

3 MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2004

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Notar in Passau

Schriftleiter:

Dr. Markus Krebs,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Dümig: Spaltung einer Reallast in Stammrecht und Einzelleistungen 153

Schwarz: Die Zurückbehaltung von Urkundsabschriften und Unterlagen gemäß § 10 KostO 157

Heinemann: Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Kostenberechnung für den die Kostenschuld erfüllenden Gesamtschuldner 160

Sauer: Gewöhnliche und außergewöhnliche Instandhaltungen als dauernde Last? 162

Amann: Auch im Insolvenzverfahren schützt die Eigentumsvormerkung gegen vormerkungswidrige Belastungen 165

Gottwald/Steer: Neuabschluss von Verträgen bzw. Vertragsübernahmen im Grunderwerbsteuerrecht 166

Denk: Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2003 169

Rechtsprechung

Geldzahlung statt Pflege bei Umzug ins Altenheim (BGH, Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02) 180
mit Anmerkung *J. Mayer* 181

Unbestimmter Rechtsbegriff als Heimfallvoraussetzung (LS) (BGH, Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02) 186
mit Anmerkung *v. Oefele* 186

Keine Eintragungsfähigkeit einer Reallast mit Nachrang der rückständigen Raten gegenüber dem Stammrecht (BGH, Beschluss vom 2.10.2003, V ZB 38/02) 189

Kein Verfügungsverbot über Aktien nach Formwechselbeschluss (BayObLG, Beschluss vom 2.4.2003, 3Z BR 57/03) 198
mit Anmerkung *Gerber* 200

Grundbuchrechtliche Anforderungen bei Auflassung an BGB-Gesellschaft (BayObLG, Beschluss vom 4.9.2003, 2Z BR 162/03) 201
mit Anmerkung *Weigl* 202

Reichweite des Firmennamen-Bestandsschutzes nach dem PartGG (LG Koblenz, Beschluss vom 14.5.2003, 3 HK. T 1/03) 203
mit Anmerkung *Westermeier* 205

Inhalt

Aufsätze

- Dümig*: Spaltung einer Reallast in Stammrecht und Einzelleistungen **153**
- Schwarz*: Die Zurückbehaltung von Urkundsabschriften und Unterlagen gemäß § 10 KostO **157**
- Heinemann*: Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Kostenberechnung für den die Kostenschuld erfüllenden Gesamtschuldner **160**
- Sauer*: Gewöhnliche und außergewöhnliche Instandhaltungen als dauernde Last? **162**
- Amann*: Auch im Insolvenzverfahren schützt die Eigentumsvormerkung gegen vormerkungswidrige Belastungen **165**
- Gottwald/Steer*: Neuabschluss von Verträgen bzw. Vertragsübernahmen im Grunderwerbsteuerrecht **166**
- Denk*: Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2003 **169**

Buchbesprechungen

- Holzappel/Pöllath: Unternehmenskauf in Recht und Praxis (*Weigl*) **171**
- Waldner: Vorweggenommene Erbfolge (*Krebs*) **171**
- Köhler/Bassenge (Hrsg.): Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht (*Heinemann*) **172**
- Schröder/Bergschneider (Hrsg.): Familienvermögensrecht (*Kornexl*) **173**
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2 (Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft) (*Weigl*) **174**
- Melchior/Schulte: Handelsregisterverordnung (*Krafka*) **175**
- Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 22: Erbrecht 2 (§§ 2064–2273; §§ 1–35 BeurkG) (*Eue*) **175**
- Flik: Die notarielle Beurkundung: Zweck und Rechtswirklichkeit (*Volmer*) **177**
- Zöller: Zivilprozessordnung (*Heinemann*) **178**
- Diepold/Hintzen: Musteranträge für Pfändung und Überweisung (*Everts*) **179**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Geldzahlung statt Pflege bei Umzug ins Altenheim (BGH, Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02) **180**
mit Anmerkung *J. Mayer* **181**
2. Umfang der Sicherungsabrede bei Widerruf eines grundschuldgesicherten Darlehens (BGH, Urteil vom 28.10.2003, XI ZR 263/02) **183**
3. Kein Anspruch des Käufers auf Herausgabe einer dem Verkäufer erstatteten Stellplatzablösesumme (BGH, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 346/02) **185**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Unbestimmter Rechtsbegriff als Heimfallvoraussetzung (*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02) **186**
mit Anmerkung v. *Oefele* **186**
5. Kein Vorkaufsrecht bei Bestellung einer zur Ausbeutung eines Grundstücks berechtigenden Dienstbarkeit
(BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03) **187**
6. Keine Eintragungsfähigkeit einer Reallast mit Nachrang der rückständigen Raten gegenüber dem Stammrecht
(BGH, Beschluss vom 2.10.2003, V ZB 38/02) **189**
7. Zulässiger Gegenstand eines Klarstellungsvermerks im Grundbuch
(BayObLG, Beschluss vom 11.9.2003, 2Z BR 138/03) **191**
8. Erlöschen einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit wegen Nichtausübung
(BayObLG, Beschluss vom 16.10.2003, 2Z BR 187/03) **192**
9. Zugang zum Heizungsraum als zwingendes Gemeinschaftseigentum
(BayObLG, Beschluss vom 30.10.2003, 2Z BR 184/03) **192**
10. Gestaltungsrechte nach Abtretung eines vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs
(Thüringer OLG Jena, Beschluss vom 23.10.2003, 5 W 321/02) **193**

Familienrecht

11. Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft
(BGH, Urteil vom 6.10.2003, II ZR 63/02) **195**

Erbrecht

12. Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.9.2003, 3 W 180/03) **196**
13. Überleitung von Pflichtteilsansprüchen auf den Sozialhilfeträger (*nur Leitsatz*)
(OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.9.2003, 9 U 59/03) **198**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Kein Verfügungsverbot über Aktien nach Formwechselbeschluss
(BayObLG, Beschluss vom 2.4.2003, 3Z BR 57/03) **198**
mit Anmerkung *Gerber* **200**
15. Grundbuchrechtliche Anforderungen bei Auflassung an BGB-Gesellschaft
(BayObLG, Beschluss vom 4.9.2003, 2Z BR 162/03) **201**
mit Anmerkung *Weigl* **202**
16. Reichweite des Firmennamen-Bestandsschutzes nach dem PartGG
(LG Koblenz, Beschluss vom 14.5.2003, 3 HK. T 1/03) **203**
mit Anmerkung *Westermeier* **205**
17. Ausschluss von EU-Gesellschaften vom deutschen Umwandlungsrecht gemeinschaftsrechtswidrig?
(LG Koblenz, Beschluss vom 16.9.2003, 4 HK. T 1/03) **205**

Inhalt (Fortsetzung)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Zur Kostenschuld der Insolvenzmasse bei Löschung von Grundpfandrechten
(BayObLG, Beschluss vom 3.9.2003, 3Z BR 113/03) **206**

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Unzulässigkeit eines notariellen Vorbescheids über Einzelfragen
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.11.2003, 3 W 198/03) **208**
20. Keine Pflicht zur vorrangigen Bearbeitung eines von mehreren Vorgängen bei § 53 BeurkG
(LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 16.10.2003, 4 O 5205/02) **210**

Kostenrecht

21. Geschäftswert für Eintragung eines Nacherbenvermerks (*nur Leitsatz*)
(BayObLG, Beschluss vom 1.10.2003, 3Z BR 193/03) **212**
22. Kostenansatz bei Beurkundung durch badischen Amtsnotar: Reichweite der europäischen Gesellschaftsteuerrichtlinie
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.8.2003, 14 Wx 75/02) **212**
23. Gebührenbemessungsgrundlage für die Anlegung von Teileigentumsgrundbüchern
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.12.2003, 3 W 257/03) **215**

Steuerrecht

24. Rechtsträgerwechsel bei Übernahme eines Grundstückskaufvertrages
(BFH, Urteil vom 22.1.2003, II R 32/01) **215**
25. Anschaffungszeitpunkt eines Grundstücks
(BFH, Urteil vom 4.6.2003, X R 49/01) **217**

Hinweis für die Praxis

Außergewöhnliche Instandhaltungen als dauernde Last im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG; BFH-Urteil vom 28.2.2002 (BStBl 2003 II, 644)
Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 21.7.2003,
IV C 4 – S 2211 – 81/03 (BStBl I, 405) **218**

Standesnachrichten 219

Sonstiges III

3 | MittBayNot

Begründet 1864

Mai/Juni 2004 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

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

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

AUFSÄTZE

Spaltung einer Reallast in Stammrecht und Einzelleistungen

Von wiss. Mitarbeiter Dipl.-Rpfl. *Michael Dümig*, Lahnstein/Mainz

Der BGH hat am 2.10.2003 auf die Vorlage des OLG Hamm vom 11.7.2002¹ nach § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO entschieden, eine Reallast kann nicht mit dem Inhalt bestellt werden, dass die Einzelleistungen Rang nach dem Stammrecht haben.² Der Senat folgt damit im Ergebnis der Ansicht des vorlegenden Gerichts und einem Beitrag des Verfassers³, liefert dafür hingegen eine etwas abweichende Begründung.

I. Hintergrund

Betreibt der Berechtigte einer Reallast die Zwangsversteigerung dinglich wegen der Einzelleistungen, so erlischt nach §§ 90 Abs. 1, 52 Abs. 1, 44 Abs. 1 ZVG das Stammrecht. Anderes gälte nur, wenn zwischen Stammrecht und Einzelleistung ein Rangverhältnis im Sinne des § 44 Abs. 1 ZVG vorläge. Der verschiedentlich⁴ in Rekurs genommene § 12 ZVG ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, denn diese Norm regelt die Befriedigungsreihenfolge der verschiedenen Teilansprüche eines Rechtes entsprechend der Vorgabe des § 367 Abs. 1 BGB; Bedeutung hat sie lediglich, wie sich bereits aus ihrer Fassung und derjenigen des § 11 ZVG ergibt, für die Zuteilung auf die Teilansprüche im Falle eines insuffizienten Versteigerungserlöses.⁵ Der folglich nach § 44 Abs. 1

ZVG maßgebende Rang ist derjenige des § 879 BGB, denn danach richtet sich die Frage des Bestehenbleibens.⁶ In der Grundbuchsache, in der der BGH eine Vorlage nach § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO zu entscheiden hatte, wollten die Beteiligten ein solches Rangverhältnis zwischen Stammrecht und Einzelleistung von Anfang an zum Rechtsinhalt der bestellten Reallast machen.

II. Die Begründung des BGH

Der V. Senat hat es abgelehnt, eine Reallast mit diesem Rechtsinhalt als eintragungsfähig anzusehen. Das sachliche Recht gebe wegen des unumstrittenen Charakters der Reallast als einheitliches Recht keine Möglichkeit eines unterschiedlichen Rangs von Teilen des Rechts, denn § 879 BGB lege nur das Rangverhältnis zwischen mehreren Rechten fest.⁷ Die durch Art. 1 § 1 SachenRÄndG vom 21. 9. 1994⁸ in § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO eingeführte „vollstreckungsfeste“ Reallast für den Erbbauzins sei ein Singularfall zugunsten des Eigentümers des Erbbaugrundstücks; der Gesetzgeber habe sich einer darüber hinausgehenden Regelung bewusst enthalten. Dieses Ergebnis verliere aber an Überzeugungskraft, wenn man es durch eine anschließende Teilung des Rechts in rückständige und künftige Einzelleistungen erreichen könne; das

¹ OLG Hamm, FGPrax 2002, 201 ff. = ZfIR 2002, 994 ff.

² MittBayNot, 2004, 189 (in diesem Heft).

³ Dümig, ZfIR 2002, 960 (961 ff.).

⁴ BayObLGZ 1990, 282 (284 f.); Reinhard/Müller, ZVG, 3. und 4. Aufl. (1931), § 12 Anm. V; Bühler, BWNotZ 1985, 25, 27 (Fn. 20).

⁵ So der jeweils einleitend dargestellte Sinn der Norm; statt vieler Jaeckel/Güthe/Volkmar/Armstrong, ZVG, 7. Aufl. (1937), § 12 Rdnr. 1, und Stöber, ZVG, 17. Aufl. (2002), § 12 Anm. 1.2. Ebenso OLG Hamm, FGPrax 2002, 201 (202). Der BGH hat sich in der vorliegenden Entscheidung zu diesem Problem nicht ausdrücklich geäußert, sondern nur ausgeführt, dass eine Abweichung von § 12 ZVG „als verfahrensrechtliches Geschäft ohne Auswirkung auf den Inhalt des sachlichen Rechts“ sei (dazu im Text sub IV 2); dass der Senat überhaupt darauf eingeht, lässt vermuten, er habe die Bedeutung der Norm verkannt.

⁶ OLG Hamm, FGPrax 2002, 201 (202); Amann, DNotZ 1993, 222 (227 f.); Böttcher, ZVG, 3. Aufl. (2000), § 12 Rdnr. 4.

⁷ Sub III 2 der Gründe; ebenso OLG Hamm, FGPrax 2002, 201 (202); Dümig, ZfIR 2002, 960 (961).

⁸ BGBI I, 2457.

sei indessen nicht der Fall.⁹ Zwar seien die Einzelleistungen gemäß § 1107 BGB nach den Vorschriften über Hypothekenzinsen abtretbar, pfändbar und verpfändbar, also insoweit abtrennbar; für die noch nicht fällige Einzelleistung gelte das Eintragungserfordernis der §§ 873 Abs. 1, 1154 Abs. 3 BGB, während eine fällige nach §§ 398 ff. BGB außerhalb des Grundbuchs übertragen werde. Aber das zwischen dem Kapital einer Hypothek und den fälligen Zinsen mögliche Rangverhältnis sei nach der Entscheidung RGZ 80, 160 (163) nicht eintragungsfähig. „Jedenfalls zur Frage der Eintragungsfähigkeit“ eines solchen Rangverhältnisses folge der Senat dieser Rechtsauffassung (und wendet sie auf die Reallast an).

III. Kritik der Entscheidung

1. Rangkonkurrenz nur zwischen mehreren Rechten

Der eigentlichen Begründung, dass nämlich ein einzelnes Recht nicht mit eigenen Bestandteilen in Rangkonkurrenz treten kann, ist uneingeschränkt zuzustimmen. Dieser Befund ist angesichts der Formulierung des § 879 Abs. 1 BGB im Plural eindeutig. Ebenfalls zutreffend ist die Feststellung des Charakters des § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO (vgl. auch § 52 Abs. 2 Satz 2 ZVG) als auf andere Konstellationen nicht übertragbare Ausnahmeregelung: Die Beleihung des Erbbaurechts sollte dadurch verbessert werden, denn wenn das Stammrecht nicht erlischt, muss es auch nicht bei der Verteilung kapitalisiert werden (§ 92 Abs. 2 Satz 1, § 121 Abs. 1 ZVG), was im Fall der Zwangsversteigerung wegen fälliger Einzelleistungen nicht nur zum Erlöschen des nachrangigen Grundpfandrechts führt, sondern u. U. auch zum völligen Ausfall dieses Berechtigten führen kann.¹⁰ Diese Problematik besteht zwar allgemein für nicht erstrangige Grundpfandrechte, aber die Besonderheit liegt darin, dass die Erbbauzinsreallast rechts-tatsächlich¹¹ – und davon geht auch die Gesetzesbegründung erkennbar aus – ein *naturalium* des Erbbaurechts darstellt; das Erbbaurecht ist also regelmäßig von Anfang an mit einer Erbbauzinsreallast belastet – die Erbbauzinsreallast ist sozusagen schon „Inhalt“ des Rechts. Und genau darauf wollte der Gesetzgeber mit der Änderung reagieren.

Eine solche gesetzliche Regelung wäre überflüssig gewesen, wenn man ohnehin für eine Reallast den verfahrensgegenständlichen Inhalt hätte vereinbaren können. Somit ergibt sich aus § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO gerade der Umkehrschluss, dass im Übrigen eine „doppeltangige“ Reallast unzulässig ist.¹²

2. Rangverhältnis zwischen Kapital und Zinsen einer Hypothek

a) Rücktritt der rückständigen Zinsforderung möglich, aber nicht eintragbar?

Der Senat stützt seine Erwägungen zur zweiten Begründungslinie, die die Frage nach der Eintragung einer nachträglichen Teilung der Reallast in rückständige und künftige Einzelleis-

tungen stellt, auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 15.3.1916, in der der V. Senat des Reichsgerichts erklärte, dass zwischen den fälligen Zinsen einer Hypothek und ihrem Kapital zwar eine Rangänderung stattfinden könne, sie jedoch nicht eintragbar sei.¹³

Das Reichsgericht stellt zunächst fest, dass wegen der grundsätzlichen Eintragungsbedürftigkeit der Zinsen (§ 1115 Abs. 1 BGB) auch die Hypothek für die rückständigen Zinsen ein eingetragenes Recht sei, dass das Grundbuch aber wegen § 1159 Abs. 2 BGB keine Aussagen über ihren Bestand mache.¹⁴ Daraus folge jedenfalls die fehlende Anwendbarkeit des Eintragungsprinzips für die Rangänderung nach § 880 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BGB, weil sich das Gesetz in Bezug auf die Hypothek für die rückständigen Zinsen für die Aufhebung des allgemeinen Eintragungsgrundsatzes entschieden habe; das zeige ein Blick in die §§ 1159 Abs. 1, 1178 BGB sowie die §§ 830 Abs. 3, 837 Abs. 2 ZPO.¹⁵ Zu dem Schluss, dass eine Rangänderung zwischen der Hypothek für die rückständigen Nebenleistungen und derjenigen für die künftigen und das Kapital nicht möglich sei, sah sich das Reichsgericht nicht gezwungen. Es bezog sich zur Begründung auf einen Beitrag *Obernecks*, der meinte, dass es sich bei der Forderung auf die Zinsrückstände um ein Recht aus einem Schuldverhältnis handele, für das die allgemeine Vertragsfreiheit gelte, so dass ein Abweichen von der Reihenfolge des § 12 ZVG, der im Wesentlichen nur den allgemeinen Grundsatz des § 367 BGB wiederhole, zulässig sein müsse.¹⁶ Diese Argumentation übersieht wiederum die Bedeutung des § 12 ZVG, der allein Angaben über die Befriedigungsreihenfolge macht, aber gerade nichts zur Frage des Rangs vor dem Anspruch des betreibenden Gläubigers (§ 44 Abs. 1 ZVG) aussagt. Aber dieser Vorrang (nach § 879 BGB) ist allein entscheidend für das Erlöschen oder Bestehenbleiben eines Rechts bei Zuschlagerteilung. Aus der dem § 1159 BGB zu entnehmenden Unanwendbarkeit der sachenrechtlichen Normen auf die rückständigen Zinsen ist nicht etwa zu schließen, dass der Rangrücktritt keiner Eintragung bedürfe und ein entsprechender Grundbuchvermerk unzulässig sei.¹⁷ Vielmehr folgt aus der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts auf die Zinsrückstandshypothek, dass nur eine *Tilgungsreihenfolge* zwischen Hauptforderung und rückständigen Zinsen bestimmt werden kann – die im Zwangsversteigerungsverfahren als zulässige Abweichung von § 12 ZVG zu berücksichtigen ist –,¹⁸ nicht jedoch ein *dingliches Rangverhältnis*, das beim geringsten Gebot Beachtung zu finden hat.

Dieser Befund verdeutlicht sich umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass nach h. M. die Zinsrückstandshypothek durch den Bestand des Hauptrechts auflösend bedingt ist und kraft Gesetzes mit diesem erlischt.¹⁹ Legt man dies zugrunde, dann ist die Zinsrückstandshypothek kein Recht, das gegen-

¹³ RGZ 88, 160 ff.

¹⁴ RGZ 88, 160 (162).

¹⁵ RGZ 88, 160 (163).

¹⁶ *Oberneck*, ZNotV 1910, 535 (538 f.); zust. *Hoeniger*, ZNotV 1917, 6 (16 f.).

¹⁷ So *Oberneck*, ZNotV 1910, 535 (539); ebenso *Hoeniger*, ZNotV 1917, 6 (16).

¹⁸ Eine solche Vereinbarung zwischen Zessionar und Zedent ist ohne Zustimmung des Schuldners/Eigentümers möglich; *Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth*, ZVG, 12. Aufl. (1991), § 12 Rdnr. 3; *Stöber* (Fn. 5), § 12 Anm. 4.2; inzident auch *Böttcher* (Fn. 6), § 12 Rdnr. 3.

¹⁹ OLG Braunschweig, OLG-Rspr 15 (1907/2), 336 (338 f.) = SeuffA 61 (1906), 460 (462 f.); KG, JW 1938, 2406 (2407) = JfG 18, 35 (38); LG Regensburg, MittBayNot 1987, 102 (102 f.); *Hoeniger*, ZNotV 1917, 6 (19 ff.); *Balsler*, NJW 1958, 698 (698); *Wolff/Raiser*,

⁹ Sub III 3 b der Gründe.

¹⁰ BT-Drucks. 12/5992, S. 194 (Stellungnahme des Bundesrates, dem die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung, a. a. O. S. 212, zustimmte).

¹¹ Nach der Formulierung des § 9 Abs. 1 ErbbauVO („Wird [...] ausbedungen“) ist die Erbbauzinsreallast zwar bloßes *accidentalium* des Erbbaurechts, aber in der Rechtswirklichkeit sieht es anders aus.

¹² Hervorzuheben ist, dass der Gesetzgeber, anders als die in Fn. 4 Erwähnten, nicht auf den nicht einschlägigen § 12 ZVG, sondern auf den maßgeblichen § 52 Abs. 1 ZVG Bezug nimmt.

über dem Hauptrecht hinreichende Selbständigkeit besitzt. Ein Rangverhältnis kann aber nur zwischen selbständigen dinglichen Rechten bestehen.²⁰ Eine Rangänderung kann daher nicht nur nicht eingetragen werden, wie das Reichsgericht meinte, sondern eine Rangänderung ist rechtlich gar nicht möglich.

b) Bedeutung für die Reallast

Der BGH will die Erwägungen des Reichsgerichts zur Zinsrückstandshypothek übernehmen. Allerdings formuliert er: „Jedenfalls zur Frage der Eintragungsfähigkeit tritt der Senat dieser Rechtsauffassung bei“, was sprachlich eine Skepsis zum Ausdruck bringt, die sich auf die in der Entscheidung vorher erwähnte Möglichkeit der Herstellung eines Rangverhältnisses zwischen fälligen Hypothekenzinsen und Kapital bezieht. Das ist aber eine vorgreifliche Frage, die der BGH nicht offen lassen konnte; er hatte sie zwingend zu bejahen, was er jedoch wohl nicht wollte – und was, wie gerade dargelegt, auch rechtsirrig wäre. Diese Friktion lässt diesen Punkt nicht gerade überzeugend wirken.

Noch bedeutsamer ist, dass der Ausgangspunkt für die Alternativbegründung etwas Wichtiges unberücksichtigt lässt. Es wird die Frage nach der Eintragung einer nachträglichen Teilung der Reallast in rückständige und künftige Einzelleistungen gestellt.²¹ Dahinter steht der Gedanke, es kann nicht sein, dass man z. B. zwei Jahre nach Eintragung der Reallast die bisher fällig gewordenen und nicht erfüllten Leistungsansprüche vom Stammrecht abtrennt und nun dem Stammrecht den Vorrang einräumt, während eine solche anfängliche Inhaltbeigabe unzulässig ist. Diese Erwägung übersieht jedoch, dass es hier nur um die bis zu dieser durch § 1107 BGB ermöglichten „Abtrennung“ fällig gewordenen Leistungen geht, während der verfahrensgegenständliche Inhalt *jede* Einzelleistung jeweils mit ihrer Fälligkeit beträfe. Ganz abgesehen davon führt die Anwendung des Rechts der Zinsrückstandshypothek natürlich dazu, dass die „einzelnen Leistungen“ – so wie die Zinsrückstandshypothek gegenüber dem Kapital(stamm)recht (oben lit. a) – nicht rangfähig sind gegenüber dem Stammrecht der Reallast.

3. Fazit

Das Ergebnis und dessen knappe Begründung mit dem berechtigten Hinweis darauf, dass nur zwischen mehreren Rechten ein Rangverhältnis bestehen kann, verdienen vorbehaltlose Zustimmung. Die flankierenden Überlegungen zum nachträglichen Aufspalten der Reallast auf der Grundlage einer Parallele zur Zinsrückstandshypothek sind jedoch nicht überzeugend. Weder das Zulassen einer nicht eintragungsfähigen Rangänderung zwischen Zinsrückstandshypothek und Kapi-

talhypothek noch die Übertragung dieser Gedanken auf die Reallast sind anzuerkennen. Insbesondere mangels einer detaillierten Begründung fehlt es den Gedanken an Überzeugungskraft.

IV. Praktische Bedeutung

1. Inhaltliche Unzulässigkeit solcher Reallasten?

Wenn nun nach der zutreffenden Entscheidung des BGH einer Reallast der verfahrensgegenständliche Rechtsinhalt nicht beigegeben werden kann, so stellt sich die Frage nach einer inhaltlichen Unzulässigkeit und der damit verbundenen Amtslöschung (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO) derjenigen Reallasten, die – wie z. B. in dem Fall, der der Entscheidung BayObLGZ 1990, 282 ff. zugrunde lag – eingetragen wurden, obwohl die Parteien einen solchen Inhalt vereinbart hatten. Hierzu hatte ich als Ausweg eine Umdeutung in eine Reallast mit dem Inhalt vorgeschlagen, dass nur von der Befriedigungsreihenfolge des § 12 ZVG abgewichen wird.²² Angesichts einiger Ausführungen in der Entscheidung des BGH wird es fraglich, ob dieser Weg denn wirklich beschritten werden kann.

2. Umdeutung in eine von § 12 ZVG abweichende Befriedigungsreihenfolge als Rechtsinhalt

Der V. Senat sagt, dass eine von § 12 ZVG abweichende Vereinbarung über die Tilgungsreihenfolge „als verfahrensrechtliches Geschäft ohne Auswirkung auf den Inhalt des sachlichen Rechts“ sei.²³ Die vorgeschlagene Umdeutung zu einem derartigen Rechtsinhalt ist folglich nach Ansicht des BGH ausgeschlossen. Eine Begründung liefert der Senat hierfür jedoch nicht.

a) Befriedigungsreihenfolge gehört zum Rechtsinhalt

Die Reallast ist ein Verwertungsrecht, wie die Grundpfandrechte.²⁴ Zum Rechtsinhalt gehört folglich auch diese Verwertung. Einzelheiten des Verfahrens der Verwertung hingegen nicht mehr dazu – so wie bei Grundpfandrechten die Vollstreckungserleichterung nach § 800 ZPO, die im Ergebnis lediglich Zustellungserfordernisse verringert (§ 800 Abs. 2 ZPO),²⁵ nicht einen Inhalt des betreffenden Grundpfandrechts bildet, sondern eine Abrede innerhalb des rein verfahrensrechtlichen Geschäfts²⁶ der Zwangsvollstreckungsunterwerfung darstellt.²⁷ Bestimmungen über die Befriedigungsreihenfolge bei der Verwertung sind jedoch keine bloße Verfahrensgestaltung, sondern materiellrechtliche Regelungen. § 12 ZVG ist also eine materiellrechtliche Norm und bestimmt den Inhalt eines Grundpfandrechts oder einer Reallast.²⁸ Abweichungen

²² Dümig, ZfIR 2002, 960 (963 f.).

²³ Sub III 1 a. E.

²⁴ Meikell/Morvilius, Grundbuchrecht, 9. Aufl. (2004), Einl. C Rdnr. 290; MünchKommBGB/Joost (Fn. 19), § 1105 Rdnr. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. (2004), Rdnr. 1296; abw. (auch Nutzungsrecht) Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. (2001), § 1105 Rdnr. 1 m. w. N.

²⁵ Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl. (2002), § 800 Rdnr. 1, 14 a. E.; s. auch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde (1978), S. 168 f.

²⁶ RGZ 146, 308 (312); BGH, DNotZ 1981, 738 (739); BGHZ 88, 62 (66); BGH, NJW 1985, 2423; BGHZ 108, 372 (375 f.); Schöner/Stöber (Fn. 24), Rdnr. 2037; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl. (1994), § 794 Rdnr. 92 m. w. N.

²⁷ S. auch BGHZ 108, 372 (376).

²⁸ Amann, DNotZ 1993, 222 (228); Steiner/Hagemann, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl. (1984), § 12 Rdnr. 3; Meikell/Morvilius (Fn. 24), Einl. C Rdnr. 301; Schöner/Stöber (Fn. 24), Rdnr. 1317 a.

Sachenrecht, 10. Bearb. (1957), § 149 IV 3 (S. 621); Güthe/Triebe, GBO, 6. Aufl. (1936), § 26 Rdnr. 12 (S. 629); Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl. (1938), § 1159 Anm. 3 c; Staudinger/Scherübl, BGB, 12. Aufl. (1981), § 1159 Rdnr. 8; RGRK/Mattem, BGB, 12. Aufl. (1996), § 1158 Rdnr. 6; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl. (2001), § 1159 Rdnr. 3; Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl. (2004), § 1159 Rdnr. 1. Anderer Ansicht OLG Zweibrücken, ZBIFG 1907, 842 = Recht 1907, 311 (Nr. 602); RGZ 86, 218 (220); Ottow, JR 1956, 412 (413); Soergel/Baur, 11. Aufl. (1978), § 1159 Rdnr. 3; MünchKommBGB/Eickmann, 4. Aufl. (2004), § 1159 Rdnr. 11; Bötcher, Rpfleger 1984, 85 (87); anders auch Staudinger/Wolfsteiner, BGB, Neubearb. 2002, § 1159 Rdnr. 20. Die verschiedentlich angeführte Entscheidung RGZ 74, 78 (81) hat dies nur für die künftigen Zinsen ausgesprochen.

²⁰ Unumstritten: Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. (2002), § 879 Rdnr. 1 a; MünchKommBGB/Wacke (Fn. 19), § 879 Rdnr. 2.

²¹ Eingangs III 3.

von § 12 ZVG verändern folglich den typischen Rechtsinhalt.²⁹ Sie sind demnach entgegen der Ansicht des BGH kein bloßes verfahrensrechtliches Geschäft. Eine Umdeutung in einen solchen Rechtsinhalt, dass die Befriedigungsreihenfolge von § 12 ZVG abweichen soll,³⁰ ist also möglich.

b) Umdeutung in verfahrensrechtliches Geschäft als Alternative?

Folgt man hingegen der Ansicht des BGH, so ist stattdessen an eine Umdeutung in ein solches verfahrensrechtliches Geschäft zu denken (vergleichbar mit der Eintragung der Vollstreckungserleichterung nach § 800 ZPO). Allerdings ist die Eintragung einer solchen Vereinbarung gesetzlich nicht vorgesehen. Grundsätzlich führt dies dazu, dass ein derartiger Vermerk auch nicht eingetragen werden darf.³¹ Zwingende Gründe wie bei den Klarstellungsvermerken (insbes. Wirksamkeitsvermerk) und dem Rechtshängigkeitsvermerk, die eine Ausnahme hiervon erforderten, sind nicht ersichtlich. Die Abweichung von der Befriedigungsreihenfolge des § 12 ZVG ist dann, wenn man sie nicht als vereinbarten Rechtsinhalt der Reallast ansieht, nur im Rahmen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO³² möglich, denn sie kann nur ein Bestandteil dieses verfahrensrechtlichen Geschäfts sein.³³ In der *bloßen Bewilligung* einer Reallast kann eine Abweichung von der Befriedigungsreihenfolge des § 12 ZVG demzufolge nicht enthalten sein. Liegt aber lediglich eine solche Bewilligungsurkunde vor, so scheidet deshalb die Umdeutung in ein verfahrensrechtliches Geschäft aus. Fraglich ist in einem solchen Fall, ob man diese Vereinbarung für die Bestimmung des Rechtsinhalts unberücksichtigt lassen kann, um der Reallast einen inhaltlich zulässigen Rechtsinhalt zu geben. Grundlage zur Ermittlung der inhaltlichen Zulässigkeit sind der Eintragungsvermerk und die Bewilligung.³⁴ Dabei ist entscheidend, welchen Eindruck ein außenstehender Leser von dieser Grundlage gewinnt.³⁵ Das OLG Frankfurt hat insoweit die „räumliche“ Stellung des entsprechenden Zusatzes *im Text der Eintragungsbewilligung* zum entscheidenden Kriterium bestimmt; maßgeblich sei, ob er vor oder nach der wörtlichen Bewilligung stehe.³⁶ Demnach ist die Bestimmung in der letzten Alternative nicht für den Rechtsinhalt maßgeblich, die Reallast also inhaltlich zulässig. Im ersten Fall (Vereinbarung steht vor der wörtlichen Bewilligung) ist die Reallast hingegen mangels einer möglichen Umdeutung inhaltlich unzulässig und als ein Recht mit nicht erlaubtem Inhalt gemäß § 53

Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen.³⁷ Freilich ließe sich diese unerfreuliche Folge dadurch vermeiden, dass man dem BGH in diesem Punkte nicht folgt. Das liegt nahe, weil die entsprechende Aussage zum angeblich rein verfahrensrechtlichen Charakter einer Abweichung von der Tilgungsreihenfolge des § 12 ZVG nicht zu den tragenden Gründen der Entscheidung gehört, sondern nur am Rande erwähnt wurde, und zwar derart beiläufig, dass man dies nicht für ein klassisches *obiter dictum* halten muss. Der Senat kann also in einer späteren Entscheidung davon ohne weiteres wieder abrücken. Steht nun das Grundbuchamt vor der entsprechenden Frage nach einer solchen Amtslöschung, so kommt nach Ansicht der Literatur ausnahmsweise eine beschwerdefähige Löschungsankündigung in Betracht, weil „die Rechtslage zweifelhaft, umstritten und höchstrichterlich ungeklärt ist und sich voraussehen lässt, dass die beabsichtigte Eintragung ohnehin angefochten werden wird“³⁸; das BayObLG dürfte dem jedoch nicht zustimmen.³⁹ Alternativ bleibt zur Klärung der Weg, dass der Eigentümer oder ein nachrangiger Berechtigter die Amtslöschung anregt und einen ablehnenden Bescheid anfecht.⁴⁰

3. Eintragung späterer Rangänderungen inhaltlich unzulässig

Nach Ansicht des BGH ist ein späterer Rangrücktritt der fällig gewordenen Leistung zwar möglich, aber nicht eintragungsfähig. Eine dennoch vorgenommene Eintragung des Rangrücktritts ist folglich inhaltlich unzulässig und von Amts wegen zu löschen.⁴¹ Das gilt erst recht, wenn man, wie oben erörtert, eine derartige Rangänderung als rechtlich unmöglich ansieht.⁴² Auf den Bestand der Reallast selbst hat diese unzulässige Eintragung natürlich keine Auswirkung. Sie kann durch eine spätere inhaltlich unzulässige Eintragung nicht ihrer rechtlichen Existenz beraubt werden.

²⁹ Da dies auch (nach § 874 BGB) eingetragen wird (Stöber [Fn. 5], § 12 Anm. 4.2), ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Befriedigungsreihenfolge des § 12 ZVG zwingendes Recht sein sollte, das eine derartige Vereinbarung verhindert.

³⁰ Vgl. die Nachw. in Fn. 28.

³¹ Demharter, GBO, 24. Aufl. (2002), Anh. zu § 13 Rdnr. 14; Schöner/Stöber (Fn. 24), Rdnr. 22 a. E.

³² Dazu Wolfsteiner (Fn. 25), S. 191.

³³ Eine selbständige verfahrensrechtliche (!) Vereinbarung zwischen Gläubiger und Eigentümer ist außerhalb eines Zwangsversteigerungsverfahrens, d. h. insbesondere vor einem eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren, schlecht denkbar; vgl. Stöber (Fn. 5), § 12 Anm. 4.1. Auch hierin zeigt sich die Schwäche der Annahme des BGH.

³⁴ Demharter (Fn. 31), § 53 Rdnr. 42; Bauer/von Oefele/Meincke, GBO (1999), § 53 Rdnr. 103; Meikell/Streck (Fn. 24), § 3 Rdnr. 96.

³⁵ OLG Frankfurt, NJW-RR 1997, 1447 (1448).

³⁶ A. a. O. (Fn. 35).

³⁷ Vgl. Demharter (Fn. 31), § 53 Rdnr. 46; Bauer/von Oefele/Meincke, GBO (1999), § 53 Rdnr. 110; Meikell/Streck (Fn. 24), § 53 Rdnr. 107 ff.

³⁸ Meikell/Streck (Fn. 24), § 71 Rdnr. 28; s. auch Bauer/von Oefele/Meincke (Fn. 34), § 53 Rdnr. 123 a. E.

³⁹ Vgl. BayObLGZ 1994, 199 (200 ff.) m. w. N. Offen gelassen hat der Senat, ob die noch nicht vollzogene Löschanordnung anfechtbar ist. Gewöhnlich hält man aber Eintragungsverfügungen – nichts anderes stellt eine derartige Löschanordnung dar – für reine Interna; Bauer/von Oefele/Budde (Fn. 34), § 71 Rdnr. 15, 24; Meikell/Streck (Fn. 24), § 71 Rdnr. 22; s. auch Motive GBO, Amtliche Ausgabe, Berlin 1889, S. 92: „[...] einer solchen Anordnung ist im Gesetze keine rechtliche Wirkung beigelegt, selbst wenn dieselbe den Beteiligten eröffnet sein sollte [...]“.

⁴⁰ Vgl. Demharter (Fn. 31), § 53 Rdnr. 61, § 71 Rdnr. 58 mit Rdnr. 67; Eickmann, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl. (1994), Rdnr. 415.

⁴¹ Vgl. Bauer/von Oefele/Meincke (Fn. 34), § 53 Rdnr. 107; Meikell/Streck (Fn. 24), § 53 Rdnr. 102; insbes. auch Meikel/Morvilius (Fn. 24), Einl. C Rdnr. 50 (ein unzulässiger Zusatz sei ohne Wirkung und von Amts wegen zu löschen).

⁴² Dümig, ZfIR 2002, 960 (963). Es liegt wohl ein Fall des gesetzlich nicht erlaubten Inhalts vor; vgl. Bauer/von Oefele/Meincke (Fn. 34), § 53 Rdnr. 110, und bes. Meikell/Streck (Fn. 24), § 53 Rdnr. 107, 109 (entsprechend dem Beispiel des Rücktritts hinter einen Rangvorbehalt). Entscheidend ist weniger, ob nun tatsächlich die Fallgruppe „gesetzlich nicht erlaubter Inhalt“ vorliegt, als dass hier mit dem Rangrücktritt ein Rechtsvorgang verlautbart wurde, den es nicht geben kann, und das entspricht der Definition der inhaltlichen Unzulässigkeit: BayObLGZ 1977, 103 (104); 1987, 390 (393); Meikel/Streck (Fn. 24), § 53 Rdnr. 92.

Die Zurückbehaltung von Urkundsabschriften und Unterlagen gemäß § 10 KostO

Von Notar Dr. Henning Schwarz, LL. M. (Georgetown Univ.), Kötzing

Das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 10 KostO sichert neben dem Verlangen eines Kostenvorschusses (§ 8 KostO) und der zwangsweisen Beitreibung der Kosten (§ 155 KostO) die Durchsetzung des Gebührenanspruchs des Notars. In der Praxis stellt es in den – seltenen, aber dann umso schwierigeren – Fällen der Zahlungsverweigerung nach der Beurkundung ein wichtiges Hilfsmittel dar. Umso mehr haben jüngere Gerichtsentscheidungen für Verwirrung gesorgt, die das Zurückbehaltungsrecht in den praktisch wichtigsten Fällen in Frage stellen. Im Folgenden werden daher nach Hinweisen zur Systematik des § 10 KostO (unter 1.) vor allem das Verhältnis von Zurückbehaltungsrecht und Grundbuchvollzug (unter 2.), die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber Dritten (unter 3.) und der Umfang des Zurückbehaltungsrechts (unter 4.) thematisiert.

1. Systematik

Nach § 10 Abs. 1 KostO können „Ausfertigungen, Abschriften sowie zurückzugebende Urkunden, die aus Anlass des Geschäfts eingereicht sind, ... zurückbehalten werden, bis die in der Angelegenheit erwachsenen Kosten bezahlt sind“. Dieses Zurückbehaltungsrecht gilt nach § 141 KostO auch für die Notare.

Der Wortlaut des § 10 Abs. 1 KostO ist weit und umfasst sämtliche Notarkosten, einschließlich der vom Notar verauslagten Gerichtskosten. Neben Ausfertigungen und Abschriften der notariellen Urkunde gilt das Zurückbehaltungsrecht auch für deren Urschrift, wenn sie – wie bei Unterschriftenbeglaubigungen oder im Ausland zu verwendenden Vollmachten – den Beteiligten auszuhändigen ist (§ 45 Abs. 2 und 3 BeurkG).¹ Das Zurückbehaltungsrecht kann ausgeübt werden, wenn die Kostenschuld fällig ist, also grundsätzlich sofort (§ 7 KostO). Die Einforderung verlangt eine ordnungsgemäße Kostenrechnung (§ 154 KostO).

Im Hinblick auf § 140 KostO ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts geboten, wenn der Gebührenanspruch sonst gefährdet erscheint. Andererseits sind dem Zurückbehaltungsrecht auch gesetzliche Grenzen gesetzt. Zum einen ist das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen des § 10 Abs. 2 KostO ausgeschlossen,² also insbesondere wenn ein nicht oder nur schwer zu ersetzender Schaden droht und die Kosten nicht entzogen werden sollen (Nr. 2) oder wenn ein Schriftstück von einem Dritten eingereicht wurde, dem gegenüber die Zurückbehaltung eine unbillige Härte darstellen würde (Nr. 3). Zum anderen liegt die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts im Ermessen des Notars („können“).³ Dieses hat er pflichtgemäß auszuüben. Gerichtlich nachprüfbar ist nach allgemeinen Grundsätzen, ob der Notar die Grenzen seines Ermessens nicht überschritten hat. Das Gericht darf jedoch nicht seine eigene Einschätzung an die Stelle der vom Notar getroffenen setzen. Die Grenzen des Ermessens können sich unter anderem ergeben aus der Verpflichtung des Notars zur Erhebung und Beitreibung der Gebühren (§ 140 KostO) einerseits und in Orientierung an den Regelbeispielen des § 10 Abs. 2 KostO andererseits. Dabei ist auch die Verpflichtung des Notars, für den Urkundenvollzug zu sorgen (§ 53 BeurkG), zu beachten.

Allgemein sind bei der Ermessensausübung die Nachteile für den Kostenschuldner und Dritte abzuwägen mit dem Risiko des Einnahmeausfalls.⁴ Bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages ist in erster Linie an Schäden des Erwerbers durch die Verzögerung des Grundbuchvollzugs zu denken, wenn dieses Risiko auch typischerweise durch die Eintragung einer Eigentumsvormerkung im Grundbuch zu seinen Gunsten gemindert wird. Aber auch die Interessen des Veräußerers können durch die Verzögerung betroffen sein, wie gerade auch der unten besprochene Fall zeigt.

Den Mitteilungen des Notars an die Beteiligten kommt besondere Bedeutung zu. Wenn der Notar die sofortige Vorlage beim Grundbuchamt zugesagt hat,⁵ wird sein Ermessen dadurch ebenso gebunden wie durch einen ausdrücklichen Verzicht auf das Zurückbehaltungsrecht.⁶ Insgesamt kommt bei der Ermessensausübung dem Umstand besondere Bedeutung zu, dass die Beteiligten jederzeit die Voraussetzungen für den Grundbuchvollzug herbeiführen können, indem sie die Rechnung pflichtgemäß bezahlen und damit jederzeit den Fortgang des Verfahrens kontrollieren können. Deshalb können die Interessen der Beteiligten bei der Ermessensabwägung nicht generell Vorrang haben vor der effektiven Durchsetzung des Kosteninteresses des Notars, die das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 10 KostO bezweckt.

2. Zurückbehaltungsrecht und Grundbuchvollzug

Vor diesem Hintergrund erstaunt die Entscheidung des OLG Naumburg vom 29.1.2003⁷, die – wie zuvor bereits das OLG Düsseldorf⁸ – allein die letztgenannte Verpflichtung zum Urkundenvollzug verabsolutiert. Danach steht dem Notar kein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn er eine Abschrift der Urkunde zum Vollzug im Grundbuch einzureichen hat. Der Entscheidung⁹ lag ein Streit um Schadensersatz zugrunde, der

⁴ Otto, NotBZ 2002, 346.

⁵ Bengel, DNotZ 1999, 772, 792; RG, JW 1934, 2402.

⁶ Korintenberg/Lappe, § 10 Rdnr. 26; Rohs/Wedewer/Waldner, Kostenordnung, 3. Aufl., § 10 Rdnr. 6.

⁷ NotBZ 2003, 241 (mit abl. Anm. Lappe): „Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 Abs. 1 KostO, der ein Zurückbehaltungsrecht im Zusammenhang mit unerfüllten Gebührenansprüchen regelt, ist die Verweigerung der Erfüllung der Einreichungspflicht nach § 53 BeurkG wegen ausstehender Gebühren gerade nicht erfasst, sondern lediglich die Zurückbehaltung von Ausfertigungen, Abschriften und zurückzugebenden Unterlagen, die von den Beteiligten aus Anlass des Beurkundungsvorgangs eingereicht worden waren.“ Zweifelfnd Rohs/Wedewer/Waldner, § 10 Rdnr. 6.

⁸ DNotZ 1999, 659.

⁹ Zur Vorinstanz vgl. LG Magdeburg, NotBZ 2002, 344.

¹ Korintenberg/Lappe, Kostenordnung, 15. Aufl., § 10 Rdnr. 21.

² Nach Götlich/Mümmeler, Kostenordnung, 14. Aufl., S. 1221, regelt § 10 Abs. 2 KostO erschöpfend die Umstände, unter denen das Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist.

³ Korintenberg/Lappe, § 10 Rdnr. 14; Otto, NotBZ 2002, 345, 346.

von dem Notar verlangt wurde, weil er seine Urkunde über den Erwerb von drei Eigentumswohnungen nicht zum Vollzug im Grundbuch vorgelegt hatte, nachdem sämtliche Voraussetzungen der Eigentumsumschreibung bereits vorlagen. In der Zwischenzeit wurde der Verkäufer zu Hausgeldzahlungen herangezogen, die er nun vom Notar ersetzt verlangte. Der Notar hatte sich für die verzögerte Grundbuchvorlage auf sein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 10 KostO berufen. Das will ihm das OLG jedoch nicht zugestehen.

Jedenfalls bis zur Entscheidung des OLG Düsseldorf¹⁰ hatte die Praxis stets das Recht des Notars bejaht, den Grundbuchvollzug einer vollzugsreifen Urkunde wegen des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 10 KostO zurückzustellen.¹¹ Schon diese Entscheidung des OLG Düsseldorf betraf ungeachtet ihres grundsätzlich formulierten Leitsatzes¹² eine andersartige Konstellation: Der Notar hatte damals unter Berufung auf sein Zurückbehaltungsrecht einen bereits gestellten Umschreibungsantrag zurückgenommen.¹³ Es ist in der Literatur allgemein anerkannt, dass die Antragsrücknahme sich nicht auf § 10 KostO stützen lässt.¹⁴ Dem ist zuzustimmen, da eine Rücknahme nicht vom Wortlaut der Regelung gedeckt ist und es auch sachgerecht ist, dass der Notar seine Ermessensentscheidung vor Einreichung der Unterlagen zu treffen hat. Die eigentliche Frage des Verhältnisses von § 53 BeurkG zu § 10 KostO wird dadurch jedoch nicht präjudiziert.

Ob das Zurückbehaltungsrecht die Vollzugspflicht suspendiert, ist im Gesetz nicht geregelt.¹⁵ Das OLG Düsseldorf argumentiert, der Vollzug des beurkundeten Kaufvertrags sei im Sinne der Rechtssicherheit zügig abzuwickeln und die Gewährung des Zurückbehaltungsrechts würde auf das Verfahren Einfluss nehmen. Das bloße Kostensicherungsinteresse müsse demgegenüber zurücktreten.¹⁶ Die Verpflichtung zum Grundbuchvollzug gemäß § 53 BeurkG beinhaltet aber nicht uneingeschränkt ein staatliches Interesse¹⁷ und besteht insbesondere nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten. Dass der Notar den Anweisungen der Beteiligten unterliegt, wird bei der für die Kaufvertragsabwicklung typischen Anweisung deutlich, den Grundbuchvollzug erst zu veranlassen, wenn die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist. Damit unterscheidet sich die Situation grundlegend von den Handlungspflichten, die ausschließlich öffentliche Interessen verfolgen und dem Notar unabhängig vom Willen der Beteiligten auferlegt sind. So handelt der Notar etwa bei der Ablieferung von Testamenten und Erbverträgen in die amtliche Verwahrung (§ 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG, § 20 DNot) von Amts wegen aufgrund gesetzlicher Bestimmungen.¹⁸ Das entspricht den Anforderungen bei gerichtlichen Entscheidungen, die von

Amts wegen vorzunehmen und bekannt zu machen sind.¹⁹ Demgegenüber erfolgt der Grundbuchvollzug gerade nicht von Amts wegen, sondern hängt vom Willen der Beteiligten ab. Die Amtspflicht des Notars nach § 53 BeurkG besteht nur gegenüber den Urkundsbeteiligten.²⁰ Das Vollzugsinteresse hat daher nicht generell hinter dem Kosteninteresse zurückzustehen.

Das Gericht stellt weiter darauf ab, dass nicht der Verkäufer, sondern der Käufer vorrangiger Kostenschuldner sei. Jedoch besteht nach der KostO kein Rangverhältnis zwischen den Kostenschuldnern. Der Kaufvertrag regelt allein die Kostenverteilung im Verhältnis der Vertragsteile untereinander. Der Notar kann diese Kostenverteilung im Rahmen seiner Ermessensausübung berücksichtigen. Sein Ermessen wird dadurch aber nicht allein auf den Käufer beschränkt.

Zu Recht weist die Entscheidung aber darauf hin, dass dem Verkäufer vom Notar keine Kostenrechnung zugesandt worden war. Denn das Zurückbehaltungsrecht rechtfertigt sich nicht zuletzt daraus, dass die Beteiligten jederzeit durch die Zahlung der Kosten den Vollzug bewirken können und ihre Interessen daher nicht unangemessen benachteiligt werden.²¹ Dazu muss der Notar – auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – die Kostenrechnung mitteilen und die Zurückhaltung zunächst androhen bzw. unverzüglich mitteilen.²² Und zwar muss nicht nur der in der Urkunde von den Vertragsteilen bestimmte Kostenschuldner informiert werden, dass die Zahlung aussteht und der Urkundenvollzug zurückgehalten wird, sondern alle Zweitschuldner, die dadurch einen Schaden erleiden können.²³ Auch deren Interessen am Vollzug des Geschäfts sind bei der Ermessensentscheidung des Notars zu berücksichtigen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Vorlagereife; die Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht im Schadensersatzprozess genügt dann nicht. Mit dem Hinweis wäre es den Beteiligten auch möglich gewesen, gegen die Entscheidung des Notars Rechtsschutz zu suchen.²⁴

Letztlich mag die Entscheidung im Ergebnis den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht werden. Ihre Begründung überzeugt jedoch nicht. Dass die Entscheidung zu Unrecht auch noch den Halbsatz „die aus Anlass des Geschäfts eingereicht sind“ in § 10 Abs. 1 KostO nicht nur auf die „zurückzugebenden Urkunden“, sondern – semantisch unhaltbar²⁵ – auch auf „Ausfertigungen, Abschriften“ bezieht, fällt weniger ins Gewicht als das grundlegende Missverständnis der in § 10 KostO begründeten Ermessensentscheidung des Notars und des Verhältnisses zu § 53 BeurkG. Gegen den Leitsatz der Entscheidung bleibt festzuhalten, dass der Notar dem Anspruch auf Grundbuchvorlage gemäß § 53 BeurkG das Zurückbehaltungsrecht gemäß § 10 KostO mit den vorgenannten Maßgaben entgegenhalten kann.²⁶

3. Zurückbehaltungsrecht gegenüber Dritten

§§ 2 ff. KostO bestimmen den Kostenschuldner. Die Zentralvorschrift des § 2 Nr. 1 KostO begründet die Kostenschuld desjenigen, der die Tätigkeit des Notars veranlasst, bei Be-

¹⁰ Fn. 8.

¹¹ *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 6.

¹² „Der Notar, der mit dem Vollzug des von ihm beurkundeten Kaufvertrages beauftragt worden ist, kann ein Zurückbehaltungsrecht aus § 10 KostO wegen seiner Gebührenansprüche gegenüber dem Käufer nicht in der Weise geltend machen, dass er die Eigentumsumschreibung nicht beantragt und die zur Durchführung des Geschäfts erforderlichen Unterlagen nicht beim Grundbuchamt einreicht.“

¹³ *Otto*, NotBZ 2002, 345.

¹⁴ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 23; *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 6; Rechtsgedanke des § 813 Abs. 1 Satz BGB, *Bengel*, DNotZ 1999, 772, 794.

¹⁵ *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO und BeurkG, § 54 BeurkG Rdnr. 16.

¹⁶ DNotZ 1999, 659.

¹⁷ *Otto*, NotBZ 2002, 346.

¹⁸ *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 6; *Hartmann*, KostG, § 10 KostO Rdnr. 5.

¹⁹ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 4 ff.

²⁰ *Otto*, NotBZ 2002, 346; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 34 Rdnr. 8; *Eylmann/Vaasen/Baumann*, § 34 BeurkG Rdnr. 4.

²¹ *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 54 Rdnr. 16.

²² *Bengel*, DNotZ 1999, 772, 794; *Otto*, NotBZ 2002, 346.

²³ So auch *Otto*, NotBZ 2002, 347; *Bengel*, DNotZ 1999, 772, 793.

²⁴ Dazu unten 5.

²⁵ *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 4; *Lappe*, NotBZ 2003, 251.

²⁶ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 21; *Bengel*, DNotZ 1999, 772; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 53 BeurkG Rdnr. 16; *Tiedtke*, ZNotP 1999, 374.

urkundungen also insbesondere jedes Beteiligten, dessen Erklärung beurkundet wird. Für den Kostenschuldner gilt § 10 KostO in jedem Fall. Dritte sind in diesem Sinne diejenigen Personen, die in der betroffenen Angelegenheit nicht Kostenschuldner sind. Hier lässt sich danach unterscheiden, ob der Dritte eine Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde verlangt oder ob eingereichte Unterlagen herausverlangt werden.

Der erste Fall wird insbesondere bei der Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen relevant. Grundsätzlich besteht das Zurückbehaltungsrecht unabhängig davon, ob der Notar bereits früher Ausfertigungen oder Abschriften der Urkunde erteilt hat, ohne von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch gemacht zu haben.²⁷ Es erstreckt sich nicht nur auf die erste, sondern auch auf jede weitere Ausfertigung oder Abschrift einer Urkunde, auch wenn sie von Dritten gefordert wird.²⁸ Dann handelt es sich nicht um einen „originären“ Anspruch des Dritten, sondern dieser wird aus dem Geschäft des Grundschuldbestellers abgeleitet,²⁹ wie auch § 51 Abs. 2 BeurkG verdeutlicht. Allerdings kann gegenüber demjenigen, der hinsichtlich eines Teilbetrages der Grundschuld zum Rechtsnachfolger des Grundschuldgläubigers geworden ist und als solcher eine vollstreckbare Teilausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde von dem Notar begehrt, das Zurückbehaltungsrecht nur wegen der Kosten geltend gemacht werden, die bei einer Grundschuldbestellung in Höhe des Teilbetrages entstanden wären.³⁰

Ein Zurückbehaltungsrecht im Fall der von einem Dritten eingereichten Unterlagen ist anzunehmen, wenn der Dritte die Unterlagen in Erfüllung einer Verpflichtung des Kostenschuldners einreicht. In diesem Fall ist es dann aber auch sachgerecht, ein Zurückbehaltungsrecht in dem Umfang einzuräumen, in dem ein solches bei Einreichung der Unterlagen durch die Partei selbst besteht. Streitig ist, ob diese Regel auch für die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts maßgeblich ist.³¹ Um die Eintragung in das Grundbuch zu bewirken, können sich die Parteien jederzeit eine weitere Ausfertigung der Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Finanzamt beschaffen. Bei Vertragsaufhebung nach Grunderwerbsteuerzahlung dagegen wird die Rückerstattung der Grunderwerbsteuer in der Regel von der Rückgabe der Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig gemacht. Insofern ist die Zurückbehaltung hier von großer praktischer Relevanz. Nachdem auch bei der Unbedenklichkeitsbescheinigung lediglich die Interessen der Vertragsparteien betroffen sind, ist es auch hier sachgerecht, das Zurückbehaltungsrecht einzuräumen.³²

4. Umfang des Zurückbehaltungsrechts

Im Übrigen besteht das Zurückbehaltungsrecht nur in derselben Angelegenheit („die in der Angelegenheit erwachsenen Kosten“). Das ist weiter als das jeweilige Geschäft im Sinne der Kostenordnung, das den Gebührenanspruch begründet, und erfordert nur, dass die Geschäfte ein einheitliches Ganzes bilden bzw. eine Konnexität wie beim zivilrechtlichen Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB be-

steht.³³ Anerkannt ist dieser Zusammenhang, wenn ein einheitlicher Antrag zugrunde liegt, wie in der Regel bei Kaufvertrag, Auflassung, Erfüllungs- und Vollzugstätigkeiten hierzu³⁴ oder Hypothekenbestellung, Grundbucheintragung und Aushängung des Hypothekenbriefs.³⁵ Da ein Sachzusammenhang genügt, auch wenn getrennte Anträge zugrunde liegen,³⁶ dürfte dieselbe Angelegenheit auch anzunehmen sein bei der Beurkundung eines Kaufvertrages, der Finanzierungsgrundschuld des Käufers hierzu und Löschungen und Freigaben, die vom Verkäufer beizubringen sind. Sie werden durch die im Kaufvertrag enthaltenen Vollmachten und den Vollzugsauftrag an den Notar verknüpft und bilden eine wirtschaftliche Einheit.

Demgegenüber ist nicht mehr dieselbe Angelegenheit betroffen, wenn es nicht um die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, sondern um die Erteilung einer Vollstreckungsklausel geht.³⁷ Wenn zu einer bereits erteilten vollstreckbaren Ausfertigung die Umschreibung der Vollstreckungsklausel beantragt wird, besteht ein Zurückbehaltungsrecht nur wegen der für die Umschreibung anfallenden Kosten, nicht für diejenigen der ursprünglichen Beurkundung. An der erforderlichen Konnexität fehlt es auch, wenn der Vollzug eines Kaufvertrages von der Begleichung der Entwurfsgebühren für einen anderen Kaufvertrag abhängig gemacht würde.

5. Weitere Aspekte

Zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts können für die Praxis auch folgende Fragen von Interesse sein:

In entsprechender Anwendung des § 215 BGB n. F. (§ 390 Satz 2 BGB a. F.) begründet auch ein verjährter Anspruch des Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht, wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers entstand.³⁸ Im Zusammenhang mit dem Zurückbehaltungsrecht nach § 10 KostO geht es hier um den Anspruch des Beteiligten auf Erteilung einer (vollstreckbaren) Ausfertigung der Urkunde. Da die Ausfertigung sofort nach der Beurkundung verlangt werden kann und die Kostenschuld dann fällig wird, besteht das Zurückbehaltungsrecht typischerweise auch nach Verjährung des Kostenanspruchs noch.

Nach h. M. scheidet ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter aus, wenn der Kostenschuldner insolvent geworden ist, da die in der Insolvenzordnung vorgesehenen Rechte abschließend sind (§ 51 Nr. 2, 3 InsO).³⁹ Diese Ansicht ist zu hinterfragen, da dem Insolvenzverwalter zwar bei beiderseitig nicht erfüllten Verträgen ein Wahlrecht gemäß § 103 InsO zusteht, die Insolvenzordnung ansonsten aber nicht in bestehende Schuldverhältnisse eingreift.

Nach § 156 Abs. 1 KostO kann sich die Beschwerde zum Landgericht nicht nur gegen die Kostenberechnung richten, sondern auch gegen die Zahlungspflicht. §§ 10 Abs. 3, 14 Abs. 2 bis 4 KostO kommen auf Notare wegen § 143 Abs. 1 KostO nicht zur Anwendung. Die Beschwerde nach § 156 Abs. 1 KostO wäre daher auch der Rechtsweg gegen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts.⁴⁰

²⁷ LG München II, JurBüro 1983, 420; LG Düsseldorf, MittRh-NotK 1985, 80.

²⁸ LG München II, MittBayNot 1982, 260.

²⁹ Zu dieser Unterscheidung auch *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 8 und 28.

³⁰ LG Düsseldorf, MittRhNotK 1985, 80.

³¹ *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 5; LG Bremen, KostRsp. § 10 KostO Nr. 2, zitiert nach *Otto*, NotBZ 2002, 345.

³² LG Bremen, KostRsp. KostO § 3 Nr. 2, zit. nach *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 5; a. A. *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 24.

³³ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 10, 25; *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 7.

³⁴ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 25.

³⁵ *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 7.

³⁶ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 10.

³⁷ LG Düsseldorf, JurBüro 1985, 749.

³⁸ BGH, DNotZ 1968, 94, BGHZ 48, 116; LG Düsseldorf, MittRh-NotK 1985, 80; *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 8.

³⁹ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 10; *Rohs/Wedewer/Waldner*, § 10 Rdnr. 8; LGPräs Hamburg, DNotZ 1937, 158.

⁴⁰ *Korintenberg/Lappe*, § 10 Rdnr. 27.

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der notariellen Kostenberechnung für den die Kostenschuld erfüllenden Gesamtschuldner

Von Notarassessor Dr. Jörn Heinemann, wiss. Ass., Erlangen

„Auch im Tempel der Gerechtigkeit gilt der Satz: Wer am Altar dient, soll vom Altar leben. Die Justiz erteilt ihre Aussprüche nicht unentgeltlich. Wer einmal den Weg Rechtens ergreift, der hat sich mit Richtern, Advocaten, Notarien, Schreibern und den übrigen Dienern der Gerechtigkeit abzufinden, auch manche andere Kosten zu bestreiten [...]“

Adolph Weber, Über die Processkosten, deren Vergütung und Compensation, 1798, S. 1.

1. Einleitung

Der Notar wird durch die Kostenordnung bei der Beitreibung seiner Kosten in mehrfacher Hinsicht begünstigt: So kann der Notar sämtliche Beteiligte, deren Erklärungen beurkundet wurden, als Kostenschuldner in Anspruch nehmen, § 2 Nr. 1 2. Halbsatz KostO, unabhängig davon, wer von Gesetzes wegen (z. B. § 448 Abs. 2 BGB) oder nach der vertraglichen Vereinbarung die Kosten endgültig zu tragen hat.¹ Mehrere Kostenschuldner haften dem Notar gegenüber nicht lediglich anteilig, sondern gesamtschuldnerisch, § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO, also jeweils bis zum vollen Betrag der Kostenschuld, § 421 Satz 1 BGB. Schließlich kann sich der Notar ohne weitere Mitwirkung eines Gerichts im Wege eines Erkenntnis- (§ 704 Abs. 1 ZPO) oder Kostenfestsetzungsverfahrens (§ 103 Abs. 1 ZPO; § 19 BRAGO) aus eigener Kraft seinen eigenen Vollstreckungstitel hinsichtlich der Kosten dadurch verschaffen, dass er eine Ausfertigung seiner Kostenberechnung mit der Vollstreckungsklausel versieht, § 155 KostO. Gegen welchen von mehreren Gesamtschuldnern der Notar schließlich die Vollstreckung seiner Kosten betreibt, kann er bis an die Grenze von Arglist nach freier Wahl bestimmen.²

Soweit nunmehr der vom Notar in Anspruch genommene Kostenschuldner nach Erfüllung der Kostenschuld als Ausgleichsanspruch gegen die übrigen gesamtschuldnerisch haftenden Kostenschuldner die ursprüngliche Kostenforderung des Notars gem. § 426 Abs. 2 BGB erworben hat, stellt sich die Frage, ob sich der erfüllende Kostenschuldner ebenfalls auf die vorgenannten Privilegien berufen kann, insbesondere, ob er – wie Preisler³ jüngst prononciert vertreten hat – „Umschreibung“ gem. § 727 Abs. 1 ZPO dieses durch den Notar selbst titulierte Anspruchs auf sich verlangen kann.

2. Rechtsnachfolge auf der Gläubigerseite

Das Thema der Rechtsnachfolge eines Gesamtschuldners in die notarielle Kostenforderung und der Erteilung der Vollstreckungsklausel für diesen wurde in der Literatur keineswegs, wie Preisler meint,⁴ kaum beachtet. Schon 1962 hat sich Her-

bert Schmidt⁵ ausführlich der Beantwortung dieser Frage gewidmet. Er kam zu dem Ergebnis, dass der zahlende Gesamtschuldner, soweit die notarielle Kostenforderung auf ihn gem. § 426 Abs. 2 BGB übergegangen ist, Rechtsnachfolger i. S. des § 727 Abs. 1 ZPO sei, da diese Vorschrift „keinen eigenen Begriff der Rechtsnachfolge kennt“⁶. Dieser Ansicht angeschlossen haben sich die Kommentare von Assenmacher/Mathias⁷ (früher Göttlich/Mümmeler⁸), Hartmann⁹ und Bühling.¹⁰ Schon im Jahr 1958 hatte das LG Düsseldorf die Frage im nämlichen Sinne entschieden und den Notar für verpflichtet angesehen, dem zahlenden Gesamtschuldner eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung zu erteilen.¹¹

Das OLG Düsseldorf hingegen hat mit Beschluss vom 24.1.2000 im Anschluss an Loritz¹² ausgeführt, der zahlende Gesamtschuldner sei nicht „Rechtsnachfolger im engeren Sinne von § 727 ZPO“, so dass „die Voraussetzungen für die Umschreibung des Titels bei einer gesamtschuldnerischen Haftung von Vollstreckungsschuldnern [...] daher regelmäßig nicht gegeben“¹³ sei. Diese Begründung kann aber nicht vollends überzeugen. Zum einen stützt die vom OLG Düsseldorf mittelbar¹⁴ in Bezug genommene Rechtsprechung¹⁵ ihre ablehnende Ansicht nicht auf die fehlende Rechtsnachfolge des zahlenden Gesamtschuldners, sondern auf die fehlende Offenkundigkeit, also den fehlenden Nachweis der Rechtsnachfolge;¹⁶ zum anderen lässt sich § 727 Abs. 1 ZPO nicht

⁵ Umschreibung der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung der Kostenberechnung auf einen die Schuld zahlenden Gesamtschuldner?, JurBüro 1962, 209.

⁶ H. Schmidt, JurBüro 1962, 210, 211.

⁷ KostO, 15. Aufl. 2003, Stichwort „Beitreibung“, Ziff. 1.3.

⁸ KostO, 13. Aufl. 1997, Stichwort „Beitreibung“, Ziff. 1.3.

⁹ Kostengesetze, 33. Aufl. 2004, § 155 KostO Rdnr. 4.

¹⁰ In Beushausen/Küntzel/Kersten/Bühling, KostO 1965, § 155 Ziff. 2.

¹¹ DNotZ 1958, 613 (Ls.) = NiederschRhNotK 1958, 279.

¹² Die Umschreibung der Vollstreckungsklausel, ZZZ 95 (1982), 310, 335.

¹³ NJW-RR 2000, 1596 = MittRhNotK 2000, 37 = Rpfleger 2000, 281 = ZNotP 2000, 504 mit zust. Anm. Tiedtke.

¹⁴ Nämlich durch die Verweisung auf den eigenen Beschluss in FGPrax 1995, 210 = Rpfleger 1996, 75 = DNotZ 1996, 539 m. w. N.

¹⁵ KG, NJW 1955, 913; OLG Hamburg, MDR 1968, 248; BayObLGZ 1970, 125, 131 = NJW 1970, 1800; ebenso übrigens auch OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn. 14).

¹⁶ Deshalb wird die herrschende Meinung von Loritz, ZZZ 95 (1982), 310, 335, als nicht überzeugend kritisiert; vgl. auch MünchKommZPO/Wolfsteiner, 2. Aufl. 2000, § 727 Rdnr. 19.

¹ BayObLGZ 1992, 26 = MittBayNot 1992, 231 = DNotZ 1992, 591 = Rpfleger 1992, 224 mit krit. Anm. Röseler; Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 31; vgl. BGH, DNotZ 1982, 238 = MittBayNot 1981, 238 hinsichtlich der kostenrechtlichen Stellung gegenüber dem Grundbuchamt.

² BayObLG, a. a. O. (Fn. 1); OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1986, 104 = MittBayNot 1986, 212 = DNotZ 1986, 763.

³ Die Klauselerteilung und -umschreibung in der notariellen Praxis bei Schuldnermehrheit, Berliner Anwaltsblatt 2003, 379.

⁴ Berliner Anwaltsblatt 2003, 379.

entnehmen, dass nur der Rechtsnachfolger „im engeren Sinne“ Rechtsnachfolger sei, vielmehr ergibt ein Blick auf die Rechtsprechung zu § 727 ZPO sogar, dass der dortige „Begriff des Rechtsnachfolgers [...] im weitesten Sinne zu verstehen“¹⁷ ist.

Im Ergebnis verdient die Entscheidung des OLG Düsseldorf dennoch Zustimmung, weil die hilfswise, auf Sinn und Zweck des § 155 KostO abstellende Begründung des Gerichts den zutreffenden Lösungsweg weist. *Bengel*¹⁸ und *Tiedtke*¹⁹ führen zu Recht aus, dass sich die öffentlich-rechtliche Kostenforderung des Notars nach Übergang auf den zahlenden Gesamtschuldner gem. § 426 Abs. 2 BGB in eine bürgerlich-rechtliche Forderung umwandelt, die im ordentlichen Rechtsweg eingeklagt werden muss. Dies entspricht der ganz herrschenden Rechtsprechung zu sonstigen öffentlich-rechtlichen Forderungen, die auf einen privaten Dritten im Wege der Legalzession übergegangen sind: Demzufolge wird die Forderung aus ihrer hoheitlichen Beziehung gelöst und dient nur noch der Durchsetzung etwaiger privatrechtlicher Erstattungsansprüche.²⁰ Auch *Stolterfoth*²¹ hat sich dieser Ansicht (zumindest für legalzedierte Steuerforderungen) angeschlossen und den Wechsel der Rechtsnatur mit den besonderen Ordnungsinteressen der Allgemeinheit begründet. Soweit *Preisler* hierzu anführt,²² es sei nicht erkennbar, welche Ordnungsinteressen der Allgemeinheit beim Übergang der notariellen Kostenforderung auf eine Privatperson verletzt sein könnten, verkennt sie Folgendes: Dass der Notar durch Erteilung der Vollstreckungsklausel auf einer Ausfertigung seiner eigenen Kostenberechnung einen Vollstreckungstitel aus eigener Machtvollkommenheit kreieren darf, stellt ein Privileg zur vereinfachten Beitreibung seiner Kosten dar,²³ das seinen Ursprung nur in der besonderen öffentlich-rechtlichen Amtsstellung des Notars haben kann. Das notarielle Vollstreckungsprivileg dient allein öffentlichen Belangen und soll im Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen vorsorgenden Rechtspflege sicherstellen, dass der Notar schnell und vereinfacht alle Kostenansprüche durchsetzen kann.²⁴ Es handelt sich hierbei ganz unzweifelhaft um besondere Ordnungsinteressen der Allgemeinheit, wie sie auch bei der Vollstreckbarkeit öffentlich-rechtlicher Leistungsbescheide mittels Verwaltungsakt begegnen. Auch dort gilt, dass der Private eine (legal-)zedierte öffentlich-rechtliche Forderung nicht mehr durch Verwaltungsakt konkretisieren und im Verwaltungsvollstreckungsverfahren betreiben kann.²⁵ Unter demselben Gesichtspunkt hat der BGH einen Haftungsdurchgriff gem. §§ 103, 109 AO a. F. (§§ 34, 69 AO 1977) bei ge-

setzlichem Übergang einer Steuerforderung auf einen privaten Dritten abgelehnt.²⁶ Dem OLG Düsseldorf ist daher zuzustimmen, wonach kein Anlass besteht, dem in Anspruch genommenen Gesamtschuldner eine vereinfachte Beitreibung seiner Forderungen zuzugestehen.²⁷ Das besondere Vollstreckungsverfahren notarieller Kostenforderungen „verträgt die Einschaltung eines Privatgläubigers nicht“²⁸.

Selbst wenn man der Ansicht *Preislers* von der unveränderten Rechtsnatur der notariellen Kostenforderung folgen sollte, so ist doch ihre Auffassung abzulehnen, „das Recht auf eine vollstreckbare Ausfertigung der Kostenberechnung“ sei ein Neben- oder Vorzugsrecht i. S. des § 401 BGB. Es handelt sich zum einen bei dem Privileg des § 155 KostO nicht um ein akzessorisches Nebenrecht i. S. des § 401 Abs. 1 BGB zu der Kostenforderung, sondern vielmehr um eine selbstständige, nur und ausschließlich den Gebührennotaren eingeräumte Rechtsmacht;²⁹ zum anderen stellt das Klauselerteilungsverfahren nach § 155 KostO und nach § 727 ZPO kein Vorzugsrecht i. S. des § 401 Abs. 2 BGB dar, denn es handelt sich hierbei um ein besonderes prozessuales Recht, das von der Vorschrift nicht erfasst wird.³⁰

Auch ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Konstellationen aus dem Bereich des Justizkostenrechts ergibt, dass eine „Umschreibung“ der Vollstreckungsklausel aus den besonderen Umständen des notariellen Kostenbeitreibungsverfahrens ausscheiden muss: Befriedigt etwa ein Verurteilter die Auslagen Mitverurteilter (vgl. § 466 StPO), so kann sein Ausgleichsanspruch nicht im vereinfachten Kostenfestsetzungsverfahren festgestellt werden.³¹ Dies gilt auch für Ausgleichsansprüche zwischen Gesamtschuldnern gem. §§ 54 Nr. 1, 58 Abs. 1 GKG, und sogar die Staatskasse muss den ordentlichen Rechtsweg beschreiten, um ihre Ausgleichsansprüche durchzusetzen.³²

3. Nachweis der Rechtsnachfolge

Selbst wenn man den vorstehenden Ausführungen kein durchschlagendes Gewicht beilegen wollte, so müsste doch die Rechtsnachfolge in die notarielle Kostenforderung gem. § 727 Abs. 1 ZPO offenkundig oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen sein. *Preisler* geht diesbezüglich ohne „Schwierigkeiten“ von einer Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge aus.³³ Sie verkennt dabei, dass die Problematik der Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge gem. § 426 Abs. 2 BGB in Rechtsprechung und Literatur äußerst kontrovers beurteilt wird. Selbst *H. Schmidt*, der die verschiedenen Konstellationen der Rechtsnachfolge gem. § 426 Abs. 2 BGB in die Kostenforderung des Notars anhand der zwischen den Gesamtschuldnern bestehenden internen Ausgleichungspflichten durchexerziert hat und eine Offenkundigkeit grundsätzlich zu bejahen scheint, empfiehlt dem vorsichtigen Notar, den Vollstreckungsschuldner vorher gem.

17 *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 62. Aufl. 2004, § 727 Rdnr. 3.

18 In *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl. 2002, Vor § 154 ff. Rdnr. 6, 14.

19 *Notarkosten im Grundstücksrecht*, 2001, Rdnr. 88, 89; *ders.*, ZNotP 2000, 505.

20 BGH, NJW 1973, 1077, 1078; BGHZ 75, 23, 25 = NJW 1979, 2198, 2199; RGZ 135, 25, 30; RGZ 146, 317, 319.

21 Zur Rechtswegzuständigkeit bei der Geltendmachung legalzedierter Steueransprüche, JZ 1975, 658, 661 f.

22 *Berliner Anwaltsblatt* 2003, 379, 381.

23 Ähnlich OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn. 13).

24 Vgl. BGHZ 75, 23, 25 = NJW 1979, 2198, 2199 zu Steuerforderungen.

25 *Josef*, Die Abtretbarkeit öffentlichrechtlicher Ansprüche, Bay-ZRPf. 1921, 240, 241; *Stolterfoth*, JZ 1975, 658, 661; *Werner*, Der Übergang öffentlichrechtlicher Forderungen in die Hand eines Privatgläubigers, *VerwArch* 44 (1939), 273, 293.

26 BGHZ 75, 23, 25 = NJW 1979, 2198, 2199.

27 OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn. 13).

28 So *Werner*, *VerwArch* 44 (1939), 273, 293 allgemein.

29 *Hartmann*, a. a. O. (Fn. 9), § 155 KostO Rdnr. 3.

30 Vgl. *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl. 1994, § 401 Rdnr. 84.

31 OLG Koblenz, Rpfleger 1990, 36; *Franke* in *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 5. Aufl. 2003, § 466 Rdnr. 3; *Meyer-Goßner*, StPO, 46. Aufl. 2003, § 466 Rdnr. 2.

32 *Lappe*, *Justizkostenrecht*, 2. Aufl. 1995, § 44, S. 234 f.

33 *Berliner Anwaltsblatt* 2003, 379, 381.

§ 730 ZPO anzuhören.³⁴ Mehrheitlich wird jedenfalls die Auffassung vertreten, der Nachweis der Rechtsnachfolge könne grundsätzlich nicht gelingen, da das interne Ausgleichsverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern gerade nicht offenkundig sei.³⁵ Dies gilt selbst dann, wenn in der notariellen Niederschrift eine Vereinbarung über die interne Kostenverteilung getroffen wurde, denn dem Notar ist nicht offenkundig, dass die Beteiligten nachträglich keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben.³⁶

³⁴ JurBüro 1962, 209, 212.

³⁵ BayObLGZ 1970, 125, 131 = NJW 1970, 1800; OLG Hamburg, MDR 1968, 248; KG, NJW 1955, 913; OLG Karlsruhe, InVo 2002, 420 = OLGR Karlsruhe 2002, 202; OLG Schleswig, SchlHA 1999, 156 = OLGR Schleswig 1999, 42; *Bühling*, a. a. O. (Fn. 10); *Musielak/Lackmann*, ZPO, 3. Aufl. 2002, § 727 Rdnr. 8; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 727 Rdnr. 42; *Christmann*, Der Gesamtschuldner als Vollstreckungsschuldner, DGvZ 1987, 81, 83; a. A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 16); *Wieczorek/Schützel/Paulus*, ZPO, 3. Aufl. 1999, § 727 Rdnr. 24.

³⁶ Wie hier wohl *Bühling*, a. a. O. (Fn. 10); a. A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, a. a. O. (Fn. 16).

4. Ergebnis

Als Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass mit dem OLG Düsseldorf und der kostenrechtlichen Kommentarliteratur und entgegen *Preisler* eine „Umschreibung“ der titulierten notariellen Kostenberechnung auf einen zahlenden Gesamtschuldner gem. § 727 Abs. 1 ZPO ausscheiden muss. Das Privileg der Gebührennotare, sich einen vollstreckbaren Titel zur Beitreibung ihrer Kosten selbst schaffen zu können, besteht ausschließlich im öffentlichen Interesse, nicht aber zugunsten eines Privatgläubigers, auf den die Kostenforderung von Gesetzes wegen übergegangen ist. § 727 Abs. 1 ZPO ist insofern nach Sinn und Zweck des § 155 KostO teleologisch zu reduzieren. Auch aus § 401 BGB lässt sich ein Übergang des notariellen Vollstreckungsprivilegs nicht herleiten. Schließlich würde selbst bei Bejahung einer Rechtsnachfolge gem. § 727 Abs. 1 ZPO die Titelumschreibung am fehlenden Nachweis der Rechtsnachfolge scheitern. Dem erfüllenden Gesamtschuldner bleibt somit kein anderes Mittel als die Beschreibung des ordentlichen Rechtswegs zur Durchsetzung seiner Ausgleichsansprüche gem. § 426 Abs. 1 und 2 BGB.

Gewöhnliche und außergewöhnliche Instandhaltungen als dauernde Last?

– zum Schreiben des BMF vom 21.7.2003 (BStBl I, 405)¹ –

Von Regierungsrat Dr. *Marcus Sauer*, Regensburg²

Können gewöhnliche und/oder außergewöhnliche Kosten für Instandhaltungen im Zusammenhang mit einem Wohnungsrecht als dauernde Lasten angesehen und damit als Sonderausgaben gem. § 10 EStG abgezogen werden?

1. Problem

Übergabeverträge, die eine künftige Erbfolge vorwegnehmen, sind häufig dadurch gekennzeichnet, dass sich der Übergeber eines Hauses oder einer Eigentumswohnung ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB in einem Teil des Gebäudes oder an einer Wohnung vorbehält. Je nach den tatsächlichen Gegebenheiten kann sich das Wohnungsrecht auf eine abgeschlossene Wohnung eines Zwei- oder Mehrfamilienwohnhauses oder auf einzelne Räume eines Einfamilienhauses oder den Teil einer Eigentumswohnung oder auf eine ganze Eigentumswohnung beziehen.³ Das Wohnungsrecht wird regelmäßig im Grundbuch eingetragen. Der Übernehmer verpflichtet sich oft, die zur Benutzung zugewiesenen Räume in bewohnbarem Zustand zu erhalten und die Aufwendungen für Instandhaltungen zu tragen.

Aus Sicht des Einkommensteuerrechts stellt sich die Frage, ob diese Aufwendungen als Versorgungsleistungen anzusehen

sind, die der Übernehmer als dauernde Lasten gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a EStG vom Gesamtbetrag der Einkünfte als Sonderausgaben abziehen darf. Zur einkommensteuerrechtlichen Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit der Übertragung von Privat- oder Betriebsvermögen hat sich das Bundesministerium der Finanzen (BMF) mit Schreiben vom 26.8.2002 ausführlich geäußert.⁴ Ein Urteil des BFH vom 28.2.2002⁵ hat das BMF zum Anlass genommen, mit Schreiben vom 21.7.2003 ergänzend Stellung zu nehmen zu der Frage, ob auch Aufwendungen aus außergewöhnlichen Instandhaltungen eine dauernde Last begründen können. Zugleich wird der Umfang der abziehbaren Versorgungsleistungen für den Bereich der außergewöhnlichen Instandhaltungsaufwendungen näher beschrieben. Der BFH steht möglicherweise Abzugsmöglichkeiten für derartige Aufwendungen etwas offener gegenüber. Aus Sicht der Finanzverwaltung ist die Rechtslage aber gleich geblieben. Dies stellt das neue BMF-Schreiben klar. Die Ausführungen zu diesem Detailproblem behalten auch nach den Beschlüssen des Großen Senats des BFH, GrS 1/00 und 2/00, Gültigkeit.

¹ MittBayNot 2004, 218 (in diesem Heft).

² Der Verfasser ist am Finanzamt Straubing tätig. Der Aufsatz stellt seine private Rechtsmeinung dar.

³ Wegen der Erstreckung des Wohnungsrechts auf eine ganze Eigentumswohnung unter Abgrenzung zum Nießbrauch siehe MünchKommBGB/Joost, 3. Aufl., § 1090 Rdnr. 26 und § 1093 Rdnr. 9.

⁴ BStBl I, 893.

⁵ BStBl II 2003, 644.

2. Zur Abzugsmöglichkeit von Versorgungsleistungen im Allgemeinen

Als Sonderausgaben abziehbar sind gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a EStG auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben. Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar im Gegensatz zu den Leibrenten, die nur mit ihrem Ertragsanteil abgezogen werden können (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a EStG). Darunter fallen auch wiederkehrende Leistungen des Übernehmers an den Übergeber in der Gestalt von Versorgungsleistungen. Diese sind wiederkehrende Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung, die mit Rücksicht auf eine Regelung der vorweggenommenen Erbfolge getroffen wird (Vermögensübergabe).⁶ Gegenstand der Vermögensübergabe muss eine die Existenz des Vermögensübergebers wenigstens teilweise sichernde Wirtschaftseinheit sein.⁷ Dazu kann auch eine Wohnung zählen, die dem Übergeber vom Übernehmer zur Nutzung überlassen wird.⁸ Damit gehen Instandhaltungskosten einher, die der Übernehmer als neuer Eigentümer zu tragen hat.

Versorgungsleistungen sind alle im Vermögensübergabevertrag vereinbarten wiederkehrenden Leistungen in Geld oder Geldeswert. Hierzu gehören insbesondere Geldleistungen, die Übernahme von Aufwendungen und Sachleistungen.⁹ Der Begriff der Versorgungsleistungen umfasst grundsätzlich Zuwendungen zur Existenzsicherung, durch welche die Grundbedürfnisse des Bezugsberechtigten wie Wohnen und Ernährung und der sonstige Lebensbedarf abgedeckt werden.

3. Instandhaltungskosten des Übergebers als Sonderausgaben?

Hierzu gehören auch Aufwendungen für die Instandhaltung der vom Übergeber zu eigenen Wohnzwecken genutzten Wohnung in dem bei Übergabe vertragsgemäßen Zustand.¹⁰ Dabei kommt es auf den Inhalt des Übergabevertrages an. Diesem misst die Rechtsprechung eine besondere Bedeutung zu. Den „typischerweise“ in einem Übergabevertrag an den Übergeber geschuldeten Leistungen wird steuerrechtlich der Charakter von Versorgungsleistungen zugesprochen.¹¹ Dabei richtet sich der BFH nach den landesrechtlichen Ausführungsgesetzen zu Art. 96 EGBGB, die seiner Meinung nach die Interessen der Vertragsparteien in allen Aspekten richtungsweisend beschreiben, insbesondere hinsichtlich Inhalt und Grenzen der dem Übernehmer gegenüber dem Übergeber bestehenden Pflichten.¹² So regelt Art. 12 Abs. 1 BayAGBGB für den Übergabevertrag, dass der Verpflichtete dem Berechtigten die Wohnung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauche geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Dauer in diesem Zustand zu erhalten hat. Dies entspricht § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Maßstab der Erhaltungspflicht ist dabei der vertraglich geschuldete Gebrauch, der im Regelfall durch den Zustand der Altenteilerwohnung

im Zeitpunkt der Übergabe konkretisiert wird.¹³ Auch bei Einräumung eines dinglichen Wohnungsrechts zugunsten des Übergebers gilt nichts anderes, wenn im Übergabevertrag vereinbart wird, dass der Übernehmer als künftiger Eigentümer in Abänderung von §§ 1093 Abs. 1 Satz 2, 1041 BGB gegenüber dem Wohnungsberechtigten verpflichtet ist, für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen und Ausbesserungen und Erneuerungen vorzunehmen, soweit sie zum gewöhnlichen Unterhalt der Wohnung gehören. Aufwendungen aufgrund dieser genannten Pflichten sind gewöhnliche Instandhaltungsaufwendungen und als solche als Sonderausgaben vom Übernehmer abziehbar.¹⁴ Dazu gehören sämtliche Aufwendungen für die regelmäßige Wartung, Pflege oder Ausbesserung des Gebäudes, Maßnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung von Schäden und zum Schutz vor natürlicher Abnutzung und Alterung.¹⁵ Dies gilt z. B. für die Kosten für die Installation einer neuen Heizöllageranlage.¹⁶ Für die Erneuerung von Rollläden hat der BFH dies offen gelassen,¹⁷ für die Erneuerung von Fenstern abgelehnt.¹⁸ Auch die Aufwendungen für Schönheitsreparaturen können als Sonderausgaben abgezogen werden.¹⁹ Müssen bauliche Maßnahmen aus rechtlichen Gründen durchgeführt werden, zum Beispiel die Anpassung einer Heizungsanlage an verschärfte Abgaswerte, sind diese ebenfalls Sonderausgaben.²⁰

4. Grenzen der Abzugsfähigkeit

Diese Instandhaltungskosten dürfen nur abgezogen werden, soweit sie der Erhaltung des vertragsgemäßen Zustands der Wohnung im Zeitpunkt der Übergabe dienen.²¹ Unschädlich ist jedoch für den Charakter von Versorgungsleistungen, wenn eine zur Erhaltung erforderliche Maßnahme gleichzeitig eine zeitgemäße Modernisierung bewirkt, wie das BMF in seinem Schreiben vom 21.7.2003 feststellt.²² Diese darf aber nicht soweit gehen, dass sie über die Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustands hinausgeht. Dann handelt es sich nämlich um außergewöhnliche Instandhaltungsmaßnahmen, die nicht zur Versorgung des Übergebers dienen und die der Übernehmer daher nicht als Sonderausgaben abziehen kann, wie das BMF betont. Denn stets müsse die erbrachte Leistung vom Versorgungsbedürfnis des Übergebers gedeckt sein.²³ Außergewöhnliche Instandhaltungsauf-

6 Vgl. BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Rdnr. 2 f.

7 BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Rdnr. 5.

8 BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Rdnr. 34.

9 BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Rdnr. 30.

10 BFH, Urt. v. 25.8.1999, MittBayNot 2000, 147 ff.

11 Vgl. BFH, Urt. v. 15.3.2000, BFH/NV 2000, 1089.

12 Vgl. BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10); Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11).

13 BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11); OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.3.2002 (S 2211 – 123 St 42 für OFD München); Fischer in Kirchhof, § 22 EStG Rdnr. 16.

14 Vgl. OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.3.2002 (Fn. 13); OFD Münster, Information vom 8.1.2002 (S 2211 – 128 – St 22–31), DB 2002, 177; nicht ganz so klar BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Tz. 34; BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10).

15 OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.03.2002 (Fn. 13); OFD Münster, Information vom 8.1.2002 (Fn. 14).

16 FG Münster, Urt. v. 5.2.2002, EFG 2002, 671.

17 BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11).

18 BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10).

19 BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11); BFH, Urt. v. 8.12.1982, BStBl II 1983, 710; OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.3.2002 (Fn. 13); OFD München, Verfügung vom 15.1.2001 (S 2211 – 117 St 426) unter Ziff. 3 für Altenteilsleistungen in der Land- und Forstwirtschaft, DStR 2001, 1117; Fischer in Kirchhof, § 22 EStG Rdnr. 16.

20 OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.3.2002 (Fn. 13).

21 BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10); BMF vom 26.8.2002 (Fn. 4), Tz. 34.

22 So auch BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11), der als Beispiel den Einbau doppelt- anstelle einfach-verglaster Fenster nennt.

23 Vgl. auch BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10).

wendungen werden aber im überwiegenden und offenkundigen Interesse des Vermögensübernehmers an der Werterhaltung und Werterhöhung seines Eigentums erbracht.²⁴ Derartige Maßnahmen zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie nicht unmittelbar der Erhaltung der Wohnung dienen, sondern den im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustand der Wohnung deutlich und für einen längeren Zeitraum verbessern.²⁵

Gestützt wird dieses Ergebnis auch durch rechtliche Erwägungen, die sich aus dem Umfang der oben genannten gesetzlichen Erhaltungspflichten gemäß Art. 11, 12 BayAGBG des Übernehmers in Übergabeverträgen ergeben. Nach dem gesetzlichen Leitbild des Nießbrauchs hat der Eigentümer die außerordentlichen Lasten, die auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, zu tragen. Daher ist ein Eigentümer dem Nießbraucher nur zur Vornahme außergewöhnlicher Unterhaltungsmaßnahmen verpflichtet, wenn er sich hierzu diesem gegenüber gesondert im Übergabevertrag verpflichtet hat.²⁶ Aufwendungen, die nicht zu diesem Kernbestand des Übergabevertrags gehören, sind nicht nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abziehbar.²⁷ Zu außergewöhnlichen Instandhaltungsaufwendungen gehören zum Beispiel eine Dacherneuerung,²⁸ die Erneuerung einer Hofbefestigung,²⁹ zusätzliche Isolierungsmaßnahmen im Rahmen einer Heizungserneuerung, der Einbau zusätzlicher Einrichtungen oder gar eine Generalsanierung des übertragenen Vermögensgegenstandes.³⁰ Diese Kosten können allenfalls als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgesetzt werden.

5. Das BFH-Urteil vom 28.2.2002 und die Reaktion des BMF

In seinem Urteil vom 28.2.2002³¹ hat der BFH entschieden, dass im Rahmen eines (landwirtschaftlichen) Wirtschaftsüberlassungsvertrags der Nutzungsberechtigte Modernisierungsaufwendungen für die vom Hofeigentümer beibehaltene Wohnung als dauernde Last abziehen kann, sofern er sich dazu im Überlassungsvertrag verpflichtet hat. Auf die Grenze zu den nicht abziehbaren außergewöhnlichen Instandhaltungskosten geht der BFH in seinem Urteil nicht ein. Dies wäre für den BFH jedoch möglich gewesen, weil die Kläger Umbaukosten für ein Wohnhaus als dauernde Last abziehen wollten. Diese gehen über gewöhnliche Instandhaltungskosten hinaus, legt

man die genannten Maßstäbe an. Vielmehr weist der BFH die Revision der Kläger mit der Begründung zurück, die Parteien des Übergabevertrags hätten die Übernahme der Aufwendungen erst nachträglich vereinbart und darüber hinaus auch nicht eindeutig und klar geregelt. Beide Voraussetzungen müssen aber vorliegen, damit Instandhaltungskosten überhaupt als Sonderausgaben abgezogen werden können.³² Bei Verträgen unter nahen Angehörigen ist für deren steuerliche Anerkennung immer eine klare Regelung zu Beginn des Vertragsverhältnisses zu fordern.³³ Darüber hinaus hat der Übernehmer ein offenkundiges Interesse an werterhaltenden und werterhöhenden Modernisierungen,³⁴ deren Kosten nicht auf die Allgemeinheit abgewälzt werden dürfen mittels Abzug als Sonderausgabe, sondern nur soweit, wie sie im Versorgungsinteresse des Übergebers liegen. Im vorliegenden Fall hatten die Vertragsparteien bei Abschluss des Vertrags vereinbart, dass der Übernehmer die gewöhnlichen Ausbesserungen zu bewirken habe. Eine nähere Regelung war aber in einem später geschlossenen Zusatzvertrag enthalten, welche insbesondere das Recht des Übernehmers, Umfang und Art der Reparaturen nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse zu bestimmen, regelte. Gerade die Ermessensregelung entspricht nach Ansicht des BFH nicht den Anforderungen an einen klaren Vertragsinhalt. Der BFH stützt seine Begründung jedoch nur auf diese beiden Punkte und äußert sich nicht dazu, dass die Umbaukosten auch bereits ihrer Art nach nicht abzugsfähig sind, wie dies nach seiner bisherigen Rechtsprechung zu vermuten gewesen wäre. Dies dürfte das BMF zum Anlass genommen haben, mit dem Schreiben vom 21.7.2003 nochmals in Erinnerung zu rufen, dass aus Sicht der Verwaltung an den bisherigen Maßstäben festzuhalten ist und außergewöhnliche Instandhaltungsaufwendungen nicht als Sonderausgaben in Form einer dauernden Last gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG abgezogen werden können. Zugleich präzisiert das BMF bezüglich dieser Frage nochmals sein grundlegendes Schreiben vom 26.8.2002 in Tz. 34.

6. Zusammenfassung

Das BMF stellt mit seinem Schreiben vom 21.7.2003 nochmals fest, dass der Übernehmer die Kosten für außergewöhnliche Instandhaltungsmaßnahmen im Gegensatz zu denen für gewöhnliche weiterhin nicht als Sonderausgaben abziehen kann. Dies betrifft solche Aufwendungen, die über die Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustands hinausgehen. Am Inhalt des BMF-Schreibens vom 26.8.2002 zur einkommensteuerlichen Behandlung einer Vermögensübergabe gegen wiederkehrende Leistungen ändert sich nichts. Das neuerliche Schreiben ergänzt es nur in dem besprochenen Punkt. Die Rechtslage bleibt daher unverändert, auch unter Berücksichtigung des BFH-Urteils vom 28.2.2002.

²⁴ BMF-Schreiben vom 21.7.2003; BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10); BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11).

²⁵ OFD München/Nürnberg, Verfügung v. 7.3.2002 (Fn. 13); vgl. auch *Fischer* in Kirchhof, § 22 EStG Rdnr. 16.

²⁶ Vgl. MünchKommBGB/*Petzoldt*, § 1042 Rdnr. 2; BGH, NJW 1991, 837; NJW 1969, 1847.

²⁷ BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10).

²⁸ OFD Münster, Information vom 8.1.2002 (Fn. 14); vgl. auch OLG Koblenz, NJW-RR 1995, 15.

²⁹ FG Baden-Württemberg, Urt. v. 30.5.2001, EFG 2001, 1120.

³⁰ Letztere Beispiele nach OFD München/Nürnberg, Verfügung vom 7.3.2002 (Fn. 14).

³¹ Siehe Fn. 5.

³² BFH, Urt. v. 28.2.2002 (Fn. 5); BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11); BFH, Urt. v. 25.8.1999 (Fn. 10); BMF-Schreiben vom 26.8.2002 (Fn. 4), Rdnr. 25 f.; FG Münster, Urt. v. 2.2.2002 (Fn. 16).

³³ Vgl. nur *Wacker* in Schmidt, § 22 EStG Rdnr. 82.

³⁴ BFH, Urt. v. 15.3.2000 (Fn. 11); FG Münster, Urt. v. 5.2.2002 (Fn. 16).

Auch im Insolvenzverfahren schützt die Eigentumsvormerkung gegen vormerkungswidrige Belastungen

– zugleich Anmerkung zu BayObLG, Beschluss vom 3.9.2003, 3Z BR 113/03 –

Von Notar Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden

Am Ende seines in diesem Heft abgedruckten¹ Beschlusses vom 3.9.2003 äußert sich das BayObLG zur Insolvenzfestigkeit der Eigentumsvormerkung gegenüber Belastungen, die der Vormerkungsberechtigte nicht übernommen hat.

Missverständnisse sind zu befürchten, wenn das BayObLG hierzu ausführt, die Pflicht zur Löschung von Grundschulden sei „eine von der Übereignungspflicht abtrennbare Nebenpflicht, auf die sich die Insolvenzfestigkeit der Vormerkung nicht erstreckt“. Der Insolvenzverwalter brauche also nicht mitzuwirken bei der Löschung von Grundschulden an der zu übereignenden Immobilie. Das BayObLG bekräftigt diese Aussage noch, indem es den BGH² zitiert; in dessen amtlichem Leitsatz heißt es lapidar: „Die Wirkung des § 24 KO erfasst nicht den Anspruch auf lastenfreie Übertragung des Eigentums.“ Solche Äußerungen und ihre mehrfache Wiederholung könnten zu einem verhängnisvollen Lehrsatz entarten, wonach die Eigentumsvormerkung im Insolvenzfall gegen anspruchswidrig eingetragene Belastungen keinen Schutz biete.

1. In der Tat vermag die Eigentumsvormerkung gegen Belastungen nichts auszurichten, die bereits vor ihr eingetragen worden sind. So konnte die Vormerkung sowohl in dem vom BGH entschiedenen Fall als auch im Fall des BayObLG keine Lastenfreistellung sichern, weil die vom Käufer nicht übernommenen Belastungen schon *vor* ihr eingetragen worden waren. Beim Beschluss des BayObLG ergibt sich dies aus dem Sachverhalt, und im Beschluss des BGH heißt es wörtlich:³ „Da sich der *Rang* des Rechts, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, nach der Eintragung der Vormerkung richtet, sicherte diese *im vorliegenden Fall* den Anspruch auf Eigentumsübertragung nur in dem zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bestehenden Umfang, also mit der Belastung durch die Hypothek der B.-Hypothekenbank.“ Diese Hypothek war somit bereits vor der Vormerkung eingetragen worden.

Die in beiden Fällen fehlende Vormerkungswirkung gegenüber den Grundpfandrechten beruhte mithin auf dem „Nachrang“ der jeweiligen Vormerkung (§ 883 Abs. 2 BGB), dagegen nicht darauf, dass dem Käufer kein Anspruch auf Beseitigung nicht übernommener Grundpfandrechte zugestanden hätte, und auch nicht darauf, dass dieser Anspruch nicht vorgemerkt gewesen wäre. Den konkreten Fall haben beide Gerichte im Ergebnis jeweils richtig entschieden. Lediglich die Begründung, die das BayObLG seinem Beschluss beigefügt hat, nährt Missverständnisse, die der Leitsatz des BGH noch fördert. Beide könnten Fehlentscheidungen des Insolvenzverwalters oder gar eines Gerichts in solchen Fällen auslösen, in denen die Vormerkung *vor* anspruchswidrigen Belastungen eingetragen worden ist.⁴

2. Der vorgemerkte Anspruch des Käufers aus § 433 Abs. 1 BGB richtet sich auf zwei Ziele, nämlich auf

- Verschaffung des Eigentums (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) und
- Freistellung von nicht übernommenen Belastungen (§§ 433 Abs. 1 Satz 2, 435 Satz 1 BGB).⁵

Wer nur der ersten Zielrichtung dieses Anspruchs, nämlich dem Eigentumserwerb, Vormerkungsschutz zugesteht, vernachlässigt die weitere Zielrichtung des Anspruchs, also die Lastenfreistellung, und damit den in beiden Sätzen des § 433 Abs. 1 BGB formulierten typischen Willen der Beteiligten. Hierzu darf man sich weder durch die herkömmliche Bezeichnung „Auflassungsvormerkung“ verleiten lassen noch durch den treffenderen Begriff „Eigentumsvormerkung“. Beide stellen den Sicherungsumfang der Vormerkung nur schlagwortartig – also verkürzt – dar, indem sie lediglich den Eigentumsverschaffungsanspruch aus Satz 1 des § 433 Abs. 1 BGB ins Licht rücken, den Freistellungsanspruch gemäß dessen Satz 2 dagegen ausblenden. So wenig wie indessen die „Auflassungsvormerkung“ nur den Anspruch auf Auflassung sichert, so wenig beschränkt sich der Schutzbereich der „Eigentumsvormerkung“ auf den Erwerb des Eigentums. Stets zielt die Vormerkung des Anspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB auch auf Freistellung von nicht übernommenen Belastungen. Wenn sie dabei wegen § 883 Abs. 2 BGB solche Belastungen nicht trifft, die bereits vor ihr eingetragen wurden, so schmälert dies weder den Umfang des schuldrechtlichen Anspruchs noch die Elisionskraft der Vormerkung gegenüber sämtlichen anspruchswidrigen Eintragungen, die ihr nachfolgen.

3. Was bedeutet dies konkret?

a) Wird außerhalb eines Insolvenzverfahrens nach der Eigentumsvormerkung des Käufers eine Sicherungshypothek für X eingetragen, so kann der Käufer zusammen mit der Umschreibung des Eigentums

- von X nach §§ 888, 883 Abs. 2 BGB grundbuchtaugliche Löschungsbewilligung⁶
- und vom Verkäufer grundbuchtaugliche Löschungszustimmung gemäß §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 1183 BGB, § 27 GBO und Löschantrag gemäß § 13 GBO

verlangen.

b) Ist in der unter a) dargestellten Konstellation der Hypothekengläubiger X in Insolvenz geraten, so fehlt diesem die Verfügungsbefugnis zur Erteilung der Löschungsbewilligung, die er gemäß den §§ 888, 883 Abs. 2 BGB abzugeben hätte, und zu deren Vollzug. Der vormerkungsberechtigte Käufer kann vom Insolvenzverwalter diejenige Befriedigung verlangen, die

¹ MittBayNot 2004, 206 (in diesem Heft).

² ZIP 1994, 1705 = MDR 1995, 57; ebenso OLG Koblenz, VersR 1982, 250.

³ Siehe Fn. 1; der Kursivdruck stammt vom Verfasser.

⁴ Ebenso *Staudinger/Gursky*, 2002, § 883 BGB Rdnr. 286 a. E.

⁵ BGH, LM § 883 BGB Nr. 6 am Anfang; vgl. *Staudinger/Gursky*, § 883 BGB Rdnr. 23.

⁶ Vgl. *Staudinger/Gursky*, § 888 BGB Rdnr. 20, 23.

er außerhalb des Insolvenzverfahrens gegenüber dem Insolvenzschuldner durchsetzen könnte.⁷ Der Insolvenzverwalter tritt an die Stelle des verpflichteten Insolvenzschuldners; er hat jetzt statt des letzteren diejenigen Erklärungen abzugeben, die zur Erfüllung des gesicherten Anspruchs erforderlich sind.⁸ Der Insolvenzverwalter muss daher aufgrund § 106 InsO, § 888 BGB die Löschungsbewilligung erteilen.

c) Ist in der unter a) dargestellten Konstellation der Verkäufer in Insolvenz geraten, so scheidet der Vollzug des Antrags des Verkäufers auf Löschung der Sicherungshypothek des X zwar an der fehlenden Verfügungsbefugnis des Verkäufers. Wiederum zwingt aber § 106 InsO den Insolvenzverwalter, der Löschung gemäß den §§ 433 Abs. 1 Satz 2, 1183 BGB,

⁷ Kuhn/Uhlenbruck, 10. Aufl. 1986, § 24 KO Rdnr. 8.

⁸ Staudinger/Gursky, § 888 BGB Rdnr. 286; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rdnr. 20.40.

§ 27 GBO grundbuchtauglich zuzustimmen und die Löschung gemäß § 13 GBO zu beantragen.⁹

Aus der Pflicht des Insolvenzverwalters, gemäß § 106 InsO die vorgenannten Erklärungen abzugeben, folgt jeweils dessen weitere Pflicht, die dafür entstehenden Kosten aus der Insolvenzmasse zu tragen.

Eine missverständliche Begründung des BayObLG und ein missverständlicher Leitsatz des BGH, die für den jeweiligen konkreten Fall nicht entscheidungserheblich waren, dürfen kein Eigenleben entfalten, also nicht dazu führen, Lücken in den Vormerkungsschutz des Käufers gegenüber dem Insolvenzverwalter zu reißen.¹⁰

⁹ Vgl. MünchKommInsO/Ott, 2002, § 106 InsO, Rdnr. 18; Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rdnr. 288.

¹⁰ Ebenso Marotzke in HK-InsO, 2. Aufl. 2000, § 106 InsO Rdnr. 5; Staudinger/Gursky, § 883 BGB Rdnr. 286 a. E.

Neuabschluss von Verträgen bzw. Vertragsübernahmen im Grunderwerbsteuerrecht

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 22.1.2003, AZ II R 32/01* –

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald* und Notarassessor *Christian Steer*, Pappenheim

Die Entscheidung des BFH vom 22.1.2003 stellt eine Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung¹ dar, die sowohl prozessuale als auch materiell-rechtliche Konsequenzen hat.

I. Materiell-rechtliche Konsequenzen

1. Maßgeblichkeit des Zivilrechts

Bei der Auslegung des Grunderwerbsteuergesetzes wird an formelle Akte des bürgerlichen Rechtsverkehrs angeknüpft. Diese Ausgangsposition lässt auch der BFH in seinem Urteil nicht außer Acht. Im Einklang mit der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs² wird die Vertragsübernahme als ein einheitliches dreiseitiges Rechtsgeschäft interpretiert, bei welchem der gegen den ursprünglichen Verkäufer gerichtete Übereignungsanspruch in der Person des Dritten nicht originär entsteht, sondern derivativ erworben wird. Bei diesem zivilrechtlichen Verständnis der Vertragsübernahme erscheint es folgerichtig, wenn der Bundesfinanzhof auf grunderwerbsteuerlicher Ebene den derivativen Erwerb dieser Ansprüche unter § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG subsumiert.

Demgegenüber handelt es sich um einen Neuabschluss des Vertrages, wenn der ursprüngliche Grundstückskaufvertrag über den Austausch des Käufers hinaus in weiteren Punkten – etwa bezüglich des Kaufgegenstandes oder des Kaufpreises – geändert wird. In diesem Fall kann nicht von einer Abtretung

des bisherigen Rechtsverhältnisses durch den Ersterwerber an den Dritten gesprochen werden; vielmehr handelt es sich bei zivilrechtlicher Auslegung um den Neuabschluss des Grundstückskaufvertrages zwischen dem ursprünglichen Verkäufer und dem Dritten.³ Mangels derivativen Erwerbes kann auf diesen Vorgang folglich auf grunderwerbsteuerlicher Ebene gerade nicht § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG angewendet werden; vielmehr handelt es sich um einen Neuabschluss eines Vertrages i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Selbstverständlich deutet der BFH an, dass in Grenzbereichen die Beurteilung schwieriger ausfallen kann, etwa dann, wenn die vertraglichen Bestimmungen teilweise ausgetauscht werden. Der BFH stellt insoweit auf die Frage ab, ob es sich nur um unbedeutende Vertragsänderungen handelt (dann liegt grunderwerbsteuerlich eine Vertragsübernahme i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 7 GrEStG vor), oder ob es sich um wesentliche Änderungen handelt (mit der Folge, dass die Auslegung dann einen Neuabschluss i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ergibt).

2. Grunderwerbsteuerliche Konsequenzen der differenzierenden Betrachtungsweise

Die Frage, ob § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG (Neuabschluss eines Vertrages) oder § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG (Vertragsübernahme) einschlägig ist, hat zwar auf der Ebene der Steuerbarkeit des Vorganges noch keine unterschiedlichen Auswirkungen, sehr wohl aber bei der Frage der Anwendbarkeit persönlicher Befreiungsvorschriften i. S. d. § 3 GrEStG

* MittBayNot 2004, 215 (in diesem Heft).

¹ Vgl. Urteil des BFH vom 26.9.1990, II R 107/87, BFH/NV 1991, 482.

² Vgl. BGHZ 44, 229 ff.; BGHZ 96, 302 ff.; MünchKommBGB/Roth, § 398 Rdnr. 4 m. w. N.

³ Gleichzeitig dürfte die Auslegung ergeben, dass das bisherige Vertragsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Ersterwerber aufgehoben wird.

und bei der Frage der Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs i. S. d. § 16 GrEStG.

a) Anwendbarkeit personenbezogener Befreiungsvorschriften

Bei einem Neuabschluss eines Vertrages i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist stets auf das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und dem endgültigen Erwerber (Dritter) abzustellen. Unerheblich ist dagegen, ob im Verhältnis zwischen Erstkäufer und Dritten persönliche Beziehungen (z. B. Ehegattenverhältnis oder Eltern-Kind-Verhältnis) bestehen. Demgegenüber ist bei einer Vertragsübernahme nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG auf das Verhältnis zwischen Erstkäufer und dem Dritten abzustellen, da der Erstkäufer seine Ansprüche auf den Dritten überleitet. Hat somit der erste Erwerber eines Grundstücks einer Person den Beitritt zum Vertrag ermöglicht, die mit ihm in einer nach § 3 begünstigten Beziehung steht (z. B. dem Ehegatten oder Verwandten in gerader Linie), so ist für den Beitritt die Steuervergünstigung zu gewähren.

b) Auswirkungen im Bereich des § 16 GrEStG

Im Fall einer Vertragsübernahme wird das ursprüngliche Schuldverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Ersterwerber gerade nicht beseitigt, sondern auf den Dritten überleitet. Ein Fall des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG im Sinn einer einvernehmlichen Rückgängigmachung des ursprünglichen Rechtsgeschäftes kann somit nicht vorliegen. Anders verhält es sich dagegen im Fall des Neuabschlusses eines Vertrages. Kommt man nämlich zivilrechtlich zu der Auslegung, dass der Verkäufer das Grundstück nunmehr an den Dritten veräußert und hierzu mit dem Dritten einen neuen Vertrag abschließt, so wird in der Regel die Auslegung auch ergeben, dass dann der ursprüngliche Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Ersterwerber aufgehoben werden soll.

Grundvoraussetzung für die steuerlich wirksame Rückabwicklung des Erwerbsvorgangs i. S. d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist jedoch die *zivilrechtliche* und *wirtschaftliche* Rückgängigmachung des Erwerbsvorganges.⁴ Dieses Erfordernis hatte bislang beim so genannten „missglückten Erwerb vom Ehegatten“ dazu geführt, dass bei einem teilweisen Austausch der Erwerbspersonen die Begünstigung des § 16 GrEStG versagt wurde.⁵

Beispiel:

Hatte etwa ein Ehegatte zunächst als alleiniger Käufer den Kaufvertrag unterzeichnet und wurde später im Weg einer Vertragsänderung (Nachtragsurkunde) vereinbart, dass beide Ehegatten je zur ideellen Hälfte kaufen, so handelte es sich nach bisherigem Verständnis um keine vollständige Rückgängigmachung des ersten Erwerbsvorgangs i. S. d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.⁶ Dies folgte daraus, dass der Verkäufer aus seiner Übereignungspflicht, welche er im ersten Vertrag übernommen hatte, nicht vollständig entlassen wurde; er hatte vielmehr nach wie vor einen Hälfte-Miteigentumsanteil an den Erstkäufer zu übereignen. Deshalb musste die Grunderwerbsteuer zunächst für den Ersterwerb in voller Höhe festgesetzt werden; mangels tatsächlicher vollständiger Rückgängigmachung des ersten Erwerbsvorgangs wurde die Steuerfestsetzung hierfür nicht aufgehoben (auch nicht zur Hälfte). Vielmehr wurde der zweite Erwerb als zusätzliche Veräußerung durch den ursprünglichen Verkäufer an den miterwerbenden Ehegatten und gerade nicht als Veräußerung durch den Ersterwerber angesehen. Infolgedessen musste die Grunderwerbsteuer

erneut (für den halben Miteigentumsanteil des hinzutretenden Ehegatten) festgesetzt werden. Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 4 oder ein Billigkeiterlass kamen nicht in Betracht.⁷

Unseres Erachtens kann jedoch die bisherige Rechtsprechung zum so genannten „missglückten Erwerb vom Ehegatten“ auf der Grundlage der Entscheidung des BFH vom 22.1.2003 nicht länger aufrechterhalten werden. Beim teilweisen Austausch des Vertragspartners ist nämlich zu berücksichtigen, dass hier die Vertragsbedingungen in der Regel völlig unverändert bleiben, insbesondere Vertragsobjekt und Kaufpreis. Es tritt lediglich anstelle des bisherigen Einzelkäufers ein weiterer Käufer (der Ehegatte) hinzu. Auf der Basis der zivilrechtlichen Auslegung des BFH in dem vorbezeichneten Urteil dürfte es sich daher lediglich um eine Vertragsübernahme handeln, so dass das hälftige Schuldverhältnis auf den Beitretenden übertragen wird (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG); auf diesen Erwerbstatbestand muss folglich die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 4 GrEStG Anwendung finden, so dass es bei der einmaligen Erhebung der Grunderwerbsteuer bleibt. Da es sich letztlich um eine reine Auslegungsfrage handelt, sollte die notarielle Urkunde ausdrücklich als „Vertragsübernahme“ bezeichnet werden (Wortlautauslegung).

Bis zur endgültigen Klärung dieser Frage durch den BFH sollte jedoch in derartigen Konstellationen kein Nachtragsvertrag zwischen dem Verkäufer und den beiden Ehegatten abgeschlossen werden, sondern lediglich ein Vertrag, in welchem der Ersterwerber seinen hälftigen Miteigentumsanteil an seinen Ehegatten weiter überträgt bzw. den entsprechenden Übereignungsanspruch an diesen abtritt. Bei dieser Gestaltung findet auch nach der bisherigen Verwaltungsauffassung § 3 Nr. 4 GrEStG Anwendung.⁸

II. Prozessuale Beurteilung

1. Gegenstand des Klagebegehrens in der FGO

Das Urteil des BFH wirft neben grunderwerbsteuerrechtlichen auch prozessrechtliche Fragen auf. Der BFH führt im letzten Satz der Entscheidungsgründe aus, dass die angefochtene Steuerfestsetzung aufzuheben sei, „da sie als Lebenssachverhalt nicht den zwischen der KG und der Klägerin gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. 7 GrEStG verwirklichten Erwerbsvorgang erfasst, sondern einen Erwerbsvorgang nach Nr. 1 der Vorschrift zwischen den Erben und der Klägerin, der nicht stattgefunden hat“. Das hierbei verwendete Wort „Lebenssachverhalt“ gibt zu erkennen, dass die Frage nach dem Streitgegenstand für den Ausgang des Verfahrens von maßgeblicher Bedeutung ist. Zwar gibt es in der FGO in § 155 eine Verweisung in die Vorschriften der ZPO und des GVG. Es gibt jedoch wesentliche Unterschiede zwischen dem finanzgerichtlichen Verfahren und anderen Gerichtsordnungen, die einer Übernahme des Streitgegenstandsbegriffs aus diesen entgegenstehen.

Zum Streitgegenstands begriff der FGO werden im Wesentlichen zwei Positionen vertreten, die mitunter mit den Schlag-

⁴ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 15 ff. m. w. N.

⁵ Vgl. BFH/NV 1991, 482; *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 31; a. A. bereits bislang *Hübner*, DB 1994, 2044, und mit Einschränkungen OFD Nürnberg, FMS vom 10.8.1995, S 4343 – 1/26 – 51.014.

⁶ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 19; BFH, BStBl II 1977, 253; *Weilbach*, § 16 Rdnr. 5 a.

⁷ Vgl. BFH/NV 1991, 482; *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 19; BFH, BStBl II 1977, 253; *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 31.

⁸ Teilweise differenzierte die Finanzverwaltung bereits vor der Entscheidung des BFH vom 22.1.2003 zwischen Vertragsübernahme und Neuabschluss eines Vertrages und kam infolge dessen durchaus zu ähnlichen Ergebnissen wie den von uns heute vertretenen; vgl. OFD Nürnberg und OFD München, FMS vom 20.8.1995, S 4343 – 1/26 – 51.014; ebenso bereits *Hübner*, DB 1994, 2044; a. A. jedoch bislang BFH/NV 1991, 482; *Pahlke/Franz*, § 16 Rdnr. 31. Zur kostenrechtlichen Beurteilung des Vorgangs vgl. bisher BayObLG, DNotZ 1961, 542.

worten Individualisierungstheorie und Saldierungstheorie zusammengefasst werden.

Nach der Individualisierungstheorie ist Streitgegenstand nur ein „Ausschnitt aus dem Gesamtsachverhalt“. Das Gericht prüft demnach nur *einzelne Besteuerungsgrundlagen*, welche vom Kläger individualisiert werden müssen.⁹ Dieser Ansatz war vor allem in den 1960er Jahren im Schrifttum weit verbreitet, hat sich aber in der Rechtsprechung nicht durchgesetzt.¹⁰

Die Saldierungstheorie stellt hingegen auf das *Resultat der Steuerfestsetzung* ab. Ihr zufolge soll es möglich sein, die unrichtige Würdigung einer einzelnen Besteuerungsgrundlage mit einer anderen zu „saldieren“.¹¹ Zur Begründung dieser Ansicht wird einerseits auf den Untersuchungsgrundsatz des § 76 FGO verwiesen, wonach das Gericht grundsätzlich die materielle Richtigkeit der angegriffenen Steuerfestsetzung unabhängig vom Parteivorbringen und damit auch unabhängig von einzelnen rechtlichen Fragestellungen zu würdigen hat.¹² Diese Argumentation greift jedoch zu kurz, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichts, eine ganz generelle und umfassende Nachprüfung einer Steuerfestsetzung anzustrengen, an der der Kläger selbst nichts auszusetzen weiß.¹³ Den entscheidenden Hinweis liefert vielmehr § 157 Abs. 2 AO, wonach die Besteuerungsgrundlagen einen mit Rechtsbehelfen nicht selbständig anfechtbaren Teil des Steuerbescheids bilden.¹⁴ Aus diesen Gründen hat sich die Saldierungstheorie auch seit den späten 1960er Jahren zur ständigen Rechtsprechung des BFH verfestigt.¹⁵

2. Folgerungen für den vorliegenden Fall

Nach dem eben Gesagten ist die fehlerhafte Beurteilung eines einzelnen rechtlichen Aspekts allein noch kein Grund, eine Steuerfestsetzung insgesamt aufzuheben. Diese kann vielmehr auch dann bestehen bleiben, wenn sich eine Steuerschuld in gleicher Höhe aus demselben Zeitraum gegen denselben Steuerschuldner aus anderen rechtlichen Gründen ergibt.¹⁶ Ein Auswechseln der Begründung ist ohne weiteres zulässig und unabhängig davon, ob die alternative, tragfähige Begründung von einem der Beteiligten bis dahin bedacht oder in den Prozess eingebracht wurde, denn ein Bescheid verletzt den Kläger dann nicht in seinen Rechten, wenn der im Tenor geforderte Betrag materiell tatsächlich geschuldet wird.¹⁷ Dies kann freilich nicht unbegrenzt gelten. So kann ein fehlerhafter Einkommensteuerbescheid schwerlich mit der

Begründung aufrechterhalten werden, der Steuerschuldner schulde zufällig in gleicher Höhe noch nicht gezahlte Erbschaftsteuer, wenn diese tatbestandlich in keinem auch noch so losen Zusammenhang steht. Ob und wie weit das Gericht vom Untersuchungsgrundsatz und der Saldierungsbefugnis Gebrauch macht, sich mit anderen Worten auf die Suche nach alternativen Begründungen begibt, ist weitgehend seinem Gutdünken überlassen.¹⁸

Im vorliegenden Fall besteht nun aber die Besonderheit, dass der BFH die alternative und aus seiner eigenen Sicht tragfähige Begründung bereits gefunden und ausgeführt hat. Wenn diese dennoch unbeachtet bleibt und die Steuerfestsetzung aufgehoben wird, könnte darin ein Bruch mit der Saldierungstheorie und eine Hinwendung zur Individualisierungstheorie gesehen werden. Es darf jedoch bezweifelt werden, dass dies vom BFH so beabsichtigt war.

Die vom BFH unausgesprochen zugrunde gelegte Annahme eines anderen Streitgegenstandes ließe sich allerdings noch mit der folgenden Begründung in Erwägung ziehen: Im Falle des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wäre neben dem Erwerber auch der Veräußerer Steuerschuldner, in den Fällen der Nr. 5 und 7 der genannten Vorschriften hingegen ausschließlich Erstkäufer und Dritterwerber. Da im vorliegenden Fall das Finanzamt sich wie üblich ausschließlich an den „Käufer“ gehalten hat, scheint es zweifelhaft, ob die Rechtsfrage, wer theoretisch als Mitschuldner in Anspruch genommen werden könnte, hinsichtlich der festgesetzten Ansprüche *gegen den Erwerber* Einfluss auf die Grenze des Streitgegenstands hat. Eine weitere Vertiefung dieses Gedankens sowie die möglichen Auswirkungen auf Fragen der Festsetzungsverjährung würde den Rahmen dieses Beitrags verlassen.

Dem Urteil ist somit hinsichtlich der zivilrechtlichen und materiellrechtlich-grunderwerbsteuerlichen Beurteilung des Sachverhaltes zuzustimmen; es erscheint jedoch hinsichtlich der prozessualen Beurteilung des Streitgegenstandes bedenklich.

III. Zusammenfassung

Eine Vertragsübernahme liegt i. d. R. vor, wenn sich die Beteiligten im Wesentlichen auf einen Austausch der Käuferseite beschränken. Wird der Grundstücksvertrag über diesen Austausch hinaus in weiteren Punkten – etwa bezüglich Kaufgegenstand oder Kaufpreis – geändert, so handelt es sich um einen Neuabschluss des Grundstücksvertrages zwischen dem ursprünglichen Veräußerer und dem Dritten.

Bei einer Vertragsübernahme sind die persönlichen Befreiungstatbestände im Verhältnis zwischen Ersterwerber und Dritten anwendbar; bei einem Neuabschluss des Vertrages ist dagegen auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Erwerber abzustellen.

Prozessual sieht der BFH im Neuabschluss eines Vertrages und in der Vertragsübernahme zwei unterschiedliche Streitgegenstände; damit droht der Finanzverwaltung das erhebliche Risiko einer Festsetzungsverjährung, sofern eine Vertragsübernahme (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG) zunächst zu Unrecht als Neuabschluss eines Vertrages (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) ausgelegt und der Steuerbescheid anschließend wirksam angefochten wird.

⁹ Vgl. von Groll in Gräber, FGO, 5. Aufl. 2002, § 35 Rdnr. 40.

¹⁰ Vgl. die Fundstellen bei von Groll, a. a. O., und bei Stöcker in Beermann, Steuerliches Verfahrensrecht, 39. Lfg. 2002, § 65 FGO Rdnr. 62.

¹¹ Baltzer, NJW 1966, 1337, 1339; Woerner, BB 1968, 1030; vgl. von Groll, a. a. O., Rdnr. 41.

¹² Vgl. Stöcker, a. a. O., Rdnr. 62.

¹³ Stöcker, a. a. O., Rdnr. 54; Tipke in Tipke/Kruse, Kommentar zur AO und FGO, 94. Lfg. 2001, § 65 FGO Rdnr. 17. Gegen ein Heranziehen des Untersuchungsgrundsatzes zur Begründung der Saldierungstheorie auch von Groll, a. a. O., Rdnr. 43.

¹⁴ Von Groll, a. a. O., Rdnr. 44.

¹⁵ Grundlegend BFH, GrS E 91, 393, BStBl II 1968, 344, 346 ff. Zahlreiche weitere Nachweise aus der daran anknüpfenden Rspr. des BFH bei von Groll, a. a. O., Rdnr. 41.

¹⁶ Vgl. Baltzer, a. a. O., S. 1338 f.

¹⁷ Stöcker, a. a. O., Rdnr. 59.

¹⁸ So ausdrücklich Stöcker, a. a. O., Rdnr. 64.

Die Kostenrechtsprechung des BayObLG im Jahr 2003

– Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am BayObLG Dr. *Erich Denk*, München

Der Überblick umfasst in zeitlicher Abfolge die Leitsatz- und Stichwortentscheidungen des 3. Zivilsenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts zum Notarkostenrecht, aber auch zu Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Er will in knappen Sätzen über den wesentlichen Inhalt und die möglichen Auswirkungen dieser Entscheidungen informieren. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die aus dem bloßen Entscheidungswortlaut nicht ohne weiteres hervorgehen. Die angegebenen Fundstellen sollen ein rasches Auffinden im Bedarfsfalle ermöglichen.

1. Beschluss vom 8.1.2003, 3Z BR 197/02

Fundstellen: MittBayNot 2003, 239; ZNotP 2003, 279; NJW-RR 2003, 1295; FGPrax 2003, 97

Das Landwirtschaftsprivileg kann auch bei sehr kleinen Betrieben zur Anwendung kommen. Allerdings fordert die Rechtsprechung, dass der Betrieb den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder wenigstens teilweise sichern kann. Vorliegend ging es um die Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs mit rund 4,5 Hektar, der jährlich rund 12.000 DM Überschuss erbrachte und seinem Betreiber mietfreies Wohnen und Naturalentnahmen ermöglichte. Der Senat, der in dieser Sache bereits früher entschieden hatte (vgl. meinen Überblick für 2001, MittBayNot 2002, 86 Nr. 5 m. w. N.), stellte klar, dass es ausreicht, wenn das aus dem Betrieb erwirtschaftete Einkommen einen erheblichen Teil des Lebensbedarfs einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie abdeckt. Somit spielt es keine Rolle, ob und in welchem Umfang der Betreiber im konkreten Fall sonstige Einkünfte hat.

Die Entscheidung beschäftigt sich darüber hinaus mit der Nachweisfrage. Der Kostenschuldner ist verpflichtet, an der Aufklärung der tatsächlichen Umstände, die das Landwirtschaftsprivileg begründen sollen, mitzuwirken. Er trägt insoweit die Feststellungslast.

2. Beschluss vom 15.1.2003, 3Z BR 187/02

Fundstellen: MittBayNot 2003, 238; ZNotP 2003, 159; JurBüro 2003, 373; RNotZ 2003, 204

Unter die Kostenbegünstigung des § 46 Abs. 3 KostO (gleichzeitige Beurkundung mit einem Ehevertrag) fällt nicht nur der Neuabschluss, sondern auch die Aufhebung eines Erbvertrags. Der Senat schloss sich der Auffassung der Notarkasse (Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rdnr. 230) an. Ein vor Jahren geschlossener Ehe- und Erbvertrag, so der Sachverhalt, wurde in der Weise abgeändert, dass alle Verfügungen von Todes wegen aufgehoben und die güterrechtlichen Regelungen weitgehend umgestaltet wurden. Der Senat strich die neben der ²⁰/₁₀-Gebühr für die Änderung des Ehevertrags erhobene ⁵/₁₀-Gebühr für die Aufhebung des Erbvertrags.

3. Beschluss vom 5.2.2003, 3Z BR 4/03

Fundstellen: ZNotP 2003, 160; Report 2003, 168; NotBZ 2003, 274

Die Gebührenprivilegierung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO (Vorbeurkundung des zugrunde liegenden Geschäfts) kommt nicht zur Anwendung, wenn der Veräußerer nur zur Zahlung Zug-um-Zug gegen Übereignung des betreffenden Grundstücks verurteilt worden war. Der Beschwerdeführer

meinte, das der Auflassung zugrunde liegende Rechtsgeschäft sei bereits in Form des Urteils beurkundet. Der Senat stellte klar, dass der Zug-um-Zug-Zusatz weder in Rechtskraft erwachse noch einen Vollstreckungstitel bilde, so dass bereits deswegen eine Gleichbehandlung des Urteils mit einer notariellen Beurkundung des Verpflichtungsgeschäfts ausscheide.

4. Beschluss vom 27.2.2003, 3Z BR 24/03

unveröffentlicht

Der Geschäftswert für die Grundbucheintragungen bei Erwerb sämtlicher Wohnungs- und Teileigentumseinheiten eines Wohn-, Büro- und Geschäftshauses durch eine Person kann durch Addition der Kaufpreise gebildet werden. Die Privilegierung des § 60 Abs. 5 KostO greift unabhängig davon ein, dass die Einheiten von verschiedenen Eigentümern, teils auch von einem Insolvenzverwalter, veräußert werden, auf mehreren Grundbuchblättern gebucht sind und die Eintragungsanträge in mehreren Urkunden gestellt worden sind.

Die Staatskasse beanstandete, dass bei der Wertfestsetzung Gutachten außer Acht gelassen worden seien, die einigen Einheiten höhere Werte als die erzielten Kaufpreise zuwiesen. Demgegenüber war zu erkennen, dass der Einzelverkauf der Einheiten ein Jahr erfolglos versucht worden war. Es konnte daher davon ausgegangen werden, dass die Summe der Einzelkaufpreise den bestmöglich erzielbaren Betrag und somit den gegenwärtigen Gesamtverkehrswert aller Einheiten des Anwesens ausmacht.

5. Beschluss vom 7.5.2003, 3Z BR 71/03

Fundstellen: FGPrax 2003, 191; NotBZ 2003, 274

Enthält ein Prozessvergleich nach Ehescheidung eine Teilausinandersetzung, wonach ein Partner ein bisher zum Gesamtgut gehörendes Grundstück zu Alleineigentum erhalten soll, so kann er als der Auflassung zugrunde liegendes Rechtsgeschäft im Sinne der Gebührenprivilegierung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 Buchst. a KostO anzusehen sein. Da der Vergleich insoweit das schuldrechtliche Geschäft enthält, ist er der Auslegung zugänglich.

Die Entscheidung weist auf die Pflicht des Landgerichts hin, bei Notarkostenbeschwerden die dem Notar vorgesetzte Dienstbehörde, also den Präsidenten des Landgerichts, anzuhören. Daneben werden die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Beschwerde abgehandelt. Vorliegend war die Beschwerdeschrift nach dem glaubhaften Vortrag der Beschwerdeführerin auf dem Postweg verloren gegangen.

6. Beschluss vom 4.6.2003, 3Z BR 256/02

Fundstellen: BayObLGZ 2003, 143; FGPrax 2003, 192; JurBüro 2003, 651

Zuviel entrichtete und zurückzuerstattende Handelsregistergebühren waren bis 15.12.2001 (In-Kraft-Treten von § 17 Abs. 4 KostO) zu verzinsen. Mit der Festsetzung der Zinsen kann aber bis zu der Neuregelung der Handelsregistergebühren und der darauf fußenden endgültigen Berechnung des zu verzinsenden Erstattungsbetrags, längstens jedoch bis Ende 2004, gewartet werden.

Ein Unternehmen hatte von ursprünglich gezahlten 36.000 DM Handelsregistergebühren Anfang 2001 im Hinblick auf die Rechtsprechung zur EG-Gesellschaftsteuerrichtlinie vom 17.7.1969 (69/335 EWG) vorläufig 34.000 DM zurückerstattet erhalten. Die Rückerstattung stand unter dem Vorbehalt einer Endabrechnung nach endgültiger Aufwandsermittlung. Die vom Unternehmen geforderte Verzinsung des Rückerstattungsbetrags sprach das Landgericht zu. Auf weitere Beschwerde der Staatskasse, die im Wesentlichen auf die Neuregelung des § 17 Abs. 4 KostO hinwies, bestätigte der Senat die Verzinsungspflicht in Altfällen, legte aber dem Unternehmen eine vertretbare Wartezeit auf, um mehrfaches Berechnen der Zinsen und mehrfache Erstattungswege zu vermeiden.

7. Beschluss vom 23.7.2003, 3Z BR 42/03

Fundstellen: MittBayNot 2003, 500; BayObLGZ 2003, 190; ZNotP 2003, 359; FGPrax 2003, 237

Im Verfahren der Notarkostenbeschwerde muss das Landgericht der Notarkasse Gelegenheit zur Stellungnahme geben, sofern sich diese noch nicht zu der zur Überprüfung stehenden Angelegenheit hat äußern können. Ein Verstoß dagegen führt regelmäßig zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Zurückverweisung.

Der Senat leitet dies im Hinblick auf die Amtsermittlungspflicht zum einen aus dem gesetzlichen Auftrag der Notar-

kasse, zum anderen aus ihrem Know-how, das als Erkenntnisquelle dienlich ist, her. Er schließt sich im Wesentlichen dem Ergebnis der Rechtsprechung der Obergerichte im Bereich der Ländernotarkasse an.

8. Beschluss vom 3.9.2003, 3Z BR 113/03

Fundstellen: BayObLGZ 2003, 221; FGPrax 2003, 289

Die im Kaufvertrag dem Urkundsnotar erteilte Vollzugsvollmacht erlischt mit Insolvenzeröffnung des Veräußerers. Stimmt der Insolvenzverwalter zwar der durch Auflassung gesicherten Eigentumsumschreibung, nicht aber einer Lastenfreistellung zu, so fehlt dem Urkundsnotar die Vertretungsmacht zur Stellung des Löschungsantrags namens des Veräußerers. Löscht das Grundbuchamt hierauf in Kenntnis der Umstände gleichwohl das Grundpfandrecht, kann vom Insolvenzverwalter eine Gebühr hierfür nicht verlangt werden.

9. Beschluss vom 10.10.2003, 3Z BR 103/03

unveröffentlicht

Kriterien für die Höhe des Geschäftswerts bei Ernennung oder Entlassung eines Testamentsvollstreckers sind der Wert des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens, die voraussichtliche Dauer seiner Verwaltung sowie Umfang und Schwierigkeit seiner Tätigkeit. In der Regel kann ein Wert von 10 % des Reinnachlasses angenommen werden, bei Dauervollstreckung auch 20 %. Zur Ermittlung des Nachlasswertes kann im Einzelfall der tatsächlich gezahlte Pflichtteil herangezogen werden.

10. Beschluss vom 22.12.2003, 3Z BR 226/03

unveröffentlicht

Die Kostenrechnung eines Notars, die den gesetzlichen Inhaltserfordernissen nicht entspricht, kann die Verjährung nicht unterbrechen. Eine Kostenrechnung muss bereits geleistete Abschlagszahlungen ausweisen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Holzapfel/Pöllath: Unternehmenskauf in Recht und Praxis. 11., neu bearb. Aufl., RWS-Verlag, 2003. 581 S., 74 €

Nunmehr schon in 11. Auflage erschienen ist der „Holzapfel/Pöllath“ zum Unternehmenskauf. Die (9.) Voraufgabe aus dem Jahre 2000 habe ich bereits in MittBayNot 2000, 417 f. rezensiert und dort die Anschaffung des Holzapfel/Pöllath zumindest jedem Notar empfohlen, der sich mit der Materie des Unternehmenskaufs etwas vertiefter auseinander setzen möchte, zumal es sich seinerzeit um das aktuellste Werk zum Thema handelte. Inzwischen hat sich das Buchangebot zum Unternehmenskauf erheblich erweitert (vgl. nur die Übersicht in meiner Rezension zu *Rödler/Hötzel/Mueller-Thuns*, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, in MittBayNot 2003, 377), ganz aktuell z. B. auch um *Hettler/Stratz/Hörtnagel*, Unternehmenskauf, 1. Aufl. 2004 (Rezension in Kürze), so dass sich der „Klassiker“ Holzapfel/Pöllath mittlerweile einer großen Konkurrenz erwehren muss.

Das Besprechungswerk ist nunmehr auf den Stand von Anfang 2003 gebracht. Der Aufbau blieb im Wesentlichen unverändert. Aktualisiert wurden insbesondere die Erläuterungen zur Übernahme von Unternehmen im Anwendungsbereich des WpÜG, zum Übergang von Arbeitsverhältnissen gem. § 613 a BGB (betreffend die Informationspflichten gegenüber den Arbeitnehmern) und zum Gewährleistungsrecht. Bei letzterem wird die Problematik der Beschränkbarkeit von Garantien ausführlich diskutiert und eine Lösung auf der Basis einer vom Gesetz losgelösten Gewährleistungsregelung unter Vermeidung des Begriffs „Garantie“ vorgeschlagen, die durchaus empfehlenswert erscheint (bis die von der Union mittlerweile

vorgeschlagene Gesetzesänderung zu § 444 BGB umgesetzt ist). Die – umfangreichen – steuerlichen Erläuterungen sind mittlerweile teilweise schon überholt; das Besprechungswerk befindet sich auf dem Stand des Entwurfs zum StVergAbG, das bekanntlich nur in wenigen Teilbereichen Gesetzeskraft erlangt hat (vgl. hierzu *Koch*, MittBayNot 2003, 345). Nicht berücksichtigt sind demgemäß auch die Ende 2003 beschlossenen Steuergesetzänderungen (vgl. hierzu z. B. *Melchior*, DStR 2004, 65). Man wird sich freilich namentlich im Steuerbereich angesichts der hektischen Gesetzgebung wohl damit abfinden müssen, dass es Bücher, die die aktuelle Rechtslage wiedergeben, eigentlich gar nicht mehr geben kann.

Empfiehlt sich für den Notar die Anschaffung des Holzapfel/Pöllath? Unverändert kann bescheinigt werden, dass es sich hierbei um eine ausführliche und kompetente Darstellung des Unternehmenskaufs von Praktikern für Praktiker mit vielen wichtigen und praxisnahen Hinweisen, auch aus wirtschaftlicher und (verhandlungs-)psychologischer Sicht handelt. Formulierungsvorschläge sind nur vereinzelt enthalten; (erläuterte) Unternehmenskaufmuster von *Pöllath* finden sich allerdings im Steuerlichen Vertrags- und Formularbuch, zu dem der Holzapfel/Pöllath insofern eine ausgezeichnete Ergänzung darstellt. Gemessen am Umfang des Besprechungswerks ist das Preis-Leistungs-Verhältnis im Vergleich zur Konkurrenz freilich nur mittelmäßig. Wer nicht nur die kautelarjuristischen, sondern auch die übrigen Bereiche des Unternehmenskaufs näher kennen lernen bzw. vertiefen will, dem kann sehr wohl die Anschaffung des Holzapfel/Pöllath empfohlen werden. Wird eine rein kautelarjuristische Hilfestellung gesucht, sollten jedoch auch die Konkurrenzwerke in Betracht gezogen werden.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

Waldner: Vorweggenommene Erbfolge für die anwaltliche und notarielle Praxis. E. Schmidt, 2004. 159 S., 24,80 €

„Eheverträge, Scheidungs- und Partnerschaftsvereinbarungen“ hat *Waldner* schon für die notarielle und anwaltliche Praxis untersucht (Besprechung von *Stein*, MittBayNot 2002, 110); nun geht es um die vorweggenommene Erbfolge. Der Titel verspricht freilich etwas zu viel, beschränkt sich doch die Untersuchung auf die Übertragung von Privatvermögen (was man erst in Rdnr. 4 erfährt). Bei 131 Textseiten kann man billigerweise jedoch nicht mehr erwarten. Diesen engen Raum nützt *Waldner* optimal. Alle typischen Probleme einer Überlassung werden behandelt: Gegenleistungen des Erwerbers (u. a. Wohnungsrecht, Nießbrauch, Geldzahlungen, Wart und Pflege), Vereinbarungen mit Dritten (etwa Pflichtteilsverzicht), Rückforderungsrechte und schließlich das Steuerrecht; dass hier wegen BFH, GrS 1/00 und 2/00, sowie der Gesetzesänderungen zum Jahreswechsel 2003/2004 manches schon wieder überholt ist, kann man dem Autor nicht anlasten. Ein solcher Parforceritt gelingt natürlich nur, wenn man über die

juristische Präzision und sprachliche Klarheit eines *Waldner* verfügt (wenn auch, was den Sprachschliff angeht, die rasche Folge seiner Veröffentlichungen inzwischen hier und da Tribut zu fordern scheint).

Dass mit der Kürze auch eine gewisse Apodiktik einhergeht, sieht der Leser ein oder begrüßt es sogar, solange nicht Kurzsichtigkeit droht. In diese Gefahr begibt sich *Waldner* mit seiner Vermutung, der Notar denke bei gewissen Vertragsklauseln zu oft an die Sporteln – ein Thema, das er, mit Variationen, seit seiner „Kostenordnung für Anfänger“ verfolgt. Ich sehe aber nicht, dass es den Notaren in einem höheren Maße ums Geld gehe, als es für auf eigene Rechnung wirtschaftende Selbständige angemessen und vernünftig ist, und auch der Erfahrung, dass es trotz § 140 KostO „billige“ und „teure“ Notare gibt, lässt sich besser begegnen als dadurch, sie möglichst oft in Buchform unters Volk zu bringen. Die Argumente, die *Waldner* anführt, überzeugen mich jedenfalls nicht. Wenn man den Notar schon als Gebührenschneider vorführen will, dann nicht anhand von Wertsicherungsklauseln (Rdnr. 56): Noch in den 1990ern hatten wir Preissteigerungsraten von über 5 %; dass die Inflation seit gerade mal zwölf

Jahren einigermaßen Ruhe gibt, berechtigt nicht zur Annahme, das werde auf alle Zeit so bleiben, zumal der Notar nicht rückschauende, sondern vorsorgende Rechtspflege zu betreiben hat. Oder das Rückforderungsrecht: Wer für dessen Ausübung die notarielle Form vorsieht, dem würde ich die ausschließliche Verfolgung eines Gebühreninteresses (Rdnr. 115) erst dann vorhalten, wenn Beweis- und Belehrungsinteressen der Beteiligten von vornherein ausscheiden. Das vermag *Waldner* aber nicht darzulegen: Das Beweisinteresse (Zeitpunkt!) lässt er überhaupt unerörtert, das Belehrungsinteresse verwirft er mit der – jedenfalls nach meiner, freilich kurzen, Berufserfahrung – trügerischen Hoffnung, der Beteiligte werde im Bedarfsfall „von sich aus fachkundigen Rat einholen“. Und schließlich das Wohnungsrecht (Rdnr. 181): Es spricht in der Tat vieles dagegen, Wertangaben in die Urkunde aufzunehmen. Die allgemeine Aussage, der Notar könne „solche Angaben nicht verlangen“, ließe sich allerdings leicht als Ein-

ladung zur „Aussageverweigerung“ in Bewertungsfragen missverstehen, welche mit dem anschließenden Hinweis auf die Urkundsgewährungspflicht seltsam kontrastieren würde.

Abgesehen von diesen Schaulplätzen eines persönlichen Feldzuges ist das Werk jedoch sehr zu empfehlen. Es ist die perfekte Mischung aus Lehr- und Praxisbuch, da nicht nur nützliche Formulierungsbeispiele, sondern stets auch die wirtschaftlichen (und emotionalen) Motive der Beteiligten gezeigt werden – das liest man in dieser Prägnanz sonst nirgendwo (was allerdings auch für die Offenheit gilt, mit der in Rdnr. 137 zu einer steuergünstigen Adoption geraten wird). So ist denn auch dieses Buch ein echter *Waldner* und gehört schon deshalb in die Hände (nicht ins Regal, da nützen Bücher nichts) eines jeden Notars mit Appetit auf juristischen und sprachlichen Scharfsinn.

Notarassessor Dr. *Markus Krebs*, München

Köhler/Bassenge (Hrsg.): Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht. O. Schmidt, 2004. 1623 S. + CD-ROM, 139 €

Das „Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht“ richtet sich, wie der Name schon vermuten lässt, vornehmlich an Rechtsanwälte und betrachtet folgerichtig Rechtsfragen des Wohnungseigentumsrechts überwiegend aus der Perspektive des die Interessen seines jeweiligen Mandanten verfolgenden Parteivertreters. Dennoch widmet sich das Buch auch der ausgewogenen Gestaltung der Rechtsverhältnisse innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft, was der notariellen Tätigkeit schon eher entspricht. Auch die Teile, die sich mit der Änderung im Verhältnis der Wohnungseigentümer (Teil 4), den Sondernutzungsrechten (Teil 12), der Entziehung des Wohnungseigentums (Teil 13) sowie mit Gewährleistungsfragen (Teil 15) und der Veräußerung von Wohnungseigentum (Teil 20) beschäftigen, berühren Fragen notarieller Vertragsgestaltung und Amtstätigkeit.

Im Folgenden sollen daher vorwiegend diese Abschnitte des Handbuchs beleuchtet werden. Die anwaltsspezifischen Hilfestellungen sollen zwar nicht erörtert werden, dennoch seien zwei kritische Anmerkungen gestattet: In den von *Drasdo* insgesamt vorzüglich aufbereiteten Teilen 1 und 2 des Buchs zur Mandatsübernahme und zu den Rechtsanwaltsgebühren verweise ich bei den Fällen möglicher Interessenkollisionen einen Hinweis auf § 45 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 3 BRAO, wenn etwa der Rechtsanwalt selbst oder sein Sozius die Teilungserklärung als Notar beurkundet haben. Angesichts des sehr wahrscheinlichen In-Kraft-Tretens eines Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes zur Jahresmitte hätte man sich auch Verweisungen auf die bereits vorliegenden Entwürfe des RVG erhofft.

Sehr gut gelungen sind die Ausführungen von *Drabek* (Teil 9 X.) und *Hogenschurz* (Teil 11 I.) jeweils zu den baulichen Veränderungen am Gemeinschafts- und Sondereigentum. Insbesondere die Bearbeitung durch letzteren besticht durch eine klare und nachvollziehbare systematische Darstellung, die durch ein umfangreiches Stichwort-ABC ergänzt wird. Bemerkenswert ist vor allem, dass *Hogenschurz* als Richter am Landgericht Köln anstelle eines gerichtlichen Verfahrens zur außergerichtlichen Streitschlichtung rät, da auch „die gerichtlichen

Wertungen im Einzelfall [...] nicht frei vom Vorverständnis einer ‚richtigen‘ Entscheidung“ seien (Teil 11 Rdnr. 158).

Häublein, ausgewiesen als Fachmann für das Phänomen „Sondernutzungsrechte“, gelingt in Teil 12 eine enzyklopädische Zusammenfassung zu deren Entstehen, Änderung und Erlöschen. Es handelt sich hierbei um eine gelungene komprimierte Bearbeitung seiner Dissertationsschrift, die den Meinungsstand getreulich, aber mit kritischem Blick wiedergibt.

Die Entziehung des Wohnungseigentums (Teil 13) wird von *Kreuzer* mit derselben Ausführlichkeit und Präzision wie in seiner Kommentierung des *Staudinger* (12. Aufl. 1997) bearbeitet. Zweifel sind nur an den Bemerkungen zum zivilprozessualen Entziehungsverfahren angebracht: Ein unbegrenztes „Nachschieben von Gründen“ bis zum Ende der mündlichen Verhandlung (Teil 13 Rdnr. 46) übersieht m. E. die bestehenden Präklusionsvorschriften (§ 296 ZPO), und für das Nichtverschulden der Pflichtverletzung gem. § 18 Abs. 1 WEG trägt aus meiner Sicht nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB der störende Wohnungseigentümer und nicht der Kläger (so aber Teil 13 Rdnr. 46) die Beweislast. Ob im Rahmen des „freiwilligen“ Versteigerungsverfahrens durch den Notar wirklich eine Normverwerfungskompetenz bezüglich § 57 Abs. 3 WEG besteht, ist bereits andernorts bezweifelt worden (*AnwK-BGB/Heinemann*, 2004, § 57 WEG Rdnr. 3) und wird auch von *Kreuzer* nur mit äußerster Vorsicht bejaht (Teil 13 Rdnr. 62, 64).

In einem ausführlichen Abschnitt (Teil 15) behandelt *Fritsch* die Gewährleistungsprobleme, die beim Erwerb und der erstmaligen Herstellung von Wohnungseigentum auftreten können. Zu Recht verortet *Fritsch* im Bauträgervertrag die wichtigsten Anspruchsgrundlagen. Leider gerät die Darstellung deshalb ein wenig unübersichtlich, weil zunächst die alte Rechtslage vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschildert und der neue Rechtszustand fast zusammenhangslos am Ende erörtert wird (Teil 15 Rdnr. 295 ff.). Die aus notarieller Sicht interessanten Fragen werden leider gar nicht oder nur sehr kurz, aber dafür eindeutig behandelt: Keinen Aufschluss erhält man über die Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen im Bauträgervertrag und dazu, ob für bereits errichtete Gebäude Werk- oder Kaufvertragsrecht gilt (vgl. Teil 15 Rdnr. 50). Allen Versuchen, den sog. „Nachzüg-

ler“ in eine bereits erfolgte Abnahme „eintreten“ zu lassen (Teil 15 Rdnr. 143) oder dessen Gewährleistungsfristen „anzupassen“ (Teil 15 Rdnr. 146), erteilt *Fritsch* aus meiner Sicht zutreffend eine Absage.

Die Probleme, die bei vermietetem Wohnungseigentum auftreten können, werden von *Drasdo* kenntnisreich dargestellt. Angesichts der nunmehr eindeutigen Rechtslage, in welcher Form das Mietervorkaufsrecht auszuüben ist (nämlich schriftlich, vgl. § 577 Abs. 3 BGB), erscheinen die Ausführungen bei Teil 16 Rdnr. 213 überflüssig. Wünschenswerter wäre gewesen, wenn die vielfältigen Probleme, die nicht nur die notarielle Praxis mit dem Mietervorkaufsrecht hat, ausführlicher behandelt worden wären.

Brillant ist die Darstellung des gerichtlichen Verfahrens in Wohnungseigentumssachen durch *Bassenge*, der durch seine Kommentierung des WEG im *Palandt* und seinen Kommentar zum FGG (*Bassenge/Herbst/Roth*, 9. Aufl. 2002) für diese Aufgabe prädestiniert war. Bleibt nur zu wünschen, dass kleine Flüchtigkeits- bzw. Druckfehler wie der Verweis auf § 15 c EGZPO statt auf § 15 a EGZPO in Teil 17 Rdnr. 38 in der nächsten Auflage getilgt werden.

Das Wohnungseigentum in der Krise behandeln im 19. Teil *Wolicki* und *Klose*. Von gewinnbringendem Nutzen sind die von *Klose* abgehandelten Themen der Insolvenz und des Todes eines Wohnungseigentümers sowie der Insolvenz des Bauträgers. Der sog. „stecken gebliebene Bau“ wird zwar recht ausführlich aus der Warte des Insolvenzverwalters geschildert, insbesondere die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung beim Verkauf richtigerweise verneint (Teil 19 Rdnr. 526). Vermissen habe ich aber eine Darstellung aus der Sicht der Grundpfandrechtsgläubiger, insbesondere nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Satz 2 MaBV. Teilweise missverständlich, wenn nicht gar falsch ist das Schaubild bei Teil 19 Rdnr. 551 für den Todesfall eines Wohnungseigentümers. Das

öffentliche Testament wird nicht „vom Notar errichtet“, sondern durch den Erblasser „zur Niederschrift eines Notars“ (§ 2331 Nr. 1 BGB). Das öffentliche Testament kann gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO den Erbschein dann ersetzen, wenn zusätzlich die Eröffnungsniederschrift vorgelegt wird; eine Verwahrung „im selben Amtsgerichtsbezirk“ ist nicht erforderlich.

Teil 20 behandelt keineswegs und entgegen seiner Titelüberschrift sämtliche Fragen der Veräußerung von Wohnungseigentum, sondern ausschließlich Fragen der Veräußerungsbeschränkung gem. § 12 WEG. *Fritsch* gestaltet seinen Beitrag durch zahlreiche Rechtsprechungsübersichten sehr anschaulich. Aus notarieller Sicht hätte interessiert, ob und inwieweit der Verwalter seine Zustimmungspflicht auf Dritte, insbesondere Notariatsangestellte, delegieren kann (zu Recht kritisch zu dieser Vorgehensweise DNotI-Report 1995, 148), nur in Teil 14 Rdnr. 8 wird diese Problematik ganz allgemein thematisiert. Die Zuständigkeit des Prozessgerichts bei Zustimmungsverweigerung durch einen außenstehenden Dritten ist entgegen der Darstellung in Teil 20 Rdnr. 76 durchaus nicht unumstritten (vgl. *Niedenführ/Schulze*, 6. Aufl. 2002, § 12 Rdnr. 11; *Sauren*, 4. Aufl. 2002, § 12 Rdnr. 18; *ders.*, Rpfleger 1988, 19).

Es kann abschließend festgehalten werden, dass das „Anwalts-handbuch Wohnungseigentumsrecht“ einen zu begrüßenden Schritt auf dem Weg zu einer systematischen Darstellung dieses Rechtsgebiets bedeutet. Dem hauptberuflichen Notar kann das Werk aber wohl nur zur Vertiefung und zur Einarbeitung in Spezialfragen *nach* der Begründung von Wohnungseigentum dienen. Mit Ausnahme der Bearbeitungen über Sondernutzungsrechte und das Entziehungsverfahren taugt eine Anschaffung wohl nur für Rechtsanwälte und Anwaltsnotare.

Notarassessor Dr. *Jörn Heinemann*, wiss. Ass., Erlangen

Schröder/Bergschneider (Hrsg.): Familienvermögensrecht. Giesecking, 2003. 1 299 S., 118 €

Das Buch hat bereits an anderer Stelle aus der Perspektive forensischer Praktiker umfangreiches Lob erfahren (*Büttner*, FamRZ 2003, 1911; *Menne*, Rpfleger 2004, 67). Eine weitere Rezension macht deshalb nur Sinn, wenn sie entweder vehement kritisiert oder das Werk aus einem anderen Blickwinkel betrachtet. Um es vorweg zu nehmen: Die Qualität des Buches macht einen Verriss unmöglich. Daseinsberechtigung kann die Besprechung somit nur durch den Wechsel des Rezensenten in die Perspektive des Kautelarjuristen erlangen. Hier ist entscheidend, ob das Buch auch bei der Vertragsgestaltung hilft oder ob sich sein praktischer Nutzen auf die Entscheidung abgeschlossener und streitiger Lebenssachverhalte beschränkt.

Scheidungsfolgenvereinbarungen bilden einen ersten wichtigen Berührungspunkt der notariellen Praxis mit dem Titelgebenden Begriff „Familienvermögensrecht“. Damit die Vertragsteile ihre individuellen Regelungsziele ermitteln und durch Verhandeln Konsens herstellen können, müssen sie zunächst darüber informiert werden, welche Rechtsfolgen ohne eine vertragliche Regelung gelten würden. Das Buch kann künftig zur Standardlektüre gezählt werden, mit deren

Hilfe sich der Notar auf – auch komplexe – Beratungssituationen vorbereiten sollte. Schon die 271 Seiten umfassende Darstellung *Bergschneiders* zum Güterrecht, insbesondere zum Zugewinnausgleich, kann hier nur wärmstens empfohlen werden.

Häufig bringt nur gezieltes Nachfragen im Beratungsgespräch Vermögensverflechtungen der Scheidungskandidaten ans Licht. Die Ausführungen von *Wever* hierzu sind erschöpfend, nicht jedoch ihre Lektüre: Komplexe Probleme werden leicht verständlich und dennoch mit hoher Detailschärfe behandelt. Exemplarisch seien nur die Fragen im Zusammenhang mit der Weiternutzung einer im Miteigentum stehenden Ehwohnung angeführt, insbesondere Höhe des Nutzungsentgelts, Lastentragung sowie ihre Auswirkungen bei der Unterhaltsberechnung. Aber auch die Erörterungen zur Ehegatteninnengesellschaft sind sehr lesenswert, einschließlich der Warnung vor einer allzu großzügigen Ausweitung ihres Anwendungsbereichs. Von immenser praktischer Bedeutung ist die Behandlung gemeinsamer Schulden bei Scheidung der Ehe. *Wevers* Ausführungen zum Gesamtschuldnerausgleich enden mit Hinweisen für Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, was ihren Nutzen für den Kautelarjuristen nochmals erhöht. Auch das Schicksal von Zuwendungen an einen Ehegatten während der Ehe durch Partner oder Schwiegereltern wird hervorragend

aufgearbeitet, einschließlich der – von der Art der Zuwendung abhängigen – Rückabwicklungsmöglichkeiten. Die Behandlung von Bankguthaben und einseitiger, vom anderen Ehegatten missbilligter Kontenverfügungen enthält gleichfalls nützliche Hinweise für die vertragliche Konfliktbewältigung.

Aber auch andere Teilbereiche des Buches sind eine wertvolle Arbeitshilfe für die notarielle Praxis. Die Darstellung *Burgers* übt sich in Understatement, wenn sie auf immerhin 46 Seiten die „Grundlagen“ zum Vermögensrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wiedergibt, darin allerdings nicht nur die bisherige Rechtsprechung zu gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsmöglichkeiten detailgetreu abbildet, sondern noch eine umfassende Vertiefung von Einzelfragen folgen lässt. Gerne liest man die Empfehlung in Rdnr. 7.38, den Notar auch in Fällen einzuschalten, in denen eine Beurkundung nicht zwingend vorgeschrieben ist, um Beweissicherung und unparteiische Beratung sicherzustellen. Sodann folgt allerdings die Aussage: „Letzteres kann in geeigneten Fällen auch durch Rechtsanwalt oder Steuerberater geleistet werden.“ Deren Richtigkeit darf mit Blick auf die in § 43 a Abs. 4 BRAO verankerte Pflicht des Anwalts zur einseitigen Interessenwahrnehmung getrost angezweifelt werden.

Davon abgesehen, lässt sich die Liste von Inhalten, die auch für die notarielle Praxis hilfreich sind, fast beliebig verlängern. *Weisbrodt* hat seine Darstellung zu Vermögensverwaltung und -übertragung bei Kindern mit zahlreichen Übersichten und Checklisten versehen. Besonders wertvoll: Übersichten zu Genehmigungserfordernissen für Bank- und Grundstücksgeschäfte des Minderjährigen! *Engels* Überblick über Steuern im Zusammenhang mit Familienvermögen, die Darstellung von *Hintzen* zur Teilungsversteigerung sowie von *Mörsdorf-Schulte* zu Fällen mit Auslandsbezug: Die Berührungspunkte zur notariellen Tätigkeit sind vielfältig.

Auch aus dem Blickwinkel des Notars stellt das Buch somit einen „großen Wurf“ dar! Es ist dem Vertragsjuristen zur Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen, für Notarassessoren in jedem Fall „Pflichtlektüre“. Lediglich die verwendete Kombination von Papierformat und Schriftbild ist im Zeitalter großformatiger Handbücher, insbesondere aus dem Hause C. H. Beck, etwas gewöhnungsbedürftig. Denn nicht selten nehmen die zahlreichen Fußnoten fast die Hälfte der Seite ein. Ein so großartiges Buch hätte ein größeres Format verdient!

Notar Dr. *Thomas Kornxl*, Nürnberg

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2 (Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft). 2. Aufl., Beck, 2004. 2 020 S., 145 €

Beim Besprechungswerk handelt es sich um den 2. Band des insgesamt vierbändigen Münchener Handbuchs des Gesellschaftsrechts, welches nach seiner Zielrichtung vor allem auch dem Kautelarjuristen bei der Ausgestaltung von Gesellschaftsverträgen behilflich sein soll. Das Münchener Handbuch bietet die wohl umfassendste geschlossene Darstellung des Gesellschaftsrechts, so dass die Anschaffung des gesamten Werks für den am Gesellschaftsrecht interessierten Notar nahezu ein „Muss“ ist.

Der vorliegende 2. Band behandelt auf rund 2 000 Seiten die Kommanditgesellschaft (einschließlich GmbH & Co. KG und Publikums-KG) und die Stille Gesellschaft, und zwar sowohl in zivil-/gesellschaftsrechtlicher als auch in steuerrechtlicher Hinsicht. Das Buch befindet sich auf dem Rechtsstand Ende 2003; die zum Jahreswechsel verabschiedeten Steueränderungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden. Entsprechend seiner Zielrichtung enthält das Buch keine Vertragsmuster, jedoch zahlreiche wichtige Gestaltungshinweise. Die Darstellung ist klar und prägnant, Streitfragen sind kompetent und (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung) mit praxistauglichen Lösungsvorschlägen abgehandelt.

Bei den Erläuterungen zur KG weist das Besprechungswerk zu Recht darauf hin, dass sich die Bedeutung der Eintragung des Nachfolgevermerks in das Handelsregister bei einem Kommanditistenwechsel durch das NaStraG zwar vermindert hat, sie aber nicht ganz entfallen ist (§ 35 Rdnr. 39; vgl. hierzu auch DNotI-Report 2002, 113, 115). Nicht jedem dürfte auch das trotzdem für den Altkommanditisten bestehende Haftungsrisiko bei einer späteren Einlagenrückzahlung an den Erwerber bekannt sein (§ 35 Rdnr. 43); empfohlen wird hier zumindest eine schuldrechtliche Freistellungsvereinbarung

im Anteilsübertragungsvertrag. An einigen Stellen hätte man sich – trotz des bereits bestehenden Umfangs – noch etwas tiefer gehende Ausführungen gewünscht. Bei § 27 irritiert, dass hier lediglich der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil behandelt wird, obwohl dieses Kapitel mit „Belastung von Gesellschaftsanteilen“ überschrieben ist; die Verpfändung wird beispielsweise nur kurz in § 12 angesprochen. Relativ knapp sind die zivil- bzw. gesellschaftsrechtlichen Besonderheiten der GmbH & Co. KG abgehandelt (nur ca. 100 Seiten). Die Problematik der Anmeldung der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot bei der GmbH & Co. KG ist dementsprechend zwar inhaltlich zutreffend, aber doch nur sehr kurz angesprochen (§ 52 Rdnr. 12). Ähnliches gilt für die Ausgestaltung der GmbH & Co. KG als sog. Einheitsgesellschaft.

Sehr lesenswert – auch für den Notar! – sind jedoch die steuerlichen Ausführungen zur GmbH & Co. KG, und zwar vor allem § 59 betreffend die Nachfolge bei der GmbH & Co. KG, wobei hier auch der Familienpool kompetent und ausführlich behandelt wird. Erfreulich ist, dass die Kommanditgesellschaft, obgleich eigentlich nur eine Abwandlung der OHG, im Besprechungswerk umfassend abgehandelt ist und praktisch alle damit zusammenhängende Fragen auch ohne Hinzuziehung des 1. Bandes, der u. a. die OHG und die GbR behandelt, nachgeschlagen werden können.

Die Stille Gesellschaft (einschließlich der GmbH & Still) ist ebenfalls kompetent und ausführlich (auf knapp 300 Seiten) erläutert. Im Hinblick darauf, dass die Stille Gesellschaft vielfach zur steuerlichen Optimierung eingesetzt wird, erscheint die steuerliche Behandlung (vgl. vor allem § 90, rund 20 Seiten) jedoch zu kurz geraten, insbesondere was die steuerlichen Einsatzmöglichkeiten betrifft. Besonders hier fällt zudem die Verwendung relativ vieler alter Fundstellen auf. Auch sonst ist bei der Stillen Gesellschaft die Aktualisierung noch nicht überall perfekt; so finden sich vereinzelt überholte Paragraphenangaben (z. B. § 80 Rdnr. 24 und § 91 Rdnr. 21: § 142 HGB). Bei der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts

im Rahmen der Stillen Gesellschaft wird zur Schuldrechtsreform lediglich angemerkt, dass „bislang noch nicht abzusehen [war], ob die Fortentwicklung des Schuldrechts zu einer Neu- beurteilung in Einzelfragen führt“ – hier hätte man sich vom Münchener Handbuch etwas mehr Federführung erwartet. In § 76 Rdnr. 54 ist ausschließlich von „vormundschaftsgerichtlicher“ (nicht auch von „familiengerichtlicher“) Genehmigung die Rede.

Die vereinzelten Kritikpunkte vermögen freilich nichts daran zu ändern: Wer bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen einer KG und/oder Stillen Gesellschaft ein kompetenter Berater sein möchte, wird um die Anschaffung des Münchener Handbuchs und insbesondere auch dessen 2. Bandes kaum umhinkommen.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

**Melchior/Schulte: Handelsregisterverordnung.
O. Schmidt, 2003. 294 S., 49,80 €**

Sicher erfordert eine vollständige Durchdringung eines Rechtsgebietes die Heranziehung einer systematischen Kommentierung der einschlägigen Rechtsvorschriften. Allenfalls rechts- historische Bedeutung hatte insoweit für das Registerrecht die letzte, Anfang der 1980er Jahre vorgelegte Kommentierung der heute unter der Bezeichnung „Handelsregisterverordnung“ bekannten HRV. „Spektakulär“ (Vorwort Seite V) ist daher – auch nach Einschätzung des Rezensenten – nicht nur die behandelte Materie, sondern vor allem die Schließung dieser unerfreulichen Literaturlücke durch die neben dem Abdruck des Verordnungstextes etwa 200 Seiten umfassenden Erläuterungen von *Melchior* und *Schulte*.

Charakteristisch für das vorzustellende Buch ist die große Praxisnähe der Ausführungen, zumal die Autoren als Berliner Registerrichter ihre vielfältigen Erfahrungen einbringen konnten. Hilfreich ist für die gerichtliche Handhabung nicht zuletzt die detaillierte Aufarbeitung der §§ 47 ff. HRV bezüglich der maschinellen Registerführung („EDV-Register“). Außerordentliche Aktualität beweisen die Verfasser im Übrigen mit dem Abdruck des Referentenentwurfs einer Neufassung des § 25 Abs. 1 HRV durch das „Handelsregistergebührenneueordnungsgesetz – HRegGebNeuOG“ (vgl. nunmehr den Regierungsentwurf, BT-Drucks. 15/2251 vom 17.12.2003), wonach – verkürzend berichtet – die gerichtliche Bearbeitungsdauer von Registeranmeldungen maximal einen Monat betragen darf. Kleinigkeiten zeigen an vielen weiteren Stellen, dass die Autoren sich zum Ziel gesetzt haben, die Zukunft des Registerverfahrens in äußerst konstruktiver Weise prägen

zu wollen: Registerübergreifende Umwandlungen sollen einheitlich durch den ggf. beteiligten Richter bearbeitet werden (§ 4 Rdnr. 4); die Rückgabe von Urkunden bei gerichtlichen Beanstandungen zur Ergänzung durch die Beteiligten erfordert keinen Rückbehalt einer beglaubigten Abschrift, sondern lediglich die Anbringung eines Kontrollvermerks nach § 5 Abs. 2 AktO (§ 8 Rdnr. 8); nichtssagende Zusätze ausführlich formulierter Unternehmensgegenstände, die nur das ohnehin kraft Gesetzes bestehende rechtliche Können des Rechtsträgers beschreiben, sind nicht in das Register aufzunehmen (§ 27 Rdnr. 6 ff.). Aussagekräftige Erläuterungen bietet das Werk zudem hinsichtlich der zentralen Eintragungsvorschriften der §§ 40, 43 HRV (Papierregister) und §§ 60, 61 HRV (EDV-Register).

Formal besehen bietet sich eine Anschaffung des Buchs naturgemäß vor allem für die registerführenden Gerichte an. Konkrete Antworten auf registerrechtliche Rechtsfragen werden jedoch ebenso die weiteren am Registerverfahren Beteiligten als Gewinn empfinden. Auch wenn die Entwicklung des deutschen Registerrechts in Anbetracht verschiedener Judikate des EuGH zur Niederlassungsfreiheit ungewiss ist, zunehmend die Prozeduralisierung des Rechts auch in die Bereiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit vordringt (vgl. den Entwurf eines Registerführungsgesetzes – RFügG, BT-Drucks. 15/1890 vom 6.11.2003) und letztlich aufgrund der Neufassung der europäischen „Publizitätsrichtlinie“ (Richtlinie 2003/58/EG vom 15.7.2003, ABl. Nr. L 221/13 vom 4.9.2003) eine umfassende Novellierung der HRV bevorsteht, bleibt daher dem Werk von *Melchior* und *Schulte* eine weite Verbreitung zu wünschen.

Notarassessor *Alexander Kraflka*, Gauting/Rehau

**Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungs-
gesetz und Nebengesetzen, Band 22: Erbrecht 2
(§§ 2064–2273; §§ 1–35 BeurkG). 13., völlig überarb.
u. erw. Aufl., Kohlhammer, 2003. 770 S., 148 €**

Die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten in der Regel eine Kommentierung des Beurkundungsgesetzes, häufig mit besonderer Ausrichtung auf die Beurkundung letztwilliger Verfügungen. In der 13. Auflage des Soergel hat nunmehr der Kollege *Jörg Mayer* aus Pottenstein diesen vormal von *Harder* bearbeiteten Abschnitt übernommen. Neu zu kommentieren waren dabei insbesondere die geänderten Bestimmungen zu den Mitwirkungsverboten, § 3 BeurkG, die

Ergänzung des § 17 Abs. 2 a BeurkG sowie die geänderten Vorschriften zur Beurkundung mit behinderten Personen, §§ 22 ff. BeurkG. Aber auch darüber hinaus hat sich *Mayer* nicht mit mehr oder minder kosmetischen Ergänzungen und Bearbeitungen begnügt, sondern den gesamten Text vollständig neu bearbeitet. Und um es gleich vorwegzunehmen: Diese Aufgabe ist ihm ganz hervorragend geglückt. Auf rund 100 Seiten erhält der Leser eine hoch aktuelle und sehr gut lesbare Kommentierung der für die Praxis wichtigsten Vorschriften der §§ 1–35 BeurkG. Alle wesentlichen Probleme findet man übersichtlich und in einer klaren prägnanten Sprache behandelt. Neuere Schrifttum und Rechtsprechung sind umfassend und zuverlässig nachgewiesen. Rein äußerlich ge-

fällt dabei die drucktechnische Hervorhebung von Schlüsselbegriffen. Dies erleichtert dem Leser das schnelle Auffinden eines bestimmten Problems.

Einige wenige kritische Punkte seien im Folgenden herausgegriffen.

Überzeugend erscheint die Auffassung *Mayers*, dass der Notar in Fällen erkennbarer Anfechtbarkeit eines Geschäfts wegen §§ 129 ff. InsO, § 3 AnfG die Beurkundung ablehnen muss (§ 4 Rdnr. 7 gegen z. B. *Winkler*, BeurkG, § 4 Rdnr. 10). Selbstverständlich kann hier nicht schon jede denkbare Anfechtungsmöglichkeit genügen und muss der Sachverhalt dem Notar auch tatsächlich bekannt sein. Steht aber die Anfechtbarkeit praktisch fest, dann darf er zu einem derartigen Geschäft seine Hand nicht reichen, zumal er sonst sehr schnell in den Bereich strafbarer Handlungen (Beihilfe zu §§ 283 ff. StGB) geraten kann. Sehr zweifelhaft erscheint mir demgegenüber die Auffassung, der Notar könne die Beurkundung einer Patientenverfügung, eines Lebenspartnerschaftsvertrages oder gar eines Behindertentestaments aus Gründen der Gewissensfreiheit ablehnen (§ 4 Rdnr. 10). Wo soll angesichts dieser Beispiele eine nachvollziehbare Grenze gezogen werden, lässt sich diese Argumentation doch unschwer auch z. B. auf Scheidungsvereinbarungen ausdehnen. Es spricht sicher nichts dagegen, wenn der Notar in derartigen Fällen die Beteiligten bittet, sich an einen anderen Kollegen zu wenden. Entsprechen diese aber einer solchen Bitte nicht, geht insbesondere bei beurkundungspflichtigen Geschäften der Urkundsgewährungsanspruch vor, und es besteht die Verpflichtung zur Beurkundung. Die entsprechende Versorgung der Bevölkerung ist durch jeden Notar sicherzustellen.

Mit rund einem Viertel des Gesamtumfangs der Kommentierung nimmt § 17 BeurkG den größten Raum ein, der ihm als zentraler Norm des Beurkundungsverfahrens auch zukommt. Einen besonderen Schwerpunkt bildet dabei die Kommentierung der durch das Gesetz vom 23.7.2002 neu eingeführten Regelung des § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG für Verbraucherverträge. Diese Vorschrift soll den Verbraucherschutz verfahrensrechtlich institutionalisieren und bezweckt in erster Linie den Schutz des am Rechtsgeschäft materiell Beteiligten (Rdnr. 35). *Mayer* vertritt in seiner Kommentierung eine sehr konsequent an der verbraucherschützenden Intention des Gesetzgebers ausgerichtete Auslegung der gesetzlichen Regelung. Hinsichtlich der Hinwirkungspflicht zur persönlichen Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen hält er es z. B. zu Recht für unzulässig, Vollmachten zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten an den veräußernden Unternehmer (Rdnr. 41) oder Notarangestellte (Rdnr. 43) zu erteilen. Beide stehen typischerweise gerade nicht „im Lager des Verbrauchers“ und scheiden damit als taugliche Bevollmächtigte grundsätzlich aus. Ebenso mahnt *Mayer* zur Vorsicht bei Vollmachten zur Änderung von Teilungserklärungen und/oder zur Bestellung von Ver- und Entsorgungsdienstbarkeiten (Rdnr. 41). Zwar sind diese Vollmachten im Bauträgerbereich grundsätzlich weiterhin zulässig, doch müssen wirtschaftliche Gefährdungen des Verbrauchers durch eine sachgerechte Beschränkung des Vollmachtumfangs möglichst ausgeschlossen werden.

Etwas weit geht die These *Mayers*, dass die Hinwirkungspflicht des Notars gem. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG regelmäßig einen persönlichen Vorbesprechungstermin mit dem Notar voraussetze (Rdnr. 46). Das Beurkundungsgesetz kennt grundsätzlich keinen „frühen ersten Termin“, der dem eigent-

lichen Beurkundungstermin vorauszugehen hätte. Natürlich gibt es Sachlagen, in denen dies unbedingt erforderlich ist. Selbstverständlich haben die Beteiligten auch einen Anspruch darauf, sich in jeder Lage des Verfahrens an den Notar persönlich zu wenden (vgl. Ziff. IV 2 der Richtlinienempfehlung der BNotK). Sofern sie es also im Einzelfall für notwendig halten, können und sollten Beteiligte oder Notar vor dem eigentlichen Beurkundungstermin persönlichen Kontakt aufnehmen. Eine generelle Verpflichtung zu einem persönlichen Vorgespräch besteht jedoch nicht. Jede Form der schriftlichen, fernmündlichen oder persönlichen Verständigung erscheint demgegenüber grundsätzlich ausreichend. Dies ist letztlich auch die Position des Gesetzgebers, der in den ihm besonders wichtigen Fällen der nach § 311 b BGB beurkundungspflichtigen Geschäfte die Übersendung eines Entwurfs genügen lässt.

Ein wenig unscharf bleibt die Position *Mayers* bei der Frage, welche inhaltlichen Anforderungen im Einzelnen an den Entwurf bzw. den „beabsichtigten Text des Rechtsgeschäfts“ zu stellen sind. So sind z. B. persönliche Daten, Kaufpreis oder die zu erwerbende Eigentumswohnung nach meiner Auffassung entbehrlich; diese Fakten kennt der Käufer praktisch immer auch ohne den Entwurf. Gerade der Kaufpreis ist typischerweise bis zum Beurkundungstermin auch noch Gegenstand der Verhandlungen. Im Grundsatz aber ist *Mayer* in jeder Hinsicht zuzustimmen, dass der Entwurf substantiiert auf die Einzelheiten des konkreten Objekts eingehen muss (Rdnr. 49). Nur dies gewährleistet eine ordnungsgemäße Vorbereitungsmöglichkeit des Verbrauchers. Eine Übereinstimmung in den Kernaussagen genügt sicher nicht.

Überzeugend sind auch die Argumentationen *Mayers* gegen jede Verwässerung der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Man kann diese Frist inhaltlich für sinnvoll halten oder auch nicht. Ohne das Vorliegen eines sachlichen Grundes kann jedenfalls nicht von ihr abgewichen werden und muss der Notar die Beurkundung ablehnen (Rdnr. 53). Hier besteht kein allzu weiter Raum für eine teleologische Reduktion des Gesetzes. Bei einem Unterschreiten der Frist wird der Notar auch zur Verhinderung eigener Haftungsgefahren bemüht sein müssen, durch kompensatorische Maßnahmen ein möglicherweise drohendes Informationsdefizit zu verringern (Rdnr. 51). Andererseits erscheint es nicht sinnvoll, den Beurkundungstermin in seiner zentralen Funktion dadurch abzuwerten, dass inhaltlich bedeutsame Änderungen in aller Regel die Frist erneut auslösen (in diese Richtung aber Rdnr. 50). Ein erneutes Abwarten der Frist wird wohl nur erforderlich sein, wenn der Entwurf untauglich war, dem Verbraucher eine angemessene Vorbereitung auf das letztlich beurkundete Geschäft zu ermöglichen. Anderes dürfte allerdings dann gelten, wenn die Abweichung vorhersehbar war und mit dem unzutreffenden Entwurf eine angemessene Vorbereitung unterlaufen werden soll.

Der Rezensent wird häufig dazu neigen, in einer Buchbesprechung vor allem von seiner Meinung abweichende Auffassungen aufzugreifen. Dies darf aber nicht als Kritik an der Qualität des besprochenen Werkes missverstanden werden. Das Gegenteil ist der Fall. Trotz des etwas unzugänglichen Erscheinungsortes (leider werden die Bände des Soergel nicht auch einzeln abgegeben) wird diese in jeder Hinsicht gelungene Kommentierung *Mayers* bei der weiteren wissenschaftlichen Behandlung des Beurkundungsrechts eine gewichtige Rolle spielen.

Notar Dr. Jens Eue, Bamberg

Flik: Die notarielle Beurkundung: Zweck und Rechtswirklichkeit. Thelem, 2003. 233 S., 35 €¹

1. Die Reflexion des Notars darüber, wie notarielle Leistungen in der Öffentlichkeit von Nichtjuristen und Juristen anderer Profession wahrgenommen werden, führt zu einem zwiespältigen Ergebnis: Auf der einen Seite zeigen Verschärfungen des Beurkundungsverfahrens, wie mit § 17 Abs. 2 a BeurkG geschehen, ein Misstrauen gegenüber dem Pflichtbewusstsein der Notare. Auf der anderen Seite scheint das Vertrauen in die durch notarielle Belehrung gesteigerte Mündigkeit der Beteiligten ungebrochen, wenn die notarielle Urkunde etwa durch § 492 Abs. 4 Satz 2 BGB n. F. oder durch § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO n. F. neuerlich privilegiert wird. In dieser Situation weckt allein schon der Titel der Dissertation besonderes Interesse. Der Autor, Jahrgang 1941, war nach Ausbildung und Tätigkeit als Notarvertreter von 1973 an als Bezirksnotar im Justizdienst des Landes Baden-Württemberg tätig, bevor er 1994 an die Fachhochschule der sächsischen Verwaltung Meißen wechselte. Dort übernahm er im Jahre 2000 die Leitung des Fachbereichs Rechtspflege.

In seiner Arbeit vertritt *Flik* ein hohes Berufsethos. Auf der Grundlage einer theoretischen Darstellung der Beurkundungszwecke und einer empirisch-statistischen Überprüfung der Zielerreichung plädiert er für eine Ausdehnung des Kernbereichs der notariell-höchstpersönlichen Amtstätigkeit. Er verlangt eine weitere Zurückdrängung der sog. atypischen Beurkundungsverfahren. Er richtet insoweit allerdings auch einen Appell an die Rechtsprechung, über eine vermehrte Staturierung von Schadensersatzpflichten diese Verfahrensweisen zurückzudrängen.

2. Im ersten Abschnitt (S. 11–120) erläutert und betrachtet *Flik* die Normzwecke der notariellen Beurkundung rechtsgemäß. Er untersucht dabei, inwieweit diese Normzwecke durch die konkrete Gestaltung des Beurkundungsverfahrens erreicht bzw. verfehlt werden. Im Kern der Verfahrenskritik von *Flik* stehen dabei die atypischen Beurkundungsformen (S. 32–54), wie insbesondere die gehäufte Sammelbeurkundung (§ 13 Abs. 2 BeurkG), die Beurkundung aufgrund Vollmacht oder die Sukzessivbeurkundung.

Dieser Abschnitt seiner Arbeit hat mich nicht überzeugt; ich halte die Darlegung von *Flik* teils für zu oberflächlich, teils für falsch. Ich greife vier Kritikpunkte heraus:

a) Empirisch (und im Ergebnis zum Glück und aus verfahrenspraktischen und geschäftspolitischen Gesichtspunkten heraus völlig zu Recht) bildet die Beurkundung unter gleichzeitiger Anwesenheit aller materiell Beteiligten die Regel. Wenn *Flik* dieser empirisch gewonnenen Regel nun dogmatisch die atypischen Beurkundungsformen gegenüberstellt, er m. a. W. auf die deontologische Ebene wechselt,² muss hiergegen eingewandt werden, dass der Grundtypus des Vertragsschlusses des BGB gerade derjenige der Sukzessivbeurkundung ist:³ Bekanntlich muss das Vertragsangebot sämtliche Abreden des Vertrages so detailliert enthalten, dass die Annahme des Angebotes durch ein einfaches „Ja“ möglich ist. Für die notarielle Beurkundung wird dies mehr noch durch § 128 BGB⁴ ausdrücklich klargestellt. Rechtstheoretisch be-

trachtet ist also die Sukzessivbeurkundung gerade „typisch“⁵, das empirisch häufigere Beurkundungsverfahren unter gleichzeitiger Anwesenheit demgegenüber „atypisch“. Wer nun, wie *Flik* es tut, das empirische Regelmodell auch rechtstheoretisch als Standard durchsetzen will, bedarf hierfür einer besonderen Begründung, zumal das Gesetz selbst diejenigen Fälle detailliert vorschreibt, in denen eine Beurkundung entweder höchstpersönlich oder unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile stattfinden muss.

In seiner Darstellung der Regelbeurkundung (§ 5, S. 28–31) suggeriert *Flik*, das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit folge aus §§ 9, 13 BeurkG. Dies trifft ersichtlich nicht zu, nachdem der Beteiligtenbegriff dieser Normen ausschließlich derjenige des formell Beteiligten (§ 6 Abs. 2 BeurkG) ist. Im Übrigen wäre ohnehin fraglich, inwieweit bloßes Verfahrensrecht materiell-rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten vereiteln kann.

b) Breiten Raum (S. 106–119) nehmen die Überlegungen ein, ob die Pflicht zur Sachverhaltsermittlung und Belehrung der Beteiligten auf Mitarbeiter delegiert werden kann.⁶ Die Rechtsprechung hält seit RGZ 61, 95 diese Pflichten prinzipiell für delegierbar. Rein empirisch betrachtet hält hieran die gegenwärtige Notarpraxis fest.⁷ Anderenfalls wären das bayerisch-pfälzische System der Kassenangestellten, die Beschäftigung juristischer Mitarbeiter nach Einholung der erforderlichen Genehmigung (§ 25 Abs. 1 BNotO) oder auch das Fernstudienangebot Rechtsanwalts- und Notarfach der Technischen Fachhochschule Berlin nicht erklärbar: Für reine Vollzugstätigkeiten würden dergestalt ausgebildete Mitarbeiter schon aus finanziellen Gründen nicht beschäftigt. Dies wird auch von *Flik* dargestellt; ich wundere mich aber, wenn er aus der reinen Darstellung der bisherigen Gesetzesinterpretation und Handhabung in der Praxis (S. 111–118) zu dem Schluss gelangt, es dürften alle Tätigkeiten, die einschlägige Rechtskenntnisse erforderten, nicht auf Hilfskräfte übertragen werden (S. 119), und wenn er zudem etwa Entwürfe eigener Mitarbeiter den Fremdentwürfen gleichstellt (S. 52). Dies ist an Argumentationsarbeit zu wenig.

c) *Flik* dürfte den Notaren nichts Neues erzählen, wenn er das Verlesen der Urkunden für ein nur beschränkt taugliches Mittel zur Information der Beteiligten hält (S. 98).⁸ *Flik* tritt deswegen für eine sehr viel stärkere Ausdehnung des § 14 BeurkG ein: Er befürwortet mithin eine weitere Verkürzung des Verlesens, will aber natürlich die Belehrung auch in diesen Fällen umfassend aufrechterhalten. Dabei übersieht *Flik* meines Erachtens, dass das Verlesen immer noch das beste

⁵ Selbst *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, stellt den Vertragsschluss durch Zustimmung zu einem ausgehandelten Entwurf nur neben das Angebot-Annahme-Modell.

⁶ Suggestiv allerdings erneut Verf. in Fn. 383, wonach *Heckschen* davon gesprochen habe, „dass damit ein Tabuthema berührt werde“. An der in Bezug genommenen Stelle DNotZ (Sonderheft) 1998, 326, 334 spricht *Heckschen* zunächst einmal nur von juristischen Mitarbeitern, sodann nicht etwa davon, dass die Beschäftigung dieser Mitarbeiter ein Tabuthema sei (etwa dergestalt, dass die Notare am liebsten den Mantel des Schweigens über dieses Thema hüllen würden), sondern davon, dass erst mit Einführung der Genehmigungspflicht für solche Mitarbeiter (§ 25 BNotO) deren Beschäftigung zum Tabuthema gemacht werde!

⁷ Hierzu bedarf es indes nicht, wie Verf. in Fn 391, des Hinweises auf Stellenanzeigen in der BWNotZ.

⁸ Gegen Verf., S. 102, wonach die Erläuterung des „soeben Verlesene[n] durch konsekutives Dolmetschen [...] fern der Beurkundungswirklichkeit“ sei, auch folgender persönlicher Einwand: Ich bemühe mich, das Beurkundungsverfahren in dieser Weise zu gestalten.

¹ Paragraphen- und Seitenangaben ohne weitere Erläuterung beziehen sich auf dieses Werk.

² Aus bloß empirisch festgestellten Mehrheitsverhältnissen könnte z. B. kein Zwang abgeleitet werden, den Ausnahmefall zu begründen.

³ *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, § 145 Rdnr. 34.

⁴ Eine Norm i. ü., die Verf. wohl an keiner Stelle zitiert.

Kontrollinstrument für den Notar ist,⁹ sich vom Inhalt einer Urkunde und ihrer Richtigkeit zu überzeugen. Wer hätte nicht erst beim lauten Vorlesen Fehler entdeckt, die er – auch bei mehrmaligem Gegenlesen des Entwurfes – übersehen hätte? Im Übrigen wäre – um in einer Binnenbetrachtung mit bzw. gegen *Flik* zu argumentieren – eine ausgedehnte Anwendung des § 14 BeurkG auch kontraproduktiv: Während sich nämlich die Einhaltung des vollständigen Vorlesens in Anwesenheit des Notars noch verhältnismäßig einfach kontrollieren lässt und dieses Verfahrenserfordernis den Flaschenhals der gesamten notariellen Tätigkeit bildet, ist völlig offen, wie im Rahmen der §§ 14, 17 BeurkG sichergestellt werden kann, dass die Belehrung höchstpersönlich durch den Notar und im gebotenen Umfang erfolgte.

d) Für wenig gelungen halte ich seine Darstellung in § 7 (Seite 57–62) zur Urkundenerstellung in digitalisierter Form. Soweit mit dem Schlagwort der „papierlosen Urkunde“ nur der papierlose Verkehr des Notars mit Ämtern und Behörden gemeint ist, gibt es keine Rückwirkung auf das Beurkundungsverfahren. Es geht dann lediglich um die „Ausfertigungstätigkeit“. Sollte es aber jetzt oder in Zukunft tatsächlich darum gehen, schon die Urschrift lediglich digital zu erstellen, bleiben auch bei *Flik* sämtliche Fragen unbeantwortet: Was wird verlesen? Darf dann vom Bildschirm verlesen werden? Was tritt an die Stelle der Unterschrift? Immerhin hält das Gesetz die Unterschrift *neben* der Genehmigung für so bedeutsam, dass im Falle der körperlichen Verhinderung zur Unterschriftsleistung ein Schreibzeuge hinzuzuziehen ist.

3. Für innovativ halte ich demgegenüber den zweiten Abschnitt seiner Arbeit (S. 121–165, dann Darstellung der Ergebnisse im Anhang S. 167–233). Hier unternimmt *Flik* den Versuch, den Erfolg der notariellen Beurkundung empirisch zu messen.

⁹ Positiv dazu auch das Ergebnis der Expertenbefragung, S. 189: Nur vereinzelt wurde das Vorlesen als reiner Formakt gewertet.

Wegen dieser Passage lohnt sich die Beschäftigung mit dem Buch.

Flik geht auf vierfache Weise vor: Er hat im Rahmen einer Dokumentanalyse bei ausgewählten Grundbuchämtern Reihenuntersuchungen über Bauträgerobjekte vorgenommen, um aus den zum Grundbuchamt eingereichten Unterlagen Rückschlüsse auf das gewählte Beurkundungsverfahren zu ziehen (S. 136–139, 167–177). Angesichts der Tatsache, dass in 100 % der Fälle die Grundschulden durch Notarangestellte beurkundet wurden, wäre es nur wünschenswert gewesen, auch die örtliche Lage des jeweiligen Grundbuchamtes gegenüber dem Leser offen zu legen. Obernburg jedenfalls wird nicht dabei gewesen sein. Hinzu treten eine Expertenbefragung¹⁰ (S. 140–142, 182–189), Eigenprotokolle von Notaren über den Ablauf eines konkreten Arbeitstages (S. 140–142, 189–197) sowie Mandantenbefragungen (S. 143–151, 203–223).

Vermutlich lassen sich wegen der geringen Zahl der Testpersonen aus den Mandantenbefragungen keine Rückschlüsse mit statistischer Aussagekraft ziehen. Gleichwohl regt der Ansatz von *Flik* zu Überlegungen an, wie künftige empirische Untersuchungen über die Zielerreichung der notariellen Beurkundung aussehen könnten. Zum anderen sollten die Ergebnisse von *Flik* Anlass geben, über die Selbstdarstellung nachzudenken, um den Eindruck des „gelangweilt seine Urkunde herunterlesenden Notars“¹¹ zu vermeiden.

Insgesamt also: Die theoretisch-rechtsdogmatische Durchdringung des Problems überzeugt nicht; die Idee zur Effektivitätskontrolle durch empirische Analyse ist innovativ und rechtfertigt das Werk.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

¹⁰ Befragung von Notaren, die über die Wahl der Beurkundungsverfahren und ihre Einschätzung zur Zielerreichung in standardisierten Fragebögen Aufschluss geben sollten.

¹¹ *Stürner*, JZ 1974, 154, hier zitiert nach Verf., Fn. 344.

Zöller: Zivilprozessordnung. 24. Aufl., O. Schmidt, 2004. 2 871 S., 149,80 €

Auch im notariellen Tätigkeitsbereich bedarf der „Zöller“ keiner besonderen Vorstellung mehr. Er ist nach Ansicht von *Egon Schneider* (ZAP-Buch-Report 4/2003, S. 20) zur Nummer 1 der ZPO-Handkommentare avanciert und teilt demzufolge das „Schicksal“ des „Palandt“. Hier soll jedoch nicht die von manchen Gerichten möglicherweise zu vorschnell angenommene Unfehlbarkeit des „Zöller“ kritisiert werden, vielmehr soll im Anschluss an die Besprechung der „Reformauflage“ vom Februar 2002 (MittBayNot 2002, 174, 175 f.) untersucht werden, wie die jüngste Auflage aktuelle Rechtsfragen mit notariellem Praxisbezug löst.

So folgt *Vollkommer* der mittlerweile herrschenden Rechtsprechung zur Parteifähigkeit jedweder BGB-Außengesellschaft, unabhängig von der Größe und dem Gegenstand des Unternehmens, wobei er jedoch mit dem BayObLG die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft ablehnt (§ 50 Rdnr. 18). Die vom VII. Zivilsenat in der „Überseering“-Entscheidung preisgegebene Sitztheorie wird nur noch für Gesellschaften aus Nichtmitgliedstaaten vertreten, im Übrigen aber der Gründungstheorie gefolgt (§ 50 Rdnr. 9, 9 a). Die zahlreichen kritischen Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung (vgl. BGH [VIII. Zivilsenat], ZIP 2003, 720 = BB 2003, 810) sind jedoch vermerkt.

Das von *Stöber* kommentierte neue Zustellungsrecht verdient weiterhin Beachtung, aus notarieller Sicht vornehmlich wegen der erweiterten Zustellungsmöglichkeiten an den Notar durch das Gericht mittels Telefax oder gar mittels E-Mail (vgl. § 174 Abs. 1–3 ZPO), aber auch wegen der Möglichkeit des Notars, Empfangsbekanntnisse nunmehr ebenfalls auf diesen Wegen abgeben zu dürfen (vgl. § 174 Abs. 4 ZPO). Mit § 189 ZPO liegt nunmehr eine weitreichende Heilungsvorschrift bei Zustellungsmängeln vor; Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass überhaupt ein Zustellungswille durch Übergabe an den Gerichtsvollzieher vorliegt, die bloße Aufgabe zur Post oder der Einwurf in den Hausbriefkasten reichen hierfür nicht aus (§ 189 Rdnr. 2). Von einer „Eigenzustellung“ der Kostenberechnung durch den Notar ist daher schon aus diesem Grund dringend abzuraten.

Da eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Erwerbspreises im Bauträgervertrag bekanntlich ausscheidet, ist die Frage aufgetaucht, ob der Bauträger mittels der notariellen Erwerbsurkunde und den schriftlichen Bautenstandsmittlungen des bauleitenden Architekten im Urkundenprozess (§§ 592 ff. ZPO) zu einem vorläufig vollstreckbaren Titel (vgl. § 708 Nr. 4 ZPO) gelangen könnte. Die Frage wird von *Greger* zwar leider nicht erörtert, dennoch gelingt mit Hilfe der Kommentierung eine Annäherung an die Problemlösung. Tagliche Urkunde im Urkundenprozess scheint nur die Fer-

tigstellungsbescheinigung gem. § 641 a BGB sein zu können (§ 592 Rdnr. 8); eine Bautenstandsmitteilung des Architekten wird wohl als selbst gefertigte Ersatzurkunde des Bauträgers über eine Zeugenaussage bzw. ein Sachverständigengutachten anzusehen sein und damit eine untaugliche Urkunde darstellen (vgl. § 592 Rdnr. 16). Schließlich bestehen vom Standpunkt des VII. Zivilsenats aus gegen einen Urkundenprozess dieselben Bedenken wie gegen eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung, weil der Bauträger „leichter“ an Vermögenswerte des Auftraggebers gelangen kann.

Für den Notar am wichtigsten und interessantesten dürfte die Kommentierung der §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sein. *Stöber* gelingt es, auf gut fünf Seiten die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der notariellen Urkunde umfassend und mit Blick auf die relevanten Probleme darzustellen: Er vertritt die Ansicht, dass auch hinsichtlich des Räumungsanspruchs nach Beendigung eines Mietverhältnisses und hinsichtlich der Werkleistung des Bauträgers eine Vollstreckungsunterwerfung erfolgen könne (§ 794 Rdnr. 26). Hinsichtlich der Bestimmtheitsanforderungen an den vollstreckbaren Anspruch weist *Stöber* zu Recht auf die Parallele zum Urteilstenor hin (§ 794 Rdnr. 26 a). Damit wird einer zu umfangreichen Verlagerung der Konkretisierung des vollstreckbaren Anspruchs ins Klauselerteilungsverfahren entgegengewirkt (§ 794 Rdnr. 26 b). Trotz der prozessualen

Rechtsnatur der Vollstreckungsunterwerfung werden gegen eine „In-Sich-Unterwerfung“ des Gläubigers für den Schuldner keine Bedenken erhoben (§ 794 Rdnr. 29 a). An der Kritik zur Rechtsprechung des BGH zum Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag hält *Stöber* unverändert fest (§ 794 Rdnr. 31). Die Erteilung der Vollstreckungsklausel für und gegen den Rechtsnachfolger gem. § 727 ZPO wird ebenfalls unter umfassendem Hinweis auf Rechtsprechung und Literatur erläutert, wobei hierbei die Übersichtlichkeit der Darstellung, insbesondere beim Nachweis der Rechtsnachfolge (§ 727 Rdnr. 20), leidet. Das Problem der Rechtsnachfolge bei Zahlung eines Gesamtschuldners auf die notarielle Kostenberechnung wird leider nicht im zutreffenden Kontext erörtert, sondern allein auf § 426 BGB reduziert, ohne Berücksichtigung des besonderen Klauselerteilungsverfahrens gem. § 155 KostO (§ 727 Rdnr. 7).

Das schon mehrfach ausgesprochene Lob für den „Zöllner“ kann auch für die 24. Auflage wiederholt werden. Den Kommentatoren gelingt der Spagat zwischen Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug in bewährter Manier. Der „Zöllner“ ist der wohl gegenwärtig aktuellste, umfassendste, dabei aber auch erschwinglichste einbändige Kommentar zur ZPO. Für den Notar lohnt dessen Anschaffung allein wegen der Kommentierung zu §§ 727, 794 ZPO.

Notarassessor Dr. *Jörn Heinemann*, wiss. Ass., Erlangen

Diepold/Hintzen: Musteranträge für Pfändung und Überweisung. 7., Neubearb. Aufl., O. Schmidt, 2002. 474 S., 78,80 €

Für eine erfolgreiche Beitreibung in Forderungen und andere Vermögensrechte ist die richtige Antragstellung unerlässliche Voraussetzung. Handelt der Notar hier nachlässig, läuft er nicht nur Gefahr, einen unverhältnismäßig schlechten Eindruck bei Gericht zu hinterlassen (nach dem Motto: „Das Recht zur Selbsttitulierung haben wollen, aber dann nicht mal richtig betreiben können“), sondern verliert unter Umständen auch – hier mehr als anderswo – wertvolle Zeit. Die aus sechs Voraufgaben bekannte und bewährte Mustersammlung von *Hugo Diepold* und *Udo Hintzen* (wobei Letzterer die jetzige Auflage infolge der jüngsten Reformen zusammen mit *RiOLG Hans-Joachim Wolf*, Köln, völlig neu bearbeitet und fortgeführt hat) bietet hier absolut praxisgerechte Hilfestellung.

Auf den ersten 30 Seiten legen die Autoren in eher theoretischer Manier die Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen im Allgemeinen dar, die man zur Gedächtnisauffrischung aber ruhig einmal durcharbeiten sollte, zumal dort wertvolle taktische Hinweise versteckt sind. Es folgen sodann allgemeine Anträge und Erklärungen im Vollstreckungsverfahren, die also auch z. B. für die Mobilienzwangsvollstreckung von Belang sind und die Gestaltungsnachfrage in der täglichen Praxis der Notarkostenbeitreibung bereits befriedigen dürften. Leider fehlt dort der Antrag auf Einsicht in das Schuldnerverzeichnis, der jeder Beitreibung zwingend vorauszugehen hat, um nicht unnötige Kosten zu produzieren (und um sich Material für eine allfällige Strafanzeige wegen Betrugs zu beschaffen).

Bei einem sich anschließenden Musterkatalog, der im Zusammenhang mit der Pfändung von Arbeitseinkommen sogar alle

Varianten bezüglich Bediensteter der NATO-Streitkräfte in subtilster Verästelung bereithält (von Muster 21: „Bediensteter der NATO-Streitkräfte außerhalb USA, der durch Vermittlung einer deutschen Behörde bezahlt wird“ bis Muster 23 b: „Angehöriger der US-Luftwaffe“ einschließlich der Merkblätter der US-Behörden!), bleiben auch im Übrigen keine Wünsche offen. Für den Notar interessant dürften dabei neben den klassischen immateriellen Beitreibungsobjekten, wie Konten und Arbeitslohn, die Gestaltungsempfehlungen und Anmerkungen bezüglich Pfändung und Verwertung von Auflassungsansprüchen, Lebensversicherungen und Bausparverträgen sein. Die Gestaltungsvorschläge zur Vollstreckung in Eigentümergrundpfandrechte berücksichtigen allein 15 Gestaltungskonstellationen. Auch ein Altenteil kommt als Vollstreckungsobjekt in Frage und wird dementsprechend, mit den Besonderheiten, die sich hier ergeben (§ 850 b Abs. 2 i. V. mit Abs. 1 Nr. 3 ZPO!), diskutiert. Ferner wird der praktisch bedeutsame und effektive Vollstreckungszugriff auf Rückgewähransprüche von Grundpfandrechten aus dem Sicherungsvertrag behandelt. Auch die Zwangsvollstreckung in eine Internet-Domain wird beschrieben. Die Autoren halten diese – einer Lizenz vergleichbar – als sonstiges Vermögensrecht i. S. von § 857 ZPO für pfändbar (S. 242) und befinden sich insoweit in guter Gesellschaft mit der überwiegenden Instanzenrechtsprechung (z. B. LG Essen, Rpfleger 2000, 168).

Alle allgemeinen und speziellen Formulierungsvorschläge sind zudem auf einer beigelegten CD-ROM enthalten. Diese präsentieren sich dort allerdings etwas dröge, nämlich nur als nackter Fließtext im WORD-Normaldokument, so dass man bei allen noch nötigen Einfügungen mit einem Abdiktieren der Muster in der praktischen Anwendung schneller sein dürfte. Das Buch mag zwar für den Notar etwas außerhalb seines üblichen Bedarfs an Literatur liegen; gerade deshalb ist es zur Anschaffung unbedingt zu empfehlen.

Notarassessor Dr. *Arne Everts*, Würzburg

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. EGBGB Art. 96; BGB §§ 756, 1105 (*Geldzahlung statt Pflege bei Umzug ins Altenheim*)

Eine leistungseinschränkende Vereinbarung von Altenteilsrechten, wonach diese nicht zu erbringen sind, „solange ein Krankenhausaufenthalt“ notwendig wird, kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Altenteilsverpflichtete auch bei dauernder Unterbringung des Berechtigten in einem Pflegeheim von seinen Leistungsverpflichtungen ersatzlos frei wird. Vielmehr hat sich der Altenteilsverpflichtete dann in Höhe seiner ersparten Aufwendungen an den Heimkosten zu beteiligen. (Leitsatz des Rezensenten)

BGH, Beschluss vom 23.1.2003, V ZB 48/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag vom 22.1.1972 verpflichtete sich die Antragstellerin, ihren Grundbesitz, bestehend aus einem Zweifamilienhaus und landwirtschaftlichen Flächen, auf ihren Sohn zu übertragen. Dieser räumte der Antragstellerin als Gegenleistung u. a. ein lebenslangliches „Altenteil“ ein. Dazu gehört ein Wohnungsrecht an zwei Räumen im Erdgeschoß des Zweifamilienhauses mit einem Mitbenutzungsrecht am Bad, ein Beköstigungsrecht und ein Anspruch auf Erbringung sämtlicher häuslicher Arbeiten sowie eine Betreuung und Pflege in gesunden und kranken Tagen, „solange kein Krankenhausaufenthalt notwendig wird“. Ferner verpflichtete sich der Übernehmer zur Zahlung einer monatlichen Leibrente. Die Antragsgegnerin, die Ehefrau des zwischenzeitlich verstorbenen Sohnes der Antragstellerin, übernahm die gesamtschuldnerische Mitverpflichtung hinsichtlich der Altenteilsleistungen.

Seit Dezember 1999 befindet sich die Antragstellerin wegen Altersdemenz in einem Altenheim, wo sie Heim- und Pflegeleistungen auf der Grundlage der Pflegestufe II erhält.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass ihr anstelle der von der Antragsgegnerin nicht mehr zu erbringenden Sachleistungen ein Anspruch auf Herausgabe der nunmehr ersparten Aufwendungen zustehe. Diese errechnet sie unter Zugrundelegung der sich aus der Sachbezugsverordnung (vom 19.12.1994; BGBl I, 3849) ergebenden Werte der Sachbezüge in der Sozialversicherung zuzüglich der vereinbarten Leibrente mit insgesamt monatlich 982,13 €. Seit Januar 2002 zahlt die Antragsgegnerin diesen Betrag. Für den Zeitraum von Dezember 1999 bis Dezember 2001 beträgt der geltend gemachte Anspruch danach 24.553,25 €. Hierauf hat die Antragsgegnerin 3.183,61 € gezahlt. Den Differenzbetrag von 21.369,64 € nebst Zinsen möchte die Antragstellerin mit der Klage einfordern.

Das Landgericht hat dem Prozesskostenhilfeantrag nur in Höhe von 5.137,50 € nebst Zinsen (Leibrente für Dezember 1999 bis Dezember 2001) stattgegeben. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihren Antrag, soweit ihm nicht entsprochen worden ist, weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Auffassung des Beschwerdegerichts, die beabsichtigte Klage biete hinsichtlich der auf die ersparten Aufwendungen bezogenen Forderung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO), hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Abgesehen davon, dass das Beschwerdegericht Prozesskostenhilfe schon deswegen

hätte bewilligen müssen, weil es den Rechtsfragen eine Bedeutung zugemessen hat, die es zur Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst hat (Senat, Beschluss v. 21.11.2002, V ZR 40/02, zur Veröffentl. vorgesehen), ist seine Auslegung des notariellen Vertrages vom 22.1.1972 dahin, dass der Übernehmer von den übernommenen Altenteilsleistungen mit Ausnahme der Leibrentenverpflichtung frei werden sollte, wenn die Sachleistungen nicht mehr erbracht werden konnten, weil die Antragstellerin dauerhaft in einem Pflegeheim unterzubringen war, rechtsfehlerhaft.

1. Der Wortlaut des Vertrages stützt die Auslegung des Beschwerdegerichts nicht. Das Beschwerdegericht erkennt selbst, dass eine Betreuungs- und Pflegeverpflichtung nur entfallen sollte, wenn und solange ein Krankenhausaufenthalt notwendig würde. Es nimmt weiter ohne Rechtsfehler an, dass ein dauernder Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht mit einem Krankenhausaufenthalt gleichzusetzen ist. Damit ist der hier vorliegende Fall, dass die Erbringung von Sachleistungen deswegen nicht mehr in Betracht kommt, weil der Berechtigten Unterbringung, Beköstigung und Pflege in einem Pflege- und Altenheim zuteil wird, nicht geregelt.

2. Soweit das Beschwerdegericht meint, diese Lücke sei nach §§ 157, 133 BGB dahin zu schließen, dass in der Regelung zum Krankenhausaufenthalt ein genereller Wille der Parteien erkennbar werde, dass eine Zahlungspflicht nicht gewollt gewesen sei, soweit Pflegeleistungen objektiv unmöglich geworden seien, widerspricht dies dem Gebot einer interessengerechten Vertragsauslegung (vgl. Senat, Urte. v. 1.10.1999, V ZR 168/98, WM 1999, 2513, 2514; Urte. v. 21.9.2001, V ZR 14/01, WM 2002, 598, 599, jew. m. w. N.). Das Beschwerdegericht trägt nämlich dem aus der vertraglichen Regelung insgesamt zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien nicht hinreichend Rechnung, der Antragstellerin durch die Altenteilsrechte eine umfassende Altersversorgung zu gewähren. Wohnung, Beköstigung, häusliche Dienste, Pflege und Taschengeld (Leibrente) sind geschuldet. Das zeigt, dass die Antragstellerin nicht auf die Inanspruchnahme von Sozialleistungen verwiesen, sondern umfassend von der Familie versorgt werden sollte. Von der Interessenlage her weist der vorliegende Fall daher keine grundlegenden Unterschiede zu dem Fall auf, den der Senat mit Urteil vom 21.9.2001 (V ZR 14/01, WM 2002, 598) entschieden hat. Mag hier auch kein Hof übertragen worden sein, aus dem die Altenteilsleistungen zu erwirtschaften waren, so liegt das Charakteristische hier wie dort darin, dass die Antragstellerin ihren Grundbesitz im Wege vorweggenommener Erbfolge auf ihren Sohn übertrug, um im Gegenzug wegen aller ihrer Grundbedürfnisse für den Lebensabend abgesichert zu sein. Dass hiervon die Betreuung und Pflege bei Krankenhausaufenthalt ausgenommen wurde, erklärt sich daraus, dass insoweit die Dienste des Krankenhauses zur Verfügung stehen und vermutlich – Feststellungen dazu fehlen allerdings – durch eine Versicherung gedeckt sind. Aus dieser auf den Einzelfall zugeschnittenen Regelung können generalisierende Aussagen nicht hergeleitet werden.

Soweit der Senat in der Entscheidung vom 21.9.2001 (V ZR 14/01, WM 2002, 598, 599) seine Bewertung auch darauf gestützt hat, dass eine Regelung, die den Altenteilsverpflichteten frei werden lässt, wenn der Berechtigte auf Dauer in einem Pflegeheim untergebracht wird, mit Rücksicht auf die

Unzulässigkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter leer liefe, bedarf dies der Richtigstellung. Ein Vertrag zu Lasten Dritter im Rechtssinne steht hier nicht in Rede. Der Vertrag – wie ihn das Beschwerdegericht auslegt – begründet nicht Verpflichtungen Dritter, also des Sozialhilfeträgers. Er hätte aber wirtschaftlich die Folge, dass der Sozialhilfeträger, soweit auch gesetzliche Unterhaltsansprüche nicht gegeben oder nicht durchsetzbar sind, einspringen müsste. Ein solches Ergebnis – so der Kern der früheren Senatsentscheidung – entsprach nicht dem geäußerten Willen der damaligen Vertragsparteien. Das Gleiche gilt, wie dargelegt, im vorliegenden Fall.

Die Vertragslücke ist daher in der Weise zu schließen, dass sich – ursprünglich neben dem Sohn der Antragstellerin – die mithaftende Antragsgegnerin hinsichtlich der Leistungen, die infolge der Heimunterbringung nicht mehr in Natur erbracht werden können, in Höhe der ersparten Aufwendungen an den Pflegekosten zu beteiligen hat (vgl. Senat, a. a. O., 599; Beschl. v. 21.11.2002, V ZR 40/02, zur Veröffentl. vorgesehen). Darin liegt – entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts – keine Erweiterung des Vertragsgegenstandes über die von den Parteien eingegangene Bindung hinaus. An die Stelle der nicht mehr zu erbringenden Sachleistungen treten Zahlungsverpflichtungen, die den Wert der Sachleistungen nicht nur nicht überschreiten, vielmehr nur den Wert der ersparten Aufwendungen für die an sich geschuldeten Sachleistungen abschöpfen.

3. Über die Höhe der ersparten Beträge braucht im Prozesskostenhilfefahren nicht abschließend Stellung genommen zu werden. Die Festlegung obliegt dem Tatrichter. Von vornherein unschlüssig sind die geltend gemachten Ansätze nicht. Allerdings können auch hinsichtlich des Wohnungsrechts nur die tatsächlich ersparten Aufwendungen, etwa für Wasser, Strom und Heizung sowie für in zeitlichen Abständen anfallende Maßnahmen zur Unterhaltung der Wohnung, verlangt werden, nicht hingegen der Sachwert des Wohnungsrechts selbst. Hier sind Abzüge von dem bisher geltend gemachten Betrag denkbar, die von dem Prozessgericht im Einzelnen festzulegen sind (...).

Anmerkung:

1. Vorgeschichte

In seinem Urteil vom 21.9.2001,¹ das fast durchweg auf Ablehnung gestoßen ist,² hatte sich der Bundesgerichtshof mit der Frage zu beschäftigen, ob eine *umfassende Pflegeverpflichtung* in einem Übergabevertrag einschränkend ausgelegt werden kann, so dass der Sozialhilfeträger auch bei Heimunterbringung des Übergebers hieraus keinerlei Regressansprüche herzuleiten vermag. Der BGH hat dies verneint, weil eine solche Interpretation zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich zum Nachteil der Sozialhilfe führen würde. Allerdings hat er eine Verpflichtung des Übernehmers zur Tragung sämtlicher Pflegeheimkosten verneint, weil die

Vertragsteile nur die Pflege des Übergebers auf dem Hof vereinbart hatten. Dies habe zur Folge, dass der Übernehmer zu den Heimkosten nur einen Betrag in Höhe der eigenen ersparten Aufwendungen beizutragen habe. Zur Ermittlung derselben wurde an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Für die Frage, wie dies genau zu berechnen ist, gab der BGH leider keine Hinweise, obgleich hierzu verschiedene Auffassungen vertreten werden.³

2. Die neue Entscheidung

In dem vorstehenden Beschluss vom 23.1.2003 musste sich der BGH im Rahmen eines Verfahrens auf Gewährung von Prozesskostenhilfe wiederum mit der Auslegung einer weitreichenden Pflegeklausel im Zusammenhang mit einer Pflegeheimunterbringung des Übergebers beschäftigen. Er hat dabei seine angreifbare Argumentation mit dem unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“ zwar ausdrücklich aufgegeben, ohne jedoch die in der Literatur geäußerte Kritik nur am Rande zu erwähnen. Der Sache nach hat er jedoch den umfassenden familiären Versorgungszweck der Altenteilsleistungen abermals betont.

Vereinbart worden war damals, eine Verpflichtung zur Erbringung sämtlicher häuslicher Arbeiten sowie eine Betreuung und Pflege in gesunden und kranken Tagen, „solange kein Krankenhausaufenthalt notwendig wird“. Die Vorinstanz hatte den Vertrag dahingehend ausgelegt, dass der Übernehmer von den übernommenen Altenteilsleistungen, mit Ausnahme der auch vereinbarten Leibrente, wegen der dauernden Unterbringung der Leibgedingsberechtigten im Pflegeheim frei werde und auch keinen Wertersatz hierfür schulde. Zwar enthalte die vertragliche Pflegeverpflichtung eine Leistungseinschränkung nur für den Fall des Krankenhausaufenthaltes, dem der Aufenthalt in einem Pflegeheim nicht ohne weiteres gleichzustellen sei. Die vorhandene Lücke der vertraglichen Vereinbarung sei jedoch im Wege der ergänzenden Auslegung dahingehend zu schließen, dass eine Zahlungspflicht des Übernehmers generell nicht gewollt sei, wenn die Pflegeleistungen objektiv unmöglich werden.

Der BGH hat jedoch diese Interpretation verworfen, weil sie dem Gebot einer interessengerechten Vertragsauslegung widerspreche. Aus den gesamten getroffenen vertraglichen Regelungen ergebe sich nämlich, dass der Übergeberin durch die Altenteilsrechte eine umfassende Altersversorgung gewährt werden sollte (Wohnung, Verköstigung, häusliche Dienste, Pflege, Taschengeld). Sie sollte daher gerade nicht auf die Inanspruchnahme von Sozialhilfe verwiesen, sondern umfassend von der Familie versorgt werden. Insofern sei die Interessenlage die gleiche wie in dem Urteil vom 21.9.2001. Hinsichtlich seiner dortigen Begründung, eine leistungseinschränkende Auslegung der Altenteilsverpflichtungen bei einer Pflegeheimunterbringung des Berechtigten sei ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, betont der BGH allerdings, dass dies „der Richtigstellung“ bedürfe. Denn ein solcher „Vertrag im Rechtssinne steht hier nicht in Rede“. Allerdings hätte eine solche einschränkende Auslegung die wirtschaftliche Folge, dass der Sozialhilfeträger, soweit auch gesetzliche Unterhaltsansprüche nicht eingriffen, „einspringen müsse“. Dies entspreche aber gerade nicht dem geäußerten Willen der damaligen Vertragsteile. Daher ergebe die ergänzende Auslegung des Vertrags, dass der aus den Altenteilsleistungen Verpflichtete sich hinsichtlich der Leistungen, die

¹ BGH, MittBayNot 2002, 179 m. Anm. J. Mayer, MittBayNot 2002, 152 = DNotZ 2002, 702 m. abl. Anm. Krauß = ZEV 2002, 116 m. krit. Anm. Kornexl.

² Anders nur von Jeinsen, AgrarR 2002, 368, der jedoch offenbar die Entscheidung gar nicht richtig gelesen hat, denn er betont, der BGH akzeptiere „eine eingeschränkte Altenteilsverpflichtung des Beklagten aufgrund der Vereinbarung selbst bei dieser vertraglichen Formulierung“, und folgert weiter: „Danach kann erwartet werden, dass auch die Instanzgerichte künftig prinzipiell derart eingeschränkte Altenteilsregelungen akzeptieren.“ Fakt ist, dass der vom BGH entschiedene Fall gerade keine Einschränkung der Leibgedingspflichten bei Pflegeheimunterbringung des Übergebers enthielt.

³ Vgl. dazu etwa Gutachten DNotI-Report 1999, 45, 47 f.; Wilhelm, NDV 1998, 171, 177; Littig/Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rdnr. 110 f.

infolge der Heimunterbringung nicht mehr in Natur erfüllt werden können, in Höhe der ersparten Aufwendungen an den Pflegekosten zu beteiligen habe: An die Stelle der Sachleistungen treten Zahlungsverpflichtungen, die den Wert der Sachleistungen nicht nur nicht überschreiten, sondern nur den Wert der ersparten Aufwendungen abschöpfen dürfen.

3. Schlussfolgerungen

Die Bedeutung des Beschlusses vom 23.1.2003, die im Prozesskostenhilfverfahren erging, darf m. E. trotz der „Richtigstellung“ nicht überschätzt werden.⁴ Trotzdem scheint mir Folgendes wichtig:

Der Sache nach bleibt der BGH bei seiner Ansicht, dass die Altenteilsrechte grundsätzlich vom Willen der Vertragsteile nach einer umfassenden Altersversorgung durch die Familie getragen sind und gerade der Vermeidung der Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen dienen sollen. Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass nach meiner praktischen Erfahrung gerade Letzteres von weiten Kreisen der Bevölkerung genau anders gesehen wird. Auch in bäuerlichen Kreisen ist entgegen dem BGH⁵ die Vorstellung, „zum Sozialfall“ zu werden, gerade nicht „unerträglich“. Vielmehr findet sich dort überwiegend die auch dem BSHG zu Grunde liegende Vorstellung, dass jeder einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung der Sozialhilfe hat, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Sozialhilfe ist gerade keine Fürsorgeleistung mehr. „Unerträglich“ ist für die meisten nur, wenn ihre Kinder in zu großem Umfang für die Pflegeheimkosten im Wege des Sozialhilferegresses herangezogen werden. Aus dem Ertrag der meisten bäuerlichen Anwesen lassen sich die hohen Pflegeheimkosten heute kaum mehr erwirtschaften.

Weiter ist zu beachten, dass leistungseinschränkende Vereinbarungen wortwörtlich und sehr eng ausgelegt werden.⁶ Ein vertraglich festgelegter Leistungswegfall für den Fall des Krankenhausaufenthalts gilt eben nur solange, wie der Altenteiler sich auch dort aufhält. Der BGH stellt ausdrücklich klar, dass bei einem Wohnungsrecht ebenfalls nur die tatsächlich ersparten Aufwendungen, etwa für Wasser, Strom und Heizung, sowie Reparatur- und Unterhaltungskosten verlangt werden können, nicht aber der Sachwert des Wohnungsrechts selbst. Dies war von einigen Oberlandesgerichten und insbesondere den Sozialhilfeträgern bislang ganz anders gesehen worden.⁷ Liegt aber ein echter Leibgedingsvertrag vor, weil Vertragsobjekt eine die Existenz des Übernehmers wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit ist,⁸ so sind m. E. trotz der neuen BGH-Entscheidung die landesrechtlichen Bestimmungen der Ausführungsgesetze zum BGB zu

beachten. Diese sehen vor, dass wenn der Berechtigte aus besonderen Gründen das übergebene Anwesen auf Dauer verlassen muss, der aus dem Leibgedingsvertrag Verpflichtete auch für die eintretende Befreiung von der Pflicht zur Gewährung von Wohnung eine Geldrente zu zahlen hat, die dem Wert der Befreiung nach billigem Ermessen entspricht (Art. 18 Satz 1 BayAGBGB; ähnlich § 14 RhPf AGBGB). Dies lässt befürchten, dass in diesen Fällen dann immer noch der Sachwert der Wohnung abzugelten ist, wobei überwiegend auf die erzielbare Nettomiete der Wohnungsrechtsräume abgestellt wird.⁹

Die Aufgabe der Argumentation mit dem „Vertrag zu Lasten Dritter“ und die nochmalige Betonung, dass es sich im zu beurteilenden Fall um eine ergänzende Auslegung unklarer Klauseln handelt, nährt etwas die Hoffnung, dass bereits von Anfang an klar formulierte Leistungsausschlussklauseln, insbesondere im Zusammenhang mit einer sachgerechten Beschränkung der Pflegeleistung, vor der Rechtsprechung Bestand haben können. Jedoch weckt diesbezüglich ein gewisses Unbehagen, wenn der BGH abermals betont, dass es um das „Gebot einer interessengerechten Vertragsauslegung“ geht, welche sogar das Revisionsgericht ohne einschlägige tatrichterliche Feststellung treffen kann. Hier schwingt offenbar der Gedanke einer „materialen Vertragsgerechtigkeit“ mit, welcher die Gefahren einer „Inhaltskontrolle“ auch bei eindeutigen und daher gerade nicht auslegungsbedürftigen leistungseinschränkenden Vereinbarungen im Kontext mit einem Sozialhilfefall assoziiert. Dies führt in das weite Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, welches namentlich unter den Einflüssen des kanonischen Rechts mit dem Grundsatz der „laesio enormis“ begann¹⁰ und zu einer umfassenden Kontrolle im Interesse des Verbraucherschutzes führte, jetzt sogar vor den Eheverträgen¹¹ nicht Halt macht und unter Umständen auch zu einer sozialhilferechtlich orientierten Inhaltskontrolle führt.

4. Auswirkungen der BGH-Entscheidungen auf die Praxis

Die Reaktion der Sozialhilfeträger auf den neuen Beschluss des BGH lässt sich noch nicht abschließend einschätzen. Der Bezirk Oberfranken hat mir jedenfalls mitgeteilt, dass er keinen Anlass sieht, von seiner bisherigen Praxis abzusehen, und leistungseinschränkende Klauseln im sozialhilferechtlichen Kontext nicht anerkennt. Andere bayerische Bezirke sehen dies offenbar großzügiger. Jedoch bleibt hier letztlich die Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung abzuwarten. Dabei ist jedoch zu beachten, dass derzeit der Vertragsgestaltung von der sozialhilferechtlichen Seite zunehmend ein scharfer Wind entgegenschlägt.¹² Und angesichts der leeren

⁴ Tendenziell anders *Littig*, ZErB 2003, 260, 261: gesicherte Grundlage für gestalterische Praxis und Rechtsprechung.

⁵ Vgl. dazu *MittBayNot* 2002, 179, 180.

⁶ Bereits früher hat *Krauß*, *MittBayNot* 1992, 77, 93 m. weit. Nachw., darauf hingewiesen, dass die Rspr. dazu neigt, unbestimmte Pflegeklauseln eher sehr weit und damit im Falle des Sozialhilferegresses zu Lasten des Verpflichteten auszulegen.

⁷ So wurde in den Pflegeheimfällen teilweise wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder in Folge ergänzender Vertragsauslegung eine Umwandlung des Wohnungsrechts in einen Vergütungsanspruch in Höhe der durch die Vermietung erzielbaren Erträge angenommen; so etwa OLG Köln, NJW-RR 1995, 1358 = *MittRhNotK* 1995, 175; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 326; ausführliche Rechtsprechungsübersicht bei *Staudinger/J. Mayer*, BGB (2002), § 1093 Rdnr. 55.

⁸ BGH, DNotZ 1996, 636; BGH, NJW-RR 1989, 451; eingehend zu diesem Begriff *J. Mayer*, *Der Übergabevertrag*, 2. Aufl., Rdnr. 17.

⁹ *Karpen*, *MittRhNotK* 1988, 133, 144; *Littig/Mayer* (Fn. 3), Rdnr. 264 ff. Die Heranziehung der Werte der Sachbezugsverordnung wird allgemein als nicht sachgerecht angesehen, weil es sich dabei um eine pauschalierte und abstrakte Wertermittlung handelt; s. etwa *Sbrsny*, ZfF 1983, 222, 224.

¹⁰ Dazu etwa *Kroeschell*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Band 2, 6. Aufl. 1986, S. 98 ff.

¹¹ BVerfG, *MittBayNot* 2001, 207 m. Anm. *Schervier* = *FamRZ* 2001, 343 m. Anm. *Schwab*; BVerfG, *MittBayNot* 2001, 485 m. Anm. *Schervier*.

¹² Vgl. etwa VG Gießen, DNotZ 2001, 784 m. krit. Anm. *J. Mayer* zu vertraglichen Rückerwerbsrechten bei Belastung mit Grundpfandrechten zu Gunsten des Sozialhilfeträgers; OLG Stuttgart, ZEV 2002, 367 m. Anm. *J. Mayer* zur Genehmigungsfähigkeit einer Ausschlagungsvereinbarung mit einem Betreuten; dazu ausf. auch *Ivo*, *FamRZ* 2003, 6.

Kassen sollte man nicht zu optimistisch sein, dass hier für die Vertragsfreiheit und gegen die öffentlichen Kassen entschieden wird. Belehrungsvermerke sind daher zum Selbstschutz des Vertragsgestalters jedenfalls dringend angezeigt.¹³

Für die Beratungspraxis ergibt sich, dass für die übernehmenden Kinder, die über ein so gutes Einkommen oder Vermögen verfügen, dass sie ohnehin im Pflegeheimfall mit einer Inanspruchnahme durch den Sozialhilfeträger rechnen müssen (§§ 91 BSHG, 1601 ff. BGB), die Vereinbarung von Pflegepflichten keine Erhöhung des Sozialhilferegresses bewirkt, aber den Vorteil hat, dass die sich hieraus ergebende Zahlungspflicht als dauernde Last (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 22 Nr. 1 EStG) bei der Einkommensteuer abziehbar ist, wenn die besonderen Voraussetzungen für die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch nach der neuesten Rechtsprechung des BFH noch vorliegen.¹⁴ Für die Leistungen auf Grund der gesetzlichen Unterhaltspflicht wäre dies nur als außergewöhnliche Belastung im beschränkten Maß möglich.

In den meisten Fällen werden die Beteiligten jedoch nach entsprechender Beratung überhaupt davon Abstand nehmen, eine Pflegeverpflichtung zu vereinbaren. Allerdings vergrößert sich damit der unentgeltliche Teil der Zuwendung, was sich insbesondere bei der Bemessung des Wertersatzes nach § 528 BGB, aber auch der Höhe von Pflichtteilergänzungsansprüchen, nachteilig für den Übernehmer bemerkbar machen kann. Jedoch setzt die Zehn-Jahres-Frist des § 529 Abs. 1 BGB den Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers zeitliche Grenzen. Nach Ablauf der Frist besteht dann aber die Gefahr, dass die Altenteiler umso leichter ins Pflegeheim abgeschoben werden können und die öffentlichen Kassen belastet werden, wenn nicht wegen des guten Einkommens des Übernehmers ein Regress wegen seiner Unterhaltspflicht droht.

Ohne Vereinbarung einer vertraglichen Pflegeverpflichtung wächst allerdings die Gefahr, dass die weichenden Geschwister, die im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge oft ohne große Gegenleistungen einen (beschränkten) Pflichtteilsverzicht abgeben, für die Heimkosten auf Grund ihrer Unterhaltspflicht in Anspruch genommen werden können. Damit steigt der Bedarf für Freistellungsverpflichtungen, wonach sich der Übernehmer verpflichtet, seine Geschwister von der Inanspruchnahme durch den Sozialhilfeträger im bestimmten Umfang freizustellen. Diese Vereinbarungen sind nicht einfach zu formulieren¹⁵ und lösen zusätzlich das Problem aus, dass der Freistellungsanspruch ausreichend gesichert oder zumindest über das Risiko der fehlenden Sicherung zu belehren ist.¹⁶

Notar Dr. Jörg Mayer, Pottenstein

¹³ Dazu bereits meine Hinweise MittBayNot 2002, 152, 154 f.

¹⁴ S. die Beschlüsse des Großen Senats vom 12.5.2003, GrS 1/00 und GrS 2/00, ZEV 2003, 420 ff. m. Anm. *Fleischer*. Zu den praktischen Auswirkungen s. etwa *Geck*, ZEV 2003, 441; *Reich*, DNotZ 2004, 6.

¹⁵ Eingehend dazu *Rastätter*, ZEV 1996, 281, 288 f.; *Albrecht* in Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 714; dazu bereits *Waldner/H. Ott*, MittBayNot 1986, 65; *Weyland*, MittRhNotK 1997, 73 f.; kritisch hierzu *J. Mayer*, ZEV 1997, 176, 179 f.

¹⁶ Dazu *J. Mayer*, ZEV 1997, 176, 180 f.

2. HWiG § 3 a. F., ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 (*Umfang der Sicherungsabrede bei Widerruf eines grundschuldgesicherten Darlehens*)

Die einer Grundschuld mit persönlicher Haftungsübernahme und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zugrunde liegende Sicherungsabrede des mit dem Schuldner identischen Grundschuldbestellers, die formlos und konkludent getroffen werden kann und die den Entschluss zum Abschluss des zu sichernden Vertrages entscheidend fördert, erfasst bei einem wirksamen Widerruf eines Darlehensvertrages auch ohne ausdrückliche Vereinbarung regelmäßig Ansprüche des Kreditgebers aus § 3 HWiG a. F. Etwas anderes kann nur bei Vorliegen besonderer – vom Schuldner darzulegender und zu beweisender – Gründe gelten, die ausnahmsweise gegen die Einbeziehung der Folgeansprüche in die Sicherungsvereinbarung sprechen.

BGH, Urteil vom 28.10.2003, XI ZR 263/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der beklagten Bausparkasse aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld, soweit sie nicht in den belasteten Grundbesitz erfolgt.

Zur Finanzierung des Kaufpreises von 200.700 DM für eine zu Steuersparzwecken erworbene Eigentumswohnung nahmen der Kläger und seine damalige Ehefrau bei der Beklagten mit Darlehensvertrag vom 2.7.1992 ein Darlehen von 188.000 DM auf, das über drei dazu abgeschlossene – parallel zu den Zinsraten anzuspärende – Bausparverträge getilgt werden sollte. Zur Absicherung des Kredits bestellten sie mit notarieller Urkunde vom 27.6.1992 eine Grundschuld in Höhe von 188.000 DM, übernahmen für die Zahlung eines Geldbetrages in Höhe der Grundschuld (Kapital und Nebenleistungen) die persönliche Haftung und unterwarfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen.

Nachdem der Kläger und seine frühere Ehefrau die vereinbarten Zahlungen auf das Darlehen nicht mehr erbracht hatten, kündigte die Beklagte dieses im Mai 1999 und betreibt nunmehr gegen den Kläger die Zwangsvollstreckung.

Mit seiner Klage hat sich der Kläger darauf berufen, er und seine frühere Ehefrau hätten den Darlehensvertrag gemäß § 1 HWiG in der bis zum 30.9.2000 geltenden Fassung (im Folgenden: a. F.) mit Schreiben vom 8.9.2000 wirksam widerrufen. Hierzu hat er geltend gemacht, Mitarbeiter der Streithelferin hätten sie im Juni 1992 mehrfach zu Hause aufgesucht und zum Wohnungskauf sowie zur Darlehensaufnahme und zum Abschluss der Bausparverträge überredet. Zudem hafte die Beklagte aus eigenem und zugerechnetem vorvertraglichen Aufklärungsverschulden. Insbesondere habe sie es pflichtwidrig unterlassen, darauf hinzuweisen, dass der Wohnungserwerb und das gewählte Finanzierungskonzept unrentabel seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr auf die Berufung des Klägers stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

II.

(...)

1. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger und seine frühere Ehefrau hätten den Darlehensvertrag wirksam nach § 1 Abs. 1 HWiG a. F. widerrufen. Das wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

2. Sie wendet sich aber zu Recht gegen die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht einen Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der Darlehensvaluta abgelehnt hat.

a) Zwar verkennt auch das Berufungsgericht nicht, dass im Falle eines wirksamen Widerrufs des Darlehensvertrages die Parteien gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a. F. jeweils verpflichtet sind, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren (Senatsurteile BGHZ 152, 331, 335, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1744).

b) Von Rechtsirrtum beeinflusst ist aber die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte könne hier ausnahmsweise nicht die Rückzahlung des Darlehens, sondern allenfalls die Übertragung der finanzierten Eigentumswohnung verlangen, weil der Darlehensvertrag und der Kaufvertrag über die Eigentumswohnung eine wirtschaftliche Einheit bildeten. Das trifft nicht zu.

Wie der Senat in seinem Urteil vom 9.4.2002 (BGHZ 150, 248, 262 f. m. w. Nachw.) dargelegt hat, sind nach ständiger langjähriger Rechtsprechung mehrerer Senate des Bundesgerichtshofs der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen (vgl. auch Senatsurteile vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 484 f., vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743, und vom 23.9.2003, XI ZR 135/02, Umdruck S. 8). Dies sieht auch das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend. Es verkennt aber, dass der Gesetzgeber dem Rechnung getragenen hat, indem er in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG bestimmt hat, dass die Regelungen über verbundene Geschäfte (§ 9 VerbrKrG) auf Realkredite im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG keine Anwendung finden, und dass das für Realkredite, die dieser Vorschrift unterfallen, angesichts des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung ausnahmslos gilt (Senatsurteile BGHZ 152, 331, 337, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich hier um einen solchen Realkredit, so dass für die Annahme eines verbundenen Geschäfts im Sinne des § 9 VerbrKrG kein Raum ist. Der Widerruf des Realkreditvertrages berührt daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Wirksamkeit des Kaufvertrages über die Eigentumswohnung nicht. Die Beklagte hat vielmehr gemäß § 3 Abs. 1 HWiG a. F. gegen den Kläger einen Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages sowie auf dessen marktübliche Verzinsung (vgl. Senatsurteile BGHZ 152, 331, 336, 338, vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743).

Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 HWiG (BGHZ 150, 248, 253 ff.) ändert daran nichts. Sie hat nicht zur Folge, dass das Verbraucherkreditgesetz für Geschäfte der vorliegenden Art generell nicht zu beachten wäre. Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditgesetz stehen insofern vielmehr ebenso nebeneinander wie Haustürgeschäfte- und Verbraucherkreditrichtlinie (Senatsurteile BGHZ 150, 248, 263, BGHZ 152, 331, 338, vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 485, und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, ZIP 2003, 1741, 1743). Die Haustürgeschäfte-richtlinie steht dem nicht entgegen, weil ihr Artikel 7 die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs von Haustürgeschäften ausdrücklich dem einzelstaatlichen Recht überlässt (Senatsurteile BGHZ 152, 331, 338, vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, a. a. O., und vom 15.7.2003, XI ZR 162/00, a. a. O.; Senatsbeschluss vom 16.9.2003, XI ZR 447/02, Umdruck S. 6 ff.). Das gilt, wie der Europäische Gerichtshof hervorgehoben hat,

gerade auch für die Folgen eines Widerrufs des Realkreditvertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie (EuGH, WM 2001, 2434, 2437).

III.

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Nach dem für die Revision zugrunde zu legenden Sachverhalt wird der Anspruch der Beklagten aus § 3 HWiG a. F. durch die vollstreckbare Grundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung durch den Kläger ebenfalls abgesichert.

a) Der Kläger hat mit notarieller Urkunde vom 27.6.1992 die persönliche Haftung für einen Geldbetrag in Höhe der vereinbarten Grundschuld übernommen und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Die formularmäßige Vereinbarung von abstrakten persönlichen Zahlungsverpflichtungen und die damit verbundene Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Schuldners verstößt – wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat – nicht gegen § 3 AGBG. Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nicht (BGHZ 99, 274, 282; Senatsurteile BGHZ 114, 9, 12 f., und vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 65 f.). Der Kläger musste daher mit einer solchen Klausel rechnen. Auf die nach der Behauptung des Klägers unterbliebene Belehrung durch den Notar kommt es deshalb nicht entscheidend an (Senatsurteil vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66).

b) Nach dem Vortrag der Beklagten sichern die Grundschuld und die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch Bereicherungsansprüche der Beklagten. Dies folgt nach Ansicht der Revision aus der in Nr. 3.10.2 der Darlehensbedingungen der Beklagten enthaltenen Sicherungszweckabrede, ausweislich derer die Grundschuld der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Gläubigerin gegen den Schuldner aus jedem Rechtsgrund diene. Zu Recht verweist die Revision darauf, dass eine so weite Sicherungszweckerklärung des mit dem Schuldner identischen Grundschuldbestellers im Falle der Unwirksamkeit des Darlehens Bereicherungsansprüche der Darlehensgeberin absichert (BGHZ 114, 57, 72; Senatsurteil vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, WM 2003, 64, 66). Abgesichert ist auch ein etwaiger Anspruch aus § 3 HWiG a. F., denn dieser Rückgewähranspruch ist der Sache nach nichts anderes als ein Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten und damit ein besonders ausgestalteter Bereicherungsanspruch (Senatsurteile vom 2.2.1999, XI ZR 74/98, WM 1999, 724, 725, und vom 26.11.2002, XI ZR 10/00, a. a. O.; BGHZ 131, 82, 87; vgl. auch Senatsurteil vom 21.1.2003, XI ZR 125/02, WM 2003, 483, 484).

Soweit sich der Kläger darauf beruft, die Darlehensbedingungen der Beklagten, in denen die weite Sicherungszweckbestimmung enthalten ist, seien nicht wirksam in den Darlehensvertrag einbezogen worden, schließt auch das eine Absicherung des Rückgewähranspruchs durch die Grundschuld und die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung nicht aus. Eine Sicherungsabrede, die formlos und konkludent getroffen werden kann und die den Entschluss zum Abschluss des zu sichernden Vertrages entscheidend fördert, erfasst nämlich auch ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung regelmäßig nicht nur die eigentlichen Erfüllungsansprüche, sondern auch diejenigen,

die als typische Folgeansprüche für den Fall einer sich im Laufe der Vertragsabwicklung herausstellenden Unwirksamkeit der Erfüllungsansprüche entstehen. Nur bei Vorliegen besonderer – vom Schuldner darzulegender und zu beweisender – Gründe, die ausnahmsweise gegen die Einbeziehung der Folgeansprüche in die Sicherungsvereinbarung sprechen könnten (BGHZ 114, 57, 72 f.), kann etwas anderes gelten.

Hierzu hat das Berufungsgericht bislang – nach seiner Rechtsauffassung konsequent – keine Feststellungen getroffen. Wie der Kläger zu Recht anmerkt, gilt das auch für die Einbeziehung der in den Darlehensbedingungen enthaltenen weiten Sicherungszweckerklärung in den Darlehensvertrag.

2. Soweit der Kläger erstmals in der Revisionsinstanz geltend macht, er habe mit Schreiben vom 8.9.2000 auch die der Grundschuld mit persönlicher Haftungsübernahme und Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zugrunde liegende Sicherungsvereinbarung wirksam widerrufen mit der Folge, dass die Beklagte die eingeräumten Sicherheiten gemäß § 3 HWiG zurückzugewähren habe, fehlen ausreichende Feststellungen des Berufungsgerichts. Das gilt auch für die Frage, ob die notarielle Grundschuldbestellung mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung eine Sicherungszweckerklärung enthält (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG a. F.). Auch die Parteien haben sich in den Vorinstanzen weder mit der Sicherungsvereinbarung noch mit der Auslegung der Widerrufserklärung befasst. Dazu müssen sie Gelegenheit erhalten.

3. BGB §§ 157, 313 (*Kein Anspruch des Käufers auf Herausgabe einer dem Verkäufer erstatteten Stellplatzablösesumme*)

Der Käufer, der als Rechtsnachfolger in die Rechte des Verkäufers aus einer Baugenehmigung eingetreten ist, kann die Stellplatzablösesumme, die diesem wegen Erlöschens der Baugenehmigung erstattet worden ist, nicht herausverlangen.

BGH, Versäumnisurteil vom 14.11.2003, V ZR 346/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte war Eigentümerin des Grundstücks H.-Straße 23 in K. Am 20.12.1991 erhielt sie die Genehmigung zur Errichtung eines Apartment-Hotels. Die Genehmigung war mit einer Stellplatzaufgabe verbunden, die zum Teil durch Zahlung abgelöst werden konnte. Aufgrund einer Vereinbarung vom 22.7.1992 zahlte die Beklagte eine Ablösesumme von 175.950 DM an die Stadt. Mit notariellem Vertrag vom 14.9.1994 verkaufte sie das Grundstück, auf dem die Bauarbeiten aufgenommen worden waren, für 1.802.700,01 DM an den Kläger. Dieser hatte sich mit der Absicht getragen, den Bau als Wohn-, Büro- und Geschäftshaus weiterzuführen, nahm aber im Hinblick auf die Entwicklung des Immobilienmarktes am Ort von der Baumaßnahme Abstand. Die Stadt zahlte die Ablösesumme nach Erlöschen der Baugenehmigung an die Beklagte zurück.

Der Kläger hat die Beklagte auf Zahlung in Höhe der Ablösesumme in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat ihr in Höhe von 165.950 DM stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, in ergänzender Auslegung des Kaufvertrags der Parteien sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Rechte aus der mit der Stadt getroffe-

nen Ablösevereinbarung an den Kläger abzutreten. Nach Rückerstattung habe sie die Summe an diesen weiterzugeben. Da der Kläger mit Erwerb des Eigentums in die sich aus der Baugenehmigung ergebenden Rechte eingetreten sei, sei ihm die Ablösesumme zugute gekommen. Ein gesonderter Ausgleich hierfür sei im Kaufvertrag nicht vorgesehen gewesen. Dies spreche dafür, dass die Beklagte ihm bei Nichtausführung des Baus den Rückerstattungsanspruch zu überlassen habe. Anderenfalls würde das ausgewogene Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das zu vermuten sei, durchbrochen.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

II.

1. Der Rückzahlung der Ablösesumme an die Beklagte durch eine ergänzende Auslegung des Kaufvertrags der Parteien Rechnung zu tragen, ist nicht möglich. Eine ergänzende Auslegung kann das Gericht nicht bereits dann vornehmen, wenn ein Vertrag einen Punkt, der sich im Streitfall als erheblich erweist, offen lässt. Erforderlich ist vielmehr eine planwidrige Lücke des Vereinbarten (BGHZ 77, 301, 304; 127, 138, 142). Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass die Parteien mit der getroffenen Regelung ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies aber wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarten nicht gelungen ist (BGH, Urteil vom 20.3.1985, VIII ZR 64/84, NJW 1985, 2581 f.). Die Lücke tritt in diesen Fällen in einem Bereich auf, den die Parteien als regelungsbedürftig angesehen haben (Senatsurteil vom 14.1.2000, V ZR 416/97, BGHR BGB § 157, Ergänzende Auslegung 23); das Ergänzungsbedürfnis entsteht innerhalb der wirklich gewollten Vereinbarungen (BGH, Urteil vom 11.12.1991, XII ZR 63/90, BGHR a. a. O., Ergänzende Auslegung 14). Die Lücke muss zwar nicht von Anfang an bestanden haben, sie kann auch, was hier allein in Frage kommen könnte, infolge nachträglicher Umstände eingetreten sein (BGH, Urteil vom 19.6.1980, III ZR 182/78, NJW 1981, 219, 220). Im Gegensatz zu den Grundsätzen über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), die einer Anpassung des Gewollten an die Wirklichkeit oder dessen Liquidation bei Scheitern der Anpassung dienen, geht es bei der ergänzenden Vertragsauslegung, auch soweit sie durch nachträgliche Umstände veranlasst ist, darum, den in dem Vereinbarten zutage tretenden Planvorstellungen zum Durchbruch zu verhelfen. Ihr Ansatzpunkt besteht daher in der Ermittlung dessen, was die Parteien (bei angemessener Abwägung ihrer Interessen und als redliche Vertragspartner) zur Schließung der Lücke selbst unternommen hätten (hypothetischer rechtsgeschäftlicher Wille; BGHZ 90, 69, 77; 127, 138, 142).

Den Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass der Kaufvertrag der Parteien rechtlich auf einen über den Leistungsaustausch hinausgehenden Erfolg gerichtet gewesen wäre. Mit Erwerb des Eigentums an dem Grundstück rückte der Kläger allerdings, wovon das Berufungsgericht nach § 61 Abs. 8 HBO ausgeht, der „für Rechtsnachfolgerinnen und Rechtsnachfolger“ die Geltung der Verwaltungsakte anordnet, in die Rechtsstellung der Beklagten als Adressatin der Baugenehmigung ein. Dieses unmittelbar auf gesetzlicher Anordnung, nur mittelbar auf vertraglicher Gestaltung beruhende Ergebnis mag zwar, wozu Feststellungen allerdings fehlen, vom vertraglichen Regelungszweck erfasst worden sein. Jeder Anhaltspunkt fehlt aber dafür, dass dem Kläger mehr als die rechtliche Möglichkeit, das Bauvorhaben unter Ausnutzung der Stellplatzablösung durchzuführen, geboten werden sollte. Ob er hiervon Gebrauch machte oder nicht, lag allein in seiner durch das Eigentum begründeten Befugnis, mit dem Baugrundstück nach Belieben zu verfahr-

ren (§ 903 BGB). Im Übrigen konnte auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen noch nicht einmal davon ausgegangen werden, dass dem Kläger die rechtlich gesicherte Möglichkeit verschafft werden sollte, die von ihm, abweichend von den genehmigten Plänen (Hotel), beabsichtigte Bebauung (Wohn-, Büro- und Geschäftshaus) unter Ausnutzung der Stellplatzablösung zu verwirklichen. Auch der Kläger ging, wie die vorgelegte Korrespondenz mit der Stadtverwaltung zeigt, davon aus, dass zur Verwirklichung seines Vorhabens eine Änderungsgenehmigung erforderlich war. Aus der Feststellung des Berufungsgerichts, dass für die Parteien bei Kaufabschluss kein Anlass bestanden habe, „über eine mögliche Rückerstattung des Ablösebetrages bei Nichtbebauung des Grundstücks nachzudenken“, kann somit nicht gefolgert werden, ihre Vereinbarung sei lückenhaft.

2. Auch eine Anpassung des Kaufvertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nicht in Frage. Geschäftsgrundlage, wenn nicht Vertragsinhalt (dazu oben zu 1.), mag die Möglichkeit des Klägers gewesen sein, die Rechte aus der Baugenehmigung vom 20.12.1991 auszuüben. Dafür, dass nach den beiderseitigen oder für die jeweilige Gegenseite erkennbaren Vorstellungen der Parteien der gemeinsame Geschäftswille darauf beruht hätte, dass der Kläger von der erworbenen öffentlich-rechtlichen Stellung auch Gebrauch machte und sich so den Vorteil der Stellplatzablösung sicherte (BGHZ 128, 230, 236), sind keine Anhaltspunkte gegeben. Die vom Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung erörterten Umstände geben hierfür nichts her. Bei der Prüfung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung übersieht das Berufungsgericht, dass die Leistung der Beklagten sich darauf beschränkte, dem Kläger mit dem Eigentum die Möglichkeit zu verschaffen, die Baugenehmigung mit Stellplatzablösung zu nutzen. Der Umstand, dass er hiervon aus in seinem Bereich liegenden Gründen absah, führt nicht zu einer Äquivalenzstörung. Schon gar nicht würde dies gelten, wenn die Stellplatzablösung, wovon das Berufungsgericht (möglicherweise) ausgeht, nicht einmal Eingang in die Kaufpreiskalkulation der Beklagten gefunden hätte.

4. ErbbauVO § 2 Nr. 4 (*Unbestimmter Rechtsbegriff als Heimfallvoraussetzung*)

Die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zur Beschreibung der Voraussetzungen, bei deren Eintritt der Heimfall des Rechts verlangt werden kann, ist wirksam.

BGH, Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt in DNotZ 2004, 143.

Anmerkung:

Die Entscheidung befindet sich an der Grenzzone mehrerer Erbaurechts-Grundsätze.

1. „Bestimmte“ Voraussetzungen des Heimfalls und unbestimmter Rechtsbegriff

a) Bei der Auslegung der Formulierung von § 2 Nr. 4 ErbbauVO wird bisher fast völlig unstrittig¹ ein unbestimmter Rechtsbegriff für zulässig gehalten; dies wird vom BGH nun bestätigt. Das LG Oldenburg und das LG Düsseldorf² begrün-

den dies damit, dass bei einem unbestimmten Rechtsbegriff der Heimfallanspruch genauso feststellbar sei wie bei einem „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ oder bei einer „Unzumutbarkeit als Kündigungsgrund bei Dauerschuldverhältnissen“. Die zitierte Entscheidung des BGH² beschäftigt sich zwar mit einem Erbaurecht, bei dem u. a. der Heimfall auch bei Vorliegen des zitierten unbestimmten Rechtsbegriffs zulässig ist. Da jedoch im damals entschiedenen Fall der Heimfall aus ganz anderen Gründen erklärt worden war, wurde der unbestimmte Rechtsbegriff weder im Tenor noch in den Gründen behandelt.

b) Warum der Begriff „bestimmte Voraussetzungen“ in § 2 Nr. 4 ErbbauVO und der Begriff „nach Zeit und Höhe ... bestimmt“ in § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO alter Fassung (bis zum 30.9.1994) so völlig verschieden ausgelegt werden, obwohl in beiden Fällen die gleiche und gleichzeitige Gesetzessprache vorliegt, ist anscheinend noch nirgends hinterfragt worden. Bei § 9 Abs. 2 ErbbauVO alter Fassung wurde nämlich die Bestimmtheit im engen Sinne verstanden und die Bestimmbarkeit nach völlig einhelliger Meinung für unzureichend erachtet;³ ferner wurde für die Bestimmbarkeit eines Anpassungsanspruchs als Grundlage einer Vormerkung nach h. M. verlangt, dass kein echter Spielraum für Billigkeitserwägungen bestehen bleiben darf.⁴ Demgegenüber sollen hier Billigkeitserwägungen – als häufiger Teil des unbestimmten Rechtsbegriffs – schon bei der Bestimmtheit zulässig sein. Zwar ist einerseits ein Heimfall als Schutzmittel für Störungen im Rahmen des Dauerrechtsverhältnisses gedacht; jedoch sollte andererseits aus den vorgenannten Gründen ein (weiteres) Ausufern und Aufweichen der bestimmten Heimfallvoraussetzungen durch die künftige Rechtsprechung begrenzt werden.

2. Zusammenhang des Heimfallgrunds mit dem Rechtsverhältnis Grundstückseigentümer/Erbauberechtigter

a) Diese Voraussetzung für den Heimfallgrund wird in der Literatur einhellig gefordert.⁵ Auf den ersten Blick ist diese Voraussetzung hier gegeben. Bei genauerer Betrachtung ist dies jedoch fraglich. Nach dem hier gegenständlichen Heimfall entsteht ein Eigentümererbaurecht, das wirtschaftlich einer Beendigung des Erbaurechts entspricht und das jederzeit vom Grundstückseigentümer = Erbauberechtigten leicht aufgehoben werden kann. Heimfallvoraussetzung ist nun, dass dieses damit faktisch erbaurechtsfreie Grundstückseigentum besser genutzt oder verwertet werden kann, also eine wirtschaftlich günstigere Nutzung oder Verkauf des erbaurechtsfreien Grundstücks als des durch ein fremdes Erbaurecht belasteten Grundstücks erfolgen kann. Der Heimfallgrund zielt also gegen das Erbaurecht und will nicht das Rechtsverhältnis Grundstückseigentümer/Erbauberechtigter ausgestalten.

b) Nach der Literatur⁶ dürfte eine Heimfallvereinbarung für den Fall, dass ein zwischen dem Grundstückseigentümer und

¹ Vgl. v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbaurechts, 3. Aufl., Rdnr. 4.79 m. w. N.; BGH, WM 1984, 1514, 1516; LG Oldenburg, Rpfleger 1979, 383, 384; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1989, 218, 219.

² Fn. 1.

³ MünchKommBGB/v. *Oefele*, 3. Aufl., § 9 ErbbauVO Rdnr. 34 m. w. N.

⁴ MünchKommBGB/v. *Oefele*, § 9 Rdnr. 64 m. w. N.

⁵ v. *Oefele/Winkler*, Rdnr. 4.83; MünchKommBGB/v. *Oefele*, § 2 Rdnr. 27; RGRK/Räfle, § 2 Rdnr. 28.

⁶ Vgl. Fn. 5.

dem Erbbauberechtigten über ein anderes Grundstück abgeschlossener Pachtvertrag beendet wird, unzulässig sein; darin liegt in Wirklichkeit eine nicht zulässige Bedingung. Dies ist hier der Fall, da die zweite Tatbestandsvoraussetzung für den Heimfall in der Beendigung eines Betriebszulassungs- und Pachtvertrags über anderweitigen Grundbesitz (also nicht das Erbbaugrundstück) liegt.

3. Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit des Heimfallgrunds

a) Unstrittig⁷ ist weiter, dass der Heimfallgrund nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen und nicht sittenwidrig (§ 138 BGB) sein darf.

b) Bei einer *schuldrechtlichen Kaufzwangsklausel* hat der Grundstückseigentümer statt der Alternative zwischen Verkauf des Grundstücks oder Erbbaurechtsbestellung beide Möglichkeiten kumulativ, d. h. er kann vom Erbbauberechtigten verlangen, dass er nach der Erbaurechtsbestellung auch das Erbbaugrundstück kauft. Bei dieser Gestaltung wurde zunächst Gesetzes- und/oder Sittenwidrigkeit angenommen;⁸ nach BGH und h. M.⁹ kann dies nicht generell aus der Kaufzwangsklausel abgeleitet werden, sondern hängt dies vielmehr von der konkreten Ausgestaltung des Vertrags und von den Umständen des einzelnen Falls ab.

c) Hier liegt eine dingliche „*umgekehrte Kaufzwangsklausel*“ vor: Der Grundstückseigentümer kann hier wieder anstatt der Alternative von zwei Möglichkeiten von beiden kumulativ Gebrauch machen, nämlich einerseits Belassen des Erbbaurechts und andererseits Heimfall zu günstigerer Verwertung, also faktische und/oder rechtliche Wiederherstellung des vollen Grundstückseigentums ohne Erbbaurecht, also Zurückholen des erbaurechtsfreien Grundstückseigentums. Diese Variante ist nur an die wirtschaftlich günstigere Nutzung/Verwertung gekoppelt, die ja in gleicher Weise auch Entscheidungsmotiv für die Verwendung der Kaufzwangsklausel ist. Es handelt sich also um die wirtschaftlich fast völlig identische und rechtlich teilweise umgekehrte Gestaltung wie bei der Kaufzwangsklausel: Die Variante „Behalten des Erbbaurechts“ ist identisch; an die Stelle der Variante „Verkauf des Grundstücks an den Erbbauberechtigten“ tritt hier die Variante „Wiederherstellung des freien Grundstückseigentums mit Verkaufsmöglichkeit durch den Grundstückseigentümer“.

d) Wie bei der Kaufzwangsklausel sind hier gegen §§ 134, 138 BGB verstoßende Einzelfälle denkbar: Bei einem Erbbaurecht zu Wohnzwecken kann eine entsprechende Gestaltung zum Verlust des Bauwerkseigentums und damit „Verlust der Heimat“ des Erbbauberechtigten führen und damit dessen grundlegende Lebensdisposition in Frage stellen; hier können insbesondere bei kinderreichen Familien oder alten Menschen große Probleme entstehen. Auch kann – falls der hier konstruierte Heimfallgrund (günstigere Verwertung) auf die ganze Laufzeit nach Belieben des Grundstückseigentümers angewandt werden kann – eine Überraschungsklausel i. S. d. § 305 e BGB vorliegen.¹⁰ Die Rechtsprechung des BGH zur Kaufzwangsklausel sollte also hier ebenfalls angewandt werden.

⁷ Vgl. OLG Braunschweig, OLGZ 1976, 52 = DNNotZ 1976, 603 = Rpfleger 1975, 399; v. Oefele/Winkler, Rdnr. 4.84.

⁸ Kollhossler, NJW 1974, 1302.

⁹ BGHZ 68, 1 = NJW 1977, 761, und BGHZ 75, 15 = DNNotZ 1979, 733; WM 1980, 877; OLG Hamm, NJW 1977, 203; zur Literatur vgl. MünchKomm/v. Oefele, § 2 Rdnr. 40 Fn. 94.

¹⁰ Vgl. BGHZ 75, 15, 22 = NJW 1979, 2387; BGHZ 114, 338 = NJW 1991, 2141; MünchKomm/v. Oefele, § 2 Rdnr. 41.

e) Außerdem kann bei einem Heimfall zur günstigeren Verwertung der erbaurechtstypische Charakter des Eigentums am Bauwerk und der Schutz des Erbbauberechtigten durch § 1 Abs. 4 ErbbauVO vor vorzeitiger Beendigung des Erbbaurechts angetastet werden. Die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit wird zwar nicht ausgeschlossen, aber praktisch erheblich eingeschränkt. Wo bleibt nämlich der Eigentumscharakter und die Veräußerlichkeit, zumindest bei einer Fallgestaltung, bei der das Schicksal des Erbbaurechts nur an einer jederzeit möglichen, anderweitig günstigeren Nutzung/Verwertung des erbaurechtsfreien Grundstücks hängt?

Im Ergebnis bleibt daher zu hoffen, dass der BGH künftig diese Argumente berücksichtigt und Schranken für die hier gegenständliche Vertragsgestaltung setzt.

Notar *Helmut Frhr. v. Oefele*, München

5. BGB § 504 a. F. (§ 463 n. F.) (*Kein Vorkaufsrecht bei Bestellung einer zur Ausbeutung eines Grundstücks berechtigenden Dienstbarkeit*)

Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die dazu berechtigt, ein Grundstück auf die Dauer von 99 Jahren gegen Zahlung eines in zehn Jahresraten zu zahlenden Entgelts als Steinbruch auszubeuten, stellt keinen kaufähnlichen Vertrag dar, der die Ausübung eines Vorkaufsrechts eröffnet.

BGH, Urteil vom 26.9.2003, V ZR 70/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagten zu 1 und 2 sind Miteigentümer einer landwirtschaftlichen Fläche, an der der Gemeinschuldnerin ein im Grundbuch eingetragenes Vorkaufsrecht zusteht. Mit notariellem Vertrag vom 18.7.2001 bestellten die Beklagten zu 1 und 2 den Beklagten zu 3 und 4 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die diese berechtigt, eine Teilfläche des Grundstücks von rund 14 700 qm auf die Dauer von 99 Jahren als Steinbruch auszubeuten. Als Gegenleistung sind 400.000 DM, zahlbar in Jahresraten zu je 40.000 DM, beginnend mit dem 1.10.2001, vereinbart. Die Beklagten zu 3 und 4 sind nicht verpflichtet, die ausgebeuteten Flächen bei Rückgabe aufzufüllen, zu bepflanzen oder zu rekultivieren.

Der beurkundende Notar informierte den Kläger Anfang November 2001 über die Bestellung der Dienstbarkeit, die zwischenzeitlich in das Grundbuch eingetragen worden war. Mit Schreiben vom 21.12.2001, gerichtet an die Beklagten zu 1 und 2, übte der Kläger das Vorkaufsrecht der Gemeinschuldnerin aus. Er verlangt von den Beklagten zu 1 und 2 die Übertragung der Grundstücksfläche im Umfang des eingeräumten Ausbeutungsrechts Zug um Zug gegen Zahlung von 204.516,75 € und von den Beklagten zu 3 und 4 die Bewilligung der Löschung der Dienstbarkeit. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat ihr stattgegeben. Mit der von ihm zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht sieht in dem Vertrag zur Bestellung des Ausbeuterechts einen kaufähnlichen Vertrag, der dem Kläger die Ausübung des Vorkaufsrechts der Gemeinschuldnerin eröffne. Angesichts der Vertragslaufzeit von 99 Jahren und der einem Kaufpreis entsprechenden Gegenleistung erweise sich der Vertrag bei wirtschaftlicher Betrachtung als Kauf. Die hiervon formal abweichende Gestaltung sei nur gewählt worden, um das Vorkaufsrecht zu unterlaufen.

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Nach der Rechtsprechung des Senats eröffnet § 504 BGB a. F. nicht nur dann die Ausübung des Vorkaufsrechts, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten formell einen Kaufvertrag über den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand geschlossen hat. Vielmehr gebietet eine interessengerechte Auslegung der Norm, sie auch auf solche Vertragsgestaltungen zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten anzuwenden, die bei materieller Betrachtung einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, dass sie ihm gleichgestellt werden können und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (Senat, BGHZ 115, 335; Urt. v. 20.3.1998, V ZR 25/97, WM 1998, 1189).

2. Rechtsfehlerhaft ist indes die Annahme des Berufungsgerichts, dass diese Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind. Allerdings ist die Auslegung und Würdigung des Vertrages zwischen den Beklagten zu 1 und 2 und den Beklagten zu 3 und 4 in erster Linie Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann dessen Auslegung aber u. a. darauf überprüfen, ob der Auslegungstoff vollständig berücksichtigt worden ist und ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind (st. Rspr. des BGH, vgl. Urt. v. 25.2.1992, X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968; Urt. v. 5.1.1995, IX ZR 101/94, NJW 1995, 959; Urt. v. 31.10.1995, XI ZR 6/95, NJW 1996, 248; Urt. v. 16.12.1998, VIII ZR 197/97, NJW 1999, 1022, 1023). Gemessen daran erweist sich die Würdigung der Vertragsgestaltung durch das Berufungsgericht als für den Senat nicht bindend, da sie wesentliche Gesichtspunkte außer Acht lässt und den Interessen der Vorkaufsverpflichteten nicht hinreichend Beachtung schenkt und damit gegen den Grundsatz beiderseits interessengerechter Interpretation verstößt (BGH, Urt. v. 9.7.2001, II ZR 205/99, NJW 2001, 3777, 3778).

a) Den „kaufähnlichen Charakter“ des Ausbeutungsvertrages will das Berufungsgericht dem Umstand entnehmen, dass der Steinbruch 99 Jahre lang und somit über mehr als eine Generation hinweg ausgebeutet werden dürfe. Diese Überlegung trägt nicht. Der Steinbruch kann nur solange ausgebeutet werden, wie das Vorkommen reicht. Beutet es der Berechtigte innerhalb kürzerer als der Vertragslaufzeit aus, fällt der Vorteil für den Dienstbarkeitsberechtigten fort. Die Ausübung des Rechts wird dauernd unmöglich, so dass die Dienstbarkeit vor Ablauf der vereinbarten Zeit erlischt und der Grundstückseigentümer ihre Löschung verlangen kann (vgl. Senat, BGHZ 41, 209, 214; *Staudinger/Mayer*, BGB [2002], § 1091 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Joost*, 3. Aufl., § 1091 Rdnr. 3). Die vereinbarte Vertragslaufzeit ist daher nur bedingt aussagekräftig für das Ausmaß der Bindung, die der Eigentümer eingeht. Sie gewährt dem Berechtigten einen zeitlichen Rahmen für die Ausübung der Rechte, bestimmt aber nicht allein die Dauer der Eigentümerbeschränkung.

b) Soweit das Berufungsgericht meint, das Vorkaufsrecht werde durch die Vertragsgestaltung praktisch unterlaufen, weil es wirtschaftlich uninteressant geworden sei, verkennt es, dass dies bei jeder Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der Fall ist, die den wirtschaftlich wesentlichen Vorteil des belasteten

Grundstücks dem Berechtigten zuweist. § 504 BGB a. F. dient aber nicht dazu, Vertragsgestaltungen zu unterbinden, die dem Grundstückseigentümer an sich zu Gebote stehen und die – wie im vorliegenden Fall – auch durchaus üblich und sachangemessen sind. Dass Ausbeutungsrechte vertraglich an Dritte veräußert und durch Dienstbarkeiten gesichert werden, bietet sich an und entspricht der üblichen Praxis. Der Schluss darauf, dass der Grundstückseigentümer und der Dritte ein im Falle des Grundstücksverkaufs drohendes Vorkaufsrecht unterlaufen wollten, lässt eine solche Vertragsgestaltung ohne weitere Umstände nicht zu.

c) Dass die Gegenleistung die Höhe eines Kaufpreises erreichen mag – wie das Berufungsgericht annimmt –, lässt nicht den Schluss darauf zu, dass die Vertragsparteien bei wertender Betrachtung einen kaufähnlichen Vertrag geschlossen hätten. Der Preis wird durch den Wert bestimmt, den die Parteien dem Ausbeutungsrecht beimessen. Wenn dies der wesentliche Wirtschaftsfaktor ist, liegt es nahe, dass der Preis dem Gegenwert des Grundstücks selbst nahe kommt. Das hindert die Parteien aber nicht, das Grundstück mit einer Dienstbarkeit zu belasten, statt das Vollrecht zu übertragen. Im Übrigen wertet das Berufungsgericht die vereinbarten Zahlungsmodalitäten einseitig zu Lasten der Beklagten. Dass die Gegenleistung in zehn Jahresraten zu erbringen ist, entspricht gerade nicht der Üblichkeit eines auf Umsatz ausgerichteten Kaufgeschäfts, sondern lässt eher erkennen, dass es um die Entlohnung für ein zeitlich bemessenes Recht geht. Dabei ist der Unterschied zwischen Zahlungszeit (10 Jahre) und Vertragslaufzeit (99 Jahre) weniger auffällig, als das Berufungsgericht meint. Es ist durchaus vorstellbar – wird von dem Berufungsgericht aber nicht in den Blick genommen –, dass sich der zeitliche Rahmen für die Zahlung mit dem Zeitraum deckt, der für eine konzentrierte und zügige Ausbeutung des Steinbruchs anzusetzen ist.

3. Da die Begründung des Berufungsgerichts das Ergebnis der Vertragsauslegung nicht trägt, kann der Senat die notwendige Würdigung anhand des Parteivorbringens und der getroffenen Feststellungen selbst vornehmen (vgl. Senat, Urt. v. 20.3.1998, V ZR 25/97, WM 1998, 1190, 1191). Danach ist ein Vorkaufsfall im Sinne des § 504 BGB a. F. zu verneinen.

a) Die Gewährung eines dinglich gesicherten Ausbeutungsrechts gegen Zahlung des wirtschaftlichen Gegenwertes stellt keine ungewöhnliche Fallgestaltung dar, die Rückschlüsse darauf zulässt, dass ein bestehendes Vorkaufsrecht unterlaufen werden sollte und Vorkaufsverpflichteter und Dritter eine Vertragsgestaltung gewählt haben, die formal die Kriterien eines Kaufvertrages vermeidet, in materieller Sicht aber einer kaufweisen Übertragung gleichkommt.

Darauf lassen – wie dargelegt – auch weder die Vertragslaufzeit noch die Zahlungsmodalitäten schließen. Dass sich die Beklagten zu 1 und 2 durch den Vertrag der wirtschaftlich wichtigsten Befugnis, die das Grundstück bietet, begeben haben, trifft zu, liegt aber an den Möglichkeiten, die eine Dienstbarkeit dem Berechtigten gewähren kann, ohne dass darin eine Umgehung eines – auch denkbaren – Kaufvertrages läge. Von einem solchen unterscheidet sich die gewählte Vertragsgestaltung entscheidend dadurch, dass die Beklagten zu 1 und 2 ihr Eigentumsrecht, und zwar nicht als bloßes nudum ius, behalten und dass die den Beklagten zu 3 und 4 eingeräumte Rechtsposition weder dauerhaft noch übertragbar (§ 1092 Abs. 1 BGB) ist. Dass sie auf eine relativ lange Zeit ausgelegt ist, wird – wie dargelegt – dadurch relativiert, dass ein erheblich früheres Erlöschen denkbar und nach dem Vertrag nicht ausgeschlossen ist. Die Beklagten zu 3 und 4 erhalten eine

Rechtsposition, die mit der eines Käufers, der über das ihm übertragene Eigentum frei verfügen kann, inhaltlich nicht vergleichbar ist. Die Beklagten zu 1 und 2 behalten auch aus materieller Sicht – und damit anders als etwa in der der Senatsentscheidung vom 20.3.1998 zugrunde liegenden Fallgestaltung (V ZR 25/97, WM 1998, 1190) – das Eigentum. Der Vertrag ist gerade nicht darauf angelegt, es ihnen letztlich zu nehmen oder sie in den wesentlichen Befugnissen, die nicht durch die Dienstbarkeit ausgeschlossen sind, inhaltlich zu beschränken.

b) Ob die Möglichkeit der Verfüllung des ausgebeuteten Grundstücks nach Beendigung des Vertrages von einer Depotgenehmigung abhängt, deren Erteilung aus Gründen des Umweltschutzes und wegen der schwer einzuschätzenden Bedingungen als fraglich angesehen werden muss – wie das Berufungsgericht meint –, ist ohne Bedeutung. Zum einen erwägt auch das Berufungsgericht, dass aus heutiger Sicht die Verfüllung mit Aushubmaterial lukrativ sein und einen wirtschaftlichen Vorteil für den Grundstückseigentümer darstellen könne. Wenn aber die Parteien von dieser Sicht ausgegangen sind – und gegenteilige Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen –, dann haben sie dieser Nutzung eine wirtschaftliche Bedeutung zugemessen, die den Beklagten zu 1 und 2 nach der Ausbeutung des Steinbruchs verbliebe und die deutlich gegen die Wertung der Vertragsgestaltung als kaufähnlichen Geschäfts spräche. Aber auch wenn die Parteien diese konkrete Verwendungsmöglichkeit nicht ins Kalkül gezogen haben, so liegt in der Verpflichtung zur Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zur Ausbeutung des Steinbruchs ohne Hinzutreten besonderer Umstände kein kaufähnlicher Vertrag. Es bleibt grundsätzlich dem Eigentümer überlassen, ob er den wirtschaftlichen Wert seines Grundstücks durch Verkauf oder in anderer seinen Bedürfnissen entsprechender Weise realisieren will. Nur wenn ein interessegerechtes Verständnis der gewählten Vertragsgestaltung zu dem Ergebnis führt, dass allen formellen Vereinbarungen zum Trotz der Wille der Vertragsschließenden auf eine Eigentumsübertragung gegen Zahlung eines bestimmten Preises gerichtet war, kann von einem kaufähnlichen Geschäft ausgegangen werden, das die Wirkungen des § 504 BGB a. F. auslöst (vgl. Senat, Urt. v. 20.3.1998, V ZR 25/97, WM 1998, 1190, 1192). Das ist hier auch dann nicht der Fall, wenn die Beklagten zu 1 und 2 ein Grundstück zu Eigentum behalten, das aus heutiger Sicht seinen wesentlichen Wert verloren haben wird, wenn es die Beklagten zu 3 und 4 vertragsgemäß ausnutzen. Es bleibt auch dann dabei, dass die Beklagten zu 3 und 4 nach Zeit gestaffelt einen Preis für das Recht zur Ausbeutung zahlen. Dem Kläger gäbe dies nur dann ein Recht, wenn ihm ein „Eintrittsrecht“ in einen solchen Ausbeutungsvertrag zustünde. Das ist nicht der Fall, und ein solches Recht regelt § 504 BGB a. F. nicht. Dies wird nicht zuletzt auch daran deutlich, dass die Rechtsprechung des Senats dem Verkaufsberechtigten nur die Möglichkeit gibt, zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses in den Vertrag „einzutreten“, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (BGHZ 115, 335). Das aber ist hier gerade nicht möglich und auch nicht gewollt. Der Kläger erstrebt nicht das Ausbeutungsrecht gegen auf zehn Jahre gestaffelte Zahlungen, sondern die Eigentumsübertragung gegen Zahlung eines Kaufpreises. Dies entspricht nicht den Vereinbarungen zwischen den Beklagten zu 1 und 2 und den Beklagten zu 3 und 4.

6. BGB §§ 879, 1105, 1107 (*Keine Eintragungsfähigkeit einer Reallast mit Nachrang der rückständigen Raten gegenüber dem Stammrecht*)

Die Bestellung einer Reallast, bei der die rückständigen Raten Rang nach dem Recht im Übrigen haben, ist nicht möglich.

BGH, Beschluss vom 2.10.2003, V ZB 38/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beteiligte zu 1 war Eigentümer eines im Grundbuch von D., Bl. 396, eingetragenen Hausgrundstücks. Mit notariellem Vertrag vom 25.10.2001 übertrug er das Grundstück der Beteiligten zu 2, seiner Tochter. Diese verpflichtete sich, ihm vom 1.1.2002 an auf Lebenszeit eine monatliche, jeweils im Voraus fällige, wertgesicherte Rente von 250 € zu zahlen. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte die Beteiligte zu 2 dem Beklagten zu 1 an dem übertragenen Grundstück eine Reallast. Hierzu wurde Folgendes bestimmt:

„Es ist Inhalt der Reallast, dass Rückstände Rang nach den übrigen aus der Reallast folgenden Ansprüchen (Stammrecht) haben; untereinander haben die älteren Rückstände Rang nach den jüngeren. Abweichend von § 12 ZVG ist deshalb im Falle der Zwangsversteigerung aus der Reallast das Stammrecht in das geringste Gebot aufzunehmen.“

Das Grundbuchamt hat den Antrag der Beteiligten auf Eintragung der Reallast zurückgewiesen. Ihre Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

II.

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

Das vorliegende Oberlandesgericht Hamm ist der Auffassung, eine Reallast könne mit dem vereinbarten Inhalt nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Die rückständigen und die künftig fällig werdenden Einzelleistungen bildeten ein einheitliches Recht. Seine Bestandteile könnten bei der Bestellung der Reallast keinen unterschiedlichen Rang (§ 879 BGB) haben. Die Befriedigungsreihenfolge zwischen Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen und dem Hauptanspruch (§ 12 ZVG) könne zwar durch Vereinbarung abgeändert werden. Das habe aber nur dann Bedeutung, wenn der auf die Reallast entfallende Erlösanteil zur Tilgung der Rückstände und zur Schaffung des Deckungskapitals für die künftigen Leistungen (§§ 92 Abs. 2, 121 ZVG) nicht hinreiche. An der Zurückweisung der weiteren Beschwerde sieht sich das Oberlandesgericht durch die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 11.10.1990 (BayObLGZ 1990, 282) gehindert, wonach eine Reallast mit dem Inhalt zulässig ist, dass bei der Zwangsversteigerung die laufenden und rückständigen Leistungen, sofern ihre Rangstelle für die Berechnung des geringsten Gebots maßgebend ist, Rang nach dem Stammrecht, unterschiedlich gleichen Rang haben.

Das vorliegende Oberlandesgericht will mithin bei der Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden bundesrechtlichen Vorschrift, nämlich der Bestimmung über den Inhalt der Reallast (§§ 1105, 1107 BGB), von einer auf sofortige Beschwerde ergangenen Entscheidung eines die Aufgaben des Oberlandesgerichts in Grundbuchsachen wahrnehmenden Gerichts (§ 8 EGGVG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 BayAGGVG) abweichen.

III.

Die von dem Notar, der im Namen der Beteiligten den Eintragungsantrag gestellt hat, schriftlich eingelegte, auf eine Rechtsverletzung gestützte weitere Beschwerde ist zulässig

(§§ 78, 80 GBO). In der Sache hat sie keinen Erfolg. Die Reallast ist mit dem vereinbarten Inhalt nicht eintragungsfähig.

1. Die Möglichkeit, von Vorschriften des Zwangsversteigerungsrechts durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger, gegebenenfalls mit Zustimmung betroffener weiterer Beteiligten des Versteigerungsverfahrens abzuweichen (§ 59, 91 ZVG), scheidet als Grundlage für die Eintragung der Reallast mit dem vereinbarten Inhalt aus. § 12 ZVG, auf dessen Abdingbarkeit sich die Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts stützt, enthält, wie auch die Bestimmungen über die Rangordnung der Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren nach Klassen (§ 10 ZVG) und die Rangfolge innerhalb derselben Klasse (§ 11 ZVG), keine Anordnung über den Rang der Rechte nach dem sachlichen Recht. Die Vorschriften regeln die Befriedigungsreihenfolge im Verfahren nach eigenständigen Gesichtspunkten. Auf den Rang der Rechte (§ 879 BGB) nehmen sie Bezug, soweit bestimmte Ansprüche in derselben (vollstreckungsrechtlichen) Klasse zu befriedigen sind (§ 11 ZVG). Gegenstand der Eintragung im Grundbuchverfahren (§§ 13 ff. GBO) ist dagegen die sachlich-rechtliche Einigung der Parteien, deren Inhalt im Falle der Reallast durch §§ 1105 ff. BGB bestimmt wird. Die Eintragungsbewilligung des Grundbuchverfahrensrechts (§ 19 GBO) hat die materiell-rechtliche Einigung, deren Vollzug im Grundbuch das Recht zum Entstehen bringt (§ 873 BGB), nicht eine dem Zwangsversteigerungsrecht zuzuordnende verfahrensrechtliche Absprache zum Gegenstand. Eine von § 12 ZVG abweichende Vereinbarung über die Tilgungsreihenfolge scheidet mithin nicht, wie das vorliegende Gericht meint, deshalb als Grundlage für die Eintragung der Reallast aus, weil § 12 ZVG nur einen Ausschnitt des Zwangsversteigerungsverfahrens (teilweise Tilgung des Rechts aus dem Erlös) zum Gegenstand hat und weil die Vereinbarung ohne Einfluss auf das geringste Gebot ist (dazu *Amann*, DNotZ 1993, 222, 227 f.). Vielmehr ist die Vereinbarung als verfahrensrechtliches Geschäft ohne Auswirkung auf den Inhalt des sachlichen Rechts (a. A. *Jäckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., 1937, § 12 Rdnr. 1; unklar *Zöller/Stöber*, ZVG, 15. Aufl., § 12 Rdnr. 401: Grundbucheintragung gesetzlich nicht gedeckt, Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung müsse genügen).

2. Das sachliche Recht gibt keine Möglichkeit, eine Reallast mit unterschiedlichem Rang für rückständige und noch nicht fällige Einzelleistungen zu begründen. Zum gesetzlichen Inhalt der Reallast bestimmt § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB, ein Grundstück könne in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind; auf die einzelnen Leistungen finden nach § 1107 BGB die für die Zinsen einer Hypothekforderung bestehenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Unbeschadet der überkommenen Diskussion zur Rechtsstruktur der Reallast (vgl. *Staudinger/Amann*, BGB, 2002, Einf. 19 ff. zu §§ 1105 bis 1112) steht ihr Charakter als einheitliches Sachenrecht nicht in Frage. Die wiederkehrenden Leistungen sind zwar, anders als Hypotheken- oder Grundschuldzinsen, nicht als Erträge einer dinglichen Schuld aufzufassen; ihnen liegt im Regelfalle kein verwertbares Recht zugrunde. Sie bilden aber in ihrer Summe das einheitliche dingliche Recht („Stammrecht“); der Zugriff auf das Grundstück wird mit dem sukzessiven Fälligwerden der Einzelleistungen in deren jeweiliger Höhe möglich. Ein unterschiedlicher Rang von Teilen eines Rechts ist im sachlichen Recht nicht vorgesehen. § 879 BGB legt das Rangverhältnis unter „mehreren Rechten“, mit denen ein Grundstück belastet ist, fest. Eine Reallast kann mithin nicht mit verschiedenem Rang zwischen ihren Bestandteilen begründet werden.

Allerdings hat das Sachenrechtsänderungsgesetz mit § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO eine vollstreckungsfeste Reallast geschaffen. Dies ist aber aus einem besonderen Anlass, nämlich der Einführung des Anspruchs des Nutzers gegen den Grundstückseigentümer auf Bestellung eines Erbbaurechts (§§ 3, 32 ff. SachenRBERG), geschehen. Einer über die Erbbauzinsreallast hinausgehenden Regelung hat sich der Gesetzgeber, obwohl die Rechtsstellung des Reallastberechtigten nach §§ 1105, 1107 BGB Anlass zu seinem Tätigwerden war, enthalten (vgl. BT-Drucks. 12/5992, S. 61 u. 192 ff.; 12/7425, S. 5 f. u. 84). Nur der Erbbauzins (nicht Reallasten anderen Inhalts) ist Instrument des Ausgleichs für die dem Grundstückseigentümer aufgezwungene Einschränkung seiner Befugnisse aus § 903 BGB. Einem Bedürfnis, im Vollstreckungsfalle das Grundstück für bis dahin nicht fällig gewordene Raten in Haftung zu nehmen, kann durch Einräumung eines Anspruchs auf Bestellung einer weiteren Reallast für diesen Fall Rechnung getragen werden. Deren Rang ist durch Vormerkung zu wahren (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB).

3. Die Versagung der Eintragung einer Reallast mit gespaltenem Rang verlöre allerdings an Überzeugungskraft, wenn das gleiche Ergebnis, wie das vorliegende Gericht meint, durch anschließende Teilung des Rechts in rückständige und künftige Einzelleistungen erzielt werden könnte. Dies ist indessen nicht der Fall.

a) *Dümig* (ZfIR 2002, 960, 962) meint, eine Teilung der Reallast in Rückstände und fällige Einzelleistungen sei konstruktiv nicht möglich. Rückständige Raten, die von dem noch nicht fälligen Teil der künftigen Leistungen getrennt würden, hätten (nur noch) eine einmalige Leistung zum Gegenstand, die zum Zeitpunkt der gewünschten Teilung insgesamt zu erfüllen sei. Dies entspreche dem Inhalt der (gekündigten) Hypothek oder Grundschuld und sei mit § 1105 BGB unvereinbar (zum Ausgangspunkt *Dümis* vgl. auch MünchKommBGB/*Joost*, 3. Aufl., § 1107 Rdnr. 3 und § 1110 Rdnr. 4).

b) Nach § 1107 BGB sind indessen die Einzelleistungen aus der Reallast, unbeschadet des Umstandes, dass sie keine Nebenforderungen darstellen, nach den Vorschriften über die Hypothekenzinsen abtretbar. Sie können mithin, jedenfalls für diesen Zweck und gleichgelagerte Fälle (Pfändung, Verpfändung), vom Recht im Übrigen abgeteilt werden. Das Recht auf die noch nicht fälligen Einzelleistungen wird entsprechend §§ 873, 1154 Abs. 3 BGB nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts übertragen. Für die bereits fälligen Einzelleistungen gilt dagegen nach § 1159 BGB das Recht der Übertragung von Forderungen, §§ 398 ff. BGB; ihre Abtretung erfolgt somit außerhalb des Grundbuchs (für eine, wohl deklaratorische, Eintragung des schuldrechtlichen Geschäfts: MünchKommBGB/*Joost*, a. a. O., § 1159 Rdnr. 10). Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist es zwar möglich, im Zuge der Abtretung der fälligen Hypothekenzinsen zwischen diesen und dem Kapital ein Rangverhältnis herzustellen; in das Grundbuch eintragungsfähig ist dieses aber nicht (RGZ 88, 160, 163; ihm folgend RGRK/*Mattern*, 12. Aufl., § 1159 BGB Rdnr. 3). Jedenfalls zur Frage der Eintragungsfähigkeit tritt der Senat dieser Rechtsauffassung bei.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Dümig*, MittBayNot 2004, 153 (in diesem Heft).

7. GBO §§ 22, 71 Abs. 2 (*Zulässiger Gegenstand eines Klarstellungsvermerks im Grundbuch*)

Ein Klarstellungsvermerk kann im Grundbuch eingetragen werden, wenn der Grundbucheintrag Umfang und Inhalt eines eingetragenen Rechts nicht in einer Weise verlaublich, die Zweifel ausschließt; der Vermerk muss geeignet sein, eine Klarstellung herbeizuführen. Gegenstand eines Klarstellungsvermerks kann somit nie eine sachliche Änderung oder Berichtigung der Eintragung sein.

BayObLG, Beschluss vom 11.9.2003, 2Z BR 138/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligten sind jeweils Eigentümer einer Wohnung in einer aus mehreren Häusern bestehenden Wohnanlage. Der Beteiligten zu 1 gehört die im Aufteilungsplan mit Nr. 19 bezeichnete Wohnung; die Beteiligte zu 2 ist im Grundbuch als Eigentümerin der im Aufteilungsplan mit Nr. 4 bezeichneten Wohnung eingetragen.

In der in den jeweiligen Eintragungsvermerken im Grundbuch in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (Teilungserklärung) vom 30.4.1985 heißt es unter anderem:

„Nr. 4: Dem jeweiligen Eigentümer dieses Sondereigentums ist unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer das alleinige Sondernutzungsrecht an der Terrassenfläche eingeräumt, die im zur Anlage VI beigefügten Lageplan jeweils mit seiner Wohnungsnummer gekennzeichnet ist.“

Nr. 19: Dem jeweiligen Eigentümer dieses Sondereigentums ist unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer das alleinige Sondernutzungsrecht an der Terrassenfläche eingeräumt, die im zur Anlage VII beigefügten Lageplan jeweils mit seiner Wohnungsnummer gekennzeichnet ist.“

In der Anlage VI sind die jeweils vor dem Schlafräum und dem Wohnraum der Wohnung Nr. 4 eingezeichneten Terrassenflächen mit der Nr. 4 gekennzeichnet. Die in der Anlage VI mit der Nr. 4 gekennzeichnete Terrasse vor dem Schlafräum ist in der Anlage VII mit der Nr. 19 gekennzeichnet.

Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, im Wohnungsgrundbuch der Wohnung Nr. 4 einen Klarstellungsvermerk mit dem Inhalt einzutragen, dass die in der Anlage VI mit Nr. 4 gekennzeichnete Terrasse vor dem Schlafräum nicht dieser Einheit, sondern der Einheit Nr. 19 als alleiniges Sondernutzungsrecht zugeordnet ist. Außerdem hat sie beantragt, im Wohnungsgrundbuch für die Wohnung Nr. 19 den Klarstellungsvermerk einzutragen, dass dem hier vorgetragenen Sondereigentum das alleinige Sondernutzungsrecht an der Terrassenfläche zugeordnet ist, die in der Anlage VII mit der Nr. 19 gekennzeichnet ist.

Das Amtsgericht hat am 20.3.2003 die angeregten Klarstellungsvermerke eingetragen. Das Landgericht hat mit Beschluss vom 28.5.2003 das Grundbuchamt angewiesen, die Klarstellungsvermerke zu löschen. Dieser Anordnung kam das Grundbuchamt am 24.6.2003 nach. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Die weitere Beschwerde ist mit dem Ziel zulässig, erneut Klarstellungsvermerke in die Wohnungsgrundbücher einzutragen (BayObLGZ 1988, 124 ff.).

2. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet. Eine Anweisung, die gewünschten Klarstellungsvermerke einzutragen, kommt nicht in Betracht.

a) Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Zuordnung der vor dem Schlafräum der Wohnung Nr. 4 gelegenen Terrasse als Sondernutzungsrecht in den Anlagen VI und VII sei widersprüchlich. Die Auslegung der Teilungserklärung und ihrer Anlagen durch das Grundbuchamt und die Eintragung entsprechender Klarstellungsvermerke führe aber nicht zu einer Klarstellung bestehender Sondernutzungsrechte, sondern zu einem Eingriff in die Rechtsstellung der Beteiligten zu 2; dieser werde nämlich das Sondernutzungsrecht an der vor ihrem Schlafräum gelegenen Terrassenfläche entzogen. Ein solches Ergebnis könne durch einen Klarstellungsvermerk nicht erreicht werden.

b) Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Ein Klarstellungsvermerk kann eingetragen werden, wenn der Grundbucheintrag Umfang und Inhalt eines eingetragenen Rechts nicht in einer Weise verlaublich, die Zweifel ausschließt; der Vermerk muss geeignet sein, eine Klarstellung herbeizuführen. Gegenstand eines Klarstellungsvermerks kann somit nie eine sachliche Änderung oder Berichtigung der Eintragung sein (BayObLGZ 1988, 124/126; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 294 ff.). Hier liegen die Voraussetzungen für die Eintragung von Klarstellungsvermerken nicht vor.

(1) Die Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, die Kennzeichnung der vor dem Schlafräum gelegenen Terrasse in der Anlage VI mit der Nr. 4 sei ein offensichtliches Schreibversehen; es sei deshalb die Eintragung eines Klarstellungsvermerks veranlasst. Dem kann nicht gefolgt werden. Es trifft schon offensichtlich nicht zu, dass sich die behauptete Unrichtigkeit der Eintragung ohne weiteres auch für Außenstehende ergibt. Abgesehen davon kommt für die Verbesserung von Schreibversehen deren Berichtigung (vgl. dazu *Schöner/Stöber*, Rdnr. 289 f.), nicht aber die Eintragung eines Klarstellungsvermerks in Betracht. Eine Berichtigung von Schreibversehen ist nicht Verfahrensgegenstand.

(2) Ist die Eintragung eines Sondernutzungsrechts vor dem Schlafräum für den Eigentümer der Wohnung Nr. 4 durch Bezugnahme auf die Anlage VI im Eintragungsvermerk fehlerhaft, weil die Auslegung der Eintragungsbewilligung (Teilungserklärung) einschließlich Aufteilungsplan (vgl. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG) ergibt, dass ein solches Sondernutzungsrecht für den Eigentümer der Wohnung Nr. 4 nicht bestellt worden ist, dann ist das Grundbuch unrichtig (vgl. dazu BGHZ 130, 159/166). Die Beteiligte zu 1 hätte dann einen Grundbuchberichtigungsanspruch; auch ein solcher ist nicht Verfahrensgegenstand.

Bleibt ein im Weg der Auslegung nicht ausräumbarer Widerspruch des Aufteilungsplans bestehen, weil sich die Anlagen VI und VII widersprechen, bewirkt dies, dass an der fraglichen Terrassenfläche ein Sondernutzungsrecht nicht entstanden ist. Die Wohnungseigentümer könnten dann verpflichtet sein, dem Eigentümer der Wohnung Nr. 19 ein Sondernutzungsrecht einzuräumen (vgl. BGHZ 130, 159/168 ff.).

Wovon hier auszugehen ist, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls kommt in beiden Fällen die Eintragung eines Klarstellungsvermerks nicht in Betracht.

(3) Ein durch einen Klarstellungsvermerk behebbarer Fassungsmangel liegt nicht vor. Die Anlagen VI und VII sind jeweils deutlich und klar gefasst, aber in sich widersprüchlich.

8. BGB § 1018; GBO § 22; BayAGBGB Art. 56, 57 (*Erlöschen einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit wegen Nichtausübung*)

Eine altrechtliche Grunddienstbarkeit, die zur Herstellung und Nutzung eines Eiskellers berechtigt, hat als Folge der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung, die einen Eiskeller überflüssig macht, nicht dazu geführt, dass der Keller allgemein zu Brauereizwecken genutzt werden darf. Die Grunddienstbarkeit ist vielmehr erloschen, weil das Recht zur Nutzung als Eiskeller mehr als zehn Jahre nicht mehr ausgeübt wurde.

BayObLG, Beschluss vom 16.10.2003, 2Z BR 187/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligten zu 1 sind im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks Flst. 658 eingetragen. Die Beteiligten zu 2 sind die Eigentümer der Grundstücke Flst. 658/2, 658/12, 658/14 und 658/15, die durch Teilung des ursprünglichen Grundstücks Flst. 658 1/2 entstanden sind. Zu notarieller Urkunde vom 3.12.1895 räumten die damaligen Eigentümer des Grundstücks Flst. 658 den jeweiligen Eigentümern des Grundstücks Flst. 658 1/2 das Recht ein, auf ihrem Grundstück einen Eiskeller herzustellen und zu benutzen.

Die Beteiligten zu 2 haben beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung eine altrechtliche Dienstbarkeit nach Maßgabe der notariellen Urkunde von 1895 in das Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Antrag am 3.6.2003 abgewiesen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 28.7.2003 die Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Dienstbarkeit sei zum Zweck der Herstellung eines Eiskellers bestellt worden. Die Beteiligten seien sich darüber einig, dass die Dienstbarkeit zu diesem Zweck seit mehr als zehn Jahren nicht mehr ausgeübt werde. Damit sei sie erloschen. Eidesstattlich sei nur versichert worden, dass der Keller zu Brauereizwecken genutzt worden sei und genutzt werde. Als Zweck der Dienstbarkeit sei in der notariellen Urkunde konkret die Nutzung als Eiskeller festgelegt, so dass eine Nutzung zu Brauereizwecken nicht genüge, um die Dienstbarkeit zu erhalten.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gemäß Art. 187 Abs. 1 Satz 2 EGBGB kann der Berechtigte einer Grunddienstbarkeit, die bei Anlegung des Grundbuchs bestand, die Eintragung der Dienstbarkeit in das Grundbuch verlangen. Bei der Eintragung handelt es sich um eine Grundbuchberichtigung im Sinn des § 22 GBO. Fehlt eine Berichtigungsbewilligung, ist in der Form des § 29 GBO der Nachweis für das Entstehen und für das Fortbestehen des Rechts zu führen (BayObLG, Rpfleger 1990, 351 f.). Da nach Art. 56 Abs. 3, Art. 57 Abs. 1 BayAGBGB eine Grunddienstbarkeit mit Ablauf von zehn Jahren nach der letzten Ausübung erlischt, muss sich der Nachweis auch darauf erstrecken, dass die Grunddienstbarkeit nie länger als zehn Jahre nicht ausgeübt wurde (vgl. BayObLGZ 1988, 102/109; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 22 Rdnr. 20).

b) Nach dem Wortlaut der notariellen Urkunde vom Jahr 1895 über die Bestellung der Grunddienstbarkeit darf das dienende Grundstück zur Herstellung und Nutzung eines Eiskellers in Anspruch genommen werden. Nach Sinn und Wortlaut fällt darunter das Recht, in dem Keller Eisblöcke einzula-

gern, die im Rahmen eines Brauereibetriebs zum Zwecke der Kühlung Verwendung finden. Als Eiskeller in diesem Sinne wird das dienende Grundstück seit vielen Jahrzehnten nicht mehr genutzt, weil durch die technische und wirtschaftliche Entwicklung eine Kühlung unmittelbar durch Eisblöcke nicht mehr in Betracht kommt.

c) Allerdings liegen Inhalt und Umfang einer zeitlich unbegrenzten Dienstbarkeit nicht in jeder Beziehung von vorneherein für alle Zeiten fest, sondern sind gewissen Veränderungen unterworfen, die sich aus der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ergeben. Maßgeblich ist nicht die augenblickliche, bei Bestellung der Grunddienstbarkeit gerade bestehende Nutzung; es kommt vielmehr auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden und äußerlich für jedermann ersichtlichen Charakter des betroffenen Grundstücks an sowie auf das Bedürfnis, von dem Recht in diesem Rahmen Gebrauch zu machen. Dementsprechend kann der Umfang einer Dienstbarkeit mit dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks wachsen, wenn sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung dieses Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhandene oder auf eine willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist (BGH, NJW-RR 2003, 1235 f.; 2003, 1237, je m. w. N.). Auf eine derartige entwicklungsbedingte Änderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit können sich die Beteiligten zu 2 nicht berufen.

d) Im Hinblick auf die auf Grund der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung nur noch in Betracht kommende Kühlung durch Kühlmaschinen ist für eine Nutzung des Kellers als Eiskeller kein Raum mehr. Dies kann nicht dazu führen, dass die Grunddienstbarkeit nunmehr zur Nutzung des Kellers allgemein zu Brauereizwecken berechtigt. Der mit dem Begriff „Eiskeller“ eng gefasste Nutzungszweck verbietet eine solche Ausweitung (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 62. Aufl., § 1018 Rdnr. 10). Denn dadurch würde die Grenze einer der Art nach gleichbleibenden Nutzung überschritten (MünchKommBGB/*Falkenberg*, 4. Aufl., § 1018 Rdnr. 51 ff.). Da eine Veränderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit auf Grund der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung damit nicht eingetreten ist, sind die Vorinstanzen ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Grunddienstbarkeit erloschen ist, weil sie zehn Jahre lang nicht mehr in der Form der Benutzung des Kellers als Eiskeller ausgeübt wurde.

9. WEG § 5 Abs. 2 (*Zugang zum Heizungsraum als zwingendes Gemeinschaftseigentum*)

Steht der Kellerraum, in dem sich Heizungsanlage und Öltank einer Eigentumswohnanlage befinden, gemäß der Teilungserklärung im Gemeinschaftseigentum, so sind auch die Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zum Heizungsraum bilden, zwingend gemeinschaftliches Eigentum.

BayObLG, Beschluss vom 30.10.2003, 2Z BR 184/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligten, ein Ehepaar, sind Miteigentümer zu je 1/2 eines Hausgrundstücks. Mit notarieller Urkunde begründeten sie gemäß § 8 WEG an dem bestehenden Wohnhaus und einem zu errichtenden Neubau Wohnungs- und Teileigentum in der Weise, dass mit einem Miteigentumsanteil von 1/2 das Sondereigentum an den Wohnräumen im Haupthaus mit Schuppen (Wohnungseigentum Nr. 1) und mit dem

anderen Miteigentumsanteil von 1/2 das Sondereigentum an den Räumen im Nebengebäude (Teileigentum Nr. 2) verbunden sein sollte. Der Aufteilungsplan für das Kellergeschoß unter dem Wohngebäude sieht vier Räume als Sondereigentumsräume des Wohnungseigentums Nr. 1 und einen im Gemeinschaftseigentum stehenden Raum vor, der mit „Heizung, Tankraum“ (im Folgenden: „Heizungsraum“) bezeichnet ist. Dieser Heizungsraum kann über eine Außentreppe erreicht werden, wenn man den als Waschküche bezeichneten Raum und einen anschließenden Flur durchschreitet.

Die Teilungserklärung enthält folgende Gebrauchsregelung:

„Die im Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr. 1 stehende Waschküche und der anschließende Flur kann vom Raumeigentümer Nr. 2 als Durchgang zum gemeinsamen Heizungs-/Tankraum zu Kontrollzwecken oder für Reparaturarbeiten betreten werden.“

Die Beteiligten haben den Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch beantragt.

Das Grundbuchamt beanstandete zunächst mit Zwischenverfügung, dass an den Räumen, die den Zugang zum Heizungsraum bildeten, kein Sondereigentum begründet werden könne. Diese Zwischenverfügung wurde vom Landgericht aufgehoben, weil die Änderung der Teilungserklärung nicht durch Zwischenverfügung aufgegeben werden könne. Zugleich billigte das Landgericht die Rechtsansicht des Grundbuchamts.

Daraufhin hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge abgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit ihrer weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten ihre Eintragungsanträge weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das Rechtsmittel der Beteiligten hat keinen Erfolg. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich als zutreffend.

Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, also zwingend Gemeinschaftseigentum. Zu derartigen Anlagen und Einrichtungen gehört auch die Heizungsanlage, die die Räume der Wohnanlage mit Heizenergie und Warmwasser versorgt (BGH, NJW 1979, 2391). Wenn der Raum, in dem sich die Heizung befindet, nicht auch noch anderen Zwecken dient, steht auch er zwingend im Gemeinschaftseigentum (BGH, NJW 1979, 2391/2393). Folgerichtig sieht die Teilungserklärung vor, dass der Raum, in dem sich Heizung und Öltank befinden, im Gemeinschaftseigentum steht. Zusätzlich müssen aber auch die Räume, die den einzigen Zugang zum Heizungsraum und zur Heizungsanlage bilden, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen (BGH, NJW 1991, 2909; BayObLGZ 1986, 26/28 f.). Die zwingende dingliche Zuordnung des § 5 Abs. 2 WEG, die hier die Waschküche und den Flur erfasst, kann auch nicht durch die Gebrauchsregelung in der Teilungserklärung außer Kraft gesetzt werden (BGH, NJW 1991, 2909; BayObLGZ 1986, 26/28).

Die vom Senat im Beschluss vom 8.5.1991 (BayObLGZ 1991, 165) zugelassene Ausnahme von diesen Grundsätzen ist im Wesentlichen beschränkt auf Räume eines nicht ausgebauten Dachspeichers, die nur ganz selten zu Kontrollgängen und Instandsetzungsarbeiten betreten werden müssen. Für den Raum, der die Heizung und den Öltank enthält, kann diese Ausnahme nicht gelten. Denn dieser Raum wird durch den ständigen Betrieb der Heizung dauernd von allen Wohnungs- und Teileigentümern der Wohnanlage benutzt und muss zur Bedienung, Kontrolle, Wartung und Füllung des Tanks ungleich öfter betreten werden als ein nicht ausgebauter Dach-

speicher. Dementsprechend hat der Senat in zwei ganz ähnlich gelagerten Fällen (BayObLG, DNotZ 1986, 494, und 1992, 490) daran festgehalten, dass die Räumlichkeiten, die den Zugang zum gemeinschaftlichen Heizungsraum bilden, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen müssen. Von dieser Rechtsansicht abzuweichen, besteht kein Anlass. Da die Teilungserklärung der Gesetzeslage nicht entspricht, kann sie in der vorliegenden Form nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Den Beteiligten bleibt die Möglichkeit, nach § 15 Abs. 1 WEG dem Wohnungseigentümer Nr. 1 ein Sondernutzungsrecht an der Waschküche und dem Flur im Keller einzuräumen, das wiederum durch ein Zutrittsrecht zum Heizungsraum für den Teileigentümer Nr. 2 entweder kraft Gesetzes (vgl. KG, NJW-RR 1990, 333) eingeschränkt ist oder durch Vereinbarung eingeschränkt wird.

10. BGB §§ 401, 894; ZPO § 91 a (*Gestaltungsrechte nach Abtretung eines vormerkungsgesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs*)

1. **Im Falle der Sicherungsabtretung einer (vormerkungsgesicherten) Forderung verbleiben die vertraglichen Gestaltungsrechte grundsätzlich dem Zedenten.**
2. **Ist ein vormerkungsgesicherter Eigentumsverschaffungsanspruch im Rahmen eines Weiterverkaufs des Grundstücks zur Sicherung an den Zweiterwerber abgetreten und diese Abtretung im Grundbuch vermerkt, so besteht grundsätzlich bei einem Scheitern des Erstvertrages ein Anspruch des Eigentümers gegen den Zweitkäufer nur auf Löschung des Abtretungsvermerks, nicht auf Löschung der Vormerkung. (Leitsätze des Einsenders)**

Thüringer OLG Jena, Beschluss vom 23.10.2003, 5 W 321/02; mitgeteilt von Notar *Eckart Maaß*, Apolda

Die Klägerin beehrte mit der Klage die Erteilung einer Löschungsbewilligung für eine Auflassungsvormerkung. Diese war ursprünglich für die M-GmbH aufgrund notariellen Kaufvertrages zwischen der Klägerin und der M-GmbH vom 6.6.1997 eingetragen worden. Als Kaufpreis war ein Betrag von 202.500 DM genannt. Ferner war bestimmt, dass der Verkäufer im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises oder einzelner Teilbeträge berechtigt sei, gemäß den gesetzlichen Bestimmungen vom Vertrag zurückzutreten.

Im Jahr 1998 wurde im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages zwischen der M-GmbH und der Beklagten der Eigentumsverschaffungsanspruch der M-GmbH gegenüber der Klägerin sicherungshalber an die Beklagte abgetreten. Am 4.2.1999 wurde im Grundbuch die Abtretung des Anspruchs aus der Auflassungsvormerkung der M-GmbH an die Beklagte eingetragen.

Weil die M-GmbH den Kaufpreis an die Klägerin nicht gezahlt habe, erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag. Die Klägerin forderte die Beklagte schriftlich zur Abgabe einer Löschungsbewilligung bzgl. der Auflassungsvormerkung auf. Daraufhin teilte Notar ... für die Beklagte mit, dass die Beklagte bereit sei, eine Löschungsbewilligung abzugeben, sofern die Klägerin ein Einverständnis der M-GmbH mit der Löschung der Auflassungsvormerkung in Schriftform nachweisen werde. Ein entsprechendes Schreiben der Klägerin an die M-GmbH blieb in der Folgezeit aber ohne Reaktion.

Unter dem 9.7.2001 übersandte die Beklagte der Klägerin eine notarielle Löschungsbewilligung des für sie eingetragenen Abtretungsvermerks nebst Bevollmächtigung der M-GmbH zur Abgabe einer Löschungsbewilligung der Auflassungsvormerkung auch namens der Beklagten. Auf Rückfrage der Klägerin teilte die Beklagte mit, dass eine Rückabtretung der Rechte aus der Auflassungsvormerkung von der Beklagten an die M-GmbH nicht erfolgt sei.

Die Klägerin beehrte die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe einer Löschungsbewilligung bzgl. der an sie abgetretenen Auflassungsvormerkung, hilfsweise Zug um Zug gegen Kostenerstattung. Das Landgericht ordnete ein schriftliches Vorverfahren an. Die Beklagte vertrat die Ansicht, dass zu ihren Gunsten keine Abtretung der Auflassungsvormerkung mehr vorliege, so dass sie nicht mehr berechtigt sei, über die Auflassungsvormerkung zugunsten der M-GmbH zu verfügen. Ferner wies sie auf den Sicherungscharakter der an sie seinerzeit erfolgten Abtretung hin. Auch verwies sie darauf, dass die Klägerin bislang die Berechtigung zum Rücktritt nicht nachgewiesen habe.

Mit Schriftsatz vom 14.11.2001 überreichte die Klägerin ein gegen die M-GmbH erwirktes Versäumnisurteil vom 15.11.2000 in Kopie, worin festgestellt wurde, dass die M-GmbH verpflichtet sei, der Klägerin ab dem 1.10.2000 Verzugszinsen in Höhe von 8 % bezogen auf die jeweilige Höhe des ausstehenden Kaufpreises von derzeit insgesamt noch 201.825 DM aus dem notariellen Kaufvertrag vom 6.6.1997 zu zahlen.

Im Termin vom 18.1.2002 überreichte der Beklagtenvertreter eine Abschrift der notariellen Löschungsbewilligung der M-GmbH vom 16.1.2002, woraufhin beide Parteivertreter das Ruhen des Verfahrens beantragten. Unter dem 14.3.2002 erfolgte die Löschung der Auflassungsvormerkung und des Abtretungsvermerkes im Grundbuch. Daraufhin erklärten beide Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend unter Verwahrung gegen die Kostenlast für erledigt.

Mit Beschluss vom 15.5.2002 hat das LG Erfurt der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91 a ZPO auferlegt und zur Begründung ausgeführt, dass mit dem Rücktritt von dem Kaufvertrag durch die Klägerin das Grundbuch unrichtig geworden sei, so dass ein Anspruch auf Grundbuchberichtigung bestanden habe. Vormerkungsberechtigte sei die Beklagte aufgrund der Abtretung gewesen. Der Einwand der nur sicherungshalber erfolgten Abtretung sei unbehelflich, da die Klägerin der Beklagten bereits vorgerichtlich nachgewiesen habe, dass der der Auflassungsvormerkung zugrunde liegende Kaufvertrag bereits durch den Rücktritt in ein Rückabwicklungs-schuldverhältnis umgewandelt worden und erloschen sei.

Gegen den Beschluss hat die Beklagte sofortige Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, dass das Landgericht die Bedeutung der Sicherungsabtretung verkannt habe. Selbständige Gestaltungsrechte seien bei der Zedentin (M-GmbH) verblieben. Selbst wenn sie stillschweigend mitübertragen worden seien, so hätte die Beklagte als Zessionarin nur mit Zustimmung der Zedentin im Falle einer Sicherungsabtretung diese Gestaltungsrechte ausüben können. Zwar sei die Klägerin von ihrem Kaufvertrag mit der M-GmbH zurückgetreten; der Kaufvertrag zwischen der Beklagten und der M-GmbH sei hingegen noch wirksam gewesen, so dass die Beklagte an ihre sich hieraus ergebenden Pflichten gebunden gewesen sei. Schließlich habe der Beklagten auch ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden, da die Klägerin gemäß § 897 BGB i. V. m. §§ 2, 6 KostO die Kosten der Grundbuchberichtigung zu tragen hatte und insoweit vorschusspflichtig war. Es hätte demzufolge allenfalls eine Zug-um-Zug-Verurteilung erfolgen können, so dass eine Auferlegung der gesamten Kosten auf die Beklagte nicht gerechtfertigt sei. Letztlich habe die Klägerin auch nicht die Voraussetzungen eines wirksamen Rücktritts bislang hinreichend substantiiert dargetan. Es sei überhaupt nicht klar, ob denn der Kaufpreis schon fällig gewesen sei. Ferner stützt die Beklagte die sofortige Beschwerde darauf, dass die Klägerin sich mit ihrem Rücktritt in Widerspruch zu ihrem eigenem Verhalten gesetzt habe, da sie unter dem 2.2.2001 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss bzgl. der mit Versäumnisurteil vom 15.11.2000 titulierte Verzugszinsen bzgl. der Kaufpreisforderung erwirkt und damit zu erkennen gegeben habe, dass sie an dem Kaufvertrag mit der M-GmbH festhalten wolle.

Das Landgericht hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

Die gemäß § 91 a Abs. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Beklagten ist begründet. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Unrecht der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 a ZPO auferlegt.

Das Landgericht hat bei der angegriffenen Entscheidung die Bedeutung der nur sicherungshalber erfolgten Abtretung des

Eigentumsverschaffungsanspruches von der M-GmbH an die Beklagte verkannt. Insbesondere ist das Landgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin bereits vorgerichtlich – oder vor der mündlichen Verhandlung – der Beklagten einen wirksamen Rücktritt von dem Vertrag vom 6.6.1997 nachgewiesen habe.

Die im Vertrag der M-GmbH und der Beklagten vereinbarte Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruches umfasste die zugunsten der M-GmbH eingetragene Auflassungsvormerkung gemäß § 401 BGB mit (BGHZ 25, 16, 23; BGH, NJW 1994, 2947, 2948).

Der Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin gemäß § 894 BGB richtet sich grundsätzlich gegen denjenigen, dessen eingetragenes Recht von der Berichtigung betroffen wird. Soweit also die Klägerin die Erteilung einer Löschungsbewilligung bzgl. der Grundbucheintragung vom 4.2.1999 erstrebte, war die Beklagte Schuldnerin der gewünschten Erklärung. Eine solche Erklärung hat die Beklagte unter dem 4.7.2001 und damit vor Rechtshängigkeit der Klage abgegeben. Insofern war daher die Klage von Anfang an unbegründet.

Ein Anspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten auf Erteilung einer Löschungsbewilligung auch in Bezug auf die zugunsten der M-GmbH eingetragene Auflassungsvormerkung besteht nicht bzw. ist von der Klägerin auch nicht hinreichend nachgewiesen worden.

Im Falle der Sicherungsabtretung einer Forderung verbleiben die vertraglichen Gestaltungsrechte beim Zedenten (M-GmbH), sofern nicht der Inhalt der Sicherungsabrede, welche der Zession zugrunde liegt, dem entgegen steht (vgl. BGH, NJW 2002, 1568, 1569). Grundsätzlich würde dies bedeuten, dass vorliegend aufgrund der Sicherungsabrede die M-GmbH gehindert gewesen wäre, ihre vertraglichen Gestaltungsrechte, denen der Verzicht auf die eingetragene Auflassungsvormerkung oder eine diesbezügliche Löschungsbewilligung gleichsteht, auszuüben, da sie damit in die gesicherte Rechtsposition der Beklagten eingegriffen hätte. In der von der Beklagten vor Rechtshängigkeit erteilten Löschungsbewilligung bzgl. der zu ihren Gunsten eingetragenen Abtretung des Auflassungsanspruches liegt aber gleichzeitig ein Verzicht der Beklagten auf ihr diesbezügliches Sicherungsrecht. Einer förmlichen Rückabtretung des Auflassungsanspruches der M-GmbH gegenüber der Klägerin bedurfte es daher nicht. Ab diesem Zeitpunkt stand die Sicherungsabrede der Inanspruchnahme der Zedentin nicht mehr im Wege.

Umgekehrt war die Beklagte ab diesem Zeitpunkt aber auch gehindert, da die Abtretung nur sicherungshalber erfolgt war, über Rechtspositionen der M-GmbH zu verfügen.

Selbst wenn aber von einem Fortbestehen der Verpflichtung der Beklagten zur Abgabe einer Löschungsbewilligung auch in Bezug auf die Auflassungsvormerkung zugunsten der M-GmbH auszugehen wäre, so wäre die Klage zum Zeitpunkt der übereinstimmenden Erledigungserklärung aber dennoch nicht begründet gewesen, da die Klägerin den geltend gemachten Anspruch nicht nachgewiesen oder überhaupt hinreichend unter Beweis gestellt hat.

Allein die Vorlage des Rücktrittschreibens vom 5.4.2001 und des Versäumnisurteiles des Landgerichts Erfurt vom 15.11.2000 reichen hierzu nicht aus, da die Beklagte die Wirksamkeit des Rücktritts bestritten hat.

Abgesehen davon, dass die Klägerin den Zugang des Rücktrittschreibens weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt hat, obschon es sich beim Rücktritt um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, fehlt es an dem

Nachweis, dass die Rücktrittsvoraussetzungen gemäß der Vereinbarung im notariellen Vertrag vom 6.6.1997 oder die gesetzlichen Rücktrittsvoraussetzungen vorgelegen haben, nämlich Verzug der M-GmbH mit der Zahlung des Kaufpreises oder Teilen davon. Zwar mag dem Versäumnisurteil des Landgerichts Erfurt noch zu entnehmen sein, dass sich die M-GmbH zum Zeitpunkt des Erlasses des Urteils mit dem ganz überwiegenden Teil des Kaufpreises in Verzug befunden hat, das Urteil datiert jedoch fast fünf Monate vor der Rücktrittserklärung. Auch der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Lebach vom 2.2.2001 liegt mehr als zwei Monate vor der Rücktrittserklärung. Durch diese Unterlagen kann aber nicht der Nachweis geführt werden, dass sich die M-GmbH auch noch am 5.4.2001 mit der Kaufpreiszahlung in Verzug befunden hat. Es kann allein mit den – in Kopie überreichten – Unterlagen nicht sicher ausgeschlossen werden, dass nicht die M-GmbH vor Zugang der Rücktrittserklärung Zahlung geleistet hat oder aber ein Zurückbehaltungsrecht bzgl. des Kaufpreises entstanden war.

Nach alledem hätte die Klage im Zeitpunkt der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Abweisung unterliegen müssen, so dass gemäß § 91 a ZPO die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin aufzuerlegen waren, d.h. die sofortige Beschwerde in vollem Umfang begründet ist.

11. BGB §§ 157, 242, 705 (*Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*)

Haben die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Immobilie als Altersruhesitz gemeinsam erworben und gleichzeitig das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Dauer ausgeschlossen, ist ihnen bei einem Scheitern der Lebensgemeinschaft der Einwand des Fortfalls der Geschäftsgrundlage entzogen.

BGH, Urteil vom 6.10.2003, II ZR 63/02; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Klägerin und der 16 Jahre ältere Beklagte lebten in eheähnlicher Lebensgemeinschaft und erwarben im Dezember 1993 zur Schaffung eines gemeinsamen Altersruhesitzes das von ihnen zu gleichen Teilen finanzierte Hausgrundstück H.straße 7 in W. zu Miteigentumsanteilen von je $\frac{1}{2}$. Mit notarieller Urkunde vom gleichen Tag übertrug der Beklagte $\frac{2}{3}$ seines Miteigentumsanteils auf die Klägerin, der seither insgesamt $\frac{5}{6}$ Miteigentumsanteile an dem Hausgrundstück zustehen. Im Gegenzug vereinbarten die Parteien im notariellen „Schenkungsvertrag“, dass dem Beklagten im Umfang des ihm verbleibenden und der von ihm übertragenen Miteigentumsanteile ein Mitbenutzungsrecht (Wohnrecht) gemäß § 1090 BGB zustehen sollte, welches in der Folge auch im Grundbuch eingetragen wurde. Weiterhin schlossen die Parteien das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Dauer aus, was gleichfalls ins Grundbuch eingetragen wurde. Schließlich wurde dem Beklagten u. a. für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft oder des Vorversterbens der Klägerin das Recht zum Rücktritt und auf Rückauflassung des ihr übertragenen Miteigentumsanteils eingeräumt und gleichzeitig zur Sicherung dieses bedingten Anspruchs eine Auflassungsvormerkung für den Beklagten ins Grundbuch eingetragen (§ 5 der notariellen Vereinbarung).

Im Jahr 1998 zog die Klägerin aus dem bis dahin gemeinsam bewohnten Anwesen aus; seitdem ist die Lebensgemeinschaft der Parteien beendet.

Die Klägerin ist der Auffassung, im notariellen Vertrag seien die Rechtsfolgen für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft unvollständig geregelt, weil nur dem Beklagten ein Rücktrittsrecht eingeräumt worden sei. Nicht sei daran gedacht worden, dass der Beklagte durch Eintragung von Dienstbarkeiten und Rechten eine

Rechtsposition erlangt habe, die es ihr – der Klägerin – unmöglich mache, Nutzen aus ihrem Miteigentumsanteil zu ziehen oder diesen zu verwerten. Sie ist der Ansicht, dass die sich daraus ergebende Regelungslücke unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage dahingehend zu schließen sei, dass sie gegen Rückübertragung des ihr übertragenen Miteigentumsanteils an den Beklagten Löschung der im Grundbuch eingetragenen Rechte, auch soweit sie selbst nicht von ihnen begünstigt sei (§ 7 Nr. 4 a. a. O.: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft), beanspruchen könne.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und den Beklagten zur Abgabe von Löschungsbewilligungen verurteilt, allerdings ohne dies von der Rückübertragung des der Klägerin übertragenen Miteigentumsanteils abhängig zu machen. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts nur insoweit abgeändert, dass die Verurteilung von der Rückübertragung des der Klägerin übertragenen Miteigentumsanteils abhängig gemacht wird, im Übrigen aber die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Die Klage ist unbegründet. (...)

II. Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die persönlichen Beziehungen derart im Vordergrund, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen und daher nicht nur in persönlicher, sondern auch in wirtschaftlicher Hinsicht keine Rechtsgemeinschaft besteht (st. Rspr., vgl. Sen., Ur. v. 4.11.1991, II ZR 26/91, BGHR BGB § 705 – Lebensgemeinschaft 1; Sen., Ur. v. 8.7.1996, II ZR 340/95, NJW 1996, 2727). Wenn die Partner nicht etwas Besonderes unter sich geregelt haben, werden dementsprechend persönliche und wirtschaftliche Leistungen nicht ausgeglichen (vgl. BGHZ 77, 55, 59).

1. Diese Grundsätze stehen der Annahme entgegen, das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft lasse die Geschäftsgrundlage für bisher erbrachte Leistungen entfallen (Sen., Ur. v. 25.9.1997, II ZR 269/96, ZIP 1997, 1962, 1963). Geschäftsgrundlage sind nach ständiger Rechtsprechung die bei Abschluss eines Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGHZ 121, 378, 391; Sen., Ur. v. 25.9.1997, II ZR 269/96, a. a. O.). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien mit dem Erwerb des Eigentums die Vorstellung verfolgt, das Anwesen als Altersruhesitz zu erwerben. Evident diesem Zweck diene die beiderseitige Vereinbarung, das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Dauer auszuschließen. Wenn diese Klausel bei Scheitern der Lebensgemeinschaft schützen würde, weil er in der Folge im gemeinsamen Haus verbleiben wollte, war bei Abschluss der Vereinbarung nicht absehbar. Wenn aber beide Parteien ein solches vertragliches Risiko eingegangen sind, ist ihnen später der Einwand des Fortfalls der Geschäftsgrundlage entzogen (BGHZ 74, 370, 373).

2. Demgegenüber macht die Klägerin vergeblich geltend, von einer derartigen Risikoübernahme könne nicht ausgegangen werden, weil andernfalls auch ihr ein Rücktrittsrecht, nämlich von der die Aufhebung der Gemeinschaft ausschließenden Klausel, hätte eingeräumt werden müssen. Aus § 5 des notariellen Vertrages, den der Senat selbst auslegen kann, weil weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen, ergibt sich zweifelsfrei, dass die Parteien den Fall einer auch ohne den Tod eines der Beteiligten beendeten nichtehelichen Lebensgemeinschaft bedacht haben. Ihre Regelung, für

diesen Fall allein dem Beklagten ein Rücktrittsrecht von der Übertragung der Miteigentumsanteile einzuräumen, ist schon angesichts des Altersunterschieds der Parteien und ihres Ziels, dem Beklagten einen Wechsel des Altersruhesitzes zu ersparen, interessengerecht. Zumal unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Parteien notariell beraten waren, kann von einer lückenhaften Regelung nicht ausgegangen werden.

Entgegen der Ansicht der Klägerin steht der Beklagte selbst bei einem von ihm erklärten Rücktritt nicht besser, weil dadurch nur der ursprüngliche Zustand beim Erwerb des Grundstücks – hälftiges Miteigentum – wiederhergestellt würde. Auch der Beklagte kann dann nicht die Aufhebung der Gemeinschaft gegenüber der Klägerin durchsetzen. Dass angesichts des Zerwürfnisses der Parteien die Klägerin das Miteigentum nicht mehr gemeinsam nutzen will und kann, beruht auf der von ihnen selbst geschaffenen (Mit-)Eigentumslage und der Raumsituation des Anwesens.

12. BGB §§ 2270, 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 Abs. 2 (*Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament*)

Auch wenn sich Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig bedenken, kann die Wechselbezüglichkeit dieser Verfügungen rechtsfehlerfrei mit der Begründung verneint werden, dass die Verfügungen nicht gleich lautend formuliert sind, das Testament zu Gunsten des Überlebenden eine Freistellungsklausel enthält und der Erstversterbende zu Lebzeiten in Kenntnis des Widerrufs der von dem überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen davon ausgegangen ist, dass seine testamentarischen Anordnungen noch Gültigkeit haben.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.9.2003, 3 W 180/03; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Die Beteiligte zu 3) und ihr Ehemann, der spätere Erblasser, errichteten am 26.8.1976 vor einem Notar ein gemeinschaftliches Testament. Der Erblasser setzte die Beteiligte zu 3) zu seiner „alleinigen und unbeschränkten Erbin“ ein, während diese die gemeinsame Tochter – die Beteiligte zu 4 – und einen Sohn des Erblassers aus erster Ehe – den Beteiligten zu 1 – zu Miterben berief. Mit notarieller Urkunde vom 28.5.1982, die ebenfalls die Überschrift „gemeinschaftliches Testament“ trägt und von beiden Ehegatten unterschrieben wurde, änderte die Beteiligte zu 3) ihre letztwillige Verfügung dahin, dass ihr Ehemann befreiter Vorerbe sowie die Beteiligten zu 1) und 4) Nacherben werden sollten. Mit der ihrem Ehemann zugestellten notariellen Urkunde vom 9.9.1987 widerrief die Beteiligte zu 3) ihre letztwilligen Verfügungen.

Nach dem Tod des Erblassers erteilte das Nachlassgericht dem Beteiligten zu 1) auf dessen Antrag einen gemeinschaftlichen Erbschein, der vom Eintritt der gesetzlichen Erbfolge ausging. Den später gestellten Antrag der Beteiligten zu 3), ihr einen Alleinerbschein auf der Grundlage testamentarischer Erbfolge zu erteilen, lehnte das Nachlassgericht ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg: Das Landgericht wies das Amtsgericht an, der Beteiligten zu 3) den begehrten Alleinerbschein zu erteilen und den gemeinschaftlichen Erbschein einzuziehen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

I.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden (§§ 27, 29 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 4, 20 Abs. 1, 21 FGG). Die Beschwerde-

befugnis des Beteiligten zu 1) folgt aus seiner Rechtsbehauptung, entgegen der Auffassung des Landgerichts Miterbe zu $\frac{1}{6}$ zu sein (vgl. BGH, FamRZ 1974, 645, 646; Senat, Beschluss vom 15.8.2002, 3 W 122/02; BayObLGZ 1982, 236, 238 f.; BayObLG, FamRZ 1976, 101, 102; jew. m. w. N.).

II.

In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Das Landgericht hat in seiner sorgfältig begründeten Entscheidung den Beschluss des Nachlassrichters vom 30.1.2002 aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, den ausgestellten gemeinschaftlichen Erbschein vom 20.11.2001 einzuziehen sowie der Beteiligten zu 3) einen Erbschein zu erteilen, der sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweist. Im Unterschied zum Amtsgericht ist die Beschwerdekammer der Auffassung, die von dem Erblasser und der Beteiligten zu 3) errichteten gemeinschaftlichen Testamente vom 26.8.1976 (Urk.-Nr. ...) und 28.5.1982 (Urk.-Nr. ...) enthielten keine wechselbezüglichen Verfügungen. Daher habe der Umstand, dass die Beteiligte zu 3) zu Lebzeiten ihres Ehemanns ihre in den vorgenannten Testamenten enthaltenen letztwilligen Verfügungen mit notarieller Urkunde vom 9.8.1987 (Urk.-Nr. ...) widerrufen habe, keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der von dem Erblasser getroffenen Verfügung von Todes wegen (vgl. § 2270 Abs. 1 BGB). Nach § 1 der notariellen Urkunde vom 26.8.1976 habe der Erblasser seine Ehefrau, die Beteiligte zu 3), zu seiner „alleinigen und unbeschränkten Erbin“ berufen. Dies begegnet aus Rechtsgründen keinen Bedenken.

1. Die Auslegungsfähigkeit und -bedürftigkeit des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.8.1976 – eine im Verfahren der weiteren Beschwerde nachprüfbare Rechtsfrage (vgl. Senat, FGPrax 1997, 152 und ständig) – hat das Landgericht zutreffend bejaht. Dabei ist es ersichtlich davon ausgegangen, dass bei der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments auch der Wille der Beteiligten zu 3) zu berücksichtigen ist. Das Landgericht hat weiter ausgeführt, dass bei der Ermittlung des Willens der Testierenden auch Umstände herangezogen werden können, die außerhalb des Testaments liegen, wie frühere oder spätere Äußerungen des Erblassers oder sein Verhalten nach der Errichtung des Testaments. Es bestehe kein allgemeiner Lebenserfahrungssatz, dass Eheleute ihre in einem gemeinsamen Testament erklärten letztwilligen Verfügungen in der Regel als insgesamt wechselseitig bindend ansehen. All dies steht im Einklang mit den Grundsätzen der Testamentsauslegung und unterliegt keiner rechtlichen Beanstandung (vgl. BGH, NJW 1993, 256; BGHZ 86, 41, 45 f.; Senat, Beschluss vom 27.8.2002, 3 W 156/02; BayObLG, FamRZ 2001, 1734, 1735, jew. m. w. N.).

2. Bei der Anwendung der vorgenannten Grundsätze ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Wechselbezüglichkeit im Verhältnis zwischen der Einsetzung der Beteiligten zu 3) als Alleinerbin und der von ihr widerrufenen letztwilligen Verfügungen nicht vorliegt. Für seine Tatsachen- und Beweiswürdigung stützt es sich im Wesentlichen auf drei Umstände: Der Erblasser sei in Kenntnis des Widerrufs der von der Beteiligten zu 3) getroffenen letztwilligen Verfügungen davon ausgegangen, dass sein Testament noch Gültigkeit habe. Weiter spreche gegen eine Wechselbezüglichkeit, dass die Verfügungen des Erblassers keineswegs gleich lautend mit den Verfügungen der Beteiligten zu 3) seien. Schließlich spreche der im späteren Testament ausdrücklich aufrechterhaltene § 3 des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.8.1976 gegen eine Wechselbezüglichkeit; nach dieser Bestimmung soll der Letztlebende berechtigt sein, die getroffenen Verfügungen

jederzeit ganz oder teilweise aufzuheben oder abzuändern. Diese Ausführungen halten der im Verfahren der weiteren Beschwerde allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand.

Die Auslegung letztwilliger Verfügungen ist allein Sache des Tatrichters. Der Senat als Rechtsbeschwerdegericht kann diese nur beschränkt, nämlich daraufhin überprüfen, ob der maßgebende Sachverhalt ausreichend erforscht wurde, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt wurden und hierbei nicht gegen Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen wurde. Dabei müssen die vom Tatrichter gezogenen Schlussfolgerungen nicht zwingend sein. Es genügt, wenn sie möglich sind (Senat in st. Rspr., vgl. etwa FGPrax 1997 a. a. O.; BayObLG, FamRZ 1995, 251, 252; KG, NJW-RR 1987, 451; OLG Saarbrücken, FamRZ 1990, 285, 286; OLG Köln, NJW-RR 1994, 397; *Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42 m. w. N.). Diese Grundsätze gelten auch für die Frage der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments (Senat, Beschluss vom 29.1.2001, 3 W 254/00; KG, FamRZ 1993, 1251, 1252 m. w. N.; OLG Köln, a. a. O., S. 398).

Ausgehend hiervon ist die Entscheidung des Landgerichts nicht zu beanstanden. Die vorgenommene Auslegung widerspricht weder den Denkgesetzen noch der Lebenserfahrung. Sie ist möglich und berücksichtigt alle bei Erlass der Entscheidung bekannten wesentlichen Gesichtspunkte.

a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die Annahme des Landgerichts, dass die Verfügungen des Erblassers und der Beteiligten zu 3) „keineswegs gleich lautend“ seien, nicht rechtsfehlerhaft. Denn der Erblasser hat die Beteiligten zu 3) in § 1 des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.8.1976 zu seiner „alleinigen und unbeschränkten Erbin“ berufen. Die Beteiligten zu 3) hat den Erblasser hingegen in § 2 des Testaments vom 28.5.1982 zu ihrem befreiten Vorerben eingesetzt. Dies bedeutet, dass durch die angeordnete Nacherbfolge das Vermögen der Beteiligten zu 3) zunächst ihrem Ehemann als Vorerben persönlich, später aber nicht dessen Erben, sondern den von ihr eingesetzten Nacherben zugekommen wäre. Anders als die durch ihren Ehemann angeordnete Alleinerbenstellung der Beteiligten zu 3) wird die durch diese angeordnete Nacherbfolge durch die zeitliche Aufeinanderfolge verschiedener Erben nach einem und demselben Erblasser gekennzeichnet. Daran ändert die hier vorgenommene Befreiung des Vorerben gemäß § 2136 BGB nichts. Denn diese Befreiungen gehen nicht weiter, als die genannte Vorschrift dies zulässt (vgl. BGHZ 7, 275, 276; *Müller*, ZEV 1996, 179). Unter diesen Umständen ist es nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Landgericht die Verschiedenartigkeit der letztwilligen Verfügungen als Indiz gegen ihre Wechselbezüglichkeit gewertet hat (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1994, 1210, 1211; BayObLG, FamRZ 2001, 1734, 1736).

b) Das Landgericht hat nicht verkannt, dass die – in dem Testament vom 28.5.1982 aufrechterhaltene – Freistellungsklausel in § 3 des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.8.1976 nicht notwendig gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen muss: Es ist nicht nur begrifflich, sondern auch praktisch durchaus denkbar, dass die testierenden Ehegatten auch dann, wenn sie einander für die Zeit nach dem Tod des einen von ihnen freie Hand lassen wollen, für die Zeit vorher darauf Wert legen, von einer Testamentsänderung des anderen unterrichtet zu werden, wie es das Gesetz vorsieht. In diesem Fall ist trotz jener Freistellung für später die Wechselbezüglichkeit zu bejahen. Ebenso gut ist aber auch möglich, dass einer solchen Freistellungsklausel der Wille der Ehegatten zugrunde liegt, ihre gleichzeitig getroffenen Verfügungen von Todes wegen von vornherein nicht voneinander abhängig zu

machen (vgl. § 2270 BGB), und dass sie dies nur deshalb bloß für die Zeit nach dem Tod des Erstversterbenden zum Ausdruck bringen, weil für die Zeit vorher eine Bindung ohnehin nach dem Gesetz (§ 2271 Abs. 1 BGB) nicht in Betracht kommt. In diesem Fall fehlt es an der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen überhaupt. Diese Grundsätze sind in der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BGH, FamRZ 1956, 83, 84; 1964, 501, 502; OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 632; RGRK/*Johannsen*, BGB, 12. Aufl., § 2270 Rdnr. 8); der Senat sieht keinen Anlass, von ihnen abzuweichen. Das Landgericht hat sich mit rechtsfehlerfreien Erwägungen für die zuletzt genannte Alternative entschieden. Es hat seine Auffassung auch nicht etwa widersprüchlich begründet. Es ist nämlich ohne weiteres denkbar, dass die Eheleute Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament jeweils nur mit Rücksicht auf die Verfügungen des anderen Teils treffen, gleichzeitig aber die Wechselbezüglichkeit ausschließen wollen (*Planck/Greif*, BGB, 4. Aufl., § 2271 Anm. IV 3 a; *Staudinger/Kanzleiter* [1998], § 2270 BGB Rdnr. 9). Mit ihrem Vortrag, es sei den Testierenden darum gegangen, „gerade wegen der bestehenden Wechselbezüglichkeit Änderungsvorbehalte aufzunehmen“, versucht die weitere Beschwerde lediglich, ihre eigene Würdigung des Tatsachen- und Beweisstoffs an die Stelle derjenigen des Landgerichts zu setzen; hiermit kann sie im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht gehört werden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 559 ZPO).

c) Mit Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass die Beteiligte zu 3) den beurkundenden Notar nicht von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden hat (§§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 385 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 15 FGG) und dies der Beweiswürdigung zugänglich ist (vgl. BGH, MDR 1984, 48; *Zöller/Greger*, ZPO, 23. Aufl., § 385 Rdnr. 13, § 286 Rdnr. 14). Die Folgen einer Beweisvereitelung greifen aber nur ein, wenn der Geheimnisgeschützte für seine Weigerung keine verständlichen Gründe hat. Nur ein vorwerfbares, missbilligenswertes Verhalten vermag den mit beweisrechtlichen Nachteilen verbundenen Vorwurf der Beweisvereitelung zu tragen (BGH, NJW-RR 1996, 1534). In dem hier gegebenen Fall sind den Feststellungen des Landgerichts und dem sonstigen Inhalt der Akten keine Anhaltspunkte für ein solches Verhalten der Beteiligten zu 3) zu entnehmen (vgl. auch RG, JW 1915, 1361). Nach dem Gesamtzusammenhang der Beschlussbegründung schließt der Senat im Übrigen aus, dass das Landgericht die Weigerung der Beteiligten zu 3), den beurkundenden Notar von der Verschwiegenheitspflicht zu befreien, übersehen hat.

d) Die Kammer hat nicht verkannt, dass der von der Beteiligten zu 3) erklärte Widerruf ihrer letztwilligen Verfügungen ein „starkes Indiz“ für eine Wechselbezüglichkeit ist. Sie hat im Weiteren jedoch rechtsfehlerfrei begründet, warum sie ungeachtet dessen eine Wechselbezüglichkeit ausschließt. Hierfür hat sie sich nicht auf die Aussage des Zeugen S. gestützt. Denn diese Aussage „war hinsichtlich der Frage der Behandlung des Widerrufs unergiebig“. Vielmehr hat die Kammer dem Widerruf „im Hinblick auf die anderen Umstände“ entscheidungserhebliche Bedeutung abgesprochen. Zu dieser Auffassung konnte sie wegen des Gewichts der von ihr angeführten Indizien, die jedenfalls in ihrer Gesamtheit gegen eine innere Abhängigkeit der Verfügungen sprechen, rechtsfehlerfrei gelangen.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers führt die Ansicht der Kammer auch nicht zu „unerträglicher Rechtsunsicherheit“: Durch die Vorschriften der §§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 Abs. 2 BGB ist sichergestellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen erfährt. Durch diese Erklärung tritt gemäß § 2270 Abs. 1 BGB die Un-

wirksamkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten aber auch nur insoweit ein, als diese tatsächlich wechselbezüglich sind (vgl. auch § 2270 Abs. 3 BGB). Geht daher dem anderen Ehegatten ein notariell beurkundeter Widerruf zu, ist es seine Sache, sich über die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen – ggf. unter Inanspruchnahme rechtlicher Beratung – Klarheit zu verschaffen und ggf. anderweitig zu testieren.

e) Mit Recht hat die Kammer auch den Umstand herangezogen, dass der Erblasser selbst noch am Geburtstag des Beteiligten zu 1) im Jahre 2000 gegenüber der Zeugin A. davon ausgegangen war, dass sein Testament noch Gültigkeit hat. Denn diese – von der Kammer rechtsfehlerfrei dargelegte – Auffassung des Erblassers ist nur verständlich, wenn er selbst nicht von einer Wechselbezüglichkeit der hier in Rede stehenden Verfügungen von Todes wegen ausgegangen war. Zwar wendet die Rechtsbeschwerde gegen diese Würdigung ein, der Erblasser habe die Zeugin A. mit seinem Hinweis auf das Testament „abwimmeln“ wollen. Mit seiner von der Beweiswürdigung des Landgerichts abweichenden Bewertung kann der Beschwerdeführer im Rechtsbeschwerdeverfahren jedoch nicht gehört werden (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 559 ZPO). Anhaltspunkte dafür, dass die Feststellungen des Landgerichts verfahrensfehlerhaft, etwa unter Verstoß gegen § 12 FGG, zustande gekommen sein könnten, sind nicht ersichtlich. Zudem hat sich der Erblasser mit der gleichen Tendenz gegenüber dem Zeugen L. geäußert.

f) Schließlich hat sich das Landgericht auch rechtsfehlerfrei mit dem Schreiben des früheren Bevollmächtigten der Beteiligten zu 3), des Zeugen Dr. P., vom 26.4.2001 auseinandergesetzt. Zwar ging der frühere Bevollmächtigte in dem Schreiben, wie auch das Zitat der Vorschrift des § 2270 Abs. 1 BGB belegt, von einer Wechselbezüglichkeit der letztwilligen Verfügungen aus. Gegenüber der Kammer hat er es aber „für eher unwahrscheinlich“ gehalten, dass er mit der Beteiligten zu 3) über eine Wechselbezüglichkeit gesprochen habe. Vor allem hat er ausgeführt, dass die rechtliche Würdigung, die seinem Schreiben vom 26.4.2001 zugrunde liege, seine eigene Wertung sei, die er aufgrund der vorliegenden Urkunden getroffen habe. Von daher erklärt sich auch das Zitat des § 2270 Abs. 1 BGB. Es ist rechtsfehlerfrei, wenn das Landgericht es abgelehnt hat, aus der eigenen Wertung des früheren Bevollmächtigten der Beteiligten zu 3) auf die Wechselbezüglichkeit der hier in Rede stehenden Verfügungen von Todes wegen zu schließen.

g) Das Landgericht hat die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht übersehen. Es hat zutreffend ausgeführt, dass diese Vorschrift nur eingreift, wenn die Erforschung des Willens beider Ehegatten trotz Ausschöpfung aller Möglichkeiten im Blick auf die Wechselbezüglichkeit kein eindeutiges Ergebnis gebracht hat (Senat, Beschluss vom 27.8.2002, 3 W 156/02; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2270 Rdnr. 7). So liegt der Fall hier jedoch nicht.

13. BGB §§ 2303, 2306, 2317; ZPO § 852 Abs. 1; BSGH § 90 (*Überleitung von Pflichtteilsansprüchen auf den Sozialhilfeträger*)

1. Bei gegenseitiger Erbinsetzung von Ehegatten kann der Träger der Sozialhilfe nach dem Tod des Erstversterbenden nach erfolgter Überleitung Pflichtteilsansprüche eines behinderten Kindes unabhängig von dessen eigener Entscheidung geltend machen.

2. Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung, die den besonderen Interessen des Kindes durch Anordnungen zur Verhinderung des Zugriffs des Trägers der Sozialhilfe Rechnung trägt, kann ergeben, dass für diesen Fall die im Testament angeordnete Sanktion des Ausschlusses des Erbrechts auf Ableben des Letztversterbenden für die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nicht gelten soll.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.9.2003, 9 U 59/03

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist abgedruckt in ZEV 2004, 26 mit Anm. *Spall*; das vorinstanzliche Urteil des LG Konstanz ist abgedruckt in MittBayNot 2003, 398 (dazu *Spall*, MittBayNot 2003, 356).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. UmwG § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1; FGG § 142 Abs. 1 (*Kein Verfügungsverbot über Aktien nach Formwechselbeschluss*)

Der Beschluss, eine Aktiengesellschaft formwechselnd in eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln (Umwandlungsbeschluss), hat kein Verfügungsverbot bezüglich der Aktien bis zur Eintragung der neuen Rechtsform in das Handelsregister zur Folge. Die Berechtigten können über ihre Anteile nach den allgemein anwendbaren Regeln verfügen.

BayObLG, Beschluss vom 2.4.2003, 3Z BR 57/03; mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. *Olaf Gerber*, LL.M., Frankfurt a.M./Würzburg

Die Betroffene hatte ursprünglich die Rechtsform einer Aktiengesellschaft; ihr Grundkapital betrug 100.000 DM. Frau W. hielt 100 Aktien der Gesellschaft im Nennwert von je 100 DM. Am 29.2.2000 fassten die Aktionäre der Betroffenen den Beschluss, die Gesellschaft im Wege des Formwechsels in eine GmbH & Co. KG umzuwandeln. Frau W. sollte mit einer Hafteinlage in Höhe von 10.000 DM Kommanditistin der Gesellschaft sein. Die neue Rechtsform der Gesellschaft wurde am 7.8.2000 in das Handelsregister eingetragen. U. a. erfolgte auch eine Eintragung von Frau W. als Kommanditistin.

Mit Vertrag vom 6.7.2000 hatte Frau W. jedoch ihre Aktien bereits an ihre Mitgesellschafter F. und S. verkauft und übertragen. Frau W. und Herr F., handelnd für sich selbst sowie für die Komplementärin der Gesellschaft, meldeten dies unter dem 20.12.2001 mit dem Inhalt zur Eintragung in das Handelsregister an, dass Frau W. ihre Beteiligung auf den mitanmeldenden Gesellschafter F. übertragen habe und dadurch aus der Gesellschaft ausscheide. Das Amtsgericht versuchte zunächst, den nicht anmeldenden Mitgesellschafter S. aufzufordern, sich zu der Anmeldung zu äußern. Mit Schreiben vom 27.3.2002 regte die Betroffene schließlich an, das Register von Amts wegen dahin zu berichtigen, dass Frau W. nicht Kommanditistin der Betroffenen geworden sei und dass die Anteile der Kommanditisten F. und S. sich entsprechend der im Kauf- und Übertragungsvertrag vorgesehenen Quoten erhöht hätten. Das Amtsgericht lehnte die Einleitung eines Amtslöschungsverfahrens jedoch mit Beschluss vom 13.6.2002 ab. Hiergegen wandte sich die Betroffene mit dem Rechtsmittel der Beschwerde, mit der der Antrag weiterverfolgt wurde, im Wege eines Amtsverfahrens die Eintragung von Frau W. als Kommanditistin der Betroffenen im Handelsregister zu löschen. Das Landgericht hat die Beschwerde mit Beschluss vom 16.1.2003 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich nunmehr die weitere Beschwerde der Betroffenen, mit der wiederum die Berichtigung des Handelsregisters sowohl bezüglich der Eintragung von Frau W. als Kommanditistin der Betroffenen als auch bezüglich der Hafteinlagen der Gesellschafter F. und S. begehrt wird.

Aus den Gründen:

(...)

II. Die zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig, soweit sie auf Löschung der Eintragung von Frau W. im Handelsregister als Kommanditistin der Betroffenen abzielt. Aber auch im Übrigen ist die weitere Beschwerde zulässig, weil alle Beteiligten, insbesondere auch das Beschwerdegericht, die Frage der Höhe der Hafteinlagen der Gesellschafter F. und S. stets in Verbindung mit der Kommanditistenstellung der Gesellschafterin W. gesehen haben; die Entscheidung des Beschwerdegerichts geht ausdrücklich auch auf diesen Aspekt mit ein. Damit aber war dieser Problemkomplex unabhängig von der Antragstellung der Betroffenen integraler Bestandteil des Beschwerdeverfahrens. Die Betroffene kann gegen die Zurückweisung ihrer Beschwerde auch in diesem Punkt mit dem Rechtsmittel der weiteren Beschwerde vorgehen (vgl. *Bassengel/Herbst/Roth*, FGG/RpflG, 9. Aufl., § 27 FGG Rdnr. 7).

2. Das Landgericht hat zur Begründung der Beschwerdeentscheidung ausgeführt, es gehe im vorliegenden Falle um das Ausscheiden eines in das Handelsregister eingetragenen Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft. Eine entsprechende Änderung des Handelsregisters sei von allen Gesellschaftern anzumelden. Eine Berichtigung unrichtiger Eintragungen von Amts wegen setze voraus, dass eine zweifels- und bedenkenfreie Sach- und Rechtslage gegeben sei. Dies sei hier nicht der Fall, weil eine Berichtigung des Handelsregisters nicht allein in Form einer Löschung der Eintragung von Frau W. als Kommanditistin erfolgen könne, solange nicht gleichzeitig aus der Eintragung hervorgehe, „wohin der Kommanditanteil ... der nicht mehr eingetragenen Kommanditistin gegangen“ sei. Zu dieser Frage aber habe die Betroffene trotz entsprechender Hinweise eine Klärung der Sach- und Rechtslage nicht herbeiführen können. Es entspreche deshalb pflichtgemäßem Ermessen, die Klärung der aktuellen Anteile den Beteiligten zu überlassen.

3. Die angefochtene Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 146 ZPO) nicht in vollem Umfang stand.

a) Die Erstbeschwerde war, was das Rechtsbeschwerdegericht selbstständig zu prüfen hat (vgl. BayObLG, GmbHR 1998, 1123, 1124), zulässig. Die Betroffene ist auch in ihren Rechten (§ 20 Abs. 1 FGG) beeinträchtigt. Im Hinblick auf die rechtlichen Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist ihre Rechtsstellung berührt, wenn eine Person unzutreffend als Gesellschafter im Register eingetragen ist.

b) Ist eine Eintragung in das Handelsregister bewirkt, obgleich sie mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, so kann das Registergericht sie von Amts wegen löschen (§ 142 Abs. 1 Satz 1 FGG). Die Unzulässigkeit der Eintragung kann anfangs bestanden haben, aber auch nachträglich eingetreten sein (BayObLGZ 1994, 102, 105). Die Frage, wann ein Mangel wesentlich ist, hat das Registergericht nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden (vgl. *Keidel/Winkler*, FGG, 15. Aufl., § 142 Rdnr. 14). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Lösungsverfahren ein selbstständig ausgestaltetes Verfahren darstellt, das nicht dazu dient, Fehler des Anmeldeverfahrens zu korrigieren (BayObLG, DNotZ 1997, 81, 84). Voraussetzung einer Amtslöschung ist in jedem Falle, dass die Unzulässigkeit der betreffenden Eintragung nach Überprüfung aller hierfür maßgebenden Umstände ohne vernünftigen Zweifel zu bejahen ist (*Keidel/Winkler*, a. a. O., § 142 Rdnr. 17). Ist dies nicht der Fall, so ist derjenige, der die

Löschung einer Eintragung herbeiführen möchte, auf den Prozessweg zu verweisen (vgl. BayObLGZ 1979, 351, 356). Liegen die Voraussetzungen für eine Löschung vor, ist das Registergericht zu dieser Maßnahme von Amts wegen wiederum nur berechtigt, nicht aber verpflichtet. Eine Löschung ist regelmäßig nur dann veranlasst, wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Beteiligter zur Folge hätte oder den öffentlichen Interessen widerspräche (vgl. BayObLGZ 1978, 87, 93; *Keidel/Winkler*, a. a. O., § 142 Rdnr. 19; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 142 Rdnr. 10).

c) Diesen Grundsätzen vermag die angefochtene Entscheidung nicht in allen Punkten zu genügen.

aa) Das Landgericht hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass es im vorliegenden Falle gerade nicht um das Ausscheiden eines in das Handelsregister eingetragenen Kommanditisten aus einer Kommanditgesellschaft, sondern darum geht, ob der eingetragene Kommanditist überhaupt Gesellschafter der Kommanditgesellschaft geworden ist. Dies ist hier zu verneinen:

Frau W. hat ihre Anteile an der formwechselnden Gesellschaft nämlich noch vor dem Wirksamwerden der Umwandlung in eine GmbH & Co. KG wirksam an Dritte abgetreten. Die Umwandlung ist rechtlich erst mit der Eintragung der neuen Rechtsform in das Handelsregister wirksam geworden; die Eintragung hatte insoweit konstitutiven Charakter (vgl. § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG; *Lutter/Decher*, UmwG, 2. Aufl., § 202 Rdnr. 7). Sie ist vorliegend am 7.8.2000 erfolgt, also zu einem Zeitpunkt, zu dem Frau W. nach unbestrittener Aktenlage bereits wirksam über ihre Geschäftsanteile verfügt hatte. Frau W. hat damit Aktien der seinerzeit noch fortbestehenden Aktiengesellschaft und nicht etwa einen Kommanditanteil übertragen; sie ist zu keinem Zeitpunkt Kommanditistin der GmbH & Co. KG geworden.

bb) Dem steht nicht entgegen, dass die – an sich formfreie – Übertragung der Aktien zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, als die Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG bereits beschlossen war. Der Umwandlungsbeschluss führte nicht zu einem Verfügungsverbot bezüglich der Geschäftsanteile. Zwar folgt aus § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG das Gebot der Mitgliederidentität (vgl. dazu *Lutter/Decher*, a. a. O., § 202 Rdnr. 15; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, UmwG, 2. Aufl., § 194 Rdnr. 25; *Rottnauer*, EWiR 2000, 457, 458, zu BayObLG, Beschl. v. 4.11.1999, 3Z BR 333/99, ZIP 2000, 230). Dies bedeutet aber allenfalls, dass Berechtigte, die zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels Anteilsinhaber sind, auch Anteilsinhaber an dem Rechtsträger neuer Rechtsform werden. Vor dem Umwandlungsbeschluss, in der Zeit zwischen Umwandlungsbeschluss und Eintragung und nach der Eintragung können Anteilsinhaber nach den allgemein anwendbaren Regeln ein- und austreten; über Anteile oder Mitgliedschaften kann frei verfügt werden (vgl. BayObLGZ 1999, 345, 348 = GmbHR 2000, 89, 90 f.; *Kallmeyer/Meister/Klöcker*, a. a. O., § 194 Rdnr. 25 und § 202 Rdnr. 30). Im Falle von Verfügungen erlangt der Erwerber die durch den Umwandlungsbeschluss geschaffene Rechtsposition des Verfügenden (*Kallmeyer/Meister/Klöcker*, a. a. O., § 194 Rdnr. 25). Im Zeitpunkt der Eintragung wird er, nicht der Verfügende, Inhaber eines Anteils an dem Rechtsträger neuer Rechtsform.

cc) Ist aber Frau W. zu keinem Zeitpunkt Kommanditistin der Betroffenen geworden, so ist die entsprechende Eintragung in das Handelsregister hier von Anfang an unrichtig und damit unzulässig gewesen (vgl. *Keidel/Winkler*, a. a. O., § 142 Rdnr. 12). Die Unzulässigkeit beruht erkennbar auf dem

Mangel einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung. Der Mangel steht ferner ohne jeden verbleibenden Zweifel bereits nach Aktenlage fest.

Noch nicht hinreichend geklärt ist lediglich die Frage, an welchen der beiden anderen Kommanditisten die Anteile von Frau W. vor Eintragung des Umwandlungsbeschlusses übergegangen sind. Bezogen auf das Register steht damit zwar fest, wer Kommanditist geworden ist, nicht aber die Höhe der jeweiligen Hafteinlagen. Hierzu weichen die Angaben im vorgelegten Kauf- und Übertragungsvertrag ab von den Angaben in der Anmeldung vom 20.12.2001. Während nach dieser Anmeldung Herr F. als alleiniger Rechtsnachfolger von Frau W. anzusehen wäre, soll nach dem Kauf- und Übertragungsvertrag eine Aufteilung zwischen den Gesellschaftern S. und F. stattgefunden haben. Das Landgericht stellt zutreffend fest, dass in dieser Frage bislang eine zweifels- und bedenkenfreie Klärung nicht herbeigeführt werden konnte. Der Senat sieht deshalb auch keine Veranlassung, zu beanstanden, dass das Landgericht insoweit eine Löschung der Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen ablehnt und die Beteiligten auf den Prozessweg verweist. Die weitere Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. Der Senat teilt aber nicht die Auffassung, dass hieran auch eine Korrektur bezüglich der Eintragung von Frau W. als Kommanditistin der Betroffenen scheitern muss. Beide Fragen hängen nicht in der Weise zusammen, dass die eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen könnte. Dies zeigt auch § 175 HGB, wonach Anmeldungen zur Höhe der Hafteinlage, anders als Anmeldungen zur Kommanditistenstellung, nicht erzwungen werden können.

Damit liegen die Voraussetzungen für ein Amtslöschungsverfahren bezüglich der Kommanditisteneintragung hier vor. Da zudem die Betroffene nachvollziehbar vorträgt, dass bei Fortbestehen der entsprechenden Eintragung eine Schädigung Beteiligten zu befürchten wäre, ist die Durchführung des Löschungsverfahrens im vorliegenden Falle auch geboten.

Anmerkung:

Mit der hier zu besprechenden Entscheidung setzt das BayObLG seine bisherige Rechtsprechung (BayObLG, Beschl. v. 4.11.1999, 3Z BR 333/99, BayObLGZ 1999, 345) zur Zulässigkeit des Anteilseignerwechsels im Anschluss an einen bereits beschlossenen, aber noch nicht wirksam gewordenen Formwechsel fort. Der Entscheidung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung nachdrücklich zuzustimmen. Das BayObLG hat hier zutreffend bejaht, dass ein Gesellschafterwechsel nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses und vor Eintragung im Handelsregister zulässig ist und der veräußernde Gesellschafter in diesem Fall zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter des Zielrechtsträgers wird.

1. Kennzeichnend für die formwechselnde Umwandlung eines Rechtsträgers ist das in §§ 194 Abs. 1 Nr. 3 und 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG statuierte Prinzip der Identität der Anteilshaber. Dies besagt, dass bei einer formwechselnden Umwandlung der Gesellschafterbestand des Ausgangsrechtsträgers identisch mit dem Gesellschafterbestand des Zielrechtsträgers sein muss (*Widmann/Mayer*, UmwG, § 197 Rdnr. 21 m. w. N.). Dementsprechend sieht § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG vor, dass in den Formwechselbeschluss die Beteiligung der bisherigen Anteilshaber an dem neuen Rechtsträger aufzunehmen ist. Fraglich ist, welche Auswirkungen sich hieraus auf anschließende Anteilsübertragungen ergeben, da die Beteiligung des Erwerbers und das Ausscheiden des Veräußerers aus dem Umwandlungsbeschluss nicht ersichtlich sind.

2. Im Schrifttum findet sich im Zusammenhang hierzu die m. E. etwas missverständliche Äußerung, dass Anteilseigner nur vor oder nach dem Formwechsel ausscheiden können (*Heckschen/Simon*, Umwandlungsrecht, § 9 Rdnr. 5; ähnlich *Lutter/Decher*, UmwG, § 202 Rdnr. 13 ff., der explizit auch und entgegen BayObLG, Beschl. v. 4.11.1999, 3Z BR 333/99, BayObLGZ 1999, 345, die Möglichkeit der Aufnahme eines neuen Gesellschafters nach Fassung des Formwechselbeschlusses ablehnt). Sofern hiernach generell Veränderungen im Gesellschafterbestand in der Zeit zwischen Fassung des Formwechselbeschlusses bis zur Eintragung im Handelsregister ausgeschlossen sein sollten, wird damit die Bedeutung des Identitätsprinzips überspannt. Zutreffend sieht das BayObLG in §§ 194 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG daher auch keine Veräußerungssperre bezüglich der Anteile des umgewandelten Rechtsträgers. Vielmehr ergebe sich aus dem Prinzip der Identität der Anteilshaber lediglich, dass die zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels vorhandenen Anteilshaber auch Anteilshaber an dem Rechtsträger neuer Rechtsform werden. In der Zeit zwischen Umwandlungsbeschluss und Eintragung könnten die Anteilshaber nach den allgemein anwendbaren Regeln über ihre Anteile frei verfügen. Die Übertragung der Anteile richte sich dabei nach den für den Ausgangsrechtsträger geltenden Vorschriften. Der Erwerber erlange dann die durch den Umwandlungsbeschluss geschaffene Rechtsposition des Veräußerers. Im Zeitpunkt der Eintragung werde der Erwerber Gesellschafter des Rechtsträgers neuer Rechtsform, der Veräußerer werde zu keinem Zeitpunkt an dem neuen Rechtsträger beteiligt. Dass diese Auffassung zutreffend ist und der Formwechsel nicht zu einer Veräußerungssperre führt, zeigt auch schon die Vorschrift des § 211 UmwG (zu dieser Vorschrift unten 3.1).

3. Auch wenn mit dieser Entscheidung dem in der Praxis auftretenden Bedürfnis Rechnung getragen wird, bereits vor Wirksamwerden des Formwechsels Anteile zu übertragen, darf nicht übersehen werden, dass hiermit auch eine Reihe von praktischen Folgeproblemen verbunden sind, nicht zuletzt deshalb, wie auch der Sachverhalt der hier besprochenen Entscheidung zeigt, weil sich die Registergerichte mit dieser Konstellation häufig noch schwer tun. Einige Fragen und Fallstricke sollen hier kurz angesprochen werden.

3.1 Obwohl der Formwechselbeschluss selbst nicht zu einer Veräußerungssperre bzw. zu einem Verfügungsverbot führt, sind gesetzliche oder statutarische Verfügungsbeschränkungen, die für Anteile am Ausgangsrechtsträger gelten, zu beachten. Eine Ausnahme hiervon besteht nur im Fall des § 211 UmwG. Danach stehen einer Veräußerung der Anteile nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses bis zum Ablauf der in § 209 UmwG bestimmten Frist Verfügungsbeschränkungen nicht entgegen. § 211 UmwG erleichtert eine anderweitige Veräußerung des Anteils allerdings nur für solche Anteilshaber, denen ein Austrittsrecht gegen Barabfindung zusteht (*Lutter/Decher*, UmwG, § 211 Rdnr. 4). Dies sind gemäß § 207 Abs. 1 UmwG nur solche Anteilshaber, die gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben oder die gemäß §§ 207 Abs. 2, 29 Abs. 2 UmwG den widersprechenden Anteilshabern gleichgestellt sind. Für die Anteile aller anderen Anteilshaber gelten weiterhin etwaige gesetzliche oder statutarische Verfügungsbeschränkungen.

3.2 Beim Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gelten die für den Formwechsel stimmenden Gesellschafter als Gründer, § 219 UmwG. Dies gilt auch beim Formwechsel einer GmbH in eine AG, § 245 Abs. 1 UmwG. Außerdem sind beim Formwechsel einer GmbH in eine AG in der Niederschrift über den Umwandlungsbe-

schluss die Personen, die den Gründern gleichstehen, aufzunehmen, § 244 Abs. 1 UmwG. Die Veräußerung der Anteile an dem Ausgangsrechtsträger nach Beschlussfassung über den Formwechsel führt nun aber nicht dazu, dass der veräußernde Gesellschafter nicht mehr den Gründern gleichsteht und der Erwerber dessen Rechstellung übernimmt. Der veräußernde Gesellschafter steht vielmehr weiterhin den Gründern gleich, und auch ihn trifft eine eventuelle Gründerhaftung nach § 197 Satz 1 i. V. m. §§ 9 ff. GmbHG bzw. §§ 46 ff. AktG (so im Ergebnis auch *Wälzholz*, DStR 2003, 1269). Deshalb sind auch beim Formwechsel einer GmbH in eine AG nicht etwa in der Niederschrift die Angaben gemäß § 244 Abs. 1 UmwG zu korrigieren.

3.3 Weitere Besonderheiten ergeben sich, wenn beim Formwechsel in eine GmbH nach Beschlussfassung über den Formwechsel Anteile am Ausgangsrechtsträger übertragen werden. Gemäß § 218 Abs. 1 UmwG muss in dem Umwandlungsbeschluss auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH enthalten sein. Der GmbH-Vertrag muss dabei zunächst den Mindestanforderungen des § 3 GmbHG genügen. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG muss in dem Gesellschaftsvertrag auch die von jedem Gesellschafter zu leistende Stammeinlage angegeben werden. Auch bei der Gründung einer GmbH im Wege des Formwechsels sind daher im Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter und die von ihnen übernommenen Stammeinlagen aufzuführen (*Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, Anh. 4, M 156). Die Übertragung der Beteiligung führt dazu, dass die Angaben im Gesellschaftsvertrag unrichtig werden. Auch insoweit kommt aber eine Korrektur nicht in Betracht. „Gründungsgesellschafter“ bleibt vielmehr der Veräußerer. Der Anmeldung des Formwechsels ist gemäß § 16 GmbHG eine Liste der Gesellschafter als Anlage beizufügen. Erfolgt die Veräußerung der Anteile vor Anmeldung des Formwechsels, ist der Erwerber der Anteile am Ausgangsrechtsträger als zukünftiger GmbH-Gesellschafter in die Gesellschafterliste aufzunehmen; zum Handelsregister ist eine entsprechend korrigierte Gesellschafterliste nachzureichen.

3.4 Grundsätzlich ist der Formwechsel von den zukünftigen, § 222 Abs. 1 UmwG, oder den bisherigen Vertretungsorganen, § 235 Abs. 2 UmwG bzw. § 246 Abs. 1 UmwG, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Anteilshaber sind als solche also am Handelsregistervorverfahren grundsätzlich nicht beteiligt. Beim Formwechsel einer Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft ist jedoch gemäß § 222 Abs. 3 UmwG die Anmeldung auch von allen Gesellschaftern vorzunehmen, die nach § 219 UmwG den Gründern gleichstehen. Diese Pflicht geht im Falle einer Anteilsveräußerung nicht auf den Erwerber über; zur Anmeldung verpflichtet bleibt der Veräußerer.

4. Schließlich lässt sich die Auffassung des BayObLG m. E. noch zur Lösung eines weiteren, im Stadium zwischen Beschlussfassung und Eintragung des Formwechsels auftretenden Problems heranziehen: Nach Beschlussfassung über den Formwechsel, aber vor dessen Eintragung im Handelsregister wollen die Gesellschafter noch eine Gewinnausschüttung beschließen. Hier stellt sich die interessante Frage, ob das Recht des Ausgangs- oder bereits das Recht des Zielrechtsträgers Anwendung findet (siehe hierzu Münch. Hdb. GesR III/*Mayer*, § 73 Rdnr. 488). Eine Anwendung der für den Zielrechtsträger geltenden Vorschriften ließe sich damit begründen, dass mit dem Formwechsel bereits eine Vorgesellschaft des Zielrechtsträgers entsteht. Der Formwechsel unterscheidet sich jedoch gerade von der Neugründung dadurch, dass bereits ein Rechtsträger existiert. Die Entscheidung des BayObLG kann daher m. E. zur Stützung der Ansicht (vgl. Münch. Hdb. GesR III/

Mayer, § 73 Rdnr. 488) herangezogen werden, dass bis zum Wirksamwerden des Formwechsels das Recht des Ausgangsrechtsträgers Anwendung findet. Ausweislich der Urteilsgründe richtet sich nämlich die Übertragung der Anteile nach dem Recht des Ausgangsrechtsträgers. Dieser bleibt bis zur Eintragung des Formwechsels existent; erst mit dem Wirksamwerden des Formwechsels entsteht der neue Rechtsträger. Zu beachten ist bei einem Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft lediglich, dass auch nach einer Gewinnausschüttung das Nettovermögen weiterhin die ausgewiesene Kapitalziffer deckt, § 220 Abs. 1 UmwG.

Rechtsanwalt und Attorney at Law (New York)
Dipl.-Kfm. Dr. *Olaf Gerber*, LL. M. (New York University),
Frankfurt a. M./Würzburg

15. BGB §§ 705, 873, 1629 Abs. 2 Satz 1; GBO § 47 (*Grundbuchrechtliche Anforderungen bei Auflassung an BGB-Gesellschaft*)

1. **Die Auflassung an eine „BGB-Gesellschaft ...“, bestehend aus A, B, C, D“ kann nicht zu einer Eintragung von „A, B, C, D als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft ...“ führen.**
2. **Die Schenkung einer Eigentumswohnung an eine BGB-Gesellschaft, an der Minderjährige beteiligt sind, begründet nicht lediglich rechtliche Vorteile für die Minderjährigen.**

BayObLG, Beschluss vom 4.9.2003, 2Z BR 162/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin einer Eigentumswohnung, die mit einem Nießbrauch und einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Rückübertragung zu Gunsten der Mutter der Beteiligten zu 1 belastet ist. Mit notariellem Vertrag vom 2.8.2002 gründeten die Beteiligte zu 1 und ihre minderjährigen Kinder (Beteiligte zu 2–4), letztere vertreten durch ihre Eltern, eine BGB-Gesellschaft mit dem Namen „M...-Grundbesitz L.-Straße-Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit teilweiser Haftungsbeschränkung“. Zweck der Gesellschaft ist die Verwaltung, Nutzung und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens sowie dessen Verwendung durch Vermietung. Als Gesellschaftsvermögen übertrug die Beteiligte zu 1 in Abschnitt B II der Urkunde mit Zustimmung der Nießbrauchs- und Vormerkungsberechtigten die Eigentumswohnung auf die BGB-Gesellschaft. Dabei übernahmen in Abschnitt B IV Nr. 1 die Erwerber u. a. den Nießbrauch und die Vormerkung zu Gunsten der Mutter der Beteiligten zu 1 einschließlich der zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen.

In derselben Urkunde wurde in Abschnitt B V die Auflassung erklärt mit den Worten: „Die Beteiligten sind darüber einig, dass das Eigentum an dem übertragenen Grundbesitz auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus den Beteiligten zu 1–4, übergeht und im Grundbuch auf deren Namen überschrieben wird. Sie bewilligen und beantragen die entsprechende Eintragung in das Grundbuch.“ Vom zuständigen Amtsgericht wurden für die Beteiligten zu 2–4 Ergänzungspfleger bestellt mit dem Wirkungskreis „Abschluss des Gesellschaftsvertrages bezüglich einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (entsprechend der Verträge vor dem Notar B. vom 2.8.2002)“. Die Ergänzungspfleger genehmigten am 27.9.2002 alle in der Urkunde vom 2.8.2002 abgegebenen Erklärungen; am 16.12.2002 wurden die Erklärungen der Ergänzungspfleger für die minderjährigen Kinder ... betreffend die Gründung von BGB-Gesellschaften vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

Unter Vorlage all dieser Genehmigungen und einer Genehmigungserklärung der Nießbrauchs- und Vormerkungsberechtigten hat der Urkundsnotar beim Grundbuchamt u. a. die Eintragung des Eigentumswechsels beantragt.

Mit Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt beanstandet, dass der Wirkungskreis der drei Ergänzungspfleger und dementsprechend die vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen sich nur auf den Abschluss des Gesellschaftsvertrags und nicht auch auf die Übertragung des Grundbesitzes erstreckte und dass außerdem die Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an die Vertragspartner und die Entgegennahme durch sie nicht nachgewiesen sei. Zur Vorlage ausreichender Bestellungen für die Ergänzungspfleger, erneuter Genehmigungserklärungen der Ergänzungspfleger, einer erweiterten vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und des Nachweises für Entgegennahme, Mitteilung und Annahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungen hat es eine Frist bis 30.3.2003 gesetzt. Nach Ablauf der Frist hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge abgewiesen. Dagegen haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt, die vom Landgericht zurückgewiesen worden ist. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei unbegründet. Das Bayerische Oberste Landesgericht habe in Kenntnis der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001 (BGHZ 146, 341) die Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verneint. Dieser Rechtsprechung schließe sich die Kammer an. Demnach habe das Amtsgericht die Eintragungsanträge zu Recht abgewiesen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sind nach der Abweisung des Eintragungsantrags durch das Amtsgericht – Grundbuchamt – nicht nur die Beanstandungen in der Zwischenverfügung, sondern das Bestehen von Eintragungshindernissen jeder Art (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 77 Rdnr. 17).

Daher ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die Beschwerde gegen die Abweisung des Eintragungsantrags schon deshalb zurückgewiesen hat, weil eine Eintragung der BGB-Gesellschaft als Eigentümerin der Eigentumswohnung nach den Vorschriften der Grundbuchordnung nicht zulässig ist.

Wie der Senat in seinem Beschluss vom 31.10.2002 (BayObLGZ 2002, 330 = FGPrax 2003, 7 = MittBayNot 2003, 60) im Einzelnen dargelegt hat, stehen grundbuchrechtliche Vorschriften und Grundsätze der Eintragung einer BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen entgegen. Als Eigentümer eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts können nur die Gesellschafter persönlich als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft im Grundbuch eingetragen werden, wie es seit Jahrzehnten in einer Vielzahl von Fällen geschehen ist.

Entgegen der Ansicht der weiteren Beschwerde kann der Eintragungsantrag in Abschnitt V der Notarurkunde vom 2.8.2002 nicht dahin ausgelegt werden, dass die Eintragung der Gesellschafter als neue Eigentümer der Eigentumswohnung beantragt wird. Nach der Formulierung der dinglichen Einigung, dass das Eigentum auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus ..., übergehen und ... auf deren Namen überschrieben werden soll, kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass Eigentümer die BGB-Gesellschaft und nicht deren Gesellschafter werden soll und dass die entsprechende Eintragung im Grundbuch die BGB-Gesellschaft und nicht die Gesellschafter verlautbaren soll.

Dieses Eintragungshindernis kann aber nicht durch bloße Klarstellung oder Änderung des Eintragungsantrags beseitigt werden. Vielmehr muss auch die Auflassung dahin geändert werden, dass das Eigentum übergehen soll auf die Beteiligten zu 1–4 als Gesellschafter der BGB-Gesellschaft. Denn eingetragen werden kann als neuer Eigentümer nur derjenige, der Begünstigter der Auflassung ist.

b) Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass auch die in der Zwischenverfügung vom 27.2.2003 beanstandeten Eintragungshindernisse die Ablehnung des Eintragungsantrags rechtfertigen. Anders als in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig vom 1.8.2001 (FamRZ 2003, 55) geht es vorliegend nicht um eine Verfügung über ein Grundstück, das im Eigentum der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft steht, sondern um die Übertragung des Eigentums von einer Einzelperson auf die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft. Dieser Vorgang beinhaltet hinsichtlich der Beteiligten zu 2–4 eine Schenkung, da die Eigentumswohnung ohne Gegenleistung auf die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft übergehen soll. Da die Schenkung einer Eigentumswohnung wegen des Eintritts in den Verwaltervertrag für den Beschenkten auch rechtliche Verpflichtungen mit sich bringt, begründet sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil (OLG Hamm, Rpfleger 2000, 449; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3609). Die Haftung der Beteiligten zu 2–4 gegenüber dem Wohnungseigentumsverwalter kann auch nicht durch die Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrags auf ihre Gesellschaftsbeteiligung beschränkt werden (vgl. BGHZ 142, 315).

Demnach können die Beteiligten zu 2–4 beim Erwerb der Eigentumswohnung nicht von ihren Eltern vertreten werden (§ 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB). Es bedarf der Bestellung von Ergänzungspflegern (§ 1909 BGB) auch für dieses Geschäft.

Die Ergänzungspfleger brauchen ihrerseits gem. § 1915 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 u. 4 BGB eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, weil die Beteiligten zu 2–4 nach Abschnitt B IV Nr. 1 die bedingten Pflichten zur Rückübertragung der Eigentumswohnung auf die Nießbrauchsberechtigten übernehmen sollen (vgl. OLG Köln, FGPrax 1998, 23).

Anmerkung:

Die Ausführungen des BayObLG im vorabgedruckten Beschluss zum Minderjährigenrecht überraschen im Hinblick auf BayObLG, MittBayNot 2000, 429, nicht und sollen hier nicht weiter kommentiert werden. Ganz erstaunlich sind dagegen die Ausführungen zur Auflassung eines Grundstücks auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Danach soll letztlich eine Auflassung an eine „A&B-GbR“, deren Gesellschafter A und B sind, nicht vollzugsfähig sein (auch nicht mit Hilfe einer Umdeutung bzw. Klarstellung oder Änderung des Eintragungsantrags), sondern sie muss erneut (in geänderter Form, auf „A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“) erklärt werden. Begründet wird dies – unter Bezugnahme auf BayObLG v. 31.10.2002, MittBayNot 2003, 60 – im Wesentlichen nur damit, dass eine GbR selbst nicht grundbuchfähig sei, sondern als neuer Eigentümer die einzelnen Gesellschafter der GbR als Gesellschafter bürgerlichen Rechts einzutragen wären.

Aber auch wenn man dem (umstrittenen) früheren Beschluss des BayObLG vom 31.10.2002 folgt, lässt sich damit nicht die Unvollziehbarkeit einer Auflassung an eine GbR selbst begründen, und zwar unabhängig davon, ob man die neuere Rspr. des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR für richtig

oder falsch befindet. Eine GbR hat nämlich nur eine Vermögensmasse, und das ist das gesamthänderisch gebundene Gesellschaftsvermögen, das in § 718 BGB als „gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter“ bezeichnet wird.¹ Erwirbt nun eine GbR bzw. erwerben deren Gesellschafter „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ ein Grundstück, erfolgt der Erwerb immer zwingend in das vorgenannte Gesellschaftsvermögen, gleichgültig ob man als Erwerber die GbR selbst (also die „A&B-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“) oder deren Gesellschafter (also „A und B als Gesellschafter bürgerlichen Rechts der A&B-GbR“) benennt; das Berechtigungsverhältnis im Sinne des § 47 GBO ist in beiden Fällen identisch und eindeutig wiedergegeben. Auch auf der Grundlage der Meinung des BayObLG von der Grundbuchunfähigkeit der GbR sind deshalb bei einer Auflassung an eine GbR ohne weiteres deren Gesellschafter „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ einzutragen. Anders könnte man allenfalls entscheiden, wenn ausdrücklich beantragt wird, nur die GbR selbst, aber gerade nicht die Gesellschafter im Grundbuch einzutragen; dieser Fall dürfte freilich praktisch kaum relevant werden und kann keinesfalls schon aus der Auflassung an eine GbR folgert werden.

Es ist deshalb sowohl die Auffassung des BayObLG im vorabgedruckten Beschluss als auch die Meinung von *Lautner*, der nur die Auflassungserklärung an die GbR selbst für richtig hält (MittBayNot 2001, 425, 428 f.), zu eng; vielmehr ist sowohl eine Auflassung an die GbR selbst als auch eine an deren Gesellschafter „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ wirksam und vollzugsfähig, weil in beiden Fällen eindeutig ein Erwerb in das Gesellschaftsvermögen gewollt und beurkundet ist. Über den Wortlauf der Grundbucheintragung ist damit nichts gesagt; hier sprechen in der Tat gute Gründe für die Auffassung des BayObLG, insbesondere im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Gutgläubensvorschriften. Allerdings sollte zur besseren Unterscheidbarkeit jedenfalls auf Antrag der Beteiligten zusätzlich auch der Name der GbR eingetragen werden können; die eher restriktive Haltung des BayObLG im Beschluss vom 31.10.2002 ist nicht verständlich.

Bei dem vorabgedruckten Beschluss handelt es sich somit um eine offensichtliche Fehlentscheidung, die am besten von allen damit Befassten ignoriert werden sollte. Soweit dies von einem Rechtspfleger anders gesehen werden sollte, sollte dem BayObLG möglichst bald Gelegenheit zur Revidierung seiner Entscheidung gegeben werden. Wer einen schnellen Vollzug benötigt und die Meinung des zuständigen Rechtspflegers hierzu nicht kennt, fährt derzeit freilich mit einer Auflassung an die Gesellschafter „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ am besten.

Keine größeren Sorgen sollte man sich mit bereits vollzogenen Grundstücksübertragungen machen, bei denen Eintragungsgrundlage die Auflassung an die GbR selbst war. Abgesehen davon, dass die Auffassung des BayObLG aus den genannten Gründen falsch ist und vom BGH in einem von ihm zu entscheidenden Fall kaum gehalten werden dürfte, hat das BayObLG vermieden, die Auflassung an eine GbR als unwirksam zu bezeichnen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass das BayObLG zwar dem Grundbuchamt die Möglichkeit zur Beanstandung einer Auflassung an eine GbR einräumen

¹ Vgl. hierzu auch *Palandt/Sprau*, BGB, 62. Aufl., § 718 Rdnr. 1: „Auch wenn nach nunmehr h. M. die (Außen-)Gesellschaft rechtsfähig ist und nach außen als Zuordnungsobjekt des Gesellschaftsvermögens ... auftritt, sind dessen Inhaber doch in Wahrheit die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.“

wollte, aber eine solche im Grundbuch vollzogene Auflassung als wirksam erachtet.²

Letztlich zeigt auch der Beschluss des BayObLG, dass die (m. E. contra legem erfolgte) Rechtsfortbildung des BGH zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR für die Praxis mehr Schwierigkeiten als Erleichterungen mit sich bringt. Berücksichtigt man ferner die immer häufiger als notwendig angesehene Schaffung eines GbR-Registers,³ um die GbR überhaupt noch praktikabel handhaben zu können, bleibt schließlich die Frage, welche eigenständige Bedeutung die (Außen-)GbR nach der vom BGH im Außenrecht vorgenommenen Gleichstellung mit der OHG überhaupt noch haben soll. Im Grundsatz ist die „reservierte“ Haltung des BayObLG zur betreffenden BGH-Rspr. deshalb durchaus zu begrüßen; der vorabgedruckte Beschluss verdeutlicht die damit verbundenen Probleme.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Heilsbronn

² Vgl. zum Meinungsstreit über die (Un-)Wirksamkeit einer Auflassung bei unrichtig angegebenem Berechtigungsverhältnis *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3312. Auch die Eintragung einer Auflassung im Grundbuch mit fehlendem oder unrichtigem Berechtigungsverhältnis zieht nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit des Vollzugs nach sich, da es sich bei § 47 GBO nach h. M. nur um eine Ordnungsvorschrift handelt; vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 257.

³ Vgl. z. B. *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329.

16. PartGG § 11; HGB § 18 (*Reichweite des Firmennamen-Bestandsschutzes nach dem PartGG*)

Der Name einer nach § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG bestandsgeschützten Gesellschaft kann im Rahmen des § 18 HGB in die Firma einer neuen Gesellschaft, die keine Partnerschaftsgesellschaft ist, aufgenommen werden. (Leitsatz des Rezensenten)

LG Koblenz, Beschluss vom 14.5.2003, 3 HK. T 1/03 (mitgeteilt von Notar *Georg Westermeier*, Passau)

Die „V. & Partner GmbH, Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Steuerberatungsgesellschaft“ mit dem Sitz in D. hat als alleinige Gesellschafterin der im Handelsregister des Amtsgerichts A. eingetragenen „Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein GmbH“ mit dem Sitz in A. beschlossen, dass die Firma der Gesellschaft geändert wird und nunmehr wie folgt lautet: „V. & Partner, Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein mbH“.

Mit Vorbescheid hat das Registergericht in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer zu Koblenz an der zuvor bereits geäußerten Auffassung festgehalten, dass der Zusatz „& Partner“ in der geänderten Firma gemäß § 11 PartGG nicht mehr zulässig ist. Die Gesellschafterin „V. & Partner GmbH“ dürfe zwar nach der Übergangsvorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG die Firma fortführen. Die „Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein GmbH“ sei jedoch eine völlig selbständige GmbH, für die isoliert die Regel des § 11 PartGG gelte. Bereits durch Beschluss des BGH vom 21.4.1997 (BGHZ 135, 257) sei entschieden, dass allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als Partnerschaft, die nach Inkraft-Treten des PartGG gegründet oder umbenannt werden, die Führung des Zusatzes „Partner“ bzw. „Partnerschaft“ verwehrt sei. Die BGH-Entscheidung wie auch die Entscheidung des OLG Stuttgart (8 W 154/99) seien einschlägig. Danach seien auch bei der Umfirmierung die Bestimmungen einzuhalten, die für die Neubildung einer Firma gelten, womit § 11 PartGG anzuwenden sei. Dabei sei es unerheblich, dass die Gesellschafterin unter der Firma „V. & Partner GmbH“ eingetragen sei. § 11 PartGG regle nämlich nicht die Frage, wer bei der GmbH als Gesellschafterin unter welcher Firma firmiere, sondern wie eine Gesellschaft geführt werden dürfe. Bei der beim Amtsgericht A. eingetragenen Gesellschaft handele es sich um eine völlig selbständige GmbH.

Nach Erhalt dieses Vorbescheids hat die „Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein GmbH“ um rechtsmittelfähige Entscheidung gebeten. Daraufhin hat das Registergericht mit Beschluss vom 29.1.2003 den „Antrag auf Eintragung der neuen Firma vom 7.8.2002“ aus den Gründen des Vorbescheids zurückgewiesen und weiter ausgeführt: Bei der hier eingetragenen GmbH handele es sich um eine völlig selbständige Gesellschaft, für die die Regel des § 11 PartGG gelte. Dabei sei unerheblich, dass seit Jahren beim Amtsgericht D. unter der Firma V. & Partner eine Gesellschaft eingetragen sei. Diese dürfe zwar auch nach der Übergangsvorschrift des § 11 Abs. 2 PartGG die Firma weiter fortführen. Die Gesellschaften seien ja auch unabhängig, so dass die Firmierung dort keinen Einfluss auf die hier statuierte Firma haben könne.

Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte der Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein GmbH Beschwerde eingelegt, der das Registergericht nicht abgeholfen hat. In der Nichtabhilfeentscheidung hat das Registergericht im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen ausgeführt: Die Anknüpfung an die Gesellschafterin (V. & Partner GmbH) überzeuge nicht, da die Gesellschafter einer Gesellschaft durch einfache Abtretung ihrer Geschäftsanteile wechseln können. Würde sich die Zulässigkeit der Firma an die Gesellschafterin anknüpfen, so könnte eine Firmierung durch einen Gesellschafterwechsel herbeigeführt werden; im vorliegenden Fall könnte sogar bei Wegfall der Gesellschafterin die Firma dann so bleiben, wenn die hier ansässige GmbH den Namen „V.“ beibehalten dürfte. Damit könnte die Vorschrift des § 11 PartGG umgangen werden.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg. Das Registergericht durfte den Eintragungsantrag nicht (...) zurückweisen, denn § 11 PartGG steht der beantragten Eintragung der Firmenänderung nicht entgegen.

§ 11 des am 1.7.1995 in Kraft getretenen Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes enthält Übergangsvorschriften. Der ursprüngliche § 11 mit den Sätzen 1 bis 3 (Übergangsvorschrift) wurde durch das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation vom 10.12.2001 zum jetzigen § 11 Abs. 1. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 PartGG dürfen den Zusatz „Partnerschaft“ oder „und Partner“ nur Partnerschaften nach diesem Gesetz führen. Gesellschaften, die eine solche Bezeichnung bei In-Kraft-Treten dieses Gesetzes in ihrem Namen führen, ohne Partnerschaft im Sinne dieses Gesetzes zu sein, dürfen diese Bezeichnung noch bis zum Ablauf von zwei Jahren nach In-Kraft-Treten dieses Gesetzes weiterverwenden (§ 11 Abs. 1 Satz 2 PartGG). Nach Ablauf dieser Frist dürfen sie eine solche Bezeichnung nur noch weiterführen, wenn sie in ihrem Namen der Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ einen Hinweis auf die andere Rechtsform hinzufügen (§ 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG). In der Gesetzesbegründung zu § 11 PartGG (BT-Drucks. 12/6152, S. 23, abgedruckt auch bei *Michalski/Römermann*, PartGG, 1995, Anhang II, S. 400) ist ausgeführt:

„Die Übergangsvorschrift für gesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse, die bisher die Bezeichnung ‚Partnerschaft‘ oder ‚und Partner‘ verwendet haben, soll Verwechslungsgefahren begegnen. Für in Zukunft gegründete Gesellschaften sind die genannten Bezeichnungen reserviert. Bestehende Gesellschaften, die diese Bezeichnungen führen, sollen Bestandschutz genießen. Allerdings müssen diese Gesellschaften nach einer Übergangsfrist einen eindeutigen Hinweis auf die andere Gesellschaftsform, in der sie sich formiert haben, aufnehmen. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die bislang die genannten Bezeichnungen verwendet hat, wird also in Zukunft den Zusatz ‚Gesellschaft bürgerlichen Rechts‘ oder ‚GbR‘ führen müssen.

Im Übrigen enthält der Entwurf keine Übergangsregelung. Solche sind auch nicht zugunsten Gesellschaften bürgerlichen

Rechts angezeigt, die sich in Partnerschaften umwandeln. Denn nach § 2 Abs. 2 zweiter Halbsatz i. V. m. § 24 Abs. 2 HGB darf eine BGB-Gesellschaft, die den Namen eines ausgeschiedenen Gesellschafters in ihrem Namen führt, dies auch nach dem Wechsel in die Rechtsform der Partnerschaft tun.“

Die Gesellschafterin der Beschwerdeführerin ist seit dem 22.1.1990 im Handelsregister des Amtsgerichts D. unter der Firma V. & Partner GmbH eingetragen. Sie genießt nach § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG Bestandsschutz. Für sie ergaben sich aus § 11 Abs. 1 PartGG weder bis zum 30.6.1997 (Ablauf der Zwei-Jahres-Frist) noch ab dem 1.7.1997 nachteilige Konsequenzen, da die GmbH ohnehin verpflichtet ist, die Bezeichnung der Rechtsform in der Firma zu führen (vgl. *Michalski/Römermann*, a. a. O., § 11 Rdnr. 5).

Ob die Beschwerdeführerin nach der Firma ihrer Gesellschafterin wie beantragt in „V. & Partner Steuerberatungsgesellschaft am Mittelrhein mbH“ geändert werden darf, richtet sich nach § 18 HGB (über § 6 HGB) in der Fassung des seit dem 1.7.1998 geltenden Handelsrechtsreformgesetzes, das die Firmenbildung und Firmenänderung liberalisiert hat. Es gilt der Grundsatz der freien Firmenbildung, sofern nur die Firma die nötige Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft besitzt und nicht täuschend ist (vgl. *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rdnr. 36). Es bestehen firmenrechtlich keine Bedenken, die Namen einzelner Gesellschafter in die Firma der Gesellschaft aufzunehmen. Wenn eine juristische Person an einer GmbH beteiligt ist, kann deren Firma gleichfalls zur Bildung oder Änderung der Firma der GmbH verwendet werden. Daher darf auch die zulässige, weil bestandsgeschützte Firma der Gesellschafterin „V. & Partner GmbH“ zur Bildung oder Änderung der Firma der Beschwerdeführerin verwendet werden, ohne dass dem § 11 PartGG entgegensteht.

Die in der Nichtabhilfeentscheidung (...) aufgeführten Erwägungen zur möglichen Umgehung des § 11 PartGG führen zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Nach dem Rechtszustand vor dem Handelsrechtsreformgesetz war es so, dass die Personen, deren Namen zur Firmenbildung der Gesellschaft verwandt wurden, zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft Gesellschafter sein mussten. Hingegen war es unbedenklich, wenn ein namensgebender Gesellschafter alsbald nach Eintragung der Gesellschaft diese wieder verließ (*Scholz/Emmerich*, a. a. O., § 4 Rdnr. 30). Nach dem neuen liberalisierten Rechtszustand ergibt sich keine Änderung. Eine Kapitalgesellschaft, die den alten Vorschriften entsprochen hätte, ist in jedem Fall auch nach der neuen Rechtslage zulässig (*Müther*, GmbHR 1998, 1058). Erwägungen zu möglichen Umgehungsgeschäften berühren § 11 PartGG nicht.

Die in dem Vorbescheid (...) aufgeführte Rechtsprechung betrifft andere Sachverhalte und ist deshalb nicht einschlägig. Der Entscheidung des BGH vom 21.4.1997 (BGHZ 135, 257) lag die Änderung der bisherigen Firma „K + P Untermensberatung GmbH“ in „K + Partner Architekten und Stadtplaner GmbH“ zugrunde, ohne dass ein Bestandsschutz nach § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG gegeben war. Die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 21.3.2000 (8 W 154/99, Rpfleger 2000, 336 = NJW-RR 2000, 1128) betrifft den Fall, dass die „A, B & Partner Beratende Ingenieure“ GmbH in „B & Partner Beratende Ingenieure“ GmbH geändert wurde, wodurch der Firmenkern betroffen und eine Neubildung der Firma vorgenommen wurde. In unserem Fall besteht die nach § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG bestandsgeschützte Firma jedoch unverändert fort. Im Übrigen ist auf die Entscheidung des BayObLG vom 19.2.2003 (NZG 2003, 477 = NJW-RR 2003, 685 = MDR

2003, 583) hinzuweisen, wonach der Bestandsschutz nach § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 PartGG nicht durch Änderung eines nur untergeordneten Firmenbestandteils, z. B. einer die Branchenzugehörigkeit beschreibenden Sachbezeichnung, verlorren geht.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegte Eintragung durch das Amtsgericht L. (...) einschlägig ist. Dort wurde in einem gleichgelagerten Fall über die Umfirmierung einer Tochtergesellschaft positiv entschieden. Die von der „V. & Partner Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft“ und einem weiteren Gesellschafter Dr. P. am 19.12.2001 beschlossene Änderung der Firma „E. und P. GmbH Steuerberatungsgesellschaft“ in „V. und Partner GmbH Steuerberatungsgesellschaft“ wurde am 12.2.2002 in das Handelsregister des Amtsgerichts Leipzig eingetragen.

Anmerkung:

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Muttergesellschaft einer GmbH ist ebenfalls eine GmbH, die in ihrer Firma den nach § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG bestandsgeschützten Zusatz „Partner“ führt. Diese hat nun bei der Tochtergesellschaft in einer Gesellschafterversammlung beschlossen, die Firmierung dergestalt zu ändern, dass im neuen Firmennamen der Tochtergesellschaft über die Hereinnahme des Namens der Muttergesellschaft der Partnerzusatz enthalten ist. Dies hat das Landgericht Koblenz als Berufungsinstanz mit der Begründung für zulässig erachtet, dass Namen einzelner Gesellschafter in die Firma dieser Gesellschaft aufgenommen werden können. Aus diesem Grunde darf auch die zulässige, weil bestandsgeschützte Firma der Gesellschafterin zur Bildung oder Änderung der Firma einer weiteren Gesellschaft verwendet werden, ohne dass dem § 11 PartGG entgegensteht.

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Auf den ersten Blick steht der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Satz 2 und 3 PartGG dem zwar zunächst entgegen, der die Weiterführung der Bezeichnung „Partnerschaft“ oder „und Partner“ unter Hinweis auf die andere Rechtsform nur bei der Gesellschaft zulässt, die bei In-Kraft-Treten des PartGG bereits bestanden und diesen Zusatz in ihrem Firmennamen geführt hat. Andererseits besteht der allgemeine Namensschutz des § 12 BGB auch für den Firmennamen (BGH, Urt. v. 6.7.1954, BGHZ 14, 155). Sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Firmenrecht ist es unbedenklich zulässig, dass der Firmenname einer neuen GmbH den Namen eines Gesellschafters aufnimmt (allg. Meinung, vgl. *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 16. Aufl., § 4 Rdnr. 29). Dieses Namensgebungsrecht des Gesellschafters gehört damit zu seinem Namensschutz, so dass letztlich das Tatbestandsmerkmal des „Weiterführens“ in § 11 Abs. 1 Satz 3 PartGG in diesem Sinne teleologisch erweiternd auszulegen ist.

Mit dieser Begründung wurde beim Amtsgericht Passau die Eintragung einer neuen GmbH erwirkt, die in ihrem Firmennamen ebenfalls den Partnerzusatz führt; Muttergesellschaft ist eine österreichische GmbH, die ihren Firmennamen in nach österreichischem Recht zulässiger Weise in eine Firma geändert hat, die ebenfalls den Partnerzusatz enthält.

Notar *Georg Westermeier*, Passau

17. EG Art. 43, 48; UmwG §§ 1 Nr. 1, 161 ff. (*Ausschluss von EU-Gesellschaften vom deutschen Umwandlungsrecht gemeinschaftsrechtswidrig?*)

Sind die Art. 43 und 48 EGV dahin auszulegen, dass es im Widerspruch zur Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften steht, wenn einer ausländischen europäischen Gesellschaft die Eintragung ihrer angestrebten Verschmelzung mit einer deutschen Gesellschaft in das deutsche Handelsregister gemäß den §§ 16 ff. Umwandlungsgesetz (UmwG) versagt wird, weil § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nur eine Umwandlung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland vorsieht? (Vorlagefrage des Gerichts)

LG Koblenz, Beschluss vom 16.9.2003, 4 HK. T 1/03

Zwischen der S. AG mit Sitz in Neuwied und der S. V. C. S. A. mit Sitz in Luxemburg wurde ein Verschmelzungsvertrag geschlossen, in dem vereinbart wurde, dass die S. V. C. S. A. ihr Vermögen als Ganzes unter Auflösung ohne Abwicklung gem. Art. 274 des luxemburgischen Gesetzes vom 10.8.1915 über die Handelsgesellschaften, § 2 Nr. 1 UmwG der Bundesrepublik Deutschland auf die S. AG überträgt. Die Firma der übernehmenden Gesellschaft sollte nicht geändert werden. Das Amtsgericht hat den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister mit der Begründung zurückgewiesen, § 1 Nr. 1 UmwG sehe lediglich Verschmelzungen von Rechtsträgern mit dem Sitz in Inland vor. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nach § 19 des Gesetzes über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) zulässig. Die Entscheidung hierüber ist jedoch auszusetzen. Entscheidungserheblich ist nämlich die Frage der Auslegung der Art. 43 und 48 EGV, so dass nach Art. 234 EGV eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu erfolgen hat.

Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG können nur Rechtsträger mit Sitz im Inland durch Verschmelzung umgewandelt werden.

Eine Auffassung in der Literatur versteht diese Norm so, dass es ausreiche, wenn einer der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger seinen Sitz im Inland hat (*Kallmeyer*, UmwG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 13). Bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung sei auf den beteiligten Rechtsträger mit Sitz im Inland deutsches Recht, für den beteiligten Rechtsträger mit Sitz im Ausland hingegen das ausländische Recht anzuwenden (*Kallmeyer*, a. a. O., Rdnr. 12).

Nach anderer Meinung ist diese Norm hingegen dahin auszulegen, dass § 1 Abs. 1 UmwG zwar kein Verbot grenzüberschreitender Umwandlungen enthalte, der Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes aber auf Rechtsträger mit Sitz im Inland beschränkt sei (*Lutter*, UmwG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 6; *Sagasser/Bula/Brünger*, Umwandlungen, 3. Aufl., B 27 und 31; *Semler/Stengel*, UmwG 2003, Einleitung A Rdnr. 104). Das Umwandlungsgesetz regelt die grenzüberschreitenden Fälle weder positiv noch negativ, sondern klammert sie bewusst und betont aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus (*Lutter*, a. a. O.; *Semler/Stengel*, a. a. O., Rdnr. 110). Hintergrund dessen sei, dass der Gesetzgeber angesichts zu erwartender politischer und rechtstechnischer Schwierigkeiten Bemühungen der Europäischen Union um eine Regelung grenzüberschreitender Vorgänge nicht habe vorgreifen wollen (*Sagasser/Bula/Brünger*, a. a. O., B 25; *Semler/Stengel*, a. a. O.).

Angesichts des Analogieverbotes des § 1 Abs. 2 UmwG könnten Umwandlungen grenzüberschreitender Art somit nur außerhalb des Umwandlungsgesetzes erfolgen.

Nach wiederum anderer Ansicht ist die Regelung in § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unvereinbar mit Art. 43 und 48 EGV (*Dorr/Stukenborg*, DB 2003, 647; *Lennerz*, Die internationale Verschmelzung und Spaltung unter Beteiligung deutscher Gesellschaften, Köln 2001, S. 66 ff.; *Lutter*, a. a. O., Rdnr. 10). Die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV, die nach Art. 48 EGV auch für Gesellschaften gilt, verlange die Zulässigkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen.

Die Rechtsprechung hat die Hineinverschmelzung ausländischer Rechtsträger in der Vergangenheit für nicht zulässig erachtet (OLG Zweibrücken, NJW 1990, 3092; BayObLG, NJW-RR 1999, 401). In jüngerer Zeit wurden aber zwei Verschmelzungen von ausländischen Gesellschaften auf eine deutsche Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen (AG Düsseldorf, Verfügung vom 5. und 25.3.2003, zitiert bei *Dorr/Stukenborg*, a. a. O.).

Die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EGV gibt in Verbindung mit Art. 48 EGV Gesellschaften das Recht, in einem anderen Mitgliedsstaat als ihrem Heimatstaat eine dauernde selbständige Tätigkeit zu den gleichen Bedingungen wie Inländer auszuüben (Diskriminierungsverbot). Die Aufnahme einer solchen wirtschaftlichen Tätigkeit setzt voraus, dass die Gesellschaft nicht gehindert wird, ihren Herkunftsstaat zu verlassen und sich im Aufnahmestaat niederzulassen. Die damit beschriebene Freiheit der Standortwahl wird durch das Beschränkungsverbot geschützt, das nach Art. 43 Abs. 1 Satz 2 EGV ebenfalls für die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften gilt.

Auch wenn im Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung die übertragende Gesellschaft weder in ihrem bisherigen Sitzstaat noch im Staat der übernehmenden Gesellschaft fortbesteht, sondern im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergeht, erscheint ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 43 EGV möglich. Denn die Situation, dass eine ausländische Gesellschaft sich in eine deutsche Gesellschaft auf diese Weise einbringen möchte, ist einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung durchaus vergleichbar.

Die Frage, wie die Art. 43 und 48 EGV hinsichtlich grenzüberschreitender Verschmelzungen auszulegen sind, ist für das vorliegende Verfahren somit entscheidungserheblich, da von ihrer Beantwortung abhängt, ob eine Eintragung der Verschmelzung in das deutsche Handelsregister unter Berufung auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 UmwG verweigert werden darf.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. InsO §§ 103, 106, 115, 117; GBO §§ 13, 15; BGB §§ 164, 167 (*Zur Kostenschuld der Insolvenzmasse bei Löschung von Grundpfandrechten*)

1. **Zu den Voraussetzungen wirksamer Vertretung durch einen Notar bei Stellung eines Löschantrags nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Veräußerers einer Immobilie.**
2. **Stimmt der Insolvenzverwalter der Übereignung einer Immobilie, die durch Eintragung einer Vormerkung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesichert war (§ 106 Abs. 1 Satz 1 InsO), zu, ohne in das Veräußerungsgeschäft im Übrigen einzutreten (§ 103 Abs. 2 InsO), löst dies keine Kostenschuld zulasten der Insolvenzmasse für eine gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung vorgenommene Löschung von Grundpfandrechten aus.**

(...)

BayObLG, Beschluss vom 3.9.2003, 3Z BR 113/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Die B. GmbH verkaufte zu Urkunde des Notars A. vom 9.2.2000 eine ihr gehörende Eigentumswohnung. Sie übernahm dabei die Haftung für lastenfremden Eigentumsübergang. In der Urkunde wurde die Auflassung erklärt unter Anweisung an den Notar, erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung und entsprechender Zustimmung durch den Verkäufer die Eigentumsumschreibung zu beantragen. Weiter wurde eine Auflassungsvormerkung bestellt, die am 14.2.2000 zugunsten der Erwerberin im Grundbuch eingetragen wurde. Schließlich heißt es in der Urkunde: „Der Notar wird mit dem Vollzug und der Durchführung des Vertrages beauftragt. Er ist insbesondere ermächtigt, Grundbuchanträge ... zu stellen ... Lastenfreistellungen ... zu beantragen.“

Am 28.5.2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der B. GmbH eröffnet. Dies wurde am 7.6.2001 im Grundbuch vermerkt. Die Beteiligte ist zur Insolvenzverwalterin bestellt. Am 18.10.2001 beantragte der Notar, der das oben genannte Geschäft beurkundet hatte, namens des Erwerbers die Eigentumsumschreibung sowie die Löschung der Auflassungsvormerkung und namens des Veräußerers die Löschung von zwei Buchgrundschulden. Letzterem Antrag fügte der Notar eine von einem anderen Notar beglaubigte Löschungsbewilligung der Gläubigerin der Grundpfandrechte bei. In der ebenfalls beigefügten, von einem weiteren Notar B. beglaubigten Zustimmungserklärung der Beteiligten vom 15.10.2001 stimmt diese „gemäß § 106 InsO“ der Auflassung zu und bewilligt die Eintragung des Eigentumsübergangs; ein Eintritt in den Vertrag gemäß § 103 InsO, heißt es in der Erklärung weiter, sei damit ausdrücklich nicht verbunden; ferner werde die Löschung des Insolvenzvermerks bewilligt und beantragt. Notar A. werde unwiderruflich angewiesen, den Kaufvertrag zur Eigentumsumschreibung vorzulegen.

Am 19.11.2001 wurde im Grundbuch die Erwerberin als Eigentümerin eingetragen; die Auflassungsvormerkung, der Insolvenzvermerk und die genannten Buchgrundschulden wurden gelöscht. Für letzteren Vorgang setzte das Grundbuchamt je eine halbe Gebühr aus dem Wert der beiden Grundpfandrechte an. Der Betrag wurde durch Kostenrechnung von der Beteiligten eingefordert. Diese erhob hiergegen Erinnerung, die vom Amtsgericht zurückgewiesen wurde. Auf die hiergegen von der Beteiligten eingelegte Beschwerde hat das Landgericht den amtsgerichtlichen Beschluss und die Kostenrechnung aufgehoben.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Staatskasse.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

2. In der Sache hat das Rechtsmittel indes keinen Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts ist im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). (...)

c) Nach diesen Grundsätzen ist weder die B. GmbH noch die Beteiligte Antragsteller; dem Landgericht ist daher darin beizupflichten, dass eine Haftung der Insolvenzmasse für die Kostenschuld ausscheidet.

(1) Der Urkundsnotar stellte den Löschantrag vorliegend namens „des Veräußerers“. Damit handelte er jedenfalls in fremdem Namen (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Auslegungsbedürftig ist freilich, wer als „Veräußerer“ und damit als Vertreter anzusehen ist. Nach dem Vertragswerk vom 9.2.2000 ist die B. GmbH die veräußernde Vertragspartei. Sie als Antragstellerin zu behandeln, kommt jedoch aus zwei Gründen nicht in Betracht. Zum einen verlor sie durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen ihre Antragsbefugnis an die Beteiligte (vgl. *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 13 Rdnr. 49; MünchKomm/Ott, InsO, § 117 Rdnr. 5). Dies wurde vom Landgericht verkannt. Zum anderen erlosch gleichzeitig die von ihr dem Urkundsnotar erteilte Vollmacht zur Stellung des Löschantrags (§ 168 BGB, § 117 Abs. 1 InsO), wie das Landgericht zu Recht annahm. Diese Vollmacht hatte die B. GmbH dem Urkundsnotar in der Vertragsurkunde vom 9.2.2000 ausdrücklich erteilt („Lastenfreistellungen ... zu beantragen“; § 167 Abs. 1 BGB). Dem Erlöschenstatbestand gemäß § 168 BGB, § 117 Abs. 1 InsO steht die in § 117 Abs. 2 InsO geregelte Ausnahme nicht entgegen. Das einem Geschäftsbesorgungsvertrag vergleichbare öffentlich-rechtliche Sonderverhältnis zwischen der B. GmbH und dem Urkundsnotar endete jedenfalls in Ansehung der Verpflichtung des Notars, gegenüber dem Grundbuchamt tätig zu werden, ebenfalls mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

aa) Nach § 115 Abs. 1 InsO erlischt ein vom Schuldner erteilter Auftrag, der sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen bezieht, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Auftrag gilt nur insoweit als fortbestehend, als mit einem Aufschub der Angelegenheit bis zu ihrer Übernahme durch den Insolvenzverwalter Gefahr verbunden ist (§ 115 Abs. 2 Satz 1 und 2 InsO). Diese Regelungen gelten auch für Geschäftsbesorgungsverträge (§ 116 Satz 1 InsO). Einem solchen steht das öffentlich-rechtliche Sonderverhältnis zwischen Notar und Urkundspartei jedenfalls in Ansehung der Verpflichtung des Notars, gegenüber dem Grundbuchamt durch Stellung von Anträgen tätig zu werden, gleich. Der Notar ist dabei, soweit gesetzlich zulässig, an Weisungen der Urkundsparteien gebunden, die für die Tätigkeit des Notars eine Gebühr, vergleichbar einem Entgelt, zu entrichten haben. Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof die Schweigepflicht des Notars der entsprechenden Pflicht eines Rechtsanwalts nicht gleichgesetzt hat und ihre Fortdauer unabhängig von zwischenzeitlicher Konkursöffnung angenommen hat (vgl. BGHZ 109, 260, 272). Hierbei handelt es sich um einen anderen und speziellen Punkt der notariellen Berufsausübung, während in dem hier maßgeblichen Punkt die notarielle und die anwaltschaftliche Tätigkeit starke Parallelen aufweisen.

bb) Eine Notgeschäftsbesorgung bei Gefahr im Verzug im Sinne von § 115 Abs. 2, § 116 Satz 1 InsO kann vorliegend nicht angenommen werden. Eine solche wird nur ausnahmsweise und für sehr kurze Zeiträume anerkannt (vgl. Münch-

Komm/Ott, § 116 Rdnr. 54). Hier lag zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Stellung des Löschantrags ein Zeitraum von mehr als vier Monaten. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Gefahr bestehen sollte. Die Beteiligte war, wie ihre Erklärung vom 15.10.2002 zeigt, in der Lage, ihr notwendig erscheinende Anträge selbst zu stellen oder stellen zu lassen.

Da somit das der Vollmacht zugrunde liegende öffentlich-rechtliche Sonderverhältnis im hier maßgeblichen Umfang nicht fortbestand, gilt auch die Vollmacht nicht als über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus fortbestehend. Für eine Vollmachtsvermutung nach § 15 GBO ist hier kein Raum, da das Grundbuchamt alle Tatsachen, die zum Erlöschen der Vollmacht geführt hatten, gekannt hat.

(2) Als Veräußerer kommt aus der Sicht im Zeitpunkt der Stellung des Löschantrags auch die Beteiligte in Betracht. Als Insolvenzverwalterin trat sie in Ansehung der Verfügungsbefugnis über das Grundstück und der Antragsbefugnis gegenüber dem Grundbuchamt an die Stelle der B. GmbH (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO). Sie hat jedoch dem Urkundsnotar keine Vollmacht zur Stellung des Löschantrags erteilt (§ 167 Abs. 1 BGB). Auch eine Vollmachtsvermutung nach § 15 GBO scheidet aus.

aa) Dem Landgericht ist beizupflichten, dass die Beteiligte weder ausdrücklich noch sinngemäß eine solche Vollmacht erteilt hat. Die Auslegung ihrer Zustimmungserklärung vom 15.10.2002 ergibt, dass die Beteiligte lediglich der Übereignungspflicht aus dem Vertrag vom 9.2.2000 nachkommen wollte, weil diese durch Vormerkung gesichert und damit durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geschmälert war (vgl. zur Zulässigkeit dieser Aufteilung BGHZ 79, 103, 107; 96, 275, 281; MünchKomm/Ott, § 106 Rdnr. 23–31). Daraus folgt, dass sie zur Lastenfreistellung nicht verpflichtet war. Die Verpflichtung zur Löschung der Grundschulden ist nämlich eine von der Übereignungspflicht abtrennbare Nebenpflicht, auf die sich die Insolvenzfestigkeit der Vormerkung nicht erstreckt (vgl. BGH, ZIP 1994, 1705). War die Beteiligte demnach zur Lastenfreistellung nicht verpflichtet, kann in ihrer Erklärung vom 15.10.2001 auch nicht eine Vollmachtserteilung zur Herbeiführung derselben erblickt werden.

bb) Die Vollmachtsvermutung nach § 15 GBO scheidet aus, weil die zur Löschung der Grundschulden erforderlichen Erklärungen (§§ 19, 27 GBO) nicht von dem Notar, der den Löschantrag stellte, beurkundet oder beglaubigt worden sind. Die Löschantragsbewilligung vom 1.3.2000 wurde von Notar A. beglaubigt. Dass ihr Entwurf ausweislich des Aufdrucks dort (oben rechts) von dem antragstellenden Notar stammt, reicht nicht aus (vgl. *Demharter*, § 15 Rdnr. 6). Ob die Zustimmung des Eigentümers bereits in der Vertragsurkunde vom 9.2.2000 enthalten war, kann dahingestellt bleiben, da die B. GmbH, wie schon ausgeführt, ihre Verfügungsbefugnis an die Beteiligte verloren hat (vgl. *Demharter*, § 27 Rdnr. 16). Ob diese in ihrer Erklärung vom 15.10.2001 die erforderliche Zustimmung gegeben hat, bedarf hier ebenfalls keiner Klärung, da diese Erklärung von Notar B. beglaubigt wurde.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Beitrag von *Amann*, MittBayNot 2004, 165 (in diesem Heft).

Beurkundungs- und Notarrecht

19. BNotO § 15 Abs. 2; BeurkG § 54 c (*Unzulässigkeit eines notariellen Vorbescheids über Einzelfragen*)

1. **Ein Vorbescheid, mit dem der Notar nur über bestimmte Einzelfragen (Vorfragen) entscheidet, ist unzulässig.**
2. **Zur Frage, wann eine mehrseitige Verwahrungsanweisung i. S. des § 54 c Abs. 2 BeurkG vorliegt.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.11.2003, 3 W 198/03; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Die Beteiligte zu 2) verkaufte der Beteiligten zu 1) Mietforderungen aus einem langfristig mit einem Landkreis abgeschlossenen Mietvertrag über eine Schulsporthalle. Zur Erfüllung des Kaufvertrags überwies die Beteiligte zu 1) 1.388.900 € auf ein Notaranderkonto. Später hat die Beteiligte zu 1) den Kaufvertrag angefochten. Sie verlangt die Rückzahlung der überwiesenen Summe. Dem widerspricht die Beteiligte zu 2), die ihrerseits Auszahlung an sich begehrt. Der Notar hat mit Schreiben vom 27.6.2003 an die Beteiligte zu 1) angekündigt, den Vollzug des Treuhandauftrages fortzusetzen, wenn nicht binnen zehn Tagen Beschwerde eingelegt werde. Dieses Rechtsmittel hat die Beteiligte zu 1) beim Landgericht eingelegt; sie begehrt die Anweisung des Notars, den Betrag von 1.388.900 € an sie auszahlen. Die Beteiligte zu 2) beantragt, den Notar zur Auszahlung an sie anzuweisen. Beide Beteiligten hatten beim Landgericht keinen Erfolg. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1) ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

(...)

II.

1. (...)

b) (...) Das Landgericht hätte der Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) teilweise stattgeben müssen, weil der vom Notar erlassene Vorbescheid unzulässig ist.

aa) Allerdings hat der Senat mit Beschluss vom 13.12.2000, 3 W 208/99 (abgedruckt u. a. in FGPrax 2001, 88), in einem Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO anerkannt, dass der Notar die von ihm beabsichtigte Auszahlung durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid ankündigen kann, wenn zwischen den Beteiligten Streit über die Berechtigung an auf Notaranderkonten hinterlegten Geldbeträgen besteht. Durch den Vorbescheid kündigt der Notar in einem entscheidungsreifen Verfahren an, er werde eine bestimmte Endentscheidung erlassen, wenn gegen die Ankündigung nicht innerhalb einer bestimmten Frist Rechtsmittel eingelegt werde (vgl. für das Erbscheinsverfahren z. B. BGHZ 20, 255, 257, BayObLG, NJW-RR 1996, 7, und Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl., § 2353 Rdnr. 22, für das Verfahren betr. die Ernennung eines Testamentvollstreckers BayObLGZ 1993, 389, 392, 393 [insoweit abl.], sowie für das Verfahren auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigung BayObLGZ 2002, 208, 212, und BayObLG, FGPrax 2002, 221). Er ist seinem Wesen nach zwar keine die Instanz abschließende Endentscheidung, sondern nur eine Zwischenverfügung, durch deren Erlass vor der abschließenden Klärung der Rechtslage Nachteile, die durch eine möglicherweise unrichtige Endentscheidung entstehen könnten, verhindert werden sollen (vgl. BayObLGZ 1981, 69, 70). Er tritt aber gleichsam an die Stelle der abschließenden Entscheidung. Jedenfalls soweit er die Funktion dieser Entscheidung übernimmt, ist er ihr auch verfahrensrechtlich gleichzustellen (BayObLGZ 1997, 340, 343; BayObLG, FGPrax a. a. O.).

Für einen Vorbescheid ist daher nur Raum, wenn er die abschließende Entscheidung des Gerichts bzw. des Notars in bestimmter Weise ankündigt. Im Erbscheinsverfahren etwa

muss ein Vorbescheid den Inhalt des nach Fristablauf mangels Einlegung eines Rechtsmittels zu erteilenden Erbscheins bezeichnen, ein Vorbescheid, mit dem das Nachlassgericht einstweilen nur über bestimmte Einzelfragen (Vorfragen) entscheidet, ist unzulässig. Allein das Interesse der ersten Instanz, die Auffassung der ihr im Rechtszug übergeordneten Gerichte zu bestimmten Tat- oder Rechtsfragen zu erfahren, rechtfertigt den Erlass eines beschwerdefähigen Vorbescheides nicht (OLG Köln, NJW-RR 1991, 1285, 1286 f.; Münch-KommBGB/Promberger, 3. Aufl., § 2353 Rdnr. 91). Auch in der Literatur zu § 15 Abs. 2 BNotO wird hervorgehoben, der Notar sei befugt, durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen, dass er eine bestimmte Amtshandlung vornehmen, bestimmte Weisungen Beteiligter nicht beachten oder einem bestimmten Antrag stattgeben werde (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 49 a; Schippel/Reithmann, BNotO, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 79; Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 54 b Rdnr. 25; ders., MittBayNot 1998, 141, 147). In den bisher entschiedenen Fällen ging es daher immer um bestimmte, vom Notar angekündigte Amtshandlungen (vgl. z. B. Senat, a. a. O., MittBayNot 1995, 162; BayObLGZ 1995, 204; BayObLG, FGPrax 1998, 78, 79; NJW-RR 2000, 945; 1231; OLG Schleswig, DNotZ 1993, 67, 68; OLG Frankfurt, ZNotP 1999, 83; OLG Jena, FGPrax 2001, 32, 33; LG Frankenthal [Pfalz], MittBayNot 1996, 321, 322; LG Stuttgart, MittBayNot 2003, 158, 159; Beschluss vom 23.11.2001, 1 T 36/01, zit. nach juris).

An diesen Grundsätzen hat der durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31.8.1998 (BGBl I, 2585) eingefügte § 54 c Abs. 5 BeurkG nichts geändert. Denn die Verweisung auf § 15 Abs. 2 BNotO hat lediglich klarstellende Bedeutung (BT-Drucks. 13/4184, S. 39), zumal dann, wenn nicht die abschließende Sachentscheidung angekündigt wird, nicht von einer „Entscheidung“ gesprochen werden kann. Ohne die gesetzliche Klarstellung könnten generell Zweifel an der Zulässigkeit einer Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO entstehen, da der Notar die Beteiligten nach § 54 c Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG auf einen Zivilprozess gegeneinander verweisen kann (Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, § 54 c BeurkG Rdnr. 29). Auch im Anwendungsbereich des § 54 c BeurkG bleibt es deshalb dabei, dass ein Vorbescheid nur beschwerdefähig ist, wenn der Notar darin ankündigt, wie er zu verfahren beabsichtigt (Winkler, BeurkG, a. a. O., § 54 c Rdnr. 53). Wenn Winkler (a. a. O.) weiter ausführt, Gegenstand der Beschwerde könne sein, dass der Notar angewiesen werde, das auf dem Anderkonto verwahrte Geld auszahlen oder nicht auszahlen, so setzt dies ebenfalls eine Ankündigung entsprechenden Inhalts im Vorbescheid voraus; denn die Würdigung und Entscheidung des Beschwerdegerichts beschränkt sich immer auf den Gegenstand der erstinstanzlichen – d. h. hier notariellen – Verfügung (KG, NJW 1970, 2028 [LS]; Keidel/Kahl, FG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 113, Keidel/Sternal, a. a. O., § 25 Rdnr. 9, jew. m. w. N.), Schließlich entspricht es der Verfahrensökonomie, auch im Anwendungsbereich der §§ 54 c Abs. 5 BeurkG, 15 Abs. 2 BNotO einen beschwerdefähigen Vorbescheid nur anzuerkennen, wenn dieser die abschließende Sachentscheidung des Notars ankündigt. Ließe man einen Vorbescheid zu, der sich ausschließlich mit der Frage der Wirksamkeit eines Widerrufs gemäß § 54 c BeurkG befasst, könnte es zu mehreren aufeinander folgenden Vorbescheidsverfahren kommen; das gilt insbesondere, wenn die Beteiligten (wie hier) auch über das Ob und Wie einer Durchführung der Verwahrung streiten.

bb) Nach diesen Maßstäben ist der von Notar B am 27.6.2003 erlassene Vorbescheid unzulässig. Mit ihm kündigt er an, „den Vollzug des Treuhandauftrages fortzusetzen“.

Welche sachliche Entscheidung er im Vollzug des Treuhandauftrages zu fällen beabsichtigt, wird hingegen nicht angekündigt. Dies ist jedoch nach dem vorstehend Ausgeführten unabdingbare Voraussetzung für den Erlass eines zulässigen Vorbescheids. Der Umstand, der hier zu dem Erlass des verfahrensgegenständlichen Vorbescheids geführt hat – der Streit der Beteiligten darüber, ob ein nach § 54 c BeurkG beachtlicher (einseitiger) Widerruf der Auszahlungsanweisung der Beteiligten zu 1) vorliegt –, betrifft nur eine Vorfrage für die später vorzunehmende Amtshandlung des Notars.

Zwar mag im Einzelfall die Ankündigung, „den Vollzug des Treuhandauftrages fortzusetzen“, auf eine bestimmte Amtshandlung hinweisen. So könnte der Fall etwa liegen, wenn nur um die Wirksamkeit eines Widerrufs gemäß § 54 c BeurkG gestritten wird, die Frage, wie der Treuhandauftrag – im Falle der Unbeachtlichkeit des Widerrufs – zu vollziehen ist, jedoch nicht in Zweifel steht. So verhält es sich hier jedoch nicht: Die Beteiligten streiten auch darüber, ob ihre Auszahlungsanweisungen (sowie der Treuhandauftrag der ... vom 28.5.2003) – jedenfalls inhaltlich – übereinstimmen und danach Auszahlungsreife eingetreten ist bzw. überhaupt eintreten kann. Dementsprechend hat der Notar in seinem Schreiben vom 15.7.2003 an das Landgericht u. a. ausgeführt: „Sobald mir eine Entscheidung vorliegt, ... werde ich zu prüfen haben, ob und in welcher Weise erteilte Treuhandaufgaben erfüllt werden können.“ Jedenfalls in einem Fall wie dem hier Gegebenen weist daher die Ankündigung, „den Vollzug des Treuhandauftrages fortzusetzen“, nicht auf eine bestimmte Amtshandlung des Notars hin.

cc) Auf den Umstand, dass keiner der Beteiligten die Unzulässigkeit des Vorbescheides angesprochen hat, kommt es nicht an (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 102; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, a. a. O., § 15 BNotO Rdnr. 45). Der Senat hat die Beteiligten auf die Unzulässigkeit des Vorbescheides hingewiesen.

dd) Da sich der mit der Beschwerde und weiteren Beschwerde angegriffene Vorbescheid als verfahrensrechtlich nicht zulässig erweist, ist er zusammen mit der ihn bestätigenden Beschwerdeentscheidung ersatzlos aufzuheben (OLG Köln, a. a. O., S. 1287; OLG Stuttgart, Rpfleger 2002, 203; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 91; *Keidel/Kahl*, a. a. O., § 19 Rdnr. 7, 15 a). Die Sache ist an den Notar, der im Verfahren nach § 15 BNotO die Stellung einer ersten Instanz einnimmt (Senat, FGPrax 2002, 85; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 96; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, a. a. O., § 15 BNotO Rdnr. 33), zurückzugeben (vgl. BayObLGZ 1958, 171, 175; 1993, 290, 294; 389, 393 f.; *Keidel/Meyer-Holz*, a. a. O., § 27 Rdnr. 61; ähnlich für das Gericht der Rechtsbeschwerde *Schippel/Reithmann*, a. a. O., § 15 Rdnr. 88).

ee) Soweit die Beteiligte zu 1) mit der Rechtsbeschwerde weiterhin beantragt, den Notar anzuweisen, den hinterlegten Geldbetrag an sie auszukehren, ist das Rechtsmittel ohne eine Entscheidung in der Sache zurückzuweisen. Denn für eine solche Entscheidung ist beim vorliegenden Verfahrensstand kein Raum (vgl. BayObLGZ 1993, 389, 394). Gegenstand der weiteren Beschwerde kann nur der Verfahrensgegenstand sein, über den in der Vorinstanz – und zwar im erkennenden Teil der Beschwerdeentscheidung – befunden worden ist (*Keidel/Meyer-Holz*, a. a. O., § 27 Rdnr. 3, 15). Das Landgericht hat in Ziffer 1 des Tenors über die Beschwerde gegen den Vorbescheid vom 27.6.2003 entschieden; damit stimmt das Ergebnis überein, welches die Vorinstanz am Ende ihrer Ausführungen zur Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) festgehalten hat (...). Bei dem Vorbescheid handelt es sich in dem hier gegebenen Fall – wie ausgeführt – um eine (unzulässige)

Zwischenentscheidung, die nur Vorfragen betrifft (vgl. etwa zum Grundbuchrecht Senat, OLGZ 1991, 153; BayObLGZ 1991, 97, 102; *Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 71 Rdnr. 35, § 77 Rdnr. 15). Folglich ist die Hauptsache – die Frage der Auszahlung – nicht in die Rechtsbeschwerdeinstanz gelangt (vgl. BayObLGZ 1981, 69, 70 f.; BayObLG, FamRZ 1986, 604, 606; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1414, 1415 f.; *Kieffner*, FS für Lukes, S. 701, 704). Zwar wird für Vorbescheide, die im Erbscheinsverfahren und im Verfahren auf Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ergangen sind, vertreten, das Beschwerdegericht dürfe unter Umständen abschließend entscheiden (BayObLGZ 1994, 169, 175 ff.; 2002, 208, 215 f.; BayObLG, FGPrax 2002, 221, 222; a. A. OLG Hamm, a. a. O.). Diese Ausnahme wird aber auf den – hier nicht gegebenen – Fall bezogen, dass die erste Instanz ihre abschließende Auffassung in dem Vorbescheid kundgetan hat und dieser daher für das Beschwerdeverfahren an die Stelle der abschließenden Entscheidung tritt (vgl. etwa BayObLGZ 2002, 208, 213, 216). Im vorliegenden Fall wird hingegen zunächst der Notar eine abschließende Sachentscheidung zu treffen haben (vgl. BayObLGZ 1993, 389, 393 f.).

2. Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2), die sich nach der ausdrücklichen Erklärung in der Einlegungsschrift lediglich gegen Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses richtet, ist begründet, soweit mit ihr der Vorbescheid angegriffen wird. Eine Anweisung des Notars, den hinterlegten Betrag an sie auszukehren, kann auch die Beteiligte zu 2) in diesem Verfahren nicht erreichen.

a) (...)

b) Der [vorstehend unter a)] aufgezeigte Verfahrensfehler nötigt nicht zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Denn das Verfahren ist, ohne dass es weiterer tatsächlicher Erörterungen bedarf, auch insoweit zur Endentscheidung reif (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, a. a. O., § 27 Rdnr. 56). Dem steht der dem Landgericht unterlaufene Verfahrensfehler schon deswegen nicht entgegen, weil die Anträge in den Schriftsätzen vom 27.6.2003 und vom 3.7.2003 inhaltlich entsprechen. Die Kammer hätte der Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2) stattgeben müssen, soweit sie sich gegen den Vorbescheid richtet.

aa) Aus dem Schriftsatz vom 3.7.2003 ergibt sich eindeutig, dass die Beteiligte zu 2) eine selbständige (einfache) Beschwerde eingelegt hat. Dafür spricht schon das eigenständige, vom Schicksal der Beschwerde der Beteiligten zu 1) unabhängige Verfahrensziel, Auszahlung an sich zu erreichen. Der Wille, Erstbeschwerde einzulegen, wird auch durch die Begründung der in zweiter Instanz gestellten Anträge sowie durch die Ausführungen der Beteiligten zu 2) in ihrer Rechtsbeschwerdebegründung bestätigt (...).

Die Aufhebung des Vorbescheids ist denknotwendig von dem weitergehenden Begehren, den Notar zur Auszahlung anzuweisen, umfasst; sie ist daher ebenfalls Ziel der Erstbeschwerde und der weiteren Beschwerde. Denn die Beteiligte zu 2) könnte einen solchen Ausspruch durch das Gericht beim jetzigen Verfahrensstadium allenfalls erreichen, wenn der Vorbescheid, der eine Fortsetzung der notariellen Tätigkeit ankündigt, aufgehoben wird. Ungeachtet einiger Ausführungen der Beteiligten zu 2) im Schriftsatz vom 20.10.2003 richtet sich das Rechtsmittel nicht gegen das Schreiben des Notars vom 16.6.2003 an die Beteiligte zu 1). Die Beteiligte zu 2) leitet vielmehr aus dem Ablauf der dort gemäß § 54 c Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 BeurkG gesetzten Frist für sie günstige Rechtsfolgen her (...).

Mit dem Vorbescheid vom 27.6.2003 liegt, wie unter Ziff. 1 Buchst. a) ausgeführt, ein beschwerdefähiger Verfahrens-

gegenstand vor. Die Beteiligte zu 2) war zur Einlegung der Erstbeschwerde befugt (§ 20 FGG). Der Verfahrensgegenstand betrifft die Amtspflichten des Notars bei der Verfügung über ein Notaranderkonto. Die Beschwerdebefugnis ergibt sich daher daraus, dass die Beteiligte zu 2) an dem Hinterlegungsverhältnis materiell beteiligt ist (vgl. OLG Hamm, DNotZ 2000, 379, 380 f.; *Schippel/Reithmann*, a. a. O., § 15 Rdnr. 80). Wer als formell Beteiligter die Hinterlegung vorgenommen hat, ist unerheblich (KG, MittRhNotK 1998, 99). Haben – wie hier – mehrere Personen dem Notar Weisungen erteilt, steht das Beschwerderecht grundsätzlich jedem Einzelnen von ihnen zu (OLG Schleswig, DNotZ 1993, 67, 68; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 93, 94). Der Umstand, dass der Vorbescheid nur an die Beteiligte zu 1) adressiert war (vgl. dazu OLG Hamm, Beschluss vom 8.10.1993, 15 W 74/93, zit. nach juris), steht der Zulässigkeit der Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2) nicht entgegen (vgl. *Eylmann/Vaasen/Frenz*, a. a. O., § 15 BNotO Rdnr. 40).

bb) Die Beschwerde ist, wie sich aus den Ausführungen unter Ziff. 1 Buchst b) ergibt, begründet, soweit sie sich gegen den Vorbescheid richtet. Der Antrag, den Notar zur Auszahlung anzuweisen, ist hingegen ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen. Eine Entscheidung des Senats in der Sache kommt zunächst aus den in Ziffer 1 Buchst. b) ee) dargelegten Gründen nicht in Betracht. Soweit die Beteiligte zu 2) geltend macht, der Notar habe zumindest stillschweigend erklärt, dass er nicht auszahlen werde, er habe die Auskehrung an sie pflichtwidrig unterlassen, vermag dies eine weiter gehende Prüfungskompetenz des Senats nicht zu begründen. Zwar beschränkt sich der Tenor des angefochtenen Beschlusses in Ziffer 2 nicht auf einen Ausspruch zu dem Vorbescheid. Auch ist beschwerdefähig jede Versagung einer notariellen Amtstätigkeit. Dies kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Ablehnung geschehen (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 87). Letzteres setzt aber voraus, dass aus dem Verhalten des Notars zweifelsfrei hervorgeht, dass er den hinterlegten Geldbetrag nicht auszahlen werde (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., i. V. m. Rdnr. 46). Der Notar hat es jedoch nicht – auch nicht konkludent – abgelehnt, eine sachliche Entscheidung über den hinterlegten Geldbetrag zu treffen. Im Gegenteil hat er – wenn auch in unzulässiger Form – die Fortsetzung des Vollzugs des Treuhandauftrages angekündigt. Damit hat er eine notarielle Amtstätigkeit nicht abgelehnt. Der Erlass des unzulässigen Vorbescheides kann auch nicht als eine beschwerdefähige Untätigkeit gewertet werden (vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler*, a. a. O., § 15 Rdnr. 46; *Eylmann/Vaasen/Frenz*, a. a. O., § 15 BNotO Rdnr. 34). Denn damit kündigt der Notar, wenn auch in allgemeiner Form, eine Fortsetzung seiner Amtstätigkeit an.

3. Für das weitere Verfahren des Notars weist der Senat darauf hin, dass die Auffassung des Landgerichts, im Zeitpunkt des Zugangs des Widerrufs der Beteiligten zu 1) habe eine mehrseitige Verwahrungsanweisung i. S. des § 54 c Abs. 2 BeurkG vorgelegen, keinen Rechtsfehler aufweist. (...) Ergänzend ist Folgendes auszuführen:

Mehrseitig sind im Zweifel im Verhältnis der Kaufvertragsparteien zueinander alle Anweisungen, die dem Schutz des Empfangsberechtigten ab Fälligkeit der Einzahlung bzw. dem Schutz des Einzahlenden bis zum Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen dienen, also insbesondere die Auszahlungsvoraussetzungen selbst sowie die Anweisung zur Ablösung von Grundpfandrechten und anderen Drittberechtigten aus dem Kaufpreis (*Eylmann/Vaasen/Hertel*, a. a. O., § 54 c BeurkG Rdnr. 16; *Winkler*, a. a. O., § 54 c Rdnr. 10; *Wegerhoff*, DNotZ 2001, 867). So liegt es hier, da der Kaufvertrag vom 31.3.2003 zwischen den Beteiligten zu 1) und 2) abgeschlos-

sen worden ist. Im Zeitpunkt des Eingangs des Widerrufs der Beteiligten zu 1) beim Notar lag diesem auch eine Anweisung der Beteiligten zu 2) vor. Dementsprechend sah der Kaufvertrag in § 2 eine – die Ablösung des Darlehens der ... umfassende – Abwicklung der Kaufpreiszahlung „gegen wirksame Übertragung der bestehenden Grundschulden an die G“ über ein Notaranderkonto vor. Dessen Einrichtung hat der Notar den Gesellschaftern der Beteiligten zu 2) bereits mit Schreiben vom 17.3.2003, mithin vor Vertragsschluss, „zur Vorlage bei Ihrer Finanzierungsgläubigerin“ bestätigt. Die Einrichtung des Anderkontos und die mit der Einzahlung verbundene Übertragung der Verfügungsmacht auf den Notar bezweckten also – für die Beteiligte zu 1) erkennbar – auch den Schutz der Interessen der Beteiligten zu 2). Die Abgrenzung zwischen einseitiger und mehrseitiger Anweisung richtet sich aber nach dem Schutzbedürfnis der Beteiligten (BayObLGZ 1995, 204; KG, DNotZ 2001, 865, 866; OLG Hamm, DNotZ 2000, 379, 381; FGPrax 2002, 83, 84; *Winkler*, a. a. O.). Hier kommt noch hinzu, dass die Anweisungen der Beteiligten aufgrund der auch für den Notar erkennbaren Interessenlage untrennbar zusammenhängen und das Gesamtverhältnis ohne Einbeziehung der Verkäuferin sachgerecht nicht abgewickelt werden kann (vgl. auch KG, MittRhNotK 1998, 99). Umstände, die der oben genannten Vermutung entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Insbesondere genügt hierzu nicht der mögliche Widerspruch bei der Einräumung eines Teils der von der Beteiligten zu 2) zu erbringenden Sicherheiten. Das gilt im gegebenen Fall – unabhängig von den weiteren, sich hier stellenden Fragen – jedenfalls deshalb, weil die Beteiligte zu 2) ausdrücklich angeboten hat, Sicherheiten in der von der Beteiligten zu 1) gewünschten Form zu bestellen ([...], s. auch BGH, WM 2003, 1116/1117 f.; OLG Frankfurt, DNotZ 1969, 513, 514). Die Möglichkeit, dass die Beteiligte zu 2) ihre Anweisung korrigiert bzw. anpasst, stellt die Beteiligte zu 1) nicht in Abrede (...). Im Übrigen kommt es insoweit nur darauf an, ob die Verwahrungsanweisungen im Ergebnis zusammenstimmen, so dass sie gemeinsam erfüllt werden können; eine wörtliche Übereinstimmung ist nicht erforderlich (vgl. auch *Schippel/Reithmann*, a. a. O., § 23 Rdnr. 50/51). Auch liegt nicht der bei *Eylmann/Vaasen/Hertel*, a. a. O., § 54 c BeurkG Rdnr. 18 genannte Fall einer einseitigen Anweisung des Einzahlenden vor. Denn die Beteiligte zu 1) hat nicht unter vorheriger oder gleichzeitiger Erteilung zusätzlicher (vertragswidriger) Treuhandaufgaben eingezahlt. Die von der Beteiligten zu 1) im Erstbeschwerdeverfahren vorgelegte Fundstelle aus dem Bankrechtshandbuch von *Schimansky/Bunte/Lwowski* betrifft nicht das hoheitliche Verwahrungsverfahren zwischen dem Notar und den Beteiligten (vgl. BGH, NJW 1994, 1403; 1996, 3343; 1998, 2134).

20. BeurkG §§ 17, 53 (*Keine Pflicht zur vorrangigen Bearbeitung eines von mehreren Vorgängen bei § 53 BeurkG*)

Selbst wenn man die besondere Eilbedürftigkeit im Fall einer gänzlich ungesicherten Vorleistung berücksichtigt, ist es nicht zwingend erforderlich, eine organisatorische Möglichkeit für die vorrangige Bearbeitung bestimmter Vorgänge gegenüber anderen, grundsätzlich auch ohne schuldhaftes Zögern zu bearbeitenden zu schaffen. Dies gilt insbesondere, wenn die regelmäßige Vorlagefrist von zehn Tagen sogar unterschritten wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 16.10.2003, 4 O 5205/02

Am 14.11.1997 kaufte der Kläger von Herrn W. zu notariellem Vertrag des Beklagten ein Grundstück. Auf Wunsch des Verkäufers wurde eine Regelung zur Kaufpreisfälligkeit aufgenommen, die dahin ging, dass mit Vertragsschluss sofort 80.000 DM fällig sein sollten. Weiter findet sich der Hinweis: „Auf die mit vorstehender Zahlungsvereinbarung verbundenen Risiken für den Käufer wurde vom Notar hingewiesen.“ Nachdem diese erste Zahlung erfolgt war, ging der notarielle Kaufvertrag mit Antrag auf Eintragung einer Vormerkung vom Notariat am 25.11.1997 um 11.42 Uhr beim Grundbuchamt ein. Um 10.30 Uhr war dort zuvor ein Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek eingegangen, was zur Eintragung der Zwangshypothek am 8.12.1997 führte und einen lastenfreien Erwerb des Grundstücks durch den Kläger vereitelte.

Der Kläger behauptet, er sei vom Beklagten nicht ausreichend über die Gefahren einer ungesicherten Vorleistung belehrt worden. Er meint, dass es nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG nicht genüge, nur allgemein und floskelhaft auf Risiken hinzuweisen. Vielmehr hätten die rechtlichen Konsequenzen umfassend erklärt werden müssen. Insbesondere hätten Alternativen zur Absicherung erklärt und die Risiken einzeln benannt und zumindest in groben Zügen dargestellt werden müssen. Weiter habe der Beklagte seine Amtspflichten dadurch verletzt, dass er trotz Kenntnis der Risiken einer ungesicherten Vorleistung die Urkunde nicht aus dem üblichen Geschäftsgang herausgenommen und vordringlich zum Grundbuchamt gegeben habe, was keine Bearbeitung ohne schuldhaftes Zögern darstelle. Der Beklagte sei daher gemäß § 19 zum Schadensersatz verpflichtet.

Aus den Gründen:

(...) Die zulässige Klage war als unbegründet abzuweisen, da der Kläger keinen Nachweis dafür führen konnte, dass eine Amtspflichtverletzung durch den Beklagten diesen zum Schadensersatz verpflichten würde.

1. Das Gericht ist nicht davon überzeugt, dass der Beklagte gegen seine sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergebenden Pflichten verstoßen hat. Grundsätzlich muss der Notar hiernach über die rechtliche Tragweite des Geschäftes belehren. In Literatur und Rechtsprechung ist zudem anerkannt, dass in Ausnahmefällen auch eine Belehrung über wirtschaftliche Folgen erforderlich ist, insbesondere in der Fallgestaltung, in der ein Vertragsteil Vorleistungen erbringt, obwohl die Leistung des anderen noch nicht gesichert ist (*Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 17 Rdnr. 102 m. w. N.). In einem solchen Fall ist der Käufer ausdrücklich auf die fehlende Sicherheit und auf konkrete Sicherungsmöglichkeiten hinzuweisen.

Im vorliegenden Fall geht das Gericht davon aus, dass eine entsprechende Risikobelehrung stattgefunden hat. Zum einen ergibt sich bereits aus dem notariellen Kaufvertrag die pauschale Feststellung, dass der Notar auf die mit der getroffenen Zahlungsvereinbarung verbundenen Risiken hingewiesen hat. Zum anderen war sich der Kläger auch unstreitig dessen bewusst, dass am Tag der Beurkundung eine Änderung des vorherigen Vertragsentwurfs dahingehend vorgenommen wurde, dass nunmehr die sofortige Teilzahlung vereinbart wurde. Damit verbunden war ein Gespräch mit (...) [dem Sachbearbeiter] über die Vertragsgestaltung. Der Kläger selbst trägt auch gar nicht vor, ihm sei die Änderung nicht aufgefallen oder bekannt gewesen, sondern lediglich, er sei sich als Laie über deren Tragweite nicht im Klaren gewesen. Daher hätte der Notar ausführlicher und eingehender belehren müssen. Er wendet sich somit gar nicht dagegen, dass eine Belehrung nicht stattgefunden habe, sondern gegen deren Umfang.

Zwar ist dem Kläger insoweit zugestehen, dass die oben aufgezeigten erweiterten Anforderungen an die Belehrungspflicht in seinem Fall eingreifen. Jedoch steht aufgrund der Vernehmung des Zeugen F. zur Überzeugung des Gerichts fest, dass ein ausführliches Vorgespräch stattfand, in dem der Zeuge gerade wegen der mit der neuen Vertragsgestaltung

verbundenen Risiken im Beisein des Klägers versucht hatte, den Verkäufer von seinem Wunsch abzubringen. Im Übrigen bekundete der Zeuge auch glaubhaft und gut nachvollziehbar, er benenne üblicherweise einzelne Risiken, sogar gerade das sich hier wirkliche von der vorherigen Eintragung einer Zwangshypothek als typisches Risiko, ausdrücklich. Dabei hatte der Zeuge auch den Eindruck, der Kläger habe seine Belehrung ganz genau verstanden und darüber nachgedacht, ob der Vertrag in der neuen Gestaltung abgeschlossen werden sollte. Sicherlich handelt es sich bei dieser letzten Feststellung nur um einen subjektiven Eindruck des Zeugen. Aber aufgrund der gesamten äußeren Situation (kurzfristiger Wunsch nach Vertragsänderung, Hinweis auf bestimmte Risiken durch den Zeugen verbunden mit dem Versuch, die Parteien davon abzubringen; Bestehen des Verkäufers auf dieser – für ihn günstigen – Gestaltung und zögerndes Zustimmung durch den Kläger) ist der Rückschluss zulässig, dass der Kläger nicht nur für die Problematik sensibilisiert war, sondern auch so genau darüber aufgeklärt war, welche Gefahren bestehen und dass diese bei anderer Vertragsgestaltung nicht beständen, dass ein entsprechendes Risikobewusstsein geweckt war.

Zwar muss grundsätzlich der Notar die Belehrung selbst vornehmen und kann diese nicht auf andere Mitarbeiter delegieren, jedoch hat ja vorliegend unstreitig die Belehrung durch den Notar selbst Niederschlag im schriftlichen Kaufvertrag gefunden. Das Gericht geht daher davon aus, dass der auf die vorstehende Art und Weise vorinformierte Kläger vom Notar nochmals auf die Risiken hingewiesen wurde. Zwar kann der genaue Wortlaut der Belehrung durch den Beklagten nicht aufgeklärt werden, auch die Beweisaufnahme hat diesbezüglich keine weiteren Erkenntnisse gebracht. Jedoch ist dabei auch der schriftliche Text heranzuziehen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in der Urkunde unmöglich der Inhalt der Belehrung, deren Ausmaß und die Tatsachen, aus denen der Notar geschlossen hat, dass seine Belehrung auch verstanden worden ist, aufgenommen werden kann. Ein solcher in allgemeiner Form gehaltener Kurzvermerk wie vorliegend begründet jedoch die Vermutung dafür, dass der Notar die Beteiligten ausreichend und verständlich in der Richtung des Vermerks belehrt hat (vgl. *Keidel/Winkler*, a. a. O., Rdnr. 123 m. w. N.). Im vorliegenden Fall war es dem Kläger daher auch zuzumuten, bei noch bestehendem Informationsbedarf aufgrund der erfolgten Sensibilisierung für das grundsätzlich bestehende Risiko im Beurkundungstermin nachzuhaken, um eventuell weitere Details zu erfahren. Er kann jedenfalls nicht damit gehört werden, er sei sich über die Tragweite der auf Wunsch des Verkäufers getroffenen Regelung und über die Möglichkeit alternativer Gestaltung nicht im Klaren gewesen. (...)

Des Weiteren liegt kein Verstoß gegen die Vorschrift des § 53 BeurkG darin, dass der Beklagte die Urkunde im üblichen Geschäftsgang beließ und erst am siebten Werktag nach der Beurkundung beim Grundbuchamt einreichte.

Der Kläger trägt nicht vor, dass bei der Herbeiführung der Vollzugsreife und dem Weg zum Grundbuchamt von dem üblicherweise erforderlichen Prozedere in zeitlicher Hinsicht zu seinem Nachteil abgewichen worden wäre. Er meint allerdings, dass sich andere Anforderungen daraus ergäben, dass der Beklagte Kenntnis von der Vereinbarung der ungesicherten Vorleistung und den sich daraus ergebenden Risiken hatte, woraufhin er für eine gegenüber dem Üblichen beschleunigte Bearbeitung hätte Sorge tragen müssen, zumindest die Parteien auf die Möglichkeit beschleunigter Bearbeitung hätte hinweisen müssen.

Diese Argumentation überzeugt das Gericht jedoch nicht. Der Notar ist nämlich von Gesetzes wegen nicht dazu verpflichtet,

die Vorlage einer Urkunde bei Gericht sofort vorzunehmen, sondern unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (*Keidel/Winkler*, a. a. O., § 53 Rdnr. 17 m. w. N.). Bei der Frage, ob eine Verzögerung gegenüber dem sofortigen Handeln in diesem Sinne schuldhaft ist, ist das Interesse der Beteiligten an einem baldigen Vollzug gegenüber den sich aus der Notwendigkeit der büroorganisatorischen Sicherstellung der Einhaltung der an den Notar gestellten hohen Sorgfaltsanforderungen ergebenden Erfordernissen abzuwägen. Zwar wäre es grundsätzlich wünschenswert, dass bei besonders risikobehafteten Fällen eine bevorzugte Bearbeitung stattfindet, um die Gefahr zu verringern, dass – wie hier geschehen – ein anderer Gläubiger Minuten vorher zum Nachteil des Vertragsbeteiligten einen Antrag beim Grundbuchamt einreicht. Ganz ausschließen ließe sich aber auch durch eine beschleunigte Bearbeitung diese Gefahr nicht. Es gilt daher, dass selbst unter Berücksichtigung der besonderen Eilbedürftigkeit der hier vorliegenden, seltenen Fallgestaltung einer gänzlich ungesicherten Vorleistung es nicht als zwingend erforderlich angesehen werden kann, eine organisatorische Möglichkeit für die vorrangige Bearbeitung bestimmter Vorgänge gegenüber anderen, grundsätzlich auch ohne schuldhaftes Zögern zu bearbeitenden zu schaffen. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, da der übliche Geschäftsgang beim Beklagten es sicherstellt, die regelmäßige Vorlagefrist von zehn Tagen sogar zu unterschreiten. Ein besonderer Hinweis auf die zwar theoretisch denkbare, praktisch aber nicht durchgeführte Möglichkeit einer beschleunigten Bearbeitung kann daher nicht verlangt werden.

Kostenrecht

21. KostO §§ 30 Abs. 1, 65, 131 Abs. 2 (*Geschäftswert für Eintragung eines Nacherbenvermerks*)

- Für die Festsetzung des Geschäftswerts eines Beschwerdeverfahrens mit dem Gegenstand der Zurückweisung der Eintragung eines Nacherbenvermerks kommt es bei Ausübung des Ermessens nach § 30 Abs. 1 Halbsatz 2 KostO auf die Bedeutung der Beschwerde für die Beteiligten und das mit der Beschwerde verfolgte Interesse sowie auf alle sonstigen Umstände des Einzelfalles an. In der Regel ist, wenn mit der Beschwerde dasselbe Ziel wie in erster Instanz verfolgt wird, wie dort ein Bruchteil des Wertes des betroffenen Grundstücks oder Rechts anzusetzen.**
- Beruhet die beantragte Eintragung eines Nacherbenvermerks auf einer letztwilligen Verfügung nach dem Recht des US-Bundesstaats Kansas, deren Rechtswirkungen nach deutschem Recht nicht eindeutig sind, und lasten auf dem betroffenen Grundstück Grundschulden in beträchtlicher Höhe, erscheinen 10 % des Beziehungswerts als Geschäftswert angemessen.**

BayObLG, Beschluss vom 1.10.2003, 3Z BR 193/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

22. EWGRL 69/335/EWG Art. 10; EGV Art. 220, 234; GG Art. 3, 70, 105, 106, 138; AO § 3 Abs. 1; KostO §§ 36 Abs. 2, 142, 143 (*Kostenansatz bei Beurkundung durch badischen Amtsnotar: Reichweite der europäischen Gesellschaftsteuerichtlinie*)

- Kostenansätze nach der KostO für die Beurkundung durch einen badischen Amtsnotar sind nur dann mit der Gesellschaftsteuerrichtlinie (RL) unvereinbar, wenn der Beurkundungsvorgang von einem der Verbotstatbestände des Art. 10 RL erfasst wird (gegen AG Freiburg, BWNZ 2002, S. 89 f. = ZMR 2002, S. 360 f.).**
- § 140 KostO ist durch die Rechtsprechung des EuGH (Modelo; Gründerzentrum) nicht außer Kraft gesetzt worden (gegen AG Freiburg, a. a. O.).**
- Die Anwendung der KostO auch auf nicht von der Gesellschaftsteuerrichtlinie erfasste Beurkundungen durch badische Amtsnotare ist weder aufgrund des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) noch aufgrund der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 105, 106 GG) ausgeschlossen.**
- Der Inhalt europarechtlicher Begriffe ist mit dem in der Übersetzung gleich lautender nationaler Rechtsbegriffe nicht notwendigerweise deckungsgleich.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.8.2003, 14 Wx 75/02; mitgeteilt von Dr. *Ernst-Friedrich Krauß*, Richter am OLG

Der Notar beim Notariat X hat am 16.4.1996 in einer aus zwei Teilen bestehenden Urkunde zwei Verträge beurkundet, die vom Kostenschuldner Nr. 5 – Notar beim Notariat Y – vorbereitet worden waren. In dem mit „Auseinandersetzungs- und Kaufvertrag“ überschriebenen Teil 1 der Urkunde setzte sich eine Erbengemeinschaft, welcher der Kostenschuldner Nr. 3 angehörte, bezüglich des Hausgrundstücks S-Straße 59 in F. auseinander. Sie übertrug einen Miteigentumsanteil an den Kostenschuldner Nr. 3, der seinerseits einen halben Anteil hiervon an seine Ehefrau, die Kostenschuldnerin Nr. 4, als ehebedingte unbenannte Zuwendung übertrug. Weiter verkauften die Erben Miteigentumsanteile an die zwischen den Kostenschuldnern Nr. 1 und Nr. 2 bestehende BGB-Gesellschaft sowie Miteigentumsanteile an den Kostenschuldner Nr. 5.

In dem mit „Gesellschaftsvertrag und Nutzungsregelung“ überschriebenen Teil II der Urkunde ließen die Kostenschuldner Nr. 1 bis 5 einen Vertrag über die Gründung einer aus ihnen bestehende BGB-Gesellschaft protokollieren, deren Zweck es gemäß § 1 Abs. 1 ist, „das Anwesen S-Straße 59 um- und auszubauen, insbesondere die nachfolgend beschriebenen Baumaßnahmen gemeinschaftlich durchzuführen“. In § 2 des Vertrags werden die geplanten Baumaßnahmen im Einzelnen aufgeführt. In § 12 wird eine „als Vereinbarung nach § 1010 BGB“ bezeichnete Nutzungsregelung getroffen.

2. Unter dem 17.4.1996 hat die Kostenbeamtin des Notariats X für die Beurkundung des Vertragswerks eine Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Ansatz gebracht und dabei einen Geschäftswert von insgesamt 2.800.000 DM zugrunde gelegt. Die den Beteiligten anteilmäßig in Rechnung gestellten Kosten sind bezahlt.

3. Die Bezirksrevisorin hat die Geschäftswertfestsetzung in Bezug auf die den Wert des Gesellschaftsvertrags (Teil II der Urkunde) bildenden Faktoren beanstandet. Mit Schreiben vom 8.7.1997 hat auch der Kostenschuldner Nr. 5 den Kostenansatz beanstandet, wobei er sich insbesondere gegen die Bemessung des Gegenstandswertes des Gesellschaftsvertrags wandte.

4. Nachdem die daraufhin vom Notariat durchgeführten Maßnahmen zur Wertermittlung nicht weitergeführt hatten und der Kostenschuldner Nr. 5 um die Einleitung des gerichtlichen Wertfestsetzungsverfahrens gebeten hatte, hat die Bezirksrevisorin beim AG Freiburg die gerichtliche Festsetzung des Geschäftswerts bezüglich der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gemäß Teil II der Urkunde beantragt (§§ 31, 142 KostO). Das Amtsgericht hat sodann weitere diesbezügliche Ermittlungen angestellt. Auf Grundlage des Ergebnisses dieser Ermittlungen hat die Bezirksrevisorin Anträge zur Geschäftswertberechnung gestellt.

Mit Beschluss vom 7.3.2001 hat das Amtsgericht das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH auf die Vorlage des Amtsgerichts Müllheim vom 20.6.2000 unter Bezugnahme auf die darin enthaltenen Ausführungen ausgesetzt. Dieser Beschluss wurde auf die Beschwerde der Bezirksrevisorin vom LG Freiburg aufgehoben.

5. Mit Beschluss vom 14.1.2002 (BWNNotZ 2002, 89 f.) hat das AG Freiburg die Kostenansätze vom 17.4.1996 insgesamt aufgehoben und die Gebühren „für die Beurkundung des Teilauseinandersetzungs-, Zuwendungs- und Kaufvertrags vom 16.4.1996“ auf 450 € festgesetzt. Es hat dabei die Auffassung vertreten, im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 29.9.1999 – Modelo – hätten keine Gebühren nach der KostO, sondern nur eine leistungsbezogene Gebühr – die das Amtsgericht mit der Begründung, der Betrag sei „durchaus angemessen“, mit 450 € angenommen hat – erhoben werden dürfen, denn durch die Rechtsprechung des EuGH sei § 140 Satz 1 KostO für den Bereich des OLG-Bezirks Karlsruhe außer Kraft gesetzt worden.

6. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der Staatskasse hat das Landgericht mit Beschluss vom 12.7.2002 den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur Entscheidung über den Geschäftswert der beurkundeten Gegenstände an das Amtsgericht zurückverwiesen. Zur Begründung hat es in erster Linie ausgeführt, das Amtsgericht habe über den Kostenansatz nach § 14 KostO nicht entscheiden dürfen, weil ihm nur der Antrag der Bezirksrevisorin bezüglich der Geschäftswertberechnung für die Gründung der BGB-Gesellschaft vorgelegen habe und ein Verfahren über den Kostenansatz nicht anhängig gewesen sei. Hilfsweise hat das Landgericht seine Entscheidung damit begründet, dass der zur Beurteilung stehende Vorgang nicht der Gesellschaftsteuerrichtlinie 69/335/EWG des Rates unterliege; aus Art. 3 GG ergebe sich nichts anderes.

7. Gegen diese Entscheidung richtet sich die – vom Landgericht zugelassene – weitere Beschwerde, die mit einem von den Kostenschuldern Nr. 3 bis 5 unterschriebenen Schriftsatz, in dessen Briefkopf auch die Kostenschuldner Nr. 1 und 2 aufgeführt sind, eingelegt wurde.

Auf entsprechenden Antrag des Kostenschuldners Nr. 5 hat der Notar beim Notariat X mit Beschluss vom 7.1.2003 „die Beurkundungskosten gemäß § 16 KostO niedergeschlagen, soweit sie für die Beurkundung des BGB-Gesellschaftsvertrags entstanden sind und erhoben wurden“. Zur Begründung hat der Notar ausgeführt, es sei versehentlich unterlassen worden, die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass für eine – erheblich höhere Beurkundungskosten auslösende – Mitbeurkundung des BGB-Gesellschaftsvertrags keine rechtliche Notwendigkeit bestehe. Die Bezirksrevisorin hat dagegen u. a. mit der Begründung Erinnerung eingelegt, den Notar beim Notariat X habe die vom Kostenschuldner Nr. 5 vorgetragene Belehrungspflicht nicht getroffen, weil der Kostenschuldner Nr. 5 seit mehr als 15 Jahren selbst als Notar tätig sei, und davon viele Jahre als Notar des Notariats Y, wobei sich die Notare der Notariate X und Y seit vielen Jahren gegenseitig vertreten. Über die Erinnerung ist noch nicht entschieden.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

2. Der vom Amtsgericht vorgenommene Kostenansatz war indessen fehlerhaft, weil die ihm zugrunde liegende Auffassung, wonach die KostO hier keine Anwendung findet, unzutreffend ist.

a) Gemäß § 140 Satz 1 KostO bestimmen sich die Kosten der Notare grundsätzlich nach der KostO, soweit bundesrechtlich nichts anderes vorgeschrieben ist. Dies gilt – wie sich aus den §§ 142, 143 KostO ergibt – uneingeschränkt auch für die Amtsnotare im badischen Rechtsgebiet, deren Gebühren zwar zur Landeskasse fließen, denen aber gem. §§ 8, 9 LJKG i. d. F. vom 25.3.1975 (GBI S. 261, 580) außer den Dienstbezügen auch Gebührenanteile zustehen (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, a. a. O., § 143, Rdnr. 1–3).

b) Die somit gesetzlich gebotene Anwendung der KostO ist hier weder aufgrund europarechtlicher noch aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen:

aa) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist eine Kostenerhebung nach der KostO im vorliegenden Fall schon deshalb nicht unvereinbar mit der Regelung gem. Art. 10 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 („Gesellschaftsteuerrichtlinie“), weil die Beurkundungshandlung von keinem der Verbotstatbestände des Art. 10 der Richtlinie erfasst wird. Insbesondere handelt es sich bei der BGB-Gesellschaft nach Teil II der Urkunde vom 16.4.1996 weder um eine Gesellschaft mit Erwerbszweck, noch war die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gesetzlich vorgeschrieben. Demgemäß ist die von den Kostenschuldnern zur Begründung ihrer weiteren Beschwerde mitgeteilte Auffassung, es sei „davon auszugehen, dass innerhalb des staatlich organisierten Notariats für Vorgänge, die *unter die Richtlinie fallen*, nur aufwandsbezogene Gebühren nach europäischem Recht zulässig sind“ ([...] Hervorhebung nicht im Original), zwar richtig aber nicht weiterführend, weil der hier zu beurteilende Vorgang eben nicht unter die Richtlinie fällt.

bb) Entgegen der vom Amtsgericht in seinem Beschluss vom 14.1.2002 vertretenen Auffassung ist § 140 KostO durch die Rechtsprechung des EuGH nicht „außer Kraft gesetzt“ worden mit der Folge, dass „jetzt völlig andere Kostenberechnungsgrundsätze als bisher“ gelten (Amtsgericht Freiburg, a. a. O.). Insbesondere hat der EuGH die genannte Vorschrift weder durch seinen Beschluss vom 21.3.2002 – Gründerzentrum – (ZIP 2002, S. 663 ff.) noch – und erst recht nicht – durch das sich mit portugiesischen Gebühren befassende Urteil vom 29.9.1999 – Modelo –, auf das sich das Amtsgericht ebenfalls stützt, unwirksam werden lassen. Hierzu hätte der EuGH auch gar nicht die Kompetenz gehabt. Ausschließliche Aufgabe des EuGH ist es gemäß Art. 220 EGV nämlich, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EGV zu sichern, was bedeutet, dass er die einheitliche Anwendung des *Gemeinschaftsrechts* in der EU zu garantieren hat. Dem entspricht es, dass das Gericht im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV – was in dessen Satz 1 auch unmissverständlich zum Ausdruck kommt – lediglich solche Auslegungsfragen zu entscheiden hat, die das primäre und das sekundäre *Gemeinschaftsrecht* betreffen (hierzu *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2002, Art. 234 Rdnr. 6); *nicht* dagegen ist der EuGH zur Auslegung oder Anwendung *nationalen* Rechts befugt (*Geiger*, a. a. O., Art 234 Rdnr. 5), und erst recht nicht kann er nationales Recht außer Kraft setzen.

Dementsprechend gehen sowohl der Tenor als auch die Gründe der beiden vom Amtsgericht zum Beleg für seine Auffassung herangezogenen EuGH-Entscheidungen jeweils nicht etwa auf eine Außerkraftsetzung von § 140 KostO – und sei es auch nur für das badische Rechtsgebiet –, sondern dahin, dass „die Gebühren für die notariellen Beurkundungen eines unter die Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts ... in einem Rechtssystem, in dem der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufließt“ (Urteil vom 29.9.1999 – Modelo –, Tz. 23) bzw. „in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet“ (Beschluss vom 21.3.2002 – Gründerzentrum –, Tz. 34) „als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335/EWG anzusehen“ sind (Hervorhebung nicht im Ori-

ginal). Damit hat der EuGH – seinen Kompetenzen entsprechend – den Begriff „Steuer im Sinne der Gesellschaftsteuer-richtlinie“ ausgelegt und auf der Grundlage dieser Auslegung sodann gefolgert, dass die Erhebung derartiger Gebühren für die Beurkundung unter die Richtlinie fallender Rechtsgeschäfte verboten ist (vgl. *Modelo*, Tz. 28, und *Gründerzentrum*, Tz. 34). Dass die Erhebung solcher Gebühren auch für die Beurkundung nicht unter die Richtlinie fallender Rechtsgeschäfte unzulässig sei, ist damit auch nicht andeutungsweise gesagt.

cc) Aus den obigen Ausführungen zu bb) folgt zugleich, dass die genannte EuGH-Rechtsprechung auch nicht mittelbar zur Unanwendbarkeit der KostO für Beurkundungen der hier in Rede stehenden Art führt. Bei den für die Beurkundungen badischer Amtsnotare zu erhebenden Abgaben nach der KostO handelt es sich um auf gesetzlicher Grundlage beruhende Gebühren und nicht etwa – wovon die Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 offenbar ausgehen – um Steuern ohne hinreichende Rechtsgrundlage.

Zur Begründung ihrer weiteren Beschwerde haben die Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 zwar die Auffassung vertreten, ausgehend vom „Gleichlauf der deutschen mit der europäischen Rechtsordnung“ gebe es „keinen Grund, nur die Abgaben als Steuern zu qualifizieren, die der Richtlinie 69/335/EWG unterfallen, während anderen Abgaben, die aufgrund sonstiger notarieller Dienstleistungen dem Staat geschuldet werden, dieser Charakter abgesprochen werden soll“ (...). Dies ist indessen schon im Ansatz verfehlt. Der durch Auslegung einer EU-Richtlinie ermittelte Inhalt eines in dieser Richtlinie verwendeten Rechtsbegriffs besagt nämlich nichts darüber, welchen Sinn ein – in der entsprechenden Übersetzung – gleich lautender Begriff im nationalen Recht hat. Mit anderen Worten und auf den Fall bezogen: Was unter den in der deutschen Fassung der europäischen Gesellschaftsteuerrichtlinie als „Steuer“ bezeichneten Begriff zu subsumieren ist, ist nicht notwendigerweise auch „Steuer“ nach deutschem Recht (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AO). Denn entgegen der Prämisse der Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 sind die gemeinschaftsrechtlichen Wortbedeutungen nicht mit denen in den einzelnen Mitgliedsstaaten identisch. Dies ist die zwingende Folge dessen, dass Rechtsinstitute der – mehreren verschiedenen Rechtskreisen zugehörigen – nationalen Rechtsordnungen schon wegen der unterschiedlichen Strukturen der verschiedenen Gemeinschaftssprachen häufig voneinander abweichen. Deshalb können sie mit den in den verschiedenen Amtssprachen der EG zur Verfügung stehenden Rechtsbegriffen auch nicht exakt erfasst werden. Demgemäß bedient sich der EuGH zur Auslegung europarechtlicher Rechtsbegriffe notwendigerweise vor allem der teleologischen Auslegungsmethode, die – ausgehend vom Wortlaut in seiner gewöhnlichen (also nicht einer in den verschiedenen Amtssprachen oft unterschiedlichen rechtstechnischen) Bedeutung – für die Sintermittlung *an den Zweck der auszulegenden Norm* anknüpft (ähnlich *Geiger*, a. a. O., Art. 220 EGV Rdnr. 11; vgl. auch *Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1982, 1177 ff., 1180). Gemeinschaftsrechtliche Wortbedeutungen sind daher zwar vor dem Hintergrund der ihnen zugrunde liegenden mitgliedstaatlichen Vorstellungsbilder zu sehen, müssen aber zur Wahrung eines einheitlichen EG-Rechts zu einem gemeinsamen „EG-Wortsinn“ verschmolzen werden (*Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 579 I), der dann aber für die Auslegung nationalen Rechts nichts hergibt (eingehend *Groux*, Festschrift für Pescatore, 1987, 275 ff.).

Danach hat die Rechtsprechung des EuGH zur Gesellschaftsteuerrichtlinie nichts daran geändert, dass es sich nach

dem für nicht unter die Richtlinie fallende Sachverhalte maßgeblichen deutschen Rechtsverständnis bei den für die Beurkundungen durch badische Notare zu erhebenden Abgaben nicht um Steuern, sondern – als Gegenleistungen für die besondere Inanspruchnahme bestimmter Amtshandlungen – um Gebühren handelt (zum Gebührenbegriff nach deutschem Recht vgl. zuletzt BVerfG, DÖV 2003, 549 ff. unter Abschnitt C 11. a der Gründe).

dd) Entgegen der Auffassung der Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 führt auch Art. 3 GG nicht dazu, dass aufgrund der genannten EuGH-Rechtsprechung nunmehr „alle Gebühren im staatlichen Notariat ausschließlich nach konkretem Aufwand, nämlich dem Kostendeckungsprinzip, zu erheben sind“ (...). Der Gleichheitsgrundsatz gebietet – im Gegenteil –, dass die bundeseinheitliche KostO grundsätzlich, soweit also höherrangiges Recht nichts anderes vorsieht, auch im badischen Rechtsgebiet angewendet wird.

Der Gleichheitsgrundsatz besagt, dass wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Ungleichbehandlung ist demnach nur dann zulässig, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht (vgl. etwa die Nachweise bei *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 3 Rdnr. 4 f.). Es ist zwar richtig, dass im badischen Rechtsgebiet solche Protokollierungen, die unter die Gesellschaftsteuerrichtlinie fallen und daher nach konkretem Aufwand zu entgelten sind, gegenüber von der Richtlinie nicht erfassten und daher nach der KostO abzurechnenden Vorgängen gebührenmäßig privilegiert sind. Diese Ungleichheit stellt aber deshalb keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar, weil sie sich aus dem spezifischen Zweck der Gesellschaftsteuerrichtlinie (hierzu Urteil des EuGH vom 29.9.1999 – *Modelo* –, Tz. 23) ergibt. Sie zum Anlass zu nehmen, die KostO im früheren Land Baden und im früheren Land Württemberg – in Württemberg aber wiederum nur bezüglich der Bezirks-, nicht auch hinsichtlich der in diesem Landesteil ebenfalls tätigen Nur- und Anwaltsnotare – nicht mehr anzuwenden, hieße, im Gegenteil, den Gleichheitssatz auf den Kopf zu stellen (vgl. hierzu, bezogen auf das Land Baden-Württemberg, den zutreffenden Hinweis von *Poetzl*, Das Badische Notariat, Festschrift 200 Jahre Badisches Oberhofgericht – Oberlandesgericht Karlsruhe, 2003, S. 185 ff., 198 [Fn. 47], auf die Verhältnisse in der Stadt Villingen-Schwenningen mit dem ehemals badischen Stadtbezirk Villingen und dem ehemals württembergischen Stadtbezirk Schwenningen). Denn für die dann bestehende eklatante Ungleichheit innerhalb Deutschlands stellte der Umstand, dass die Notare im früheren Baden aus historischen Gründen (hierzu *Poetzl*, a. a. O.), mit Billigung des Grundgesetzgebers (vgl. Art. 138 GG) und ohne dass darin seinerseits ein Verstoß gegen Art. 3 GG läge (hierzu *Maunz* in *Maunz/Dürig*, GG, Stand 2003, Art. 138 Anm. 13 m. w. N.), Beamte sind, keinen sachlichen Grund dar. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG erschiene in diesem Zusammenhang allenfalls die Frage als diskussionswürdig, ob es einen sachlichen Grund dafür gibt, von der Gesellschaftsteuerrichtlinie erfasste Vorgänge außerhalb Badens weiterhin nicht nach Aufwand, sondern nach der KostO abzurechnen. Diese vom Bundesgesetzgeber zu entscheidende Frage spielt aber für die Frage der Anwendbarkeit der KostO auf nicht von der Richtlinie erfasste Beurkundungen keine Rolle. Soweit der Kostenschuldner Nr. 5 in seinem – im Briefkopf auch die Kostenschuldner Nr. 1 bis 4 führenden – Schriftsatz vom 24.5.2003 auf einen Entwurf des Bundesjustizministeriums für eine Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister-sachen hinweist, in dem sich das Ministerium unter Hinweis auf Art. 3 GG auch für die nicht der Gesellschaftsteuerrichtlinie unterstehenden Gebühren „vom Wertgebührensysteem

verabschiedet“, ist dem entgegenzuhalten, dass der vom Kostenschuldner Nr. 5 genannte ministerielle Gesetzentwurf nicht die KostO betrifft und Gesetzeswürfe zudem noch kein geltendes Recht sind.

ee) Schließlich führt auch die Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2003, 2 BvL 9 bis 12/98 (DÖV 2003, S. 549 ff.), nicht zur Unanwendbarkeit der KostO im vorliegenden Fall.

Der im BGBI I 2003, 530 veröffentlichte Tenor mit Gesetzeskraft besagt, dass § 120 a Abs. 1 Satz 1 des bad.-württ. Universitätsgesetzes mit Art. 70 Abs. 1 i. V. m. Art. 105, 106 GG unvereinbar und nichtig ist, soweit danach eine Gebühr von 100 DM für die Bearbeitung jeder Rückmeldung zu entrichten ist.

Der vom Beteiligten Nr. 5 mit Schreiben vom 24.5.2003 (...) vertretenen Auffassung, aus der genannten Entscheidung des BVerfG ergebe sich, dass „die Notariatsgebühren im staatlich organisierten Notariat den Bestimmungen der Art. 70 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 105, 106 GG“ widersprechen, da die Gebühren den Aufwand überschritten, vermag der Senat nicht zu folgen. Eine vom BVerfG für § 120 a des bad.-württ. Universitätsgesetzes angenommene und deshalb zur Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschrift führende Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz des Landes (BVerfG, a. a. O., Abschnitt C – vor I – der Gründe) liegt bei der KostO schon deshalb nicht vor, weil es sich dabei nicht um ein Landes-, sondern um ein Bundesgesetz handelt, das anzuwenden das Land verpflichtet ist. Dass das Land – wie der Kostenschuldner Nr. 5 vorträgt – aus der Beurkundungstätigkeit seiner Amtsnotare den Aufwand übersteigende Gebühreneinnahmen erzielt, ist Reflex dessen, dass bei einem – grundgesetzlich gebilligten (Art. 138 GG) und damit der verfassungsmäßigen Ordnung entsprechenden – Nebeneinander freier und staatlicher Notariate mit einheitlicher Gebührenordnung bei der Gebührenbemessung auch die betriebswirtschaftlichen Belange der Nur- und Anwaltsnotare zu berücksichtigen sind, und deshalb sowie wegen des sich aus Art. 3 GG ergebenden Grundsatzes der Gebührengleichheit hinzunehmen.

23. KostO §§ 7, 14, 18, 21; WEG § 8 (*Gebührenbemessungsgrundlage für die Anlegung von Teileigentumsgrundbüchern*)

Die Gebühr für die Anlegung von Teileigentumsgrundbüchern im Fall des § 8 WEG bemisst sich auch dann nach dem (geschätzten) Wert des Grundstückes im bebauten Zustand, wenn im Zeitpunkt des Kostenansatzes feststeht, dass die beabsichtigte Bebauung unterbleibt.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.12.2003, 3 W 257/03; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Mit Notarurkunde vom 5.11.2001 teilte der Beteiligte zu 1) sein dort näher beschriebenes Grundstückseigentum nach § 8 WEG. Die Teilungserklärung wurde am 18.2.2002 im Grundbuch vollzogen. Die von dem Beteiligten zu 1) geplante Wohnanlage war zu diesem Zeitpunkt noch nicht errichtet. Mit Kostenrechnung vom 7.11.2002 forderte die Landesjustizkasse von dem Beteiligten zu 1) für den Vollzug der Teilungserklärung Gebühren in Höhe von 898,50 €; dabei wurde ein Verkehrswert der geplanten Wohnanlage nach Beendigung der Baumaßnahme in Höhe von 4,5 Mio. DM zugrunde gelegt.

Die von dem Beteiligten zu 1) dagegen eingelegte Erinnerung und Erstbeschwerde sind beim Amtsgericht und Landgericht ohne Erfolg geblieben. Mit seiner – zugelassenen – weiteren Beschwerde macht der Beteiligte zu 1) geltend, dass im Streitfall die Gebühr nur nach dem Wert des unbebauten Grundbesitzes zu bemessen sei, weil be-

reits im Zeitpunkt des Kostenansatzes festgestanden habe, dass die ursprünglich beabsichtigte Bebauung endgültig unterbleiben werde.

Aus den Gründen:

(...)

II.

(...)

In der Sache hat die weitere Beschwerde keinen Erfolg. Denn die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO i. V. m. § 546 ZPO).

Vielmehr sind die Ausführungen der Zivilkammer zu den rechtlichen Grundsätzen für die Gebührenberechnung beim grundbuchrechtlichen Vollzug einer Teilungserklärung in jeder Hinsicht zutreffend. Es ist allgemeine Rechtsauffassung, dass auch bei der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG (Teilung durch den Alleinberechtigten) vom Grundstückswert im bebauten Zustand nach der völligen Fertigstellung auszugehen ist (BayObLG, Rpfleger 1997, 42 = MDR 1996, 1075 = NJW-RR 1997, 1224; OLG Karlsruhe, JurBüro 1998, 364; *Hartmann*, Kostengesetze, 33. Aufl., § 21 KostO Rdnr. 14; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 21 Rdnr. 12; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 21 Rdnr. 13).

Da im Übrigen maßgebend der Wert ist, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat (§ 18 Abs. 1 KostO), hier also gemäß § 7 KostO im Zeitpunkt der Eintragung ins Grundbuch am 18.2.2002 (vgl. *Rohs/Wedewer*, a. a. O.), verbietet es der unverändert bleibende Gegenstandswert des Geschäfts auch dann, auf den Wert des unbebauten Grundstücks zurückzugehen, wenn später die ursprünglich beabsichtigte Bebauung unterbleibt (so zutreffend *Lappe*, Anmerkung zu LG Bremen, Kostenrechtsprechung § 21 KostO Nr. 24).

Steuerrecht

24. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 5 und 7 (*Rechtsträgerwechsel bei Übernahme eines Grundstückskaufvertrages*)

Tritt ein Dritter durch eine Vertragsübernahme als neuer Käufer in einen noch nicht vollzogenen Grundstückskaufvertrag ein, verwirklicht sich ein Erwerbsvorgang gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 bzw. Nr. 7 GrEStG. Dieser schließt bezüglich des nämlichen Grundstücks einen Rechtsträgerwechsel vom Verkäufer auf den neuen Käufer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus (Aufgabe der Rechtsprechung im Urteil des BFH vom 26.9.1990, II R 107/87, BFH/NV 1991, 482).

BFH, Urteil vom 22.1.2003, II R 32/01

Am 3.7.1992 schloss die X-KG (KG), vertreten durch die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) als Komplementärin, mit einer Erbengemeinschaft sowie der Gemeinde Y einen notariell beurkundeten „Kauf- und Übertragungsvertrag betreffend Grundstückseigentum und Restitutionsansprüche“ hinsichtlich mehrerer in Y belegener Grundstücke, die dem Erblasser gehört hatten, diesem aber zugunsten einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft entzogen worden waren. Hinsichtlich dieser Grundstücke hatten die Erben Restitutionsansprüche geltend gemacht; zugleich hatte die Gemeinde Y beantragt, die Grundstücke nach dem Vermögenszuordnungsgesetz ihr zu übertragen. Gemäß § 1 Nr. 1 und 2 des Vertrages verkauften die Erben an die KG die Grundstücke und die Restitutionsansprüche. Der Verkauf erfolgte unter der auflösenden Bedingung eines negativen Ausgangs des Restitutionsverfahrens. Der vereinbarte Kaufpreis von „vorläu-

Rechtsstellung einer Vertragspartei durch Übertragung des ganzen Schuldverhältnisses. Es handelt sich um ein einheitliches dreiseitiges Rechtsgeschäft, das sich nicht in Forderungsabtretungen und Schuldübernahmen zergliedern lässt (Urteile des BGH vom 8.11.1965, II ZR 223/65, BGHZ 44, 229, 231, sowie vom 27.11.1985, VIII ZR 316/84, BGHZ 96, 302, 307; MünchKomm/Roth, BGB, Bd. II, 3. Aufl. 1994, § 398 Anm. 4, sowie Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Teilband 2, 7. Aufl. 1993, S. 305) und auf das die §§ 398 ff., 414 ff. BGB nur entsprechend anwendbar sind (Fikentscher, Schuldrecht, 8. Aufl. 1992, Rdnr. 618; Fabrizio, JZ 1967, 144, 147). Auch bei diesem Verständnis der Vertragsübernahme ist der nach wie vor gegen den ursprünglichen Verkäufer gerichtete Übereignungsanspruch in der Person des Dritten nicht originär entstanden, sondern derivativ erworben. Der derivative Erwerb solcher Ansprüche aber, die auf eine Übereignung von Grundstücken gerichtet sind, unterfällt der Nr. 5 bzw. der Nr. 7 des § 1 Abs. 1 GrEStG.

2. Im Streitfall hat die Vereinbarung vom 24.11.1992 zu einer Vertragsübernahme durch die Klägerin geführt. Die weiteren Änderungen des ursprünglichen Grundstücksgeschäftes, die am 10.3.1994 vereinbart worden sind, haben bei der Frage, ob eine Vertragsübernahme oder der Neuabschluss eines Grundstücksgeschäftes vorliegt, außer Betracht zu bleiben, weil sie erst nach dem bereits erfolgten Wechsel der Käuferseite vorgenommen worden sind. Die solchermaßen gebotene isolierte Betrachtung der Vereinbarung vom 24.11.1992 ergibt, dass sie über den Käuferwechsel hinaus nur Änderungen enthält, die so unbedeutend sind, dass sie einer Vertragsübernahme nicht entgegenstehen. Soweit die Grundstücke Gegenstand des Kaufvertrages vom 3.7.1992 waren, hat dieser Gegenstand ebenso wenig eine Änderung erfahren wie der Kaufpreis. Die dem Käufer in Abschn. II. 5. der Vereinbarung vom 24.11.1992 auferlegten Nebenpflichten oblagen dem Käufer bereits nach dem ursprünglichen Vertrag vom 3.7.1992 als Erwerber der Restitutionsansprüche. Dieser Erwerb ist im Übrigen durch die Vereinbarung vom 24.11.1992 nicht ersatzlos aufgehoben, sondern gemäß Abschn. II. 6. c bb lediglich durch ein bis Ende 1996 befristetes Angebot auf Abtretung der Restitutionsansprüche ersetzt worden. Da das FG stattdessen einen Neuabschluss des Grundstücksgeschäftes mit den Erben angenommen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Gottwald/Steer*, MittBayNot 2004, 166 (in diesem Heft).

25. EStG §§ 10 e Abs. 1 Satz 8, 23 Abs. 1; EStDV § 9 a (*Anschaffungszeitpunkt eines Grundstücks*)

Ein Grundstück ist mit der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums i. S. von § 10 e Abs. 1 EStG angeschafft. Das ist der Zeitpunkt, zu dem nach der Vereinbarung im notariellen Kaufvertrag Eigenbesitz, Gefahr, Lasten und Nutzen auf den Erwerber übergehen.

BFH, Urteil vom 4.6.2003, X R 49/01

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind seit dem 10.12.1993 verheiratet. Sie werden für die Streitjahre 1994 und 1995 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Mit notariellem Kaufvertrag vom 16.11.1993 erwarb der Kläger von der Klägerin das mit einem Zweifamilienhaus bebaute Grundstück G in N zum Preis von 330.000 DM.

Nach dem Vertrag sollten Besitz, Gefahr, Lasten und Nutzen „mit Zahlung des gesamten Kaufpreises“ auf den Kläger übergehen. Der Kläger zahlte den Restkaufpreis in Höhe von 191.510,33 DM am 21.1.1994.

In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre 1994 und 1995 machte der Kläger für das Objekt erfolglos den Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG (1994: 27.172 DM; 1995: 13.586 DM) geltend. Das beklagte Finanzamt vertrat die Auffassung, dass § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG der Steuerbegünstigung entgegenstehe.

Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab (EFG 2002, 16). Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Rechts.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Kläger ist als unbegründet zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung für den Erwerb des Objekts durch den Kläger § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG entgegenstand.

1. Nach § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG ist die Steuerbegünstigung ausgeschlossen, wenn der Steuerpflichtige die Wohnung von seinem Ehegatten anschafft und bei den Ehegatten die Voraussetzungen für eine Zusammenveranlagung (§ 26 Abs. 1 EStG) vorliegen. Maßgeblich ist der Anschaffungszeitpunkt. Die spätere Heirat von Veräußerer und Erwerber ist deshalb ebenso wenig von Bedeutung wie eine spätere Scheidung oder der spätere Eintritt oder Wegfall der Voraussetzungen für die Zusammenveranlagung (Senatsentscheidung vom 22.4.1998, X R 163/94, BFH/NV 1999, 24).

a) Der Begriff „Anschaffung“, der aus dem Handelsrecht in das Einkommensteuerrecht übernommen worden ist (BFH, Urteil vom 28.4.1977, IV R 163/75, BFHE 122, 121, BStBl II 1977, 553), wird im EStG nicht ausdrücklich definiert (*Stobbe* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 6 EStG Anm. 272). Allerdings setzt § 9 a der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (EStDV) den Begriff der Lieferung jenem der Anschaffung gleich (BFH, Urteil vom 2.9.1988, III R 53/84, BFHE 154, 413, BStBl II 1988, 1009). Lieferung bedeutet wie im Umsatzsteuerrecht (vgl. § 3 Abs. 1 UStG) Verschaffen der Verfügungsmacht. Es kommt somit auf den Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an (ständige Rechtsprechung, z. B. BFH, Urteile vom 7.11.1991, IV R 43/90, BFHE 166, 239, BStBl II 1992, 398, und vom 12.4.2000, X R 69/98, BFH/NV 2000, 1331, jeweils m. w. N.). Weder der Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages noch die Auflassung (§§ 873, 925 BGB) führen als solche zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Maßgebend ist allein, wann der Erwerber vereinbarungsgemäß wirtschaftlich über das Wirtschaftsgut verfügen kann. Das ist bei der Übertragung eines Grundstücks in der Regel der Fall, wenn Eigenbesitz, Gefahr, Lasten und Nutzen auf diesen übergehen (z. B. Urteile in BFHE 166, 239, BStBl II 1992, 398, und in BFH/NV 2000, 1331; vom 18.7.2001, X R 39/97, BFHE 196, 139, BStBl II 2002, 284). Denn maßgebend für eine Zurechnung aufgrund wirtschaftlichen Eigentums ist vor allem, dass Substanz und Ertrag des Grundstücks wirtschaftlich dem Nutzungsberechtigten zustehen. Solange Nutzen, Lasten und die Gefahr des zufälligen Untergangs noch nicht auf den Erwerber übergegangen sind, sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt (Senatsentscheidung vom 27.9.2001, X R 67/00, BFH/NV 2002, 327).

Diese Grundsätze kommen auch im Rahmen des § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG zur Anwendung (vgl. Senatsentscheidung

in BFH/NV 1999, 24). Allein der Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags führt nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums.

Besonderheiten hinsichtlich des Zeitpunkts der Anschaffung gelten nach ständiger Rechtsprechung lediglich im Bereich des § 23 Abs. 1 EStG. Für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung sind dort grundsätzlich allein die Zeitpunkte des Abschlusses der obligatorischen Verträge maßgebend (vgl. Senatsentscheidung vom 17.12.1997, X R 88/95, BFHE 185, 40, BStBl II 1998, 343, m. w. N.). Diese Rechtsprechung trägt dem Grundgedanken Rechnung, der der Besteuerung des Spekulationsgeschäfts zugrunde liegt, dass nämlich der Steuerpflichtige sich Werterhöhungen von Wirtschaftsgütern innerhalb einer bestimmten Frist wirtschaftlich zugeführt hat. Das ist aber bereits mit dem Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts geschehen (BFH, Urteil vom 26.8.1975, VIII R 61/72, BFHE 116, 553, BStBl II 1976, 64).

b) Nach dem notariellen Kaufvertrag vom 16.11.1993 gingen Besitz, Nutzen, Gefahr und Lasten mit dem Tag der Zahlung des gesamten Kaufpreises auf den Kläger über. Da dieser den Kaufpreis erst im Januar 1994 vollständig bezahlte,

wurde er auch erst in diesem Zeitpunkt wirtschaftlicher Eigentümer des Grundstücks. Zu diesem Zeitpunkt waren die Kläger bereits verheiratet.

Vom Regelfall abweichende Umstände, die eine Zurechnung des Grundstücks zum Kläger vor dem genannten Zeitpunkt rechtfertigen, liegen im Streitfall nicht vor. Für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums reicht es nicht aus, dass der Kläger durch Zahlung des Restkaufpreises vor dem Tag der Eheschließung den Übergang von Besitz, Gefahr, Lasten und Nutzen ohne Zutun der Verkäuferin herbeiführen konnte (Senatsentscheidung in BFH/NV 2002, 327). Nach den zutreffenden Ausführungen des FG genügt das bereits für die Zeit vor der Eheschließung behauptete Einverständnis zwischen den Klägern, dass Besitz, Nutzen und Lasten auf den Kläger übergehen sollten, für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums nicht (Senatsentscheidung in BFHE 196, 139, BStBl II 2002, 284).

2. Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 10 e Abs. 1 Satz 8 EStG hat der Senat keine Bedenken, wie sich aus seinem Urteil vom 13.2.2003, X R 6/99 (BFH/NV 2003, 770) ergibt. Zur Begründung im Einzelnen wird auf diese Entscheidung verwiesen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Außergewöhnliche Instandhaltungen als dauernde Last im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG; BFH-Urteil vom 28.2.2002 (BStBl 2003 II, 644)

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 21.7.2003, IV C 4 – S 2211 – 81/03 (BStBl I, 405)

Nach dem BFH-Urteil vom 28.2.2002 (BStBl 2003 II, 644) darf im Rahmen eines (landwirtschaftlichen) Wirtschaftsüberlassungsvertrages der Nutzungsberechtigte Modernisierungsaufwendungen für die vom Hofeigentümer beibehaltene Wohnung als dauernde Last abziehen, sofern er sich dazu im Überlassungsvertrag verpflichtet hat.

Voraussetzung ist neben der zivilrechtlich wirksamen Vereinbarung im Vermögensübergabevertrag, dass die geschuldeten Leistungen den Charakter von Versorgungsleistungen haben.

Dies ist nach der Entscheidung des BFH vom 25.8.1999 (BStBl 2000 II, 21) nur gegeben, wenn die Aufwendungen der Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustandes der Wohnung dienen. Unschädlich ist, wenn eine zur Erhaltung erforderliche Maßnahme gleichzeitig eine zeitgemäße Modernisierung bewirkt.

Außergewöhnliche Instandhaltungsaufwendungen, die über die Erhaltung des im Zeitpunkt der Übergabe vertragsgemäßen Zustandes hinausgehen, sind keine Leistungen zur Versorgung des Vermögensübergebers und dürfen daher nicht als dauernde Last abgezogen werden. Diese Leistungen werden im überwiegenden Interesse des Vermögensübernehmers an der Werterhaltung und Werterhöhung seines Eigentums erbracht.

Dieses Schreiben wird im Bundessteuerblatt Teil I veröffentlicht.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Prof. Dr. Peter Gantzer, München, wurde am 18.12.2003 das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen.

Mit Wirkung vom 1.1.2004:

Notar Norbert Dolp, Alzenau, wurde als stellvertretendes Mitglied in den Prüfungsausschuss für die Erste Juristische Staatsprüfung berufen.

Notar a. D. Hans-Ulrich Sorge, München, Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern, wurde für den Verband Freier Berufe in Bayern e. V. zum Mitglied der Datenschutzkommission des Bayerischen Landtags ernannt.

2. Vorstand der Landesnotarkammer Bayern:

Notar Dr. Hans-Dieter Kutter, Schweinfurt, wurde mit Wirkung vom 13.2.2004 zum weiteren Vizepräsidenten (§ 3 Abs. 1 Satz 2 der Satzung) der Landesnotarkammer ernannt.

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2004:

Notar Dr. Heinz Keilbach, Passau

Mit Wirkung vom 1.8.2004:

Notarin Imogen Gemke, Miltenberg

Notar Horst Thumerer, Schwabmünchen

Mit Wirkung vom 1.9.2004:

Notar Dr. Erich Waibel, Augsburg

Notar Dr. Helmut Wirner, München

Mit Wirkung vom 31.12.2004:

Notar Hans-Joachim Blail, Traunstein

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.3.2004:

Landau i. d. Pfalz (in Sozietät mit Notar Helmut Baumann)	dem Notar Wolfgang Sties (bisher in Annweiler a.Tr.)
---	--

Werneck	dem Notarassessor Paul Michelfeit (bisher in Augsburg, Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhard)
---------	--

Mit Wirkung vom 15.3.2004:

Bad Berneck i. F.	dem Notarassessor Daniel Siebenhaar (bisher in Augsburg, Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/ Dr. Bernhard)
-------------------	--

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

München (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notar Wolf Weiß)	dem Notar Dr. Hansjörg Heller (bisher in Hengersberg)
--	---

Mit Wirkung vom 1.5.2004:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Karl-Heinz Steinbauer)	dem Notar Christoph Predel (bisher in Schwandorf)
---	---

Würzburg (in Sozietät mit Notar Jürgen Kirchner)	dem Notarassessor Thomas Baumann (bisher in Weilheim, Notarstelle Dr. Bracker)
--	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2004:

Linus Freunsch, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann)

Jan Heisel, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)

Johannes Hofer, Priem am Chiemsee (Notarstellen Dr. v. Daumiller/Dr. Rieger)

Dr. Thomas Schiffner, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Susanne Kappler, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel)

Julia Knape, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)

6. Neueinstellungen von Inspektoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2004:

Inspektor i. N. Björn Adam, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Inspektor i. N. Christian Albrecht, Marktobersdorf (Notarstelle Dr. Perret)

Inspektorin i. N. Sandra Altenhöfer, Eltmann (Notarstelle Dr. Weinberger)

Inspektor i. N. Christian Blaha, Burgau (Notarstelle Schmitt)

Inspektor i. N. Thomas Bös, Würzburg (Notarstellen Friederich/Dr. Limmer)

Inspektorin i. N. Daniela Cepek, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser)

Inspektorin i. N. Marina Deyerl, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Senftleben)

Inspektor i. N. Martin Eder, München (Notarstellen Dr. Reiß/Dr. Hepp)

Inspektorin i. N. Melanie Fink, Lauingen/Donau (Notarstelle Schmitt)

Inspektor i. N. Rainer Fischer, München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Inspektor i. N. Stefan Götz, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Inspektorin i. N. Alice Hahn, Altötting (Notarstellen Krick/Habel)

Inspektorin i. N. Ursula Hörmann, Pfaffenhofen a. d. Ilm (Notarstellen Dr. Bleutge/Saalfeld)

Inspektorin i. N. Tanja Immer, Oberviechtach (Notarstelle Schnabel)

Inspektor i. N. Heiko Köhler, Bad Kissingen (Notarstelle Makowka)

Inspektorin i. N. Katrin Kratzer, Schrobenhausen (Notarstelle Knab)

Inspektorin i. N. Susanne Lechner, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engelhardt)

Inspektorin i. N. Melanie Mäder, Stadtsteinach (Notariatsverwaltung Hösle)

Inspektorin i. N. Janine Neubauer, München (Notarstelle Dietrich)

Inspektor i. N. Joachim Pfaudler, Kempten (Notarstelle Dr. Reuter)

Inspektorin i. N. Monika Pongratz, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Inspektorin i. N. Claudia Scheuerer, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

Inspektorin i. N. Sandra Schmid, Passau (Notarstelle Bächer)

Inspektor i. N. Andreas Schneider, Cham (Notarstelle Engelhardt)

Inspektorin i. N. Tatjana Sommer, Wolfratshausen (Notarstelle Dr. Wübben)

Inspektor i. N. Roland Stück, Grünstadt (Notarstelle Dr. Philippsen)

Inspektor i. N. Jens Tölg, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer)

Inspektor i. N. Robert Trißl, Kemnath (Notarstelle Dr. Wörner)

Inspektorin i. N. Birgit Vötter, Dachau (Notarstellen Dr. Promberger/Zöbelein)

Inspektor i. N. Markus Wagner, München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf von Stosch)

7. Versetzungen und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Michael Eigner, Augsburg (Notarstellen Füger/Dr. Waibel), wurde mit Wirkung vom 16.10.2003 promoviert.

Notar Benedikt Selbherr, Hof, wurde mit Wirkung vom 19.1.2004 promoviert.

Notarassessorin Diana Burkhardt, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran), wurde mit Wirkung vom 16.2.2004 promoviert.

Notarassessor Hans-Dieter Miedaner, Mühldorf a. Inn (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier), ab 1.2.2004 in Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Notarassessor Dr. Robert Maurer, Türkheim (Notarstelle Elstner), ab 3.2.2004 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessorin Monika Endt, Sonthofen (Notarstellen Strobach/Dr. Obermaier), ab 23.2.2004 in Moosburg (Notarstelle Nachbar)

Notarassessorin Dr. Constanze Kübel, Uffenheim (Notarstelle Thiede), ab 16.3.2004 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Notarassessor Rüdiger Merkle, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), ab 1.4.2004 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)

Notarassessor Dr. Christian Auktor, Hilpoltstein (Notarstelle Dr. Dietel), ab 1.4.2004 in München (Notarstellen v. Heynitz/Rumpf)

Notarassessor Dr. Christoph Schmidt, Kaiserslautern (Notarstelle JR Dr. Wischermann), ab 1.5.2004 in Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

Oberinspektorin i. N. Petra Schwegel, Pirmasens (Notarstelle Dr. Veit), ab 1.3.2004 in Waldmohr (Notarstelle Bayer)

Inspektorin i. N. Sigrid Eisl, München (Notarstelle Dietrich), ab 1.4.2004 in München (Notarstelle Dr. Wolfsteiner)

Amtmann i. N. Gerhard Meier, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/Voran), ab 1.6.2004 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Dieter Lorenz, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner), ab 30.4.2004 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hermann Flohr, Cham (Notarstelle Engelhardt), ab 1.5.2004 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Rainer Janich, München (Notarstelle Zehetmeier), ab 30.6.2004 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarstellen Jochen Barth/Florian Brunner, Theatinerstraße 47, 80333 München, richtige Telefonnummer: 089 291935-20

Notarstellen Otto Buchmaier/Hannes Weishäupl, Stadtberg 7, 84453 Mühldorf a. Inn, richtige E-Mail-Adresse: notare@buchmaier-weishaeupl.de, www.buchmaier-weishaeupl.de

Notarstellen Helmut Baumann/Wolfgang Sties, Martin-Luther-Straße 36, 76829 Landau/Pfalz, Telefonnummer: 06341 91820, Fax: 06341 918222, E-Mail-Adresse: stiesnotar@t-online.de

Notarstelle Lothar Walter Lederer, Rosenheim, Telefonnummer: 08031 301130, Fax: 08031 301141, E-Mail-Adresse: notar@notar-lederer.de, www.notar-lederer.de

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

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, mittbaynot@notarkasse.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Intensivkurs Grundstückskaufvertrag
(Basty, Blank)
3.–7.5.2004 in Timmendorfer Strand
2. Aktuelle Notarkostenfragen
(Schmidt, Tiedtke)
8.5.2004 in Kiel
3. Praktikertagung: Das Anderkonto in der
notariellen Praxis
(Hertel)
8.5.2004 in Kassel
4. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis
(D. Mayer)
14.5.2004 in Dortmund
15.5.2004 in Berlin
5. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht
(Spiegelberger, Spindler)
20.–22.5.2004 in Fischbachau
6. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht
(Waldner)
4.6.2004 in Osnabrück
5.6.2004 in Essen
7. Deutsch-Österreichischer Rechtsvergleich
in der notariellen Praxis
(Lunzer, Spruzina, Wandel)
11.–12.6.2004 in Berlin
8. Ausgewählte Fragen des Erbrechts
(Kornexl)
18.6.2004 in Hannover
19.6.2004 in Bad Kreuznach

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Eröffnungsveranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

am Montag, dem 10.5.2004, 17 Uhr, Schellingstraße 3, Raum E 05

Im Dezember 2003 wurde durch Abschluss eines Vertrages zwischen der Ludwig-Maximilians-Universität München, der Landesnotarkammer Bayern und der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. eine Forschungsstelle für Notarrecht an der Universität München eingerichtet. Nach dem Vorbild der Schwesterinstitute an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg und an der Humboldt-Universität zu Berlin dient sie der Erforschung notarrechtlicher Themen und der Abhaltung entsprechender Lehrveranstaltungen. Außerdem sollen wissenschaftliche Tagungen abgehalten und Forschungsvorhaben gefördert werden. Stets soll dabei die Erfahrung der Notare aus der Praxis genutzt und in geeigneter Form eingebracht werden.

Am 10.5.2004 um 17.00 Uhr findet in den Räumen der Ludwig-Maximilians-Universität (Schellingstraße 3, HS E 05)

die feierliche Eröffnungsveranstaltung statt, die den Auftakt zu einer von Notaren bestrittenen abendlichen Ringvorlesung über „Immobilien in Europa“ macht.

Die Eröffnungsveranstaltung beginnt mit Grußworten der Staatsministerin der Justiz, Dr. *Beate Merk*, des Dekans der juristischen Fakultät, Prof. Dr. *Moris Lehner*, und des Präsidenten der Landesnotarkammer Bayern, Dr. *Ulrich Bracker*. Anschließend hält Notar Prof. Dr. *Peter Paul Gantzer* den Festvortrag zum Thema Immobilienerwerb im Ausland.

Die Veranstaltungen stehen jedem Interessierten offen. Insbesondere die bayerischen Notarinnen und Notare sowie Notar-assessorinnen und Notarassessoren sind herzlich eingeladen.

Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

Viertes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

am Freitag, 25. Juni 2004, im Gartenpavillon des Juliusspitals, 97070 Würzburg, Klinikstraße 1

Themen:

1. **Entwicklungen im GmbH-Recht**
Prof. Dr. Hans-Joachim Priester (Hamburg), Notar
2. **Die Centros-, Überseering- und Inspire Art-Entscheidungen und die notarielle Praxis**
Prof. Dr. Wulf Henrich Döser (Frankfurt), Rechtsanwalt und Notar a. D.
3. **Folgen aus der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft für die notarielle Praxis**
Dr. Eckhard Wälzholz (Füssen), Notar
4. **Das Schicksal des Sonderbetriebsvermögens beim Tod eines Mitunternehmers**
Prof. Dr. Klaus Tiedtke (Universität Würzburg)
5. **Die Europäische Aktiengesellschaft – Einführung und Überblick**
Prof. Dr. Günter Christian Schwarz (Universität Würzburg)
6. **Praktische Fragen zur Europäischen Aktiengesellschaft**
Dr. Heribert Heckschen (Dresden), Notar

Im Anschluss an die Vorträge ist jeweils eine Diskussion vorgesehen. Zudem besteht beim gemeinsamen Mittagessen die Möglichkeit zum Gedankenaustausch.

Tagungsleitung: Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Vorsitzender des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, und Prof. Dr. Günter Christian Schwarz, Vorstand des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

Organisatorische Hinweise: Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. Sämtliche Teilnehmer erhalten nach Abhaltung des Symposiums einen Tagungsband per Postversand.

Teilnahmegebühr (inklusive Verköstigung und Tagungsband):
110 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.,
160 € für Nichtmitglieder,
50 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung,
frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind.
Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. mit Verwendungszweck „Symposium Juni 2004“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, überwiesen.

Anmeldungen und Information:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931 355760, Fax 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de

Neuerscheinungen 3/2004

1. Assenmacher/Mathias: Kostenordnung. 15. Aufl., Luchterhand, 2003. 1 283 S., 149 €
2. Dauner-Lieb/Heidel/Ring: Anwaltkommentar BGB, Band 3: Sachenrecht. Dt. Anwaltverlag, 2004. 1 697 S., 148 €
3. Deutsche Gesellschaft für Erbrechtswissenschaften e.V. (Hrsg.): Deutscher Erbrechtswissenschaftlerkommentar. Heymanns, 2003. 1 559 S., 148 €
4. Duderstadt: Die nichteheliche Lebensgemeinschaft. 2. Aufl., Luchterhand, 2004. 157 S., 29,90 €
5. Grziwotz: Rechtsfragen zu Ehe und Lebenspartnerschaft. 3., vollst. überarb. Aufl., dtv, 2004. 159 S., 8 €
6. Hausner: Dienstbarkeiten bei Zerstörung von Bausubstanz. Shaker, 2003. 178 S., 48,80 €
7. Koblenzer: Familienunternehmen vor dem Generationswechsel. NWB, 2004. 219 S., 29 €
8. Kroll: Das dingliche Wohnungsrecht im Verhältnis zum Mietrecht. O. Schmidt, 2004. 147 S., 38,80 €
9. Meikel: Grundbuchrecht. 9. Aufl., Luchterhand, 2004. 4 126 S. in 3 Bänden, 748 €
10. Schütz/Bürgers/Riotte: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Beck, 2003. 847 S., 89 €
11. Ulmer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. Beck, 2003. 704 S., 86 €
12. Viefhues: Familienrecht. NWB, 2004. 300 S., 24 €
13. Zimmermann: Erbschein und Erbscheinsverfahren. E. Schmidt, 2004. 440 S., 58 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F