Haushaltsführung vernachlässigt. Ohne sachlichen Grund dürfe in diesen Fällen insbesondere der besonders werthaltige Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nicht ausgeschlossen werden. Dies führt weitergehend zu der Schlussfolgerung, Unterhaltsverzicht generell dann nicht mehr zu vereinbaren, wenn ein Ehegatte haushaltsführend oder kindererziehend tätig ist<sup>33</sup>.

Setzt sich diese Ansicht des OLG München durch, so wird es in der Praxis zu dem kommen, was die Literatur bereits verschiedentlich rät: In den Diskrepanzfällen wird von der Eheschließung mehr und mehr Abstand genommen werden<sup>34</sup>.

Demgegenüber ist festzuhalten, dass die Ehevertragsfreiheit auch vom BVerfG nicht gänzlich negiert wurde. Der Verzicht auf Unterhalt sollte daher auch weiterhin zulässig bleiben. Betrachten wir für einen Moment einmal nicht den problematischen Fall der Kindererziehung mit beruflichen Ausfallzeiten, sondern den Fall zweier Ehegatten, von denen der eine ein gutes Auskommen aus seiner beruflichen Tätigkeit hat, der andere aufgrund eines sehr hohen ererbten Vermögens außerordentlich hohe Einkünfte. Beide sind durchgehend berufstätig. Hier wird man einen Verzicht auf Aufstockungsunterhalt als möglich ansehen.

Nun erzieht der Ehegatte, welcher ein gutes Auskommen aus beruflicher Tätigkeit hat, Kinder und verzichtet auf eine berufliche Tätigkeit. Was spricht dagegen, hier in gleicher Weise einen Unterhaltsverzicht zuzulassen, der nicht in einer Situation der Unterlegenheit zustande kam, wenn dem Ehegatten, der Kinder erzieht, mindestens das Einkommen bleibt, das er bei Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit, ggf. unter Einrechnung seiner Karrierechancen erzielen haben könnte? Eine solche Regelung sollte in Diskrepanzfällen auch bei Kindererziehungszeiten zulässig bleiben.

Weiter könnte man daran denken, weitergehende Unterhaltsverzicht zumindest auf diese Linie zu reduzieren, anstatt sie für nichtig zu erklären. Die Rechtsfolge der Inhaltskontrolle war vom BVerfG nicht vorgegeben.

## (2) Versorgungsausgleich

Die Wirksamkeit des Versorgungsausgleichs hat das OLG München abgelehnt, obwohl eine Kompensation vereinbart war, die etwa 60% des Wertes des Versorgungsausgleiches erreichte. Begründet wurde dies neben der Verringerung der Ansprüche mit dem Fehlen einer Invaliditätsversorgung und der vereinbarten Abfindungsmöglichkeit, welche die Leistungen noch weit unter die Marke von 60% hätte drücken können.

Dies wurde bisher in der Rechtsprechung nicht so gesehen. Man wird wohl damit rechnen müssen, dass ein Versorgungsausgleichsverzicht bei Einbußen eigener Versorgung, die auf Zeiten der Kindererziehung zurückgehen, künftig kritischer betrachtet werden wird. Sollen Ersatzregelungen in den Ehevertrag aufgenommen werden, so ist den Vertragsteilen zu empfehlen, künftig die Auswirkungen dieser Ersatzregelungen im Verhältnis zum gesetzlichen Versorgungsausgleich stärker rechnerisch zu erfassen.

Ob eine Regelung wie diejenige im Urteilsfall dann tatsächlich bereits zur Unwirksamkeit führt, mag angesichts der Gesetzgebungsgeschichte des Versorgungsausgleichs und seiner

zahlreichen verfassungsrechtlichen Korrekturen durchaus bezweifelt werden. Zum Vergleich hat das OLG Köln den Verzicht auf Versorgungsausgleich in Kombination mit einem Unterhaltsverzicht und Gütertrennung gehalten, obwohl die Ehefrau bei Vertragsabschluss schwanger war und der Vertrag lediglich sechs Tage vor Eheschließung unterzeichnet wurde, welche der Ehegatte von der Vertragsunterzeichnung abhängig gemacht hatte<sup>35</sup>.

## (3) Gütertrennung

Bisher wurde den Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle zwar Auswirkungen auch auf den Bereich des Güterrechts zugeschrieben, da die wichtigen Passagen in diesen Entscheidungen zur Inhaltskontrolle allgemein gehalten und nicht allein auf das Unterhaltsrecht bezogen sind<sup>36</sup>. Andererseits rechnen selbst ausgewiesene Befürworter des Rechtsprechungswandels den Zugewinnausgleich nicht zum Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems, bei dessen Veränderung eine einseitige Lastenverteilung vorliegen könnte<sup>37</sup>. Diese Einschätzung der Zugewinngemeinschaft beruht vor allem auch auf dem Umstand, dass die Zugewinngemeinschaft seit ihrer Einführung in das BGB nie unumstritten war<sup>38</sup>. Bezogen auf das Urteil des BVerfG<sup>39</sup>, das Familien- und Erwerbsarbeit im Unterhaltsrecht den gleichen Stellenwert einräumt, wird aber mittlerweile eine Ausstrahlung auf den Bereich des Ehegüterrechts vertreten, die zu einer verstärkten Überprüfung auch güterrechtlicher Verträge führen müsse<sup>40</sup>.

Vor allem in folgenden Fällen wurde bisher eine Inhaltskontrolle güterrechtlicher Regelungen und ggf. ihre Anpassung gefordert:

- beim Verzicht auf schon begründete Rechtspositionen (z.B. haushaltsführende Ehefrau verzichtet nach langjähriger Ehe auf Zugewinn auch hinsichtlich der Vergangenheit)<sup>41</sup>; dies kann auch bei einer Scheidungsvereinbarung vorliegen<sup>42</sup>.
- wenn ein Ehegatte gerade auf den Zugewinn zu seiner Versorgung angewiesen wäre, etwa weil er an Unterhalt oder Versorgungsausgleich wenig zu erwarten hat<sup>43</sup>.

Auch der bereits zitierte Beschluss des OLG Frankfurt<sup>44</sup> geht davon aus, dass Gütertrennung zulässig vereinbart werden kann, da sie ein vom Gesetz zur Verfügung gestellter Wahlgüterstand ist<sup>45</sup>. In der dort vorliegenden Fallgestaltung beschränkte sich die Regelung auf Gütertrennung. Die gesetzlichen Regelungen zum Unterhalt und zum Versorgungsausgleich wurden hingegen nicht abgeändert. Allerdings war wohl die Ehefrau bei Abschluss des Vertrages schwanger.

Das OLG München ließ offen, inwieweit die Ehevertragsfreiheit bei Abschluss güterrechtlicher Vereinbarungen reiche, und erklärte die Gütertrennung für unwirksam mit Verweis

<sup>35</sup> OLG Köln, FamRZ 2002, 828 f.

<sup>36</sup> Bergschneider, FamRZ 2001, 1337, 1338.

<sup>37</sup> Dauner-Lieb, AcP 2001, 295, 320.

<sup>38</sup> Zur Kritik an der Zugewinngemeinschaft etwa Battes, FuR 1990, 311 ff.; Gernhuber, NJW 1991, 2238: „verbuckelte Gestalt“, nicht integrierbare „Bonner Quart“; Schröder, FamRZ 1997, 2 ff.; Schwab, FS Alfred Söllner, 2000, 1079 ff.

<sup>39</sup> BVerfG, FamRZ 2002, 527 ff.

<sup>40</sup> Dauner-Lieb, FF 2002, 151 ff.

<sup>41</sup> Schwab, DNotZ-Sonderheft 2001, 9, 17.

<sup>42</sup> Hierzu OLG Naumburg, FamRZ 2002, 456 f. = FF 2002, 69 mit Anm. Bergschneider = DNotZ 2002, 791; vgl. ferner BGH, FF 2002, 167 f. mit Anm. Schmitzler, dort insbesondere auch zur Darlegungs- und Beweislast.

<sup>43</sup> Schubert, FamRZ 2001, 733, 736; zustimmend Palandt/Brudermüller, § 1408, Rdnr. 9.

<sup>44</sup> ZFE 2002, 349.

<sup>45</sup> So auch Schwab, DNotZ-Sonderheft 2001, 9, 15.

<sup>33</sup> Bergschneider, Anmerkung zum Urteil des OLG München, FamRZ 2003, 39.

<sup>34</sup> Grziwotz, MDR 1998, 1327, 1331; Rauscher, DNotZ 2002, 751, 755.

auf die wenigen der Ehefrau verbliebenen Rechtspositionen. Das OLG lehnte die Anwendung der salvatorischen Klausel ab, erkannte also trotz seiner Ansicht nach vorliegender Unwirksamkeit des Ausschlusses von Unterhalt und Versorgungsausgleich nicht auf Wirksamkeit der Gütertrennung.

### c) Krasse Benachteiligung?

Selbst wer mit dem OLG München eine besonders einseitige Aufbürdung vertraglicher Lasten annehmen möchte, muss noch die Frage beantworten, ob in den ehevertraglichen Vereinbarungen vorliegend eine derart krasse Benachteiligung liegt, dass sie den Schluss auf eine unterlegene Verhandlungsposition rechtfertigt, nachdem diese selbst nicht dargelegt ist.

Sicher ist dies eine wertende Entscheidung. Nachdem aber vorliegend

- der Unterhalt für den Fall der Kindesbetreuung in vollem Umfange aufrechterhalten blieb,
- die Ehefrau eine gute berufliche Ausbildung hatte, welche sie in die Lage versetzte, auch nach einer Ehescheidung und Abschluss der Kindererziehung einer anspruchsvollen Tätigkeit nachzugehen,
- der Versorgungsausgleich mit einer Kompensation versehen war und
- die Gütertrennung einen der gesetzlichen Wahlgüterstände darstellt,

lassen sich durchaus Argumente gegen eine solche krasse Benachteiligung vortragen, aus der ohne weiteres auf die unterlegene Verhandlungsposition geschlossen werden könnte.

Zumindest hätte das OLG München hierzu eine Aussage treffen müssen, um zur Unwirksamkeit des Vertrages zu kommen.

## 4. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Welche Konsequenzen sind nun aus diesem Urteil für die notarielle Vertragsgestaltung zu ziehen?<sup>46</sup>

### a) Sachverhaltsaufklärung und Belehrung

Zunächst wird es bei Eheverträgen für eine zutreffende Beratung entscheidend wichtig sein, den Gesamtkontext festzustellen, in dem ein Ehevertrag geschlossen wird. Hierzu wird die Motivation zum Abschluss des Ehevertrages ebenso gehören wie die konkreten Umstände, warum der Abschluss jetzt gewünscht wird. Wichtig für die Frage des Vorliegens einer unterlegenen Verhandlungsposition ist das Wissen um andere maßgebliche Faktoren wie die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive der Ehegatten und die von den Ehepartnern ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe.

Es wird ratsam sein, beide Vertragspartner rechtzeitig zu hören und mit ihnen den beabsichtigten Inhalt des Vertrages und seine Konsequenzen zu besprechen. Die Empfehlung, allzu euphorische Vorstellungen der Lebensplanung zu korrigieren<sup>47</sup>, ergeht durchaus zu Recht. Aus der vorgetragenen Gesamtinformation ist sodann ein ehetyppengerechter Ehevertrag vorzuschlagen. Beharren die Vertragsteile auf einer anderen Gestaltung, so kann dies in der Urkunde ebenso festgestellt werden wie die Belehrung über die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Der Notar kann darüber hinaus in seinen Belehrungen festhalten, dass bei Änderung des Ehetyps gegebenenfalls auch die vertraglichen Ausgestal-

tungen der Ehe einer Anpassung bedürfen, um ihre weitere Wirksamkeit sicherzustellen<sup>48</sup>.

### b) Formal gleiche Verhandlungspositionen schaffen

Damit eine unterlegene Verhandlungsposition schon von der formalen Seite her nicht gegeben ist, sollte man von der nach der Rechtsprechung des BGH<sup>49</sup> gegebenen Möglichkeit eines Vertragsabschlusses aufgrund formloser Vollmacht durch einen Vertragsteil keinen Gebrauch mehr machen. Bei sprachlichen Schwierigkeiten sollte vorher ausreichend Zeit zur Beratung und Übersetzung gegeben sein, denn das Urteil des OLG Köln, das einen Ehevertrag trotz erheblicher sprachlicher Schwierigkeiten für wirksam erklärt<sup>50</sup>, wird kein Allheilmittel sein, wenn es um die Frage unterlegener Verhandlungsposition geht. Ob die vom Notar gegebenen Belehrungen in allen Fällen eine etwa gegebene unterlegene Verhandlungsposition ausgleichen können, wird zumindest dort zweifelhaft sein, wo die Unterlegenheit nicht auf mangelnder Kenntnis der Rechtslage beruht, wie bei Schwangerschaft und den damit gegebenen besonderen Belastungen<sup>51</sup>. In anderen Zusammenhängen aber kann die notarielle Belehrung und die rechtzeitige Befassung der Beteiligten mit den Inhalten des Ehevertrages durchaus zu einer ausgewogeneren Verhandlungsposition beitragen<sup>52</sup>. Daher erscheint es angemessen, beiden Vertragspartnern Vertragsentwürfe rechtzeitig zuzuleiten, ggf. verbunden mit dem Hinweis, die Zeit bis zur Beurkundung für eine zusätzliche – auch einseitig die Interessen dieses Partners vertretende – rechtliche Beratung zu nutzen, wenn dies erforderlich sein sollte.

### c) Reichweite der Ehevertragsfreiheit

Das Urteil des OLG München wirft hinsichtlich der Reichweite der Ehevertragsfreiheit mehr Fragen auf als es beantwortet. Wie die vorstehenden Anmerkungen zeigen, dehnt das Urteil die Inhaltskontrolle sehr stark aus. Setzt sich diese Linie in der Revisionsinstanz durch, so werden die Möglichkeiten ehevertraglicher Regelung in der Zukunft sehr viel geringer sein<sup>53</sup>. Zudem würde es durch die Ablehnung der Anwendung einer salvatorischen Klausel viel häufiger zur Gesamtnichtigkeit von Eheverträgen kommen.

Damit ist den Notaren und den vertragsschließenden Parteien künftig die Rechtssicherheit in noch viel stärkerem Maße genommen, als dies nach den Judikaten des BVerfG schon der Fall war<sup>54</sup>. Ein Rezensent tut sich schwer, anhand des durchaus uneinheitlichen Bildes der vorliegenden Oberlandesgerichtsurteile eine Linie zu zeichnen, bis zu der ein Vertrag die Inhaltskontrolle besteht. In jedem Falle werden Unterhaltsverzicht im Bereich des § 1570 BGB künftig von der Rechtsprechung sehr kritisch betrachten werden; ja es wird sogar be-

<sup>48</sup> Ob der Notar gar so vorsichtig sein muss, von einer Eheschließung generell abzuraten – vgl. *Grziwotz*, MDR 1998, 1327, 1331 und *Rauscher*, DNotZ 2002, 751, 755 – muss jeder Kollege für sich entscheiden. Dasselbe gilt für die Frage einer Ablehnung der Beurkundung, wenn der Notar glaubt, der von den Vertragsteilen trotz intensiver Belehrung gewünschte Vertrag werde einer Inhaltskontrolle nicht standhalten (hierzu *Langenfeld*, DAI-Skript Intensivkurs Eheverträge (2002), Kapitel I, 76 f.).

<sup>49</sup> BGH, DNotZ 1999, 46; Münchener Kommentar, *Kanzleiter*, 4. Aufl. 2000, § 1410, Rdnr. 4. Kritisch *Wegmann*, Eheverträge, 2. Aufl., 2002, Rdnr. 74.

<sup>50</sup> OLG Köln, MittBayNot 2002, 293.

<sup>51</sup> *Dauner-Lieb*, AcP 2001, 295, 321.

<sup>52</sup> Vgl. OLG Köln, FamRZ 2002, 828, 829, wonach die Belehrung des Notars Schutz davor bietet, dass Verträge aus Unerfahrenheit oder Gesetzesunkenntnis geschlossen werden.

<sup>53</sup> *Bergschneider*, FamRZ 2003, 39.

<sup>54</sup> Zur Verantwortung der Rechtsprechung für die Rechtssicherheit: *Münch*, NJW 1996, 3320, 3321 f.

<sup>46</sup> Die nachfolgenden Anmerkungen sind nicht etwa so zu verstehen, dass das Fehlen eines Punktes die Wirksamkeit des Vertrages gefährden kann. Vielmehr versuchen sie, die in den besprochenen Entscheidungen vorgetragenen Sachverhalte umzusetzen.

<sup>47</sup> *Schubert*, FamRZ 2001, 734, 738.

zweifelt, ob Verzichte auf nahehelichen Unterhalt nach anderen Unterhaltstatbeständen gegenüber dem kindererziehenden oder haushaltsführenden Ehegatten Wirksamkeit entfalten<sup>55</sup>.

Die Möglichkeiten zur ehevertraglichen Änderung im Bereich des Güterrechts und des Versorgungsausgleichs werden von den damit befassten Oberlandesgerichten völlig verschieden eingeschätzt<sup>56</sup>. Hier lässt sich kaum eine Prognose wagen. Jedenfalls ist Vorsicht geboten bei Gesamtverzichtsvereinbarungen, wenn diese nicht zwischen wirtschaftlich völlig unabhängigen Eheleuten getroffen werden.

<sup>55</sup> Bergschneider, FamRZ 2003, 39.

<sup>56</sup> Inzwischen ist ein weiterer Beschluss des OLG München vom 25.9.2002 bekannt geworden (AZ: 16 WF 1328/02), in welchem Prozesskostenhilfe für die Folgesachen Versorgungsausgleich und Gütertrennung versagt wurde, da der Ehevertrag, mit dem auf Versorgungsausgleich verzichtet und Gütertrennung vereinbart wurde,

Es ist zu hoffen, dass der BGH bald die Gelegenheit wahrnimmt, Grenzen, aber auch Möglichkeiten ehevertraglicher Gestaltung aufzuzeigen.

der Inhaltskontrolle standhalten werde. Hinsichtlich der Folgesache Unterhalt wurde Prozesskostenhilfe gewährt, obwohl auch auf nahehelichen Unterhalt verzichtet worden war. Das OLG München führt in seiner Einschätzung der Entscheidungen des BVerfG zur Inhaltskontrolle wörtlich aus: „Darüber hinaus wurde der das Vertragsrecht beherrschende Grundsatz der Privatautonomie nicht angetastet. Eheverträge nach § 1408 BGB sind nach wie vor zulässig, ebenso vertragliche Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt (§ 1585c BGB).“ Das OLG München stellt in diesem Beschluss ferner klar, dass es für die Frage einseitiger Dominanz allein auf die Verhältnisse bei Vertragsschluss ankomme und nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse beim Scheitern der Ehe. Es bezeichnet den Güterstand der Gütertrennung im Hinblick auf das wirtschaftliche Risiko eines Gewerbetreibenden als vielfach sogar interessengerecht.

## Der neue Rentenerlass im Überblick

Von Notarassessor *Dr. Lothar Hipler*, Rosenheim<sup>1</sup>

Am 26.8.2002 hat sich die Bundesfinanzverwaltung zum zweiten Mal umfänglich zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen geäußert<sup>2</sup>. Dies war erforderlich, nachdem der erste Rentenerlass in wichtigen Teilbereichen nicht mehr der Rechtsprechung des X. Senats des BFH entsprach. Der neue Erlass schließt sich dieser Rechtsprechung nunmehr weitgehend an und führt damit zu einem engeren Anwendungsbereich des Rechtsinstituts der Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen als bisher.

Übertragen Eltern ihr Vermögen ganz oder teilweise im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf eines ihrer Kinder, das ihnen dafür wiederkehrende Leistungen gewährt, so können diese Leistungen Versorgungsleistungen, Unterhaltsleistungen oder Veräußerungsleistungen, d.h. Entgelt sein. Insbesondere bei Betriebsvermögen werden sich in der Regel die Versorgungsleistungen als einkommensteuerrechtlich am günstigsten erweisen. Denn seit jeher werden diese nicht als Entgelt für das übertragene Vermögen angesehen, so dass eine Aufdeckung stiller Reserven ausscheidet. Gegenüber den ebenfalls nicht als Entgelt anzusehenden Unterhaltsleistungen haben die Versorgungsleistungen den Vorteil, dass sie bei entsprechender Gestaltung vom Leistenden in voller Höhe als dauernde Last einkünftemindernd abgezogen werden dürfen. Zwar hat der Empfänger die Leistungen als wiederkehrende Bezüge zu versteuern. Da dieser aber oftmals aufgrund geringeren Einkommens einem niedrigeren Steuertarif unterliegt als der Leistende, ist die Steuerbelastung von Übergeber und Übernehmer zusammen niedriger als es bei bloßen Unterhaltsleistungen der Fall wäre.

Die Voraussetzungen, unter denen wiederkehrende Leistungen anlässlich einer Vermögensübertragung als Versorgungsleistungen behandelt werden, sind bis heute nicht abschließend geklärt. Ein Blick auf die jüngste Rechtsprechung des X. Senats zeigt, dass man als Berater nur dann auf der sicheren Seite ist, wenn Betriebsvermögen oder fremdgenutztes Immobilienvermögen übertragen wird und die wiederkehren-

den Leistungen, die dem Übergeber vom Übernehmer auf Lebenszeit versprochen werden, aus den Nettoerträgen des übertragenen Vermögens erbracht werden können.

Mit ihrem ersten Rentenerlass vor fast sechs Jahren versuchte die Finanzverwaltung, die unterschiedlichen Auffassungen zwischen dem X. und dem XI. Senat des BFH durch die Bildung zweier Übergabetypen zu vereinen: Während beim „Typus 1“ die Versorgungsleistungen nicht höher sein dürfen als der langfristig erzielbare Ertrag des übergebenen Vermögens, reicht es beim „Typus 2“ aus, dass der Wert des übergebenen Vermögens mindestens 50 % des Barwertes der Versorgungsleistungen erreicht. An dieser Einteilung in zwei grundsätzlich taugliche Übergabetypen hat sich durch den neuen Rentenerlass nichts geändert<sup>3</sup>. Allerdings hat der X. Senat den Typus 2 durch eine Anfrage an den Großen Senat des BFH zumindest insoweit in Frage gestellt, als es um den Abzug der Versorgungsleistungen in voller Höhe, d.h. als dauernde Last, geht<sup>4</sup>.

### I. Änderungen gegenüber der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung

Bei der Neufassung des Rentenerlasses beschränkt sich die Finanzverwaltung darauf, die Rechtsprechung des X. Senats des BFH aus den letzten sechs Jahren fast vollständig zu übernehmen. Die verbleibenden Divergenzen werden in Abschnitt II. dargestellt. Insoweit wird man mit weiteren BMF-Schreiben rechnen können, sobald der Große Senat zu den anhängigen Vorlageverfahren entschieden hat.

<sup>1</sup> Der Beitrag wurde erstveröffentlicht in Steuerberatung 2002, S. 501, und geringfügig überarbeitet.

<sup>2</sup> Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 26.8.2002 – Gz. IV C 3 – S 2255 – 420/02, BStBl I 2002, S. 893. Das Schreiben steht für eine Übergangszeit im pdf-Format unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de) (Rubrik: Aktuelles – BMF-Schreiben) zum Download bereit. Inhaltliche Änderungen sind dort durch Fettdruck hervorgehoben.

<sup>3</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002 IV C 3 – S 2255 – 420/02, BStBl. I 2002, 893 ff.

<sup>4</sup> Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 (190). Siehe hierzu unten Abschnitt II.1. und ausführlich Hipler, Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor der Entscheidung des Großen Senats des BFH, DStR 01, 1918.

## 1. Gegenstand der Vermögensübergabe

Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist die Übertragung einer die Existenz wenigstens teilweise sichernden und ertragbringenden Wirtschaftseinheit<sup>5</sup>. Hierunter zählt die Finanzverwaltung nach wie vor Betriebe, Teilbetriebe, Mitunternehmeranteile, Anteile an Kapitalgesellschaften sowie vermieteten oder verpachteten Grundbesitz, nicht aber ertragloses Vermögen, Wertpapiere und typische stille Beteiligungen sowie Vermögen, dessen gesamte Erträge der Übergeber sich mittels eines Nießbrauchs vorbehält. Die zwischenzeitlich vom X. Senat des BFH geäußerte Auffassung, dass die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auf die Fälle der Hof- und Betriebsübergabe beschränkt sei<sup>6</sup>, wurde weder von der Finanzverwaltung übernommen, noch war sie wohl vom X. Senat selbst so gemeint. Denn bereits in seinem Urteil vom 26.11.1997 judizierte er, „daß die steuerrechtliche Privilegierung der Vermögensübergabe ... gegenständlich auf die einer Hof- und Betriebsübergabe im wesentlichen vergleichbaren Sachverhalte zu beschränken ist“<sup>7</sup>. Zumindest „aus Gründen der Rechtstradition und des Vertrauensschutzes“ wird zukünftig wohl auch vom X. Senat die Übertragung von vermietetem Grundbesitz als tauglicher Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen angesehen werden<sup>7</sup>.

### a) Die zu eigenen Wohnzwecken genutzte Immobilie

Kein tauglicher Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen soll nunmehr zum einen die vom Übernehmer zu eigenen Wohnzwecken genutzte Immobilie sein. Damit folgt die Finanzverwaltung der neueren Rechtsprechung des X. Senats des BFH<sup>8</sup>, nach dessen Auffassung die gesetzgeberische Entscheidung, den Nutzungswert der zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung einkommensteuerlich nicht mehr zu berücksichtigen, auch im Rahmen des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG zu beachten sei<sup>9</sup>.

### b) Die noch nicht ertragbringende Wirtschaftseinheit

Ebenfalls kein tauglicher Gegenstand der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sollen Grundstücke mit aufstehendem Rohbau sein, da diese dem Übernehmer nicht zur Fortsetzung des Wirtschaftens überlassen werden<sup>10</sup>. Auch insoweit beruft sich die Finanzverwaltung auf ein Urteil des X. Senats, wonach „Voraussetzung für ... die steuerrechtlich privilegierte private Versorgungsrente ist, daß eine ertragbringende Wirtschaftseinheit, die schon bisher vom Übergeber bewirtschaftet war und durch ihre Erträge ganz oder jedenfalls teilweise dessen Existenz sicherte, zur Weiterführung durch den Übernehmer überlassen wird“<sup>11</sup>. Nach Auffassung des X. Senats unterscheidet sich der Fall, in dem das Wirtschaftsgut „nicht schon vom Übergeber selbst bewirtschaftet worden ist, also diesem vor der Übergabe ganz oder teilweise – durch dessen Erträge – als Existenzgrundlage gedient hat und dem Übernehmer lediglich zur Weiterführung überlassen wird, ... so wesentlich von dem Typus der Hof- und Betriebs-

übergabe, daß bei verfassungskonformer Auslegung eine Zuordnung zum Sonderrecht der ‚Vermögensübergabe‘ nicht in Betracht kommt“<sup>12</sup>.

Ungeklärt ist bislang, wie lange das Wirtschaftsgut vom Übergeber bewirtschaftet worden sein muss, damit das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen anwendbar ist. Das Hessische Finanzgericht sah in einem Fall, in dem das übertragene Mietwohngrundstück erst fünf Monate vor Abschluss des notariellen Übergabevertrages erworben wurde, darin keinen schädlichen Umstand, weil entscheidend sei, „daß zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Vertrages ... tatsächlich keine Übergabe eines (scil.: das Sonderrecht der Vermögensübergabe nicht eröffnenden) Geldbetrages ... stattgefunden hat“<sup>13</sup>. Auch ein Gestaltungsmissbrauch gemäß § 42 AO wurde verneint. Der X. Senat des BFH, der über die vom Finanzamt gegen dieses Urteil eingelegte Revision zu entscheiden hat, hat inzwischen eine andere Rechtsfrage desselben Falles dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt<sup>14</sup>. Die Tatsache, dass der X. Senat letztere für entscheidungserheblich hielt<sup>15</sup>, lässt den Schluss zu, dass er an das von ihm selbst aufgestellte Erfordernis der früheren Bewirtschaftung durch den Übergeber in zeitlicher Hinsicht keine hohen Anforderungen stellt und wenige Monate für ausreichend hält.

## 2. Nachträgliche Umschichtung des übertragenen Vermögens

### a) Sonderrecht endet ex nunc bei Veräußerung

Nach bisheriger Auffassung der Finanzverwaltung war die Veräußerung des übertragenen Vermögens durch den Übernehmer unschädlich, wenn entweder in eine andere existenzsichernde Wirtschaftseinheit umgeschichtet wurde oder aber die Veräußerung frühestens nach Ablauf von fünf Jahren seit der Übergabe erfolgte<sup>16</sup>. Die Umschichtung in nicht privilegiertes Vermögen vor Ablauf von fünf Jahren sollte ein rückwirkendes Ereignis i.S. des § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO darstellen, mit der Folge, dass die bereits erbrachten Leistungen nachträglich als Veräußerungs- oder Unterhaltsleistungen zu qualifizieren waren<sup>17</sup>.

Der X. Senat des BFH teilte diese Ansicht nicht. Mit der Veräußerung des übertragenen Vermögens liegen nach Auffassung des X. Senats keine abziehbaren Versorgungsleistungen mehr vor und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die Veräußerung erfolgt und ob der Übernehmer in eine andere existenzsichernde Wirtschaftseinheit umschichtet<sup>18</sup>. Allerdings führe die Veräußerung nicht rückwirkend zu einer Umqualifizierung der bereits erbrachten Leistungen<sup>19</sup>.

Die Finanzverwaltung hat sich dieser Rechtsprechung uneingeschränkt angeschlossen. Mit welchem zeitlichen Abstand

<sup>5</sup> BMF-Schreiben v. 23.12.1996 – IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I 1996, 1508 (1511), Tz. 5 ff.; BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 7 ff.

<sup>6</sup> BFH, Urteil v. 27.8.1997 – X R 54/94, BStBl. II 1997, 813, (816).

<sup>7</sup> Vgl. BFH, Urteil v. 27.8.1997 – X R 54/94, BStBl. II 1997, 813 (816) und BFH, Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 (190).

<sup>8</sup> X R 10/99, NJW 2000, 1591.

<sup>9</sup> BFH, Urteil v. 10.11.1999 – X R 10/99, NJW 2000, 1591 (1592).

<sup>10</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 10.

<sup>11</sup> BFH, Urteil v. 27.8.1997 – X R 54/94, BStBl. II 1997, 813 (815).

<sup>12</sup> BFH, Urteil v. 27.8.1997 – X R 54/94, BStBl. II 1997, 813 (816).

<sup>13</sup> Urteil v. 27.11.1996 – 2 K 2677/95, EFG 1997, 658 (659).

<sup>14</sup> Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188.

<sup>15</sup> Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 (196).

<sup>16</sup> BMF-Schreiben v. 23.12.1996 – IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I 1996, 1508 (1511), Tz. 21.

<sup>17</sup> BMF-Schreiben v. 23.12.1996 – IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I 1996, 1508 (1511), Tz. 21.

<sup>18</sup> BFH, Urteil v. 17.6.1998 – X R 104/94, DSStR 1998, 1505 (1506 f.); Urteil v. 24.2.1999 – X R 51/97, BFH/NV 1999, 1203; im Urteil v. 31.8.1994 – X R 79/92, BFH/NV 1995, 382 (383) ließ der X. Senat diese Frage noch offen. In seinem Urteil vom 14.2.1996 – X R 106/91, BStBl. II 1996, 687 (689) hielt der X. Senat die Umschichtung in ein funktionsgleiches Wirtschaftsgut noch für unschädlich.

<sup>19</sup> BFH, Urteil v. 17.6.1998 – X R 104/94, DSStR 1998, 1505 (1507).

nach der Übergabe eine Veräußerung des empfangenen Vermögens erfolgt, spielt künftig also ebenso wenig eine Rolle wie die Verwendung des Veräußerungserlöses. Die Veräußerung soll lediglich dann unschädlich sein, wenn der Übernehmer das übernommene Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge weiter überträgt und dabei die Versorgungsverpflichtung weitergegeben wird<sup>20</sup>. Eine Entscheidung des X. Senats zu diesem Ausnahmefall ist allerdings noch nicht ergangen. Welche Rechtsvorgänge im Einzelnen unter den Begriff der Veräußerung zu zählen sind, bleibt ebenfalls abzuwarten. Die Anwendung der vorgenannten Grundsätze auf Einbringungsfälle beispielsweise wird bereits von Mitgliedern der Finanzverwaltung angezweifelt<sup>21</sup>.

Bei Veräußerung nur eines Teiles des Vermögens ist entscheidend, ob das beim Übernehmer verbleibende Restvermögen den Typus 1 oder 2 erfüllt. Ist dies nicht der Fall, führt die Veräußerung ex nunc zu einer Umqualifizierung der geschuldeten wiederkehrenden Leistungen. Ab dem Zeitpunkt der steuerrechtlichen Zurechnung des Vermögens bei einer dritten Person ist die Vermögensübergabe als entgeltlich zu beurteilen, bis zu diesem Zeitpunkt als unentgeltlich<sup>22</sup>. Ab diesem Zeitpunkt sind die weiterhin vom Übernehmer an den Übergeber zu erbringenden Leistungen insoweit als Anschaffungskosten für das übernommene Vermögen zu behandeln, als sie dessen Wert nicht übersteigen, im Übrigen sind sie Unterhaltsleistungen. Auf den Teil der Leistungen, der nach der Veräußerung als Veräußerungsleistung, d.h. als Entgelt zu behandeln ist, werden folglich die Grundsätze der entgeltlichen Vermögensübertragung angewendet<sup>23</sup>.

Wer in Zukunft das übernommene Vermögen umschichtet, verliert damit nicht nur die Abziehbarkeit der wiederkehrenden Leistungen als Sonderausgaben, sondern realisiert auch möglicherweise stille Reserven. Da die Steuerlast hierfür den Übergeber trifft, wird dieser mehr denn je ein Interesse daran haben, die Frage der späteren Veräußerung im Übergabevertrag zu behandeln.

#### b) Nachträgliche Nutzungsänderung analog zu behandeln?

Offen bleibt, ob die vorgenannten Grundsätze auf ähnlich gelagerte Fälle entsprechend anzuwenden sind. In Betracht kommt insbesondere der Fall, dass der Übernehmer die im Zeitpunkt der Übergabe fremdgenutzte Immobilie aufgrund eines später gefassten Entschlusses zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Ebenso wie im Fall der nachträglichen Veräußerung tritt hier nach der Übergabe ein Umstand ein, der, wenn er bei Abschluss des Übergabevertrages bereits vorgelegen hätte, den Anwendungsbereich der Versorgungsrente nicht eröffnet hätte<sup>24</sup>. M.E. kann dieser Fall nicht anders behandelt werden<sup>25</sup>. Der vom Großen Senat<sup>26</sup> gezogene Vergleich der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt, die mit einer entgeltlichen Nutzungsüberlassung an den Übernehmer verbunden wird, trifft bei einer späteren Nutzungsänderung für nichtsteuerbare Zwecke nämlich nicht mehr zu. Im Fall des Vorbehaltsnießbrauchs könnte der Übernehmer die gezahlte Miete

als bloße Einkommensverwendung nämlich nicht steuerlich geltend machen. Bei der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen, deren Rechtsfolgen insbesondere durch den vorgenannten Vergleich gerechtfertigt sind<sup>27</sup>, kann folglich nichts anderes gelten.

### 3. Lebenszeitprinzip

Nach Auffassung des X. Senats des BFH und der Finanzverwaltung müssen Versorgungsleistungen grundsätzlich auf Lebenszeit des Vermögensübergabers vereinbart werden<sup>28</sup>. Die auf eine festbestimmte Zeit zu zahlenden wiederkehrenden Leistungen, die in sachlichem Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung zugesagt werden, sollen nach den steuerrechtlichen Grundsätzen über wiederkehrende Leistungen im Austausch mit einer Gegenleistung zu behandeln sein<sup>29</sup>.

Dass der neue Rentenerlass die sogenannten Mindestzeitrenten und verlängerten Leibrenten, d.h. solche wiederkehrenden Leistungen, die zwar für die Lebenszeit einer Bezugsperson, in jedem Fall aber für eine Mindestlaufdauer zu erbringen sind, nicht mehr ausdrücklich erwähnt, hat seinen Grund darin, dass für diese Form der wiederkehrenden Leistungen die Anwendung des Sonderrechts der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch nicht ausnahmsweise in Frage kommt. Diese Verschärfung beruht auf dem Urteil des X. Senats vom 21.10.1999<sup>30</sup>, in dem dieser trotz der Tatsache, dass im zugrunde liegenden Sachverhalt die vereinbarte Mindestlaufzeit kürzer als die voraussichtliche Lebenserwartung der bezugsberechtigten Person war, die entsprechende Verpflichtung des Vermögensübernehmers als „(Mindest-)Gegenleistung“ und damit als Entgelt qualifizierte<sup>31</sup>.

Nur ausnahmsweise können Versorgungsleistungen vor dem Tod des Berechtigten enden – als sogenannte abgekürzte Leibrenten oder dauernde Lasten –, nämlich wenn sich eine „Änderung der (mutmaßlichen) Versorgungssituation“ ergibt. So z.B. im Falle einer Wiederverheiratungsklausel oder bei zeitlicher Begrenzung bis zum Eintritt des Berechtigten in den Bezug einer Sozialversicherungsrente<sup>32</sup>. In diesen Fällen sei eine Mindestlaufzeit der Rente, die sonst i.d.R. mit 10 Jahren zu bemessen ist<sup>33</sup>, nicht erforderlich<sup>34</sup>.

### 4. Empfänger des Vermögens

Hinsichtlich der Frage, wer als Empfänger des zu übertragenden Vermögens in Frage kommt, ist die Auffassung der Finanzverwaltung mittlerweile enger als die der Rechtsprechung des BFH. Zwar macht die Finanzverwaltung eine Übertragung an Nichtverwandte nicht mehr davon abhängig, dass gesetzliche Erben fehlen<sup>35</sup>. Aber auch die im neuen Rentenerlass vertretene Auffassung, dass eine Übertragung an

<sup>20</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002 – IV C 3 – S 2255 – 420/02, Rdnr. 20, 24 unter Verweis auf das Urteil des BFH v. 23.1.1997 – IV R 45/96, BStBl. 1997, 458.

<sup>21</sup> Franz/Seitz, DSr 2002, 1745 (1748).

<sup>22</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 21.

<sup>23</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 21.1, 42 ff.

<sup>24</sup> Vgl. oben Abschnitt I.1.a).

<sup>25</sup> A.A. Franz/Seitz, DSr 2002, 1745 (1747).

<sup>26</sup> Beschluss v. 5.7.1990 – GrS 4-6/89, BStBl. II 1990, 847 (852).

<sup>27</sup> Siehe hierzu Hipler, Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen im Einkommensteuerrecht, S. 50.

<sup>28</sup> BFH, Urteil v. 31.8.1994 – X R 58/92, BStBl. II 1996, 672; BMF-Schreiben v. 23.12.1996 – IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I 1996, 1508 (1511), Tz. 22; BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 22.

<sup>29</sup> BFH, Urteil v. 31.8.1994 – X R 58/92, BStBl. II 1996, 672 (673 f.) und X R 44/93, BStBl. II 1996, 676 (678); Beschluss v. 28.9.1993 – X B 96/93, BFH/NV 1994, 237; vgl. Beschluss v. 9.10.1997 – X B 51/97, BFH/NV 1998, 447.

<sup>30</sup> X R 75/97, NJW 2000, 1134.

<sup>31</sup> BFH, Urteil v. 21.10.1999 – X R 75/97, NJW 2000, 1134 (1135).

<sup>32</sup> BFH, Urteil v. 31.8.1994 – X R 58/92, BStBl. II 1996, 672 (674) unter Verweisung auf BFH, Urteil v. 26.1.1994 – X R 54/92, BStBl. II 1994, 633. BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 22, 50.

<sup>33</sup> BFH, Urteil v. 7.8.1959 – VI 284/58 U, BStBl. III 1959, 463.

<sup>34</sup> BFH, Urteil v. 26.1.1994 – X R 54/92, BStBl. II 1994, 633 (635).

<sup>35</sup> So noch im alten Rentenerlass vom 23.12.1996 – IV B 3 – S 2257 – 54/96, BStBl. I 1996, 1508 (1511), Tz. 23.

familienfremde Dritte nur „ausnahmsweise“ in Frage kommt<sup>36</sup>, ist strenger als die im Erlass zitierte Rechtsprechung des IX. Senats des BFH. Dieser hat mit seinem Urteil vom 16.12.1997<sup>37</sup> ausdrücklich klargestellt, dass eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen mit steuerrechtlicher Wirkung auch unter Fremden möglich ist. Sogar der X. Senat des BFH hat sich dieser Auffassung inzwischen angeschlossen<sup>38</sup>.

## 5. Empfänger der Versorgungsleistungen

Unverändert ist der Rentenerlass bezüglich der Frage, welche Personen als Empfänger der Versorgungsleistungen in Betracht kommen. Neben dem Übergeber, dessen Ehegatten und Kindern sollen auch solche Personen Empfänger sein können, denen gegenüber der Übergeber selbst zu Versorgungsleistungen verpflichtet ist<sup>39</sup>.

## 6. Inhalt der Versorgungsleistungen

Versorgungsleistungen können in Geld-, Natural- oder Sachleistungen bestehen<sup>40</sup>. Allerdings setzt der Begriff der Sonderausgabe gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 EStG Aufwendungen voraus. Aufwendungen liegen vor, wenn Güter in Geld oder Geldeswert aus dem Vermögen des Steuerpflichtigen abfließen<sup>41</sup>. Persönliche Dienstleistungen sind daher nicht als Sonderausgabe abziehbar<sup>42</sup>. Mangels Aufwendungen ist auch der Nutzungswert einer dem Vermögensübergeber überlassenen Wohnung nicht berücksichtigungsfähig<sup>43</sup>. Denn entgangene Einnahmen sind ebenso wie ersparte Aufwendungen keine Aufwendungen<sup>44</sup>.

Aufwendungen, die dem Verpflichteten im Zusammenhang mit einer unentgeltlichen Wohnungsüberlassung tatsächlich erwachsen, können jedoch dann vorliegen, wenn sich der Vermögensübernehmer verpflichtet, die überlassene Wohnung in bewohnbarem Zustand zu halten<sup>45</sup>. Insbesondere die vom Vermögensübernehmer übernommenen Nebenkosten, wie Wasser, Heizung und Strom, aber auch Instandhaltungsaufwendungen, sofern sie der Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustandes der Wohnung dienen<sup>46</sup>, sind

daher als Sonderausgaben abziehbar. Unberücksichtigt bleiben dagegen solche Aufwendungen, die vom Eigentümer geschuldet werden und deswegen das Versorgungsbedürfnis des Bezugsberechtigten nicht berühren, wie z.B. Grundsteuer und Hausversicherungen aber auch anteilige Abschreibungen oder Fremdkapitalzinsen<sup>47</sup>.

## 7. Anwendungsregelung

Die Neuregelungen im Rentenerlass sind grundsätzlich auf alle offenen Fälle anzuwenden<sup>48</sup>. Wurde der Übergabevertrag jedoch vor dem Ersten des auf die Veröffentlichung des neuen Rentenerlasses folgenden Monats abgeschlossen, also vor dem 1.11.2002, so finden bei übereinstimmender Erklärung von Übergeber und Übernehmer die Grundsätze des alten Rentenerlasses Anwendung<sup>49</sup>. Keine Abweichung, sondern lediglich eine Klarstellung zum bisherigen Rentenerlass liegt in den Fällen der noch nicht ertragbringenden Wirtschaftseinheit (siehe oben I.1.b)) und in den Fällen vor, in denen sich der Übernehmer zu Instandhaltungsaufwendungen verpflichtet, die nicht bloß der Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustandes der Wohnung des Übergebers dienen (siehe oben I.6.). Insoweit gilt also der neue Rentenerlass uneingeschränkt.

## II. Verbleibende Divergenzen zwischen Finanzverwaltung und dem X. Senat

Mit dem neuen Rentenerlass hat sich die Finanzverwaltung der Rechtsprechung des X. Senats des BFH, dem Fachsenat für sonstige Einkünfte und Sonderausgaben, stark angenähert. Dennoch bleiben wichtige Bereiche offen, in denen Rechtsprechung und Verwaltungsauffassung nicht übereinstimmen.

### 1. Versorgungsleistungen auch bei nicht ausreichender Ertragskraft?

Die zweifellos wichtigste und auch umstrittenste Frage im Bereich der Versorgungsrente richtet sich auf das Verhältnis zwischen der Höhe der Versorgungsleistungen und dem Ertrag des übertragenen Vermögens: Können Versorgungsleistungen nur dann anerkannt werden, wenn sie durch die Erträge der übertragenen Wirtschaftseinheit abgedeckt sind?<sup>50</sup>

Erstmals in seinem Vorlagebeschluss vom 10.11.1999<sup>51</sup> tritt der X. Senat ausdrücklich die Auffassung, dass die im Rahmen einer Vermögensübergabe zugesagten wiederkehrenden Leistungen nur dann als dauernde Last abziehbar sind, wenn ausreichend ertragbringendes Vermögen übergeben wird. Der rechtliche Gesichtspunkt des Vorbehalts von Vermögenserträgen sei „konstitutiv für gleichheitsrechtlich begründungsbedürftige Ausnahmen vom Abzugsverbot für Unterhaltsleistungen und freiwillige Zuwendungen bzw. Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht ... und von der Nichtsteuerbarkeit zugewendeter Bezüge“<sup>52</sup>. Sollte der angerufene Große Senat anderer Auffassung sein, sieht sich der X. Senat gezwungen, ein Normenkontrollverfahren nach Art. 100 GG einzuleiten<sup>53</sup>.

<sup>36</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 23; so auch schon im BMF-Schreiben v. 30.10.1998 – IV C 3 – S 2255 – 6/98, BStBl. I 1998, 1417.

<sup>37</sup> IX R 11/94, BStBl. II 1998, 718.

<sup>38</sup> Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, FR 2000, 270 (271).

<sup>39</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 24.

<sup>40</sup> BFH, Urteil v. 26.7.1995 – X R 91/92, BStBl. II 1995, 836 (837).

<sup>41</sup> Herrmann/Heuer/Raupach, § 10, Rdnr. 15; vgl. BFH, Beschluss v. 4.7.1990 – GrS 1/89, BStBl. II 1990, 830 unter III. 2. d) aa).

<sup>42</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 32. BFH, Urteil v. 28.7.1983 – IV R 174/80, BStBl. II 1984, 97; Urteil v. 18.9.1991 – XI R 11/85, BFH/NV 1992, 234 (235); offengelassen in BFH, Urteil v. 22.1.1992 – X R 35/89, BStBl. II 1992, 552.

<sup>43</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 33; BFH, Urteil v. 21.9.1993 – IX R 96/88, BFH/NV 1994, 307 (308); anders verhielt es sich dagegen mit der Überlassung einzelner Räume, wenn beim Vermögensübernehmer der Nutzungswert zu steuerbaren Einkünften führte, vgl. BFH, Urteil v. 11.8.1992 – IX R 223/87, BStBl. II 1993, 31; mit dem Wegfall der Investitionsgutlösung und dem Auslaufen der Übergangsregelung des § 52 Abs. 15 und 21 EStG a.F. ist hierfür allerdings kein Raum mehr; zur Ausnahmeregelung für Baudenkmäler, vgl. Stephan in Hörger/Stephan, Die Vermögensnachfolge im Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht, Rdnr. 211.

<sup>44</sup> BFH, Urteil v. 26.7.1995 – X R 91/92, BStBl. II 1995, 836 (837) m.w.N.; a.A. Söhn in K/S, § 10, D 203; P. Fischer in K/S, § 22, B 311.

<sup>45</sup> BFH, Urteil v. 25.3.1992 – X R 196/87, BStBl. II 1992, 1012; v. 25.8.1999 – X R 38/95, BStBl. II 2000, 21.

<sup>46</sup> BFH, Urteil v. 25.8.1999 – X R 38/95, BStBl. II 2000, 21 und so nun auch die Finanzverwaltung, BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 34.

<sup>47</sup> BMF-Schreiben, Rdnr. 34; BFH, Urteil v. 25.3.1992 – X R 196/87, BStBl. II 1992, 1012, 1014.

<sup>48</sup> BMF-Schreiben, Rdnr. 58.

<sup>49</sup> BMF-Schreiben, Rdnr. 59.

<sup>50</sup> Siehe hierzu Hipler, Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen vor der Entscheidung des Großen Senats des BFH, DStR 01, 1918 ff.

<sup>51</sup> X R 46/97, BStBl. II 2000, 188.

<sup>52</sup> BFH, Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 (192).

<sup>53</sup> BFH, Beschluss v. 10.11.1999 – X R 46/97, BStBl. II 2000, 188 (196).

Mit der Beantwortung dieser Anfrage durch den Großen Senat des BFH steht und fällt der Typus 2 des Rentenerlasses. In welchem Verhältnis die Ertragskraft bei Vereinbarung einer *Leibrente* zu den Rentenzahlungen stehen muss, bleibt unklar. Vieles deutet jedoch darauf hin, dass es der X. Senat hier für ausreichend hielt, wenn lediglich der Ertragsanteil durch die Erträge des übertragenen Vermögens abgedeckt wäre<sup>54</sup>.

Will man die Erfolgsaussichten der nunmehr seit über drei Jahren unbeantworteten Anfrage beurteilen, so muss man berücksichtigen, dass der Typus 2 keine Erfindung der Finanzverwaltung ist, sondern auf die Rechtsprechung des XI. Senats des BFH zurückgeht<sup>55</sup>. Dieser hat mit Urteil vom 23.1.1992<sup>56</sup> Versorgungsleistungen in Form einer Leibrente anerkannt, obwohl die zugesagten Zahlungen offensichtlich nicht durch die Erträge des übertragenen Vermögens abgedeckt werden konnten. Nach Auffassung des XI. Senats kann es auf die jeweilige Zusammensetzung des übertragenen Vermögens und die sich daraus ergebenden Erträge nicht ankommen. Ob es sich um Versorgungsleistungen „nach der Art vorbehaltener Erträge“ handele, ergebe ein Vergleich des Kapitalwerts der Leistungen mit dem Wert des übertragenen Vermögens. Hierfür sei nicht erheblich, ob und in welchem Umfang das übertragene Vermögen Erträge abwerfe<sup>57</sup>. Da sich allerdings auch die Finanzgerichte überwiegend der Auffassung des X. Senats angeschlossen haben<sup>58</sup>, ist eine Gestaltung, die den Fortbestand des Typus 2 voraussetzt, äußerst riskant und nach Möglichkeit zu vermeiden.

## 2. Empfänger der Versorgungsleistungen auch Großeltern?

Ebenfalls strenger als die Finanzverwaltung ist der X. Senat bei der Frage, welcher Personenkreis als Empfänger der Versorgungsleistungen in Frage kommt. Nach altem und neuem Rentenerlass kommen auch die Eltern des Übergebers in Frage, sofern der Übergeber diesen selbst aus einer vorausgegangen Übergabe Versorgungsleistungen schuldet und nun seine Versorgungspflicht auf den Übernehmer abwälzt<sup>59</sup>. Mit dieser Auffassung kann sich die Finanzverwaltung inzwischen auf ein Urteil des IV. Senats des BFH stützen, dem der vorgenannte Sachverhalt zugrunde lag. Dagegen hält es der X. Senat des BFH für zwingend erforderlich, dass die wiederkehrenden Leistungen mit „Bezug zu einem vom Versprechensempfänger dafür erhaltenen Vermögenswert gewährt werden“<sup>60</sup>. Voraussetzung für eine als Sonderausgabe abzieh-

bare private Versorgungsrente sei, dass ihr Empfänger gegenüber dem Vermögensübergeber erbberechtigt ist und aus dem Ertrag des ihm „nach Erbrecht an sich zustehenden Vermögens“ versorgt wird, mithin innerhalb eines „Generationsnennachfolge-Verbundes“ stehe<sup>61</sup>.

## 3. Empfänger des Vermögens auch Nichtverwandte?

Großzügiger als die Finanzverwaltung ist der X. Senat dagegen bei der Frage, wer Empfänger des übertragenen Vermögens sein kann. Während der X. Senat inzwischen auch Nichtverwandte zum potenziellen Empfängerkreis zählt, hält die Finanzverwaltung dies nur ausnahmsweise für möglich<sup>62</sup>. Angesichts der Tatsache, dass sich sowohl die Finanzverwaltung, als auch der X. Senat in dieser Frage auf ein Urteil des IX. Senats beziehen<sup>63</sup>, ist zu hoffen, dass hier nur eine scheinbare Differenz besteht und die Finanzverwaltung mit dem Begriff „ausnahmsweise“ die Vermögensübergabe unter Nichtverwandten nicht einschränken will, sondern lediglich feststellt, dass in der Praxis die Fälle der Vermögensübergabe unter Verwandten überwiegen.

## 4. Abgrenzung zwischen Veräußerungs- und Unterhaltsleistungen

Nach Auffassung der Finanzverwaltung gilt die 50-v.H.-Grenze nicht nur im Rahmen des Typus 2, sondern auch bei der Abgrenzung zwischen Veräußerungs- und Unterhaltsleistungen. Ist der Barwert der wiederkehrenden Leistungen doppelt so hoch wie der Wert des übertragenen Vermögens, soll insgesamt eine Zuwendung i.S. des § 12 Nr. 2 EStG vorliegen<sup>64</sup>. Der Rechtsprechung des X. Senats lässt sich eine solche Abgrenzung nicht entnehmen. Vielmehr ordnet dieser die Leistungen bei steuerrelevanter Verwendung des Vermögens grundsätzlich als Anschaffungskosten ein, soweit sie dem Wert des übertragenen Vermögens entsprechen<sup>65</sup>. Allerdings hat der X. Senat noch keine ausdrückliche Entscheidung hierzu getroffen.

## III. Zusammenfassung

Durch die Neufassung des Rentenerlasses wird der Anwendungsbereich für das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen enger. Die Finanzverwaltung gibt ihre bisherige Differenzierung in den Fällen der nachträglichen Veräußerung des übergebenen Vermögens zugunsten der Rechtsprechung des X. Senats auf und hält nunmehr jegliche nachträgliche Veräußerung für schädlich. Auch Immobilien, die nach der Übergabe vom Übernehmer zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden, können entsprechend der Rechtsprechung des X. Senats den Anwendungsbereich der privaten Versorgungsrente nicht mehr eröffnen. Schließlich wird das vom X. Senat aufgestellte Erfordernis der Begrenzung der Versorgungsleistungen auf die Lebenszeit der Bezugsperson übernommen. Offen bleibt dagegen die grundsätzliche Frage, ob die Versorgungsleistungen durch die Erträge des übertragenen Vermögens abgedeckt sein müssen und damit der Typus 2 des Rentenerlasses entfällt. Klarheit wird hierüber erst die bevorstehende Entscheidung des Großen Senats des BFH bringen.

<sup>54</sup> Siehe hierzu *Hipler*, Die Vermögensübergabe gegen private Versorgungsleistungen im Einkommensteuerrecht, S. 89.

<sup>55</sup> A.A. ist *Weber-Grellet*, nach dessen Auffassung der Typus 2 auf eine „systemwidrige Differenzierung“ des X. Senats zurückgeht, Stbg 1998, 14 (24).

<sup>56</sup> XI R 6/87, BStBl. II 1992, 526 (527).

<sup>57</sup> BFH, Urteil v. 23.1.1992 – XI R 6/87, BStBl. II 1992, 526 (527); ebenso: Urteil v. 29.4.1992 – XI R 7/85, BFH/NV 1992, 734 (736); vgl. Urteil v. 18.12.1991 – XI R 2/88, BFH/NV 1992, 382 (383).

<sup>58</sup> Thüringer Finanzgericht, Urteil v. 15.8.1996 – II 161/95 – rkr. –, EFG 1997, 469 (470); FG Baden-Württemberg, Urteil v. 6.3.1996 – 14 K 556/91 – rkr. –, EFG 1996, 696 (697); v. 25.10.1995 – 6 K 155/92 – rkr. –, EFG 1996, 425 (426); wohl auch: FG Düsseldorf, Urteil v. 30.7.1996 – 11 K 5348/92 E – Rev. eingelegt (Az. des BFH: X R 147/96), EFG 1996, 1215 (1216); FG Brandenburg, Urteil v. 16.4.1997 – 2 K 616/96 E – Rev. eingelegt (Az. des BFH: X R 83/97), EFG 1997, 956 (957); FG Münster, Urteil v. 20.6.1996 – 8 K 5075/94 E – rkr. –, EFG 1996, 1214 (1215); a.A.: FG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 22.1.1991 – 2 K 2038/89, EFG 1991, 666 (aufgehoben durch BFH, Urteil v. 14.7.1993 – X R 54/91, BStBl. II 1994, 19).

<sup>59</sup> Siehe oben I. 5.

<sup>60</sup> BFH, Urteil v. 14.12.1994 – X R 1-2/90, BStBl. II 1996, 680 (681).

<sup>61</sup> BFH, Urteil v. 14.12.1994 – X R 1-2/90, BStBl. II 1996, 680 (681); vgl. BFH, Urteil v. 27.2.1992 – X R 139/88, BStBl. II 1992, 612 (615).

<sup>62</sup> Siehe oben I.4.

<sup>63</sup> Urteil v. 16.12.1997 – IX R 11/94, BStBl. II 1998, 718.

<sup>64</sup> BMF-Schreiben v. 26.8.2002, Rdnr. 42.

<sup>65</sup> Urteil v. 14.12.1994 – X R 1-2/90, BStBl. II 1996, 680 (683); Urteil v. 27.8.1997 – X R 54/94, BStBl. II 1997, 813 (816); Urteil v. 21.10.1999 – X R 75/97, NJW 2000, 1134 (1135); Urteil v. 10.11.1999 – X R 10/99, NJW 2000, 1591 (1592).

## TAGUNGSBERICHT

## Notar und Vermessungsamt im Dialog – Fortbildungsveranstaltung am 2.12.2002 für Notarassessoren

Von Georg Lindner<sup>1</sup>, Ansbach

Im Vermessungsamt Nürnberg fand am 2.12.2002 eine Fortbildungsveranstaltung des Ausschusses der Notarassessoren bei der Landesnotarkammer Bayern mit dem Vermessungsamt Nürnberg sowie der Vermessungsabteilung der Bezirksfinanzdirektion Ansbach statt.

Notare und Vermessungsämter ziehen beim Vollzug der Fortführungsnachweise am gleichen Strang. In der Praxis der Notare werden oft Fachbegriffe aus dem Vermessungswesen von Seiten der Kommunen, Behörden und Privatpersonen verwendet, die nicht ohne weiteres geläufig sind. Aus dem Bedürfnis nach Informationen hierzu erwuchs der Wunsch der Notarassessoren nach einer entsprechenden Fortbildung, die von der Vermessungsabteilung der Bezirksfinanzdirektion Ansbach in Zusammenarbeit mit dem Vermessungsamt Nürnberg organisiert und gestaltet wurde. Der Einladung des Ausschusses der Notarassessoren zu der ganztägigen Fortbildungsveranstaltung mit dem Thema „Notar und Vermessungsamt im Dialog“ sind 54 Assessoren und Jungnotare aus ganz Bayern und ein Gast aus Rheinland-Pfalz gefolgt.

Das Programm umfasste in acht Beiträgen:

- Das Liegenschaftskataster in Bayern
- Ablauf einer Teilungsvermessung – vom Antrag bis zum Fortführungsnachweis
- Bodenordnung nach dem Baugesetzbuch
- GeodatenOnline.

Die Erläuterung der Grundbegriffe und des Inhalts des Katasters bildeten den Auftakt zum ersten Themenblock. Das bayerische Liegenschaftskataster beschreibt die im Staatsgebiet gelegenen Liegenschaften (Grundstücke und Gebäude) und stellt sie grafisch dar. Es weist hierbei nicht nur die im Grundbuch gebuchten, sondern auch die von der Buchungspflicht befreiten Flurstücke nach. Im beschreibenden Teil, dem Automatisierten Liegenschaftsbuch (ALB), sind die Flurstücks-, Eigentümer- und Buchungsdaten enthalten, während im darstellenden Teil, dem Katasterkartenwerk bzw. der Digitalen Flurkarte (DFK), die Lage in der Örtlichkeit und die Flurstücksgeometrie dokumentiert sind. Nach Erörterung der gegenwärtigen gesetzlichen Grundlagen im Vermessungs- und Katastergesetz und der Grundbuchordnung spannte sich der Bogen, ausgehend vom Grundsteuerkataster aus dem Jahre 1810 über das herkömmliche Liegenschaftskataster und das ALB bis zum Automatisierten Grundbuch- und Liegenschaftsbuchverfahren (AGLB) und der heutigen ersten Stufe des neuen Amtlichen Liegenschaftskataster-Informationssystem (ALKIS/1).

Am praktischen Beispiel des Flurstücks, auf dem sich das Nürnberger Ämtergebäude befindet, konnte der umfangreiche Informationsgehalt von ALB und DFK mit seinen vielfältigen Anwendungsmöglichkeiten gezeigt werden.

Wie und warum unser heutiges Liegenschaftskataster und die Flurkarten in Bayern entstanden sind, unter welchen Umständen und mit welcher Genauigkeit, wurde anschließend im Vortragsteil „Geschichtlicher Hintergrund“ behandelt. Anfang des 19. Jahrhunderts, nach den Napoleonischen Kriegen, musste Bayern politisch neu geordnet werden, weil eine Vielzahl kleiner Territorien mit eigenen Rechtssystemen im neuen Staatswesen aufgegangen war. Eine gleichmäßige und gerechte Verteilung des Steueraufkommens, das seinerzeit – bei einem Agrarstaat wie Bayern – überwiegend auf der Grundsteuer beruhte, war eine wichtige Voraussetzung hierfür. Hauptziel der ersten Landesaufnahme war somit die Ermittlung aller Grundstücke des Landes, ihre Beschreibung, die Bestimmung ihrer Flächen und die Feststellung ihres Ertrags. Die Aufmessung der einzelnen Parzellen und die Darstellung im Maßstab 1:5.000 oder 1:2.500 erfolgte direkt auf dem Felde. Auf Kopien der so entstandenen Flurkarten wurde dann die Flächenermittlung rein grafisch durch Zerlegen der jeweiligen Flurstücke in Rechenfiguren vorgenommen. Die für die damaligen Zwecke angemessene, nach heutigen Begriffen aber eingeschränkte Genauigkeit der Flächenangabe haftet auch jetzt noch zahlreichen Grundstücken an, besonders im Außenbereich. Dies ist unter anderem ein Grund, warum die Flächenangabe im Grundbuch am öffentlichen Glauben nicht teilnimmt.

Je nach Alter und Herkunft ist die Angabe der Flächen für exakt berechnete einerseits und für grafisch bestimmte andererseits von unterschiedlicher Genauigkeit. Daraus resultieren für die Vermessungsämter verschiedene Genauigkeitskriterien, die im Hinblick auf Berichtigungen der Flächenangaben zu beachten sind.

Die Zuhörer ließ aufhorchen, was aufgrund der Verwendung ungenauer, nichtamtlicher Lagepläne in notariellen Kaufverträgen alles passieren kann. Der Leiter des Vermessungsamts Nürnberg schilderte anhand eines Praxisbeispiels die Erschwernisse und die Problematik bis hin zur Nichtigkeit des Vertrags, die sich durch die ungenaue Bezeichnung einer noch zu vermessenden Kauffläche auf dem Lageplan zum Kaufvertrag ergeben können.

Zu Beginn des Themenblocks „Ablauf einer Fortführungsvermessung – vom Antrag bis zum Fortführungsnachweis“ erlebten die Teilnehmer in einer kurzen Videopräsentation den Ablauf einer Teilungsvermessung und einer Gebäudeeinmessung mit. Anschaulich waren insbesondere auch die gezeigten Arbeiten im Außendienst.

Die Beteiligten wünschen bei der Beurkundung in den Notariaten oft Auskünfte zur Antragstellung und weiteren Behandlung beim Vermessungsamt. So beschäftigte sich ein Referat mit Informationen rund um die Vermessung, wie z.B. mit den Vermessungsgebühren bei Grundstücksteilungen. Diese leiten sich in der Regel pauschal aus der Anzahl der festgestellten alten und neuen Grenzpunkte, der Zahl der veränderten alten

<sup>1</sup> Vermessungsobererrat beim Vermessungsamt Ansbach

und neuen Flurstücke und einem vom Bodenwert abhängigen Wertfaktor ab. Aufmerksamkeit wurde in diesem Zusammenhang außerdem dem traditionsbehafteten „Feldgeschworenenwesen“, das besonders in Franken noch sehr aktiv ist, gewidmet. Vielerorts bringen die Feldgeschworenen, auch Siebener genannt, bei einer Vermessung noch regelmäßig die Grenzzeichen in den vom Vermessungsamt festgelegten Punkten ein.

Nicht nur die Grundstücke, sondern auch die Gebäude stellen einen beträchtlichen Wert dar. Die Vermessungsämter sind daher gesetzlich verpflichtet, neben den Grundstücken auch die Gebäude zu dokumentieren. Manchem (künftigen) Bauherrn ist dies nicht immer bewusst. Er ist dann überrascht, wenn die Gebäudeeinmessung und die damit verbundenen Kosten auf ihn zukommen. Die Kosten für solche Einmessungen bemessen sich nach den Baukosten. Sie werden in Kostenstufen eingeteilt. Jede Kostenstufe entspricht jeweils einer festen Gebühr.

Ein Ausblick zur elektronischen Kommunikation mit den Notariaten rundete diesen Vortrag ab.

Wie die Fortführungsnachweise am Vermessungsamt entstehen und wie die digitalen Flurkarten ergänzt werden, erfuhren die Zuhörer anhand eines einfachen Beispiels in einer Online-Präsentation. Das Beispiel betraf eine Zerlegung zur Vorbereitung der Auflassung.

Das nächste Thema war der Bodenordnung nach dem Baugesetzbuch gewidmet, gibt es doch bei laufenden Baulandumlegungen mannigfaltige Berührungspunkte mit dem Notar, z.B. beim Vollzug von Vorverträgen, beim Verkauf von Einwurfsflächen oder bei der Ausübung von Vorkaufsrechten.

Die Umlegungsstelle kann nicht vollzogene Verträge aufgreifen und in das Verfahren einarbeiten. Es kann aber auch von Anfang an gewollt sein, dass entsprechend gestaltete Verträge in der Umlegung vollzogen werden. Bei der Begründung oder Änderung von Rechten an Einwurfsflurstücken, insbesondere beim Verkauf, ist die Verfügungs- und Veränderungssperre zu beachten. Ein gewisses Risiko besteht, wenn während des Verfahrens künftige Zuteilungsflurstücke verkauft werden sollen: Obwohl gegebenenfalls die Zuteilung eines Vertrags-

objekts an den Verkäufer absehbar ist, existiert es jedoch im Rechtssinne noch nicht; der Vertrag bezieht sich auf ein Rechtsgeschäft nach Abschluss des Umlegungsverfahrens.

Im weiteren Verlauf der Ausführungen wurden auch umfangreiche Tätigkeitsfelder für Notare bei städtebaulichen Verträgen und freiwilligen Umlegungen aufgezeigt.

Der letzte Programmpunkt beschäftigte sich mit der auf die Notare zugeschnittenen Lösung, Kartenausschnitte aus dem Internet zu beziehen. Online konnte beobachtet werden, wie aktuelle Kartenausschnitte binnen weniger Minuten per E-Mail ankommen, am Bildschirm zu betrachten und maßstabgerecht auszudrucken sind. Aktuelle Informationen über die Lage und Form eines Flurstückes können rund um die Uhr, minutenschnell und topaktuell über den Dienst „GeodatenOnline“ bezogen werden. Zur Nutzung dieser Möglichkeit werden lediglich ein Standard-PC, E-Mail und Internetzugang sowie ein moderner Internet-Browser benötigt.

In der abschließenden Diskussionsrunde wurden unter anderem die Probleme beim Vollzug der Fortführungsnachweise behandelt. Sowohl den Vermessungsämtern als auch den Notaren ist daran gelegen, dass die Fortführungsnachweise zügig vollzogen werden. In der Katasterfortführungsanweisung für die Vermessungsämter, die auch der Landesnotarkammer vorliegt, sind einschlägige Maßnahmen für die Zusammenarbeit mit den Notariaten beschrieben.

Eine Plakatausstellung zum Thema Kataster und Katastervermessung in Bayern bot einen kompakten Überblick und rundete das Gesamtprogramm ab.

Die Resonanz der Besucher der Fortbildungsveranstaltung war sehr positiv. Zum Erfolg trugen auch das Bayerische Landesvermessungsamt und das Vermessungsamt München bei. Das Landesvermessungsamt stellte reichhaltiges Informationsmaterial zur Verfügung, das Vermessungsamt München ermöglichte die Mitwirkung eines Vortragenden. Die hohe Teilnehmerzahl zeigte das große Interesse der Notare und Notarassessoren an einem „Dialog zwischen Notar und Vermessungsamt“. Der Ausschuss der Notarassessoren bei der Landesnotarkammer Bayern hat deshalb bereits eine weitere Fortbildungsveranstaltung zu diesem Thema angeregt.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Schreiber (Hrsg.), Immobilienrecht, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2001, 1.280 Seiten, € 188,-**

Das vorliegende Werk behandelt das Immobilienrecht in all seinen Ausprägungen, geht also weit über das Immobiliarsachenrecht hinaus. Es ist eingeteilt in 18 Kapitel, die von verschiedenen Autoren, z.T. aus der notariellen Praxis, behandelt werden. Neben dem Immobiliarsachenrecht im engeren Sinn werden sowohl Fragen des öffentlichen Rechts (Enteignungsrecht, öffentliches Baurecht, Immissionsschutz- und Nachbarrecht), grundbuchrechtliche Fragen, Wohnungseigentum und Erbbaurecht, Grundstücksmiete und Grundstückspacht als auch steuerrechtliche Fragen (Grundsteuer, Grunderwerbsteuer) sowie die querschnittsartigen Themenbereiche „Das Grundstück als Gegenstand der Kreditsicherung“, „Grundstücksrecht und Wiedervereinigung“ und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen behandelt. Sogar das Beurkundungsrecht und das Beurkundungsverfahren werden – wenn auch knapp – dargestellt.

Allein die Aufzählung der Themenbereiche zeigt die Ambitionen des Werkes: Es will das Grundstück in all seinen Rechtsbeziehungen und wirtschaftlichen Verwendungsarten umfassend beschreiben. Zu Recht wird bereits im Vorwort festgestellt, dass viele Rechtsfragen des Immobilienrechts überhaupt nur in der Praxis auftauchen, so dass sich das Handbuch „Immobilienrecht“ vor allem auch an den Praktiker wendet. Dennoch ist der Ansatz des Werkes auch ein wissenschaftlicher, da auch z.T. die wissenschaftliche Diskussion bei ungeklärten Rechtsfragen angesprochen wird. Naturgemäß kann bei einer derartigen Breite der Themengebiete nicht jede Einzelfrage besprochen werden. Gerade die öffentlich-rechtlichen Teile beschränken sich daher auf einen Überblick ohne vertiefende Behandlung. Ziel dieser Beiträge ist es, den Praktiker in die Materie einzuführen und auf die für die Praxis wichtigen Problembereiche hinzuweisen.

Der gewählte Ansatz des Werkes ist vor allem für den Leser von Vorteil, der sich in die verschiedenen Materien einarbeiten will, hat allerdings den Nachteil, dass manches nicht behandelt wird, was man sich als Praktiker wünschen würde. So wird bei der BGB-Gesellschaft, die im Grundbuchverkehr eine wichtige Rolle spielt, zwar kurz die Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit angesprochen, nicht aber die Frage, ob diese im Grundbuch eingetragen werden kann. Auch die nicht ganz seltene Fallkonstellation, dass ein Gesellschafterwechsel während des Vollzugs eines Grundstücksübertragungsvertrages stattfindet, wird nicht angesprochen. Hier kann man sich für die 2. Auflage wünschen, dass auch die gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen, besonders auch der Kapitalgesellschaft und der Vorgesellschaft ausführlicher behandelt werden.

In den meisten Bereichen wird allerdings ein umfassendes Bild über die Problemlagen der verschiedenen dinglichen Rechte und Aspekte gegeben. So finden sich z.B. bei den Ausführungen zum Wohnungseigentum – wenn auch kurze – Hinweise zu den Gestaltungsproblemen bei Mehrhausanlagen und Doppelhäusern oder bei Bauten in mehreren Bauabschnitten. Auch im Artikel zum Erbbaurecht sind alle wesent-

lichen Fragen präzise behandelt, der Leser kann sich einen guten Überblick über die Probleme des Erbbaurechtes in kurzer Zeit verschaffen. Gut gefallen haben mir auch die Ausführungen zu den Nutzungsrechten. So finden sich z.B. im Kapitel über Dienstbarkeiten die nicht immer einfachen, für die Praxis aber nicht unwichtigen Regelungen der Sicherung von Wettbewerbsbeschränkungen durch Dienstbarkeiten oder der Sicherungsdienstbarkeit, die besonders in Form der Miet-sicherungsdienstbarkeit in der Praxis Verwendung findet. Letztere hat die Aufgabe, zugunsten des Mieters oder Pächters Schwächen des schuldrechtlichen Miet- oder Pachtvertrages auszugleichen, was besonders bei Mietverträgen wichtig ist, bei denen Investitionen durchgeführt werden sollen. Beim Nießbrauch wird die Paralleldiskussion des sogenannten Sicherungsnießbrauchs ebenfalls dargestellt.

Höchst aufschlussreich und informativ sind auch die Ausführungen zur Sicherung von Ansprüchen auf künftige Rechtsänderung, die im Wesentlichen durch Vormerkung erfolgen. Hier werden die vielfältigen, häufig komplizierten Zusammenhänge zwischen Vormerkung und gesichertem Anspruch ansprechend dargestellt. Zu Recht weist der Autor auf das in der Praxis nicht immer beachtete Identitätsgebot auf der Passivseite hin. Dieses besagt, dass sich der zu sichernde Anspruch gegen den gegenwärtigen Rechtsinhaber des betroffenen Grundstücks richten muss. Ansprüche gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer können nicht durch eine Vormerkung gesichert werden. Zu beachten ist, dass auch eine Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs eines erst noch zu benennenden Dritten von der herrschenden Meinung nicht als zulässig angesehen wird, so dass beim Angebot mit Benennungsberechtigung zu Gunsten des Dritten keine Vormerkung eingetragen werden kann. Entgegen der herrschenden Meinung spricht sich der Autor allerdings für die Überwindung dieser konstruktiven Bedenken aus, mit dem Argument, dass auch vor der Benennung zumindest eine Bindung des Schuldners gegenüber dem Benennungsberechtigten besteht, die eine hinreichende sachliche Grundlage für die Vormerkungswirkung darstelle. Diese Ausführungen überzeugen, die Praxis sollte allerdings bis zu einer höchstrichterlichen Klärung nicht auf diese Konstruktion vertrauen.

Etwas knapp sind die Ausführungen zum Wiederkaufsrecht, die öffentlich-rechtliche Problematik wird nur angesprochen. Hier könnte sich für die nächste Auflage die eine oder andere Vertiefung empfehlen.

Ungeachtet mancher weitergehender Wünsche für die nächste Auflage muss das Handbuch zum Immobilienrecht gelobt werden. Es enthält einen breiten Überblick über die steuerrechtlichen, zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Probleme des Immobilienrechtes mit all seinen Ausprägungen. Der Leser, der sich erstmals mit der Materie befasst, findet hier einen hervorragenden Einstieg in die vielfältigen Probleme, aber auch der erfahrene Praktiker kann sich schnell und präzise einen Überblick über die aktuellen dogmatischen, aber auch praktischen Fragen verschaffen. Es stellt daher eine wertvolle Ergänzung für die Bibliothek dar.

Notar Dr. Peter Limmer, Würzburg

**Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, RWS Verlag, Köln, 4. Auflage 2002, 198 Seiten, € 39,-**

**von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Verlag C.H. Beck, München, 3. Auflage 2003, 596 Seiten, € 67,-**

Überraschende Untiefen hält das Rechtsinstitut des Erbbaurechts bekanntermaßen an wenigen, gleichwohl aber bedeutenden Stellen bereit. Zudem ist die Binnenkomplexität dieses Teilrechtsgebiets außerordentlich beachtlich, sodass am Deutschen Notarinstitut die Beantwortung erbaurechtlicher Anfragen zum Tagesgeschäft zählt. Um in der Praxis mit den vielen zentralen und marginalen Besonderheiten des Erbbaurechts schnell und zutreffend umgehen zu können, ist jeder Notar daher auf zuverlässige Literatur angewiesen. Die Bücher von *Böttcher* und *von Oefele/Winkler* leisten hierbei hervorragende Dienste. Bei beiden handelt es sich um Neuauflagen von eingeführten Standardwerken im Bereich des Erbbaurechts.

Das Buch von *Böttcher* (zur Voraufgabe siehe *Krauß*, MittBayNot 2001, 467) fasst in beeindruckender Weise teils stichpunktartig die Rechtslage unter Aufarbeitung der vorhandenen Literatur und Rechtsprechung auf enorm informative Weise kurz zusammen und ermöglicht dem Leser den schnellen Zugriff auf die wesentlichen Rechtsfragen und die zur Lösung maßgeblichen Gesichtspunkte. Insbesondere die zügige Erschließung der Grundzüge dieses in der Ausbildung meist allenfalls gestreiften Rechtsgebiets gelingt mittels Durcharbeiten der 140 Seiten umfassenden Darstellung von *Böttcher* mühelos. Die hohe Dichte des Textes eröffnet auch eingearbeiteten Praktikern die Möglichkeit zur schnellen wiederholten Vergegenwärtigung manchen, nicht unbedingt alltäglichen Problemkomplexes.

Naturgemäß verfolgt das umfangreiche Handbuch der beiden Münchner Kollegen *von Oefele* und *Winkler* ein anderes Ziel. In nahezu enzyklopädischer Weise werden die bestehenden Probleme des behandelten Rechtsgebiets umfangreich und tiefgründig erörtert und – regelmäßig auch rechtspolitisch richtungweisend – gelöst. Das „Handbuch des Erbbaurechts“ ersetzt hierbei in der Neuauflage aufgrund seiner übersichtlichen Gliederung und des überaus stringenten Aufbaus vorbehaltlos jeden Kommentar. Der nochmals ausgeweitete Formulareteil mit mittlerweile 23 Mustern lässt kaum Wünsche offen. Allenfalls wäre für die nächste Auflage die Aufnahme eines Beispiels zur Vereinbarung eines Untererbaurechts zu erwägen; zudem ist an dieser Stelle die Beigabe der Muster auf einem elektronischen Medium anzuregen.

Dass die Bedeutung des Erbbaurechts zur Gestaltung komplexer Problemfelder geeignet sein kann, mag folgender Fall aus

der Gutachtenpraxis des Deutschen Notarinstituts exemplifizieren: Unter einem Gesamtkomplex mehrerer Neubauten auf verschiedenen rechtlich selbstständigen Grundstücken wird eine gemeinsam zu nutzende Tiefgarage erbaut. Strebt man in diesem Fall die Errichtung der Tiefgarage im Wege eines Gesamterbaurechts samt Aufteilung in Teilerbaurechte nach § 30 WEG für die Begründung von Einzelstellplätzen an, so stellt sich die Frage, ob dieser Konstruktion – trotz Gestattung des „partiellen Stockwerkeigentums“ im Recht des Überbaus durch BGHZ 101, 311 (bestätigt durch BGH NJW 2002, 54) – die Vorschrift des § 1 Abs. 3 ErbbauVO entgegen steht. Sowohl *von Oefele/Winkler* (Rdnr. 2.28 ff.) als auch *Böttcher* (Rdnr. 11 ff.) gehen davon aus, dass die fragliche Tiefgarage nur dann erbaurechtsfähig ist, wenn es sich um ein gegenüber den Wohngebäuden insgesamt selbstständiges Bauwerk handelt, wovon allerdings angesichts der dort angeführten Kriterien (räumliche Abgrenzung zu Nachbargebäuden, selbstständige Benutzungsmöglichkeit) regelmäßig auszugehen sein wird. Weitere rechtliche Schwierigkeiten ergeben sich allerdings dann, wenn der Baukörper der Tiefgarage auf mehreren Ebenen an Kellergeschosse der Wohnhäuser anschließt, jedoch nicht auf jeder Ebene in derselben Weise. Ob auch in diesem Fall die Tiefgarage erbaurechtsfähig ist, bleibt nach den Ausführungen *von Oefele/Winklers* (Rdnr. 2.33) offen, da dort eine „Verzahnung der Gebäude“ lediglich bezüglich der auf derselben Ebene befindlichen Bauwerke als ausreichend angesehen wird.

Zur Würdigung der beiden zu besprechenden Bücher sei erwähnt, dass die Ausgestaltung der Erbbaurechtsregelungen unter besonderer Berücksichtigung von Anpassungsklauseln (*von Oefele/Winkler* Rdnr. 6.86 ff.; *Böttcher* Rdnr. 280 ff.) jeweils erschöpfend behandelt wird. Sehr erfreulich ist auch, dass für die Gestaltung von Einheimischenmodellen unter Verwendung von Erbbaurechten nunmehr im Handbuch der Autoren *von Oefele* und *Winkler* (S. 503 ff.) ein umfangreiches entsprechendes Muster in den Formulareteil aufgenommen wurde. Allerdings darf man sich zur Erstellung solcher Verträge dem seit der Erstauflage des Handbuchs enthaltenen warnenden Hinweis anschließen, etwaige Serienvträge nicht „perfektionistisch, lang und schwer verständlich“ zu formulieren. Die Bedeutung des Erbbaurechtsvertrags liegt nicht zuletzt auch darin, den Erwerbenden das Gefühl zu vermitteln, „unkompliziertes Bauwerkseigentum“ zu erwerben (Rdnr. 1.20). Abschließend bleibt nur zu wünschen, dass auch für andere Rechtsgebiete ähnlich hervorragende Darstellungen verfasst werden. Im Bereich des Erbbaurechts jedenfalls ist die Rechtspraxis bei Anschaffung der beiden dargestellten Werke bestens ausgestattet.

Notarassessor *Alexander Krafska*, München

**Michalski (Hrsg.), GmbH-Gesetz, Kommentar in 2 Bänden, Verlag C.H. Beck, München 2002, Band I 2.163 Seiten (Systematische Darstellungen 1–7 und §§ 1 bis 34 GmbHG), Band II 2.378 Seiten (§§ 35 bis 86 GmbHG), € 378,- (Gesamtabnahmeverpflichtung)**

In erster Auflage ist Ende September 2002 der von Prof. Dr. Lutz *Michalski*, Universität Bayreuth, herausgegebene zweibändige Kommentar zum GmbH-Gesetz erschienen.

Die Ankündigung des C.H. Beck Verlages verspricht einen neuen Großkommentar für Praktiker, der nicht nur vollständig auf neuestem Stand ist (Gesetzesänderungen, Rechtsprechung und Literatur sind nach Angabe bis März 2002, teilweise darüber hinaus berücksichtigt), sondern die Vorzüge eines Kommentars mit denen eines Handbuches vereint. Dies soll insbesondere durch eine enge Verknüpfung von Wissenschaft und Praxis erreicht werden. Tatsächlich sind im Autorenteam praktisch alle mit Gesellschaftsrecht in Theorie und Praxis näher befassten Berufsgruppen vertreten, u.a. Hochschullehrer, Dozenten, Rechtsanwälte, Steuerberater und auch Notare. Aus dem Kreise der Verfasser seien namentlich nur Notar Dr. Wolfram *Waldner* (Bayreuth) und Dipl.-Kfm. Dr. jur. Andreas *Heidinger* (Würzburg) genannt.

Dass der Anspruch der Autoren an die wissenschaftliche Durchdringung der Rechtsmaterie weit reicht, lässt nicht nur der erste Blick auf den Umfang des Werkes erahnen (immerhin rund 4500 Seiten in zwei Teilbänden) – dies erschließt sich auch aus Aufbau, Gliederung und inhaltlicher Gestaltung des *Michalski*.

Vor der eigentlichen Kommentierung zu den §§ 1 bis 86 GmbHG sind beispielsweise sieben systematische Darstellungen eingefügt, die sich mit folgenden Themen lehrbuchartig befassen: Überblick über das GmbH-Recht, Internationales Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung und -vereinheitlichung, Besteuerung der GmbH, Konzernrecht, Umwandlung und Verschmelzung, Finanzierung der GmbH, Freiberufler-GmbH.

Besonders interessant ist hier die rechtsvergleichende Länderübersicht (Band I, Syst. Darst. 2, Rdnr. 177 bis 246), welche – nützlich für die notarielle Praxis auch in anderen Rechtsgebieten – u.a. einen kurzen Überblick über die Organe der jeweils vergleichbaren ausländischen Gesellschaftsform sowie Hinweise auf weiterführendes Schrifttum bietet.

Die nach den Paragraphen des GmbHG geordneten, teilweise auch in Anhängen zusammengefassten Einzelkommentierungen bestehen ebenfalls durch meist sehr umfangreiche Literaturhinweise sowie eine vorangestellte Übersicht über die Gliederung des betreffenden Abschnittes. Neben dem aktuellen Wortlaut des Gesetzes sind auch Datum und Fundstelle etwaiger Änderungsgesetze angegeben – oder aber, dass der Gesetzeswortlaut, wie beispielsweise bei § 38 GmbHG, seit 1892 unverändert ist.

Die Lesbarkeit der Kommentierungen selbst wird merklich dadurch verbessert, dass der Text Fußnoten und kaum Abkürzungen aufweist, was jeden den *Palandt* gewöhnten Benutzer besonders erfreuen mag.

Zudem sind immer wieder Tabellen und grafische Übersichten eingefügt, die die Ausführungen visualisieren und so anschaulicher gestalten sollen. Manche muten allerdings im Rahmen eines Praktiker-Kommentars inhaltlich – ebenso wie manche der sehr ausführlichen Darstellungen zu historischen und rechtspolitischen Entwicklungen – eher unerwartet an. So finden sich beispielsweise zu § 5 GmbHG (vgl. § 5 Rdnr. 11 ff.) noch vor der inhaltlichen Kommentierung ein Überblick über die Mindeststammkapital- und Mindeststammeinlagebeträge

seit 1892 samt Gesetzesfundstellen (u.a. RGBl. 1892, S. 477) sowie Ausführungen zu rechtshistorischen Entwicklungen, rechtspolitischen Erwartungen und Übergangsregelungen.

Aus der Sicht eines Praktikers wäre manchmal eine Straffung der Ausführungen wünschenswert gewesen – prägnante, übersichtliche Darstellungen verbessern die schnelle Erfassung der Materie und erleichtern das gezielte Auffinden von Textstellen. Das Streben nach Vollständigkeit scheint hier zumindest teilweise auf Kosten der Übersichtlichkeit des Werkes zu gehen, die auch durch die vorangestellten Übersichten und Gliederungen und das Stichwortverzeichnis nicht vollständig ausgeräumt werden können. Zur verdeckten Gewinnausschüttung finden sich im Sachverzeichnis immerhin 62 Fundstellen, das Literaturverzeichnis zu den gemeinsam kommentierten §§ 32 a und b GmbHG fasst mehr als acht eng gesetzte Seiten (wenn auch gegliedert in Monographien und Aufsätze). Zumindest für die tägliche Praxis wäre hier weniger wohl eher mehr gewesen.

Inhaltlich werden, soweit ersichtlich, die praxisrelevanten Problemkreise im Zusammenhang mit dem Recht der GmbH vollständig angesprochen und einer meist praxisorientierten Lösung zugeführt; teilweise könnte die systematische Einordnung von Einzelthemen in einer zweiten Auflage jedoch noch verbessert werden. Im Einzelnen scheinen sich ferner noch kleinere Ungenauigkeiten eingeschlichen zu haben: Ob etwa die allgemeine Behauptung, alle Geschäftsstellen einer Gesellschaft außerhalb ihres Sitzes hätten stets die Bedeutung einer Zweigniederlassung gemäß §§ 13 ff. HGB (vgl. § 4a Rdnr. 17) so generell zutrifft, erscheint zumindest bei solchen Zweigniederlassungen zweifelhaft, die keine eigenständigen Betriebsmittel besitzen, nicht selbstständig fakturieren und kassieren, über kein eigenes Bankkonto und keine unabhängige Buchführung verfügen und damit wohl kaum als selbstständig im Sinne von § 13 HGB anzusehen sind (vgl. hierzu *Baumbach/Hopt*, HGB, § 13 Rdnr. 3).

Wünschenswert nicht nur aus Sicht der notariellen Praxis wäre auch eine etwas differenziertere und kritischere Erörterung der Stichworte „ausländischer Notar und Auslandsbeurkundungen“ gewesen: So wird beispielsweise die Frage, ob die Belehrung der Geschäftsführer im Rahmen der nach § 8 Abs. 3 GmbHG abzugebenden Versicherung von einem ausländischen Notar vorgenommen werden darf, in § 8 Rdnr. 37 pauschal und ohne weitere Auseinandersetzung mit der Thematik oder Begründung bejaht. Erst ein Blick auf die Fußnote lässt den Benutzer erahnen, dass diese Behauptung nicht unumstritten ist. Ein Hinweis auf die Auffassung, die Belehrung der Geschäftsführer über die Auskunftsspflicht nach § 8 Abs. 3 GmbHG könne ausschließlich – nötigenfalls schriftlich – durch einen inländischen Notar erfolgen, fehlt (vgl. hierzu Rundschreiben Nr. 39/98 der Bundesnotarkammer und DNotZ 98, 913 ff., insb. 916 m.w.N.).

Eine Diskussion über im Ausland vorgenommene Beurkundungen allgemein findet sich – über das Stichwortverzeichnis auffindbar, allerdings ohne Querverweis zu § 8 – in § 2 Rdnr. 21 ff. Im Hinblick auf den Streitstand erscheint jedoch die dort vertretene sehr liberale Auffassung – Einhaltung der Ortsform grundsätzlich in jedem Falle ausreichend – nicht unproblematisch (vgl. hierzu u.a. Beck'sches Notar-Handbuch, 3. Aufl. 2000, D I Rdnr. 12, 22; G Rdnr. 234, 192; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 2 Rdnr. 9 m.w.N.; *Langenfeld*, GmbH-Vertragspraktikum, 3. Aufl. 1999, Rdnr. 146 m.w.N.; *Goette*, DStR 1996, 709 ff., 711, 713).

Zumindest interessant ist die Behauptung, im Rahmen der Leistung der Bareinlage liege „idR“ keine effektive Leistung vor, wenn der einzahlende Gesellschafter mit dem Konto-

führenden identisch, also das Kreditinstitut auch Gesellschafter sei (so offenbar entgegen der einhelligen Meinung in der Literatur § 7 Rdnr. 28). Die Begründung, ansonsten liege eine gesetzlich nicht gerechtfertigte Begünstigung von Banken vor, da hier ein Gesellschafter die Möglichkeit habe, die Gutschrift wieder zu beseitigen, überzeugt schwerlich: Die wirtschaftliche Zuordnung des Einzahlungsbetrages erfolgt ja nicht an die kontoführende Stelle, sondern an den Kontoinhaber, also regelmäßig die GmbH in Gründung.

Die kleinen Unzulänglichkeiten der Erstauflage (die auch den „An-“ statt „Aus-“schluss säumiger Gläubiger und Gesellschafter auf Seite XI des Inhaltsverzeichnisses in Band I umfassen) sollen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der *Michalski* fundiert und ausführlich unzählige Problemkreise im Zusammenhang mit dem Recht der GmbH behandelt, dabei nicht nur Standardthemen kurz anspricht und einer meist praxisorientierten Lösung zuführt, sondern weit darüber hinausgehende Erläuterungen bietet. Anders als im Rahmen eines Kurzkomentars findet der interessierte Benutzer tiefgreifende Darstellungen zur Gesellschaftsform der GmbH,

die auch Themen wie Reformbestrebungen, rechtshistorische und rechtspolitische Entwicklungen, dogmatische Hintergründe, tatsächliche und statistische Gegebenheiten, Rechtsvergleichung und -vereinheitlichung und wirtschaftliche und steuerliche Grundlagen nicht aussparen.

Erschiene der Kommentar in etwaigen weiteren Auflagen wiederum in allen Bänden gleichzeitig, wie es der derzeitigen Zielsetzung und Konzeption des Werkes entspräche, würde die Ausführlichkeit der Darstellungen im Sinne eines mehrbändigen Großkommentars auch nicht, wie manchmal zu beklagen, zu unterschiedlicher Aktualität einzelner Teilbände führen: ein sicherlich unbestreitbarer Praxisvorteil. Anzuregen wäre hier allerdings, dass die Teilbände gesondert erworben werden können und nicht, wie derzeit, von vornherein eine Gesamtabnahmeverpflichtung besteht. Immerhin schlägt die Anschaffung des *Michalski* mit knapp € 380,- zu Buche.

Insgesamt wird sich der *Michalski* als neuer Großkommentar in der Praxis bewähren müssen. Dem am Recht der GmbH Interessierten ist er jedoch zur Anschaffung zu empfehlen.

Notarin *Anja Kapfer*, Hof

**Söffing, Gewerblicher Grundstückshandel und private Veräußerungsgeschäfte mit Grundstücken, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin 2002, 184 Seiten, € 29,-**

*Söffing* ist gemeinsam mit *Schmidt-Liebig* und dem Vizepräsidenten des BFH *Spindler* einer der ausgewiesenen Kenner der steuerrechtlichen Probleme des gewerblichen Grundstückshandels. Auch im Bereich der privaten Veräußerungsgeschäfte gemäß § 23 EStG ist der ehemalige Richter am BFH ein ausgewiesener Experte. Die durch diese Expertise geweckten Erwartungen werden nicht enttäuscht. Es handelt sich um eine knappe, gut verständliche, strukturierte und praxisnahe Darstellung der beiden Problembereiche.

Die Bedeutung des gewerblichen Grundstückshandels ist durch die Verlängerung der Spekulationsfrist auf zehn Jahre zurückgegangen. Dennoch bestehen noch gravierende Besteuerungsunterschiede, die auch durch § 35 EStG (pauschale Gewerbesteueranrechnung) nicht vollständig kompensiert werden. Vor diesem Hintergrund ist die gemeinsame Behandlung beider Problemkreise eine sinnvolle Verlagsentscheidung (vgl. zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen das Besprechungswerk, Teil C; *Tiedtke/Wälzholz*, DB 2002, 652). Die anstehende Steuerreform wird durch die geplante Änderung der anzuwendenden Steuersätze die Unterschiede wieder deutlicher werden lassen. Die Schwerpunktsetzung des Buches liegt mit 130 Seiten eindeutig auf den Problemen des gewerblichen Grundstückshandels, während die Spekulationsgeschäfte lediglich auf rund 50 Seiten behandelt werden. Die Gewichte sollten in der 2. Auflage ein wenig zugunsten der Spekulationsgeschäfte verschoben werden.

Das Besprechungswerk ist auf dem Stand vom Juli 2002 und behandelt selbstverständlich auch den Beschluss des großen Senats vom 10.12.2001 zu den Problemen des gewerblichen Grundstückshandels bei Vornahme von baulichen Veränderungen oder erstmaliger Herstellung von Objekten. Das

StVABG aus 2003 konnte naturgemäß keine Berücksichtigung mehr finden.

Der gewerbliche Grundstückshandel beruht auf dem Umstand, dass aus einem kurzen zeitlichen Zusammenhang zwischen Anschaffung und Veräußerung auf die Anschaffung in zumindest bedingter Veräußerungsabsicht geschlossen wird und damit ein händlerähnliches Verhalten angenommen wird. Immer wieder kommt es zu Streit zwischen Steuerpflichtigen und der Finanzverwaltung, ob im Einzelfall trotz einer kurzen Zeit zwischen Anschaffung und Veräußerung die Anschaffung in bedingter Veräußerungsansicht widerlegt werden kann, da der spätere Verkauf aufgrund ungewöhnlicher, ursprünglich nicht erwarteter Umstände erzwungen wurde. Die Darstellung dieser Problematik auf S. 45 des Besprechungswerks bedarf besonderer Erwähnung. Sie gibt wesentliche Argumentationshilfen in entsprechenden Problemfällen.

Entgegen der Meinung der Finanzverwaltung (BMF v. 9.7.2001, BStBl. I 2001, 512) ist *Söffing* der Ansicht (S. 57), ein gewerblicher Grundstückshandel sei mangels Zurechnungstatbestand stets ausgeschlossen, wenn ein Steuerpflichtiger im Wege der unentgeltlichen Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge Grundbesitz erwirbt und kurz darauf weiterveräußert. Es ist zu hoffen, dass *Söffing* sich mit dieser Stellungnahme auch beim BFH und im Ergebnis bei der Finanzverwaltung durchsetzen wird (gleicher Ansicht *M. Söffing/Klumpen-Neusel*, DStR 2000, 1753). Zutreffend weist *Söffing* auch auf S. 74 f. darauf hin, dass unentgeltliche und teilentgeltliche Grundstücksübertragungen beim Veräußerer nicht als Objektveräußerung im Sinne der Dreiobjektgrenze gelten. Das Gleiche gilt für den Erwerb im Rahmen einer Realteilung einer Erbengemeinschaft oder Gesellschaft.

Aus Sicht des Vertragsgestalters mag zum Abschluss lediglich noch der Wunsch für die 2. Auflage geäußert werden, Gestaltungsüberlegungen gegebenenfalls drucktechnisch so hervorzuheben, dass sie in der Hektik des Alltagsgeschäftes leichter gefunden werden.

Notar *Dr. Eckhard Wälzholz*, Füssen

**Dannenberg-Mletzko, Notariatskunde, Gabler Verlag, Wiesbaden, 2. Auflage 2002, 352 Seiten, € 22,90**

Das Buch beinhaltet den Prüfungsstoff im Fach „Freiwillige Gerichtsbarkeit“ für den Abschluss als Rechtsanwalts- und Notarfachangestellte/r und ist in einen vorangestellten Informations- und Aufgabenteil sowie einen nachfolgenden Lösungsteil für jedes einzelne Kapitel aufgliedert. Die Themenbereiche sind unter Einbeziehung des im Bundesrahmenplan geforderten Lehrstoffs in 23 Kapitel unterteilt, die von Fragen der Organisation des Notariats über die einzelnen Tätigkeitsbereiche des Notars reichen.

In der 2. Auflage wurde versucht, die aktuelle Gesetzeslage und neueste Rechtsprechung, die Neuerungen aufgrund der Schuldrechtsreform sowie die Änderungen des Verbraucherschutzes und die Neufassung der Dienstordnung infolge der Änderungen in der Bundesnotarordnung und im Beurkundungsgesetz zu berücksichtigen. Einzelne Themenbereiche sind gegenüber der 1. Auflage ausführlicher dargestellt und neue Übersichten wurden zum besseren Verständnis eingearbeitet. Sämtliche Fallbeispiele sind nun mit Euro-Beträgen ausgestattet und die neue Rechtschreibung wird angewendet.

Das Buch soll laut Angabe der Autorin nicht nur Lehrbuch, sondern auch ein praktischer Leitfaden für die tägliche Arbeit im Notariat sein. Dies wird allein dadurch erheblich erschwert, dass die im Inhaltsverzeichnis angegebenen Seitenzahlen nicht mit den tatsächlichen Seitenzahlen übereinstimmen. Die Abweichung beträgt teilweise über zehn Seiten. Außerdem sind die im Vorwort angesprochenen Veröffentlichungen im dritten Kapitel nicht zu finden. Die Tatsache, dass im gesamten Buch weiterhin mit „Schreibauslagen“, anstatt mit der „Dokumentenpauschale“ (BGBl. 2001 I, S. 3428) gearbeitet wird, stört nur am Rande. Weitaus tiefgreifendere Fehler sind nachfolgend auszugsweise aufgelistet, wobei auffällt, dass die überwiegende Anzahl der Fehler erst seit der 2. Auflage im Lehrbuch auftaucht:

- Die Vorschrift, dass Lücken in Urkunden durch Füllstriche gegen nachträgliche Einschaltung – wie in Kapitel 4.2. angegeben – zu sichern sind, wurde ersatzlos gestrichen (§ 30 DONot a. F., nunmehr § 44 a BeurkG);
- Bei Umschreibung einer Vollstreckungsklausel ist entgegen den Ausführungen in Kapitel 4.5 neben der Gebühr des § 133 KostO die Dokumentenpauschale *nicht* zu erheben (RoWe § 133 Rdnr. 10; *Göttlich/Mümmeler* S. 1118; *Hartmann* § 133 Rdnr. 12; BayObLG MittBayNot 1988, 94; a. A. *Korintenberg* § 133 Rdnr. 8);
- Für die Erteilung von Ausfertigungen einer Urkunde ist grundsätzlich die Stelle zuständig, welche die Urschrift *verwahrt* und nicht wie in den Kapiteln 4.6 und 8.2 angegeben, der Notar, der die Urschrift errichtet bzw. beurkundet hat;
- Holt der Notar im Rahmen des Vollzugs eines Kaufvertrages zur Lastenfreistellung des Vertragsobjektes eine Löschungserklärung ohne Entwurffertigung ein, fällt ggf. neben der Gebühr nach § 146 Abs. 1 eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Es handelt sich *nicht*, wie in Kapitel 6.7 angegeben, um eine Vollzugstätigkeit i. S. des § 146 Abs. 1 KostO (vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Auflage, Rdnr. 1183);

- Zur Löschung von Grundpfandrechten aus dem Grundbuch ist grundsätzlich die Bewilligung des Gläubigers in *grundbuchfähiger* Form erforderlich, d. h. nicht zwingend in notariell beglaubigter Form bei siegelführenden Kreditinstituten (Kapitel 8.2);
- Der Nießbrauch gehört zur Gattung der Dienstbarkeiten und ist kein besonderes Rechtsinstitut (Kapitel 8.3). Dies ergibt sich schon daraus, dass die Vorschriften über den Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) im vierten Abschnitt des Sachenrechtes im Bürgerlichen Gesetzbuch unter der Überschrift „Dienstbarkeiten“ zu finden sind;
- Als weitere Voraussetzung neben der Kennzeichnung durch dauerhafte Markierung für die Teileigentumsfähigkeit von Garagenplätzen – wie in Kapitel 10.1 ausgeführt, gemeint sind hier wohl Kfz-Abstellplätze – ist, dass sich diese entweder innerhalb oder auf dem überdachten bzw. nicht überdachten Oberdeck eines Gebäudes befinden, wenn dieses Gebäude über das umliegende Gelände hinausragt und von innen her, durch eine abschließbare Zufahrt zu erreichen ist (OLG Frankfurt DNotZ 1977, 635); Kfz-Stellplätze im Freien können nicht Gegenstand des Sondereigentums sein;
- Ein allgemeines Vorkaufsrecht gemäß § 24 BauGB besteht auch bei Veräußerung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück (Kapitel 11.4); die Bescheinigung gemäß § 28 Abs. 1 BauGB ist daher einzuholen (BGH DNotZ 1984, 375. Überholt durch BGH: OLG Bremen DNotZ 1978, 624);
- In erster Linie gelten für die Kommanditgesellschaft die besonderen Gesetze bzw. Vorschriften gemäß §§ 166 ff. HGB. In zweiter Linie gilt entgegen den Ausführungen in Kapitel 16.3, subsidiär zur Füllung verbleibender Lücken, das Recht der offenen Handelsgesellschaft gemäß § 161 II HGB und das der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 161 II i. V. m. 105 II HGB.

Ferner fehlen wichtige und grundlegende Informationen, beispielsweise

- zu Kapitel 16.2 und 16.3, dass die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft durch die Vorschrift des § 124 HGB i. V. m. § 161 II HGB rechtlich weitgehend verselbstständigt und deshalb als Übergangsformen zur juristischen Person weithin den gleichen Regeln unterworfen sind;
- zu Kapitel 21.4, dass für die Verwahrung eines Erbvertrages beim Notar keine Hinterlegungsgebühren anfallen.

Die unrichtigen Sachverhalte im Informationsteil finden sich konsequenterweise auch im Aufgaben- und Lösungsteil wieder, zusätzlich offensichtlich falsche Gebührenberechnungen (z. B. Lösung zu Frage 32 in Kapitel 4: Gebühr gemäß § 150 Nr. 1 KostO 141,00 €).

Es können hier nicht alle Widersprüche, Fehler und Lücken angesprochen werden. Dies würde eindeutig den Rahmen dieser Rezension sprengen. Problematisch ist, dass dieses Buch vor allem Prüflinge ansprechen soll, denen naturgemäß der Überblick über die behandelte Materie fehlt und die falsche oder fehlende Sachverhalte daher nicht erkennen können. Das Buch ist, obwohl der Aufbau grundsätzlich durchaus gelungen ist, wegen der aufgeführten Mängel zumindest in der gegenwärtigen Auflage keinesfalls zur Prüfungsvorbereitung geeignet.

Oberinspektor i. N. *Helmut Reinold jr.*, Mühlendorf a. Inn

**Kindler, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg 2002, 461 Seiten, € 97,-**

Nach seiner „Einführung in das italienische Recht“ hat es sich Prof. Dr. Peter Kindler nun zur Aufgabe gemacht, die bisherige Lücke in der deutschsprachigen Literatur zum italienischen Handels- und Wirtschaftsrecht zu schließen. Dabei orientiert er sich in Stil und Aufbau an der bekannten „Einführung“. Am Beginn des Buches stehen geschichtliche Grundlagen sowie Rechtsquellen und umfangreiche Literatur- und Internetfundstellen, die für eine weitergehende Recherche hilfreich sein können. Daran anschließend werden die wichtigsten Aspekte des Handels- und Wirtschaftsrechts ausführlich und unter Verweis auf zahlreiche weitere Urteile und Literatur abgehandelt. Für den Notar am wichtigsten dürften dabei die Kapitel zu Unternehmensregister und Registerverfahren (§ 2 II.), handelsrechtlich Bevollmächtigten (§ 2 III.), Gesellschaftsrecht (§ 4) und internationalem Privat- und Verfahrensrecht (§ 7) sein. Daneben enthält § 5 interessante Ausführungen zum Kaufvertrag und dafür relevanten Verbraucherschutzgesetzen, ohne aber auf Besonderheiten des Grundstückskaufvertrages einzugehen.

Im registerrechtlichen Kapitel erläutert Kindler das seit 1996 bei den Industrie- und Handelskammern geführte „registro delle imprese“, in das Einzelunternehmer, Handelsgesellschaften, Konsortien, EWIV, unternehmerisch tätige öffentliche Körperschaften, Landwirte, Kleinunternehmer, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, Handwerksunternehmen und sonstige Gesellschaften, die dem italienischen Recht unterliegen, eingetragen werden. Bemerkenswert ist die weitgehende Umstellung des Registerwesens auf EDV. Das Register wird

elektronisch geführt, Anmeldungen sind seit 2000 auf elektronischem Wege oder mittels Datenträger einzureichen und auch die Einsichtnahme in das Register kann bereits seit Jahren online erfolgen. Für deutsche Notare hilfreich ist die Aufzählung der möglichen Zeugnisse und Bescheinigungen, die aus dem Register ausgestellt werden können (Rdnr. 45 ff.). Welche Möglichkeiten handelsrechtlicher Bevollmächtigung es gibt, wird in § 2 III. relativ kurz ausgeführt.

Im gesellschaftsrechtlichen Teil werden nach einigen allgemeinen Ausführungen die einzelnen Gesellschaftsformen erläutert. Regelungsalternativen zum Gesetz werden zwar angesprochen, nicht aber, wie diese bei der Gestaltung einer Satzung umgesetzt werden können. Am ausführlichsten sind – ihrer praktischen Bedeutung entsprechend – S.n.c. und S.a.r.l. abgehandelt. Die umfangreichen Ausführungen zur Vertretung der S.a.r.l. in Rdnr. 171 ff. sind dabei für deutsche Notare besonders wichtig.

Der 62 Seiten starke IPR-Teil rundet das Buch ab und behandelt – unter diesem Buchtitel überraschend, aber für Notare erfreulich – nicht nur internationales Vertrags- und Schuldrecht, Gesellschaftsrecht und Fragen der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, sondern auch das internationale Erb- und Schenkungsrecht Italiens.

Der neue Kindler spricht viele Themen an, die auch schon in der „Einführung in das italienische Recht“ angerissen wurden, jedoch weitaus ausführlicher und aktueller. Jedem, der mit italienischen Unternehmen und Gesellschaften befasst ist und einen deutschsprachigen Überblick zur Materie sucht, kann dieses Buch daher nur empfohlen werden.

Notarassessorin Dr. Helene Förtig, München

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 168 S. 1, BGB § 672 S. 1 (*Erlöschen einer Altersvorsorgevollmacht bei Tod des Vollmachtgebers*)

**Eine Altersvorsorgevollmacht, deren zugrunde liegendes Auftragsverhältnis darauf zugeschnitten ist, dem Bevollmächtigten für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einzuräumen, die uneingeschränkt der gesetzlichen Vertretungsmacht eines für alle Angelegenheiten des Betreuten bestellten Betreuers entspricht, erlischt mit dem Tode des Vollmachtgebers auch für den Bereich der Vermögensverwaltung.**

OLG Hamm, Beschluss vom 17.9.2002 – 15 W 338/02 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

#### Zum Sachverhalt:

Eingetragene Alleineigentümerin eines Grundstücks ist Frau S, die verstorben ist. Die Erblasserin hatte gemeinsam mit ihrem überlebenden Ehemann in notarieller Urkunde dem Beteiligten, ihrem Sohn, eine Vorsorgevollmacht erteilt. Bei der Vollmacht handelt es sich ihrem Inhalt nach um eine Generalvollmacht, die Vollmachtgeber unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist, umfassend zu vertreten. Zu dem der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis heißt es in § 4 der Urkunde, durch die Vollmachtserteilung solle die Bestellung eines Betreuers im Fall von Krankheit oder Gebrechlichkeit vermieden werden. Im Innenverhältnis, d.h. ohne Einfluss auf die Vollmacht im Außenverhältnis, solle von der Vollmacht erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit) eintritt.

Der Beteiligte hat in notarieller Urkunde vom 27.3.2002 zugleich im eigenen Namen wie als Bevollmächtigter seiner beiden Elternteile handelnd das vorbezeichnete Grundstück auf sich übertragen und aufgelassen sowie die Löschung der in Abt. II Nr. 1 des Grundbuchs eingetragenen Reallast beantragt. Zum Nachweis seiner Bevollmächtigung hat er eine beglaubigte Abschrift der vorerwähnten Vollmachtsurkunde vorgelegt.

Den Antrag des Urkundsnotars auf Vollzug der Eigentumsumschreibung und Löschung des Rechts Abt. II Nr. 1 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes dahin beanstandet, es fehle der Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht der eingetragenen Eigentümerin über ihren Tod hinaus. Zur Beseitigung des Eintragungshindernisses durch Beibringung eines Erbscheins, der Herrn S als Alleinerben der eingetragenen Eigentümerin ausweise, werde eine Frist gesetzt.

Gegen die Zwischenverfügung hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt, die das Landgericht durch Beschluss vom 24.7.2002 zurückgewiesen hat. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

(...)

Unabhängig davon teilt der *Senat* die Auffassung des Landgerichts, dass die in der Urkunde vom 9.6.2000 erteilte Vollmacht sich inhaltlich auf Rechtsgeschäfte während der Dauer der Betreuungsbedürftigkeit der eingetragenen Eigentümerin beschränkt und nicht über deren Tod hinaus gilt, und zwar ohne die vom Landgericht vorgenommene Einschränkung, dass dies jedenfalls für ein „internes“ Rechtsgeschäft zwi-

schen der Vollmachtgeberin und dem Bevollmächtigten gelte. Dieses Ergebnis beruht auf den folgenden Erwägungen:

Die Urkunde enthält keine ausdrückliche Regelung zu der Frage, ob die erteilte Vollmacht auch über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus fortgelten soll. Nach § 168 S. 1 BGB bestimmt sich das Erlöschen einer Vollmacht nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Handelt es sich bei dem kausalen Rechtsverhältnis um einen Auftrag, so ist nach § 672 S. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, dass dieser durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers nicht erlischt. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch grundbuchverfahrensrechtlich die Auslegungsregel des § 672 S. 1 BGB zum Nachweis des Fortbestehens der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ausreicht, sofern sich die Grundlage der Vermutung, nämlich das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses, aus dem Inhalt der in der Form des § 29 GBO vorgelegten Vollmacht ergibt (vgl. BayObLG NJW 1959, 2119; KG DNotZ 1972, 18, 20; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 19, Rdnr. 81). Da es sich in § 672 S. 1 BGB lediglich um eine Auslegungsregel handelt, hat das Grundbuchamt die ihm vorgelegte Vollmachtsurkunde vorrangig im Hinblick darauf auszulegen, ob ein abweichender Wille des Vollmachtgebers anzunehmen ist. So liegen die Dinge nach Auffassung des *Senats* hier:

Das der nach außen unbeschränkten Vollmacht zugrunde liegende Auftragsverhältnis ist in § 4 der notariellen Urkunde näher beschrieben. Es handelt sich um eine Altersvorsorgevollmacht, durch die die Bestellung eines Betreuers im Fall von Krankheit oder Gebrechlichkeit vermieden werden soll. Dementsprechend darf der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Beteiligte im Innenverhältnis von der Vollmacht nur Gebrauch machen, wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit bzw. Betreuungsbedürftigkeit) eintritt. Der Umfang der im Außenverhältnis erteilten Vollmacht ist auf diesen Zweck ihrer Erteilung zugeschnitten: Es handelt sich um eine Generalvollmacht für sämtliche persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten, bei denen eine Stellvertretung zulässig ist (§ 1). Die in dem folgenden § 2 der Urkunde beispielhaft aufgeführten Geschäfte, auf die sich die Vollmacht erstreckt, umfassen nicht nur sämtliche Vermögensangelegenheiten, sondern auch sämtliche persönlichen Angelegenheiten, insbesondere die Einwilligung in ärztliche Heilmaßnahmen sowie die Aufenthaltsbestimmung, sei es durch geschlossene Unterbringung, sei es in einer anderen Form der Unterbringung in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung. Zusammengefasst sollte also dem Beteiligten eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt werden, die uneingeschränkt derjenigen gesetzlichen Vertretungsmacht eines Betreuers entspricht, der für alle Angelegenheiten des Betreuten bestellt ist (§ 69 I Abs. 1 S. 1 FGG). In der Urkunde wird dabei von der Möglichkeit, die rechtsgeschäftliche Vertretung auch auf die Einwilligung in ärztliche Heilmaßnahmen und Unterbringungsmaßnahmen zu erstrecken (§§ 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5 BGB in der Fassung durch das BtÄndG) ausdrücklich Gebrauch gemacht. Die Vollmacht ist danach sowohl hinsichtlich ihres Umfangs als auch in Bezug auf das Innenverhältnis speziell auf die Bedürfnisse der Vollmachtgeberin für den Fall ihrer Betreuungsbedürftigkeit zugeschnitten. Dieser Zusammenhang spricht maßgebend dafür, dass sich die Vollmacht – wie die gesetzliche Vertre-

tungsmacht eines Betreuers – auf die Dauer der Betreuungsbedürftigkeit beschränken sollte. Eine Fortgeltung der Vollmacht über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus läge demgegenüber außerhalb des in der Urkunde zum Ausdruck gekommenen Zwecks der Vollmacht. Die Nichterwähnung dieses Punktes in einer nach notarieller Belehrung (§ 17 BeurkG) erteilten Vollmacht deutet zusätzlich darauf hin, dass eine solche weitergehende Geltung der Vollmacht nicht gewollt ist.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätzen bei der Prüfung, ob der Vollmachtgeber entgegen der Auslegungsregel des § 672 S. 1 BGB eine Fortgeltung der Vollmacht über seinen Tod hinaus nicht gewollt hat. So wird zwar bei einer Generalvollmacht zur Ausführung eines Geschäftsbesorgungsvertrages, der eine Vermögensverwaltung zum Gegenstand hat, deren Fortbestand über den Tod des Vollmachtgebers hinaus angenommen (RG JW 1929, 1647). Ebenso anerkannt ist jedoch, dass je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die persönlichen Verhältnisse und nicht nur auf das Vermögen des Auftraggebers ausgerichtet ist, desto eher das Erlöschen des Auftrags mit dem Tode des Auftraggebers anzunehmen ist (*Staudinger/Schilken*, BGB, 12. Bearbeitung, § 168, Rdnr. 26; *Soergel/Beuthien*, BGB, 12. Aufl., § 672, Rdnr. 5; *Münch-Komm/Seiler*, 3. Aufl., § 672, Rdnr. 4). Dass die Vollmacht und der zugrunde liegende Auftrag hier auf die persönlichen Bedürfnisse der Vollmachtgeber während der Dauer ihrer Betreuungsbedürftigkeit zugeschnitten sind, ist bereits ausgeführt und wird in der Erstreckung der Vollmacht auf ihre persönlichen Angelegenheiten besonders deutlich. Der Gesichtspunkt, dass die Vollmacht sich – auch – auf sämtliche Vermögensangelegenheiten der Vollmachtgeberin erstreckt, vermag an dieser Beurteilung nichts Entscheidendes zu ändern. Denn das der Vollmacht zugrunde liegende Auftragsverhältnis kann nur insgesamt bewertet werden. In diesem Rahmen kommt der Erstreckung der Vollmacht auf die Vermögensangelegenheiten kein selbstständiges Gewicht zu. Denn wenn die Vollmachtgeberin eine an die Stelle einer Betreuerbestellung tretende rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung gewollt hat, hatte sich auch die Vermögensverwaltung des Beteiligten dem Rechtsgedanken des § 1901 BGB folgend allein an den persönlichen Bedürfnissen der Vollmachtgeberin während der Dauer ihrer Betreuungsbedürftigkeit zu orientieren. (...)

## 2. BGB § 139 (*Wirkung einer salvatorischen Klausel*)

**Die weit verbreitete, in der Regel standardmäßig verwendete salvatorische Klausel, nach der ein nichtiges Rechtsgeschäft auch ohne die nichtige Klausel wirksam sein soll, entbindet nicht von der nach § 139 BGB vorzunehmenden Prüfung, ob die Parteien das teilnichtige Geschäft als Ganzes verworfen hätten oder aber den Rest hätten gelten lassen. Bedeutsam ist sie lediglich für die von § 139 BGB abweichende Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast; diese trifft denjenigen, der entgegen der Erhaltensklausel den Vertrag als Ganzes für unwirksam hält (Aufgabe von BGH, Urt. v. 8.2.1994 – KZR 2/93, WuW/E 2909, 2913 – Pronuptia II).**

BGH, Urteil vom 24.9.2002 – K ZR 10/01 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

## 3. GBO § 22 BGB § 328 (*Kein dingliches Rechtsgeschäft zugunsten Dritter*)

1. **An der Notwendigkeit eines Unrichtigkeitsnachweises in der Form des § 29 GBO ist auch dann festzuhalten, wenn die Möglichkeit, einen formgerechten Nachweis zu führen, im Einzelfall erschwert ist.**
2. **Die Bestellung einer Dienstbarkeit oder einer Reallast zugunsten eines an dem Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten ist unwirksam, weil § 328 BGB auf dingliche Rechte nicht anwendbar ist.**

BayObLG, Beschluss vom 17.10.2002 – ZZ BR 57/02 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Überlassungsvertrag vom 16.1.1986 zwischen der Beteiligten und ihren Eltern wurde der Beteiligten ein Grundstück überlassen. In dem Vertrag räumte die Beteiligte unter Nr. XVII als Gegenleistung ihrer geistig und körperlich behinderten Schwester ein Wohnrecht ein. Außerdem verpflichtete sie sich, ihrer Schwester Wart und Pflege zu gewähren. Für das Wohnrecht bestellte die Beteiligte ihrer Schwester unter Nr. XX des Vertrags eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, für die übrigen wiederkehrenden Leistungen eine Reallast. Der Eigentumsübergang und das Altenteil wurden am 31.1.1986 im Grundbuch eingetragen.

Mit notarieller Nachtragsurkunde vom 21.7.1987 vereinbarten die Beteiligte und ihre Eltern, dass unter anderem Nr. XVII und XX des Vertrags vom 16.1.1986 aufgehoben werden und die Beteiligte den Vertragsgrundbesitz unentgeltlich erhält.

Den Antrag der Beteiligten, das zugunsten ihrer Schwester eingetragene Altenteil zu löschen, hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 12.11.1996 abgewiesen. Das Landgericht hat am 16.5.2002 die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

### Aus den Gründen:

(...)

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

Die Berichtigung des Grundbuchs setzt die Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) oder den Nachweis der Unrichtigkeit voraus (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO). An beidem fehlt es.

a) Unrichtig ist das Grundbuch dann, wenn die zur Entstehung der einzelnen dinglichen Rechte, die unter dem Sammelbegriff „Altenteil“ eingetragen sind (vgl. § 49 GBO; OLG Zweibrücken MittBayNot 1996, 211 f.), nach § 873 BGB erforderliche Einigung fehlt (*Demharter* GBO, 24. Aufl., § 22 Rdnr. 7). Den Nachweis dafür hat die Beteiligte nicht erbracht.

b) Bei der Beurkundung des notariellen Vertrages vom 16.1.1986 war die Berechtigte nicht anwesend. Ob die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder einer Reallast zugunsten eines an dem Rechtsgeschäft nicht beteiligten Dritten unwirksam ist, weil § 328 BGB auf dingliche Rechte nicht angewendet werden kann, ist umstritten (vgl. *Staudinger/Gursky* BGB, Neubearb. 2000, § 873 Rdnr. 108 m.w.N.). Der *Senat* schließt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an (NJW 1993, 2617), der von der Unwirksamkeit ausgeht.

c) Entscheidend kommt es hierauf aber nicht an, weil an den Unrichtigkeitsnachweis strenge Anforderungen zu stellen sind (*Demharter* § 22 Rdnr. 37) und die Beteiligte nicht alle Möglichkeiten ausgeräumt hat, die für eine wirksame Einigung sprechen.

Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit spricht schon dagegen, dass Vereinbarungen der vorliegenden Art ohne Kenntnis und Billigung des Berechtigten abgeschlossen werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Urkundsnotar zur Aufklärung über die Rechtsproblematik im Zusammenhang mit einer entsprechenden Anwendung des § 328 BGB auf dingliche Rechte und zu einer rechtlich wirksamen Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts verpflichtet war (BGH NJW 1993, 2617 f.).

Ein Nachweis dafür, dass die Berechtigte zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geschäftsunfähig war, ist nicht erbracht. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. Dagegen hat die Beteiligte im Rechtsbeschwerdeverfahren auch keine Einwendungen mehr erhoben.

Die an keine Formvorschrift gebundene Erklärung „des anderen Teils“ im Sinn von § 873 Abs. 1 BGB konnte vor oder nach der notariellen Beurkundung des Vertrags vom 16.1.1986 erklärt werden. Der gewünschte Erfolg konnte aber auch, was durch Auslegung zu ermitteln wäre, in der Weise erreicht worden sein, dass einer der an der notariellen Beurkundung unmittelbar Beteiligten als vollmachtloser Vertreter für die Berechtigte aufgetreten ist (vgl. dazu im Einzelnen *Staudinger/Gursky* § 873 Rdnr. 108). Die Vorschrift des § 181 BGB wäre dem nicht entgegengestanden, weil das schuldrechtliche Grundgeschäft für die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und der Reallast jedenfalls gemäß § 328 BGB wirksam war und das durch den vollmachtlosen Vertreter vorzunehmende Rechtsgeschäft somit ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestanden hätte. Als Genehmigung hätte bereits das bloße Schweigen der Berechtigten genügt (*Palandt/Heinrichs* BGB 61. Aufl. §§ 177/178 Rdnr. 6).

Im Übrigen ergibt sich aus der notariellen Nachtragsurkunde, dass die unmittelbar an dem Rechtsgeschäft vom 16.1.1986 Beteiligten von einer wirksamen Einigung ausgegangen sind; in der Nachtragsurkunde haben sie nämlich die die Gegenleistung betreffenden Vereinbarungen „aufgehoben“.

d) Auch wenn der Nachweis, dass keine dingliche Einigung gemäß § 873 BGB vorliegt, nur schwer zu führen ist, noch dazu in der Form des § 29 GBO, können doch an der Notwendigkeit des formgerechten Unrichtigkeitsnachweises keine Abstriche gemacht werden. Notfalls hat der Antragsteller des Berichtigungsantrags eine Berichtigungsbewilligung zu erstreiten (BayObLG Rpfleger 1984, 463; *Demharter* § 22 Rdnr. 42).

4. WEG §§ 7 Abs. 4, 8, GBO § 29 (*Erforderlichkeit einer Identitätserklärung*)

1. **Es ist nicht zwingend erforderlich, dass schon bei der Beglaubigung der Teilungserklärung der Aufteilungsplan als Anlage mit beigeheftet sein muss. Vielmehr genügt es, dass der Aufteilungsplan bis zur Eintragung vorgelegt und die Zusammengehörigkeit von Aufteilungsplan und Eintragungsbewilligung verdeutlicht wird.**
2. **Stimmt der vorläufige Aufteilungsplan, auf dessen Grundlage die Teilungserklärung abgegeben wurde, nicht mit dem amtlichen Aufteilungsplan überein, kann dieser Mangel nicht durch eine sogenannte Identitätserklärung des Notars behoben werden. Die Übereinstimmung hat das Grundbuchamt grundsätzlich selbst zu prüfen.**

BayObLG, Beschluss vom 12.12.2002 – 2Z BR 112/02 –

*Zum Sachverhalt:*

Der Beteiligte ist im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen, das als Bauplatz ausgewiesen ist. Am 11.5.2001 teilte er in notariell beglaubigter Form das Eigentum an dem Grundstück in Miteigentumsanteile zu 1/2 auf, je verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 1 und Nr. 2 bezeichneten Räumen. In der Urkunde heißt es weiter:

„Die Aufteilung ergibt sich aus den beigelegten Bauplänen, zu denen die zuständige Baubehörde noch die Abgeschlossenheitsbescheinigung erteilen muss. Der Notar wird ermächtigt, nach erhaltener Abgeschlossenheitsbescheinigung die Identität zu bescheinigen.“

Zugleich bewilligte und beantragte der Beteiligte, die Aufteilung in Wohnungseigentum und Teileigentum sowie die Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung als Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch einzutragen.

Das Grundbuchamt, dem am 19.6.2001 der Vollzugsantrag samt amtlicher Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilungsplan, jedoch ohne notarielle Identitätserklärung vorgelegt wurde, beanstandete die fehlende Erklärung, die entweder der Notar infolge Ermächtigung oder aber der Beteiligte in grundbuchmäßiger Form abgeben könnte. Der Erinnerung half das Grundbuchamt nicht ab. Das Landgericht wies die Beschwerde zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Wenn in der Teilungserklärung auf einen vorläufigen Aufteilungsplan Bezug genommen werde, sei dieser nur dann grundbuchmäßig nachvollziehbar, wenn der der beglaubigten Teilungserklärung zugrunde liegende vorläufige Plan mit dem behördlich anerkannten und zum Grundbuchvollzug eingereichten Aufteilungsplan identisch sei. Die Übereinstimmung beider Pläne sei dem Grundbuchamt nach § 29 GBO entweder durch Nachtragsbeurkundung oder durch Eigenerklärung des Notars aufgrund Bevollmächtigung in der Teilungserklärung nachzuweisen.

2. Die Entscheidungen des Grundbuchamts und des Landgerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Wohnungseigentum kann nur dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn neben dem Eintragungsantrag nach § 13 Abs. 1 GBO und der in der Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG enthaltenen Eintragungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers (§ 39 Abs. 1 GBO) dem Grundbuchamt die in § 8 Abs. 2 Satz 1, § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG genannten Anlagen vorliegen, nämlich ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung (BayObLGZ 1989, 447/449; BayObLG Rpfleger 1993, 335). Dabei sichert der Aufteilungsplan, der durch die Bezugnahme in der Teilungserklärung nach § 8 WEG auch zum Inhalt des Grundbuchs wird (§ 7 Abs. 3, 4 WEG), die sachenrechtliche Bestimmtheit (*Staudinger/Rapp* WEG § 7 Rdnr. 16; *Weitnauer* WEG, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 12 und 20; *von Oefele* in *Bauer/von Oefele* GBO AT V 219).

b) Nach herrschender und vom *Senat* geteilter Meinung erfordert es § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG nicht, dass schon bei der Niederschrift der Teilungserklärung der Aufteilungsplan als Anlage der unterschriftsbeglaubigten Erklärung angeheftet sein muss (vgl. DNotI-Report 1999, 17/18; a.A. *Staudinger/Rapp* § 7 Rdnr. 15). Vielmehr genügt es, dass der Aufteilungsplan bis zur Eintragung vorgelegt wird. Eine Mitausfertigung ist dann nicht zwingend erforderlich; wohl aber muss die Zusammengehörigkeit von Aufteilungsplan und Eintragungsbewilligung verdeutlicht werden (OLG Zweibrücken MittBayNot 1983, 242/243; offen gelassen OLG Karlsruhe ZMR 1993, 474/475).

c) Folgerichtig ist bei einer beglaubigten Teilungserklärung mit vorläufigem Aufteilungsplan eine Nachtragserklärung auf der Grundlage des baubehördlich bestätigten Aufteilungsplans nicht erforderlich, wenn die Pläne identisch sind (*von Oefele in Bauer/von Oefele AT V 221; F. Schmidt in Bärmann/Seuß Praxis des Wohnungseigentums*, 4. Aufl., A Rdnr. 206; a.A. *Staudinger/Rapp § 7 Rdnr. 15*).

d) Die Bestimmtheit des Grundbuchinhalts erfordert es jedoch, dass der zur Unterschriftsbeglaubigung vorliegende Entwurf des Aufteilungsplans völlig identisch ist mit der von der Baubehörde mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehenen Bauzeichnung (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG). Die Prüfung hat das Grundbuchamt grundsätzlich selbst vorzunehmen und kann dies in der Regel auch; denn sowohl bei dem als Anlage zur Teilungserklärung beglaubigten vorläufigen wie bei dem behördlich bestätigten Aufteilungsplan handelt es sich um öffentliche Urkunden im Sinn von § 29 GBO (*F. Schmidt in Bärmann/Seuß A Rdnr. 206*; vgl. auch DNotI-Report 1999, 19). Insoweit unterscheidet sich die Aufgabe des Grundbuchamts nicht wesentlich von der Pflicht, die Widerspruchsfreiheit von Bauzeichnungen zu überprüfen, die als Aufteilungsplan vorgelegt sind (vgl. BayObLG Rpfleger 1993, 335; *Demharter GBO*, 24. Aufl., Anh. § 3 Rdnr. 46; *Schöner/Stöber Grundbuchrecht*, 12. Aufl., Rdnr. 2856; *Weitnauer § 7 Rdnr. 20*).

e) Dieser Pflicht kann sich das Grundbuchamt nicht durch das Verlangen einer sogenannten Identitätserklärung durch den Notar entziehen. Die Identitätserklärung ist eine Wissensklärung (vgl. §§ 36, 37 BeurkG; dazu BayObLGZ 2001, 14/17 ff.) und entfaltet keine materiell-rechtliche Wirkung. Besteht kein Zweifel an der Identität, darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht von der Vorlage einer entsprechenden Erklärung abhängig machen (OLG Köln Rpfleger 1992, 153; *Demharter § 20 Rdnr. 32*). Andererseits hilft diese nicht weiter, wenn sich vorläufiger und amtlich bestätigter Aufteilungsplan widersprechen. Bestätigt der Notar die Übereinstimmung, entbände sie als bloß verfahrensrechtliche Erklärung das Grundbuchamt nicht von der Pflicht, selbst die Übereinstimmung zu prüfen (*Demharter § 20 Rdnr. 32*; a.A. LG Saarbrücken MittRhNotK 1997, 364). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Beteiligten dem Notar erteilten Vollmacht, nach erteilter Abgeschlossenheitsbescheinigung die Identität zu bestätigen. Ersichtlich dient die Vollmacht nur dazu, eine verfahrensrechtliche Erklärung abzugeben, sofern eine solche verlangt wird (siehe *F. Schmidt in Bärmann/Seuß A 206*), nicht aber bei unterschiedlichen Plänen materiell festzulegen, auf welcher Grundlage die Aufteilung in Wohnungseigentum vorgenommen werden soll.

f) Vorläufiger und amtlicher Aufteilungsplan weisen die erforderliche Identität in der Zuordnung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum nicht auf. Dies kann das Rechtsbeschwerdegericht jedenfalls in offensichtlichen Fällen wie hier selbst feststellen.

(1) Nach dem vorläufigen Aufteilungsplan steht die Garage mit ihren beiden Stellplätzen im Gemeinschaftseigentum, und jeder der beiden Stellplätze wird einem Wohnungseigentum zur Sondernutzung zugewiesen. Der bestätigte Plan bezeichnet demgegenüber an dieser Stelle nicht ein mit G gekennzeichnetes gemeinschaftliches Eigentum, sondern verweist mit den jeweils in der rechten und linken Garagenhälfte eingemerkten Nrn. 1 und 2 auf das Sondereigentum. Dies entspricht auch den Eintragungen in der Nord- und Südansicht des amtlichen Plans. Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 WEG gelten Garagenstellplätze als abgeschlossene Räume, wenn die Flächen durch dauerhafte Markierungen, wie etwa fest verankerte Begrenzungsschwellen oder Markierungssteine (*Niedenführ/*

*Schulze WEG* 6. Aufl. § 3 Rdnr. 18), ersichtlich sind. Ob solches gewollt ist, kann dem endgültigen Plan nicht entnommen werden. Im Vergleich zum vorläufigen Plan fehlt der Hinweis auf Gemeinschaftseigentum (G).

(2) Der vorläufige Aufteilungsplan enthält für den Spitzboden keine gesonderte Zuordnung. Auch wenn er nur über die Wohnung Nr. 2 zugänglich ist, steht er nicht zwingend in Sondereigentum (BayObLGZ 2001, 25/27). Nach der Teilungserklärung soll dem Sondereigentümer der Wohnung Nr. 2 das Sondernutzungsrecht an dem über seiner Wohnung gelegenen Spitzboden zustehen. Danach ist er Gemeinschaftseigentum. Der bestätigte Plan weist hingegen den Spitzboden als Teil der darunter liegenden Wohnung Nr. 2 und damit als Sondereigentum aus.

g) Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts kann deshalb keinen Bestand haben. Soweit sie als Mittel zur Beseitigung neben der Identitätserklärung des Notars die des Beteiligten in grundbuchmäßiger Form nennt, kann diese die Ungewissheit, in welchen Grenzen Wohnungseigentum entstehen soll, auch nicht beheben. Notwendig ist vielmehr ein Nachtrag zur Teilungserklärung (*von Oefele in Bauer/von Oefele AT V 221*). Allerdings kann er nicht in Form einer Zwischenverfügung verlangt werden, weil der Umfang der Wohnungseigentumsrechte nicht zweifelsfrei feststeht. Mit einer Zwischenverfügung kann nicht darauf hingewirkt werden, dass das einzutragende dingliche Recht erst inhaltlich bestimmt wird (BayObLGZ 1997, 282; *Demharter § 18 Rdnr. 6 und 32*).

#### Anmerkung:

Die vorliegende Entscheidung stellt – soweit ersichtlich – die erste höchstrichterliche Entscheidung zum Problem der sog. „Identitätserklärung“ dar.

Viele Grundbuchämter sind in der Vergangenheit dazu übergegangen, in den Fällen, in denen bei Wohnungseigentumsbegründung nicht unmittelbar auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung verwiesen, sondern ein vorläufiger Aufteilungsplan zugrunde gelegt wurde, generell eine sog. „Identitätserklärung“ zu verlangen. So war auch das Grundbuchamt Aschaffenburg in ständiger Übung der Auffassung, dass dieser Nachweis durch den Antragsteller zu erbringen ist, d.h. in einer Nachtragsurkunde ist die „Identität“ des Aufteilungsplanes mit den Plänen der Abgeschlossenheitsbescheinigung festzustellen. Wurde bei Wohnungseigentumsbegründung dem Notar eine entsprechende Vollmacht erteilt, begnügte sich das Grundbuchamt auch mit einer sog. „Identitätserklärung“ des Notars. In beiden Fällen fallen zusätzliche Notargebühren an. Außerdem trifft den Notar in jedem Fall das Haftungsrisiko, da er entweder die Identität bescheinigen oder die Erklärung der Beteiligten entwerfen muss.

Gem. § 7 Abs. 4 S. 1 WEG sind der Eintragungsbewilligung der Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde beizufügen. Obwohl § 7 Abs. 4 WEG den Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheitsbescheinigung als „Anlagen“ zur Eintragungsbewilligung bezeichnet, ist damit nicht eine „Anlage“ im beurkundungsrechtlichen Sinn gemeint, sondern die Miteinreichung beim Grundbuchamt zusammen mit der Eintragungsbewilligung als Einheit (*Schmidt, Münchner Vertragshandbuch*, 4. Aufl., Bd. IV 2. Halbband S. 244; DNotIR 1999, 17 f. (S. 18 Ziff. 2 mit zahlreichen weiteren Nachweisen), vgl. auch *Haegele, Grundbuchrecht*, 11. Aufl., Rdnr. 2853; jetzt *Schöner/Stöber*, 12. Auflage 2001, Anm. 2855).

Das Grundbuchamt berief sich lediglich auf *Haegele* a.a.O. Anm. 2853. Auch wenn das Werk in allen Fragen des Grund-

buchs zu Recht großes Ansehen genießt, ersetzt seine Meinung nicht die notwendige Rechtsgrundlage. Eine solche wird jedoch auch von *Haegeler* a.a.O. nicht genannt. Demgegenüber vertritt das Deutsche Notarinstitut in DNotIR 99, 17 ff. mit ausführlicher Begründung die Auffassung, dass das Grundbuchamt eine Identitätserklärung *nicht* verlangen kann. Vielmehr muss das Grundbuchamt die Übereinstimmung der erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigung mit dem Aufteilungsplan selbst prüfen. Dies ist dem Grundbuchamt auch allein mit öffentlichen Urkunden möglich, denn sowohl der als Anlage zur Teilungserklärung beurkundete vorläufige, wie der behördlich bestätigte Aufteilungsplan sind öffentliche Urkunden i.S.d. § 29 GBO. Deren Übereinstimmung kann und muss das Grundbuchamt auch im Rahmen der eingeschränkten Nachweismöglichkeit des § 29 GBO selbst prüfen (DNotI a.a.O. S. 19; auch *Schmidt* a.a.O. S. 244 ist der Auffassung, dass eine Identitätserklärung vom Grundbuchamt nicht verlangt werden kann).

Dieser vom Deutschen Notarinstitut vertretenen Auffassung schließt sich das Bayerische Oberste Landesgericht nunmehr an und hebt damit die gegenteiligen Entscheidungen des Grundbuchamtes und des LG Aschaffenburg auf. Das Gericht stellt ohne weiteres fest, dass bei einer beglaubigten Teilungserklärung mit vorläufigem Aufteilungsplan eine Nachtragserklärung auf der Grundlage des baubehördlich bestätigten Aufteilungsplanes nicht erforderlich ist, *wenn* die Pläne identisch sind. Auch eine sog. „Identitätserklärung“ der Beteiligten würde keine materiell-rechtliche Wirkung entfalten und das Grundbuchamt nicht von seiner Prüfungspflicht entbinden. Diese Prüfungspflicht kann auch ausgeübt werden, denn sowohl bei dem als Anlage zur Teilungserklärung beglaubigten vorläufigen, wie bei dem behördlich bestätigten Aufteilungsplan handelt es sich um öffentliche Urkunden im Sinne des § 29 GBO.

Trotzdem haben die Notare keinen Grund, über die Entscheidung erfreut zu sein. Denn im letzten Absatz stellt das Gericht fest, dass Abweichungen zwischen vorläufigem Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung zur Ungewissheit über den Inhalt des Wohnungseigentums führen und die Klarstellung in Form eines Nachtrags zur Teilungserklärung nicht durch Zwischenverfügung verlangt werden kann. Viele Grundbuchämter werden daraus den Schluss ziehen, dass sie in diesem Fall unmittelbar den Eintragungsantrag – kostenpflichtig – zurückweisen können oder müssen.

Für den Notar heißt dies grundsätzlich, dass er am Ende doch sorgfältig die Identität von vorläufigem Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung prüfen muss.

Natürlich wird es jedem Notar lieber sein, bereits beim Antrag auf Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung hinzugezogen zu werden, da er dann die typischen, leider sehr häufig vorkommenden Fehler der Bauämter (fehlende Ziffern in kleinen Räumen, Terrassen, Kfz-Stellplätze im Freien und in der Doppelgarage als Sondereigentum, Heizräume als Sondereigentum usw.) vermeiden hilft. Nach der Entscheidung des Gerichts muss der Notar aber selbst dann, wenn er zum Verfahren vor der Baubehörde nicht hinzugezogen wird, die Fehler, die er nicht zu verantworten hat, ausfindig machen und richtig stellen. Dabei besteht die Gefahr, dass die Beteiligten den Notar als denjenigen sehen, der die Schwierigkeiten macht. Die zur Vermeidung zusätzlichen Aufwands und Zeitverzuges durch eine Nachtragsbeurkundung von den Grundbuchämtern empfohlene Vollmacht für den Notar verbietet sich jedenfalls in den Fällen, in denen der Notar beim Antrag auf Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht mitwirkte, da sie für ihn mit einem erheblichen zusätzlichen Haftungsrisiko verbunden ist (so auch *Schöner/Stöber* a.a.O. Anm. 2855).

Der dem vorliegenden Fall zugrunde liegende Sachverhalt veranschaulicht dies exemplarisch: Am 11.5.2001 hat der Grundstückseigentümer sein Objekt in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt. Zur Beurkundung hat er die Baupläne mitgebracht, in denen die Zuordnung von Sondereigentum durch Kennzeichnung der entsprechenden Räume mit „1“ und „2“ vorgenommen wurde. Gleichzeitig hat der Eigentümer auf Nachfrage erklärt, dass er auch schon bei der Baubehörde war. Er war sich aber nicht sicher, ob bereits eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt. Später stellte sich heraus, dass diese bereits am 18.12.2000 erteilt worden war.

Dem Grundbuchamt wurde ohne weitere Prüfung die Wohnungseigentumsbegründung mit Aufteilungsplan, sowie der Abgeschlossenheitsbescheinigung mit Plänen vorgelegt. Mit Zwischenverfügung vom 25.6.2001 verlangte das Grundbuchamt die Abgabe einer sog. „Identitätserklärung“.

Bemerkenswert ist dabei, dass die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes die beiden jetzt vom Bayerischen Obersten Landesgericht festgestellten, offensichtlichen Abweichungen mit keinem Wort erwähnt. Diese waren zu diesem Zeitpunkt auch dem mit dem Vollzug betrauten Notar nicht bekannt, da sein Büro die Abgeschlossenheitsbescheinigung im Vertrauen auf ihre Richtigkeit ohne weitere Prüfung an das Grundbuchamt weitergeleitet hatte. Ein folgenschwerer Fehler – der noch weit größer geworden wäre, wenn der Notar dem Begehren des Grundbuchamtes nachgegeben hätte.

Symptomatisch sind auch die festgestellten Abweichungen: Die Baubehörde hat zum einen die beiden Garagenstellplätze zu Sondereigentum erklärt, obwohl diese nicht durch dauerhafte Markierung getrennt sind. Im vorläufigen Aufteilungsplan wurden sie deshalb zu Recht lediglich als Sondernutzungsrechte definiert. Zum anderen ist auch die von der Baubehörde vorgenommene Zuordnung des Spitzbodens zum Sondereigentum – für die das Bayerische Oberste Landesgericht eine gewisse Sympathie erkennen lässt – nicht vollziehbar, da in diesen Fällen das Grundbuchamt in ständiger Übung einen eigenen Grundrissplan für den Spitzboden verlangt. Ein solcher Grundrissplan war aber weder in den Bauplänen, noch in den der Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügten Plänen enthalten.

In diesen Fällen nützt deshalb auch die von *Wolfsteiner* in *Kersten/Bühling*, 21. Aufl. 2001, Anm. 41 M zu § 65 vorgeschlagene Ermächtigung des Notars nichts, „nach Vorliegen des mit dem Siegel der Baubehörde versehenen Aufteilungsplanes die Eintragungsbewilligung dahin zu ergänzen, dass sie auf den amtlichen Aufteilungsplan verweist“. Gleichwohl kommt diesem Vorschlag im Lichte der nun vorliegenden Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts erhebliche Bedeutung zu: nur durch eine entsprechende Bezeichnung kann der Notar verhindern, dass das Grundbuchamt Abweichungen zwischen vorläufigem und amtlichem Aufteilungsplan feststellt und den Eintragungsantrag kostenpflichtig zurückweist. Da sich nach Ausübung der Ermächtigung nunmehr die Eintragungsbewilligung nur noch auf den „amtlichen“ Plan bezieht, wird das Grundbuchamt von ihm angekommene Mängel dieses Planes durch Zwischenverfügung aufzeigen müssen.

Nachdem Diskussionen mit dem Grundbuchamt gerne mit dem Satz „das steht so im ‚Haegeler‘ ...“ enden, bleibt zu hoffen, dass *Schöner/Stöber* diese Anregung von *Wolfsteiner* aufgreifen und auf diese Weise die Problematik entschärfen.

Notar Dr. Thilo Morhard, Aschaffenburg

5. GBO § 39, ZVG §§ 128, 130 (*Eintragung von Grundschulden vor Eintragung des Zuschlagsbeschlusses im Grundbuch*)

1. **In dem Zeitraum zwischen dem Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren und der Eintragung des Zuschlagsbeschlusses im Grundbuch ist das Grundbuchamt nach § 39 GBO und § 130 Abs. 3 ZVG gehindert, durch den Ersteher bewilligte Grundpfandrechte im Grundbuch zu vollziehen.**
2. **§ 130 Abs. 3 ZVG soll verhindern, dass der Ersteher nach dem durch den Zuschlagsbeschluss erfolgten materiell-rechtlichen Eigentumserwerb den Rang und die Realisierbarkeit eventuell nach § 128 ZVG zu bestellender Sicherungshypotheken beeinträchtigt.**
3. **Das Grundbuchamt darf derartige Eintragungsanträge des Erstehers oder Dritter im Grundbuch nicht vollziehen, aber auch nicht zurückweisen oder eine Zwischenverfügung erlassen, sondern hat diese im Verfahren solange nicht zu behandeln, bis ein nach § 130 Abs. 1 gestelltes Ersuchen des Vollstreckungsgerichts im Grundbuch vollzogen ist.**

(*Leitsätze nicht amtlich*)

Landgericht Gera, Beschluss vom 19.3.2002 – 5 T 65/01 –, mitgeteilt von *Johannes Holzer*, Richter am LG

*Zum Sachverhalt:*

In dem Versteigerungsverfahren zur Aufhebung der Erbengemeinschaft wurde der Versteigerungsvermerk 1997 in das Grundbuch eingetragen. Den Zuschlag erhielt am 30.6.1998 der Beteiligte. Der Zuschlagsbeschluss wurde rechtskräftig.

Am 6.8.1998 bestellte der Beteiligte zugunsten der A-GmbH zwei Briefgrundschulden. Die A-GmbH beantragte die Eintragung der Grundschulden und wies unter Vorlage einer Kopie des Zuschlagsbeschlusses unter Bezugnahme auf § 130 Abs. 3 ZVG darauf hin, dass der Grundschuldbesteller Eigentümer des Grundstücks geworden sei. Die Grundschulden wurden am 21.8. und 2.9.1998 unter lfd. Nrn. 1 und 2 eingetragen.

Die A-GmbH trat die Grundschulden mit notariell beglaubigter Erklärung vom 25.8. und 9.9.1998 an die Beschwerdeführerin ab. Die Abtretungen wurden am 28.4.2000 in das Grundbuch eingetragen.

Am 20.4.2000 ging bei dem Grundbuchamt das Ersuchen des Vollstreckungsgerichts ein, in dem um die Eintragung des Erstehers als Eigentümer sowie die Eintragung diverser Sicherungshypotheken gebeten wurde. Diese wurden eingetragen. Entgegen dem Ersuchen erfolgte die Eintragung nicht unmittelbar im Anschluss an etwa bestehen gebliebene Rechte, sondern im Nachrang zu den unter lfd. Nrn. 1 und 2 eingetragenen Grundschulden.

Am 17.10.2000 wurden zugunsten der Gläubiger aller Sicherungshypotheken Amtswidersprüche hinsichtlich der Rangrichtigkeit der Grundschulden in das Grundbuch eingetragen. Das Grundbuchamt ging davon aus, dass die Grundschulden entgegen der Bestimmung des § 130 Abs. 3 ZVG in nicht zulässiger Weise eingetragen worden seien.

Gegen die Eintragung dieser Widersprüche wurde Beschwerde eingelegt. Die Beschwerdeführerin meint, dass sie die ihr abgetretenen Grundschulden mit dem Erstrang gutgläubig erworben habe. Das Grundbuch sei deshalb trotz einer möglichen Gesetzesverletzung nicht materiell unrichtig geworden. Das Grundbuchamt habe aus diesem Grunde die Amtswidersprüche nicht eintragen dürfen, so dass sie wieder zu löschen seien.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

(...)

II. 2. b. Das Grundbuchamt hat die verfahrensgegenständlichen Amtswidersprüche zu Unrecht eingetragen.

Die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist nur dann zulässig, wenn eine Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde und dadurch das Grundbuch unrichtig geworden ist. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben, weil das Grundbuchamt zwar bei der Eintragung der zu Gunsten der A-GmbH bestellten Grundschulden gesetzliche Vorschriften missachtet hat (dazu unter aa.), das Grundbuch zum Zeitpunkt der Eintragung des Widerspruchs aber richtig war (dazu unter bb.).

aa. Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung der verfahrensgegenständlichen Grundschulden gesetzliche Vorschriften verletzt, weil sowohl gegen § 39 GBO als auch gegen § 130 Abs. 3 ZVG verstoßen wurde.

Der Beteiligte hat im Zwangsversteigerungsverfahren das Eigentum gem. §§ 89, 90 Abs. 1 ZVG mit der Verkündung des Zuschlags am 30.6.1998 erworben. Der Eigentumserwerb erfolgte außerhalb des Grundbuchs und wurde erst durch seine – berichtigende – Eintragung aufgrund des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts am 28.4.2000 nachvollzogen.

In der zwischen der Erteilung des Zuschlags und seiner Eintragung liegenden Zeit war zwar der Beteiligte materiell-rechtlich Eigentümer des Grundstücks. Das Grundbuchamt war jedoch an der Eintragung der Grundschulden bereits durch den Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO gehindert (*Meyer-Stolte*, Rpfleger 1983, 240, 241). Die Bestimmung stellt zwar nur eine Ordnungsvorschrift dar. Sie soll jedoch erreichen, dass das Grundbuch in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben wird und muss deshalb durch das Grundbuchamt stets beachtet werden (*Demharter* § 39 Rdnr. 1). Eine Nichtbeachtung des § 39 GBO ist somit als Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO anzusehen.

Das Grundbuchamt hat ferner § 130 Abs. 3 ZVG nicht beachtet. Nach dieser Bestimmung darf eine Eintragung eines Rechts, das der Ersteher an dem Zuschlagsgrundstück bewilligt hat, vor der Erledigung des Eintragungsersuchens des Vollstreckungsgerichts (gem. § 130 Abs. 1 ZVG) nicht im Grundbuch vollzogen werden. Der Sache nach handelt es sich um eine spezielle Ausprägung des § 39 GBO für den Zeitraum zwischen der Zuschlagserteilung und deren berichtigendem Nachvollzug im Grundbuch. Die Bestimmung soll verhindern, dass der Ersteher nach dem materiell-rechtlichen Erwerb des Eigentums durch den Zuschlagsbeschluss Grundpfandrechte bestellt und dadurch den Rang und die Realisierbarkeit eventueller nach § 128 ZVG zu bestellender Sicherungshypotheken beeinträchtigt (*Meyer-Stolte*, Rpfleger 1983, 240, 241). Das Grundbuchamt darf deshalb Eintragungsanträge des Erstehers oder Dritter nicht vollziehen, aber auch nicht zurückweisen oder eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO erlassen. Es ist vielmehr gehalten, solche Anträge solange verfahrensmäßig nicht zu behandeln, bis ein nach § 130 Abs. 1 ZVG gestelltes Ersuchen des Vollstreckungsgerichts im Grundbuch vollzogen ist (hierzu *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1983, 240, 241; *Schiffhauer*, Rpfleger 1979, 353).

Auch diese Bestimmung wurde nicht beachtet: Die Eintragung der Grundschulden erfolgte am 21.8.1998 und 2.9.1998, die Eintragung des Ersuchens des Vollstreckungsgerichts aber erst am 18.4.2000.

Ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften i.S.d. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist deshalb zu bejahen.

bb. Die Eintragung des Amtswiderspruchs erfolgte gleichwohl zu Unrecht.

§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO hat, wie bereits eingangs dargestellt, zur weiteren Voraussetzung, dass das Grundbuch auch materiell i.S.d. § 894 BGB unrichtig ist, weil nur ein mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmender Buchinhalt bei einem gutgläubigen Rechtserwerb zu Schäden und damit zu einer Haftung des Staates führen kann. Nur davor soll aber die Eintragung des Amtswiderspruchs schützen.

Entgegen der Auffassung des Grundbuchamts war das Grundbuch zum Zeitpunkt der Eintragung der Amtswidersprüche nicht unrichtig. Der gutgläubige Erwerb der Grundschulden durch die Beschwerdeführerin (§ 892 Abs. 1 BGB) hat vielmehr dazu geführt, dass das Grundbuch zum Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruches richtig war.

Die Grundschulden sind trotz des Verstoßes gegen § 39 GBO und § 130 Abs. 3 ZVG materiell-rechtlich entstanden. § 39 GBO stellt lediglich eine Ordnungsvorschrift dar, die zwar von dem Grundbuchamt zwingend zu beachten ist. Eine Nichtbeachtung der Vorschrift führt jedoch zu einem wirksamen Rechtserwerb (*Demharter* § 39 Rdnr. 1).

Gleiches gilt für den Verstoß gegen § 130 Abs. 3 ZVG: Die Bestimmung beinhaltet lediglich ein relatives Verfügungsverbot gegenüber den durch sie geschützten Voreigentümern – hier die Beteiligten zu 3. und 4. Das hat zur Folge, dass nach dem Zuschlag, aber vor der Eintragung des Erwerbers eingetragene Grundpfandrechte wirksam entstehen. Ob sie den mit dem Ersuchen gem. § 130 Abs. 1 ZVG nach § 128 ZVG eingetragenen Sicherungshypothesen im Rang vorgehen (so *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1983, 240, 241; *Hornung*, Rpfleger 1980, 249, 252), kann vorliegend offen bleiben, weil der Rang jedenfalls so im Grundbuch verlaubar wurde und von der Beschwerdeführerin gutgläubig gem. § 892 Abs. 1 BGB erworben wurde.

Die Beschwerdeführerin hat einen gutgläubigen Erwerb behauptet. Nähere Darlegungen hierzu sind im Verfahren nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht erforderlich, es sei denn, dass eine Bösgläubigkeit mit Sicherheit feststeht (BayObLG MittBayNot 1991, 79, 80). Das ist aber ausweislich des Akteninhalts nicht der Fall. Die Beschwerdeführerin konnte sich deshalb auf die Richtigkeit des Grundbuchs auch hinsichtlich des eingetragenen Ranges verlassen und hat die Grundschulden durch die Abtretung mit den im Grundbuch eingetragenen Rangverhältnissen erworben.

Eine materiell-rechtliche Unrichtigkeit bestand mithin nicht, so dass das Grundbuch richtig war und die Amtswidersprüche nicht eingetragen werden durften.

Das Grundbuchamt war aus diesem Grunde anzuweisen, die eingetragenen Amtswidersprüche zu löschen.

#### Anmerkung:

So einfach geht es natürlich nicht. Es ist keineswegs richtig, dass der Rang der Grundschulden vor den Sicherungshypothesen aus der Zwangsversteigerung von der Zessionarin „gutgläubig gem. § 892 Abs. 1 BGB erworben wurde“.

Wenn der Ersteher sein Meistgebot im Verteilungstermin (§ 49 Abs. 1, § 107 Abs. 2 ZVG) nicht zahlt, haben die Beteiligten Befriedigung aus der Forderung gegen ihn zu suchen. Das Vollstreckungsgericht erzwingt die Erfüllung der Zahlungspflicht des Erstehers nicht; die Berechtigten haben die Forderung gegen ihn selbst geltend zu machen. Diese gebührt als Ersatz für das versteigerte Grundstück allerdings zunächst dem Eigentümer bei Zuschlag; sie ist (wie vordem das Grundstück) beschlagnahmt, als Verwertungserlös somit der staatlichen Zwangsgewalt, oder einfacher, der Erlösverteilung

durch das Vollstreckungsgericht (§§ 105 ff. ZVG) unterstellt. Gläubiger eines Rechts auf Befriedigung aus dem Grundstück (§ 10 ZVG) können sie gegen den Ersteher daher nur geltend machen, wenn (und soweit) sie ihnen zugewiesen ist. Dies erfolgt mit Überweisung in Ausführung des Teilungsplans durch gerichtlichen Beschluss (§ 118 Abs. 1 ZVG). Für einen Erlösüberschuss, der nach Deckung aller Gläubigeransprüche (insbesondere in der Auseinandersetzungsversteigerung zur Teilung, § 753 Abs. 1 BGB) unverteilt bleibt, enden mit Ausführung des Teilungsplans die Beschlagnahmewirkungen. Ihn kann damit fortan der berechnete Eigentümer bei Zuschlag selbst geltend machen. Zur Sicherung der Ansprüche, die aus übertragenen Forderungen zu befriedigen sind, und zur Sicherung des dem Grundstückseigentümer bei Zuschlag verbleibenden Erlösüberschusses werden an dem versteigerten Grundstück Sicherungshypothesen eingetragen (§ 128 Abs. 1 und 2 ZVG). Deren Eintragung hat das Vollstreckungsgericht zu veranlassen (§ 130 Abs. 1 ZVG). Den Sicherungshypothesen der am Grundstück Berechtigten gebührt der Rang ihrer Ansprüche (§ 128 Abs. 1, §§ 10–12 ZVG), der Sicherungshypothek des (vormaligen) Eigentümers sodann nächstfolgende Rangstelle. Die Sicherungshypothesen entstehen mit der Grundbucheintragung (§ 128 Abs. 3 S. 1 ZVG). Erst dann, damit im Rang nach all diesen Sicherungshypothesen, dürfen Rechte an dem versteigerten Grundstück eingetragen werden, die der Ersteher bewilligt hat (§ 130 Abs. 3 ZVG). Geht der Antrag auf Eintragung eines vom Ersteher bewilligten Rechts nach dem Eintragungsersuchen des Vollstreckungsgerichts beim Grundbuchamt ein, dann gewährleistet bereits § 17 GBO nachrangige (§ 45 Abs. 1 GBO) Erledigung. Das will § 130 Abs. 3 ZVG nicht nochmals regeln. Die Bestimmung legt vielmehr fest, dass der Ersteher, bevor er als Eigentümer eingetragen ist, bereits die Eintragung eines Rechts an dem versteigerten Grundstück bewilligen kann, dass jedoch „durch eine derartige Bewilligung die Rangordnung der auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Rechte nicht gestört werden darf“ (hierwegen zur Entstehungsgeschichte *Jaeckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl. 1937, Rdnr. 15 zu §§ 130, 131). Damit wird gewährleistet, dass frühzeitig vom Ersteher bewilligte „neu einzutragende Rechte ihre Rangstelle hinter den nach § 130 Abs. 1 ZVG einzutragenden Sicherungshypothesen finden“ (*Jaeckel/Güthe* a.a.O.).

Eine vom Ersteher bewilligte Eintragung eines Rechts an dem versteigerten Grundstück, die unter Verstoß gegen § 130 Abs. 3 ZVG vor Erledigung des Eintragungsersuchens des Vollstreckungsgerichts erfolgt ist, ist nicht nichtig. Die Berechtigten der Forderung gegen den Ersteher und des Erlösüberschusses können dann, weil der Versteigerungsvermerk noch eingetragen ist, nach ganz allgemeiner und zutreffender Ansicht aber beanspruchen, dass ihre Sicherungshypothesen den Vorrang vor dem verbotswidrig eingetragenen Recht erhalten (*Dassler/Schiffhauer*, ZVG, 12. Aufl. 1991, Rdnr. 31 zu § 130; *Jaeckel/Güthe* a.a.O.; *Korintenberg/Wenz*, 6. Aufl. 1935, Anm. 6 zu § 130). Damit ist schon zum Ausdruck gebracht, dass ein vom Ersteher bewilligtes Recht mit Eintragung unter Verstoß gegen § 130 Abs. 3 ZVG durch gutgläubigen Erwerb (§ 892 BGB) Rang vor den auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts einzutragenden Sicherungshypothesen nicht erlangen kann. Gutgläubigen Erwerb kann § 892 BGB überdies nicht ermöglichen, weil der Ersteher erst bei Erledigung des Grundbuchsersuchens des Vollstreckungsgerichts als Grundstückseigentümer eingetragen wird (§ 130 Abs. 1 ZVG). Bis dahin garantiert das Grundbuch gutgläubigen Erwerb nicht; es verlaubar nicht, dass der durch den Zuschlagsbeschluss legitimierte Ersteher (wie im Fall des LG Gera) Eigentümer des Grundstücks frei von Sicherungshypo-

thehen für die Forderung aus dem übertragenen oder freigestellten Meistgebot ist.

Aber auch mit Abtretung kann eine unter Verstoß gegen § 130 Abs. 3 ZVG eingetragene Grundschuld gutgläubig nicht mit Rang vor den erst noch einzutragenden Sicherungshypotheken aus der Zwangsversteigerung erworben werden. Berechtigter dieser wirksam entstandenen Grundschuld ist zwar der eingetragene (und durch Briefbesitz ausgewiesene) Gläubiger. Aber es ist bei Abtretung im Grundbuch (entgegen der Behauptung des LG Gera) nicht eingetragen, dass sie Rang vor den erst später einzutragenden Sicherungshypotheken aus der Zwangsversteigerung hat. Der Zwangsversteigerungsvermerk, der bei Zession noch eingetragen ist, weist vielmehr das Gegenteil aus. Dieser macht nicht nur das mit der Beschlagnahme bewirkte Verfügungsverbot des schuldnerischen Grundstückseigentümers (§ 23 Abs. 1 S. 1 ZVG; § 892 Abs. 1 S. 2 BGB) grundbuchersichtlich. Er sichert auch die Verfahrensdurchführung mit Versteigerung des Grundstücks und Zuteilung des Verwertungserlöses an die Berechtigten in Ausführung staatlicher Zwangsgewalt nach den vollstreckungsrechtlichen Verfahrensvorschriften, damit auch die rangrichtige Eintragung von Sicherungshypotheken auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts. Der Grundbuchinhalt, der einen Vorrang des unter Verstoß gegen § 130 Abs. 3 ZVG eingetragenen Grundpfandrechts vor Sicherungshypotheken für Forderungen aus dem übertragenen oder freigestellten Meistgebot somit nicht ausweist, kann einem Zessionar gutgläubigen Erwerb des Rangs vor den Sicherungshypotheken nach § 892 Abs. 1 BGB auch nicht gewährleisten.

Auf diese Bedeutung des Zwangsversteigerungsvermerks hat das Reichsgericht sich bereits im Jahre 1911 (RGZ 76, 373 [376 ff.]) gestützt. In seinem Fall war die mit dem Zuschlag erloschene (§ 91 Abs. 1 ZVG) Hypothek abgetreten worden, richtigerweise somit der an ihre Stelle getretene Gläubigeranspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös. Gegen einen „Erwerb (der noch nicht gelöschten Hypothek) in gutem Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs nach Maßgabe des § 892 BGB“ hat das RG sich ausgesprochen, weil der (richtigerweise) abgetretene Erlösanspruch kein Recht an einem Grundstück ist, auf ihn § 892 BGB somit keine Anwendung findet. Es führt dazu aus (RGZ 76, 377/378):

„Allerdings bleibt die Hypothek auch nach dem Zuschlag vorläufig im Grundbuch eingetragen, bis sie auf Ersuchen des Vollstreckungsgerichts (§ 130 ZwVG) gelöscht wird. Aber dieser Eintragung ist durch die reichsgesetzliche Sonderbestimmung, daß die nicht in das geringste Gebot fallenden Rechte durch den Zuschlag erlöschen, die rechtliche Bedeutung als Hypothek genommen. Das muß auch derjenige, welcher nach dem Zuschlag etwa die Eintragung eines Rechts an der Hypothek erlangt, oder im Falle einer Briefhypothek den Hypothekenbrief zwecks Übertragung der Hypothek übergeben erhält ... gegen sich gelten lassen, da das Grundbuch ... durch den Versteigerungsvermerk auf die Möglichkeit der Erlöschung der Hypothek infolge Zuschlags hinweist...“

Das Schrifttum sieht das nach wie vor so (BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl. 1979, Rdnr. 20; MünchKomm/Wacke, Rdnr. 24; Staudinger/Gursky, 13. Aufl. 1996, Rdnr. 50, je zu § 892). Anders ist das natürlich, wenn der Zwangsversteigerungsvermerk im Grundbuch nicht eingetragen oder bereits wieder gelöscht ist. Löschung war in dem vom LG Gera entschiedenen Fall schließlich (nach der Abtretung) erfolgt. Zum Schutz vor Rechtsverlust mit weiterer Verfügung über die Grundschulden hätte der Widerspruch daher erhalten bleiben müssen.

Dem Notar macht der Fall erkennbar, dass bei Verfügung des Erstehers vor Löschung des Versteigerungsvermerks größte Vorsicht geboten ist. Mit Eintragung von Sicherungshypotheken für übertragene Forderungen gegen den Ersteher können sich vorrangige Rechte ergeben. Auch wenn der Ersteher sein Meistgebot (voll) zahlt, kann es für einen (ungewissen oder bedingten) Zuzahlungsbetrag (§§ 50, 51 ZVG) zur Eintragung rangbesserer Sicherungshypotheken kommen (§§ 125, 128 Abs. 1 und 2, § 130 Abs. 1 ZVG). Überdies kann ein nach dem Zuschlagsbeschluss erloschenes Grundstücksrecht (§ 91 Abs. 1 ZVG) infolge Liegenbelassungsvereinbarung doch noch (mit bisherigem Rang) bestehen bleiben (§ 91 Abs. 2 ZVG). Für Rechte, deren Eintragung der Ersteher bereits vor Eintragung als Eigentümer bewilligt (§ 130 Abs. 3 ZVG), etwa ein Finanzierungsgrundpfandrecht, ist eine (uneingeschränkte) Notarbestätigung daher mehr als außerordentlich riskant, damit unvertretbar.

Regierungsdirektor a.D. Kurt Stöber, Rothenburg o. d.T.

6. BGB §§ 242, 1601, 1603 Abs. 1 (*Umfang des Elternunterhalts*)

- a) **Zur Verwirkung rückständigen Elternunterhalts (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 103, 62).**
- b) **Zur Höhe des eigenen angemessenen Unterhalts bei Unterhaltsansprüchen von Eltern gegen ihre erwachsenen Kinder (im Anschluss an Senatsurteil vom 26.2.1992 – XII ZR 93/91 – FamRZ 1992, 795).**
- c) **Zur Frage des Einsatzes von Vermögen zur Befriedigung des Elternunterhalts.**

BGH, Urteil vom 23.10.2002 – XII ZR 266/99 –, mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Der Kläger macht als Träger der Sozialhilfe aus übergegangenem Recht Ansprüche auf Elternunterhalt geltend.

Der Vater und die Mutter des Beklagten lebten seit Juli 1990 in einem Altenheim. Ihre Einkünfte und ihr Vermögen reichten bis Ende Januar 1995 zur Bestreitung der Heimkosten aus. Mit Bescheiden vom 13.3.1995 zeigte der Kläger den Eltern des Beklagten an, dass er die nicht durch deren Einkommen gedeckten Kosten des Heimaufenthalts ab 1.2.1995 als Hilfe zur Pflege gemäß §§ 68, 97, 100 BSHG nach Stufe III der Pflegesatzvereinbarung übernehme. Mit Rechtswahrungs- und Überleitungsmitteilung des Klägers vom 13.3.1995 wurde der Beklagte über diesen Sachverhalt unterrichtet. Zugleich wurde ihm bekannt gegeben, dass etwaige Unterhaltsansprüche seiner Eltern gegen ihn auf das Land Rheinland-Pfalz übergängen. Mit Schreiben vom 30.7.1997 wurde dem Beklagten die Höhe des zu zahlenden Unterhalts bekannt gegeben.

Der Beklagte ist seit dem 1.5.1995 Rentner. Vorher war er arbeitslos, bezog aber nur bis etwa Ende April 1994 Arbeitslosengeld.

Mit der vorliegenden Klage, der ein Ende November eingeleitetes Mahnverfahren vorausging, hat der Kläger – nach teilweiser Klagerücknahme – Unterhaltsansprüche in Höhe von insgesamt 83.799,46 DM geltend gemacht. Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der Beklagte sei aufgrund seines Vermögens von rund 300.000 DM, das er zusätzlich zu einer – zeitweise vermieteten – Eigentumswohnung besitze, in der Lage, in der geltend gemachten Höhe Unterhalt für seine Eltern zu leisten.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht (NJW-RR 2000, 293 ff.) das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und den Beklagten verurteilt, an den Kläger 76.072,98 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen. Im Übrigen

hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf vollständige Klageabweisung weiter.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist. Die Berufung des Klägers ist wegen eines weiteren Betrages von 16.041,36 DM zuzüglich Zinsen zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

1. a) Das Berufungsgericht hat (...) den vom Beklagten erhobenen Einwand der Verwirkung für nicht durchgreifend erachtet. (...)

b) Diese Beurteilung hält, wie die Revision zu Recht rügt, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Eine Verwirkung kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass dieser sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Insofern gilt für Unterhaltsrückstände, die allein Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind, nichts anderes als für andere in der Vergangenheit fällig gewordene Ansprüche (Senatsurteil BGHZ 84, 280, 281). Vielmehr spricht gerade bei derartigen Ansprüchen vieles dafür, an das sogenannte Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen. Nach § 1613 Abs. 1 BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit ohnehin nur ausnahmsweise gefordert werden. Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, muss eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Andernfalls können Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen. Abgesehen davon sind im Unterhaltsrechtsstreit die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Parteien nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar. Diese Gründe, die eine möglichst zeitnahe Geltendmachung von Unterhalt nahelegen, sind so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen. Denn nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1585 b Abs. 3, 1613 Abs. 2 Nr. 1 BGB verdient der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes bei Unterhaltsrückständen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit besondere Beachtung. Diesem Rechtsgedanken kann im Rahmen der Bemessung des Zeitmoments in der Weise Rechnung getragen werden, dass das Verstreichenlassen einer Frist von mehr als einem Jahr ausreichen kann (Senatsurteil BGHZ 103, 62, 68 ff.). Das hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt, wenngleich es die Frage, ob im vorliegenden Fall das Zeitmoment der Verwirkung erfüllt ist, letztlich offengelassen hat.

bb) Diese Frage ist für die geltend gemachten Unterhaltsrückstände nicht einheitlich zu beantworten. Da ein Unterhaltsanspruch nicht verwirkt sein kann, bevor er überhaupt fällig geworden ist, müssen die in Rede stehenden Zeitabschnitte insofern gesondert betrachtet werden. Dabei ergibt sich, dass der letzte für den Vater des Beklagten begehrte Unterhaltsbetrag für den Teilmonat Januar 1996 seit ca. 15 Monaten einforderbar war, als der Kläger mit Schreiben vom 2.4.1997 erstmals nach der Rechtswahrungsanzeige vom 13.3.1995 dem Beklagten gegenüber wieder tätig wurde und

ergänzende Auskunft über dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse begehrte. Nachdem der Beklagte dem entsprochen hatte, verstrichen mehr als zwei Monate, bevor ihm die Höhe des geforderten Unterhalts mitgeteilt wurde. Ende November 1997 beantragte der Kläger den Erlass eines Mahnbescheids. Bei dieser Sachlage ist hinsichtlich des für den Vater geltend gemachten Unterhaltsrückstandes das Zeitmoment insgesamt erfüllt. Was den für die Mutter des Beklagten begehrten Unterhalt anbelangt, war die für März 1996 beanspruchte Unterhaltsrate Anfang April 1997 seit mehr als einem Jahr fällig, so dass bei einer Gesamtwürdigung der Umstände wegen der noch im Streit befindlichen Zeit vom 14.3.1995 (Zugang der Rechtswahrungsanzeige) bis zum 31.3.1996 von einer illoyal verspäteten Rechtsausübung auszugehen ist, im Übrigen dagegen nicht.

Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Unterhaltsansprüche nicht von den Eltern des Beklagten selbst, sondern von dem Kläger aus übergegangenem Recht geltend gemacht werden. Denn durch den gesetzlichen Übergang von Unterhaltsansprüchen wird deren Natur, Inhalt und Umfang nicht verändert (*Lohmann*, Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Familienrecht, 8. Aufl., Rdnr. 370; *Staudinger/Engler* BGB, 13. Bearb. Juli 2000, Vorbem. zu §§ 1601 ff. Rdnr. 77; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 771, 772; vgl. auch Senatsurteil vom 3.12.1980 – IVb ZR 537/80 – FamRZ 1981, 250, 252 zu der auch gegenüber dem Träger von Ausbildungsförderung nach der Überleitung von Unterhaltsansprüchen wirksamen Unterhaltsbestimmung nach § 1612 Abs. 2 BGB). Deshalb ist es nicht von Bedeutung, dass der Kläger – anders als die ursprünglichen Unterhaltsgläubiger – nicht lebensnotwendig auf die Realisierung der Forderungen angewiesen ist. Er war aufgrund der Rechtsnatur der Ansprüche gehalten, sich um deren zeitnahe Durchsetzung zu bemühen.

cc) Neben dem Zeitmoment kommt es für die Verwirkung auf das sogenannte Umstandsmoment an, d.h. es müssen besondere Umstände hinzutreten, aufgrund derer der Unterhaltsverpflichtete sich nach Treu und Glauben darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass der Unterhaltsberechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde (Senatsurteil BGHZ 103 a.a.O. S. 70). Das Berufungsgericht hat solche Umstände insbesondere deshalb nicht festzustellen vermocht, weil der Beklagte seine Lebensführung in der Erwartung der unterbleibenden Inanspruchnahme nicht anders gestaltet habe; durch eventuell teilweise entfallende Steuervorteile werde er nicht besonders schwer getroffen. Diese trichterliche Würdigung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht vermisst letztlich konkrete „Vertrauensinvestitionen“ des Beklagten und stellt darauf ab, ob er durch die späte Inanspruchnahme besondere Nachteile erlitten hat. Damit werden die an das Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen überspannt. Erfahrungsgemäß pflegt ein Unterhaltsverpflichteter, der in ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen wie der Beklagte lebt, seine Lebensführung an die ihm zur Verfügung stehenden Einkünfte anzupassen (vgl. Senatsurteil BGHZ 103 a.a.O.). Dafür, dass es im Fall des Beklagten anders war, fehlt jeder Anhaltspunkt. Vielmehr entspricht es der Lebenserfahrung, dass er nach etwa einjähriger Arbeitslosigkeit, während der ihm – nachdem der Bezug von Arbeitslosengeld ausgelaufen war – keine Arbeitslosenhilfe gewährt wurde, weshalb er nur über relativ geringe Einkünfte aus der Vermietung seiner Eigentumswohnung und den Zinserträgen seines Sparvermögens verfügte, ab Beginn der Rentenzahlungen Anfang Mai 1995 einen „Nachholbedarf“ hatte und seine Einkünfte auch dafür einsetzte. Deshalb müsste der Beklagte bei einer Unterhaltsnachforderung für den gesamten

noch im Streit befindlichen Zeitraum in erheblich weiterem Umfang auf seine Ersparnisse zurückgreifen als das Berufungsgericht ihm dies angesonnen hat. Damit brauchte er nach Treu und Glauben indessen nicht zu rechnen.

Der Kläger hatte den Beklagten durch Rechtswahrungsmitteilung vom 13.3.1995 zeitnah von der Sozialhilfegewährung für seine Eltern unterrichtet und unter Fristsetzung von vier Wochen zur Auskunftserteilung über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse aufgefordert. Diesem Begehren hat der Beklagte mit Schreiben vom 20.5.1995 entsprochen. In der Folgezeit konnte er davon ausgehen, dass seine Angaben geprüft und ihm das Ergebnis dieser Prüfung mitgeteilt werden würde, und zwar entweder, indem der Kläger weitere Angaben und Belege verlangte oder indem er ihm die Höhe der Inanspruchnahme bekannt gab. Tatsächlich blieb der Kläger untätig. Er erteilte dem Beklagten auch keinen Zwischenbescheid etwa des Inhalts, dass eine Überprüfung noch nicht habe erfolgen können bzw. noch andauere. An dieser Untätigkeit änderte sich auch nichts, nachdem der Vater des Beklagten Anfang Januar 1996 verstorben war, so dass hinsichtlich der für diesen gewährten Sozialhilfeleistungen eine Gesamtabrechnung hätte vorgenommen werden können. Auch nach der zum 31.12.1996 erfolgten Einstellung der Sozialhilfeleistungen für die Mutter erfolgte weder eine insofern nunmehr ebenfalls mögliche Gesamtberechnung noch eine sonstige Reaktion des Klägers, obwohl sich der Gesamtbetrag der gewährten Hilfeleistung auf über 80.000 DM belief. Bei dieser Sachlage konnte der Beklagte davon ausgehen, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden.

dd) Der Geltendmachung der noch im Streit befindlichen Unterhaltsansprüche seines Vaters steht mithin der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. (...)

3. Unterhaltspflichtig ist allerdings nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 Abs. 1 BGB).

a) Das Berufungsgericht hat den Beklagten im Jahr 1996 in Höhe von monatlich 2.513 DM für leistungsfähig gehalten. (...)

b) Gegen diese Einschätzung wendet sich die Revision zu Recht.

§ 1603 Abs. 1 BGB gewährleistet jedem Unterhaltspflichtigen vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts; ihm sollen grundsätzlich die Mittel verbleiben, die er zur angemessenen Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt (Senatsurteil vom 26.2.1992 – XII ZR 93/91 – FamRZ 1992, 795, 797 und vom 7.12.1988 – IVb ZR 15/88 – FamRZ 1989, 272 m.w.N.). In welcher Höhe dieser Bedarf des Verpflichteten zu bemessen ist, obliegt der tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls. Das dabei gewonnene Ergebnis ist revisionsrechtlich jedoch darauf zu überprüfen, ob es den anzuwendenden Rechtsgrundsätzen Rechnung trägt und angemessen ist (vgl. Senatsurteil vom 27.4.1983 – IVb ZR 372/81 – FamRZ 1983, 678 und vom 6.11.1985 – IVb ZR 45/84 – FamRZ 1986, 151). Das ist hier nicht der Fall.

c) Das Berufungsgericht geht zwar im Ansatz zutreffend davon aus, dass dem in den Unterhaltstabellen angesetzten Selbstbehalt eines Unterhaltsverpflichteten gegenüber einem volljährigen Kind andere Lebensverhältnisse zugrunde liegen als im vorliegenden Fall zu beurteilen sind. Eltern müssen regelmäßig damit rechnen, ihren Kindern auch über die Vollen- dung des 18. Lebensjahres hinaus zu Unterhaltsleistungen

verpflichtet zu sein, bis diese eine – nicht selten lang- jährige – Berufsausbildung abgeschlossen haben und wirtschaftlich selbstständig sind. Mit einer solchen, der natür- lichen Generationenfolge entsprechenden Entwicklung kann indessen nicht der Fall gleichgestellt werden, dass Eltern nach ihrem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben ihre Kinder auf Unterhalt für ihren notwendigen Lebensbedarf in Anspruch nehmen müssen. Der Senat hat deshalb die Auffassung gebil- ligt, dass der angemessene Selbstbehalt, der einem Verpflich- teten bei durchschnittlichen Einkommensverhältnissen ge- genüber dem Unterhaltsbegehren eines volljährigen Kindes als Mindestbetrag gewährt wird, um einen maßvollen Zu- schlag erhöht wird, wenn das Unterhaltsbegehren anderer Verwandter – wie hier der Eltern – zu beurteilen ist (Senatsur- teil vom 26.2.1992 a.a.O. S. 797).

Ein solcher Zuschlag kann aber nicht für alle Verhältnisse gleich bemessen werden. Denn es entspricht der Erfahrung, dass die Lebensführung an die zur Verfügung stehenden Mit- tel angepasst wird, bei durchschnittlichen Einkommensver- hältnissen also ein einfacherer Lebensstandard anzutreffen ist als bei gehobeneren und gehobenen Einkommensverhältnis- sen. Diesem Umstand hat das Berufungsgericht nicht in der gebotenen Weise Rechnung getragen.

d) Was der Unterhaltsverpflichtete im Verhältnis zu seinen Eltern für seinen eigenen angemessenen Unterhalt benötigt, muss nach den Grundsätzen bemessen werden, die auch für die Unterhaltspflicht gelten. Maßgebend ist deshalb die Le- bensstellung, die dem Einkommen, Vermögen und sozialen Rang des Verpflichteten entspricht; hiervon ausgehend wird der gesamte Lebensbedarf einschließlich einer angemessenen Altersversorgung umfasst. Daraus folgt, dass der angemes- sene Eigenbedarf nicht losgelöst von dem im Einzelfall vor- handenen Einkommen bestimmt werden kann. Er richtet sich somit nicht an einer festen Größe aus, sondern ist entspre- chend den Umständen des Einzelfalles veränderlich (Senats- urteil vom 7.12.1988 a.a.O.; Schwab Familiäre Solidarität – Beiträge zum europäischen Familienrecht – Bd. 5 S. 52; Günther FF 1999, 172, 174 sowie FuR 1995, 1, 5; Menter FamRZ 1997, 919, 922; Büttner Festschrift für Dieter Hen- rich S. 53; Kinkel FamRZ 1991, 14, 22; Dieckmann DAV 1979, 553, 562; Staudinger/Engler/Kaiser a.a.O. § 1603 Rdnr. 136; OLG Hamm – 1. Familiensenat – FamRZ 1999, 1533; OLG Oldenburg FamRZ 2000, 1174, 1175; OLG Stutt- gart OLG-Report 2000, 245, 246; OLG Frankfurt OLG-Rep- ort 2001, 264, 265). Eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus braucht der Unterhaltsverpflichtete jedenfalls insoweit nicht hinzunehmen, als er nicht einen nach den Verhältnissen unan- gemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Inan- spruchnahme für den Unterhalt von Eltern in der Regel erst stattfindet, wenn der Unterhaltsverpflichtete sich selbst bereits in einem höheren Lebensalter befindet, seine Lebensver- hältnisse demzufolge bereits längerfristig seinem Einkom- mensniveau angepasst hat, Vorsorge für sein eigenes Alter treffen möchte und dann unerwartet der Forderung ausgesetzt wird, sich an den für seine Eltern aufgrund deren Hilfs- oder Pflegebedürftigkeit anfallenden Kosten zu beteiligen. Wenn in dieser Situation sogar von ihm verlangt wird, mehr von sei- nem Einkommen für den Unterhalt der Eltern einzusetzen, als ihm selbst verbleibt, wird die Grenze des dem Unterhaltsver- pflichteten Zumutbaren in der Regel überschritten (im Gegen- satz zu der Rechtslage bei der Inanspruchnahme auf Unterhalt für ein volljähriges behindertes Kind, vgl. Senatsurteil vom 23.10.1985 a.a.O. S. 49).

e) Eine derartige Schmälerung des eigenen angemessenen Bedarfs wäre auch mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Den Eltern des Unterhaltsverpflichteten gehen seine unverheirateten minderjährigen und seine unverheirateten privilegierten volljährigen Kinder, sein Ehegatte oder geschiedener Ehegatte, die nach § 1615 I BGB Unterhaltsberechtigten, seine verheirateten minderjährigen und nicht privilegierten volljährigen Kinder sowie seine Enkel und weiter entfernte Abkömmlinge im Rang vor (§§ 1609 Abs. 1 und 2, 1615 I Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 BGB). Daran zeigt sich, dass der Unterhaltsanspruch der Eltern rechtlich vergleichsweise schwach ausgestaltet ist. Seinem Ehegatten gegenüber wäre der von dem Unterhaltsverpflichteten zu leistende Unterhalt so zu bemessen, dass beide Ehegatten in gleicher Weise an dem ehelichen Lebensstandard teilhaben, weshalb grundsätzlich jedem die Hälfte des verteilungsfähigen Einkommens zuzubilligen ist (st. Rspr., vgl. Senatsumteil vom 16.12.1987 – IVb ZR 102/86 – FamRZ 1988, 265, 267). Würde der einem Elternteil geschuldete Unterhalt demgegenüber mit einem höheren Betrag bemessen, so würde dies der gesetzlichen Rangfolge nicht entsprechen. Das wird zusätzlich daraus ersichtlich, dass auch der Ehegatte des Elternteils für diesen allenfalls Unterhalt in Höhe der Hälfte seines Einkommens aufzubringen hätte, obwohl er vor dem Kind haftet (vgl. hierzu auch *Günther* Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht § 12 Rdnr. 1, 34; *Büttner* a.a.O. S. 53; *Eschenbruch* Unterhaltsprozeß, 2. Aufl., Rdnr. 2021; *Heiß/Hußmann* Unterhaltsrecht 13. Kap. Rdnr. 58 f.).

In tatsächlicher Hinsicht würde die Notwendigkeit, erhebliche Abstriche von dem erlangten Lebensschnitt vornehmen zu müssen, auch auf eine übermäßige Belastung der Unterhaltsverpflichteten hinauslaufen. Wie der *Senat* bereits in seiner Entscheidung vom 26.2.1992 (a.a.O. S. 797) ausgeführt hat, haben die auf Zahlung von Elternunterhalt in Anspruch genommenen Kinder in der Regel bereits ohne derartige Leistungen erhebliche Aufwendungen zur Erfüllung des Generationenvertrages erbracht, indem sie ihre eigenen Kinder großgezogen und deren Ausbildung finanziert haben und zugleich durch ihre Sozialversicherungsabgaben, zu denen inzwischen noch die Beiträge zur Pflegeversicherung hinzugekommen sind, dazu beigetragen haben, dass die Elterngeneration insgesamt im Alter versorgt wird (so auch *Günther* a.a.O. Rdnr. 34).

f) Diesem Gesichtspunkt trägt letztlich auch das zum 1.1.2003 in Kraft tretende Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG) vom 26.6.2001 (BGBl. I 1310, 1335 ff.) in der Fassung des Gesetzes zur Verlängerung von Übergangsregelungen im Bundessozialhilfegesetz vom 27.4.2002 (BGBl. I 1462, 1463) Rechnung. Danach können u.a. Personen, die das 65. Lebensjahr vollendet und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, auf Antrag Leistungen der beitragsunabhängigen, bedarfsorientierten Grundsicherung erhalten, soweit sie ihren Unterhalt nicht durch ihr nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen ermitteltes Einkommen und Vermögen decken können und ihre Bedürftigkeit nicht in den letzten zehn Jahren vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben (§§ 1, 2 GSiG). Die Grundsicherung umfasst den für den Anspruchsteller maßgeblichen sozialhilferechtlichen Regelsatz zuzüglich 15 % des Regelsatzes eines Haushaltsvorstandes. Hinzu kommen u.a. die angemessenen tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung sowie die Kosten der Kranken- und Pflegeversicherung (§ 3 Abs. 1 GSiG). Bei der Einkommens- und Vermögensermittlung bleiben Unterhaltsansprüche des Antragsberechtigten gegenüber seinen Kindern und Eltern unberücksichtigt, so-

fern deren jährliches Gesamteinkommen im Sinne des § 16 SGB IV unter einem Betrag von 100.000 € liegt (§ 2 Abs. 1 S. 3 GSiG).

In dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (BT-Drucks. 14/5150 S. 48) wird hierzu ausgeführt, der Zweck des Gesetzes bestehe darin, u.a. für alte Menschen eine eigenständige soziale Leistung vorzusehen, die den grundlegenden Bedarf für den Lebensunterhalt sicherstelle; durch diese Leistung solle im Regelfall die Notwendigkeit der Gewährung von Sozialhilfe vermieden werden; außerdem habe vor allem ältere Menschen die Furcht vor dem Unterhaltsrückgriff auf ihre Kinder oftmals von dem Gang zum Sozialamt abgehalten; eine dem sozialen Gedanken verpflichtete Lösung müsse hier einen gesamtgesellschaftlichen Ansatz wählen, der eine würdige und unabhängige Existenz sichere.

Hieraus wird deutlich, dass – von besonders günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Unterhaltsverpflichteten abgesehen – zu Lasten öffentlicher Mittel auf einen Unterhaltsregress verzichtet worden ist, weil dieser von älteren Menschen vielfach als unangemessen und unzumutbar empfunden wird und dieser Umstand Berücksichtigung finden soll.

g) Nach alledem ist davon auszugehen, dass der angemessene Eigenbedarf nicht durchgängig mit einem bestimmten festen Betrag angesetzt werden kann, sondern anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles und unter Berücksichtigung der besonderen Lebensverhältnisse, die bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt vorliegen, zu ermitteln ist. Diesem Gesichtspunkt tragen inzwischen die meisten Tabellen und Leitlinien der Oberlandesgerichte insoweit Rechnung, als sie als Selbstbehalt des Kindes nur einen Mindestbetrag angeben (vgl. etwa die Zusammenstellung bei *Günther* Münchener Anwaltshandbuch a.a.O. Rdnr. 31). Unter welchen Voraussetzungen diese Mindestbeträge zu erhöhen sind, wird in der Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte und im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet (vgl. dazu etwa die Übersichten von *Menter* a.a.O. und *Miesen* FF 2000, 199). Ebensowenig besteht Einigkeit darüber, ob den Kindern gegenüber ihren Eltern von dem den Freibetrag übersteigenden Einkommen ein bestimmter Anteil zusätzlich zu belassen ist, wie dies etwa in den Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge (vgl. FamRZ 2000, 788, 796 unter Nr. 121) und in denjenigen des 11. und des 13. Deutschen Familiengerichtstages (FamRZ 1996, 337, 338 unter I 4.2 und 2000, 273, 274 unter I 4 a) vorgeschlagen worden ist. Ob hierdurch im Einzelfall ein angemessenes Ergebnis erreicht werden kann, unterliegt letztlich der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters. Insofern wird es allerdings nicht grundsätzlich als rechtsfehlerhaft angesehen werden können, wenn bei der Ermittlung des für den Elternunterhalt einzusetzenden bereinigten Einkommens allein auf einen – etwa hälftigen – Anteil des Betrages abgestellt wird, der den an sich vorgesehenen Mindestselbstbehalt übersteigt. Vielmehr kann durch eine solche Handhabung im Einzelfall ein angemessener Ausgleich zwischen dem Unterhaltsinteresse der Eltern einerseits und dem Interesse des Unterhaltsverpflichteten an der Wahrung seines angemessenen Selbstbehaltens andererseits zu bewirken sein. Zugleich kann eine ungerechtfertigte Nivellierung unterschiedlicher Verhältnisse vermieden werden. Überdies hätte eine derartige Verfahrensweise den Vorteil der Rechtssicherheit und Praktikabilität für sich (ebenso *Günther* Münchener Anwaltshandbuch a.a.O. Rdnr. 35; *Büttner* a.a.O.; *Kalthoener/Büttner/Niepmann* Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rdnr. 188 a; *Heiß/Hußmann* a.a.O. Rdnr. 58; *Eschenbruch* Rdnr. 2021; *Staudinger/Engler/Kaiser* a.a.O. § 1603

Rdnr. 138; OLG Hamm – 1. Familiensenat – a.a.O.; OLG Hamm – 4. Familiensenat – FamRZ 2002, 123, 124; OLG Frankfurt a.a.O.; vgl. auch die Nachweise bei *Duderstadt* Erwachsenenunterhalt Anm. 3.4.1.2; a.A. *Luthin/Seidel* Handbuch des Unterhaltsrechts, 9. Aufl., Rdnr. 5070; *Wendl/Pauling* Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 619 f., 639; *Steymans* FuR 2000, 361, 363).

h) Da das Berufungsgericht den angemessenen Eigenbedarf des Beklagten nicht rechtsfehlerfrei ermittelt hat, kann die Entscheidung auch in dem unter 2. bezeichneten Umfang keinen Bestand haben.

4. a) Wegen des nicht aus dem laufenden Einkommen des Beklagten aufzubringenden Unterhalts hat das Berufungsgericht es für zumutbar gehalten, dass der Beklagte sein Vermögen einsetzt. Dazu hat es ausgeführt: Es entsprechen ständiger Rechtsprechung, dass zur Sicherung des Unterhalts auch auf den Vermögensstamm zurückgegriffen werden müsse, wenn die laufenden Einkünfte hierfür nicht ausreichen. Eine allgemeine Billigkeitsgrenze sehe das Gesetz in § 1603 Abs. 1 BGB insofern nicht vor. Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz auch des Vermögensstamms ergäben sich allein daraus, dass nach dem Gesetz auch die sonstigen Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen seien und er seinen eigenen angemessenen Unterhalt nicht zu gefährden brauche. Daraus folge, dass eine Verwertung des Vermögensstamms nicht verlangt werden könne, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneide, die er zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche, anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötige. Der Beklagte habe nach eigenen Angaben verwertbares Kapital in Höhe von rund 300.000 DM; außerdem sei er Eigentümer einer Wohnung, deren Wert allerdings nicht dargelegt worden sei. In Anbetracht dessen könne der Beklagte einen Betrag von rund 22.400 DM ohne Gefährdung seiner eigenen berechtigten Unterhaltsbelange aus seinem Vermögen aufbringen, weshalb er unterhaltsrechtlich hierzu auch verpflichtet sei. Denn die monatlichen Einnahmen aus seiner Altersversorgung beliefen sich auf annähernd 4.000 DM. Hinzu komme ein Vermögen, das auch nach Abzug der Unterhaltsleistung für die Eltern noch beträchtlich bleibe. Selbst wenn der Beklagte eines Tages nicht mehr alleine leben könne und fremde Hilfe benötige, sei das verbleibende Vermögen ersichtlich ausreichend. Da er – nachdem auch seine Mutter am 30.9.1997 verstorben sei – auf weitergehende Unterhaltszahlungen für seine Eltern nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, sei es unnötig, seine voraussichtliche Lebenserwartung zu prognostizieren und nach statistischen Grundsätzen zu errechnen, welche Vermögenswerte – verteilt auf die Zeit der Lebenserwartung – einzusetzen seien. Angezeigt sei ein derart gestaffelter errechneter Unterhalt nur, wenn es im Hinblick auf eine nicht absehbar lange Unterhaltsverpflichtung unbillig sei, dass der Unterhaltspflichtige sich sogleich bis zur zumutbaren Obergrenze seines Vermögens entäußern müsse und danach zu angemessener Unterhaltsleistung nicht mehr in der Lage sei.

b) Gegen diese Beurteilung bestehen im vorliegenden Fall aus Rechtsgründen keine Bedenken; sie stimmt mit der Rechtsprechung des *Senats* überein (vgl. *Senatsurteil* vom 23.10.1985 a.a.O. S. 50; *Senatsurteil* BGHZ 75, 272, 278). Soweit die Revision demgegenüber geltend macht, bei der Bestimmung des Vermögens, das zur Sicherung des eigenen Unterhalts zu schonen sei, habe die gesamte voraussichtliche Lebensdauer des Unterhaltspflichtigen berücksichtigt werden müssen, vermag sie damit nicht durchzudringen. Eine solche

Vorgehensweise hat das Berufungsgericht im Grundsatz zu Recht und mit zutreffender Begründung für nicht erforderlich gehalten. Denn der Teil der Unterhaltsforderung, dessentwegen der Beklagte eventuell noch einen Teil seines Sparvermögens einsetzen muss, reduziert sich gegenüber dem vom Berufungsgericht errechneten Betrag von rund 22.400 DM jedenfalls erheblich, weil allein eine Inanspruchnahme in Höhe der der Mutter für die Zeit vom 1.4. bis zum 30.12.1996 gewährten Sozialhilfe in Betracht kommt. Deshalb kann es sich allenfalls noch um einen relativ geringen Betrag handeln, so dass es dem Beklagten zugemutet werden kann, insoweit auf sein Kapitalvermögen zurückzugreifen. (...)

#### 7. BGB § 1408 (*Unwirksamkeit eines Ehevertrages wegen Benachteiligung eines Ehegatten*)

**Der Ehevertrag eines sehr gut verdienenden und vermögenden Ehemannes und einer haushaltführenden und kinderbetreuenden Ehefrau ist insgesamt unwirksam, wenn die Frau auf Unterhalt mit Ausnahme von Betreuungsunterhalt verzichtet hat, der Versorgungsausgleich durch relativ geringe Beitragszahlungen für eine Lebensversicherung ersetzt und der Zugewinnausgleich ausgeschlossen wurde.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG München, Urteil vom 1.10.2002 – 4 UF 7/02 – (nicht rechtskräftig), mitgeteilt von Rechtsanwalt *Dr. Ludwig Bergschneider*, München

#### *Zum Sachverhalt:*

Der am 8.2.1948 geborene Antragsteller und die am 4.1.1955 geborene Antragsgegnerin haben am 22.11.1985 vor dem Standesbeamten in Hamburg die Ehe geschlossen. Aus der Ehe sind die Kinder Marlen, geboren 24.3.1986, und Vera, geboren 21.5.1989; hervorgegangen. Die Parteien besitzen die gemeinsame elterliche Sorge. Die Kinder haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei der Antragsgegnerin gemäß dem übereinstimmenden Willen beider Parteien. Der Antragsteller zahlt für beide Kinder an die Antragsgegnerin Unterhalt nach der höchsten Stufe der Düsseldorfer Tabelle.

Die Ehe ist mit Urteil des Amtsgerichts Augsburg vom 4.12.2001 im vorliegenden Verfahren geschieden worden. Im Urteil ist festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Es ist wegen der Scheidung und wegen des Versorgungsausgleichs nicht angefochten worden. Die Parteien streiten im Berufungsverfahren darüber, ob der Antragsgegnerin gesetzliche Ansprüche auf Unterhalt und Zugewinnausgleich zustehen oder ob diese wirksam abbedungen sind.

Am 17.2.1988 errichteten die Parteien einen notariellen Ehevertrag. Beide Parteien verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt, mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Antragsgegnerin wegen Kindesbetreuung. Sie schlossen den gesetzlichen Güterstand für die Zukunft aus und vereinbarten Gütertrennung. Die Parteien erklärten, dass ein Zugewinn bisher nicht entstanden sei. Rein vorsorglich verzichteten sie gegenseitig auf etwaige bestehende Zugewinnausgleichsansprüche. Den Versorgungsausgleich schlossen die Parteien aus. Den Verzicht auf den Versorgungsausgleich der Antragsgegnerin knüpften sie an die Bedingung, dass der Antragsteller, beginnend spätestens ab Juni 1988, für die Antragsgegnerin eine private Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von 80.000,00 DM auf den Zeitpunkt der Vollendung ihres 60. Lebensjahres mit Rentenwahlrecht abschließe und die Beiträge hierauf während des Bestehens der Ehe laufend zahle. Im Falle der Scheidung der Ehe sollte der Antragsteller der Antragsgegnerin den dreifachen Jahresbetrag zu dieser Versicherung in einer Summe als Abfindung zahlen. Weitere Zahlungen sollte er dann nicht mehr schulden.

Am 27.4.1988 wurde für die Antragsgegnerin eine entsprechende Kapitallebensversicherung abgeschlossen. Der Antragsteller leistete darauf Zahlungen und verpflichtete sich in der mündlichen Verhandlung zur weiteren Zahlung bis zum Ablauf des Vertrages am 1.5.2015.

Mit Schreiben vom 11.4.1995 erklärte die Antragsgegnerin die Anfechtung des Ehevertrags wegen Irrtums und Täuschung. Der Vertrag sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig und auch deswegen unwirksam, weil die Gleichheit der Vertragspartner nicht gewahrt sei, vielmehr sie einseitig unangemessen benachteiligt werde.

Der Antragsteller ist seit März 1985 u. a. als Unternehmensberater tätig. Er erzielte in den letzten Jahren Einkünfte pro Monat in Höhe von durchschnittlich 27.000,00 DM netto. Der Antragsteller gesteht zu, unbeschränkt unterhaltsrechtlich leistungsfähig zu sein.

Die Antragsgegnerin studierte nach dem Abitur alte Geschichte. Sie besitzt den Magister in Kunstgeschichte, alter Geschichte und Germanistik. Aufgrund dieser Voraussetzungen hat sie in den Jahren 1984 und 1985 archäologische Ausgrabungen geleitet. Diese Tätigkeit beendete sie wegen der Schwangerschaft mit dem ersten Kind. Nachdem der Antragsteller eine Fortführung der Ausbildung, wie von der Antragsgegnerin angestrebt, vor allem den Erwerb des Dokortitels, nicht wünschte, gab die Antragsgegnerin ihr Vorhaben auf. Sie widmete sich dem Haushalt und der Erziehung der beiden Kinder. Seit dem Jahr 1994 betreibt die Antragsgegnerin in A einen Spielwarenladen zuletzt zusammen mit einer Postagentur. Sie erzielt hieraus Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit. Die Antragsgegnerin hat in erster Instanz vorgetragen, ihr Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit belaufe sich vor Steuern auf monatlich 1.084,00 DM, das sie sich auf ihren errechneten Bedarf anrechnen lasse.

Der Krankenkassenbeitrag, den die Antragsgegnerin für sich aufbringen muss, beläuft sich seit 1.1.2002 auf 270,85 Euro.

Die ehelichen Lebensverhältnisse waren vom Zuschnitt bescheiden. Kleidung erhielt die Familie aus der Altkleidersammlung. Die Einrichtung war einfachst, was die Möbel und die sonstige Ausstattung anbelangte. Die Parteien bewohnten ein von dem Bruder des Antragstellers gemietetes Haus in A mit einer Wohnfläche von über 200 m<sup>2</sup> auf einem Grundstück von ca. 1.200 bis 1.300 m<sup>2</sup>. Dafür zahlte der Antragsteller zuletzt eine Gesamtmiete von 2.548,00 DM pro Monat. Er gab der Antragsgegnerin Wirtschaftsgeld in Höhe von 2.692,00 DM und einen Betrag als Ausgleich für Mitarbeit in seinem häuslichen Büro von 500,00 DM jeweils pro Monat.

Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass der Unterhaltsbedarf der Antragsgegnerin konkret zu berechnen ist.

Die Antragsgegnerin hat ihren Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen pro Monat beziffert und daraus einen Gesamtelementarunterhaltsbedarf von 6.235,00 DM pro Monat errechnet. Hierauf habe sie sich ihr eigenes Einkommen in Höhe von 1.084,00 DM pro Monat anrechnen lassen, so dass der Elementarunterhalt sich auf 5.151,00 DM belaufe. Der Antragsteller habe für die Kosten der Krankenkasse mit (damals) 494,00 DM pro Monat aufzukommen. Den Vorsorgeunterhalt hat die Antragsgegnerin mit Hilfe der Bremer Tabelle auf 1.661,00 DM aus dem Elementarunterhalt errechnet, so dass sich ein Gesamtunterhaltsanspruch in Höhe von 7.306,00 DM pro Monat ergäbe.

Mit der Klage erstrebt die Antragsgegnerin die Zahlung von Unterhalt und Auskunft über das Endvermögen des Antragsgegners sowie Zahlung des sich aus der Auskunft ergebenden Zugewinnausgleichs.

Das Amtsgericht Augsburg hat mit Urteil vom 4.12.2001 den Antragsgegner verurteilt, ab Rechtskraft der Scheidung einen Elementarunterhalt von 3671,00 DM und einen Altersvorsorgeunterhalt von 1.081,00 DM pro Monat zu zahlen und im Übrigen die Unterhaltsklage abgewiesen.

Die Klage auf Zugewinnausgleich hat das Amtsgericht abgewiesen. Dieser Anspruch sei durch den notariellen Vertrag vom 17.2.1998 rechtswirksam ausgeschlossen worden.

Die Antragsgegnerin hat gegen das Urteil des Amtsgerichts Berufung eingelegt. Sie möchte einen höheren Elementarunterhalt und Altersvorsorgeunterhalt sowie einen Krankenvorsorgeunterhalt zugesprochen erhalten und verfolgt ihren Anspruch auf Zugewinnausgleich weiter.

Der Antragsteller beantragt, die Berufung der Antragsgegnerin zurückzuweisen und hat Anschlussberufung eingelegt mit dem Antrag, das Ersturteil aufzuheben, soweit er zu einer Unterhaltszahlung verurteilt wird, die über 2.500,00 DM = 1 278,23 Euro liegt.

#### Aus den Gründen:

Die Berufungen beider Parteien sind zulässig. Die Berufung der Antragsgegnerin wegen Unterhalts ist überwiegend begründet. Der Stufenklage wegen Zugewinnausgleichs ist hinsichtlich des Auskunftsanspruchs stattzugeben, während wegen des Zahlungsanspruchs die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen ist. Die Anschlussberufung des Antragstellers ist nicht begründet.

#### I.

Der Antragsgegnerin stehen gesetzlich Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt und Zugewinnausgleich zu. Diese sind nicht durch die notarielle Vereinbarung vom 17.2.1988 ausgeschlossen, weil der Vertrag nicht wirksam ist.

1. Grundsätzlich gestattet es das BGB, die gesetzlichen Ansprüche wegen nachehelichen Unterhalts (§§ 1570 f. BGB), Versorgungsausgleichs (§ 1587 Abs. 1 Satz 2 BGB) und wegen Zugewinnausgleichs (§ 1378 Abs. 1 BGB) für den Fall der Scheidung durch eine andere Regelung zu ersetzen (§§ 1585c, 1408 Abs. 2 Satz 1, 1408 Abs. 1 BGB). Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können diese Ansprüche völlig oder nahezu gänzlich ausgeschlossen oder durch Regelungen ersetzt werden, die nach ihrem inhaltlichen Wert gegenüber den gesetzlichen Ansprüchen zurückbleiben. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (MittBayNot 2001, 207 mit Anmerkung *Schervier*, FamRZ 2001, 343 mit Anmerkung *Schwab, Schubert* S. 733 und *Bergschneider*, S. 1337) = NJW 2001, 957 (m. Anmerkung *Röthel*, S. 1334). = MDR 2001, 392 (m. Anmerkung *Grziwotz*) = FUR 2001, 163 (m. Anmerkung *Rauscher*, S. 155 – *Oelkers*; FamRZ 2002, 799); FamRZ 2002, 527 = NJW 2002, 1185 = JZ 2002, 658 (mit Anmerkung *Muscheler*) rechtfertigt der Grundsatz der Vertragsfreiheit jedoch nur Regelungen, die die Grundrechte nicht verletzen. Auch für Eheverträge gilt, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblichen ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtsposition beider Vertragsparteien aus Art. 2 Abs. 1 GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und ggf. durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. auch *Dauner-Lieb* AcP 01/296). Eheverträgen sind dort Grenzen zu setzen, wo diese nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern die auf einer ungleichen Verhandlungsposition beruhende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Haushaltsführung und Kindesbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als die Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Das gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach der Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalts, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens. Dem entsprechen die gesetzlichen Regelungen über den Versorgungsausgleich und

den Zugewinnausgleich bei der Scheidung, insbesondere aber bestimmt der Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erarbeiteten auch die unterhaltsrechtliche Beziehung der geschiedenen Eheleute. Bei der Unterhaltsberechnung ist das Einkommen, das den Lebensstandard der Ehe geprägt hat, den Ehegatten grundsätzlich hälftig zuzuordnen.

2. Der notarielle Vertrag vom 17.2.1988 ist, gemessen an den vom Bundesverfassungsgericht genannten Maßstäben, als unwirksam zu erachten, weil die Antragsgegnerin sich verglichen mit dem Antragsteller in einer ungleichen Verhandlungsposition befand und unter Missbrauch des Instituts der Vertragsfreiheit ihre Unterlegenheit ausgenutzt und sie einseitig unangemessen belastet wurde, indem die einem Ehegatten nach der Scheidung nach dem Gesetz zustehenden Ansprüche nahezu völlig abbedungen wurden (§ 242 BGB).

a) Nach der notariellen Vereinbarung haben beide Ehegatten für den Fall der Scheidung gegenseitig auf jegliche nachehelichen Unterhaltsansprüche mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen Kindesbetreuung verzichtet. Mit diesem Verzicht hat der Antragsteller praktisch kein Recht aufgegeben, weil nach den vorliegenden Umständen bei wirklichkeitsnaher Betrachtung nicht davon auszugehen war, dass er im Falle der Scheidung unterhaltsbedürftig sein werde. Er besaß ein Vermögen im Werte von über 1 Mio. und hatte hohe Einkünfte (im Prozess wurden die laufenden Einnahmen als Vermögensberater unbestritten mit 27.000,00 DM netto pro Monat angegeben). Die Antragsgegnerin verfügte demgegenüber über kein Vermögen und, abgesehen von den erwähnten 500,00 DM für ihre Bürotätigkeit für den Antragsteller, über kein Einkommen. Sie war wirtschaftlich völlig vom Antragsteller abhängig. Gemäß seinem Wunsch widmete sie sich der Haushaltsführung, obwohl sie gern ihre wissenschaftliche Laufbahn und eine Berufstätigkeit fortgesetzt hätte. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betreute sie das damals noch nicht ganz 2-jährige Kind Marlen. Wegen der Betreuung dieses Kindes und der am 21.5.1989 geborenen Vera hatte sie auf Jahre hinaus praktisch keine Aussicht, sich durch eine Erwerbstätigkeit selbst für ihren Unterhalt Einkommen zu verschaffen, zumal aufgrund der Unterbrechung ihrer wissenschaftlichen Ausbildung und ihres Berufslebens ohnehin schon die Aufnahme einer Tätigkeit neben der Kindesbetreuung erschwert war. Durch den Verzicht wurden die Ansprüche der Antragstellerin auf Stamm- und Anschlussunterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB), Krankheit (§ 1572 BGB), Arbeitslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 und 3 BGB), Aufstockung (§ 1573 Abs. 1 und 3 BGB), Wegfalls der Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nicht nachhaltig sicherten (§ 1573 Abs. 4 BGB), wegen Ausbildung (§ 1575 BGB) und aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB) abbedungen. Damit wurde die Antragsgegnerin einseitig unangemessen benachteiligt, weil ihr gegenüber dem finanziellen Beitrag des Antragstellers zu den ehelichen Lebensverhältnissen gleichwertiger Beitrag aufgrund der Haushaltsführung und Kindesbetreuung für den Fall der Scheidung unberücksichtigt blieb. Der Antragsgegnerin wurde nicht nur die gleiche Teilhabe an den ehelichen Lebensverhältnissen genommen, die durch den Aufstockungsunterhalt gewährleistet werden soll, sondern es wurde ihr auch das alleinige Risiko aufgebürdet, ohne hinreichende Einkünfte im Alter, bei Krankheit, oder bei Arbeitslosigkeit auszukommen und unter Umständen sogar Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen. Die Antragsgegnerin wurde einseitig mit den beruflichen Nachteilen belastet, die daraus entstanden sind, dass sie die Haushaltsführung und Kindesbetreuung übernahm, wodurch sie zunächst ganz und dann voraussichtlich bis zur Vollenendung des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes teilweise an

einer vollen Erwerbstätigkeit gehindert ist. Damit ist ihr auch die Möglichkeit genommen worden, für eine hinreichende Versorgung im Invaliditätsfall und für das Alter zu sorgen. Irgendein sachlicher Grund für den Ausschluss der genannten gesetzlichen Unterhaltsansprüche ist nicht ersichtlich. Es ist vielmehr offenkundig, dass durch die Abreden allein der Antragsgegner bevorzugt werden sollte.

An der Beurteilung, dass der Verzicht auf Unterhaltsansprüche unwirksam ist, ändert sich nichts dadurch, dass der Anspruch auf Betreuungsunterhalt nicht abbedungen wurde. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass durch den Vertrag im Wesentlichen nur die Ansprüche bestätigt wurden, die nach der Rechtsprechung des BGH (BGH FamRZ 1992, 1403; 1997, 873) dem betreuenden Ehegatten auch bei einem wirklichen Unterhaltsverzicht zustanden, weil die Berufung auf den Unterhaltsverzicht gegen Treu und Glauben verstößt, solange und soweit das Wohl des gemeinschaftlichen Kindes den Bestand der Unterhaltsforderung erfordert. Soweit der Anspruch aus § 1570 BGB, der in der notariellen Vereinbarung der Antragsgegnerin belassen wird, über den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Umfang hinausgeht, genügt dies nicht, um eine unangemessene Benachteiligung der Antragsgegnerin im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auszuschließen; denn es bleiben die weiteren Unterhaltsberechtigungen abbedungen, die für die Antragsgegnerin von besonderer Bedeutung sind, weil sie durch die Haushaltsführung und Betreuung der Kinder an einer eigenen Erwerbstätigkeit und einem damit verbundenen Aufbau einer Invaliditäts- und Altersversorgung verhindert war und ist. Außerdem fehlt jeder sachliche Grund, der Antragsgegnerin im Falle der Scheidung im Widerspruch zu ihrer Stellung als gleichberechtigter Ehegatte, der durch Haushaltsführung und Betreuung der Kinder seiner Verpflichtung zum Familienunterhalt beizutragen, nachgekommen ist, im Falle der Scheidung ein an den ehelichen Lebensverhältnissen im Sinne von § 1578 BGB ausgerichteten Unterhalt durch Abbedingung von Aufstockungsunterhalt zu versagen. Dieser Anspruch ist im vorliegenden Fall besonders werthaltig, nachdem der Antragsteller ein Einkommen von 27.000,00 DM pro Monat hat, während die Antragsgegnerin infolge der Haushaltsführung und Kindesbetreuung ihre frühere Berufstätigkeit abgebrochen hat und nach der Scheidung durch eine angemessene Erwerbstätigkeit nicht ein Einkommen in der Höhe erzielen kann, welches bei Fortsetzung ihrer Karriere ohne Behinderung durch Haushaltstätigkeit und Kindesbetreuung erzielbar wäre.

Die Abdingung der genannten Unterhaltsberechtigungen ist auch mit dem Wohl der von der Antragsgegnerin betreuten gemeinsamen Kinder nicht vereinbar, obwohl der Antragsteller Kindesunterhalt nach der höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle und Betreuungsunterhalt leistet, weil die Gefahr besteht, dass die Antragsgegnerin mit den Kindern unter Verhältnissen leben muss, die deren Entwicklungsmöglichkeit weit mehr einschränken, als es dem gemeinsamen Vermögen entspricht. Dazu kann es etwa kommen, wenn die Antragsgegnerin infolge von Invalidität erwerbsunfähig wird und deswegen neben der Betreuung der Kinder eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit nicht ausüben kann. Für diesen Fall fehlt ihr eine hinreichende Invaliditätsvorsorge.

b) Diese ungenügende Absicherung für den Invaliditätsfall beruht insbesondere darauf, dass der Antragsgegnerin durch den Verzicht auf den Versorgungsausgleich nicht nur mögliche Anwartschaften auf eine Altersrente, sondern auch auf eine Invaliditätsversorgung verloren gehen. Diese Nachteile werden durch die vereinbarte private Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme von 80.000,00 DM auf

den Zeitpunkt der Vollendung ihres 60. Lebensjahres bei weitem nicht ausgeglichen. Hinzu kommt, dass nach der notariellen Vereinbarung der Antragsteller nach Zahlung des dreifachen Jahresbeitrags zu dieser Versicherung weitere Beitragszahlungen einstellen konnte, so dass von vornherein auch eine Versicherungssumme von 80.000,00 DM nicht gewährleistet war. Im Falle der Durchführung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs hätten der Antragsgegnerin Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung von (1.278,42 DM – 96,54 DM = 1.181,88 DM : 2 =) 590,94 DM zugestanden. Zur Begründung solcher Rentenanwartschaften im Wege der Einmalzahlung wäre, bezogen auf den 31.3.2000, ein Betrag von 128.748,74 DM erforderlich gewesen, also weit mehr als die Versicherungssumme von 80.000,00 DM. Die Antragsgegnerin wurde demnach auch durch die Regelung des Versorgungsausgleichs in dem notariellen Vertrag unangemessen benachteiligt, gerade weil sie als Hausfrau und betreuende Mutter zunächst ganz und etwa bis zum 15. Lebensjahr des jüngsten Kindes im erheblichen Umfang von einer Erwerbstätigkeit ausgeschlossen war und nach den Abreden der Ehegatten auch nicht erwerbstätig sein sollte. Der Verzicht auf den Versorgungsausgleich bedeutet eine empfindliche Schwächung der Lage der Antragsgegnerin, weil zu keiner Zeit zu erwarten war, dass sie durch eine Berufstätigkeit nach Abschluss der Kindesbetreuung noch in der Lage sein werde, eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen. Die Regelung über den Versorgungsausgleich in der notariellen Vereinbarung ist deswegen ebenfalls als unwirksam anzusehen. Dies ist im Hinblick auf die Unterhaltsregelung und die Vereinbarung bezüglich des Zugewinnausgleichs festzuhalten, auch wenn die Entscheidung des Amtsgerichts über den Versorgungsausgleich nicht angefochten ist.

c) Auch der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag ist unwirksam, weil der Antragsteller seine dominierende Lage als Inhaber eines Vermögens und Bezieher eines weit über dem Durchschnitt liegenden Einkommens gegenüber der vermögenslosen und praktisch einkommenslosen Antragsgegnerin zu deren Nachteil ausgenutzt hat. Es kann offen bleiben, wie weit die grundsätzlich gegebene Freiheit zur Regelung des Güterstands reicht. Im vorliegenden Fall sind jedoch die Grundrechte der Antragsgegnerin verletzt, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu wahren sind. Der Antragsgegnerin wurde lediglich Betreuungsunterhalt belassen und ein ungenügender Ersatz für den Versorgungsausgleich eingeräumt. Im Übrigen wurden ihr alle Ansprüche genommen, auf deren Schutz sie als nicht erwerbstätige Hausfrau und betreuende Mutter im Falle der Scheidung angewiesen ist. Die Antragsgegnerin wurde aus ihrer Stellung als gleichberechtigter Ehegatte verdrängt. Sie muss sich letztlich mit dem begnügen, was sie nach Abschluss der Betreuung der Kinder selbst verdienen kann. Dagegen war mit dem Ehevertrag dem Antragsteller die Möglichkeit eingeräumt, sein hohes Einkommen weitgehend für sich selbst und zur eigenen Vermögensbildung zu verwenden. Der Antragsteller hat sich nicht darauf beschränkt, den Ehevertrag zu schließen, der ihm das ererbte Vermögen sicherte, was angeblich Motiv für den Abschluss des Ehevertrags war. Er hat sich vielmehr einseitig Vorteile ausbedungen und die Antragsgegnerin von der Teilhabe an dem gemeinsam von beiden Ehegatten erwirtschafteten ausgeschlossen. Der Vertrag trägt in keiner Weise dem Umstand Rechnung, dass die Antragsgegnerin durch die Führung des Haushalts und die Betreuung der Kinder dem Antragsteller erst ermöglichte, sich voll seiner Berufstätigkeit zu widmen. Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs traf lediglich die Antragsgegnerin, weil auf ihrer Seite kein Zugewinn zu erwarten war. Die Antrags-

gegnerin wurde insbesondere in ihrer Altersversorgung betroffen, weil bei gut verdienenden Personen wie dem Antragsteller die Altersversorgung nicht lediglich über dem Versorgungsausgleich unterliegenden Anrechten erfahrungsgemäß getroffen wird, sondern auch mit Hilfe des Vermögens.

d) Im Übrigen könnte der Ausschluss des Zugewinnausgleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung trotz der Klausel im Ehevertrag, wonach die Unwirksamkeit einer Einzelbestimmung die Wirksamkeit der übrigen Abrede nicht berühre, wegen der Unwirksamkeit der Regelung über den Unterhalt und den Versorgungsausgleich auch deswegen keinen Bestand haben, weil es einer Vertragspartei, die ihre dominante Stellung zum Nachteil des Gegners ausnützt, nicht überlassen bleiben kann, im weitestgehenden Umfang Schutzvorschriften für den Gegner auszuschließen und ihm das Risiko der Inhaltskontrolle zu überlassen. Sinn der Inhaltskontrolle ist es nicht, eine vertragliche Vereinbarung von Grundrechtsverletzungen zu reinigen und im Übrigen aufrechtzuerhalten. Vielmehr hat der Verstoß gegen die Grundrechte die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.

3. Offen bleiben kann, ob die Anfechtung des Ehevertrags begründet ist, nachdem dieser aufgrund der Inhaltskontrolle unwirksam ist.

## II.

1. a) Der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist bei dem sehr guten eheprägenden Einkommen des Antragsgegners konkret zu bestimmen (BGH FamRZ 1990, 280; BGH FamRZ 1985, 582).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs ein objektiv wertender Maßstab anzulegen (BGH FamRZ 1989, 838; FamRZ 1987, 36; FamRZ 1984, 358; FamRZ 1995, 859). Die Antragsgegnerin muss sich nach der Trennung und nach der Scheidung, an einer während des Zusammenlebens in der Ehe übertriebenen Einschränkung des Konsumverhaltens zugunsten einer Vermögensbildung nicht festhalten lassen (BGH FamRZ 1989, 1160).

b) Der *Senat* bemisst den monatlichen Bedarf der Antragsgegnerin bei den vorliegenden Verhältnissen, insbesondere dem monatlichen Nettoeinkommen des Antragstellers von 27.000,00 DM, wie folgt: (...)

Das ergibt insgesamt einen Bedarf von 6.650,00 DM (ohne Vorsorgekosten).

2. a) Auf diesen Bedarf ist das eigene Einkommen der Antragsgegnerin gemäß § 1577 Abs. 1 BGB anzurechnen. Die geänderte Rechtsprechung des BGH (FamRZ 2001, 986 = NJW 2001, 2254) zum Unterhalt der Hausfrau betrifft nicht einen Fall wie den vorliegenden, in dem der Bedarf konkret ermittelt wird. Die Antragsgegnerin ist auch mit der Anrechnung ihres Einkommens einverstanden.

Der Antragsgegnerin ist neben der Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder von 16 und 13 Jahren eine Halbtagsbeschäftigung zuzumuten. Das Amtsgericht hat im Einzelnen dargelegt, dass sie durch eine solche Tätigkeit ein Einkommen (nach Abzug von Beiträgen für Renten-, Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie 5 % pauschaler berufsbedingter Aufwendungen und 10 % Erwerbstätigenbonus) von 984,00 DM erzielen könnte. Dieser Ansicht schließt sich der *Senat* an und verweist insoweit auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil. Die Antragsgegnerin hat nicht hinreichend dargelegt, geschweige denn bewiesen, dass es hier bei hinreichenden Bemühungen nicht möglich wäre, eine zumutbare Arbeit zu finden, um einen Verdienst dieser Höhe zu erlangen.

Die Antragsgegnerin erfüllt ihre Erwerbsobliegenheit nicht bereits dadurch, dass sie einen Gewerbebetrieb betreibt, weil das Einkommen von 976,04 DM, das sie sich hieraus anrechnen lassen will, in Anbetracht von 530,00 DM Krankenversicherungsbeiträgen zu gering ist. Das Risiko, durch eine selbstständige Tätigkeit nicht ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann nicht auf den Antragsteller als Unterhaltsschuldner verlagert werden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Antragsgegnerin die Erwerbstätigkeit ganztags ausübt und, soweit dies über eine Halbtagsbeschäftigung hinausgeht, überobligatorisch tätig ist.

Nach Anrechnung des Einkommens der Antragsgegnerin auf den Elementarbedarf verbleibt ein ungedeckter Betrag von (6.650,00 DM – 984,00 DM) = 5.666,00 DM. Dies entspricht 2896,98 Euro, gerundet 2.897,00 Euro.

b) Neben dem Elementarbedarf besteht kein Bedarf wegen Krankheits- und Pflegeversicherung, weil diese Kosten bei Übernahme einer zumutbaren Halbtagsbeschäftigung durch eigenes Einkommen gedeckt werden können. Die Versicherungsbeiträge sind bei dem oben eingesetzten fiktiven Einkommen der Antragsgegnerin bereits berücksichtigt. Dass der mit einer solchen Tätigkeit verbundene Versicherungsschutz unangemessen wäre, ist nicht dargetan.

c) Die Antragsgegnerin hat jedoch neben dem Elementarbedarf einen Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 Abs. 3 BGB). Dieser ist in Anlehnung an die Bremer Tabelle (Stand 1.1.2002) wie folgt zu errechnen (vgl. *Wend/Gutdeutsch*, a.a.O., § 4 Rdnr. 455, 456; BGH FamRZ 1982, 1188):

2.897,00 Euro brutto + 72 % = 4.983,00 Euro. Aus diesem Betrag 19,1 % ergibt 952,00 Euro (1.861,95 DM gerundet 1.862,00 Euro) an Altersvorsorgeunterhalt. Eine mehrstufige Berechnung, d. h. ein Abzug dieses Altersvorsorgeunterhalts vom Einkommen des Antragstellers ist nicht vorzunehmen, da bei den sehr guten Einkommensverhältnissen der Unterhalt nach dem konkreten Bedarf ermittelt wurde und der Vorsorgebedarf neben dem laufenden Unterhaltsbedarf befriedigt werden kann, ohne dass der Halbteilungsgrundsatz verletzt wird (BGH FamRZ 1999, 372).

3. Die Antragsgegnerin ist teils wegen Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder nach § 1570 BGB, teils zur Wahrung des ehelichen Lebensstandards nach § 1573 Abs. 2 BGB aufstockungsunterhaltsberechtigt (BGH FamRZ 1990, 492).

Die Abgrenzung der beiden Anspruchsgrundlagen kann unterbleiben, weil eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 5 BGB im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommt. Desgleichen scheidet eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Die Ehe wurde am 12.11.1985 geschlossen. Der Scheidungsantrag wurde am 15.4.2000 gestellt. Sie dauerte mehr als 14 Jahre. Die Antragsgegnerin hat während der Ehezeit den Haushalt geführt und die Kinder betreut und tut dies weiterhin. Die Einkommensverhältnisse des Antragstellers sind überdurchschnittlich gut. Für eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs besteht deswegen kein hinreichender Grund.

4. Die Leistungsfähigkeit, § 1581 BGB, ist nach den eigenen Angaben des Antragstellers gegeben.

Aus diesen Gründen ist auch der Kindesunterhalt nicht anzusetzen. Es wurde auch von beiden Parteien bei ihrem Sachvortrag und den Berechnungen nicht berücksichtigt.

5. Der Antragsteller schuldet demnach der Antragsgegnerin einen (5.666,00 DM Elementarunterhalt + 1.862,00 DM Vor-

sorgeunterhalt =) Gesamtunterhalt von 7.528,00 DM pro Monat. Nach der Rechtsprechung des BGH ist das Ergebnis der Unterhaltsbemessung auf die Billigkeit hin zu überprüfen.

Bei einem Nettoeinkommen des Antragstellers von mindestens 27.000,00 DM pro Monat ist ein Gesamtunterhalt der Antragsgegnerin von 7.528,00 DM pro Monat nicht unangemessen. Er liegt bei weitem, wenn man auf den üblichen Quotenunterhalt abstellen würde, unterhalb des Betrages, der sich nach Anwendung des Halbteilungsgrundsatzes ergäbe. Damit ist auch dem Gesichtspunkt Rechnung getragen, dass bei so guten Vermögensverhältnissen auf Seiten des Antragstellers üblicherweise erhebliche Teile der Vermögensbildung vorbehalten sind und nicht dem Lebensbedarf zur Verfügung stehen. (...)

### III.

Der Antragsgegnerin stehen die gesetzlichen Ansprüche wegen Zugewinnausgleich zu, nachdem der Vertrag vom 17.2.1988, der diese ausschließt, unwirksam ist.

1. Die Antragsgegnerin kann dem Grunde nach einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns gegen den Antragsteller nach § 1378 Abs. 1 BGB haben. Dieser Anspruch kann wegen des Vermögens, das der Antragsteller selbst einräumt, nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Die Parteien haben während der Ehe im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt, § 1383 BGB.

2. Die Antragsgegnerin hat einen Anspruch auf Auskunft nach § 1379 Abs. 1 BGB gegen den Antragsteller über den Bestand seines Endvermögens. Auf die Berufung der Antragsgegnerin ist daher das Urteil des Amtsgerichts Augsburg vom 4.12.2001 in Nr. 4 aufzuheben und der Antragsteller zu verurteilen, der Antragsgegnerin über den Bestand seines Endvermögens zum 15.4.2000, Auskunft zu erteilen, § 1384 BGB.

3. Über die zulässigerweise unbezifferte Leistungsklage auf Zugewinnausgleich kann der *Senat* vor Erledigung der Auskunftsstufe nicht entscheiden. Die Sache ist insoweit an das Amtsgericht entsprechend § 538 Nr. 3 ZPO (a. F.) zurückzuverweisen (*Thomas/Putzo*, ZPO, 22. Aufl., § 538 Rdnr. 12). (...)

### IV.

Die Revision zum Bundesgerichtshof wird wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen, § 546 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Münch*, MittBayNot 2003, S. 107 (in diesem Heft).

8. BGB §§ 1767, 1741 Abs. 1 Satz 1 (*Anforderungen an sittliche Rechtfertigung bei Erwachsenenadoption*)

1. **Es ist eine vom Rechtsbeschwerdegericht in vollem Umfang nachprüfbare Rechtsfrage, ob die vom Tatrichter festgestellten tatsächlichen Umstände den unbestimmten Rechtsbegriff der „sittlichen Rechtfertigung“ nach § 1767 Abs. 1 BGB erfüllen.**

2. **Nach dem Adoptionsgesetz von 1976 stehen die beiden Adoptionsformen der Minderjährigen- und der Erwachsenenadoption gleichwertig nebeneinander.**

**3. Die Anforderungen, die an die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu stellen sind, sind im Rahmen der Erwachsenenadoption nicht dieselben wie bei der Minderjährigenadoption. Das Eltern-Kind-Verhältnis unter Erwachsenen wird wesentlich durch die auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Bestand (hier im Hinblick auf die Pflegebedürftigkeit der 81-jährigen Annehmenden) geprägt, wie ihn sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise leisten.**

BayObLG, Beschluss vom 24.7.2002 – 1Z BR 54/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 39, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Zum Sachverhalt:*

Mit notarieller Urkunde vom 13.6.2001 haben die Beteiligten beantragt, die Annahme der Beteiligten zu 2 als Kind der Beteiligten zu 1 auszusprechen.

Die jetzt 81 Jahre alte Beteiligte zu 1 hat keine leiblichen Kinder. Ihre beiden Schwestern sind kinderlos verstorben. Zusammen mit ihrem 1975 verstorbenen Mann betrieb sie eine kleine Landwirtschaft. Seit 1970 sind die zu dem Anwesen gehörenden Grundstücke verpachtet. Die Beteiligte zu 1 wohnt noch in dem Anwesen und will dort so lange wie möglich bleiben.

Die 50-jährige Beteiligte zu 2 ist eine Nachbarin, die sich mit Hilfe ihres Mannes und der zwei gemeinsamen, bereits volljährigen Kinder seit etwa sieben Jahren um die Beteiligte zu 1 – insbesondere auch während ihrer Krankenhausaufenthalte – gekümmert hat.

Das Vormundschaftsgericht hat nach Anhörung der Beteiligten und des Ehemanns der Beteiligten zu 2, der die Einwilligung in die Adoption erklärt hat, mit Beschluss vom 31.10.2001 den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, nach seiner Überzeugung liege „ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis nicht vor, sondern lediglich eine engere freundschaftliche Beziehung der Beteiligten, die sich durch längere Krankenhausaufenthalte der Beteiligten zu 1 gefestigt“ habe. „Am echten Eltern-Kind-Verhältnis“ fehle es „bereits deshalb, weil die Beteiligten nie zusammengewohnt und -gelebt haben“. Die Beteiligte zu 2 sei die – durch eine Vorsorgevollmacht legitimierte – „Betreuerin und Pflegerin“ der Beteiligten zu 1. Die engeren Beziehungen der Beteiligten reichten nicht aus, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Adoption zu begründen. Das Anliegen der Beteiligten zu 1, die Beteiligte zu 2 näher an sich zu binden, sei schon durch die umfassende Vorsorgevollmacht gedeckt.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 9.4.2002 zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 den Annahmeantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat Erfolg. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, nämlich einer Verkenntung des unbestimmten Rechtsbegriffs der sittlichen Rechtfertigung der Annahme als Kind (§ 1767 Abs. 1 BGB).

a) (...)

b) Bei der Frage, ob die Annahme eines Volljährigen als Kind „sittlich gerechtfertigt“ ist, wie § 1767 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB verlangt, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Das bedeutet, dass die Feststellung der einzelnen Tatumstände dem Tatrichter vorbehalten ist, die Frage aber, ob diese Merkmale in ihrer Gesamtheit ausreichen, um die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffs zu erfüllen, eine Rechtsfrage darstellt und ihre unrichtige Beantwortung eine Gesetzesverletzung ist. Die vom Tatrichter verfahrensfreier festgestellten einzelnen Umstände sind für das Gericht der weiteren Beschwerde zwar bindend; ihre Bewertung

im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs obliegt aber in vollem Umfang seiner Nachprüfung (BayObLG DAV 1980, 503/506; FRES 11, 266/271; FamRZ 1980, 1158/1159).

c) Die Entscheidung des Landgerichts ist schon deshalb rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht nur geprüft hat, ob zwischen den Beteiligten ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist; denn auch wenn dies nicht der Fall wäre, wie das Landgericht angenommen hat, könnte die Adoption sittlich gerechtfertigt sein, wenn das Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses für die Zukunft zu erwarten wäre (vgl. § 1767 Abs. 2 i.V.m. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB; BayObLG FamRZ 1980, 1158/1159; 2001, 118; KG FamRZ 1982, 641; *Staudinger/Frank* BGB, 13. Bearb., § 1767 Rdnr. 20, 21, 24). Aber auch die Beurteilung der Frage, ob ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Landgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Frage, ob die Annahme eines Volljährigen als Kind sittlich gerechtfertigt ist, in Orientierung an dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis zu beantworten ist, das durch die Adoption nachgebildet wird (BayObLG-FamRZ 1980, 1158/1159), weswegen die Annahme ohne weiteres sittlich gerechtfertigt ist, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist. Welche rechtlichen Anforderungen sich aber hieraus ergeben, hat das Landgericht weder dargelegt, noch ergibt sich aus seinen Ausführungen, dass es zutreffende rechtliche Anforderungen seiner Beurteilung stillschweigend zugrunde gelegt hätte.

aa) Die materielle Nachprüfung des Adoptionsvertrages daraufhin, ob „begründete Zweifel daran bestehen, dass durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll“, war erstmals durch § 1754 Abs. 2 Nr. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes gegen Missbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes statt vom 23.11.1933 gefordert worden, um aufgetretenen „Verfallserscheinungen“, nämlich dem „Schachern“ mit dem Namen alter bekannter Familien, zu begegnen (RGZ 147, 220/222 f.; BGH FamRZ 1957, 126/121). Die Einführung des Kriteriums, dass „die Herstellung des Annahmeverhältnisses sittlich gerechtfertigt“ sein müsse, geht auf das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961 zurück, das die Minderjährigenadoption – durch das Erfordernis, der Anzunehmende müsse minderjährig sein (§ 1744 Satz 3 BGB in der Fassung dieses Gesetzes) – zur Regel, die Erwachsenenadoption durch die Notwendigkeit der – nur bei Vorliegen dieses Kriteriums möglichen – Befreiung von diesem Erfordernis (§ 1745c BGB in der Fassung dieses Gesetzes) rechtstechnisch zur Ausnahme gemacht hatte (*Staudinger/Frank* § 1767 Rdnr. 1; *Bosch* FamRZ 1964, 401/409; *Lüderitz* NJW 1976, 1865). Das Adoptionsgesetz von 1976 hat die Ausgestaltung der Erwachsenenadoption als Ausnahmefall der Minderjährigenadoption wieder beseitigt; die beiden Adoptionsformen stehen wieder, wie zuvor, gleichwertig nebeneinander. Ferner hat § 1767 Abs. 1 BGB klargestellt, dass die Annahme eines Volljährigen als sittlich gerechtfertigt anzusehen ist, wenn ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist; damit ist das durch die Einführung des (zusätzlichen) Kriteriums der „sittlichen Rechtfertigung“ entstandene Problem, wie sich dieses zu dem alten Erfordernis der Herstellung eines dem Eltern-Kind-Verhältnis entsprechenden Familienbandes verhält, im Grundsatz geklärt (*Staudinger/Frank* § 1767 Rdnr. 2), nämlich in dem Sinne, dass es sich nicht um zwei verschiedene Kriterien mit unterschiedlichen Anforderungen handelt, sondern dass diese Kriterien in ihrem sachlichen Gehalt übereinstimmen.

Soweit noch in der Literatur der Ausnahmecharakter der Erwachsenenadoption betont und gefordert wird, die ihre Zulässigkeit regelnden Vorschriften „als Ausnahmenvorschriften anzuwenden“ (MünchKomm/Maurer BGB, 4. Aufl., § 1767 Rdnr. 9, 13), beruht dies offenbar auf der durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 geschaffenen Ausgestaltung der Erwachsenenadoption als Ausnahmefall der Minderjährigenadoption (vgl. – auch zur Entstehungsgeschichte dieser Regelung – Knur DNotZ 1959, 284/286; DNotZ 1962, 571/575 f.). Nach dem Adoptionsgesetz von 1976 ist diese Betrachtungsweise nicht mehr gerechtfertigt.

bb) Nicht nur die sinngemäße Anwendung des vom Gesetz nur bei Minderjährigen verwendeten Begriffs des Kindeswohls (§ 1741 Abs. 1 BGB) auf die Adoption eines Volljährigen (§ 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB) stößt auf die Grenze, dass dieser Begriff von der Voraussetzung der Pflege- und Erziehungsbedürftigkeit des Anzunehmenden nicht gelöst werden kann (Erman/Holzhauser BGB, 10. Aufl., § 1767 Rdnr. 4), so dass dessen Beurteilung dem voll geschäftsfähigen Anzunehmenden überlassen werden muss, der hierüber, indem er den Antrag nach § 1768 Abs. 1 Satz 1 BGB stellt, selbst entscheidet (BayObLG FamRZ 1980, 1158/1159; Erman/Holzhauser a.a.O.; RGRK/Dickescheid BGB, 12. Aufl., Rdnr. 6, Staudinger/Frank Rdnr. 13 jeweils zu § 1767). Auch die Anforderungen, die an die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu stellen sind, können naturgemäß im Rahmen der Erwachsenenadoption nicht dieselben sein wie bei der Minderjährigenadoption. Der Fall, dass ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist, liegt zwar insbesondere vor, wenn der Anzunehmende schon als Pflegekind in der Familie des Annehmenden gelebt hat, die Eltern-Kind-Beziehung also schon zu einer Zeit entstanden war, als er noch nicht volljährig war, seine Adoption als Minderjähriger aber – gleichviel aus welchen Gründen – unterblieben ist. Der Anwendungsbereich des § 1767 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ist aber auf diese Fallkonstellation nicht zu beschränken; ein Eltern-Kind-Verhältnis kann auch zu einem bereits Volljährigen entstehen (vgl. RGRK/Dickescheid Rdnr. 11; Staudinger/Frank Rdnr. 20 jeweils zu § 1767 BGB). In letzterem Fall kann ein tatsächliches Zusammenleben von Adoptiveltern und Adoptivkindern nicht Wesensmerkmal des Eltern-Kind-Verhältnisses sein (Staudinger/Frank § 1767 Rdnr. 15). Bei Annahme von Personen vorgerückten Alters sind an die Unterhaltung dauernder Beziehungen weniger weitgehende Anforderungen zu stellen als bei der Adoption minderjähriger Kinder, wie ja auch bei leiblichen Verwandten die Familienbeziehungen sich im Lauf der Jahre zu lockern oder andere Formen anzunehmen pflegen (RGZ 147, 220/224; BGHZ 35, 75/84). Das Eltern-Kind-Verhältnis unter Erwachsenen wird wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt, wie ihn sich leibliche Eltern und Kinder typischerweise leisten (BayObLG FamRZ 1980, 1158/1159; 1982, 644/645; 1996, 183/184; DAV 1980, 503/506; FRES 11, 266/271 f.; Staudinger/Frank a.a.O.; Erman/Holzhauser Rdnr. 7; MünchKomm/Maurer Rdnr. 5 jeweils zu § 1767). Im Rahmen der Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand kommt dem objektiven Interesse des Anzunehmenden kein Primat zu, wie er das Recht der Minderjährigenadoption beherrscht (Erman/Holzhauser a.a.O. Rdnr. 4). Auch im natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis verlagert sich die Pflege- und Unterstützungsbedürftigkeit mit fortschreitendem Alter vom Kind auf die Eltern. Das Bedürfnis nach Fürsorge des Annehmenden für den Angenommenen, das bei der Minderjährigenadoption im Vordergrund steht, tritt bei der Erwachsenenadoption deswegen oft zurück gegenüber dem Bedürfnis des Annehmenden, selbst die Fürsorge, die Kinder ihren Eltern im Alter zukommen lassen oder zukommen lassen sollten, zu erfahren (Knur DNotZ

1962, 571/577). Deswegen kann die Adoption auch, wenn sie im Hinblick auf die Pflegebedürftigkeit des Annehmenden erfolgt, sittlich gerechtfertigt sein (BayObLG NJW 1985, 2094; KG FamRZ 1982, 641; OLG Köln FamRZ 1990, 800 f.; Erman/Holzhauser a.a.O. Eine „Beistandsgemeinschaft“ (MünchKomm/Maurer § 1767 Rdnr. 5) kann auch bei Pflegebedürftigkeit des Annehmenden und Übernahme der Pflege durch den Anzunehmenden entstehen (RGRK/1767 Rdnr. 10; Beitzke MDR 1957, 414; Bosch Anm. zu OLG Frankfurt FamRZ 1961, 322; Knur DNotZ 1962, 571/577).

cc) Von dieser Auslegung des § 1767 Abs. 1 BGB ausgehend lässt sich die Entscheidung des Landgerichts nicht aufrechterhalten. Das Landgericht setzt sich insbesondere nicht mit dem Vorbringen der Beteiligten auseinander, dass seit etwa sieben Jahren auf der Grundlage der Hilfsbedürftigkeit der Beteiligten zu 1 eine „Beistandsgemeinschaft“ praktiziert wird. Die vom Landgericht angeführten Gründe, die – nach seiner Meinung – Zweifel begründen, ob zwischen den Beteiligten ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist, rechtfertigen die Versagung der Adoption nicht.

(1) Dass die Beteiligte zu 2 „voll in ihre Familie eingebunden“ ist und „deren Mitglieder noch im Familienverband zu Hause wohnen“, schließt nicht aus, dass sie gegenüber der allein stehenden Beteiligten zu 1 die Pflichten übernommen hat, die im natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis einer Tochter zukommen. Auch im natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis gründen die Kinder ihre eigenen Familien, bekommen selbst Kinder und sind „voll in ihre Familie eingebunden“, ohne dadurch außerstande zu sein, sich um ihre Eltern, soweit sie im Alter unterstützungs- und pflegebedürftig werden, zu kümmern.

(2) Es spricht nicht gegen die Annahme einer dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis entsprechenden Beziehung einer 81-jährigen kränklichen zu einer 50-jährigen gesunden Frau, dass diese überwiegend von der Pflegebedürftigkeit der älteren und der Übernahme der Pflege durch die jüngere Frau geprägt wird. Es lässt sich weder fordern, dass in dem Verhältnis den Interessen des Anzunehmenden der Primat zukommen muss, noch auch nur, dass ein Gleichgewicht der beiderseitigen Bedürfnisse und ihrer jeweils gegenseitigen Befriedigung bestehen muss.

(3) Das Bestehen einer Vorsorgevollmacht ist eher ein Indiz für das Bestehen einer „Beistandsgemeinschaft“ im aufgezeigten Sinn als dagegen. Die Adoption steht nicht zur Betreuung oder anderen Rechtsinstituten in einem Subsidiaritätsverhältnis, und zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Adoption gehört nicht, dass diese durch die Interessen der Antragsteller notwendig gefordert sein muss.

(4) Aus dem Umstand, dass die Beteiligte zu 1 erst nach Information durch Dritte und nach anwaltlicher Beratung den Adoptionsantrag gestellt hat, lässt sich nichts gegen dessen sittliche Berechtigung herleiten.

(5) Für den Senat ist nicht erkennbar, warum es für das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Beteiligten „bezeichnend“ sein soll, dass die Beteiligte zu 1 für die Adoption zunächst die Tochter der Beteiligten zu 2 in Betracht gezogen, hiervon aber nach anwaltlicher Beratung abgesehen hat. Maßgeblich ist, ob zwischen den Beteiligten, die den Adoptionsantrag gestellt haben, ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Daran würde der Umstand nichts ändern, dass die Beteiligte zu 1 zunächst wegen der engen Beziehung zur Familie der Beteiligten zu 2 erwogen hatte, deren Tochter zu adoptieren.

3. Die Zurückweisung des Antrags der Beteiligten zu 1 durch das Vormundschaftsgericht ist auch nicht aus den von diesem gegebenen Gründen zu rechtfertigen. Insbesondere

kann das Verhältnis der Beteiligten nicht als „lediglich eine engere freundschaftliche Beziehung“ charakterisiert und dadurch von einem Eltern-Kind-Verhältnis abgegrenzt werden. Die – nach den bisherigen Ermittlungen anzunehmende – unentgeltliche Übernahme sich aus dem Generationenabstand ergebender Aufgaben und Pflichten durch die Beteiligte zu 2 geht über Freundschaft hinaus; sie ist typisch für eine „Beistandsgemeinschaft“ zwischen alt gewordenen Eltern und ihren erwachsenen Kindern (vgl. MünchKomm/Maurer § 1767 Rdnr. 11). (...)

9. BGB §§ 2247, 2084 (*Testamentsauslegung unter Verwertung von Anlagen*)

**Haben die Ehegatten in einem privatschriftlichen Testament als Schlusserven „die in beigefügter Liste aufgeführten lebenden Verwandten“ eingesetzt, so kann bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung im Hinblick darauf, welche Personen mit dem gewählten Ausdruck bedacht sein sollen, eine dem Testament beigefügte Liste verwertet werden, auch wenn diese als solche nicht der Testamentsform entspricht.**

OLG Hamm, Beschluss vom 1.10.2002 – 15 W 164/02 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

## Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

10. GmbHG § 39 Abs. 2 (*Urkundenvorlage bei Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers*)

**§ 39 Abs. 2 GmbHG erfordert nicht, dass der Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers über den Gesellschafterbeschluss hinaus Urkunden in der nach dieser Vorschrift erforderlichen Form beigefügt werden, die den Zugang der Mitteilung der Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer belegen.**

OLG Hamm, Beschluss vom 26.9.2002 – 1S W 321/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

### Zum Sachverhalt:

Die Gesellschaft ist seit dem 10.5.1988 im Handelsregister des Amtsgerichts eingetragen. Als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer waren Herr H und Frau I bestellt. Die alleinige Gesellschafterin Frau I hat am 12.5.2001 eine Gesellschafterversammlung durchgeführt, in der sie den Beschluss gefasst hat, Herrn H als Geschäftsführer abzuberufen und Herrn B zum neuen Geschäftsführer der Gesellschaft zu bestellen.

Letzterer hat mit notariell beglaubigter Erklärung vom 28.12.2001 das Ausscheiden des Geschäftsführers H und seine, des Anmeldenden, Bestellung zum Geschäftsführer der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung beigefügt ist eine von dem Urkundsnotar beglaubigte Kopie des Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 12.5.2001, aus der sich die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung ergibt.

Die Rechtspflegerin des Registergerichts hat mit Zwischenverfügung vom 21.1.2002 die Anmeldung u.a. dahin beanstandet, es fehle eine der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG entsprechende Urkunde über den Zugang des Gesellschafterbeschlusses an den abberufenen Geschäftsführer H; zur Behebung des Eintragungshindernisses ist eine Frist von vier Wochen gesetzt worden.

Gegen diese Beanstandung hat die Gesellschaft mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 22.5.2002 „Erinnerung“ eingelegt, die die Rechtspflegerin des Amtsgerichts als Beschwerde behandelt hat, der sie nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat die Beschwerde durch Beschluss vom 8.7.2002 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

### Aus den Gründen:

(...)

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

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ausschließlich das in der Zwischenverfügung bezeichnete Eintragungshindernis, also die Frage, ob die nach § 39 Abs. 2 GmbHG der Anmeldung des Ausscheidens des Geschäftsführers H beizufügenden Urkunden sich nicht lediglich auf den Gesellschafterbeschluss über seine Abberufung, sondern auch auf dessen „Zugang“ bei dem abberufenen Geschäftsführer zu erstrecken haben.

Nach § 39 Abs. 2 GmbHG sind der Anmeldung einer Änderung in der Person der Geschäftsführer sowie der Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen. Das Landgericht hat den Nachweis der Erklärung der Abberufung gegenüber dem Geschäftsführer in der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG mit der Begründung für erforderlich gehalten, die Beendigung seiner Vertretungsbefugnis werde erst wirksam, wenn seine Abberufung dem bei der Beschlussfassung nicht anwesenden Geschäftsführer gegenüber erklärt werde.

Dieser Auffassung kann sich der Senat im Ergebnis nicht anschließen. Richtig ist allerdings, dass materiell-rechtlich die Beschlussfassung des zuständigen Geschäftsorgans, also die körperschaftliche Willensbildung, allein noch nicht zur Beendigung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers führt. Vielmehr bedarf es dazu gegenüber dem bei der Beschlussfassung abwesenden Geschäftsführer einer Mitteilung seiner Abberufung, die das Geschäftsorgan, hier die Gesellschafterversammlung, entweder selbst vornehmen oder einem Dritten übertragen kann (BGHZ 52, 316, 321, *Baumbach/Zöllner*, GmbHG, 17. Aufl., § 38 Rdnr. 19). Daraus folgt indessen nicht zwingend, dass sich auch die nach § 39 Abs. 2 GmbHG der Anmeldung beizufügenden Urkunden auf den Vollzug des Gesellschafterbeschlusses durch Mitteilung an den abberufenen Geschäftsführer zu erstrecken haben.

Bereits die Formulierung in § 39 Abs. 2 GmbHG deutet darauf hin, dass sich der urkundliche Nachweis lediglich auf die Beschlussfassung des zuständigen Geschäftsorgans zu erstrecken hat. Bei der Berufung des Geschäftsführers ist vorzulegen die Urkunde über seine „Bestellung“. Angesprochen ist damit ersichtlich nur der Gesellschafterbeschluss, nicht jedoch die auch insoweit erforderliche (BGH, a.a.O.) Mitteilung des Beschlusses an den Geschäftsführer, die sich regelmäßig formlos vollzieht. Entsprechendes gilt für den entgegengesetzten Akt der Abberufung des Geschäftsführers. Dasselbe folgt aus dem Zweck der gesetzlichen Vorschrift des § 39 Abs. 2 GmbHG. Die Vorschrift verdrängt nicht den Grundsatz, dass das Registergericht bei der Anmeldung einer deklaratorischen Eintragung von der Richtigkeit der angemeldeten Tatsache ausgehen kann und nur dann gem. § 12 FGG zur Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet ist, wenn trotz ordnungsgemäßer Anmeldung begründete Zweifel an der Richtigkeit der einzutragenden Tatsache bestehen. Soweit

nach § 39 Abs. 2 GmbHG der Anmeldung Urkunden beizufügen sind, handelt es sich lediglich um das Mittel, mit dem durch eine ordnungsgemäße Anmeldung die Vermutung für die Richtigkeit der einzutragenden Tatsache begründet wird (vgl. BayObLGZ 1973, 158, 160). Aus dieser Sicht will § 39 Abs. 2 GmbHG erkennbar nur gewährleisten, dass das Registergericht sachlich prüfen kann, ob eine ordnungsgemäße Willensbildung im Hinblick auf die Bestellung bzw. Abberufung des Geschäftsführers durch das zuständige Gesellschaftsorgan stattgefunden hat. Demgegenüber vollzieht sich die erforderliche Mitteilung des Gesellschafterbeschlusses gegenüber dem bestellten bzw. abberufenen Geschäftsführer regelmäßig formlos. Dass dem Geschäftsführer der Gesellschafterbeschluss zur Kenntnis gelangt ist, lässt sich – auch im Falle seiner Abberufung – bereits aus der Anmeldung der Beendigung seiner Vertretungsbefugnis entnehmen. Denn für die Gesellschafterversammlung, die einen Geschäftsführer gleich aus welchem Grund abberuft, liegt nichts näher, als diesem die Entscheidung umgehend mitzuteilen, schon um eine weitere Führung der Geschäfte der Gesellschaft durch ihn zu unterbinden. Eine andere Betrachtungsweise würde überdies den Vollzug einer Geschäftsführerabberufung gegenüber einem seiner Abberufung widerstrebenden Geschäftsführer erschweren: Würde dieser sich weigern, seine Kenntniserlangung von dem Gesellschafterbeschluss schriftlich zu bestätigen, bliebe dem Gesellschaftsorgan kein anderer Weg, als ihm die Mitteilung über seine Abberufung nach den §§ 132 BGB, 166 ff. ZPO durch den Gerichtsvollzieher förmlich zustellen zu lassen, nur um dem Registergericht bei der Anmeldung eine der Form des § 39 Abs. 2 GmbHG genügende Urkunde über die Tatsache der Kenntniserlangung vorlegen zu können; die Eintragung des Ausscheidens des abberufenen Geschäftsführers im Handelsregister könnte dadurch erheblich verzögert werden. Dem entspricht es, dass – so weit ersichtlich – in der Kommentarliteratur sowohl zu § 39 Abs. 2 GmbHG als auch zu der gleich lautenden Vorschrift des § 81 Abs. 2 AktG nirgends die Auffassung vertreten wird, über den Beschluss des Gesellschaftsorgans hinaus sei auch der Zugang des Gesellschafterbeschlusses an den Abberufenen urkundlich nachzuweisen (vgl. *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 8. Aufl., § 39, Rdnr. 12; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 9. Aufl., § 39, Rdnr. 15; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., § 39, Rdnr. 7; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbHG, 3. Aufl., § 39, Rdnr. 8; *Baumbach/Zöllner*, a.a.O., § 39, Rdnr. 9; *Gessler/Hefermehl*, AktG, § 81, Rdnr. 14; *Hüffer*, AktG, 5. Aufl., § 81, Rdnr. 7; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 5. Aufl., Rdnr. A 98; *Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Aufl., Rdnr. 756).

Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass in der Rechtsprechung für den Fall der Beendigung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers durch Amtsniederlegung der urkundliche Nachweis des Zugangs der Willenserklärung des Geschäftsführers gegenüber dem zuständigen Gesellschaftsorgan gem. § 39 Abs. 2 GmbHG für erforderlich gehalten wird (OLG Naumburg NJW-RR 2001, 1183; BayObLGZ 1981, 227, 230). Denn in einem solchen Fall wird die Beendigung der Vertretungsbefugnis gerade nicht durch Gesellschafterbeschluss, sondern durch die einseitige Willenserklärung des Geschäftsführers herbeigeführt, deren Zugang sowohl zur Wirksamkeit der Erklärung als auch im Hinblick darauf gewährleistet werden muss, dass das zuständige Gesellschaftsorgan die notwendigen Maßnahmen treffen kann, um anderweitig für die ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft sorgen zu können. (...)

11. BGB § 626 Abs. 1 (*Außerordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers*)

- a) **Ein wichtiger Grund für die fristlose Kündigung gegenüber dem Geschäftsführer einer GmbH ist nicht schon darin zu sehen, dass er sich von ihr offen ausgewiesene Spesen erstatten lässt, welche die Alleingesellschafterin – im Gegensatz zu ihm – nach den einschlägigen Bestimmungen des Geschäftsführeranstellungsvertrages nicht für erstattungsfähig hält.**
- b) **Die auf geschäftspolitischen Gründen beruhende Entscheidung einer Muttergesellschaft, den Betrieb ihrer Tochtergesellschaft einzustellen, rechtfertigt keine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung gegenüber deren Geschäftsführer.**
- c) **Zur Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrages.**

BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

12. GmbHG § 11 (*Verlustdeckungshaftung bei Scheitern einer GmbH-Gründung*)

**Scheitert die Gründung einer GmbH, die im Einverständnis ihrer Gesellschafter schon vor der Eintragung in das Handelsregister die Geschäfte aufgenommen hat, finden die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung allein dann Anwendung, wenn die Geschäftstätigkeit sofort beendet und die Vorgesellschaft abgewickelt wird. Werden dementgegen die Geschäfte nach diesem Zeitpunkt fortgeführt, haben die Gründer für sämtliche Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft, auch für die bis zum Scheitern entstandenen, nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen einzustehen (Ergänzung zu BGHZ 134, 333, 341).**

BGH, Urteil vom 4.11.2002 – II ZR 204/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Die klagende Baugesellschaft hat aufgrund Vertrages vom 19./20.11.1997 als Subunternehmerin für die C. GmbH i.Gr. Bauarbeiten durchgeführt. Lediglich die erste Abschlagsrechnung von gut 116.000,00 DM hat C. bezahlt, der von der Klägerin mit 522.121,94 DM errechnete Restwerklohn ist unbezahlt geblieben. Über das Vermögen der C. ist Ende Juli 1998 gegen Konkursverfahren eröffnet worden. Wegen des offenen Rechnungsbetrages nimmt die Klägerin die – ursprünglich fünf – Beklagten in Anspruch.

Die beiden jetzt noch am Rechtsstreit beteiligten Beklagten zu 1 und zu 2 haben zusammen mit drei weiteren Personen am 16.12.1996 die mit einem Stammkapital von 200.000,00 DM ausgestattete C. gegründet. Jeder Gesellschafter übernahm eine Stammeinlage von 40.000,00 DM. In dem Gesellschaftsvertrag ist u.a. bestimmt:

„Die Gesellschafter leisten ihre Stammeinlage durch Einzelübertragung sämtlicher Wirtschaftsgüter ihres bisher betriebenen Personenunternehmens, an dem alle Gesellschafter mit je 20 vom Hundert beteiligt sind, mit allen Aktiven und Passiven nach dem Stand vom 31.12.1996 gegen Gewährung von Gesellschafterrechten in Höhe von insgesamt 200.000 DM. Ein übersteigender Betrag wird als Gesellschafterdarlehen gewährt. Erreicht der Betrag nicht die Höhe des Stammkapitals der GmbH, sind die Gesellschafter verpflichtet, den Unterschiedsbetrag durch Geldeinlage – ihren Anteilen entsprechend – zu erbringen.“

Bei dem genannten Personenunternehmen handelt es sich um eine BGB-Gesellschaft, der unstreitig die früheren Beklagten zu 3 bis 5

angehören, während umstritten ist, ob die beiden jetzt noch am Rechtsstreit beteiligten Beklagten später beigetreten sind. Bestimmungsgemäß nahm die C. am 1.1.1997 ihre Geschäftstätigkeit auf. Ein Antrag auf Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister wurde zu keiner Zeit gestellt. Die Erstellung eines Sachgründungsberichts unterblieb, weil sich die Gründungsgesellschafter nicht über die Bewertung der zu erbringenden Sacheinlage einigen konnten. Die Geschäftsführer holten auch keine Stellungnahme der IHK für das Eintragungsverfahren ein. Bareinlagen leisteten die Gründungsgesellschafter nicht.

Im Rahmen eines von den jetzigen Beklagten betriebenen Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung schlossen die Gesellschafter am 5.3.1998 einen gerichtlichen Vergleich, nach welchem die C. liquidiert werden und die früheren Beklagten zu 3 bis 5 sich jeder weiteren Geschäftstätigkeit zu enthalten hatten. Im Anschluss daran teilten die beiden Beklagten der Klägerin am 9.3.1998 mit, die C. werde ihre Geschäftstätigkeit „kontrolliert einstellen und abwickeln“.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagten haften ihr bezüglich der von ihr nicht betreibbaren Forderung als Gründungsgesellschafter der C. persönlich. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht (NZG 2001, 227) hat die Klage gegen die Beklagten zu 1 und 2 auf deren Berufung hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils auch hinsichtlich dieser Beklagten erstrebt.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet und führt zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. (...)

II. Beide Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht zur Abweisung der Klage gelangt ist, halten der revisionsrechtlichen Kontrolle nicht stand.

1. Die Grundsätze der Verlustdeckungshaftung, die nach dem u.a. auf den Vorlagebeschluss des *Senats* vom 4.3.1996 an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes (II ZR 123/94, ZIP 1996, 590) entwickelten Konzept (BGHZ 134, 333 ff.; BAGE 85, 94 ff.; BAGE 86, 38 ff.; BAGE 93, 151 ff.; BFHE 185, 356; BSGE 85, 192 ff. u. 85, 200 ff.) eine Erscheinungsform der einheitlichen, regelmäßig als Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Vorgesellschaft (Verlustdeckungshaftung) bzw. gegenüber der eingetragenen GmbH (Unterbilanzhaftung) ausgestalteten Gründerhaftung ist, finden keine Anwendung, soweit die Gesellschafter nach Aufgabe der Eintragungsabsicht, also nach dem Scheitern der Gründung, den Geschäftsbetrieb fortführen.

Der *Senat* hat zwar – worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat – in seinem bereits erwähnten Vorlagebeschluss zur Diskussion gestellt, ob wegen der Schwierigkeiten, das Scheitern der ins Werk gesetzten Gründung festzustellen, die Grundsätze über die Verlustdeckungshaftung auch in den Fällen herangezogen werden sollten, in denen die Gründungsgesellschafter den Geschäftsbetrieb nach Aufgabe der Eintragungsabsicht fortsetzen (ZIP a.a.O., S. 592 re.Sp.). In seinem den Vorlagefall abschließenden Urteil (BGHZ 134, 333, 341) hat er sich hiervon bereits distanziert; die seinerzeit erwogene, von dem Berufungsgericht nunmehr übernommene Lösung hat in der Rechtsprechung der Obersten Gerichtshöfe des Bundes mit Recht keine Gefolgschaft gefunden. Sie hätte nämlich zur Folge, dass die Grundsätze über die GmbH-rechtliche Gründerhaftung – sie führen prinzipiell nur zu einer anteiligen Innenhaftung der Gesellschafter, schließen eine unbeschränkte und gesamtschuldnerische Außenhaftung, wie sie für das personengesellschaftsrechtliche Haftungssystem prägend ist, jedoch aus – auch auf den Zusammenschluss von Personen anwendbar wären, die nicht mehr die Absicht haben, in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Der Sache nach entstände

damit ein neuer Gesellschaftstypus, der zu einer privilegierten Haftung der handelnden Personen führen müsste, obwohl feststeht, dass es zur Entstehung einer GmbH nicht mehr kommen wird.

Der Fall, dass die Gründer einer GmbH, die vor der Eintragung ihre Geschäfte bereits aufgenommen hat und in diesem Stadium gescheitert ist, die Geschäftstätigkeit nach aufgegebenen Eintragungsabsicht fortsetzen, steht dagegen den Gestaltungen näher, in denen die handelnden Personen von Anbeginn nicht die Absicht haben, die GmbH einzutragen zu lassen; für sie ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, dass sie sich so behandeln lassen müssen, als wären sie in einer Personengesellschaft miteinander verbunden (BGHZ 22, 240 ff.; BGHZ 51, 30, 32; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 18; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 9. Aufl., § 11 Rdnr. 21; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 15. Aufl., § 11 Rdnr. 11; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 11 Rdnr. 29). Nach aufgegebenen Eintragungsabsicht ist nämlich der einzige Grund dafür entfallen, den Gläubigern der Vorgesellschaft zu versagen, die Gründer persönlich in Anspruch zu nehmen, der darin liegt, dass die Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muss und deren Gläubiger erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten, notfalls auf dem Wege der Unterbilanzhaftung aufzufüllenden Haftungsfonds halten zu können (vgl. BGHZ 80, 142 f.). Entfällt diese Voraussetzung, müssen die Gründer die Geschäftstätigkeit sofort einstellen und die Vorgesellschaft abwickeln, wenn sie es vermeiden wollen, nicht nur wegen der neuen, sondern auch wegen der bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH persönlich und gesamtschuldnerisch haftend von den Gläubigern in Anspruch genommen werden zu können (vgl. in diesem Sinn z.B. BGHZ 80, 129, 142 f.; BGHZ 149, 273, 276 [Vor-Genossenschaft]; BAGE 93, 151 ff.; BFHE 185, 356; BSGE 85, 192 ff. u. 85, 200 ff.; *Hachenburg/Ulmer* a.a.O., § 11 Rdnr. 18 f.; *Lutter/Hommelhoff* a.a.O., § 11 Rdnr. 11; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 3. Aufl., § 11 Rdnr. 53; *Scholz/K. Schmidt* a.a.O., § 11 Rdnr. 143).

In der Regel wird sich die Aufgabe der Eintragungsabsicht und das Scheitern der Gründung aus äußeren Umständen feststellen lassen. Das gilt beispielsweise, wenn die Gesellschafter – wie im vorliegenden Fall (dazu sogleich unter 2) – schon keinen Eintragungsantrag mehr stellen, weil sie sich über die Bewertung der einzubringenden Sacheinlage nicht einigen können, wenn Beanstandungen des Registergerichts im Eintragungsverfahren nicht umgehend abgestellt werden (vgl. BFHE 185, 356 ff.; *Scholz/K. Schmidt* a.a.O., § 11 Rdnr. 143 i.V.m. Rdnr. 140), wenn die Auflösung der Vorgesellschaft beschlossen wird (vgl. BAGE 86, 38 ff.) oder die Geschäftsführer der Vorgesellschaft selbst einen Insolvenzantrag stellen (vgl. dazu BAGE 93, 151 ff.).

2. Soweit das Berufungsgericht in seiner Hilfsbegründung angenommen hat, jedenfalls hinsichtlich der Beklagten zu 1 und 2 könne nicht angenommen werden, dass die Voraussetzungen einer sog. unechten Vorgesellschaft vorlägen, hat es sich von unzutreffenden rechtlichen Annahmen leiten lassen und außerdem unangemessen hohe Anforderungen an die Darlegungslast der Klägerin gestellt.

a) Zu Unrecht will das Berufungsgericht die Beklagten zu 1 und 2 für die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche schon deswegen nicht haften lassen, weil diese „unwiderlegt geltend gemacht“ hätten, ihnen sei von der Erteilung des Auftrags an die Klägerin nichts bekannt gewesen. Weder bei einer Vor-GmbH, deren Gesellschafter die Eintragung noch anstre-

ben, noch bei einer gescheiterten, die Geschäfte aber fortsetzenden Vorgesellschaft kommt es auf eine solche Kenntnis an. Für die Verpflichtung der Vorgesellschaft und ggf. ihrer Gründer reicht es vielmehr aus, dass diese mit der vorzeitigen Geschäftsaufnahme einverstanden sind und den Geschäftsführer damit bevollmächtigen, nicht nur die Eintragung der Gesellschaft herbeizuführen, sondern darüber hinaus Verbindlichkeiten einzugehen (vgl. BFHE 185, 356 ff.).

b) Im Ausgangspunkt zutreffend ist zwar noch, dass die u.U. lange Dauer des Eintragungsverfahrens nicht ohne weiteres den Schluss darauf zulässt, dass die Gesellschafter ihre Eintragungsabsicht aufgegeben haben. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer der Vor-GmbH alles für die Eintragung der Gesellschaft Erforderliche in die Wege geleitet, einen ordnungsgemäßen Antrag beim Registergericht gestellt und etwaigen Beanstandungen des Registerrichters umgehend nachgekommen ist.

c) Das Berufungsgericht verkennt jedoch, dass es sich hier nicht um eine solche Fallgestaltung handelt. Vielmehr haben die Gesellschafter zwar den Geschäftsführer ermächtigt, unmittelbar nach der Beurkundung des notariellen Gesellschaftsvertrages mit der Geschäftstätigkeit der Vorgesellschaft zu beginnen, sie haben sich aber nach dem unstreitigen Sachvortrag beider Parteien von Anfang an nicht über die Bewertung der Sacheinlagen einigen können, was offenkundig darin begründet ist, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Vermögen auf dem Wege der Sacheinlage in die neu gegründete Gesellschaft eingebracht werden sollte, nach Ansicht wenigstens eines Teils der Gründer im Zeitpunkt der Errichtung der GmbH überschuldet war. Die vorgesehene Sachgründung hätte unter diesen Umständen nur verwirklicht werden können, wenn die Überschuldung der BGB-Gesellschaft zuvor durch Zufuhr neuer Mittel beseitigt worden wäre. Vor diesem Hintergrund gewinnen die Umstände, dass die Geschäftsführung der Vorgesellschaft weder einen Sachgründungsbericht in Auftrag gegeben noch eine Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer eingeholt und mangels Vorliegens dieser Unterlagen auch den erforderlichen Antrag an das Handelsregister nicht gestellt hat, eine ganz andere Bedeutung, als ihnen das Berufungsgericht beigemessen hat. Bei objektiver Betrachtung muss nämlich unter diesen Gegebenheiten angenommen werden, dass die vorgesehene Errichtung der GmbH unter Aufbringung des Stammkapitals auf dem Wege der Sacheinlage bereits Anfang des Jahres 1997 gescheitert war, als sich herausstellte, dass eine Einigung über die Bewertung der Sacheinlagen nicht zustande kommen würde.

d) Der vorliegende Fall nötigt – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht zu einer genauen zeitlichen Festlegung, wann die vorgesehene Gründung gescheitert war und die Gesellschafter deswegen, sofern sie an der Errichtung der Gesellschaft festhalten wollten, das versprochene Kapital auf dem Wege der Bareinlage zur Verfügung stellen mussten. Denn unzweifelhaft haben sie den werbenden Geschäftsbetrieb der Gesellschaft über den Zeitpunkt des Scheiterns ihrer Gründung hinaus fortgesetzt.

e) Ob auch die Beklagten zu 1 und 2 bereits im Herbst 1997 positive Kenntnis von dem Scheitern der Sachgründung gehabt haben, ist – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – ohne Bedeutung. Es reicht aus, dass ihnen alle Tatsachen – der Fehlschlag hinsichtlich der Einigung über die Bewertung der Sacheinlagen, die Nichteinholung des Sachgründungsberichts sowie die unterbliebene Stellung des Eintragungsantrages – bekannt waren, die einem zügigen Abschluss des Gründungsverfahrens entgegenstanden. Einem Gründungsgesellschafter, der über diese Kenntnisse verfügt,

muss sich die Erkenntnis aufdrängen, dass die Vorgesellschaft gescheitert ist. Gründe, warum dies bei den Beklagten zu 1 und 2 ausnahmsweise anders zu beurteilen sein soll, sind von ihnen nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich. Als gewissenhafte, die Entwicklung der Vorgesellschaft verfolgende Gründer hätten sie deswegen entweder ihr Einverständnis mit der Fortführung der vorzeitigen Geschäftsaufnahme widerrufen und für die sofortige Beendigung der Geschäftstätigkeit der Vor-GmbH oder aber dafür sorgen müssen, dass die Eintragung der Gesellschaft auf anderem Wege herbeigeführt wurde. Das gilt erst recht, nachdem im Laufe des Jahres 1997, wie die Beklagten selbst vorgebracht haben, wirtschaftliche Schwierigkeiten der Vor-GmbH – verbunden mit Auseinandersetzungen unter den Gesellschaftern – aufgetreten sind und auch aus diesem Grund nicht mehr erwartet werden konnte, dass es noch zur Vollendung der Gründung der Gesellschaft kommen werde. (...)

## Internationales Privatrecht

13. BGB §§ 2265 ff., EGBGB Art. 25, 26 (*Konkludente Wahl deutschen Erbrechts*)

1. **Eine konkludente Wahl deutschen Erbrechts kommt in Betracht, wenn der Erblasser und seine Ehefrau, die im Zeitpunkt der Testamenterrichtung beide kroatische Staatsangehörige waren, für ihre Verfügungen von Todes wegen die Form eines gemeinschaftlichen Testaments gewählt haben.**
2. **Wählt der Erblasser deutsches Recht für sein gesamtes Vermögen, ist die Rechtswahl regelmäßig in dem gesetzlich zulässigen Rahmen, d.h. beschränkt auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen aufrecht zu erhalten.**
3. **Zur Frage, ob der kroatische Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments in gültiger Ehe lebt, wenn er auch mit einer dritten Person verheiratet ist (Doppelehe).**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28.5.2002 – 3 W 218/01 –, mitgeteilt von *Wilfried Hengesbach*, Richter am OLG

*Aus den Gründen:*

(...)

II. 1. Die Rechtsnachfolge nach dem Erblasser bestimmt sich, soweit dessen im Inland belegenes unbewegliches Vermögen betroffen ist, nach deutschem Recht. Dies ergibt sich aus Art. 25 Abs. 2 EGBGB; die danach wirksam getroffene Rechtswahl führt in dem genannten Umfang zur Maßgeblichkeit der deutschen Sachnormen (Art. 4 Abs. 2 EGBGB). Die in Art. 25 Abs. 1 EGBGB vorgesehene objektive Anknüpfung tritt als subsidiär zurück (*Staudinger/Dörner*, BGB, 13. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 464, 517).

a) Das Landgericht hat ohne durchgreifenden Rechtsfehler und damit für das Rechtsbeschwerdegericht bindend ausgeführt, dass der Erblasser, der sowohl im Zeitpunkt der Testamenterrichtung als auch im Zeitpunkt seines Todes kroatischer Staatsangehöriger war, in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.11.1997 konkludent deutsches Recht gewählt hat (vgl. zur Rechtswahl im gemeinschaftlichen Testament *Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 513 m.w.N.). Die Möglichkeit einer konkludenten Rechtswahl entspricht

allgemeiner Auffassung (vgl. BayObLGZ 1995, 366, 372; LG Frankfurt am Main IPRspr. 1997 Nr. 122; *Erman/Hohloch*, BGB, 10. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 17; MünchKomm/Birk, BGB, 3. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 42; *Soergel/Schurig*, BGB, 12. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 10; *Schotten Rpfleger* 1991, 181, 187 f.). Mit Recht hat das Beschwerdegericht maßgeblich darauf abgestellt, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 4), die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ebenfalls kroatische Staatsangehörige war, für ihre letztwilligen Verfügungen die Form eines gemeinschaftlichen Testaments gewählt haben. Ein solches Testament ist ein Rechtsinstitut des deutschen Erbrechts (§§ 2265 ff. BGB).

aa) Die Verweisung auf Rechtsbegriffe oder -institute des deutschen Rechts bietet jedenfalls dann hinreichende Anhaltspunkte für eine konkludente Rechtswahl, wenn diese Begriffe oder Institute in der anderen, dem Erblasser ebenfalls nahe stehenden Rechtsordnung nicht bekannt sind (vgl. LG Hamburg IPRspr. 1991 Nr. 142; *Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 253, 501; *Tiedemann* RabelsZ Bd. 55 (1991), 17, 27 ff.; *Lange* DNotZ 2000, 332, 339; Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht RabelsZ Bd. 47 (1983), 595, 658 f.). So liegt es hier: Das – gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB als Heimatrecht des Erblassers im Übrigen anzuwendende (vgl. *Süß* ZEV 2000, 486, 490) – materielle Erbrecht Kroatiens kennt lediglich das Testament als einseitiges Rechtsgeschäft, das der Erblasser jederzeit grundlos widerrufen kann. Dies ergibt sich aus dem Erbgesetz 1955 i.d.F. des Gesetzes vom 12.7.1965 (nebst späteren Änderungen), welches bereits vor der Abspaltung Kroatiens von der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien als Gesetz der Teilrepublik weitergalt und nach wie vor in Kraft ist. In Art. 108 ErbG werden Erbverträge für nichtig erklärt. Hieraus wird geschlossen, dass das kroatische Recht aus inhaltlichen Gründen, nämlich um die absolute Verfügungsfreiheit zu gewährleisten, vertragliche oder vertragsähnliche Bindungen bei Verfügungen von Todes wegen verneint (vgl. auch Art. 110 ErbG). Gemeinschaftliche Testamente werden demnach ebenfalls als unzulässig angesehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn eine wechselbezügliche Erbeinsetzung gegeben ist (vgl. *Senat*, FamRZ 1992, 608, 609; *Ferid/Firsching*, Jugoslawien, a.F., Lfg. XX VIII, Texte III, S. 20; *Ferid/Firsching/Povh* a.a.O. Rdnr. 153; *Staudinger/Dörner* a.a.O. Anh. zu Art. 25 f. EGBGB Rdnr. 347, 349, 350; *Soergel/Schurig* a.a.O. Art. 26 Rdnr. 23 Fn. 35; DNotI-Report 2001, 97 f.; *Zupancic* ZfRV 27 [1986], 18, 29; *Povh* FamRZ 1992, 511; *Umstätter* DNotZ 1984, 532, 540). Eine solche wechselseitige Einsetzung als Alleinerben liegt hier vor: Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments („gegenseitig“) und würde sich zumindest aus der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ergeben (vgl. *Senat* a.a.O.). Dem steht nicht entgegen, dass das Landgericht auf Seite 10 des angefochtenen Beschlusses – ohne Begründung – von einer umfassenden Erbeinsetzung „ohne jegliche Beschränkung der testierenden Partner“ spricht. Denn dies bezieht sich ersichtlich allein auf den Umstand, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 4) keinen Schlusserben bestimmt haben. Diese Entscheidung kann der *Senat* als Rechtsbeschwerdegericht selbst treffen (vgl. BGHZ 37, 233, 243; BayObLGZ 1982, 159, 164; *Keidel/Kahl* a.a.O. § 27 Rdnr. 48 m.w.N.).

bb) Als ein unterstützendes Indiz für die konkludente Wahl deutschen Rechts durfte das Landgericht auch den Umstand berücksichtigen, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 4) das gemeinschaftliche Testament in deutscher Sprache abgefasst haben (vgl. LG Hamburg und LG Frankfurt am Main, jew. a.a.O.: *Tiedemann* a.a.O. S. 28). Zwar wenden sich die Beteiligten zu 1) und 2) mit ihrer Rechtsbeschwerde des Wei-

teren dagegen, dass das Landgericht bei seiner Auslegung auch Umstände herangezogen hat, die in der Testamentsurkunde keinen Anklang gefunden haben (vgl. *Soergel/Schurig* a.a.O.; s. jedoch *Senat* a.a.O. S. 610 [Einkommen des Ehemanns], LG Hamburg a.a.O. [jahrzehntelanger Aufenthalt im Inland]). Das kann den weiteren Beschwerden aber nicht zum Erfolg verhelfen. Denn der *Senat* schließt im Blick auf das Gewicht der zuvor genannten Indizien aus, dass das Landgericht ohne Berücksichtigung dieser Umstände zu einer anderen Beurteilung der Frage einer konkludenten Rechtswahl gelangt wäre. Im Übrigen würde sich selbst dann, wenn der Tatrichter zu dem Ergebnis gelangt wäre, eine eindeutige Interpretation der letztwilligen Verfügung sei ohne diese Umstände nicht möglich, an der Anwendung deutschen Rechts nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB nichts ändern: Für den Fall, dass eine Verfügung – wie hier – nach dem gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB objektiv bestimmten Erbstatut unwirksam wäre, bei Anwendung deutschen Rechts dagegen Bestand hätte, ist der in § 2084 BGB niedergelegte Grundsatz der wohlwollenden Auslegung heranzuziehen (*Krzywon* BWNNotZ 1987, 4, 6; *Tiedemann* a.a.O. S. 30; *Schotten* a.a.O. S. 188). Denn diese Auslegungsregel ist nicht nur bei unklarem Inhalt einer Verfügung von Todes wegen heranzuziehen, sondern greift in analoger Anwendung bereits bei der Bestimmung der Rechtsnatur einer Erklärung, hier also bei der Beantwortung der Frage ein, ob eine Rechtswahl vorliegt oder nicht. Eine entsprechende Anwendung des § 2084 BGB setzt im vorliegenden Zusammenhang auch nicht voraus, dass die Anwendbarkeit deutschen Rechts schon festgestellt ist (so auch *Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 502; anders noch *ders.* DNotZ 1988, 67, 89). Vielmehr unterliegt bereits die Frage nach der Existenz einer Rechtswahl dem deutschen Recht als derjenigen Rechtsordnung, die im Falle einer wirksamen Rechtswahl anzuwenden wäre. Dies würde im hier zu entscheidenden Fall ebenfalls zur Annahme einer konkludenten Rechtswahl führen (vgl. *Tiedemann* a.a.O.; im Erg. auch MünchKomm/Birk a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 44).

cc) Soweit die Rechtsbeschwerdeführer der Wertung des Landgerichts ihre eigene Tatsachenwürdigung entgegensetzen, können sie damit im Verfahren der weiteren Beschwerde keinen Erfolg haben.

b) Bedenken gegen die Wirksamkeit der auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen zu beschränkenden Wahl deutschen Rechts bestehen nicht. Die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen des Rechtsgeschäfts der Rechtswahl sind analog Art. 27 Abs. 4, 31 Abs. 1 EGBGB nach deutschem Recht als dem vom Erblasser berufenen Erbstatut zu beurteilen (*Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 492; MünchKomm/Birk a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 32; *Dörner* DNotZ 1988, 67, 87; *Tiedemann* a.a.O. S. 26 f.; v. *Bar*, Internationales Privatrecht, 2. Band: Besonderer Teil, 1991, Rdnr. 368).

aa) Zwar hat der Erblasser im Testament vom 25.11.1997 ohne jede Einschränkung deutsches Recht gewählt. Art. 25 Abs. 2 EGBGB lässt eine solche Rechtswahl aber nur für das in der Bundesrepublik Deutschland belegene unbewegliche Vermögen zu. Dies vermag jedoch die Wirksamkeit der Rechtswahl nicht infrage zu stellen: Bei einer Wahl des deutschen Rechts für das gesamte Vermögen ist das Rechtsgeschäft regelmäßig in dem gesetzlich zulässigen Rahmen, das heißt beschränkt auf das deutsche Grundvermögen aufrechterhalten (vgl. LG Hamburg ZEV 1999, 491, 492; *Palandt/Heldrich* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 7; *Tiedemann* a.a.O. S. 22 ff.; 28 f.; *Lange* DNotZ 2000, 332, 338 m.w.N.). Dass es sich auch im gegebenen Fall so verhält, hat das Landgericht rechtsfehlerfrei dargelegt.

bb) Allerdings weist die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) und 2) zutreffend darauf hin, dass der Erblasser gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich nach kroatischem Recht beerbt wird, so dass die Rechtswahl gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB eine Nachlassspaltung zur Folge hat. Dies steht aber der vom Landgericht vorgenommenen rechtsfehlerfreien Auslegung des Testaments nicht entgegen: Nachlassspaltung bedeutet nämlich, dass jeder Nachlassteil als selbstständiges Sondervermögen anzusehen und deshalb so zu behandeln ist, als ob er der gesamte Nachlass wäre. Somit ist die Erbfolge hinsichtlich der verschiedenen Nachlassteile jeweils für sich zu beurteilen, wobei der Erblasser hinsichtlich der einzelnen Teile die Erbfolge verschieden regeln kann (vgl. BGHZ 24, 352, 355; 134, 60, 63; *Senat*, FamRZ 1992, 1474; 1998, 263, 264; BayObLGZ 1995, 79, 88 f.; BayObLG FamRZ 1994, 723, 724; 2000, 573, 575). Es ist weder substantiiert vorgetragen noch nach den Umständen des Falles ersichtlich, dass diese in erbrechtlichen Fällen mit Auslandsberührung nicht seltene und auch anderen Rechtsordnungen vertraute Rechtsfolge hier der Annahme des Landgerichts entgegenstehen könnte (vgl. *Lichtenberger* DNotZ 1986, 644, 665; *Tiedemann* a.a.O. S. 24; *Jayme* IPRax 1986, 265, 270; *Pünder* Mitt-RhNotK 1989, 1, 6; a.A. *Reinhart* BWNNotZ 1987, 97, 103).

c) Der Erblasser hat die Rechtswahl in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.11.1997 formgültig vorgenommen. Dies ergibt sich aus einer analogen Anwendung des Art. 26 Abs. 1 EGBGB (*Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 498; MünchKomm/*Birk* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 36; *Tiedemann* a.a.O. S. 31). Das gemeinschaftliche Testament ist hinsichtlich seiner Form gemäß Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB analog nach deutschem Erbrecht zu beurteilen; denn nach dieser Vorschrift kommt es auf die Formerfordernisse an, die das Recht des Ortes aufstellt, an dem sich das von der Verfügung betroffene unbewegliche Vermögen befindet. Da das Hausgrundstück in Höhr-Grenzhausen belegen ist, sind die Rechtsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland und damit die §§ 2265 ff. BGB anzuwenden. Zu dem gleichen Ergebnis führt der Tatbestand des Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB analog, da der Erblasser und die Beteiligte zu 4) das gemeinschaftliche Testament in Höhr-Grenzhausen errichtet haben.

Das gemeinschaftliche Testament ist formwirksam, da die insoweit für dessen Errichtung in §§ 2265, 2267 BGB aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Das gilt insbesondere für das Erfordernis, dass die Eheleute zur Zeit der Testamentserrichtung in einer gültigen Ehe leben müssen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 61. Aufl., § 2265 Rdnr. 1).

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der *Senat* anschließt, ist die Vorfrage nach dem Bestehen einer Ehe selbstständig nach dem Kollisionsrecht des Forumstaates anzuknüpfen (vgl. BGHZ 43, 213, 218; BGH NJW 1981, 1900, 1901; ebenso z.B. *v. Bar*, Internationales Privatrecht, 1. Band: Allgemeine Lehren, 1987 Rdnr. 617 f.; *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 8. Aufl., § 9 Abs. 2; *Raape/Sturm*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, 6. Aufl. 1977, S. 290; *Palandt/Heldrich* a.a.O. Einl. vor Art. 3 EGBGB Rdnr. 29 m.w.N.; vgl. auch OLG Hamm FamRZ 1993, 607, 608 f.). Denn die Gültigkeit der Ehe kann nicht in einzelnen Rechtsbeziehungen anders beantwortet werden als in dem Fall, dass über dieselbe Rechtsfrage als Hauptfrage zu entscheiden ist.

Die Gültigkeit der Ehe zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 4) bestimmt sich nach deutschem Recht. Dies folgt aus Art. 29 EGBGB a.F. (vgl. hierzu die Übergangsvorschrift in Art. 220 EGBGB und BGH FamRZ 1997, 542, 543; *Palandt/Heldrich* a.a.O. Art. 220 EGBGB Rdnr. 2, 4).

Danach ist, wenn eine Person staatenlos ist, das Recht des Staates anzuwenden, in dem sie ihren (gewöhnlichen) Aufenthalt hat.

(1) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei und damit für das Rechtsbeschwerdegericht bindend festgestellt, dass der Erblasser und die Beteiligte zu 4) staatenlos waren, als sie 1951 in Bensheim – ihrem damaligen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt – miteinander die Ehe schlossen. (...)

bb) Nach deutschem Recht lebten der Erblasser und die Beteiligte zu 4) im Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 25.11.1997 in als gültig zu behandelnder Ehe. Dem steht nicht entgegen, dass der Erblasser auch mit der Beteiligten zu 1) verheiratet war:

Zwar stand der mit der Beteiligten zu 4) am 22.2.1951 geschlossenen Ehe gemäß § 5 EheG a.F., das bis zum 30.6.1998 galt (vgl. jetzt § 1306 BGB), das Eheverbot der Doppelhehe entgegen, weil der Erblasser zuvor am 9.8.1942 die Beteiligte zu 1) geheiratet hatte. Auch war nach § 20 EheG a. F. eine Ehe nichtig, wenn einer der Ehegatten zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in gültiger Ehe lebte. Gemäß § 23 EheG a.F. konnte sich aber niemand auf die Nichtigkeit einer Ehe berufen, solange nicht die Ehe durch gerichtliches Urteil für nichtig erklärt worden war. Bis zur Rechtskraft eines solchen Urteils war die Doppelhehe als gültig zu behandeln; niemand konnte bis dahin nach altem Recht geltend machen, es habe sich um eine mit einem schweren Mangel behaftete Ehe gehandelt. Die Ehe zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 4) ist jedoch nicht für nichtig erklärt worden. Daher ist sie als gültig zu behandeln; sie hat dieselben Rechtswirkungen wie jede andere Ehe (vgl. BGH FamRZ 1959, 450; 2001, 991, 992; *Johannsen/Henrich*, Eherecht, 2. Aufl., § 23 EheG Rdnr. 1, 2, 17 ff.). Somit waren im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments die Voraussetzungen der §§ 2265, 2267 BGB erfüllt (vgl. *Staudinger/Kanzleiter* a.a.O. § 2265 Rdnr. 3).

Aus der seit dem 1.7.1998 auch für zuvor geschlossene Ehen (Art. 226 EGBGB) geltenden Vorschrift des § 1313 BGB n. F. ergibt sich schon deshalb nichts anderes, weil nunmehr eine Doppelhehe nur noch mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben werden kann (*Palandt/Brudermüller*, BGB, 61. Aufl., Einf. vor § 1313 Rdnr. 1 bis 3; § 1313 Rdnr. 7).

cc) Mit Recht hat das Landgericht nach den Umständen des Falles und dem Vortrag der Beteiligten im Zeitpunkt seiner Entscheidung keinen Anlass gesehen, die Echtheit des Testaments zu überprüfen (§ 12 FGG).

d) Da somit der Erblasser eine wirksame konkludente Rechtswahl zu Gunsten des deutschen Rechts getroffen hat, bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts auch daraus hergeleitet werden könnte, dass Art. 186 Abs. 2 ErbG eine subsidiäre internationale Zuständigkeit der kroatischen Gerichte für das in der Bundesrepublik Deutschland belegene unbewegliche Vermögen vorsieht (vgl. *Staudinger/Dörner* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 469; MünchKomm/*Birk* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 24; *Tiedemann* a.a.O. S. 19 f.).

2) Bestimmt sich die Erbfolge demnach hinsichtlich des inländischen Grundbesitzes des Erblassers nach deutschem Recht, so ist insoweit auch die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte gegeben. Diese bestimmt sich nämlich nach der sog. Gleichlauftheorie, wonach die deutsche internationale Zuständigkeit dann gegeben ist, wenn – und soweit – auch materiell-rechtlich deutsches Erbrecht anwendbar ist (vgl. *Senat* OLGZ 1985, 413, 414 f., FamRZ 1998, 263; ZEV 2001, 488, 489; Beschluss vom 16.1.2002 – 3 W 297/01 –;

BayObLGZ 1965, 423, 426; 1980, 276, 279; BayObLG FamRZ 1991, 1237, 1238; 2000, 573, 575).

3) a) Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Erblasser die Beteiligte zu 4) in dem gemeinschaftlichen Testament – gemäß §§ 2265 ff. BGB wirksam – als Alleinerbin eingesetzt hat. Mit ihren Rechtsbeschwerden zeigen die Beteiligten zu 1) bis 3) keinen Rechtsfehler auf; ein solcher ist auch nicht ersichtlich.

b) Soweit nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB Nachlassspaltung eintritt, ist für den deutschem Recht unterliegenden Nachlass teil ein allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB auszustellen; die eingeschränkte Geltung eines solchen Eigenrechtserbscheins ist in ihm zu vermerken (BayObLGZ 1967, 1, 8; 418, 430; BayObLG FamRZ 1997, 318, 319 mit Anm. *Hohloch* ZEV 1997, 469; NJW-RR 2001, 297, 298, *Palandt/Edenhofer* a.a.O. § 2369 Rdnr. 5; *Palandt/Heldrich* a.a.O. Art. 25 EGBGB Rdnr. 20). So ist es hier geschehen. (...)

## Anmerkung:

### 1. Sachverhalt und Urteilsgründe

Gegenstand des Urteils war im Rahmen eines Verfahrens auf Einziehung eines Erbscheins die Frage nach der Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments eines in Polygamie verheirateten Kroaten. Der Entscheidung ist der zugrunde liegende Sachverhalt nur sehr bruchstückhaft zu entnehmen. Er stellte sich wie folgt dar:<sup>1</sup>

1942 heiratete der Erblasser die Beteiligte zu 1. Aus dieser Ehe gingen zwei Kinder hervor, die Beteiligten zu 2 und 3. 1951 heiratete er in Deutschland ein zweites Mal die Beteiligte zu 4, nachdem er eidesstattlich versicherte, verwitwet zu sein, ohne dass zuvor die erste Ehe aufgelöst worden ist. Zum Zeitpunkt der zweiten Eheschließung waren beide Ehegatten staatenlos. Mit seiner zweiten Ehefrau errichtete der Erblasser 1997 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich „*gegenseitig zu Erben*“ einsetzten. 1999 verstarb der Ehemann. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung und im Zeitpunkt seines Todes waren der Ehemann und seine zweite Frau kroatische Staatsangehörige.

Das Gericht nahm an, dass die Ehegatten konkludent für ihr in der Bundesrepublik Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht gewählt haben. Die konkludente Rechtswahl begründet das Gericht damit, dass die Ehegatten ein Rechtsinstitut – das gemeinschaftliche Testament – wählten, welches das deutsche Recht kenne, dem kroatischen Heimatrecht aber fremd sei sowie mit der Wahl der deutschen Sprache in dem Testament. Die Ehegatten lebten auch in gültiger Ehe, denn die Doppelhehe sei bis zur Rechtskraft eines Nichtigkeitsurteils als gültig zu behandeln. Die Nichtigkeit sei aber nicht festgestellt worden.

### 2. Das anwendbare Recht

Die Zulässigkeit zweiseitiger letztwilliger Verfügungen, insbesondere von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten, richtet sich nach h.M. nach dem gemeinschaftlichen Erbstatut der Erblasser.<sup>2</sup> Insbesondere die Bindungswirkung richtet sich gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB nach dem Errich-

tungsstatut, d.h. nach dem hypothetischen Erbstatut des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung. Bei unterschiedlichen Erbstatuten der Beteiligten ist umstritten, ob die Erbstatute kumulativ oder gesondert heranzuziehen sind. Für eine gesonderte Anknüpfung sprach sich insbesondere das OLG Zweibrücken in einer früheren Entscheidung aus.<sup>3</sup> Auf der Basis dieser Rechtsprechung musste es daher nicht prüfen, wie sich die etwaige Unzulässigkeit der testamentarischen Verfügung der Ehefrau auf die Verfügung des vorverstorbenen Mannes auswirkt (s. § 2270 Abs. 1 BGB). Die entgegenstehende Ansicht<sup>4</sup> hingegen bejaht die Zulässigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments nur dann, wenn die beteiligten Erbstatute kumulativ es für zulässig erachten. Wäre die Verfügung der Ehefrau unwirksam, wäre damit auch die Verfügung des Ehemannes betroffen.

Erb- und Errichtungsstatut ist gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich das Heimatrecht des Erblassers. Der Verweis auf das Heimatrecht gilt vorbehaltlich einer möglichen Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen und vorbehaltlich einer Durchbrechung des Gesamtstatuts durch ein Einzelstatut gem. Art. 3 Abs. 3 EGBGB.

Da die Testatoren bei Testamentserrichtung und zum Todeszeitpunkt des Ehemannes kroatische Staatsangehörige waren, verweist das deutsche Recht somit auf die kroatische Rechtsordnung. Den Verweis auf eine fremde Rechtsordnung haben wir gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB als sogenannte Gesamtverweisung zu verstehen, so dass zuvörderst das internationale Privatrecht der berufenen Rechtsordnung Anwendung findet. Nach früherem jugoslawischen Recht entsprechend dem Gesetz über die Regelung von Kollisionen der gesetzlichen Vorschriften anderer Staaten bei bestimmten Verhältnissen vom 15.7.1982 galt gem. Art. 30, dass sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen einheitlich nach dem Heimatrecht des Erblassers beurteilte. Eine Rechtswahlmöglichkeit sieht diese Bestimmung nicht vor.<sup>5</sup> Kroatien hat dieses Gesetz 1991 übernommen und knüpft nunmehr ebenfalls gem. Art. 30 an die Staatsangehörigkeit des Erblassers an und unterscheidet nicht zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen.<sup>6</sup>

Das Erbstatut ist vorbehaltlich einer Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB somit kroatisches Recht. Die Zulässigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments oder eines Erbvertrages beurteilt sich damit ebenfalls grundsätzlich nach kroatischem Recht.

### 3. Verbot von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament

Das materielle Erbrecht Kroatiens ist im ehemaligen jugoslawischen Bundesgesetz über die Erbfolge von 1955 enthalten, welches bereits vor der Abspaltung Kroatiens als Landesgesetz galt.<sup>7</sup> Es wurde 1971 von der damaligen Teilrepublik Kroatien übernommen. Art. 108 des Erbgesetzes regelt das Verbot des Erbvertrages und bestimmt die Nichtigkeit eines Vertrages, durch den jemand seinen Nachlass oder einen Teil

<sup>1</sup> Die ergänzenden Sachverhaltshinweise ergeben sich aus einer Gutachtenanfrage an das DNotI.

<sup>2</sup> MünchKomm/Birk, 3. Aufl. 1998, Art. 26 Rdnr. 102; *Erman/Hohloch*, 10. Aufl. 2000, Art. 25 Rdnr. 31; *Palandt/Heldrich*, 62. Aufl. 2003, Art. 25 Rdnr. 13.

<sup>3</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 1992, 608, so auch *Staudinger/Dörner*, Neub. 2000, Rdnr. 301.

<sup>4</sup> *Erman/Hohlich*, a.a.O., Art. 26 Rdnr. 31.

<sup>5</sup> Text: *Lipowschek*, *RabelsZ* 49 (1985), 544 ff.

<sup>6</sup> *Pintarić* in *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Kroatien, 2002, Rdnr. 8; *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Anh. zu Art. 25 f. Rdnr. 349.

<sup>7</sup> *Pintarić* in *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Kroatien, 2002, Rdnr. 2; *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Anh. zu Art. 25 f. Rdnr. 350.

des Nachlasses einem Vertragspartner oder einer dritten Person hinterlässt.<sup>8</sup> Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Bindung hinsichtlich der Erbfolge von Todes wegen nicht möglich ist. Von daher ist nicht nur der Erbvertrag unzulässig, sondern auch das gemeinschaftliche Testament – jedenfalls sofern eine wechselseitige Erbeinsetzung wie im vorliegenden Fall vorliegt und nicht die Einsetzung eines Dritten.<sup>9</sup> Die Rechtsprechung des ehemaligen Jugoslawien betrachtete Testamente, in denen sich die Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen, als ungültig, weil sie einem Erbvertrag nahe kommen.<sup>10</sup> Ein gemeinschaftliches Testament könne auch nicht in ein einfaches Testament umgedeutet werden.<sup>11</sup>

Das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments wäre bei Einhaltung der Ortsform unbeachtlich, sofern es sich hierbei lediglich um eine bloße Formvorschrift handeln würde. Dann würde nämlich gem. Art. 4 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Ziff. a, c, d oder e des Haager Testamentsformübereinkommens, dessen Vertragspartner die Bundesrepublik Jugoslawien war<sup>12</sup> und das nunmehr auch in Kroatien gilt<sup>13</sup> die Einhaltung der deutschen Ortsform genügen. Nachdem die jugoslawischen Teilrechtsordnungen jedoch jegliche Bindung des Erblassers von Todes wegen verhindern wollen, ist davon auszugehen, dass es sich um ein materielles Verbot handelt und nicht um eine bloße Formvorschrift.<sup>14</sup> Damit sind auch die deutschen Gerichte an das Verbot nach dem anwendbaren Erbrecht Kroatiens gebunden.

Das gemeinschaftliche Testament ist daher vorbehaltlich einer Rechtswahl nichtig; eine Umdeutung in Einzeltestamente kommt nicht in Betracht, da anderenfalls der gesetzgeberische Willen, die Bindungswirkung zu vermeiden und auch keinen diesbezüglichen Anschein zu erreichen, umgangen werden würde. Gesetzliche Erben sind nach kroatischem Recht grds. der überlebende Ehegatte und die Kinder zu gleichen Teilen.

#### 4. Professio juris

Hinsichtlich etwaigen unbeweglichen Vermögens in der Bundesrepublik Deutschland könnte der Erblasser aber eine Rechtswahl in der Form einer letztwilligen Verfügung zugunsten deutschen Rechts getroffen haben. Eine gemeinsame Rechtswahl der Ehegatten ist nicht erforderlich.<sup>15</sup> Das unbewegliche in der Bundesrepublik Deutschland vorhandene Vermögen würde sich nach deutschem Recht, das bewegliche Vermögen hingegen nach dem Heimatrecht des Erblassers vererben. Eine ausdrückliche Rechtswahl in dem gemeinschaftlichen Testament fehlt. Nach allgemeiner Auffassung, der sich das Gericht anschließt, kann die Rechtswahl aber

auch konkludent erfolgen.<sup>16</sup> Ob eine Rechtswahl vorgenommen wurde, beurteilt sich nach deutschem Recht<sup>17</sup> und ist durch Auslegung zu ermitteln. Vom Wortlaut der Erklärung ausgehend ist gem. §§ 133, 2084 BGB der wirkliche Wille der Testierenden zu ermitteln. Bei gemeinsamen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament ist weiter zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Ehegatten entsprechen hat.<sup>18</sup> Maßgeblich ist dabei der übereinstimmende Wille zur Zeit der Testamentserrichtung.

Der durch Auslegung ermittelte Wille muss einen wenn auch unvollkommenen Ausdruck in der Verfügung von Todes wegen erhalten haben.<sup>19</sup> Der klare und eindeutige Wortlaut stellt keine Grenze für die Auslegung eines Testaments dar.<sup>20</sup> Es kommt für die Ermittlung des Willens des Testators auf sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls an, wobei das Ergebnis der dadurch gewonnenen Auslegung einen irgendwie gearteten Niederschlag in der Erklärung gefunden haben muss. Ist die Verfügung ihrem Wortlaut nach nicht eindeutig, so kann sie gem. § 2084 BGB ausgelegt werden, wenn sie nicht eindeutig unwirksam ist.<sup>21</sup>

Ein Indiz für eine konkludent vorgenommene Rechtswahl sieht das Gericht in dem Gebrauch der deutschen Sprache. Die deutsche Sprache kann jedoch auch gewählt worden sein, weil sie dem Erblasser mittlerweile vertrauter geworden ist als die Muttersprache, weil ein in fremder Sprache abgefasstes Testament erst aufwändig zu übersetzen wäre oder weil der Erblasser irrig davon ausging, dass Testamente nur in der Sprache am Errichtungsort errichtet werden können. Die Wahl der deutschen Sprache kann daher nur ein schwacher Hinweis für die Vornahme einer Rechtswahl sein und kann als einziger Hinweis „in keinem Fall“<sup>22</sup> ausreichen, um eine konkludente Rechtswahl zu begründen.<sup>23</sup>

Weiteres Indiz sei nach Ansicht des Gerichts der Umstand, dass der Erblasser ein Rechtsinstitut gewählt habe, das nach seinem Heimatrecht verboten ist. Diesen Umstand als Erklärungswillen zu interpretieren ist jedoch ebenso fraglich. Der Erblasser kann irrig von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgegangen sein.<sup>24</sup> Er kann von dem Verbot eines gemeinschaftlichen Testaments nach seinem kroatischen Heimatrecht nichts gewusst haben. Vielleicht war den Testatoren nur die im deutschen und kroatischen Recht verankerte Kollisionsregel nicht bewusst, dass sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen grds. nach ihrem Heimatrecht beurteilt. Einem derartigen Irrtum dürften viele der in Deutschland lebenden ausländischen Mitbürger unterliegen. Sie fühlen sich der deutschen Rechtsordnung verbunden und können nicht verstehen, dass sich beispielsweise die güterrechtlichen und die erbrechtlichen Beziehungen nach ihrem Heimatrecht beurtei-

<sup>8</sup> *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Kroatien, 2002, Texte 2.

<sup>9</sup> *Zupančič*, Umriß der rechtlichen Regelung der Erbfolge in Jugoslawien, ZfRV 27, 1986, 18, 29, m.w.N.; *Povh*, Wirksamkeit eines sogenannten Berliner Testaments nach jugoslawischem Recht, FamRZ 1992, 511; *Umstätter*, Gemeinschaftliche Testamente mit Auslandsberührung, DNotZ 1984, 534, 540.

<sup>10</sup> *Zupančič*, Umriß der rechtlichen Regelung der Erbfolge in Jugoslawien, ZfRV 27, 1986, 18, 29.

<sup>11</sup> *Povh*, Wirksamkeit eines sogenannten Berliner Testaments nach jugoslawischem Recht, FamRZ 1992, 511.

<sup>12</sup> BGBl. 1966 II, S. 11.

<sup>13</sup> Seit 8.10.1991, BGBl. 1993 II, 1962.

<sup>14</sup> OLG Zweibrücken, FamRZ 1992, 608; *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 312.

<sup>15</sup> *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 513; *Soergel/Schurig*, 12. Aufl. 1996, Art. 25 Rdnr. 13; a.A. *MünchKomm/Birk*, Art. 25 Rdnr. 38.

<sup>16</sup> *MünchKomm/Birk*, 3. Aufl. 1998, Art. 25 Rdnr. 41; *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 501 m.w.N.; krit. zum Begriff „konkludent“ *Kemp*, Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht, S. 120.

<sup>17</sup> *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 502.

<sup>18</sup> BGHZ 112, 229, 233; BayObLGZ 81, 79, 82.

<sup>19</sup> BayObLG DNotZ 1994, 394, 397; KG; FG Prax 1995, 200; OLG Hamm FamRZ 1998, 121, 123.

<sup>20</sup> BGHZ 86, 41.

<sup>21</sup> BayObLGZ 1953, 195; *Palandt/Edenhofer*, a.a.O., § 2084 BGB Rdnr. 17.

<sup>22</sup> *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 501.

<sup>23</sup> So auch LG Frankfurt/M IPRspr. 1997, 233.

<sup>24</sup> *Dörner*, Probleme des neuen Internationalen Erbrechts, DNotZ 1988, 67, 89; *Staudinger/Dörner*, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 501.

len sollen, obwohl sie schon seit Jahrzehnten oder seit mehreren Generationen in Deutschland leben. Betrachtet man rechtsvergleichend die Kollisionsnormen der verschiedenen Staaten so ist die Anwendung des Heimatrechts auch alles andere als eine Selbstverständlichkeit. Die im Testament getroffenen Erklärungen können dann nicht als Ausdruck eines wirklichen Willens interpretiert werden. Fraglich ist darüber hinaus auch, ob dieser Wille im Testament angedeutet ist. Auf diese Frage geht das Gericht nicht ein. Der Text der Urkunde gibt keinerlei Indiz für eine Rechtswahl.<sup>25</sup> Die Andeutung kann allein der Bezugnahme auf ein deutsches Rechtsinstitut gesehen werden, das dem kroatischen Recht fremd ist. Eine einfache oder erläuternde Auslegung des Testaments wird daher nicht notwendig dazu führen, eine Rechtswahl in dem Testament anzunehmen.

Eine Rechtswahl könnte allerdings aufgrund sogenannter ergänzender Testamentsauslegung in das Testament hineingelesen werden. Die grundsätzliche Zulässigkeit ergänzender Testamentsauslegung ist allgemein anerkannt.<sup>26</sup> Anders als bei der einfachen Auslegung werden bei der ergänzenden Auslegung Lücken der rechtsgeschäftlichen Regelung geschlossen. Bei einer ergänzenden Testamentsauslegung ist nach dem hypothetischen Erblasserwillen zu fragen, also danach, wie der Erblasser die juristische Lücke geschlossen hätte, wenn er von der Anwendbarkeit seines Heimatrechts und dem Verbot gemeinschaftlicher Verfügungen gewusst hätte. In diesem Fall hätten die Testatoren vermutlich für ihr unbewegliches Vermögen auf der Basis einer Rechtswahl ein gemeinschaftliches Testament und für ihr bewegliches Vermögen Einzeltestamente errichtet. Bei den Fällen der ergänzenden Testamentsauslegung handelt es sich jedoch regelmäßig um solche, in denen sich die äußeren Umstände zwischen Testamenterrichtung und Erbfall geändert haben. Hauptanwendungsfälle sind Änderungen der Vermögensverhältnisse. Auch Änderungen der Rechtslage zwischen Testamenterrichtung und Erbfall stellen Anwendungsfälle der ergänzenden Vertragsauslegung dar.<sup>27</sup> Weder die Sachlage noch die Rechtslage haben sich im vorliegenden Fall aber geändert. Der Erblasser befand sich vielmehr in einem juristischen Irrtum, wenn er nicht den Willen hatte, deutsches Recht zu wählen. Mit den Mitteln der ergänzenden Vertragsauslegung ist die Existenz einer Rechtswahl daher nicht zu begründen.

Die – einfache – Auslegung eines derartigen Testaments lässt nach dem Gesagten mehrere Interpretationsmöglichkeiten offen. Denkbar ist, dass die Testatoren den Willen hatten, deutsches Recht zu wählen, denkbar ist aber insbesondere auch, dass sie irrig deutsches Recht für anwendbar hielten oder keine Kenntnis vom Verbot im kroatischen Recht hatten. § 2084 BGB statuiert den Grundsatz der wohlwollenden Auslegung. Von mehreren Interpretationsmöglichkeiten ist diejenige entscheidend, welche dem Erblasserwillen am ehesten gerecht wird. Literatur<sup>28</sup> und im Anschluss daran das OLG Zweibrücken wollen diese Beweisregel nicht nur bei unklarem Inhalt, sondern auch bei der Frage nach dem Ob einer Rechtswahl anwenden. Eine Rechtswahl soll m.a.W. auch dann angenommen werden können, wenn eine Verfügung nach dem objektiv bestimmten Erbstatut unwirksam wäre, bei

Anwendung deutschen Rechts hingegen Bestand hätte.<sup>29</sup> Die Anwendung dieser Beweisregel würde bedeuten, dass der mögliche Erblasserwille, eine Rechtswahl zu treffen, weil er deutsche Rechtsinstitute benutzt hat, vorzuziehen ist, da hierbei sein Wille – die gegenseitige Alleinerbeinsetzung der Eheleute – teilweise aufrechterhalten bleiben kann. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Wenn selbst bei einem Erbvertrag und einem notariellen gemeinschaftlichen Testament ein stillschweigender Pflichtteilsverzicht für möglich erachtet wird<sup>30</sup> dann wird man nach dem Grundsatz der wohlwollenden Auslegung auch eine konkludente Rechtswahl annehmen können, denn der Wille des Erblassers, den überlebenden Ehegatten weitestgehend zu begünstigen, ist nicht zweifelhaft.

Wenn auch der Rechtsprechung des OLG Zweibrücken grundsätzlich zuzustimmen ist, so ist doch bei notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen lediglich im Ausnahmefall von einer stillschweigenden Rechtswahl auszugehen, da der Notar gem. § 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet ist, über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und damit darüber, ob fremdes Recht Anwendung finden kann oder ob deutsches Recht gewählt werden soll.<sup>31</sup>

Eine Rechtswahl erstreckt sich aber nur auf im Inland belegenes unbewegliches Vermögen.<sup>32</sup> Da die Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung staatenlos waren und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, leben sie vorbehaltlich eines Ehevertrages im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Wären sie allerdings im gesetzlichen Güterstand des kroatischen Rechts verheiratet und hätten sie die Immobilie in Errungenschaftsgemeinschaft kroatischen Rechts erworben, so wäre in den Nachlass keine Immobilie gefallen, sondern lediglich der Anteil an der Errungenschaftsgemeinschaft. Gesamthänderisch gebundenes Vermögen stellt aber nach wohl h.M. kein unbewegliches Vermögen dar.<sup>33</sup> Eine Rechtswahl – auch eine konkludente – würde damit ins Leere gehen.

## 5. Doppelehe

Die Formerleichterungen des gemeinschaftlichen Testaments sind Ehegatten vorbehalten. Der Erblasser war zweimal verheiratet. Ob die zweite Ehe wirksam ist, ist als sogenannte Vorfrage selbstständig anzuknüpfen. Die Voraussetzungen der Eheschließung beurteilen sich nach Art. 13 EGBGB. Staatenlose werden gem. Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 EGBGB nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort beurteilt. Gem. Art. 220 EGBGB findet jedoch das alte EGBGB Anwendung auf Ehen, die vor dem 1.9.1986 geschlossen wur-

<sup>25</sup> Kemp, Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht, 1998, 122.

<sup>26</sup> Staudinger/Otte, 13. Aufl. 1996, Vorb. zu §§ 2064 Rdnr. 84.

<sup>27</sup> Staudinger/Otte, a.a.O., Vorb. zu §§ 2064 Rdnr. 98.

<sup>28</sup> Tiedemann, Rechtswahl im deutschen internationalen Erbrecht, RabelsZ 55 (1991), 17, 30; Staudinger/Dörner, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 502.

<sup>29</sup> Staudinger/Dörner, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 502; Kryzwon, Die Rechtswahl im Erbrecht, BWNZ 1987, 4, 6; Tiedemann, a.a.O., RabelsZ 55 (1991), 30; Schotten, Probleme des Internationalen Privatrechts im Erbscheinsverfahren, Rpfleger 1991, 181, 188.

<sup>30</sup> BGHZ 22, 364; NJW 1977, 1728; OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 575; kritisch Habermann, Stillschweigender Erb- und Pflichtteilsverzicht im notariellen gemeinschaftlichen Testament – BGH, NJW 1977, 1728, JuS 1979, 169, 173.

<sup>31</sup> S. zum Erbverzicht Keim, Der stillschweigende Erbverzicht, ZEV 2000, 1, 3 f.

<sup>32</sup> Zum Umfang Staudinger/Dörner, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 477.

<sup>33</sup> BGHZ 24, 352; Erman/Hohloch, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 18; Münch-KommBirk, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 65; Palandt/Heldrich, a.a.O., Art. 25 Rdnr. 7; Kropholler, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2001, § 45 IV 4; a.A. KG FGPrax 2000, 244; Dörner, Probleme des neuen Internationalen Erbrechts, DNotZ 1988, 67, 95, Döbereiner, Die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB bei ausländischem Güterrechtsstatut, MittBayNot 2001, 264; Feuerborn, Anm., JR 2002, 108.

den. Die Voraussetzungen der Eheschließung regelte Art. 13 EGBGB a.F. und Art. 29 EGBGB a.F. bestimmte, dass Staatenlose nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort zu beurteilen sind. Aber auch danach galt, dass sich die sachlichen Voraussetzungen der Eheschließung nach dem Heimatrecht eines jeden Verlobten richten. Damit ist nach deutschem Recht über die Frage zu entscheiden, ob eine Ehe wirksam zustande kam. In Deutschland darf eine polygame Ehe aber selbst dann nicht eingegangen werden, wenn das Heimatrecht die Mehrehe gestattet, da die Einehe zum deutschen *ordre public* zu zählen ist.<sup>34</sup> Allerdings sind bigamische Ehen so lange wirksam, wie sie nicht für nichtig erklärt wurden.<sup>35</sup> Da eine Nichtigkeitsklage nicht erhoben wurde, galten die Ehegatten somit als miteinander verheiratet, so dass ihnen die Möglichkeit offen stand, ein gemeinschaftliches Testament auf der Basis einer Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB zu errichten.

Dr. Wolfgang Riering LL.M., Würzburg

<sup>34</sup> Staudinger/von Bar/Mankowski, 13. Aufl. 1996, Art. 13 Rdnr. 252.

<sup>35</sup> Staudinger/von Bar/Mankowski, a.a.O., Art. 13 Rdnr. 315.

## Zivilprozessrecht, Schlichtung

14. EGZPO § 15a Abs. 1, BaySchlG Art. 1 Ziff. 2b (*Keine Nachholung der Schlichtung*)

**Nach Erhebung der Klage kann eine nach dem bayerischen Schlichtungsgesetz erforderliche Schlichtung nicht mehr nachgeholt werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

AG Nürnberg, Urteil vom 9.4.2002 – 14 C 8577/01 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Parteien sind Nachbarn und streiten.

Mit Klageschrift vom 25.10.2001, den Beklagten zugestellt am 7.11.2001, behaupten die Kläger, durch die starken Wurzeln der Thujahecke werde die Hoffläche vor der Garage der Kläger beschädigt. Die Kosten für die Schadensbeseitigung in Höhe von 6.217,60 DM machen die Kläger vorliegend geltend.

Nachdem die Kläger im Termin vom 14.12.2001 unentschuldig nicht erschienen sind, erging gegen sie auf Antrag der Beklagten klageabweisendes Versäumnisurteil. Dagegen haben die Kläger Einspruch eingelegt.

Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 15.1.2002 ein „Zeugnis über einen erfolglosen Schlichtungsversuch“ eines Notars vom 3.1.2002 vorgelegt, aus welchem sich ergibt, dass ein Schlichtungsverfahren zwischen den Parteien auf Antrag der Kläger vom 26.11.2001 (erfolglos) durchgeführt wurde.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist teilweise unzulässig, teilweise unbegründet.

Soweit die Kläger einen Kostenbeseitigungsvorschuss für die Instandsetzung der Garageneinfahrt in Höhe von 3.179,01 EUR geltend machen, ist die Klage unzulässig. Es handelt sich insoweit um eine Streitigkeit aus dem Nachbarrecht, für die nach 15 a Abs. 1 Ziffer 2 EGZPO bzw. Art. 1 Ziff. 2 b BaySchlG eine Schlichtung erforderlich ist. Zwar ist für den geltend gemachten Anspruch der Kläger nicht § 910 BGB Anspruchsgrundlage, sondern § 823 Abs. 1 BGB (vgl. *Palandt/Bassenge*, 61. Auflage, § 910 BGB, Rdnr. 4). Letzten Endes steht dieser Anspruch aber in engem Zusammenhang

mit der Vorschrift des § 910 BGB. Dies zeigt bereits die Anspruchs begründung der Kläger, wonach eben die Wurzeln der Thujahecke der Beklagten den Schaden verursacht haben sollen und es sogar Teil der Schadensbeseitigung ist, diese Wurzeln partiell zu entfernen. Es kann somit für die Entscheidung der Frage, ob eine nachbarrechtliche Streitigkeit im Sinne des Schlichtungsgesetzes vorliegt, nicht allein darauf ankommen, welche Anspruchsgrundlage einschlägig ist, sondern es muss nach Sinn und Zweck des Gesetzes entschieden werden. Davon geht offensichtlich auch die Kommentierung von *Gummer in Zöller*, ZPO, 23. Auflage, aus. Dort heißt es bei § 15 a EGZPO unter Rdnr. 5, dass auch vermögensrechtliche Ansprüche, die aus den nachbarrechtlichen Vorschriften erwachsen, unter § 15 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGZPO fallen. Dem schließt sich das Gericht insoweit an. Es wäre letzten Endes widersinnig, wenn ein Anspruch auf Beseitigung der Wurzeln eine nachbarrechtliche Streitigkeit wäre, die eine obligatorische Schlichtung zur Voraussetzung hätte und der Anspruch auf Schadenersatz für die durch die selben Wurzeln entstandenen Schäden keine nachbarrechtliche Streitigkeit wäre.

Damit aber ist Prozessvoraussetzung die Durchführung der Schlichtung. Eine solche Schlichtung wurde – nach Hinweis des Gerichts – auch im Laufe des Prozesses durchgeführt. Die Kläger haben mit Schriftsatz vom 15.1.2002 ein „Zeugnis über einen erfolglosen Schlichtungsversuch“ vom 3.1.2002 vorgelegt. Die Vorlage dieses Zeugnisses beseitigt die Unzulässigkeit der Klage aber nicht. Zwar ist nach *Gummer* (in *Zöller*, ZPO, 23. Auflage, § 15 a EGZPO Rdnr. 25) die Schlichtung während des Prozesses nachholbar. Das Gericht schließt sich dieser Meinung jedoch nicht an. Im Bayerischen Schlichtungsgesetz heißt es nämlich ausdrücklich, dass „eine Klage erst erhoben werden“ kann, wenn die Parteien einen Schlichtungsversuch unternommen haben. Zum Zeitpunkt der Klageerhebung lag aber ein Schlichtungsversuch nicht vor und kann auch nicht mehr vorliegen. Nach § 253 Abs. 1 ZPO erfolgt die Erhebung der Klage nämlich durch Zustellung eines Schriftsatzes (Klageschrift). Damit aber kann nach Erhebung der Klage die nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz vorgesehene Schlichtung nicht mehr nachgeholt werden (vgl. insoweit auch Amtsgericht Nürnberg, Az.: 29 C 3887/01, abgedruckt in *NJW* 2001 Seite 3489). (...)

*Anmerkung der Schriftleitung: ebenso auch AG Nürnberg, Urteil vom 14.2.2001 – 20 C 567/02 –, NJW-RR 2002, 430, sowie LG Ellwangen, Urteil vom 1.3.2002 – 1 S 18/02 –, NJW-RR 2002, 936.*

## Beurkundungs- und Notarrecht

15. BNotO § 7 Abs. 1 (*Vorrang eigener Notarassessoren vor auswärtigen Bewerbern*)

**Wenn ein überdurchschnittlich geeigneter Notarassessor, der die Ernennungsvoraussetzungen (§ 7 Abs. 1 BNotO) im Zeitpunkt des voraussichtlichen Amtsantritts erfüllt, mit einem in einem anderen Bundesland amtierenden Notar konkurriert, kann die Justizverwaltung ihr Auswahlmessen in dem Sinne ausüben, dass sie dem Notarassessor aus dem eigenen Anwärterdienst den Vorzug gibt, ohne zuvor in einen näheren Leistungsvergleich zwischen diesen beiden Bewerbern einzutreten.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 13/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Der 1959 geborene Antragsteller hat 1986 in Nordrhein-Westfalen die Abschlussprüfung der einstufigen Juristenausbildung „sehr gut“ bestanden. Er war vom 2.1.1989 bis zum 31.3.1991 Notarassessor im Bereich der Rheinischen Notarkammer und ist seit dem 1.4.1991 Notar in den neuen Bundesländern.

Der Antragsgegner schrieb am 15.1.2001 mit einer Bewerbungsfrist bis zum 15.2.2001 eine Notarstelle in G. aus. Auf diese Stelle bewarben sich neben dem Antragsteller ein Notar aus Sachsen und fünf Notarassessoren aus Nordrhein-Westfalen, darunter der weitere Beteiligte. Dieser hat in den Jahren 1992 und 1996 die beiden juristischen Staatsprüfungen in Nordrhein-Westfalen jeweils mit „vollbefriedigend“ abgelegt und ist seit dem 1.7.1998 als Notarassessor im Notaranwärterdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. In der letzten dienstlichen Beurteilung des Präsidenten der Rheinischen Notarkammer sind seine Fähigkeiten und fachlichen Leistungen mit „gut“ (13 Punkten) beurteilt worden. Der Antragsgegner teilte dem Antragsteller mit Verfügung vom 5.6.2001 mit, es sei beabsichtigt, die ausgeschriebene Stelle einem Mitbewerber zu übertragen. Vorgesehen ist hierfür nach der Besetzungsentscheidung des Antragsgegners vom 31.5.2001 – nachdem sich die Bewerbungen zweier weiterer Bewerber aus Nordrhein-Westfalen anderweitig erledigten – der weitere Beteiligte. Mit Schreiben vom 12.6.2001 teilte der Antragsgegner dem Antragsteller auf Anfrage ergänzend mit, bei seiner Besetzungsentscheidung habe er im Rahmen des eingeräumten Ermessens von der Regel des § 7 Abs. 1 BNotO Gebrauch gemacht.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller. Das Oberlandesgericht (Senat für Notarsachen) hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen und den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgt der Antragsteller seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung weiter.

*Aus den Gründen:*

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 111 Abs. 4 BNotO, § 42 Abs. 2 BRAO), hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 BNotO soll in der Regel zur hauptberuflichen Amtsausübung als Notar nur bestellt werden, wer einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um Bestellung bewirbt; jedenfalls die letztgenannte Voraussetzung liegt bei dem Antragsteller nicht vor. Da aber die genannten Erfordernisse nicht zwingend für die Bestellung zum Notar vorausgesetzt werden, können auch andere ansonsten geeignete Personen (sog. Seiteneinsteiger) zu Notaren bestellt werden. Dass es sich dabei auch um Notare handeln kann, die in einem anderen Bundesland tätig sind, versteht sich von selbst. In einem solchen Fall geht es zwar nicht um einen Amtssitzwechsel (§ 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO) im eigentlichen Sinne (vgl. Senatsbeschluss vom 26.3.2001 – NotZ 31/00 – DNotZ 2001, 731; *Schippel-Lemke* BNotO, 7. Aufl., Art. 13 3. BNotOÄndG Rdnr. 10: „Bestellungswechsel“). Nicht anders als bei der Besetzung einer Notarstelle durch Verlegung des Amtssitzes eines bereits bestellten Notars (vgl. für diesen Fall Senatsbeschlüsse vom 5.2.1996 – NotZ 25/95 – DNotZ 1996, 906 und vom 26.3.2001 – NotZ 28/00 – NJW-RR 2001, 1427) ist aber bei der Prüfung der Bestellung eines sog. Seiteneinsteigers zum Notar ein erheblicher Ermessensspielraum gegeben, der nur in den Grenzen des § 111 Abs. 1 Satz 3 BNotO gerichtlich überprüfbar ist.

a) Eine fehlerfreie Ermessensentscheidung setzt voraus, dass sich die Landesjustizverwaltung ihres Ermessensspielraums in Bezug auf die Regel des § 7 Abs. 1 BNotO überhaupt bewusst ist (Senatsbeschlüsse vom 6.6.1970 – NotZ 2/70 – DNotZ 1970, 751 f und vom 26.3.2001 – NotZ 31/00 – a.a.O.). Davon ist hier auszugehen. Zwar ergibt sich dies nicht unmittelbar aus dem Bescheid des Antragsgegners vom 5.6.2001, wohl aber aus der zusätzlich erteilten Aus-

kunft, dass der Antragsgegner im Rahmen des Ermessens von der Regel des § 7 Abs. 1 BNotO Gebrauch gemacht habe. Bestätigt wird dies durch den „Besetzungsvorgang“ des Antragsgegners, dem zu entnehmen ist, dass der Antragsgegner vor seiner Entscheidung in eingehende Ermessenserwägungen eingetreten ist. Diese Handhabung steht im Übrigen in Einklang mit der sonstigen Besetzungspraxis des Antragsgegners, der in letzter Zeit in drei Fällen Notarstellen an Notare übertragen hat, die nicht zuvor in seinem Anwärterdienst standen.

b) Mit der vorliegend getroffenen Entscheidung, zu Lasten des Antragstellers die in Rede stehende Notarstelle dem weiteren Beteiligten als einem im Anwärterdienst des Antragsgegners befindlichen Notarassessor bereitzustellen, hat sich der Antragsgegner im Rahmen des ihm nach § 7 Abs. 1 BNotO zur Verfügung stehenden Ermessensbereichs bewegt.

aa) Die Vorschrift dient der Steuerung des Zugangs zum Notarberuf. Die Regelvoraussetzung der Zugehörigkeit zum Anwärterdienst des Landes der zu besetzenden Notarstelle soll nicht nur sicherstellen, dass die aus dem Anwärterkreis des Landes zu bestellenden Notare mit den spezifischen landesrechtlichen Vorschriften und Besonderheiten hinreichend vertraut sind. Vielmehr soll sie vor allem eine strukturell vernünftige und vorausschauende, an den Bedürfnissen der Rechtspflege ausgerichtete Personalplanung ermöglichen. Gemäß § 4 Abs. 1 BNotO werden nur so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Hinsichtlich der Anzahl der auszuschreibenden Notarstellen steht der Landesjustizverwaltung ein weites Organisations- und Planungsermessen zu (BVerfGE 73, 280, 292 ff.). Da Regelvoraussetzung für die Bestellung zum hauptberuflichen Notar die Ableistung eines dreijährigen Anwärterdienstes als Notarassessor ist (§ 7 Abs. 1 BNotO), muss die Landesjustizverwaltung eine ausreichende Anzahl an Notarassessoren in den Anwärterdienst aufnehmen, um den drei Jahre später vorauszu sehenden Bedarf an Notaren abzudecken. Die grundsätzliche Entscheidung über den Berufszugang fällt mithin bereits bei der Einstellung als Notarassessor. Umgekehrt geht es bei der Stellenbesetzung für die Bundesländer, die das hauptberufliche Notariat haben, darum, in Vollzug der Bundesnotarordnung ihre vorausschauende Personalplanung zu verwirklichen.

bb) Der Notarassessor steht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staat. Hieraus ergibt sich eine Fürsorgepflicht der Landesjustizverwaltung, die es gebietet, nicht sein Vertrauen darauf zu enttäuschen, eine der vorhandenen Notarstellen in Zukunft zu erhalten. Durch die Ableistung des Anwärterdienstes erwächst dem Notarassessor eine Anwartschaft auf Bestellung zum Notar. Dieses Anwartschaftsrecht des Notarassessors ist bei der Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern um eine Notarstelle zu berücksichtigen. Der Anwärterdienst darf insbesondere nicht unberücksichtigt bleiben, wenn sich der Notarassessor als geeignet für die Bestellung zum Notar erwiesen hat (vgl. Senatsbeschluss vom 6.6.1970 – NotZ 2/70 – DNotZ 1970, 751). Bewirbt sich neben einem Notarassessor ein bereits bestellter Notar um eine ausgeschriebene Notarstelle, so berührt eine Besetzung durch den bereits amtierenden Notar die Anwartschaft des anderen Bewerbers nur dann nicht, wenn aufgrund der Amtssitzverletzung eine andere Notarstelle frei wird. Letzteres ist bei einer länderübergreifenden „Amtssitzverlegung“ gerade nicht der Fall. Umgekehrt hat die Landesjustizverwaltung keine vergleichbare Fürsorgepflicht gegenüber einem Notarbewerber, der eine – wie der Antragsteller geltend macht, ohne allerdings konkret die Unzumutbarkeit seiner derzeitigen wirt-

schaftlichen Situation darzulegen – weniger attraktive Amtsstelle in einem anderen Bundesland innehat. Anderes gilt nach Auffassung des *Senats* selbst dann nicht, wenn sich aufgrund der neueren Entwicklungen in den neuen Bundesländern das Gebührenaufkommen der Notariate „dramatisch“ verschlechtert haben sollte. Es wäre gegebenenfalls Sache der Justizverwaltung in dem jeweiligen neuen Bundesland, die Zahl der Notariate und die Personalplanung auf die neuen Verhältnisse auszurichten. Die Justizverwaltung eines (alten) Bundeslandes ist nicht verpflichtet und nicht in der Lage, durch ihre Personalpolitik die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse in allen Bundesländern zu gewährleisten.

cc) Dies bedeutet, dass jedenfalls dann, wenn – wie hier – ein erheblich überdurchschnittlich geeigneter Notarassessor, der die Ernennungsvoraussetzungen (§ 7 Abs. 1 BNotO) erfüllt, mit einem in einem anderen Bundesland bereits amtierenden Notar konkurriert, die Justizverwaltung ihr Auswahlermessen in dem Sinne ausüben kann, dass sie „ihrem“ Notarassessor den Vorzug gibt, ohne zuvor in einen näheren Leistungsvergleich zwischen diesen beiden Bewerbern einzutreten (vgl. zur Auswahl zwischen einem Anstellungs- und einem Versetzungsbewerber um eine Richterplanstelle OVG Lüneburg NdsRpfl. 2001, 418). Ob bei (auffälligen) erheblichen Leistungsunterschieden zwischen den Bewerbern – im Blick auf Art. 3, 12, 33 Abs. 2 GG und das Prinzip der Bestenauslese – ein anderer Ermessensmaßstab gelten müsste, kann dahinstehen. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

c) Die vorliegende konkrete Handhabung der Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO durch den Antragsgegner bei seiner Besetzungsentscheidung verletzt den Antragsteller nicht in seinen Rechten aus Art. 3, 12 Abs. 1, 33 Abs. 2 GG.

Notare üben einen staatlich gebundenen Beruf aus, für den grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 GG gilt. Da sie Inhaber eines öffentlichen Amtes sind, finden allerdings Sonderregelungen an Anlehnung an Art. 33 GG Anwendung, die die Wirkungen des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG zurückdrängen können (BVerfGE 7, 377, 398; 17, 371, 377 ff.; 73, 280, 292). § 7 BNotO enthält eine verfassungsmäßig grundsätzlich nicht zu beanstandende subjektive Zulassungsvoraussetzung für den Notarberuf, die allerdings, soweit sie sich – wie hier § 7 Abs. 1 BNotO – auf einen bereits amtierenden Notar auswirkt, nur dessen Berufsausübung berührt. Grundsätzlich verfassungsgemäß ist auch der der Justizverwaltung bei der Auswahl der Notare im Rahmen ihrer Organisationsgewalt eingeräumte Ermessensspielraum, in dem die erörterten öffentlichen Interessen Berücksichtigung finden. Zwar sind die öffentlichen Interessen, wie das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss vom 20.9.2000 (1 BvR 819/01, 1 BvR 826/01 – DNotZ 2002, 831) ausgeführt hat, im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zu gewichten und mit verhältnismäßigen Mitteln durchzusetzen (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 1.7.2002 – 1 BvR 152/02 – NJW 2002, 3090 mit dem Hinweis auf die Gewährleistung der Chancengleichheit der Bewerber). Bei der insoweit erforderlichen Abwägung ist jedoch auch und gerade die grundrechtliche Position der Notaranwärter, die sich erst um ein Amt auf Lebenszeit bemühen, zu berücksichtigen.

2. Der *Senat* tritt dem Oberlandesgericht auch darin bei, dass die Besetzungsentscheidung des Antragsgegners nicht deswegen ermessensfehlerhaft war, weil der Antragsgegner einem Mitbewerber den Vorzug gegeben hat, der bei Ablauf der Bewerbungsfrist (vgl. § 6b Abs. 4 Satz 1 BNotO) den in § 7 Abs. 1 BNotO in der Regel geforderten dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor – mit zwei Jahren und sieben-einhalb Monaten – noch nicht vollständig abgeleistet hatte.

Die Soll-Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO lässt auch insoweit Ausnahmen zu, wie sich auch im Zusammenhang mit § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO ergibt. Nach dieser Vorschrift kann die Justizverwaltung für den Fall des § 7 Abs. 1 BNotO – also auch bezüglich des Erfordernisses der dreijährigen Mindestdauer des Anwärterdienstes als Notarassessor – einen vom Zeitpunkt des Ablaufs der Bewerbungsfrist abweichenden Stichtag „bestimmen“. Nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift soll es auch denjenigen Notarassessoren ermöglicht werden, an der Ausschreibung teilzunehmen, deren Ausbildung zu einem dem Zeitpunkt der Amtsbesetzung nahekommenden Zeitpunkt abgeschlossen ist und die damit ebenso wie die anderen Bewerber „bestellungsreif“ sind. Dementsprechend hat der Antragsgegner in § 2 Abs. 3 Satz 3 der Neufassung der Allgemeinen Verfügung Angelegenheiten der Notarinnen und Notare (AVNot) vom 8.3.2000 (JMBl. NRW S. 69) bestimmt, dass der Zeitpunkt für den Fall des § 7 Abs. 1 BNotO das Datum des voraussichtlichen Amtsantritts ist. Diese ausdrückliche Regelung durch allgemeine Verwaltungsanordnung war allerdings, wie der Vertreter des Antragsgegners in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* erläutert hat, gemessen an der bisherigen Verwaltungspraxis des Antragsgegners lediglich „deklaratorischer“ Natur. Bereits davor hat der Antragsgegner, wie er unwidersprochen vorgetragen hat, in ständiger Verwaltungspraxis das Ausschreibungsverfahren unter Einbeziehung eines möglichen Ausschreibungs- und Beststellungszeitraums von fünf bis sieben Monaten durchgeführt. Diese Verwaltungspraxis war nach der Darstellung des Antragsgegners im Bewerberkreis allgemein bekannt, und die Bewerber hatten sich hierauf eingestellt. Angesichts einer solchen Verwaltungspraxis ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner wie bei einer „Bestimmung“ nach Maßgabe des § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO auch im Streitfall als Zeitpunkt, zu dem regelmäßig ein dreijähriger Anwärterdienst abgeleistet sein sollte, denjenigen des voraussichtlichen Amtsantritts zugrunde gelegt hat. (...)

16. BGB § 662; BNotO § 19 Abs. 1, § 19a Abs. 1 Satz 1 (*Angestelltenhaftung wegen fehlerhaften Gebrauchs einer Auflassungsvollmacht*)

- a) **Zur Haftung des Angestellten des Urkundsnotars, wenn von einer dem Angestellten von den Vertragsparteien erteilten Auflassungsvollmacht fehlerhaft Gebrauch gemacht wird.**
- b) **Die Haftung des Angestellten stellt für den Geschädigten keine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dar.**

BGH, Urteil vom 14.11.2002 – III ZR 87/02 –

*Zum Sachverhalt:*

Am 30.11.1999 verkauften die klagenden Eheleute eine in ihrem Eigentum stehende Grundstücksteilfläche an ihre Schwiegertochter zum Preis von 50.000 DM. Der Kaufvertrag wurde von dem Notar V. beurkundet, bei dem die Beklagte als Bürovorsteherin tätig ist.

Nach § 5 des Vertrags sollte die Auflassung nach Vorliegen der Abschreibungsunterlagen des Katasteramtes und Zahlung des Kaufpreises erfolgen. In der Vertragsurkunde erteilten die Vertragsparteien der Beklagten und einer weiteren Notariatsangestellten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Auflassungsvollmacht. Darüber hinaus bevollmächtigten sie die beiden Angestellten, alle zur Durchführung des Kaufvertrags etwa noch notwendig werdenden Erklärungen für die Beteiligten allen Behörden gegenüber abzugeben und Anträge jeder Art zu stellen und zurückzunehmen.

Obwohl der Kaufpreis nicht bezahlt war, beurkundete der Notar V. am 1.12.1999 die von der Beklagten unter Bezugnahme auf die im Kaufvertrag erteilte Vollmacht abgegebene Auflassungserklärung.

Am 23.12.1999 bewilligte und beantragte die Käuferin zugunsten der O. L.-Bank die Eintragung zweier Briefgrundschulden über 50.000 DM und 25.000 DM. Die Grundschulden wurden zugleich mit der Eigentumsumschreibung am 11.1.2000 in das Grundbuch eingetragen.

Die Kläger nahmen zunächst den Notar V. vor dem Landgericht auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Die Klage wurde abgewiesen, weil nach Auffassung des Landgerichts der gegen die Erwerberrin gerichtete Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO darstellte.

Nummehr nehmen die Kläger die Beklagte auf Zahlung von Schadensersatz in Anspruch. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der – zugelassenen – Revision verfolgen die Kläger ihr Zahlungsverlangen weiter.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Erteilt eine Vertragspartei zur Durchführung eines Grundstückskaufvertrags einem Dritten Auflassungsvollmacht, so liegt der Vollmachterteilung, wenn der Bevollmächtigte – wie hier – unentgeltlich tätig werden soll, regelmäßig ein Auftrag (§ 662 BGB) zugrunde. Die Begründung einer „Vollmacht ohne Innenverhältnis“ (sog. isolierte Vollmacht) ist zwar möglich (vgl. BGH, Urteil vom 9.3.1990 – V ZR 244/88 – NJW 1990, 1721, 1722), aber unüblich (*Staudinger/Schilken*, BGB, 13. Bearb., § 167 Rdnr. 2). Von einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis kann angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung eines Grundstücksgeschäfts und der erheblichen Schadensfolgen, die – für den Bevollmächtigten erkennbar – bei einem fehlerhaften Gebrauch der Vollmacht eintreten können, nicht ausgegangen werden (vgl. BGHZ 21, 102, 107).

Demzufolge kommt bei einem abredewidrigen Gebrauch der Vollmacht eine Haftung des Bevollmächtigten aus positiver Vertragsverletzung des Auftrags in Betracht. Diese Vertrags- und Haftungslage stellt sich auch dann nicht grundsätzlich anders dar, wenn es sich bei dem Bevollmächtigten – wie hier – um einen Angestellten des Urkundsnotars handelt.

1. Entgegen der Auffassung der Revisionserwidern steht die Annahme eines unmittelbaren privatrechtlichen Auftragsverhältnisses zwischen der Vertragspartei und dem Notariatsangestellten nicht in Widerspruch zu der Funktion des Urkundsnotars.

Bei Ausübung der Urkundstätigkeit einschließlich der der Beurkundung vorangehenden Aufklärungs- und Beratungstätigkeit und der der Beurkundung nachfolgenden Vertragsdurchführungs- und Abwicklungstätigkeit handelt der Notar ausschließlich als Träger eines öffentlichen Amtes. Die Rechtssuchenden treten ihm nicht als Vertragspartner, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis als Verfahrensbeteiligte gegenüber. Die im Zusammenhang mit einem Urkundersuchen stehenden Rechte und Pflichten treffen grundsätzlich den Notar allein. Die hoheitliche Funktion des Notars als unabhängiger Amtsträger und seine Verpflichtung zur persönlichen, selbstständigen Amtsausübung haben zur Folge, dass die Notariatsangestellten bei Erledigung der ihnen übertragenen Arbeiten im Allgemeinen weder (öffentlich-rechtliche) Amts- noch (privatrechtliche) Vertragspflichten gegenüber den an einem Urkundsgeschäft beteiligten Personen haben (*Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 154). Dies gilt unabhängig davon, ob und inwieweit der Notar bei Erfüllung seiner originären Amtspflichten zu seiner Arbeits-

erleichterung ausnahmsweise seine Angestellten heranziehen darf und ob und inwieweit er sich im Rahmen seiner Haftung nach § 19 Abs. 1 BNotO das Verschulden dieser Personen entsprechend dem Grundgedanken des § 278 BGB wie eigenes Verschulden zurechnen lassen muss (vgl. hierzu BGHZ 131, 200, 205 ff.).

Die in der Natur der notariellen Amtstätigkeit liegenden Gründe, die der Annahme besonderer Rechtsbeziehungen zwischen einem Urkundsbeteiligten und einem Angestellten des Notars entgegenstehen, kommen jedoch dann nicht zum Tragen, wenn es – wie hier – um die dem Vertragschluss nachfolgende Auflassung des verkauften Grundbesitzes geht. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG ist die Beurkundung von Willenserklärungen unwirksam, wenn der Notar selbst an der Beurkundung beteiligt ist. Dem Notar ist es daher nicht möglich, im Rahmen des ihm als Amtsträger anvertrauten Vollzugs des beurkundeten Kaufvertrags die Auflassung im Namen der Vertragschließenden selbst zu erklären. Wird nun zur Vermeidung der Unwirksamkeitsfolge des § 6 BeurkG einem Notariatsangestellten Auflassungsvollmacht erteilt, so tritt dieser, wenn er von dieser Vollmacht Gebrauch machen und die Auflassung erklären will, dem Urkundsnotar als Verfahrensbeteiligter mit einem (weiteren) Urkundersuchen entgegen. Insofern stellt sich die Rechtslage beurkundungsrechtlich nicht wesentlich anders dar als in den Fällen, in denen die Vertragsparteien selbst oder sonstige für sie handelnde Vertreter den Notar um die Beurkundung der Auflassung ersuchen.

Da mithin der Gebrauch der Vollmacht außerhalb des notariellen Tätigkeitsbereichs liegt, besteht kein Grund, die Begründung besonderer privatrechtlicher Rechtsbeziehungen zwischen der Vollmacht erteilenden Vertragspartei und dem bevollmächtigten Büroangestellten für unvereinbar mit der Amtstätigkeit des Notars und dem dieser Tätigkeit zugrunde liegenden öffentlich-rechtlichen Verhältnis der Vertragsparteien zu dem Urkundsnotar zu erachten.

2. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht angenommen, dass die Kläger bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags den darin namentlich aufgeführten Notariatsangestellten konkludent das Angebot zum Abschluss eines Auftrags gemacht haben, das die Beklagte spätestens bei Erklärung der Auflassung angenommen hat. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. § 151 BGB). Weiter hat das Berufungsgericht gemeint, dass zwischen den klagenden Grundstückverkäufern und den Notariatsangestellten stillschweigend ein Haftungsausschluss vereinbart worden sei; zumindest sei im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung von einem derartigen Haftungsausschluss auszugehen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Für die Urkundsbeteiligten habe bei der Erteilung der Vollmacht nicht die Person der Bevollmächtigten oder ein zu diesen Personen bestehendes Vertrauensverhältnis im Vordergrund gestanden; maßgeblich sei vielmehr die Überlegung gewesen, dass jemand zur Verfügung stehe, der im Rahmen der weiteren Abwicklung des notariellen Grundstückskaufvertrags „unter Federführung des Notars“ für sie auftreten könne. Die Beteiligten des Auftragsverhältnisses seien ferner davon ausgegangen, dass dann, wenn der notarielle Kaufvertrag fehlerhaft abgewickelt werde und den Kaufvertragsparteien hieraus ein Schaden entstehe, der Urkundsnotar zu haften habe. Es habe kein Anlass bestanden, daneben die Grundlage für eine Haftung der bevollmächtigten Notariatsangestellten zu schaffen.

Dem ist nicht zu folgen.

a) Dem Parteivorbringen und den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich kein Anhalt dafür entnehmen, dass die Parteien bei Erteilung der Auflassungsvoll-

macht die Frage der Haftung bedacht haben. In einem solchen Falle ist für die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Haftungsverzichts kein Raum. Auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf der Grundlage des § 242 BGB kann eine Haftungsbeschränkung nur ausnahmsweise bejaht werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Geschädigte sich dem ausdrücklichen Ansinnen einer solchen Haftungsfreistellungsvereinbarung billigerweise nicht hätte versagen können. In diesem Zusammenhang sind die versicherungsrechtlichen Gegebenheiten von wesentlicher Bedeutung. Das Bestehen eines Haftpflichtversicherungsschutzes für den Schädiger spricht regelmäßig gegen eine Haftungsbeschränkung (vgl. BGH, Urteile vom 18.12.1979 – VI ZR 52/78 – NJW 1980, 1681, 1682 f.; vom 13.7.1993 – VI ZR 278/92 – NJW 1993, 3067, 3068 m.w.N.). Insoweit gilt vorliegend:

aa) Es spricht vieles dafür, dass für die Auswahl der zu bevollmächtigenden Personen deren berufliche Stellung als Notariatsangestellte und das sich hieraus ergebende Näheverhältnis zu dem – auch und gerade mit der Vertragsabwicklung und -durchführung „federführend“ betrauten – Urkundsnotar ausschlaggebend war. Ist aber ein Arbeitnehmer gerade mit Blick auf sein bestehendes Arbeitsverhältnis bereit, mit einem Dritten besondere vertragliche Abreden zu treffen, so ist es nach allgemeinen Grundsätzen in erster Linie Sache des Arbeitgebers, seinem Arbeitnehmer die daraus entstehenden Haftungsrisiken abzunehmen. Dagegen ist der Umstand, dass der Vertragspartner des Arbeitnehmers um diese Zusammenhänge weiß oder sie zumindest erkennen kann, für sich allein kein ausreichender Sachgrund dafür, ihn nach Treu und Glauben als verpflichtet anzusehen, bei einem vertragswidrigen Verhalten auf die Schadensersatzansprüche zu verzichten, die das Gesetz für diesen Fall bereithält (vgl. BGHZ 108, 305, 315 ff.).

bb) Nach § 19 a Abs. 1 Satz 1 BNotO ist der Notar verpflichtet, eine Berufshaftpflichtversicherung zu unterhalten zur Deckung der Haftpflichtgefahren für Vermögensschäden, die sich aus seiner Berufstätigkeit und der Tätigkeit von Personen ergeben, für die er haftet. Inwieweit aufgrund der Risikobeschreibung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Notaren (abgedruckt in DNotZ 1995, 721 ff.) das „Bevollmächtigtenrisiko“ für Notariatsangestellte vollständig abgesichert ist (vgl. hierzu *Haug* a.a.O. Rdnr. 158; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler* BNotO, 4. Aufl., § 19 a Rdnr. 20 unter Hinweis auf die Auffassung der Bundesnotarkammer, wonach jedenfalls die Haftung nach § 179 BGB mitversichert ist, DNotZ 1998, 513, 522), kann dahinstehen. Jedenfalls bestätigen die Vorschriften des § 19 a Abs. 1 Satz 1 BNotO und die Versicherungsbedingungen für die Berufshaftpflicht den Befund, dass die mit der Erteilung einer Auflassungs- und Vollzugsvollmacht an Notariatsangestellte verbundenen Risiken billigerweise nicht dem Notar und seinen Angestellten abgenommen und durch die Konstruktion eines Haftungsverzichts dem Vollmachtgeber aufgebürdet werden dürfen.

b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich auch nicht feststellen, dass für eine Haftung des Notariatsangestellten neben der Notarhaftung kein Bedürfnis besteht.

Allerdings ist der Revisionserwiderung zuzugeben, dass der mit dem Urkundsvollzug betraute Notar kraft seines Amtes die Prüfung, ob die kaufvertraglich festgelegten Voraussetzungen für die Auflassung vorliegen, nicht seinem Personal überlassen darf (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1988 – IX ZR 31/88 – NJW 1989, 586), und zwar selbst dann nicht, wenn seinem Personal Auflassungs- oder Vollzugsvollmacht erteilt

worden ist. Daher wird dann, wenn – wie hier – von einer Auflassungsvollmacht fehlerhaft Gebrauch gemacht worden ist, regelmäßig ein Notarverschulden vorliegen. Das bedeutet indes nicht, dass die Haftung des Notariatsangestellten aus positiver Vertragsverletzung völlig zu vernachlässigen ist. Sie kann etwa dann bedeutsam werden, wenn der Notar keinen hinreichenden Versicherungsschutz hat und selbst illiquide ist (*Haug* a.a.O. Rdnr. 158). Auch dann, wenn der Notariatsangestellte von seiner Vollmacht gegenüber einem anderen Notar Gebrauch macht (vgl. den der Entscheidung OLG Celle DNotZ 1973, 503, 504 zugrunde liegenden Sachverhalt), besteht die Gefahr einer Haftungslücke, sofern man die Haftung des bevollmächtigten Notariatsangestellten für vertraglich abbedungen hält.

3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt sich einer möglichen Inanspruchnahme des von einer Auflassungsvollmacht fehlerhaft Gebrauch machenden Notariatsangestellten auch nicht entgegenhalten, auf diese Weise würde die Subsidiarität der Notarhaftung unterlaufen.

Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, dass die Haftung eines Notariatsangestellten aus positiver Vertragsverletzung des der Auflassungsvollmacht zugrunde liegenden Auftrags mittelbar zu einer Erweiterung der Notarhaftung führen kann.

a) Nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO kann ein amtspflichtwidrig handelnder Notar, dem lediglich Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Als anderweitige Ersatzmöglichkeit kommen auch Ansprüche gegen den Vertragspartner oder solche Personen in Betracht, die als Vertreter des Geschädigten aufgetreten sind und ihrem Vollmachtgeber nach Auftrags- oder Dienstvertragsrecht haften (*Schippel/Haug*, BNotO, 7. Aufl., § 19 Rdnr. 86, 88; *Haug* a.a.O. Rdnr. 190, 197). Im Anschluss daran wird in der Literatur die Meinung vertreten, die Haftung des Vertreters stelle auch dann eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO dar, wenn es sich bei dem Vertreter um einen Angestellten des Notars handelt (so *Sandkühler* a.a.O. § 19 Rdnr. 6; *Haug* a.a.O. Rdnr. 156, 158). Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Aufgrund des in der Regelung über die Berufshaftpflichtversicherung (§ 19 a Abs. 1 Satz 1 BNotO) mit berücksichtigten Umstands, dass es wegen der bestehenden arbeitsvertraglichen Verbundenheit auch bei einer derartigen Fallkonstellation letztlich Sache des Notars ist, für „Bürofehler“ einzustehen, ist es allein sach- und interessengerecht, dass der Geschädigte gleich den Notar in Anspruch nehmen kann, er also nicht die „bürointernen“ Verantwortlichkeiten abklären und gegebenenfalls erst den Umweg über die Auftragshaftung des Angestellten einschlagen muss mit der Folge, dass sich der Notariatsangestellte seinerseits gezwungen sieht, seinen Freistellungs- oder Regressanspruch gegen den Notar geltend zu machen.

b) Unabhängig von der Frage der primären Notarhaftung kann der Anspruch des Angestellten auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen aus positiver Vertragsverletzung des Auftrags – die ihrerseits unbeschadet von etwaigen sonstigen Ansprüchen des Auftraggebers gegen Dritte bestehen – dazu führen, dass der Notar auf diesem Wege für Schäden aufkommen muss, die er selbst als Anspruchsverpflichteter nach § 19 Abs. 1 BNotO wegen der Subsidiarität seiner eigenen Haftung von sich weisen könnte.

Diese mittelbare Haftungserweiterung ist jedoch weder systemwidrig noch belastet sie den Notar unbillig. Denn sie beruht allein darauf, dass der Notariatsangestellte auf Veranlassung seines Arbeitgebers vertragliche Bindungen eingegan-

gen ist, aufgrund derer er Willenserklärungen mit Wirkung für und gegen seinen Vertragspartner abzugeben hat, die – wie die Auflassung des verkauften Grundbesitzes – außerhalb der notariellen Amtstätigkeit liegen.

II. Das Berufungsurteil ist aufzuheben. Eine abschließende sachliche Entscheidung des *Senats* (§ 565 Abs. 3 ZPO a.F.) kommt nicht in Betracht.

1. Das Berufungsgericht hat, von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beklagte ihre Pflichten als Beauftragte der Kläger schuldhaft verletzt hat. Dies ist nachzuholen. Hierzu ist zu bemerken:

Das Bestehen selbstständiger vertraglicher Beziehungen zwischen den Urkundsbeteiligten und dem Notariatsangestellten, die bei einem fehlerhaften Gebrauch von der Auflassungsvollmacht Grundlage von Schadensersatzansprüchen der geschädigten Vertragsparteien gegen den bevollmächtigten Angestellten sein können, darf nicht den Blick darauf verstellen, dass es regelmäßig nach den Vorstellungen aller Beteiligten unbeschadet der Vollmachterteilung vorrangig Sache des mit dem Urkundsvollzug betrauten Notars ist zu prüfen, ob die vertraglich festgelegten Voraussetzungen für die Auflassung erfüllt sind. Die Abgabe der Auflassungserklärung, bei der der Notariatsangestellte formal wie jeder andere Verfahrensbeteiligte mit einem Urkundersuchen an den Notar herantritt, soll unter der Anleitung oder, wie es das Berufungsgericht formuliert hat, „unter der Federführung“ des Notars erfolgen. Diese der Erteilung einer Auflassungsvollmacht an Notariatsangestellte regelmäßig zugrunde liegende Willensrichtung der Beteiligten ist von entscheidender Bedeutung bei der Bestimmung der dem Bevollmächtigten bei Durchführung des Auftrags obliegenden Vertragspflichten. So ist er dann, wenn der Notar die Auflassungsvoraussetzungen für gegeben erachtet, im Allgemeinen nicht dazu verpflichtet, nachzuprüfen, ob die Vorgehensweise des Notars in Einklang mit der Sach- und Rechtslage steht. Aufgrund dessen wird es in vielen Fällen, in denen ein Notariatsangestellter von einer ihm erteilten Auflassungsvollmacht objektiv fehlerhaft Gebrauch macht, schon an einer (schuldhaften) Pflichtverletzung fehlen, so dass die „Außenhaftung“ des Angestellten nur selten neben der Haftung des Notars nach § 19 Abs. 1 BNotO zum Tragen kommen wird.

Trotz dieser wesentlichen Einschränkungen der „Angestelltenhaftung“ kommt vorliegend ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte in Betracht:

Die Revision verweist auf die in dem zwischen den Klägern und dem Urkundsnotar geführten Vorprozess gemachte Zeugenaussage der Beklagten, wonach sie aufgrund der zahlreichen Vorsprachen des Klägers zu 1 den Eindruck gewonnen habe, dass die Sache sehr eilig sei; wegen der verwandtschaftlichen Beziehungen der Vertragsparteien habe es sich nach ihrem Gefühl ohnehin um ein „In-Sich-Geschäft“ gehandelt; darauf sei es wohl zurückzuführen, dass sie hinsichtlich der Zahlung des Kaufpreises „offensichtlich nicht hinreichend aufgepasst“ habe.

Sollte die tatrichterliche Würdigung dieser Aussage und des weiteren Parteivorbringens ergeben, dass die konkrete Entscheidung über das Ob und Wie der Grundstücksauflassung die Beklagte getroffen hat, so ist es nur folgerichtig, wenn sie bei Überschreitung der ihr vertraglich eingeräumten Befugnisse den geschädigten Urkundsbeteiligten gegenüber selbst zu haften hat.

2. Die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht gibt den Klägern Gelegenheit, ihren Klageantrag zu überdenken.

Die Kläger verlangen von der Beklagten Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen die Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Käuferin aus dem notariellen Vertrag vom 30.9.1999. Die Erfüllung des Kaufvertrags können die Kläger indes von der Beklagten keinesfalls verlangen.

Diese hat die Kläger allenfalls wirtschaftlich so zu stellen, wie sie bei pflichtgemäßem Verhalten der Beklagten gestanden hätten. Da nach dem Vorbringen der Kläger die Käuferin zur Finanzierung des Grundstückskaufs nicht in der Lage war und ist, war eine Realisierung der Kaufpreisforderung unabhängig vom Verhalten der Beklagten nicht zu erreichen. Der der Beklagten zuzurechnende Schaden der Kläger kann daher, wie sie im Übrigen selbst vorgetragen haben, nur darin bestehen, dass sie aufgrund des Fehlgebrauchs von der Auflassungsvollmacht ihr Eigentum verloren haben und wegen der eingetragenen Grundschulden keine Aussicht mehr besteht, bei einem Vorgehen nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. gegen die Käuferin ihr Eigentum lastenfrei zurückzuerhalten.

Inwieweit sich dieser, mit dem entgangenen Kaufpreis nicht deckungsgleiche, ersatzfähige Schaden bereits jetzt beziffern lässt, bedarf näherer Prüfung.

In diesem Zusammenhang wird sich das Berufungsgericht gegebenenfalls mit Blick auf § 254 BGB mit dem Vorbringen der Beklagten auseinanderzusetzen haben, die Kläger seien auf das Angebot der Beklagten nicht eingegangen, auf eine Rückabwicklung des Kaufvertrags und eine Löschung – jedenfalls – der als dingliche Sicherheit für die Kreditierung der Kaufpreisforderung gedachten Grundschuld über 50.000 DM hinzuwirken.

17. BNotO §§ 18 Abs. 3; 111 Abs. 1 Satz 1 und 2 (*Anfechtung der Entscheidung der Aufsichtsbehörde über Verschwiegenheitspflicht*)

**Nur der Notar – nicht dagegen ein Urkundsbeteiligter – ist berechtigt, die Entscheidung der Aufsichtsbehörde über die Pflicht zur Verschwiegenheit (§ 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO) mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 111 BNotO anzufechten.**

BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 17/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*; Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Das Oberlandesgericht Frankfurt am Main ordnete in einem Zivilrechtsstreit, in dem die Antragsteller auf Zahlung von Anwaltsgebühren verklagt sind, die Vernehmung von Notar S. an. Er sollte als Zeuge zu den Umständen eines von ihm beurkundeten Kaufvertrages der Antragsteller mit K. und W. gehört werden. Während die Antragsteller Notar S. von der Pflicht zur Verschwiegenheit entbanden, taten dies die Käufer nicht. Auf Anfrage des Notars entschied der Präsident des Landgerichts (die Antragsgegnerin) als für ihn zuständige Aufsichtsbehörde, dass Notar S. zur Verschwiegenheit verpflichtet sei. Hiergegen haben die Antragsteller gerichtliche Entscheidung gemäß § 111 BNotO beantragt. Das Oberlandesgericht hat den Antrag als unzulässig verworfen. Mit der sofortigen Beschwerde verfolgen die Antragsteller ihr Begehren, die Entscheidung des Präsidenten des Landgerichts aufzuheben, weiter und beantragen, die Antragsgegnerin zu verpflichten, Notar S. dahin zu bescheiden, dass er bezüglich der im Beweisbeschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main unter Abschnitt A I genannten Beweisthemen nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet sei.

*Aus den Gründen:*

Die sofortige Beschwerde ist unbegründet. Das Oberlandesgericht hat den Antrag zu Recht als unzulässig verworfen.

1. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung kann nur darauf gestützt werden, dass der angegriffene Verwaltungsakt den Antragsteller in seinen Rechten beeinträchtigt, weil er rechtswidrig sei (§ 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Die Verletzung bloßer Interessen genügt nicht. Die Antragsberechtigung ist gegeben, wenn die behaupteten Tatsachen eine Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers möglich erscheinen lassen. Das setzt voraus, dass die Verwaltung nach dem Vorbringen des Antragstellers Rechtssätzen zuwider gehandelt hat, die ausschließlich oder zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt sind (vgl. Senatsbeschlüsse vom 14.12.1992 – NotZ 10/92 – BGHR BNotO § 111 Abs. 1 Satz 2 Notarvertreter 1, vom 18.9.1995 – NotZ 46/94 – NJW 1996, 123, 124 und vom 10.3.1997 – NotZ 17/96 – DNotZ 1997, 824 [zu § 25 Abs. 1 Satz 2 DDR-NotVO]). Daran fehlt es im Verhältnis zu den Antragstellern des Streitfalles.

Der angegriffene Bescheid des Präsidenten des Landgerichts erging aufgrund § 18 Abs. 3 BNotO. Danach kann der Notar die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nachsuchen, wenn im Einzelfall Zweifel über die Pflicht zur Verschwiegenheit bestehen; soweit die Pflicht verneint wird, können daraus, dass sich der Notar geäußert hat, Ansprüche gegen ihn nicht hergeleitet werden. Die Vorschrift dient nicht dem Beweisinteresse der Urkundsbeteiligten, sondern dem Schutz des Notars. Ihm ermöglicht § 18 Abs. 3 BNotO gerade, sich möglichen Beeinflussungsversuchen von Urkundsbeteiligten zu entziehen und die Entscheidung in die Hände der am Urkundsgeschäft selbst unbeteiligten Behörde zu legen (*Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz 2000 § 18 BNotO Rdnr. 26). Diese hat – anders als bei der Entscheidung gemäß § 18 Abs. 2 zweiter Halbsatz BNotO – nicht das Recht, den Notar von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Sie stellt vielmehr nur fest, ob unter den gegebenen Umständen eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit besteht. Im Verfahren nach § 18 Abs. 3 BNotO wird – zur Sicherheit des Notars – lediglich geklärt, ob im Einzelfall überhaupt eine Verschwiegenheitspflicht besteht (vgl. Senatsbeschluss vom 14.7.1986 – NotZ 4/86 – DNotZ 1987, 162, 163 [zu § 18 Abs. 2 BNotO a.F.]; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 18 Rdnr. 63; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 4. Aufl. 2000, § 18 Rdnr. 108). Die Entscheidung der Aufsichtsbehörde kann – außer sonstigen Hauptverpflichteten (vgl. *Schippel* a.a.O. Rdnr. 3) – nur der Notar nachsuchen; anderen Personen steht diese Befugnis nicht zu (§ 18 Abs. 3 Satz 1 BNotO; *Schippel* a.a.O. Rdnr. 63; a.A. *Wieczorek*, ZPO, 2. Aufl. 1976, § 376 Anm. A III c 1). Gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde kommt dementsprechend allein dem Notar die Antragsberechtigung im Sinne des § 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO zu.

2. Die Antragsteller werden dadurch, dass sie die nach § 18 Abs. 3 BNotO ergangene Entscheidung über die Verschwiegenheitspflicht nicht gemäß § 111 BNotO anfechten können, nicht rechtsschutzlos gestellt. Richtet sich der Notar – was ihm freisteht (vgl. *Sandkühler* a.a.O. Rdnr. 109) – nach der Entscheidung der Aufsichtsbehörde und verweigert er das Zeugnis (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO), können die Antragsteller auf seiner Vernehmung bestehen. Dann hat das Zivilgericht den durch die Zeugnisverweigerung zwischen der beweisführenden Partei, hier den Antragstellern, und dem Zeugen entstandenen Zwischenstreit durch Zwischenurteil zu entscheiden (§ 387 ZPO; vgl. *Stein/Jonas/Chr. Berger*, ZPO,

21. Aufl. 1999, § 387 Rdnr. 2). Dabei ist das Zivilgericht an die Entscheidung der Aufsichtsbehörde (§ 18 Abs. 3 BNotO) nicht gebunden (vgl. *Schippel* a.a.O.).

18. BeurkG §§ 51, 54, FGG § 19 (*Vorbescheid vor Erteilung einer Ausfertigung*)

1. **Ein Notar kann im Rahmen der Entscheidung, wem Abschriften und Ausfertigungen einer Urkunde zu erteilen sind, einen Vorbescheid erlassen.**
2. **Ein solcher Vorbescheid kann mit der Beschwerde nach §§ 19 FGG, 54 BeurkG angefochten werden.**
3. **Der bei der Beurkundung vollmachtlos Vertretene hat keinen Anspruch auf Erteilung von Abschriften und Ausfertigungen der Urkunde.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

LG Stuttgart, Beschluss vom 6.12.2001 – 1 T 51/00 –

*Zum Sachverhalt:*

Die Beschwerdeführerin (nachfolgend „Bf“) wendet sich gegen die Erteilung einer Ausfertigung eines von Notar M. beurkundeten Erbteilsschenkungsvertrags an die Beschwerdegegnerin (nachfolgend „Bgg“).

Die Bf erklärte zur Urkunde des Notars einen Erbteilsschenkungsvertrag samt Übertragung des Erbteils am Nachlass ihres verstorbenen Vaters zu Protokoll. Dabei handelte die Bf im eigenen Namen und als Vertreterin ohne Vertretungsmacht für die Bgg. Der Nachlass des Vaters der Bf besteht im Wesentlichen nur noch aus einer Beteiligung an einem Gebäudegrundstück. Der Bgg wurde weder eine Ausfertigung noch eine beglaubigte Abschrift der Urkunde erteilt. Vielmehr ließ die Bf sich die für die Bgg bestimmte Abschrift der Urkunde einschließlich eines Entwurfs für eine von der Bgg abzugebende Genehmigungserklärung samt an die Bgg gerichtetes Anschreiben des Notars von diesem aushändigen. Sie bezahlte sämtliche Kosten des Notars und erklärte ihm, sie wolle keinen Vollzug der Urkunde.

Der Notar hat dem Erbschaftsteuerfinanzamt (gem. § 34 ErbStG) und dem Nachlassgericht (gem. § 2384 BGB) jeweils eine beglaubigte Abschrift der Urkunde übersandt. Mit Schreiben vom 10.3.1998 teilte der Notar dem Finanzamt mit, der Vorgang werde nicht durchgeführt.

Die Bf ließ der Bgg am 28.11.1997 mitteilen, sie sei grundsätzlich bereit, der Bgg den Erbteil ihres Vaters zu verkaufen. Mit weiterem Schreiben vom 6.4.1998 teilte sie der Bgg mit, dass ihr der Schenkungsvertrag nicht zur Genehmigung vorgelegt werde.

Die Bgg forderte ihrerseits mit Schreiben vom 29.6.1998 beim Notar eine beglaubigte Abschrift der Urkunde und die von ihr zu unterzeichnende Genehmigungserklärung an. Sie wurde ihr vom Notar nicht übersandt.

Durch Einsicht in die Akten des Amtsgerichts – Nachlassgericht – und des Finanzamts erlangte die Bgg Einblick in die dort jeweils befindliche beglaubigte Abschrift des Schenkungsvertrags. Daraufhin hat sie am 9.4.1999 die vollmachtlose Vertretung genehmigt und ihre Unterschrift am selben Tag beglaubigen lassen. Diese notariell beglaubigte Genehmigungserklärung wurde dem Notar übersandt mit dem Antrag, den Verfahrensbevollmächtigten der Bgg eine Ausfertigung der Schenkungsurkunde zu übersenden und zu bestätigen, dass der Schenkungsvertrag vollzogen werde.

Mit Schreiben vom 29.11.2000 kündigte der Notar der Bf an, er werde am 4.12.2000 der Bgg eine Ausfertigung der Schenkungsurkunde übersenden. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Bf.

Die Bgg beantragt die Zurückweisung der Beschwerde, weil mit dem Zugang ihrer Genehmigungserklärung beim Notar der Schenkungsvertrag wirksam geworden sei und sie nunmehr nach § 51 BeurkG Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung habe.

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Gem. § 54 BeurkG unterliegt die Entscheidung des Notars, wem Abschriften und Ausfertigungen der von ihm beurkundeten Erklärungen zu erteilen sind (§ 51 BeurkG) der Beschwerde, auf die die Vorschriften des FGG anzuwenden sind, § 54 Abs. 2 BeurkG.

2. Hier hat der Notar zwar noch keine Entscheidung über den Antrag der Bgg auf Erteilung einer Ausfertigung von der Schenkungsurkunde getroffen, er hat lediglich angekündigt, er beabsichtige, eine Ausfertigung zu erteilen. Im Rahmen des FG-Verfahrens ist eine Zwischenentscheidung in Form eines Vorbescheids zulässig, der mit der einfachen Beschwerde nach § 19 FGG bzw. § 54 BeurkG angefochten werden kann. Insofern ist die Situation vergleichbar mit dem Vorbescheid im Erbscheinerteilungsverfahren (vgl. hierzu BGHZ 20, 255 = NJW 1956, 987; KG OLGZ 1991, 144; BayObLG, MittBayNot 1998, 352) und mit dem Vorbescheid bei Erteilung einer nachlassgerichtlichen Genehmigung für ein Rechtsgeschäft eines Nachlassverwalters (Beschl. des BVerfG v. 18.1.2000, BGBI. I 2000, 444; NJW 2000, 1709; JZ 2000, 783 m. Anm. *Heß/Vollkommer*; MittBayNot 2000, 311 m. Anm. *Reiß*; Beschl. des Schleswig-Holsteinischen OLG v. 13.7.2000 – MittBayNot 2001, 80 und Beschl. des OLG Hamm v. 14.8.2000 – RNotZ 2001, 221). In diesen Fällen soll mittels des Vorbescheids vermieden werden, dass endgültige Rechtsverhältnisse geschaffen werden, die mit einer Beschwerdeentscheidung nicht oder nur unzureichend wieder rückgängig gemacht werden könnten. So ist es auch hier. Eine der Bgg erteilte Ausfertigung hätte dieselben Rechts(schein-)wirkungen wie eine Urschrift (§ 47 BeurkG). Mit dieser Ausfertigung könnte die Bgg eine Grundbuchberichtigung bezüglich des Nachlassgrundstücks vornehmen lassen (§§ 22, 19 GBO; 894 BGB), an die sich ein gutgläubiger Erwerb Dritter anschließen könnte (§ 892 BGB), noch bevor in einem Rechtsstreit die Wirksamkeit des Erbteilsschenkungsvertrags geprüft werden könnte. Selbst die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB oder schuldrechtliche Ansprüche nach §§ 816, 822 BGB wären nur unzureichende rechtliche Handhaben der Bf gegen einen drohenden Rechtsverlust. Aufgrund dieser Erwägungen hält die Kammer einen Vorbescheid wie ihn der Notar mit seinem Schreiben vom 29.11.2000 erlassen hat, auch im Rahmen von Entscheidungen nach § 51 BeurkG für zulässig. Ein solcher Vorbescheid kann mit der Beschwerde nach §§ 19 FGG, 54 BeurkG angefochten werden.

3. Der Erbteilsschenkungsvertrag ist nicht zustande gekommen, weil der Bgg die Erklärung der Bf, mit ihr einen Schenkungsvertrag schließen zu wollen, nicht mit Willen der Bf zugegangen ist. Deshalb geht auch die von der Bgg abgegebene Genehmigungserklärung ins Leere. Der Erbteilsschenkungsvertrag wurde als In-sich-Geschäft von der Bf geschlossen. Das von ihr erklärte Angebot auf Abschluss eines Schenkungsvertrags (§ 145 BGB) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB), die der Bgg nicht zugegangen ist. Im Zeitpunkt der Beurkundung hat die Bf das Angebot sich selbst als vollmachtloser Vertreterin der Bgg gegenüber erklärt, ohne dafür legitimiert gewesen zu sein. Im Zeitpunkt der Beurkundung ist das Angebot der Bf der Bgg also nicht zugegangen. In der Folgezeit hat die Bf den Zugang des Angebots an die Bgg auch bewusst verhindert, indem sie beim Notar alle für die Bgg bestimmten Erklärungen abgeholt und sie ihrem Verfahrensbevollmächtigten übergeben hat.

4. Darüber hinaus hat sie auch noch der Bgg gegenüber mit Schreiben vom 28.11.1997 und 6.4.1998 ausdrücklich mitge-

teilt, dass sie sich an ihre in der Schenkungsurkunde abgegebenen Erklärungen nicht gebunden fühle. Darin liegt zumindest ein Widerruf ihres Angebots im Sinne von § 130 Abs. 1 S. 2 BGB, so dass spätestens ab Zugang des Schreibens vom 28.11.1997 eine Annahme von Seiten der Bgg nicht mehr erfolgen konnte. Die Angebotsannahme hätte aus der Sicht der Bgg in der Form einer Genehmigung erfolgen sollen. Selbst wenn man die Einsichtnahme der beglaubigten Abschriften der Urkunde beim Finanzamt und beim Nachlassgericht als Zugang des Vertragsangebots ansehen wollte, so wäre das Angebot zu diesem Zeitpunkt bereits widerrufen gewesen, so dass eine Angebotsannahme nicht mehr erfolgen konnte.

Damit geht auch die von der Bgg erklärte Genehmigung ins Leere.

5. Die Bgg gehört auch nicht zu den Berechtigten, die eine Ausfertigung der Schenkungsurkunde nach § 51 BeurkG verlangen könnte. Denn die Erklärung wurde ohne Vollmacht für sie abgegeben und damit letztlich nicht von ihr, sondern von der Bf. Darüber hinaus dürfte der Notar ohnehin der Bgg keine Ausfertigung mehr erteilen, weil er damit über § 47 BeurkG einen Rechtsschein erzeugen würde, der der Schenkungsurkunde heute nicht mehr zukommt. Nach § 14 Abs. 2 BNotO ist dem Notar eine solche Handlung nicht gestattet.

## Kostenrecht

19. KostO § 154 (*Aufschlüsselung des Geschäftswerts in der Kostenrechnung*)

**Zur Verpflichtung des Notars, in der Kostenrechnung den angesetzten Geschäftswert aufzuschlüsseln.**

BGH, Beschluss vom 2.12.2002 – NotZ 19/02 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

*Zum Sachverhalt:*

Im Anschluss an eine Prüfung der Amtsführung des Antragstellers durch den Prüfungsbeauftragten des Antragsgegners traf der Antragsgegner gemäß § 32 Abs. 3 Satz 2 DONot die Anordnung, „dass Sie künftig entsprechend den Ausführungen des Herrn Prüfungsbeauftragten verfahren und bei zusammengesetzten Werten alle Einzelwerte mit Werterläuterungen auf der Kostenrechnung vermerken“. Gegen diese Verfügung hat der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Er hat den Standpunkt vertreten, die gesetzlichen Vorschriften verpflichteten ihn nicht, in der Kostenrechnung Einzelwerte anzugeben und zu erläutern; es genüge vielmehr, die Einzelwerte in einem Vermerk in den Nebenakten aufzunehmen. Das Oberlandesgericht hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers.

*Aus den Gründen:*

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 111 Abs. 4 BNotO i. V.m. § 42 Abs. 4 BRAO), sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Mit Recht hat das Oberlandesgericht den Antrag auf gerichtliche Entscheidung als unbegründet zurückgewiesen, denn die angegriffene Verfügung des Antragsgegners ist rechtmäßig.

1. Zu Unrecht sieht der Antragsteller sich vom Oberlandesgericht mit seinem Vorbringen übergangen, die streitige Anweisung sei nicht genügend bestimmt. Das Oberlandesgericht hat den Bescheid des Antragstellers ersichtlich – zutreffend – im Sinne einer Anweisung an den Antragsteller verstanden, in seinen Kostenrechnungen bei (allen) zusammengesetzten

Werten die Einzelwerte, erforderlichenfalls mit Werterläuterungen, zu vermerken. Entgegen den Deutungen des Antragstellers ist diese Anweisung unmissverständlich. Sie verpflichtet den Antragsteller bei zusammengesetzten Werten grundsätzlich zur schlagwortartigen Bezeichnung der darin enthaltenen Einzelwerte, wobei diese, wenn es ausnahmsweise zum Verständnis erforderlich ist, in geeigneter Form kurz zu erläutern sind. Der Zusatz „... entsprechend den Ausführungen des Herrn Prüfungsbeauftragten ...“ führt weder zu widersprüchlichen Aussagen noch zu inhaltlichen Abweichungen oder Einschränkungen, sondern er dient nur zur Erläuterung der getroffenen Anordnung.

2. Die Anordnung des Antragsgegners, zu der dieser nach § 32 Abs. 3 Satz 2 DONot befugt war, steht, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt hat, im Einklang mit den Erfordernissen des § 154 Abs. 2 KostO.

Danach sind in der von dem Notar unterschriebenen Berechnung der Gebühren und Auslagen „der Geschäftswert, die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestands, die Bezeichnung der Auslagen, die Beträge der angesetzten Gebühren und Auslagen sowie etwa verauslagte Gerichtskosten und empfangene Vorschüsse“ anzugeben. Aus dieser Aufzählung ergibt sich der Zweck der Vorschrift, die Kostenrechnung für den Empfänger durchschaubar und verständlich zu machen. Diesem Gesetzeszweck ist nur dann Genüge getan, wenn die Kostenberechnung des Notars aus sich selbst nachvollziehbar ist und die Ermittlung und Auslegung ihres zwingend vorgeschriebenen Inhalts nicht zum Rückgriff auf außerhalb liegende Umstände nötigt (OLG Hamm NJW-RR 2000, 366; *Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias* KostO, 14. Aufl., Stichwort „Kostenberechnung“ Nr. 2.2.1; *Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO, 15. Aufl., § 154 Rdnr. 7 f.). Dies legt nahe, dass der Notar auch den Geschäftswert so darstellen muss, dass der Empfänger der Kostenberechnung die Ermittlung desselben nachvollziehen kann. Zu diesem Zweck kann es aber auch erforderlich sein, den Geschäftswert in dem oben genannten Umfang aufzuschlüsseln (vgl. OLG Oldenburg OLGR 2000, 272 = Nds. Rpfleger 2000, 314; LG Bayreuth JurBüro 1975, 1629; *Hartmann*, Kostengesetze, 32. Aufl., § 154 KostO Rdnr. 6 u. 12).

3. Entgegen der Beschwerde verstößt die an den Antragsteller gerichtete Anordnung weder gegen den Gleichheitssatz, noch ist sie unverhältnismäßig. Der Antragsgegner hat auf ein Schreiben seines Prüfungsbeauftragten verwiesen, wonach sämtliche von ihm bisher geprüften Notare im Bezirk des Oberlandesgerichts K. ausnahmslos bei zusammengesetzten Werten Erläuterungen vornehmen. Nennenswerter zusätzlicher Arbeits- und Kostenaufwand ist damit nicht verbunden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war das vorliegend vom Antragsgegner gewählte Verfahren auch nicht unnötig im Hinblick auf eine bei Einwendungen gegen die Kostenberechnung mögliche Einschaltung der dem Notar vorgesetzten Dienstbehörde gemäß § 156 Abs. 6 KostO. Vorliegend geht es nicht um Einwendungen gegen einzelne Kostenberechnungen des Antragstellers, sondern um seine allgemeine Amtsführung, was die Aufschlüsselung des Geschäftswerts in den Kostenrechnungen angeht, und um die – nachhaltige – Weigerung des Antragstellers, sich insoweit nach der vom Prüfungsbeauftragten des Antragsgegners vertretenen, zutreffenden Rechtsauffassung zu richten.

20. KostO §§ 44, 16 Abs. 1 Satz 1, UmwG §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 16 Abs. 2 Satz 2 (*Unrichtige Sachbehandlung des Notars bei unterlassener Zusammenbeurkundung*)

**Beurkundet der Notar bei der Verschmelzung zweier GmbHs ohne sachlichen Grund die Verzichtserklärungen der Anteilshaber nach §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3 und 16 Abs. 2 S. 2 UmwG nicht in gemeinsamer Urkunde mit dem Verschmelzungsvertrag, sondern zusammen mit den Zustimmungsbeschlüssen, so liegt darin eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 KostO. Ein sachlicher Grund für eine Getrenntbeurkundung besteht nicht bereits dann, wenn keine Personenidentität zwischen dem organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft und den Anteilshabern vorliegt. Ob zeitliche oder räumliche Hindernisse einer Zusammenbeurkundung entgegenstanden haben, ist eine Frage des Einzelfalls (hier verneint).**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.9.2002 – 3 W 74/02 –, mitgeteilt von *Wilfried Hengesbach*, Richter am OLG

#### Zum Sachverhalt:

Ein Notar beurkundete unter der Urkunden-Nr. 1332 einen Verschmelzungsvertrag zwischen einer aufnehmenden und einer übertragenden GmbH. Am selben Tag beurkundete er mit der Urkunden-Nr. 1333 den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter beider GmbHs hinsichtlich der Verschmelzung. In derselben Urkunde haben die Gesellschafter jeweils verzichtet auf eine Prüfung des Verschmelzungsvertrages, die Erstattung eines Verschmelzungsberichts sowie die Anfechtung der Zustimmungsbeschlüsse und die Klage gegen die Wirksamkeit der Verschmelzungsbeschlüsse.

Der Notar hat für die Beschlüsse in der Urkunde Nr. 1333 gemäß § 47 S. 2 a.F. KostO den Höchstwert von 10.000,- DM berechnet. Für die in dieser Urkunde ebenfalls enthaltenen Verzichtserklärungen der Gesellschafter hat er keine gesonderte Gebühr in Rechnung gestellt. Dies hat der Präsident des Landgerichts anlässlich einer Geschäftsprüfung beanstandet. Nach seiner Auffassung seien die Verzichtserklärungen, da sie nicht im Verschmelzungsvertrag, sondern in einer getrennten Urkunde beurkundet worden sind, nach §§ 47, 36 KostO gesondert zu berechnen. § 44 KostO finde für diesen Fall keine Anwendung. Zu erheben sei neben der Gebühr nach § 47 KostO deshalb eine <sup>10/10</sup>-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO.

Der Notar schließt sich dieser Auffassung nicht an. Auch wenn § 44 KostO nicht zur Anwendung komme, sei die Kostenrechnung unter Beachtung von § 16 KostO korrekt erstellt worden. Es hätte nämlich eine Zusammenbeurkundung erfolgen können, was von ihm lediglich aus Gründen der Urkundsklarheit unterlassen worden sei. Hierin liege eine im kostenrechtlichen Sinne unrichtige Sachbehandlung.

Der Landgerichtspräsident hat den Notar angewiesen, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 22.2.2002 die Kostenrechnung des Notars bestätigt.

Auf Weisung des Landgerichtspräsidenten hat der Notar hiergegen weitere Beschwerde erhoben.

#### Aus den Gründen:

Die aufgrund der Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde durch den Notar eingelegte weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 S. 1 KostO) ist statthaft, weil sie das Landgericht zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 S. 2 KostO). Sie ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 156 Abs. 4 S. 1, Abs. 2 S. 1 KostO) und auch im Übrigen verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden.

In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Der angefochtene Beschluss beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 156 Abs. 2 S. 3 KostO, 546 ZPO). Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass die von dem Landgerichtspräsidenten für zutreffend erachtete Kostenberech-

nung im vorliegenden Fall wegen § 16 Abs. 1 S. 1 KostO ausscheidet. Denn der von dem Notar gewählte Weg der getrennten Beurkundung von Verschmelzungsvertrag und Verzichtserklärungen der Anteilshaber war eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne dieser Vorschrift.

Nach § 44 Abs. 1 S. 1 KostO wird bei der Zusammenbeurkundung mehrerer Erklärungen in einer Urkunde nur eine Gebühr erhoben, wenn die Erklärungen denselben Gegenstand betreffen. Nach gefestigter Rechtsprechung sind in diesem Sinne gegenstandsgleich der Verschmelzungsvertrag im Verhältnis zu den auf die Vorschriften der §§ 8 Abs. 3, 9 Abs. 3 und 16 Abs. 2 S. 2 UmwG bezogenen Verzichtserklärungen der Anteilshaber (vgl. OLG Hamm DB 2002, 1314, 1315; *Tiedtke*, MittBayNot 1995, 4 f.; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rdnr. 752). Der Notar war deshalb im vorliegenden Fall gehalten, eine Zusammenbeurkundung von Verschmelzungsvertrag und Verzichtserklärungen vorzunehmen, um die Kostenfolge des § 44 KostO auszulösen. Denn der Notar ist nicht nur zur richtigen, sondern auch zur kostensparenden und damit grundsätzlich zur billigsten Sachbehandlung verpflichtet; dies gilt insbesondere für die Zusammenbeurkundung (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, Kostenordnung, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 51 m.w.N.). Der Aufwand höherer Kosten ist nur dann gerechtfertigt, wenn besondere Gründe, etwa berechnete Interessen eines Beteiligten, zu einer getrennten Beurkundung Anlass geben (vgl. OLG Oldenburg JurBüro 1997, 376, 378).

Ein in diesem Sinne sachlicher Grund einer Mitbeurkundung der Verzichtserklärungen bei den in getrennter Urkunde aufgenommenen Zustimmungsbeschlüssen anstatt bei dem Verschmelzungsvertrag ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Die durch den Notar angeführten „Gründe des Vertragssystems“ tragen dies nicht. Dies gilt nicht nur für den Fall, dass eine Personenidentität zwischen dem organschaftlichen Vertreter der Gesellschaft und den Anteilshabern vorliegt, denn der Begriff der Gegenstandsgleichheit schließt auch Erklärungen Dritter zur Begründung eines Rechtsgeschäfts mit ein (vgl. OLG Hamm a.a.O., BayObLGZ 1987, 341, 342; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke* a.a.O. § 44 Rdnr. 16). Der Umstand, dass beide Urkunden am selben Tag und mit fortlaufender Urkunden-Nummer erstellt worden sind, zeigt zudem, dass zeitliche oder räumliche Hindernisse einer Zusammenbeurkundung nicht entgegen gestanden haben. Dies hat der Notar auch nicht vorgetragen, sondern vielmehr auf eine prinzipielle Handhabung abgestellt.

Nach alledem liegt eine unrichtige Sachbehandlung gemäß § 16 KostO vor. Der Notar durfte die Gebühr deswegen nicht erheben. Das Rechtsmittel hat somit keinen Erfolg.

Das Verfahren ist gebührenfrei, nachdem der Notar die weitere Beschwerde auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten erhoben hat (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke* a.a.O. § 156 Rdnr. 119).

## Öffentliches Recht

21. UWG § 1, GWB § 19 Abs. 2, GWB § 20 Abs. 1, GWB § 20 Abs. 4 (*Kaufvertraglicher Anschluss- und Benutzungszwang und Koppelungsverbot*)

- a) **Verknüpft eine Gemeinde den Verkauf von Grundstücken in einem Neubaugebiet mit der Verpflichtung, den Heizenergiebedarf durch ein von einer gemeindeeigenen Gesellschaft betriebenes Blockheizkraftwerk zu decken, liegt darin weder unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs der öffentlichen Hand noch unter dem der Kopplung verschiedener Waren oder Leistungen ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG.**
- b) **Bei einer solchen Verknüpfung handelt es sich um eine Kopplung in einem Austauschvertrag, die nicht von vornherein kartellrechtlichen Bedenken begegnet. Eine unbillige Behinderung der Anbieter anderer Energiequellen, die aufgrund der Kopplungsklausel vom Wettbewerb in dem fraglichen Neubaugebiet ausgeschlossen werden, liegt darin nicht.**

BGH, Urteil vom 9.7.2002 – KZR 30/00 –

### Zum Sachverhalt:

Die Beklagte ist die Gemeinde B mit etwa 3.300 Einwohnern; sie ist Trägerin der Bauleitplanung im Gemeindegebiet. Als Mehrheitsgesellschafterin ist sie zusammen mit den Gaswerken H Gesellschafterin eines Energieverteilungsunternehmens – der Gas- und Wärmedienst B GmbH –, das die Gemeinde B mit Erdgas versorgt. Seit 1998 unterhält der Gas- und Wärmedienst B ein eigenes auf dem Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung beruhendes gasbetriebenes Blockheizkraftwerk.

Dieses Blockheizkraftwerk, dessen Bau rund 1 Mio. DM gekostet hat, soll ein Neubaugebiet in B mit Fernwärme versorgen. Ein Teil der Grundstücke in dem Neubaugebiet steht im Eigentum der Beklagten und wird von ihr an bauwillige Interessenten verkauft. Beim Verkauf verpflichtet sie die Käufer zur Abnahme der Fernwärme des Gas- und Wärmedienstes B und lässt sich diese Verpflichtung durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit sichern. Die entsprechende Bestimmung in den Kaufverträgen hat folgenden Wortlaut:

„Der Käufer verpflichtet sich, den Energiebedarf für Raumheizung und Warmwasserbereitung in dem auf dem Grundstück zu errichtenden Wohngebäude ausschließlich durch das im Bebauungsplan Nr. 11 vorgesehene Blockheizkraftwerk (Gas- und Wärmedienst B GmbH) zu decken. Die Gemeinde kann Ausnahmen genehmigen. Der Käufer verpflichtet sich darüber hinaus, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ... eintragen zu lassen.“

Außerdem macht die Beklagte die Vergabe von Aufträgen für die Erschließung des Neubaugebiets davon abhängig, dass der Erschließungsträger eigene Grundstücke in diesem Gebiet ebenfalls nur mit einer entsprechenden dinglich abgesicherten Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme des Gas- und Wärmedienstes B verkauft.

Der Kläger, der als Verband die Interessen der angeschlossenen Brennstoff- und Mineralölhändler vertritt, hat dieses Verhalten der Gemeinde als wettbewerbswidrig nach § 1 UWG beanstandet und die Beklagte auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens in Anspruch genommen. Ferner hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die in der Vergangenheit gebundenen Erwerber aus dieser Verpflichtung zu entlassen. Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Unterlassung und Beseitigung verurteilt. Die Berufung hatte keinen Erfolg (OLG Schleswig NJWE-WettbR 2000, 253 = ZfIR 2000, 956 mit krit. Anm. *Jaeger*). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten.

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Beklagten in Übereinstimmung mit dem Landgericht als nach § 1 UWG wettbewerbswidrig und als nach § 20 Abs. 4 und 5 GWB kartellrechtswidrig eingestuft. (...)

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

1. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist die von der Beklagten praktizierte Kopplung des Verkaufs gemeindeeigener Grundstücke mit der Bezugsverpflichtung zugunsten des Gas- und Wärmedienstes B weder wettbewerbsrechtlich noch kartellrechtlich zu beanstanden.

a) Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch aus § 13 Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit § 1 UWG zu.

aa) Das Handeln der Beklagten im geschäftlichen Verkehr ist nicht zweifelhaft. Die Revision wendet sich jedoch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe zu Zwecken des Wettbewerbs gehandelt. Mit dieser Rüge dringt sie indessen nicht durch.

Das Merkmal des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs ist nicht abstrakt, sondern in Bezug auf denjenigen zu beurteilen, der den wettbewerbsrechtlichen Anspruch geltend macht (vgl. BGH, Urt. v. 30.4.1997 – I ZR 154/95, GRUR 1997, 914, 915 = WRP 1997, 1051 – Die Besten II; Urt. v. 20.2.1997 – I ZR 12/95, GRUR 1997, 907, 908 = WRP 1997, 843 – Emil-Grünbär-Klub). Danach ist im Streitfall maßgeblich, dass die Beklagte durch ihr Verhalten den Wettbewerb des Gas- und Wärmedienstes B zu Lasten anderer Energielieferanten – so auch zu Lasten der Mineralölhändler, deren Interessen der Kläger vertritt – fördert. Dies wird auch von einer entsprechenden Absicht getragen. Dabei muss noch nicht einmal mit dem Berufungsgericht darauf abgestellt werden, dass die Beklagte durch ihr Verhalten andere Energielieferanten vom Markt fernhalten möchte, damit das Blockheizkraftwerk des Gas- und Wärmedienstes rentabel betrieben werden kann. Es reicht aus, dass die Beklagte durch die Vereinbarung einer Bezugsverpflichtung den Wettbewerb des Blockheizkraftwerks fördern möchte. Dass sie dabei auch umweltpolitische Ziele verfolgt, steht dieser Beurteilung in keiner Weise entgegen.

bb) Den Wettbewerbsverstoß hat das Berufungsgericht darin gesehen, dass die Beklagte unter Ausnutzung der Vorteile, die ihr aus ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung erwachsen, mit ihrem Verhalten den Leistungswettbewerb unter den Energielieferanten zu Lasten der Mineralölhändler ausschließt. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Prüfung nicht stand. Weder die öffentlich-rechtliche Stellung der Beklagten noch die beanstandete Kopplung des Baugrundstücks mit der Bezugsverpflichtung hinsichtlich der Fernwärme rechtfertigen die Annahme eines Wettbewerbsverstoßes nach § 1 UWG. Auch ein Verstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs kommt nicht in Betracht.

(1) Auch das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass allein der Umstand, dass die beklagte Gemeinde in ihrem Eigentum stehende Grundstücke verkauft und sich als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft über eine Beteiligungsgesellschaft am Wettbewerb der Energieversorger beteiligt, ihr Verhalten noch nicht wettbewerbswidrig macht. Durch ihre Beteiligung an einem zur Erzeugung von Fernwärme bestimmten Blockheizkraftwerk nimmt die Beklagte in privatwirtschaftlicher Form eine Aufgabe der Daseinsvorsorge wahr, auch wenn sie zur Erfüllung dieser Aufgabe öffentliche Sach- oder Finanzmittel einsetzt (BGH, Urt. v. 19.6.1986 – I ZR 54/84, GRUR 1987, 116, 118 = WRP 1987, 22 – Kommunal-er Bestattungswirtschaftsbetrieb I; Urt. v. 26.3.1998 – I ZR 222/95, GRUR 1999, 256, 257 = WRP 1998, 857 – 1.000 DM Umwelt-Bonus). Entsprechendes gilt für ihre Tätigkeit als Grundstückseigentümerin. Sie hat dabei im Wettbewerb grundsätzlich keine Vorzugsstellung, ist aber auch nicht generell

strengeren Verhaltensregeln unterworfen als ein privater Grundstückseigentümer und ein privates Energieversorgungsunternehmen in gleicher Lage (*Köhler in Köhler/Piper, UWG*, 3. Aufl., § 1 Rdnr. 560).

Die für öffentlich-rechtliche Verträge geltenden Beschränkungen (vgl. §§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB) finden danach im Streitfall ebenso wenig Anwendung wie die Grundsätze, nach denen unter Ausnutzung einer hoheitlichen Stellung geschlossene Kopplungsgeschäfte nach § 138 BGB unter bestimmten Voraussetzungen nichtig sein können (dazu BGH, Urt. v. 2.10.1998 – V ZR 45/98, NJW 1999, 208; *Mayer-Maly/Armbrüster* in MünchKommBGB, 4. Aufl., § 138 Rdnr. 88). Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich betätigt, darf sich allerdings bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Verbesserung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen, etwa indem sie eine öffentlich-rechtliche Monopolstellung ausnutzt (vgl. BGH GRUR 1987, 116, 118 – Kommunal-er Bestattungswirtschaftsbetrieb I; GRUR 1999, 256, 257 – 1.000 DM Umwelt-Bonus).

Derartige Umstände sind im Streitfall entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegeben. Die Beklagte macht lediglich von Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, über die ein privater Grundstückseigentümer ebenso verfügt. Sie unterscheidet sich insofern nicht von einem privaten Erschließungsunternehmen, das für ein Neubaugebiet eine Fernwärmeversorgung vorsieht und – damit sich die für eine Fernwärmeversorgung erforderlichen Infrastrukturmaßnahmen rentieren – in die Grundstückskaufverträge eine entsprechende Bezugsverpflichtung aufnimmt. Soweit die Beklagte aufgrund ihrer hoheitlichen Befugnisse in der Lage ist, eine solche Maßnahme durch eine entsprechende Gestaltung der Bauleitplanung zu unterstützen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB), liegt darin für sich genommen kein Missbrauch hoheitlicher Befugnisse. Vielmehr bietet es sich an, dass eine Gemeinde, die die Verwendung fossiler Brennstoffe in einem bestimmten Gebiet durch eine Bestimmung des Bebauungsplans untersagt, für alternative Energiequellen Sorge trägt. Die Beklagte missbraucht ihre Stellung auch nicht dadurch, dass sie – wie die Revisionserwiderung geltend macht – Grundstücke günstig erwerben kann und über vielfältige Kontakte zu bauwilligen Käufern verfügt.

(2) Die Unlauterkeit des beanstandeten Verhaltens liegt auch nicht in dem gekoppelten Angebot von zwei verschiedenen Wirtschaftsgütern: dem Baugrundstück auf der einen und der Versorgung mit Fernwärme auf der anderen Seite. Dass ein Anbieter ein kombiniertes Angebot unterbreitet, indem er eine bestimmte Ware oder Leistung nur gekoppelt mit einer anderen Ware oder Leistung abgibt, ist für sich genommen lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden. Lauterkeitsrechtlich von Bedeutung ist bei derartigen Vertragsgestaltungen im Allgemeinen nicht das Geschäft selbst, sondern die Werbung für das Angebot, und zwar immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass die Verbraucher über den Wert des tatsächlichen Angebots, namentlich über den Wert der Teilleistungen, getäuscht oder sonst unzureichend informiert werden (vgl. BGH, Urt. v. 13.6.2002 – I ZR 173/01, Umdruck S. 10 ff. – Kopplungsangebot I, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Ob die gekoppelte Abgabe selbst zulässig ist, richtet sich dagegen in erster Linie nach den kartellrechtlichen Be-

stimmungen, insbesondere bei Verträgen nach § 16 GWB. Danach unterliegen Kopplungsgeschäfte zwischen Unternehmen einer kartellrechtlichen Missbrauchskontrolle und können unter bestimmten Voraussetzungen für unwirksam erklärt werden; Ansprüche Dritter können sich in diesem Fall aber erst ergeben, nachdem die Kartellbehörde eingeschritten ist. Darüber hinaus kann in der Verwendung solcher Vertragsklauseln – etwa dann, wenn sie nicht diskriminierungsfrei verwendet werden – der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder ein Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot liegen (§§ 19, 20 GWB). Schließlich kann eine Kopplung aufgrund des – hier nicht einschlägigen – Verbots der Kopplung von Grundstückskaufverträgen mit Ingenieur- und Architektenverträgen nach Art. 10 § 3 MRVerbG verboten sein (dazu *Hesse*, BauR 1985, 30 ff.).

(3) Verstößt die Vereinbarung gegen ein derartiges gesetzliches Verbot – hier kommt ohnehin nur eine Zuwiderhandlung gegen ein kartellrechtliches Verbot in Betracht –, kann darin unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsbruchs gleichzeitig auch ein Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG liegen. Wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergibt, scheidet ein solcher Verstoß im Streitfall aus.

b) Kartellrechtliche Ansprüche des Klägers gegen die Beklagte sind nicht gegeben.

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger kein Anspruch aus §§ 33, 20 Abs. 4 GWB zu.

(1) § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB enthält ein Behinderungsverbot, das – anders als § 20 Abs. 1 GWB – nur zwischen Wettbewerbern, also im Horizontalverhältnis, gilt. Bei § 20 Abs. 4 GWB müssen daher das behindernde und das behinderte Unternehmen im selben Markt tätig sein (vgl. *Markert in Immenga/Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 282 f.; *Schultz in Langen/Bunte*, Kartellrecht, 9. Aufl., § 20 GWB Rdnr. 229). In ihrer Eigenschaft als Verkäuferin von Bauland tritt die Beklagte nicht in demselben Markt auf, in dem die Mitglieder des Klägers tätig sind. Ein einheitlicher Markt für Wärmeenergie – unterstellt, die Beklagte wäre in einem solchen Markt tätig – besteht nicht, weil für die Marktgegenseite, also die Hausbesitzer, die sich entweder für Fernwärme oder für eine Ölheizung entschieden haben, die beiden Formen der Wärmeenergie nicht austauschbar sind. In den Blick zu fassen wäre allenfalls der Markt, in dem sich die verschiedenen Anbieter von Heizsystemen um die Bauherren und um die Hauseigentümer bemühen, die sich erstmals oder im Zuge einer fälligen Neuinstallation für eine bestimmte Wärmequelle entscheiden müssen. Auf diesem allgemeinen Markt der Heizsysteme verfügt die Beklagte oder der mit ihr verbundene Gas- und Wärmedienst B im Verhältnis zu den Mitgliedern des Klägers jedoch nicht über eine überlegene Marktmacht im Sinne von § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Das Bundeskartellamt hat in der mündlichen Verhandlung vor dem *Senat* zu Bedenken gegeben, ob nicht von einem räumlich eng begrenzten Markt auszugehen sei, der sich auf die Installation von Heizsystemen in dem fraglichen Neubaugebiet beschränke. Eine solche Marktabgrenzung kommt indessen nicht in Betracht. Denn die Nachfrage nach einem Heizsystem ist im Streitfall dem Grundstückserwerb nicht nachgeschaltet. Vielmehr entscheidet sich die Marktgegenseite mit dem Erwerb des Grundstücks für ein bestimmtes Heizsystem. Die von der Beklagten und dem Gas- und Wärmedienst B angebotenen Leistungen sind für diese Nachfrager mit einer Fülle anderer Grundstücksangebote im Osten Hamburgs und in anderen Nachbargemeinden austauschbar. Für eine über-

legene Marktmacht der Beklagten oder des Gas- und Wärmedienstes B auf diesem Markt ist nichts ersichtlich.

(2) Aber auch wenn die Normadressateneigenschaft der Beklagten zu bejahen wäre, kann das Verhalten der Beklagten nicht als eine unbillige Behinderung angesehen werden. Auch im Rahmen des § 20 Abs. 4 GWB ist für das Merkmal der Billigkeit auf eine Interessenabwägung abzustellen. Hierbei kommen dieselben Erwägungen zum Tragen, die für die Verneinung eines lauterkeitsrechtlichen Anspruchs maßgeblich sind. Insbesondere ist von einem berechtigten Interesse der Beklagten auszugehen, in die Grundstückskaufverträge eine Bezugspflicht zugunsten des Gas- und Wärmedienstes B aufzunehmen.

bb) Einen Boykott nach § 21 Abs. 1 GWB hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Wie bereits dargelegt, sind Kopplungen in Austauschverträgen grundsätzlich kartellrechtlich zulässig (§ 16 Nr. 4 GWB). Die mit solchen Vereinbarungen notwendig verbundenen Nachteile für andere Unternehmen fallen nicht unter § 21 Abs. 1 GWB; denn die jeder Ausschließlichkeitsbindung immanente Folge des Ausschlusses anderer Unternehmen nimmt das Gesetz hin und unterwirft sie lediglich einer Missbrauchskontrolle durch die Kartellbehörden (vgl. BGH, Beschl. v. 5.7.1973 – KVR 3/72, WuW/E 1269, 1275 f. – Fernost-Schiffahrtskonferenz). Die restriktive Anwendung des § 21 Abs. 1 GWB auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Vertikalverträgen findet jedoch dort ihre Grenze, wo die Beschränkung eine gegen bestimmte Dritte gerichtete Zielsetzung aufweist und wo mit ihrer Hilfe bestimmte, individualisierbare Unternehmen getroffen oder sogar vom Markt verdrängt oder ferngehalten werden sollen (vgl. BGH, Urt. v. 28.9.1999 – KZR 18/98, WuW/E DE-R 395, 396 – Beteiligungsverbot für Schilderpräger, m.w.N.). Die Bezugsverpflichtung, die die Beklagte zugunsten des Gas- und Wärmedienstes B mit den Grundstücks-käufern vereinbart, zeichnet sich nicht durch eine solche Zielrichtung aus.

2. Auch soweit die Beklagte in Verträgen mit Erschließungsträgern diese verpflichtet, ebenfalls eine Bezugsverpflichtung zugunsten des Gas- und Wärmedienstes B zu vereinbaren, wenn sie Grundstücke in dem fraglichen Neubaugebiet verkaufen, stehen dem Kläger keine lauterkeits- oder kartellrechtlichen Ansprüche zu.

a) Das beanstandete Verhalten der Beklagten stellt auch insofern keinen Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG dar.

Gleichgültig, ob es sich bei den Vereinbarungen mit Erschließungsträgern um öffentlich-rechtliche Verträge i.S. von § 124 BauGB handelt oder ob die Beklagte – was ebenfalls denkbar ist – insofern privatrechtliche Vereinbarungen trifft, gilt hier ein strengerer Maßstab. Handelte es sich bei der Beteiligung der Beklagten an dem Gas- und Wärmedienst B um eine bloße erwerbswirtschaftliche Betätigung der Beklagten, wäre es ihr verwehrt, diese Tätigkeit mit ihren öffentlichen Aufgaben zu verknüpfen und die Vergabe von Erschließungsaufträgen davon abhängig zu machen, dass der Erschließungsträger dem kommunalen Beteiligungsunternehmen Kunden zuführt. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf die öffentliche Hand die staatliche Autorität und die damit verbundene Vertrauensstellung nicht zur Erreichung von Wettbewerbsvorteilen missbräuchlich nutzen. Auch eine Verquickung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen kann, ist unlauter (st. Rspr.; BGH, Urt. v. 30.10.1963 – Ib ZR 72/62, GRUR 1964, 210, 213 = WRP 1964, 85 – Landwirtschaftsausstellung; Urt. v.

4.12.1970 – I ZR 96/69, GRUR 1971, 168, 169 = WRP 1971, 219 – Ärztekammer; Urt. v. 12.11.1998 – I ZR 173/96, GRUR 1999, 594, 597 = WRP 1999, 650 – Holsteiner Pferd; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., § 1 UWG Rdnr. 937 ff.; *Köhler in Köhler/Piper* a.a.O. § 1 Rdnr. 572). Darüber hinaus ergibt sich aus § 124 Abs. 3 Satz 1 BauGB, dass sich die Beklagte in Erschließungsverträgen nur Leistungen versprechen lassen darf, die „den gesamten Umständen nach angemessen (sind) und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen“. Dieses spezielle Kopplungsverbot (vgl. auch § 56 Abs. 1 Satz 2 VwVfG; ferner *Jaeger*, ZfIR 2000, 960, 961) gilt unabhängig davon, ob die Verträge, die die Beklagte mit Erschließungsträgern schließt, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind (vgl. dazu *Jaeger*, ZfIR 2000, 960, 962).

Die Verpflichtung, die die Beklagte den Erschließungsträgern auferlegt, stellt sich auch bei Beachtung dieses strengeren Maßstabs nicht als wettbewerbswidrig dar. Denn die Beklagte verfolgt mit den Bezugsverpflichtungen zugunsten des Gas- und Wärmedienstes B ein berechtigtes öffentliches Interesse. Unstreitig dient es dem Klima- und Umweltschutz, wenn die Häuser in dem fraglichen Neubaugebiet mit Fernwärme aus dem Blockheizkraftwerk versorgt werden und die erforderliche Wärme nicht dezentral durch Verwendung fossiler Brennstoffe erzeugt wird. Die Beachtung derartiger Belange des Klima- und Umweltschutzes fügt sich ohne weiteres in die sonstige Erschließung des Neubaugebietes ein (vgl. § 127 Abs. 4 Satz 2 BauGB; *Jaeger*, ZfIR 2000, 960, 961). Ihre Durchsetzung mit Hilfe von dinglich gesicherten Bezugsverpflichtungen, die den Erwerb von Bauland entweder unmittelbar oder mittelbar über die Erschließungsträger auferlegt werden, ist sachlich gerechtfertigt. Sie begegnet auch keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

b) Auch kartellrechtliche Ansprüche stehen dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu. Insbesondere kann sich der Kläger nicht auf § 33 i.V. mit § 20 Abs. 1 GWB stützen. Fraglich ist bereits die Normadressateneigenschaft der Beklagten. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte auf dem Markt für die Vergabe von Erschließungsarbeiten eine marktbeherrschende Stellung hätte oder die Erschließungsträger zumindest i.S. von § 20 Abs. 2 GWB von der Beklagten abhängig wären. Im Übrigen ergibt sich aus den Ausführungen zu § 1 UWG, dass eine mögliche Behinderung der Mitglieder des Klägers im Hinblick auf die von der Beklagten verfolgten Zwecke nicht unbillig wäre. Aus denselben Gründen scheidet auch ein Anspruch des Klägers aus § 33 i.V. mit § 20 Abs. 4 Satz 1 GWB aus.

III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Klage ist abzuweisen.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des Kartellsenates des BGH betrifft einen Anschluss- und Benutzungszwang für eine gemeindliche Einrichtung im Wege des Vertrages. Sie berührt damit zahlreiche Probleme des öffentlichen und privaten Rechts, von denen lediglich die kartellrechtliche Komponente in den Entscheidungsgründen behandelt wird.

1. Gemeinden sind gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB zur Festsetzung von Gebieten im Bebauungsplan berechtigt, in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen. Das Kriterium „zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen“ berechtigt die Gemeinde auch zum

vorbeugenden Umweltschutz unter der Schädlichkeitsschwelle (*Jäde in Jäde/Dirnberger/Weiß*, BauGB, 3. Aufl. 2002, § 9 Rdnr. 65; *Fehlau*, BauR 1992, 716). Entsprechende Festsetzungen bedürfen jedoch der städtebaulichen Rechtfertigung (OVG Münster, BauR 1998, 981; vgl. auch OVG Münster, BauR 1997, 269). Die Regelung muss sich mit den Besonderheiten der örtlichen Situation im Plangebiet rechtfertigen lassen (VGH Mannheim, BRS 59 Nr. 24). Beispiel ist eine Festsetzung, die dazu dient, in einem lufthygienisch vorbelasteten Stadtgebiet die Gebäudeheizung auf Fernwärme, Strom oder Gas umzustellen (BVerwG, NVwZ 1989, 664; *Bracher in Gelzer/Bracher/Reidt*, Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2001, Rdnr. 373). Der vorbeugende Immissionsschutz ist nicht allein deshalb erforderlich, weil das Bebauungsplangebiet zum Einzugsbereich eines Blockheizwerks gehört (OVG Münster, BauR 2001, 62). Unzulässig ist es auch, wenn eine Festsetzung primär dazu dient, zu Gunsten anderer Energiequellen Wettbewerbsvorteile zu schaffen (so ausdrücklich *Bielenberg/Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 9 Rdnr. 191 a. E.). Bei Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB sind ferner möglicherweise die europäischen Schranken der Richtlinie der EG vom 24.11.1975 (ABIEG Nr. L 397/22 v. 27.11.1975, geändert durch Richtlinie vom 23.3.1987, ABIEG Nr. L 91/19 v. 3.11.1987) zu beachten. Nach Art. 4 dieser Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten „das Inverkehrbringen von Gasölen nicht auf Grund des Schwefelgehalts untersagen, einschränken oder behindern, wenn diese Gasöle den Vorschriften der vorliegenden Richtlinie entsprechen“. Strittig ist, ob daraus generell ein Festsetzungsverbot bei nur auf dem Schwefelgehalt beruhender Motivation abzuleiten ist (bejahend *Bielenberg/Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 9 Rdnr. 189 m.w.N.; vgl. auch *Quecke* VBIBW 2002, 114 u. *Dannecker/Corino* VBIBW 2002, 114 f.). Rechtsfolge einer zulässigen Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB ist, dass in baulichen Anlagen entsprechende luftverunreinigende Stoffe nicht verwendet werden dürfen. Die Umsetzung erfolgt durch Nebenbestimmungen zur Baugenehmigung. Dagegen begründet die Festsetzung keinen Anschluss- und Benutzungszwang für die Betroffenen zur Benutzung bestimmter anderer, weniger umweltbelastender Energien (*Bielenberg/Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 9 Rdnr. 196; vgl. zu dem in § 73 Abs. 2 LBOBW a. F. angeordneten Anschluss- und Benutzungszwang betreffend die Erdgasversorgung VGH Mannheim, DVBl. 1994, 1153).

2. Eine Rechtsgrundlage für einen Anschluss- und Benutzungszwang kann im landesrechtlichen Kommunalrecht zu finden sein. So sieht beispielsweise Art. 24 Abs. 1 Nr. 3 BayGO die Möglichkeit vor, in Satzungen für Grundstücke, die einer neuen Bebauung zugeführt werden, den Anschluss an Einrichtungen zur Versorgung mit Fernwärme und deren Benutzung zur Pflicht zu machen, sofern der Anschluss aus besonderen städtebaulichen Gründen oder zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes notwendig ist; ausgenommen sind Grundstücke mit immissionsfreien Heizeinrichtungen (vgl. VGH Mannheim VBIBW 1982, 54). Durch den Anschluss an ein Fernheizwerk soll verhindert werden, dass die Benutzung zahlreicher privater Heizanlagen zu einer zusätzlichen Luft- und Umweltverschmutzung führt. Die generelle Eignung der Fernheizung, dieses Ziel zu erreichen, soll allerdings nicht genügen. Vielmehr ist erforderlich, dass durch die konkreten Umstände in der betreffenden Gemeinde der Anschluss- und Benutzungszwang zwingend geboten ist (v. *Mutius*, Kommunalrecht, 1996, Rdnr. 340). Liegt eine Gemeinde in einem ländlichen Gebiet ohne große Umweltbelastung, besteht da-

her kein öffentliches Bedürfnis für einen Zwangsanschluss (VGH Mannheim, VBIBW 1982, 1234; VGH München, NVwZ 1983, 167; VGH München, BayVBl. 1985, 285). Teilweise trifft die Ermächtigungsgrundlage eines Anschlusszwangs nur für Gebiete zu, die als besonders schutzwürdig gegenüber Luftverunreinigungen erscheinen, wie etwa Teile von Kurorten, Krankenhausviertel, Naherholungsräume, ferner Räume, bei denen die Frischluftzufuhr auf Grund besonderer geografischer Verhältnisse gefährdet ist, insbesondere bei häufiger Inversionslage (vgl. *Bauer/Böhle/Masson/Samper*, Art. 24 GO, Rdnr. 55). Ein Anschluss- und Benutzungszwang kann nicht angeordnet werden, wenn auf Grundstücken immissionsfreie Einrichtungen vorhanden sind, z. B. Solar- und Nachtstromheizungen und Heizungen, die natürliche Wärmequellen ausnutzen, einschließlich Anlagen, die mit Wärmepumpen arbeiten. Auch die Notwendigkeit der größeren Ausnutzung der vorhandenen Kapazität des Blockheizwerkes kann nicht als den Anschluss- und Benutzungszwang legitimierender Grund des öffentlichen Wohls angesehen werden. Die Gemeinde hat es vielmehr in der Hand, die Kapazität ihres Fernheizwerkes an dem tatsächlichen Bedarf zu orientieren (v. *Mutius*, Kommunalrecht, 1996, Rdnr. 340). Kommunalrechtlich wäre der vertraglich vereinbarte Anschlusszwang somit nicht zulässig.

3. Auch wenn § 9 Abs. 1 BauGB keinen Anschluss- und Benutzungszwang für ein gemeindliches Blockheizkraftwerk zulässt und ein Festsetzungsfindungsrecht der Gemeinde nicht besteht, so dass eine entsprechende Festsetzung im Bebauungsplan nicht möglich wäre, ist jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass eine Gemeinde durch städtebaulichen Vertrag entsprechende Bindungen begründet (vgl. BVerwGE 92, 56 = DNotZ 1994, 63). § 11 BauGB nennt derartige städtebaulichen Maßnahmen zwar nicht ausdrücklich. Jedoch könnte man daran denken, sie unter § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB, nämlich die Grundstücksnutzung, zu subsumieren (so wohl *Walker*, Handbuch städtebaulicher Verträge I, 1999, Rdnr. 428). § 11 Abs. 4 BauGB lässt zudem weitere städtebauliche Verträge unberührt. Desgleichen enthält § 11 BauGB nach überwiegender Ansicht keine Zuordnung dieser Verträge zum öffentlichen Recht. Städtebauliche Verträge sind als öffentlich-rechtliche, zivilrechtliche oder auch gemischte Verträge denkbar. Die in der Praxis der Grundstücksveräußerungsverträge praktizierten Modelle betreffen neben dem Anschlusszwang bei bestimmten Modellen der Energieversorgung (z. B. Übernahme eines Anschlussvertrages zur Versorgung mit Ferngas oder Fernwärme) auch den Anschluss an das Kabelfernsehen, die Übernahme von Kosten für das unterirdische Verlegen von Telefonleitungen und die Bindung an örtliche Handwerker bei der Gebäudeerrichtung. Sämtlichen Modellen ist gemeinsam, dass sie mehr oder weniger in den Wettbewerb eingreifen und die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit des Grundstückserwerbers einschränken. Die im Rahmen derartiger Vereinbarungen vereinbarten Leistungen müssen zunächst gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB angemessen sein. Da es sich um wiederholt verwendete Klauseln handelt, kann zudem das AGB-Recht einschlägig sein (zur Anwendung auf städtebauliche Verträge vgl. *Grzivotz*, NVwZ 2002, 391 ff.). Wegen der Beschränkung des Wettbewerbs können zusätzliche wettbewerbsrechtliche und kartellrechtliche Grenzen gelten.

a) Ausgangspunkt der Entscheidung ist, dass sich Kommunen bei der Baulandbereitstellung trotz der gesetzlichen Aufgabe in § 4 WoFG nicht von einem privaten Erschließungsunternehmen unterscheiden. Diese Aussage des Urteils könnte langfristig zu einem Pyrrhussieg der Gemeinde werden. Sie ist zudem für die Anwendung des § 17 Abs. 2a BeurkG nicht

uninteressant. Die öffentliche Hand unterscheidet sich nach der Entscheidung bei Grundstücksgeschäften, selbst wenn sie öffentliche Aufgaben verfolgt, „nicht von einem privaten ... Unternehmen“. Ein wettbewerbsrechtlich gegen § 1 UWG (grundlegend BGH, WRP 1962, 200/203) bzw. kartellrechtlich gegen Vorschriften des GWB (vgl. auch Art. 81 Abs. 1 EGV) verstoßendes Koppelungsgeschäft hat der BGH im Verhältnis zum klagenden Verband der Mineralöhländler verneint. Interessant wäre die Prüfung, ob die Vertikalvereinbarung gegenüber dem Grundstückskäufer gegen § 16 Nr. 4 GWB verstößt. Diese Eingriffsnorm gegen Ausschließlichkeitsbindungen untersagt Koppelungsgeschäfte, durch die sachlich oder handelsüblich nicht zusammengehörige Waren oder gewerbliche Leistungen gekoppelt werden. Die Verwendung einer derartigen Klausel konnte im entschiedenen Fall, nachdem ein Einschreiten der Kartellbehörde nicht erfolgte, jedoch nur bei einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung oder bei einem Verstoß gegen das kartellrechtliche Diskriminierungs- und Behinderungsverbot der Klage zum Erfolg verhelfen (vgl. VGH Mannheim, MDR 1995, 173). Beide Fälle hat der *Senat* bei den gemeindlichen Grundstücksveräußerungsverträgen wettbewerbsrechtlich verneint (vgl. BGH, BauR 2000, 1736).

b) Unabhängig davon ist allerdings zu prüfen, ob nicht Unangemessenheit im Sinne von § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB vorliegt. Dabei sind auch die wechselseitigen Leistungen zu berücksichtigen. Unangemessenheit kann beispielsweise vorliegen, wenn mit der Bindung Mehrkosten im Vergleich zu herkömmlichen Wärme- und Energieversorgungen verbunden sind (ähnlich *Burmeister*, Praxishandbuch städtebaulicher Verträge, 2000, Rdnr. 151; hierauf geht das ausführliche Gutachten des Innenministeriums Baden-Württemberg zur vertraglichen Verpflichtung zum Erdgasbezug, abgedruckt in BWGZ 1996, 600 ff. nicht ein). Lässt sich die städtebauliche Zielsetzung, nämlich die Versorgung mit Energie, die zu keinen schädlichen Umwelteinwirkungen führt, auf andere Weise als durch die ausschließliche Bindung an den Bezug von Energie durch einen Anbieter realisieren (z. B. durch Verwendung von Strom), ist die diesbezügliche städtebauliche Verpflichtung unangemessen, da das eingesetzte Mittel nicht zur Erreichung des städtebaulichen Ziels erforderlich ist. Für die Versorgungsbindung ist zudem die AVBFernwärmeV bzw. AVB-GasV maßgeblich, die eine AGB-Kontrolle ausschließt (zur richterlichen Normenkontrolle vgl. KG, VersR 1985, 289). Nach § 32 AVBFernwärmeV beträgt die Laufzeit von Versorgungsverträgen höchstens zehn Jahre. Wird der Vertrag nicht von einer der beiden Seiten mit einer Frist von neun Monaten vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt, so gilt eine Verlängerung um weitere fünf Jahre als stillschweigend vereinbart. § 32 AVBGasV sieht ein Kündigungsrecht des Vertragsverhältnisses mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Kalendermonats vor, wobei die Kündigung erstmals zum Ablauf eines Jahres zulässig ist. Eine diesbezügliche Einschränkung enthält die vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Grundstückskäufer nicht. Es ist deshalb höchst bedenklich, ob sie im Hinblick auf das Leitbild der AVBFernwärmeV bzw. AVBGasV einer Angemessenheitsprüfung nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB standhält. Die Vertragsklausel sichert nämlich nicht den Einsatz umweltfreundlicher Energie, sondern lediglich eine ewige Bezugsbindung an ein Blockheizkraftwerk, an dem die Gemeinde selbst beteiligt ist.

Um die zwingenden Kündigungsmöglichkeiten auszuschließen, werden Fernwärmebezugsverpflichtungen häufig durch Dienstbarkeiten gesichert. Dies war auch Gegenstand der Entscheidung des Bundesgerichtshofs; der Käufer sollte sich verpflichten, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur

Sicherung der Bezugsbindung im Grundbuch eintragen zu lassen. Der Wortlaut der Dienstbarkeit wird nicht angegeben. Als Bezugsverpflichtung wäre eine derartige Dienstbarkeit unzulässig (BGH, DNotZ 1959, 191; DNotZ 1986, 618 u. BayObLG, DNotZ 1982, 250). Der Bundesgerichtshof (MittBayNot 1994, 126; vgl. auch OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 481) hat allerdings eine Dienstbarkeit, die eine eigene Raumheizung durch den Eigentümer verbietet, zugelassen (krit. *Horn in Wolf/Horn/Lindacher*, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, § 27 Rdnr. 6; a. A. auch noch BayObLG, MittBayNot 1978, 213 u. DNotZ 1982, 251; vgl. auch *Joos*, NJW 1981, 308). Unabhängig davon, ob derartige wettbewerbsrechtliche Beschränkungen über Dienstbarkeiten gesichert werden können (krit. *Westermann/Gursky*, Sachenrecht, 7. Aufl. 1998, § 121 Rdnr. 1; *Wilhelm*, Sachenrecht, 1993, Rdnr. 1010 u. *Erman/Grziwotz*, BGB, 10. Aufl. 2003, § 1018 Rdnr. 17; differenzierend *Staudinger/J. Mayer*, Neub. 2002, § 1018 Rdnr. 118 ff.), handelt es sich bereits auf Grund der vertraglichen Formulierung um eine so genannte Sicherungsdienstbarkeit, die die schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber der Gemeinde oder die schuldrechtliche Verpflichtung gegenüber dem als GmbH organisierten Blockheizwerk im Wege des Vertrages zu Gunsten Dritter durch die nachträgliche Bestellung einer Dienstbarkeit sichern sollte. Die fehlende Befristung dieser Dienstbarkeit macht diese nicht unwirksam (BayObLG, MittBayNot 2001, 317). Allerdings ist sie dann kondizierbar, wenn das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, in diesem Fall der Bezugsvertrag, gekündigt wird. Insofern dürfte der Rechtsstreit noch nicht endgültig beendet sein.

4. Das Urteil enthält ferner bemerkenswerte Aussagen zu Vereinbarungen zwischen Gemeinden und Erschließungsträgern. Die beklagte Gemeinde machte nämlich die Vergabe von Aufträgen zur Erschließung des Neubaugebietes davon abhängig, dass der Erschließungsträger eigene Grundstücke in dem Gebiet ebenfalls nur mit dinglich abgesicherter Verpflichtung zur Abnahme von Fernwärme des kommunalen Heizkraftwerkes verband. Die Versorgung mit Fernwärme, Gas und Strom gehört zur Erschließung. Originell ist jedoch die Feststellung des Kartellsenates des BGH, dass Vereinbarungen mit Erschließungsträgern über die Herstellung von Erschließungsanlagen öffentlich-rechtliche Verträge im Sinne von § 124 BauGB sein können, aber ebenso als privatrechtliche Vereinbarungen denkbar wären. Diese Ansicht knüpft – ohne dies ausdrücklich zu nennen – an die Rechtsprechung zur Straßenherstellung nach dem bis zum 29.6.1961 geltenden bayerischen Recht an, wonach die Regelung der Straßenherstellung Gegenstand privater Vereinbarung zwischen dem Bauherrn und der Gemeinde war (vgl. zu diesen historischen Grundlagen *Ernst/Grziwotz in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, vor § 123 Rdnr. 3). Der BGH geht sodann davon aus, dass § 124 BauGB auch den privatrechtlichen Erschließungsvertrag regelt. Das in § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB enthaltene Angemessenheitsgebot soll auch für Verträge mit Erschließungsträgern privatrechtlicher Natur gelten (ähnlich *Jäger*, ZfIR 2002, 960, 962). Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG handelt es sich beim Erschließungsvertrag um einen speziellen Fall des städtebaulichen Vertrags, und zwar um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (s. nur *Drieheaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 5). Davon zu unterscheiden sind Werkverträge, durch die die Gemeinde ein Bauunternehmen mit der tatsächlichen Durchführung der Erschließungsmaßnahmen beauftragt (*Döring*, NVwZ 1994, 853/855). In diesem Fall bleibt die Gemeinde selbst Auftraggeber der Baumaßnahme; die ihr entstehenden Kosten sind Erschließungsaufwand nach §§ 127 ff. BauGB. Es handelt sich nicht um einen Erschließungsvertrag. Unab-

hängig von der vom BGH nicht erwähnten Diskussion um die so genannte Regimeentscheidung (vgl. OVG Münster, NWVBl. 1999, 262 u. *Drieheaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, § 6 Rdnr. 9 ff.) ist die Konstruktion eines „privatrechtlichen Erschließungsvertrages“ unter Geltung des gegenwärtigen Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrechts kaum zu begründen.

Das Gericht setzt sich auch nicht mit § 124 Abs. 3 S. 2 BauGB auseinander. Nach dieser Vorschrift trifft die Gemeinde entgegen § 123 Abs. 3 BauGB eine Erschließungspflicht, wenn sie das zumutbare Angebot eines Privaten ablehnt, die im Bebauungsplan vorgesehene Erschließung selbst vorzunehmen. Das Angebot muss aus tatsächlichen rechtlichen Gründen so formuliert sein, dass die Verlässlichkeit überprüft werden kann (vgl. BVerwG, DÖV 1993, 918 u. Buchh. 406.11 § 124 Nr. 3). Es muss sich ferner auf die plangemäße Erschließung beziehen (BVerwG, NVwZ 1994, 281). Weitergehende Anforderungen kann die Gemeinde nicht stellen; insbesondere sieht das Gesetz keine Möglichkeit der Gemeinde vor, ein zumutbares Angebot deswegen abzulehnen, weil sie den Erschließungsunternehmer verpflichten will, weitergehende städtebauliche Bindungen, z. B. ein Einheimischenmodell, aber auch den Bezug von Fernwärme durchzusetzen. Es steht der Gemeinde zwar frei, einen Erschließungsvertrag mit weiteren städtebaulichen Vereinbarungen zu kombinieren, wenn sich der Erschließungsträger hierzu bereit erklärt und die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; lehnt sie jedoch ein Angebot zum Abschluss eines Erschließungsvertrages ab, das sich allein auf die Erschließung beschränkt, so trifft sie die Pflicht zur Erschließung unter Tragung der Eigenbeteiligung. Insofern dürfte die zweite Runde des Rechtsstreits vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden.

Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

## Steuerrecht

22. EStG § 15 Abs. 2 (Kein gewerblicher Grundstückshandel bei Notverkauf eigengenutzter Immobilien)

1. **Werden bislang zum Anlagevermögen eines (ruhenden) Gewerbebetriebs gehörende gewerblich genutzte Räume in Eigentumswohnungen umgebaut, um diese anschließend zu veräußern, so gehen sie zum Buchwert aus dem Betriebsvermögen des (ruhenden) Gewerbebetriebs in das Umlaufvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels über.**
2. **Veräußert der Steuerpflichtige ein seit seiner Anschaffung oder Errichtung zu eigenen Wohnzwecken genutztes Immobilienobjekt und beruht diese Veräußerung auf offensichtlichen Sachzwängen (z.B. einer nicht vorhergesehenen finanziellen Notlage), so kann dieses Objekt in der Regel auch dann nicht in einen gewerblichen Grundstückshandel einbezogen werden, wenn die Zeitspanne zwischen Erwerb (Errichtung) und Verkauf weniger als fünf Jahre beträgt.**

BFH, Urteil vom 18.9.2002 – X R 28/00 –

Zum Sachverhalt:

Der Kläger war in den Jahren 1990 bis 1992 als Richtmeister nicht-selbstständig tätig. Am 15.3.1985 erwarb er das bebaute Grundstück X-Straße in B. Das Gebäude enthielt im Erdgeschoss gewerblich ge-

nutzte Räume und im Obergeschoss eine Wohnung. Das Dachgeschoss war zu dieser Zeit nicht ausgebaut.

Noch im Anschaffungsjahr baute der Kläger die Räume im Erdgeschoss für den Betrieb einer Gaststätte mit Imbiss und Sauna um; die Herstellungskosten betragen rd. 250.000 DM. Die Wohnung im Obergeschoss (Größe: rd. 143 qm) richtete er für eigene Wohnzwecke her. Im Dachgeschoss schuf er zwei neue Wohneinheiten. Der Kläger nutzte die im Erdgeschoss gelegenen Räume zunächst für eigene gewerbliche Zwecke. Ab 1.7.1987 verpachtete er die gewerblichen Räume, ohne die Betriebsaufgabe zu erklären. Das Pachtverhältnis wurde zum 31.10.1987 vorzeitig gekündigt. Das nach einem zwischenzeitlichen Leerstand für den Zeitraum vom 1.9.1988 bis zum 31.8.1991 erneut eingegangene Pachtverhältnis wurde vorzeitig – zum 1.11.1988 – aufgelöst. Nach Angaben des Klägers wurde der Gewerbebetrieb im Erdgeschoss vom 1.1.1989 bis 31.3.1990 ein weiteres Mal verpachtet.

Im Jahr 1990 baute er die bislang gewerblich genutzten Räume im Erdgeschoss in zwei Wohnungen um. Zum 31.12.1990 erklärte er die Aufgabe seines (ruhenden) Gewerbebetriebs. Den Aufgabegewinn ermittelte er unter Ansatz von Verkehrswerten in Höhe von 180.000 DM für die Gaststätte und in Höhe von 160.000 DM für die Sauna.

Nachdem der Kläger in finanzielle Schwierigkeiten geraten war, beantragte er zwecks Vorbereitung der Veräußerung des Grundstücks X-Straße die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen für die beiden im Erdgeschoss hergestellten Wohnungen sowie für die Wohnung im Obergeschoss und die Dachgeschosswohnungen. Nach Aufteilung gemäß dem WEG veräußerte der Kläger sukzessive die Wohnungen mit Hilfe des Maklers W, dem er am 15.6.1990 einen schriftlichen Alleinverkaufsauftrag für die Eigentumswohnungen erteilt hatte. Der Kläger hatte den Makler W zunächst Mitte 1989 mit dem Verkauf des gesamten Grundstücks „en bloc“ beauftragt.

Am 5.5.1993 veräußerte der Kläger das von ihm mit Vertrag vom 6.12.1990 zum Preis von 320.000 DM erworbene und eigengenutzte Einfamilienhaus-Grundstück Y-Weg in K, auf das er nach eigenen Angaben Herstellungskosten in Höhe von rd. 72.000 DM aufgewendet hatte.

Im Einzelnen fanden folgende Verkäufe statt:

Nr.	Objekt	Verkaufsdatum
1	EG-Wohnung X-Straße	6.9.1990
2	EG-Wohnung X-Straße	3.1.1991
3	OG-Wohnung X-Straße	28.6.1990
4	DG-Wohnung X-Straße	25.5.1990
5	DG-Wohnung X-Straße	25.9.1990
6	Einfamilienhaus Y-Weg	5.5.1993

Im Anschluss an eine Außenprüfung vertrat der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, dass der Kläger mit dem Ankauf und der Veräußerung der Wohnungen im Ober- und Dachgeschoss des Hauses X-Straße (vgl. oben Nrn. 3 bis 5) und des Einfamilienhauses (Nr. 6) einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben habe. Aus der Veräußerung der Objekte 3 bis 5 habe der Kläger im Jahr 1990 einen Gewinn in Höhe von 167.127 DM erzielt.

Dementsprechend erließ das FA am 9.5.1995 einen auf § 164 Abs. 2 AO gestützten Änderungsbescheid für 1990, in dem ein Verlustabzug in Höhe von 50.416 DM berücksichtigt wurde. Damit war der auf den 31.12.1989 (bestandskräftig) festgestellte Verlustabzug in Höhe von 50.416 DM verbraucht. Das FA stellte ferner die vortragsfähigen Verluste zum 31.12.1990, 31.12.1991 und 31.12.1992 mit jeweils null fest.

Mit den dagegen erhobenen Einsprüchen wendete sich der Kläger zunächst gegen die Annahme des FA, er habe einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben. Im Gebäude X-Straße seien insgesamt nur drei private Wohnungen verkauft worden; denn Gaststätte und Saunabetrieb seien Betriebsvermögen gewesen. Erst mit dem Verkauf des Einfamilienhauses Y-Weg in K sei die Grenze von drei Objekten innerhalb von fünf Jahren überschritten worden. Falls dennoch ein gewerblicher Grundstückshandel anzunehmen sei, habe er jedenfalls keinen Gewinn, sondern unter Einbeziehung eines Verlustes aus dem Verkauf seines Einfamilienhauses Y-Weg insgesamt einen Verlust in Höhe von 163.800 DM erzielt.

Im Verlauf des Einspruchsverfahrens nahm das FA nunmehr den Standpunkt ein, dass kein gewerblicher Grundstückshandel vorge-

legen habe. Es erließ geänderte Einkommensteuerbescheide für 1990 und 1991, in denen die Steuer nunmehr auf je null DM festgesetzt wurde. Mit dem angefochtenen Einkommensteueränderungsbescheid für das Streitjahr 1992 setzte es die Einkommensteuer 1992 auf 9.373 DM fest. Am selben Tag erließ es entsprechend seiner nunmehrigen Rechtsauffassung geänderte Bescheide über die Feststellung der verbleibenden Verlustabzüge zum 31.12.1990, 31.12.1991 und 31.12.1992.

Mit der dagegen nach erfolglosen Einsprüchen erhobenen Klage machte der Kläger geltend, dass er einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben habe. Das Finanzgericht (FG) hat die Klage als unbegründet abgewiesen (EFG 2000, 930), hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Revision.

#### Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist begründet. Die Vorentscheidung ist aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO). Die von der Vorinstanz getroffenen tatsächlichen Feststellungen erlauben nicht den Schluss, dass der Kläger keinen – verlustbringenden – gewerblichen Grundstückshandel betrieben habe.

1. Nach § 15 Abs. 2 EStG ist Gewerbebetrieb eine selbstständige und nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt. Darüber hinaus darf es sich bei der Tätigkeit nicht um private Vermögensverwaltung handeln (vgl. z.B. Beschluss des BFH vom 10.12.2001 GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. vor I.).

a) Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb einerseits und der nichtsteuerbaren Sphäre sowie anderen Einkunftsarten andererseits ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist die gerichtsbekannte und nicht beweisbedürftige Auffassung darüber maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (vgl. BFH-Beschlüsse vom 3.7.1995 GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, 617, unter C. I., und in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. II.; Senatsurteil vom 14.1.1998 X R 1/96, BFHE 185, 242, BStBl. II 1998, 346, unter II. 2.).

b) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH kommt der gewerbliche Grundstückshandel in der Regel erst dadurch zustande, dass der Veräußerer eine Anzahl bestimmter Objekte (z.B. Ein- oder Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen) zuvor gekauft oder bebaut hat und sie in engem zeitlichen Zusammenhang damit veräußert.

aa) Hat der Veräußerer mehr als drei Objekte gekauft oder errichtet und sie in engem zeitlichen Zusammenhang veräußert, so lässt dies bei nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzten Objekten nach den Regeln der Lebenserfahrung mangels eindeutiger gegenteiliger objektiver Anhaltspunkte grundsätzlich den Schluss zu, dass bereits im Zeitpunkt des Ankaufs oder der Errichtung zumindest eine bedingte Wiederverkaufsabsicht bestanden hat (ständige Rechtsprechung; vgl. z.B. BFH-Urteil vom 23.4.1996 VIII R 27/94, BFH/NV 1997, 170, unter I. b bb, m.w.N.), auch wenn die eigentliche Absicht auf eine anderweitige Nutzung als durch Verkauf gerichtet war.

bb) Ein enger zeitlicher Zusammenhang wird in aller Regel angenommen, wenn die Zeitspanne zwischen Errichtung und Verkauf der Objekte nicht mehr als fünf Jahre beträgt. Werden innerhalb dieses engen zeitlichen Zusammenhangs mindestens vier Objekte veräußert, so ist regelmäßig, ohne dass weitere besondere Umstände (z.B. eine hauptberufliche Tätigkeit

des Steuerpflichtigen im Baubereich) vorliegen müssen, von einem gewerblichen Grundstückshandel auszugehen. Dieser Zeitraum gilt grundsätzlich auch dann, wenn das Grundstück vom Veräußerer zunächst vermietet worden ist; dann ist von einer (ausreichenden) zumindest bedingten Veräußerungsabsicht auszugehen (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170, unter 1. b bb, m.w.N.).

cc) Die konkreten Anlässe und Beweggründe für den Verkauf bislang vermieteter Objekte sind grundsätzlich unbeachtlich. Sie sagen im Allgemeinen nichts darüber aus, ob der Steuerpflichtige nicht auch aus anderen Gründen zum Verkauf bereit gewesen wäre und insofern von Anfang an eine zumindest bedingte Veräußerungsabsicht bestanden hat (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170, unter 1. b bb, m.w.N.). Dementsprechend hat es die Rechtsprechung des BFH für unbeachtlich angesehen, dass der Verkauf der betreffenden Objekte auf Finanzierungsschwierigkeiten, unvorhergesehenem Finanzbedarf, die Strafverfolgung wegen überhöhter Mietforderungen, die schlechte Vermietbarkeit der Wohnungen, die negative Entwicklung der Vermietungssituation am Wohnungsmarkt, die nachträgliche Entdeckung von Baumängeln, die Trennung der Eheleute bzw. Scheidung oder unvorhergesehene Notsituationen zurückzuführen war (vgl. hierzu die Nachweise bei *Reiß* in *Kirchhof*, Einkommensteuergesetz, Kompaktkommentar, 2. Aufl. 2002, § 15 Rdnr. 115).

dd) Die Objektzahl und der enge zeitliche Zusammenhang stellen indessen nur Beweisanzeichen dar, die durch andere objektive Sachverhaltsmerkmale erschüttert werden können (vgl. z.B. BFH-Beschluss in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. III. 4. und 5.). Diese äußerlich erkennbaren Merkmale sind als Beweisanzeichen gerechtfertigt, weil die innere Tatsache der von Anfang an bestehenden Veräußerungsabsicht oft nicht zweifelsfrei feststellbar ist. „Wenn es sich dabei auch um sehr gewichtige Indizien für oder gegen eine von Anfang an bestehende und unter Umständen nur bedingte Veräußerungsabsicht handelt, so kommt es auf diese Indizienmerkmale dann nicht an, wenn sich bereits aus anderen – ganz besonderen – Umständen zweifelsfrei eine von Anfang an bestehende oder aber fehlende Veräußerungsabsicht ergibt“ (BFH-Beschluss in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. III. 5.).

Daraus folgt, dass trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze ein gewerblicher Grundstückshandel nicht anzunehmen ist, wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen. Dabei ist nicht auszuschließen, dass die Umstände im Einzelfall so gewichtig erscheinen, dass einer im Grunde stets bestehenden bedingten Veräußerungsabsicht keine Bedeutung zukommt (vgl. BFH-Beschluss in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. III. 5.).

Als einen gegen eine bereits im Zeitpunkt des Erwerbs oder der Errichtung des Objekts vorliegende, zumindest bedingte Weiterveräußerungsabsicht sprechenden objektiven Umstand hat die Rechtsprechung eine vom Weiterveräußerer selbst vorgenommene langfristige Vermietung des Objekts angesehen (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170, unter 1. b cc, m.w.N. aus der Rechtsprechung). Eine Vermietung bis zu fünf Jahren ist von der Rechtsprechung in diesem Sinne grundsätzlich nicht als langfristig eingestuft worden (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170, unter 1. b cc, mit zahlreichen Nachweisen).

ee) Darüber hinaus verlangt die erforderliche Nachhaltigkeit der auf Gewinnerzielung gerichteten Betätigung auch einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Verwertung der einzelnen Objekte. Dieser ist gegeben, wenn sich die Veräuße-

rung der jeweils in (zumindest bedingter) Verkaufsabsicht angeschafften oder bebauten vier Objekte innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren vollzieht (vgl. BFH-Urteil vom 18.9.1991 XI R 23/90, BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135, unter II. 2.). Unter Einbeziehung der Anschaffung oder Errichtung eines Einzelobjekts kann sich danach ein Betrachtungszeitraum von zehn Jahren ergeben (vgl. BFH-Urteil in BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135, unter II. 2.).

2. Nach diesen Maßstäben hält die vom FG vorgenommene rechtliche Würdigung, der Kläger habe im hier zu beurteilenden Zeitraum keinen gewerblichen Grundstückshandel betrieben, einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. (...)

a) Übereinstimmend sind das FG und die Beteiligten davon ausgegangen, dass die beiden vom Kläger neu errichteten und nach der von ihm im Jahr 1990 vorgenommenen Aufteilung in Wohneigentumseinheiten als selbstständige Objekte i.S. der Grundsätze zum gewerblichen Grundstückshandel zu qualifizierenden Dachgeschosswohnungen im Gebäude X-Straße innerhalb von fünf Jahren nach deren Fertigstellung veräußert wurden.

aa) Diese Veräußerungsvorgänge sind deshalb im Falle des Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze in einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers einzubeziehen, wenn die von der Veräußerung dieser Objekte innerhalb der Fünf-Jahres-Grenze ausgehende Indizwirkung für eine bereits im Zeitpunkt der Errichtung (Fertigstellung) bestehende – zumindest bedingte – Veräußerungsabsicht des Klägers nicht ausnahmsweise durch besondere Umstände widerlegt oder erschüttert wird.

Das FG hat zwar die für den Beginn der Fünf-Jahres-Grenze maßgebenden genauen Zeitpunkte, in denen die beiden Dachgeschosswohnungen errichtet (fertiggestellt) waren, nicht festgestellt. Auf die genaue Feststellung dieser Zeitpunkte kommt es indessen für die beschriebene Indizwirkung nicht an. Wenn überhaupt, kann die Fünf-Jahres-Grenze zwischen Errichtung und Veräußerung der in Rede stehenden Objekte allenfalls geringfügig – um wenige Monate – überschritten worden sein. Der BFH hat mehrfach betont, dass die beschriebene Fünf-Jahres-Grenze nicht i.S. einer starren Begrenzung zu verstehen ist (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 5.9.1990 X R 107-108/89, BFHE 161, 543, BStBl. II 1990, 1060, unter 1., 5. Absatz: „keine absolute Grenze“; vom 2.3.1990 III R 75/85, BFH/NV 1991, 584, unter 3. b, 2. Absatz: „nur ... ungefähre Grenze“; in BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135, unter II. 2., 4. Absatz: „keine starre Bedeutung“; vom 12.7.1991 III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl. II 1992, 143, unter 1. a bb, 2. Absatz: „nur ein Anhaltspunkt“; vom 11.12.1991 III R 59/89, BFH/NV 1992, 464, unter 4. c.). Die Folge einer (nicht gravierenden) Überschreitung des Fünf-Jahres-Zeitraums kann lediglich darin liegen, dass sich die vom zeitlichen Zusammenhang ausgehende Indizwirkung hinsichtlich des Vorliegens einer bedingten Veräußerungsabsicht abschwächt und ggf. durch andere Anhaltspunkte ergänzt werden muss. Diese Beurteilung gilt auch für die Fälle, in denen im Fünf-Jahres-Zeitraum weniger als vier Objekte veräußert werden, in denen sich aber in der Folgezeit „planmäßig“ weitere Veräußerungen anschließen (Senatsurteil in BFHE 161, 543, BStBl. II 1990, 1060, unter 1., 5. Absatz).

Nach diesen Grundsätzen wäre im Streitfall die allenfalls in Betracht kommende geringfügige Überschreitung der Fünf-Jahres-Grenze für die beschriebene Indizwirkung unschädlich, zumal der Kläger seine Verkaufsabsicht schon innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums mehrfach dokumentiert hat: Zum einen erteilte er bereits im Jahr 1989 dem Makler W einen –

wenn auch auf die Veräußerung des Grundstücks X-Straße insgesamt gerichteten – Verkaufsauftrag. Zum anderen bedunkelte er seine Veräußerungsabsicht auch dadurch, dass er im April 1990 – nachdem sich die geplante „en bloc-Veräußerung“ zu einem angemessenen Preis als schwierig bzw. undurchführbar erwiesen hatte – die Abgeschlossenheitsbescheinigungen beantragte, um die Wohneinheiten – wie der erneute Verkaufsauftrag an den Makler W vom 15.6.1990 belegt – nach vollzogener Teilung einzeln zu veräußern.

bb) Nach den oben dargelegten Grundsätzen (vgl. unter II. 1. b dd) könnte die danach eingreifende Indizwirkung nur durch besondere Umstände – insbesondere den nach Errichtung der Dachgeschosswohnungen vorgenommenen Abschluss langfristiger, d.h. auf einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren gerichteter Mietverträge (vgl. z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1997, 170, unter I. b cc, m.w.N., und vom 29.10.1998 XI R 58/97, BFH/NV 1999, 766, unter II. 1. b, m.w.N.) – entkräftet werden. Zum Vorliegen oder Fehlen solcher besonderen Umstände in Bezug auf die beiden Dachgeschosswohnungen hat das FG bislang – von seinem Standpunkt aus zu Recht – keine Feststellungen getroffen. Dies wird es im zweiten Rechtsgang nachholen müssen.

cc) Sollte sich dabei erweisen, dass solche besonderen Gegenindizien nicht vorliegen und dass damit von einer bedingten Veräußerungsabsicht des Klägers bereits im Zeitpunkt der Fertigstellung der Dachgeschosswohnungen auszugehen ist, so wären die betreffenden Objekte – sofern auch die übrigen Voraussetzungen für einen gewerblichen Grundstückshandel (insbesondere Überschreitung der sog. Drei-Objekt-Grenze) vorliegen – von Anfang an in das Umlaufvermögen des gewerblichen Grundstückshandels einzubeziehen (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 21.6.2001 III R 27/98, BFHE 196, 59, BStBl. II 2002, 537, unter II. A. 1. c, erster Absatz). Den im Jahr 1990 erzielten Veräußerungserlösen wären in diesem Fall neben den Veräußerungskosten – entgegen den von anderen Grundsätzen ausgehenden Berechnungen des Klägers – die auf die Dachgeschosswohnungen entfallenden anteiligen (im Schätzungswege zu ermittelnden) Anschaffungskosten für Grund und Boden und Gebäude sowie die für die Errichtung der beiden Wohnungen aufgewendeten Herstellungskosten gegenüberzustellen, wobei die vom Kläger (offenbar in beträchtlichem Umfang) erbrachten Eigenleistungen außer Betracht bleiben (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 8.2.1996 IV R 28/95, BFH/NV 1996, 747, unter 3.).

Sollten sich danach gleichwohl Veräußerungsverluste ergeben, stünde dies der Einbeziehung der betreffenden Veräußerungsvorgänge in einen gewerblichen Grundstückshandel nicht entgegen. Die Erzielung von Veräußerungsverlusten bei einzelnen Objekten schließt das Bestehen einer Gewinnerzielungsabsicht im Zeitpunkt des Grundstückserwerbs (= Zeitpunkt der Begründung der Betriebsvermögenseigenschaft des Grundstücks) nicht aus (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 7.3.1996 IV R 2/92, BFHE 180, 121, BStBl. II 1996, 369, unter I. 3. c). Anhaltspunkte dafür, dass die Objekte (ohne Gewinn) an Verwandte oder Bekannte veräußert oder verschenkt worden und deshalb nicht in die Gesamtbetrachtung des gewerblichen Grundstückshandels einzubeziehen sind (vgl. z.B. BFH-Urteile in BFHE 180, 121, BStBl. II 1996, 369, unter I. 3. c; vom 14.4.1989 VIII R 373/83, BFHE 158, 214, BStBl. II 1990, 1053, unter 3.), hat das FG – jedenfalls bislang – nicht festgestellt.

b) In Bezug auf den Verkauf der beiden nach Umbau der zuvor gewerblich genutzten Räume im Erdgeschoss errichteten Wohnungen hat das FG die Ansicht vertreten, diese beiden Veräußerungsvorgänge hätten einen Teil der Aufgabe des „ru-

henden“ Gewerbebetriebs „Gaststätte/Sauna“ dargestellt. Der „ruhende“ Gewerbebetrieb sei zum 31.12.1990 aufgegeben worden. Im Rahmen dieser Betriebsaufgabe seien die beiden Erdgeschosswohnungen am 6.9.1990 und 3.1.1991 veräußert worden. Entgegen der Auffassung des Klägers seien diese Wohnungen nicht dem „ruhenden“ Gewerbebetrieb entnommen und in das Betriebsvermögen eines Gewerbebetriebs „gewerblicher Grundstückshandel“ eingelegt worden.

Diese Wertung des FG hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

aa) Zutreffend ist das FG allerdings davon ausgegangen, dass die Räumlichkeiten im Erdgeschoss nach deren Umbau in eine Gaststätte mit Imbiss und Sauna zum (notwendigen) Betriebsvermögen des vom Kläger zunächst in eigener Regie geführten Gewerbebetriebs gehört haben.

bb) Die betreffenden Räume haben ihre Eigenschaft als Betriebsvermögen nicht dadurch verloren, dass der Kläger den Gewerbebetrieb seit Mitte 1987 nicht mehr selbst fortführte, sondern als Ganzes nacheinander an mehrere Pächter zur Nutzung überließ. Denn der Kläger machte (bis zum 31.12.1990) von seinem nach den Grundsätzen zur Betriebsverpachtung im Ganzen bestehenden Wahlrecht zur Erklärung der Betriebsaufgabe (ständige Rechtsprechung; grundlegend: BFH-Urteil vom 13.11.1963 GrS 1/63 S, BFHE 78, 315, BStBl. III 1964, 124) keinen Gebrauch.

cc) In den Zeiträumen, in denen das Gewerbe wegen Pächterwechsels nicht aktiv ausgeübt wurde, fand auch keine Betriebsaufgabe (Zwangsprivatisierung des Betriebsvermögens) statt. Soweit das FG Baden-Württemberg (Urteil vom 17.6.1994 9 K 294/92, EFG 1995, 524, 525, linke Spalte, 2. Absatz) und Teile der Literatur (vgl. L. Schmidt, DStR 1979, 671, 677, unter III. 1.; Schmidt/Wacker, Einkommensteuergesetz, 21. Aufl., § 16 Rdnr. 714, m.w.N.) die Auffassung vertreten, die Beendigung des Pachtverhältnisses führe regelmäßig zu einer Betriebsaufgabe i.S. von § 16 Abs. 3 EStG, bezieht sich dies erkennbar nicht auf die hier gegebene Sachlage, dass der Betriebsverpächter beabsichtigt, das Pachtverhältnis sobald als möglich mit einem neuen Pächter fortzuführen.

Aus den sogleich unter dd angeführten Gründen kann der Senat offen lassen, ob nach Beendigung des letzten Pachtverhältnisses (31.3.1990) abweichend hiervon im Hinblick darauf eine Betriebsaufgabe anzunehmen ist, dass der Kläger fortan eine Fortsetzung seines bisherigen betrieblichen Engagements weder in Form einer weiteren Betriebsverpachtung noch einer (Rück-)Übernahme des Betriebs in Eigenregie beabsichtigte, sondern den Umbau der bisher betrieblich genutzten Erdgeschossräume in Wohnungen und deren anschließende Veräußerung plante.

dd) Das FG hat übersehen, dass die vom Kläger im Jahr 1990 vorgenommene Umgestaltung der zuvor auf die spezifischen Bedürfnisse des Gaststätten- und Saunabetriebs zugeschnittenen Erdgeschossräume in zwei Wohnungen nach den von der ständigen Rechtsprechung des BFH zur Betriebsverpachtung im Ganzen entwickelten Grundsätzen (vgl. z.B. BFH-Urteil vom 28.9.1995 IV R 39/94, BFHE 179, 75, BStBl. II 1996, 276, unter 1. der Gründe, m.w.N.; Senatsurteile vom 26.2.1997 X R 31/95, BFHE 183, 65, BStBl. II 1997, 561, unter 3. a und b der Gründe, m.w.N., und vom 21.8.1996 X R 78/93, BFH/NV 1997, 226, unter III. 2. b der Gründe; vgl. ferner auch Senatsbeschluss vom 8.5.2000 X B 142/99, BFH/NV 2001, 16, unter 2. c der Gründe, mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des BFH; Schmidt/Wacker, a.a.O., § 16 Rdnr. 700, m.w.N.) zwangsläufig zu

einer „Betriebsaufgabe“ geführt hat. Denn mit dieser Umgestaltung in Wohnungen hat der Kläger unumkehrbare Verhältnisse geschaffen, welche die von der Rechtsprechung des BFH für das Fortbestehen des Verpächterwahlrechts stets geforderte (abstrakte) Möglichkeit zur Weiterführung des Betriebes durch den Steuerpflichtigen (oder seinen Rechtsnachfolger) ausschließen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 78, 315, BStBl. III 1964, 124, 127).

ee) Sollten die vom FG nachzuholenden Feststellungen allerdings zu dem Ergebnis führen, dass der Kläger einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben hat, so wäre die Folge der Umgestaltung der vordem gewerblich genutzten Erdgeschossräume in Wohnungen und des dadurch bewirkten Wegfalls des Wahlrechts zur Betriebsfortführung nicht etwa die eines Übergangs der Wohnungen zum gemeinen Wert (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG 1990; jetzt: § 16 Abs. 3 Satz 7 EStG n.F.) in das Privatvermögen des Klägers. Vielmehr wären in diesem Fall die von Anfang an zur (sofortigen) Veräußerung bestimmten Wohnungen zum Buchwert aus dem Betriebsvermögen des ruhenden Gewerbebetriebs in das Umlaufvermögen des gewerblichen Grundstückshandels überführt worden (zum zwingenden Buchwerttransfer in vergleichbaren Fällen als Folge des von der ständigen Rechtsprechung des BFH vertretenen weiten Betriebsbegriffs vgl. z.B. BFH-Urteile vom 16.2.1996 IR 183/94, BFHE 180, 97, BStBl. II 1996, 342, unter II. 2. b bb; in BFHE 196, 59, BStBl. II 2002, 537, unter II. A. 2. b und c, m.w.N.; *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 94).

Dies wiederum hätte zum einen die Folge, dass eine steuerbegünstigte Aufgabe des Gaststätten- und Saunabetriebs i.S. von § 16 Abs. 3, 34 Abs. 1 und 2 Nr. 1 EStG insgesamt entfielen, weil die zum Buchwert aus dessen Betriebsvermögen auscheidenden Erdgeschossräume zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehört haben (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFHE 180, 97, BStBl. II 1996, 342, unter II. 2. b bb; *Schmidt/Wacker*, a.a.O., § 16 Rdnr. 94 und 275, m.w.N.). Zum anderen hätte dies zur Konsequenz, dass die aus der Veräußerung der beiden Erdgeschosswohnungen erzielten Ergebnisse zu den Einkünften des Klägers aus gewerblichem Grundstückshandel gehörten.

c) Im Ergebnis zutreffend ist das FG davon ausgegangen, dass die vom Kläger und seiner Familie nach Herrichtung für eigene Wohnzwecke während der gesamten Haltefrist selbstgenutzte Obergeschosswohnung (Objekt 3) nicht in einen gewerblichen Grundstückshandel einzubeziehen ist. Gegen eine solche Einbeziehung sprechen die folgenden Umstände und Erwägungen:

aa) Das Wohnen im eigenen Haus rechnet nach den Wertungen des EStG grundsätzlich zur ureigenen Privatsphäre. Eigengenutzte Wohnobjekte gehören deshalb in aller Regel – von besonders gelagerten, namentlich bei einer nur kurzfristigen, vorübergehenden Eigennutzung in Betracht kommenden Ausnahmefällen abgesehen (vgl. hierzu z.B. BFH-Urteil vom 11.8.1989 VIII R 266/84, BFHE 156, 476, BStBl. II 1989, 621) – zum notwendigen Privatvermögen und nicht zum (notwendigen oder gar auch nur gewillkürten) Betriebsvermögen.

Diese Sichtweise liefert den tieferen Grund dafür, dass die Rechtsprechung des BFH selbst nur vorübergehend, über einen Zeitraum von weniger als fünf Jahren eigengenutzte Wohnobjekte – anders als bei vermieteten Objekten – nicht dem Umlaufvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels zuordnet, wenn der Steuerpflichtige den Verkauf mit „offensichtlichen Sachzwängen“ – wie etwa beruflich bedingten örtlichen Veränderungen, dem Umzug in eine näher am Arbeitsplatz gelegene Wohnung, größerem Platzbedarf durch

Familienzuwachs, Trennung der Eheleute oder anderen plausiblen Gründen, z.B. einer nicht vorhergesehenen finanziellen Notlage – zu rechtfertigen vermag (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 170, unter 1. b cc m.w.N. aus der Rechtsprechung des BFH; Senatsurteil vom 23.2.1994 X R 98/91, BFH/NV 1994, 627, unter 3.; Senatsbeschluss vom 2.2.2000 X B 83/99, BFH/NV 2000, 946).

Ebenso werden denn auch im Bereich der §§ 22 Nr. 2, 23 EStG die eigengenutzten Wohnobjekte gegenüber anderen Immobilien steuerlich privilegiert (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG n.F.).

Zum Zweck der Selbstnutzung erworbene oder errichtete Wohnobjekte und mit dem Ziel der kurz- oder unbefristeten Vermietung angeschaffte oder hergestellte Immobilien können in Bezug auf die Frage einer bereits bei Erwerb oder Errichtung vorhandenen (bedingten) Veräußerungsabsicht auch deshalb nicht ohne weiteres gleich behandelt werden, weil erstere jedenfalls regelmäßig zur Befriedigung der eigenen individuellen, mitunter repräsentativen Wohnbedürfnisse unter Außerachtlassung von Renditeerwägungen besonders ausgewählt sowie unter Umständen mit erheblichem Kostenaufwand hergerichtet und ausgestaltet und dementsprechend – zumal auch wegen der mit jedem Eigenheimwechsel verbundenen erheblichen privaten Kosten – der nicht nur vorübergehenden Eigennutzung gewidmet werden.

bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze gehört der bei der Veräußerung der Obergeschosswohnung erzielte Überschuss oder Fehlbetrag nicht zum Gewinn oder Verlust eines gewerblichen Grundstückshandels.

Der Kläger hatte bereits beim Erwerb des Grundstücks X-Straße ins Auge gefasst, diese Wohnung mit seiner Familie zu beziehen und hat dieses Vorhaben – nach Herrichtung der Räume für seine spezifischen Wohnbedürfnisse – in der Weise verwirklicht, dass er die Wohnung bis zu deren Verkauf im Jahr 1990 über einen nicht unbeträchtlichen Zeitraum von rd. fünf Jahren ununterbrochen zu eigenen Wohnzwecken nutzte. Es kommt hinzu, dass der Kläger die eigengenutzte Wohnung zusammen mit den übrigen Eigentumswohnungen auf dem Grundstück X-Straße veräußerte, weil er in finanzielle Schwierigkeiten geraten war.

Unter diesen Umständen ist das Vorhandensein einer bereits im Zeitpunkt des Erwerbs oder der Herrichtung des Objekts vorhandenen Veräußerungsabsicht in Bezug auf die eigengenutzte Obergeschosswohnung zu verneinen.

d) Unter Beachtung der unter II. 2. c aa dargelegten Grundsätze beantwortet sich auch die Frage, ob das vom Kläger und seiner Familie eigengenutzte Einfamilienhaus Y-Weg in einen gewerblichen Grundstückshandel des Klägers einzubeziehen ist.

Die bisher vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen erlauben insoweit keine abschließende Beurteilung. Entgegen der bislang vom FG und den Beteiligten vertretenen Ansicht begründet allein der Umstand, dass der Kläger das in Rede stehende Objekt bereits 2 1/2 Jahre nach der Anschaffung veräußerte, nicht die Zugehörigkeit zu einem gewerblichen Grundstückshandel, zumal der Kläger nach eigenem Bekunden neben dem Kaufpreis nicht unbeträchtliche Herstellungskosten in Höhe von rd. 72.000 DM in das bis zur Veräußerung ununterbrochen eigengenutzte Wohnobjekt investierte. Die Frage nach dem Vorhandensein einer Veräußerungsabsicht des Klägers schon im Zeitpunkt der Anschaffung und damit der Einbeziehung des Objekts in einen gewerblichen Grundstückshandel hängt nach den Ausführungen unter II. 2. c aa entscheidend davon ab, welche Beweggründe den Kläger

dazu veranlassten, das Objekt bereits rd. 2 1/2 Jahre nach Beginn der Eigennutzung zu veräußern. Sollten hierfür „offensichtliche Sachzwänge“ im dort genannten Sinne, etwa das erneute Auftreten einer finanziellen Notlage, maßgebend gewesen sein, wäre auch dieses eigengenutzte Objekt aus einem gewerblichen Grundstückshandel auszuklammern. Das FG wird entsprechende Feststellungen im zweiten Rechtsgang nachholen müssen.

3. Als Objekte eines gewerblichen Grundstückshandels kommen daher die unter II. 2. a, b und d bezeichneten fünf Objekte in Betracht.

a) Diese Objekte sind in den Jahren 1990 bis 1993 veräußert worden. Die einzelnen Verwertungsakte stehen daher in dem gebotenen zeitlichen Zusammenhang, den die Rechtsprechung des BFH jedenfalls dann als gewahrt ansieht, wenn die einzelnen Verkäufe innerhalb von fünf Jahren stattfinden (grundlegend zu dieser zweiten – ebenfalls nicht starr zu handhabenden – Fünf-Jahres-Grenze vgl. BFH-Urteil in BFHE 165, 521, BStBl. II 1992, 135, unter II. 2., vorletzter und letzter Absatz; vgl. schon oben II. 1. b ee). An der gebotenen Nachhaltigkeit der Betätigung des Klägers bestehen daher keine Zweifel, auch wenn – bei Beachtung der vorstehend dargelegten Grundsätze – nicht alle (potenziellen) Objekte in den Grundstückshandel einzubeziehen sein sollten (zu den ohnehin nicht strengen Anforderungen an die Nachhaltigkeit

vgl. z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1992, 464, unter 4. a; vom 13.12.1995 XI R 43-45/89, BFHE 179, 353, BStBl. II 1996, 232, unter III. 2. c; vom 7.12.1995 IV R 112/92, BFHE 180, 42, BStBl. II 1996, 367, unter 1. c; in BFHE 180, 121, BStBl. II 1996, 369, unter I. 3. b).

b) Auch die übrigen in § 15 Abs. 2 EStG für das Vorliegen eines Gewerbebetriebs und damit auch für den hier in Rede stehenden gewerblichen Grundstückshandel (vgl. BFH-Beschluss in BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, 291, unter C. I. der Gründe) vorausgesetzten Merkmale (Selbstständigkeit; Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr – vgl. dazu z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1992, 464, unter 4. b; in BFHE 179, 353, BStBl. II 1996, 232, unter III. 2. e; in BFHE 180, 42, BStBl. II 1996, 367, unter 1. b; in BFHE 180, 121, BStBl. II 1996, 369, unter I. 3. d – und Gewinnerzielungsabsicht – vgl. z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1999, 766, unter II. 2., und vom 26.2.1988 III R 321/84, BFH/NV 1988, 561, unter 1. b –) dürften im Streitfall erfüllt sein. Die nach § 15 Abs. 2 EStG erforderliche Gewinnerzielungsabsicht des Klägers ist – jedenfalls auf der Grundlage der bisherigen tatsächlichen Feststellungen des FG – auch dann nicht zweifelhaft, wenn er bei einzelnen in den gewerblichen Grundstückshandel einzubeziehenden Objekten oder gar insgesamt einen Verlust erzielt haben sollte (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFH/NV 1988, 561, unter 1. b, und in BFH/NV 1999, 766, unter II. 2.; vgl. ferner schon oben II. 2. a, cc letzter Absatz, m.w.N.).

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Schenkungsteuer, Verpflichtung zur Pflege im Bedarfsfall

Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 6.12.2002, Gz. 34 – S 3806 – 45/4 – 54702

In notariellen Übergabeverträgen und Schenkungsverträgen werden – vor allem bei Grundstücksübertragungen – vielfach Pflegeverpflichtungen im Bedarfsfall vereinbart. Hierbei sind die folgende oder ähnliche Formulierungen gebräuchlich:

„Der Erwerber verpflichtet sich hiermit, den Berechtigten bis an sein Lebensende unentgeltlich im Bedürfnisfall zu pflegen und ihm hierbei alle Leistungen zu erbringen, die einer geordneten und standesgemäßen Pflege entsprechen. Diese Leistungen sollen jedoch nur erbracht werden, soweit sie in dem übertragenen Hausanwesen erfüllt werden können. Sofern die Pflege außer Haus erforderlich sein sollte, ruht die Leistungspflicht des Erwerbers. Es ist insoweit keine Ersatzleistung geschuldet. Kosten hat der Erwerber nur insoweit zu tragen, als solche entstehen, wenn er sich zur Erfüllung dieser Verpflichtung dritter Personen bedient.“

Zur Sicherung der vorstehenden Verpflichtung bestellt der Erwerber dem Berechtigten an dem Vertragsanwesen eine Reallast.“

Die Pflegeleistung stellt schenkungsteuerlich eine Gegenleistung für die Grundstücksübertragung dar.

Da der Grundstückserwerber erst im Bedarfsfall zur Pflege des Berechtigten verpflichtet ist, liegt insoweit eine aufschiebend bedingte Last vor, die nach § 6 Abs. 1 BewG vor Eintritt der Bedingung nicht zu berücksichtigen ist. Die Pflegeverpflichtung bleibt deshalb zum Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung außer Ansatz (zur schenkungsteuerlichen Behandlung aufschiebend bedingter Leistungen BFH-Urteil vom 7.6.1989, BStBl. II S. 814).

Die Pflegeleistung kann erst dann berücksichtigt werden, wenn der Pflegefall tatsächlich eingetreten ist und der Erwerber die Leistungen erbringt. Bei der Schenkungsteuer liegt ab diesem Zeitpunkt eine gemischte Schenkung vor. Die Pflegeverpflichtung wird hierbei mit ihrem Wert im Zeitpunkt der Entstehung der Steuer für die Zuwendung (§ 11 ErbStG) angesetzt. Der Schenkungsteuerbescheid ist nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO entsprechend zu ändern (BFH 7.6.1989 a.a.O.). Vom Eintritt des Pflegefalles kann grundsätzlich erst dann ausgegangen werden, wenn der Berechtigte pflegebedürftig i.S.v. § 15 SGB XI ist. Die Voraussetzungen für die Pflegestufe I müssen erfüllt sein. Liegen diese nicht vor, hat der Erwerber im Einzelfall in geeigneter Weise zu belegen, dass bereits Pflegeleistungen erforderlich sind und er seiner Verpflichtung nachkommt.

Die Pflegeleistungen sind mit ihrem Kapitalwert im Zeitpunkt des Eintritts des Pflegefalles zu bewerten. Dieser ist auf den Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) unter Anwendung der Tabelle 1 zu § 12 Abs. 3 BewG abzuzinsen.

Liegt Pflegebedürftigkeit i.S.v. § 15 SGB XI vor, kann der Jahreswert der Leistung (§ 15 BewG), soweit sich aus der vertraglichen Vereinbarung nichts anderes ergibt, mit dem

Zwölffachen der in der gesetzlichen Pflegeversicherung vorgesehenen monatlichen Pauschalvergütung bei Inanspruchnahme von *Pflegesachleistungen* (§ 36 Abs. 3 SGB XI) angesetzt werden. Diese betragen bei

- Pflegestufe I : 384 € (bis 31.12.2001 750 DM)
- Pflegestufe II : 921 € (bis 31.12.2001 1.800 DM)
- Pflegestufe III: 1.432 € (bis 31.12.2001 2.800 DM).

In besonders gelagerten Einzelfällen i.S.v. § 36 Abs. 4 SGB XI ist in Pflegestufe III ein Betrag von 1.918 € (bis zum 31.12.2001 3.750 DM) anzusetzen.

Diese Beträge sind zu kürzen, soweit

- Sachleistungen durch professionelle Pflegekräfte in Anspruch genommen werden und der Pflegenden die Kosten hierfür nicht zu tragen hat oder
- die pflegebedürftige Person Pflegegeld aus der Pflegeversicherung oder einer Pauschalbeihilfe nach den Beihilfevorschriften erhält und diese zu Lebzeiten an die verpflichtete Pflegeperson weitergibt. Die Weitergabe selbst ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 9a ErbStG von der Schenkungsteuer befreit.

Wird die Pflegestufe nicht erreicht, ist der Wert der monatlichen Pflegeleistungen zu schätzen, wobei jedoch der Wert der Pflegesachleistungen nicht überschritten werden darf.

Beispiel:

Der am 5.5.1924 geborene A überträgt am 1.10.1996 ein Grundstück an B, der sich verpflichtet, A im Bedarfsfall zu pflegen. Zum Zeitpunkt der Ausführung der Grundstücksübertragung bleibt die Pflegeverpflichtung außer Ansatz. Der Pflegefall tritt am 25.6.2002 ein. A erfüllt die Voraussetzungen der Pflegestufe I.

Der Kapitalwert der Pflegeverpflichtung ist zum Zeitpunkt des Eintritts des Pflegefalles zu ermitteln. Die Berechnung erfolgt nach § 14 Abs. 1 BewG i.V.m. Anlage 9 zum BewG.

Jahreswert: 384 € × 12 Monate = 4.608 €  
 Kapitalwert: 4.608 € × Vervielfältiger  
 (78 Jahre) 5,198 23.952 €

Der errechnete Kapitalwert von 23.952 € (46.846 DM) ist auf den Zeitpunkt der Schenkung (1.10.1996) abzuzinsen.

Kapitalwert × Vervielfältiger lt. Tabelle 1  
 zu § 12 Abs. 3 BewG  
 (Laufzeit 5 Jahre und 265 Tage, 0,736)  
 46.846 DM × 0,736 = 34.479 DM

Im Rahmen der Wertermittlung für die gemischte Schenkung wird die Gegenleistung des Erwerbers mit 34.479 DM berücksichtigt.

Die Grundsätze für die Ermittlung des Kapitalwertes der Pflegeleistung gelten entsprechend für den Ansatz und die Bewertung von Nachlassverbindlichkeiten aus Pflegeleistungen nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG und die Inanspruchnahme des Freibetrages nach § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG.

Die Schenkungsteuer wird im Rahmen der Erstbearbeitung endgültig festgesetzt. Der Steuerpflichtige ist im Steuerbescheid auf den Antrag zur Änderung der Festsetzung bei Eintritt des Pflegefalles hinzuweisen.

Die im Rahmen einer Grundstücksübertragung als Gegenleistung zu erbringende Pflegeleistung unterliegt der Grunderwerbsteuer. Stellt der Steuerpflichtige einen Antrag auf Änderung des Schenkungsteuerbescheides, hat die Schenkungsteuerstelle den Eintritt des Pflegefalles und den von ihr angesetzten Jahreswert der Leistung der zuständigen Grunderwerbsteuerstelle mitzuteilen. Von einer Anzeige kann aufgrund der Steuerbefreiung bei der Grunderwerbsteuer abgesehen werden, wenn

- der Kapitalwert der Pflegeleistung 2.500 € nicht übersteigt (§ 3 Nr. 1 GrEStG)
- eine Grundstücksübertragung zwischen Ehegatten vorliegt (§ 3 Nr. 4 GrEStG) oder
- es sich bei dem Erwerber um eine mit dem Schenker in gerader Linie verwandte Person, ein Stiefkind des Schenkers oder den Ehegatten eines Verwandten in gerader Linie oder des Stiefkindes des Schenkers handelt (§ 3 Nr. 6 GrEStG).

## 2. Grunderwerbsteuer; Formerfordernis bei Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nach § 16 GrEStG

Erllass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 6.12.2002, Gz. 36 – S 4543 – 003 – 50627/02

### 1. Fälle des § 16 Abs. 1 GrEStG

- 1.1 Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wird die Grunderwerbsteuer auf Antrag, der formlos gestellt werden kann, 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 § 311b Abs. 1 BGB (entspricht § 313 BGB a.F.; vgl. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3138) 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.

Der Bundesgerichtshof hat 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 (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 vor einer anderweitigen Verfügung des Verkäufers schützt. Weitere Voraussetzung für das Entstehen eines Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers ist, dass der Antrag auf Eintragung des Eigentums oder die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nach der Auflassung erfolgt. 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.

- 1.2 Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG wird auf Antrag die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Vertragsbedingungen nicht erfüllt werden und der Erwerbsvorgang vor Eigentumsübergang aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird.

In den Fällen des § 16 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG erfolgt die Rückgängigmachung regelmäßig durch einseitige emp-

fangsbedürftige Willenserklärung des Berechtigten. Sie ist *formfrei* möglich und kann auch konkludent erklärt werden (*Palandt*, 61. Aufl., § 313 Rdnr. 17). Andererseits besteht auch die Möglichkeit, einen Aufhebungsvertrag abzuschließen. Dieser bedarf ebenfalls nicht der Form des § 311b Abs. 1 BGB (*Palandt*, 61. Aufl., § 313 Rdnr. 39). Die Rechtsprechung verlangt aber, dass vor Abschluss der Vereinbarung das Vorliegen des gesetzlichen Rücktrittsrechts zwischen den Vertragsschließenden unbestritten feststehen muss (zuletzt FG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.2.1998, EFG 1998 S. 1087). Hat der Erwerber nach Auflassung durch Stellung des Eintragungsantrags oder durch Eintragung einer Auflassungsvormerkung ein Anwartschaftsrecht erworben, ist die Verpflichtung zur Aufhebung des Anwartschaftsrechts *formbedürftig* (*Palandt*, 61. Aufl., § 313 Rdnr. 40).

## 2. Fälle des § 16 Abs. 2 GrEStG

2.1 Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird nach § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG auf Antrag sowohl für den Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn der Rückerwerb innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang stattfindet.

§ 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG verlangt nicht, dass der vorangegangene Vertrag aufgehoben wird. Der bloße Rückkauf reicht. Für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft besteht *Beurkundungszwang* nach § 311b Abs. 1 BGB.

2.2 Nach § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG treten die zu § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG beschriebenen Rechtsfolgen auch ein, wenn das dem Erwerbsvorgang zugrunde liegende Rechtsgeschäft nichtig oder infolge einer Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist.

Die Vorschrift erfasst die Fälle, in denen die Eigentumsübertragung am Grundstück zivilrechtlich wirksam erfolgt ist, diese Eigentumsübertragung jedoch aufgrund einer objektiv nichtigen oder durch Anfechtung nichtig gewordenen schuldrechtlichen Verpflichtung vorgenommen wurde. In diesem Fall steht dem Veräußerer nach § 812 f. BGB ein Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums zu. § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG setzt einen einseitig und gegen den Willen des ursprünglichen Erwerbers durchsetzbaren Anspruch auf Rückerwerb voraus. Es ist nicht ausreichend, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft für nichtig halten (BFH-Urteil vom 27.1.1999, BFH/NV S. 964).

2.3 § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG sieht eine Rückabwicklung bei Nichterfüllung der Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäftes vor.

Hierzu ist die Einigung der Parteien über die Nichterfüllung der Vertragsbedingungen (ersatzweise ein rechtskräftiges Urteil über die Verpflichtung zur Rückübertragung) und die Rückauflassung erforderlich. Beide Voraussetzungen sind nach § 311b Abs. 1 BGB *formbedürftig*.

## 3. Fälle des § 16 Abs. 3 GrEStG

3.1 Nach § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG wird auf Antrag die Steuer entsprechend niedriger festgesetzt oder die Steuerfestsetzung geändert, wenn die Gegenleistung innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer herabgesetzt wird.

Die Herabsetzung der Gegenleistung unterliegt grundsätzlich dem *Beurkundungszwang* nach § 311b Abs. 1 BGB, es sei denn, sie beruht auf einem berechtigten Minderungsverlangen oder die Änderung erfolgt erst nach der Auflassung bzw. nach der Grundbucheintragung (*Palandt*, 61. Aufl., § 313 Rdnr. 41 u. 44).

3.2 Nach der Änderung des § 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen vom 23.7.2002 (vgl. BGBl. 2002 I S. 2722) wird auf Antrag die Steuer entsprechend niedriger festgesetzt oder die Steuerfestsetzung geändert, wenn die Herabsetzung (Minderung) aufgrund des § 437 BGB n.F. (bisher der §§ 459 und 460 BGB a.F.) vollzogen wird. Gegen eine entsprechende Anwendung des § 437 BGB n.F. ab dem 1.1.2002 bestehen keine Bedenken.

§ 16 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG setzt voraus, dass sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit der Minderung einverstanden erklärt oder dementsprechend verurteilt worden ist und die Minderung auch tatsächlich eingetreten ist. Bei einem berechtigten Minderungsverlangen besteht *kein Formzwang* nach § 311b Abs. 1 BGB (siehe vorstehende Ziffer 3.1, zweiter Absatz).

Nach der Neukonzeption des Kaufrechts wird nicht mehr zwischen Sach- und Rechtsmängeln unterschieden, so dass auch bei Rechtsmängeln eine vollzogene Minderung des Kaufpreises im Rahmen der Grunderwerbbesteuerung zu berücksichtigen ist.

## 4. Verletzung der Anzeigepflicht (§ 16 Abs. 5 GrEStG)

Nach § 16 Abs. 5 GrEStG gelten die Absätze 1 bis 4 dieser Vorschrift nicht, wenn einer der in § 1 Abs. 2, 2a und 3 bezeichneten Erwerbsvorgänge rückgängig gemacht wird, der nicht nach den §§ 18, 19 GrEStG fristgerecht angezeigt war.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Notar Dr. Josef Simon, Regensburg

Mit Wirkung vom 1.10.2003:

Notar Wolf-George Harms, Klingenberg

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Kusel dem Notarassessor  
Martin Naumann  
(bisher Geschäftsführer der  
Notarkammer Pfalz)

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Neumarkt i. d. Opf. dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Christian Mickisch  
Michael Leitenstorfer) (bisher in Altdorf b. Nbg.)

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2003:

Marion Ampenberger, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Michael Grob, Memmingen (Notarstellen Dr. Gropengießer/Gropengießer)

Thomas Philipp Ihrig, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/  
Dr. Wälzholz)

Mit Wirkung vom 1.3.2003:

Constanze Kübel, Uffenheim (Notarstelle Thiede)

Kathrin Filipp, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer)

#### 4. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Die zweite Notarstelle in Wegscheid (bisheriger Inhaber Notar Dr. Wolfgang Kleeberger) wurde mit Wirkung vom 1.2.2003 eingezo-

gen. Notarassessor Christoph Hagspiel, Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel), ist mit Wirkung vom 31.12.2002 auf sein Verlangen aus dem Notarassessorendienst ausgeschieden.

Notarassessor Bertrand Koller, München (Notarstelle Weiß), ab 8.1.2003 in München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Notarassessorin Nicola Struck, Amberg (Notarstelle Dr. Frank), ab 1.2.2003 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

Notarassessorin Dr. Margit Twehues, Abensberg (Notarstelle Dr. Ries), ab 1.2.2003 in Eichstätt (Notarstellen Dr. Schneider/Dr. Philipp)

Notarassessorin Claudia Balzer, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 16.2.2003 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Notarassessor Dr. Markus Bischoff, Uffenheim (Notarstelle Thiede), ab 17.3.2003 in Volkach/Main (Notarstelle Dr. Wolf)

Oberinspektorin i. N. Gudrun-Elly Eder, München (Notarstelle Wurm), ab 1.1.2003 in München (Notarstelle Porath)

Oberinspektorin i. N. Elke Scheitzach, Erding (Notarstelle Olk), ab 1.1.2003 in Landshut (Notarstelle Münch)

Oberinspektor i. N. Roland Werner, Bad Kissingen (Notarstelle Makowka), ab 1.1.2003 in Erding (Notarstelle Olk)

Oberinspektor i. N. Jürgen Zeller, Kaufbeuren (Notarstelle Dr. Schlierf), ab 1.1.2003 in München (Notarstellen Kelch/Dr. Keller)

Amtmann i. N. Georg Singer, Türkheim (Notarstelle Elstner), ab 15.1.2003 in München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)

Inspektor i. N. Florian Fuß, Bad Aibling (Notarstelle Schmitt), ab 1.2.2003 in Rosenheim (Notarstellen Dr. Düwel/Dr. Ohler)

Oberinspektorin i. N. Ulrike Pieler, Fürth (Notarstelle Schmeißer), ab 1.3.2003 in Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)

Oberinspektorin i. N. Karin Jaumann, Lauingen (Notarstelle Schmitt), ab 1.4.2003 in Nördlingen (Notarstelle Dr. Lotter)

#### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Hans Agne, Landstuhl (Notarstelle Landau), ab 1.3.2003 im Ruhestand

Amtmann i. N. Rudolf Brandl, Greding (Notarstelle Reindl), ab 1.4.2003 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Max Donaubaue, Passau (Notarstelle Bächer), ab 1.4.2003 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Karlheinz Kretzler, München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer), ab 1.4.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Josef Wittmann, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), ab 1.4.2003 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Martin Wittmann, München (Notarstellen Mittenzwei/Dr. Steinbauer), ab 1.4.2003 im Ruhestand

Günther Ziegldrum, München (Verwaltung Notarkasse), ab 1.4.2003 im Ruhestand

---

Schriftleiterin: Notarassessorin Dr. Helene Förtig, 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 46,- € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.

Einzelheft 12,- € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:

Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München.

## SONSTIGES

### Veranstaltungen des DAI 2/2003

- |   |  |
|---|--|
| <p>1. Ausgewählte Fragen zum Notarhaftungsrecht<br/>(<i>Frenz, Zugehör, Ganther, Hertel, Schlee</i>)<br/>15.3.2003 in Frankfurt a. Main</p> <p>2. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und eingetragene<br/>Lebenspartnerschaft in der notariellen Praxis<br/>(<i>Grziwotz</i>)<br/>21.3.2003 in Essen<br/>22.3.2003 in Rendsburg</p> <p>3. Der Unternehmenskauf (<i>Fachinstitut für Steuerrecht</i>)<br/>(<i>Haarmann u.a.</i>)<br/>21.–22.3.2003 in Frankfurt a. Main</p> <p>4. Intensivkurs Internationales Privatrecht<br/>(<i>Schotten, Wandel, Riering</i>)<br/>27.–29.3.2003 in Rostock-Warnemünde</p> <p>5. Testamentsvollstreckung in der notariellen Praxis<br/>(<i>Reimann, Schaub</i>)<br/>28.3.2003 in Würzburg<br/>29.3.2003 in Bremen</p> <p>6. Der Erbbaurechtsvertrag nach der Schuldrechtsreform<br/>(<i>Albrecht, Eichel</i>)<br/>28.3.2003 in Kassel</p> <p>7. Die vorweggenommene Erbfolge vor dem Ende?<br/>(<i>Geck, Halacinsky, Spiegelberger, Wolf</i>)<br/>29.3.2003 in Hannover</p> <p>8. Das mittelständische Unternehmen – Zivil- und<br/>Steuerrecht (<i>Fachinstitut für Steuerrecht</i>)<br/>(<i>Haas u.a.</i>)<br/>31.3.–2.4.2003 in Würzburg</p> <p>9. Intensivkurs Überlassungsvertrag<br/>(<i>Amann, J. Mayer</i>)<br/>4.–5.4.2003 in Wiesbaden</p> <p>10. Ausgewählte Kostenfragen in der notariellen Praxis<br/>(<i>H. Schmidt, Tiedtke</i>)<br/>3.5.2003 in Kassel</p> | <p>11. Intensivkurs Grundstücksrecht<br/>(<i>Basty, Blank</i>)<br/>5.–9.5.2003 in Timmendorfer Strand</p> <p>12. Deutsch-österreichischer Rechtsvergleich in der<br/>notariellen Praxis<br/>(<i>Wandel, Riering</i>)<br/>9.–10.5.2003 in Wien</p> <p>13. Praktikertagung: Das Anderkonto in der notariellen Praxis<br/>(<i>Hertel</i>)<br/>10.5.2003 in Hannover</p> <p>14. Ausgewählte Fragen des Erbrechts<br/>(<i>Kornexl</i>)<br/>16.5.2003 in Bochum<br/>17.5.2003 in Bremen</p> <p>15. Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrecht in der<br/>notariellen Praxis<br/>(<i>D. Mayer, Rieger</i>)<br/>23.5.2003 in Frankfurt<br/>24.5.2003 in Hamburg</p> <p>16. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht<br/>(<i>Spiegelberger, Spindler, Wälzholz</i>)<br/>29.–31.5.2003 in Fischbachau</p> <p>17. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht<br/>(<i>Waldner</i>)<br/>30.5.2003 in Rendsburg<br/>31.5.2003 in Bad Homburg</p> |
|---|--|

**Soweit nicht anders vermerkt handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. Fachinstitut für Steuerrecht) –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64 - 0, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail (Fachinstitut für Notare): [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)

### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bundesnotarkammer, Mohrenstraße 34, 10117 Berlin,  
Tel.: 0 30/38 38 66-0, Fax: 0 30/38 38 66 66

Bad Königshofen i. Gr., Notarstelle Göran Kleine, Spar-  
kassenstraße 1, 97631 Bad Königshofen i. Gr.

Bamberg, Notarstelle Dr. Dieter Liedel, Hainstraße 15,  
96047 Bamberg

Herzogenaurach, Notarstelle Dr. Wolfgang Scholzen, An der  
Schütt 26, 91074 Herzogenaurach, Tel.: 0 91 32/78 61-0,  
Fax: 0 91 32/78 61 26

Memmingen, Notarstellen Sigrun Erber-Faller/Arnold Voran,  
Hallhof 6, 87700 Memmingen

München, Notarstellen Dr. Beate Kopp/Alexander Benesch,  
Leopoldstraße 18/II, 80802 München, Tel.: 0 89/55 29 68-0,  
Fax: 0 89/55 29 68 44

Vohenstrauß, Notarstelle Ingeborg Ritz-Mürtz, Bahnhof-  
straße 4, 92648 Vohenstrauß, E-Mail: [notarin@ritz-muertz.de](mailto:notarin@ritz-muertz.de)

Weiden i. d. Opf., Notarstelle Peter Baltzer, Unterer Markt 18,  
92635 Weiden i. d. Opf.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2002, 747 Seiten, € 58,-
2. Beckmann/Kersting/Mielke, Das neue Übernahmerecht, Verlag C.H. Beck, München 2002, 200 Seiten, € 28,-
3. Beisel/Klump, Der Unternehmenskauf, Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2003, 394 Seiten, € 33,-
4. Burandt/Eberhardt, Beratung im Erbrecht II – Nach dem Erbfall, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2003, 322 Seiten, € 49,-
5. Dauner-Lieb/Konzen/K. Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln 2003, 764 Seiten, € 88,- (Subskriptionspreis bis zum Erscheinen € 74,-)
6. Gerhardt/Heintschel-Heinegg/Klein, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, 4. Auflage 2002, 2.160 Seiten und 1 CD-ROM, € 99,-
7. Groll (Hrsg.), Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001, 2.095 Seiten, € 139,-
8. Grziwotz, Partnerschaftsvertrag für die nichteheliche und nicht eingetragene Lebenspartnerschaft (Beck'sche Musterverträge Band 10), Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2002, 160 Seiten und 1 CD-ROM, € 16,50
9. Hartmann, Kostengesetze, Verlag C.H. Beck, München, 32. Auflage 2003, 1.950 Seiten, € 99,-
10. Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, Gestaltungsschwerpunkte in der Praxis, Carl Heymanns Verlag, Köln 2003, 406 Seiten, € 80,-
11. Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.), Beck'sches Formularbuch. Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2003, 1.754 Seiten und 1 CD-ROM, € 96,-
12. Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, ZAP Verlag, Recklinghausen 2003, 664 Seiten und 1 CD-ROM, € 76,-
13. Krauß, Grundstückskaufverträge nach der Schuldrechtsreform, ZAP Verlag, Recklinghausen 2002, 584 Seiten, € 69,-
14. Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 4. Auflage 2003, 329 Seiten und 1 CD-ROM, € 49,80
15. Limmer (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensumwandlung, Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen, 2. Auflage 2002, 1.116 Seiten und 1 CD-ROM, € 118,-
16. Nörr/Stiefenhofer, Takeover law in Germany (in englischer Sprache), Verlag C.H. Beck, München 2002, 230 Seiten, € 34,-
17. Priester/D. Mayer (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2002, 1.713 Seiten, € 142,-
18. Roth/Altmeppen, GmbHG, Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2003, 1.063 Seiten, € 60,-
19. Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, Carl Heymanns Verlag, Köln, 4. Auflage 2003, 1.964 Seiten, € 98,-
20. Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, Verlag C.H. Beck, München 2003, 2.600 Seiten, € 165,-
21. Strohal, Unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen bei Selbständigen, Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2003, 280 Seiten, € 22,-
22. Waldner, Praktische Fragen des Grundstückskaufvertrages, Verlag C.H. Beck, München 2003, 191 Seiten, € 28,-

### 1. BGH: Keine Sittenwidrigkeit bei beiderseitigem Irrtum über Bebaubarkeit

(BGB § 138)

Gehen Verkäufer und Käufer übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass das verkaufte Grundstück derzeit und auf weiteres nicht bebaubar ist, und vereinbaren sie im Hinblick darauf einen relativ geringen Kaufpreis (hier: 9.000 DM), so kann die an ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung (hier: rund 30.000 DM) geknüpfte Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten erschüttert sein, wenn der absolute Wert der Kaufsache relativ gering und seine zutreffende Einschätzung schwierig ist.

(Urteil vom 27.9.2002 – V ZR 218/01 –)

### 2. BGH: Aufklärungspflicht der Bank über versteckte Innenprovision, Widerruf nach HWiG

(BGB §§ 123, 276 a.F.; HWiG §§ 1 Abs. 1 a.F., 2 Abs. 1, 5 Abs. 2; VerbrKrG § 3 Abs. 2 Nr. 2)

a) Bei steuersparenden Bauherren- und Erwerbermodellen ist das finanzierende Kreditinstitut nicht verpflichtet, den Darlehensnehmer über eine im finanzierten Kaufpreis enthaltene „versteckte Innenprovision“ aufzuklären. Eine Aufklärungspflicht der Bank über die Unangemessenheit des Kaufpreises kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn die Innenprovision zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert beiträgt, dass die Bank von einer sittenwidrigen Übervorteilung des Käufers durch den Verkäufer ausgehen muss.

b) Wann eine Haustürsituation im Sinne des § 1 Abs. 1 HWiG der kreditgebenden Bank zuzurechnen ist, bestimmt sich nach den zu § 123 BGB entwickelten Grundsätzen.

c) Die einwöchige Widerrufsfrist des § 1 Abs. 1 HWiG wird auch in Fällen, in denen einem Darlehensnehmer mit Rücksicht auf die im Anschluss an das Senatsurteil vom 9.4.2002 (XI ZR 91/99, WM 2002, 1181 ff.) gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG ein Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufgesetz zusteht, nur durch eine den Vorgaben des Haustürwiderrufgesetzes entsprechende Widerrufsbelehrung in Gang gesetzt.

(Urteil vom 12.11.2002 – XI ZR 3/01 –)

### 3. BGH: Anfechtbarkeit satzungsauslegender Gesellschafterbeschlüsse

(GmbHG §§ 15 Abs. 5, 46, 51 Abs. 3; ZPO § 256)

a) In die Kompetenz der Gesellschafterversammlung einer GmbH fallen grundsätzlich auch satzungsauslegende Beschlüsse, mit denen über die fragliche Satzungskonformität bestimmter Maßnahmen (hier einer Geschäftsanteilsveräußerung, § 15 Abs. 5 GmbHG) entschieden werden soll. Sie sind – wie sonstige Gesellschafterbeschlüsse – auf Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage eines Gesellschafters entsprechend §§ 246,

249 AktG gerichtlich überprüfbar. Bloße Anfechtungsgründe (§ 243 Abs. 1 AktG) können auch hier nicht incidenter in einem anderen Rechtsstreit geltend gemacht werden (vgl. Senat BGHZ 104, 66).

b) Die Rechtskraft des in einem Rechtsstreit zwischen Gesellschaftern einer GmbH ergangenen Feststellungsurteils (§ 256 ZPO) über die Auslegung der Satzung im Sinne eines darüber gefassten Gesellschafterbeschlusses erstreckt sich nicht auf das Verhältnis zwischen ihnen und der GmbH.

c) Die in der Vollversammlung der Gesellschafter einer GmbH erst nach der Abstimmung über einen Gesellschafterbeschluss erhobene Rüge eines Einberufungs- oder Ankündigungsmangels (§ 51 Abs. 2, 4 GmbHG) genügt nicht, um die Heilungswirkung des § 51 Abs. 3 GmbHG auszuschließen.

(Urteil vom 25.11.2002 – II ZR 69/01 –)

### 4. BGH: Angemessener Unterhalt bei Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers

(BGB § 528 Abs. 1 Satz1)

Die Anknüpfung an den angemessenen Unterhalt des Schenkers in § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB verweist den Schenker auf einen Unterhalt, der nicht zwingend seinem bisherigen individuellen Lebensstil entsprechen muss, sondern der objektiv seiner Lebensstellung nach der Schenkung angemessen ist.

(Urteil vom 5.11.2002 – X ZR 140/01 –)

### 5. BGH: Anwendung des Verbots der Verfallabrede bei dinglich nicht gesichertem Gläubiger

(BGB §§ 1149, 1192)

Auch wenn der dinglich nicht gesicherte Gläubiger die Darlehenssumme an seinen Schuldner nur deswegen auszahlen kann, weil er seinerseits ein Darlehen in derselben Höhe von einem Dritten erhalten und die Rückzahlungspflicht durch die Eintragung von Grundpfandrechten auf dem Grundstück seines Schuldners abgesichert hat, ist das Verbot einer Verfallabrede auf die Vereinbarung der Übertragung des Grundstückseigentums auf ihn für den Fall der nicht rechtzeitigen Rückzahlung des dem Schuldner gewährten Darlehens nicht analog anwendbar (im Anschluss an Senat, BGHZ 130, 101).

(Urteil vom 25.10.2002 – V ZR 253/01 –)

### 6. BGH: Keine Anwendung von „Kauf bricht nicht Miete“ bei Breitbandkabelerrichtungsrecht

(BGB § 571 a.F., § 566 n.F.)

§ 571 BGB a.F. ist auf einen Vertrag, in dem der Grundstückseigentümer einem Unternehmen das ausschließliche Recht gewährt, auf dem Grundstück eine Breitbandkabelanlage zu errichten, zu unterhalten und mit den Wohnungsmietern Einzelanschlussverträge abzuschließen, nicht – und zwar auch nicht entsprechend – anwendbar.

(Urteil vom 17.7.2002 – XII ZR 86/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F