

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2008 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar in Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Bayerisches Landesamt für Steuern:
Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung von Kaufpreisanteilen für Photovoltaik- und Solaranlagen

Aufsätze

Salzig: Der Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis – Teil 1 341

Braun: Form, Inhalt und Verfahren beim Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB 351

Everts: Persönliche Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfung „gegenüber dem jeweiligen Grundschuldgläubiger“ 356

Beer/Zugmaier: BFH lockert Kriterien für die Geschäftsveräußerung im Ganzen 359

Tagungsbericht

Müller-Teckhof: Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts 361

Rechtsprechung

Kein Schadensersatz bei verzögerter Mitteilung des Vorkaufsfalls (OLG Celle, Urteil vom 1.11.2007, 2 U 139/07) 376
mit Anmerkung *Häublein* 378

Kein Mehrfachvertretungsverbot bei ausgesetzter Bewilligung der Auflassung (LG Karlsruhe, Beschluss vom 28.3.2008, 11 T 476/07) 382
mit Anmerkung *W. Kössinger* 383

Ermittlung des good will einer freiberuflichen Praxis (BGH, Urteil vom 6.2.2008, XII ZR 45/06) 384
mit Anmerkung *Bergschneider* 386

Testamentsvollstreckung: Anfechtung durch nichtbeschwerten Miterben (OLG Hamm, Beschluss vom 22.1.2008, 15 W 334/07) 390
mit Anmerkung *Reimann* 391

„Verlangen des Pflichtteils“ im Sinne einer Strafklausel (OLG München, Beschluss vom 29.1.2008, 31 Wx 68/07) 393
mit Anmerkung *Keim* 395

Unterwertverkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks (BayVerfGH, Entscheidung vom 23.1.2007, Vf. 42-VI-06) 412
mit Anmerkung *Grziwotz* 414

Entgeltlicher Unterhaltsverzicht als freigebige Zuwendung (BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05) 417
mit Anmerkung *Schuck* 418

Hinweise für die Praxis

Unterhaltsvereinbarungen in Auslandsfällen (*Volmer*) 420

Inhalt

Aufsätze

- Salzig*: Der Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis – Teil 1 **341**
- Braun*: Form, Inhalt und Verfahren beim Nachlassverzeichnis
gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB **351**
- Everts*: Persönliche Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfung
„gegenüber dem jeweiligen Grundschuldgläubiger“ **356**
- Beer/Zugmaier*: BFH lockert Kriterien für die Geschäftsveräußerung im Ganzen **359**

Tagungsbericht

- Müller-Teckhof*: Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts **361**

Buchbesprechungen

- Schöner/Stöber: Grundbuchrecht (*Amann*) **365**
- Müller (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht (*Rapp*) **368**
- Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht (*Bandel*) **369**
- Zimmermann: Erbschein und Erbscheinsverfahren (*Diehn*) **370**
- Otto/Haneke/Sánchez: Standardmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht
Deutsch-Spanisch (*Brückner*) **370**
- Grün: Informationspflichten des Vorstands bei „Holzmüller-Beschlüssen“ (*Hutterer*) **371**
- Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung (*Vollhardt*) **372**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Falsa demonstratio beim Grundstückskauf
(BGH, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06) **374**
2. Kein Schadensersatz bei verzögerter Mitteilung des Vorkaufsfalls
(OLG Celle, Urteil vom 1.11.2007, 2 U 139/07) **376**
mit Anmerkung Häublein **378**
3. Erwerb einer Grundstücksfläche durch Wohnungseigentümergeinschaft
(AG Deggendorf, Beschluss vom 19.5.2008, 1 T 59/08) **380**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Unzulässige Bezugnahme auf untergesetzliches Recht
(OLG München, Beschluss vom 27.5.2008, 34 Wx 130/07) **380**
5. Kein Mehrfachvertretungsverbot bei ausgesetzter Bewilligung der Auflassung
(LG Karlsruhe, Beschluss vom 28.3.2008, 11 T 476/07) **382**
mit Anmerkung *W. Kössinger* **383**

Familienrecht

6. Ermittlung des good will einer freiberuflichen Praxis
(BGH, Urteil vom 6.2.2008, XII ZR 45/06) **384**
mit Anmerkung *Bergschneider* **386**
7. Keine Abtretung einer Zugewinnausgleichsforderung vor Beendigung des Güterstands
(BGH, Urteil vom 8.5.2008, IX ZR 180/06) **387**
8. Erwerb von Wohnungseigentum durch Minderjährigen
(OLG München, Beschluss vom 6.3.2008, 34 Wx 14/08) **389**

Erbrecht

9. Testamentsvollstreckung: Anfechtung durch nichtbeschwerten Miterben
(OLG Hamm, Beschluss vom 22.1.2008, 15 W 334/07) **390**
mit Anmerkung *Reimann* **391**
10. „Verlangen des Pflichtteils“ im Sinne einer Strafklausel
(OLG München, Beschluss vom 29.1.2008, 31 Wx 68/07) **393**
mit Anmerkung *Keim* **395**
11. Erbeinsetzung gemeinsamer Abkömmlinge bei späterer Scheidung
(OLG München, Beschluss vom 8.2.2008, 31 Wx 69/07) **396**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Eigenkapitalersatz: Wertminderung des empfangenen Gegenstands
(BGH, Urteil vom 17.3.2008, II ZR 24/07) **398**
13. Keine Beschränkung des Rede- und Fragerechts durch Satzung
(OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.2.2008, 5 U 8/07) **399**
14. Eintragung eines Haftungsausschlusses
(OLG München, Beschluss vom 30.4.2008, 31 Wx 41/08) **401**
15. Genehmigungsnachweis im Eintragungsverfahren
(LG Berlin, Beschluss vom 9.1.2008, 106 T 93/07) **403**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Klauselerteilung nach Insolvenzeröffnung
(BGH, Beschluss vom 12.12.2007, VII ZB 108/06) **405**
17. Klauselerteilung nur bei öffentlich beglaubigter Vollmacht zur Unterwerfungserklärung
(BGH, Beschluss vom 17.4.2008, V ZB 146/07) **406**

Inhalt (Fortsetzung)

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Keine Vollzugspflicht, wenn Nichtigkeit eines Vertrages naheliegt
(OLG Hamm, Beschluss vom 8.1.2008, 15 W 195/07) **407**
19. Vernichtung eines handschriftlich ergänzten Hauptversammlungsprotokolls (*nur Leitsatz*)
(LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.11.2007, 5/31 Qs 27/07) **409**

Kostenrecht

20. Zitiergebot verlangt Angabe des § 32 KostO
(BGH, Beschluss vom 3.4.2008, V ZB 115/07) **409**
21. Getrennte Beurkundung einer Geschäftsführerbestellung keine unrichtige Sachbehandlung
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 5.7.2007, 20 W 264/04) **410**

Öffentliches Recht

22. Unterwertverkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks
(BayVerfGH, Entscheidung vom 23.1.2007, Vf. 42-VI-06) **412**
mit Anmerkung *Grziwotz* **414**

Steuerrecht

23. Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen
(BFH, Urteil vom 23.8.2007, V R 14/05) **414**
24. Entgeltlicher Unterhaltsverzicht als freigebige Zuwendung
(BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05) **417**
mit Anmerkung *Schuck* **418**

Hinweise für die Praxis

1. Unterhaltsvereinbarungen in Auslandsfällen (*Volmer*) **420**
2. Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung von Kaufpreisannteilen
für Photovoltaik- und Solaranlagen (Verfügung des Bayerischen Landesamts
für Steuern vom 12.2.2008, S 4503-4 St35N) **421**

Standesnachrichten 422

Sonstiges III

5 | MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2008 | 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: Notar a. D.
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Anja Heringer,
Dr. Markus Vierling
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Der Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis – Teil 1*

Von Notar *Christian Salzig*, Oschatz

Ein angeschlagener Immobilienmarkt und ein vermehrter Rückzug der Kreditwirtschaft aus der Immobilienfinanzierung führen zur wachsenden Nachfrage nach sog. Mietkaufverträgen. Der nachfolgende Beitrag zeigt zunächst die verschiedenen Varianten von Mietkaufverträgen auf und differenziert sodann systematisch zwischen dem eigentlichen Mietkaufvertrag und dem davon abzugrenzenden Ratenzahlungskaufvertrag. In diesem Rahmen werden für jeden dieser beiden Vertragstypen die Gestaltungsschwerpunkte erläutert, die vom „normalen“ Grundstückskaufvertrag abweichen. Die Erörterungen beschränken sich auf gebrauchte Wohnimmobilien.¹

Dieser Beitrag erscheint in zwei Teilen. Im Zentrum des ersten Teils steht der Mietkaufvertrag. Der zweite Teil befasst sich mit dem Ratenzahlungskaufvertrag.

A. Rechtliche Einordnung des Mietkaufs/ Ratenzahlungskaufs

Bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen wird zwischen Bar- und Kreditkauf unterschieden.² Für Immobilien haben sich in der notariellen Praxis zwei Typen von Kreditkäufen herausgebildet, zum einen der *Mietvertrag mit Ankaufsrecht* (sog. Mietkauf) und zum anderen der *Ratenzahlungskauf*.

I. Definitionen

Beim Mietvertrag mit Ankaufsrecht – kurz Mietkauf genannt³ – handelt es sich um einen gemischttypischen Vertrag, nämlich um einen Mietvertrag verbunden mit einem angebo-

tenen oder durch Ausübungserklärung des Mieters bedingten Kaufvertrag.⁴ Die Miete ist – zumindest teilweise – auf den künftig ggf. fälligen Kaufpreis anzurechnen.⁵ Miet- und Kaufrecht werden für jeden Teil *getrennt* angewendet.⁶

Beim Ratenzahlungskauf handelt es sich dagegen um einen unbedingt abgeschlossenen Kaufvertrag, so dass die für die gesamte Laufzeit feststehenden und meist monatlich zu zahlenden Kaufpreistraten von Anfang an kaufpreistilgenden Charakter haben. Im Gegensatz zum Grundstückskauf auf Rentenbasis⁷ ist beim Ratenzahlungskauf der – ggf. zu verzinsende – Kaufpreis ein feststehender Betrag.

* Herrn Notar a. D. Dr. *Hermann Amann* danke ich für seine wertvollen Anregungen.

¹ Vgl. zum Mietkauf über Bauträgerobjekte und Neubauten *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, 2006, B Rdnr. 176 ff. sowie speziell zur Thematik „Mietkauf und Verbraucherschutz“ *Biermann-Ratjen*, DNotZ 2007, 788.

² *Palandt/Putzo*, BGB, 67. Aufl., Einf. v. § 433 Rdnr. 7.

³ *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rdnr. 30.

⁴ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl., Rdnr. 142; *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rdnr. 30; instruktiv zu den einzelnen Optionsarten *Wagner*, NotBZ 2000, 69.

⁵ BGH, NJW 1987, 1069 = DNotZ 1987, 350; BGH, WM 1990, 1307; OLG Köln, MittRhNotK 1989, 191; *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rdnr. 30.

⁶ *Palandt/Weidenkaff*, Einf. v. § 535 Rdnr. 30; *Ehlert* in *Bamberger/Roth*, BGB, Einf. v. § 535 Rdnr. 38; *Schlösser*, MDR 2003, 71.

⁷ Vgl. dazu *Brambring* in *Beck'sches Notarhandbuch*, 4. Aufl., A I Rdnr. 346 ff. mit Formulierungsvorschlag in Rdnr. 348.

II. Erforschung des Willens der Beteiligten

Der mit der Gestaltung und der Beurkundung eines Kreditkaufs beauftragte Notar hat zu klären, welcher der beiden genannten Grundtypen dem Willen der Vertragspartner entspricht (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG). Diese Weichenstellung ist maßgebend für den gesamten weiteren Vertragsaufbau. Bei der Beantwortung dieser Frage kann die Bildung typischer Fallgruppen eine Hilfestellung geben.

Der Mietkauf kommt bei Wohnimmobilien in erster Linie in Betracht, wenn nicht nur die Zahlung des Kaufpreises in einem Betrag ausgeschlossen, sondern darüber hinaus die Kaufpreisaufbringung als solche unsicher ist. Ein Mietkauf ist auch zu erwägen, wenn der Kaufinteressent ganz bewusst auf einen sofortigen Kauf verzichtet, z. B. weil er derzeit noch nicht weiß, ob sein berufliches Engagement am Lageort der Immobilie verlängert wird, so dass er befürchten muss, eine erworbene Immobilie nicht zu einem angemessenen Preis weiterverkaufen zu können.

Der Ratenzahlungskaufvertrag ist die Alternative, wenn nicht das „Ob“ des Grundstückserwerbs fraglich ist, sondern nur eine vollständige Kaufpreiszahlung nach Vorliegen der üblichen Fälligkeitsvoraussetzungen ausgeschlossen ist, weil der Käufer mangels ausreichenden Einkommens kein Darlehen erhält oder weil in bestimmten Regionen die Kreditinstitute Darlehen nur bis zur Höhe von 50 % oder gar nur 30 % des Beleihungswertes der Gebrauchtimmobilie ausreichen.

B. Der Mietkauf

Entsprechend der rechtlichen Einordnung des Mietkaufs als Mietvertrag, der mit einem angebotenen oder durch Ausübungserklärung des Mieters bedingten Kaufvertrag verbunden ist,⁸ werden zunächst die wichtigsten mietrechtlichen Vorgaben behandelt und im Anschluss daran die kaufvertraglichen Schwerpunkte.

I. Der mietvertragliche Teil des Mietkaufs

In den mietvertraglichen Teil sollten nur die wirklich regelungsbedürftigen Punkte aufgenommen werden. Gerade Formularmietverträge sind oft inhaltlich überladen und damit unübersichtlich. Die bloße Wiederholung unabdingbarer gesetzlicher Bestimmungen im Wortlaut oder mietvertraglicher Selbstverständlichkeiten entspricht auch nicht der sonstigen Vertragsgestaltungstechnik der Notare.

1. Anwendbare Rechtsvorschriften

Ein Mietvertrag über ein Wohnhausgrundstück wird wegen des mietvertraglich miterfassten Grundstücks als ein sog. Mischmietverhältnis klassifiziert.⁹ Für solche Mischmietverhältnisse gelten grundsätzlich für jede der vermieteten Sachen die dafür anwendbaren Vorschriften.¹⁰ Etwas anderes gilt aber dann, wenn es sich um untrennbar vermietete Sachen handelt. In diesem Fall sind die Vorschriften anzuwenden, die für den Teil der vermieteten Sache gelten, deren Nutzungsart über-

wiegt,¹¹ oder auf die sich der vorherrschende, wahre Vertragszweck bezieht.¹² Bei der Vermietung eines ganzen Wohnhauses nebst Grundstück wird nach diesen Grundsätzen die Nutzung des Wohnraums der vorherrschende Vertragszweck sein. Dies spricht für die Anwendung des Wohnraumietsrechts auf die ganze Mietsache „Wohnhausgrundstück“¹³, wovon im Folgenden ausgegangen wird.

2. Einschränkung der Vertragsfreiheit

Bei Wohnraummietverträgen ist die Vertragsfreiheit erheblich eingeschränkt, und zwar insbesondere durch die Vorschriften zum Kündigungsschutz (§§ 573 ff. BGB), die Sozialklausel (§ 574 BGB), den Räumungsschutz (§§ 721, 794 a ZPO) und das Mieterhöhungsrecht (§§ 558 ff. BGB, § 5 WiStG, § 291 StGB).

3. Beurkundungsbedürftigkeit

Da der Mietverkäufer zur Einräumung des Ankaufsrechts typischerweise nur wegen der gleichzeitigen Eingehung des Mietverhältnisses bereit sein wird und nicht nur hinsichtlich des „Ob“, sondern auch bezüglich der inhaltlichen Ausgestaltung eine wechselseitige Verknüpfung besteht – speziell durch die Erwerbsdruck erzeugende teilweise Anrechnung der Miete auf die Kaufpreisschuld –, ist der Mietvertrag gemäß § 311 b BGB im vollen Umfang beurkundungspflichtig.¹⁴

4. Mietparteien

Bei den Vertragsparteien ist zu berücksichtigen, dass die jetzigen Mietvertragspartner ggf. zukünftig Beteiligte eines Grundstückskaufvertrages werden. Deshalb sollte geregelt werden, in welchem Berechtigungsverhältnis mehrere Personen auf Mieter- bzw. Käuferseite zueinander stehen und dass ein Gleichlauf der Berechtigungsverhältnisse besteht.

a) Bruchteilsgemeinschaft

Sofern das Erwerbsverhältnis für den Kauf die Bruchteilsgemeinschaft (§§ 741 ff. i. V. m. §§ 1008 ff. BGB) sein soll, kann diese auch für die Mietermehrheit vereinbart werden. Beim Wohnraummietvertrag ist die Bruchteilsgemeinschaft das übliche Berechtigungsverhältnis.¹⁵ Allerdings löst die Bruchteilsgemeinschaft dann, wenn einer der Mieter vor der Kaufvertragsannahme verstirbt, beim Mietverhältnis und beim Ankaufsrecht unterschiedliche Rechtsfolgen aus. Für das Mietverhältnis sieht § 563 a Abs. 1 BGB eine Sonderrechtsnachfolge vor. Der überlebende Mitmieter i. S. d. § 563 BGB (z. B. Ehepartner oder Lebensgefährte) bleibt außerhalb und unabhängig von der Erbfolge alleinige Mieterpartei.¹⁶ Das beiden Mietern eingeräumte Recht zur Kaufvertragsannahme fällt dagegen beim Tod eines Mieters in dessen Nachlass.¹⁷ Um beim Tod eines der Mieter während der Mietphase

⁸ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 142; Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 Rdnr. 30; instruktiv zu den einzelnen Optionsarten Wagner, NotBZ 2000, 69.

⁹ BGH, NJW-RR 1986, 9 = MDR 1986, 46; BGH, NJW-RR 1986, 877 = MDR 1986, 842; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 739.

¹⁰ Palandt/Weidenkaff, Einf. v. § 535 Rdnr. 100.

¹¹ OLG München, ZMR 1995, 295.

¹² BGH, NJW-RR 1986, 877; OLG Köln, ZMR 2001, 963; OLG Düsseldorf, NZM 2002, 739.

¹³ Vgl. Palandt/Weidenkaff, § 556 Rdnr. 2 und § 549 Rdnr. 5.

¹⁴ OLG Schleswig, OLGR 1998, 3; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 142; ausführlich Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 9 ff.; Salzig, NotBZ 2005, 10, 13; a. A. OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 39, 40.

¹⁵ LG Bonn, NJW-RR 1999, 1388; Horst, MDR 1999, 266; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rdnr. 7.

¹⁶ Palandt/Weidenkaff, § 563 a Rdnr. 7.

¹⁷ Palandt/Heinrichs, § 145 Rdnr. 5, § 153 Rdnr. 3; Palandt/Edenhofer, § 1922 Rdnr. 26.

ein dem § 563 a Abs. 1 BGB entsprechendes Ergebnis zu erlangen, müsste der Verkäufer bereits im Kaufangebot seine Zustimmung dazu erteilen, dass jeder der beiden Mietkäufer für den Fall, dass er vor der Annahme des Verkaufsangebots verstirbt, sein Recht auf Kaufvertragsannahme an den überlebenden Mietkäufer abtritt. Der Schutz der Eigentumsvormerkung bleibt bei einer solchen Abtretung bestehen. Diese kann auf Antrag unter Vorlage der Sterbeurkunde im Grundbuch zugunsten des überlebenden Käufers berichtigt werden.

b) Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Als Alternative zur Bruchteilsgemeinschaft auf Mieter- und Käuferseite kommt die *Gesellschaft bürgerlichen Rechts* (GbR) in Betracht. Der Erwerb und die Haltung eines Familienwohnheims kann der gemeinsame Zweck (vgl. § 705 BGB) einer GbR sein.¹⁸ Aus diesem Grund genügt auch die entgeltliche Nutzung eines Wohnhauses als Vorstadium des Erwerbs und Haltens eines Familienheimgrundstücks den Vorgaben des § 705 BGB, und zwar selbst dann, wenn es sich bei den Mietern um Eheleute handelt.¹⁹ Angesichts der mittlerweile vom BGH anerkannten Rechtsfähigkeit der GbR²⁰ dürften bei mehreren in einer GbR zusammengeschlossenen Mietern konsequenterweise auch die §§ 563, 563 a BGB nicht mehr anwendbar sein. Mieterin ist dann die GbR in ihrer jeweiligen personellen Zusammensetzung. Ausgeschiedene Gesellschafter unterliegen bis zum Ablauf der Enthauptungsfrist des § 736 Abs. 2 BGB der Nachhaftung.²¹ Für den Fall, dass der Gesellschafterwechsel ohne Zustimmung des Mietverkäufers erfolgt, könnte diesem ein Recht zum vorzeitigen Widerruf des Kaufangebots eingeräumt werden, vgl. nachfolgend Abschnitt 5. c).

c) Berechtigung zur Übertragung der Mieterstellung

Für beide Parteien des Mietkaufs klärungsbedürftig ist die Frage, ob der Mietkäufer einen Anspruch gegen den Mietverkäufer auf Zustimmung zum Eintritt eines neuen Mieters anstelle des Mietkäufers in den Mietvertrag hat und – sofern man dies bejaht – welche rechtlichen Konsequenzen dies für das Ankaufsrecht des Mietkäufers hat.

Die Auswechslung des Mieters im Außenverhältnis zum Vermieter verlangt dessen Zustimmung.²² Die herrschende Meinung wendet auf den Mieterwechsel § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB an und gelangt bei Wohnraummietverhältnissen über § 553 Abs. 3 BGB zu einem nicht abdingbaren außerordentlichen Kündigungsrecht des Mieters, wenn der Vermieter seine Zustimmung zum Mieterwechsel versagt, es sei denn, in der Person des neuen Mieters liegt ein wichtiger, die Versagung der Erlaubnis rechtfertigender Grund vor,²³ wie z. B. Zahlungsunfähigkeit oder sonstige Unzuverlässigkeit des neuen Mieters.²⁴

Für den Mietkauf ergeben sich keine Besonderheiten im Hinblick auf § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB, da Miet- und Kaufrecht getrennt für jeden Vertragsteil anzuwenden sind. Die zwin-

gende Geltung des § 540 Abs. 1 BGB bzw. dessen sinn-gemäße Anwendung auf den mietvertraglichen Teil eines Mietkaufs ist also zu bejahen.²⁵

5. Mietdauer

Der Mieter möchte davor geschützt sein, dass der Vermieter vor Ablauf der Kaufangebotsbindungsfrist den Mietvertrag einseitig zu Fall bringt. Das wirtschaftliche Interesse des Mietverkäufers besteht demgegenüber darin, das Recht des Mieters zur Kündigung des Mietverhältnisses für die Dauer der Bindung des Mietverkäufers an sein Verkaufsangebot auszuschließen.

a) Zeitmietvertrag

Dieses Interesse beider Parteien könnte durch Abschluss eines Zeitmietvertrages verwirklicht werden. Für Wohnraummietverhältnisse ist ein Zeitmietvertrag nur zulässig, wenn einer der in § 575 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BGB und § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB sowie in § 549 Abs. 3 BGB aufgeführten gesetzlichen Befristungsgründe vorliegt. In Betracht kommt hier nur der Befristungsgrund des § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB, der einen Zeitmietvertrag über nur zum vorübergehenden Gebrauch vermieteten Wohnraum gestattet. Diese Voraussetzung ist nur erfüllt, wenn die betroffene Wohneinheit von vornherein, also beim Abschluss des Mietvertrages für eine kürzere, absehbare Zeit vermietet ist.²⁶ Demgegenüber ist beim Mietkauf das Ende des Mietverhältnisses nicht absehbar, denn kennzeichnend für den Mietkauf ist ja gerade die Ungewissheit, ob und wann ein Kaufvertrag zustande kommt.²⁷ § 549 Abs. 2 Nr. 1 BGB erlaubt somit beim Mietkauf keinen Zeitmietvertrag (§ 575 Abs. 4 BGB). Der Mietverkäufer einer Wohnraummobilie muss sich bei Vertragsschluss darüber bewusst sein, dass er sich für den Fall der Nichtausübung des Ankaufsrechts nicht vom Vertrag lösen kann und ihm insoweit nur das ordentliche, allerdings stark eingeschränkte Kündigungsrecht nach den §§ 573 ff. BGB zusteht.²⁸

b) Mindestlaufzeit durch Kündigungsausschluss

Die dargestellte Bindung könnte aber durch einen unbefristeten Mietvertrag mit einem beiderseitigen Ausschluss des Rechts zur Kündigung während der Bindungsdauer des Kaufangebots erreicht werden. Dies ist keine Umgehung des Zeitmietvertragsverbots.²⁹ Die grundsätzliche Unzulässigkeit des Zeitmietvertrages schützt den Mieter vor dem Verlust der Wohnung, nicht aber vor einer mit Hilfe des befristeten Kündigungsausschlusses beabsichtigten längeren Bindung an den Mietvertrag.³⁰ BGH und Teile des Schrifttums sehen in einem vertraglich vereinbarten, beiderseitigen befristeten Kündigungsausschluss auch keine für den Mieter nachteilige Ver-

18 BGH, NJW 1982, 170.

19 OLG Celle, OLGZ 1982, 254; Palandt/Heinrichs, § 432 Rdnr. 2 a. E.; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rdnr. 7; a. A. Volmer, FamRZ 1999, 262.

20 BGH, DNotI-Report 2001, 41; zuletzt BGH, NotBZ 2004, 389.

21 Palandt/Sprau, § 736 Rdnr. 10.

22 Vgl. die verschiedenen Varianten bei Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 23.

23 Palandt/Weidenkaff, § 540 Rdnr. 19 f. m. w. N.

24 Palandt/Weidenkaff, § 540 Rdnr. 20.

25 Vgl. dazu Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 25.

26 Palandt/Weidenkaff, § 549 Rdnr. 15; Ehlert in Bamberger/Roth, § 549 Rdnr. 12.

27 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 30.

28 Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 92.

29 BGH, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 = MDR 2004, 436 = ZMR 2004, 251 m. Anm. Häublein = MietRB 2004, 161 = WuM 2004, 157; Blank, ZMR 2002, 797, 799; Lützenkirchen, MDR 2001, 1385, 1389.

30 BGH, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 = MDR 2004, 436 = ZMR 2004, 251 m. Anm. Häublein = MietRB 2004, 161 = WuM 2004, 157.

einbarung i. S. d. § 573 c Abs. 4 BGB.³¹ Im Rahmen des Mietkaufs spricht überdies die im Interesse des Mieters bestehende Bindung des Vermieters an sein Verkaufsangebot dafür, den beiderseits befristeten Ausschluss des Rechts während der Laufzeit des Ankaufsrechts zuzulassen. Ein Ausschluss der *außerordentlichen* Kündigung ist dagegen wegen § 569 Abs. 5 BGB zumindest gegenüber dem Mieter unwirksam. Im Übrigen erscheint es auch sachgerecht, das Recht auf außerordentliche Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bestehen zu lassen.

c) Recht zum vorzeitigen Widerruf des Kaufangebots

Da der personelle und zeitliche Gleichlauf von Mietverhältnis und Kaufangebot nicht verlässlich erreichbar ist, liegt es nahe, dem Mietverkäufer ein Recht zum vorzeitigen Widerruf des Kaufangebots einzuräumen, wenn (1) das Mietverhältnis endet, ohne dass der Mietverkäufer dies zu vertreten hat, (2) zum Kreis der Mieter – aus welchen Gründen auch immer – andere Personen zählen als zum Kreis der Angebotsempfänger und (3) zum Kreis der Gesellschafter einer mietenden GbR andere Personen zählen als die in der Mietkaufurkunde erwähnten Gesellschafter der mietenden GbR.

6. Miete

Regelungen zur Höhe, Fälligkeit und zur Umlage von Betriebskosten auf den Mieter sowie zur Vollstreckbarkeit der Miete sind teils zwingend, teils zweckmäßig.

a) Miethöhe und -fälligkeit

Die Höhe der Miete muss bestimmt oder zumindest bestimmbar sein.³² Im Rahmen eines Mietkaufs ist die Miete schon deshalb ziffernmäßig genau zu bestimmen, weil andernfalls die vertraglich ausbedungene Anrechnung der bezahlten Mieten auf den später ggf. fälligen Kaufpreis in der gebotene Eindeutigkeit nicht möglich ist. Vereinbart werden kann die Miete im Rahmen des § 5 Abs. 2 Satz 1 WiStG. Die vereinbarte Miete darf die ortsübliche Vergleichsmiete also nicht um mehr als 20 % übersteigen.³³ Während der Laufzeit einer moderaten Ankaufsrechtsfrist (z. B. vier Jahre), d. h. im Zeitraum des beiderseitigen Kündigungsverzichts und der Unwiderruflichkeit des Verkaufsangebotes, sollte ein Mieterhöhungsverlangen des Vermieters ausgeschlossen werden. Wenn und sobald dieser Zeitraum verstreicht, der Mietkauf also in einen normalen Mietvertrag umschlägt, sollte die vorübergehende Außerkraftsetzung der gesetzlichen Mietanpassungsbestimmungen (§ 558 BGB i. V. m. § 558 a BGB i. V. m. §§ 558 c ff. BGB) allerdings wieder beendet sein.

Die Bestimmung des Fälligkeitstermins entspricht dem Gebot einer transparenten Vertragsgestaltung. Von daher sollte sich der Vertragsgestalter nicht auf die Einschlägigkeit des § 556 b Abs. 1 BGB verlassen, sondern die Fälligkeit der Miete im Mietvertragsteil ausdrücklich regeln.

b) Betriebskostenumlage

Nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB hat der Vermieter die Lasten der Mietsache zu tragen. Darunter fallen auch die nunmehr in

der BetrKV definierten Betriebskosten.³⁴ Gemäß § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB können die Parteien eines Wohnraummietverhältnisses vereinbaren, dass der Mieter die Betriebskosten im Sinne des BetrKV trägt. Dafür genügt die Bezugnahme auf § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB,³⁵ jedenfalls aber die Verweisung auf die Bestimmungen der BetrKV.³⁶ Zu beachten ist, dass nach § 556 Abs. 4 BGB die Umlage von Kosten, die in der BetrKV ausdrücklich als nicht zu den Betriebskosten gehörend definiert sind, unwirksam ist. Hinsichtlich der Art und Weise der Zahlung von Betriebskosten können die Vertragsparteien nach § 556 Abs. 2 BGB entweder die Pauschale oder die Vorauszahlung vereinbaren. Zweckmäßiger dürfte die Vereinbarung einer Vorauszahlung auf Betriebskosten sein, denn die Vereinbarung eines nicht abzurechnenden Pauschalbetrages kann sich je nach Höhe der tatsächlich angefallenen Betriebskosten zu Lasten der einen oder anderen Vertragspartei auswirken.³⁷ Für Anpassungen der Betriebskostenvorauszahlung gilt § 560 Abs. 4 BGB.

c) Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung

Da der Mietkauf insgesamt der notariellen Beurkundung bedarf, bietet es sich an, eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Miete in die Urkunde aufzunehmen. Diese unterfällt nicht dem Verbot der Unterwerfung wegen eines Anspruchs, der den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft. Von diesem Verbot sind nämlich nur Räumungs- und Herausgabeansprüche erfasst.³⁸

7. Gebrauch des Mietgrundstücks

In einem Mietkaufvertrag über ein Wohnhausgrundstück wird typischerweise vereinbart, dass die Nutzung des Wohnhauses zu eigenen Wohnzwecken sowie die Nutzung des übrigen Grundstücks als Garten gestattet ist. Im Übrigen sollte noch geregelt werden, ob der Mietkäufer zur vollständigen oder teilweisen Gebrauchsüberlassung an Dritte berechtigt ist. Nach § 553 BGB hat der Wohnraummietler bei Vorliegen der gesetzlich bestimmten Voraussetzungen (vgl. § 553 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 BGB) gegen den Vermieter grundsätzlich einen unabdingbaren (§ 553 Abs. 3 BGB) Anspruch auf Erlaubnis zur Untervermietung eines Teils des Wohnraums. Das dem Mieter eingeräumte Ankaufsrecht dürfte für sich betrachtet keinen die Versagung der Erlaubnis rechtfertigenden „sonstigen Grund“ i. S. d. § 553 Abs. 1 Satz 2 BGB darstellen, denn das Untermietverhältnis ändert nichts an den Rechten und Pflichten des Mieters aus dem Mietkauf.³⁹ Bei einer angestrebten vollständigen Untervermietung der Wohnung steht dem Mieter kein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis zu, sondern im Fall der Versagung der Erlaubnis nur das unabdingbare (§ 553 Abs. 3 BGB) Sonderkündigungsrecht gemäß § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB, und dies nur, wenn nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, wofür allerdings der Vermieter darlegungs- und beweispflichtig ist.⁴⁰ Sofern der Mietverkäufer die Erlaubnis versagt, ohne dass der Ausnahmetatbestand des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB erfüllt ist, steht

³¹ BGH, NJW 2004, 1448 = NZM 2004, 216 = MDR 2004, 436 = ZMR 2004, 251 m. Anm. Häublein = MietRB 2004, 161 = WuM 2004, 157; ebenso Lützenkirchen, MDR 2001, 1385; Franke, ZMR 2001, 951; Eisenhardt, WuM 2002, 412.

³² BGH, NJW 2002, 3016.

³³ Wetekamp, Wohnraummietvertrag, 2. Aufl., S. 6.

³⁴ Wetekamp, Wohnraummietvertrag, S. 6 u. 32; Palandt/Weidenkaff, § 535 Rdnr. 69.

³⁵ Wetekamp, Wohnraummietvertrag, S. 27.

³⁶ Wetekamp, Wohnraummietvertrag, S. 32.

³⁷ Wetekamp, Wohnraummietvertrag, S. 32.

³⁸ Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 316; Hertel, DNotZ 1999, 1, 2.

³⁹ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 59.

⁴⁰ Palandt/Weidenkaff, § 540 Rdnr. 12.

dem Mietkäufer zwar das Sonderkündigungsrecht des § 540 Abs. 1 Satz 2 BGB zu, jedoch ist der Mietverkäufer im Gegenzug auch berechtigt, das Verkaufsangebot zu widerrufen.⁴¹

8. Schönheitsreparaturen

Für die in § 28 Abs. 4 Satz 3 der II. BV definierten Schönheitsreparaturen ist nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vermieter verantwortlich. Diese Regelung ist allerdings nicht zwingend, eine anderweitige Vereinbarung grundsätzlich also zulässig⁴² und die Überwälzung auf den Mieter auch verkehrsblich.⁴³ Ausreichend und hinreichend bestimmt ist eine Klausel, nach der „die Kosten der Schönheitsreparaturen vom Mieter zu tragen sind“.⁴⁴ Zur Vermeidung von Streitigkeiten und im Hinblick auf das Transparenzgebot ist eine genauere Regelung im Mietkaufvertrag empfehlenswert.⁴⁵

9. Mietsicherheit

Beim Mietkauf über Wohnraum sind die Vorgaben des § 551 BGB zu beachten. Die Sicherheit darf nach § 551 Abs. 1 BGB also höchstens das Dreifache der auf einen Monat entfallenden Miete ohne die als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten betragen. Der Mietverkäufer hat die geleistete Kautionsentsprechung der Vorgaben des § 551 Abs. 3 BGB anzulegen. Es liegt nahe, ihre Anrechnung auf den Kaufpreis zu vereinbaren.

10. Rechte des Mieters bei Sach- und Rechtsmängeln

Das Recht des Mieters, die Miete bei Vorliegen eines Sachmangels (§ 536 Abs. 1 und 2 BGB) oder eines Rechtsmangels (§ 536 Abs. 3 BGB) zu mindern, kann bei einem Wohnraummietverhältnis nicht zum Nachteil des Mieters eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (§ 536 Abs. 4 BGB). Ob das Wohnobjekt Mängel aufweist, richtet sich nach der von den Mietvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheit des Wohnobjekts. Fehlt eine Beschaffenheitsvereinbarung, so ist die Einhaltung der bei der Gebäudeerrichtung maßgeblichen technischen Normen geschuldet.⁴⁶ Relevant werden kann das Mietminderungsrecht insbesondere bei einer Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vereinbarten Wohnfläche. Der in § 536 a BGB normierte Schadens- und Aufwendungsersatzanspruch des Mieters wegen eines Mangels kann bei einem Individualwohnraummietvertrag wirksam abbedungen werden⁴⁷ – bei einem Verbrauchervertrag allerdings nur in den Grenzen des § 309 Nr. 7 BGB.⁴⁸ Nicht abdingbar (vgl. § 569 Abs. 5 Satz 1 BGB) sind dagegen die mangelbezogenen Kündigungsrechte des Mieters aus wichtigem Grund nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 BGB oder § 569 Abs. 1 BGB.

⁴¹ So im Ergebnis OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 49, 50; *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 61; vgl. auch Abschnitt 5. c).

⁴² BGH, NJW 1985, 480 = BGHZ 92, 363; *Wetekamp*, Wohnraummietvertrag, S. 6; *Palandt/Weidenkaff*, § 535 Rdnr. 37; *Ehlert* in *Bamberger/Roth*, § 535 Rdnr. 57.

⁴³ BGH, NZM 2004, 734.

⁴⁴ BGH, ZMR 2005, 105.

⁴⁵ Vgl. dazu im Einzelnen *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 65 ff.

⁴⁶ BGH, ZMR 2005, 108.

⁴⁷ BGHZ 29, 295; BGH, NJW-RR 1991, 74.

⁴⁸ *Palandt/Weidenkaff*, § 536 a Rdnr. 7; BayObLG, ZMR 1985, 93 zu § 11 Nr. 7 AGBG.

Fraglich erscheint, ob beim Mietkauf die Sach- und Preisgefahr bereits für die Zeit ab Beginn des Mietverhältnisses auf den Mietkäufer abgewälzt werden kann. Dafür spricht, dass die Stellung des Mietkäufers der eines Käufers und künftigen Eigentümers noch mehr angenähert ist als beim Finanzierungsleasing. Bei Letzterem ist in der Tat eine solche Übertragung der Gefahr keine unangemessene Benachteiligung des Leasingnehmers i. S. v. § 307 BGB und auch in einem Formularvertrag zulässig.⁴⁹ Dem kann m. E. nicht gefolgt werden, denn beim Mietkauf ist der Erwerb nur eine – wenn auch wahrscheinliche – Möglichkeit. Solange der Mietkäufer sich noch nicht auf den Erwerb der Immobilie festgelegt hat, ist entsprechend der aufgezeigten getrennten Beurteilung von Mietvertrag und Kaufvertrag ausschließlich Mietrecht anzuwenden. Demzufolge ist eine Überwälzung der Sach- und Preisgefahr in Formular- und Verbraucherverträgen generell und in Individualmietverträgen über Wohnraum (§ 536 Abs. 4 BGB) nicht möglich.⁵⁰

11. Wegnahmerecht und Verwendungen des Mieters

Das Recht des Mieters, eine Einrichtung wegzunehmen, mit der er die Mietsache versehen hat, kann bei Mietverträgen über Wohnraum nur dann ausgeschlossen werden, wenn dafür ein angemessener Ausgleich vorgesehen ist (§ 552 Abs. 2 BGB),⁵¹ wobei dieser Ausgleich nicht notwendigerweise durch Geldzahlung erfolgen muss.⁵² Für Verwendungen des Mieters auf die Mietsache sieht § 539 Abs. 1 BGB einen abdingbaren⁵³ Ersatzanspruch des Mieters nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Im Mietkaufvertrag sollte berücksichtigt werden, dass die Verwendungen nur im Fall der Kaufvertragsannahme dem Mietkäufer zugute kommen, so dass für diesen Fall auch kein Ausgleich vorgesehen werden muss. Für den Fall der „Umwandlung“ des Mietkaufverhältnisses in einen „normalen“ Mietvertrag sollte der Vertrag eine Regelung enthalten. Denkbar ist, Verwendungen auf das Wohnhausgrundstück generell von der Zustimmung des Mietkäufers abhängig zu machen und dem Mietkäufer im Fall der Nichtannahme des Kaufangebots für Verwendungen werterhaltender oder wertverbessernder Art einen Erstattungsanspruch einzuräumen. Möglicherweise möchte der Mietkäufer aber nicht von der Zustimmung des Mietkäufers abhängig sein; dann kann es sinnvoll sein, für zustimmungsfreie Verwendungen eine Erstattungspflicht auszuschießen.⁵⁴

12. Mietkaufbedingte zusätzliche Vereinbarungen

Zusätzlicher Regelungsbedarf ergibt sich aus dem Umstand, dass der Mietkäufer die Immobilie mit der Absicht des späteren Erwerbs anmietet. Es muss aus seiner Sicht sichergestellt sein, dass im Falle der Ausübung des Ankaufsrechts der Erwerb rechtlich möglich ist und er mit seinen (teilweise) auf

⁴⁹ BGH, NJW 2004, 1041; *von Westphalen*, NJW 2004, 1998.

⁵⁰ *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 86.

⁵¹ *Palandt/Weidenkaff*, § 539 Rdnr. 11 u. § 552 Rdnr. 4.

⁵² *Palandt/Weidenkaff*, § 552 Rdnr. 4.

⁵³ BGH, NJW 1959, 2163; *Palandt/Weidenkaff*, § 539 Rdnr. 1.

⁵⁴ *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 98.

den Kaufpreis anzurechnenden Mietzahlungen den Ankauf realisieren kann. Der Anspruch des Mietkäufers auf Verschaffung des Eigentums aus dem Ankaufsrecht wird zwar durch eine bereits bei Mietkaufvertragsabschluss bewilligte Eigentumsvormerkung abgesichert; sofern jedoch der Kaufvertrag einer öffentlichrechtlichen Genehmigung bedarf, reicht die Vormerkung nicht aus, denn ohne Vorliegen der notwendigen Genehmigungen ist nicht gewährleistet, dass der Mietkäufer Eigentümer werden kann.⁵⁵

Daher ist es sinnvoll, die für die Eigentumsumschreibung im Grundbuch erforderlichen Genehmigungen (z. B. § 2 Abs. 1 GrdstVG, § 144 Abs. 2 BauGB, § 51 BauGB, § 2 GVO) und (öffentlichrechtlichen) Vorkaufsrechte bereits bei Abschluss des Mietkaufvertrages zu beantragen und auch den Mietvertrag von der Erteilung dieser Genehmigungen bzw. Verzichtserklärungen abhängig zu machen. Der Vollzug des Mietkaufvertrages durch Inbesitznahme der Mietsache sollte also davon abhängig gemacht werden, dass der Notar den Beteiligten das Vorliegen sämtlicher für die Eigentumsumschreibung erforderlicher Genehmigungen und Erklärungen mit Ausnahme der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes mitteilt.⁵⁶ Um zu vermeiden, dass eine Genehmigung oder Vorkaufsrechtsverzichtserklärung unter Hinweis auf den bloßen Angebotscharakter des Ankaufsrechts verweigert wird, empfiehlt es sich, das Ankaufsrecht jedenfalls in den Fällen als aufschiebend bedingten Kaufvertrag zu gestalten, in denen die Wirksamkeit des Kaufvertrags von einer Genehmigung abhängig ist.⁵⁷

Sofern das Vertragsgrundstück mit valutierten Grundpfandrechten belastet ist, besteht wegen der zumindest teilweisen Anrechnung der Mieten auf den Kaufpreis zusätzlicher Regelungsbedarf, zumal in den Fällen, in denen die Option erst nach einem längeren Zeitraum erfolgen soll, bereits ein nicht unerheblicher Teil des vereinbarten Kaufpreises an den Mietverkäufer geleistet ist. Valutieren die Grundpfandrechte noch in einer Höhe, die an den vereinbarten Kaufpreis heranreicht, kann dies zur Folge haben, dass der Grundpfandgläubiger aufgrund des zur Ablösung nicht mehr ausreichenden Restkaufpreises die Lastenfreistellung verweigert und der lastenfreie Erwerb der Immobilie trotz vertragsgerechten Verhaltens des Mietkäufers scheitert. Die notwendige Sicherheit kann dadurch erzielt werden, dass der Notar beauftragt und bevollmächtigt wird, ein an § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 MaBV orientiertes und an den Mietkäufer gerichtetes Freigabeversprechen des Grundpfandgläubigers einzuholen.⁵⁸ Der Grundpfandgläubiger wird dieses im Regelfall davon abhängig machen, dass die Miete auf ein von ihm benanntes Konto gezahlt wird. Sofern jedoch der Grundpfandgläubiger darüber hinaus auch die Abtretung der geschuldeten Mietbeträge an sich verlangt, ist sicherzustellen, dass sich diese Abtretung nur auf die Kaltmiete bezieht und nicht auch auf die der Begleichung der Betriebskosten dienende Nebenkostenvorauszahlung erstreckt.⁵⁹ Zur Absicherung des Mietkäufers sollte das Freigabeversprechen des Grundpfandgläubigers entweder vor dem

Beurkundungstermin eingeholt oder zumindest der Beginn der Mietzahlungen vom Vorliegen dieser Erklärung abhängig gemacht werden.⁶⁰

II. Der kaufrechtliche Teil des Mietkaufs

Übt der Mietkäufer das ihm eingeräumte Ankaufsrecht aus, kommt über die angemietete Immobilie ein Kaufvertrag zustande. In diesem Bereich tritt der Notar wieder gewohntes Terrain, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Besonderheiten beschränken, die sich aus der Kombination eines Mietvertrags mit einem Kaufvertrag ergeben.

1. Das Ankaufsrecht des Mietkäufers

Das Ankaufsrecht kann als Angebot bzw. Angebotsvertrag oder als aufschiebend bedingter Kaufvertrag ausgestaltet sein, was jeweils Vor- und Nachteile mit sich bringt.

a) Gestaltung als Angebotsvertrag

Wie bei „normalen“ Kaufangeboten erschöpft sich auch beim Ankaufsrecht im Rahmen eines Mietkaufs der Inhalt nicht in einseitigen Erklärungen des Anbietenden. Üblich ist zumindest, die Übernahme der Kosten für die Beurkundung des Verkaufsangebotes durch den Angebotsempfänger zu regeln. Statt von Verkaufsangebot spricht man in solchen Fällen vom Angebotsvertrag.⁶¹ Auch beim Angebotsvertrag wird das Optionsrecht durch einseitige, beurkundungsbedürftige Annahmeerklärung des Angebotsempfängers ausgeübt.⁶² Darüber hinaus liegt bei einem Angebotsvertrag, in dem der Verkäufer das Angebot abgibt, ein künftiger Auflassungsanspruch des potentiellen Käufers vor, der ebenso wie beim „reinen“ Verkäuferangebot⁶³ durch Eintragung einer Eigentumsvormerkung gesichert werden kann.⁶⁴

b) Gestaltung als aufschiebend bedingter Kaufvertrag

Beim aufschiebend bedingten Kaufvertrag besteht die Bedingung i. S. d. § 158 Abs. 1 BGB darin, dass der Kaufvertrag erst durch die Erklärung des ausübungsberechtigten Mietkäufers wirksam wird.⁶⁵ Das freie Belieben einer Partei kann zur Bedingung eines Rechtsgeschäfts gemacht werden.⁶⁶ Der durch den Abschluss des aufschiebend bedingten Kaufvertrages entstehende bedingte Eigentumsverschaffungsanspruch des Mieterkäufers kann gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB durch Eigentumsvormerkung gesichert werden.⁶⁷

c) Vergleich der Kaufoptionsarten

Die Eigentumsvormerkung gemäß lit. b) ist unstreitig nach § 106 InsO insolvenzfest, auch wenn die Bedingung – hier also die Optionsausübungserklärung des Mietkäufers – erst

⁵⁵ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 99.

⁵⁶ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 101.

⁵⁷ Vgl. im Einzelnen Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 103 ff.

⁵⁸ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 110.

⁵⁹ Salzig, NotBZ 2005, 10, 17, 21; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 142.

⁶⁰ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 110.

⁶¹ Allerkamp, MittRhNotK 1981, 55, 59.

⁶² Wagner, NotBZ 2000, 69, 75.

⁶³ OLG Düsseldorf, DNotZ 1992, 49, 50; ausführlich zur Vormerkungsfähigkeit bedingter Ansprüche Gutachten DNotI-Report 2000, 125 ff.

⁶⁴ Wagner, NotBZ 2000, 69, 75.

⁶⁵ BGH, MittBayNot 1996, 367.

⁶⁶ Palandt/Heinrichs, § 158 Rdnr. 10; MünchKommBGB/Westermann, § 158 Rdnr. 60; kritisch hierzu Rövekamp in Bamberger/Roth, § 158 Rdnr. 11.

⁶⁷ BGH, NJW 2001, 2883 = DNotZ 2001, 805.

nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eintritt.⁶⁸ Die lange Zeit umstrittene Frage, ob der aus einem Verkaufsangebot seitens des Verkäufers resultierende, durch Vormerkung gesicherte Anspruch des Käufers als künftiger Anspruch insolvenzfest ist,⁶⁹ hat der BGH für das Gesamtvollstreckungsverfahren bejaht.⁷⁰ Für § 106 InsO dürfte nichts anderes gelten.⁷¹ In beurkundungsrechtlicher Hinsicht unterscheiden sich die beiden Optionsarten. Bei der Gestaltungsvariante „Angebot bzw. Angebotsvertrag“ muss auch die Annahmeerklärung zwingend notariell beurkundet werden,⁷² wohingegen beim aufschiebend bedingten Kaufvertrag die Optionsausübungserklärung des Käufers nach herrschender Meinung nicht der notariellen Beurkundung bedarf.⁷³ Kostenrechtliche Nachteile dürften den Beteiligten durch die nachträgliche Beurkundung der Annahmeerklärung nicht entstehen. Eindeutig ist dies, wenn man sich der in Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht anschließt, dass für die Beurkundung der Annahmeerklärung selbst dann nur eine ^{5/10}-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 2 KostO erhoben werden darf, wenn in der Annahmeerklärung die Vollstreckungsunterwerfungserklärung des Käufers wegen des (Rest-)Kaufpreises mitbeurkundet wird.⁷⁴ Aber selbst wenn man der Ansicht folgt, dass bei Beurkundung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Mietkäufers eine ^{10/10}-Gebühr anfällt, lässt sich dies in einem Angebotsvertrag dadurch vermeiden, dass der Mietkäufer bereits in der Angebotsurkunde eine bedingte Zwangsvollstreckungsunterwerfung für den Fall der Annahme des Angebots erklärt.⁷⁵ Bei der Variante des aufschiebend bedingten Kaufvertrages ist die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) zu beachten. Eine die ^{5/10}-Gebühr des § 38 Abs. 2 Nr. 6 lit. a) KostO auslösende Nachtragsurkunde lässt sich dadurch vermeiden, dass die unbedingte Auflassung mitbeurkundet und der Notar zugleich angewiesen wird, die Umschreibungsbewilligung mit Eigenurkunde erst nach Ausübung der Option und Nachweis der (Rest-)Kaufpreiszahlung zu erklären, was allerdings eine ^{5/10}-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Teilwert auslöst. Da bestimmte Genehmigungen bzw. Erklärungen nicht für ein Angebot eingeholt werden können, spricht jedenfalls bei einem Genehmigungserfordernis mehr dafür, das Ankaufsrecht als aufschiebend bedingten Kaufvertrag zu gestalten.

d) Inhalt des Ankaufsrechts

Was den Inhalt des Ankaufsrechts anbelangt, ist darauf zu achten, dass der Mietkäufer während der Angebotsfrist vor anderweitigen Verfügungen des Mietverkäufers und/oder Dritter über das Vertragsgrundstück geschützt ist. Unverzicht-

bar ist es somit, die Rechtsposition des Mietkäufers durch Eintragung einer Eigentumsvormerkung zu schützen, was in beiden Varianten zulässig ist. Zu regeln sind darüber hinaus auch die Fragen nach der Vererblichkeit, Übertragbarkeit und Widerruflichkeit des Ankaufsrechts (zu Letzterem vgl. oben Abschnitt B. I. 5. c).

aa) Vererblichkeit des Ankaufsrechts

Inwieweit das Recht, das Vertragsangebot anzunehmen, vererblich ist, müsste bei fehlender vertraglicher Regelung durch Auslegung im Einzelfall ermittelt werden.⁷⁶ Die Frage der Vererblichkeit sollte aus diesem Grunde ausdrücklich in der Angebotsurkunde geregelt werden. Wenn nach dem Erbfall wegen § 563 a Abs. 1 BGB kein Gleichlauf mehr zwischen Mieter(n) und Ankaufsberechtigten bestünde, könnte der Mietverkäufer nach der oben vorgeschlagenen Regelung das Kaufangebot widerrufen (vgl. oben Abschnitt B. I. 5. c).

bb) Übertragbarkeit des Ankaufsrechts

Regelungsbedürftig ist auch die Übertragbarkeit der Annahmeposition des Angebotsempfängers. Es spricht vieles dafür, dass das Recht auf Vertragsannahme nur zusammen mit der Mieterstellung übertragbar ist (§§ 413, 399 BGB).⁷⁷ Zu empfehlen ist aber eine ausdrückliche Regelung im Angebotstext. Der Mietverkäufer dürfte an der Vereinbarung eines Abtretungsverbotes schon deshalb interessiert sein, weil ihm andernfalls möglicherweise ein neuer Vertragspartner aufgedrängt werden könnte. Zudem wäre er aus dem Mietvertrag weiterhin dem Mieter und vormaligen Angebotsempfänger gegenüber zur Gebrauchsgewährung verpflichtet, hätte es also – zumindest vorübergehend – mit zwei verschiedenen Gläubigern auf Mieter- und Angebotsempfängerseite zu tun.⁷⁸ Ein Ausschluss der Übertragbarkeit stellt keine unzumutbare Belastung des Mietkäufers dar. Sofern nämlich der Mietkäufer dem Mietverkäufer einen neuen Kaufinteressenten stellen kann, der entweder zum Eintritt in sämtliche Verpflichtungen des Angebotsempfängers aus dem Mietkauf oder sogar zum sofortigen Kauf der Immobilie gegen Einmalzahlung bereit und fähig ist, wird der Mietverkäufer aus wohl verstandenem eigenen Interesse seine Zustimmung zur Vertragsübernahme nicht versagen.⁷⁹

e) Angebotsfrist

Schließlich sollte noch der Zeitraum bestimmt werden, innerhalb dessen der Mietverkäufer an sein Angebot gebunden ist. Es bestehen hierfür keine gesetzlichen Vorgaben, so dass die Beteiligten die Dauer frei vereinbaren können. Gleichwohl erscheint es sinnvoll, die Angebotsfrist mit den mietrechtlichen Vereinbarungen in Übereinstimmung zu bringen. Verzichten die Beteiligten im mietrechtlichen Teil beispielsweise auf das Recht der ordentlichen Kündigung für einen bestimmten Zeitraum, liegt es nahe, dem Mietkäufer im Gegenzug ein Ankaufsrecht zumindest für diesen Zeitraum einzuräumen.⁸⁰

⁶⁸ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 602.

⁶⁹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 1519 mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 194.

⁷⁰ BGH, ZNotP 2001, 482 = DNotZ 2002, 275.

⁷¹ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 602; Amann, MittBayNot 2007, 13.

⁷² BGH, NJW-RR 1996, 1167; NJW 1991, 2698; RGZ 169, 70; Palandt/Heinrichs, § 311 b Rdnr. 11 a. E.

⁷³ BGH, MittBayNot 1996, 367; NJW 1991, 2698; Palandt/Heinrichs, § 311 b Rdnr. 11; Wolf, DNotZ 1995, 179, 185.

⁷⁴ BayObLG, DNotZ 1996, 396; ebenso Waldner in Beck'sches Notarhandbuch, J Rdnr. 67; die wohl h. M. hält in diesen Fällen allerdings die Erhebung einer ^{10/10}-Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO für richtig, vgl. OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 585 sowie die Nachweise im Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1871.

⁷⁵ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 125.

⁷⁶ Wagner, NotBZ 2000, 69, 73 m. w. N. in Fn. 43.

⁷⁷ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 135.

⁷⁸ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 136.

⁷⁹ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 137.

⁸⁰ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 139.

2. Anwendbarkeit des Verbraucher-kreditrechts auf den Mietkauf

Beim Mietkauf als einer Sonderform des Kreditkaufs stellt sich für den Vertragsgestalter die Frage, ob die Verbraucher-kreditbestimmungen der §§ 491 ff., 499 ff. BGB anwendbar sind.

a) Bereichsausnahme für den Immobilienkaufvertrag?

Die Frage, ob die §§ 491 ff., 499 ff. BGB dem Grunde nach überhaupt auf Immobilienkaufverträge anwendbar sind, ist höchstrichterlich noch nicht diskutiert worden. Von Teilen des Schrifttums wird die Anwendbarkeit der genannten Vorschriften abgelehnt,⁸¹ von anderen dagegen befürwortet.⁸² Bereits aus diesem Grund sollte die Praxis auch beim Immobilienkaufvertrag von der Anwendbarkeit der Verbraucherkreditbestimmungen ausgehen. Dafür spricht m. E. auch § 499 Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 491 Abs. 3 BGB, denn § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB schwächt das Erfordernis der Aufnahme bestimmter notwendiger Angaben bei einem notariell beurkundeten Darlehensvertrag zwar ab, verzichtet aber nicht ganz darauf. Deshalb ist wohl auch ein „darlehensähnlicher“ Immobilienkaufvertrag an den Vorschriften der §§ 491 ff. BGB i. V. m. den §§ 499 ff. BGB zu messen.

b) Mietkauf als Verbraucherdarlehen bzw. sonstige Finanzierungshilfe?

Die Vorschriften der §§ 491 ff. BGB über den Verbraucherdarlehensvertrag in unmittelbarer Anwendung sind beim Mietkauf nicht einschlägig, da hier kein Geldbetrag „zur Verfügung gestellt wird“ (vgl. § 488 Abs. 1 BGB). Beim Mietkauf könnten allerdings die §§ 499 ff. BGB (Zahlungsaufschub oder sonstige Finanzierungshilfe) – die wiederum teilweise auf die §§ 491 ff. BGB verweisen (vgl. § 499 Abs. 1 und 3 BGB) – zu berücksichtigen sein. Dies setzt zum einen voraus, dass es sich beim Mietkauf um einen Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 Satz 1 BGB handelt, auf Mietverkäuferseite also ein Unternehmer und auf der Mietkäuferseite ein Verbraucher beteiligt ist. Zum anderen muss es sich beim Zahlungsaufschub oder der sonstigen Finanzierungshilfe um eine entgeltliche Finanzierungshilfe handeln. Dafür genügt jede Art von Gegenleistung, auch eine nur geringfügige.⁸³ Als Beispiele werden Zinsen, eine einmalige Vergütung oder ein Teilzahlungszuschlag genannt.⁸⁴ Im Einzelfall kann auch die Übernahme von Kosten, insbesondere von Vertragskosten, ein Entgelt i. S. d. §§ 499 ff. BGB sein.⁸⁵ Der Mietkauf ist kein entgeltlicher Zahlungsaufschub, denn die Kaufpreisforderung wird nicht schon bei Vertragsschluss, sondern erst infolge der Ausübung der Kaufoption fällig, und dann in der üblichen Art und Weise.⁸⁶ Der Mietkauf ist auch kein entgeltliches Teilzahlungsgeschäft i. S. d. § 499 Abs. 2 Alt. 2. BGB. Zwar werden die während der Mietlaufzeit bezahlten Kaltmieten ganz oder zumindest teilweise auf den Kaufpreis angerechnet; aller-

dings steht diese Anrechnung anders als beim von Anfang an wirkenden Teilzahlungsplan im Zeitpunkt der Beurkundung des Mietkaufs noch nicht fest.⁸⁷ Der Mietkauf mit seiner besonderen Zahlungsweise ist aber eine sonstige Finanzierungshilfe i. S. d. § 499 Abs. 1 Alt. 2 BGB.⁸⁸ Die Finanzierungsfunktion des Mietkaufs ist darin zu sehen, dass der Vertragsgegenstand dem Mietkäufer von Anfang an überlassen und die unter dem Vorbehalt der Optionsausübung stehende Kaufpreisforderung kreditiert wird.⁸⁹

c) Rechtliche Folgen der Einordnung als sonstige Finanzierungshilfe

Dies hat zur Konsequenz, dass über den Verweis in § 499 Abs. 1 BGB die Vorschriften des § 492 Abs. 1 bis 3 BGB und der §§ 494 bis 498 BGB über den Verbraucherdarlehensvertrag zwingend (§ 506 BGB) entsprechend anzuwenden sind, mit Ausnahme der Bestimmungen, die wegen der notariellen Beurkundung des Mietkaufs gemäß § 499 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht beachtet werden müssen,⁹⁰ und mit Ausnahme der beim Mietkauf schlechterdings nicht passenden Normen.⁹¹

Die in § 499 Abs. 1 BGB angeordnete entsprechende Anwendung der §§ 358 und 359 BGB scheidet von vornherein aus, da es sich beim Mietkauf um zwei im Interesse des Käufers hintereinander geschaltete Rechtsgeschäfte handelt, von denen das Zustandekommen des zweiten, also des Kaufvertrages, allein von einer in das Belieben des Käufers gestellten Annahme- oder Optionsausübungserklärung abhängt, weshalb die Schutzrichtung der §§ 358 f. BGB nicht passt.⁹²

Nach § 499 Abs. 3 BGB finden die Vorschriften über Finanzierungshilfen im Verbrauchervertrag „in dem in § 491 Abs. 2 und 3 BGB bestimmten Umfang keine Anwendung“. Notariell beurkundete Verträge sind aufgrund § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB von dieser Ausnahme umfasst,⁹³ sofern sie die in § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB genannten Mindestangaben enthalten. Unmittelbar passen die Mindestvorgaben des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB beim Mietkauf nicht. Vergewenwärtigt man sich jedoch den Sinn und Zweck dieser Mindestangaben, nämlich dem Verbraucher den Umfang seiner Gegenleistungsverpflichtungen vor Augen zu führen, sollten die Parameter des Mietkaufs, die den in § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB genannten Angabeerfordernissen entsprechen, beim Verbrauchermietkauf mit aufgenommen werden, und zwar die Tatbestände, bei deren Vorliegen die Miete geändert werden kann, der auf jede Mietzahlung prozentual oder ziffernmäßig entfallende Kaufpreisanrechnungsbetrag und die Kosten des Mietkaufs,⁹⁴ zu denen aber nicht die Notargebühren gehören.⁹⁵

⁸⁷ Salzig, NotBZ 2005, 10, 18.

⁸⁸ BGH, NJW 2002, 134; Palandt/Putzo, Einf. v. § 499 Rdnr. 5; MünchKommBGB/Habersack, § 499 Rdnr. 21; Möller/Wendehorst in Bamberger/Roth, § 499 Rdnr. 7.

⁸⁹ MünchKommBGB/Habersack, § 499 Rdnr. 26.

⁹⁰ Die Formulierung in § 499 Abs. 3 Satz 1 BGB „... Vorschriften dieses Untertitels ...“ bezieht auch § 499 BGB ein, vgl. Palandt/Putzo, § 499 Rdnr. 8.

⁹¹ Salzig, NotBZ 2005, 10, 19.

⁹² Salzig, NotBZ 2005, 10, 19.

⁹³ MünchKommBGB/Habersack, § 499 Rdnr. 42.

⁹⁴ Salzig, NotBZ 2005, 10, 19; Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 155.

⁹⁵ Grziwotz, MDR 1997, 434; a. A. aber MünchKommBGB/Ulmer, § 491 BGB Rdnr. 106.

⁸¹ Bülow in Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl., § 499 BGB Rdnr. 42.

⁸² MünchKommBGB/Habersack, § 499 Rdnr. 37; Grziwotz, MDR 1997, 432; Kurz, MittBayNot 1997, 129; von Rottenburg in von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, Verbraucherkreditrecht, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 23; wohl auch Wolf in FS Heinsius, 1991, S. 967, 968.

⁸³ OLG Köln, ZIP 1994, 776 für § 1 VerbrKrG.

⁸⁴ Palandt/Putzo, Einf. v. § 499 Rdnr. 6.

⁸⁵ Martis, MDR 1998, 1189, 1194 m. w. N.

⁸⁶ Salzig, NotBZ 2005, 10, 18.

3. Inhalt des Kaufvertrages

Der Inhalt des kaufvertraglichen Teils des Mietkaufvertrages entspricht im Grundsatz einem „normalen“ Grundstückskaufvertrag. Im Folgenden werden nur die hiervon abweichenden Regelungspunkte angesprochen.

a) Anrechnung der Kaltmiete

Für die Frage, ob die Kalt- bzw. Nettomiete in voller Höhe oder nur teilweise auf den Kaufpreis anzurechnen ist, gibt es keine allgemein gültige Antwort. Bei schwer veräußerbaren Immobilien wird wohl die Totalanrechnung die Regel sein. Eine Teilanrechnung kann dergestalt erfolgen, dass die Gesamtkaufpreisschuld unter Zugrundelegung einer fiktiven Gesamtlaufzeit von z. B. zehn Jahren mit dem gesetzlichen Zinssatz (§ 246 BGB) zu verzinsen ist und der auf die einzelnen Monatsmieten entfallende, betragsmäßig ausgewiesene Zinsanteil nicht auf den Kaufpreis angerechnet wird.⁹⁶ Wenn die Mietzahlungen vom Mietverkäufer zur Wegfertigung eines Grundpfanddarlehens verwendet werden müssen, kann der in der jeweiligen Monatsmiete fiktiv enthaltene Darlehenszinsanteil von der Kaufpreisanrechnung ausgenommen werden.⁹⁷

b) Fälligkeit des (Rest-)Kaufpreises und Sicherung der Lastenfreistellung

Bei Vorhandensein valutierter Grundpfandrechte sollte der Kaufpreis nur fällig gestellt werden, wenn die Wegfertigung dieser Grundpfandrechte aus dem nach Anrechnung der bezahlten Kaltmiete noch geschuldeten Restkaufpreis sichergestellt ist. Sofern, wie oben erläutert, bereits die Verpflichtung zur Mietzahlung an das Vorliegen einer Lastenfreistellungserklärung geknüpft ist, treten in diesem Bereich keine Probleme auf.

c) Besitz-, Nutzen- und Lastenübergang

Beim „Übergabebaustein“ sollte klargestellt werden, dass ein Nutzen- und Lastenwechsel nur noch insoweit stattfindet, als die Nutzungen und Lasten des Vertragsgegenstandes nicht bereits aufgrund des Mietverhältnisses auf den Mietkäufer übergegangen sind.⁹⁸

d) Tragung der Erschließungskosten

Nach § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB hat der Vermieter die Erschließungskosten zu tragen. Diese können bei einem Mietkaufvertrag über Wohnraum auch nicht auf den Mieter umgelegt werden, da Erschließungskosten keine laufenden öffentlichen Lasten i. S. d. § 2 BetrKV sind. Weil zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses nicht abzusehen ist, ob das Ankaufsrecht ausgeübt wird, ist diese gesetzliche Regelung auch für den Mietkauf sachgerecht. Allerdings sollte für den Fall des Ankaufs im kaufvertraglichen Teil eine Freistellungsverpflichtung des Mietkäufers hinsichtlich der Erschließungskosten aufgenommen werden, die zwischen Vertragsabschluss und Ausübung des Ankaufsrechts angefallen sind. Die

„Entriegelung“ der Vorlagesperre für die Auflassung sollte dann auch von der Erstattung der angefallenen Erschließungskosten abhängig gemacht werden.⁹⁹

e) Sachmängelhaftung

Beim Mietkauf zwischen Privatpersonen über eine Gebrauchtimmobilie ist der übliche Ausschluss von Sachmängelrechten angemessen. Interessengerecht ist darüber hinaus eine Regelung, wonach Verschlechterungen des Mietkaufgrundstücks nach Überlassung desselben an den Mietkäufer (und nicht erst nach Zustandekommen des Kaufs), die nicht auf einem schuldhaften Handeln des Mietverkäufers beruhen, keine kaufrechtlichen Sachmängel darstellen.¹⁰⁰

III. Notarkosten und steuerrechtliche Grundzüge des Mietkaufs

1. Notarkosten

Mietvertrag und Ankaufsrecht in der Form eines bedingten Kaufvertrags sind gegenstandsverschieden i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO.¹⁰¹ Der Wert des Mietvertrages richtet sich nach den Leistungen des Mieters während der Vertragszeit, bei unbestimmter Dauer ist der Wert dreier Jahre maßgebend (§ 25 Abs. 1 KostO). Für den Mietvertrag entsteht die ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO. Für den bedingten Kaufvertrag fällt ebenfalls eine ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO aus dem vereinbarten Kaufpreis an. Gemäß § 44 Abs. 2 lit. a) KostO hat eine Wertzusammenrechnung zu erfolgen. Wird das Ankaufsrecht in der Form eines Angebots ausgestaltet, wird der Geschäftswert ebenfalls durch den vereinbarten Kaufpreis bestimmt.¹⁰² Für den Mietvertrag entsteht die ²⁰/₁₀-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO, für das Angebot die ¹⁵/₁₀-Gebühr nach § 37 KostO. Bei dieser Variante muss ein Kostenvergleich nach § 44 Abs. 2 lit. b) KostO vorgenommen werden.

2. Grunderwerbsteuer

Der Grunderwerbsteueratbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wird beim Mietkauf in der Angebotsvariante mit der Annahme des Kaufangebots verwirklicht.¹⁰³ In der Variante des mit einem bedingten Grundstückskaufvertrag verbundenen Mietvertrages entsteht die Grunderwerbsteuer nach § 14 Nr. 1 GrEStG mit Eintritt der Bedingung. Sofern der Kaufvertrag genehmigungsbedürftig ist, entsteht die Steuer in beiden Gestaltungsvarianten erst mit Erteilung aller erforderlichen Genehmigungen (§ 14 Nr. 2 GrEStG). Alle Formen des Mietkaufvertrages sind gemäß § 18 Abs. 1 GrEStG sofort – und nicht etwa erst mit Ausübung der Option – anzuzeigen.¹⁰⁴

3. Einkommensteuer

Die einkommensteuerrechtliche Behandlung des Mietkaufs ist bisher kaum thematisiert worden. Im – soweit ersichtlich –

⁹⁶ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 166.

⁹⁷ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 166.

⁹⁸ Salzig, NotBZ 2005, 10, 17; da der Fremdbesitz ja bereits aufgrund des Mietvertrages auf den Mietkäufer übergegangen ist, sollte in diesem Zusammenhang vom „Übergang des Eigenbesitzes“ gesprochen werden.

⁹⁹ Salzig, NotBZ 2005, 10, 16; a. A. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 144 Fn. 254.

¹⁰⁰ Hügel/Salzig, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 173.

¹⁰¹ Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 1621 m. w. N.

¹⁰² Wolfsteiner in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 69 Rdnr. 47 M (Erläuterungstext); Salzig, NotBZ 2005, 10, 20.

¹⁰³ Heine, Grunderwerbsteuer, 1996, 22 u. 49.

¹⁰⁴ Boruttaw/Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 18 Rdnr. 5; Gottwald, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 262; Wagner, NotBZ 2000, 76.

einzig bisher veröffentlichten Erlass der Finanzverwaltung¹⁰⁵ wird der hier erörterte Mietkauf als echter Mietkauf bezeichnet. Dieser sei dadurch gekennzeichnet, dass die Vertragsteile einen ernsthaften Mietvertrag mit angemessener Miete vereinbarten, in welchem dem Mieter das ausschließlich seinem Ermessen unterliegende Recht zum Ankauf des Mietgegenstandes eingeräumt werde, wobei die bis zur Veräußerung gezahlten Mietbeträge auf den Kaufpreis anzurechnen seien.¹⁰⁶ Die Einordnung als echter Mietkauf hat nach Meinung der schleswig-holsteinischen Finanzverwaltung zur Folge, dass der Mietkauf während der Mietdauer als echtes Mietverhältnis zu behandeln sei und sich die Mieten beim später zustande kommenden Kaufvertrag auf der Anschaffungskostenebene auswirken: Die Anschaffungskosten des Käufers ergeben sich aus einer Summierung des restlichen Kaufpreises mit der angerechneten Miete. Hiervon ist die verbrauchte „AfA“ (Wertverzehr) vom Kaufpreis für die Mietdauer (ab Ingebrauchnahme durch den späteren Käufer bis zum Erwerbszeitpunkt), höchstens jedoch die angerechnete Miete abzuziehen. Die Anrechnung der gezahlten Miete gilt als Rückgängigmachung des ursprünglichen Mietaufwands. Die Abschreibung erfolgt im Übrigen auf die Restnutzungsdauer des Wirtschaftsguts. Dadurch reduziert sich im Ergebnis die Abschreibungsbasis des Käufers wegen der „Verschlechterung“ des Vertragsobjekts während der Mietphase.¹⁰⁷ *Hügel*¹⁰⁸ wendet gegen diesen Ansatz m. E. zu Recht ein, dass nach dem EStG für die Berechnung der Anschaffungskosten grundsätzlich nicht der Verkehrswert entscheidend ist, sondern die tatsächlichen Anschaffungskosten. Diese berechnen sich aus dem tatsächlichen Aufwand des Mietkäufers. Werden die Mietzahlungen vollständig oder teilweise auf den Kaufpreis angerechnet, ergeben sich folgerichtig die Anschaffungskosten aus einer Summierung des Restkaufpreises mit den gezahlten bzw. den angerechneten Mieten. Für den Abzug eines zwischenzeitlichen Wertverzehrs bleibt kein Raum.¹⁰⁹

Der erwähnte Erlass behandelt nur die einkommensteuerrechtlichen Folgen des Mietkaufs beim Käufer. Für den Verkäufer dürften die allgemeinen einkommensteuerrechtlichen Regelungen gelten, so dass er die Mieteinnahmen nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu versteuern hat und hierbei berechtigt ist, die „AfA“, berechnet aus seinen Anschaffungskosten, und die sonstigen Aufwendungen abzuziehen.¹¹⁰ Mit Optionsausübung erhält er den Restkaufpreis, den er als Veräußerungsgewinn zu versteuern hat, sofern dieser Vorgang gewerblicher Natur ist oder als privates Veräußerungsgeschäft unter § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG fällt. In den anderen Fällen ist der Restkaufpreis als privates Veräußerungsgeschäft nicht steuerpflichtig. In wirtschaftlicher Hinsicht steht der Mietverkäufer somit oftmals deutlich schlechter da als ein „normaler“ Grundstücksverkäufer, da bereits der Teil des Kaufpreises, der durch Anrechnung der Mietzahlungen erbracht wird, der Einkommensteuer unterfällt. Letztendlich würde das wirtschaftliche Ergebnis für den Mietverkäufer umso schlechter, je länger die Mietphase andauert.¹¹¹ Gegen eine solche Doppelbesteuerung des Kaufpreises sprechen, wie *Hügel*¹¹² zu Recht feststellt, erhebliche Bedenken. Denn nach Ausübung der Kaufoption stellt sich der zuvor noch als „isolierter“ und deshalb steuerpflichtiger Mietvertrag zu betrachtende Vorgang als einheitlicher Erwerb dar, bei dem die angerechneten Mietzahlungen wirtschaftlich gesehen Anzahlungen auf den Kaufpreis sind, die aus der Nachschau-Perspektive nicht der Besteuerung unterliegen. Von daher müsste der Kaufentschluss des Mietkäufers als neue Tatsache i. S. v. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO anzusehen sein mit der Folge, dass die Jahressteuerbescheide für die eingenommenen, zunächst als Mieten und später als Kaufpreistraten zu bewertenden Zahlungen aufgehoben oder insoweit geändert werden können.¹¹³ Wenn und soweit es sich bei den nicht angerechneten Mietzahlungen um eine Verzinsung des Kaufpreises handelt, unterliegen diese Teilbeträge der Einkommensteuer.¹¹⁴

105 Ministerium der Finanzen Schleswig-Holstein vom 27.7.2004, S. 2170; Fundstelle NWB DokID: CAAAB-36197.

106 Ministerium der Finanzen Schleswig-Holstein vom 27.7.2004, S. 2170.

107 Ministerium der Finanzen Schleswig-Holstein vom 27.7.2004, S. 2170.

108 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 198.

109 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 198.

110 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 199.

111 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 199.

112 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 200.

113 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 200.

114 *Hügel/Salzig*, Mietkauf und andere Formen des Grundstücks-Ratenkaufs, B Rdnr. 200.

Form, Inhalt und Verfahren beim Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB

Von Notarassessor *Stefan Braun*, LL.M. (London), Maître en droit (Paris)

Eine ganze Reihe von Vorschriften sieht eine Tätigkeit des Notars bei der Aufnahme von Verzeichnissen vor.¹ Allerdings steht dieser Bereich der notariellen Tätigkeit nicht gerade im Fokus der juristischen Diskussion und Praxis. Hinweise zur Gestaltung des Verfahrens und insbesondere Mustertexte haben in diesem Bereich Seltenheitswert.²

Dieser Beitrag befasst sich – ausgehend von den rechtlichen Anforderungen an den Inhalt des Verzeichnisses – mit einigen Vorschlägen, wie Verfahren und Urkunde im Fall des notariellen Nachlassverzeichnisses zur Information Pflichtteilsberechtigter gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB (§ 20 Abs. 1 BNotO) gestaltet werden können. Die Fragen, die sich in diesem statistisch wohl häufigsten und zugleich besonders konflikträchtigen Fall des notariellen Verzeichnisses stellen, sind zumeist nicht juristisch-dogmatischer, sondern praktischer Natur. Dem soll das beigefügte ausführliche Muster eines solchen Nachlassverzeichnisses Rechnung tragen.

I. Inhaltliche Anforderungen

Die Frage nach den inhaltlichen Anforderungen an ein Verzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB stellt sich in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist zu klären, was eine Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar, wie sie in § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB vorgesehen ist, ausmacht, und andererseits, welche Gegenstände verzeichnet werden müssen.

1. Bedeutung der Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar

Anders als die §§ 1993, 2002 und 1802 Abs. 2 BGB sieht § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ausdrücklich vor, dass das Verzeichnis *durch* einen Notar aufgenommen wird. Nach der Rechtsprechung reicht es hierfür nicht aus, „wenn der Notar lediglich Erklärungen des Auskunftspflichtigen über den Bestand beurkundet“³ und so beim Erstellen des Verzeichnisses mitwirkt. Vielmehr hat der beurkundende Notar nach dieser Auffassung den Bestand des Nachlasses selbst zu verzeichnen. Ihn trifft dabei die Verantwortung für das Verfahren und den sich hieraus ergebenden Inhalt.⁴ Ein – auch notariell beurkundetes – Verzeichnis, das lediglich Erklärungen des Auskunftspflichtigen über den Nachlassbestand, jedoch keine Feststellungen des Notars enthält, ist somit kein notarielles Nachlassverzeichnis i. S. d. § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, son-

dern ein privates Verzeichnis. Charakteristisch für ein notarielles Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ist, dass es Feststellungen enthält, welche der beurkundende Notar selbst⁵ über den Bestand des Nachlasses trifft und in der von ihm zu errichtenden öffentlichen Urkunde niederlegt.

In der Praxis ist der mit der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses betraute Notar allerdings zumeist von den Angaben der Beteiligten abhängig.⁶ Das notarielle Verzeichnis zeichnet sich somit nicht notwendigerweise dadurch aus, dass es in jedem Falle richtiger und vollständiger ist als ein privates Nachlassverzeichnis.⁷ Der Auskunftsberechtigte kann jedoch erwarten, dass der Notar die nach den Umständen erforderlichen und möglichen Ermittlungen angestellt sowie ihm bekannte Lücken des Verzeichnisses dokumentiert hat. Der Notar muss zudem, sofern er sie kennt, auch Nachlassgegenstände verzeichnen, die ihm der Erbe nicht nennt oder deren Aufnahme in das Verzeichnis der Erbe nicht wünscht; denn das notarielle Nachlassverzeichnis ist von den Erklärungen und Angaben des Auskunftspflichtigen (rechtlich) unabhängig. Im Hinblick auf diese Anforderungen und darauf, dass der Notar in der Praxis allein aufgrund seiner eigenen Wahrnehmungen kaum je ein aussagekräftiges Verzeichnis erstellen können,⁸ sollte er in der Urkunde möglichst transparent machen, auf welcher Grundlage er den Nachlass ermittelt hat, insbesondere inwieweit er sich auf die Angaben des Auskunftspflichtigen oder anderer Personen stützt. Letztlich kommt es im Rahmen des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die Feststellungen des Notars über den Nachlassbestand an. Er sollte daher klarstellen auf welcher Grundlage er zu diesen gelangt ist bzw. worüber er keine Feststellungen zu treffen vermochte.

2. Aufzunehmende Gegenstände

Bevor der Notar damit beginnen kann, ein Nachlassverzeichnis aufzunehmen, muss er sich zunächst im Klaren darüber sein, welche Gegenstände und Vermögenspositionen in das Verzeichnis aufgenommen werden sollen und wie detailliert

¹ Die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen *durch* den Notar regeln im Erbrecht: § 2003 BGB (Inventar auf Antrag eines Erben), § 2121 Abs. 3 BGB (Vorerbschaft), § 2215 Abs. 4 BGB (Testamentsvollstreckung) und § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB (Pflichtteilsanspruch); Vermögensverzeichnisse außerhalb des Erbrechts finden sich in §§ 1035 (ggf. i. V. m. § 1377), 1379, 1640 Abs. 3, 1667 Abs. 1 und 1802 Abs. 3 BGB. Die bloße notarielle Mitwirkung („zuziehen“ bzw. notarieller „Hilfe bedienen“) bei der Aufnahme eines Verzeichnisses sehen die §§ 1993, 2002 BGB und § 1802 Abs. 2 BGB vor.

² Siehe jedoch *Peter* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 20 Rdnr. 38; *Wegmann* in Kersten/Bühling, § 119 Rdnr. 2; *Klingelhöfer*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 148 ff.; *Bittler* in Mayer/Stüb/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003, S. 341; *Mayer* in Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 813 ff.; siehe auch *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, 2000, § 2314 Rdnr. 1 ff. m. w. N. aus der älteren Literatur.

³ OLG Celle, DNotZ 2003, 62; kritisch zu Recht *Zimmer*, NotBZ, 2005, 208.

⁴ BGHZ 33, 373, 377; OLG Celle, DNotZ 2003, 62 sowie DNotI-Report 2003, 137, 138 jeweils m. w. N.

⁵ OLG Düsseldorf, RNotZ, 2008, 105, 106.

⁶ *Nieder*, DNotZ 2003, 63, 64.

⁷ Erst recht gilt dies im Verhältnis des vom Notar erstellten Verzeichnisses zu einem (etwa gemäß §§ 1993, 2002 BGB) unter Mitwirkung eines Notars erstellten Verzeichnis, vgl. *Nieder*, DNotZ 2003, 63, 64.

⁸ Hierzu *Nieder*, DNotZ 2003, 64.

das Verzeichnis diese wiederzugeben hat. Maßgeblich hierfür sind Sinn und Zweck des Verzeichnisses zugrundeliegenden Auskunftsanspruchs, nämlich dem Auskunftsberechtigten über einen etwaigen (Pflichtteils-)Zahlungsanspruch Klarheit zu verschaffen.⁹ Die materiellen Anforderungen an den Inhalt eines Nachlassverzeichnisses i. S. d. § 2314 Abs. 1 BGB sind insoweit – ob es sich um ein notarielles (§ 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB) oder ein privates Verzeichnis (§ 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB) handelt – identisch.¹⁰ Es ist ein übersichtliches Vermögensverzeichnis gemäß § 260 Abs. 1 BGB mit allen Aktiva und Passiva aufzunehmen.¹¹

In das Verzeichnis gehören zunächst alle Gegenstände, die für den Wert des Nachlassbestands (vgl. § 2311 BGB)¹² und damit des (ordentlichen) Pflichtteilsanspruchs des Auskunftsberechtigten von Bedeutung sein könnten, auch Gegenstände, an denen der Erblasser lediglich Besitz hatte.¹³ Darüber hinaus sind jedoch auch aus dem Vermögen des Erblassers zu dessen Lebzeiten getätigte Zuwendungen zu verzeichnen, sofern sich diese auf etwaige Pflichtteils- und insbesondere Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgewirkt haben könnten.¹⁴ Zu diesem sog. fiktiven Nachlassbestand zählen insbesondere Schenkungen des Erblassers, sofern sie nicht gemäß § 2325 Abs. 3 BGB unberücksichtigt bleiben. Ferner zählen hierzu auch ausgleichspflichtige Zuwendungen (§§ 2316 Abs. 1, 2052, 2055 Abs. 1, sowie in Altfällen § 1934 b Abs. 3 BGB). Zum fiktiven Nachlass sind im Hinblick auf ihre pflichtteilsrechtlichen Folgen (§§ 2315, 2316 und 2327 BGB) auch Zuwendungen, welche der Pflichtteilsberechtigte selbst erhalten hat, hinzuzuzählen. Sofern der Notar Kenntnis von solchen sog. Eigengeschenken hat, wird er diese daher mit in sein Verzeichnis aufnehmen. Allerdings werden dem Pflichtteilsberechtigten Eigengeschenke regelmäßig selbst bekannt sein, so dass es unter Umständen – mangels Auskunftsbedürfnis – als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte das Verzeichnis wegen des Fehlens von Angaben zu Eigengeschenken insgesamt in Frage stellt.

Aus der klaren Trennung¹⁵ von Auskunfts- und Wertermittlungsanspruch in § 2314 Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 3 BGB einerseits und § 2314 Abs. 1 Satz 2, Hs. 2 BGB andererseits folgt, dass vom Notar lediglich eine Aufnahme der einzelnen Gegenstände zu verlangen ist, jedoch keinerlei Bewertung.¹⁶ Auch bei der Aufnahme von sog. wertbildenden Faktoren ist Zurückhaltung geboten.¹⁷ Der Notar wird im Rahmen des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht als Sachverständiger tätig. Er verfügt regelmäßig nicht über die erforderliche Sachkunde, um wertbildende Merkmale aller Nachlassgegenstände zu

erkennen, etwa wenn es sich um Kunst- oder Sammlergegenstände handelt. Es ist erforderlich und ausreichend, die Gegenstände so zu beschreiben, dass im Rahmen einer späteren Wertermittlung eine ausreichende Individualisierung gewährleistet ist, wobei es sinnvoll sein kann, auch Angaben des Auskunftsverpflichteten mit aufzunehmen. Gleichartige Sachen können dabei zusammengefasst werden, wenn kein Interesse an gesonderter Aufführung besteht.¹⁸ Nicht zulässig ist es aber beispielsweise, Guthaben auf verschiedenen Konten pauschal zusammenzufassen.¹⁹

3. Unklare und streitige Positionen

Bei in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht umstrittenen oder unklaren Punkten, beispielsweise Zuwendungen des Erblassers oder Zahlungen aus dem Nachlass, deren Rechtsgrund nicht offensichtlich ist, sollte der Notar den zugrundeliegenden Sachverhalt (etwa als Erklärung des/der Beteiligten) aufnehmen, um so die Prüfung der Unentgeltlichkeit zu ermöglichen;²⁰ auch seine etwaigen Zweifel sollte er im Verzeichnis zum Ausdruck bringen.²¹ Dagegen ist es nicht Aufgabe des Notars, rechtlich umstrittene Punkte für die Beteiligten endgültig zu klären. Durch das Verzeichnis soll der Auskunftsberechtigte die nötige Tatsachenkenntnis erhalten, um beurteilen zu können, ob er Leistungsansprüche geltend machen will.²² Die verbindliche Entscheidung über solche Ansprüche ist einer Einigung der Beteiligten oder einer späteren (richterlichen) Entscheidung hierüber vorbehalten.

II. Gestaltung des Verfahrens

1. Grundsätzliches

Besondere gesetzliche Vorgaben für das bei der Nachlassermittlung zu beachtende Verfahren sind weder in § 2314 BGB noch in § 20 Abs. 1 BNotO oder den Vorschriften des BeurkG enthalten.²³ Die Gestaltung des Verfahrens liegt im Ermessen des Notars, der sich dabei an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren kann und sollte.²⁴ Begrenzt wird das Ermessen lediglich durch zwei Faktoren: Erstens muss das Verfahren geeignet sein, zum angestrebten Ergebnis – also zu einem den inhaltlichen Anforderungen genügenden Nachlassverzeichnis – zu führen; zweitens ist zu beachten, dass aus der Zuständigkeit des Notars zur Aufnahme des Verzeichnisses keine (Eingriffs-)Befugnisse gegenüber dem Auskunftsverpflichteten oder gegenüber Dritten folgen.

2. Mögliche Verfahrensschritte

Die Grundzüge eines in der Mehrzahl der Fälle sachgerechten Verfahrens könnten etwa folgendermaßen aussehen:

a) In einem ersten Besprechungstermin setzt der Notar dem Auskunftsverpflichteten die gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt eines Nachlassverzeichnisses auseinander, stellt Fragen nach konkreten Vermögenspositionen (etwa Grundbesitz und Bankguthaben) und bittet um die Überlassung von relevanten Unterlagen.

⁹ BGHZ 33, 373, 374; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 2314 Rdnr. 1, 7 f.; *Erman/Schmidt*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 2314 Rdnr. 1.

¹⁰ *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 8; BGHZ 33, 373, 376.

¹¹ *Staudinger/Haas*, BGB, 2006, § 2314 Rdnr. 38 ff., *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 6 ff.

¹² Hierzu *Palandt/Edenhofer*, § 2311 Rdnr. 1 ff.

¹³ *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 7; *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, § 2314 Rdnr. 3 ff.

¹⁴ BGHZ 33, 373, 374; 89, 24, 27; OLG Karlsruhe, MittBayNot 2007, 412, 414; *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 7; DNotI-Report 2007, 105; *Nieder*, ZErB 2004, 60 – jeweils m. w. N.; hierzu zählen grundsätzlich auch Anstands- und Pflichtschenkungen, vgl. *Klingelhöfer*, Pflichtteilsrecht, Rdnr. 155; zur Aufnahme strittiger Positionen vgl. unten I. 3.

¹⁵ BGHZ 89, 24, 28; *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 13.

¹⁶ DNotI-Report 2003, 137, 138.

¹⁷ Zu weitgehend daher DNotI-Report 2003, 137, 138.

¹⁸ Ähnlich DNotI-Report 2003, 137, 139.

¹⁹ DNotI-Report 2003, 137, 138 f.

²⁰ *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 7; DNotI-Report 2007, 105, 106 f.

²¹ DNotI-Report 2007, 105, 106 f.

²² *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 1.

²³ *Zimmer*, NotBZ, 2005, 208.

²⁴ DNotI Report 2003, 137, 138.

b) Daraufhin erstellt der Verpflichtete selbst eine erste Aufstellung über den Nachlass.

c) Diese Aufstellung dient dem Notar wiederum als Grundlage für den (Roh-)Entwurf des eigentlichen Nachlassverzeichnisses, in dem die Vermögensgegenstände thematisch gegliedert aufgeführt werden. Hierbei ist es unter Umständen notwendig, bezüglich einzelner Vermögensgegenstände erneut Rücksprache mit dem Auskunftspflichtigen zu halten; auch eine Grundbuch- oder Handelsregisterrecherche sollte gegebenenfalls durchgeführt werden.

d) Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist es geboten, auch den Auskunftsberechtigten zu informieren, damit dieser auf bestimmte Vermögensgegenstände hinweisen kann. Außerdem sollte geklärt werden, ob er bei der Aufnahme des eigentlichen Verzeichnisses anwesend sein möchte.

e) Schließlich begibt sich der Notar – wenn möglich und erforderlich – vor Ort, also zum letzten Wohnsitz des Erblassers bzw. dorthin, wo sich dessen Nachlass nun im Wesentlichen befindet. Der Notar überprüft und ergänzt dort aufgrund seiner Wahrnehmungen und Einsichtnahme in Originalunterlagen den Entwurf des Verzeichnisses und errichtet schließlich die eigentliche Urkunde über das Nachlassverzeichnis.

Natürlich sollte das hier vorgeschlagene Verfahren den Besonderheiten des Einzelfalles angepasst werden. So mag es zielführend sein, sogleich einen Ortstermin am letzten Wohnsitz des Erblassers vorzusehen, wenn der Erblasser erst kurz zuvor verstorben ist.²⁵ In anderen Fällen kann ein Ortstermin dagegen von vornherein entbehrlich sein.²⁶

3. Grenzen der notariellen Ermittlungen

Das geschilderte Verfahren bietet, gerade wenn der Erbfall bereits einige Zeit zurückliegt und es um die Ermittlung des fiktiven Nachlasses geht, für den Notar keine Gewähr, dass er immer ein vollständiges Nachlassverzeichnis erstellen können. Jedoch hat er keine anderen Mittel als den Hinweis auf das Gesetz, insbesondere eine mögliche Strafbarkeit, gegebenenfalls die Einsicht in das Grundbuch und (Handels-)Register oder die Nachlassakten sowie die Nachfrage beim Auskunftspflichtigen. In der Praxis wird der Notar den Auskunftspflichtigen zudem um die Vorlage von relevanten Unterlagen, wie etwa Kopien der Anzeigen der Banken des Erblassers gegenüber dem Finanzamt (vgl. § 33 ErbStG, § 1 ErbStDV) bitten. Er hat jedoch keine Befugnis, gegen den Willen des auskunftspflichtigen Erben im Umfeld des Erblassers zu ermitteln oder Räume zu durchsuchen und die Vorlage von Unterlagen zu erzwingen:²⁷ Notare sollten sich solche Befugnisse nicht anmaßen.²⁸ Absichtlich verschwiegene Schenkungen wird der Notar daher selten aufdecken können.²⁹

Auch zur Ab- und Aufnahme einer Versicherung an Eides statt des Auskunftspflichtigen ist der Notar im Rahmen des

§ 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB nicht zuständig.³⁰ Insbesondere begründet § 20 BNotO, der nur die Aufnahme, d. h. die Beurkundung der Versicherung betrifft, insoweit keine entsprechende Zuständigkeit. Vielmehr ist die Versicherung an Eides statt Teil des gerichtlichen und nicht des notariellen Verfahrens. Zuständig sind gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1 BGB allein die Gerichte, d. h. das jeweilige Vollstreckungsgericht bzw. bei freiwilliger Abgabe das Amtsgericht desjenigen Ortes, an dem die Verpflichtung zur Vorlage des Verzeichnisses zu erfüllen ist.³¹ Auch eine entsprechende Vereinbarung der Beteiligten vermag dies nicht zu ändern, da die Zuständigkeit zur Abnahme der Versicherung, schon im Hinblick auf ihre strafrechtlichen Folgen (§§ 156, 163 Abs. 1 StGB), nicht der Disposition der Beteiligten unterliegt. Eine Versicherung an Eides statt über den Nachlassbestand gegenüber dem Notar kann eine Strafbarkeit gemäß §§ 156, 163 Abs. 1 StGB nicht begründen. Der Notar sollte eine solche Versicherung daher nicht aufnehmen.³²

Trotz der tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Nachlasses obliegt es dem Notar, einen ernsthaften Versuch eigener Ermittlungen zu unternehmen.³³ Dies gilt auch dann, wenn der Auskunftspflichtige bereits ein privates Nachlassverzeichnis erstellt und der Auskunftsberechtigte sich damit zunächst begnügt hat.³⁴ Andererseits obliegt es allein dem Auskunftsberechtigten und nicht dem Notar, Druck auf den Auskunftspflichtigen auszuüben, etwa diesen auf Vorlage des Verzeichnisses, Mitwirkung beim Erstellen,³⁵ und gegebenenfalls auf Abgabe einer Versicherung an Eides statt (§§ 2314 Abs. 1 Satz 2, 260 Abs. 2 BGB) zu verklagen. Eine Pflicht zur Mitwirkung kann sich aus § 2314 BGB gegenüber dem Auskunftsberechtigten,³⁶ nicht aber gegenüber dem Notar ergeben, zumal der Auftrag an den Notar vom Auskunftspflichtigen, nicht vom -berechtigten ausgehen muss.³⁷ Erteilt der Auskunftspflichtige zwar einen solchen Auftrag, ist er allerdings sonst zu keinerlei Mitwirkung bereit, so kann der Notar, falls er nicht in der Lage ist, das Verzeichnis auf andere Weise zu erstellen (vgl. § 15 Abs. 1 BNotO),³⁸ die Aufnahme des Verzeichnisses ablehnen.³⁹

4. Der Einsatz von „Hilfspersonen“

Die Errichtung des Verzeichnisses durch den Notar bedeutet nicht, dass er den Bestand des Nachlasses allein und höchstpersönlich ermitteln muss. „Hilfspersonen“ einzuschalten steht dem Notar grundsätzlich frei.⁴⁰ Grenzen findet diese

²⁵ Hiervon geht etwa das Muster von *Wegmann* in Kersten/Bühling, § 119 Rdnr. 2 aus.

²⁶ *Zimmer*, NotBZ 2005, 208, 211 hält eine Besichtigung der Wohnung des Erblassers stets für nicht erforderlich.

²⁷ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 8.

²⁸ Vgl. *Zimmer*, NotBZ 2005, 208, 210 f.; es besteht auch kein Anspruch darauf, dass das Verzeichnis in der Wohnung des Erblassers oder Erben aufgenommen wird, vgl. *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2314 Rdnr. 13.

²⁹ *Dieckmann/Soergel*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2314 Rdnr. 18.

³⁰ Hierzu eingehend *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73; siehe auch *Nieder*, ZErB 2004, 60, 64; *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 77 – jeweils m. w. N. auch zur a. A.

³¹ *Gottwald*, Pflichtteilsrecht, § 2314 Rdnr. 21; *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73, 76.

³² *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73, 78; a. A. offenbar OLG Düsseldorf, RNotZ, 2008, 105, 106.

³³ Vgl. OLG Düsseldorf, RNotZ, 2008, 105.

³⁴ OLG Naumburg, NJW-RR 2008, 317.

³⁵ Zu einer Klage des Auskunftsberechtigten auf persönliches Erscheinen des Auskunftspflichtigen vor dem Notar vgl. OLG Koblenz, RNotZ 2007, 414 mit Anm. *Sandkühler*, RNotZ 2008, 33.

³⁶ *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 71.

³⁷ *Baumann* in *Limmer/Hertel/Frenz/Mayer*, Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 4 Rdnr. 686; *Bittler* in *Handbuch Pflichtteilsrecht*, 2003, Rdnr. 28; *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 6 m. w. N.

³⁸ Der Notar darf auch in diesem Fall die Beurkundung nicht ohne ausreichenden Grund ablehnen, vgl. *Nieder*, ZErB 2004, 60, 65.

³⁹ *Schreinert*, RNotZ 2008, 61, 71.

⁴⁰ *Limmer* in *Würzburger Notarhandbuch*, Teil 1 Rdnr. 266; *Staudinger/Haas*, § 2314 Rdnr. 41 a.

Freiheit allerdings dort, wo deren Einsatz nicht mehr einem ordnungsgemäßen Ermessensgebrauch bei der Verfahrensgestaltung entspricht. Für die notarielle Qualität des Verzeichnisses ist nicht erforderlich, dass der Notar sämtliche im Nachlass befindliche Teller und Tassen persönlich gezählt hat. Gerade bei einem größeren Nachlass oder unübersichtlichen Verhältnissen liegt es jedoch im Interesse des Auskunftsberechtigten, dass der Notar, der den Erblasser und dessen Vermögen in aller Regel nicht kannte, bei der Aufnahme des Verzeichnisses vor Ort sogleich die wesentlichen Feststellungen treffen kann. Andernfalls würde lediglich das Verfahren der Aufnahme unnötig in die Länge gezogen, ohne dass dem ein Gewinn an Vollständigkeit und Richtigkeit des Ergebnisses gegenüberstünde. Es wird daher grundsätzlich möglich sein, dass bei der Aufnahme des Verzeichnisses neben dem Notar auch andere Personen mitwirken. Hierfür kommen selbstverständlich, insbesondere auch wenn es darum geht, ein Verzeichnis vor Ort zu erstellen und abzuarbeiten, in erster Linie die Mitarbeiter des Notars in Betracht.⁴¹ Der Notar muss stets von der Richtigkeit der Feststellungen in der Urkunde überzeugt sein, auch wenn er sich hierbei in begrenztem Umfang – vergleichbar einem Erkennungszeugen bei der Identitätsfeststellung – auf die Wahrnehmung Dritter stützen kann. Wenn ein durch den Auskunftsverpflichteten oder andere Personen erstelltes Verzeichnis ohne jegliche – auch stichprobenweise – Nachprüfung übernommen wird, obwohl eine Möglichkeit zur Überprüfung bestand, so ist dies vom notariellen Ermessen nicht mehr umfasst.

III. Form

Auch in formeller Hinsicht wirft das notarielle Nachlassverzeichnis Fragen auf, da es an einer speziellen gesetzlichen Regelung hierzu fehlt.⁴² Da der Notar bei der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB „nicht lediglich eine Erklärung des Auskunftsverpflichteten“⁴³ beurkundet, ist die gemäß §§ 8 ff. BeurkG für die Beurkundung von Willenserklärungen vorgeschriebene Form nicht zwingend erforderlich. Vielmehr reicht es nach der ganz überwiegenden Meinung aus, wenn der Notar die Aufnahme des Verzeichnisses in einer berichtenden Urkunde gemäß §§ 36, 37 BeurkG niederlegt.⁴⁴

Hiermit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob es auch stets zweckmäßig ist, die Form des § 37 BeurkG zu wählen. Es ist nicht ausgeschlossen, Erklärungen des Auskunftsverpflichteten in die Urkunde mit aufzunehmen und diese in einer §§ 8 ff. BeurkG – und damit auch § 37 BeurkG⁴⁵ – entsprechenden Form zu errichten.⁴⁶ Eine rein berichtende Urkunde bietet sich in erster Linie an, wenn der Fall in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einfach gelagert und nicht streitig ist. Sofern aufgrund tatsächlicher oder rechtlicher Zweifel und Unklarheiten konkrete Nachfragen und rechtliche Hinweise erforderlich sind, bietet hingegen das Verfahren der Beurkundung von Willenserklärungen gemäß §§ 8 ff. BeurkG Vor-

teile.⁴⁷ So kann durch das Vorlesen Missverständnissen bei Erklärungen des Auskunftsverpflichteten über den Bestand des Nachlasses, insbesondere über die Vollständigkeit des Verzeichnisses, vorgebeugt werden. Auch der psychologische Effekt einer solchen Beurkundung ist nicht zu unterschätzen, da in diesem Fall ein nachlässiger oder gar unredlicher Beteiligter veranlasst wird, seine möglicherweise unvollständigen Angaben sowie den Hinweis auf etwaige Konsequenzen anzuhören und durch das Genehmigen und Unterschreiben⁴⁸ der Urkunde seine Verantwortlichkeit für die von ihm gemachten Angaben zu dokumentieren. Angesichts der beschränkten Ermittlungsbefugnisse des Notars sollte diese Möglichkeit nicht ungenutzt bleiben.

Die Errichtung des Verzeichnisses gemäß §§ 8 ff. BeurkG darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass inhaltlich letztlich die Feststellungen des Notars und nicht die Erklärungen des Auskunftsverpflichteten das Verzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB ausmachen. Daher hat der Notar darauf zu achten, die Urkunde, insbesondere den Urkundeneingang, dahingehend anzupassen, dass *er, der Notar*, den Bestand des Nachlasses (gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB) verzeichnet und er nicht „lediglich“⁴⁹ die Erklärungen der Beteiligten beurkundet.⁵⁰ Er sollte ferner deutlich machen, auf welche Angaben und wessen Wahrnehmungen er sich jeweils für seine Feststellungen stützt. Beziehen sich Erklärungen von Beteiligten nur auf Teile des Verzeichnisses, etwa weil sich der Auskunftsverpflichtete ein vom Notar erstelltes Sachverzeichnis nicht zu Eigen machen will, sollte dies ebenfalls klargestellt werden. Keinesfalls entbindet die Entscheidung für die Form der Beurkundung den Notar davon, selbst Feststellungen über den Nachlassbestand zu treffen.

Trotz der erwähnten Vorteile einer Beurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG ist es nicht unbedingt ratsam, das Verzeichnis eines umfangreichen Nachlasses ausschließlich in einer vollständig zu verlesenden Urkunde zu errichten. Insoweit sollte der Notar – schon um die Übersichtlichkeit des Verzeichnisses zu erhalten – geeignete Gruppen von Gegenständen in gesonderten Bestandsverzeichnissen zusammenfassen und insoweit nach § 14 BeurkG verfahren. Da die Form der §§ 8 ff. BeurkG für das Nachlassverzeichnis ohnehin gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, ist auch eine Kombination der Niederschrift nach §§ 36 f. BeurkG mit einer Urkunde in der Form der §§ 8 ff. BeurkG denkbar.⁵¹

IV. Fazit

Das notarielle Verzeichnis kann ein sinnvolles Instrument sein, sofern man die Anforderungen und Erwartungen hieran nicht überspannt.⁵² Angesichts der fehlenden Ermittlungsbefugnisse des Notars ist ein solches Verzeichnis in der Regel nur hilfreich, wenn der jeweilige Auskunftsverpflichtete tatsächlich zur Auskunft bereit und der Auskunftsberechtigte grundsätzlich gewillt ist, hierauf – je nach dem Ergebnis – zu

⁴¹ A. A. insoweit *Roth*, ZErB 2007, 402, 404, jedoch ohne nachvollziehbare Begründung.

⁴² *Zimmer*, NotBZ 2005, 208.

⁴³ OLG Celle, DNotZ 2003, 62.

⁴⁴ Vgl. nur *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2003, § 14 Rdnr. 22; OLG Celle, DNotZ 2003, 62; DNotI-Report 2003, 137, 138 – jeweils m. w. N.; anders *Limmer* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 1 Rdnr. 265 (an § 37 angelehnte Urkunde).

⁴⁵ *Winkler*, BeurkG, § 37 Rdnr. 9.

⁴⁶ *Nieder*, ZErB 2004, 60, 64.

⁴⁷ So auch *Zimmer*, NotBZ, 2005, 208, 210; anders *Nieder*, ZErB 2004, 60, 64.

⁴⁸ Ob die Unterschrift des Verpflichteten zwingend erforderlich ist, ist für das private Verzeichnis umstritten (*Staudinger/Haas*, § 2314 Rdnr. 38); beim notariellen Verzeichnis ist (nur) die Unterschrift des Notars erforderlich (OLG Celle, DNotZ 2003, 62, 63).

⁴⁹ OLG Celle, DNotZ 2003, 62.

⁵⁰ Vgl. *Roth*, ZErB 2007, 402, 406; a. A. *Zimmer*, NotBZ 2005, 208, 211.

⁵¹ Hierzu *Nieder*, ZErB 2004, 60, 65 m. w. N.; vgl. allg. zu dieser Mischform *Winkler*, BeurkG, vor § 36 Rdnr. 16 ff.

⁵² *Nieder*, ZErB 2004, 60, 66.

vertrauen. Der Notar kann durch rechtliche Beratung und Gestaltung des Verzeichnisses mit Unterstützung eines redlichen Auskunftspflichteten ein aussagekräftiges Verzeichnis erstellen. Hält der Auskunftsberechtigte dagegen den Verpflichteten von vornherein nicht für redlich, so kann ihm auch ein Notar kaum weiterhelfen. Auf das notarielle Verzeichnis, welches hier nur ein Zwischenschritt wäre, zu verzichten und sogleich zur Versicherung an Eides statt gemäß § 260 Abs. 2 BGB überzugehen⁵³ kann in diesem Fall eine Alternative darstellen.⁵⁴ Dieses gesonderte Verfahren der Auf- und Abnahme einer solchen Versicherung ist allerdings nicht Teil der notariellen Nachlassermittlung im Rahmen des § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB.⁵⁵

Formulierungsvorschlag:

Urkundseingang

Herr ... erklärte, ein Verzeichnis des Nachlasses seines Vaters ... durch einen Notar aufnehmen lassen zu wollen. Er wurde über die Funktion und Bedeutung des Nachlassverzeichnisses, insbesondere auch über mögliche strafrechtliche Folgen falscher Angaben im Zusammenhang mit der Errichtung des Verzeichnisses, belehrt.

Aufgrund der Angaben von Herrn ..., der übergebenen Schriftstücke (ggf. einer Eigentümerrecherche im Grundbuch des AG ... und entsprechender Grundbucheinsicht,) sowie meiner, des Notars, Wahrnehmungen vor Ort, verzeichne ich, der Notar, den Bestand des Nachlasses von ... wie folgt:

I. Vorbemerkungen

Herr ..., geboren am ... – nachfolgend auch „Erblasser“ genannt – ist am ... in ... verstorben. Er wurde von seinem Sohn, ..., – nachfolgend auch „Auskunftspflichteter“ genannt – allein beerbt. Wegen der Erbfolge wird verwiesen auf die Nachlassakten des AG – Nachlassgericht ... Nach Angabe des Auskunftspflichteten lebte der Erblasser zuletzt in dem Anwesen ... Für einen weiteren Wohnsitz des Erblassers bei seinem Tod gibt es keine erkennbaren Hinweise.

Das Verzeichnis des Nachlasses des Erblassers – nachfolgend auch „Nachlass“ genannt – dient der Erfüllung des Auskunftsanspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB von Herrn ..., nachfolgend auch „Auskunftsberechtigter“ genannt. Der Auskunftsberechtigte ließ durch Anwaltsschreiben vom ... erklären, dass er bei der Aufnahme des notariellen Verzeichnisses nicht zugegen sein möchte. Eine Liste mit Gegenständen, die sich seiner Ansicht nach im Nachlass befanden, hat er trotz Aufforderung nicht übergeben.

II. Grundstücke/grundstücksgleiche Rechte

Immobilienvermögen des Erblassers im In- oder Ausland war nach Angabe des Auskunftspflichteten zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vorhanden und konnte von mir, dem Notar, auch nicht auf andere Weise ermittelt werden.

⁵³ Zwar braucht sich der Auskunftsberechtigte nicht auf § 260 Abs. 2 BGB verweisen zu lassen, wenn noch kein notarielles Verzeichnis vorgelegt wurde, *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 6 m. w. N., er muss jedoch nicht zwingend zuvor ein notarielles Verzeichnis verlangen, *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 11.

⁵⁴ Vgl. *Staudinger/Haas*, § 2314 Rdnr. 41 a.

⁵⁵ *Schindler*, BWNNotZ 2004, 73; *Nieder*, ZERB 2004, 60, 64; *Schreiner*, RNotZ 2008, 61, 77 – jeweils m. w. N.

III. Bewegliche Sachen

1. Hausrat und persönliche Gegenstände

Der vom Erblasser hinterlassene Hausrat befindet sich nach Angabe des Auskunftspflichteten, soweit er noch in dessen Besitz ist, in dem vom Erblasser zuletzt bewohnten Anwesen in ... Die dort vorhandenen Gegenstände verzeichne ich wie folgt:

ein Kleiderschrank 220 cm x 160 cm; Material: Pressspan mit weißer Beschichtung, Marke Norden, Modell Häng; nach Angabe des Auskunftspflichteten ca. 10 Jahre alt;

ein Gemälde ca. 100 cm x 120 cm, Motiv: Bauer am Pflug, datiert 1932, unsigniert, wohl Ölfarbe auf Leinwand, nach Angabe des Auskunftspflichteten wurde dieses Bild vom Erblasser vor ca. fünf Jahren auf einem Flohmarkt in Passau für etwa 50 € erworben;

(usw., je nach Umfang können Gruppen von Gegenständen im Einzelnen in Anlagen verzeichnet werden, auf welche nach § 14 BeurkG verwiesen werden kann)

2. Kraftfahrzeug

Der Erblasser war bei seinem Tod Halter eines PKW ..., Baujahr ..., derzeitiges amtl. Kennzeichen ..., Fahrgestellnr. ... (ggf. weitere Angaben aus dem Fahrzeugschein, evtl. Kopie beifügen)

Dieses Fahrzeug stand nach Angabe des Auskunftspflichteten im Alleineigentum des Erblassers.

3. Sonstiges

Nach dem Tod des Erblassers hat der Auskunftspflichtete nach seiner Angabe folgende weitere Gegenstände des Erblassers an Dritte weitergegeben oder entsorgt:

(...)

Sonstige bewegliche Sachen befanden sich nach Angabe des Auskunftspflichteten nicht im Nachlass. Er erklärt jedoch, folgende Gegenstände, die sich nach seiner Auffassung an sich im Nachlass hätten befinden müssen, seien bereits seit dem Tod des Erblassers nicht mehr auffindbar gewesen:

(...)

IV. Konten/Forderungen

Ausweislich der vorgelegten Unterlagen wiesen die Konten des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes folgende Kontostände (einschließlich bis dahin aufgelaufener Zinsen für das laufende Jahr) zugunsten des Erblassers auf:

(...)

Auf Befragen versichert der Auskunftspflichtete, dass ihm weitere Konten, Depots, Beteiligungen (etwa an Gesellschaften) oder private Forderungen des Erblassers, die dieser bei oder vor seinem Tod hatte oder gehabt haben könnte, nicht bekannt seien. Nach entsprechendem Hinweis erklärt er, dass sich außer den vorgelegten Unterlagen keine Bankunterlagen, die für dieses Verzeichnis von Bedeutung sein könnten, im Nachlass befunden haben oder in seinem Besitz seien.

V. Unentgeltliche Verfügungen des Erblassers unter Lebenden

Die gesetzlichen Bestimmungen über das Pflichtteilsrecht wurden mit dem Auskunftspflichteten erörtert, insbesondere auf mögliche Pflichtteilsergänzungsansprüche hinge-

wiesen. Ausweislich der vorgelegten Unterlagen und nach den Angaben des Auskunftspflichtigen machte der Erblasser zu seinen Lebzeiten abgesehen von Anstandsschenkungen⁵⁶ in üblicher Höhe, wie etwa Geburtstags- und Weihnachtsgeschenken, folgende möglicherweise Pflichtteils- oder Pflichtteilergänzungsansprüche berührende Verfügungen:

(jeweils einzelne Angabe von Gegenstand und Empfänger, sowie – falls zu ermitteln – Anlass der Verfügung; bei Überweisungen von Geldbeträgen auch Kontonummer und Verwendungszweck)

VI.

Erblasserschulden, Erbfallverbindlichkeiten

Verbindlichkeiten, insbesondere Bankschulden, hat der Erblasser nach Angabe des Auskunftspflichtigen nicht gehabt.

⁵⁶ Grundsätzlich besteht auf Verlangen auch insoweit ein Auskunftsanspruch, *Palandt/Edenhofer*, § 2314 Rdnr. 7; jedoch sollte – sofern der Auskunftsberechtigte nicht etwas anderes verlangt – auf die Aufnahme von solchen Geschenken verzichtet werden, um das Verzeichnis nicht völlig unübersichtlich zu machen. Zudem ist die Ermittlung der zugewendeten Gegenstände in diesem Bereich häufig nicht möglich.

Folgende Verbindlichkeiten sind für den Auskunftspflichtigen als Erben aus Anlass des Erbfalls entstanden:

1. Gerichtskosten

Für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen, die Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung und die Erteilung eines Erbscheins sind ausweislich der vorgelegten Kostenrechnung Kosten in Höhe von € ... entstanden.

2. Beerdigungskosten

Die Kosten der Beerdigung des Erblassers, einschließlich der Kosten der Trauerfeier, des Grabmals sowie der erstmaligen Anlage der Grabstätte – jedoch ausschließlich der Kosten der laufenden Grabpflege⁵⁷ –, der Traueranzeigen und Danksagungen gibt der Auskunftspflichtige mit € ... an.

Diese Kosten setzen sich im Einzelnen wie folgt zusammen: (...)

VII.

Sonstiges, Kosten, Abschriften

(...)

⁵⁷ Vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 1968 Rdnr. 5.

Persönliche Haftungsübernahme und Vollstreckungsunterwerfung „gegenüber dem jeweiligen Grundschuldgläubiger“

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 12.12.2007, VII ZB 108/06* –

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Der BGH hat sich mit knappen Worten zweier praxiswichtiger Komplexe auf dem Terrain des „notariellen Prozessrechts“ angenommen, nämlich der Klauselerteilung in der Insolvenz und der erweiterten Abgabe von Vollstreckungsunterwerfungserklärungen in persönlicher Hinsicht gegenüber künftigen Gläubigern bereits in der Bestellsurkunde. Der nachfolgende Beitrag stellt dieses Judikat und die von ihm behandelten Klauseln in den weiteren Kontext der Grundschuldpraxis von Banken und Notaren und untersucht die möglichen Auswirkungen auf die tägliche Arbeit des Notars.

I. Klauselerteilung in persönlicher Hinsicht und Insolvenz des Schuldners

Der BGH hat entschieden, dass § 89 Abs. 1 InsO trotz Insolvenz des Schuldners nicht die Klauselerteilung diesem gegenüber hindert. Für die Praxis interessanter ist aber eher die umgekehrte Frage, ob § 89 Abs. 1 InsO die Erteilung der Vollstreckungsklausel (Titelumschreibung) gegen den Insolvenzverwalter¹ als Rechtsnachfolger des Schuldners² hindert. Eine höchstrichterliche Aussage hierzu fehlt. Die – sofern durch

Auszählen noch als solche ermittelbar – herrschende Auffassung der Instanzgerichte und im Schrifttum lehnt eine solche Umschreibungsmöglichkeit in persönlicher Hinsicht ab.³ Die Argumentation im vorliegenden Beschluss spricht aber für die Zulässigkeit der Klauselerteilung. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel sei, so der BGH, eine die Zwangsvollstreckung lediglich vorbereitende Maßnahme und werde vom Vollstreckungsverbot nicht erfasst. Dem ist schon aus klar zutage liegenden Gründen der Gesetzessystematik nichts hinzuzufügen. Dieses Argument erfasst aber beide Konstellationen

* MittBayNot 2008, 405 (in diesem Heft).

¹ Vgl. hierzu BGH, ZIP 2005, 1474 = DNotZ 2006, 44; ausführlich *Everts*, Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht (2006/2007), DAI-Skript, S. 248 ff.

² *Zöller/Geimer*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 727 Rdnr. 18; *Thomas/Putzo*, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 727 Rdnr. 3; *Scheele*, NotBZ 2001, 286, 293.

³ Vgl. die Darstellung des Streitstandes bei *Heckschen/Reul/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 105; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 44.33. In Kenntnis dieses Problems wird bisher allerdings ebenso regelmäßig wie pragmatisch die Umschreibung auf den Insolvenzverwalter allein in dinglicher Hinsicht beantragt, was kein Problem ist (Grundschuld als Vorzugsrecht).

gleichermaßen. Es kann also keinen Unterschied ausmachen, gegen wen in der Insolvenz die Klausel erteilt wird. Ob tatsächlich vollstreckt wird/werden kann, entscheidet unter Beachtung des § 89 InsO allein das Vollstreckungsorgan. Der Notar ist aber selbst kein Vollstreckungsorgan. Deshalb kommt es auch nicht auf das Vorliegen eines wie auch immer gearteten „Rechtsschutzbedürfnisses“⁴ an.⁵

In der Insolvenz des Schuldners kann also die Vollstreckungsklausel gegen diesen nach wie vor erteilt werden, sie kann aber auch gegen den Insolvenzverwalter erteilt werden, und zwar sowohl persönlich als auch dinglich. Praktisch gibt es demnach hier ein Wahlrecht für den Gläubiger. Ob es danach wegen § 89 InsO noch zu einer erfolgreichen (Einzel-)zwangsvollstreckung gegen Schuldner und/oder Insolvenzverwalter kommen kann, steht auf einem anderen Blatt.

II. Vollstreckungsunterwerfung und „jeweiliger Rechtsinhaber“

1. Die dingliche Unterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer

Nach § 800 Abs. 1 ZPO kann der Eigentümer eines Grundstücks die Unterwerfungserklärung wegen des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht auch in der Weise abgeben, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll, wobei diese Art der Unterwerfung in das Grundbuch eingetragen sein muss. Dabei ist zu beachten, dass entgegen dem ersten Anschein die Klauselumschreibung, die Voraussetzung für eine Zwangsvollstreckung gegen den Rechtsnachfolger ist, durch die Eintragung der Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO nicht ersetzt wird. Dass die Vollstreckungsklausel zu einer vollstreckbaren Urkunde, in der sich der Eigentümer wegen eines Grundpfandrechts der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, auch gegen den Nachfolger im Grundstückseigentum erteilt werden kann, beruht nicht auf § 800 ZPO, sondern auf §§ 795, 725, 325 ZPO. Danach kann die Vollstreckungsklausel gegen den neuen Eigentümer als den Erwerber der streitbefangenen Sache erteilt werden,⁶ wobei unter „streitbefangen“ in notariellen Urkunden eben „vollstreckungsunterworfen“ bedeutet. Eine Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde kann auch bei § 800 ZPO gegen jeden späteren Eigentümer daher nur erfolgen, wenn gegen ihn als Rechtsnachfolger eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt und ihm die Urkunde zugestellt ist.⁷

Die Bedeutung des häufig fehleingeschätzten § 800 ZPO⁸ liegt allein in einer Warnung des Erwerbers. Dieser muss bei ordnungsgemäßer Eintragung jederzeit damit rechnen, dass zu den eingetragenen Grundpfandrechten Vollstreckungstitel vorliegen und dass aus diesen auch gegen ihn vollstreckt werden kann. Nach § 800 Abs. 2 ZPO bedarf es zudem nicht mehr der Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden.

⁴ Vgl. etwa *Kessler*, RNotZ 2004, 462; *ders.*, ZInsO 2005, 918.

⁵ Der BGH äußert sich wegen fehlender Entscheidungserheblichkeit nicht hierzu, was aber die Frage aufwirft, warum er sich einen Absatz zuvor überhaupt mit der Thematik und § 89 InsO befasst hat – beides war ebenfalls nicht entscheidungserheblich.

⁶ MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 800 Rdnr. 1; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 800 Rdnr. 8; Gutachten DNotl-Report 1995, 68.

⁷ LG Frankfurt a. M., ZIP 1983, 1516, 1517; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 800 Rdnr. 8; *Zöller/Geimer*, ZPO, § 800 Rdnr. 13.

⁸ Hierzu eindrucksvoll *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 28.4 ff.

2. Die persönliche Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung zugunsten künftiger Gläubiger

a) Unterwerfung zugunsten des „jeweiligen Gläubigers“

Das vorliegende Judikat befasst sich nun mit dem angesichts der Existenz des (überbewerteten) § 800 ZPO naheliegenden Einfall einer anderen „Jeweiligkeits-Konstruktion“, und zwar in persönlicher Hinsicht. Ob man sich allerdings, zunächst einmal unabhängig von der Grundschuldinhaberschaft, „zugunsten des jeweiligen Gläubigers“ überhaupt persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen kann, ist streitig. Der BGH akzeptiert dies offenbar, wenn man die von ihm materiellrechtlich bejahte Möglichkeit eines abstrakten Schuldneranerkenntnisses mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer Eigentümergrundschuld bedenkt. Eine solche Erklärung sei als Angebot des Grundstückseigentümers an den künftigen Erwerber der Grundschuld zu verstehen, neben der Grundschuld eine selbständige persönliche Verpflichtung zu begründen; das Angebot nehme der Zessionar der Grundschuld spätestens durch Betreiben der Zwangsvollstreckung an.⁹

Richtig ist hingegen die Meinung, wonach die Unterwerfungserklärung gegenüber einem bestimmten Gläubiger abgegeben werden muss; dies ist Voraussetzung für die *prozessuale* Ordnungsmäßigkeit der Unterwerfungserklärung und damit der vollstreckbaren Urkunde.¹⁰ Fehlt sie, so ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel abzulehnen; eine dennoch erteilte Klausel ist im Erinnerungsverfahren (§ 732 ZPO) aufzuheben.¹¹ Es bedarf jeweils einer neuen Zwangsvollstreckungsunterwerfung oder einer Ergänzung der Unterwerfungsurkunde in notarieller Form; die Formvorschrift des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erlaubt nicht, dass sich der Schuldner ein Vorrats-Unterwerfungspapier schafft, dem er durch bloß öffentlich zu beglaubigende Bestimmung des Gläubigers Wirksamkeit verschaffen könnte.¹²

b) Vollstreckungsunterwerfung in persönlicher Hinsicht gegenüber einem jeweiligen Rechtsinhaber

Auf die zuvor angesprochene Streitfrage kommt es entgegen dem ersten Anschein bei dem aktuell vom BGH behandelten Problem allerdings nicht an. Auch ist nicht entscheidend, ob überhaupt ein unterwerfungsfähiger Anspruch bei einem solchen „Schuldneranerkenntnis gegenüber jedermann“ vorliegt (was meiner Meinung nach – erst recht – schon deswegen scheitern muss, weil das abstrakte Schuldneranerkenntnis ein Vertrag ist, dem es in diesem Fall am Vertragspartner fehlt; der ausnahmsweise Fall einer Offerte *ad incertas personas*¹³ dürfte bei solchen Rechtsgeschäften angesichts ihrer Bedeutung und Gefahr ausscheiden¹⁴).

⁹ BGH, NJW 1991, 228 = DNotZ 1991, 753; NJW 1976, 567, 568; DNotZ 1958, 579 m. Anm. *Hieber*; *Gaberdie*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Aufl. 2007, Rdnr. 244 m. w. N.

¹⁰ *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 15.18 f.

¹¹ Insofern auch BGH, NotBZ 2004, 104 = DNotZ 2004, 464.

¹² *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 15.20; 14.26; 28.73 m. w. N.; vgl. auch KG, JW 1938, 56, LS. 2.: „Kein Vollstreckungstitel für einen anonymen Gläubiger“.

¹³ Vgl. statt aller *Brox*, BGB AT, 31. Aufl. 2007, Rdnr. 167.

¹⁴ Deshalb kann auch kein Vertrag zugunsten Dritter – künftiger Gläubiger – vorliegen, wenn und weil es auch dann an einem gegenwärtigen Vertragspartner fehlt, mit dem ein solcher Vertrag geschlossen werden soll.

Denn im hier besprochenen Beschluss ging es um ein – immerhin von einer bekannten deutschen Geschäftsbank als Standard verwendetes – Schuldanerkenntnis und zugehöriger Vollstreckungsunterwerfung gegenüber dem *jeweiligen Inhaber eines Rechts*. Materiellrechtlich hat hier der BGH die Möglichkeit einer solchen selbstgeschaffenen Akzessorietät des Schuldversprechens zur Grundsuld bereits abgelehnt (indem er das Schuldanerkenntnis bei Abtretung der Grundsuld unwirksam werden ließ!), was erstaunlicherweise bislang kaum publik gemacht geschweige denn näher diskutiert worden ist.¹⁵

Aber auch die prozessuale Seite ist bei einer solch „akzessorischen“ Unterwerfung problematisch. Selbst wenn man der vorerwähnten Rechtsprechung nicht folgen möchte, von der nunmehr auch der BGH selbst wieder Abstand zu nehmen scheint, wäre es nicht korrekt, aus dem etwaigen Umstand, dass Ansprüche dem jeweiligen Inhaber eines Rechts materiellrechtlich zustehen können, den Schluss zu ziehen, auch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung sei diesem jeweiligen Rechtsinhaber gegenüber zu erklären.¹⁶ Die Unterwerfungserklärung ist eine einseitige Prozessklärung, für die die Regeln des BGB über Willenserklärungen, erst recht über den Vertragsschluss, nicht ohne weiteres gelten.¹⁷ Eine für sich genommen unwirksame Unterwerfungserklärung gegenüber „dem jeweiligen Inhaber eines Rechts“ muss daher umgedeutet werden in eine Unterwerfungserklärung gegenüber dem (bestimmbaren) gegenwärtigen Rechtsinhaber, die nach § 726 ZPO durch Angabe des Gläubigernamens ergänzt und nach § 727 ZPO „ganz normal“ zugunsten von Rechtsnachfolgern dieses Gläubigers vollstreckbar ausgefertigt werden kann.¹⁸

3. Nachweis der Gläubigerstellung beim persönlichen Anspruch

In diesem Sinne dürfte nun auch die Streitgegenständliche Klausel der Bank gemeint gewesen sein. Was aber treibt dann noch zu einer solchen Konstruktion statt klar zu formulieren? Als Hintergrund steht – negativ – zu vermuten, dass man sich mit dem Versuch einer selbstgeschaffenen Akzessorietät bei der Titelumanschreibung den gesonderten Nachweis des Übergangs auch der persönlichen Sicherheit sparen will, positiv, dass man zugunsten des Kunden das Auseinanderfallen von Vollstreckungstiteln vermeiden will. Gleichwohl ist eine solche Klausel gefährlich, weil sie zwar die Titel zusammenhält, nicht aber den u. U. materiellen Anspruch (so er überhaupt besteht¹⁹) mit dem zugehörigen Titel. Darauf, dass die Gefahr einer Doppelinanspruchnahme aufgrund der sicherungsvertraglichen Vereinbarungen relativiert wird,²⁰ würde ich mich im Zweifel nicht verlassen. Von einer solchen Sichtweise oder besser Skepsis scheint auch die rezensierte Entscheidung geleitet.

¹⁵ BGH, WM 1999, 1616 = ZIP 1999, 1591 = MittRhNotK 1999, 383.

¹⁶ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 15.22.

¹⁷ Vgl. Thomas/Putzo, ZPO, § 794 Rdnr. 52; Einl. III., Rdnr. 1 ff.

¹⁸ KG, JW 1938, 56; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, § 794 Rdnr. 89 a; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 15.23, allerdings mit m. E. irreführender Zitierung von LG Aachen und OLG Köln, Rpfleger 1994, 496 m. Anm. Sauren.

¹⁹ Was mit BGH, WM 1999, 1616 = ZIP 1999, 1591 = MittRhNotK 1999, 383 bei einer solchen Gestaltung in persönlicher Hinsicht gerade nicht der Fall wäre, vgl. oben 2. b) und nachfolgend 4.

²⁰ Gaberdiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 293.

Dass nun bei Klauseln wie den hier verwendeten die Vorlage der Abtretungserklärung in der Form des § 727 ZPO zum Nachweis der Rechtsnachfolge in persönlicher Hinsicht jedenfalls nicht ausreichend ist, sondern zusätzlich der Erwerb des Rechts, dürfte nicht weiter überraschen und ist konsequent. Man fragt sich aber, wie schon angedeutet, ob dann, wenn zumindest der dingliche Rechtsübergang nachgewiesen ist, es einer Abtretung des persönlichen Anspruchs (Vorlage der Abtretungserklärung) überhaupt noch bedarf (also der gleichsam „umgekehrte“ Fall zu dem aktuell vom BGH entschiedenen). Der BGH lässt dies in materiellrechtlicher Hinsicht – ob nämlich die Ansprüche aus dem abstrakten Schuldversprechen überhaupt selbständig abtretbar sind²¹ – bei der hier besprochenen Entscheidung ausdrücklich offen. Prozessual, den Titelübergang betreffend, entscheidet er aber genau in die andere Richtung, auch wenn dies nicht offen ausgesprochen wird. Die Inhaberschaft des Rechts wird nämlich als Einschränkung der Möglichkeit, den persönlichen Schuldtitel selbst zu übertragen, gewertet, nicht als Möglichkeit der (Mit-)Übertragung dieses Titels selbst. Mit anderen Worten: Auch in den Klauseln, wie den vom BGH entschiedenen, kommt man um den Nachweis der Rechtsnachfolge in persönlicher Hinsicht – als notwendige Bedingung – nicht herum, und zusätzlich ist – als hinreichende Bedingung – immer auch die Inhaberschaft des dinglichen Rechts nachzuweisen. Damit sind Klauseln wie die im entschiedenen Fall verwendete für die Kreditpraxis nicht einfacher, sondern sogar komplizierter zu handhaben als die „klassischen Varianten“ der vollständigen Anspruchs- und Titelrennung.

4. Untergang des Schuldversprechens bei Abtretung der Grundsuld?

Näher eingegangen sei jetzt noch auf das Problem, das vom BGH in der aktuellen Entscheidung nicht weiter behandelt wurde, wohl aber in der vorangegangenen, bereits erwähnten Entscheidung vom 22.6.1999.²² Dort wurde ausgeführt, dass mit einer akzessorisch formulierten persönlichen Haftungsübernahme wie der hier behandelten allein eine „Verstärkung des Sicherungswertes der Grundsuld“ selbst gewollt sei. Demnach werde das Schuldversprechen gegenstandslos, wenn der Grundschuldinhaber die Grundsuld abtrete. Ob diese Sichtweise Sinn ergibt, kann m. E. ebenso offen bleiben wie die sich daran anschließende Frage für die Praxis, ob dann bei solchen Bestellungsurkunden überhaupt keine Titelumanschreibung in persönlicher Hinsicht mehr möglich wäre (weil mit Abtretung des Grundpfandrechts der Schuldgrund für den persönlichen Titel stets entfielen und der Notar dies zwangsläufig positiv wüsste). Nach meiner Einschätzung hält nämlich der BGH an dieser – wohl verfehlten – Interpretation nicht mehr fest. Andernfalls hätte er sich mit der Frage der Abtretbarkeit in persönlicher Hinsicht in der hier rezensierten Entscheidung von vornherein nicht zu befassen brauchen.

5. Praktische Auswirkungen und Ausblick

Ob darüber hinaus auch die aktuelle Herangehensweise des BGH bzw. die entsprechende Deutung derartiger Klauseln zwingend ist, soll ebenfalls nicht näher ergründet werden. Jedenfalls ist sie schuldnerefreundlich. Dem Notar fordert das

²¹ Entgegen BGH, WM 1999, 1616 = ZIP 1999, 1591 = MittRhNotK 1999, 383.

²² BGH, WM 1999, 1616 = ZIP 1999, 1591 = MittRhNotK 1999, 383.

Judikat regelmäßig keine gesteigerte Aufmerksamkeit bei der täglichen Arbeit ab, da in aller Regel ohnehin entweder beide Titel umgeschrieben werden sollen oder aber nur in dinglicher Hinsicht. Im erstgenannten Fall wird der Notar von sich aus sowieso die Abtretungserklärung anfordern, wenn sie beim Umschreibungsauftrag fehlt. Wenn dann die Bank auf die vorgeblich für sie wirkende „Nachweiserleichterung“ hinweist, ist das Problem bereits erkannt. Bei der Umschreibung nur in dinglicher Hinsicht, im zweiten Fall, ergeben sich schließlich von vornherein keine Schwierigkeiten.

Bei genauem Hinsehen hat eine Klausel wie die hier verwendete allerdings für die Praxis einen weiteren, grundsätzlichen Haken. Denn ausweislich ihrer Formulierung will sie einem „Gläubiger der (...) Grundschild“ die Vollstreckung in das übrige Vermögen „unabhängig von der Eintragung der Grundschild“ gewähren. Wie soll das aber gehen? Ohne Eintragung der Grundschild gibt es keine solche und somit auch keinen Gläubiger der Grundschild, dem gegenüber man sich der Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen unterwerfen kann. Ist in Wahrheit (kraft Auslegung) also derjenige Gläubiger gemeint, für den die Grundschild lediglich „bestellt“ (aber noch nicht eingetragen) ist? Lehnt man dies, ob-

gleich für mich persönlich naheliegend, ab, so können die möglichen Konsequenzen dieser – wohl dem Denken vom gewünschten Ergebnis her oder unbedachtem Zusammensetzen von Musterbausteinen geschuldeten – Formulierung hier nur angerissen werden: Nichtigkeit wegen Perplexität der ganzen persönlichen Haftungsübernahme samt entsprechender Unterwerfung? Möglichkeit der Heilung – ex tunc? ex nunc? – bei Eintragung der Grundschild?

Nach alledem „bietet“ ein abstraktes Schuldversprechen samt Vollstreckungsunterwerfung gegenüber „dem jeweiligen Grundpfandrechtsgläubiger“ neben dem zuletzt aufgezeigten Widerspruch nur die nicht existierende Nachweiserleichterung bei der Titelumschreibung und die Gefahr des Auseinanderfallens von Anspruch und Titel, bei vorsichtiger Betrachtung auch die Gefahr, das abstrakte Schuldversprechen als Ganzes bei Abtretung der Grundschild zu verlieren. Vorteile bietet eine solche Klausel jedenfalls nicht. Dies sollte die Praxis dazu bewegen, wenn schon nicht den „jeweiligen Eigentümer“ beim Grundstück, so doch zumindest den „jeweiligen Grundschuldgläubiger“ bei der persönlichen Haftungsübernahme als reinen Popanz aus dem Fundus der Sicherheiten-gestaltung zu verbannen.

BFH lockert Kriterien für die Geschäftsveräußerung im Ganzen

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 23.8.2007, V R 14/05* –

Von Rechtsanwältin und Steuerberaterin *Eveline Beer* und
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Dr. *Oliver Zugmaier*, München

Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH und des EuGH setzt die nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG bzw. die Übertragung eines Gesamt- oder Teilvermögens i. S. v. Art. 19 MwStSystRL voraus, dass die übertragenen Vermögensgegenstände die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Allerdings ist nach dem Urteil des BFH vom 23.8.2007 die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand keine eigenständige Voraussetzung mehr. Vielmehr kommt es im Rahmen der Gesamtwürdigung der Umstände darauf an, ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht.

1. Nichtsteuerbarkeit der Geschäftsveräußerung

Nach § 1 Abs. 1 a Satz 1 UStG unterliegen die Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer, sind also nicht umsatzsteuerbar. Bei Vorliegen einer Geschäftsveräußerung schuldet der Veräußerer keine Umsatzsteuer, der Erwerber hat keinen Vorsteuerabzug.¹

Eine Geschäftsveräußerung liegt nicht nur dann vor, wenn ein Unternehmen im Ganzen veräußert wird. Von § 1 Abs. 1 a Satz 2 UStG werden auch die Einbringungsfälle und Schenkungsfälle umfasst. Auch muss es sich nicht um das ganze Unternehmen handeln; es genügt, dass „ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb“ vorliegt.

2. Bisherige Rechtsprechung

a) Unternehmensfortführung

§ 1 Abs. 1 a UStG dient der Umsetzung des Art. 19 MwStSystRL² in nationales Recht und ist richtlinienkonform auszulegen. Dabei bezweckt § 1 Abs. 1 a UStG, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen. Es soll vermieden werden, dass der Erwerber zunächst mit Umsatzsteuer belastet wird, die er durch den Vorsteuerabzug wiedererlangen würde.³ Im Hinblick auf diesen Zweck ist die Übertragung der jeweils materiellen und immateriellen Bestandteile, die zusammengenommen ein Unternehmen oder Unternehmensteil bilden und mit dem eine selbständige Tätigkeit fortgeführt werden kann, erforderlich.⁴ Der Erwerber muss die Absicht haben, den über-

* MittBayNot 2008, 414 (in diesem Heft).

¹ Ein Vorsteuerabzug aus Eingangsleistungen, die im Rahmen des Erwerbs bezogen wurden, ist grds. möglich (z. B. Vorsteuerabzug aus Beratungsleistungen, die mit dem Erwerb des Unternehmens in Zusammenhang stehen), vgl. hierzu *Zugmaier*, *SteuerStud* 2007, 505.

² Die MwStSystRL ist mit Wirkung vom 1.1.2007 an die Stelle der 6. EG-Richtlinie getreten.

³ BFH/NV 2007, 2436.

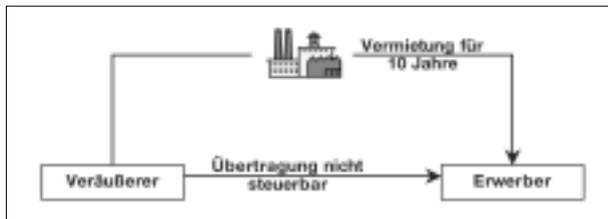
⁴ EuGH, UR 2004, 19 Rdnr. 40 – Zita Modes.

tragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil weiter zu betreiben. Auch nach der Rechtsprechung des BFH setzt eine nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung voraus, dass der Erwerber die wirtschaftliche Tätigkeit des Veräußerers fortführen kann.⁵ In seinem Urteil vom 4.7.2002 hat der BFH gefordert, dass eine organische Zusammenfassung von Sachen und Rechten übertragen wird, die dem Erwerber die Fortführung des Unternehmens *ohne großen finanziellen Aufwand* ermöglicht.⁶ Die Voraussetzung einer Geschäftsveräußerung liegt auch vor, wenn der Erwerber mit dem Erwerb des Unternehmens oder des gesondert geführten Betriebs seine unternehmerische Tätigkeit beginnt.⁷

Eine Geschäftsveräußerung liegt hingegen nicht vor, wenn der Erwerber die übernommene Geschäftstätigkeit sofort abwickelt.⁸ Allerdings setzt Art. 19 MwStSystRL nicht voraus, dass der Erwerber das Unternehmen unverändert fortführt.⁹

b) Übertragung wesentlicher Betriebsgrundlagen

Das Unternehmen oder der Betrieb müssen im Ganzen übergeben oder in eine Gesellschaft eingebracht werden. Ursprünglich wurde die „Übereignung“ oder Einbringung der wesentlichen Grundlagen gefordert. Diese Anforderungen wurden aber immer mehr gelockert.¹⁰ Eine Geschäftsveräußerung ist auch dann anzunehmen, wenn einzelne *unwesentliche* Wirtschaftsgüter davon ausgenommen werden. *Wesentliche* Wirtschaftsgüter können zurückbehalten werden, wenn sie an den Erwerber vermietet oder verpachtet werden und eine dauerhafte Fortführung des Unternehmens gesichert ist. Eine dauerhafte Fortführung ist z. B. dann gesichert, wenn ein Betriebsgrundstück für zehn Jahre mit Verlängerungsoption an den Erwerber vermietet wird.¹¹



3. BFH-Urteil vom 23.8.2007

Mit seinem Urteil vom 23.8.2007 hat der BFH die Kriterien für die Geschäftsveräußerung im Ganzen erneut gelockert.

a) Sachverhalt

Eine Landwirtschaftskammer in Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts unterhielt als rechtlich unselbstständige Organisationseinheit ein Institut. Aufgabe des Instituts war die Untersuchungs- und Beratungstätigkeit für die landwirtschaftliche Praxis. Die Landwirtschaftskammer führte mit dem Institut Untersuchungen auf privatrechtlicher Grundlage gegenüber Dritten durch und nahm hoheitliche Untersuchungsaufgaben wahr. Im Einzelnen war das Institut in den Bereichen Agrikulturchemie, Lebensmittelchemie, Tiergesundheit und Lebensmittelqualität tätig. Das Institut bezog Leis-

tungen von der LD-GmbH, einer Tochtergesellschaft der Landwirtschaftskammer, in den Bereichen Qualitätsmanagement und operative Verwaltung.

Die Landwirtschaftskammer verkaufte das Institut an die Holding GmbH, die jedoch das Institut nicht selbst erwerben wollte, sondern über eine noch zu gründende Gesellschaft. Mit Ausnahme rein beratender oder verwaltungstechnischer Hoheitsaufgaben sollten die bisherigen Leistungen des Instituts Dritten unverändert angeboten werden.

Nach dem Kaufvertrag wurden insbesondere das Sachanlagevermögen, die immateriellen Vermögenswerte, das Vorratsvermögen, der Firmenwert sowie der Forderungs- und der Kassenbestand übertragen. Nicht übertragen wurde das Institutsgrundstück, das die Landwirtschaftskammer für eine Laufzeit von acht Jahren mit einer Verlängerungsoption von fünf Jahren an die Erwerberin vermietete.

Anders als ursprünglich vorgesehen, wurden die Anteile an der LD-GmbH von der Erwerberin nicht übernommen. Auch die mit der LD-GmbH abgeschlossenen Verträge sollten nicht auf die Erwerberin übergehen, sondern schnellstmöglich beendet werden.

Das Finanzamt sah in dem Verkauf des Instituts keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG. Das angerufene Finanzgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass nicht alle wesentlichen Gegenstände des Unternehmens an die Erwerberin veräußert worden sind. Die Anteile an der LD-GmbH sind nicht übernommen worden. Auch ist die Erwerberin nicht in die Verträge mit der LD-GmbH eingetreten, obwohl ein zertifiziertes Qualitätsmanagement für die Tätigkeit des Instituts unbedingt erforderlich gewesen sei. Eine Fortführung des Bereichs Lebensmitteluntersuchung war für die Erwerberin nur möglich, weil sie über ein eigenes zertifiziertes Qualitätsmanagement verfügte. Demgegenüber hätte ein anderer Erwerber ohne größere finanzielle Aufwendungen für ein zertifiziertes Qualitätsmanagement die Tätigkeit nicht fortführen können.

b) Entscheidung des BFH

Der BFH hob das Urteil des Finanzgerichts auf, weil es das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung allein mit der Begründung abgelehnt hat, es seien nicht alle wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergegangen. Vielmehr – so der BFH – kommt es darauf an, ob die übertragenen Vermögensgegenstände ein *hinreichendes Ganzes* bilden, mit dem eine wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann. Ferner bestätigte der BFH seine bisherige Rechtsprechung, dass § 1 Abs. 1 a UStG nicht voraussetze, dass der Erwerber das Unternehmen unverändert fortführt.

Der BFH lockerte seine bisherige Rechtsprechung aber insoweit, als dass die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand *keine eigenständige Voraussetzung* für die Nichtsteuerbarkeit mehr darstellt. Vielmehr kommt es auf die Gesamtwürdigung der Umstände an. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Unternehmensgruppe, der auch der Erwerber angehört, über ein eigenes Qualitätsmanagement verfügte und das Institut auf die Ressourcen der Erwerberunternehmensgruppe zurückgreifen konnte. Der vom EuGH bei der Auslegung betonte Vereinfachungszweck greift auch dann ein, wenn der Erwerber den von ihm erworbenen Geschäftsbetrieb aus z. B. betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Gründen in seinem Zuschnitt ändert oder modernisiert. Der Annahme einer Geschäftsveräußerung steht daher nicht entgegen, dass der Erwerber weder die Anteile der LD-GmbH erwarb noch die für die Fortführung erforder-

⁵ BFH, BStBl II 2007, S. 61.

⁶ BFH, BStBl II 2004, S. 662.

⁷ Abschn. 5 Abs. 1 Satz 3 UStR 2008.

⁸ EuGH, UR 2004, 19 Rdnr. 44 – Zita Modes.

⁹ EuGH, UR 2004, 19 Rdnr. 45 – Zita Modes.

¹⁰ Klenk in Sölch/Ringleb, UStG, § 1 UStG Rdnr. 476.

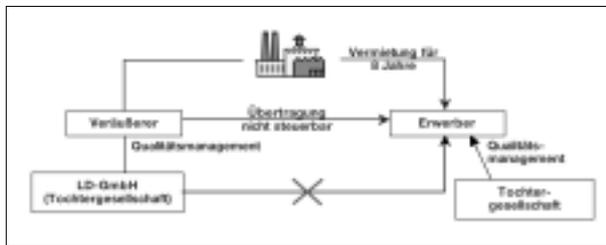
¹¹ BFH, BStBl II 2004, S. 662; BStBl II 2004, S. 665.

lichen Leistungen oder Lieferungen von den bisherigen Vertragspartnern des Veräußerers bezieht.

Über diese *Lockerung der Rechtsprechung* hinaus ist das Urteil aufgrund der folgenden Feststellungen von Interesse:

- Im Hinblick auf die langfristige Vermietung des Institutsgrundstücks war es nicht erforderlich, das Grundstück auf den Erwerber dinglich zu übertragen. Bisher ließ es der BFH ausreichen, wenn ein Grundstück für zehn Jahre mit Verlängerungsoption an den Erwerber vermietet wird.¹² Nimmehr genügen *acht* Jahre, ohne dass es dabei auf die Verlängerungsoption ankommt.
- Eine Geschäftsveräußerung kommt nur dann in Betracht, wenn der Erwerber ein Unternehmer ist oder durch den Erwerb wird.

Letzteres ist nur dann der Fall, wenn es sich bei der Holding GmbH um eine sog. *Führungs- und Funktionsholding* handelt, d. h. die Holding greift im Sinne einer einheitlichen Leitung aktiv in das laufende Tagesgeschäft ihrer Tochtergesellschaften ein.¹³



c) Folgen aus dem BFH-Urteil vom 23.8.2007

Nach dem BFH-Urteil vom 23.8.2007 ist nunmehr eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen anzunehmen, wenn beispielsweise

- Maschinen und Anlagen übertragen werden,
- das dafür erforderliche Betriebsgrundstück vom Veräußerer langfristig dem Erwerber zur Nutzung überlassen wird,
- der Erwerber eigene Absatzdispositionen trifft.¹⁴

4. Fazit

Der BFH hat mit seinem Urteil vom 23.8.2007 die Kriterien für die Geschäftsveräußerung im Ganzen gelockert, während er an anderer Stelle – BFH-Urteil vom 11.10.2007¹⁵ – die Kriterien verschärft hat. Damit bleibt festzuhalten, dass auch nach mehr als 14 Jahren¹⁶ die Fragen rund um die Geschäftsveräußerung im Ganzen nicht vollständig geklärt sind.

¹² BFH, BStBl II 2004, S. 665; Abschn. 5 Abs. 1 Satz 8 UStR 2008.

¹³ Vgl. hierzu Abschn. 18 Abs. 2 Satz 10 UStR 2008 sowie *Küffner/Zugmaier*, DStR 2007, 472, 474.

¹⁴ *Winter*, Status: Recht, Beilage zu DB, 2008, 132, 133.

¹⁵ BFH, UR 2008, 182: Die Lieferung eines weder vermieteten noch verpachteten Grundstücks ist im Regelfall keine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG.

¹⁶ § 1 Abs. 1 a UStG wurde zum 1.1.1994 eingeführt.

TAGUNGSBERICHT

Aktuelle Fragen des Wohnungseigentumsrechts

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 11.6.2008

Von Assessor Dr. Alexander Müller-Teckhof, München

Zum 1.7.2007 ist die Novelle des Wohnungseigentumsrechts in Kraft getreten. Mit den hieraus für die Vertragsgestaltungspraxis eingetretenen Implikationen befasste sich die zweite Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht des Jahres 2008. Protagonisten des Wohnungseigentumsrechts berichteten aus unterschiedlichem Blickwinkel über die aktuellen Entwicklungen in diesem Bereich.

Zu Beginn der Veranstaltung zeigte sich der Prodekan der Juristischen Fakultät, Herr Professor Dr. *Peter M. Huber*, vor vollem Hause in seinen einleitenden Worten erfreut über den regen Zuspruch der Veranstaltung und über das Wirken der Forschungsstelle für Notarrecht. Er begrüßte sehr, dass die Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Notariat auf die Länder abgewendet worden sei, und fügte einen Appell für die Beibehaltung des Einheitsjuristen hinzu, der, Angriffen zum Trotz, im Sinne einer Qualitätssicherung beizubehalten sei.

Anschließend führte der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Herr Professor Dr. *Johannes Hager*, in die Thematik der Tagung ein. Durch die Jahrhundertentscheidung zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentumsgemeinschaft habe das Münchener Olympiadorf wie auch das vorliegende BayObLG Rechtsgeschichte geschrieben. Mit der Regelung zur Bildung von Verbandsvermögen habe der Gesetzgeber zudem eine Diskussion ausgelöst, die nun – auf der Veranstaltung personifiziert – unter den Begrifflichkeiten Einheits- und Trennungstheorie geführt werde.

Daneben ergäben sich Probleme aus der angeordneten teilschuldnerischen Haftung der Wohnungseigentümer. Und schließlich widme sich die Tagung auch der praxisrelevanten Gestaltung von Mehrhausanlagen unter der Ägide des neuen Rechts. Dann stellte *Hager* die Referenten und ihren jeweils eng dem Wohnungseigentumsrecht verbundenen Werdegang vor.

Das einleitende Referat wurde von Herrn Rechtsanwalt Professor Dr. *Wolf-Rüdiger Bub* zur „Außenhaftung der Wohnungseigentümer“ gehalten. Der Referent begann mit einigen nun rechtshistorischen Bemerkungen. Vormalig sei die Haftung der Wohnungseigentümer für Verwaltungsschulden wie nach dem Kommunalabgabengesetz alter Prägung als gesamtschuldnerische Haftung ausgestaltet gewesen. Abweichendes habe jedoch in Bezug auf Aufbauschulden gegolten. Dann sei die bahnbrechende Entscheidung des BGH gekommen. Die dort erfolgte Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sei zu begrüßen. Hinsichtlich einer entsprechenden Anwendung des § 128 Satz 1 HGB sei jedoch eine Regelungslücke zu verneinen. Der Verwalter könne grundsätzlich die Wohnungseigentümer nicht persönlich verpflichten. Er habe aber die Pflicht, die für die Gläubiger zu einem pfändbaren Anspruch führe, im Innenverhältnis Mittel zu beschaffen. Daneben halte der BGH als Durchgriffshaftung bei unzureichender finanzieller Ausstattung einen Anspruch nach § 826 BGB für möglich. Der Wohnungseigentümer stehe also grundsätzlich wie ein Bürge, allerdings ohne die Einrede der Vorausklage. Der Gläubiger habe damit nun Zugriff auf verschiedene Vermögensmassen, das Verbandsvermögen sowie das Vermögen des einzelnen Wohnungseigentümers. Die Anordnung der teilschuldnerischen Haftung sei rezipiert worden, da nach Ansicht des Gesetzgebers die Haftung für den einzelnen Wohnungseigentümer nicht existenzbedrohend sein sollte. Auf der anderen Seite befürchtete man aber, dass die Wohnungseigentümergeinschaft als Vertragspartner vom Rechtsverkehr ohne teilschuldnerische Haftung nur dann akzeptiert werde, wenn sie entweder Vorkasse erbringe oder eine Sicherheit leiste. Das nun geltende Modell sei außerhalb des Wohnungseigentumsrechts nur im Recht der Partenreederei gemäß § 507 HGB verwirklicht. Dem Gesetzgeber habe der Mut zu einer gesamtschuldnerischen Haftung gefehlt. Dies habe allerdings zur Folge, dass durch die teilschuldnerische Haftung entstehende Deckungslücken sozialisiert würden.

Abschließend ging *Bub* auf die Problematik von Übergangsregelungen und der Rückwirkung der Rechtsprechungsänderung anhand einer obergerichtlichen Entscheidungsserie einer Wohnungseigentümergeinschaft ein, deren Haftungsverfassung mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidung geworden war.

Das zweite Referat der Veranstaltung befasste sich mit den Auswirkungen der WEG-Novelle auf die notarielle Praxis, insbesondere den Konsequenzen der Teilrechtsfähigkeit. Herr Professor Dr. *Christian Armbrüster*, Berlin, wies zu Anfang auf die beiden Jahrhundertentscheidungen des BGH zum Ende der sogenannten Zitterbeschlüsse sowie zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hin und begann seine Ausführungen mit den Auswirkungen der Novelle jenseits der Frage der Teilrechtsfähigkeit des Verbandes. So reagiere der Gesetzgeber mit der Änderung im System der Abgeschlossenheitsbescheinigung darauf, dass Wohnungseigentum häufig auch erst nach Gebäudeerrichtung begründet werde und die Baugenehmigungsbehörde aufgrund der Liberalisierung des Baurechts zumeist präventiv gar nicht mehr mit dem Vorhaben befasst werde. Eine weitere berichtenswerte Änderung bestehe in den erweiterten Möglichkeiten

einer nachträglichen Änderung der Gemeinschaftsordnung ohne Zustimmung dinglich Berechtigter. So sei die Zustimmung eines Hypotheken-, Grund- oder Rentenschuldgläubigers nunmehr nur dann notwendig, wenn ein mit dem Wohnungseigentum verbundenes Sondernutzungsrecht aufgehoben, geändert oder übertragen werde. Kritisch sei aber die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG zur gleichzeitigen Bestellung von Sondernutzungsrechten für alle Wohnungseigentümer zu sehen, da diese durchaus von unterschiedlichem Wert sein könnten. Aufgrund der Bewertungsschwierigkeiten für Notar und Grundbuchamt seien diese Fälle dann nicht im Rahmen des Eintragungsverfahrens, sondern über insolvenzrechtliche Regelungen oder Regelungen des Anfechtungsgesetzes zu lösen. In jedem Fall seien die Regelungen zur Zustimmungspflicht konsequenterweise auch auf Vormerkungsberechtigte anzuwenden. Die Regelungen der § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3 WEG seien nicht abdingbar, ein umfassender Zustimmungsvorbehalt könne aber schuldrechtlich vereinbart werden. Theoretisch bestehe die Möglichkeit, ausschließlich zur Statuierung einer Zustimmungspflicht eine entsprechende Dienstbarkeit zu bestellen.

Anschließend befasste er sich mit der Regelung des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG über eine Veränderung des Kostenverteilungsschlüssels in der Wohnungseigentümergeinschaft. Hier sei die Eingriffsschwelle nun etwas herabgesetzt worden, jedoch solle die Freiheit zu privatautonomer Gestaltung und der Grundsatz des „caveat emptor“ beachtet werden, was in vielen Fällen, gerade bei einer anfänglichen Unbilligkeit, eine Korrektur ausschließen müsse. Der Änderungsanspruch bestehe nur in außergewöhnlichen Fällen. Schließlich diene das Wohnungseigentumsgesetz nicht dem Verbraucherschutz.

Die Möglichkeit eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG vorzusehen, werde weiter an Bedeutung verlieren. Alternativen zum Schutz der Wohnungseigentümergeinschaft vor zahlungsunfähigen Erwerbern bestünden in der Begründung eines Anspruches auf Wohngeldkaution oder einer Verpflichtung jedes Wohnungseigentümers, sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

Der Referent wandte sich sodann Fragen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zu. Aus § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG sei zu entnehmen, dass ein Beschluss aufgrund einer Öffnungsklausel zu seiner Wirksamkeit gegenüber Sondernachfolgern nicht in das Grundbuch einzutragen sei und sprach sich gegen eine vereinbarungsgleiche Wirkung dieser Beschlüsse aus. Im Hinblick auf die gleichfalls eingeführte Beschlusssammlung als Informationsmedium sei dies angesichts der Erwerberschutzinteressen vertretbar.

Dann ging *Armbrüster* in seinen Ausführungen zum Problem der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft über. Es gehe hier nicht um das sachenrechtliche Grundverhältnis der Wohnungseigentümer, sondern um die gemeinschaftliche Verwaltung der Wohnungseigentümergeinschaft. § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG sei §§ 1 und 14 Abs. 2 BGB und der Rechtslage zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüberzustellen. Die angeordnete Teilrechtsfähigkeit bestehe gegenüber dem Rechtsverkehr wie im Innenverhältnis zu den einzelnen Wohnungseigentümern. Festzuhalten sei aber, dass die Gemeinschaft lediglich im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums Rechtsfähigkeit zuerkannt bekommen habe. Mit Ausnahme laufender und dringender außergewöhnlicher Maßnahmen setze die Vertretung durch den Verwalter einen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft voraus. Bei Werkverträgen scheitere die Möglichkeit der Bestellung einer Bauhandwer-

kersicherungshypothek zwar an sich an der Identität von Eigentümer und Besteller. Schon im alten Recht seien aber nach Treu und Glauben von der Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen worden, wenn der Grundstückseigentümer durch die Werkleistung das Grundstück in erhöhtem Maße nutzen könne. Trotz vorgetragener Kritik in der Literatur sei damit eine – anteilige – Bestellung möglich. Entgegen einer obergerichtlichen Entscheidung sei die Verbrauchereigenschaft der Wohnungseigentümergeinschaft nicht deswegen abzulehnen, weil diese weder Personengesellschaft nach § 14 BGB noch natürliche Person sei. Für eine Entscheidung hierüber komme es vielmehr in der Sache darauf an, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft für eine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit abgeschlossen werde.

Für die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe der II. Zivilsenat des BGH die Rechtsfähigkeit mit einer Außenhaftung kombiniert. Der V. Zivilsenat komme zu einem anderen Ergebnis. Statt der bisherigen gesamtschuldnerischen Außenhaftung für Verwaltungsschulden – für Aufbauschulden wurde eine teilschuldnerische Haftung angenommen – soll nach der Entscheidung des BGH generell eine teilschuldnerische Haftung treten. Gericht wie Gesetzgeber wählten im Rahmen der Neuregelung einen Mittelweg zwischen dem Modell einer teilschuldnerischen Innenhaftung und dem einer gesamtschuldnerischen akzessorischen Außenhaftung nach dem Vorbild des § 128 Satz 1 HGB. Die Höhe des Miteigentumsanteils erhalte damit in der Praxis eine sehr hohe Bedeutung. Die teilschuldnerische Außenhaftung der Wohnungseigentümer sei nicht subsidiär ausgestaltet; der in Anspruch genommene Wohnungseigentümer könne aber über § 257 BGB Freistellung verlangen. „Sozialansprüche“ wie Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche stünden nunmehr der Gemeinschaft zu. Die Wohnungseigentümergeinschaft sei nach der Begründung des BGH zu einer Zwangshypothek auch grundbuchfähig, Publizitätsprobleme bestünden im Gegensatz zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts gerade nicht. Zur Sicherung von Beitragsforderungen könne damit eine nicht abtretbare Buchgrundschuld eingetragen werden. Problematisch sei dies jedoch im Bezug auf die Beleihbarkeit des Wohnungseigentums und die Akzeptanz bei Kreditgebern.

Anschließend ging der Referent auf die aktuell strittige Frage des Erwerbs von Wohnungseigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft selbst ein. Ein solcher Erwerb sei zunächst nicht nach allgemeinen Grundsätzen des Personengesellschaftsrechts ausgeschlossen, wonach ein Verband nicht an sich selbst beteiligt sein könne. Zum einen stünde der Verband Wohnungseigentümergeinschaft insoweit einer Kapitalgesellschaft näher, zum anderen handle es sich lediglich um eine Vereinfachung gegenüber der bisherigen Handhabung, eine Hausmeisterwohnung zunächst im Gemeinschaftseigentum zu belassen, um dann im Veräußerungsfall mit allen praktischen Konsequenzen nachträglich Sondereigentum begründen zu müssen. Ob ein Erwerb im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung geschehe, sei nicht durch das Grundbuchamt zu prüfen, vielmehr gegebenenfalls nachträglich im Wege einer Beschlussanfechtung geltend zu machen. Auch ein Erwerb in der Zwangsversteigerung oder zur Vermögensanlage sei nicht von vornherein unzulässig. Lediglich das Stimmrecht ruhe insoweit, wodurch freilich eine gewisse Reduzierung der Haftungsfläche zu Lasten der Gläubiger zu konstatieren sei.

Die Regelung des § 11 Abs. 3 WEG lehne die Insolvenzfähigkeit des Verbandes zu Recht ab. Die Klarstellung des § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG, dass das Verwaltungsvermögen allein der Gemeinschaft zustehe, sei sinnvoll. Eine Abtretung der Ansprüche durch den einzelnen Wohnungseigentümer im

Veräußerungsfall gehe damit ins Leere. Fraglich sei, ob die Neuregelung im Sinne einer Trennungstheorie zwischen den Wohnungseigentümern und der Gemeinschaft unterscheide. Vorzuziehen sei nach seiner Auffassung eine Einheitsbetrachtung, die in der Bildung gemeinschaftlichen Vermögens lediglich einen anderen Aspekt der Verbindung aller Wohnungseigentümer erblicke. Eine Aufspaltung führe dagegen zu unnötigen Komplikationen.

Armbrüster resümierte, der Gesetzgeber habe mit der gesetzlichen Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit praktische Erleichterungen schaffen wollen. Daher sei in Konfliktfällen eine pragmatische Lösung zu präferieren. Zudem solle die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit nicht dazu führen, dass durch die Neuregelung die Rechtsstellung der einzelnen Wohnungseigentümer verschlechtert oder auf der anderen Seite zum Nachteil Dritter verbessert werde. Die anschließende facettenreiche Diskussion behandelte Fragen wie die Möglichkeit einer „Einmannwohnungseigentümergeinschaft“ oder die generelle Frage einer Sinnhaftigkeit des Begriffs „Teilrechtsfähigkeit“.

Das dritte Referat der Veranstaltung von Herrn Notar Professor Dr. *Stefan Hügel*, Weimar, hatte die Gestaltung von Mehrhausanlagen zum Gegenstand. Deren Gestaltung sei nach der Reform des Wohnungseigentumsrechts im letzten Jahr mit Schwierigkeiten behaftet. Die Erforderlichkeit einer besonderen Ausgestaltung ergebe sich zumeist aus fehlenden Möglichkeiten einer Realteilung, aufgrund fehlender Abstandsflächen, oder weil wesentliche Einrichtungen der Anlage nach einer Teilung nicht auf allen Grundstücksflächen vorhanden seien, was die Problematik mannigfaltiger Dienstbarkeiten bedinge. Nach den Vorstellungen der Beteiligten bei diesen Gestaltungen solle zumeist jedes Gebäude so weit wie möglich rechtlich verselbständigt werden. Die frühere Lösung der Bildung sog. Untergemeinschaften sei aber nicht mehr ohne weiteres gangbar. So könne die nach der Rechtsprechung nun angenommene Teilrechtsfähigkeit nur der Gesamtgemeinschaft zustehen. Untergemeinschaften besäßen dagegen keine eigene Gemeinschaftsordnung und seien daher selbst nicht rechtsfähig.

Eine erste Möglichkeit bestehe in der Begründung einer Beschlusskompetenz für die Untergemeinschaft. Hierfür fehle der Untergemeinschaft allerdings zumeist die erforderliche Mehrheit in der Wohnungseigentümersammlung. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung ergebe sich jedoch aus der generellen Zulässigkeit von Öffnungsklauseln. Verpflichtet werden könne im Außenverhältnis nur die Gemeinschaft. Eine andere Möglichkeit bestehe in einer Vollmacht für den Verwalter des Inhalts, dass alle Wohnungseigentümer einer Untergemeinschaft den Verwalter bevollmächtigen, sie beim Abschluss von Verträgen, die nur die Untergemeinschaft betreffen, persönlich zu verpflichten. *Hügel* räumte ein, diese Lösung habe eine gesamtschuldnerische Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Konsequenz und bei Dauerschuldverhältnissen die Notwendigkeit der Überleitung von Vertragsverhältnissen auf den Sonderrechtsnachfolger. Durch die bisherige rechtliche Verpflichtung nur der einzelnen Wohnungseigentümer war es hingegen möglich, vertraglich nur die Mitglieder einer Untereigentümergeinschaft zu verpflichten.

Ein abgesondertes Gemeinschaftseigentum jeweils an nicht sondereigentumsfähigen Teilen des gemeinschaftlichen Gebäudes sei nicht möglich. Dies sei aber im Ergebnis oft gewollt. Man könne freilich den jeweiligen Untereigentümern, wie bereits im alten Recht möglich, ein Sondernutzungsrecht zuweisen. In Abgrenzung zu seinem Vorredner wies der Refe-

rent darauf hin, dass nach seiner Ansicht im Sinne einer Trennungstheorie zwischen Verbandsvermögen und Bruchteilsmiteigentum zu unterscheiden sei.

Gestaltungsschwierigkeiten ergäben sich bei einer den gebildeten Untergemeinschaften entsprechenden Kosten- und Lastenverteilung. Die Neuregelung des Wohnungseigentumsrechts sehe eine unabänderliche teilschuldnerische Außenhaftung der Wohnungseigentümer vor. Damit entspreche die innere Kostenverteilung nicht mehr zwingend der Außenhaftung. Das entstehende Risiko einer überquotalen Haftung oder einer Haftung von Wohnungseigentümern anderer Untergemeinschaften solle dadurch minimiert werden, dass der Verwalter nur dann Verträge abschließen solle, wenn die betreffende Untergemeinschaft die Bezahlung durch vorhandene Mittel oder durch eine bereits durchgeführte Sonderumlage garantieren könne. Zu beachten sei, dass nach § 16 Abs. 3 WEG der Kostenverteilungsschlüssel mit einfacher Mehrheit geändert werden könne, wenn dies den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung genüge. Nach § 16 Abs. 4 WEG könne mit der Entscheidung über die Durchführung von Instandhaltungsmaßnahmen ein Beschluss über die Kostenverteilung verbunden werden. Da die Neuregelung Erleichterungen nicht verbiete, habe diese Neuregelung auf bestehende Öffnungsklauseln in Gemeinschaftsordnungen keinen Einfluss.

Regelungsbedarf bestehe auch im Bereich der Wirtschaftspläne. Zwar sei sinnvoll, für jede Untergemeinschaft einen Wirtschaftsplan aufzustellen, jedoch mache dieser die Notwendigkeit eines Gesamtwirtschaftsplans wie auch eines Einzelwirtschaftsplans nicht obsolet. Ein weiterer Regelungspunkt bestehe in einer eigenen Instandhaltungsrücklage für die Untereigentümergeinschaft. Diese stehe aber zwingend dem Verband zu. Eine Lösung für dieses Problem könne nur außerhalb des WEG mit einer gesonderten Bruchteilsgemeinschaft gefunden werden. Eine interne Zweckbestimmung, dass die Gelder nur für eine bestimmte Untergemeinschaft verwendet werden dürfen, entfalte gegenüber Gläubigern auch bei der gebotenen buchhalterischen Transparenz keine Wirkung.

Ein weiteres Gestaltungsziel sei der Wunsch der Beteiligten, für die Untergemeinschaften getrennte Wohnungseigentumsversammlungen abzuhalten. Im alten Recht sei angenommen worden, eine getrennte Beschlussfassung sei möglich, wenn die übrigen Miteigentümer materiell nicht betroffen seien. Eine interne Willensbildung der Untereigentümergeinschaft besitze aber a priori nicht die Wirkungen eines wohnungs-

eigentumsrechtlichen Beschlusses. Ein gegenständlich beschränktes Stimmrecht sei nicht kraft Gesetzes anzuerkennen. Eine solche abgeordnete Beschlussfassung könne aber aufgrund Vereinbarung begründet werden, rechtlich bleibe sie jedoch eine Regelung der Gesamteigentümergeinschaft. Bei einer möglichen Teilversammlung handele es sich um eine echte Eigentümerversammlung. Aus diesem Grunde könne auch das Teilnahmerecht der übrigen Miteigentümer nicht ausgeschlossen werden, ohne dass darin ein Eingriff in den Kernbereich des Eigentums zu sehen sei. Angelegenheiten, die alle Wohnungseigentümer betreffen, könnten in Teilversammlungen behandelt werden, wenn allen anderen Wohnungseigentümern ein Teilnahme- und Rederecht eingeräumt werde. Problematisch sei aber, dass der Beschluss erst mit der letzten Teilversammlung zustande komme und Probleme bestünden, die Anfechtungsfrist zu berechnen.

Anschließend ging der Referent noch auf die Problematik der bauabschnittsweisen Errichtung von Wohnungseigentumseinheiten ein. Hier werde in der Regel ein sog. überdimensionaler Miteigentumsanteil gebildet und das gemeinschaftliche Eigentum später in Sondereigentum überführt. Infolge ergangener höchstrichterlicher Rechtsprechung müsse diese Ermächtigung des Bauträgers nun in die einzelnen Erwerbsverträge aufgenommen werden. Eine Alternative bestehe in einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG, die greife, wenn nicht der Erwerber wiederum eine entsprechende Vollmacht erteile, was jedoch als gangbare Gestaltung noch nicht gerichtlich abgesichert sei. Ein weiteres Problem bestehe bei der Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums. Der Bauträger habe ein Interesse an einer einheitlichen Verjährungsfrist. Auch hier hätten sich durch das neue Recht Änderungen ergeben. Zwar bestehe keine geborene Ausübungsbefugnis des Verbandes für die Abnahme, die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer könne aber auf den Verband übertragen werden. Noch ungeklärt sei, ob eine solche Abnahmekompetenz oder weitergehend die Geltendmachung von Mängelrechten auf gebildete Untergemeinschaften weiterübertragen werden könnten.

Die anschließende Diskussion behandelte die Thematik der konkreten Ausgestaltung einer Verwaltungsvollmacht und Anwendungsbereiche und Ausgestaltung von Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 WEG. Im Rahmen des anschließenden Empfangs wurden die angestoßenen Diskussionen fortgesetzt und vertieft. Die nächste Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht wird sich dem Gesellschaftsrecht zuwenden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Schöner/Stöber: Grundbuchrecht. 14. Aufl., Beck, 2008. 1 645 S., 125 €

Es gibt Neuauflagen, bei denen die meisten Kaufentscheidungen bereits getroffen sind, bevor die Rezension erscheint. Zum kleinen Kreis dieser wirklich Unentbehrlichen zählt der *Schöner/Stöber*. Die Besprechung einer solchen Neuauflage richtet sich also an die Nachzügler. Sie gibt aber auch Gelegenheit, auf die Aktualität und die gewaltige Spannweite dieses Handbuchs hinzuweisen, die beim bloßen Blick auf dessen Titel leicht unterschätzt wird. Weit über das eigentliche Grundbuchrecht hinaus umfasst der *Schöner/Stöber* das Immobilienrecht im weitesten Sinn, nicht zuletzt die damit zusammenhängenden Gestaltungsaufgaben des Notars. So sind z. B. alle Facetten des Grundstückskaufs ebenso behandelt wie der Kauf vom Bauträger und der Kauf gegen Rente. Überall, wo Familien- oder Erbrecht, Gesellschaftsrecht oder öffentliches Recht das Immobilienrecht berühren, kann man auf den *Schöner/Stöber* zählen. Die Fülle der Rechtsprechungs- und Literaturnachweise sucht ihresgleichen. Von wichtigen Gerichtsentscheidungen bietet der *Schöner/Stöber* in der Regel mehrere Fundstellen.

Der damit einhergehenden Tendenz, dass jede Neuauflage umfangreicher und unhandlicher wird, haben die Autoren Einhalt geboten. Dem Immobilienrecht im Beitrittsgebiet wird kein besonderer Abschnitt mehr gewidmet. Soweit es für Notare und Grundbuchämter weiterhin Bedeutung hat, ist es gestrafft den anderen Kapiteln zugeordnet. Den ansonsten vermehrten Stoff hat der Verlag durch Änderung des Schriftbilds auf geringerer Seitenzahl untergebracht. Durch beide Maßnahmen ist das Buch um fast zwei Zentimeter schlanker geworden, ohne dass die Lesbarkeit leidet. Je mehr Auflagen ein Buch erlebt, desto schwieriger wird es, die Reihenfolge der Randnummern unangetastet zu lassen. Dies ist den Autoren weithin gelungen, wenn auch an manchen Stellen mit Hilfe weiterer A-Nummern. Wo bisher auf den *Schöner/Stöber* verwiesen wurde, braucht man also die betreffende Fundstelle in der Neuauflage nicht lange zu suchen.

Meine Leseproben habe ich nach Aktualität und persönlichen Interessen gewählt:

1. Aus der vom BGH anerkannten Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft folgern die Autoren nunmehr ohne Vorbehalte, dass das Eigentum an einem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück der Gesellschaft selbst zusteht, nicht den einzelnen Gesellschaftern. „In das Grundbuch muss daher die Gesellschaft als Eigentümerin oder Berechtigte eingetragen werden.“ Die Frage, ob sie grundbuchfähig ist, stelle sich nicht (Rdnr. 240). Es gehe nur noch darum, wie sie im Grundbuch als Berechtigte zu bezeichnen ist (Rdnr. 240 a). Um bei Geschäften der BGB-Gesellschaft über Immobilienrechte dem Rechtsverkehr die Sicherheit des öffentlichen Glaubens gemäß den §§ 891, 892 BGB in gleicher Weise zu bieten wie bei Geschäften mit anderen Rechtsträgern, muss nach Ansicht der Autoren mangels eines GbR-Registers das Grundbuch selbst die Existenz, die Identität und die Vertretungsverhältnisse der BGB-Gesellschaft nachweisen. Als Weg dazu, der mit schon geltenden Rechtssätzen am besten kompatibel ist, befürworten die Autoren die Eintragung sämtlicher Gesellschafter analog §§ 162 Abs. 1 Satz 2 HGB (nicht BGB, wie versehentlich in Rdnr. 240 d). Dadurch wird die

BGB-Gesellschaft im Grundbuch als Eigentümerin bzw. als Berechtigte ausgewiesen, wobei es ihr freisteht, dieser Eintragung den Namen und den Sitz der Gesellschaft beizufügen. Konstitutiv werden jedoch Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse der GbR durch die Personalien der Gesellschafter mit öffentlichem Glauben verlaubar. Für den möglichen Wortlaut einer solchen Eintragung liefert Rdnr. 240 c drei gleichermaßen verwendbare Formulierungsbeispiele, die auch als Vorlage taugen, um eine wirksame Auflassung an eine GbR zu formulieren. Wie bei einer solchen Auflassung Existenz, Identität und Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft nachzuweisen sind, ist in Rdnr. 3314 dargelegt. Der Aufwand, den die Autoren dabei der GbR für den Fall zumuten, dass nicht alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter mitwirken, entspricht dem Grundsatz, dass drohende Rechtsunsicherheit derjenige beseitigen soll, der sie durch Wahl einer bestimmten Rechtsform geschaffen hat, um die Vorzüge dieser Rechtsform zu genießen. Ein Wehklagen der BGB-Gesellschafter darüber halte ich für ungerechtfertigt, denn die §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB eröffnen ihnen die Möglichkeit, sich die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO zu ersparen, indem sie ihre Gesellschaft – selbst wenn diese nur eigenes Vermögen verwaltet – als OHG oder KG in das Handelsregister eintragen lassen. Ich schätze es als glücklichen Umstand, dass dem BGH die Neuauflage des *Schöner/Stöber* vorliegt, wenn er sich in absehbarer Zeit zur Behandlung der GbR im Grundbuchverfahren äußern muss.

2. Die am 1.7.2007 in Kraft getretenen Änderungen des WEG und das bisherige Schrifttum dazu sind in die Neuauflage eingearbeitet.

a) Abweichend von der herrschenden Meinung, der sich inzwischen das OLG Celle (DNotI-Report 2008, 85 = NotBZ 2008, 198 m. Anm. *Heggen*) angeschlossen hat, vertreten *Schöner/Stöber* die Ansicht, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ungeachtet ihrer Teilrechtsfähigkeit kein Wohnungseigentum am (eigenen) gemeinschaftlichen Grundstück erwerben kann, z. B. an einer Hausmeisterwohnung (Rdnr. 2838 c) und ebenso wenig sonstiges Immobilieneigentum (Rdnr. 2838 d), wohl aber eine Hypothek, Grundschuld oder Reallast zur Sicherung gemeinschaftlicher, zum Verwaltungsvermögen zählender Forderungen (Rdnr. 2838 f.). Dem einzelnen Wohnungseigentümer könne nicht durch Mehrheitsbeschluss die Pflicht zum (mittelbaren) Immobilienerwerb und zu dessen Bezahlung auferlegt werden. Eine derartige Pflicht sei dem WEG ebenso fremd wie die Möglichkeit des Erwerbs „eigener Anteile“, die das Gesetz nur bei Kapitalgesellschaften vorsehe. Das sind beachtliche Gründe gegen die ganz herrschende Meinung. Den Rat der Verfasser, „die weitere Entwicklung abzuwarten“, wird der Notar zwar an eine zum Immobilienerwerb entschlossene Eigentümergemeinschaft weiterleiten. Er kann die Beurkundung aber nicht ablehnen, sondern nur über die noch ungesicherte Rechtslage belehren.

b) Nach § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG ist zur Begründung eines Sondernutzungsrechts keine Zustimmung der Gläubiger von Verwertungsrechten (Grundpfandrechten und Reallasten) erforderlich, wenn gleichzeitig zugunsten des damit belasteten Wohnungseigentums ein Sondernutzungsrecht begründet wird. Ob dies nur gilt, wenn die Sondernutzungsrechte in etwa

gleichartig und gleichwertig sind, oder auch bei deutlichen Unterschieden, lassen *Schöner/Stöber* bedauerlicherweise offen (Rdnr. 2912 b).

c) Intensiv befassen sie sich mit vereinbarungs- oder gesetzesändernden Beschlüssen, die Vereinbarungscharakter haben, aber kraft einer sog. Öffnungsklausel (§ 23 Abs. 1 WEG) mit Mehrheit gefasst werden können. Umstritten ist, ob solche Beschlüsse in das Grundbuch eingetragen werden müssen und/oder der Zustimmung Drittberechtigter bedürfen, um gegen Sonderrechtsnachfolger zu wirken. *Schöner/Stöber* halten lediglich die (von allen Eigentümern zu vereinbarende) Öffnungsklausel für eintragungsfähig und eintragungsbedürftig, dagegen nicht vereinbarungseretzende Mehrheitsbeschlüsse aufgrund einer solchen Öffnungsklausel (Rdnr. 2887). Sie treten damit zusammen mit *Palandt/Bassenge* (67. Aufl. 2008, § 10 WEG Rdnr. 22) der Ansicht von *Hügel* (zuletzt NotBZ 2008, 172) entgegen, der die Brechstange gegen den Wortlaut des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG ansetzt mit dem löblichen Ziel, die Aussagekraft des Grundbuchs zu erhalten, vor allem über Sondernutzungsrechte, die auf Mehrheitsbeschluss beruhen. Die Zustimmung Drittberechtigter verlangen *Schöner/Stöber* lediglich zur Öffnungsklausel, dagegen nicht zu Beschlüssen, die auf der Öffnungsklausel beruhen (Rdnr. 2887 – gerade umgekehrt *Palandt/Bassenge*, § 10 WEG Rdnr. 5); Gläubiger von Verwertungsrechten müssen sogar der Öffnungsklausel nur zustimmen, wenn die Öffnungsklausel die Begründung von Sondernutzungsrechten gemäß § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG über den zustimmungsfreien Rahmen des Satzes 3 hinaus erlaubt (Rdnr. 2885 a. E., 2886, 2912 b).

d) Wenn man mit *Schöner/Stöber* (Rdnr. 2885 b) fordert, dass eine Öffnungsklausel die einem Mehrheitsbeschluss zugänglichen Gegenstände aussagekräftig umschreibt, liegt die Versuchung nahe, auf eine Öffnungsklausel auszuweichen, die sämtliche Angelegenheiten der Wohnungseigentümer der Mehrheitsherrschaft unterwirft. *Schöner/Stöber* bejahen die umstrittene Zulässigkeit einer solchen globalen Öffnungsklausel, raten aber dringend von ihr ab und halten es für erforderlich, zumindest eingeräumte Sondernutzungsrechte im Hinblick auf Art. 14 GG ausdrücklich der Abänderung durch Mehrheitsbeschluss zu entziehen (Rdnr. 2885 b) sowie darüber hinaus der Mehrheitsherrschaft weitere Schranken in Anlehnung an § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zu setzen (Rdnr. 2885 c). Vielleicht wäre es schlüssiger, globalen Öffnungsklauseln eine generelle Absage zu erteilen.

Dass mit den neu eröffneten Handlungsspielräumen der Eigentümergemeinschaft noch einige Zeit neue Rechtsunsicherheit einhergeht, kann also auch die sorgfältige Aufarbeitung der WEG-Novelle im *Schöner/Stöber* nicht verhindern.

3. Im Kapitel „Wertsicherungsklauseln“ haben die Verfasser das am 14.9.2007 in Kraft getretene neue Preisklauselgesetz (PkG) und das dazu vorhandene Schrifttum des Jahres 2007 eingearbeitet. Weil die Zulässigkeit einer Wertsicherungsklausel nicht mehr behördlich kontrolliert wird und ein Verstoß gegen das PkG zur Unwirksamkeit grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt führt, zu welchem der Verstoß durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist (§ 8 PkG), darf auch das Grundbuchamt einen solchen Verstoß nicht bereits bei der Eintragung, z. B. einer wertgesicherten Reallast, beanstanden. Bei Eintragung einer mit dem PkG unvereinbaren Wertsicherung verletzt es daher keine gesetzliche Vorschrift. Infolgedessen bleibt ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO auch unzulässig, nachdem die Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt ist. Die rechtskräftig festgestellte Unwirksamkeit der Wertsicherung kann durch gutgläubigen Erwerb nicht geheilt werden; die Eintragung eines Widerspruchs nach

§ 899 BGB scheidet somit ebenfalls aus. Es kommt nur Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO in Betracht, und zwar mit unterschiedlichem Ergebnis, je nachdem, ob sich die Unwirksamkeit auf die Wertsicherungsklausel beschränkt oder die ganze Reallast erfasst (Rdnr. 3271).

4. Die Neuauflage begnügt sich nicht damit, die zwischenzeitlichen Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum einzuarbeiten. Sie stellt gelegentlich auch vermeintlich gesicherte Erkenntnisse auf den Prüfstand, z. B. zur Stellvertretung bei Abgabe einer Eintragungsbewilligung. Nach überall vertretener Ansicht muss die Vollmacht des Vertreters bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung fortbestehen (Vorauslage Rdnr. 102), also bis zu dem Zeitpunkt, zu welchem die Urschrift oder Ausfertigung der Bewilligung entweder dem Grundbuchamt vorliegt oder dem Begünstigten ausgehändigt wurde oder dem Begünstigten ein unwiderruflicher gesetzlicher Anspruch zusteht, kraft dessen er die Urschrift oder eine Ausfertigung der Bewilligung verlangen kann (Rdnr. 107). Demzufolge würde die von einem Bankvertreter erklärte Pfandfreigabe für das Grundbuchverfahren unbrauchbar, falls dessen Vollmacht erlischt, bevor die Pfandfreigabe die Bank verlassen hat und dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer (u. U. vertreten durch den Notar) zugegangen ist. Künftig braucht man nicht mehr darauf zu bauen, dass diese Konsequenz der bisher allgemeinen Ansicht weiterhin unbeachtet bleibt. *Schöner/Stöber* widerlegen das herkömmliche Dogma und stellen überzeugend fest: Die Vollmacht muss lediglich bei *Erklärung* der Eintragungsbewilligung durch den Vertreter bestanden haben (Rdnr. 102 a–e), nicht bis zu deren Wirksamkeit.

5. Nur beipflichten kann ich, wenn in der Neuauflage die Mitberechtigung nach § 432 BGB als grundbuchtaugliches Gemeinschaftsverhältnis bei Nießbrauch und Dienstbarkeiten Anerkennung findet (Rdnr. 1125, 1197). Wer wollte darüber hinaus erwarten, dass die gewohnte allumfassende Einsatzmöglichkeit der meist interessenswidrigen, bei Dienstbarkeiten besonders unpassenden Gesamtgläubigerschaft hinterfragt wird? Widersprechen möchte ich jedoch, wenn *Schöner/Stöber* sich gegen die Kombination gesetzlich vorgesehener Gemeinschaftsverhältnisse oder einzelner darin enthaltener Regeln wenden (Rdnr. 1125). Wie ich nachzuweisen versucht habe (DNotZ 2008, 324), gilt insoweit keine Typenfixierung und führt häufig allein die Kombination der Regeln der einzelnen gesetzlichen Typen zu interessengerechten Ergebnissen. Bei der Frage, ob § 1025 BGB als grundbuchfähiges Gemeinschaftsverhältnis zwischen mehreren Dienstbarkeitsberechtigten vereinbart werden kann, sehe ich Koordinationsbedarf zwischen Rdnr. 1125, wo dies verneint wird, und Rdnr. 1124, wo m. E. zutreffend festgestellt ist: „Berechtigungsverhältnisse, die sich bei Teilung des Grundstücks ergeben können, müssen auch sogleich bei Bestellung der Grunddienstbarkeit zulässig sein.“

6. Möglicherweise obwaltet ein Missverständnis, wenn *Schöner/Stöber* seit vielen Auflagen entgegen der herrschenden Meinung die Ansicht vertreten, in den Inhalt eines Wohnungsrechts könne nicht die Pflicht des Eigentümers aufgenommen werden, Kosten für Strom, Heizung, Warmwasser, Wasserversorgung, Abwasserentsorgung und Müllabfuhr zu tragen (Rdnr. 1253). Dies mag in den seltenen Fällen zutreffen, in welchen zentrale Versorgungs- und Entsorgungsanlagen fehlen. Andernfalls geht es der Sache nach nur darum, dass der Berechtigte die zentralen Anlagen mitbenutzen darf und der Eigentümer es zu unterlassen hat, diese – soweit es die Räume des Berechtigten betrifft – stillzulegen. Weil dieses Mitbenützungrecht im wirtschaftlichen Ergebnis den Eigen-

tümer mit Kosten belastet, drängt es sich auf klarzustellen, ob der Berechtigte sich daran beteiligen muss. Bejahendenfalls kann man von dieser Beteiligung den Fortbestand oder die weitere Ausübung des Wohnungsrechts abhängig machen (Rdnr. 1279 ff.). Verneinendenfalls hat der Eigentümer diese Kosten als wirtschaftliche Folge der Dienstbarkeit zu tragen; eine Unterlassungspflicht kann nämlich auch dann durch Dienstbarkeit gesichert werden, wenn „dies für den Verpflichteten praktisch die gleiche Wirkung äußert wie eine Verpflichtung zu positivem Tun“ (Rdnr. 1134). Juristischer Inhalt der Dienstbarkeit bleibt das Mitbenützungrecht des Berechtigten und die Unterlassungspflicht des Eigentümers, die zentralen Anlagen im Ausübungsbereich des Wohnungsrechts stillzulegen. Darin liegt der Unterschied zu einer selbstverständlich nicht dienstbarkeitsfähigen Pflicht des Eigentümers, „die Wohnräume zu möblieren sowie mit Elektrogeräten, Haushaltsmaschinen, Teppichen und Bildern auszustatten“ (Rdnr. 1253).

7. Vertieft haben *Schöner/Stöber* die Ausführungen zur Vormerkungsfähigkeit bedingter und künftiger Ansprüche, insbesondere solcher, die von einem bestimmten Verhalten oder einer Willenserklärung des Schuldners abhängen (Rdnr. 1489 ff.). Zu Recht sind sie dabei der in der Judikatur verbreiteten Meinung entgegengetreten, die Vormerkungsfähigkeit hänge davon ab, dass die Umschreibung der Anspruchsvoraussetzungen, insbesondere des anspruchsbegründenden Verhaltens, sachenrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügt (Rdnr. 1492 a). Richtigerweise muss nur das Anspruchsziel, also das vorzumerkende dingliche Recht, dem sachenrechtlichen Typenzwang entsprechen und hinreichend bestimmt sein.

8. Wenn zu einem Vertrag die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, kann der andere Vertragsteil den Schwebezustand gemäß § 1829 Abs. 2 BGB jederzeit beenden, indem er den Betreuer auffordert mitzuteilen, ob die Genehmigung erteilt sei. Kann dies nicht innerhalb zwei Wochen bejaht werden, gilt die Genehmigung als verweigert. Die Zweiwochenfrist ist angesichts der heutigen Anforderungen an das Genehmigungsverfahren viel zu kurz. Im Ergebnis eröffnet sie dem anderen Vertragsteil die Möglichkeit, sich bereits unmittelbar nach Vertragsschluss seiner vertraglichen Bindung zu entledigen. In Rdnr. 3738 a der Neuauflage schlagen *Schöner/Stöber* zu Recht eine Vereinbarung vor, welche die Bindung des anderen Vertragsteils der zu erwartenden Dauer des Genehmigungsverfahrens annähert.

9. Der Beschluss des BGH vom 2.10.2003 (MittBayNot 2004, 189), der in der Voraufgabe nicht mehr berücksichtigt werden konnte, hat erneut die Diskussion darüber entfacht, ob und wie der Reallastgläubiger den dinglichen Reallastanspruch auf rückständige Leistungen durch Zwangsversteigerung realisieren kann, ohne die Reallast insgesamt, also im Umfang der künftigen Leistungen, zu verlieren. *Schöner/Stöber* stellen die Problematik und die Lösungsvorschläge in meisterhafter Präzision und Kürze dar (Rdnr. 1317–1317 e). Es ist nicht erforderlich, jeder Reallast bereits bei ihrer Bestellung Begleitschutz durch eine zusätzliche vorrangige Reallastvormerkung oder durch eine zusätzliche vorrangige Grundschuld beizuordnen und dadurch weitere Kosten und Verständnisprobleme auszulösen. Wenn es zur Zwangsversteigerung kommt, steht dem Reallastgläubiger immer noch ein verfahrensrechtlicher und ein materiellrechtlicher Weg offen, um den Fortbestand der künftigen Reallastleistungen im geringsten Gebot zu erreichen. Gerade bei der Darstellung des verfahrensrechtlichen Wegs zeigt sich die im *Schöner/Stöber* integrierte vollstreckungsrechtliche Kompetenz.

10. Mehrfach musste die Rechtsprechung sich mit der Frage beschäftigen, ob und inwieweit die Verfügungsbeschränkungen, denen (der nicht befreite, aber auch der befreite Vorerbe) unterliegt, auf die Verfügung über Erbschaftsgegenstände durchschlagen, falls an diesen Erbschaftsgegenständen andere, nicht der Vorerbenbindung unterliegende Personen beteiligt sind. Die einzelnen Fallgruppen und deren Lösung im Kopf zu behalten, ist nahezu unmöglich. Die Verfasser haben in der Neuauflage die letzte Entscheidung des BGH (MittBayNot 2007, 328) zum Anlass genommen, die komplexe Materie nach dem neuesten Stand der Rechtsprechung übersichtlich darzustellen (Rdnr. 3486 a–3487 g).

11. In Rdnr. 261 e, 1499, 1516 und 3147 befassen *Schöner/Stöber* sich mit der bedingten Abtretung (Vorausabtretung) eines vorgemerkten (Rück-)Übereignungsanspruchs, in Rdnr. 970 mit der bedingten Abtretung eines Erbanteils. Das Sachregister hat mich nur unter „Weiterverkauf“ zu Rdnr. 3147 geführt, wo die damit verbundenen Rechtsfragen präzise dargestellt sind. Die anderen vorgenannten Fundstellen konnte ich mir mit Stichwörtern wie „Abtretung“, „Bedingung“, „Eigentumsverschaffungsanspruch“, „Erbanteil“, „Übereignungsanspruch“, „Vorausabtretung“ nicht erschließen.

a) Bei der entgeltlichen Erbanteilsabtretung können durch eine aufschiebend oder auflösend bedingte Übertragung des Erbanteils Vorleistungsrisiken jedes Vertragsteils vermieden werden. § 161 BGB schützt das Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten gegen vertragswidrige Verfügungen und gegen Insolvenz des anderen Vertragsteils. Durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung in Abt. II kann dieser Schutz auf Verfügungen über das Nachlassgrundstück erstreckt werden, die der in Abt. I Eingetragene zusammen mit den übrigen Miterben zugunsten eines gutgläubigen Dritten treffen könnte. Aufschiebende und auflösende Bedingung begegnen uns hierbei als gleichermaßen wirksame und eintragungsfähige Instrumente.

b) Anders soll es seit der Neuauflage und abweichend von der herrschenden Meinung sein, wenn ein vorgemerkter Übereignungsanspruch bedingt abgetreten wird. Ein berichtigender Vermerk bei der Vormerkung über dessen bedingte Abtretung soll nur zulässig sein, falls die Abtretung *auflösend* bedingt ist. Weil der Zessionar bei aufschiebender Bedingung noch nicht berechtigt sei, könne er erst nach Bedingungseintritt eingetragen werden (Rdnr. 1516, 261 e, 3147). Wäre dies richtig, so wäre ich um eine Begründung verlegen, weshalb zugunsten desjenigen, der nicht mehr Gläubiger ist, aber vielleicht in Zukunft zurückerwirbt, der künftige Erwerb kraft auflösender Bedingung vorweg berichtigend eingetragen werden kann. Beide Male geht es nicht um den Schutz eines Nichtberechtigten, sondern um den Schutz eines Anwartschaftsberechtigten – wie bei auflösend oder aufschiebend bedingter Erbanteilsabtretung. Durch die Verlautbarung des Anwartschaftsrechts wird das Grundbuch nicht unrichtig. Die befürchteten Schwierigkeiten bei der Löschung der Vormerkung (Rdnr. 1516, Fn. 187) sehe ich nicht: Gleichgültig, ob der Anspruch aufschiebend oder auflösend bedingt abgetreten ist, bedarf es der Bewilligungen des derzeitigen Gläubigers und des Anwartschaftsberechtigten. Beide sind speziell im Hinblick auf eine drohende Löschung der Vormerkung gleichermaßen schutzbedürftig. Als bedingte Anspruchsinhaber können sie bei Eintritt der Bedingung – falls die bedingte Abtretung nicht eingetragen ist – ihren Schutz zwar keinesfalls infolge eines gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung verlieren, wohl aber durch deren Löschung kraft Bewilligung oder Tod des Zedenten und anschließenden gutgläubigen Erwerb des Grundstücks. Wenn nämlich aus dem Grundbuch nur der Zedent ersichtlich ist, darf sich das Grundbuchamt darauf bei

der Löschung verlassen (Rdnr. 100 a, 341). Es muss die Eintragungsbewilligung nicht auf eine etwa darin enthaltene bedingte Abtretung hin überprüfen und wird dies in der Regel auch nicht tun. Das Gesetz sollte also weiterhin beim Wort genommen werden, wonach für die auflösende und die aufschiebende Bedingung „dasselbe gilt“ (§ 161 Abs. 2 BGB).

Müller (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. Beck, 2007. 1 152 S., 98 € + CD-ROM

In der Reihe der Beck'schen Formularbücher erscheint erstmals ein solches zum Wohnungseigentumsrecht. Der Zeitpunkt hierfür ist gut gewählt, da die umfangreichste Änderung des WEG zum 1.7.2007 in Kraft getreten ist. An dem Werk sind neun Bearbeiter beteiligt, darunter auch die Notare *Hügel* und *Kreuzer*, Rechtsanwalt *Horst Müller* sowie der Rechtspfleger *Wolfgang Schneider*. Das Buch folgt der Konzeption der bisherigen Formularbücher: Die Formulare werden fallgruppenweise gebildet und mit ausführlichen Erläuterungen versehen. Dabei kristallisieren sich zwei große Bereiche heraus. In den Teilen A bis C wird der Gegenstand des Wohnungseigentums von der Begründung bis zur Auflösung desselben dargestellt. Dabei geht es um die dingliche Zuordnung der verschiedenen Eigentumsbereiche beim Wohnungseigentum. In den Teilen D bis O werden der Inhalt des Wohnungseigentums, vor allem die Gemeinschaftsordnung sowie die Verwaltung des Wohnungseigentums, das Grundbuchrecht und das Verfahrensrecht beschrieben.

Die Begründung und Änderung von Wohnungseigentum wird überwiegend von *Kreuzer* dargestellt. Die grundlegenden sachenrechtlichen Erfordernisse und die verschiedenen Begründungswege für Wohnungseigentum werden dabei vorzüglich beschrieben. Als Auswirkung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer werden auch deren Grundbuchfähigkeit und die Fähigkeit, selbst Wohnungseigentum zu erwerben, bejaht (A. I. 8). Damit ist *Kreuzer* in Übereinstimmung mit der nunmehr vorliegenden ersten obergerichtlichen Entscheidung zu dieser Frage (OLG Celle, NJW 2008, 1537). Ebenfalls aus der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft leitet *Kreuzer* ab, dass beim Wohnungserbbaurecht nunmehr die rechtsfähige Gemeinschaft den Erbbauzins schulde. Die bisher gesehene Notwendigkeit (oder jedenfalls Zweckmäßigkeit) zur Verteilung des Erbbauzinses auf die einzelnen Einheiten zwecks Vermeidung einer gesamtschuldnerischen Haftung bestehe deshalb nicht mehr (A. I. 7.1). Diese Ansicht dürfte jedoch anzuzweifeln sein, da die Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten, genauso wie die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, nicht Inhaberin der Bruchteile am Wohnungserbbaurecht ist. Dies sind vielmehr die einzelnen Wohnungseigentümer in ihrer sachenrechtlichen Individualität.

Hügel beschreibt in diesem Kapitel die Bauträgervollmacht und die abschnittsweise Errichtung einer Mehrhausanlage (B. II. 1, 2). Bei der Mehrhausanlage empfiehlt er zur Sicherung der Erteilung der erforderlichen Vollmachten durch den Rechtsnachfolger im Falle der Veräußerung einer Einheit die von ihm gesehene Konzeption der Verwalterzustimmung. Er erwähnt jedoch, dass dieser Weg durch die unabdingbare Möglichkeit der Aufhebung des Erfordernisses der Verwalterzustimmung (§ 12 Abs. 4 WEG) nunmehr geschwächt ist. Ob die Aufhebung des Erfordernisses der Verwalterzustimmung

Diese Leseproben mögen zeigen, dass sich im *Schöner/Stöber* weiterhin die gesamte immobilienrechtliche Rechtsentwicklung kristallisiert. Wer mit Grundstücksrecht zu tun hat, braucht die aktuelle Auflage dieses Meisterwerks, das die beiden Autoren seit mehr als dreißig Jahren gemeinsam verantworten.

Notar a. D. Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden

unter dem Gesichtspunkt der ordnungsmäßigen Verwaltung verhindert werden kann (wie dies *Abramenko*, Das neue WEG, 2007, § 3 Rdnr. 3 meint) erscheint fraglich, da der entsprechenden Entscheidung der Eigentümerversammlung ein großer Ermessensspielraum zukommt.

Die zentrale Bearbeitung aller zur Gemeinschaftsordnung (GO) gehörenden Fragen erfolgt durch *Müller*. Den entsprechenden Formulierungen ist eine Checkliste für die Regelungsinhalte der GO vorangestellt, welche 24 Standardinhalte enthält. Zutreffend warnt *Müller* jedoch davor, die Texte als „Muster-GO“ zu verwenden; wie jedes Formular können sie lediglich eine Hilfestellung bieten, welche eine maßgeschneiderte Arbeit, bezogen auf die örtlichen und technischen Gegebenheiten der Anlage, nicht entbehrlich macht.

Eines der wichtigsten Anliegen des WEG-ÄndG war bekanntlich die Erleichterung von Abänderungen der Gemeinschaftsordnung. Zur Ergänzung der gesetzlichen Öffnungsklauseln (z. B. § 16 Abs. 3 WEG) schlägt *Müller* eine solche in der GO vor. Mit deren Hilfe soll auch im Beschlusswege ein Sondernutzungsrecht begründet werden können, was jedoch „der Zustimmung aller damit vom Mitgebrauch ausgeschlossenen Wohnungseigentümer“ bedarf (D. II. 1 § 15). Dabei stellt sich aber die Frage, ob durch die notwendige Mitwirkung der ausgeschlossenen Wohnungseigentümer nicht eine Vereinbarung an Stelle eines Beschlusses vorliegt.

Bei Änderungen der GO auf der Grundlage einer Öffnungsklausel folgt *Müller* der gesetzlichen Aussage des § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG, wonach diese Änderung im Grundbuch nicht eintragungsfähig ist (D. II. 1.66). Demgegenüber hält *Schneider* (G. II. 2.5) solche Änderungen der Gemeinschaftsordnung unter Bezugnahme auf *Hügel/Elzer*, Das neue WEG, 2007, § 3 Rdnr. 143 für eintragungsfähig. Dieser Auffassung ist unter dem Gesichtspunkt der Publizität des Grundbuchs zuzustimmen. Ohne Eintragung drohen in einigen Jahrzehnten chaotische Rechtsverhältnisse in den Wohnungseigentumsanlagen, da es (trotz Beschlussammlung) keinen rechtlich zuverlässigen Informationsträger für den Inhalt des Sonder Eigentums geben wird.

Lesenswert ist der Abschnitt über das Grundbuchrecht, verantwortet von *Schneider*. Er enthält eine praxisgerechte Fundgrube der um das Wohnungseigentum kreisenden Fragen des Grundbuchverfahrensrechts. Beispielhaft erwähnt sei die Darstellung der Lösungswege für die Gestaltung von Tiefgaragenstellplätzen (G. V.).

Eine der schwierigsten Fragen, die das neue WEG-Recht aufwirft, betrifft die Kompetenz des rechtsfähigen Verbandes, gemeinschaftsbezogene Rechte der Wohnungseigentümer im eigenen Namen auszuüben, desgleichen solche Rechte, die gemeinschaftlich ausgeübt werden können. Die Problematik tritt vor allem bei der Verfolgung von Baumängeln am Gemeinschaftseigentum auf. Die entsprechende Darstellung von *Hügel* (O.) ist ebenso informativ, überzeugend wie verständlich.

Das Formularbuch befasst sich mit der gesamten Breite des Wohnungseigentums. Hierzu gehören natürlich auch alle mit der Verwaltung zusammenhängenden Fragen sowie das neue Verfahrensrecht unter der Geltung der ZPO, welches das bisherige FGG-Verfahren abgelöst hat. Es sei nicht verschwie-

gen, dass diese Themen vom Umfang her überwiegen. Die für die Praxis des Notars wichtigen Kapitel sind jedoch von einer solchen Qualität, dass sich die Anschaffung des Buches empfiehlt.

Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Gerhardt/v. Heintschel-Heinegg/Klein: Handbuch des Fachanwalts Familienrecht. 6., überarb. Aufl., Luchterhand, 2008. 2 364 S., 124 €

Die hier zu besprechende Neuauflage eines etablierten Werkes erscheint mit einigem Abstand zur Voraufgabe. Der Leser wird diesen Erscheinungstermin honorieren, denn hierdurch war es den Herausgebern und Autoren möglich, die vom Bundestag am 9.11.2007 verabschiedete und zum 1.1.2008 in Kraft getretene Unterhaltsreform bereits einzuarbeiten. Dies ist in der bereits gewohnten hohen Qualität gelungen.

Frühere und aktuelle Rechtslage zum Unterhaltsrecht werden von *Gerhard* im 6. Kapitel – mit mehr als 450 Seiten selbst schon ein Buch – neben- bzw. nacheinander dargestellt, wodurch die Änderungen deutlich vor Augen treten. Da dieses Kapitel wie bisher Rechtsprechung und Leitlinien der Obergerichte umfassend auswertet und Rechtsprobleme durch Beispielfälle mit Lösung verdeutlicht, bleiben hier keine Wünsche offen. Die Falllösungen eignen sich auch oft als Formulierungshilfe.

Nur kurz widmet sich *Gerhard* der Unterhaltsvereinbarung gemäß § 1585 c BGB. Interessant ist hier der Aspekt, dass sich die neue Formpflicht für Vereinbarungen zum naheheulichen Unterhalt vor Scheidung auf die Praxis zur einvernehmlichen Scheidung vor Gericht auswirken wird. Konnte bisher ein Unterhaltsverzicht materiell wirksam auch durch eine nicht anwaltlich vertretene Partei im Gerichtstermin vereinbart werden, so kann der Prozessvergleich nun die notarielle Beurkundung nur noch ersetzen, wenn beide Parteien ordnungsgemäß anwaltlich vertreten sind. Nur so lassen sich künftig auch die Voraussetzungen des § 630 ZPO erfüllen, so dass der Verzicht auf einen Anwalt im Scheidungstermin nun mit größerer Wahrscheinlichkeit zu einer notariellen Trennungs- und Scheidungsvereinbarung führt.

Zwei neue Kapitel sind teilweise für den gewachsenen Umfang des Werkes ursächlich. *Diehl* verbindet auf sehr gelungene Weise die Darstellung des Sozialrechts (Kapitel 14) mit meist als „Praxistipp“ gekennzeichneten Hinweisen, wie sich dieses Rechtsgebiet auf Rechte und Pflichten von Ehegatten und weiteren Familienangehörigen auswirkt. Sehr prägnant wird dargestellt, dass die Voraussetzungen des SGB II für die Gewährung einer Grundsicherung („Harz IV“) zwar denen des Familienunterhalts ähnlich sind, sich jedoch nicht decken. Ein Leistungsbescheid nach SGB II ist deshalb nicht dem Nachweis von Bedürftigkeit oder fehlender Leistungsfähigkeit gleichzusetzen. *Diehls* Ausführungen, die auch Neuerungen wie das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG)

erfassen, geben viele Hinweise und eignen sich auch gut zur Einarbeitung in dieses unübersichtliche Thema.

Im deutlich kürzeren Kapitel 19 mit dem Titel „Alternative Streitschlichtungsverfahren“ wird von *Kloster-Harz* hingegen bestenfalls die Anregung gegeben, sich mit den Themen Mediation, Collaborative-Law-Verfahren und Schiedsgerichtsbarkeit zu befassen. Zur Mediation fehlen weitgehend Hinweise auf einschlägige Literatur. Durch den sehr kurzen Abschnitt zum Collaborative-Law-Verfahren wird dem Leser weder das Verfahren noch dessen Bedeutung in Deutschland klar. Zur interessanten Institution des Süddeutschen Familienschiedsgerichts wird der Inhalt der einschlägigen Homepage ausführlich wiedergegeben. Wenn dieses Schiedsgericht auf Dauer hält, was es verspricht, sollte ihm Erfolg beschieden sein. Verfahrenszahlen werden jedoch nicht bekannt gegeben. Allerdings würde es dem Anspruch eines Handbuchs besser gerecht, wenn die Eignung der Schiedsgerichtsbarkeit in Familiensachen allgemein untersucht würde. Auch hierzu gibt es keinerlei Literaturhinweise.

Ansonsten wurde das bewährte Konzept fortgeführt, wobei die Kapitel stets einer gründlichen Überarbeitung unterzogen wurden. Wenn man sich in das Buch vertieft, findet man auf viele Fragen der notariellen Praxis eine kompetente Antwort, doch ist das Buch hierauf nicht ausgerichtet. So wird z. B. in Kapitel 4 unter Rdnr. 70 das Vertretungsverbot für Eltern bei Interessenkollisionen i. S. v. §§ 181, 1795 BGB angesprochen, jedoch kein Hinweis darauf gegeben, wie der dann erforderliche Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Ausführungen hierzu finden sich versteckt in Kapitel 5 Rdnr. 33 f. unter der Überschrift „Genehmigungsfähigkeit“, d. h. eher am falschen Platz.

Der Notar als Vertragsgestalter wird das Handbuch zum Erkennen der Rechtslage verwenden, insbesondere zur Vorbereitung von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, aber z. B. auch zur Annahme als Kind. Hierzu ist das Buch uneingeschränkt zu empfehlen. Für die Vertrags- und Urkundengestaltung selbst wird er auf andere Werke zurückgreifen, insbesondere wenn es ihm um Formulierungsvorschläge geht. Zwar findet sich auch insoweit Lohnendes, z. B. ein recht umfangreicher Vorschlag bezüglich der Zustimmung zum sog. Realsplitting (Kapitel 13 Rdnr. 204), doch sind solche Stellen teilweise schwer zu finden, zumal wenn der entsprechende Verweis im Kapitel zur Vertragsgestaltung (Kapitel 12 Rdnr. 89) schon seit mehreren Auflagen an die falsche Stelle führt.

Notar Dr. *Stefan Bandel*, Deggendorf

Zimmermann: Erbschein und Erbscheinsverfahren für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis. 2. Aufl., E. Schmidt, 2008. 445 S., 58 €

Walter Zimmermann legt die zweite Auflage seiner Praxis-schrift zum Erbschein und Erbscheinsverfahren vor. Eine die Neuauflage rechtfertigende Aktualität des Werkes ist nicht auffällig. Der Leser wird in dessen sechzehn Kapiteln an Grundlagen erinnert (etwa Wesen, Inhalt und Rechtswirkungen des Erbscheins), findet aber auch Ausführungen zum Verfahren und zu Auslands- sowie DDR-Bezügen im Erbscheinsrecht. Notarrelevante Detailfragen, etwa zu Ablieferungspflichtigen notarieller Verfügungen von Todes wegen, stehen nicht im Vordergrund.

Besonderes Gewicht misst der Autor Kostenfragen bei. Zimmermann betont, dass bei der Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung für den Erbscheinsantrag durch den Notar Umsatzsteuer anfallt, nicht hingegen beim Nachlassgericht. Andere Aspekte, wie beispielsweise den Nachweis der Erbfolge durch notarielle Verfügung von Todes wegen in Verbindung mit deren Eröffnungsniederschrift zu führen, werden weniger prominent behandelt. Im Übrigen diktierten Einzelentscheidungen die Darstellung.

An der Rechtsprechung orientiert handelt Zimmermann Diskussionen im Schrifttum kurz ab. Ausführliche und vertiefte Argumentationen sind selten. Selbst wenn der Autor von anerkannten Grundlagen abweicht – etwa einen Erbschein für Nachlassteile erwägend, weil der Wortlaut von § 2353 BGB nicht entgegenstehe – bleiben die Betrachtungen fast stichpunktartig (Rdnr. 446). Die straffe Darstellung wird der Praktiker schätzen, wenn die Rechtslage klar ist; bei Zweifelsfragen bietet sie jedoch kaum Hilfestellung.

Über reine Rechtsfragen hinaus wendet sich Zimmermann auch praktischen Problemen zu. Bemerkenswert etwa: Wer einen „ausländischen Anwalt mit deutscher Sprachkenntnis“ beauftragen wolle, der finde solche Adressen „im Internet ‚Rechtsanwalt Prag‘ usw.“ (Rdnr. 715).

Ein Inhalts- und ein Sachverzeichnis ermöglichen den gezielten Zugriff auf die Fülle der Informationen. Erschwert wird die Lektüre durch zahlreiche orthografische und grammatikalische Ungenauigkeiten, die nur der geneigte Leser dem Autor und seinem Lektorat nachsehen kann.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL. M. (Harvard),
Neustadt a. d. Aisch

Otto/Haneke/Sánchez: Standardvertragsmuster zum Handels- und Gesellschaftsrecht Deutsch-Spanisch. Beck, 2008. 164 S., 78 € + CD-ROM

Als weiterer Teil einer Reihe von zweisprachigen Standardvertragsmustern zum Handels- und Gesellschaftsrecht ist nun der Band Deutsch-Spanisch erschienen. Bisher liegen schon die Bücher für deutsch-englische – bald in 4. Auflage – und deutsch-französische Vertragsmuster vor. Die Autoren des neuen Teils sind als Rechtsanwälte bzw. Notar bei der Kanzlei CMS Hasche Sigle tätig und verfügen über langjährige Erfahrung im deutsch-spanischen Rechtsverkehr. Auch bei den deutsch-spanischen Mustern sind die Autoren dem bewährten Konzept gefolgt, der jeweiligen deutschen die spanische Formulierung gegenüber zu stellen, so dass man schnell die entsprechende Übersetzung vergleichen kann.

Laut dem Untertitel sollen Muster für Handelsregisteranmeldungen, Vertriebsverträge, Gesellschaftsverträge, Kaufverträge und Schiedsgerichtswesen enthalten sein. Dies stimmt aber leider nur zum Teil, denn Muster zu Vertriebsverträgen und Schiedsgerichtswesen sucht man in dem Band vergeblich. Zu vermuten ist, dass einfach der Untertitel der deutsch-englischen Vertragsmuster übernommen wurde – die tatsächlich alle aufgeführten Bereiche abdecken – ohne aber auch den gleichen Inhalt zu bieten. Das kann zwar bei einer Neuerscheinung passieren, sollte es aber eigentlich nicht, zumal auch bei den deutsch-französischen Vertragsmustern die fehlenden Bereiche nicht enthalten sind; dort ist der Untertitel aber entsprechend umformuliert.

Die tatsächlich vorhandenen Muster behandeln Gesellschaftsverträge für die GmbH, AG und GmbH & Co. KG, diverse Gesellschafterbeschlüsse, Veräußerungs- und Verpfändungsverträge, Handelsregisteranmeldungen und noch Verschiedenes. In der Praxis sehr hilfreich sind die Vollmachten wie etwa zur GmbH-Gründung oder zur Ausübung von Gesellschafterrechten. Weiterhin ist auch ein Muster für ein Gesellschafterdarlehen enthalten. Negativ fällt dort allerdings auf, dass nach

§ 4 lediglich als Merkposten „[ggf. § 5 Rangrücktritt]“ – ohne entsprechenden Formulierungsvorschlag – aufgeführt wird.

Die Vertragsmuster sind nach ihrer Art sortiert, alle Gesellschaftsverträge, Handelsregisteranmeldungen usw. stehen jeweils hintereinander. Das hat zur Folge, dass man für den einheitlichen Vorgang einer GmbH-Gründung den Gesellschaftsvertrag auf Seite 1, das Gründungsprotokoll auf Seite 65, die Handelsregisteranmeldung auf Seite 137 und die Liste der Gesellschafter auf Seite 150 findet. Wenn man wie etwa vom Münchener Vertragshandbuch gewohnt ist, dass alle Muster für einen einheitlichen Vorgang zusammengestellt sind, bedarf dies doch einer gewissen Umstellung. Der Vorteil ist aber, dass sachlich ähnliche Muster hintereinander stehen, so dass man leichter die konkret gewünschte Formulierung für den eigenen Entwurf findet. Somit kann man hintereinander weg durch alle vorhandenen Gesellschaftsverträge blättern.

Bei dem Umfang des Buchs kann man natürlich keine so umfangreiche Darstellung und vor allem nicht so viele verschiedenen Varianten erwarten wie etwa beim Münchener Vertragshandbuch. Die Muster selbst enthalten jedoch alle wesentlichen Teile und sind zutreffend übersetzt. Durch die direkte Gegenüberstellung der deutschen und der spanischen Formulierung kann man sie auch als Übersetzungshilfe für Fachbegriffe verwenden. Folglich bietet das Werk bei der Formulierung eigener Verträge eine gute Hilfestellung. Leider fehlen weitgehend zusätzliche Anmerkungen. Diese beschränken sich im Wesentlichen auf die Erläuterung von im romanischen Rechtskreis unbekanntem Rechtsinstituten, wie beispielsweise der Prokura. Auch weiterführende Literaturhinweise wären wünschenswert.

Positiv ist, dass dem Werk eine CD-ROM beiliegt, was zwar mittlerweile weit verbreitet, aber leider immer noch nicht selbstverständlich ist. Nach dem Einlegen der CD erscheint zügig ein Menü, in dem die Muster entsprechend der Kapitelunterteilung als rtf-Dokument abgerufen und dadurch direkt in die eigene Textverarbeitung wie z. B. Word übernommen

werden können. Dabei liegt jeweils sowohl das deutsche wie auch das entsprechende spanische Muster als separate Datei vor, übrigens inklusive der Fußnoten. Letztere wird man in den eigenen Vertrag wahrscheinlich weniger aufnehmen, vor allem wenn die einzige Fußnote in einem Muster lautet „Siehe Fn. 5“. Wünschenswert wäre, wenn zusätzlich die Muster zweisprachig entsprechend dem Druckbild des Buches in nebeneinander liegenden Spalten verfügbar wären, dann könnte man schnell und einfach einen zweisprachigen Vertrag entwerfen. Für mit dem Textverarbeitungsprogramm vertraute Nutzer ist es sicher kein Problem einen solchen aus den Einzeldokumenten zusammenzustellen, aber für viele wäre es ein erheblicher Mehrwert.

Ein weiterer Kritikpunkt ist, dass zwar fast alle Inhalte zweisprachig sind – inklusive dem Vorwort und der Vorstellung der Autoren –, aber leider das Stichwortverzeichnis nur entsprechend den deutschen Begriffen alphabetisch sortiert ist. Da es lediglich rund drei Seiten umfasst, wäre eine umgedrehte alphabetische Sortierung entsprechend den spanischen Begriffen sicherlich für spanischsprachige Anwender hilfreich.

Alles in allem ist das Werk durchaus eine lohnende Anschaffung für alle im deutsch-spanischen Rechtsverkehr Tätigen. Die hier angesprochenen Kritikpunkte mögen den Autoren als Anregung für die nächste Auflage dienen.

Notarassessor *Holger Brückner*, Schweinfurt

Grün: Informationspflichten des Vorstands bei „Holzmüller-Beschlüssen“. Nomos, 2007. 195 S., 44 €

In seinem richtungsweisenden „Holzmüller“-Urteil hat der BGH erstmals ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten anerkannt und sich mit der Abgrenzung der Zuständigkeiten von Vorstand und Hauptversammlung auseinandergesetzt. Grundlegende Entscheidungen, die durch eine Änderung des wirtschaftlichen und rechtlichen Aufbaus der Gesellschaft zumindest mittelbar auch die Mitgliedschafts- und Vermögensrechte der Gesellschaft berühren, bedürfen ausnahmsweise der Zustimmung der Hauptversammlung. In der „Gelatine“-Entscheidung aus dem Jahr 2004 hat der BGH nochmals zu dieser Frage Stellung genommen. Auch nach dieser Entscheidung sind aber immer noch viele Fragen offen. Ein großes Problem im Zusammenhang mit den ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeiten ist die bestehende Unsicherheit über das einzuhaltende Verfahren, insbesondere die Informationspflichten des Vorstands bei der Vorbereitung und Durchführung der entsprechenden Hauptversammlung. In der wissenschaftlichen Diskussion wurden diese Fragen bislang nur am Rande behandelt. Diese Lücke wird durch die Dissertation von Frau Dr. *Regina Grün*, die im Nomos Verlag in der Schriftenreihe des Augsburg Center für Global Economic Law and Regulation veröffentlicht wurde, geschlossen.

Ausgehend von der „Holzmüller“-Entscheidung des BGH werden zunächst die verschiedenen Ansätze zur Begründung einer ungeschriebenen Hauptversammlungszuständigkeit analysiert. Im Ergebnis rechtfertigt das Schutzbedürfnis der Aktionäre die Annahme ungeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten, die aus einer Gesamtanalogie zu den gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen hergeleitet werden können. Die Autorin geht davon aus, dass bestimmte wesentliche Strukturentscheidungen in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, wobei auf quantitative und qualitative Kriterien abgestellt wird. Im Einzelnen werden verschiedene Fallgruppen, bei denen eine wesentliche Strukturentscheidung möglicherweise in Betracht kommt, untersucht, wie z.B. Ausgliederung und Vertiefung vorhandener Konzernstrukturen, Beteiligungserwerb und -veräußerung, Börsengang, Delisting und Konzernleitungsmaßnahmen.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt auf der Untersuchung der Informationspflichten des Vorstands im Vorbereitungsstadium. Da in der Praxis immer noch unklar ist, wann genau eine Pflicht zur Herbeiführung eines „Holzmüller“-Beschlusses besteht, wird ein solcher Beschluss oft vorsorglich eingeholt, so dass es zu einer regelrechten Inflation von „Holzmüller“-

Beschlüssen kam. Bei jedem Hauptversammlungsbeschluss besteht aber das Risiko einer Anfechtung, die zu einer erheblichen Verzögerung der geplanten Maßnahme und damit zu wirtschaftlichen Verlusten führen kann. Dieses Risiko wird durch die Unklarheit über die einzuhaltenden Verfahrensvorschriften noch verstärkt, denn querulatorische Aktionäre können die bestehende Unsicherheit ausnutzen und versuchen, durch ein langwieriges Anfechtungsverfahren die geplante Maßnahme zu verhindern oder sich gar den „Lästigkeitswert“ ihrer Klagen abkaufen zu lassen. Die vorliegende Dissertation hilft, die bestehende Unsicherheit zu beseitigen und das damit verbundene Anfechtungsrisiko zu reduzieren.

Ausgehend von den Grundlagen, die für die Begründung der Zuständigkeit der Hauptversammlung für Strukturentscheidungen herangezogen werden, erarbeitet die Autorin die Informationspflichten des Vorstands, wobei sie anhand der gesetzlichen Vorgaben des Aktiengesetzes (einschließlich der Neuerungen durch das UMAG) und des Umwandlungsgesetzes inhaltliche und formelle Erfordernisse im Rahmen von Bekanntmachungspflichten bei der Einberufung der Hauptversammlung, die Mitteilungspflichten und Auslegungspflichten darlegt. Besonderes Augenmerk wird dabei auf das Erfordernis eines Vorstandsberichts und dessen formelle Anforderungen, Inhalt und Umfang gelegt. Dabei werden auch mögliche Grenzen der Informationspflichten etwa im Falle des Geheimhaltungsinteresses der Gesellschaft aufgezeigt. Eine ausführliche Darlegung der Informationspflichten während der Hauptversammlung schließt das Kapitel über die Informationspflichten des Vorstands ab. In diesem Zusammenhang wird auch die erforderliche Beschlussmehrheit sowie die Erforderlichkeit einer sachlichen Rechtfertigung von „Holzmüller“-Beschlüssen diskutiert.

Die Dissertation schließt mit der Frage nach dem Erfordernis der notariellen Beurkundung, der Handelsregistereintragung und der Veröffentlichung des Beschlusses sowie den praktischen Auswirkungen von Informationspflichtverletzungen. Dabei wird insbesondere auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der Aktionäre, wie Auskunftserzwingungsverfahren, Anfechtungsklage, sowie auf Ersatzansprüche der Aktionäre und Sanktionen eingegangen.

Wer sich mit den Einzelheiten und der Durchführung von „Holzmüller“-Beschlüssen intensiver befassen will oder muss, dem sei diese verständlich und praxisnah geschriebene Dissertation wärmstens empfohlen.

Notar *Helmut Hutterer*, Forchheim/Oberfranken

Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung. 6., neu bearb. Aufl., Carl Heymanns, 2008. 1 036 S., 118 €

Berufsrecht und Berufspraxis der Notare haben sich auch in den letzten Jahren so sehr verändert, dass jeder daran Interessierte mit Freude die 6., neu bearbeitete Auflage des Kommentars zur Bundesnotarordnung von *Arndt/Lerch/Sandkühler* zur Hand nimmt, um sich auf den neuesten Stand bringen zu lassen. Bewundernswert, wie zuverlässig das Zwei-Mann-Team *Klaus Lerch* und *Gerd Sandkühler* die gesetzlichen Änderungen und die neuere Rechtsprechung in ihrer Neuauflage dokumentiert haben.

Seit Erscheinen der Voraufgabe im Jahr 2003

- wurde der BNotK die Führung eines automatisierten Registers über Vorsorgevollmachten (Zentrales Vorsorgeregister) zur Pflicht gemacht (§§ 78 a–78 c BNotO),
- wurde das badische Notariat für die Bestellung von Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung (Nurnotare) geöffnet (§ 115 BNotO),
- wurde das Recht der Notarkasse und der Ländernotarkasse gemäß den Anforderungen des BVerfG neu geregelt (§ 113 BNotO),
- sind die Notarkammern für die Bestätigung berufsbezogener Angaben bei der Vergabe von qualifizierten Zertifikaten nach dem Signaturgesetz zuständig (§ 67 Abs. 5 BNotO),
- wurde der elektronische Rechtsverkehr mit dem Handelsregister eingeführt,
- haben das BVerfG und der BGH sich in zahlreichen Entscheidungen u. a. mit der Besetzung von Notarstellen (insbesondere im Bereich des Anwaltsnotariats), mit der Notarkasse und der Ländernotarkasse, sowie mit dem Vermögensverfall, Nebentätigkeiten und Werbemaßnahmen von Notaren befasst.

Die Neuauflage spiegelt diese Entwicklungen nicht nur getreulich wieder, sondern geht auch auf das neuere Schrifttum ein, um dem Benutzer des Werks Hinweise für weiterführende Recherchen zu geben (so die Verfasser in ihrem Vorwort). Die auch das Berufsrecht der Notare erfassende Informationsflut führt allerdings dazu, dass die notarrechtliche Literatur zwangsläufig nicht mehr vollständig ausgewertet werden kann. *Kleine-Cosack* z. B. findet sich mit seinem Werk „Das Werberecht der rechts- und steuerberatenden Berufe“, 2. Aufl. 2004, nur im Literaturverzeichnis aufgeführt, Hinweise auf seine abweichenden Ansichten tauchen in der Kommentierung zu § 29 BNotO nicht auf. Auch alle dem Notarrecht gewidmeten Zeitschriften können von den Autoren nicht mehr vollständig erfasst werden.

Hochinteressant und hochaktuell sind die Ausführungen von *Lerch* zur Vereinbarkeit des Staatsangehörigkeitsvorbehalts in § 5 BNotO mit den Vorgaben des EU-Vertrages. Hatte *Lerch* in der 5. Auflage noch lapidar festgestellt, dass es nicht den Vorgaben des EU-Vertrages widerspricht, wenn für das Notaramt am sog. Staatsangehörigkeitsvorbehalt festgehalten wird, so vertritt er nun mit längerer Begründung in der Neuauflage die gegenteilige Auffassung. Dass er für seine nunmehrige Auffassung allerdings die gleichen Autoren in Anspruch nimmt (§ 5 Fn. 4), auf die er sich in der Voraufgabe (Fn. 2) für seine gegenteilige Auffassung bezogen hatte, ist wohl einem Redaktionsversehen geschuldet. *Lerch* kritisiert, dass in der bisherigen Diskussion die Begriffe „hoheitliche Amtsausübung“ und „öffentliche Gewalt“ in der notarrechtlichen Literatur, aber auch in der gesamten verfassungsrecht-

lichen Literatur, unkritisch vermengt werden. *Lerch* bezweifelt nicht die hoheitliche Funktion des Notars, spricht ihm jedoch bei der Schaffung eines Vollstreckungstitels die Ausübung „öffentlicher Gewalt“ ab. Es überzeugt mich allerdings nicht, wenn er die Erstellung einer vollstreckbaren Urkunde deshalb nicht für Ausübung öffentlicher Gewalt hält, weil der Schuldner eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erheben kann und somit letztlich durch richterliches Urteil über die Vollstreckbarkeit entschieden wird (§ 5 Rdnr. 13). *Lerch* übersieht hierbei, dass mit der Vollstreckungsabwehrklage nicht die Unwirksamkeit des vom Notar geschaffenen Titels geltend gemacht werden kann. Darüber hinaus kann aus der – dem Rechtsstaatsprinzip geschuldeten – Möglichkeit, hoheitliches Handeln einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen, kein Argument dafür gewonnen werden, dass dieses hoheitliche Handeln nicht gleichzeitig Ausübung öffentlicher Gewalt sein kann.

Nicht folgen kann ich *Lerch* auch, wenn er die Tätigkeit des Notars als sog. Mediator als vom Aufgabenkatalog der §§ 20–24 BNotO nicht mehr umfasst ansieht und die entsprechende Tätigkeit nicht mehr als Amtstätigkeit einordnet (§ 1 Rdnr. 12–14; a. A. aber *Sandkühler*, § 29 Rdnr. 16). *Lerch* ignoriert insoweit, dass sich das Berufsbild des Notars vom bloß beurkundenden Notar schon seit längerem zu einem Amtsträger fortentwickelt hat, dem vielfältige Beratungs- und Betreuungsaufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege abverlangt werden und dass die Rechtsprechung diese Fortentwicklung gebilligt und in manchen Bereichen sogar vorangetrieben hat.

Mit diesem Berufsbild der Autoren mag es auch zusammenhängen, dass in mancher Kommentierung beider Autoren bei der Abwägung von Argumenten und der Wahl von Formulierungen die Selbständigkeit des Notars zu wenig gewürdigt wird. Zwar erwähnt die BNotO die berufliche Selbständigkeit nicht ausdrücklich, sie ist jedoch dem gesamten Rahmen zu entnehmen, in den die BNotO den Notar als selbstverantwortlichen Träger eines öffentlichen Amtes stellt. Beispielhaft hierfür erscheint die Kommentierung zur Geltung der DONot (§ 14 Rdnr. 23), die davon spricht, dass der „gesamte Dienstbetrieb“ des Notars – der von dem einzelnen Amtsgeschäft losgelöst ist und sich auf dessen Erledigung nur mittelbar auswirkt – „uneingeschränkt der Dienstaufsicht unterliegt“. In § 92 Rdnr. 2 wird die unbestrittene Notwendigkeit der Aufsicht der Justizverwaltung über die Notare einleitend damit gerechtfertigt, dass „die Einrichtung einer Dienstaufsicht Grundlage der gesamten öffentlichen Verwaltung ist“. Während die BNotO in den §§ 92–94 immer nur von „Aufsicht“ spricht, verwendet die – im Übrigen in jeder Hinsicht zutreffende – Kommentierung von *Lerch* zu diesen Paragraphen durchgehend den Begriff der „Dienstaufsicht“, mit dem üblicherweise das dem Beamtenrecht eigene, innerorganschafliche Weisungsrecht des Dienstvorgesetzten umschrieben wird.

Das Verhältnis der Aufsichtsbehörden zu den Notaren betrifft auch die Kontroverse um die Frage, ob der den Notarkammern nach § 67 Abs. 2 BNotO für den Erlass von Richtlinien zugewiesene Regelungsbereich den Landesjustizverwaltungen insgesamt verschlossen ist oder ob die Landesjustizverwaltung in der DONot zumindest dann Regelungen treffen kann, wenn die Notarkammer von ihrer Regelungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Aufgebrochen ist diese Kontroverse bei den Erörterungen darüber, welche Vorkehrungen der Notar zu treffen hat, damit er nicht ungewollt gegen die Mitwirkungsverbote des § 3 Abs. 1 Nr. 7 und 8 und Abs. 2 BeurkG verstößt. *Lerch* vertritt hierzu die Auffassung, dass der staatlichen Justizverwaltung die Befugnis bleiben müsse, unbeschränkt Regelungen in Gestalt der DONot zu treffen,

wenn die Notarkammern von ihrer Satzungscompetenz keinen Gebrauch gemacht haben (§ 67 Rdnr. 21 f.).

Im Gegensatz zu *Lerch* teilt *Sandkühler* (§ 14 Rdnr. 14) die insbesondere von *Maaß* vertretene Auffassung, dass für staatliche Anordnungen in Gestalt der DONot in dem Bereich, in dem die Notarkammer Richtlinien erlassen kann (§ 67 Abs. 2 BNotO) generell kein Raum mehr ist, auch wenn die Notarkammer von ihrer Regelungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat. *Sandkühler* stützt hierbei seine Ansicht auf eine Parallele zur konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG). Die Notarkammer könne, ebenso wie der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung von ihrer Normsetzungskompetenz durch absichtsvollen Regelungsverzicht mit Sperrwirkung gegenüber der Justizverwaltung Gebrauch machen.

Diese formale Parallele ist m. E. nicht geeignet, eine so weitgehende Schlussfolgerung zu tragen, lässt sie doch außer Acht, dass das föderale Verhältnis Bund zu Land ein völlig anderes ist, als das der aufsichtsführenden Justizverwaltung zur Selbstverwaltungskörperschaft Notarkammer. Die Notarkammer unterliegt auch bei ihrer Rechtssetzung durch Richtlinien der Rechtsaufsicht der Justizverwaltung; die von ihr beschlossenen Richtlinien bedürfen der Genehmigung der Justizverwaltung (§§ 67 Abs. 2 Satz 2, 61 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Die Notarkammer kann Richtlinien nur im Rahmen

der gesetzlichen Vorgaben für das öffentliche Amt des Notars erlassen. Die Justizverwaltung hat sich auf die Rechtsaufsicht zu beschränken und darf keine Sachaufsicht ausüben. Diese gegenseitige Verklammerung schließt es deshalb nach meiner Auffassung aus, die genannte Kontroverse im Sinne eines generellen Vorrangs der Justizverwaltung oder eines generellen Vorrangs der Notarkammer zu lösen. Es gilt vielmehr: Die Notarkammer kann Richtlinien nur unter Berücksichtigung der Aufsichtsaufgabe der Justizverwaltung erlassen, d. h. diese Richtlinien dürfen die Aufsicht nicht erschweren. Die Landesjustizverwaltung ihrerseits kann Vorschriften in Form der DONot nur erlassen, soweit das durch ihre Aufsichtsaufgabe gerechtfertigt ist und sie kann nicht darüber hinaus Vorschriften in einem Umfang erlassen, der vom Gesetzgeber nach § 67 Abs. 2 BNotO der Normsetzung durch die Selbstverwaltungskörperschaft Notarkammer überantwortet worden ist. Ob diese Grenzen von den Notarkammern und der Landesjustizverwaltung jeweils beachtet wurden, kann deshalb immer nur im Einzelfall und im Hinblick auf die Reichweite einer bestimmten Regelung entschieden werden und nicht generell.

Mit den vorstehenden Einwürfen hoffe ich, beim (dem Berufsrecht) geneigten Leser Interesse am Erwerb der Neuaufgabe des *Arndt/Lerch/Sandkühler* geweckt zu haben.

Notar Dr. Jürgen Vollhardt, Hersbruck

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 133, 157 (*Falsa demonstratio beim Grundstückskauf*)

- a) **Beschreiben die Parteien das verkaufte Anwesen im Kaufvertrag versehentlich mit einer Grundstücksbezeichnung, die nur einen Teil des Anwesens umfasst, ist nach den Grundsätzen der falsa demonstratio auch die übrige Fläche des Anwesens mitverkauft (Fortführung von BGH, NJW 2002, 1038).**
- b) **Die Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers ist auch dann hinreichend bestimmt, wenn die verkaufte Teilfläche in der Örtlichkeit eindeutig bestimmt ist und die Parteien ihre verbindliche Festlegung der Durchführung des Vertrags überlassen haben (Bestätigung von BGHZ 150, 334 = DNotZ 2002, 937).**

BGH, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte erwarb 1991 von der Stadt E. ein Grundstück und baute es mit einem Bürogebäude, das sie mit einer parkähnlichen Gartenanlage umgeben ließ. Für das benachbarte unbebaute Grundstück, das ebenfalls der Stadt E. gehörte, erhielt sie eine Kaufoption. Etwa 1 000 m² dieses Grundstücks wurden bei der Anlage des Gartens bepflanzt, was aber nicht auffiel. Im Jahre 1999 suchte die Beklagte einen Käufer für das Anwesen und fand in der Klägerin eine Interessentin. Diese besichtigte das Anwesen und nahm es mit Vertretern der Beklagten vom Dach des Bürogebäudes aus in Augenschein. Dem äußeren Eindruck nach wurde das Anwesen dabei durch die Gartenanlage zu dem Nachbargrundstück, einem naturbelassenen Wiesengelände, abgegrenzt. Am 22.7.1999 verkaufte die Beklagte das Anwesen für etwa 8 Mio. € an die Klägerin. Als die Stadt E. später das Nachbargrundstück an ein anderes Unternehmen verkaufen wollte, fiel auf, dass ein Teil der Gartenanlage auf diesem Grundstück lag. Da die Beklagte es ablehnte, der Klägerin das Eigentum auch an dieser Teilfläche zu verschaffen, erwarb diese sie am 8.8.2003 von der Stadt E. hinzu. Sie verlangt von der Beklagten Ersatz der Erwerbskosten, die sie mit 88.846,50 € beziffert, nebst Zinsen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, strebt die Klägerin weiterhin eine Verurteilung der Beklagten an.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, ein Vertrag über die überpflanzte Teilfläche sei nicht zustande gekommen. Zwar seien sich die Parteien darüber einig gewesen, dass der Klägerin das gesamte Büroensemble, einschließlich des auf dem Nachbargrundstück liegenden Teils der Gartenanlage, verkauft werden sollte. Die Bezeichnung des Grundstücks mit seiner Grundbuchbezeichnung sei eine falsa demonstratio gewesen. Der Vertrag über die Teilfläche scheitere indes daran, dass diese nicht herausvermessen und deshalb weder bestimmt noch bestimmbar gewesen sei. Dem Vertrag seien keinerlei Hinweise zu entnehmen, wo die Grenze verlaufe. Die Beklagte hafte auch nicht auf Schadensersatz nach § 463 BGB a. F., weil ihr keine Arglist nachzuweisen sei. Zwar sei 1991 bekannt gewesen, dass man bei der Anlage des Gartens großzügig vorgegangen sei. Es spreche aber nichts dafür, dass dies der Beklagten acht Jahre später noch bewusst gewesen sei.

II.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

1. Die Klage ist im Wesentlichen begründet. Der Klägerin steht aus Verzug nach den gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB hier noch maßgeblichen (dazu: BGH, MDR 2007, 1299) §§ 440, 326, 288 BGB a. F. ein Anspruch auf Zahlung von 85.204,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 8.8.2003 zu. Im Übrigen sind die Klage und die Rechtsmittel unbegründet.

2. Die Beklagte war nach § 433 Abs. 1 BGB a. F. aus dem Kaufvertrag der Parteien verpflichtet, der Klägerin das Eigentum auch an dem auf dem Nachbargrundstück befindlichen Teil der Gartenanlage zu verschaffen. Diese Verpflichtung war auch fällig (zu diesem Erfordernis: BGH, ZGS 2007, 470, 471 = DNotZ 2008, 369).

a) Nach den Feststellungen der Vorinstanzen entsprach es dem Willen der Parteien, dass der Klägerin nicht nur das der Beklagten gehörende Teil des Bürogeländes, sondern das gesamte Ensemble, also auch der auf dem Nachbargrundstück befindliche Teil der Gartenanlage, verkauft wurde.

aa) Die Vorinstanzen haben eine Einigung dieses Inhalts aus zwei Umständen abgeleitet: Zum einen habe die von der Beklagten beauftragte Maklerin der Klägerin Lichtbilder vorgelegt, auf welchen sich das zum Verkauf stehende Betriebsgelände mit der Gartenanlage deutlich von den angrenzenden Grundstücken abhebe. Zum anderen hätten die Vertreter der Beklagten der Klägerin das Kaufgrundstück in seiner äußeren Gestalt so, nämlich mit dem auf dem Nachbargrundstück befindlichen Teil der Gartenanlage, vorgestellt. Anhaltspunkte dafür, dass der Klägerin dieser Teil des Ensembles nicht habe verkauft werden sollen, hätten sich nicht ergeben. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden. (...)

cc) Dass das Berufungsgericht dabei zu einer von der Einschätzung der Beklagten abweichenden Bewertung gekommen ist, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Der Beklagten ist zwar einzuräumen, dass der Verkäufer eines Grundstücks dieses gewöhnlich nur in dem aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlichen Zuschnitt und Umfang verkaufen will. Es ist deshalb nach der Rechtsprechung des Senats normalerweise ohne Bedeutung, ob die Grenzeinrichtungen diese Abgrenzungen nach außen deutlich machen (NJW-RR 2006, 662, 664 = DNotZ 2006, 364) oder ob ein auf dem verkauften Grundstück stehendes Gebäude auf das Nachbargrundstück überbaut ist (BGH, NJW 2002, 1038, 1040). Die Beklagte hat sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts indes gerade nicht darauf beschränkt, der Klägerin ihr Grundstück mit seinem aus dem Liegenschaftskataster ersichtlichen Zuschnitt und Umfang zu verkaufen. Sie hat es ihr vielmehr bei einer Besichtigung vorgestellt und so verkauft, wie es sich hierbei darstellte. Damit kommt es hier, anders als in den von dem Senat entschiedenen Fällen, nicht auf den aus dem Liegenschaftskataster ersichtlichen, sondern auf den tatsächlichen Zuschnitt des Ensembles an, zu dem auch der auf dem Nachbargrundstück befindliche Teil der Gartenanlage gehört.

b) Diese Verpflichtung ist auch Inhalt des zwischen den Parteien beurkundeten Kaufvertrags geworden.

aa) Darin wird allerdings, das ist der Beklagten zuzugeben, nur das der Beklagten seinerzeit gehörende Grundstück unter Angabe seiner Größe, nicht auch der darüber hinausgehende Teil der Gartenanlage als Kaufgegenstand genannt. Das ist aber unschädlich, wenn, wie hier, feststeht, dass die Vertragsparteien tatsächlich mehr verkaufen wollten. Denn dann handelt es sich bei der Grundstücksbezeichnung im Vertragstext um eine versehentliche Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt (BGHZ 71, 243, 247; BGH, NJW 1994, 1528, 1529 = DNotZ 1994, 474; RGZ 99, 147, 148; AnwKommBGB/*Looschelders*, § 133 Rdnr. 46; *Bamberger/Roth/Eckert*, BGB, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 27; *Ermann/Palm*, BGB, 11. Aufl., § 133 Rdnr. 17; MünchKommBGB/*Busche*, 5. Aufl., § 133 Rdnr. 14; *PWW/Ahrens*, BGB, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 21; *Staudinger/Singer*, BGB, 2004, § 133 Rdnr. 13). Dieser Grundsatz ist auch auf formgebundene Rechtsgeschäfte anzuwenden (BGHZ 74, 116, 119; 87, 150, 153; BGH, NJW 1991, 1730, 1731; RGZ 133, 279, 281; *Palandt/Heinrichs/Ellenberger*, BGB, 67. Aufl., § 133 Rdnr. 8, 19; MünchKommBGB/*Busche*, § 133 Rdnr. 14; *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 34; *Hagen/Krüger* in *Hagen/Brambring/Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 8. Aufl., Rdnr. 2; *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl., Rdnr. 818). Der Senat hat das für den Fall entschieden, dass im Vertragstext als Kaufgegenstand das gesamte Grundstück genannt wird, obwohl die Parteien nur eine bestimmte Teilfläche verkaufen wollten (NJW 2002, 1038, 1039; ebenso insoweit schon OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152, 153). Für den hier vorliegenden, umgekehrten Fall, dass die Parteien eine Fläche verkaufen wollen, die über das dem Verkäufer bereits gehörende Grundstück hinausgeht, gilt nichts anderes (BGHZ 87, 150, 155 f.).

bb) Auf die von dem Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob der Wille der Parteien in der Vertragsurkunde einen ausreichenden Niederschlag gefunden hat, kommt es nicht an. Richtig ist zwar, dass das von den Parteien Vereinbarte (dazu: BGH, ZfIR 2007, 55, 56 m. abl. Anm. *Kulke* ebenda 58, 59 = DNotZ 2006, 854; *Krüger*, ZfIR 2007, 175, 177) bei einem – wie hier – formbedürftigen Rechtsgeschäft nach der Rechtsprechung des BGH seinen – wenigstens andeutungsweisen – Niederschlag in der Urkunde gefunden haben muss (BGHZ 74, 116, 119; 87, 150, 154; BGH, NJW 2000, 1569, 1570; *Hagen/Krüger* in *Hagen/Brambring/Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, Rdnr. 11 f.; kritisch: MünchKommBGB/*Busche*, § 133 Rdnr. 57; *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 31–33). Dieses Erfordernis gilt aber bei einer versehentlichen Falschbezeichnung nicht. Hier reicht es aus, wenn das – von den Parteien in anderem Sinne verstandene – objektiv Erklärte, hier die versehentlich fehlerhafte Bezeichnung des Kaufgegenstands im Vertrag, dem Formerfordernis genügt (BGHZ 87, 150, 155; *Palandt/Heinrichs/Ellenberger*, § 133 Rdnr. 19; *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 33 f.). Beurkundet ist dann das wirklich Gewollte, nur falsch Bezeichnete.

c) Der Wirksamkeit der Verpflichtung der Beklagten steht, anders als das Berufungsgericht meint, nicht entgegen, dass die Teilfläche des Nachbargrundstücks, an welcher die Beklagte der Klägerin das Eigentum zu verschaffen hat, nicht hinreichend bestimmt wäre.

aa) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass ein Vertrag über den Verkauf einer noch zu vermessenden Teilfläche nach der Rechtsprechung des Senats nur wirksam ist, wenn die Vertragsparteien Einigkeit über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche erzielt haben und dieser Wille in der Urkunde seinen Niederschlag gefun-

den hat (BGHZ 150, 334, 339 f. = DNotZ 2002, 937; BGH, NJW-RR 1999, 1030 = DNotZ 2000, 121). Unzutreffend ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, dass dazu eine vorherige Vermessung der zu verkaufenden Teilfläche erforderlich sei. Ohne eine solche Vermessung kann das Eigentum an der Teilfläche zwar noch aufgelassen werden (BGH, NJW 2002, 1038, 1039 f.), diese Auflassung aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weil ein noch nicht vermessener Grundstücksteil nicht als Grundstück im Grundbuch gebucht werden kann, und zwar auch dann nicht, wenn die Teilfläche in einem notariellen Vertrag mit Skizze hinreichend genau bestimmt ist, weil es häufig zu Differenzen zwischen den mehr oder minder genauen Planunterlagen in notariellen Urkunden und der endgültigen Vermessung kommt (BGHZ 150, 334, 338 = DNotZ 2002, 937; BGH, NJW 1986, 1867, 1868). Für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags (wie auch der Auflassung) kommt es darauf aber nicht an; entscheidend ist vielmehr nur, dass der Inhalt der Leistungspflicht des Verkäufers, aus der ausschließlich der Käufer Rechte herleiten kann, hinreichend sicher bestimmt werden kann (BGHZ 150, 334, 339 = DNotZ 2002, 937).

bb) Das setzt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts (ähnlich auch: OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152, 153) nicht voraus, dass die verkaufte Teilfläche eines Grundstücks zuvor vermessen, das Kaufgrundstück vorher also katastertechnisch zerlegt wird. Die Bestimmung des Kaufgegenstands kann auch auf andere Weise getroffen werden.

(1) So reicht es aus, wenn dem Vertrag ein maßstabgerechter Plan oder eine Skizze beigelegt wird, aus der hervorgeht, welche Teilfläche verkauft werden soll (BGHZ 74, 116, 118 f.; BGH, NJW-RR 1999, 1030 = DNotZ 2000, 121). Das Fehlen einer solchen Skizze kann dem Vertrag, insofern ist dem Berufungsgericht im Ansatz Recht zu geben, zwar die notwendige Bestimmtheit nehmen (BGHZ 74, 116, 120 f.; BGH, NJW-RR 1999, 1030 = DNotZ 2000, 121; vgl. auch BGH, LM BGB § 155 Nr. 2 = DNotZ 1968, 22 und BGH, WM 1980, 1013, 1014 = DNotZ 1981, 235). Das gilt, was das Berufungsgericht übersehen hat, aber nur, wenn die Parteien den Kaufgegenstand bei der Veräußerung einer noch zu vermessenden Grundstücksteilfläche durch eine bestimmte Grenzziehung in einer der Kaufvertragsurkunde beigelegten zeichnerischen Darstellung verbindlich festlegen wollen (BGHZ 150, 334, 340 = DNotZ 2002, 937). Denn dann lässt sich der Gestaltungswille der Parteien dem Vertrag nur entnehmen, wenn er eine solche zeichnerische Darstellung enthält und wenn diese auch maßstabgerecht ist.

(2) Haben sich die Parteien dagegen bei Vertragsabschluss mit einem geringeren Bestimmtheitsgrad zufrieden gegeben und die verbindliche Festlegung der Durchführung des Vertrags oder einem Dritten überlassen, ist das Verpflichtungsgeschäft auch ohne eine solche maßstabgerechte Darstellung wirksam (BGHZ 150, 334, 340 = DNotZ 2002, 937). Unter dieser Voraussetzung kann die Leistungspflicht des Verkäufers auch mit einer nicht maßstabgerechten Skizze hinreichend bestimmt sein (BGH, NJW-RR 2004, 735 = MittBayNot 2004, 432). Wenn eindeutig feststellbar ist, welche Fläche verkauft werden soll, können die Parteien auch davon absehen, die Vorgaben, anhand derer die Teilfläche bei der Durchführung später exakt festgelegt werden soll, in den Vertrag aufzunehmen. Der Senat hat dies etwa für den Fall anerkannt, dass die Parteien das zu verkaufende Anwesen besichtigt haben, um dem Käufer eine Vorstellung vom Kaufgegenstand zu verschaffen, und diesem hierbei (im entschiedenen Fall: durch eine unterschiedliche Pflasterung) klar vor Augen trat, welche Fläche Gegenstand des Kaufvertrags sein sollte (BGH, NJW 2002, 1038, 1040).

cc) Diese zuletzt genannte Fallgestaltung liegt hier vor. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien das Anwesen der Beklagten besichtigt und sich darüber geeinigt, es mit den Ausmaßen zu verkaufen, die bei der gemeinsamen Besichtigung des Grundstücks zutage getreten waren. Dazu gehörte danach auch der Teil der Gartenanlage, der sich auf dem Nachbargrundstück befand. Dieser Teil des Nachbargrundstücks hob sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts optisch durch seinen Bewuchs und einen Hasenzaun von dem übrigen Nachbargrundstück ab, das als naturbelassenes Wiesengelände angelegt war. Damit wird die Eigentumsverschaffungspflicht der Beklagten zwar, das ist dem Berufungsgericht zuzugeben, nicht mit der gleichen Präzision bestimmt wie bei einer Vermessung oder bei der Beifügung einer maßstabgerechten Skizze. Darauf kommt es für die hier zu entscheidende Frage nach dem Umfang der Eigentumsverschaffungspflicht des Verkäufers gegenüber dem Käufer aber, wie bereits ausgeführt, nicht an. Die Parteien haben sich nach dem Inhalt ihrer von dem Berufungsgericht festgestellten Einigung mit einem geringeren Maß an Bestimmtheit, nämlich mit den in der Örtlichkeit vorhandenen Begrenzungen durch Bewuchs und Zaun begnügt und alles Weitere der Durchführung des Vertrags überlassen. Entscheidend ist deshalb allein, ob Bewuchs und Zaun den mitverkauften Teil des Nachbargrundstücks so deutlich beschrieben, dass die für die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erforderliche Bestimmung seiner exakten Grenzen bei der Durchführung des Vertrags möglich war. Daran bestehen keine Zweifel. Die beiden Teile des Nachbargrundstücks hoben sich optisch eindeutig voneinander ab. Dass sie theoretisch durch einen Eingriff in den bisherigen Zustand hätten verändert werden können, ist unerheblich. Denn die Vertragstreuepflicht der Parteien eines Kaufvertrags verpflichtet diese wechselseitig dazu, den Kaufgegenstand nicht vertragswidrig zu verändern (BGH-Report 2005, 1371).

d) An der Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin Eigentum an der Gartenfläche auf dem Nachbargrundstück zu verschaffen, änderte es schließlich nichts, wenn die Beklagte davon ausgegangen sein sollte, ihr gehöre das gesamte Büroensemble. Das würde ihre Verpflichtung nach den früher maßgeblichen Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nur entfallen lassen, wenn auch die Klägerin hiervon ausgegangen und der Beklagten ein Festhalten an dem Vertrag nicht zuzumuten war (BGHZ 25, 390, 395; *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl., § 242 Rdnr. 131). Jedenfalls an der zweiten Voraussetzung fehlt es. Der vereinbarte und der Beklagten auch gezahlte Kaufpreis war die Gegenleistung für das Gesamtensemble; ein Nacherwerb der Teilfläche war der Beklagten, wie ausgeführt, möglich. Den dafür erforderlichen Kaufpreis hatte die Klägerin mit dem Kaufpreis für das Gesamtensemble wirtschaftlich im Voraus gezahlt.

3. Die Beklagte hat es eindeutig und endgültig abgelehnt, der Klägerin das Eigentum an der für die Gartenanlage mit in Anspruch genommenen Teilfläche des Nachbargrundstücks zu verschaffen. Dazu war sie nach dem Vertrag nicht berechtigt. Eine solche grundlose endgültige Verweigerung der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags berechtigt den Gläubiger nach § 326 Abs. 1 BGB a. F. dazu, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Es bedurfte dazu weder einer Mahnung (BGH, ZGS 2007, 470, 471 = DNotZ 2008, 369), noch einer Nachfristsetzung (siehe nur *Palandt/Heinrichs*, 61. Aufl., § 326 Rdnr. 22). Damit steht der Klägerin der geltend gemachte Anspruch dem Grunde nach zu. (...)

2. BGB §§ 280, 286, 467, 469 Abs. 1, 577 Abs. 2 (*Kein Schadensersatz bei verzögerter Mitteilung des Vorkaufsfalls*)

1. **Der Vorkaufsberechtigte, der sein Vorkaufsrecht an der von ihm gemieteten Eigentumswohnung ausübt, kann von dem Vorkaufsverpflichteten regelmäßig keinen Ersatz seines Verzögerungsschadens beanspruchen, der darauf beruhen soll, dass der Vorkaufsverpflichtete seine Informationspflichten nicht unverzüglich erfüllt hat.**
2. **Die Informationspflichten des Vorkaufsverpflichteten aus §§ 469 Abs. 1, 577 Abs. 2 BGB bestehen nur bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts.**
3. **Der Vorkaufsverpflichtete ist im Falle des Verkaufs mehrerer Gegenstände zu einem Gesamtpreis nicht verpflichtet, den Vorkaufsberechtigten über den Teil des Kaufpreises zu informieren, der nach § 467 BGB auf denjenigen mitverkauften Gegenstand entfällt, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht.**

OLG Celle, Urteil vom 1.11.2007, 2 U 139/07

Aus den Gründen:

II.

Die nach der Zurückweisung der Berufung der Kläger durch Beschluss des Senats vom 18.10.2007 allein noch rechtsfähige zulässige Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.

1. Der Senat hält an seiner bereits im Hinweisbeschluss vom 23.8.2007 vertretenen Auffassung fest, dass den Klägern der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des Verzögerungsschadens wegen einer angeblich nicht unverzüglich erfolgten Mitteilung der Beklagten über das Vorkaufsrecht der Kläger an der streitbefangenen Eigentumswohnung und über den Inhalt des notariellen Kaufvertrages vom 24.7.2005 entgegen der Ansicht des LG schon deshalb nicht zusteht, weil es an einer Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzforderung fehlt.

Zwar trifft den Vermieter von Wohnräumen, an denen – wie im vorliegenden Fall – nach der Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet wird, zugunsten des Mieters (im ersten Fall des Verkaufs nach der Umwandlung in Wohnungseigentum an einen nicht zu den Angehörigen des Vermieters zählenden Dritten) gemäß §§ 577 Abs. 2, 469 Abs. 1 BGB die mietvertragliche Nebenpflicht, den Mieter unverzüglich über sein Vorkaufsrecht zu unterrichten und ihm den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages mitzuteilen.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtung muss der Vermieter dem Mieter den richtigen und vollständigen Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrages zur Kenntnis bringen, wozu insbesondere eine erschöpfende Information der Mieter über die mit dem Drittkäufer vereinbarte Gegenleistung gehört (vgl. zu der §§ 469, 577 BGB entsprechenden Regelung in §§ 510, 570 b BGB a. F.: BGH, WuM 2003, 281; OLG Celle, OLGR Celle 2003, 418). Ein Schadensersatzanspruch steht dem Mieter im Falle der Nichterfüllung oder der unvollständigen Erfüllung der Mitteilungspflicht zu, wenn ihm der Vermieter den Vertragsinhalt oder das Bestehen des Vorkaufsrechts gar nicht, unrichtig oder unvollständig mitteilt (vgl. BGH, WuM 2003, 281; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 577 BGB Rdnr. 42). So kommt ein Schadensersatzanspruch des Mieters in Betracht, wenn der Vermieter die Mitteilung unterlässt und der Dritterwerber dann das Mietverhältnis kündigt oder wenn der ernsthaft an dem Erwerb der Wohnung interessierte und zur Finanzierung des Kaufpreises

fähige Mieter wegen einer unrichtigen Information über die Höhe des mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreises von dem Kauf der von ihm als Mieter bewohnten Eigentumswohnung abgehalten wird (vgl. BGH, WuM 2003, 281). Ob auch eine verzögerte Mitteilung von dem Vorkaufsfall dann einen Schadensersatzanspruch auslösen kann, wenn dem Mieter z. B. wegen des zwischenzeitlichen Kaufs einer anderen Eigentumswohnung der Erwerb der ungleich preisgünstigeren bisher von ihm angemieteten Eigentumswohnung entgangen ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

Jedenfalls steht dem Mieter der Eigentumswohnung kein Anspruch auf Ersatz des reinen Verzögerungsschadens zu, wenn der Vermieter die Mitteilung lediglich nicht unverzüglich nach dem Vorkaufsfall vornimmt, der Mieter aber, wie im vorliegenden Fall, schließlich sein Vorkaufsrecht doch noch ausübt.

a) Die Haftung des Schuldners auf Schadensersatz wegen Verletzung einer im Gesetz normierten Verhaltenspflicht wird durch den Schutzzweck der Norm begrenzt.

Der Senat hält auch unter Berücksichtigung des Vortrages der Berufungserwiderung der Kläger an seiner Auffassung fest, dass sich die Zubilligung eines Anspruchs auf Ersatz des von den Klägern behaupteten Verzögerungsschadens schon nicht mit dem Schutzzweck der §§ 577, 469 BGB vereinbaren lässt. Die Regelungen über die unverzügliche Vornahme der Mitteilung und über die Ausschlussfrist für die Ausübung des Vorkaufsrechts in § 469 Abs. 2 BGB dienen in erster Linie der Rechtsklarheit und der Sicherheit des Rechtsverkehrs mit dem Ziel, die durch den Vorkaufsfall ausgelöste Unsicherheit, ob der Berechtigte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen wird, nicht zu lange bestehen zu lassen (vgl. BGHZ 32, 375, 383; MünchKommBGB/Westermann, 2004, § 469 Rdnr. 1; Staudinger/Mader, BGB, 2004, § 469 Rdnr. 1, 5 und 14). Die Verzögerung der Mitteilung wird gemäß §§ 469 Abs. 2 Satz 1, 577 Abs. 2 BGB dadurch sanktioniert, dass die den Vermieter begünstigende Ausschlussfrist von zwei Monaten für die Ausübung des Vorkaufsrechts erst mit dem Empfang der vollständigen und richtigen Mitteilung beginnt. Bezogen auf den Mieter als Gläubiger des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gemäß § 577 Abs. 1 BGB beschränkt sich der Zweck der Mitteilungspflicht des Vermieters aus §§ 577 Abs. 2, 469 Abs. 1 Satz 1 BGB (= § 510 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F.) nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung darauf, das Erfüllungsinteresse des Vorkaufsberechtigten zu sichern, weil dieser erst durch die Mitteilung von dem Bestehen des Vorkaufsrechts und vom Eintritt des Vorkaufsfalles in die Lage versetzt wird, sein Vorkaufsrecht auszuüben und damit seinen Erfüllungsanspruch zu begründen (vgl. BGH-Report 2002, 751 m. zahlreichen w. N.). Dagegen dient die Pflicht zur Mitteilung nicht dem Ziel, dem Vorkaufsberechtigten die möglichst baldige Ausübung des Vorkaufsrechts zu ermöglichen. Das Erfüllungsinteresse der Kläger wird jedoch im vorliegenden Fall auch bei Annahme einer nicht unverzüglichen Erfüllung der Mitteilungspflicht nicht berührt, weil die Kläger mit Schreiben vom 24. und 26.11.2004 das ihnen zustehende Vorkaufsrecht aufgrund der von den Drittkäufern am 16./17.11.2005 erteilten Informationen tatsächlich ausgeübt haben.

b) Darüber hinaus sind auch die Tatbestandsvoraussetzungen des allgemeinen Schuldrechts für die Geltendmachung eines Verzögerungsschadens nicht erfüllt.

Ein Gläubiger kann nämlich den Ersatz seines Verzögerungsschadens nicht schon dann von dem Schuldner verlangen, wenn dieser eine vertragliche oder gesetzliche Nebenpflicht nicht bei Fälligkeit erfüllt. Vielmehr kommt ein Schadensersatzanspruch wegen Verzögerung der Leistung gemäß §§ 280

Abs. 1 und 2 BGB nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 286 BGB vorliegen, also wenn der Schuldner sich mit der Erbringung der Leistung in Verzug befindet. Auch dann kann Schadensersatz nur für den durch den Verzug begründeten Schaden ersetzt verlangt werden. Im vorliegenden Fall kann von einem Verzug der Beklagten mit der Erfüllung der Mitteilungspflicht in der Zeit vor der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Kläger mit Schreiben vom 24. und 26.11.2005 nicht ausgegangen werden, weil zuvor keine Mahnung erfolgt ist.

Ob die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt ihre Mitteilungspflicht vollständig erfüllt hatte oder ob dies erst im Zeitpunkt der Aushändigung des notariellen Kaufvertrages vom 24.7.2005 am 24.12.2005 geschehen ist, kann offen bleiben. Die Kläger haben zwar bereits mit Schreiben vom 24. und 26.11.2005 den Kaufvertrag bzw. die Mitteilung des genauen Vertragsinhalts verlangt. Sie sind indessen durch die Verzögerung der Aushändigung des Kaufvertragsexemplars gerade nicht von der Ausübung des Vorkaufsrechts bereits mit Schreiben vom 24. und 26.11.2005 abgehalten worden, so dass ihr Erfüllungsinteresse gewahrt worden ist. Der Vorkaufsberechtigte kann, was die Kläger in der Berufungserwiderung selbst einräumen, das Vorkaufsrecht nämlich auch wirksam ausüben, bevor er die (vollständige) Mitteilung erhalten hat (vgl. BGH, WM 1971, 46). Die Verzögerung der vollständigen Erfüllung der Verpflichtung der Beklagten zur unverzüglichen Information der Kläger über ihr Vorkaufsrecht und den Inhalt des von der Beklagten mit der Drittkäuferin abgeschlossenen Kaufvertrages war nach dem 24. bzw. 26.11.2005 mithin nicht mehr kausal für eine weitere Verzögerung der Ausübung des Vorkaufsrechts. Gerade weil die Bedeutung der Mitteilung vom Vorkaufsfall lediglich darin liegt, dass sie den Lauf der Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts auslöst (vgl. Staudinger/Mader, § 469 Rdnr. 14), trifft auch die Auffassung der Kläger nicht zu, dass nach der Ausübung des Vorkaufsrechts die Informationspflichten der Beklagten als Vermieterin und Vorkaufsverpflichtete gemäß §§ 577, 469 BGB unverändert fortbestanden haben. Vielmehr hat sich die Informationspflicht mit der Ausübung des Vorkaufsrechts erledigt. Diese Beurteilung ist schon deshalb gerechtfertigt, weil gemäß § 464 Abs. 2 BGB mit der Ausübung des Vorkaufsrechts bereits ein Kaufvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist, so dass für Nebenpflichten des Vorkaufsverpflichteten, welche dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts erst ermöglichen bzw. erleichtern sollen, kein Anwendungsbereich mehr bleibt. Auf den letztgenannten Gesichtspunkt ist in der mündlichen Verhandlung hingewiesen und dem Prozessbevollmächtigten Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. Einwendungen gegen die rechtliche Beurteilung zu diesem Punkt sind indes nicht erhoben worden.

Im Übrigen hat auch das LG in dem angefochtenen Urteil entgegen der Behauptung der Kläger nicht die Auffassung vertreten, die Informationspflichten der Beklagten hätten nach der Ausübung des Vorkaufsrechts unverändert fortbestanden. Das LG hat vielmehr ausgeführt, dass die Kläger aufgrund der Mitteilung der Drittkäuferin am 16./17.11.2005 in die Lage versetzt worden seien, das ihnen zustehende Vorkaufsrecht auszuüben, ohne dass ihnen der vollständige Text des Kaufvertrages hätte zugänglich gemacht werden müssen.

2. Schließlich rechtfertigt der Vortrag der Kläger auch der Höhe nach weiterhin nicht die ihnen von dem LG zuerkannten Schadenspositionen.

a) Entgegen der Ansicht der Kläger ist die Beklagte für die ihnen entgangene Eigenheimkinderzulage (800 €) nicht deshalb verantwortlich, weil die Kläger erstmals am 24.12.2005

eine Abschrift des Kaufvertrages mit dem Drittkäufer erhalten haben. Die Kläger verkennen, dass sie bereits im Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts ausweislich ihres Schreibens vom 24.11.2005 über den in dem Vertrag mit dem Drittkäufer vereinbarten Kaufpreis informiert waren. Aus § 469 Abs. 1 BGB folgt entgegen der Ansicht der Kläger keine Verpflichtung des Vorkaufsverpflichteten, dem Vorkaufsberechtigten in dem hier vorliegenden Fall der Vereinbarung eines Gesamtkaufpreises für mehrere Wohnungen auch den auf die vom Vorkaufsrecht erfasste einzelne Eigentumswohnung entfallenden Preis mitzuteilen. Dieser Preis ist vielmehr gemäß § 467 BGB zu ermitteln. Insoweit müssen sich die Kläger entgegenhalten lassen, dass sie dafür mitverantwortlich sind, dass sich die Parteien erst so spät auf den Kaufpreis für die Wohnung geeinigt haben, dass ein Vertragsabschluss im Jahre 2005 nicht mehr erfolgt ist. Die Kläger haben vor der Einigung auf einen Kaufpreis in Höhe von 62.000 € noch einen geringeren Preis geltend gemacht, insbesondere mit Schreiben vom 6.1.2006. Hätten sich die Parteien nicht geeinigt, hätten sie einen Sachverständigen damit beauftragen müssen, die Werte der einzelnen verkauften Wohnungen zu ermitteln, um den Einzelkaufpreis für die streitbefangene Wohnung nach dem Verhältnis der Wertanteile zu bestimmen. Mit der Einigung auf 62.000 € haben sich die Kläger auch des Einwandes begeben, der Teilkaufpreis habe lediglich 52.275 € betragen. Diese Einigung geht der gesetzlichen Regelung in § 467 BGB vor. (...)

c) Hinsichtlich der in den Monaten November 2005 bis Februar 2006 fortbestehenden Verpflichtung zur Zahlung der Miete in Höhe von insgesamt 1.840 € haben die Kläger trotz des Hinweises des Senats im Beschluss vom 23.8.2007 auch mit der Berufungserwiderung nicht den Eintritt eines Schadens dargelegt.

Die Belastung mit weiteren Mietzahlungen für die Monate November 2005 bis Februar 2006 stellt für die Kläger unter Beachtung des Schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbotens keinen Schaden dar. Selbst wenn die Kläger bei einer früheren Information über ihr Vorkaufsrecht den Eigenbesitz an der Eigentumswohnung bereits Anfang November 2005 erhalten hätten, wäre ihnen der Eigenbesitz nicht unentgeltlich zugefallen. Sie hätten für die folgenden Monate bis Februar 2006 vielmehr Finanzierungskosten in Form von Darlehenszinsen, anteiligen Kreditkosten usw. aufwenden müssen. Zu Unrecht machen die Kläger geltend, dass sie in diesem Falle früher mit der Finanzierung der Wohnung hätten beginnen können. Ein ersatzfähiger Schaden setzt voraus, dass ein Vergleich der Vermögenslage der Geschädigten mit und ohne das schadensbegründende Ereignis zu einer Vermögenseinbuße führt. Die Kläger mussten tatsächlich für den Besitz der Wohnung in der Zeit von November 2005 bis Februar 2006 Miete entrichten und hätten als Eigenbesitzer Finanzierungskosten aufwenden müssen, deren Höhe sie bis zum Ablauf der Berufungserwiderungsfrist nicht dargelegt haben. Damit lässt sich ein Schaden, also eine Vermögenseinbuße im Vergleich zu der Situation, die sich bei einer früheren Erlangung des Eigenbesitzes ergeben hätte, nicht feststellen. Ein späterer Beginn der Tilgung ist unbeachtlich, weil die Mittel für die Tilgung des ansonsten aufgenommenen Finanzierungsdarlehens im Vermögen der Kläger verblieben sind. (...)

Anmerkung:

1. Die Begründung, mit der das OLG Celle Ersatzensprüche des Mieters wegen verspäteter Mitteilung über den Eintritt des Vorkaufsfalles bereits dem Grunde nach zurückweist, ist zu hinterfragen. Das gilt insbesondere für die These,

ein derartiger Verzugsschadensersatzanspruch sei mit dem Schutzzweck der §§ 577, 469 BGB nicht zu vereinbaren. Zwar ist es richtig, dass die Fristen des § 469 Abs. 2 BGB vor allem dazu dienen, die hinsichtlich der Ausübung des Vorkaufsrechts bestehenden Unsicherheiten zeitlich zu begrenzen, wobei der Gesetzgeber die Interessen der Parteien des den Vorkaufsfall auslösenden Kaufvertrages im Auge gehabt haben dürfte und nicht die des Vorkaufsberechtigten. Richtig ist ferner, dass diese Frist umso schneller verstrichen ist, umso eher die den Fristbeginn auslösende Mitteilung dem Berechtigten zugeht. Daraus kann nun aber nicht gefolgert werden, die in § 469 Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Verpflichtung zur unverzüglichen Anzeige diene nicht zugleich dem Zweck, dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeit einzuräumen, von seinem Recht zeitnah Gebrauch zu machen. Dieser Schluss entbehrt jedes tragfähigen Fundaments.

Eine derartige Behauptung lässt sich, anderes als das OLG meint, insbesondere nicht auf die Rechtsprechung des BGH stützen. In der zitierten Entscheidung aus dem Jahre 1960¹ ging es um die Funktion der *Ausübungsfrist* und nicht um die Bestimmung des Zwecks der *Informationspflicht*. Unzutreffend wird darüber hinaus die Feststellung des V. Zivilsenats,² Zweck der Mitteilungspflicht sei es, „das Erfüllungsinteresse des Vorkaufsberechtigten zu sichern, weil er erst durch die Mitteilung vom Eintritt des Vorkaufsfalles in die Lage versetzt wird, sein Vorkaufsrecht auszuüben und damit seinen Erfüllungsanspruch zu begründen“, dahin interpretiert, der BGH beschränke den Zweck der Norm auf den Schutz vor Nichterfüllungsschäden.³ Die Aussage, die Norm sichere das Erfüllungsinteresse des Mieters, steht der Annahme jedenfalls nicht entgegen, dieser solle in die Lage versetzt werden, seine Rechte möglichst dann ausüben zu können, wenn sie entstanden sind und nicht erst, wenn es dem Verpflichteten beliebt, den Eintritt des Vorkaufsfalles mitzuteilen.

Folgte man der Argumentation des erkennenden Senats, wäre es konsequent, die Pflicht zur *unverzüglichen* Unterrichtung nicht als mietvertragliche Nebenpflicht einzustufen, sondern als eine Verpflichtung des Verkäufers, die allein dem Käufer dient und daher auch nur ihm gegenüber besteht. Das OLG Celle selbst betont indes, die Pflicht zur *unverzüglichen* Unterrichtung sei Nebenpflicht des Mietvertrages.⁴ Warum sollte der Vermieter/Vorkaufsverpflichtete ausgerechnet mietvertraglich zur unverzüglichen Anzeige verpflichtet sein, wenn doch der Mieter überhaupt kein schutzwürdiges Interesse an einer sofortigen Information besitzt? Es würde genügen, dass dem Mieter überhaupt irgendwann eine Mitteilung gemacht wird. Gerade das aber sieht § 469 Abs. 1 BGB nicht vor – und dies mit gutem Grund. Insbesondere bei rechtsgeschäftlich vereinbarten Vorkaufsrechten besteht nämlich in aller Regel ein anzuerkennendes Interesse des Berechtigten, so schnell wie möglich zu erfahren, ob und zu welchen Konditionen er zum Zuge kommt. Der Berechtigte hat mit dem Abschluss des Vorkaufsrechtsvertrages sein Erwerbsinteresse offengelegt und es ist überhaupt nicht einzusehen, warum der Verpflichtete die Rechtsverwirklichung sollte temporär vereiteln dürfen, ohne dem Berechtigten für die daraus entstehenden Schäden zu haften. Obwohl nicht zu verkennen ist, dass Unterschiede zwischen dem rechtsgeschäftlich vereinbarten und

1 BGHZ 32, 375, 383.

2 BGH-Report 2002, 751.

3 Vgl. dazu bereits *Häublein* in jurisPR-MietR 8/2008, Anm. 5 = WuM 2008, 274.

4 Zur Herleitung der Informationspflicht aus dem Mietvertrag siehe BGH, DNotZ 2003, 431.

dem gesetzlichen Vorkaufsrecht des Mieters insoweit bestehen, als das Erwerbsinteresse nicht den Anlass für den Abschluss des Mietvertrages bildet, hat doch der Gesetzgeber durch die Verweisung in § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB von einer Differenzierung abgesehen, jedenfalls soweit es um die Informationspflichten geht. Das alles spricht gegen die vom Senat vorgenommene Schutzzweckbeschränkung.

2. Zu kritisieren ist ferner der vom OLG Celle aufgestellte Rechtssatz, die Informationspflicht des Vermieters über den Inhalt des Kaufvertrages mit dem Dritten erledige sich mit der Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Mieter. Das ist schon deswegen nicht überzeugend, weil mit dem Zustandekommen des Kaufvertrages zwischen Mieter und Vermieter auch aus diesem Informationsansprüche resultieren können. Deutlich kamen derartige Nebenpflichten in § 444 BGB a. F. zum Ausdruck, der den Verkäufer verpflichtete, den Käufer über die den Kaufgegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse zu informieren. Der Sache nach bestehen derartige Pflichten nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes fort; denn am insofern existierenden Informationsgefälle zwischen den Parteien hat sich nichts geändert. Ein solches besteht zweifelsohne ebenfalls dort, wo es nicht um Auskünfte über die Kaufsache geht, sondern um den Inhalt des schuldrechtlichen Vertrages. Der Umstand, dass der Mieter sein Recht gewissermaßen ins Blaue hinein ausgeübt hat, ändert offenkundig nichts an seinem Informationsinteresse. Ohne Kenntnis des vereinbarten Kaufpreises resp. der Zahlungs- bzw. Belegungsmodalitäten kann er nämlich seine Verpflichtungen nicht erfüllen.

Nach hier vertretener Ansicht kann sich ein Informationsanspruch aber auch noch nach Ausübung des Vorkaufsrechts aus dem Mietvertrag ergeben. Dieser besteht nach Abschluss des Kaufvertrages zwischen Mieter und Vermieter zunächst fort, sofern nicht die Parteien ihre Rechtsbeziehungen auf eine andere Grundlage stellen. Die vom OLG Celle geäußerte Rechtsansicht, für Nebenpflichten des vorkaufsverpflichteten Vermieters, welche dem vorkaufsberechtigten Mieter die Ausübung des Vorkaufsrechts erst ermöglichen bzw. erleichtern sollen, bleibe nach der Ausübung kein Anwendungsbereich mehr, berücksichtigt die Interessen des Erwerbers/Mieters nicht hinreichend und verkürzt den Zweck der Informationspflichten ohne erkennbaren Grund. Keineswegs ist das Ziel dieser Pflichten bereits dann erreicht, wenn der Berechtigte von seinem Recht Gebrauch gemacht hat. Das OLG Celle ignoriert die evidente wirtschaftliche Zielsetzung, wenn es meint, mit dem Bestehen des obligatorischen Geschäfts (Kaufvertrag) sei das Recht verwirklicht. Letztlich geht es in § 577 BGB doch darum, dass der vorkaufsberechtigte Mieter die Sache auch erhält, also deren Eigentümer wird. Das aber setzt voraus, dass er seinerseits die Pflichten aus dem Kaufvertrag erfüllt, was er nur kann, wenn er dessen Inhalt kennt. Das spricht für ein Bestehen der Informationspflicht auch nach Zustandekommen des Kaufvertrages mit dem Mieter.

3. Schließlich vertritt das OLG Celle die Auffassung, ein Verzug des Vermieters mit der Erfüllung seiner Informationspflichten setze eine Mahnung durch den Mieter voraus. Die Besonderheiten des gesetzlichen Vorkaufsrechts bestehen nun aber darin, dass der Mieter von der Existenz seines Informationsanspruchs typischerweise gar nichts weiß, bevor nicht der Vermieter seiner Pflicht aus §§ 577, 469 BGB nachgekommen ist. Hat der Mieter – wie hier durch den Drittkäufer oder auf welchem Wege auch immer – vom Eintritt des Vorkaufsfalles erfahren, kann er den Vermieter zwar grundsätzlich mahnen, sofern die Informationen unvollständig sind. Es fragt sich aber, ob der Vermieter sich nicht bereits dann in Verzug befindet, wenn er dem Mieter nicht unverzüglich die

geschuldete Mitteilung macht. Das wäre der Fall, wenn die Mahnung gemäß § 286 Abs. 2 BGB entbehrlich ist, wobei als Ansatzpunkte die Nr. 2 und 4 in Betracht kommen. Unter das in § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB genannte Tatbestandsmerkmal einer Zeit, die „sich von dem Ereignis an *nach dem Kalender berechnen* lässt“, lassen sich zwar prinzipiell auch gesetzliche Fristen subsumieren, nicht aber der durch den Begriff „unverzüglich“ umschriebene Zeitraum. In Betracht käme insofern nur eine Analogie zu § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB, was an dieser Stelle aber nicht vertieft werden kann.

Eine Mahnung ist außerdem gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB entbehrlich, wenn aus „besonderen Gründen“ der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist. Bei der im Rahmen dieser Norm gebotenen, an den Maßstäben von § 242 BGB auszurichtenden Abwägung der Parteiinteressen⁵ kommt, wie erwähnt, der Tatsache besondere Bedeutung zu, dass der Gläubiger vor Erfüllung der (Informations-)Pflicht in aller Regel gar nicht mahnen kann. Das ist ein besonderer Grund. Einzuräumen ist freilich, dass der hier erörterte Fall keiner der bislang unter die Nr. 4 des § 286 Abs. 2 BGB gefassten Fallgruppen entspricht,⁶ was deren Anwendung aber nicht ausschließt.

Bei der Interessenabwägung ist vom Sinn des Mahnungserfordernisses auszugehen. Mit diesem bezweckt der Gesetzgeber ebenso wie mit dem Erfordernis der Berechenbarkeit nach dem Kalender den Schutz des Schuldners vor den „nicht unerheblichen Folgen“ des Verzuges. Er fordert daher „Klarheit und Transparenz“ bzgl. des Eintritts der Verzugsvoraussetzungen.⁷ Indes beeinträchtigt ein Verzugsseintritt ohne Mahnung im Falle des § 577 BGB diese Schuldnerinteressen nicht so wesentlich, als dass es gerechtfertigt wäre, die Interessen des Mieters hintanzustellen. Der Schuldner, der seiner Pflicht nicht unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern nachkommt, bedarf ebenso wenig des Schutzes einer Mahnung wie derjenige, der einen kalendarisch bestimmbar Zeitpunkt nach Eintritt eines Ereignisses verstreichen lässt. Das gilt insbesondere, wenn die Frist nicht aus dem Vertrag folgt, sondern aus dem Gesetz. In beiden Fällen nämlich weiß der Schuldner bzw. muss wissen, wann er die Leistungshandlung (spätestens) vorzunehmen hat.

Die Rechtsunsicherheit, die daraus resultiert, dass der genaue Zeitpunkt des Verzugsseintritts wegen der Unbestimmtheit des Begriffs „unverzüglich“ ex post durch ein Gericht festgestellt werden muss, steht der Anwendung von § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB nicht entgegen: Zum einen nimmt das Gesetz sie auch andernorts hin (siehe § 121 Abs. 1 BGB, § 377 Abs. 1 HGB). Zum anderen existiert ex ante eine vergleichbare Unsicherheit in den Fällen, in denen zur Erbringung der Leistung eine unangemessen kurze Frist i. S. v. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB bestimmt worden ist, was die herrschende Meinung⁸ aber nicht daran hindert, die Frist ex post auf die angemessene Dauer zu verlängern. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass dem Schuldner das seine Pflicht auslösende Ereignis (Eintritt des Vorkaufsfalles) wie in den von § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB erfassten Konstellationen bekannt ist und der mit dem Begriff „unverzüglich“ umschriebene Zeitraum per definitionem nicht unangemessen kurz sein kann. Bei der vom Gesetzgeber⁹ aus-

⁵ Vgl. MünchKommBGB/Ernst, 5. Aufl. 2007, § 286 Rdnr. 65.

⁶ Zu ihnen MünchKommBGB/Ernst, § 286 Rdnr. 66 ff.

⁷ Vgl. die Regierungsbegründung zum SchuldRModG; hier zitiert nach *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, S. 691.

⁸ Siehe nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl. 2008, § 286 Rdnr. 23.

⁹ Vgl. Fn. 7.

drücklich abgelehnten Anwendung der Nr. 2 auf eine Verpflichtung zur „sofortigen“ Leistungserbringung – eine Entscheidung, die durch Anwendung der Nr. 4 nicht überspielt werden darf – liegen die Umstände insofern anders, als der Schuldner in einem solchen Fall nicht einmal unverschuldet zögern darf. „Sofortige“ und „unverzügliche“ Leistungserbringungspflicht müssen also nicht zwingend gleich behandelt werden. Dass das OLG Celle zu dieser bislang wenig diskutierten Problematik keine Überlegungen anstellt, ist zu bedauern.

Prof. Dr. *Martin Häublein*, Berlin

3. WEG §§ 10 Abs. 6, 21 Abs. 4 (*Erwerb einer Grundstücksfläche durch Wohnungseigentümergeinschaft*)

Die Wohnungseigentümergeinschaft ist auch hinsichtlich des Erwerbs einer realen Arrondierungsfläche rechts- und grundbuchfähig. Das Grundbuchamt hat nicht zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung angesehen werden kann. (Leitsatz des Einsenders)

AG Deggendorf, Beschluss vom 19.5.2008, 1 T 59/08; eingesandt von Notar Dr. *Stefan Kurz*, Deggendorf

Das AG Deggendorf – Grundbuchamt – wies einen Antrag auf Eintragung einer Wohnungseigentümergeinschaft als Grundstückseigentümerin ab. Die Zurückweisung wurde damit begründet, dass die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 Abs. 6 WEG nur dann gegeben sei, wenn diese im Rahmen der Verwaltung handle. Ein Nachweis hierüber in notariell beglaubigter Form sei nicht möglich. Weder die Lage der Grundstücke noch ein Beschluss der Eigentümerversammlung lasse das Rechtsgeschäft als Teil der Verwaltung erscheinen.

Gegen diesen Beschluss hat der bevollmächtigte Notar Beschwerde eingelegt mit der Begründung, der Erwerb des Grundstücks gehöre zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums der Wohnanlage. Was für den Fall des Erwerbs von Wohnungs- und Teileigentum innerhalb der Anlage gelte, nämlich eine Vermutung für die Zuordnung zum Verwaltungsvermögen, müsse auch für den Erwerb einer realen Arrondierungsfläche gelten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig, § 71 GBO, und auch begründet. Ein nicht behebbares Eintragungshindernis liegt nicht vor.

Die Kammer geht mit dem Erstgericht davon aus, dass die Wohnungseigentümergeinschaft in Folge der Entscheidung des BGH vom 2.6.2005 (MittBayNot 2005, 495), mit der der BGH die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bejaht hat, als grundbuchfähig anzusehen ist. Dies bezieht sich auch auf eine Eintragung als Teil- oder Sonder-eigentümerin, zu deren Erwerb sie unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt ist. Die Prüfung dieser Voraussetzungen, nämlich der Frage, ob das Rechtsgeschäft als Maßnahme einer ordnungsgemäßen Verwaltung angesehen werden kann, obliegt aber nicht dem Grundbuchamt. Vielmehr ist die Feststellung, ob eine Maßnahme dem Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung i. S. v. § 21 Abs. 4 WEG entspricht, im Rahmen einer Anfechtungsklage nach § 46 WEG zu treffen. Werden Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung nicht angefochten und sind sie bestandskräftig, so müssen sie auch vom Grundbuchamt beachtet werden. Diese zwingende gesetzliche Rechtsfolge kann nicht dadurch umgangen werden, dass etwa im Grundbuchverfahren erneut überprüft wird, ob der Erwerb von Eigentum durch die Wohnungseigentü-

gemeinschaft als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung anzusehen ist oder nicht (OLG Celle, ZMR 2008, 210).

Erfolgt keine Anfechtung von Beschlüssen der Versammlung, ist davon auszugehen, dass die Beschlussfassung mit den Maßgaben einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu vereinbaren ist. Der Nachweis erfolgt durch Vorlage bestandskräftiger Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung.

4. BGB §§ 874, 1090; GBO §§ 44 Abs. 2, 53 Abs. 1 Satz 2 (*Unzulässige Bezugnahme auf untergesetzliches Recht*)

1. Die Bezugnahme im Grundbuch oder in der Eintragungsbewilligung auf „ortspolizeiliche Vorschriften“ ist unzulässig. Zulässig ist lediglich die Bezugnahme auf geltende inländische Gesetzesbestimmungen, wenn diese in einer amtlichen Gesetzessammlung veröffentlicht und allgemein zugänglich sind.

2. Die Bezugnahme auf die „Münchener Staffelbauordnung“ ist unzulässig. (Leitsatz des Einsenders)

OLG München, Beschluss vom 27.5.2008, 34 Wx 130/07; eingesandt von Notar Prof. Dr. *Karl Winkler*, München

Der Beteiligte zu 3 erwarb von den Beteiligten zu 1 und 2 das gegenständliche Grundstück mit notariellem Vertrag, in welchem die Beteiligten den zur Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen zugestimmt haben. In Abteilung II unter Nr. 1 des Grundbuchs ist folgendes Recht zugunsten der Beteiligten zu 4 eingetragen:

„Baubeschränkung zugunsten der Stadt München des Inhalts, dass auf dem Grundstück nur solche Bauten errichtet werden dürfen, die den Vorschriften der Staffel IX der Münchener Staffelbauordnung entsprechen. Eingetragen seit 27.4./9.11.1928“

Bei der Münchener Staffelbauordnung (im Folgenden: SBO) handelt es sich um eine ortspolizeiliche Vorschrift, die insbesondere die Abstufung der Bebauungsdichte im Stadtgebiet regelte und nach § 36 mit dem Tag ihrer Verkündung in der Münchener Gemeindezeitung am 20.4.1904 in Kraft trat. Nach vielfachen Änderungen trat sie schließlich mit Ablauf des Jahres 1979 außer Kraft.

Staffel IX SBO, in deren Gebiet das veräußerte Grundstück liegt, beschränkt u. a. die Höhe der Vor- und Rückgebäude sowie die Ausdehnung von Baugruppen und schreibt ferner eine Mindestgröße für Hofräume vor.

Der Urkundsnotar hat für die Beteiligten zu 1 bis 3 die Löschung der Baubeschränkung beantragt. Die Beteiligte zu 4 hat der Löschung nicht zugestimmt. Das Grundbuchamt hat daraufhin den Antrag auf Löschung abgelehnt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Mit der vom Notar eingelegten weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 bis 3 das Ziel, das zugunsten der Stadt München im Grundbuch eingetragene Recht zu löschen, weiter.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist begründet. (...)

2. c) Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung von Amts wegen zu löschen, wenn sie sich ihrem Inhalt nach als unzulässig erweist. Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BayObLG, Rpfleger 1986, 371). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvormerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben, andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BayObLGZ 1987, 390, 393).

(1) Bei der im Grundbuch verlaublichen Baubeschränkung handelt es sich, wie das LG zutreffend erkennt, um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, nämlich die zugunsten der Landeshauptstadt München eingetragene Belastung des Grundstücks, dieses in bestimmten einzelnen Beziehungen baulich nicht zu nutzen (§ 1090 BGB; *Palandt/Bassenge*, BGB, 67. Aufl., § 1090 Rdnr. 4; § 1018 Rdnr. 20 und 21, siehe auch BGH, NJW 2002, 1797 = DNotZ 2002, 718). Ein Recht mit einem derartigen Inhalt kann zulässiger Inhalt einer Eintragung im Grundbuch sein.

(2) Grundsätzlich muss im Eintragungsvermerk selbst die allgemeine rechtliche Natur und die besondere Art des Rechts gekennzeichnet werden. Eine Bezugnahme ist nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts gestattet (BayObLG, DNotZ 1994, 888; BayObLGZ 1983, 253, 255; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 44 Rdnr. 17). Da Dienstbarkeiten einen verschiedenartigen Inhalt haben können, muss bei einem Recht zur Benützung des Grundstücks in der Eintragung selbst das Recht näher gekennzeichnet werden; dasselbe gilt, wenn Inhalt der Dienstbarkeit das Verbot gewisser Handlungen oder der Ausschluss der Ausübung eines Rechts ist (BayObLGZ 1990, 35, 36). Hierbei genügt die wenigstens schlagwortartige Kennzeichnung des wesentlichen Inhalts, etwa als Baubeschränkung (BayObLG, Rpfleger 1989, 361, 362; OLG Hamm, Rpfleger 1996, 444, 445).

(3) Gemäß § 874 BGB kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts Bezug genommen werden auf die Eintragungsbewilligung (vgl. § 44 Abs. 2 GBO). Als zulässig erachtet wird aber auch die Bezugnahme auf geltende inländische Gesetzesbestimmungen, wenn diese in einer amtlichen Gesetzessammlung veröffentlicht und allgemein zugänglich sind (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 269; *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Vorbem. GBV Rdnr. 119; MünchKommBGB/*Wacke*, 3. Aufl., § 874 Rdnr. 11; *Knothe* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl. § 44 Rdnr. 40; *Staudinger/Gursky*, BGB, 13. Bearb., § 874 Rdnr. 8). Ausschlaggebend hierfür ist deren jedenfalls bei abstrakter Betrachtung gegebener allgemeiner Bekanntheitsgrad und die durch die Förmlichkeit des Gesetzgebungsverfahrens gewährleistete Sicherheit über den Inhalt, der durch die Bezugnahme verkürzt umschrieben wird.

Statisch in Bezug genommen wurde die SBO, die bereits am 20.4.1904 von der Lokalbaukommission München aufgrund von Art. 101 des Polizeistrafgesetzbuches für das Königreich Bayern vom 26.12.1871 erlassen und von der Regierung von Oberbayern für vollziehbar erklärt wurde (Münchener Gemeindezeitung, Beilage zu Nr. 36). Die SBO bildete eine ortspolizeiliche Vorschrift zur Regelung des Bausystems und war eine Zusatzvorschrift zur Münchener Bauordnung vom 29.7.1895 (BayBS II, S. 430). Sie regelte (nur) für die Ortsteile mit geschlossener Bauweise die Höhe der Gebäude und die Überbauung der Hofräume (dazu *Steinhauser*, Münchner Staffelbauordnung, Abschnitt B, S. 59 ff., 63, 69). Der Senat hat feststellen können, dass die SBO von 1904 bis einschließlich 1928 mehrere Änderungen erfahren hatte (Münchener BauO, Beck'sche Textausgabe, 2. Aufl., Vorbem.), die aber die Staffel IX unberührt ließen, sie demnach insoweit noch in ihrer ursprünglichen Fassung galt.

Nach der Rechtsprechung des KG genügt die Bezugnahme auf damals zwar gültige, aber nur örtlich bestehende Rechtsvorschriften nicht (KGJ 46, 221; KG, OLGE 34, 225). Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Eintragung unmittelbar auf die Vorschrift (hier: die SBO) Bezug nimmt oder aber mittelbar, nämlich über eine Eintragungsbewilligung, die ihrerseits auf die örtliche Vorschrift verweist. Das KG begründet dies im Wesentlichen damit, dass jedermann aus dem Grundbuch

selbst und den dazugehörigen Urkunden den Inhalt der Eintragung klar ersehen können müsse. Die Kenntnis örtlicher Rechtsvorschriften könne bei Grundbuchinteressenten billigerweise nicht vorausgesetzt werden. Sie unterlägen ihrer Natur nach einem häufigen Wechsel; ihr Inhalt könne nur unter erschwerten Umständen ermittelt werden. § 1115 Abs. 2 BGB lasse sich als Ausnahmenvorschrift, die nur Nebenleistungen betreffe, nicht verallgemeinernd heranziehen. Einer Überfrachtung des Grundbuchs könne dadurch begegnet werden, dass die Beteiligten die betreffenden Rechtsvorschriften inhaltlich in die Eintragungsbewilligung aufnahmen.

(4) Der Senat folgt dieser von der Literatur im Wesentlichen gebilligten Rechtsprechung (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 269; *Knothe* in *Bauer/von Oefele*, GBO, § 44 Rdnr. 40; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 35, vgl. auch *Haegle*, BWNNotZ 1975, 29, 30 bei Rdnr. 10 und 11) und schließt sich ihr aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit des Grundbuchverkehrs auch in der vorliegenden Fallgestaltung an. Für den Grundbuchverkehr ist es nicht entscheidend, ob die SBO in ihrer damaligen Fassung eher bauordnungsrechtlicher (baupolizeirechtlicher) oder aber eher bauplanungsrechtlicher Natur war. Die heute gebräuchliche Trennung war dem damaligen Recht ohnehin fremd (*Schlichter*, Berliner Kommentar zum BauGB, 2. Aufl., Einf. Rdnr. 5; *Koch/Molodovsky/Famers*, BayBO, Einf. Rdnr. 1). Maßgeblich ist vielmehr, dass das zum näheren Inhalt der Baubeschränkung in Bezug genommene untergesetzliche Recht ausschließlich lokalen Bezug hatte, zudem nicht einmal für das gesamte Stadtgebiet galt, von einem Grundbuchinteressenten daher nicht als bekannt vorausgesetzt werden kann und dessen Bestand und genauer Inhalt (im Zeitpunkt der Eintragung) nicht gleichermaßen sicher bestimmbar ist, wie dies etwa bei einem förmlich zustande gekommenen Parlamentsgesetz der Fall ist. Eine Bezugnahme auf derartige Gemeindevorschriften widerspricht der Funktion des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage den Inhalt der Eintragung klar zu vermitteln.

(5) Der BGH hat in seinem Urteil vom 19.12.1969 (WM 1970, 193) keine Bedenken gegen die wirksame Bestellung von Grunddienstbarkeiten vorgebracht, für deren Inhalt auf Vorschriften des Hamburgischen Baupolizeigesetzes vom 23.6.1882 Bezug genommen wurde. Diese Entscheidung steht der Rechtsauffassung des Senats schon deshalb nicht entgegen, weil es sich bei den hiesigen Bestimmungen der SBO im Gegensatz zu den Vorschriften des Hamburgischen Polizeigesetzes um untergesetzliches Recht handelt. Die Bezugnahme auf in einer amtlichen Gesetzessammlung veröffentlichtes förmliches Recht wird jedoch allgemein als statthaft angesehen (KG, JFG 5, 373, 378; OLG Köln, Rpfleger 1974, 150; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 35). Ein Unterschied zwischen Bundes- und Landesrecht besteht insoweit wegen der gleichermaßen gegebenen Rechtsnormqualität und der damit verbundenen Rechtssicherheit nicht.

d) Die inhaltlich unzulässige Eintragung der Baubeschränkung ist rechtlich gegenstandslos; sie ist nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (KGJ 46, 221, 224). Grundsätzlich kommt jedoch in Betracht, dass nach Löschung der Eintragung die Grunddienstbarkeit neu eingetragen werden kann, falls eine ordnungsgemäße Bewilligung beigebracht wird (KG, OLGE 34, 225, 226). Im Übrigen teilt der Senat die Ansicht der Beschwerdekammer, dass einer Baubeschränkung entsprechend den maßgeblichen Regelungen in der SBO trotz zwischenzeitlich erlassener Bebauungspläne nach wie vor eine praktische Bedeutung zukommen kann.

5. BGB § 181 (*Kein Mehrfachvertretungsverbot bei ausgesetzter Bewilligung der Auflassung*)

Der Schutzzweck des § 181 BGB verbietet nicht, dass der Notar, der als Vorlagesperre bei einem Grundstückskaufvertrag den „beurkundungsrechtlichen Weg“ – Ausfertigungssperre, ausgesetzte Bewilligung – gewählt hat, nach nachgewiesener Kaufpreiszahlung entsprechend dem Auftrag der Vertragsparteien die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bewilligt (§ 181 Hs. 2 BGB analog). (Leitsatz des Einsenders)

LG Karlsruhe, Beschluss vom 28.3.2008, 11 T 476/07; eingesandt von Notar *Wolfgang Krebs*, Grünstadt

Mit Urkunde des Beteiligten zu 3 veräußerte die Beteiligte zu 1, vertreten durch ihren u. a. mit dem Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten bestellten Betreuer, die durch Zerlegung neu zu bildende Teilfläche ihres bebauten Grundstücks an die Beteiligten zu 2 zu Miteigentum zu je 1/2. In § 2 Ziffer 2 des Vertrages bewilligte sie den Käufern eine Auflassungsvormerkung. Unter Ziffer 3 heißt es weiter:

„Die Beteiligten sind über den vereinbarten Eigentumsübergang in dem angegebenen Erwerbsverhältnis einig. Diese Erklärung der Auflassung enthält jedoch ausdrücklich weder die Eintragungsbewilligung noch den Eintragungsantrag. Zu deren Erklärung wird der amtierende Notar, sein amtlicher Vertreter oder Nachfolger durch die Beteiligten unwiderruflich, über den Tod hinaus und unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt.“

Unter § 2 Ziffer 4 des Kaufvertrages haben die Vertragsschließenden nach Hinweis darauf, dass das Eigentum Zug um Zug gegen Zahlung des geschuldeten Kaufpreises zu verschaffen sei, den Notar übereinstimmend angewiesen, die Eigentumsumschreibung gemäß dieser Vollmacht erst zu bewilligen und zu beantragen, wenn ihm der Verkäufer unverzüglich nach Erhalt des Geldes schriftlich oder hilfsweise der Käufer durch Bankbestätigung die Entrichtung des Kaufpreises nachgewiesen hat.

Der Beteiligte zu 3 beantragte gemäß § 15 GBO und ggf. aufgrund weitergehender Vollzugsvollmacht im Namen aller Antragsberechtigten den Vollzug der Auflassung, die Löschung der zwischenzeitlich eingetragenen Auflassungsvormerkung und die Löschung der nicht mitübernommenen Belastungen.

Mit Zwischenverfügung teilte das Grundbuchamt dem Beteiligten zu 3 mit, dass die Eigentumsübertragung derzeit mangels seiner Vertretungsmacht nicht vollzogen werden könne. Dieser habe nicht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt werden können, die Bewilligung zu erklären und gleichzeitig den Antrag auf Grundbuchvollzug zu stellen.

Hiergegen richtet sich die im Namen des Betreuers der Beteiligten zu 1 vorsorglich eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 3. Ein Fall der durch § 181 BGB verbotenen Mehrfachvertretung liege nicht vor, da er im hier gegebenen Fall der bereits erklärten Auflassung und nach unbestrittener Kaufpreiszahlung keinerlei Interessenkollision ausgesetzt sei.

Aus den Gründen:

Die gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts gemäß §§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde ist durch den Urkundsnotar in zulässiger Weise eingelegt worden. Er beansprucht nicht ein ihm auch nicht zustehendes eigenes Antrags- oder Beschwerderecht (*Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 15 Rdnr. 9 ff. m. w. N.), sondern er handelt für die antragsberechtigte Beteiligte zu 1. Dazu ist er gemäß § 15 GBO befugt. Dass der Notar die Beschwerde „namens und im Auftrag des Betreuers der Verkäuferin“ eingelegt hat, ist unschädlich, denn dieser handelt seinerseits ohne weiteres erkennbar als gesetzlicher Vertreter der Betreuten in deren Namen, §§ 164 Abs. 1 Satz 2, 1902 BGB.

Die Beschwerde ist auch begründet und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung, die vom Beteiligten zu 3 abgegebenen Grundbuchverfahrenserklärungen sind wirksam.

1. Gemäß § 13 Abs. 1 GBO bedarf es zur Grundbucheintragung des Antrags des gewinnenden oder verlierenden Teils, nach § 19 GBO ist die Eintragungsbewilligung desjenigen erforderlich, zu dessen Lasten die Eintragung geht. Nach § 20 GBO genügt dieses formelle Konsensprinzip jedoch im hier gegebenen Fall der Auflassung eines Grundstücks nicht, sondern die Eintragung darf nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass neben dem Nachweis der Einigung eine Eintragungsbewilligung nicht mehr notwendig ist (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 2 m. w. N.). In aller Regel wird jedoch die Auslegung ergeben, dass die sachlichrechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält. Die ausdrückliche Erklärung oder der aus den Umständen erkennbare Wille der Erklärenden, die Einigung solle die Eintragungsbewilligung nicht enthalten, hindert aber das Grundbuchamt an der Vollziehung der Auflassung (*Demharter*, GBO, § 20 Rdnr. 2 m. w. N.).

So liegt es hier. Die Vertragsschließenden haben sich zwar bereits über den Eigentumsübergang geeinigt, jedoch zugleich ausdrücklich angeordnet, dass die Erklärung der Auflassung weder die Eintragungsbewilligung noch den Eintragungsantrag enthalte. Zu deren Abgabe wurde der Beteiligte zu 3 unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt.

2. Eintragungsantrag und -bewilligung (vgl. dazu *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 13; *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 19 Rdnr. 37 ff.) sind verfahrensrechtliche Erklärungen, weshalb die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für rechtsgeschäftliche Erklärungen nicht unmittelbar, jedoch entsprechend angewendet werden können. Dies gilt auch für die Zulässigkeit eines Vertreterhandelns (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 74; *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 128).

3. a) Besteht danach zwar Einigkeit, dass dem Grundbuchamt auch die Prüfung der Vertretungsmacht des Vertreters obliegt (*Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 33), so bestehen doch unterschiedliche Auffassungen darüber, ob auch die Bestimmung des § 181 BGB im Grundbuchverfahren Anwendung findet. Nach *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 3562) und *Meikel/Lichtenberger* (Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 145 f.) gilt § 181 BGB für verfahrensrechtliche Erklärungen in nicht streitigen Verfahren nicht. Demgegenüber scheidet *Demharter* (GBO, § 19 Rdnr. 89) die entsprechende Anwendung des § 181 BGB nicht von vornherein aus. Allerdings betreffe diese Vorschrift grundsätzlich nicht die Fälle, in denen der Vertreter zwei gleichlautende Erklärungen einem Dritten oder auch dem Grundbuchamt gegenüber abgebe.

b) Richtig ist der Ansatz von *Demharter*. Hält man die auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen zugeschnittenen Vertretungsregeln auch für Verfahrenserklärungen für entsprechend anwendbar, so ist es folgerichtig, auch die Bestimmung des § 181 BGB, die eine Beschränkung des rechtlichen Könnens des Vertreters beinhaltet, ggf. entsprechend heranzuziehen. Der Schutzzweck des § 181 BGB, dass die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten die Gefahr eines Interessenkonflikts und damit die Schädigung eines Teils in sich birgt (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 67. Aufl., § 181 Rdnr. 2), kann grundsätzlich auch bei der Abgabe grundbuchverfahrensrechtlicher Erklärungen Bedeutung erlangen.

Dafür besteht jedoch im vorliegenden Fall keine Veranlassung. Die Beteiligten haben sich bereits wirksam über den Eigentumsübergang geeinigt. Nicht anders als im Falle eines kraft Gesetzes zulässigen Insichgeschäftes, nämlich eines Geschäftes, das ausschließlich der Erfüllung einer Verbindlichkeit

dient (§ 181 Hs. 2 BGB), verhält es sich jedoch, wenn der Notar nach nachgewiesener vollständiger Kaufpreiszahlung auftragsgemäß in Erfüllung der wirksamen kaufvertraglichen Verpflichtung der Verkäuferin und in Vollziehung der dazu bereits abgegebenen dinglichen Einigungserklärung den zum Grundstückserwerb notwendigen Eintragungsantrag nebst Eintragungsbewilligung stellt.

Anmerkung:

Einfache Fragen können zu schwierigen führen und umgekehrt. Nicht immer sind diese Umwege notwendig. Ist für die Entscheidung des LG Karlsruhe § 181 BGB wirklich relevant? Man kann zumindest zweifeln.

1. Sachverhalt

Ausgangspunkt ist ein – insoweit – „normaler“ Kaufvertrag. Der Urkundsnotar entscheidet sich zwischen den verschiedenen Möglichkeiten, den Verkäufer gegen den Rechtsverlust vor Zahlung des Kaufpreises zu schützen, für die sog. „Bewilligungslösung“. Wie hierbei üblich, wird die dann nachträglich erforderliche Bewilligung (§ 19 GBO) des Veräußerers aufgrund in der Kaufurkunde erteilter Vollmacht durch den Notar in einer Eigenurkunde erklärt, der Notar stellt namens der Beteiligten auch den Eintragungsantrag. Die materiellrechtlichen Erklärungen (Kaufvertrag, Einigung/Auflassung) wurden von den Beteiligten in der Urkunde abgegeben und entgegengenommen. Das Grundbuchamt beanstandet in seiner mit der Beschwerde angegriffenen Zwischenverfügung, dass der Notar nicht wirksam von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei.

2. Vertretungsmacht für Bewilligung

Die Beschwerdekammer prüft zu Recht, ob der Vertreter (hier der Notar) zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen bevollmächtigt war,¹ es kommt auch zum richtigen Ergebnis und bejaht das Vorliegen der Vertretungsmacht. Indes, die Argumentation ist nicht stringent. Die Bewilligung ist nach ganz herrschender Meinung eine rein verfahrensrechtliche Erklärung,² also keine materiellrechtliche Erklärung und auch keine Erklärung mit Doppelnatur.³ Hierauf können die Regeln des BGB nur dann (analog) angewendet werden, wenn dem das primär anwendbare Verfahrensrecht nicht entgegensteht.⁴ Ein solches allgemeines Hindernis steht hier nicht entgegen. Der verfahrensrechtliche Charakter der Bewilligung i. S. d. § 19 GBO (und auch des Antrags nach § 13 GBO als verfahrenseinleitende Handlung⁵) wird vom LG Karlsruhe auch nicht verkannt.

3. Anwendbarkeit von § 181 BGB

Die Bewilligung ist die Erklärung, dass eine Grundbucheintragung gestattet wird. Adressat hierfür ist ausschließlich das

Grundbuchamt.⁶ Handelt es sich somit um eine „amtsempfangsbedürftige einseitige Willenserklärung“, so liegen die Voraussetzungen des § 181 BGB bereits mangels Personenidentität tatsächlich nicht vor.⁷ Anderes mag allenfalls gelten, wenn der Vertreter die Erklärung wahlweise auch sich selbst gegenüber hätte abgeben können oder wenn der Vertreter als materiell Betroffener sich den Adressaten der Erklärung nicht aussuchen kann, etwa im Fall von Testamentsanfechtungen.⁸ Klarheit in den Grundlagen (verfahrensrechtlicher Charakter einer einseitigen Erklärung im Gegensatz zur materiellrechtlichen Erklärung nach §§ 873, 925 BGB) kann also dazu führen, dass Unklarheiten in den praktischen Fragen gar nicht entstehen.

4. Folgerung für die Praxis

Für die Praxis gefolgert werden kann aus der Entscheidung, dass eine möglichst präzise Formulierung einer rechtsirrigem Überlegung des Grundbuchamtes möglicher Weise vorbeugen kann. Wird also bei der Antragstellung klargestellt, dass der Notar gegenüber dem Grundbuchamt die Bewilligung aufgrund der Vollmacht im Kaufvertrag namens des Veräußerers erklärt (nur dieser, und nicht der Erwerber ist „Betroffener“ i. S. v. § 19 GBO), so tritt vielleicht nicht der fälschliche Eindruck ein, als gäben beide Beteiligte jeweils gegenüber dem anderen gleichlautende Erklärungen ab. Dass mehrere Antragsberechtigte – wie vom Urkundsnotar ausdrücklich erklärt – gleichlautende Anträge i. S. d. § 13 GBO stellen, ist unschädlich, da es sich wiederum um rein verfahrensrechtliche Erklärungen gegenüber dem Gericht handelt.

5. Zulässigkeit der Bewilligungslösung

Erfreulich an der Entscheidung ist die Deutlichkeit, mit der die verfahrensrechtliche Bewilligung von den materiellrechtlichen Erklärungen abgegrenzt wird, und mit der auch die Zulässigkeit der „Bewilligungslösung“ ausdrücklich bejaht wird. Während es längere Zeit so aussah, als bestehe zwischen den verschiedenen Möglichkeiten (insbesondere Aussetzung der Auflassung, Erteilung von Urkundsausfertigungen im Auszug – ohne Auflassung –, auch „Vorlagesperre“ genannt, und Aussetzung der Bewilligung)⁹ nach Überwindung der fehlgeleiteten kostenrechtlichen Präjudizierung einiger Gerichte¹⁰ durch das BayObLG¹¹ eine friedliche Koexistenz in dem Sinne, dass der einzelne Notar die jeweils aus seiner Sicht geeignetste Lösung wählt, stellte *Kessler* die Zulässigkeit der Bewilligungslösung wieder grundsätzlich in Frage.¹² Seinen dogmatischen Erwägungen, wonach für eine eigenständige Bewilligung (und deren Erfordernis) im Anwendungsbereich von § 20 GBO kein Platz sei, wurde bereits an anderer Stelle entgegengetreten.¹³ Die zutreffende Auffas-

1 *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 288.

2 *Demharter*, FGPrax 1997, 5, 6.

3 OLG Düsseldorf, Rpfleger 1981, 177, 178; OLG Hamm, Rpfleger 1989, 148, 149; BayObLG, Rpfleger 1993, 189, 190 = MittBayNot 1993, 17; noch offen gelassen BGHZ 84, 202, 207 = DNotZ 1983, 309, 312; KEHE/*Munzig*, GBO, 6. Aufl. 2006, § 19 Rdnr. 17 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 98; *Meikel/Böttcher*, GBO, 9. Aufl. 2003, Rdnr. 29; *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 19 Rdnr. 13.

4 Vgl. allgemein *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 65.

5 *Bauer/von Oefele/Wilke*, GBO, § 13 Rdnr. 21.

6 BayObLGZ 1948/51, 456, 464; BayObLG, Rpfleger 1976, 66; KG, OLGE 40, 36, 37; *Hügel/Holzer*, GBO, 2007, § 19 Rdnr. 26.

7 *Bamberger/Roth/Habermeier*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 181 Rdnr. 23.

8 Vgl. das Beispiel bei *Bamberger/Roth/Habermeier*, § 181 Rdnr. 24.

9 Vgl. zum Sachstand und zur Abwägung der Eignung z. B. *Brambring* in FS Hagen, 1999, S. 251; *Amann*, MittBayNot 2001, 150; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 20 Rdnr. 20 ff.

10 OLG Frankfurt, DNotZ 1990, 672; OLG Düsseldorf, DNotZ 1990, 674; DNotZ 1996, 324; OLG Oldenburg, JurBüro 1997, 376; hiergegen bereits *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505, 506 und *Schmitz-Valckenberg*, DNotZ 1990, 674, 677 f.

11 BayObLG, MittBayNot 2000, 575 mit Anm. *Tiedtke*; ähnlich schon KG, DNotZ 1976, 434; OLG Hamm, MittBayNot 1998, 275.

12 *Kessler*, ZNotP 2005, 176; *ders.*, ZfIR 2007, 88, 89 ff.

13 *Kössinger* in FS Wolfsteiner, 2007, S. 73, 80 ff.

sung, wonach auch im Anwendungsbereich von § 20 GBO (also neben der materiellrechtlichen Auffassung) auch eine Bewilligung i. S. v. § 19 GBO erforderlich ist, ist auch nicht auf Literaturstimmen im Gefolge der grundlegenden Erkenntnisse von *Ertl*¹⁴ beschränkt, sondern wird auch von der Rechtsprechung geteilt.¹⁵ Der BGH hat zu der Frage zwar nicht ausdrücklich Stellung genommen; er geht jedoch ebenfalls davon aus, dass grundsätzlich die dingliche Einigung einerseits und die Bewilligung andererseits nebeneinander erforderlich sind.¹⁶

In jüngerer Zeit wurde dies ausdrücklich durch das OLG Stuttgart bestätigt.¹⁷ Dem schließt sich auch das LG Karlsruhe an. Der auch in dieser Entscheidung wieder repetierte Satz, wonach die Auslegung „in aller Regel“ ergebe, dass die sachlichrechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Bewilligung enthalte,¹⁸ ersetzt nicht diese erforderliche Auslegung, sondern setzt sie voraus. Auf dem hier in Frage stehenden Feld der Bewilligungslösung liegt ein ganz anderer „Regelfall“ vor: die Beteiligten erklären ausdrücklich nur die materiellrechtliche Einigung, ohne Bewilligung, so dass es auf die Richtigkeit dieses Satzes¹⁹ nicht ankommen kann.

Notar Dr. Winfried Kössinger, München

¹⁴ *Ertl*, DNotZ 1964, 260; *ders.*, DNotZ 1967, 339; *ders.*, DNotZ 1967, 562; *ders.*, Rpfleger 1980, 41; im Übrigen statt aller *Demharter*, FGPrax 1997, 5, 6.

¹⁵ BayObLG, DNotZ 1995, 56, 57 = Rpfleger 1994, 344, 345; BFHE 2108, 438 = BStBl II 2005, S. 312 = RNotZ 2005, 246; BFH, RNotZ 2007, 170.

¹⁶ BGHZ 61, 209 = Rpfleger 1973, 355; BGHZ 90, 323 = NJW 1984, 1959; BGH, DNotZ 1988, 109, 110 = NJW 1988, 415 = Rpfleger 1987, 452; BGH, NJW-RR 1993, 840 = Rpfleger 1993, 398; ebenso OLG Köln, MittRhNotK 1997, 325; OLG Celle, DNotZ 2004, 196, 198.

¹⁷ OLG Stuttgart, MittBayNot 2008, 122 = RNotZ 2008, 112.

¹⁸ OLG Stuttgart, MittBayNot 2008, 122, 123 = RNotZ 2008, 112.

¹⁹ Kritisch hierzu *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 20 Rdnr. 16 ff.

6. BGB §§ 1375, 1378 Abs. 1 (*Ermittlung des good will einer freiberuflichen Praxis*)

Im Rahmen des Zugewinnausgleichs ist grundsätzlich auch der Vermögenswert einer freiberuflichen Praxis zu berücksichtigen. Zur Vermeidung einer zweifachen Teilhabe hieran – zum einen durch den Zugewinnausgleich und zum anderen über den Ehegattenunterhalt – ist (neben dem Substanzwert) der good will dadurch zu ermitteln, dass von dem Ausgangswert nicht ein pauschal angesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn, sondern der nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn in Abzug gebracht wird.

BGH, Urteil vom 6.2.2008, XII ZR 45/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Durch Verbundurteil des AG – Familiengericht – wurde die am 16.6.1986 geschlossene Ehe der Parteien, aus der drei Kinder (geboren 1989, 1991 und 1996) hervorgegangen sind, geschieden sowie der Versorgungs- und der Zugewinnausgleich zugunsten der Antragstellerin durchgeführt. Das Urteil ist hinsichtlich des Scheidungsauspruchs und des Versorgungsausgleichs rechtskräftig. Die Parteien streiten noch über den Zugewinnausgleich.

Der Antragsgegner verfügte im Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrags (9.7.1999) unstreitig über ein aktives Endvermögen von jedenfalls 258.961,31 DM (132.404,82 €). Dieses setzte sich zusam-

men aus einem 1/2-Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück der Parteien (150.000 DM), dem Wert des Grundstücksanteils einer tierärztlichen Praxis (73.343 DM), einer Forderung gegen die Antragstellerin (6.000 DM), einem Bausparguthaben (18.046,58 DM), Aktien (1.171,73 DM) sowie einem Pferd, einem Bauwagen, einem Traktor und einem Motorrad im Gesamtwert von 10.400 DM. Unstreitig hatte der Antragsgegner zum Endstichtag Verbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 250.430,44 DM (128.043,05 €). Ferner verfügte er über ein unstreitiges Anfangsvermögen von jedenfalls 10.000 DM (5.112,92 €).

Die Antragstellerin besaß unstreitig ein Endvermögen von mindestens 154.764,48 DM (79.129,82 €), das in ihrem 1/2-Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück und einer Lebensversicherung bestand. Ihre Verbindlichkeiten beliefen sich zum Endstichtag unstreitig auf zumindest 126.000 DM (64.422,78 €). Ihr Anfangsvermögen betrug (indexiert) 13.212,95 DM (6.755,67 €).

Streit bestand zwischen den Parteien darüber, ob dem jeweiligen aktiven Endvermögen weitere Positionen hinzuzurechnen sind, eine weitere Verbindlichkeit der Antragstellerin zu berücksichtigen ist und ob der Antragsgegner über weiteres Anfangsvermögen verfügte.

Am 9.7.1999 war der Antragsgegner, von Beruf Tierarzt, hälftiger Teilhaber einer tierärztlichen Gemeinschaftspraxis. Der Wert dieser Praxis ist in dem vom AG eingeholten Gutachten des Sachverständigen F. mit insgesamt 170.520 € ermittelt worden. Davon entfällt ein Teilbetrag von 92.604 € auf das Sachvermögen und ein weiterer Teilbetrag von 77.920 € auf den good will der Praxis.

Die Antragstellerin hat geltend gemacht, dem Endvermögen des Antragsgegners sei neben dem hälftigen Wert der Tierarztpraxis der hälftige Forderungsbestand (36.302,02 DM) sowie der hälftige Anteil an dem Rücklagenkonto der Gemeinschaftspraxis (25.000 DM) hinzuzurechnen. Außerdem sei der Pkw des Antragsgegners zusätzlich mit 12.011,50 DM zu berücksichtigen. Das Anfangsvermögen des Antragsgegners sei dagegen nicht um den Wert eines Pkw zu erhöhen. Sie selbst habe bei zutreffender Bewertung ihres weiteren Endvermögens (Schmuck und Pkw) sowie unter Berücksichtigung einer weiteren Verbindlichkeit in Höhe von 27.760,04 DM keinen Zugewinn erzielt. Ihr Zugewinnausgleichsanspruch belaufe sich danach auf 100.624 DM.

Das AG hat den Antragsgegner zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs von 13.378,08 € nebst Zinsen verurteilt. Auf die Berufung der Antragstellerin hat das OLG ihr einen Betrag von insgesamt 15.298,98 € nebst Zinsen zuerkannt. Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Antragsgegnerin die Zahlung weiterer 24.945,41 € nebst Zinsen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

II.

1. Soweit das Berufungsgericht dem unstreitigen aktiven Endvermögen des Antragsgegners von 258.961,31 DM (132.404,82 €) den hälftigen Forderungsbestand der Gemeinschaftspraxis, den hälftigen Anteil an dem Rücklagenkonto sowie den Wert des Pkw hinzugerechnet hat, begegnen seine Ausführungen allerdings keinen rechtlichen Bedenken (vgl. zur Berücksichtigung von Außenständen zum Nennwert: BGH, FamRZ 1991, 43, 45 f.). Auch die Revision erinnert hiergegen als ihr günstig nichts.

2. Sie rügt indessen zu Recht, dass das Berufungsgericht bei der Ermittlung des aktiven Endvermögens den anteiligen Wert der tierärztlichen Gemeinschaftspraxis außer Ansatz gelassen hat, um eine unzulässige Doppelverwertung dieser Position zu vermeiden.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats widerspricht zwar eine zweifache Teilhabe an einem Vermögenswert – nämlich einerseits im Zugewinnausgleich und andererseits im Wege

des Unterhalts – dem Grundsatz, dass ein güterrechtlicher Ausgleich nicht stattzufinden hat, soweit eine Vermögensposition bereits auf andere Weise ausgeglichen worden ist (FamRZ 2003, 432, 433; BGHZ 156, 105, 110 = FamRZ 2003, 1544, 1546; FamRZ 2004, 1352, 1353). An dieser Auffassung hält der Senat fest. Daraus folgt indessen nicht, dass der Wert eines Unternehmens, einer Unternehmensbeteiligung oder einer freiberuflichen Praxis güterrechtlich außer Betracht zu lassen wäre, wenn aus den hieraus erzielbaren künftigen Erträgen Unterhalt zu leisten ist (vgl. zur Gegenansicht *Fischer-Winkelmann*, FuR 2004, 433, 438).

b) Eine doppelte Teilhabe kann nur eintreten, wenn jeweils dieselbe Vermögensposition ausgeglichen wird. Im Zugewinnausgleich wird das Vermögen, d. h. alle rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert, ausgeglichen. Das Unterhaltsrecht dient demgegenüber dem Zweck, unter den im Gesetz aufgeführten Voraussetzungen den Unterhaltsbedarf des Berechtigten zu decken. Dabei sieht das Gesetz zwar den Einsatz von Einkommen und Vermögen vor. Die Verwertung des Vermögensstamms kann aber nur unter besonderen Voraussetzungen verlangt werden (§§ 1577 Abs. 3, 1581 Satz 2 BGB). Zu einer Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt kann es somit lediglich dann kommen, wenn zum Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen wird (so auch *Hoppenz*, FamRZ 2006, 1242, 1243 und 1033). Das ist bei der Bewertung im Rahmen des Zugewinnausgleichs zu beachten.

c) Für die Bewertung des Endvermögens nach § 1376 Abs. 2 BGB ist der objektive (Verkehrs-)Wert der Vermögensgegenstände maßgebend. Ziel der Wertermittlung ist es deshalb in einem Fall wie dem vorliegenden, den Praxisanteil mit seinem „vollen, wirklichen“ Wert anzusetzen. Grundsätze darüber, nach welcher Methode das zu geschehen hat, enthält das Gesetz nicht. Die sachverhaltsspezifische Auswahl aus der Vielzahl der zur Verfügung stehenden Methoden (vgl. die Zusammenstellungen von *Schröder*, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 67 ff. und *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Rdnr. 94 ff.) und deren Anwendung ist Aufgabe des – sachverständig beratenden – Tatrichters (vgl. etwa BGH, FamRZ 1991, 43, 44 und FamRZ 2005, 99, 100). Bei der Bewertung einer freiberuflichen Praxis hat dieser zu berücksichtigen, dass sich die Ertragsprognose nicht von der Person des derzeitigen Inhabers trennen lässt. Die Angehörigen eines freien Berufes erbringen persönliche Leistungen, bei denen sie in der Regel nur für untergeordnete, nicht zum eigentlichen Berufsbild gehörende Tätigkeiten Hilfskräfte einsetzen. Die Erwartung künftigen Einkommens, das der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen ist, kann für den Zugewinnausgleich aber nicht maßgebend sein, weil es insoweit nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt. Bewertungsobjekt können deshalb nur solche Ertragsmerkmale sein, die auf einen potentiellen Erwerber übertragbar sind (BGH, FamRZ 1991, 43, 44; FamRZ 1977, 38, 40; *Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, 4. Aufl., § 1376 Rdnr. 19; *Klingelhöffer*, FamRZ 1991, 882, 884).

Der Senat hat es in Anbetracht der Meinungsvielfalt in diesen Fragen für sachgerecht erachtet, wenn eine Bewertungsmethode herangezogen wird, die in Form einer Richtlinie von einem Gremium der zuständigen Standesorganisation empfohlen und verbreitet angewendet wird. Nach der Richtlinie zur Bewertung von Arztpraxen (abgedruckt bei *Schröder*, Bewertungen im Zugewinnausgleich, Rdnr. 175) ist der Substanzwert nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Der geeignete Wertbestimmungsfaktor für den ideellen Wert, der

daneben den Wert einer Praxis ausmacht, sei der Umsatz, weil er am sichersten festzustellen sei. Aus dem Umsatz lasse sich die Entwicklungschance für den Übernehmer oder Fortführer einer Praxis am ehesten beurteilen. Dagegen hänge der Gewinn (Ertrag) aufgrund der individuellen Gestaltung der Kostenseite weitgehend von dem einzelnen Arzt ab. Die Bewertung erfordere eine Beurteilung der Entwicklung der Praxis in den letzten drei Kalenderjahren vor dem Kalenderjahr des Bewertungsfalles. Dabei sei ein signifikanter Anstieg oder ein signifikantes Abfallen des Jahresumsatzes zu berücksichtigen. Die Umsatzentwicklung des laufenden Jahres könne für die Beurteilung der Entwicklung der Praxis im Vergleich mit den Umsätzen der drei vergangenen Jahre von Bedeutung sein. Der ideelle Wert einer Arztpraxis könne mit einem Drittel des ermittelten durchschnittlichen Jahresumsatzes dieser Praxis angenommen werden. Von dem für diese Praxis ermittelten durchschnittlichen Jahresumsatz sei ein kalkulatorischer Arztlohn für den Praxisinhaber (Jahresgehalt eines Oberarztes nach I b BAT, brutto, verheiratet, zwei Kinder, Endstufe, ohne Mehrarbeitsvergütung) in variabler Höhe, gemessen an entsprechenden Umsatzgrößen, abzusetzen.

Eine solche oder eine vergleichbare Bewertungsweise erscheint im Ansatz grundsätzlich geeignet, den über den Substanzwert hinausgehenden Wert einer freiberuflichen Praxis, den *good will*, zu ermitteln, soweit er übertragbar ist. Letzterer gründet sich auf immaterielle Faktoren wie Mitarbeiterstamm, günstigen Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten/Patienten, Konkurrenzsituation und ähnliche Faktoren, die regelmäßig auf einen Nachfolger übertragbar sind, aber auch auf Faktoren wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deshalb grundsätzlich nicht übertragbar sind. Da der Käufer einer freiberuflichen Praxis oder eines Anteils hieran mit dem *good will* die Chance erwirbt, die Mandanten/Patienten des bisherigen Praxisinhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand unter Nutzung der funktionalen Einheit den weiteren Ausbau (mit) zu betreiben, kommt dem *good will* in der Regel ein eigener Marktwert zu. Seine bestehende Nutzungsmöglichkeit bestimmt über den Stichtag für den Zugewinnausgleich hinaus ebenfalls den Vermögenswert der Praxis, vorausgesetzt, dass Praxen der entsprechenden Art in nennenswertem Umfang veräußert werden oder einen Partner aufnehmen (BGH, FamRZ 1977, 38, 40).

d) Die Berücksichtigung des um die subjektiven Komponenten bereinigten, zutreffend ermittelten *good will* im Endvermögen des Praxisinhabers läuft nicht darauf hinaus, dass künftig zu erzielende Gewinne kapitalisiert und güterrechtlich ausgeglichen werden. Vielmehr wird hierdurch nur der am Stichtag vorhandene, in der Ehezeit erworbene Wert der Praxis bzw. des Praxisanteils erfasst, der sich in der bis dahin aufgebauten und zum maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Nutzungsmöglichkeit niederschlägt. Künftige Erträge und Nutzungen sind allenfalls Grundlage der Bewertung des *good will* (BGH, FamRZ 1999, 361, 363; *Hoppenz*, FamRZ 2006, 1242, 1244 und 1033; *Borth*, FamRB 2002, 371, 374).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass bei der Ermittlung des Bruttoeinkommens aus einer freiberuflichen Praxis oder eines Anteils hieran dieselben Korrekturberechnungen erforderlich werden können wie im Rahmen der Ermittlung des darin verkörperten Vermögenswertes (a. A. *Fischer-Winkelmann*, FuR 2004, 433, 434). Die jeweiligen Berechnungen verfolgen, auch wenn sie methodisch teilweise übereinstimmen, unterschiedliche Zwecke: Zum einen wird das dem Praxisinhaber zuzurechnende Einkommen festgestellt, zum anderen wird der zum Stichtag maßgebende Pra-

xiswert ermittelt. Dabei stellt die für die Einkommensermittlung maßgebliche Vergangenheitsanalyse ohnehin nur einen Faktor der Vermögensbewertung im Rahmen des von *Fischer-Winkelmann* abgehandelten Ertragswertverfahrens dar. Sie bildet nach den vom Hauptfachausschuss des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) verabschiedeten Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen (IDW S 1, Stand: 18.10.2005 Anm. 80 ff.; Wpg 2005, 1303, 1311) den Ausgangspunkt für die Prognose künftiger Entwicklungen und für die Vornahme von Plausibilitätsüberlegungen. Aufbauend auf der Vergangenheitsanalyse sind die künftigen finanziellen Überschüsse zu prognostizieren. Hierzu ist eine Analyse der erwarteten leistungs- und finanzwirtschaftlichen Entwicklungen des Unternehmens unter Berücksichtigung der erwarteten Markt- und Umweltentwicklungen erforderlich.

Der good will wird allerdings für die Vermögensbewertung im Rahmen des Zugewinnausgleichs nur dann zutreffend ermittelt, wenn von dem zunächst festgestellten Ausgangswert nicht ein pauschaler Unternehmerlohn, sondern der den individuellen Verhältnissen entsprechende Unternehmerlohn in Abzug gebracht wird. Nur auf diese Weise wird der auf den derzeitigen Praxis(mit)inhaber bezogene Wert eliminiert, der auf dessen Arbeit, persönlichen Fähigkeiten und Leistungen beruht und auf einen Übernehmer nicht übertragbar ist (vgl. BGH, FamRZ 1999, 361, 364). Wird dieser „subjektive Mehrwert“ nicht berücksichtigt und damit von einem überhöhten Wert des good will ausgegangen, wird der Sache nach künftiges Einkommen des Praxis(mit)inhabers vorweg im Wege des Zugewinnausgleichs verteilt, obwohl insoweit nur das am Stichtag vorhandene Vermögen auszugleichen ist (*Johannsen/Henrich/Jaeger*, Eherecht, § 1376 Rdnr. 16; *Klingelhöffer*, FamRZ 1991, 882, 884; *Münch*, FamRZ 2006, 1164, 1170; *Manderscheid*, ZfE 2005, 341, 344). Das aus der subjektiven Leistung des Praxisinhabers resultierende Einkommen ist aber entsprechend den ehelichen Lebensverhältnissen für den Unterhalt einzusetzen. Um eine doppelte Teilhabe – im Wege des Zugewinnausgleichs und des Unterhalts – zu vermeiden, ist bei der Ermittlung des good will deshalb nicht ein pauschal angesetzter kalkulatorischer Unternehmerlohn in Abzug zu bringen, sondern der im Einzelfall konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn (*Münch*, FamRZ 2006, 1164, 1170 und FamRB 2007, 375, 378; *Klingelhöffer*, FamRZ 1991, 882, 884; so auch die Empfehlungen des Arbeitskreises 7 des 17. Deutschen Familiengerichtstags; a. A. bei Anwendung der Ertragswertmethode: *Kleinmichel*, FuR 2007, 329, 332). Auf diese Weise wird erreicht, dass Vermögen im Wege des Zugewinnausgleichs und Einkommen im Wege des Unterhalts ausgeglichen wird. Zu einer doppelten Teilhabe würde es nur dann kommen, wenn zulasten des Vermögensstamms Entnahmen getätigt werden und in den Unterhalt fließen, ohne dass dies güterrechtlich berücksichtigt würde.

e) Letztlich können auch nur bei dieser Betrachtungsweise unstimmmige Ergebnisse vermieden werden. Wenn der Zugewinnausgleich mit Rücksicht auf gewährten Unterhalt aus den Erträgen einer freiberuflichen Praxis den in dieser verkörperten Vermögenswert nicht erfassen würde, hätte der zunächst unterhaltsberechtigter Ehegatte nach Wegfall seines Unterhaltsanspruchs weder am Einkommen des anderen Ehegatten noch an dem in der Ehe in Bezug auf die Praxis erwirtschafteten Vermögen teil. Würde der Inhaber der Praxis diese nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 1378 Abs. 4 BGB veräußern und im Angestelltenverhältnis ein geringeres Einkommen erzielen, stünde ihm der Veräußerungserlös alleine zur Verfügung. Der unterhaltsberechtigter Ehegatte könnte nur an den Kapitalerträgen partizipieren, nicht aber an dem Vermögenswert selbst.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass eine zweifache Teilhabe der Antragstellerin an dem anteiligen Vermögenswert der Tierarztpraxis nicht generell darin liegt, dass der ihr gezahlte Unterhalt – neben dem Einkommen des Antragsgegners aus der Fleischbeschau – aus den Erträgen der Praxis bestritten wird. Ob dies gleichwohl der Fall ist, etwa weil in dem von dem Sachverständigen F. mit 77.920 € bewerteten good will der Praxis künftige, inhaberbezogene Erträge enthalten sind, ist mangels Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ersichtlich. Es hat zu der Frage, ob und gegebenenfalls auf welche Weise der inhabergebundene, also nicht auf einen potentiellen Erwerber übertragbare Anteil des Praxiswerts festgelegt worden ist, keine Ausführungen gemacht. Aus dem in Bezug genommenen Sachverständigen-gutachten kann zu dieser Bewertungsfrage ebenfalls kein Aufschluss gewonnen werden. (...)

III.

Das angefochtene Urteil erweist sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig.

1. Mit der Erwägung des Berufungsgerichts, der Antragsgegner müsste einen beachtlichen Teil seiner Praxis verwerten oder sich zumindest erheblich verschulden, wenn er eine den anteiligen Praxiswert berücksichtigende Zugewinnausgleichsforderung der Antragstellerin befriedigen wolle, lässt sich das gewonnene Ergebnis nicht begründen.

Die Rechtfertigung des Zugewinnausgleichs hängt nicht von der – sofortigen – Leistungsfähigkeit des Ausgleichspflichtigen ab. Die Einbeziehung einer Vermögensposition in den Zugewinnausgleich hat nicht ohne weiteres die Notwendigkeit einer Liquidierung des betreffenden Vermögensgegenstandes zur Folge. Da die Ausgleichsverpflichtung sich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB nur auf die Hälfte des Zugewinnüberschusses beläuft, können die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel häufig bereits aus einem anderen liquiden Teil der Vermögensgegenstände aufgebracht werden, soweit der Schuldner nicht ohnehin auf sonstige Tilgungsmittel zurückgreifen kann. Ist das im Einzelfall nicht möglich, so ist zu beachten, dass das Gesetz in § 1382 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung vorsieht. Auf diese Weise kann der Schuldner etwa in die Lage versetzt werden, den Zugewinnausgleich ratenweise aus seinem künftigen laufenden Einkommen zu leisten (BGH, FamRZ 1999, 361, 363). (...)

Anmerkung:

Das Urteil macht den Weg frei durch ein Dickicht, das der BGH selbst hat wuchern lassen.

1. Unter dem Schlagwort der doppelten Teilhabe hatte der BGH mit Urteil vom 11.12.2002¹ festgestellt, dass ein Unterhaltsberechtigter an einer Vermögensposition nicht in zweifacher Weise teilhaben dürfe, nämlich zum einen im Wege des Zugewinnausgleichs an dem durch die Erwartung künftiger Gewinne geprägten Vermögenswert einer Beteiligung als solcher (dort ging es um eine gesellschaftsrechtlich ausgestaltete Mitarbeiterbeteiligung) und zum anderen im Wege des Unterhalts an dem nunmehr als Einkommen zu berücksichtigenden Gewinnanteil (dort den daraus künftig zu erwartenden laufenden Erträgen).

¹ FamRZ 2003, 432.

In Konsequenz dieser Rechtsprechung hat das angefochtene Urteil des OLG Oldenburg² gefolgert, der Wert der tierärztlichen Praxis des Ehemannes dürfe zur Vermeidung einer unzulässigen Doppelverwertung überhaupt nicht zum Endvermögen gezählt werden. Da die Ehefrau neben dem Zugewinnausgleich auch nahehelichen Unterhalt beanspruche und beide Ansprüche ihre maßgebliche Grundlage in den Erträgen der Tierarztpraxis haben, würde sie sonst sowohl im Rahmen des Zugewinnausgleichs als auch in Form des nahehelichen Unterhalts partizipieren, also doppelt teilhaben.

2. Dieser Betrachtungsweise tritt der BGH in seinem neuen Urteil zu Recht entgegen. Er stellt fest, dass der Wert eines Unternehmens, einer Unternehmensbeteiligung oder einer freiberuflichen Praxis güterrechtlich auch dann nicht außer Betracht zu lassen ist, wenn aus den hieraus erzielbaren künftigen Erträgen Unterhalt geleistet werden muss, denn die Gegenansicht vermengt den Vermögensstamm, der zum Zugewinn gehört, mit dem Vermögensertrag, der zum Unterhalt gehört. Nur in den – äußerst seltenen – Fällen, in denen der Vermögensstamm für die Unterhaltszahlung einzusetzen ist, kann eine doppelte Teilhabe in Betracht kommen.

3. Der BGH bleibt dabei auf seinem traditionellen Weg,³ wonach der Wert einer freiberuflichen Praxis grundsätzlich aus dem zusammengerechneten Substanzwert plus good will zu berechnen ist. Der Substanzwert setzt sich – stark verkürzt – aus dem Wert der Einrichtung zuzüglich Forderungen abzüglich Verbindlichkeiten zusammen. Für den good will bildet das bruttoumsatzorientierte Bewertungsmodell den geeigneten Wertbestimmungsfaktor (für Arztpraxen z. B. Dreijahresumsatz geteilt durch drei abzüglich einem den individuellen Verhältnissen entsprechenden Unternehmerlohn, davon eine bestimmte Quote). Von dem dann gewonnenen Ergebnis ist schließlich noch die latente Steuerlast abzuziehen.

Neu an der zu besprechenden Entscheidung sind die Ausführungen zum Unternehmerlohn. Danach ist nicht ein kalkulatorischer Arztlohn für den Praxisinhaber (Jahresgehalt eines Oberarztes usw.) abzuziehen,⁴ was bei umsatzstarken Praxen zu überhöhten Werten geführt hat, sondern der im Einzelfall konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn, gemessen an der konkreten Umsatzgröße. Mit dieser Argumentation vermeidet der BGH zudem die doppelte Teilhabe; es wird nicht – wie es das OLG getan hat – das gesamte unternehmerische Vermögen aus dem Zugewinn ausgeklammert, sondern nur der konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn, der dem Unterhalt zugewiesen wird.

4. Im Ergebnis wird dieses Urteil den individuellen Verhältnissen gerechter als die bisherige Judikatur. Es wird aber auch zu noch größeren Unsicherheiten bei der Bewertung freiberuflicher Praxen als bisher führen, weil an die Stelle des einigmaßen sicher zu ermittelnden kalkulatorischen Unternehmerlohnes ein den individuellen Verhältnissen entsprechender Unternehmerlohn zu treten hat.

Trotz der tendenziell niedrigeren Werte werden aber auch die neuen Bewertungsgrundsätze bei Ehescheidungen zu sehr hohen Verpflichtungen aus dem Zugewinn führen, die besonders bei Ehen von mittlerer oder längerer Dauer eine die Existenz bedrohende Liquiditätsbeanspruchung zur Folge haben können. Wenn der BGH auch auf die Möglichkeit der Stundung/Ratenzahlung (§ 1382 BGB) hinweist, ist zu bedenken, dass er die diesbezüglichen Hürden in seiner eigenen Recht-

sprechung sehr hoch setzt.⁵ Hier ist die Vertragsgestaltung gefordert:

Unmittelbar aus dem neuen Urteil folgt das Gebot, über die Höhe des Unternehmerlohnes eine Bestimmung zu treffen (z. B. Jahresgehalt eines Oberarztes mal 1,5). Auch an Besonderheiten bei der Ermittlung des zugrunde zu legenden Umsatzes (z. B. Fünfjahresumsatz geteilt durch fünf mit besonderer Gewichtung des letzten Jahres) und die Festlegung einer bestimmten Quote ist zu denken. Die Gütertrennung ist zwar nach wie vor die klarste Lösung, wird jedoch wegen der damit verbundenen steuerlichen und emotionalen Probleme heute weniger praktiziert. Als sanftere, jedoch in der Abwicklung oft sehr problematische Lösung bietet sich die modifizierte Zugewinnsgemeinschaft in der Form der partiellen Zugewinnsgemeinschaft mit der Herausnahme der freiberuflichen Praxis aus dem Zugewinn an.⁶

Es stehen aber auch zahlreiche andere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung. Am einfachsten und klarsten ist die Aufnahme einer festen Stundungsregelung mit einer Aufteilung der zu zahlenden Raten nach bestimmten Prozentsätzen. In komplizierten und sehr werthaltigen Fällen kann die Zahlungsweise – nicht nur die eventuell erforderliche Bewertung – durch ein verbindliches Sachverständigengutachten (Schiedsgutachten) oder durch Verrentung festgelegt werden. Auch eine geringere Ausgleichsquote (z. B. statt $\frac{1}{2}$ soll $\frac{1}{3}$ gelten), die betragsmäßige Begrenzung der Ausgleichsforderung überhaupt oder bezogen auf die Ehedauer, die Mitarbeit in der Praxis, Alternativen zum Geldanspruch usw. können im Einzelfall den Weg zu einer angemessenen Lösung zeigen.⁷

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. Ludwig Bergschneider, München

⁵ Vgl. Bergschneider in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2. Aufl., Rdnr. 4.362 ff.

⁶ Siehe dazu Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2. Aufl., Rdnr. 871 ff.; Bergschneider, Verträge in Familiensachen, 3. Aufl., Rdnr. 691 ff.

⁷ Siehe dazu Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 904 ff.; Bergschneider, Verträge in Familiensachen, Rdnr. 669 ff.

7. BGB §§ 134, 816 Abs. 2, 1378 Abs. 3 Satz 1 (*Keine Abtretung einer Zugewinnausgleichsforderung vor Beendigung des Güterstands*)

Das Gesetz will die Zugewinnausgleichsforderung vor ihrer Entstehung dem Rechtsverkehr mit Dritten entziehen. Diese ist daher erst mit der Beendigung des Güterstands an Dritte übertragbar. Eine vorherige Abtretung ist nichtig. Dies gilt im Fall der Beendigung des Güterstands durch Scheidung auch dann, wenn die Abtretungsvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen wird, dass das Scheidungsurteil Rechtskraft erlangt, da dies eine unzulässige Umgehung dieses zeitlich beschränkten Abtretungsverbot darstellte würde. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 8.5.2008, IX ZR 180/06

Der Beklagte war in einem Ehescheidungsverfahren von RA D. vertreten worden, der ebenso wie der Kläger Sozium der vormaligen Anwaltskanzlei B., jetzt: G. (fortan: B.) ist. Am 12./13.6.1997 trafen RA D. für B. und der Beklagte eine Honorarvereinbarung, nach der sich dieser zur Zahlung eines zusätzlichen Honorars von 300.000 DM netto für die Vertretung im ersten Rechtszug verpflichtete.

² FamRZ 2006, 1031 m. Anm. Hoppenz.

³ Vgl. BGH, FamRZ 1991, 43.

⁴ So noch BGH, FamRZ 1991, 43.

Die Ehe wurde durch amtsgerichtliches Urteil vom 4.3.1999 geschieden. In dem wegen des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs geführten Berufungsverfahren schlossen B. und der Beklagte am 14./28.6.1999 eine weitere Honorarvereinbarung ab:

„Für die Vertretung im Berufungsrechtszug am OLG Karlsruhe wegen Zugewinnausgleich vereinbaren die Parteien, anstatt der gesetzlichen Gebühren ein Honorar von 100.000 DM ... zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer und etwaiger Auslagen. Das Honorar ist nach Beendigung des Auftrags fällig.“

Am 11.7.1999 trafen D. und der Beklagte folgende handschriftlich verfasste Vereinbarung:

„... (der Beklagte) tritt hiermit seine Ansprüche auf Zugewinnausgleich an RA D. in Höhe der bis heute offenen und der künftigen berechtigten Honoraransprüche ab. D. nimmt die Abtretung an.“

Das Berufungsverfahren endete am 29.9.1999 mit einem gerichtlichen Vergleich, in dem sich unter anderem die geschiedene Ehefrau des Beklagten verpflichtete, an diesen zur Abgeltung des Zugewinnausgleichsanspruchs und eines Versorgungsausgleichsanspruchs einen am 15.12.1999 fälligen Gesamtbetrag von 2,8 Mio. DM zu zahlen. Nach Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleichs legte RA D. der geschiedenen Ehefrau am 18.10.1999 die Abtretung vom 11.7.1999 offen. Spätestens am 11.12.1999 erfuhr der Beklagte davon. Er widersprach gegenüber dem mit der Abwicklung beauftragten Notar, der geschiedenen Ehefrau und RA D. die diesem erteilte Inkassovollmacht und verlangte Zahlung des ungekürzten Betrags auf sein Bankkonto. Am 15.12.1999 zahlte der Notar mit Zustimmung der geschiedenen Ehefrau und des Beklagten an diesen 2.526.000 DM aus und hinterlegte restliche 100.000 DM zugunsten des Beklagten und des RA D.

Der Kläger machte gegen die geschiedene Ehefrau des Beklagten wegen offener Gebührenansprüche von B. gegen den Beklagten aus abgetretenem Recht des D. unter Berufung auf die Abtretung vom 11.7.1999 Ansprüche aus Zugewinn gerichtlich geltend. Beide Parteien des Vorprozesses verkündeten dem Beklagten den Streit, woraufhin dieser der geschiedenen Ehefrau beitrug. Der Senat bejahte die befreiende Wirkung der Zahlung der geschiedenen Ehefrau an den Beklagten und wies die Klage in der Revisionsinstanz ab (BGH, WM 2004, 981).

Der Kläger hat mit der am 23.12.2004 eingereichten Klage von dem Beklagten – soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse – Zahlung von 232.712,42 € zuzüglich Zinsen verlangt. Diese Forderung umfasst das für die Vertretung des Beklagten in der ersten Instanz vereinbarte Zusatzhonorar in Höhe von 300.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer und abzüglich einer Vorschusszahlung des Beklagten, insgesamt 160.034,56 €, ferner Umsatzsteuer auf das vereinbarte Honorar für die Berufungsinstanz in geltend gemachter Höhe von 8.180,26 € und Rechtsanwaltsgebühren für die außergerichtliche Vertretung bei der Hausratsteilung in Höhe von umgerechnet 4.442,31 €. Weiter hat der Kläger Ersatz von Gerichts- und Anwaltskosten in Höhe von insgesamt 60.055,05 € begehrt für die Führung des Vorprozesses gegen die geschiedene Ehefrau des Beklagten. Der Beklagte hat sich unter anderem auf Verjährung berufen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat dem Kläger 72.558,40 € nebst Zinsen zugesprochen. Davon entfallen 12.622,98 € auf das Honorar für die Hausratsteilung und die Umsatzsteuer des „Mindesthonorars“ von 100.000 DM. Weitere 59.935,42 € hat das Berufungsgericht als Schaden wegen der im Vorprozess nutzlos aufgewandten Prozesskosten zuerkannt. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Die Revision hat es – unbeschränkt – zugelassen. Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren wechselseitigen Revisionen, wobei der Kläger den Zahlungsantrag nunmehr in Höhe von 232.667,58 € nebst Zinsen weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Revision des Beklagten hat dagegen Erfolg und führt zur vollständigen Abweisung der Klage. (...)

2. Ein Anspruch aus § 816 Abs. 2 BGB steht dem Kläger aus rechtlichen Gründen nicht zu. (...)

b) Im Übrigen fehlt es an der Berechtigung gemäß § 816 Abs. 2 BGB, weil weder RA D. noch B. oder der Kläger einen

Teil des Zugewinnausgleichsanspruchs des Beklagten erworben haben können. Die Abtretung des Zugewinnausgleichsanspruchs des Beklagten durch die Vereinbarung vom 11.7.1999 ist gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1378 Abs. 3 Satz 1 Fall 2 BGB nichtig.

aa) Nach der zuletzt genannten Vorschrift entsteht die Zugewinnausgleichsforderung mit der Beendigung des Güterstands und ist von diesem Zeitpunkt an übertragbar. Beendet wird der Güterstand in dem hier interessierenden Fall der Ehescheidung mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils (BGH, FamRZ 1983, 160 = DNotZ 1983, 490; BGH, WM 1992, 1742, 1743 = NJW 1992, 3034; MünchKommBGB/Koch, 4. Aufl., § 1378 Rdnr. 12; Palandt/Brudermüller, BGB, 67. Aufl., § 1372 Rdnr. 13; Staudinger/Thiele, BGB, 2007, § 1372 Rdnr. 2 f.). Dies gilt auch in den Fällen der Vorverlegung des Berechnungszeitpunkts gemäß §§ 1384, 1387 BGB (BGH, NJW 1995, 1832; BGB-RGRK/Finke, 12. Aufl., § 1378 Rdnr. 14; MünchKommBGB/Koch, § 1378 Rdnr. 12; Staudinger/Thiele, § 1378 Rdnr. 11; vgl. auch BGH, FamRZ 1983, 160 = DNotZ 1983, 490). Das Gesetz will die Ausgleichsforderung vor ihrer Entstehung dem Rechtsverkehr mit Dritten entziehen (BGHZ 86, 143, 149 = DNotZ 1983, 491).

bb) Deshalb ist die Vereinbarung vom 11.7.1999 nichtig, weil sie vor Beendigung des Güterstands abgeschlossen worden ist. Das Urteil des AG Lörrach vom 4.3.1999 ist in Bezug auf die Scheidung entsprechend dem Rechtskraftzeugnis der Geschäftsstelle des 5. Zivilsenats in Freiburg des OLG Karlsruhe vom 17.8.1999 erst seit diesem Tage rechtskräftig. Die Ehefrau hat am 7.4.1999 und der Beklagte hat am 8.4.1999 – ausdrücklich beschränkt auf Zugewinn- und Versorgungsausgleich – Berufung eingelegt. Wird gegen eine Folgesachenregelung in der familiengerichtlichen Entscheidung ein Rechtsmittel eingelegt, so wird der Scheidungsausspruch zunächst nicht rechtskräftig; Rechtskraft tritt grundsätzlich wegen § 629 a Abs. 3 Satz 1 ZPO einen Monat nach Zustellung der Rechtsmittelbegründungsschrift ein, falls nicht innerhalb dieser Frist der Scheidungsausspruch oder eine weitere Folgesache angefochten werden (BGH, NJW 1998, 2679, 2680; Staudinger/Rauscher, 2004, § 1564 Rdnr. 86). Die Parteien können allerdings hinsichtlich des nicht angefochtenen Teils auf Rechtsmittel und Anschlussrechtsmittel verzichten (§ 629 a Abs. 4 ZPO) und damit die Rechtskraft des nicht angefochtenen Teils sogleich herbeiführen (BGH, NJW 1980, 702; Staudinger/Rauscher, § 1564 Rdnr. 86). Dies ist hier aber nicht geschehen; selbst eine beschränkte Rechtsmitteleinlegung enthält keinen Rechtsmittelverzicht. Die Berufungsbegründung des Beklagten vom 6.7.1999 ist der Ehefrau am 16.7.1999 zugestellt worden.

cc) Die Abtretungsvereinbarung ist auch nichtig, falls sie unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen sein sollte, dass das Scheidungsurteil Rechtskraft erlangt. Die Vorschrift des § 1378 Abs. 3 BGB stellt ein absolutes gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB auf. Rechtsgeschäfte, welche das Verbot außer Acht lassen, sind gegenstandslos (*Erman/Gamillscheg*, BGB, 12. Aufl., § 1378 Rdnr. 11). Die Nichtigkeit ist auch nicht heilbar (BGH, NJW-RR 2004, 1369, 1370 = NotBZ 2004, 481). Erfasst werden deshalb auch aufschiebend bedingte Abtretungen. Dies folgt zudem aus § 162 Abs. 1 BGB, nach dem die Bedingung als eingetreten gilt, wenn sie von der Partei, zu deren Nachteil der Eintritt gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird. Eine Vereinbarung, die darauf hinausläuft, dass der abtretende Ehegatte den Eintritt der Scheidung nicht verhindern darf, läuft dem Schutzzweck der Vorschrift grob zuwider. (...)

8. BGB §§ 107, 873, 1909; GBO § 81 Abs. 1; GVG § 75; WEG §§ 10 Abs. 3 und 4, 20 Abs. 2 (*Erwerb von Wohnungseigentum durch Minderjährigen*)

1. **Über Grundbuchbeschwerden entscheidet bei den Landgerichten eine Zivilkammer in der Besetzung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Eine Übertragung auf den Einzelrichter ist gesetzlich nicht vorgesehen. Die von der Beschwerdekammer dennoch vorgenommene Übertragung ist ohne rechtliche Grundlage und nicht geeignet, den gesetzlichen Richter zu bestimmen.**
2. **Der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen über siebenjährigen Minderjährigen dürfte auch dann, wenn ein Verwalter nicht bestellt und eine Verschärfung der den Wohnungseigentümer kraft Gesetzes treffenden Verpflichtungen durch die Gemeinschaftsordnung nicht feststellbar ist, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein, so dass für das dingliche Rechtsgeschäft die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters oder eines Ergänzungspflegers notwendig ist.**

OLG München, Beschluss vom 6.3.2008, 34 Wx 14/08; mitgeteilt von Dr. *Philipp Stoll*, Richter am OLG München

Mit notariellem Vertrag vom 2.10.2007 überließ der Beteiligte zu 1 als Veräußerer seiner Stieftochter, der am 3.3.1993 geborenen minderjährigen Beteiligten zu 2, diese gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, als Erwerberin eine Eigentumswohnung. Die Wohnung, zu der ein 374/1.000stel Miteigentumsanteil am Grundstück gehört, ist die kleinere der aus zwei Einheiten bestehenden Anlage. Der Beteiligte zu 1 behielt sich auf Lebensdauer den unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundbesitz vor. Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen trägt der Nießbraucher alle laufenden, mit dem übertragenen Grundbesitz zusammenhängenden Kosten der Unterhaltung, Ausbesserung und Erneuerung, und zwar auch insoweit, als es sich um die außergewöhnliche Unterhaltung handelt. Der Nießbraucher trägt ferner alle öffentlichen Lasten, die auf dem Grundstück ruhen. Schuldrechtlich ist vereinbart, dass der Nießbraucher allein bestimmt, ob, wann und in welchem Umfang Reparaturen vorgenommen werden. Zugunsten des Beteiligten zu 1 besteht eine Rückübertragungsverpflichtung, wenn die Erwerberin vor dem Berechtigten verstirbt. Die Rückübertragung erfolgt nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts; Aufwendungen sind vom Veräußerer zu ersetzen. Das Wohnungseigentum ist weder vermietet noch verpachtet. Die Erwerberin tritt mit Wirkung zum Besitzübergang, dies ist nach Erlöschen des Nießbrauchs, in alle Rechte und Pflichten aus der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung ein.

Auf den Vollzugsantrag der Beteiligten hat das AG – Grundbuchamt – im Weg der Zwischenverfügung beanstandet, dass die Mutter der Beteiligten zu 2 bei der Errichtung der Urkunde von der Vertretung der Erwerberin ausgeschlossen sei. Das Grundbuchamt hat aufgegeben, die Zustimmung eines Ergänzungspflegers innerhalb einer bestimmten Frist beizubringen. Der eingelegten Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das LG hat beschlossen, die Sache dem Einzelrichter zu übertragen, dieser hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Dem Grundbuchamt wurde mittlerweile eine notariell beglaubigte Erklärung des Beteiligten zu 1 vorgelegt, dass für die Anlage kein Verwalter bestellt sei und somit auch kein Verwaltervertrag bestehe. Das Grundbuchamt hat die Vorlage als erneute Antragstellung behandelt, eine Eintragung jedoch nicht vorgenommen.

Aus den Gründen:

2. b) Das Rechtsmittel hat schon deshalb Erfolg, weil das LG nicht vorschriftsmäßig besetzt war. Dies ist ein absoluter Rechtsbeschwerdegrund (vgl. § 547 Nr. 1 ZPO; BGH, NJW 1989, 229, 230; 1993, 600; 2001, 1357; *Meikel/Streck*, GBO, 9. Aufl., § 81 Rdnr. 5; *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 34). Nach § 81 Abs. 1 GBO entscheidet über Beschwerden bei den Landgerichten eine Zivil-

kammer. § 75 GVG regelt die Besetzung der Zivilkammer mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden. Eine Übertragung auf den Einzelrichter ist, im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 FGG, § 526 Abs. 1 ZPO, nicht vorgesehen. Nach allgemeiner Meinung trifft § 81 Abs. 1 GBO eine eigenständige gerichtsverfassungsrechtliche Regelung (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 81 Rdnr. 3; *Budde* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., § 81 Rdnr. 1; *KEHE/Briesemeister*, GBO, 6. Aufl., § 81 Rdnr. 1 und 3; *Hügel/Kramer*, GBO, § 81 Rdnr. 2), so dass ein Rückgriff auf § 30 Abs. 1 FGG nicht in Betracht kommt. Die von der Beschwerdekammer vorgenommene Übertragung auf den Einzelrichter ist ohne rechtliche Grundlage und damit nicht geeignet, den gesetzlichen Richter i. S. v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu bestimmen.

c) Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: (...)

bb) Im Ansatz zutreffend prüft das LG, ob die Mutter der Beteiligten zu 2 nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 181 BGB von der gesetzlichen Vertretungsmacht ausgeschlossen ist und es zum Vollzug der notariellen Urkunde deshalb der Zustimmung eines Ergänzungspflegers bedarf (§ 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB).

cc) Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 161, 170 = MittBayNot 2005, 408 m. Anm. *Feller*; BGHZ 162, 137 = MittBayNot 2005, 413 m. Anm. *Feller*) gilt Folgendes:

Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Bei der Anwendung von § 107 BGB außer Betracht bleiben nur typischerweise ungefährliche Rechtsnachteile, zu denen etwa die mit einem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung öffentlicher Lasten gezählt wird (BGHZ 161, 170, 177 ff.). Im Hinblick auf den von § 107 BGB verfolgten Schutzzweck ist es auch unerheblich, ob die mit dem Erwerb verbundenen Pflichten von dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien mit umfasst sind. Denn das Vermögen des Minderjährigen ist nicht weniger gefährdet, wenn der Eintritt eines Rechtsnachteils zwar von den Parteien des Rechtsgeschäfts nicht gewollt, vom Gesetz jedoch als dessen Folge angeordnet wird (BGHZ 161, 170, 178; 162, 137, 140; *Feller*, DNotZ 1989, 66, 70 f.; *ders.*, MittBayNot 2005, 412, 413).

dd) Das Erfüllungsgeschäft erscheint dem Senat ungeachtet der konkreten Ausgestaltung der (bislang nicht beigezogenen) Gemeinschaftsordnung und ungeachtet der Frage, ob das Nichtbestehen eines Verwaltervertrags in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Gegenstand bildet die Übertragung von Wohnungseigentum. In seiner Entscheidung vom 9.7.1980 (BGHZ 78, 28, 31 f. = DNotZ 1981, 111) hat es der BGH noch dahingestellt sein lassen, ob der Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen auch dann als ein nicht ausschließlich lukratives Rechtsgeschäft anzusehen ist, wenn hinsichtlich des Gemeinschaftsverhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander sowie hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums keine die gesetzliche Ausgestaltung abändernden Bestimmungen getroffen worden sind (BGHZ 78, 28, 31 f. m. w. N.). Die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertritt dazu einerseits die Ansicht, dass die Einschaltung eines Ergänzungspflegers beim Erwerb von Wohnungseigentum nur dann erforderlich ist, wenn die Gemeinschaftsordnung über das Gesetz hinausgehende Pflichten be-

gründet (OLG Celle, NJW 1976, 2214; *Palandt/Heinrichs/Ellenberger*, BGB, 67. Aufl., § 107 Rdnr. 4; *PWW/Völzmann-Stickelbrock*, BGB, 2. Aufl., § 107 Rdnr. 9; MünchKommBGB/*Schmitt*, 5. Aufl., § 107 Rdnr. 47 bei ee und Rdnr. 48 bei gg; *Staudinger/Knothe*, BGB, 2004, § 107 Rdnr. 13). Andererseits betont vor allem die grundbuchrechtliche Literatur (vgl. *Demharter*, GBO, Anh. zu § 3 Rdnr. 60; *Schaub* in Bauer/v. Oefele, BGO, VII Rdnr. 230, 231; *Schöner/Stöber*, GBO, 13. Aufl., Rdnr. 3609; *Hügel/Reetz*, GBO, V Rdnr. 158 a. E.), dass beim Erwerb von Wohnungseigentum in der (grundbuchrechtlichen) Praxis regelmäßig die Mitwirkung eines Pflegers erforderlich sei oder „sich empfehlen“ werde.

Nach der in der Entscheidung des BGH vom 2.6.2005 zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft entwickelten Haftungskonzeption (BGHZ 163, 154, 172 = NJW 2005, 2061, 2067 = MittBayNot 2005, 495) bestand eine akzessorische (Außen-)Haftung der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht. Ob dies es möglicherweise nahegelegt hätte, die Inanspruchnahme durch den Verband und die Möglichkeit des Gläubigers, einen solchen Anspruch zu pfänden, als dem Wohnungseigentum immanente Pflicht einzuordnen, die typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich bringt, kann auf sich beruhen. Denn die in Abkehr dazu gewählte Konstruktion des Gesetzgebers nach § 10 Abs. 8 WEG in der Fassung des Gesetzes vom 26.3.2007 (BGBl I, S. 370) gestaltet die Haftung ähnlich wie die einer Handelsgesellschaft nach §§ 128, 129 HGB aus. Der Wohnungseigentümer haftet hiernach persönlich (mit seinem Privatvermögen), unbeschränkt (mit seinem ganzen Privatvermögen), im Außenverhältnis unbeschränkt, primär, akzessorisch und anteilig in Höhe seines Miteigentumsanteils (KK-WEG/*Elzer*, § 10 Rdnr. 471). Es handelt sich bei der Haftung nach § 10 Abs. 8 Satz 1 Hs. 1 WEG um eine Haftung für fremde Schuld, nämlich die des Verbands Wohnungseigentümergeinschaft (KK-WEG/*Elzer*, § 10 Rdnr. 472). Dieses Haftungssystem bedingt Pflichten, deren wirtschaftliche Bedeutung von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Ob die davon ausgehenden Gefahren für das Minderjährigenvermögen im Hinblick auf die mit dem Wohnungseigentumserwerb verbundenen Vorteile hingenommen werden können, kann nicht abstrakt beurteilt werden; vielmehr ist eine einzelfallbezogene Prüfung durch den gesetzlichen Vertreter erforderlich.

ee) Ergänzend ist noch anzuführen, dass auch wegen der Wirkung von § 10 Abs. 4 WEG die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder des Ergänzungspflegers unerlässlich ist. Nach § 10 Abs. 4 WEG wirken Beschlüsse der Wohnungseigentümer gegen den Sonderrechtsnachfolger, ohne dass sie im Grundbuch verlautbart sind. Das gilt auch für Beschlüsse, die aufgrund einer Öffnungsklausel vom Gesetz abweichen oder eine Vereinbarung ändern. Jedenfalls wenn die Vereinbarung der Wohnungseigentümer (Gemeinschaftsordnung) eine Öffnungsklausel enthält, ist es für das Grundbuchamt schlechterdings nicht feststellbar, ob Beschlüsse, die im Grundbuch nicht eintragungsfähig sind (BGHZ 127, 99, 104 = DNotZ 1995, 599; *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 8. Aufl., § 10 Rdnr. 52), die gesetzliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums abgeändert und die den einzelnen Wohnungseigentümer treffenden Verpflichtungen nicht unerheblich verschärft haben. Aber auch ohne Öffnungsklausel ist die Kompetenz der Wohnungseigentümer zur Beschlussfassung nicht unerheblich erweitert worden (vgl. § 16 Abs. 3 und 4, § 21 Abs. 7 WEG). Deshalb kann jedenfalls nach der seit 1.7.2007 geltenden Rechtslage nicht von einem typischerweise ganz unerheblichen und den Anwendungsbereich des § 107 BGB einschränkenden Gefährdungspotential ausgegangen werden.

Hierzu kommt hier noch als weiterer Umstand, dass Gegenstand des Geschäfts der kleinere Miteigentumsanteil einer Zweier-Eigentümergeinschaft ist. Sofern, wie häufig, abweichend von § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG eine Stimmkraftverteilung nach dem Wertprinzip angeordnet wird (BayObLGZ 1987, 10), wäre auch nach der herrschenden Meinung im Hinblick auf eine erhebliche Abweichung der Gemeinschaftsordnung vom Gesetz die Einwilligung bzw. die Erteilung einer Genehmigung unerlässlich.

ff) Auch wenn es darauf nicht mehr ankommt, hat das Grundbuchamt die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Grundgeschäftes zutreffend nicht in Zweifel gezogen. Insbesondere stellt die hier gewählte Form der Rückübertragungsverpflichtung, die nur entsteht, wenn der Erwerber vor dem Berechtigten verstirbt, keinen Nachteil für den Minderjährigen dar.

9. BGB § 2200; FGG § 20 Abs. 1 (*Testamentsvollstreckung: Anfechtung durch nichtbeschwerten Miterben*)

Die Entscheidung, durch die ein Testamentsvollstrecker ernannt wird, kann von einem Miterben, dessen Erbanteil nicht von der Anordnung einer Testamentsvollstreckung betroffen ist, nicht mit dem beschränkten Ziel der Abänderung der Auswahlentscheidung zur Person des Testamentsvollstreckers angefochten werden.

OLG Hamm, Beschluss vom 22.1.2008, 15 W 334/07; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Durch Verfügung vom 23.5.2002 errichtete die Erblasserin zusammen mit ihrem vorverstorbenen Ehemann ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament, durch welches sich die Ehegatten gegenseitig zu uneingeschränkten Alleinerben und als Schlusserven die Beteiligten zu 1 und 2 eingesetzt haben. Der Beteiligte zu 2 sollte nicht befreiter Vorerbe werden. Nacherbe seiner Person wiederum sollten die Kinder des Beteiligten zu 1 sein. Hinsichtlich der Vorerbschaft des Beteiligten zu 2 ordneten die Erblasserin und ihr Ehemann Testamentsvollstreckung an. Zum Testamentsvollstrecker bestimmten sie Rechtsanwalt F.

Nach dem Tod ihres Mannes errichtete am 2.11.2003 die Erblasserin ein maschinenschriftliches Testament, durch welches sie zum einen die Erbanteile der Beteiligten änderte und zum anderen den Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstrecker bestimmte.

Nach dem Tod der Erblasserin teilte der im Testament vom 23.5.2002 ernannte Testamentsvollstrecker dem Nachlassgericht mit, aufgrund einer eventuellen Interessenkollision sei er nicht bereit, das Amt zu übernehmen.

Gegenüber dem Nachlassgericht schlug in der Folgezeit der Beteiligte zu 2 vor, den Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstrecker über seinen Miterbenanteil zu ernennen. Der Beteiligte zu 1 widersprach diesem Ansinnen.

Das AG hat den Beteiligten zu 3 zum Testamentsvollstrecker ernannt. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Beteiligten zu 2 hat das LG den Beschluss des AG teilweise abgeändert und den Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstrecker ernannt.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der sofortigen weiteren Beschwerde. Er macht geltend, dass die Auswahl des Testamentsvollstreckers fehlerhaft erfolgt sei.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortige weitere Beschwerde ist nach den §§ 81 Abs. 1, 27, 29 FGG statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt.

Dem Beteiligten zu 1 fehlt es aber an der nach § 20 Abs. 1 FGG erforderlichen Beschwerdebefugnis. Danach ist jeder, dessen Recht durch eine Verfügung beeinträchtigt wird, beschwerdeberechtigt. Erforderlich ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht, ein bloßes rechtliches Interesse an der Abänderung der angegriffenen Verfügung reicht nicht aus (vgl. BayObLG, FamRZ 2002, 641, 642). Ebenso wenig reicht ein lediglich wirtschaftliches Interesse aus (OLG Düsseldorf, FGPrax 2004, 32 = ZEV 2004, 67).

Vorliegend wendet sich der Beteiligte zu 1 nicht gegen die landgerichtliche Entscheidung, weil zu Unrecht nach § 2200 Abs. 1 BGB ein Testamentsvollstrecker bestellt wurde. In seiner Beschwerdeschrift und seiner Stellungnahme vom 26.10.2007 macht er deutlich, dass es ihm um die *Auswahl* der Person des Testamentsvollstreckers geht.

Anders als bei der Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder deren Ablehnung nach § 2200 Abs. 1 BGB wird ein Miterbe, dessen Erbanteil nicht von der Testamentsvollstreckung erfasst wird, durch die reine Auswahlentscheidung nicht in seiner eigenen Rechtsposition betroffen.

Er kann sich nicht darauf berufen, schon deshalb in seiner Rechtsposition beeinträchtigt zu sein, weil ihm als Erbe die Sorge obliegt, auf die Durchführungen der Anordnungen des Erblassers zu achten. Der Erbe hat das Recht, für die Befolgung des Willens des Erblassers Sorge zu tragen. Daraus ergibt sich, dass im Falle der Anordnung der Testamentsvollstreckung die Erben zur Überwachung der Durchführung befugt sind, auch wenn der Testamentsvollstrecker nur für einen Erbteil eines Miterben tätig werden soll. Aus dieser Rechtsposition erklärt sich eine die Beschwerdebefugnis begründende Rechtsbeeinträchtigung, wenn der Anregung nach § 2200 Abs. 1 BGB einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, nicht entsprochen wird (KG, RJA 1911, 15; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FG, 15. Aufl., § 20 Rdnr. 84; *Jansen/Müller-Lukoschek*, FGG, 3. Aufl., § 81 Rdnr. 5; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl., § 2200 Rdnr. 15) oder entgegen der Ansicht des Miterben ein Testamentsvollstrecker ernannt wird (*Staudinger/Ermann*, BGB, 2003, § 2200 Rdnr. 16; MünchKommBGB/*Zimmermann*, § 2200 Rdnr. 14, *Palandt/Edenhofer*, 66. Aufl., § 2200 Rdnr. 6). Die *Auswahl* der Person des Testamentsvollstreckers im Verfahren nach § 2200 Abs. 1 BGB wird im Unterschied zur Ernennung nach § 2197 BGB aber gerade nicht durch die Anordnung des Erblassers bestimmt, sondern unterliegt dem Ermessen des Nachlassgerichts.

Der nur für einen Erbteil ernannte Testamentsvollstrecker hat bei der Erbaueinandersetzung gezielt die Interessen desjenigen Miterben wahrzunehmen, dessen Erbanteil mit der Testamentsvollstreckung beschwert ist. Die Möglichkeit der Entstehung eines Interessenwiderstreits ist deshalb durch die letztwillige Verfügung selbst angelegt, indem die Ehegatten die Testamentsvollstreckung auf den Erbanteil des Beteiligten zu 2 beschränkt haben. Mit dieser Beschränkung hat der Beteiligte zu 1 seinen eigenen Erbanteil angenommen. Seine Rechtsstellung ist deshalb grundsätzlich keine andere als diejenige beim Fehlen einer Testamentsvollstreckungsanordnung: Auch dann hätte er akzeptieren müssen, sich unmittelbar mit dem Beteiligten zu 2 auseinandersetzen zu müssen. Ähnliches würde etwa bei einer Verfügung der Beteiligten zu 2 über seinen Erbanteil (Veräußerung oder Verpfändung) gelten. Das Interesse des Beteiligten zu 1, mit einem ihm genehmen Testamentsvollstrecker zu einer reibungslosen Erbaueinandersetzung zu gelangen, berührt deshalb nicht seine Rechtsstellung, sondern ist allenfalls wirtschaftlicher Natur.

Entgegen der weiteren Beschwerde ergibt sich alleine aus der Beteiligtenstellung nach § 2200 Abs. 2 BGB keine Beschwerdebefugnis. Allerdings ist anerkannt, dass der Miterbe Beteiligter i. S. d. § 2200 Abs. 2 BGB ist, auch wenn sein Erbteil nicht der Testamentsvollstreckung unterliegt (KG, RJA 1911, 15; *Jansen/Müller-Lukoschek*, FGG, § 81 Rdnr. 5). Denn Beteiligter in dem Verfahren ist jeder, der ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung hat (BGHZ 35, 296 = NJW 1961, 1717 = DNotZ 1962, 142; KG, NJW 1963, 1553). Dieses besteht für den Miterben alleine aufgrund seines Rechts, auf die Befolgung der Anordnungen des Erblassers zu achten. Doch genügt für die Begründung einer Beschwerdebefugnis nach § 20 Abs. 1 FGG nicht alleine die tatsächliche, formelle Beteiligung in dem Verfahren (*Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FG, § 20 Rdnr. 12). Maßgeblich ist vielmehr, dass der Beteiligte rügt, durch die Entscheidung in einem eigenen Recht betroffen zu sein (*Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FG, § 20 Rdnr. 13). Dies ist aber wie zuvor ausgeführt nicht der Fall.

Anmerkung:

1. Die Problemlage

Der Beschluss des OLG Hamm vom 22.1.2008 betrifft eine eher alltägliche Konstellation, die auch in der notariellen Praxis immer wieder zu gestalten ist:

Ehegatten hatten sich in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament gegenseitig zu uneingeschränkten Alleinerben und als Schlusserben offenbar die beiden Kinder eingesetzt, das eine davon, wohl ein „Problem-Kind“¹, aber nur als Vorerben und belastet mit Testamentsvollstreckung. Der im Testament benannte Testamentsvollstrecker nahm das Amt nicht an. Das Nachlassgericht bestimmte gemäß § 2200 BGB einen Ersatztestamentsvollstrecker, ohne auf die persönlichen Wünsche und Bedenken des vollstreckungsfreien Mitschlusserben Rücksicht zu nehmen.

Die Folge davon ist, dass nunmehr statt des von den Erblassern selbst ausgewählten Testamentsvollstreckers ein „Familienfremder“ den Erbteil des einen Kindes zu verwalten hat. Dies stellt aus der Sicht der Betroffenen einen „Störfall“ dar.

2. Die Risiken bei Wegfall eines Testamentsvollstreckers

Die von den Erblassern im entschiedenen Fall gewählte Gestaltung hat ihren Grund regelmäßig darin, dass die Möglichkeiten der Testamentsvollstreckung genutzt werden sollen. Diese bestehen einmal darin, dass die Verfügungsbefugnis vom Erben (Miterben) auf den Testamentsvollstrecker verlagert wird (§§ 2205 Satz 1, 2211 Abs. 1 BGB), zum anderen in der Abschirmwirkung gegenüber Eigengläubigern des Erben (§ 2214 BGB). So geht es beim überschuldeten Erben oder beim behinderten Erben vorrangig darum, den Zugriff von Eigengläubigern des Erben gemäß § 2214 BGB zu verhindern.

Die sich hieraus ergebenden Gestaltungsprobleme sind vielfältig. Eines davon betrifft der Beschluss des OLG Hamm.

Die Testamentsvollstreckung steht und fällt mit der Person des Testamentsvollstreckers. Sie entfaltet ihren vollen Sinn nur dann, wenn es gelingt, eine geeignete Person für das Amt des Testamentsvollstreckers zu gewinnen. Im Idealfall sollte

¹ Vgl. *Kornelx*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006.

der Testamentsvollstrecker das volle Vertrauen des Erblassers genießen, über menschliche Qualitäten und ausreichende Kenntnisse der wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhänge seiner Aufgabe verfügen und ein Alter haben, das die Aufgabenerfüllung während der gesamten Dauer der Testamentsvollstreckung erwarten lässt. Es ist daher im Normalfall eine der wesentlichen Obliegenheiten des Erblassers, sich Gedanken über den geeigneten Testamentsvollstrecker zu machen.

Hat er ihn gefunden, muss er mit dem Risiko rechnen, dass dieser das Amt nicht antritt oder nach Antritt des Amtes wegfällt. Damit droht dann das Ende der Testamentsvollstreckung insgesamt und dadurch vor allem der Verlust der Abschirmwirkung des § 2214 BGB. Die gesamte Konstruktion bricht ggf. zusammen. Der Erblasser wird deshalb in der Verfügung von Todes wegen dafür Sorge tragen, dass ein funktionierender Ernennungsmechanismus für einen Ersatz- bzw. Nachfolgetestamentsvollstrecker vorgesehen wird, sei es durch die gestaffelte Ernennung von Testamentsvollstreckern durch den Erblasser selbst (§ 2197 BGB), durch einen Dritten (§ 2198 BGB), durch den Testamentsvollstrecker (§ 2199 BGB) oder durch das Nachlassgericht (§ 2200 BGB). Es ist eine Erfahrungstatsache, dass die Ernennung immer problematischer wird, je mehr sie sich vom Willen des Erblassers entfernt. Das Einschalten des Nachlassgerichtes nach § 2200 BGB ist im Normalfall nicht sinnvoll, als *ultima ratio* aber notwendig, um zu verhindern, dass die Testamentsvollstreckung selbst beendet wird.

3. Die Funktionen des Nachlassgerichts

Nach § 2200 BGB kann das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennen, wenn der Erblasser „in dem Testament“ darum ersucht hat. Das Ersuchen des Erblassers muss nicht ausdrücklich gestellt werden, es wird in der Praxis relativ großzügig im Wege der Auslegung der letztwilligen Verfügung angenommen. Allerdings *muss* das Gericht nicht tätig werden. Die Ernennung steht in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Es gibt immer wieder Fälle, in denen Erblasser eine Testamentsvollstreckung ohne ausreichenden Grund und zu weiträumig anordnen, oft unter dem Einfluss von interessierten Beratern. In diesen Fällen hat das Gericht die Möglichkeit, das Ernennungsersuchen abzulehnen und die Testamentsvollstreckung insgesamt zu beenden.

Will das Gericht dem Ersuchen des Erblassers nachkommen, muss es auch einen Testamentsvollstrecker ernennen. Dabei sollen „die Beteiligten“ angehört werden (§ 2200 Abs. 2 BGB).

Der Beschluss des OLG Hamm betrifft nicht – wie etwa der Beschluss des OLG München vom 22.9.2005² – die Frage, ob ein vollstreckungsfreier Miterbe angehört werden muss; es geht vielmehr darum, ob er ein Anfechtungsrecht gegen die Auswahlentscheidung des Nachlassgerichtes hat. *Sedes materiae* ist also nicht § 2200 Abs. 2 BGB, sondern § 20 Abs. 1 FGG. Danach ist jeder, dessen Recht durch eine Verfügung beeinträchtigt wird, beschwerdeberechtigt; erforderlich ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes Recht. Ein bloßes rechtliches Interesse an der Abänderung der angegriffenen Verfügung reicht nicht aus,³ auch ein lediglich wirtschaftliches Interesse scheidet aus.⁴

² OLG München, ZEV 2006, 31 = MittBayNot 2006, 162.

³ BayObLG, FamRZ 2002, 64 = RNotZ 2001, 524; BGH, MittBayNot 1998, 108.

⁴ OLG Düsseldorf, FGPrax 2004, 32 = ZEV 2004, 67.

Im entschiedenen Fall geht es auch nicht darum, ob der vollstreckungsfreie Miterbe die Entscheidung des Gerichtes, nach § 2200 BGB tätig zu werden, für richtig hält, sondern nur um die Auswahlentscheidung des Gerichtes, also um die personelle Komponente.

Das OLG Hamm steht auf dem Standpunkt, der vollstreckungsfreie Miterbe sei nicht unmittelbar nachteilig von der Auswahlentscheidung des Nachlassgerichtes betroffen. Die Begründung begnügt sich im Wesentlichen damit, die bekannte Leerformel zu § 20 Abs. 1 FGG anzuwenden, mit deren Hilfe man zu relativ beliebigen Ergebnissen kommen kann. Das OLG Hamm geht der Frage, ob der vollstreckungsfreie Miterbe Beteiligter sei, nicht weiter nach, obwohl dort vergleichbare Überlegungen angestellt werden. Wäre dies der Fall gewesen, hätte das OLG Hamm das BGH-Urteil vom 22.1.1997⁵ verwerten müssen. In diesem ging es um die Frage, ob alle Miterben die Kosten der Testamentsvollstreckung zu tragen haben oder nur die mit der Testamentsvollstreckung Belasteten; die Frage wurde bekanntlich dahin beantwortet, dass auch die vollstreckungsfreien Miterben an der Vergütung des § 2221 BGB beteiligt seien. In der Begründung weist der BGH auch darauf hin, dass bei der gewöhnlichen Verwaltung des Nachlasses gemäß § 2038 Abs. 1 BGB sowie bei der Verfügung über Nachlassgegenstände gemäß § 2040 Abs. 1 BGB die vollstreckungsfreien Miterben auf die Mitwirkung des Erbteilsvollstreckers angewiesen seien. Da er – anders als der Miterbe selbst – einer unentgeltlichen Verfügung grundsätzlich nicht zustimmen dürfe (§ 2205 Satz 3 BGB), habe dies Auswirkungen auf die ganze Erbengemeinschaft, so dass sich nach Auffassung des BGH auch für die anderen Miterben ein wichtiger Grund ergeben kann, der sie berechtigt, die Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB beim Nachlassgericht zu beantragen. Diese Aussage betrifft § 2227 BGB, also das Ende eines Testamentsvollstreckeramtes, hätte aber auch im Rahmen von § 2200 BGB, also zu dessen Beginn, in gleicher Weise berücksichtigt werden müssen. Die Aussage des OLG Hamm, die Situation des vollstreckungsfreien Miterben sei bei angeordneter Testamentsvollstreckung nicht anders als wenn dies nicht der Fall wäre, geht schon aus den vom BGH genannten Gründen an der Sache vorbei. Es ist eine *petitio principii*, für wie stark verknüpft man die Anordnung der Testamentsvollstreckung mit der Person des Testamentsvollstreckers ansieht. Sieht man beide als Einheit an, ist der Beschluss des OLG Hamm falsch. Geht man davon aus, dass sich die Person als Testamentsvollstrecker von der Anordnung selbst ohne Not trennen lässt, ist er richtig.

4. Ausweichen auf Vorvermächtnis?

Kautelarjuristisch kann bei einer derartig ungesicherten Rechtslage somit nur empfohlen werden, in sensiblen Situationen, die eine Testamentsvollstreckung zwingend erfordern, besonderes Augenmerk auf die Person des Testamentsvollstreckers zu lenken und ein Ernennungsverfahren vorzusehen, das eine gewisse Nähe zum Erblasser und den von ihm eingesetzten Erben vermittelt. Zu berücksichtigen ist in allen Fällen, in denen ein „Problemkind“ zum Miterben bestimmt wird, dass Nacherbe und Testamentsvollstrecker an der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses beteiligt sind. Dies ist meist unbedenklich, wenn der Testamentsvollstrecker ein Familienmitglied ist, sei es der überlebende Elternteil, sei es der weitere Mitschlusserbe oder eine der Familie nahestehende Person. Problematisch wird die Situation immer dann, wenn

⁵ MittBayNot 1998, 108.

ein Außenstehender mitregiert.⁶ Will man den hieraus etwa resultierenden Missshelligkeiten entgehen, müsste man auf eine Gestaltung ausweichen, die mit einem Vorvermächtnis zugunsten des „Problemkindes“ und mit einem Nachvermächtnis zugunsten der Endbedachten arbeitet. Eine etwaige Mitwirkungsbefugnis familienfremder Testamentsvollstrecker beschränkt sich dann auf diesen so ausgegliederten Vermögensgegenstand, an der Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses selbst wäre er nicht beteiligt. Allerdings sind dann etwaige sozialrechtliche Komplikationen zu beachten, die sich aus § 102 SGB XII (früher § 92 c BSHG) ergeben.⁷

Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*, Passau

⁶ Damrau, ZEV 1998, 1; *Muscheler*, AcP 208 (2008), 69, 74.

⁷ Damrau, ZEV 1998, 1, 3; *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Teil A Rdnr. 533; *Baltzer*, ZEV 2008, 116; *Muscheler*, AcP 208 (2008), 69, 95 ff.

10. BGB §§ 2075, 2269, 2270 („Verlangen des Pflichtteils“ im Sinne einer Strafklausel)

Ein „Verlangen des Pflichtteils“ im Sinne einer Pflichtteilsstrafklausel kann auch dann vorliegen, wenn der Anspruch aufgrund eines zuvor erfolgten Erlasses objektiv nicht mehr bestand.

OLG München, Beschluss vom 29.1.2008, 31 Wx 68/07; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Erblasser ist am 14.11.2005 im Alter von 81 Jahren verstorben. Seine Ehefrau ist am 26.6.2002 vorverstorben. Sie hatten vier Söhne, nämlich die Beteiligten zu 1 und 2 sowie K. und N. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder der neuen Partnerin des Erblassers.

Es liegen gemeinschaftliche Testamente der Ehegatten vom 2.10.1967, 29.5.1984 und 15.5.2002 vor sowie letztwillige Verfügungen des Erblassers vom 25.7.2004 und 23.2.2005. Mit dem gemeinschaftlichen notariellen Testament vom 2.10.1967 setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben ein. Ergänzend dazu bestimmten sie mit gemeinschaftlichem Testament vom 29.5.1984 u. a.:

- „1. Unserem Sohn K. entziehen wir den Pflichtteil, weil ...
2. Als Schlusserven bestimmen wir unsere gemeinschaftlichen Kinder, nämlich
 - a) N.
 - b) (Beteiligter zu 1)
 - c) (Beteiligter zu 2)

zu gleichen Stammanteilen. Ersatzerben sind jeweils die Abkömmlinge unserer vorgenannten Söhne nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Bei Fehlen von Abkömmlingen tritt Anwachsung der übrigen Erbenstämme ein, wobei unser Sohn K. ausdrücklich ausgeschlossen ist.

3. Verlangt eines unserer Kinder vom Nachlass des Erstversterbenden seinen Pflichtteil, so soll es auch vom Nachlass des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten. Verlangt ein Abkömmling den Pflichtteil beim ersten Erbfall, so erhalten die anderen Abkömmlinge, falls sie als gesetzliche Erben berufen werden (sic! richtig wohl: wären), ein Vermächtnis in Höhe des gesetzlichen Erbteils aus dem Nachlass des Erstversterbenden, das beim Tode des überlebenden Elternteils fällig wird und bis dahin unverzinslich ist.

4. Der Überlebende von uns ist ausdrücklich berechtigt, innerhalb der Schlusserven Teilungsanordnungen zu treffen. ...

III.

Über das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht sowie über die Bindungswirkung dieses Testaments wurden wir vom Notar belehrt.“

Zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments 1984 bestand das Vermögen der Eheleute im Wesentlichen aus dem Wohnhaus der Familie in N. und dem vermieteten ehemaligen Betriebsgrundstück. 1989 erwarben die Eheleute ein Haus auf Teneriffa, 1996 kaufte die Ehefrau ein Einfamilienhaus in Österreich. Diese Immobilien wurden vom Erblasser 2003 bzw. 2005 veräußert; den Erlös wandte er nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 zum großen Teil seiner Lebensgefährtin zu. Das Betriebsgrundstück wurde nach Aufteilung in Teileigentum zu 17/20 in die 1995 gegründete W. GbR eingebracht, an der der Erblasser, die Beteiligten zu 1 und 2 sowie ihr Bruder N. beteiligt waren.

Am 15.5.2002 errichteten die Ehegatten in Österreich eine notarielle letztwillige Verfügung, in der der Erblasser für den Fall des Eintritts der Schlusserschaft seine Anteile an der W. GbR auf N. sowie die Beteiligten zu 1 und 2 aufteilte. Die früheren gemeinschaftlichen Testamente hielten die Eheleute ausdrücklich aufrecht.

Nach dem Tod der Mutter erklärten N. und die Beteiligten zu 1 und 2 im Rahmen des Nachlassverfahrens in Österreich zu Urkunde des zuständigen Notars am 22.7.2002, „dass sie keinerlei Pflichtteils- und sonstige Ansprüche gegen den Nachlass oder den Erben stellen“. In der Folge forcht der Erblasser seine Vaterschaft hinsichtlich N. an und schloss mit diesem am 17.12.2003 einen notariellen Vertrag, mit dem N. u. a. auf die in den gemeinschaftlichen Testamenten erfolgten Zuwendungen verzichtete. Ferner übertrug er mit notarieller Urkunde vom selben Tag seine Anteile an der W. GbR auf den Erblasser.

Mit privatschriftlichem Testament vom 25.7.2004 bestimmte der Erblasser seine Lebensgefährtin zur Alleinerbin. Mit dem vor einem spanischen Notar errichteten Testament vom 23.2.2005 setzte er deren Söhne, die Beteiligten zu 3 und 4, zu Erben ein und räumte seiner Lebensgefährtin einen Nießbrauch an seinem gesamten Vermögen ein.

Mit Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 ließen die Beteiligten zu 1 und 2 dem Erblasser mitteilen, dass sie aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Bruders K. „jeweils die Zahlung des ihnen zustehenden Pflichtteils nach dem Tode der Mutter ... beanspruchen“, und zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung auffordern. Auf ihren Antrag erging am 7.7.2005 Mahnbescheid und am 2.8.2005 Vollstreckungsbescheid gegen den Erblasser. Eine Zahlung von Seiten des Erblassers erfolgte nicht; die Zwangsvollstreckung wurde nicht eingeleitet.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben in Höhe von 126.000 € sowie dem Anteil des Erblassers an der W. GbR. Der Reinnachlasswert beträgt rund 900.000 €.

Das Nachlassgericht hat den Beteiligten zu 1 und 2 antragsgemäß einen Erbschein erteilt, der sie als Miterben zu je 1/2 ausweist. In der Folge haben sowohl die Lebensgefährtin des Erblassers als auch die Beteiligten zu 3 und 4 die Meinung vertreten, dass der erteilte Erbschein unrichtig und deshalb einzuziehen sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 seien auf den Pflichtteil nach dem Erblasser gesetzt, da sie Pflichtteilsansprüche nach ihrer Mutter geltend gemacht hätten.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben dagegen eingewandt, die Pflichtteilsstrafklausel greife nicht ein. Ihre Erklärung zur Niederschrift des österreichischen Notars am 22.7.2002 stelle einen Erlassvertrag über die Pflichtteilsansprüche dar, so dass der gerichtlichen Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs per Mahnbescheidsantrag keine Wirksamkeit zukommen könne. Tatsächlich sei ein Pflichtteil auch nicht ausbezahlt worden. Außerdem habe man dem Vater vor Augen führen wollen, dass man gegen ihn gerichtlich angehe, wenn er sein Verhalten im Hinblick auf das Erbe der Mutter fortsetze.

Aufgrund des Beschlusses des Nachlassgerichts wurde der Erbschein eingezogen. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben dagegen Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, ihnen erneut einen Erbschein zu erteilen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 das Ziel der Wiedererteilung des Erbscheins weiter.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist im Ergebnis nicht begründet. Die Einziehung des den Beteiligten zu 1 und 2 erteilten Erbscheins ist zu Recht erfolgt, da er nicht der Erbrechtslage entspricht.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt: Die bindende Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund des Testaments vom 29.5.1984 sei entfallen, da sie den Pflichtteil nach ihrer Mutter verlangt hätten. Die Testierenden hätten verhindern wollen, dass nach dem Tod des Erstversterbenden ein nicht unerheblicher Geldbetrag kurzfristig aufgebracht werden müsse und dadurch die Veräußerung eines ihrer Grundstücke erforderlich werde. Das Verhalten der Beteiligten zu 1 und 2 sei geeignet gewesen, eine Gefährdung des Immobilienbestandes als wesentlichem Vermögen des Erblassers hervorzurufen. Spätestens durch die Beantragung des Mahnbescheids und des Vollstreckungsbescheids hätten sie zu erkennen gegeben, dass sie die Erfüllung ihrer behaupteten Ansprüche verlangten. Der offenbar erfolgte Erlass der Pflichtteilsansprüche durch die Erklärungen vor dem österreichischen Notar stehe der Verwirklichung der Pflichtteilsstrafklausel nicht entgegen. Auch in diesem Fall sei der überlebende Ehegatte genötigt, sich Gedanken darüber zu machen, ob überhaupt Ansprüche bestünden. Er müsse sich mit der Angelegenheit inhaltlich befassen und damit emotional die Vorgänge der Testamentserrichtung und des Todes des Ehepartners sowie das Verhalten der Abkömmlinge verarbeiten. Zudem hätten sich die Beteiligten zu 1 und 2 durch das Erwirken des Vollstreckungsbescheids in die Lage gebracht, die Erfüllung des (nicht mehr bestehenden) Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Zwar hätte sich der Erblasser in einem Erkenntnisverfahren gegen die Ansprüche voraussichtlich erfolgreich verteidigen können. Ehegatten, die eine Pflichtteilsstrafklausel in ihre letztwillige Verfügung aufnehmen, wollten aber gerade verhindern, dass es überhaupt zu rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen komme. Es komme auch nicht darauf an, dass eine Auszahlung der Pflichtteilsansprüche tatsächlich nicht erfolgt sei; es genüge bereits der Versuch, den Pflichtteil zu erhalten. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 das Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 und das Betreiben des Mahnverfahrens lediglich als „Gedankenstoß“ verstanden wissen wollten, ist dies mit dem Inhalt des Schreibens und der weiteren Vorgehensweise nicht in Einklang zu bringen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass durch Auslegung ermittelt werden müsse, wann ein „Verlangen“ des Pflichtteils beim ersten Todesfall vorliegt (BayObLGZ 1990, 58, 61). Die Auslegung des LG kann im Verfahren der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Solche liegen hier vor: Das LG hat offenbar angenommen, der Tatbestand des „Verlangens“ sei nur mit einem Verhalten erfüllt, das geeignet sei, den Immobilienbestand als wesentliches Vermögen des Erblassers zu gefährden. Diese Auslegung lässt sich, wie unten noch ausgeführt wird, mit Inhalt und Zweck der Pflichtteilsstrafklausel nicht begründen und auch nicht aus sonstigen Umständen herleiten. Unzutreffend ist auch die Feststellung, an der Vermögenssituation der Eheleute bzw. des Erblassers habe sich zwischen 1984 und 2005 nichts Wesentliches geändert, so dass zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche der GbR-Anteil des Erblassers hätte veräußert werden müssen. Tatsächlich hatte sich die Vermögenssituation durch den Erwerb der Anwesen in Österreich und auf Teneriffa nicht nur unwesentlich verändert.

Die Entscheidung des LG erweist sich jedoch im Ergebnis als zutreffend. Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat die gebotene Auslegung selbst vornehmen.

b) Eine Pflichtteilsstrafklausel, wie sie hier das Testament vom 29.5.1984 enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schlusserben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört wird (vgl. BayObLGZ 1990, 58, 60; 2004, 5, 8 = MittBayNot 2005, 50). Eine derartige Klausel verfolgt das rechtlich nicht zu beanstandende Ziel, den Nachlass zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zukommen zu lassen (vgl. MünchKommBGB/Leipold, 4. Aufl., § 2074 Rdnr. 39; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rdnr. 18). Im Zusammenhang mit der Schlusserbenregelung soll die Verwirkungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird (BayObLGZ 1994, 164, 168 = DNotZ 1995, 710). Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge (BayObLG, NJW-RR 1996, 262); es gilt dann nicht die Auslegungsregel des § 2069 BGB, vielmehr gilt die Anwachsung (§ 2094 BGB) als gewollt.

c) Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Testierenden hier andere Zwecke verfolgt haben als diejenigen, die typischerweise mit einer solchen Klausel verbunden werden. Das gilt insbesondere für die Vermögenssituation zur Zeit der Testamentserrichtung und den Wunsch, das Immobilienvermögen in der Familie zu erhalten. Wie oben ausgeführt, ist regelmäßig das Ziel einer Pflichtteilsstrafklausel, dem Überlebenden den Nachlass des Erstversterbenden ungeschmälert zukommen zu lassen. Ein Motiv dafür ist häufig auch der Wunsch, eine zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen etwa erforderliche Belastung oder Veräußerung von Immobilien zu vermeiden, insbesondere, wenn es sich um das Wohnanwesen handelt. Dieses Bestreben mag auch hier einer der Beweggründe für die Aufnahme der Pflichtteilsstrafklausel gewesen sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Testierenden entgegen der weit gefassten Formulierung die Pflichtteilsstrafklausel auf den Fall beschränken wollten, dass die Erhaltung des Familienwohnhauses und des ehemaligen Betriebsgrundstücks gefährdet würde, wie das LG zu meinen scheint. Gegen eine solche enge, vom Wortlaut nicht getragene Auslegung spricht im Übrigen auch, dass die Ehegatten in ihrer späteren gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung vom 15.5.2002 ausdrücklich das Testament vom 29.5.1984 aufrechterhalten haben, obgleich sich zwischenzeitlich ihre Vermögenssituation durch den Erwerb der Anwesen in Österreich und auf Teneriffa verändert hatte.

d) Für das Eingreifen dieser Verwirkungsklausel ist es nicht erforderlich, dass der Pflichtteil auch tatsächlich ausgezahlt wurde. Es genügt vielmehr, dass der Abkömmling versucht hat, den Pflichtteil zu erhalten. Die Forderung muss ausdrücklich und ernsthaft erhoben werden; ob gerichtlich oder außergerichtlich, ist gleichgültig (vgl. Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., § 2269 Rdnr. 85; Soergel/Wolf, § 2269 Rdnr. 36; Lübbert, NJW 1988, 2706, 2710 f.). In subjektiver Hinsicht ist für den Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall im Zweifel nur zu fordern, dass der Pflichtteilsberechtigte bewusst – in Kenntnis der Verwirkungsklausel – den Pflichtteil verlangt (BayObLGZ 2004, 5, 9 m. w. N. = MittBayNot 2005, 50).

e) „Verlangt“ im Sinne dieser Klausel haben die Beteiligten zu 1 und 2 den Pflichtteil deshalb jedenfalls mit dem in ihrem Auftrag an den Erblasser gerichteten anwaltlichen Schreiben vom 17.6.2005. Sie haben damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie Anspruch auf Zahlung des Pflichtteils erheben. An der Ernsthaftigkeit eines mit anwaltlichem Schreiben vorgetragenen „Verlangens“ kann kein Zweifel bestehen. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 diese Aufforderung als „Denkanstoß“ verstanden wissen wollen, ist das – wie das LG zu Recht hervorgehoben hat – schon mit dem Inhalt des Schreibens nicht in Einklang zu bringen. Erst recht gilt das für das weitere (gerichtliche) Vorgehen der Beteiligten zu 1 und 2, mit dem sie einen Vollstreckungstitel gegen den Erblasser erwirkt haben.

Wie schon das LG richtig ausgeführt hat, stellt auch die Geltendmachung eines objektiv nicht mehr bestehenden Pflichtteilsanspruchs ein „Verlangen“ im Sinne der Verwirkungsklausel dar. Denn auch die objektiv unberechtigt erhobene Forderung ist geeignet, den überlebenden Ehegatten den Belastungen auszusetzen, vor denen er durch die Verwirkungsklausel gerade geschützt werden soll: Will er sich gegen die unberechtigte Forderung zur Wehr setzen, muss er sich auf eine streitige Auseinandersetzung mit den (angeblich) Pflichtteilsberechtigten einlassen und die damit verbundenen persönlichen Belastungen auf sich nehmen. Unterlässt er es, die unberechtigten Ansprüche abzuwehren – sei es durch freiwillige Anerkennung oder Erfüllung, sei es durch Untätigbleiben – sieht er sich wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der von den Beteiligten zu 1 und 2 außergerichtlich und gerichtlich geltend gemachte Pflichtteilsanspruch zu diesem Zeitpunkt noch bestand oder bereits zuvor – wie nun behauptet – durch Erlass aufgrund ihrer Erklärungen vor dem österreichischen Notar erloschen war. Hier kommt überdies hinzu, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sogar einen Vollstreckungstitel gegen den Erblasser erwirkt und sich damit in die Lage versetzt haben, die – nach eigenem Bekunden nicht berechnete – Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

f) Bei der hier verwendeten Pflichtteils Klausel kommt es nicht darauf an, ob eine Auszahlung erfolgt ist. Es ist deshalb unerheblich, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nach Erlass des Vollstreckungsbescheids keine weiteren Maßnahmen zur Durchsetzung der Forderung unternommen, insbesondere nicht die Zwangsvollstreckung eingeleitet haben. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Erblasser Vorkehrungen für die Erfüllung der titulierten Ansprüche treffen und ob er hierzu gebundenes Vermögen, insbesondere seinen Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, flüssig machen musste.

3. Maßgeblich für die Erbfolge ist somit das Testament des Erblassers vom 23.2.2005. Die bindende Schlusserbeneinsetzung in Ziffer II. 2. des gemeinschaftlichen Testaments vom 29.5.1984 steht dem nicht entgegen (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinsichtlich des N. ist die vertragsmäßige Verfügung durch dessen Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) gegenstandslos geworden. Die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 ist wegen Eintritts der Verwirkungsklausel in Ziffer II. 3. dieses Testaments entfallen, da sie nach dem Tod der Mutter mit Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 den Pflichtteil „verlangt“ haben. Damit trat das zunächst dem gemeinschaftlichen Testament vom 29.5.1984 zuwiderlaufende Testament vom 23.2.2005 entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 2257, 2258 Abs. 2 BGB in Kraft (vgl. BGH, NJW 2004, 3558, 3559 = DNotZ 2005, 45). Der den Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund des Testaments vom 29.5.1984 erteilte Erbschein ist unrichtig und wurde zu Recht eingezogen (§ 2361 Abs. 1 BGB).

Anmerkung:

1. Die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch die Abkömmlinge nach dem Tod des zuerst versterbenden Elternteils stellt bekanntermaßen einen erheblichen Störfaktor beim Berliner Testament dar,¹ dem man durch Verwendung sog. Pflichtteils klauseln entgegenzuwirken versucht. Nur leider beschäftigt die Auslegung dieser Klauseln derart oft die Gerichte, dass man sie fast schon ihrerseits als Störfaktor betrachten kann.² Dem hier entschiedenen Fall lag eine übliche Ausschlussklausel zugrunde. Dabei wird der Abkömmling, der beim Tode des ersten Ehegatten seinen Pflichtteil geltend macht, automatisch von der Schlusserbfolge ausgeschlossen.³ Allerdings treten bei der Frage, was unter einem Pflichtteilsverlangen zu verstehen ist, immer wieder – so auch in vorliegendem Beschluss – Auslegungsprobleme auf. Das OLG München erachtet es mit der herrschenden Meinung als ausreichend, dass die Forderung in Kenntnis der Pflichtteils klausel ausdrücklich und ernsthaft gerichtlich oder außergerichtlich erhoben wird.⁴ Die Besonderheit des vorliegenden Beschlusses liegt darin, dass hier die Kinder des Erblassers nach dem Tod der zuerst verstorbenen Mutter im Rahmen eines nach österreichischem Recht notwendigen Nachlassverfahrens bereits auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen verzichtet hatten. In Österreich können Pflichtteilsübereinkommen im Rahmen des sog. Verlassenschaftsverfahrens, das auch für dort gelegenes Immobilienvermögen von Ausländern durchzuführen ist, getroffen werden.⁵ Doch zu Recht hat das OLG München trotz dieses Erlasses der Pflichtteilsforderung das Pflichtteilsverlangen als ausreichend angesehen, um die Sanktion der Pflichtteilsstrafklausel auszulösen. Denn der Zweck derartiger Klauseln besteht neben der Sicherung einer gleichmäßigen Teilhabe der Kinder am Nachlass maßgeblich in der Entlastung des längerlebenden Ehegatten von den mit einem Pflichtteilsverlangen verbundenen finanziellen und persönlichen Problemen. Das Verhalten der Kinder war danach durchaus geeignet, solche Belastungen hervorzurufen. Da das österreichische Verlassenschaftsverfahren nur für das in Österreich gelegene unbewegliche Vermögen der Erblasserin durchzuführen war,⁶ könnte im Übrigen die Erklärung der Kinder unter Umständen auch so auszulegen sein, dass sie nur für die dieses Vermögen betreffenden Pflichtteilsansprüche gelten solle. Der veröffentlichte Sachverhalt enthält hierfür allerdings keine Hinweise.

2. Das OLG München bestätigt damit die Tendenz der Rechtsprechung, die Hürden für das Eingreifen der Rechtsfolgen solcher Klauseln nicht allzu hoch anzusetzen. Nach einer Entscheidung des OLG München aus dem Jahr 2006 soll es bereits genügen, wenn ein als Schlusserbe eingesetzter Abkömmling nach dem Tod des zuerst verstorbenen Elternteils dem Überlebenden die Zahlung des Pflichtteils hochverzinslich stundet und diesen Anspruch durch eine Grundschuld absichern lässt. Allerdings kam in diesem Fall noch hinzu,

1 Mayer in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., A Rdnr. 413.

2 Z. B. OLG Karlsruhe, ZEV 2006, 409; BayObLG, MittBayNot 2005, 50; BGH, NJW 2006, 3064 = MittBayNot 2007, 223; OLG München, MittBayNot 2007, 223.

3 Zu den verschiedenen Formen von Pflichtteils klauseln Mayer in Reimann/Bengel/Mayer, Testament und Erbvertrag, A Rdnr. 419 ff.

4 Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2269 Rdnr. 69, Palandt/Edenhofer, BGB, 67. Aufl., § 2269 Rdnr. 14.

5 Haunschmidt in Süß, Erbrecht in Europa, 2. Aufl. 2008, Österreich, Rdnr. 105.

6 Haunschmidt in Süß, Erbrecht in Europa, Österreich, Rdnr. 111.

dass das Kind den Elternteil vorher erheblich bedrängt und so in seelische Erschütterung und gesundheitliche Probleme gestürzt hatte.⁷ In einem in der Literatur kritisch aufgenommenen Urteil aus dem gleichen Jahr hatte es der BGH für den Eintritt der Bedingung sogar als ausreichend angesehen, dass der Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des längerlebenden Elternteils und nach eingetretener Verjährung des Anspruchs geltend gemacht wurde.⁸

3. Um solche Streitfälle zu verhindern, sind in der Literatur alternative Gestaltungsvorschläge zur Fassung der Tatbestandsvoraussetzungen von Pflichtteilklauseln gemacht worden: Einige Autoren stellen darauf ab, dass die enterbende Wirkung erst eintreten soll, wenn der Abkömmling den Pflichtteil verlangt und erhält.⁹ Andere knüpfen an ein „Geltendmachen in Verzug begründender Weise“ an.¹⁰ Schließlich soll die Sanktion nach einer weiteren Auffassung erst mit der Durchsetzung des Pflichtteils eintreten.¹¹ *J. Mayer*¹² hat jedoch ausführlich die Auslegungsprobleme auch dieser Formulierungen herausgearbeitet. Der Stein der Weisheit scheint wohl hier noch nicht gefunden zu sein.

4. Aus meiner Beratungspraxis heraus steht bei derartigen Verwirkungsklauseln meist der Abschreckungseffekt bzw. die damit verbundene entlastende Wirkung für den überlebenden Elternteil gegenüber dem Ziel der Schaffung der Verteilungsgerechtigkeit unter den Kindern im Vordergrund. Um wenigstens die einvernehmliche Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen nicht zu blockieren und dem längerlebenden Ehegatten eine flexible Reaktion auf das Pflichtteilsbegehren zu ermöglichen, halte ich regelmäßig anstatt einer automatischen Enterbung einen entsprechenden Änderungsvorbehalt für praktikabler, der naturgemäß nur an ein Pflichtteilsverlangen zu Lebzeiten des Elternteils anknüpft. Wichtig dürfte es auch sein, in der Pflichtteilklausel die Rechtsfolgen der Verwirkung möglichst genau festzulegen. Regelmäßig wird es dabei dem Willen der Testierenden entsprechen, dass der frei werdende Erbteil nicht den Abkömmlingen des den Pflichtteil fordernden Kindes zufließt, sondern den übrigen Abkömmlingen nach §§ 2271 Abs. 2, 2094 BGB anwächst. Klarzustellen ist außerdem, ob dieser anwachsende Erbteil wechselbezüglich und damit gemäß §§ 2271, 2289 BGB bindend sein soll, oder dem überlebenden Ehegatten eine Abänderungsbefugnis zustehen soll.¹³ In dem dem Beschluss zugrundeliegenden Fall waren durch das Pflichtteilsverlangen und den Zuwendungsverzicht des dritten Kindes alle Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes weggefallen bzw. gegenstandslos geworden, so dass hier ein später errichtetes Testament ohne weiteres wirksam werden konnte.

5. In jüngster Zeit sind auch Zweifel an der Wirksamkeit von Pflichtteilstrafklauseln im Hinblick auf das verfassungsmäßige Gebot des Pflichtteilsrechts geäußert worden.¹⁴ Dabei

kann zugunsten der Wirksamkeit der Pflichtteilstrafklausel nunmehr die gesetzliche Wertung des neuen § 2331 a BGB-E angeführt werden, die dem längerlebenden Elternteil künftig angeforderte Stundungsmöglichkeiten des Pflichtteilsanspruchs gewährt: In die gleiche Richtung – nämlich Aufschub des Pflichtteilsanspruchs bis zum Tode beider Eltern – zielen aber auch Pflichtteilstrafklauseln, so dass eine solche Intention kaum als sittenwidrig angesehen werden kann.¹⁵

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*,
Bingen a. Rhein

15 Gegen Sittenwidrigkeit auch *Langenfeld*, ZEV 2007, 453, 456.

11. BGB §§ 2279, 2077 (*Erbeinsetzung gemeinsamer Abkömmlinge bei späterer Scheidung*)

Zur Frage, ob die Erbeinsetzung der gemeinsamen Abkömmlinge in einem zwischen Eheleuten geschlossenen Erbvertrag nach ihrem hypothetischen Willen auch für den Fall der Scheidung gelten sollte.

OLG München, Beschluss vom 8.2.2008, 31 Wx 69/07; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der Erblasser ist am 6.10.2006 im Alter von 80 Jahren verstorben. Er war in zweiter Ehe seit August 2005 mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Die erste, 1956 geschlossene Ehe wurde auf Antrag des Erblassers vom 22.3.2004 mit Urteil vom 18.4.2005, rechtskräftig seit 21.7.2005, geschieden. Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die Kinder des Erblassers aus der ersten Ehe; sie sind zwischen 1960 und 1963 geboren.

Mit der Beteiligten zu 1 schloss der Erblasser am 30.4.2004 einen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig vertragsmäßig bindend zu Alleinerben einsetzten. Mit seiner ersten Ehefrau hatte der Erblasser am 30.9.1968 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, der auszugsweise wie folgt lautet:

„II. Ehevertrag:

Wir heben hiermit den für uns geltenden gesetzlichen Güterstand auf und vereinbaren an dessen Stelle für die fernere Dauer unserer Ehe die Gütergemeinschaft nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vorbehaltsgut wird nicht vereinbart. Die Verwaltung des ehelichen Gesamtguts obliegt beiden Ehegatten. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft des Überlebenden von uns mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen wünschen wir nicht. (...)

III. Erbvertrag:

Der Erstversterbende von uns setzt hiermit in einseitig nicht widerruflicher Weise unsere gemeinsamen Abkömmlinge nach gleichen Anteilen zu seinen Erben ein. Der Überlebende von uns erhält als Vermächtnis den lebenslangen unentgeltlichen und auch von einer eventuellen Wiederverheiratung unabhängigen Nießbrauch am gesamten Vermögen des Erstversterbenden, mit dem Recht, diesen soweit möglich und zulässig, im Grundbuch auf eigene Kosten dinglich sicher zu stellen. Ferner bestimmt der Erstversterbende den Überlebenden zu seinem Testamentvollstrecker. Der Testamentvollstrecker ist insbesondere befugt, den Nachlass zu verwalten; er ist außerdem berechtigt, den Zeitpunkt der Auseinandersetzung nach seinem Ermessen zu bestimmen.

IV.

Sonst bestimmen wir nichts. Der Überlebende von uns soll demnach in seiner Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen frei sein.“

Der Beteiligte zu 3 vertritt die Auffassung, die Erbeinsetzung der Abkömmlinge in dem Vertrag vom 30.9.1968 gelte auch für den Fall

7 OLG München, MittBayNot 2007, 62; dazu *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19.

8 BGH, NJW 2006, 3064 = MittBayNot 2007, 223 m. kritischer Anm. *Selbherr* = ZEV 2006, 501 m. kritischer Anm. *Fischer*.

9 *Nieder* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 3. Aufl., § 14 Rdnr. 79.

10 *Radke*, ZEV 2001, 135.

11 *Langenfeld*, Testamentgestaltung, 3. Aufl., M 104 in Rdnr. 341.

12 *Mayer* in *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, A Rdnr. 425.

13 *J. Mayer*, MittBayNot 2006, 19, 21; *Ivo*, ZEV 2004, 205.

14 BVerfG, MittBayNot 2006, 612; *Führ*, MittBayNot 2006, 461; *J. Mayer*, MittBayNot 2007, 19, 22.

der Ehescheidung, so dass ihm und seinen Geschwistern ein gemeinschaftlicher Erbschein als Miterben zu je $\frac{1}{3}$ zu erteilen sei. Die Beteiligten zu 1 beantragt dagegen einen Alleinerbschein aufgrund des Erbvertrags vom 30.4.2004.

Das Nachlassgericht hat die Erteilung eines Erbscheins angekündigt, der die Kinder des Erblassers als Miterben zu je $\frac{1}{3}$ ausweist. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das LG zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist in der Sache begründet.

1. Das LG hat ausgeführt:

Bei der Erbeinsetzung der Kinder in Ziffer III. des Ehe- und Erbvertrages handele es sich um vertragmäßige Verfügungen. Durch die spätere Ehescheidung seien die wechselbezüglichen Vermächtnisse bzw. die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers unwirksam geworden. Das gelte allerdings nicht für die Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder. Es seien zwar keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Vertragsschließenden bedacht hätten, dass die Ehe geschieden werden könne. Das Gericht sei jedoch davon überzeugt, dass der hypothetische Wille des Erblassers dahin ging, die gemeinsamen Kinder auf jeden Fall als Erben nach dem Erstversterbenden einzusetzen. Dies könne zwar nicht aus der Wortwahl „Erstversterbender“ geschlossen werden. Ein gewichtiges Indiz ergebe sich jedoch aus den Personen der Bedachten. Erheblich sei auch der Umstand, dass die Eheleute sich nicht gegenseitig als Erben einsetzten, sondern die Kinder unmittelbar als Erben nach dem Erstversterbenden. Diese ungewöhnliche, vom ursprünglichen Entwurf mit Allein- und Schlusserbeneinsetzung abweichende Vertragsgestaltung stärke die Rechte der Kinder und spreche für den Willen des Erblassers, das Familienvermögen auf jeden Fall den Kindern zukommen zu lassen. Das Wohnanwesen in K., das die frühere Ehefrau in das Gesamtgut eingebracht habe, habe dem Erblasser nach Angaben seiner Tochter sehr viel bedeutet. Diese habe das Verhältnis des Erblassers zu seinen Kindern auch nach der Trennung von seiner Ehefrau als vertrauensvoll beschrieben, was nach der Lebenserfahrung im Jahre 1968 nicht anders gewesen sein könne. Auch in späteren Jahren habe der Erblasser offensichtlich den Willen gehabt, das Familienvermögen für die Kinder zu erhalten. So habe er vorprozessual im Rahmen der Scheidung seiner früheren Ehefrau vorgeschlagen, das Anwesen in K. den Kindern schenkungsweise zu übertragen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung weitgehend nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Nach § 2279 Abs. 2 BGB gelten die Vorschriften des § 2077 BGB für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten auch insoweit, als ein Dritter bedacht ist, wie hier. Nach dieser Auslegungsregel (BGH, FamRZ 1960, 28, 29; BayObLG, FamRZ 1997, 123, 124; *Staudinger/Otte*, BGB, 2003, § 2077 Rdnr. 4) ist die letztwillige Verfügung des Erblassers im Erbvertrag mit seiner geschiedenen ersten Ehefrau infolge der Auflösung der Ehe unwirksam geworden (§ 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für diesen Fall getroffen haben würde (§ 2077 Abs. 3 BGB). Der Erbvertrag von 1968 enthält keine ausdrückliche Regelung, ob die Erbeinsetzung auch für den Fall der Ehescheidung gelten solle oder nicht. Es ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln, ob die Verfügung auch für den Fall einer späteren Scheidung Gültigkeit behalten sollte. Lässt sich ein wirklicher, im Erbvertrag zum Ausdruck gekommener Wille des Erblassers nicht

ermitteln, so ist auf den mutmaßlichen – hypothetischen – Erblasserwillen abzustellen. An die Feststellung eines Aufrechterhaltungswillens sind keine niedrigen Anforderungen zu stellen (BGHZ 160, 33, 39 = DNotZ 2005, 51). Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags, wobei spätere Umstände nur als Anzeichen für einen bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden können (vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 193, 195; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1998, 941, jeweils m. w. N.). Von diesen Grundsätzen ist auch das LG ausgegangen.

b) Die Auslegung ist grundsätzlich Sache des Tatsachenrichters. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357, 363; BayObLG, FamRZ 2002, 269, 270; *Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42; MünchKommBGB/*Leipold*, 4. Aufl., § 2087 Rdnr. 47 ff.).

Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des LG nicht gerecht. Das LG hat den Inhalt des Erbvertrags nur unvollständig gewürdigt. Es hat insbesondere die Regelung zur Erbfolge nach dem letztversterbenden Ehegatten in Ziffer IV. des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 völlig außer Betracht gelassen, wonach der Überlebende in seiner Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen frei sein soll. Auf diesem Rechtsfehler beruht die Entscheidung des LG. Denn bei einer Gesamtwürdigung der Bestimmungen des Erbvertrages – auch unter Berücksichtigung des vorangegangenen Entwurfs – ist die Annahme des LG nicht haltbar, es sei von den Vertragsschließenden Ehegatten bezweckt worden, die Stellung der Kinder zu stärken und ihnen auf jeden Fall das Familienvermögen zukommen zu lassen.

c) In Ziffer III. des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 haben die Ehegatten zunächst bindend die gemeinsamen Abkömmlinge zu gleichen Teilen zu Erben des Erstversterbenden eingesetzt. Zugleich haben sie jedoch durch das Vermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten sichergestellt, dass dieser die Nutznießung am gesamten Nachlass des Erstversterbenden behält, und zwar auch im Fall der Wiederverheiratung. Als Testamentsvollstrecker verwaltet der Überlebende den Nachlass und ist berechtigt, den Zeitpunkt der Auseinandersetzung zu bestimmen. Die Bestimmung in Ziffer IV. des Vertrages überlässt es ohne jede Einschränkung dem Überlebenden, wie er mit seinem Vermögen verfährt. Ihm wird damit die Möglichkeit eingeräumt, nach seinem Belieben auch andere Personen als die gemeinsamen Abkömmlinge zu seinen Erben zu bestimmen mit der Folge, dass sein Anteil am gemeinsamen Vermögen auch auf Familienfremde übergehen kann. Der Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 stellt deshalb gerade nicht sicher, dass das gesamte Familienvermögen den Kindern zufällt. Die getroffenen Regelungen legen vielmehr nahe, dass es den Vertragsschließenden vor allem um die Absicherung des überlebenden Ehegatten ging. Dieser hat – außer im Falle der Ausschlagung (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB) – keine Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, behält bis zu seinem Tod, auch bei einer Wiederverheiratung, Nießbrauch und Verwaltungsbefugnis am Vermögen des Erstversterbenden und ist in der Verfügung auch von Todes wegen über sein Vermögen völlig frei. Die Kinder sind zwar zu Erben des Erstversterbenden berufen, jedoch zu Lebzeiten des anderen Elternteils erheblichen Beschränkungen und Beschränkungen unterworfen. Demgegenüber sah der Entwurf

eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten und eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder vor, die der überlebende Ehegatte nur innerhalb der gemeinschaftlichen Kinder abändern durfte. Für den Fall der Wiederverheiratung sollte er den gemeinschaftlichen Kindern einen ihrem gesetzlichen Erbteil entsprechenden Bruchteil des Nachlasses des zuerst Versterbenden als Quotenvermächtnis hinausbezahlen, auf das der erhaltene Pflichtteil angerechnet werden sollte.

Die Annahme des LG, die Stellung der Kinder habe durch den Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 gegenüber dem Entwurf eine wesentliche Stärkung erfahren, ist bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der jeweiligen Regelungen nicht haltbar.

d) Auch die vom LG herangezogenen weiteren Umstände tragen nicht die Annahme, den vertragsschließenden Ehegatten sei es vorrangig darum gegangen, das Familienvermögen den Kindern zukommen zu lassen. Dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei Abschluss des Erbvertrages ein gutes Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen damals acht, sechs und knapp fünf Jahre alten Kindern bestand, reicht dafür nicht aus. Wie sich das Verhältnis zu den Kindern später gestaltet hat, ist für die Ermittlung des hypothetischen Willens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erheblich, so dass dem diesbezüglichen streitigen Vorbringen der Beteiligten nicht nachgegangen werden muss. Die Schilderungen der Tochter zu den Vorstellungen des Erblassers insbesondere hinsichtlich des Anwesens in K. und des Hauses in S. sind angesichts der tatsächlich getroffenen erbvertraglichen Regelungen kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser die Erbeinsetzung der Kinder auch im Falle der Auflösung der Ehe aufrechterhalten wollte. Das gilt auch für den im Vorfeld des Scheidungsverfahrens unterbreiteten Vorschlag, das Anwesen in K. den Kindern zu übertragen. Soweit der Beteiligte zu 3 dem Umstand entscheidende Bedeutung beimessen will, dass der Erblasser nach der Eheschließung mit der Beteiligten zu 1 den Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 nicht angefochten hat, kann dem nicht gefolgt werden. Denn in dem Erbvertrag mit der Beteiligten zu 1 vom 30.4.2004 ist bereits ausdrücklich festgehalten, dass der Erblasser den Ehe- und Erbvertrag von 1968 wegen des eingeleiteten Scheidungsverfahrens für unwirksam hält.

3. Die Entscheidung des LG erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Nachdem keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Wie oben ausgeführt, sind unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 und des Vorbringens der Beteiligten keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Erblasser und seine damalige Ehefrau, hätten sie die spätere Scheidung der Ehe in Erwägung gezogen, auch für diesen Fall die Einsetzung der Kinder als Erben nach dem Erstversterbenden hätten aufrechterhalten wollen.

Es bleibt deshalb bei der gesetzlichen Auslegungsregel (§ 2279 Abs. 2 i. V. m. § 2077 Abs. 1 BGB). Die Erbfolge richtet sich somit nach dem Erbvertrag vom 30.4.2004, in dem die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin eingesetzt ist. Die Sache wird unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen an das Nachlassgericht zurückgegeben, das der Beteiligten zu 1 nach Einhaltung der Förmlichkeiten (§ 2356 BGB) den mit Schriftsatz vom 23.1.2007 beantragten Erbschein zu erteilen haben wird.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GmbHG § 31 (*Eigenkapitalersatz: Wertminderung des empfangenen Gegenstands*)

- a) **Der Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbHG ist auf Rückgabe des verbotswidrig weggegebenen Vermögensgegenstandes gerichtet.**
- b) **Tritt nach der Weggabe eine Wertminderung ein, hat der Gesellschafter neben der Rückgabe des Vermögensgegenstandes grundsätzlich die Wertminderung in Geld auszugleichen (Bestätigung von BGHZ 122, 333 = NJW 1993, 1922).**
- c) **Das ist nur dann anders, wenn und soweit der Gesellschafter darlegen und im Streitfall beweisen kann, dass dieselbe Wertminderung auch dann eingetreten wäre, wenn der Vermögensgegenstand nicht an ihn gegeben, sondern bei der Gesellschaft verblieben wäre.**

BGH, Urteil vom 17.3.2008, II ZR 24/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte ist Gesellschafter der D. GmbH. Er hatte der Gesellschaft in den Jahren 1995 und 1997 drei Darlehen i. H. v. zusammen 1.846.000 DM gewährt. Mit Vertrag vom 7.2.2000 trat die Gesellschaft von einem ihr an der E. GmbH zustehenden Geschäftsanteil i. H. v. 465.000 DM einen Teilanteil i. H. v. 241.500 DM an den Beklagten ab, und zwar „an Erfüllung statt zur Tilgung“ der drei Gesellschafterdarlehen.

Mit Beschluss vom 1.8.2001 wurde über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Über das Vermögen der E. GmbH, die mittlerweile in die E. AG (im Folgenden: E.) umgewandelt worden war, wurde im August 2002 ebenfalls das Insolvenzverfahren eröffnet.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von 1.846.000 DM = 943.844,81 € in Anspruch mit der Begründung, die drei Darlehen seien eigenkapitalersetzend gewesen. Der Beklagte macht u. a. geltend, die an ihn zur Tilgung der Darlehensforderungen abgetretene Gesellschaftsbeteiligung sei wegen der Insolvenz der E. mittlerweile wertlos, was nicht anders wäre, wenn sie nicht auf ihn übertragen worden wäre. Die Aktien der E. hat er dem Kläger vergeblich angeboten.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

Das Berufungsgericht (ZIP 2006, 1399) hat offen gelassen, ob die Insolvenzschuldnerin am 7.2.2000 insolvenzreif oder kreditunwürdig war, und angenommen, ein Zahlungsanspruch entsprechend §§ 30, 31 GmbHG scheidet jedenfalls deshalb aus, weil die übernommenen Anteile wertlos geworden seien und weil das auch dann geschehen wäre, wenn sie nicht auf den Beklagten übertragen worden wären. Auch Ansprüche aus § 32 b GmbHG, §§ 133, 134, 135, 143 InsO und § 433 Abs. 2 BGB seien nicht gegeben.

II.

Soweit das Berufungsgericht Ansprüche aus Anfechtungs- und Kaufrecht sowie aus § 32 b GmbHG abgelehnt hat, wendet die Revision dagegen nichts ein. Rechtsfehler sind inso-

weit auch nicht ersichtlich. Damit kommt nur ein Anspruch nach den sog. Rechtsprechungsregeln, also aus entsprechender Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG, in Betracht.

Da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob und ggf. ab wann die spätere Insolvenzschildnerin vor der Abtretung der Geschäftsanteile in einer Krise i. S. d. § 32 a Abs. 1 GmbHG war, ist im Revisionsverfahren zu unterstellen, dass sie jedenfalls so früh in eine Krise geraten ist, dass der Beklagte seine Darlehen entweder schon in der Krise gegeben hat oder trotz der – für ihn erkennbaren – Krise hat „stehen lassen“. Damit sind sie bis zur nachhaltigen Auffüllung des Stammkapitals wie nominelles Eigenkapital zu behandeln. Leistungen auf die Darlehen waren danach unzulässig und haben zu einem Rückgewähranspruch entsprechend § 31 GmbHG geführt (st. Rspr. siehe etwa BGHZ 75, 334 = DNotZ 1980, 373).

Dieser Anspruch ist – wofür schon der Wortlaut des § 31 Abs. 1 GmbHG spricht – grundsätzlich nicht auf Wertersatz, sondern auf Rückgabe des verbotswidrig weggegebenen Gegenstandes gerichtet (ebenso *Hommelhoff*, FS Kellermann, 1991, S. 165, 167 f.; *Ulmer*, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 363, 376 ff.; *Habersack* in Großkomm. z. GmbHG, § 31 Rdnr. 23 f.; *H. P. Westermann* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 31 Rdnr. 2; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 31 Rdnr. 15). Der Gegenansicht (*Joost*, ZHR 148 [1984], 27, 53 f.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht 4. Aufl., § 37 III 2 a) ist nicht zu folgen, weil die Gesellschaft danach in jedem Einzelfall den Wert des weggegebenen Vermögensgegenstandes nachweisen müsste, was zu einer nicht hinnehmbaren Schwächung des Kapitalschutzsystems führen würde.

Das bedeutet indes nicht, dass eine Wertminderung außer Betracht zu bleiben hätte. Wie der Senat bereits in BGHZ 122, 333, 338 f. = NJW 1993, 1922 entschieden hat, ist der Gesellschafter vielmehr verpflichtet, einen zwischenzeitlichen Wertverlust durch eine Geldzahlung auszugleichen. Nur diese Auslegung wird dem Zweck des § 31 Abs. 1 GmbHG gerecht, das Vermögen der GmbH in Höhe der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Stammkapitalziffer vor Zugriffen der Gesellschafter zu bewahren und so als ihren Bestand schützendes Mindestbetriebsvermögen und als Befriedigungsreserve für die Gesellschaftsgläubiger zu erhalten (BGHZ 157, 72, 75). Die Gesellschaft hat dabei lediglich darzulegen und ggf. zu beweisen, dass und in welcher Höhe nach der Weggabe ein Wertverlust eingetreten ist, der durch die Rückgabe nicht oder nicht vollständig ausgeglichen wird.

Hier steht fest, dass die Weggabe der Geschäftsanteile für den Wertverlust nicht ursächlich geworden ist, derselbe vielmehr auch dann eingetreten wäre, wenn die Anteile nicht übertragen worden wären. Ob auch in einem solchen Fall der Gesellschafter den Wertverlust ersetzen muss, hat der Senat bislang offen lassen können (BGHZ 122, 333, 339 = NJW 1993, 1922). Er entscheidet diese – hier entscheidungserhebliche – Frage nunmehr dahingehend, dass der Gesellschafter im Rahmen der Haftung nach §§ 30, 31 GmbHG nicht verpflichtet ist, einen derartigen Wertverlust des verbotswidrig erhaltenen Vermögensgegenstandes durch eine Geldzahlung auszugleichen (ebenso *Habersack* in Großkomm. z. GmbHG, § 31 Rdnr. 23 f.; *H. P. Westermann* in Scholz, GmbHG, § 31 Rdnr. 2; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 31 Rdnr. 15; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl., § 30 Rdnr. 88). Eine solche Pflicht würde mit dem Zweck der §§ 30, 31 GmbHG nicht im Einklang stehen, sondern zu einer durch die Kapitalschutzvorschriften nicht gerechtfertigten Bereicherung der Gesellschaft führen. Sie widerspräche auch der Systematik der §§ 30, 31 GmbHG, nach denen grundsätz-

lich nur der zu Lasten der Stammkapitalziffer erhaltene Vermögensgegenstand zurückzugewähren ist und die Pflicht zum Wertersatz in Geld nur ergänzend hinzutritt. Freilich hat der Gesellschafter darzulegen und im Streitfall zu beweisen, dass bei der Gesellschaft dieselbe Wertminderung eingetreten wäre. Denn er macht damit eine Ausnahme von dem Grundsatz der Ersatzpflicht bei Wertminderungen geltend.

Diese Rechtslage steht entgegen der Auffassung der Revision nicht in Widerspruch zu der Senatsentscheidung BGHZ 144, 336, 340 ff. = MittRhNotK 2000, 348 – Balsam/Procedo. Dort ging es um die – vom Senat verneinte – Frage, ob der Rückgewähranspruch aus § 31 GmbHG von selbst untergeht, wenn das Gesellschaftsvermögen aus anderen Quellen wieder aufgefüllt wird. Hier dagegen geht es darum sicherzustellen, dass die Gesellschaft den weggegebenen Vermögensgegenstand zurückerhält und keinen im Zuge der Weggabe entstandenen Wertverlust erleidet. Beide Fälle sind nicht vergleichbar. Das Gleiche gilt für die von der Revision herangezogene, von *Ulmer* (FS 100 Jahre GmbHG, S. 363, 376 ff.) befürwortete analoge Anwendung des § 9 GmbHG bei Wertverlust des verbotswidrig weggegebenen Gegenstandes. Im Anwendungsbereich des § 9 GmbHG haftet der Inferent u. a. für Wertminderungen des als Sacheinlage eingebrachten Gegenstandes, die nach der Einbringung, aber vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister entstehen. Der Inferent kann sich also nicht darauf berufen, die Wertminderung wäre auch dann eingetreten, wenn die Gesellschaft früher eingetragen worden wäre. Hier geht es dagegen nicht – wie bei § 9 GmbHG – um die Kapitalaufbringung, sondern um die Kapitalerhaltung. Dabei gibt es nicht den Stichtag der Handelsregistereintragung, und es muss nicht sichergestellt werden, dass der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt ein Vermögen in Höhe der Stammkapitalziffer bereitsteht.

13. AktG §§ 122, 131 Abs. 2 Satz 2; GG Art. 14 Abs. 1 (*Keine Beschränkung des Rede- und Fragerechts durch Satzung*)

§ 131 Abs. 2 Satz 2 AktG rechtfertigt bei gebotener verfassungskonformer Auslegung keine abstrakte Beschränkung des Rede- und Fragerechts des Aktionärs in der Hauptversammlung durch Satzung oder Geschäftsordnung.

OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.2.2008, 5 U 8/07

Der Kläger war bei Bekanntmachung der Tagesordnung und ist heute noch Aktionär der Beklagten. Er war in der Hauptversammlung der Beklagten vom 11.5.2006 vertreten und legte gegen die Beschlussfassung zu Top 9 c Widerspruch ein. Der gefasste Beschluss ging entsprechend der Ankündigung in der Einladung zur Hauptversammlung dahin, die Satzung um einen neuen § 20 a zu ergänzen mit folgendem Text:

„§ 20 a – Beschränkung des Rede- und Fragerechts der Aktionäre in der Hauptversammlung

1. Der Versammlungsleiter hat das Recht, das Frage- und Rederecht der Aktionäre zeitlich nach Maßgabe des Folgenden zu beschränken:

a) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) nur über die Gegenstände Verwendung des Bilanzgewinns, Entlastung der Mitglieder des Vorstands, Entlastung der Mitglieder des Aufsichtsrats, Wahl des Abschlussprüfers und Ermächtigung zum Erwerb eigener Aktien oder einzelne dieser Gegenstände Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Rede- und Fragerecht der Aktionäre

in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als sechs Stunden dauert. Bei der Berechnung der Dauer der Hauptversammlung bleiben die Zeiträume außer Betracht, die auf Unterbrechungen der Hauptversammlung und die Rede des Vorstandes sowie die Ausführungen des Versammlungsleiters vor Beginn der Generaldebatte entfallen.

b) Ist nach der Tagesordnung (einschließlich etwaiger Minderheitsverlangen nach § 122 AktG) auch über andere Gegenstände als nach lit. a) Beschluss zu fassen, kann der Versammlungsleiter das Rede- und Fragerecht der Aktionäre in solcher Weise zeitlich beschränken, dass die Hauptversammlung insgesamt nicht länger als zehn Stunden dauert. Lit a) Satz 2 gilt entsprechend.

c) Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit eines Aktionärs je Wortmeldung auf 15 Minuten beschränken und, wenn sich im Zeitpunkt der Worterteilung an den Aktionär mindestens drei weitere Redner angemeldet haben, auf zehn Minuten. Der Versammlungsleiter kann die Rede- und Fragezeit, die einem Aktionär während der Versammlung insgesamt zusteht, auf 45 Minuten beschränken.

d) Die Beschränkungen nach lit. a) bis c) können vom Versammlungsleiter jederzeit, auch zu Beginn der Versammlung, angeordnet werden.

e) Beschränkungen nach Maßgabe der vorstehenden lit. a) bis d) gelten als angemessen i. S. d. § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG.

2. Unabhängig von dem Recht des Versammlungsleiters, das Frage- und Rederecht der Aktionäre nach Maßgabe von Abs. 1 zu beschränken, kann der Versammlungsleiter um 22.30 Uhr des Versammlungstages den Debattenschluss anordnen und mit den Abstimmungen zu den Tagesordnungspunkten beginnen. Nach Anordnung des Debattenschlusses sind in den Fällen des Satzes 1 weitere Fragen nicht mehr zulässig.

3. Das Recht des Versammlungsleiters, das Rede- und Fragerecht der Aktionäre über die Bestimmungen in Abs. 1 und 2 hinaus nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen oder nach Maßgabe sonstiger in der Rechtsprechung anerkannter Grundsätze einzuschränken, bleibt von den Regelungen in Abs. 1 und 2 unberührt.“

Mit seiner Klage macht der Kläger die Anfechtbarkeit der Satzungsänderung wegen eines Verstoßes gegen § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG geltend, weil die Satzungsänderung feste Zeiten für Rede und Frage vorsehe, wodurch sie dem Einzelfall nicht gerecht werde. Außerdem werde die Nachprüfbarkeit des Ermessens des Versammlungsleiters in nicht zulässiger Weise beschränkt.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und gerechtfertigt worden. Das Rechtsmittel hat Erfolg, weil die Entscheidung des LG auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 513 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 546 Abs. 1 ZPO). Das LG hat nämlich nicht zutreffend gesehen, dass der gefasste Beschluss gemäß § 243 Abs. 1 AktG angefochten werden kann, weil er § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG verletzt.

Der Kläger ist nach § 245 Abs. 1 Ziff. 1 AktG anfechtungsbefugt, denn er erwarb seine Aktien schon vor der Bekanntmachung der Tagesordnung und erklärte gegen den gefassten Beschluss als in der Hauptversammlung vertretener Aktionär Widerspruch zur Niederschrift. Er hat auch seine Anfechtungsklage innerhalb der Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG erhoben, weil die Zustellung der Klage am 13.7.2006 an Vorstand und Aufsichtsrat als demnächst i. S. d. § 167 ZPO anzusehen ist. (...)

Die beschlossene Satzungsergänzung verstößt gegen § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG. Sie stellt keine zulässige Ausübung der in § 131 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 AktG erteilten gesetzlichen Ermäch-

tigung vor, Näheres zur zeitlich angemessenen Beschränkung der Frage- und Redemöglichkeiten in den Hauptversammlungen mittels Satzung oder Geschäftsordnung zu bestimmen.

Der Inhalt der durch § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG erteilten Ermächtigung an die Hauptversammlung bedarf der Gesetzesauslegung. Danach kann die Ermächtigung nicht so weit gehen, Anordnungen des Versammlungsleiters in einem von der Satzung festgelegten Bereich einer gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, wie dies aber geschähe, wenn die Satzungsänderung Bestand hätte und die vom Versammlungsleiter getroffenen Maßnahmen in dem von der Satzung vorgegebenen Rahmen als angemessen fingiert werden würden, vgl. Absatz 1 lit. e) der Satzungsänderung. § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG ist dabei dahin auszulegen, dass gerichts feste Anordnungsspielräume von der Gesellschaft nicht bestimmt werden können.

Im Einzelnen:

Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung lässt offen, was unter „Näheres“ zu verstehen ist, kann also auf das Verfahren wie auch auf eine Beschränkung selbst bezogen sein. Die Systematik, also der Zusammenhang mit dem ersten Halbsatz der Bestimmung („kann ... ermächtigen, ... zeitlich angemessen zu beschränken“), deutet darauf hin, dass der Beschränkungsumfang als Gegenstand der übertragenen Regelungsbefugnis zum „Näheren“ nicht gemeint sein kann. Denn nach dem ersten Halbsatz der Vorschrift soll die Beschränkung angemessen sein, d. h. an den Verhältnissen des Einzelfalls gemessen werden, nämlich an den Bedürfnissen in der konkreten Hauptversammlung. Das ist bei einer abstrakten Regelung grundsätzlich nicht möglich.

Die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung spricht eher für einen Willen zur Schaffung gerichts fester Anordnungsgebiete. Während die Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des UMAG (BT-Drucks. 15/5092, S. 17) noch als Kernelement der Neuregelung die Zusammenfassung von Redezeiten und Fragezeiten durch den Versammlungsleiter ansieht, wird andererseits von einem Ermächtigungsrahmen gesprochen und auch von der Angemessenheit seiner Ausfüllung. In einer Veröffentlichung des zuständigen Referatsleiters (*Seibert*, WM 2005, 159, 160) wird die Ansicht geäußert, es handele sich um eine Ermächtigung zu einer Rahmenregelung durch die Satzung, deren Bestand dem Versammlungsleiter eine „sichere Basis für seine Anordnung“ geben solle.

Eine Auslegung unter Berücksichtigung eines solchen Regelungszwecks würde jedoch gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstoßen, weshalb sie einschränkend und verfassungskonform zu erfolgen hat. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 20.9.1999 (NJW 2000, 349) genießt das Aktionärsrecht, Informationen zu erhalten, als wesentlicher Bestandteil des durch Art. 14 Abs. 1 GG erfassten Mitgliedschaftsrechts ebenfalls Grundrechtsschutz. Eine Beschränkung dieses Grundrechts durch ein Gesetz i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss also verhältnismäßig sein, d. h. geeignet, erforderlich und dem Zweck angemessen. Verfolgter Zweck ist, wie in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommen, die Steigerung der Effektivität der Hauptversammlung, verwirklicht durch die Erreichung der Zwischenziele „Förderung der Diskussionskultur“ und „Vorbeugung vor Missbrauch“ (vgl. BT-Drucks. 15/5092).

Dieser Erfolg kann mit einer Ermächtigung der Hauptversammlung zu einer abstrakten, im Einzelfall nicht mehr nachprüfaren Zeitbestimmung in einer Satzung oder Geschäftsordnung nicht erreicht werden. Einem so verstandenen Gesetzesinhalt würde ein Eignungsmangel im Hinblick auf

den verfolgten Zweck anhaften. Eine Festlegung angemessener Zeitgrenzen ohne Rücksicht auf die Belange der jeweils anstehenden Hauptversammlung ist sachgerecht nicht möglich. Es mangelt an Kriterien, an denen sich eine solche Festlegung ausrichten könnte. Weder die Höhe des Stammkapitals noch die Aktionärstruktur oder auch die Erfahrungen mit vergangenen Hauptversammlungen ermöglichen eine Festlegung für die Zukunft, wie auch die in der Regierungsbegründung befürwortete Regeldauer einer Hauptversammlung keine Vorabfestlegung zu rechtfertigen vermag.

Das vom LG unter Hinweis auf die Regierungsbegründung gebrauchte Argument, es müsse einem Missbrauch der Redezeit vorgebeugt werden, ist in diesem Zusammenhang nicht überzeugend. Einem Missbrauch eines Rechts kann nicht in tauglicher Weise dadurch vorgebeugt werden, dass das Recht selbst abgeschafft oder begrenzt wird.

Mit der verfassungskonform restriktiven Auslegung wird die erteilte Ermächtigung zur Bestimmung des „Näheren“ nicht inhaltsleer, weil das Verfahren zur Beschränkung durch die Hauptversammlung näher geregelt werden kann.

Die angegriffene Satzungsbestimmung will, wie Abs. 1 lit. e) es zum Ausdruck bringt, eine vom Versammlungsleiter innerhalb eines ihm von der Satzung eingeräumten Rahmens getroffene Entscheidung einer gerichtlichen Nachprüfung entziehen. Das ist der sich bei der gebotenen objektiven Auslegung ergebende Inhalt der Bestimmung „gelten als angemessen“. Damit ist die Satzungsergänzung von § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht mehr gedeckt.

Der Gesetzesverstoß führt zur Anfechtbarkeit der gesamten, beschlossenen Satzungsänderung, denn eine Aufrechterhaltung einzelner Teile des Beschlusspunktes kommt nach § 139 BGB nicht in Betracht. Der Einheitlichkeitswille ergibt sich aus der Zusammenfassung der verschiedenen Änderungen unter einem Tagesordnungspunkt und einem Punkt zur Satzungsergänzung.

14. HGB § 25 Abs. 2 (Eintragung eines Haftungsausschlusses)

Die Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB kann durch das Registergericht nur dann abgelehnt werden, wenn offensichtlich ist, dass eine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Abs. 1 HGB nicht in Betracht kommen kann.

Die Anmeldung eines Haftungsausschlusses kann zum Registerblatt des neuen Unternehmensträgers durch diesen allein erfolgen.

OLG München, Beschluss vom 30.4.2008, 31 Wx 41/08; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die beteiligte Gesellschaft wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 6.12.2007 als GmbH gegründet und am 10.12.2007 unter der Firma „I. GmbH“ in das Handelsregister eingetragen, wobei als Geschäftszweck „Handel mit Textilien, Lederwaren und Accessoires“ verlautbart wurde. Unter Datum vom 28.12.2007 meldete der Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaft, welcher zugleich deren einziger Gesellschafter ist, beim Registergericht eine von der GmbH mit dem Einzelkaufmann B. getroffene abweichende Vereinbarung i. S. v. § 25 Abs. 2 HGB zur Eintragung in das Handelsregister an. Zur Begründung wurde in der Anmeldung vorgetragen, dass die GmbH beabsichtige, die vier bislang von dem Einzelkaufmann B. betriebenen Einzelhandelsgeschäfte für Textilien und Lederwaren unter der von diesem verwendeten Bezeichnung „C.“ fortzuführen. Dies könnte als Firmenfortführung angesehen werden, daher werde die Eintragung

des Haftungsausschlusses „vorsorglich beantragt“. Nach der der Anmeldung beigefügten Vereinbarung zwischen dem Einzelkaufmann und der GmbH sollte der Einzelkaufmann (aus Alters- und Gesundheitsgründen) seine Geschäftstätigkeit zum 31.12.2007 einstellen (wozu er sich verpflichtete) und die neu gegründete GmbH ab 1.1.2008 in dessen früheren Geschäftsräumen den Textileinzelhandel aufnehmen. Es sollte jedoch weder eine Übernahme des Geschäftsbetriebs, noch eine Übernahme der Verbindlichkeiten des B. erfolgen. Der Geschäftsbetrieb der GmbH sollte unabhängig und auch nicht unter Fortführung der Firma des B. erfolgen. Allerdings sollte die GmbH sowohl im Geschäftsverkehr als auch zur Kennzeichnung der Ladengeschäfte die Bezeichnung „C.“ benutzen dürfen, auch als Firma der GmbH und als eigene Marke. Hinsichtlich der bestehenden Verbindlichkeiten wurde Folgendes vereinbart:

„Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass die GmbH keinerlei Verbindlichkeiten des B. übernimmt, insbesondere nicht die in dem Betriebe des B. begründeten Verbindlichkeiten. Eine Haftung der GmbH gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB tritt nicht ein. Eine Firmenfortführung i. S. d. § 25 HGB findet nicht statt. Lediglich vorsorglich treffen die Vertragsparteien die Vereinbarung, dass weder Verbindlichkeiten noch Forderungen des B. i. S. d. § 25 HGB auf die GmbH übergehen sollen. Die GmbH wird vorsorglich eine Eintragung dieser Vereinbarung in das Handelsregister und deren Bekanntmachung veranlassen.“

Die Eintragung des angemeldeten Ausschlusses wurde durch das AG abgelehnt. Die Beschwerde der GmbH hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Es fehle bereits an einer Firmenfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB, da die Firma der beteiligten Gesellschaft „I. GmbH“ und nicht „C.“ laute. Die Firma einer GmbH sei der Name der Gesellschaft, wie er im Handelsregister für diese eingetragen sei, nicht die „Fantasiebezeichnung“ für ein bestimmtes Geschäftslokal.

Daher komme es weder darauf an, ob die von der GmbH unter der Bezeichnung „C.“ betriebenen Ladengeschäfte vom früheren Inhaber B. ebenfalls mit „C.“ bezeichnet wurden, noch darauf, ob B. ggf. sogar unter dieser „Firma“ im Geschäftsverkehr aufgetreten sei. Es sei auch nicht entscheidungserheblich, ob durch die Übernahme der Ladenlokale und des Anlage- bzw. Umlaufvermögens der Anschein einer Betriebsübernahme erweckt sein könnte, denn nach der vorgelegten Vereinbarung solle eine Betriebsübernahme ja gerade nicht stattfinden.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO).

a) Wird ein Haftungsausschluss nach § 25 Abs. 2 HGB zur Eintragung im Handelsregister angemeldet, so hat das Registergericht als Voraussetzung der Eintragung zu prüfen, ob die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB vorliegen, ob also eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB überhaupt in Betracht kommen kann, denn nur in diesem Fall handelt es sich bei dem Haftungsausschluss um eine eintragungsfähige Tatsache. Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters schließt es aus, es in das Ermessen des Gerichts oder das Belieben der Beteiligten zu stellen, welche Eintragungen im Handelsregister vorgenommen werden. Bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit hat das Registergericht die tatsächlichen Angaben zugrunde zu legen, die sich der formgerechten (§ 12 HGB) Anmeldung des Haftungsausschlusses – im Wege einer Gesamtschau – entnehmen lassen.

Nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung ist ein Haftungsausschluss grundsätzlich einzutragen, wenn eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB „ernsthaft in Betracht“ kommt (vgl. nur OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1119 und 1999, 396 = ZNotP 1999, 167; OLG Düsseldorf, FGPrax 2003, 233 = RNotZ 2003, 459; BayObLG, NJW-RR 2003, 757; OLG Frankfurt, FGPrax 2005, 225 = NotBZ 2006, 24), denn die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB treten nicht in jedem Fall bei der Anmeldung des Haftungsausschlusses klar zu Tage, sondern sind unter Umständen nur unter Heranziehung der zu § 25 Abs. 1 HGB ergangenen Rechtsprechung erst als Ergebnis einer rechtlichen Wertung im Hinblick auf einen komplexen Sachverhalt zu bejahen – oder zu verneinen. Dem Rechtspfleger am Registergericht, dem die Anmeldung eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB zur Entscheidung vorliegt, kann keine abschließende Beurteilung der Haftungsfrage, welche im Einzelfall umfangreiche tatsächliche Ermittlungen erfordern kann, auferlegt werden, zumal in Rechtsprechung und Literatur nicht nur über die dogmatische Begründung, sondern auch über die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB erheblicher Streit besteht (vgl. BGH, NJW 1992, 911 = DNotZ 1992, 581 und BGH, NJW 1996, 2866; MünchKommHGB/Lieb, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 9 ff.; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 6. Aufl., § 25 Rdnr. 2 ff., jeweils m. w. N.).

Im Anschluss an die Entscheidung des BayObLG vom 15.1.2003 (NJW-RR 2003, 757) hält der Senat einen vereinbarten Haftungsausschluss nur dann für nicht eintragungsfähig, wenn eindeutig und zweifelsfrei schon keine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Abs. 1 HGB in Betracht kommt (so auch *Röhrich/Graf von Westfalen/Ammon*, HGB, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 42 m. w. N.). Denn nur so wird letztlich ausgeschlossen, dass sich eine unterschiedliche Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB durch Registergerichte einerseits und Prozessgerichte andererseits in Bezug auf dasselbe Unternehmen einseitig zum Nachteil des neuen Unternehmensträgers auswirken kann.

b) Vorliegend kann die Annahme eines Erwerbs des Handelsgeschäfts unter Lebenden nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden, denn es wurde (wenn auch unter bewusster Vermeidung einer direkten und kompletten rechtsgeschäftlichen Übertragung der Einzelhandelsgeschäfte des B.) durch einvernehmliche Maßnahmen deren Fortführung im wesentlichen Kern, insbesondere in deren alten Geschäftsräumen, mit derselben Geschäftsausstattung und zumindest einem Teil der Waren, unter teilweiser Fortführung der alten Lieferantenverträge und unter Ausnutzung der vorhandenen Kundendatei vereinbart (vgl. hierzu BGH, NJW 2006, 1001 = DNotZ 2006, 629).

Auch wenn der frühere Unternehmensträger nicht im Handelsregister eingetragen ist, hindert dies die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 25 Abs. 1 HGB nicht, sofern nur die Möglichkeit besteht, dass es sich um einen Kaufmann i. S. v. § 1 Abs. 1 HGB handelt. Eine abschließende Aufklärung dieser Frage ist im Verfahren über die Eintragung eines Haftungsausschlusses nicht veranlasst. In Teilen der Literatur wird darüber hinaus sogar die Ansicht vertreten, § 25 Abs. 1 HGB sei analog auf alle Unternehmensträger – unabhängig von einer Kaufmannseigenschaft i. S. v. § 1 Abs. 1 HGB – anwendbar (vgl. zum Meinungsstand *Baumbach/Hopt*, HGB, 33. Aufl., § 25 Rdnr. 2 m. w. N.).

Selbst wenn ausdrücklich vereinbart wird, dass die zur Fortführung des Unternehmens durch den neuen Unternehmensträger getroffenen Regelungen keine Geschäftsübernahme darstellen sollen, schließt dies eine Haftung nach § 25 Abs. 1

HGB nicht aus, da es für dessen Anwendbarkeit gerade nicht auf den genauen Inhalt der vertraglichen Vereinbarung und auch nicht auf deren Wirksamkeit ankommt, sondern darauf, ob die Geschäftstätigkeit des neuen Unternehmensträgers – aus der Sicht des Verkehrs – als Geschäftsübernahme gewertet werden kann (vgl. nur *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rdnr. 4 m. w. N.).

Eine Fortführung des Geschäftsbetriebs liegt vor, da der Einzelkaufmann seinen zum 31.12.2007 einstellen und die GmbH diesen in dessen früheren Geschäftsräumen ab 1.1.2008 fortsetzen sollte.

c) Davon zu unterscheiden ist die Frage der Firmenfortführung. Nach dem Wortlaut des § 25 Abs. 1 HGB müsste die GmbH als neue Unternehmensträgerin zusätzlich die Firma des bisherigen Unternehmensträgers fortführen. Diesbezüglich hat das LG ausgeführt, dass die Firma einer GmbH der Name ist, unter dem sie als juristische Person im Rechtsverkehr auftritt (§ 13 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 1 Abs. 1 und § 17 Abs. 1 HGB) und dass vorliegend die beteiligte Gesellschaft nach wie vor „I. GmbH“ heißt, also nach Übernahme der Einzelhandelsgeschäfte des B. gerade nicht umfirmiert hat. Dies ist für sich genommen zutreffend, reicht im vorliegenden Fall jedoch nicht aus, um eine mögliche Haftung der GmbH nach § 25 Abs. 1 HGB mit der erforderlichen Sicherheit auszuschließen.

aa) Zwar muss es sich grundsätzlich um eine „echte“ Firma i. S. v. § 17 Abs. 1 HGB handeln; hierzu gehören aber auch die sog. Fantasiefirmen, die gerade nicht den Inhabernamen als Bestandteil haben, und im Einzelfall nicht ohne weiteres von sog. Geschäfts- oder Etablissementbezeichnungen zu unterscheiden sind (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 19 Rdnr. 8 und § 18 Rdnr. 5). Eine Geschäfts- oder Etablissementbezeichnung ist gerade keine Firma, sondern eine Bezeichnung des Unternehmens. In der Literatur wird allerdings teilweise die Auffassung vertreten, dass auch im Falle der bloßen Fortführung einer Geschäftsbezeichnung eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB möglich sei (vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., § 8 II 1 c; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 7 Rdnr. 1 ff.; MünchKommHGB/Lieb, § 25 Rdnr. 64; *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., § 25 Rdnr. 86; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Zimmer*, HGB, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 47 m. w. N.). Aber auch in der Rechtsprechung werden die Anforderungen an die Fortführung „der Firma“ nicht gleichmäßig streng durchgehalten:

Vgl. BGH, NJW 1987, 1633 = DNotZ 1987, 374: Entscheidend sei, ob die Bezeichnung so geführt werde, dass der Verkehr daraus entnehmen muss, es handle sich um eine vom Unternehmer gewählte Firma; BGH, NJW 2001, 1352 = DNotZ 2001, 811: Die unveränderte Weiterbenutzung der Geschäftsbezeichnung sei (im konkreten Fall) als Firmenfortführung gemäß § 25 HGB zu werten; LG Berlin, NJW-RR 1994, 609: Das Nichtvorliegen einer Firmenfortführung im eigentlichen Sinn schließe eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht grundsätzlich aus; OLG Düsseldorf, GmbHR 1991, 315: Fortführung der Firma des früheren Unternehmensträgers als Geschäftsbezeichnung sei ausreichend für die Haftung nach § 25 Abs. 2 HGB; a. A.: OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 395 und OLG Hamm, NJW-RR 1997, 733: Eine bloße Fortführung der Geschäftsbezeichnung begründe keine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB; nicht eindeutig: OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 965 („Laterna“): Es sei darauf abzustellen, dass sich die Geschäftsbezeichnung von einer „Firma“ dadurch unterscheidet, dass sie nicht auf den Inhaber des Unternehmens, sondern nur auf das Unternehmen hinweise; wenn aber die Bezeichnung objektiv geeignet sei, den Geschäfts-

inhaber zu individualisieren, gehe sie über die Grenzen einer Geschäftsbezeichnung hinaus und unterfalle dem Firmenrecht; OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 395 („Strandhotel Imperator“): Unterscheidungskriterium sei, ob die Bezeichnung nur als Etablissementbezeichnung oder auch als Fantasiefirma „denkbar“ sei (dann sei § 25 Abs. 1 HGB anwendbar).

Eine abschließende Beurteilung der Frage, ob vorliegend die vom alten wie vom neuen Unternehmensträger verwendete Bezeichnung „C.“ eine (ggf. unzulässig geführte) Fantasiefirma oder lediglich eine Geschäftsbezeichnung ist, braucht im Rahmen der Prüfung der Eintragungsfähigkeit eines Haftungsausschlusses nicht zu erfolgen, da auch bei der Fortführung einer bloßen Geschäftsbezeichnung eine Haftung nach § 25 Abs. 2 HGB nicht offensichtlich ausgeschlossen ist.

bb) Auch wenn es sich um eine unzulässige „echte“ Firmierung handeln würde, ließe dies für sich genommen nicht die Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB entfallen, da die Frage, ob eine Firmenfortführung anzunehmen ist, aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs zu beurteilen ist (BGH, MDR 1992, 564). Für dessen Sicht kommt es aber nicht auf die firmenrechtliche Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der alten oder der neuen „Firma“ an. Entscheidend ist, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte „Firma“ eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen „Firma“ sieht (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2003, 233 = RNotZ 2003, 459).

Es ist daher – entgegen der Ansicht des LG – für die Frage der Eintragungsfähigkeit des Haftungsausschlusses unerheblich, dass die beteiligte Gesellschaft nach § 4 GmbHG nicht als „C.“ – ohne Rechtsformzusatz – firmieren dürfte und dass sie als GmbH wegen des Grundsatzes der Firmeneinheit (vgl. hierzu *Baumbach/Hopt*, HGB, § 17 Rdnr. 4 und 9 sowie *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 4 Rdnr. 2 m. w. N.) – aus der Sicht des Firmenrechts – zudem nur unter dem Namen firmieren darf, der für sie im Handelsregister eingetragen ist. Wollte man im Rahmen des § 25 Abs. 1 HGB auf die zulässige Verwendung der Firma abstellen, würde bei Unternehmen, die sich über die Vorgaben des Firmenrechts hinwegsetzen, eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ausscheiden, während Firmen, die diese Vorgaben einhalten, haften würden.

Davon zu trennen sind die Folgen einer unzulässigen Firmierung: Da der GmbH-Zusatz Teil der Firma einer GmbH ist, kann das Auftreten im Geschäftsverkehr ohne entsprechenden Zusatz die persönliche Haftung des Handelnden, insbesondere des Geschäftsführers, begründen; diese Rechtsscheinhaftung lässt sich durch eine Eintragung nach § 25 Abs. 2 HGB auch nicht ausschließen, da sie neben der Haftung der Gesellschaft nach § 25 Abs. 1 HGB besteht (*Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 4 Rdnr. 15). Da ein solches Auftreten zudem gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit aus § 18 Abs. 2 HGB verstoßen kann, drohen sowohl ein Firmenmissbrauchsverfahren nach § 37 Abs. 1 HGB (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 18 Rdnr. 19 und § 37 Rdnr. 3 und 5), als auch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche von Mitbewerbern (§ 37 Abs. 2 Satz 2 HGB), z. B. nach §§ 8, 9 i. V. m. § 3 UWG.

Da im vorliegenden Fall nicht von vornherein mit der erforderlichen Sicherheit eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ausgeschlossen werden kann, ist der Haftungsausschluss – ebenso wie der Ausschluss des Forderungsübergangs – eintragungsfähig. Ob eine Haftung des neuen Unternehmensträgers nach § 25 Abs. 1 HGB im konkreten Fall tatsächlich besteht, ist im Verfahren über die Eintragung eines Haftungsausschlusses nicht abschließend zu beurteilen.

d) Zwar sind seit der Anmeldung des Haftungsausschlusses bereits über drei Monate vergangen. Die Eintragung des Haftungsausschlusses erscheint jedoch auch jetzt noch nicht offensichtlich wirkungslos, so dass die Eintragung nicht wegen Zeitablaufs ausgeschlossen ist (vgl. hierzu BayObLG, NJW-RR 2003, 757 und OLG München, Rpfleger 2007, 328 = MittBayNot 2007, 333 m. w. N.).

e) Entgegen der Ansicht des AG konnte die Anmeldung des Haftungsausschlusses auch allein durch die GmbH erfolgen (ebenso: *Röhrich/Graf von Westphalen/Ammon*, HGB, § 25 Rdnr. 42 und *Koller/Roth/Morck*, HGB, § 25 Rdnr. 8 sowie *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 558 – die vom AG in seiner Entscheidung vom 24.1.2008 zitierte Fundstelle Rdnr. 554 bei *Krafka/Willer* bezieht sich nicht auf die isolierte Anmeldung eines Haftungsausschlusses, sondern auf die Anmeldung eines Inhaberwechsels in den Fällen, in denen der frühere Unternehmensträger im Handelsregister eingetragen ist; offen gelassen bei MünchKommHGB/*Lieb*, § 25 Rdnr. 116 m. w. N.).

15. GmbHG §§ 8 Abs. 1 Nr. 6, 9 c Abs. 1; GastG § 2 Abs. 1 Satz 1 (*Genehmigungsnachweis im Eintragsverfahren*)

Den Nachweis staatlicher Genehmigung des Gegenstands einer GmbH darf das Registergericht nur verlangen, wenn es in Anwendung der Genehmigungsnorm begründeten Anhalt für eine Genehmigungsbedürftigkeit hat.

Der programmatische Gegenstand des Betriebs gastronomischer Einrichtungen ist nicht erlaubnisbedürftig. (Leit-satz des Einsenders)

LG Berlin, Beschluss vom 9.1.2008, 106 T 93/07, eingesandt von Notar Dr. *Michael Bohrer*, München

Die Gesellschaft wurde am 6.5.2003 gegründet und in der Folgezeit ins Handelsregister eingetragen. Unternehmensgegenstand war zunächst die Verwaltung eigenen Vermögens. Der Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 6.5.2004 enthält die Änderung des Unternehmensgegenstands dahin, dass dieser der Betrieb einer Gaststätte nach Erhalt der erforderlichen Konzession sowie die Beteiligung an anderen Unternehmen sei. Die Änderung des Unternehmensgegenstands wurde in der Folgezeit in das Handelsregister wie beantragt eingetragen. Die entsprechende Anmeldung enthält den Hinweis auf den Ort des Geschäftslokals der Gesellschaft.

Mit notarieller Urkunde hat die Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer die Anmeldung der Satzungsänderung (Änderung des Unternehmensgegenstands) angemeldet. Beigefügt war die notariell beurkundete Gesellschafterversammlung vom 28.3.2007. In dieser heißt es, dass der Gegenstand des Unternehmens nunmehr folgenden Wortlaut erhalte:

„Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb von gastronomischen Einrichtungen sowie das Erbringen von Dienstleistungen in den Bereichen der Gastronomiestrategie, Konzeptions-Vermarktung und Marketing.“

Mit Schreiben vom 16.5.2007 hat das AG Folgendes gegenüber der Gesellschaft ausgeführt: „... bitte ich § 2 des Gaststättengesetzes zur Kenntnis zu nehmen, es stellt auf die Ausübung des Gaststättengewerbes ab, nicht auf eine – ohnehin nicht nachvollziehbare – Differenzierung nach einer oder mehreren Gaststätten“. Worauf sich dieses Schreiben bezieht, lässt sich nicht feststellen.

Mit Schreiben vom 21.5.2007 hat die Beschwerdeführerin gebeten, von den Bedenken Abstand zu nehmen, anderenfalls das Schreiben als Beschwerde zu behandeln sei.

Unter dem 13.7.2007 hat das Registergericht der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der IHK, wonach eine Gaststättenkonzession erforderlich sei, zugeleitet und sinngemäß daran festgehalten, dass es

einer Gaststättenkonzession bedürfe, weil eine Differenzierung nach einem „programmatischen“ und einem tatsächlichen Betrieb von gastronomischen Einrichtungen nicht erfolge. Es entspreche der langjährigen Praxis des Gerichts, das Vorliegen bzw. zeitweilige „Noch-nicht-Vorliegen“ einer Gaststättenkonzession im Gegenstand durch die Einschränkung „... nach Vorliegen der erforderlichen Genehmigung ...“ sichtbar werden zu lassen.

Mit Schreiben vom 24.7.2007 bat der Notar, sein Schreiben vom 21.5.2007 als Beschwerde zu behandeln. Er hat geltend gemacht, dass nach der obergerichtlichen Rechtsprechung eine Differenzierung erforderlich sei, ob eine Gesellschaft „programmatisch“ beliebige Gaststätten zu betreiben beabsichtige oder es sich „konkret“ um den Rechtsträger einer vorhandenen Gaststätte handle.

Das AG hat nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere steht ihr nicht entgegen, dass mit Schreiben vom 24.7.2007 auf ein Schreiben vom 21.5.2007 Bezug genommen wird und dieses Schreiben – soweit es sich den Akten nach erneuter Vorlage gegenüber dem AG entnehmen lässt – vor der angegriffenen Zwischenverfügung, die – soweit ersichtlich – erstmals unter dem 13.7.2007 ergangen ist, datiert. Auch wenn eine vor Erlass der Entscheidung eingelegte Beschwerde unzulässig ist, liegt eine Unzulässigkeit hier deshalb nicht vor, weil die Beschwerde jedenfalls mit Schriftsatz vom 24.7.2007 wiederholt worden ist. Dies ergibt sich eindeutig aus der Bitte, einen vorangegangenen Schriftsatz als Beschwerde zu verstehen.

Die Beschwerde ist auch nicht etwa deswegen unzulässig, weil sie sich gegen eine bloße nicht anfechtbare Meinungsäußerung des Registergerichts wenden würde. Der bei den Akten befindlichen Verfügung vom 13.7.2007 lässt sich – noch – entnehmen, dass das Registergericht ein Eintragungshindernis, die fehlende Gaststättenkonzession, aufzeigt und von der Vorlage die Eintragung in der beantragten Form abhängig macht.

Auch im Übrigen ist die an keine Frist gebundene Beschwerde statthaft, § 19 FGG. Gemäß § 20 Abs. 1 FGG ist die Gesellschaft auch beschwerdebefugt. Von der Vertretungsbefugnis des Notars kann schon aufgrund seiner beruflichen Stellung ausgegangen werden, ohne dass es darauf ankäme, ob diese aus § 129 FGG folgt (vgl. *Bumiller/Winkler*, FGG, 8. Aufl., § 129 Rdnr. 2).

Die Beschwerde ist begründet. Der Nachweis, dass der Gesellschaft der Betrieb von Gaststätten erlaubt worden sei, kann hier nicht gefordert werden.

Grundsätzlich muss der Anmeldung einer Kapitalgesellschaft in dem Fall, dass der Gegenstand des Unternehmens der staatlichen Genehmigung bedarf, die Genehmigungsurkunde beigefügt werden (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 5 AktG). Solange diesem Erfordernis nicht entsprochen worden ist, fehlt es an einer ordnungsgemäßen Anmeldung (§ 9 c GmbHG, § 38 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Gesellschaft darf nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Damit soll vermieden werden, dass durch die Eintragung eine juristische Person zur Entstehung gelangt, obwohl ein staatlich nicht genehmigter und damit unzulässiger Unternehmensgegenstand durch das Unternehmen verfolgt wird (BGHZ 102, 209, 217 = DNotZ 1988, 506; BayObLG, DNotZ 1991, 619). Die Erlaubnis, eine Gaststätte betreiben zu dürfen, stellt eine derartige Betriebserlaubnis grundsätzlich dar.

Vorliegend besteht eine Pflicht zur Vorlage von Urkunden, die eine derartige Erlaubnis zum Betrieb von bestimmten Gaststätten ergeben, jedoch nicht. Regelmäßig ist die Angabe im Gesellschaftsvertrag für die Frage allein entscheidend, ob

eine staatliche Genehmigung erforderlich ist (BayObLG, DNotZ 1991, 619). Über die Genehmigungsbedürftigkeit hat dann nicht das Registergericht, sondern die zuständige Verwaltungsbehörde zu entscheiden. Hat das Registergericht Zweifel hinsichtlich des Genehmigungserfordernisses, kann es verlangen, dass der Anmelder eine Bescheinigung der Verwaltungsbehörde vorlegt, wonach der im Gesellschaftsvertrag bezeichnete Unternehmensgegenstand keiner staatlichen Genehmigung bedarf. Ein solches Verlangen ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn nach der maßgebenden Bescheinigung des Unternehmensgegenstandes begründeter Anlass für die Annahme besteht, dass die beabsichtigte Geschäftstätigkeit eine staatlichen Genehmigung erfordert (BayObLG, DNotZ 1991, 619 m. w. N.).

Die Vorlage einer Konzession bzw. eines Negativattestes kommt hier nicht in Betracht, weil der Unternehmensgegenstand hier weder erlaubnisfähig noch erlaubnisbedürftig nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GastG ist. Es handelt sich insoweit um eine programmatische (allgemeine) Aussage, irgendwann und irgendwo das Gaststättengewerbe betreiben zu wollen. Die Erlaubnispflicht tritt erst ein, wenn sich der Programmsatz auf eine bestimmte Gaststätte konkretisiert hat, weil die Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 GastG nur für bestimmte Räume erteilt werden kann (BayObLG, DNotZ 1991, 619 m. zahlreichen w. N.). Die zuständige Behörde kann eine noch nicht existierende Gaststätte nicht beurteilen und daher auch nicht bekunden, ob sie genehmigungsfähig ist oder nicht. Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass in der zitierten Entscheidung, wie auch in der vom Beschwerdeführer eingeführten Entscheidung des OLG Frankfurt, Rpfleger 1980, 22, in den dortigen Gesellschaftsverträgen der Unternehmensgegenstand mit „Betrieb gastronomischer Betriebe aller Art“ gekennzeichnet ist, während vorliegend es nur allgemein „Betrieb von gastronomischen Einrichtungen“ heißt. Trotz des fehlenden Zusatzes „aller Art“ handelt es sich auch hier um einen Fall, in dem ganz allgemein der Betrieb von Gaststätten der Unternehmensgegenstand ist (siehe insoweit ausdrücklich auch *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 16 Fn. 34 m. w. N.).

Ob dann, wenn das Registergericht Anhaltspunkte dafür hat, dass sich hinter der allgemeinen Satzungsangabe nicht der Betrieb eines schon konkret vorliegenden, erlaubnispflichtigen Gewerbes verbirgt, die Vorlage der Gaststättenkonzession verlangt werden kann (so LG München, MittBayNot 1981, 146) kann hier offen bleiben. Die Zwischenverfügung ließe sich mit dieser Begründung nicht aufrechterhalten. Es handelte sich um einen gänzlich anderen Sachverhalt als denjenigen, der der Zwischenverfügung vom 13.7.2007 zugrunde liegt und damit um eine andere Zwischenverfügung. In der angegriffenen Verfügung ist die Rede davon, dass es der Gaststättenkonzession bedürfe, weil es nicht darauf ankomme, ob eine Gaststätte oder programmatisch mehrere Gaststätten zukünftig betrieben würden. Im Falle der Annahme eines Umgehungsstatbestandes ginge es jedoch darum, dass tatsächlich bereits eine konzessionspflichtige Gaststätte betrieben wird, und es deshalb gegebenenfalls auf die Erlaubnispflicht ankommen kann. Ermittlungen in dieser Hinsicht hat das Registergericht auch nicht angestellt.

Ob das Registergericht für den Fall des Betriebens einer erlaubnispflichtigen Gaststätte für diese die Konzession verlangen kann (verneinend für den Fall der Aufnahme des Betriebs bestimmter Gaststätten im Verlaufe des Eintragungsverfahrens BayObLG, DNotZ 1991, 619, ist hier nicht zu entscheiden, weil dies nicht Gegenstand der Zwischenverfügung ist. Verfahrensgegenstand bei der Zwischenverfügung ist nur die konkrete vom AG genannte Beanstandung, wozu auch die tragende Begründung gehört.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. ZPO §§ 240, 725, 727 Abs. 1; InsO § 89 (Klauselerteilung nach Insolvenzeröffnung)

Das Verfahren auf Erteilung der Vollstreckungsklausel wird durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Schuldners nicht gemäß § 240 ZPO unterbrochen (im Anschluss an BGH, NZBau 2007, 373 = Rpfleger 2007, 405 = NJW 2007, 3132).

Die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners nicht bereits gemäß § 89 Abs. 1 InsO unzulässig.

Hat der Schuldner in einer notariellen Urkunde die persönliche Haftung in der Weise übernommen, dass der jeweilige Gläubiger der Grundschuld ihn daraus in Anspruch nehmen kann, ist Rechtsnachfolger des in der Urkunde genannten Gläubigers grundsätzlich nur, wer sowohl Gläubiger des Anspruchs als dem Schuldversprechen als auch der Grundschuld ist.

BGH, Beschluss vom 12.12.2007, VII ZB 108/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Gläubigerin betreibt gegen die Eheleute B. (im Folgenden: Schuldner) die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde. Die Schuldner haben sich gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel gewandt.

Die Schuldner, die Eigentümer mehrerer Grundstücke waren, bewilligten am 19.8.1999 zur Urkunde des Notars B. die Eintragung einer brieflosen Grundschuld für die D.-Bank. Für die Zahlung eines Geldbetrags in Höhe des Grundschuldbetrags, einer einmaligen Nebenleistung und der jährlichen Zinsen übernahmen sie die persönliche Haftung. Insoweit ist in der notariellen Urkunde festgelegt, dass der jeweilige Gläubiger der Grundschuld sie aus dieser Haftung schon vor der Vollstreckung in den Grundbesitz und schon vor und unabhängig von einer Eintragung der Grundschuld im Grundbuch in Anspruch nehmen kann. Des Weiteren ist bestimmt, dass sich jeder Schuldner insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen unterwirft.

Am 31.1.2006 trat die D.-Bank neben der Grundschuld ihre Ansprüche aus der persönlichen Haftungsübernahme einschließlich der Zwangsvollstreckungsunterwerfung an die B.-Bank ab, die nach Verwertung und Löschung der Grundschuld am 25.4.2006 diese Ansprüche ihrerseits am 30.5.2006 an die Gläubigerin abtrat.

Am 16.6.2006 hat Notar B. der Gläubigerin unter Zurückziehung der ursprünglich erteilten Vollstreckungsklausel eine Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 19.8.1999 zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen des persönlichen Anspruchs gegen die Schuldner erteilt. Diese haben dagegen Erinnerung eingelegt, die das AG zurückgewiesen hat. Auf die sofortige Beschwerde der Schuldner hat das LG den Beschluss des AG aufgehoben und die Zwangsvollstreckung aus der Vollstreckungsklausel vom 16.6.2006 für unzulässig erklärt. Dagegen richtet sich die vom LG zugelassene Rechtsbeschwerde der Gläubigerin.

Über das Vermögen der Schuldner wurde am 3.5.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt S. als Insolvenzverwalter bestellt.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde der Gläubigerin hat keinen Erfolg.

1. Seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzverwalter anstelle der Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren Verfahrensbeteiligter kraft Amtes (vgl. BGH, NJW 1997, 1445 = NotBZ 2008, 107). Das Verfahren ist nicht nach § 240 ZPO unterbrochen. Der Senat hat bereits entschieden,

dass diese Vorschrift bei Pfändungsmaßnahmen im Rahmen der Zwangsvollstreckung keine Anwendung findet (BGH, NZBau 2007, 373 = Rechtspfleger 2007, 405 = JurBüro 2007, 383). Nichts anderes hat für die die Zwangsvollstreckung vorbereitenden und sie erst ermöglichenden Maßnahmen, wie die Erteilung der Vollstreckungsklausel (*Musielak/Lackmann*, ZPO, 5. Aufl., vor § 704 Rdnr. 29), zu gelten.

2. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

a) Das LG ist der Auffassung, aus der vollstreckbaren Urkunde vom 19.8.1999 ergebe sich, dass die Schuldner die persönliche Haftung nur gegenüber dem jeweiligen Grundschuldgläubiger übernommen und sich nur diesem gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hätten.

Der Notar habe daher die Vollstreckungsklausel nicht zugunsten der Gläubigerin erteilen dürfen, da diese nicht nachgewiesen habe, dass sie als Grundschuldgläubigerin Rechtsnachfolgerin der D.-Bank geworden sei.

b) Die Rechtsbeschwerde vertritt demgegenüber die Meinung, die Vollstreckungsklausel sei zu Recht erteilt worden, da die Rechtsnachfolge der Gläubigerin hinsichtlich des Anspruchs aus der persönlichen Haftungsübernahme der Schuldner durch die vorgelegten Abtretungsurkunden nachgewiesen sei. Im Klauselerinnerungsverfahren nach § 732 ZPO könnten nur formelle Fehler der Vollstreckungsklausel gerügt werden. Die von den Schuldnern geltend gemachte fehlende Sachlegitimation der Gläubigerin sei als materiellrechtliche Einwendung gegen den zu vollstreckenden Anspruch unzulässig.

c) Der Gläubigerin kann die beantragte vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 19.8.1999 nicht erteilt werden.

aa) Die Erteilung der Vollstreckungsklausel ist allerdings nicht bereits im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Insolvenzeröffnung gemäß § 89 Abs. 1 InsO unzulässig. Nach dieser Vorschrift ist lediglich die Zwangsvollstreckung in die Insolvenzmasse und in das sonstige Vermögen der Schuldner für die Dauer des Insolvenzverfahrens für den einzelnen Insolvenzgläubiger ausgeschlossen. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel als die Zwangsvollstreckung lediglich vorbereitende Maßnahme wird von dem Vollstreckungsverbot nicht erfasst (MünchKommInsO/Breuer, § 89 Rdnr. 30; *Braun/Kroth*, InsO, 3. Aufl., § 89 Rdnr. 3; *Diederich Eckardt* in Jaeger, InsO, § 89 Rdnr. 55).

bb) Ob dem Antrag auf Erteilung der Vollstreckungsklausel während des laufenden Insolvenzverfahrens das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis fehlt und ob dies davon abhängt, ob die Gläubigerin ihre Forderung auch zur Tabelle angemeldet hat oder nicht, kann offen bleiben. Denn das Beschwerdegericht hat den Antrag bereits deshalb zu Recht zurückgewiesen, weil die Gläubigerin nicht gemäß § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen hat, Rechtsnachfolgerin der D.-Bank geworden zu sein.

(1) Ausweislich der Vollstreckungsklausel des Notars vom 16.6.2006 hat die Gläubigerin die Abtretung der Ansprüche aus der persönlichen Haftungsübernahme und der Zwangsvollstreckungsunterwerfung von der D.-Bank an die B.-Bank und von dieser an sich nachgewiesen. Dies qualifiziert sie nicht als Rechtsnachfolgerin der D.-Bank.

(2) Die Schuldner haben in der notariellen Urkunde die persönliche Haftung in der Weise übernommen, dass der jeweilige Gläubiger der Grundschuld sie daraus in Anspruch nehmen kann. Insoweit hat sich jeder Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Das Beschwerdegericht

hat diese vertragliche Bestimmung dahingehend ausgelegt, dass die Schuldner damit die persönliche Haftung nur gegenüber dem jeweiligen Grundschuldgläubiger übernehmen und sich auch nur insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in ihr gesamtes Vermögen unterworfen haben. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden. Bei der betreffenden Regelung handelt es sich um eine in der notariellen Urkunde festgelegte Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Schuldner aus der persönlichen Haftung und für die sofortige Zwangsvollstreckung in deren gesamtes Vermögen (vgl. BGH, WM 1999, 1616 = MittRhNotK 1999, 383).

(3) Rechtsnachfolger der in der notariellen Urkunde genannten Gläubigerin kann daher nur derjenige sein, der nicht nur Gläubiger des Anspruchs aus dem Schuldversprechen, sondern auch gleichzeitig Gläubiger der Grundschuld ist. Dass Letzteres auf die Gläubigerin zutrifft, ergibt sich aus den vorgelegten Abtretungsurkunden nicht. Die Gläubigerin hat damit eine formelle Voraussetzung für die behauptete Rechtsnachfolge nicht nachgewiesen. Auf die Frage, ob im konkreten Fall die Abtretung der Ansprüche aus der persönlichen Haftung der Schuldner ohne gleichzeitige Abtretung der Grundschuld materiellrechtlich wirksam ist, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Everts*, MittBayNot 2008, 356 (in diesem Heft).

17. ZPO §§ 726, 797 (*Klauselerteilung nur bei öffentlich beglaubigter Vollmacht zur Unterwerfungserklärung*)

Die Wirksamkeit einer durch einen Vertreter abgegebenen Unterwerfungserklärung setzt nicht voraus, dass die Vollmacht notariell beurkundet ist. Die Klausel für eine Urkunde mit einer Unterwerfungserklärung darf aber nur erteilt werden, wenn die Vollmacht in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nachgewiesen wird.

BGH, Beschluss vom 17.4.2008, V ZB 146/07; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beteiligten zu 4 bis 71 sind Gesellschafter der Beteiligten zu 2, eines geschlossenen Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschaftszweck in der Errichtung und Vermietung von fünf Mehrfamilienhäusern mit 71 Wohnungen auf einem Grundstück in B. besteht. Eigentümerin des Grundstücks ist die Beteiligte zu 3, die das Grundstück im eigenen Namen für Rechnung der Beteiligte zu 2 hält.

Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 28.12.1993 traten die von einer – in privatschriftlichen Zeichnungsscheinen hierzu bevollmächtigten – Dr. G. GmbH vertretenen Beteiligten zu 4 bis 71 der Beteiligte zu 2 bei. Diese beauftragte zugleich die Beteiligte zu 28 mit der Errichtung und Bewirtschaftung der Häuser. Dieser Geschäftsbesorgungsvertrag enthält unter anderem die Vollmacht, die Gesamtheit und die einzelnen Gesellschafter der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 30.12.1993 bewilligte die Beteiligte zu 3 der Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 1 eine Buchgrundschuld über 11.675.000 DM und unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz. Der Beteiligte zu 52, die Beteiligte zu 28 und die von ihr vertretenen übrigen Beteiligten übernahmen als Teilschuldner eine Mithaftung für unterschiedlich hohe, in der notariellen Erklärung näher bezeichnete Teilbeträge und unterwarfen sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Die Beteiligte zu 1 hat ihre Rechtsnachfolge nachgewiesen und bei dem Notar eine auf ihren Namen lautende

vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 30.12.1993 beantragt. Diesen Antrag hat der amtierende Notar im Hinblick auf Zweifel an der Wirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung abgelehnt.

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das LG, soweit es um die Mithaftung der Beteiligten zu 4 bis 71 geht, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beschwerdeführerin. Dieser möchte das vorlegende KG stattgeben. Daran sieht es sich durch den Beschluss des erkennenden Senats vom 21.9.2006 (NJW-RR 2007, 358 = MittBayNot 2007, 337 m. Anm. *Bolkart*) gehindert. Es hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

III.

Die zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet.

1. Im Klauselerteilungsverfahren zu einer Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO durch einen Vertreter ist nach allgemeiner Meinung in entsprechender Anwendung von § 726 ZPO nicht nur die formell ordnungsgemäße Abgabe der Unterwerfungserklärung durch den Vertreter, sondern auch dessen Vollmacht zu prüfen (BGH, NJW-RR 2004, 1718, 1719 = DNotZ 2005, 132; BGH, NJW-RR 2007, 358, 359 = MittBayNot 2007, 337 m. Anm. *Bolkart*; BGH, NotBZ 2008, 232; BayObLGZ 1964, 75, 77; LG Bonn, Rpfleger 1990, 374; MünchKommZPO/*Wolfsteiner*, 3. Aufl., § 797 Rdnr. 13; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 6. Aufl., § 797 Rdnr. 4; *Thomas/Putzo/Hüßtege*, ZPO, 28. Aufl., § 797 Rdnr. 1; *Zimmermann*, ZPO, 8. Aufl., § 797 Rdnr. 2; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdnr. 38.9; a. M. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 797 Rdnr. 14; *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl., § 794 Rdnr. 31 a). Der Bestand der Vollmacht ist zwar keine Tatsache, von der die Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung nach ihrem Inhalt abhängt. Sie ist aber Grundlage für das Entstehen der Unterwerfungserklärung als Vollstreckungstitel. Denn diese setzt eine für den Vertretenen wirksame Prozessklärung und diese wiederum eine wirksame Prozessvollmacht voraus. Für solche Voraussetzungen des Titels kann nichts anderes gelten als für die Bedingungen, unter denen er vollstreckt werden kann. Daran ändert es nichts, dass eine Prozessvollmacht durch eine privatschriftliche Urkunde nachgewiesen werden kann (a. M. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 797 Rdnr. 14). Nach § 80 Abs. 2 ZPO könnte das Gericht selbst im Erkenntnisverfahren auf Antrag des Gegners der Partei eine öffentliche Beglaubigung der Vollmacht aufgeben. Ein Nachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde ist in dem auf Einfachheit und Sicherheit ausgerichteten Klauselerteilungsverfahren nach der Wertung des § 726 ZPO typischerweise geboten.

2. Den nach § 726 ZPO erforderlichen Nachweis der Vollmacht hat die Beteiligte zu 1 nicht erbracht.

a) In der Unterwerfungsurkunde hat die Geschäftsbesorgerin zwar wegen ihrer Vollmacht auf eine andere Urkunde des Urkundsnotars verwiesen. Deren Bestandteil ist auch der Geschäftsbesorgungsvertrag, aus dem sich die Vollmacht der Beteiligten zu 28 ergibt, namens der Beteiligten 4 bis 71 im Übrigen Unterwerfungserklärungen abzugeben. Diese waren aber mit Ausnahme des Beteiligten zu 52 an der Errichtung dieser anderen Urkunde nicht persönlich beteiligt. Sie wurden dabei vielmehr durch die Dr. G. GmbH vertreten. Deren Vollmacht ergab sich wiederum aus privatschriftlichen Zeichnungsscheinen. Diese sind der anderen Urkunde zwar als Bestandteil beigefügt. Das macht sie aber nicht ihrerseits zu öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden und führt dazu, dass die Vollmacht der Beteiligten zu 28 nicht lückenlos in der nach § 726 ZPO gebotenen Form nachgewiesen ist.

b) Entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts kann auf diesen Nachweis nicht verzichtet werden.

aa) Richtig ist allerdings, dass die Wirksamkeit einer durch einen Vertreter abgegebenen Unterwerfungserklärung nicht davon abhängt, dass die Vollmacht notariell beurkundet ist. Es genügt vielmehr, dass sie privatschriftlich erteilt wird. Das ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH daraus, dass die Unterwerfungserklärung eine Prozesshandlung ist und für die Unterwerfungsvollmacht als Prozessvollmacht nach § 80 ZPO einfache Schriftform genügt (BGH, NJW 2004, 844 = DNotZ 2004, 360; ebenso *Musielak/Lackmann*, ZPO, § 794 Rdnr. 36; vgl. auch BGHZ 154, 283, 287 f. = DNotZ 2003, 694). Nicht anders liegt es nach § 167 Abs. 2 BGB, wenn man die Unterwerfungsvollmacht den Regeln des materiellen Rechts über die Stellvertretung unterstellt (so *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 12.43). Eine so errichtete Unterwerfungsurkunde führt zwar zum Entstehen eines wirksamen Titels, der aber nicht ohne weiteres im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbar ist.

bb) Hierin liegt indessen entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts kein Widerspruch. Der Unterschied findet seine Erklärung in der Ausgestaltung des Klauselerteilungs- und des Zwangsvollstreckungsverfahrens. Beide Verfahren sind formalisiert und verzichten im Interesse einer effizienten Vollstreckung weitgehend auf eine vorherige Anhörung des Schuldners. Die Vollstreckungsorgane sind jedenfalls zu einer inhaltlichen Überprüfung des Titels nicht berufen und wären mit den Mitteln des Klauselerteilungs- oder Zwangsvollstreckungsverfahrens dazu auch nicht in der Lage. Mit seinen inhaltlichen Einwänden wird der Schuldner grundsätzlich (zu Ausnahmen: BGHZ 161, 67, 71 f.) auf die Vollstreckungsgegenklage verwiesen. Ein so ausgestaltetes Verfahren setzt voraus, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung einfach, aber dennoch auch hinreichend verlässlich nachgewiesen und geprüft werden kann. Das ist nur mit Nachweisen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zu erreichen. Der Urkundsnotar wird sich zwar die privatschriftliche Vollmacht vorlegen lassen, kann sie aber letztlich nicht verantwortlich prüfen, weil er bei ihrer Errichtung nicht zugegen war. Diese Prüfung können die Beteiligten zwar zunächst zurückstellen. Sie müssen sie aber vor Eröffnung der Vollstreckung durch die Erteilung der Klausel nachholen. Das hat die Beschwerdeführerin versäumt. Der Notar hat ihr die Erteilung der Klausel schon aus diesem Grund mit Recht versagt.

Beurkundungs- und Notarrecht

18. BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 311 b (*Keine Vollzugspflicht, wenn Nichtigkeit eines Vertrages naheliegt*)

1. **Es besteht keine Amtspflicht des Urkundsnotars zur weiteren Durchführung einer von ihm übernommenen Vollzugstätigkeit, wenn sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der beurkundete Grundstückskaufvertrag formnichtig ist, weil er nach dem Willen der Beteiligten ein einheitliches Geschäft mit einem nicht beurkundeten Werkvertrag über die Gebäudeerrichtung darstellt.**
2. **Bei Personenverschiedenheit zwischen Grundstücksverkäufer und Werkunternehmer kann ein Anzeichen für den Einheitlichkeitswillen darin bestehen, dass der Verkäufer bewusst eine Form der Vermarktung**

des Grundstücks gewählt hat, bei der unter dem Dach eines Gesamtangebots sowohl der Erwerb des Grundstücks als auch die Bauerrichtung angeboten worden sind.

OLG Hamm, Beschluss vom 8.1.2008, 15 W 195/07; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 ihren ursprünglichen Plan, auf einer Teilfläche des in ihrem Eigentum stehenden Grundstücks eine Doppelhaushälfte zu errichten, aufgegeben hatten, beauftragten sie die Firma N3 GmbH damit, die geplante und genehmigte Doppelhaushälfte nebst einer Teilfläche ihres Grundstücks zu verkaufen. Das Objekt boten fortan die Fa. N3 GmbH und in deren Auftrag eine Maklerin unter Verwendung der ursprünglichen Pläne und der bereits erteilten Baugenehmigung an.

Über die Maklerin auf das Objekt aufmerksam geworden führte die Beteiligte zu 3 in der Folgezeit mit der N3 GmbH Vertragsverhandlungen über den Erwerb des Grundstücks und die Errichtung der Doppelhaushälfte. Nachdem sich die Beteiligte zu 3 mit der N3 GmbH einig geworden war, vermittelte I. als Mitarbeiter der N3 GmbH einen Termin beim Notar für den 30.12.2005 zur Beurkundung des Kaufvertrages. Bei diesem Termin schlossen die Beteiligten in Anwesenheit des Mitarbeiters I. einen Grundstückskaufvertrag über eine noch zu vermessende Teilfläche in einer Größe von ca. 310 m² zum Kaufpreis von 64.000 €.

Im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zum Abschluss des Grundstückskaufvertrages schloss die Beteiligte zu 3 mit der Fa. N3 GmbH dann einen Werkvertrag über die Errichtung einer Doppelhaushälfte auf dem zuvor gekauften Grundstück zum Preis von 118.000 €.

Im Kaufvertrag wurde die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumserwerb hinsichtlich des Grundstücks bewilligt und beantragt. Die Fälligkeit der Kaufpreisforderung hing von der Eintragung der Eigentumsvormerkung im Grundbuch ab. Zur Durchführung des Kaufvertrages heißt es unter IV. 1. u. a. wie folgt:

„Die Erschienenen beauftragen den Notar mit dem Vollzug dieses Vertrages. Er soll sämtliche zur Durchführung dieses Vertrages nötigen Genehmigungen und Erklärungen sowie evtl. Löschungsunterlagen einholen und mit Wirkung für die Vertragsbeteiligten entgegennehmen.“

Unter Ziffer II. 6 des Kaufvertrages erklärten die Beteiligten zu 1 und 2 ihr ausdrückliches Einverständnis mit der Errichtung einer Doppelhaushälfte.

Auf die Aufforderung der Beteiligten zu 1 und 2, den Vertrag vom 30.12.2005 zu vollziehen, machte der Notar mit Schreiben vom 6.4.2006 deutlich, dass er einen weiteren Vollzug des Vertrages ablehne, da die Beteiligte zu 3 einen Sachverhalt unterbreitet habe, der eine Formunwirksamkeit des beurkundeten Kaufvertrages nahelege.

Hiergegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 am 10.4.2006 Beschwerde beim LG eingelegt mit der sie beantragen, den Notar anzuweisen, den Antrag auf Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung beim Grundbuchamt zu stellen und den im Einzelnen dargestellten weiteren grundbuchlichen Vollzug und die notarielle Abwicklung des Kaufvertrages vorzunehmen.

Das LG hat eine Klage der N3 GmbH gegen die Beteiligte zu 3 mit der Begründung abgewiesen, dass vorliegend der Werkvertrag eine rechtliche Einheit mit dem notariellen Kaufvertrag bilde und mit diesem notariell hätte beurkundet werden müssen. Das hiergegen gerichtete Berufungsverfahren – OLG Hamm 26 U 22/07 – ist noch nicht abgeschlossen.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit der weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

II.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das LG zutreffend die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 als zulässig behandelt, auch wenn es ausdrücklich offen gelassen hat, ob die Beteiligten zu 1 und 2 hinsichtlich des Antrages auf Vollzug der Eintragung einer Vormerkung beschwerdebefugt sind.

Dem Notar obliegt bei der Beurkundung von Willenserklärungen, zu deren Vollzug eine Grundbucheintragung notwendig ist, die Amtspflicht, die Urkunde ohne Verzögerung beim Grundbuchamt einzureichen (§ 53 BeurkG). Lehnt der Notar die ihm obliegende Vollzugstätigkeit ab, so kann nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BNotO die Entscheidung des LG herbeigeführt werden, weil diese Tätigkeit mit der Urkundstätigkeit in so engem Zusammenhang steht, dass sie noch als deren Bestandteil anzusehen ist (OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1998, 196; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495; FGPrax 2006, 79 und IPRspr. 1998, 55). (...)

Auch die Sachentscheidung des LG hält rechtlicher Nachprüfung stand.

Grundsätzlich ist der Notar verpflichtet, den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung zugunsten der Beteiligten zu 3 zu stellen und die weiteren notwendigen Vollzugshandlungen hinsichtlich des beurkundeten Kaufvertrages vorzunehmen, wenn er – wie hier unter IV. 1 des Vertrages vom 30.12.2005 – mit dem Vollzug des beurkundeten Vertrages beauftragt wurde (vgl. *Eylmann/Vaasen/Hertel*, BNotO, BeurkG, 2. Aufl., § 24 BNotO Rdnr. 34). Darüber herrscht Einigkeit unter den Beteiligten. Der Notar darf von der alsbaldigen Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt und den weiteren Vollzugshandlungen absehen, wenn dies Käufer und Verkäufer verlangen. Er darf die Tätigkeit grundsätzlich nicht schon dann unterlassen, wenn nur einer der Beteiligten den Vollzugsantrag widerruft oder sonst eine Weisung zur Nichteinreichung gibt (BayObLG, DNotZ 1998, 646; OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 497; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 53 Rdnr. 25). Unter besonderen Umständen ist der Notar berechtigt, auf den einseitigen Widerspruch eines von mehreren Beteiligten seine Vollzugstätigkeit aufzuschieben. Das ist der Fall, wenn ihm ein Beteiligter einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund des notariell beurkundeten Vertrages vorträgt, dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versucht (OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; FGPrax 1995, 171; BayObLG, DNotZ 1998, 646; OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1998, 196; *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 37). Wenn es für den Notar in hohem Maße wahrscheinlich ist, dass durch seine Mitwirkung das Grundbuch unrichtig wird, wie z. B. durch die Eintragung einer mangels Auflassungsanspruchs nicht entstandenen Vormerkung, darf er nicht tätig werden (OLG Hamm, OLGZ 1994, 495, 498; BayObLG, DNotZ 1998, 646; OLG Frankfurt am Main, DNotZ 1998, 196; *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 37). Bei dem von den Beteiligten vorgebrachten Sachvortrag kann von einer hohen Wahrscheinlichkeit der Unwirksamkeit des notariellen Vertrages vom 30.12.2005 ausgegangen werden, auch wenn die Frage der Nichtigkeit des Kaufvertrages im Verfahren nach § 15 BNotO nicht abschließend zu klären ist.

Ohne Rechtsfehler hat das LG den beurkundeten Kaufvertrag nach § 139 BGB als unwirksam angesehen, weil der ebenfalls am 30.12.2005 zwischen der N3 GmbH und der Beteiligten zu 3 abgeschlossene Werkvertrag nicht beurkundet wurde und daher gemäß §§ 311 b Abs. 1 Satz 1, 125 BGB nichtig ist. Allgemein anerkannt ist (BGH, NJW 1981, 274; NJW 1987, 1069 = DNotZ 1987, 350; *Staudinger/Wufka*, BGB, 2006, § 311 b Rdnr. 173), dass ein für sich allein nicht formbedürftiger Vertrag ebenfalls notariell zu beurkunden ist, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag rechtlich zusammenhängt.

Wird nur einer der beiden rechtlich zusammenhängenden Verträge beurkundet, erstreckt sich die Nichtigkeit gemäß §§ 125, 139 BGB auf beide Verträge.

Bauvertrag und Grundstückserwerbvertrag wiederum stehen in einem rechtlichen Zusammenhang, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Beteiligten derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen. Nicht erforderlich ist, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Parteien beteiligt sind (BGHZ 76, 43, 49; BGH, NJW 1981, 274; *Staudinger/Wufka*, § 311 b Rdnr. 178 f.). Die vom LG rechtsfehlerfrei festgestellten Tatsachen sprechen hier trotz der tatsächlichen Vermutung der rechtlichen Selbständigkeit der jeweiligen Vereinbarung bei getrennt abgeschlossenen Verträgen (BGHZ 76, 43, 49; BGH, NJW 1981, 274) für zwei rechtlich zusammenhängende Verträge:

Der Einheitswille der Beteiligten zu 3 wurde für die Beteiligten zu 1 und 2 bereits dadurch deutlich, dass der Termin zur Beurkundung des Kaufvertrages über die N3 GmbH, dem Vertragspartner des Werkvertrages, vermittelt wurde, unter Ziffer II. 6 des Kaufvertrages die Bauabsicht der Beteiligten zu 3 festgeschrieben wurde sowie unter Ziffer II. 2 die Gebühren der Baugenehmigung für die geplante Doppelhaushälfte im Kaufpreis enthalten sind. Alleine aus dieser Kenntnis kann zwar nicht bereits auf eine Billigung des Verknüpfungswillens des Käufers durch den Verkäufer geschlossen werden. Denn es versteht sich von selbst, dass ein Käufer, der Bauland erwirbt, dieses bebauen will (OLG Celle, BauR 2007, 1745). Hier kommt aber entscheidend hinzu, dass die Beteiligten zu 1 und 2 selbst den Bauträger beauftragt haben, den Verkauf des Grundstücks inklusive einer noch zu errichtenden Doppelhaushälfte selbst oder über einen Makler zu vermitteln. Hierzu hat der Beteiligte zu 2 sogar die genehmigten Baupläne der N3 GmbH zur Verfügung gestellt. Auf dieser Grundlage muss in dem vorliegenden Verfahren davon ausgegangen werden, dass die Beteiligten zu 1 und 2 bewusst eine Form der Vermarktung ihres Grundstücks gewählt haben, bei der unter dem Dach eines Gesamtangebots sowohl der Erwerb des Grundstücks als auch die Bauerrichtung angeboten worden sind. Dann konnten sie aber auch nicht die Augen davor verschließen, dass das Leistungsinteresse der Beteiligten zu 3 auf den schlüsselfertigen Erwerb des Gesamtobjekts gerichtet war. Deshalb kommt es nicht darauf an, dass die Beteiligte zu 3 nach der Beurkundung des Kaufvertrages nicht gehindert gewesen wäre, den Abschluss des Werkvertrages zu verweigern. Denn ihr Interesse war erkennbar nicht auf den isolierten Erwerb nur des Grundstücks gerichtet.

Da im Verfahren nach § 15 BNotO die Frage der Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht abschließend zu klären ist, kommt es nicht darauf an, ob hier aufgrund bislang nicht vorgebrachter tatsächlicher Besonderheiten gleichwohl eine Wirksamkeit des Kaufvertrages anzunehmen ist. Daher konnte das LG davon absehen, weitere Ermittlungen zu Einzelheiten der Kaufvertragsanbahnung durchzuführen (vgl. BayObLG, DNotZ 1998, 646).

19. AktG § 130; BeurkG § 44 a Abs. 2; StGB § 274 Abs. 1 Nr. 1 (*Vernichtung eines handschriftlich ergänzten Hauptversammlungsprotokolls*)

Das handschriftlich ergänzte und unterzeichnete Protokoll der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft „gehört ausschließlich“ dem Notar. Solange der Notar keine unterzeichnete Niederschrift in Form von Ausfertigungen in den Verkehr gebracht hat, handelt es sich um ein Interim, zu dessen Änderung der Notar befugt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.11.2007, 5/31 Qs 27/07

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW 2008, 91 und RNotZ 2008, 172. Siehe hierzu auch den Beitrag von Görk, MittBayNot 2007, 382.

Kostenrecht

20. KostO §§ 32, 154 Abs. 2 (*Zitiergebot verlangt Angabe des § 32 KostO*)

Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO verlangt auch die Angabe des § 32 KostO.

BGH, Beschluss vom 3.4.2008, V ZB 115/07

Der Kostengläubiger (im Folgenden: Notar) beurkundete einen Vertrag, der den Kauf einer Eigentumswohnung durch den Kostenschuldner zum Gegenstand hatte. Entsprechend den Vereinbarungen der Vertragsparteien wurde die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt.

Unter dem 8.11.2004 ist dem Kostenschuldner eine Kostenberechnung erteilt worden, mit der der Notar – ohne schlagwortartige Bezeichnung der Kostenpositionen – Gebühren nach §§ 147 Abs. 2, 149 KostO und Auslagen gefordert hat. Auf die Beschwerde des Kostenschuldners hat der Notar unter dem 30.3.2005 seine Kostenberechnung im Hinblick auf das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO neu gefasst. Die Gebührentatbestände enthalten nunmehr stichwortartige Angaben zu den abgerechneten Tätigkeiten. Der Kostenschuldner hält auch diese Berechnung für rechtsfehlerhaft und macht hierzu u. a. geltend, dass der Notar seinem Einwand, die Kostenvorschriften der §§ 32, 141 KostO seien nicht zitiert, auch mit der neuen Fassung nicht Rechnung getragen habe. Davon abgesehen sei die Abwicklung über das Notaranderkonto unnötig gewesen und habe gegen § 54 a BeurkG verstoßen. Aber selbst wenn man das anders sehen wollte, könne die Kostenforderung keinen Bestand haben, weil mit der Hebegebühr des § 149 KostO alle mit der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Kaufpreises verbundenen Tätigkeiten des Notars abgegolten seien.

Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Das OLG hält die zugelassene weitere Beschwerde für unbegründet, sieht sich an einer Zurückweisung aber zumindest durch die Entscheidung des OLG Hamm (JurBüro 1990, 899) gehindert. Es hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Nach Eingang der Sache beim BGH haben die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorliegende Gericht und das OLG Hamm sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob neben der Hebegebühr des

§ 149 KostO eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Prüfung der Kaufpreisfälligkeit anfallen kann. Das rechtfertigt die Vorlage. An die von dem vorliegenden Gericht bejahte Erheblichkeit der Rechtsfrage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde ist der Senat – soweit es um die der Beurteilung der Statthaftigkeit der Vorlage geht – gebunden (BGHZ 116, 392, 394 m. w. N.). Eine Teilentscheidung über einzelne Positionen der Kostenberechnung scheidet schon deshalb aus, weil die vorrangige Frage, ob die Rechnung dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO entspricht, nur einheitlich beantwortet werden kann.

2. Der Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorliegenden Gerichts von einer Entscheidung abweicht, die vor dem 1.1.2002 ergangen ist (BGH, NJW 2006, 1208, 1209 m. w. N. = MittBayNot 2006, 351, insoweit in BGHZ 165, 243 nicht abgedruckt).

3. Schließlich ist die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde nicht nachträglich dadurch entfallen, dass die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Da der BGH infolge der statthaften Vorlage an die Stelle des OLG getreten ist und die Erledigungserklärungen erst nach Eingang der Vorlage bei dem BGH abgegeben worden sind, muss der Senat die nunmehr auf den Kostenpunkt reduzierte Beschwerde entscheiden (vgl. BGH, NJW 1983, 1672, 1673 = DNotZ 1983, 487; *Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann*, FGG, 15. Aufl. 2003, § 13 a Rdnr. 48 m. w. N.).

III.

Haben die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, ist über die Gerichtskosten – so solche anfallen – in rechtsähnlicher Anwendung des § 91 a ZPO nach billigem Ermessen zu entscheiden, wobei vor allem die Erfolgsaussichten der Beschwerde vor Erledigung der Hauptsache zu berücksichtigen sind (vgl. BGHZ 66, 297, 300 m. w. N.). Für die Erstattung außergerichtlicher Kosten ergibt sich das Erfordernis einer Billigkeitsentscheidung in solchen Fällen aus § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG (vgl. BGHZ 28, 117, 120 ff.; 66, 297, 300; *Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl*, FGG, § 19 Rdnr. 91 i. V. m. § 13 a Rdnr. 48; jeweils m. w. N.).

1. Danach scheidet eine Entscheidung über die Gerichtskosten vorliegend aus. Das Verfahren vor dem LG ist nach § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO gerichtskostenfrei. Gleiches gilt nach §§ 156 Abs. 5 Satz 2, 131 Abs. 1 Satz 2 KostO für das Verfahren der weiteren Beschwerde, weil die Erledigung der Hauptsache keinem der Tatbestände des § 131 Abs. 1 Satz 1 KostO unterfällt (vgl. BayObLGZ 1989, 75, 78; BayObLG, NJW-RR 1997, 1445).

2. Bei der nach § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG zu treffenden Billigkeitsentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Erstattung der außergerichtlichen Kosten die Ausnahme darstellt und deshalb das Unterliegen eines der Beteiligten eine Auslagenerstattung nur bei Hinzutreten besonderer Umstände rechtfertigt (vgl. nur *Jansen/v. König*, FGG, 3. Aufl., § 13 a Rdnr. 9; *Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann*, FGG, § 13 a Rdnr. 23; jeweils m. w. N.). Gemessen daran, hat der Notar dem Kostenschuldner dessen notwendige außergerichtliche Auslagen zu erstatten.

a) Die zulässige weitere Beschwerde wäre begründet gewesen. Entgegen der Auffassung des vorliegenden Gerichts genügt die angegriffene Kostenberechnung nicht dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO. Ohne Erledigung der Haupt-

sache hätte dies zur Folge gehabt, dass die Rechnung ohne weitere Sachprüfung hätte aufgehoben werden müssen (vgl. BGHZ 164, 355, 359 m. w. N.).

aa) Ob die §§ 32, 141 KostO dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO unterfallen, wird nicht einheitlich beurteilt. Während es nach einer Ansicht genügen soll, dass die den jeweiligen Gebührentatbestand auslösenden Vorschriften benannt werden (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 154 Rdnr. 8; ebenso für § 154 a. F. KostO Bay-ObLGZ 1962, 281, 287; *Küntzel*, DNotZ 1953, 194, 195 f.), geht eine andere Auffassung davon aus, dass auch die §§ 141 und 32 KostO zu zitieren sind (*Heinze*, NotBZ 2007, 119, 121 und 125; vgl. auch *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl. 2002, S. 167 [Musterberechnung]: „Kostenberechnung gemäß §§ 32, 141 KostO“). Eine dritte Meinung hält zwar nicht die Angabe des § 141 KostO für erforderlich, wohl aber die des § 32 KostO (*Rohs/Wedewer/Rohs/Rohs*, KostO, 3. Aufl., § 154 Rdnr. 13 a. E.; *Filzek*, Notarkosten-ABC, 2006, S. 161 [Musterberechnung]).

bb) Die Rechtsfrage ist im Sinne der zuletzt genannten Rechtsauffassung zu entscheiden.

Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO ist mit der Novellierung der Kostenordnung durch Gesetz vom 24.6.1994 (BGBl I, S. 1325) deutlich verschärft worden. Genügte bis dahin die Angabe des Geschäftswerts, der Gebührenschriften und der Beträge für die Gebühren und Auslagen, müssen nunmehr darüber hinaus nicht nur die in Rechnung gestellten Positionen schlagwortartig bezeichnet, sondern auch die „Kostenvorschriften“ angegeben werden. Diese Verschärfung ist von dem gesetzgeberischen Anliegen getragen, eine „bürgerfreundliche Transparenz von (Notar-)Rechnungen zu garantieren“ (BT-Drucks. 12/6962, S. 92, 102). Die Angaben des § 154 Abs. 2 KostO sollen den Kostenschuldner in die Lage versetzen, die angesetzten Kosten zu prüfen (BGH, NJW-RR 2007, 784, 785 = MittBayNot 2007, 157).

Zu beachten ist allerdings, dass das Zitiergebot nicht um seiner Selbst willen besteht und es daher nicht von seinem Zweck gelöst werden darf (BGH, NJW-RR 2007, 784, 785 = MittBayNot 2007, 157). Unter Kostenvorschriften i. S. d. § 154 Abs. 2 KostO können daher nur solche Normen verstanden werden, deren Angabe für die Nachvollziehbarkeit und Durchschaubarkeit des Kostenansatzes aus der Sicht eines verständigen – mit Kostensachen nicht vertrauten – Kostenschuldners von grundlegender Bedeutung sind (vgl. auch BGHZ 164, 355, 358 f.). Dass hierzu die Regelung des § 141 KostO nicht gehört, aus der sich lediglich ergibt, dass auch für Notarkosten die Vorschriften des Ersten Teils der Kostenordnung gelten, liegt auf der Hand. Anders verhält es sich dagegen mit der Vorschrift des § 32 KostO.

Nur mit Angaben zum Gebührentatbestand und zum Geschäftswert kann ein verständiger Kostenschuldner nicht nachvollziehen, woraus sich die Höhe der angesetzten Gebühr ergibt. Ohne Hinweis auf § 32 KostO mag sich ihm zwar noch erschließen, dass dem Geschäftswert Bedeutung für die Höhe der Gebühr zukommt, nicht aber wird er nachvollziehen können, wie sich der angegebene Geschäftswert in der geforderten Gebühr niederschlägt. Insoweit besteht eine „Transparenzlücke“, die durch den Hinweis auf die für das Verständnis der Höhe der Gebührenforderung grundlegende Norm des § 32 KostO zu schließen ist. Das gilt umso mehr, als die Vorschrift nicht nur die Gebührenhöhe regelt, sondern zudem den bürgerfreundlichen Hinweis enthält auf die der Kostenordnung als Anlage beigefügte – nach Geschäftswerten gestaffelte – Gebührentabelle, die den Gebührenansatz der Höhe nach

gerade auch für Laien plausibel macht. Dies erhellt, dass entgegen der Auffassung des vorliegenden Gerichts nicht die Rede davon sein kann, die Angabe des § 32 KostO erschwere eher das Verständnis einer Kostenberechnung.

b) Es entspricht der Billigkeit, dem Notar die außergerichtlichen Kosten des Kostenschuldners aufzuerlegen. Die Rechtsmittel des Kostenschuldners hätten nicht nur Erfolg gehabt. Hinzu kommt, dass der Kostenschuldner bereits bei der ersten Notarrechnung gerügt hatte, dem Zitiergebot sei auch im Hinblick auf § 32 KostO nicht genügt worden. Im Beschwerdeverfahren hat der Notar zwar wegen der ebenfalls monierten fehlenden Angaben zu den jeweiligen Gebührentatbeständen seine Kostenberechnung nachgebessert. Von der Angabe des § 32 KostO hat er indessen ohne Not auch weiterhin abgesehen. Das rechtfertigt die Anwendung des § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG zu seinen Lasten.

21. KostO §§ 35, 36, 47, 147 Abs. 2; GmbHG § 8 (*Getrennte Beurkundung einer Geschäftsführerbestellung keine unrichtige Sachbehandlung*)

- 1. Neben der Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 1 KostO entsteht auch die Gebühr nach § 47 KostO, wenn der Notar die erstmalige Geschäftsführerbestellung bei einer Ein-Personen-GmbH zusammen mit der Errichtung der GmbH beurkundet. Die getrennte Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und der Geschäftsführerbestellung stellt keine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn der Gesellschaftsvertrag die Einräumung einer Einzelvertretungsbefugnis und/oder die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB für die Geschäftsführer vorsieht und davon Gebrauch gemacht wird.**
- 2. Der Senat hält daran fest, dass eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für das Anfertigen der Gesellschafterliste zur Anmeldung einer GmbH zum Handelsregister jedenfalls dann nicht entsteht, wenn der Notar nicht nur die Anmeldung entworfen, sondern auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet hat.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 5.7.2007, 20 W 264/04

Der Kostengläubiger beurkundete die Errichtung der Kostenschuldnerin als Ein-Mann-GmbH mit einem Stammkapital von 50.000 €. Unter § 2 der Urkunde wurde Herr A. zum Geschäftsführer der Kostenschuldnerin mit Alleinvertretungsbefugnis berufen und die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB protokolliert. Nach § 4 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags kann jeder Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden. Nach § 4 Ziff. 3 kann die Gesellschafterversammlung auch bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer einzelnen Geschäftsführern Alleinvertretungsbefugnis einräumen. Der Kostengläubiger beglaubigte ferner die Unterschrift des Herrn A. unter die von ihm entworfene Handelsregisteranmeldung, der eine Gesellschafterliste beigefügt war.

In seiner Kostenrechnung hat der Kostengläubiger für die Beurkundung neben der ^{10/10}-Gebühr für eine einseitige Erklärung nach § 36 Abs. 1 KostO eine ^{20/10}-Gebühr gemäß §§ 32, 47 KostO aus einem Geschäftswert von 50.000 € in Höhe von 520 DM angesetzt. Für die Handelsregisteranmeldung hat der Kostengläubiger neben der Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO noch eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 19.558,30 DM (20 % von 50.000 €) nebst 16 % Umsatzsteuer berechnet.

Die Dienstaufsicht des Notars hat die Gebühr nach § 47 KostO beanstandet, da es sich bei der Geschäftsführerbestellung durch den Grün-

der einer Ein-Mann-GmbH nur um eine rechtsgeschäftliche Erklärung und keinen Gesellschafterbeschluss handele. Für die Fertigung der Gesellschafterliste sei keine Betreuungsgebühr entstanden, da es sich um ein gebührenfreies Nebengeschäft zu den erstellten Urkunden handele. Auf Weisung der Dienstaufsichtsbehörde hat der Kostengläubiger die Entscheidung des LG beantragt, da er die Beanstandung nicht anerkannt hat. Das LG hat der Anweisungsbeschwerde teilweise stattgegeben und die weitere Beschwerde zugelassen. Es hat ausgeführt, jedenfalls im hier vorliegenden Fall der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und der auftragsgemäßen Anmeldung zum Handelsregister stelle die Fertigung der Gesellschafterliste ein Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO dar, so dass keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zusätzlich angesetzt werden könne. Dagegen sei der Ansatz der Gebühr nach § 47 KostO für die Geschäftsführerbestellung gerechtfertigt, weil die Aufnahme in der Gründungsurkunde in der Praxis akzeptiert werde. Allerdings sei der Geschäftswert gemäß §§ 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO (Stand 2001) auf einem Wert von 50.000 DM zu erheben.

Gegen diese Entscheidung hat der Kostengläubiger sowohl auf Anweisung der Dienstaufsicht als auch in eigenem Namen weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

In der Sache hat die weitere Beschwerde insgesamt keinen Erfolg, weder soweit sie auf Anweisung, noch soweit sie in eigenem Namen des Kostengläubigers eingelegt worden ist, da die Entscheidung des LG einer Überprüfung auf Rechtsfehler standhält.

Zu Recht hat die Kammer den Ansatz einer ^{20/10}-Gebühr gemäß § 47 KostO für die Protokollierung der Geschäftsführerbestellung dem Grunde nach bestätigt. Die Ermäßigung von 520 DM auf 320 DM gemäß §§ 32, 27 Abs. 1, 26 Abs. 4 KostO, Stand 2001, ist ebenfalls nicht zu beanstanden und wird auch vom Kostengläubiger in der weiteren Beschwerde nicht angegriffen.

Die Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH erfolgt gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch einen nach den §§ 46 Nr. 5, 47 ff. GmbHG zu fassenden Beschluss. Vorliegend ist die Bestellung nicht im Gesellschaftsvertrag enthalten, sondern erfolgte in der Verhandlung über die Feststellung der GmbH durch den Alleingesellschafter. Wie sich aus § 48 Abs. 3 GmbHG bereits ergibt, ist auch bei der Ein-Personen-GmbH die Durchführung einer Gesellschafterversammlung möglich, bei der der Gesellschafter auch im schriftlichen Verfahren einen Beschluss im Sinn einer Bekundung des Gesellschafterwillens zustande bringen kann (*Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2006, § 48 Rdnr. 66; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 48 Rdnr. 42). Wo das Gesetz die Willensbildung durch ein Beschlussorgan vorsieht, liegt selbst dann ein Beschluss und keine Erklärung vor, wenn dieses Organ aus einer Einzelperson (Ein-Personen-Gesellschaft) besteht (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 13; *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 47 KostO Rdnr. 5; *Mümmeler*, JurBüro 1990, 174). Es spielt dabei auch keine Rolle, dass nach der Formulierung der Urkunde die Geschäftsführerbestellung nicht ausdrücklich durch einen Beschluss erfolgt ist (KG, MittBayNot 2006, 445). Da für die Beurkundung von rechtsgeschäftlichen Erklärungen und Beschlüssen in einer Urkunde § 44 KostO nicht anwendbar ist (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 44 Rdnr. 6; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl. 2004, Stichwort „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, 2.1 m. w. N.), hat der Kostengläubiger zu Recht die Gebühr nach § 47 KostO neben der Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO angesetzt.

Zu Recht hat die Kammer auch keine unrichtige Sachbehandlung gemäß § 16 KostO deshalb angenommen, weil die Ge-

schäftsführerbestellung zum einen nicht notariell beurkundet werden müsste bzw. auch in die Satzung hätte aufgenommen werden können. Nach allgemeiner Auffassung ist die getrennte beschlussmäßige Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH immer sachgerecht, wenn – wie vorliegend – der Gesellschaftsvertrag vorsieht, dass Geschäftsführern durch Beschluss der Gesellschaftsversammlung Einzelvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden kann und von dieser Möglichkeit sogleich Gebrauch gemacht wird (OLG Zweibrücken, JurBüro 1988, 1046; OLG Frankfurt am Main, JurBüro 1991, 1218; *Assenmacher/Mathias*, KostO, Stichwort „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, 2.2).

Das LG hat auch zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Kostengläubiger für die Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO verlangen kann.

Diese Frage, ob es sich bei der auftragsgemäßen Fertigung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Anmeldung der Neugründung einer GmbH bzw. der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags um ein gebührenfreies Nebengeschäft gemäß § 35 KostO oder eine die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösendes selbständiges Geschäft handelt, ist umstritten. Den Ansatz einer Betreuungsgebühr befürworten OLG Stuttgart, JurBüro 1984, 1078 (m. abl. Anm. *Mümmeler*); OLG Saarbrücken, MittBayNot 1984, 215; OLG Celle, JurBüro 1994, 41; *Assenmacher/Mathias*, KostO, Stichwort „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, 4.5; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 147 Rdnr. 113; *Hartmann*, Kostengesetze, § 147 KostO Rdnr. 26; Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1054 (= 7. Aufl., Rdnr. 1137). Die genteilige Auffassung wird vertreten von OLG Karlsruhe, Rpfleger 1977, 228; OLG Hamm, FGPrax 2002, 40 = ZNotP 2002, 124; *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand April 2007, § 41 a Rdnr. 11 und vom Senat, DNotZ 1987, 641, der nach nochmaliger Überprüfung an seiner Auffassung festhält.

Rechtsprechung und Schrifttum verstehen unter einem Nebengeschäft i. S. d. § 35 KostO ein im Verhältnis zum Hauptgeschäft minderwichtiges Geschäft, das mit dem Hauptgeschäft derart im Zusammenhang steht, dass es nicht als selbständiges Geschäft in Erscheinung tritt, sondern nur dazu dient, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, § 35 Rdnr. 4). Es muss darüber hinaus zum Pflichtenkreis des Notars gehören, also von ihm ohne besonderen Auftrag zur sachgemäßen Erledigung des Hauptgeschäfts auszuführen sein. Zwar muss die Gesellschafterliste nicht durch den Notar gefertigt werden, sie kann auch durch den Geschäftsführer der GmbH erstellt und direkt oder über den Notar beim Registergericht eingereicht werden. Dies ändert aber nichts daran, dass dann, wenn der Notar die Liste auftragsgemäß fertigt, sie die Vollziehung der Anmeldung fördert, da die Gesellschafterliste gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zwingend der Anmeldung beizufügen ist. Mit der Anmeldung wiederum wird aber auch die Vollziehung des vom Notar beurkundeten Geschäfts der Gesellschaftsgründung gefördert, da die GmbH als juristische Person erst mit der Eintragung im Handelsregister entsteht, § 11 Abs. 1 GmbHG.

Darin liegt auch ein wesentlicher Unterschied in der gebührenmäßigen Behandlung der Gesellschafterliste im Fall der Neugründung und der Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH (§§ 15 Abs. 3, 40 GmbHG). Da die Abtretung weder zum Handelsregister anzumelden, noch dort einzutragen ist (*Balser/Bokelmann/Piorreck*, GmbHG, 13. Aufl. 2005,

§ 40 Rdnr. 237), gehört die Fertigung der nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG von den Geschäftsführern zum Handelsregister einzureichenden Gesellschafterliste nicht nur nicht zum Pflichtenkreis des Notars, es fehlt auch an einer Anmeldung als Hauptgeschäft, das durch die Listenerstellung gefördert würde (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 19.10.2006, 20 W 199/2004, n. V.).

Trotz der von den Beschlüssen des OLG Stuttgart, Saarbrücken und Celle abweichenden Entscheidung des Senats konnte keine Vorlage an den BGH erfolgen, da die weitere Beschwerde noch vor dem 1.7.2004 eingegangen ist und für dieses Verfahren deshalb die durch Art. 4 Abs. 29 KostRMoG vom 5.5.2005 (BGBl I, S. 718) vorgenommenen Änderung von § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO a. F. nicht gilt, aus der die Anwendbarkeit von § 28 Abs. 2 FGG gefolgt wird.

Hinweis der Schriftleitung:

Zur Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse hinsichtlich des Entwurfs der Gesellschafterliste als gebührenpflichtige Nebentätigkeit siehe Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rdnr. 1137.

Öffentliches Recht

22. BV Art. 118 Abs. 1; GO Art. 75 Abs. 1 (*Unterwertverkauf eines gemeindeeigenen Grundstücks*)

Überprüfung einer zivilgerichtlichen Berufungsentscheidung zur Rückabwicklung eines Vertrags, durch den ein gemeindliches Grundstück unter Wert verkauft wurde, am Maßstab des Willkürverbots.

BayVerfGH, Entscheidung vom 23.1.2007, Vf. 42-VI-06

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Beschluss des OLG München vom 20.4.2006, 24 U 523/05, durch den die Berufung des Beschwerdeführers gegen ein Urteil des LG Memmingen zurückgewiesen wurde. Im Ausgangsverfahren begehrte der Kläger vom Beschwerdeführer die Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrags und die Zahlung von Schadensersatz.

Mit notariellem Vertrag vom 5.11.1990 verkaufte die beschwerdeführende Gemeinde an den Kläger des Ausgangsverfahrens ein gemeindeeigenes Grundstück zum Preis von 114.912 DM. Der Beschwerdeführer verpflichtete sich, das Grundstück vollständig zu erschließen und die Erschließungsanlagen herzustellen. Ferner wurde vereinbart, dass die Kosten für die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen im Kaufpreis enthalten und vom Erwerber nicht gesondert zu ersetzen sind. Der Kläger verpflichtete sich, das Grundstück innerhalb von zwei Jahren mit einer Lagerhalle zu bebauen. Die Vertragsparteien wurden vom Notar auf einen Genehmigungsvorbehalt nach Art. 75 GO hingewiesen. Der Beschwerdeführer erklärte in der Vertragsurkunde, dass das Rechtsgeschäft keiner Genehmigung nach der Gemeindeordnung bedürfe, da das Grundstück nicht unter Verkehrswert veräußert werde. Der Kläger zahlte den Kaufpreis und bebaut das an ihn aufgelassene Grundstück vereinbarungsgemäß.

Das LRA beanstandete den notariellen Vertrag, da das Grundstück unter Wert veräußert worden sei. Daraufhin forderte der Beschwerdeführer vom Kläger eine Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag in Höhe von 49.243,90 DM, der mit Widerspruchsbescheid des LRA auf 47.890,62 DM festgesetzt wurde. Ein hiergegen vom Kläger eingeleitetes verwaltungsgerichtliches Verfahren blieb ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer wurde jedoch in einem Zivilrechtsstreit zur Rückzahlung des vom Kläger geleisteten Erschließungsbeitrags verurteilt. In diesem Verfahren war ein Vergleich, wonach der Beschwerdeführer dem Kläger die Hälfte des geleisteten Beitrags sowie Säum-

niszuschläge und Verfahrenskosten erstatten und der Kaufvertrag bestätigt werden sollte, vom LRA nicht akzeptiert und daher vom Beschwerdeführer widerrufen worden.

Im Ausgangsverfahren begründete der Kläger die geltend gemachten Ansprüche auf Rückabwicklung des Grundstückskaufvertrags und auf Schadensersatz damit, dass der Vertrag wegen Verstoßes gegen Art. 75 GO nichtig sei, da der Beschwerdeführer das Grundstück fahrlässig unter Wert verkauft habe. Das LG gab der Klage unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss weitgehend statt und verurteilte den Beschwerdeführer, an den Kläger 290.353,87 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen lastenfreie Rückgabe des Grundstücks zu bezahlen. Zwar habe ein Verkauf von Gemeindevermögen unter Wert zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürft. Ein Unterwertverkauf sei jedoch gemäß Art. 75 GO nach wie vor dem Grundsatz nach verboten und führe zur Nichtigkeit des gegen dieses Verbot verstoßenden Vertrags. Die Förderung der heimischen Wirtschaft rechtfertige keine Ausnahme vom Verbot des Unterwertverkaufs. Der Beschwerdeführer habe den tatsächlichen Verkehrswert nicht gekannt und ins Blaue hinein behauptet, dass dieser nicht unterschritten sei. Um dem nichtigen Geschäft Gültigkeit zu verschaffen, hätte es einer nachträglichen einvernehmlichen Bestätigung (§ 141 BGB) bedürft. Dem habe sich das LRA jedoch widersetzt. Dem Kläger sei es nicht zumutbar, mit einem nichtigen Vertrag leben zu müssen.

Mit seiner Berufung begehrte der Beschwerdeführer die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die Abweisung der Klage. Zur Begründung berief er sich darauf, dass kein Vermögensschaden vorliege. Mit Schreiben vom 14.2.2005 habe das LRA ausdrücklich bestätigt, dass die Angelegenheit für die Rechtsaufsichtsbehörde erledigt sei. Der Beschwerdeführer verzichte auf die Rückabwicklung des Vertrags und etwaige diesbezügliche Rückübereignungsansprüche. Im Übrigen werde der geltend gemachte Schaden nicht vom Schutzzweck der verletzten Norm erfasst, da Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO den Bestand des gemeindlichen Vermögens sichern solle und damit ersichtlich dem Schutz der Kommune, nicht aber dem des Vertragspartners diene. Es sei nicht Sinn und Zweck des Schadensrechts, den Erwerber vor Fehlinvestitionen zu bewahren. Ein unzulässiger Unterwertverkauf sei nicht gegeben. Der Erlass von Erschließungsbeiträgen sei rechtmäßig, da der Grundstücksverkauf der Schaffung von Arbeitsplätzen und der Begründung von Gewerbesteuererträgen gedient habe. Die Vertreter des Beschwerdeführers hätten jedenfalls nicht schuldhaft gehandelt. Ferner wurde die Schadensberechnung angegriffen.

Mit Verfügung vom 12.1.2006 wies das OLG den Beschwerdeführer darauf hin, dass die Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO beabsichtigt sei. Das Ersturteil enthalte weder Rechtsfehler noch unzutreffende Tatsachenfeststellungen. Der Grundstückskaufvertrag sei wegen Verstoßes gegen § 134 BGB i. V. m. Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nichtig, da der Beschwerdeführer das Grundstück um ca. ein Drittel unter Wert verkauft habe. Der Beschwerdeführer allein trage die Verantwortung dafür, dass der Verkehrswert zutreffend ermittelt werde. Der Schaden des Klägers liege darin, dass sein Eigentum mit dem Makel eines nichtigen Grundgeschäfts belastet sei. Eine Bestätigung gemäß § 141 BGB habe sich angesichts der Weigerung der Rechtsaufsichtsbehörde als undurchführbar erwiesen. Das LG habe den Schaden rechtsfehlerfrei berechnet.

Daraufhin vertiefte der Beschwerdeführer sein Vorbringen und bot dem Kläger den Abschluss eines Vergleichs an, der auch vom LRA akzeptiert werde. Er sei bereit, alle erforderlichen Erklärungen abzugeben, damit das Grundstück im Eigentum des Klägers verbleibe. Zugleich wurde ein Schreiben des Landrats vorgelegt, wonach eine Rückabwicklung des Rechtsgeschäfts nicht erforderlich sei.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 20.4.2006 wies das OLG die Berufung des Beschwerdeführers zurück. Es nahm auf seine Hinweise Bezug und führte ergänzend aus, eine rechtlich umfassende Absicherung des Klägers könne nicht durch Absichtserklärungen des LRA, sondern ausschließlich durch eine Genehmigung des Grundstückskaufs erfolgen. Der Kläger sei so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten des Beschwerdeführers gestanden hätte. Dann hätte er vom Kauf des um ca. 50.000 DM teureren Grundstücks Abstand genommen und die Halle auf dem Grundstück nicht errichtet. Der Kläger hätte anderweitig ein Grundstück erworben und dort die gleichen Geschäfte getätigt.

Aus den Gründen:

IV.

Die Verfassungsbeschwerde ist unbegründet. (...)

Im Rahmen der eingeschränkten Prüfung des Verfassungsgerichtshofs kann keine Verfassungsverletzung festgestellt werden. Der Beschluss des OLG vom 20.4.2006 verstößt nicht gegen Art. 118 Abs. 1 BV.

Willkürlich i. S. d. Art. 118 Abs. 1 BV wäre eine gerichtliche Entscheidung nur dann, wenn sie bei Würdigung der die Verfassung beherrschenden Grundsätze nicht mehr verständlich wäre und sich der Schluss aufdränge, sie beruhe auf sachfremden Erwägungen. Selbst eine fehlerhafte Anwendung einfachen Rechts begründet allein noch keinen Verstoß gegen Art. 118 Abs. 1 BV. Die Entscheidung dürfte unter keinem Gesichtspunkt rechtlich vertretbar erscheinen; sie müsste schlechthin unhaltbar, offensichtlich sachwidrig, eindeutig unangemessen sein (st. Rspr., vgl. VerfGH 58, 50, 55). Dies ist hier nicht der Fall.

1. Die Auffassung des OLG, dass der Grundstückskaufvertrag wegen eines unzulässigen Unterwertverkaufs gemäß § 134 BGB nichtig ist, lässt sachfremde Erwägungen nicht erkennen.

Das OLG hat seiner Bewertung die konkrete Ausgestaltung des zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kläger des Ausgangsverfahrens abgeschlossenen notariellen Vertrags zugrunde gelegt. Danach hat der Beschwerdeführer dem Kläger ein gemeindeeigenes Grundstück zum Preis von 114.912 DM verkauft. Nach den Feststellungen des Gerichts entsprach dieser Kaufpreis in etwa dem Wert des Grundstücks im unerschlossenen Zustand. Der Beschwerdeführer hat sich im Vertrag jedoch zur vollständigen Erschließung des Grundstücks verpflichtet. Es wurde ausdrücklich vereinbart, dass die Erschließungskosten im Kaufpreis enthalten sind; Kaufgegenstand war somit ein erschlossenes Grundstück. Diesen Umstand hat das OLG als Werterhöhung berücksichtigt und ist deshalb davon ausgegangen, dass das Grundstück um ca. ein Drittel unter dem Verkehrswert veräußert wurde.

Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO dürfen Gemeinden Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern. Veräußerungen unter Wert sind nur ausnahmsweise zulässig, wenn und soweit sie der Erfüllung kommunaler Aufgaben dienen. Da die unmittelbare Wirtschaftsförderung nicht zu den kommunalen Aufgaben gehört, sind Unterwertverkäufe grundsätzlich keine zulässigen Maßnahmen kommunaler Wirtschaftsförderung (*Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 GO Rdnr. 4, 8). Allerdings werden sog. Einheimischenmodelle zur Förderung des örtlichen Gewerbes unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig angesehen. Die Besonderheit dieser Modelle besteht darin, dass eine Gemeinde in ihrem Eigentum stehende Grundstücke unter dem objektiven Verkehrswert verkauft, um Gewerbebetriebe in ihrem Bereich zu halten oder neu anzusiedeln. Die damit verbundene Subventionierung ist jedoch nur zulässig, wenn die von der Gemeinde verfolgten Zwecke für den Fall einer Weiterveräußerung durch entsprechende vertragliche Bindungen abgesichert werden (BayVGH, BayVBI 1999, 399 = DNotZ 1999, 639; *Prandl/Zimmermann/Büchner*, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 GO Rdnr. 6). Es ist nicht erkennbar, dass im Hinblick auf die Vertragsbeziehungen zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kläger ein solcher Ausnahmefall in Betracht kommen könnte.

Dass das OLG keinen Beitragsnachlass angenommen hat, ist ebenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach § 135 Abs. 5 Satz 1 BauGB kann die Gemeinde im Einzelfall von der Erhebung des Erschließungsbeitrags ganz oder teil-

weise absehen, wenn dies im öffentlichen Interesse oder zur Vermeidung unbilliger Härten geboten ist. Das Gericht stützt seine Auffassung, der Beschwerdeführer habe von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, verfassungsrechtlich beanstandungsfrei allein auf den Wortlaut des notariellen Vertrags, wo ausdrücklich bestimmt ist, dass die Kosten für die erstmalige Herstellung der Erschließungsanlagen im Kaufpreis enthalten sind. Das OLG konnte daher davon absehen, die Frage zu prüfen, ob ein Billigkeitserlass rechtlich zulässig gewesen wäre (vgl. BayVGH, NJW 1992, 2652).

2. Die Annahme, der Beschwerdeführer habe den Unterwertverkauf und die daraus folgende Nichtigkeit des Vertrags (§ 134 BGB) zu vertreten, ist nachvollziehbar. Das OLG verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Beschwerdeführer entgegen der in seinen Verantwortungsbereich fallenden Verpflichtung keine zuverlässige Wertermittlung vorgenommen habe (vgl. *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 GO Rdnr. 9). Willkürliche Erwägungen sind insoweit nicht erkennbar.

3. Die Rüge, das OLG habe verkannt, dass das Grundstücksgeschäft keiner Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedurfte, ist unbegründet.

Nach Art. 75 Abs. 5 GO a. F. war die Veräußerung von Vermögensgegenständen unter Wert genehmigungsbedürftig. Dieses Genehmigungserfordernis wurde mit Wirkung vom 1.9.1990 abgeschafft, so dass der am 5.11.1990 abgeschlossene notarielle Kaufvertrag keiner Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde mehr bedurfte. Dies hat das OLG trotz insoweit missverständlicher Formulierungen im angegriffenen Beschluss im Ergebnis auch nicht verkannt. Soweit es auf S. 3 des angegriffenen Beschlusses ausführt, es stehe der Rechtsaufsichtsbehörde nach wie vor frei, das Rechtsgeschäft zu genehmigen und so dem Kläger wirksam Eigentum zu verschaffen, ist diese Formulierung im Zusammenhang mit den Darlegungen auf S. 7 des landgerichtlichen Urteils vom 12.7.2005 sowie auf S. 4 der berufsgerichtlichen Hinweise vom 12.1.2006 zu sehen. Hieraus ergibt sich, dass ersichtlich keine rechtsaufsichtliche Genehmigung nach Art. 75 GO a. F. gemeint ist. Vielmehr geht es insoweit um eine nachträgliche einvernehmliche Bestätigung des wegen Verstoßes gegen Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nichtigen Rechtsgeschäfts, deren Voraussetzungen sich nach § 141 Abs. 1 BGB bestimmen.

4. Ein Vermögensschaden des Klägers wurde vom OLG willkürfrei bejaht. Die Auffassung, eine rechtswirksame nachträgliche Bestätigung des Rechtsgeschäfts gemäß § 141 Abs. 1 BGB sei nicht erfolgt, ist schon einfachrechtlich bedenkenfrei. Dass die Kosten des Hallenbaus auf der Grundlage des vom LG erhaltenen Sachverständigengutachtens unter Berücksichtigung des § 287 ZPO ermittelt wurden, ist weder unhaltbar noch offensichtlich sachwidrig. Ob die Schadensberechnung im Einzelnen einfachrechtlich zutreffend ist, ist im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht zu prüfen.

5. Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, das OLG habe nicht berücksichtigt, dass er mit Schriftsatz vom 6.3.2006 angeboten habe, im Rahmen eines Vergleichs sämtliche Erklärungen zur Bestätigung des Kaufvertrags abzugeben, handelt es sich inhaltlich um eine Rüge der Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 91 Abs. 1 BV). Diese Rüge wäre mangels Rechtswegerschöpfung (Art. 51 Abs. 2 Satz 1 VfGHG) unzulässig, weil der Beschwerdeführer beim OLG keinen Antrag nach § 321 a ZPO gestellt hat.

Im Übrigen bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das OLG das Vorbringen des Beschwerdeführers zum Abschluss eines Vergleichs übersehen haben könnte. Im ange-

griffenen Beschluss vom 20.4.2006 ist hierzu ausgeführt, der Vergleichsvorschlag des Beschwerdeführers sei für den Kläger inakzeptabel. Das Gericht konnte eine Verpflichtung des Klägers, an der Heilung des nichtigen Grundstücksverkaufs mitzuwirken, ohne Verstoß gegen das Willkürverbot verneinen. Dabei ist neben dem Scheitern eines früheren Vergleichsversuchs auch zu berücksichtigen, dass eine rechtliche Wirksamkeit des Grundstücksverkaufs wohl nur durch die Vereinbarung eines höheren Kaufpreises, der nicht gegen das Verbot des Unterwertverkaufs verstößt, zu erreichen gewesen wäre (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 141 Rdnr. 5).

Anmerkung:

1. Der BayVerfGH bestätigt die Entscheidung des OLG München,¹ die für die notarielle Praxis von erheblicher Bedeutung ist. Gemäß Art. 75 Abs. 1 GO dürfen Gemeinden Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern. Dieses Schenkungsverbot enthalten die meisten Gemeindeordnungen.² Demgegenüber sind die früheren Genehmigungspflichten – wie auch in Bayern – weitgehend entfallen. Grund für das Verbot der Unterwertveräußerung ist, dass das Gemeindevermögen mit öffentlichen Mitteln erworben wurde und deshalb nicht verschleudert werden darf. Deshalb gilt das Verschleuderungsverbot auch dann, wenn die Gemeinde bei einer verbilligten Veräußerung, für die kein besonderer Grund besteht, den Gleichheitssatz beachtet. Geschäfte, die gegen das kommunalrechtliche Verbot verstoßen, sind nichtig.³ Die Nichtigkeitsfolge dient nach den vorstehenden Ausführungen nicht allein dem Schutz der Gemeinde, deshalb kann sie nicht einseitig darauf verzichten.

2. Der „volle Wert“ ist in der Regel der Verkehrswert bzw. Marktpreis. Dieser kann durch ein öffentliches Bieterverfahren oder einen Sachverständigen (Gutachterausschuss) festgestellt werden. Insofern gilt im Kommunalrecht nichts anderes als im EU-Subventionsrecht.⁴

3. Ausnahmen sind im öffentlichen Interesse möglich. Beispiel ist die Förderung des sozialen Wohnungsbaus (vgl. § 3 Abs. 4, § 4 Abs. 2 und 3 WoFG). Die Gemeinde muss aber insoweit die Zweckerreichung auch sicherstellen. Der vorliegende Fall zeigt, wie verfehlt manche Entscheidungen von Zivilgerichten waren, die übliche Sicherungen gegen eine zweckwidrige Weiterveräußerung wie z. B. eine Vormerkung als unangemessen ansahen.⁵

4. Für die Beurkundung und den grundbuchamtlichen Vollzug genügt die entsprechende Feststellung der Gemeinde, dass keine Veräußerung unter Wert vorliegt oder eine solche wegen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zulässig ist.⁶ Weitere Nachweise darf das Grundbuchamt nicht verlangen.⁷

¹ Beschluss vom 20.4.2006, 24 U 523/05.

² Siehe nur *Richter* in Henneke/Pünder/Waldhoff, Recht der Kommunal Finanzen, 2006, § 38 Rdnr. 94.

³ BayObLG, BayVBl 1995, 667; BayObLG, BayVBl 2001, 539; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, 2008, Art. 75 GO Rdnr. 11 und *Widmann/Grasser*, BayGO, 2007, Art. 75 Rdnr. 4.

⁴ Vgl. zuletzt *Nordmann*, EuZW 2007, 752 und *Soltész/Schädle*, EuZW 2008, 134. Zum Bieterverfahren nach EU-Recht siehe *Höfinghoff*, RNotZ 2005, 387.

⁵ Z. B. OLG Hamm, NJW 1996, 2106 = MittBayNot 1996, 199; richtig dagegen BGH, MittBayNot 2007, 306.

⁶ BayStMI, AllMBI 1993, 535.

⁷ BayObLGZ 1966, 278, 283; BayObLGZ 1995, 225 = MittBayNot 1995, 389; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 4078.

Der Käufer hat keinen Anspruch gegen die Rechtsaufsichtsbehörde auf Erteilung einer Bescheinigung, dass diese Feststellung der Wahrheit entspricht.⁸ Die Gemeinde muss jedoch sorgfältig prüfen, ob diese häufig formularmäßig abgegebene Erklärung tatsächlich zutrifft. Auch wenn der private Vertragspartner durch eine unzutreffende Feststellung keinen unmittelbaren Nachteil hat, sind derartige aus politischen Gründen (z. B. Gewerbeansiedlung) in nicht seltenen Fällen unrichtig abgegebenen Erklärungen für die Gemeinde höchst gefährlich. Gleiches gilt für immer wieder „neu aufgelegte“ Diskussionen über „Kaufpreisausweisungen inklusive Erschließung“⁹ bei der Veräußerung gemeindeeigener Grundstücke. Der vorliegende Fall belegt, dass Gemeinden selbst bei Gesetzesverstößen, die den Privaten begünstigen sollen, nicht gut beraten sind. Die Gerichte tendieren zunehmend dazu, eine Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarung anzunehmen.¹⁰ Soll später ein Standort aus wirtschaftlichen Gründen aufgegeben werden, kann dies dann sehr leicht mit dem zur Vertragsnichtigkeit führenden Handeln der Gemeinde begründet werden.

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

⁸ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4078.

⁹ *Miller*, VBIBW 2007, 46; a. A. VGH Mannheim, VBIBW 2008, 64 und *Grziwotz*, BauR 2008, 471.

¹⁰ Vgl. auch BGH, MittBayNot 2006, 494.

Steuerrecht

23. UStG § 1 Abs. 1 a (*Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen*)

1. **Die nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG setzt voraus, dass die übertragenen Vermögensgegenstände die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Eine Geschäftsveräußerung liegt auch dann vor, wenn der Erwerber den von ihm erworbenen Geschäftsbetrieb in seinem Zuschnitt ändert oder modernisiert.**
2. **Die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand ist keine eigenständige Voraussetzung für die Nichtsteuerbarkeit, sondern im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, aus der sich ergibt, ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht (Fortführung von BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, 665).**

BFH, Urteil vom 23.8.2007, V R 14/05

Streitig ist das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1 a UStG.

Die Klägerin ist eine Landwirtschaftskammer (Körperschaft des öffentlichen Rechts). Sie ist die Vertreterin der Landwirtschaft und Fischerei in einem Bundesland und unterhielt als rechtlich unselbständige Organisationseinheit eine landwirtschaftliche Forschungs- und Untersuchungsanstalt/Institut für Tiergesundheit und Lebensmittelqualität (Institut). Aufgabe des Instituts war die Untersuchungs- und Beratungstätigkeit für die landwirtschaftliche Praxis. Die Klägerin führte mit dem Institut Untersuchungen auf privatrechtlicher Grundlage gegenüber Dritten durch und nahm hoheitliche Untersuchungs-

aufgaben wahr. Im Einzelnen war das Institut in den Bereichen Agrikulturchemie, Lebensmittelchemie, Tiergesundheit und Lebensmittelqualität tätig.

Das Institut bezog Leistungen von der LD-GmbH, einer Tochtergesellschaft der Klägerin, in den Bereichen Qualitätsmanagement und operative Verwaltung (EDV, Buchhaltung, Mahnwesen, Vertriebsmanagement und Probenentnahmen sowie Einkauf, Materialbewirtschaftung und Lager).

Die Klägerin verkaufte mit Vertrag vom 21.6.2001 das Institut an die Holding GmbH. Ausweislich der Präambel des Kaufvertrages vom 21.6.2006 bezweckte die Holding GmbH mit dem Erwerb des Instituts insbesondere die Erweiterung von Marktanteilen, die Verstärkung der regionalen Präsenz, die Ausweitung des eigenen Dienstleistungsangebots, die Privatisierung landwirtschaftlicher Dienst- und Analytikleistungen sowie die Realisierung wirtschaftlicher Synergien durch die Integration des Instituts in die Unternehmensgruppe der Holding GmbH. Nach der Präambel beabsichtigte die Holding GmbH weiter, die Zukunft des Instituts am bisherigen Standort langfristig sicherzustellen und in einzelnen Bereichen auszubauen. Mit Ausnahme rein beratender oder verwaltungstechnischer Hoheitsaufgaben sollten die bisherigen Leistungen des Instituts Dritten unverändert angeboten werden. Dem Institut sollten moderne, privatwirtschaftliche Strukturen, insbesondere in den Bereichen Marketing und Vertrieb, Innere Verwaltung, Controlling, EDV-gestützte Organisation und Führung verschafft werden. Die Modernisierung der inneren Strukturen sollte die Wirtschaftlichkeit des Instituts verbessern.

Die Holding GmbH beabsichtigte nach der Präambel das Institut nicht selbst, sondern über eine noch zu gründende Gesellschaft zu erwerben.

Nach dem Vertrag wurden insbesondere das Sachanlagevermögen, die immateriellen Vermögenswerte, das Vorratsvermögen, der Firmenwert (eingespielte Betriebsorganisation, Kundenkartei, Know-how, Marke des Instituts) sowie der Forderungs- und der Kassenbestand übertragen (§§ 3 bis 8 des Kaufvertrages). Nicht übertragen wurde das Institutsgrundstück, das die Klägerin für eine Laufzeit von acht Jahren mit einer Verlängerungsoption von fünf Jahren aufgrund eines gesonderten Mietvertrages an die Erwerberin vermietete. Der Kaufvertrag vom 21.6.2001 sah darüber hinaus den Übergang der durch das Institut abgeschlossenen Verträge vor, soweit diese nicht das Institutsgrundstück betrafen. Die Vertragsparteien gingen weiter von einem Übergang der Arbeitsverhältnisse des beim Institut beschäftigten Personals aus. Die Käuferin verpflichtete sich im Kaufvertrag ausdrücklich, den Laborstandort dauerhaft zu sichern und die beim Institut bestehenden Beschäftigungsverhältnisse fortzuführen. Sie verpflichtete sich weiter, als Erfüllungsgehilfin der Verkäuferin die dem Institut bisher obliegenden Aufgaben im hoheitlichen Bereich insoweit zu übernehmen, als die Aufwandserstattungen der Kostendeckung genügen. Im Übrigen sah der Kaufvertrag vor, dass die Käuferin auch die Geschäftsanteile an der LD-GmbH erwirbt. Der Kaufpreis für den Erwerb des Instituts sollte sich auf 16 Mio. DM belaufen.

Aufgrund einer Ergänzungsvereinbarung vom 27.9.2001 vereinbarten die Parteien des Kaufvertrages, dass die Geschäftsanteile an der LD-GmbH nicht übertragen werden und auch die mit der LD-GmbH abgeschlossenen Verträge nicht auf die Erwerberin übergehen sollten, sondern schnellstmöglich zu beenden seien. Im Übrigen ermäßigte sich der Kaufpreis auf 11,5 Mio. DM. Das Institut wurde im Dezember 2001 übertragen.

In ihrer Umsatzsteuervoranmeldung für Dezember 2001 behandelte die Klägerin die Übertragung des Instituts zunächst als steuerpflichtigen Umsatz. Sie beantragte demgegenüber im März 2002 die Änderung dieser Voranmeldung, da es sich um eine Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG gehandelt habe.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung der Vorentscheidung sowie zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz steht der Annahme einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a Satz 1 UStG nicht entgegen, dass der Erwerber das Unternehmen nicht mit allen

Vertragsbeziehungen (insbesondere betreffend Qualitätsmanagement) übernahm. Die vorhandenen Feststellungen reichen aber nicht aus, um abschließend zu entscheiden. Der während des Revisionsverfahrens ergangene Änderungsbescheid für das Streitjahr wirkt sich insoweit nicht aus, da die Änderungen die Streitpunkte nicht betreffen (vgl. § 127 FGO).

1. Nach § 1 Abs. 1 a UStG unterliegen Umsätze im Rahmen einer Geschäftsveräußerung an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen nicht der Umsatzsteuer. Die Vorschrift setzt voraus, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird.

a) § 1 Abs. 1 a UStG dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG in nationales Recht und ist richtlinienkonform auszulegen (vgl. z. B. BFHE 208, 491 = BFH/NV 2005, 810).

Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG lautet:

„Die Mitgliedstaaten können die Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens, die entgeltlich oder unentgeltlich oder durch Einbringung in eine Gesellschaft erfolgt, so behandeln, als ob keine Lieferung von Gegenständen vorliegt, und den Begünstigten der Übertragung als Rechtsnachfolger des Übertragenden ansehen. Die Mitgliedstaaten treffen gegebenenfalls die erforderlichen Maßnahmen, um Wettbewerbsverzerrungen für den Fall zu vermeiden, dass der Begünstigte nicht voll steuerpflichtig ist.“

Gemäß Art. 6 Abs. 5 gilt Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG „unter den gleichen Voraussetzungen für Dienstleistungen“.

Die in diesen Bestimmungen verwendeten Begriffe sind nach der Rechtsprechung EuGH autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts, die eine in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Anwendung des Mehrwertsteuersystems verhindern sollen (EuGH, UR 2004, 19 Rz. 32 – Zita Modes). Dabei bezweckt Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG nach der Rechtsprechung des EuGH, die Übertragung von Unternehmen oder Unternehmensteilen zu erleichtern und zu vereinfachen. Im Hinblick auf diesen Zweck erfasst Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG die Übertragung der Geschäftsbetriebe und der selbständigen Unternehmensteile, die jeweils materielle und immaterielle Bestandteile umfassen, die zusammengenommen ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil bilden, mit dem eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH, UR 2004, 19 Rz. 39 f. – Zita Modes). Der Erwerber muss darüber hinaus die Absicht haben, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben. Nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH, UR 2004, 19 Rz. 44 – Zita Modes).

b) Wie sich bereits aus den Begriffen des Gesamtvermögens und des Teilvermögens ergibt, die die Richtlinie gleichrangig verwendet, kommt es für die Unternehmensfortführung nach Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG nicht darauf an, dass der Steuerpflichtige sein gesamtes Unternehmensvermögen auf den Erwerber überträgt. Im Hinblick auf die nach der EuGH-Rechtsprechung maßgebliche Absicht des Erwerbers, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben, ist vielmehr entscheidend, ob die übertragenen Vermögensgegenstände die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten Tätigkeit ermöglichen. Hiermit übereinstimmend ist es nach der Rechtsprechung des Senats maßgeblich, ob die übertragenen

Vermögensgegenstände ein hinreichendes Ganzes bilden, um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu ermöglichen. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Art der übertragenen Vermögensgegenstände und der Grad der Übereinstimmung oder Ähnlichkeit zwischen den vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten zu berücksichtigen (BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, 665).

§ 1 Abs. 1 a UStG setzt nicht voraus, dass der Erwerber das Unternehmen unverändert weiterführt. Der vom EuGH bei der Auslegung betonte Vereinfachungszweck greift vielmehr auch dann ein, wenn der Erwerber den von ihm erworbenen Geschäftsbetrieb aus z. B. betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Gründen in seinem Zuschnitt ändert oder modernisiert. Die Wesentlichkeit einzelner Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand (BFHE 199, 66 = BStBl II 2004, 662) stellen in diesem Zusammenhang keine eigenständigen Voraussetzungen für die Nichtsteuerbarkeit dar, sondern sind im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, aus der sich ergibt, ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht (BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, 665). Hieran fehlt es z. B., wenn nur der Warenbestand verkauft wird (EuGH, UR 2004, 19 Rz. 44 – Zita Modes).

2. Die vom FG zur Auslegung des § 1 Abs. 1 a UStG angewendeten Kriterien zur Auslegung des § 1 Abs. 1 a UStG entsprechen nicht den vorstehenden Grundsätzen. Das Urteil war daher aufzuheben.

a) Die Klägerin handelte bei der Institutsübertragung als Unternehmer nach § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG, da sie mit dem Institut entgeltliche Leistungen erbrachte und zwischen den Beteiligten das Vorliegen eines Betriebs gewerblicher Art unstreitig ist. Die Veräußerung des dieser Leistungstätigkeit dienenden Unternehmensvermögens erfolgte im Rahmen des Unternehmens der Klägerin (BFH/NV 2005, 252 zu Grundstückslieferungen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts). Ob das Unternehmensvermögen darüber hinaus auch für hoheitliche Zwecke verwendet wurde und insoweit unentgeltliche Wertabgaben nach § 3 Abs. 9 a UStG im Zeitraum bis zur Institutsveräußerung vorlagen, ist unerheblich.

b) Das FG hat das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1 a UStG zu Unrecht allein mit der Begründung abgelehnt, es seien nicht alle wesentlichen Betriebsgrundlagen auf den Erwerber übergegangen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die übertragenen Vermögensgegenstände ein hinreichendes Ganzes bilden, mit dem eine wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann.

Die danach erforderlichen Feststellungen und deren Gesamtwürdigung kann der Senat nicht vornehmen. Die Sache ist an das FG zurückzuverweisen, das diese Würdigung vorzunehmen hat. Dabei wird das FG zu berücksichtigen haben, dass nach dem Kaufvertrag vom 21.6.2001 für die Erwerberin die Verpflichtung bestand, den Laborstandort dauerhaft zu sichern und dass die Holding GmbH nach der Präambel des Vertrages eine Reihe von Zielen verfolgte, die sich nur bei einer Fortführung der Institutstätigkeit erreichen ließen. Dies gilt insbesondere für die Verstärkung der regionalen Präsenz, die Ausweitung des eigenen Dienstleistungsangebots, die Privatisierung landwirtschaftlicher Dienst- und Analytikleistungen sowie die Realisierung wirtschaftlicher Synergien durch die Integration des Instituts in die Unternehmensgruppe der Holding GmbH. Aufgrund dieser Zielsetzungen erwarb die Beigeladene im Übrigen auch den durch die bisherige Institutstätigkeit geschaffenen Firmenwert (eingespielte Betriebsorganisation, Kundenkartei, Know-how, Marke des Instituts).

Entgegen der Auffassung des FG steht der Beurteilung als Geschäftsveräußerung nicht schon entgegen, dass der Erwerber aus Gründen einer mit der Unternehmensfortführung angestrebten Effizienzsteigerung weder (zusätzlich) die Anteile der LD-GmbH erwarb noch die mit dieser bestehenden Verträge über den Bezug bestimmte Leistungen übernahm. Der Annahme einer Geschäftsveräußerung steht nicht entgegen, dass der Erwerber für die Fortführung erforderliche Leistungen oder Lieferungen nicht von den bisherigen Vertragspartnern des Veräußerers bezieht. Im Hinblick auf die nach der EuGH-Rechtsprechung maßgeblichen Erwerbersicht ist insoweit auch zu berücksichtigen, ob die Unternehmensgruppe, der die Beigeladene angehört, über ein eigenes Qualitätsmanagement verfügte und das Institut auf die Ressourcen der Erwerberunternehmensgruppe zurückgreifen konnte.

c) Wie das FG zutreffend ausführt, war es im Hinblick auf die langfristige Vermietung des Institutsgrundstücks schließlich nicht erforderlich, das Grundstück auf den Erwerber dinglich zu übertragen. Die vereinbarte Grundmietzeit von acht Jahren reichte nach den Grundsätzen des Senatsurteils in BFHE 200, 160 = BStBl II 2004, 665 für eine langfristige Nutzungsüberlassung durch Vermietung aus, ohne dass es dabei auf die Ausübung von Verlängerungsoptionen ankommt.

3. Im zweiten Rechtsgang sind auch Feststellungen zur Person des Institutserwerbers zu treffen. Denn es ist entscheidungserheblich, ob in der Person des Erwerbers die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 a UStG vorliegen (Unternehmereigenschaft und Fortführungsabsicht).

Leistungsempfänger ist nach der ständigen Rechtsprechung des BFH grundsätzlich derjenige, der aus dem der Leistung zugrundeliegenden Schuldverhältnis als Auftraggeber berechtigt und verpflichtet ist (vgl. BFHE 215, 311 = BStBl II 2007, 340; BFH/NV 1996, 185; BFHE 193, 170 = BStBl II 2001, 266). Vertragspartei des ursprünglichen Kaufvertrags vom 21.6.2001 war die Holding GmbH. Zwar sah dieser Vertrag vor, dass das Institut durch eine noch zu gründende GmbH übernommen werden sollte. Die Holding GmbH handelte jedoch auch bei Abschluss der Ergänzungsvereinbarung vom 27.9.2001 noch als Käuferin. Auch wenn die Klägerin bereits im Kaufvertrag vom 21.6.2001 einer Übertragung der sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Rechte und Pflichten durch die Käuferin auf die noch zu gründende Gesellschaft zustimmte, hat das FG aber nicht festgestellt, ob diese Übertragung auch tatsächlich – wie erforderlich – bis zum Zeitpunkt der Institutsübergabe im Dezember 2001 als maßgeblichen Leistungszeitpunkt erfolgt ist. Es ist nicht ersichtlich, welche Rechtsposition der vom FG beigeladenen A-GmbH im Streitfall zukommt.

Sollte es an einer wirksamen und rechtzeitigen Übertragung der Rechtspositionen aus dem Kaufvertrag fehlen, wäre die Holding GmbH als Erwerber anzusehen, so dass eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung nur dann vorläge, wenn die Holding GmbH Unternehmer gemäß § 2 UStG ist. War die Holding GmbH beim Erwerb unternehmerisch tätig, wäre weiter zu prüfen, ob bei ihr auch die nach der EuGH-Rechtsprechung maßgebliche Fortführungsabsicht vorlag, da sie das Institut nicht selbst, sondern durch die Beigeladene betreiben wollte.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Beer/Zugmaier*, MittBay-Not 2008, 359 (in diesem Heft).

24. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Entgeltlicher Unterhaltsverzicht als freigebige Zuwendung*)

Erhält ein Ehegatte zu Beginn der Ehe vom anderen Ehegatten als Ausgleich für einen ehevertraglich vereinbarten Teilverzicht auf nachehelichen Unterhalt einen Geldbetrag, ist dies als freigebige Zuwendung zu beurteilen. Der Teilverzicht stellt keine die Bereicherung mindernde Gegenleistung dar.

BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05

Die Klägerin schloss am 22.7.1997 mit ihrem späteren Ehemann (E) einen notariell beurkundeten Ehevertrag, durch den u. a. Regelungen über ihren Anspruch auf nachehelichen Unterhalt getroffen wurden. Danach bleibt es im Grundsatz bei der gesetzlichen Regelung dieses Anspruchs. Der Anspruch beträgt jedoch monatlich höchstens (wertgesichert) 10.000 DM und ermäßigt sich im Falle der Wiederverheiratung der Klägerin nach einer Scheidung auf die Hälfte. Außerdem waren sich die Beteiligten darüber einig, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, im Falle einer Ehescheidung eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Einer in dem Ehevertrag ferner getroffenen Vereinbarung entsprechend zahlte E im Jahr 1997 als „Gegenleistung“ für den teilweisen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt an die Klägerin einen mit dem Zeitpunkt der Eheschließung fällig gewordenen Geldbetrag von 1.500.000 DM.

Das beklagte FA sah in dieser Zahlung eine freigebige Zuwendung und setzte gegen die Klägerin Schenkungsteuer fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG teilte die Ansicht des FA, dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt seien. Der teilweise Verzicht der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt betreffe eine bloße Erwerbsschance und könne daher nicht als eine die Freigebigkeit ausschließende Gegenleistung gewertet werden. Auch der subjektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung liege vor.

Mit der Revision rügt die Klägerin Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Ihr teilweiser Verzicht auf nachehelichen Unterhalt stelle eine Gegenleistung dar, deren Wert dem zugewendeten Geldbetrag entspreche. E habe keine unentgeltliche Zuwendung vornehmen, sondern – vergleichbar einem Versicherungsvertrag – das aufgrund der Höhe seines Einkommens bestehende Risiko vermeiden wollen, nach einer Ehescheidung an sie sehr hohen Unterhalt leisten zu müssen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass für die Zuwendung des Betrags von 1.500.000 DM an die Klägerin Schenkungsteuer festzusetzen war.

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB).

a) Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes, auf den kein Rechtsanspruch besteht, ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers oder in rechtlichem Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht (ständige Rechtsprechung, zuletzt BFH, BStBl II 2007, S. 472, unter II. 5. und 6.). Dabei kommen als die Unentgeltlichkeit ausschließende und die Entgeltlichkeit begründende rechtliche Abhängigkeit Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrags als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (grundlegend BFHE 173, 432 = BStBl II 1994, S. 366 = DNotZ 1994, 554; zuletzt BFH/NV 2006, 63 = MittBayNot 2006, 455, ständige Rechtsprechung). Freiwillig eingegangene Leistungspflichten schließen die Unentgeltlichkeit nicht aus (BFH/NV 2007, 2014 = ZEV 2007, 500).

b) Der Unentgeltlichkeit steht es auch nicht entgegen, wenn Zuwendungen unter Ehegatten der ehelichen Gemeinschaft dienen (BFHE 173, 432 = BStBl II 1994, S. 366 = DNotZ 1994, 554). Der Umstand, dass zivilrechtlich der Abschluss eines Ehevertrags in der Regel keine Schenkung darstellt und ehebedingte Zuwendungen im Verhältnis zwischen den Ehegatten nicht als unentgeltlich angesehen werden, führt nicht zu einer entsprechenden schenkungsteuerrechtlichen Beurteilung. Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht folgt dieser zivilrechtlichen Qualifizierung nicht, sondern stellt auf die objektive Unentgeltlichkeit ab (BFHE 173, 432 = BStBl II 1994, S. 366 = DNotZ 1994, 554 und BFH/NV 2006, 63 = MittBayNot 2006, 455).

2. Die Klägerin wurde durch die Zuwendung des Betrags von 1.500.000 DM aus dem Vermögen des E unentgeltlich bereichert. Sie hatte weder einen gesetzlichen Anspruch auf die Zuwendung noch war diese synallagmatisch, konditional oder kausal mit einer Gegenleistung der Klägerin verknüpft.

a) Der Klägerin stand bei Zuwendung des Geldbetrages kein gesetzlicher Leistungsanspruch zu. Insbesondere löste der Umstand, dass die Klägerin auf einen etwaigen Anspruch auf nachehelichen Unterhalt teilweise verzichtet hat, keinen gesetzlichen Zahlungsanspruch aus. Auch die auf § 138 Abs. 1 BGB beruhende Wirksamkeitskontrolle von vor der Eingehung der Ehe geschlossenen Eheverträgen führt nicht zu einem Zahlungsanspruch des potentiell Unterhaltsberechtigten bereits bei Beginn der Ehe, sondern nur zur Unwirksamkeit des Verzichts.

b) Der teilweise Verzicht der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt stellt auch keine Gegenleistung im schenkungsteuerrechtlichen Sinn dar. Dies ergibt sich sowohl aus § 7 Abs. 3 ErbStG als auch aus § 4 BewG.

aa) Nach § 7 Abs. 3 ErbStG werden Gegenleistungen, die nicht in Geld veranschlagt werden können, bei der Feststellung, ob eine Bereicherung vorliegt, nicht berücksichtigt. Diese Vorschrift ist auch anwendbar, wenn der Bedachte als „Gegenleistung“ für eine Zuwendung auf Ansprüche verzichtet, die ihm möglicherweise in Zukunft gegen den Zuwendenden zustehen werden und die bei Vollzug der freigebigen Zuwendung nicht bewertet werden können. Dies gilt nicht nur, wenn der Erwerb nach seinem Eintreten selbst der Schenkungs- oder Erbschaftsteuer unterliegen würde (vgl. dazu BFHE 194, 440 = BStBl II 2001, S. 456), sondern nach den BFH-Urteilen in BFH/NV 2006, 63 = MittBayNot 2006, 455 und in BFH/NV 2007, 2014 = ZEV 2007, 500 auch dann, wenn auf die Chance verzichtet wird, Vermögenswerte zu erlangen, die wie die Ausgleichsforderung bei Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft (§ 1378 BGB) nicht zum Erwerb i. S. d. §§ 3 und 7 ErbStG gehören (§ 5 Abs. 2 ErbStG).

Der teilweise Verzicht der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt erfüllt die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 ErbStG. Bei der Zahlung des Betrags von 1.500.000 DM war ungewiss, ob und wann die Ehe später wieder geschieden wird und ob die Klägerin nach einer etwaigen Scheidung ohne Berücksichtigung der ehevertraglichen Vereinbarungen nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 1569 ff. BGB nachehelichen Unterhalt in einer über den vereinbarten Höchstbetrag hinausgehenden Höhe beanspruchen könnte. Der Unterhaltsanspruch setzt Bedürftigkeit voraus (§ 1577 BGB); sein Maß hängt von zahlreichen Umständen ab (§ 1578 BGB) und kann durch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten (§ 1581 BGB) und die Rangverhältnisse mehrerer Unterhaltsbedürftiger (§ 1582 BGB) begrenzt werden. Aufgrund dieser Umstände ist es nicht möglich, die Höhe eines etwaigen nachehelichen Unterhaltsan-

spruchs bereits zu Ehebeginn hinreichend genau zu bestimmen und so den Wert des teilweisen Verzichts auf diesen Unterhaltsanspruch auf diesen Zeitpunkt zu ermitteln.

bb) Der Berücksichtigung des teilweisen Verzichts der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt als Gegenleistung für die Geldzuwendung des Ehemannes steht schenkungsteuerrechtlich auch § 4 BewG entgegen. Danach werden Wirtschaftsgüter, deren Erwerb vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, erst berücksichtigt, wenn die Bedingung eingetreten ist. Die Vorschrift hat als Bewertungsregel nicht nur für die Feststellung des steuerpflichtigen Erwerbs (§ 10 ErbStG) Bedeutung, sondern ist als allgemeiner steuerrechtlicher Grundsatz schon bei der Ermittlung der objektiven Bereicherung, d. h. schon im Rahmen des § 7 ErbStG zu beachten. Die Anordnung der Nichtberücksichtigung hat neben dem aufschiebend bedingten Erwerb der Schenkerleistung auch für den (Nicht-)Ansatz einer erst aufschiebend bedingt zu erwerbenden Gegenleistung des Bedachten Bedeutung (so bereits für § 6 BewG: BFHE 213, 102 = BStBl II 2006, S. 475 = MittBayNot 2006, 541; BFHE 197, 260 = BStBl II 2002, S. 165 = RNotZ 2002, 119 und BFHE 157, 440 = BStBl II 1989, S. 814; BFH/NV 2001, 455 und II B 161/99, BFH/NV 2001, 781).

Da der Anspruch der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt durch die Scheidung aufschiebend bedingt ist, kann ihr teilweiser Verzicht darauf nicht als die Freigebigkeit ganz oder teilweise ausschließende Gegenleistung beurteilt werden.

c) Mit einem Versicherungsvertrag sind die in dem Ehevertrag getroffenen Regelungen über den nachehelichen Unterhaltsanspruch der Klägerin nicht vergleichbar. Für eine Versicherung ist kennzeichnend, dass ein den Einzelnen betreffendes Risiko, durch den Eintritt eines ungewissen Ereignisses Verluste oder Schäden zu erleiden, auf einen größeren Kreis von Personen verteilt wird (vgl. BFH/NV 2007, 513). An einer solchen Risikoverteilung fehlt es im Streitfall.

3. Die Zuwendung des Geldbetrags an die Klägerin erfüllt auch den subjektiven Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

a) Dieser Tatbestand erfordert, dass der Zuwendende mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit oder Willen zur Freigebigkeit handelt (BFHE 194, 435 = BStBl II 2001, S. 454). Dieser Wille wird aufgrund der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen bestimmt (BFHE 148, 69 = BStBl II 1987, S. 80; BFHE 194, 435 = BStBl II 2001, S. 454 und BFH/NV 2006, 63). Er ist gegeben, wenn der Zuwendende in dem Bewusstsein handelt, zu der Vermögenshingabe weder rechtlich verpflichtet zu sein noch dafür eine mit seiner Leistung in einem synallagmatischen, konditionalen oder kausalen Zusammenhang stehende Gegenleistung zu erhalten, und auch nicht annimmt, dass seine Leistung in einem rechtlichen Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht (BFH/NV 2006, 63 und BFH, BStBl II 2007, S. 472, unter II. 8., m. w. N.).

Der subjektive Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist nicht erfüllt, wenn der Zuwendende – wenn auch irrtümlich – annimmt, zu seiner Leistung rechtlich verpflichtet zu sein oder dafür eine Gegenleistung zu erhalten, oder einen rechtlichen Zusammenhang seiner Leistung mit einem Gemeinschaftszweck als gegeben ansieht. Allerdings schließt nicht jeder Irrtum des Zuwendenden in einer solchen Beurteilung den subjektiven Tatbestand der freigebigen Zuwendung aus. Bei der „(Un-)Entgeltlichkeit“ handelt es sich um einen komplexen normativen („wertausfüllungsbedürftigen“) Begriff, dessen exakter Sinngehalt sich nur durch rechtliche Wertungen und Subsumtionen erschließt. Für die zutreffende – irr-

tumsausschließende – Vorstellung des Zuwendenden von dem Begriff der (Un-)Entgeltlichkeit genügt es, wenn er dessen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt „nach Laienart“ zutreffend erfasst; eine exakte juristische Subsumtion ist nicht erforderlich (BFHE 148, 69; BFH, BStBl II 1987, S. 80 und BFH/NV 2006, 63). Ein Irrtum des Zuwendenden kann danach nur dann beachtlich sein, wenn er aufgrund eines realen Bezugs nach den objektivierenden Maßstäben des Verkehrsüblichen im Zeitpunkt der Zuwendung beurteilt als vertretbar erscheint (BFHE 194, 435; BFH, BStBl II 2001, S. 454, unter II. 1. c) bb), unter Hinweis auf *Schulze-Osterloh*, Steuer und Wirtschaft 1977, S. 122, 133 f.).

b) E hat danach den subjektiven Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt. Er kannte alle Umstände, die zur Beurteilung der Geldzahlung als freigebige Zuwendung führen. Er wusste, dass er kraft Gesetzes weder zum Abschluss des Ehevertrags noch zur Zusage des Geldbetrags verpflichtet war. Sollte er angenommen haben, dass der von der Klägerin erklärte Teilverzicht auf nachehelichen Unterhalt als eine deren Bereicherung ausschließende Gegenleistung zu werten sei und deshalb keine freigebige Zuwendung vorliege, würde es sich lediglich um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum handeln. Ein solcher Irrtum hätte nach den objektivierenden Maßstäben des Verkehrsüblichen im Zeitpunkt der Zuwendung beurteilt keinen realen Bezug.

Anmerkung:

So sehr die Entscheidung den Zivilrechtler verwundert, so sehr war sie schenkungsteuerlich im Ergebnis zu erwarten. Die Kernfrage der Entscheidung war, ob anlässlich des Abschlusses eines Ehevertrages vor der Ehe die Leistung, die für den Verzicht auf künftige gesetzliche Ansprüche gewährt wird, einen Entgeltcharakter hat oder als unentgeltlich angesehen werden kann.

1. Der BFH geht dabei vom Wortlaut des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aus, der den Begriff der „freigebigen Zuwendung“ verwendet und nimmt ausdrücklich auf die Vorschriften des BGB Bezug. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH, die ausdrücklich fortgeführt wird, ist ein Erwerb unentgeltlich, wenn er weder abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung noch im rechtlichen Zusammenhang mit einem gemeinschaftlichen Zweck steht. Den Begriff der „Unentgeltlichkeit“ sieht der BFH streng objektiv, subjektive Tatbestandsmerkmale werden erst auf einer zweiten Stufe geprüft.

Im Rahmen der objektiven Entgeltlichkeit prüft der BFH daher die Frage, ob der Verzicht der Ehefrau eine geldwerte Position sei. Die Frage, ob ein Unterhaltsverzicht zivilrechtlich eine Schenkung darstellt, untersucht der BFH nicht, sondern hält dies unter Berufung auf seine Entscheidungen zur „unbenannten Zuwendung“ schenkungsteuerlich für unbeachtlich.¹ Nach der herrschenden Meinung im Zivilrecht ist ein Unterhaltsverzichtsvertrag keine Schenkung,² sondern einem Erlassvertrag ähnlich, was sich insbesondere auch in der bis Ende 2007 geltenden Formfreiheit widerspiegelt.

2. Der BFH lehnt den Gegenleistungscharakter sodann aus zwei Erwägungen ab:

¹ BFH, BStBl II 1994, S. 366.

² *Staudinger/Baumann*, BGB, 12. Aufl., § 1585 c Rdnr. 123; *Münch-KommBGB/Maurer*, 4. Aufl., § 1585 c Rdnr. 19, 24.

a) Die Gegenleistung sei nicht in Geld zu veranschlagen und daher gemäß § 7 Abs. 3 ErbStG unbeachtlich. Nach der Kommentierung sollen danach z. B. das Bestehen einer Prüfung, die Herbeiführung der Scheidungsbereitschaft, das Sorgerecht für ein Kind, das Ergreifen eines bestimmten Berufes keine vermögenswerten Positionen sein. Im Hinblick darauf, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses weder die Höhe des Unterhalts, dessen Laufzeit, die Bedürftigkeit des Verpflichteten noch der Unterhaltsanspruch überhaupt feststehen, sei die Gegenleistung in Geld nicht zu veranschlagen, ergo unbeachtlich. Die herrschende Meinung in der Literatur erkennt demgegenüber § 7 Abs. 3 ErbStG keine eigene Bedeutung zu.³ Dass Leistungen, deren Geldeswert nicht zu beurteilen ist, als Kompensation ungeeignet sind, versteht sich von selbst. Dass gerade dem Verzicht auf gesetzliche Ansprüche im Eherecht in der heutigen Zeit eine im wahrsten Sinne des Wortes geldwerte Position zu kommt, mag sittlich bedauerlich sein, entspricht aber der Rechtswirklichkeit. Mit dem Hinweis auf die „Hülse“ des § 7 Abs. 3 ErbStG wird die Kernfrage nicht zufriedenstellend beantwortet.

b) Eine davon zu trennende Frage ist m. E. aber, ob diese Gegenleistung erbschaftsteuerlich ausreichend ist. Ohne diesen Gedanken expressis verbis auszusprechen, folgt der BFH m. E. diesem Ansatz. Anders sind die Ausführungen zu § 4 BewG nicht zu verstehen, die ja sonst (die Urteilsbegründung stützt sich ausdrücklich auf beide Vorschriften) unnötig wären. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand ein Unterhaltsanspruch der Ehefrau noch nicht. Gemäß §§ 4, 6 BewG ist daher die Gegenleistung als aufschiebend bedingt anzusehen mit der Folge, dass bis zum Bedingungseintritt eine Unentgeltlichkeit anzunehmen ist. Würde also die Ehe durch das Ableben der Ehefrau enden, kommt es nicht mehr zum Bedingungseintritt, es bleibt also bei der steuerlichen Belastung; kommt es hingegen zum nachgehenden Unterhaltsanspruch, so ist die Steuer neu festzusetzen, § 6 i. V. m. § 4 BewG.

Für dieses Ergebnis spricht auch Folgendes: Zahlt der Ehemann nach Beendigung der Ehe als Unterhaltsabfindung einen entsprechenden Betrag, ist dieser im Hinblick auf die Gegenleistung regelmäßig nicht steuerbar. Die Entscheidung fügt sich auch in die Rechtsprechung zur „Güterstandsschaukel“ ein: Ist der Zahlungsanspruch durch Wechsel des Güterstandes entstanden, kann er ausgeglichen werden, aber erst zu diesem Zeitpunkt.⁴

3. Die Ausführungen zum subjektiven Tatbestand sind von Praktikabilitätserwägungen untermauert. Ausreichend ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH, dass der Zuwendende einen Willen zur Unentgeltlichkeit und das Bewusstsein hat,

zu dieser Vermögenshingabe rechtlich nicht verpflichtet gewesen zu sein.⁵ Dass der Zahlende hier zum Abschluss des Ehevertrages und damit auch zur Zahlung nicht verpflichtet gewesen ist, dürfte klar sein. Der BFH lässt mit anderen Worten den Vortrag der Beteiligten, dass dem Ehevertrag ein zähes Ringen und Aushandeln vorausging und von dem Willen zur Unentgeltlichkeit nicht gesprochen werden kann, angesichts dieser isolierten Betrachtungsweise nicht zu. Den Irrtum über die Einschätzung, dass die Gegenleistung der Ehefrau unentgeltlich sei, stuft er als unbeachtlich ein. Aus der obigen Erkenntnis heraus, dass jedenfalls noch nicht entstandene eheliche Ansprüche keinen ausreichenden Gegenleistungscharakter haben, war dieser Ansatz konsequent, denn ansonsten wäre die Steuerbarkeit in der Praxis aufgegeben worden.

4. Aus rechtsdogmatischer Sicht ist die Lösung m. E. nicht zufriedenstellend. So müsste beispielsweise der Verzicht eines Grundstückseigentümers auf nachbarschaftliche Abwehrrechte gegenüber einem Anlagenbetreiber vor Betrieb der Anlage eine Schenkung sein, da ein Abwehranspruch (mangels Betriebs) noch nicht entstanden ist. Auch das Beispiel von *Moench* zu einer unbeachtlichen Gegenleistung, nämlich das entgeltliche Anknüpfen von Kontakten zur Steigerung des öffentlichen Ansehens,⁶ hat heute einen geldwerten Markt. Wer solche Aufträge erteilt, erwartet eine für ihn geldwerte Gegenleistung. Der Unterschied dürfte m. E. nur darin liegen, dass hier fremde Personen einen Leistungsaustausch vornehmen, den sie selbst als marktgerecht ansehen und ein solcher Markt auch mit Dritten nachvollziehbar besteht. Innerhalb der Familie sind daher Leistungen, die durch Unternehmer am Markt nicht abrufbar sind, aus schenkungsteuerlicher Sicht mit Vorsicht zu genießen.

Für den Bereich des Familienrechts bleibt festzuhalten, dass die Einräumung eines Verzichts auf noch nicht entstandene, möglicherweise ausgeschlossene Ansprüche nicht geeignet ist, eine Schenkungsteuer zu vermeiden. Auch der Umstand, dass über den Vertrag streitig verhandelt wurde, schließt eine Steuerbarkeit nicht aus.

Der Fall wäre m. E. anders zu entscheiden gewesen, wenn vereinbart worden wäre, dass für den Verzicht auf den nachehelichen Unterhalt ein zuvor festgelegter Betrag, der ggf. einer Wertsicherung unterworfen ist, gezahlt wird, wobei der Anspruch erst aufschiebend bedingt durch die Trennung entsteht. Der zivilrechtliche Unterschied wäre freilich, dass, wenn die Ehe nicht durch Scheidung endet, der Ehefrau kein Vermögen zugewiesen ist.

Notar Dr. *Stephan Schuck*, Andernach

³ Vgl. *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 226; *Schuck* in Viskorf/Hübner, ErbStG, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 164.

⁴ Statt vieler *Hübner* in Viskorf/Hübner, ErbStG, § 5 Rdnr. 47; ERB-StR 12.

⁵ BFH/NV 2006, 63 = MittBayNot 2006, 455; BFH/NV 2007, 2014 = ZEV 2007, 500, beide zum vorzeitigen Zugewinnausgleich.

⁶ *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 226.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Unterhaltsvereinbarungen in Auslandsfällen

a) Vor einiger Zeit erkundigte sich bei mir ein Ehemann, der sich mit einer Osteuropäerin verlobt hatte, nach einer ehevertraglichen Gestaltung dahingehend, dass im Falle einer Ehescheidung und Rückkehr seiner Ehefrau in ihre Heimat der Ehegattenunterhalt nicht nach den hiesigen, sondern allenfalls nach den dortigen Verhältnissen geschuldet sei. Meine Ratlosigkeit damals setzt sich durch die Veröffentlichung eines Beschlusses des OLG Koblenz vom 8.3.2007, FamRZ 2007, 1592 und der darin genannten weiterführenden Hinweise auf höherem Niveau fort.

Die Vertragsgestaltung war mit diesem Problem bisher selten konfrontiert. Bei Ausländerehen wurde regelmäßig ein Totalverzicht gewünscht, so dass gar kein Unterhalt geschuldet sein sollte. Doch während die verstärkte Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen den Ehegatten entgegen ersten Befürchtungen noch hinreichende Gestaltungsspielräume lässt, droht gerade bei gemischtnationalen Ehen schnell das Verdikt der Sittenwidrigkeit. Nach Ansicht des BGH indiziert bekanntlich die drohende Abschiebung der Ehefrau, die keine Aufenthaltserlaubnis besitzt, ihre unterlegene Verhandlungsposition (FamRZ 2006, 1097; FamRZ 2007, 450 = MittBayNot 2007, 405).

Dabei möchte ich die Frage allein für die in Deutschland oder jedenfalls nach deutschem Recht geschlossene und geführte Ehe erörtern. Die Probleme eines gewählten oder kraft Gesetzes anzuwendenden fremden Eherechtsstatuts (insbesondere in Hinblick auf Art. 18 Abs. 4, 5 EGBGB) sollen hier ausgeklammert sein (vgl. z. B. zum Wegzug des Unterhaltsschuldners in die Schweiz OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 1279).

b) Die Rechtsprechung zur Umrechnung des Unterhalts in Wegzugsfällen geht zurück auf die Leitentscheidung des BGH vom 1.4.1987, FamRZ 1987, 682: Geschuldet ist Unterhalt nach Maßgabe der ehelichen Lebensverhältnisse. In Fällen der Übersiedlung des Gläubigers ins Ausland bedeutet dies keinen fixen nominellen Geldbetrag, sondern so viel Kaufkraft, wie erforderlich ist, um im Aufenthaltsstaat die aus Deutschland gewohnten ehelichen Lebensverhältnisse beizubehalten. Damit entschärft sich zunächst einmal das Problem, weil das gewünschte Ergebnis jedenfalls im Ansatz schon kraft richterlicher Gesetzesauslegung erzielt wird.

c) Dabei zieht die Rechtsprechung, beispielsweise das OLG Koblenz (FamRZ 2007, 1592), zum einen die Ländergruppeneinteilung zu § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG heran (abgedruckt z. B. in FamRZ 2005, 1385). Diese Ländergruppeneinteilung wird vom Bundesministerium der Finanzen in Abstimmung mit den obersten Finanzbehörden der Länder regelmäßig aktualisiert und dient beispielsweise zur Umrechnung des steuerfreien Existenzminimums eines berücksichtigungsfähigen Kindes bei dessen Wohnsitz im Ausland. Das OLG Koblenz hat sich beim Kindesunterhalt für eine Anwendung und Heranziehung dieser Einteilung ausgesprochen, weil sie trotz des größeren Rasters einfachere Berechnungen erlaube und damit praktikabler sei.

Die Gegenauffassung (z. B. *Dose* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl. 2004, § 7 Rdnr. 22) legt die monatlich aktualisierten internationalen Verbraucherpreisvergleiche des Statistischen Bundesamtes zugrunde (im Internet abrufbar unter www.destatis.de unter

„Preise“, „Internationaler Vergleich“; abgedruckt z. B. in FamRZ 2005, 1412). Dagegen spricht nach OLG Koblenz deren Vergangenheitsbezug sowie die Ausrichtung auf einen deutschen Warenkorb.

Beide Verfahren sind jedenfalls in Rechtsprechung und Literatur so weit abgesichert und verbreitet, dass sowohl das eine wie auch das andere ehevertraglich oder im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung vereinbart werden kann, ohne den Vorwurf der Sittenwidrigkeit oder Unangemessenheit zu provozieren. Eine Formulierung könnte also etwa lauten:

Der geschuldete Unterhalt ist im Falle einer Wohnsitznahme des Unterhaltsgläubigers im Ausland sowie im Falle eines länger als zwei Monate dauernden Aufenthalts dort – insoweit für diejenigen Zeiträume, die über den Zweimonatszeitraum hinausgehen – in Kaufkraft des Aufenthaltsstaates umzurechnen.

Die Umrechnung erfolgt unter Zugrundelegung der jeweils zuletzt veröffentlichten Ländergruppeneinteilung zu § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG.

Alternative:

Die Umrechnung erfolgt unter Zugrundelegung des jeweils zuletzt veröffentlichten Internationalen Vergleichs der Verbraucherpreise des Statistischen Bundesamtes.

d) Welche der beiden Berechnungsweisen den höheren Gerechtigkeitsgehalt aufweist, lässt sich schwer sagen. Die Komplexität der Berechnung lässt sich entgegen OLG Koblenz nicht gegen die Heranziehung der Daten des Statistischen Bundesamtes einwenden. Die veröffentlichten Tabellen enthalten derzeit auch den Abgleich mit Devisenkursen etc., so dass die Umrechnung – wie nach der Ländergruppeneinteilung – durch einfache Multiplikation erfolgen kann. M. E. spricht auch die Zugrundelegung eines deutschen Warenkorbes nicht gegen die Verbraucherpreisindices. Hierzu hat der BGH in FamRZ 1987, 682 deutlich herausgestellt, dass der Lebensstandard nach deutschen Verhältnissen zu ermitteln ist. Die Umrechnung dient folglich nur der Kaufkraftanpassung, nicht aber der Herabsetzung des Unterhalts auf allgemein einfachere Lebensverhältnisse im Aufenthaltsstaat.

Problematisch erscheint beim Verbraucherpreisindex eher schon die Tatsache, dass in Einzelfällen sehr schnelle und gravierende Änderungen erfolgen (vgl. FamRZ 2005, 1412: Russische Föderation, Stand 2002: 0,84; Stand 2003: 1,07). Hier sollte eine Glättung vorgesehen werden, so dass nicht monatlich angepasst wird:

Eine Änderung des Zahlbetrages aus Gründen geänderter Kaufkraftparitäten kann beiderseits frühestens ein Jahr nach der letzten Anpassung verlangt werden; insoweit wird § 323 ZPO eingeschränkt.

Allerdings bleibt dann das Risiko sich stark verändernder Wechselkursparitäten.

Insgesamt geht es entgegen OLG Koblenz (FamRZ 2007, 1592) wohl nicht nur um Praktikabilitätserwägungen. Offenbar stehen hinter beiden Berechnungsweisen grundlegende methodische Differenzen. Betrachtet man als *pars pro toto* für Osteuropa beispielsweise die Russische Föderation, so findet sich diese in der Ländergruppeneinteilung in Spalte vier, wonach die in § 32 Abs. 6 Satz 4 EStG festgelegten Freibeträge

lediglich zu einem Viertel anzusetzen sind. Mit anderen Worten: Zurückgerechnet geht diese Tabelle für die Russische Föderation davon aus, dass dort das Existenzminimum des Kindes mit einem Betrag gesichert werden kann, der lediglich 25 % des für Deutschland vorgesehenen Wertes beträgt. Nach den Ermittlungen des Statistischen Bundesamtes liegt die Kaufkraft eines Euros in der Russischen Föderation jedoch bei 1,02 €. Im Großen und Ganzen bestehen zwischen Deutschland und der Russischen Föderation danach keine Kaufkraftunterschiede, jedenfalls keine Unterschiede in dem Ausmaß, wie es die Ländergruppeneinteilung suggeriert.

Mit derart geschärftem Blick fällt dann weiter auf: In den Kaufkraftübersichten des Statistischen Bundesamtes gibt es nicht einen Staat, der einen Abschlag auf 25 % erlauben würde. Die höchste Kaufkraft hat der Euro in Vietnam, aber auch dort „nur“ 1,51 €, also immer noch weit entfernt vom Vierfachen, wie nach der Ländergruppeneinteilung zu erwarten wäre (Vietnam findet sich wie die Russische Föderation in Spalte vier).

Auch in die andere Richtung bleiben Ungereimtheiten: Die Ländergruppeneinteilung bzw. die zugrundeliegende gesetzliche Regelung sieht beispielsweise die Möglichkeit schon gar nicht vor, dass im Aufenthaltsstaat die Kaufkraft schwächer sein könnte als in Deutschland. Das EStG schließt eine Heraufsetzung des steuerfreien Existenzminimums vielmehr generell aus. Dabei ist allgemein bekannt, dass beispielsweise die Lebenshaltung in den skandinavischen Staaten teurer ist als hier. Dies bestätigt die Berechnung des Statistischen Bundesamtes mit einer 1-€-Kaufkraft in Island von 0,77 €, Norwegen 0,72 € und Schweden 0,86 €. Soll eine Erhöhung des Zahlbetrages ausgeschlossen werden, könnte vielleicht formuliert werden:

Eine Erhöhung des nominellen Unterhaltsbetrages ist auch dann ausgeschlossen, wenn die Kaufkraft im Aufenthaltsstaat des Unterhaltsgläubigers geringer sein sollte.

Insgesamt angemessener erscheint mir deswegen die Orientierung an den Verbraucherpreisvergleichen, wenngleich diese das Defizit aufweisen, dass sie aus Praktikabilitätsgründen metropolenorientiert sind: Das Statistische Bundesamt erstellt keine landesweiten Preisvergleiche, sondern beschränkt sich auf die jeweilige Hauptstadt (OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 37 weicht dem Dilemma durch freie Schätzung aus – aber ohne Erkenntnisquelle?! In die gleiche Richtung auch OLG Hamm, NJW 2008, 2049: Nach den Umständen des Einzelfalls).

e) Die nominelle Herabsetzung des Zahlbetrages insbesondere nach der Ländergruppeneinteilung führt zu einer Rückkopplung, weil sich das verfügbare Gesamteinkommen erhöht. Wenn beispielsweise der Ehemann statt der in Deutschland zu zahlenden 1.000 € lediglich etwa 250 € ins Ausland überweisen muss, stehen weitere 750 € zur Verfügung, die entsprechend der Unterhaltsquote zwischen den Ehegatten zu verteilen wären. Diese schwer zu berechnende Auswirkung (dazu *Dose* in Wendl/Staudigl, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 7 Rdnr. 27) kann durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden:

Der Vorteil aus der Kaufkraftkorrektur verbleibt allein dem Unterhaltsschuldner. Er ist nicht zwischen den Ehegatten anteilig aufzuteilen.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

2. Grunderwerbsteuerrechtliche Behandlung von Kaufpreisannteilen für Photovoltaik- und Solaranlagen

Verfügung des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 12.2.2008, S 4503-4 St35N

Aus gegebenem Anlass nehme ich zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Behandlung der in notariellen Kaufverträgen ausgewiesenen Kaufpreisanteile für Photovoltaik- und Solaranlagen erneut wie folgt Stellung:

a) Grundstücksbegriff

Gegenstand der Besteuerung sind nach § 1 GrEStG Rechtsgänge, die sich auf inländische Grundstücke beziehen. Darunter sind Grundstücke i. S. d. bürgerlichen Rechts zu verstehen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG). Zum Grundstück gehören deshalb sämtliche Bestandteile (§§ 93–96 BGB). Gebäudebestandteile sind u. a. Heizungsanlagen, fest eingebaute Bad- und Sanitäreinrichtungen, Versorgungsleitungen für Strom, Wasser und Heizung und auch die Dacheindeckung.

b) Solaranlagen

Solaranlagen dienen der Wärmegewinnung durch Sonnenlicht. Diese Technik wird überwiegend zur Erwärmung von Wasser für den sanitären Bereich oder zur Raumheizung eingesetzt, meist zur Ergänzung der Wärmeversorgung. Heizungsanlagen sind regelmäßig Gebäudebestandteile. Der auf die Solaranlage entfallende Kaufpreisanteil gehört somit zur Gegenleistung.

c) Photovoltaikanlagen für den Eigenbedarf

Photovoltaikanlagen erzeugen Strom durch Sonnenenergie und sind – soweit sie nur der Stromerzeugung für den Eigenbedarf dienen – Gebäudebestandteil. Der entsprechende Kaufpreisanteil gehört zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage.

d) Photovoltaikanlagen im Rahmen eines Gewerbebetriebs

Zur Amortisation der hohen Anschaffungskosten dieser Anlagen wird der erzeugte Strom von den Grundstücksbesitzern jedoch meistens an einen Energieversorger geliefert. Soweit Photovoltaikanlagen im Rahmen eines Gewerbebetriebs genutzt werden, handelt es sich um Betriebsvorrichtungen, die gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht zum Grundstück gehören. Auf sie entfallende Kaufpreisanteile gehören somit nicht zur Gegenleistung.

e) Dachziegel-Photovoltaikanlagen

Dachziegel-Photovoltaikanlagen können zwar auch im Rahmen eines Gewerbebetriebs genutzt werden. Sie dienen jedoch gleichzeitig auch als Ersatz für eine ansonsten erforderliche Dacheindeckung (z. B. anstelle von Ziegel- oder Schiefereindeckung) und sind deshalb in entsprechender Auslegung des § 68 Abs. 2 Satz 2 BewG in das Grundvermögen einzubeziehen. Der entsprechende Kaufpreisanteil gehört somit in jedem Fall zur Gegenleistung.

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Notar Dr. Johann Schmidlein, Lichtenfels

Mit Wirkung vom 1.1.2009:

Notar Christoph Rehle, Neu-Ulm

Mit Wirkung vom 1.3.2009:

Notar Günther Dannecker, Coburg

Mit Wirkung vom 1.4.2009:

Notar Dr. Günter Promberger, Dachau

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2008:

Augsburg dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Christoph Moes
Georg Engelhardt) (bisher in München
Notarstellen
Spoerer/Dr. Wicke)

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Bad Tölz dem Notar
(in Sozietät mit Notar Norbert Dolp
Dr. Joseph Safferling) (bisher in Alzenau)

Mit Wirkung vom 1.9.2008:

Hof dem Notarassessor
Jens Haßelbeck
(bisher in Neu-Ulm
Notarstellen
Prof. Dr. Kanzleiter/
Dr. Winkler)

Ingolstadt der Notarassessorin
(in Sozietät mit Notar Marion Ampenberger
Franz Edler von Koch) (bisher in München
Notarstelle Dr. Krauß)

Weilheim i. OB dem Notar a. D.
(in Sozietät mit Notar Dr. Benedikt Selbherr
Dr. Manfred Reisnecker)

Mit Wirkung vom 1.11.2008:

Burglengenfeld dem Notar
Christian Diel
(bisher in Waldmünchen)

3. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Notarstelle Ludwigshafen am Rhein (bis 5.12.2007 Notar Lothar Kämmerer), wurde mit Wirkung vom 5.6.2008 aufgehoben

Notar Gerhard Malchus verwahrt die Urkunden von Notar Lothar Kämmerer

Notarassessorin Eva Christine Gebel, Pfalz (Geschäftsführerin der Notarkammer Pfalz), führt künftig den Namen Danne

Notarassessorin Brigitte Bauer, München (Notarstellen Predel/Dr. Görk), wurde mit Wirkung vom 23.1.2008 promoviert

Notarassessorin Kathrin Kuhne, München (Notarstellen Kelch/Rapp), ab 7.4.2008 in München (Notarstellen Reeh/Dr. Frank)

Notarassessor Sebastian Bäumler, Ludwigshafen a. Rh. (Notarstellen Malchus/ehemals Kämmerer), ab 1.8.2008 in Elternzeit

Notarassessor Dr. Markus Perz, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ist auf eigenen Wunsch zum 1.8.2008 ausgeschieden

Notarassessorin Dr. Susanne Schneider, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp), ab 1.8.2008 in Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Notarassessorin Veronika Grömer, Erlangen (Notarstelle Dr. Odersky), ab 1.9.2008 in Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friedrich)

Notarassessor Dr. Olaf Sommerfeld, München (Notarstelle Dr. Bohrer), ab 1.9.2008 in München (Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel)

Notarassessorin Dr. Frauke Wedemann, München (Notarstelle Dr. Schervier), ab 1.9.2008 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Amtsrat i. N. Ludwig Heinrich, Fürth (Notarstelle Schmeißer), ab 1.8.2008 in Erlangen (Notarstelle Dr. Huber)

Oberinspektorin i. N. Barbara Kahlert, Landshut (Notarstelle Hamp), ab 1.8.2008 in Rottenburg a. d. Laaber (Notarstelle Burghard)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.3.2008:

Iven Köhler, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter)

Mit Wirkung vom 1.8.2008:

Katja Goltzsche, Prien am Chiemsee (Notarstellen Dr. von Daumiller/Dr. Rieger)

Stefanie Huber, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Jens Neie, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz)

Mit Wirkung vom 1.9.2008:

Achim Färber, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Günter Feneis, Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt), ab 1.8.2008 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Johann Polzer, Lindau i. Bodensee (Notarstellen Weissenberger/Dr. Reibenspies), ab 1.10.2008 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Steffen Schwarz, Nürnberg (Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel), zum 23.7.2008 ausgeschieden

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Ansbach, Notarstellen Dr. Anderle/Dr. Dietrich,
E-Mail: info@notare-anderle-dietrich.de

Augsburg, Notarstellen Engelhardt/Moes,
Telefax: 0821 34448723
E-Mail: info@notare-moritzplatz.de
Homepage: www.notare-moritzplatz.de

Augsburg, Notarstellen Feist/Kristic,
E-Mail: info@Notare-Feist-Kristic.de

Buchloe, Notarstelle Dr. Winkelmann,
Telefax: 08241 961320

Dahn, Notarstelle Mattes,
E-Mail: mail@notar-mattes.de

Kempten, Notarstelle Dr. Seifert,
Telefon: 0831 5123450
Telefax: 0831 51234519
E-Mail: info@notar-seifert.de

Landshut, Notarstelle Steer,
E-Mail: info@notar-steer.de

Lohr a. Main, Notarstelle Dr. Apfelbaum,
Telefon: 09352 6043850
Telefax: 09352 6043859
E-Mail: info@notar-apfelbaum.de
Homepage: www.notar-apfelbaum.de

München, Notarstelle Dietrich,
E-Mail: notar-dietrich@t-online.de

München, Notarstellen Kelch/Rapp,
E-Mail : notare@kelch-rapp.de
Homepage: www.notare-kelch-rapp.de

München, Notarstellen Predel/Dr. Görk,
Telefax: 089 55180455

München, Notarstellen Dr. Streber/Dr. Schubert,
Telefon: 089 55213950
Telefax: 089 552139525
E-Mail: info@notare-streber-schubert.de
Homepage: www.notare-streber-schubert.de

München, Notarstelle Dr. Walz,
E-Mail: kontakt@notar-walz.de

Nürnberg, Notarstellen Regler/Thoma,
E-Mail : mail@notare-regler-thoma.de

Nürnberg, Notarstellen Weser/Kühnlein,
E-Mail: info@notar-weser-kuehnlein.de

Weiden i. d. Opf., Notarstelle Dr. Baltzer,
E-Mail: info@notar-baltzer.de

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

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, info@mittbaynot.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.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Das neue GmbH-Recht in der notariellen Praxis
26.9.2008 in Hamburg (Heckschen, Heidinger, Priester)
27.9.2008 in Bochum (Heidinger, Schaub)
10.10.2008 in Kiel (Bauer, Schaub)
11.10.2008 in Heusenstamm (Heckschen, Wicke)
17.10.2008 in Kassel (Heckschen, D. Mayer)
18.10.2008 in München (D. Mayer, Schaub)
25.10.2008 in Köln (Schaub, Wicke)
21.11.2008 in Homburg Saar (Heckschen, Wicke)
2. Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis –
Ausgewählte Fragen im Zivil- und Steuerrecht
(Spiegelberger)
2.–4.10.2008 in Fischbachau
3. Strukturen des Unterhalts- und Zugewinnausgleichs-
rechts in der notariellen Praxis
(Herrmann, Reetz, Reinken)
10.–11.10.2008 in Bochum
4. Intensivkurs Erbrecht
(Frenz, R. Kössinger, Nieder)
16.–18.10.2008 in Bremen
5. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum
Überlassungsvertrag
(Krauß)
24.10.2008 in Bochum
25.10.2008 in Kiel
6. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht
(Hüttemann, Spiegelberger, Wachter)
25.10.2008 in München
7. Update Grundstückskaufvertrag
(Krauß)
31.10.2008 in Oldenburg
1.11.2008 in Frankfurt am Main
8. Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis
(Schmidt, Stalbold, Witt)
31.10.2008 in Kiel
9. Intensivkurs Gesellschaftsrecht
(Langenfeld, Spiegelberger)
13.–15.11.2008 in Heusenstamm
10. Das neue Erbschaftsteuerrecht in der Gestaltungspraxis
(Wälzholz)
22.11.2008 in Berlin
11. Ausgewählte Fragen zum Thema Betreuungsrecht,
Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung
(Müller, Renner)
22.11.2008 in Heusenstamm

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.

Neuerscheinungen

1. Brambring: Beck'sche Musterverträge. Band 7, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten. 6., überarb. Aufl., Beck, 2008. 229 S., 19,50 € + CD-ROM
2. Clemente: Recht der Sicherungsgrundschuld. 4. Aufl., RWS, 2008. 512 S., 69 €
3. Demharter: Grundbuchordnung. 26. Aufl., Beck, 2008. 1 337 S., 69,50 €
4. Grün: Informationspflichten des Vorstands bei „Holzmüller-Beschlüssen“. Nomos, 2007. 195 S., 44 €
5. Korts/Korts: Die kleine Aktiengesellschaft. 5. Aufl., Verlag Recht und Wirtschaft, 2008. 45 S., 15 €
6. Krafka: Einführung in das Registerrecht. 2. Aufl., Beck, 2008. 164 S., 26 €
7. Märkle/Alber: Der Verein im Zivil- und Steuerrecht. 12. Aufl., Boorberg, 2008. 504 S., 68 €
8. Meyer/Ball: Umsatzsteuer und Immobilien. ESV, 2008. 388 S., 49,80 €
9. Seibt/Conradi: Handbuch REIT-Aktiengesellschaft. O. Schmidt, 2008. 437 S., 99 €
10. Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht. O. Schmidt, 2008. 861 S., 119 € + CD-ROM
11. Wendl/Staudigl: Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis. 7., überarb. u. erw. Aufl., Beck, 2008. 2 043 S., 129 € + CD-ROM

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F