

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2006 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

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
Notar in München

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:

Andrea Lichtenwimmer,
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Weiler: Fehlerkorrektur im Umwandlungsrecht nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG 377

Kapfer: Gerichtliche Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen? 385

Weidlich: Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ohne Berichtigung des Erbscheins und des Testamentsvollstreckerzeugnisses 390

Tiedtke/Sikora: Kosten im Elektronischen Rechtsverkehr 393

Tiedtke: Kostenrechtliche Behandlung von Vorsorgevollmachten 397

Tagungsbericht

Europäisierung des Privatrechts: Der Gemeinsame Referenzrahmen – Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 12.7.2006 (*Kober*) 402

Rechtsprechung

Pfändung des Anspruchs auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft (BGH, Beschluss vom 20.12.2005, VII ZB 50/05) 413 mit Anmerkung *Ruhwinkel* 413

Ausgleichsanspruch aus Ehegatteninnengesellschaft neben Zugewinnausgleich (BGH, Urteil vom 28.9.2005, XII ZR 189/02) 420 mit Anmerkung *Münch* 423

Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Grundbuchamt (OLG München, Beschluss vom 8.9.2005, 32 Wx 058/05) 427

Verlustübernahmeerklärung des Aktionärs formlos wirksam (BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05) 431

Keine Eintragung der Befreiung des ständigen Vertreters einer Ltd. von den Beschränkungen des § 181 BGB (OLG München, Beschluss vom 4.5.2006, 31 Wx 023/06) 432 mit Anmerkung *Willer/Krafka* 434

Keine Genehmigung oder Heilung einer rechtswidrigen Vorkaufsrechtsausübung (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.4.2006, 1 A 11596/05.OVG) 450 mit Anmerkung *Grziwotz* 453

Inhalt

Aufsätze

Weiler: Fehlerkorrektur im Umwandlungsrecht nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG **377**

Kapfer: Gerichtliche Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen? **385**

Weidlich: Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ohne Berichtigung des Erbscheins und des Testamentsvollstreckerzeugnisses **390**

Tiedtke/Sikora: Kosten im Elektronischen Rechtsverkehr **393**

Tiedtke: Kostenrechtliche Behandlung von Vorsorgevollmachten **397**

Tagungsbericht

Europäisierung des Privatrechts: Der Gemeinsame Referenzrahmen – Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 12.7.2006 (*Kober*) **402**

Buchbesprechungen

Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller: Grundstückskaufverträge (*Vogel*) **404**

Grziwotz (Hrsg.): MaBV: Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung (*Seifert*) **405**

Rothärmel: Gestaltungsfreiheit der Familiengesellschafter im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht (*Wicke*) **406**

Eickmann/Flessner/Irschlinger u. a.: Heidelberger Kommentar zu Insolvenzordnung (*Kessler*) **407**

Kilian/von Stein: Praxishandbuch für Anwaltskanzlei und Notariat (*Steer*) **409**

Schulze zur Wiesche: Vereinbarungen unter Familienangehörigen und ihre steuerlichen Folgen (*Pöppel*) **410**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Berechnung des Nutzungsvorteils bei Rückabwicklung im Wege des großen Schadenersatzes (*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 6.10.2005, VII ZR 325/03) **411**
2. Betreutes Wohnen
(BGH, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05) **411**
3. Rechtsfolgen bei Widerruf eines Realkreditvertrages (*nur Leitsatz*)
(BGH, Urteil vom 16.5.2006, XI ZR 6/04) **412**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

4. Pfändung des Anspruchs auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft (BGH, Beschluss vom 20.12.2005, VII ZB 50/05) **413**
mit Anmerkung *Ruhwinkel* **413**
5. Fehlende Unterschrift unter Auflassungserklärung (OLG Rostock, Beschluss vom 28.4.2006, 7 U 48/06) **415**
6. Keine Löschung einer nachrangigen Vormerkung durch Vormerkungsberechtigten (OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.4.2006, 4 U 55/05) **417**
7. Abgeschlossenheit und freier Zugang zum Sondereigentum (LG Bamberg, Beschluss vom 6.4.2006, 3 T 137/05) **418**
8. Finanzierungsvollmacht mit Bindung an einen bestimmten Notar (LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 23.3.2006, 7 T 2054/06) **419**

Familienrecht

9. Ausgleichsanspruch aus Ehegatteninnengesellschaft neben Zugewinnausgleich (BGH, Urteil vom 28.9.2005, XII ZR 189/02) **420**
mit Anmerkung *Münch* **423**
10. Voraussetzungen eines zulässigen Behandlungsabbruchs (OLG München, Urteil vom 26.4.2006, 3 U 1776/06) **424**

Erbrecht

11. Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Grundbuchamt (OLG München, Beschluss vom 8.9.2005, 32 Wx 058/05) **427**
12. Nichtigkeit eines Erbverzichtsvertrags (OLG München, Urteil vom 25.1.2006, 15 U 4751/04) **428**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Formbedürftigkeit eines Treuhandvertrags über GmbH-Geschäftsanteile (BGH, Beschluss vom 12.12.2005, II ZR 330/04) **430**
14. Verlustübernahmeerklärung des Aktionärs formlos wirksam (BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05) **431**
15. Keine Eintragung der Befreiung des ständigen Vertreters einer Ltd. von den Beschränkungen des § 181 BGB (OLG München, Beschluss vom 4.5.2006, 31 Wx 023/06) **432**
mit Anmerkung *Willer/Krafka* **434**
16. Beurkundung einer Kettenverschmelzung (OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2005, 15 W 377/05) **436**

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Mitwirkungsverbot des Notars (OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2005, Not 10/05) **439**
18. Eignungsvergleich zwischen auswärtigem Notar und heimischem Notarassessor (OLG München, Beschluss vom 26.7.2005, VA – Not. 1/05) **442**

Inhalt (Fortsetzung)

Kostenrecht

19. Gesonderte Gebühr für Bestellung des ersten Aufsichtsrats
(OLG München, Beschluss vom 8.11.2005, 32 Wx 113/05) **444**
20. Beschluss über Geschäftsführerbestellung bei Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags
(KG, Beschluss vom 26.1.2006, 9 W 12/05) **445**
21. Geschäftswert bei Vorsorgevollmacht ohne Abschlag
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 13.7.2005, 3 W 31/05) **446**
22. Gerichtsgebühr in Vormundschaftssachen bei beschränkter Personensorge
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 15.9.2005, 5 W 130/05) **447**
23. Ausschluss der Kammervorsitzenden wegen nebenamtlicher Notarprüfungstätigkeit
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.6.2005, 15 W 331/04) **448**
24. Geschäftswert einer Patientenverfügung
(OLG Hamm, Beschluss vom 11.8.2005, 15 W 148/05) **449**

Öffentliches Recht

25. Keine Genehmigung oder Heilung einer rechtswidrigen Vorkaufsrechtsausübung
(OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.4.2006, 1 A 11596/05.OVG) **450**
mit Anmerkung *Grziwotz* **453**

Steuerrecht

26. Anforderungen an die Vertragsdurchführung bei Vermögensübergabe
gegen Versorgungsleistungen
(BFH, Urteil vom 19.1.2005, X R 23/04) **454**
27. Zugewinnausgleich bei fortbestehender Zugewinnngemeinschaft nicht schenkungsteuerfrei
(BFH, Urteil vom 24.8.2005, II R 28/02) **455**
28. Verzicht auf Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung (*nur Leitsatz*)
(FG Nürnberg, Urteil vom 9.6.2005, IV 446/2004) **457**

Standesnachrichten 458

Sonstiges III

5 | MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 2006 | 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,
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer,
Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Fehlerkorrektur im Umwandlungsrecht nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 19.12.2005, 15 W 377/05 –*

Von Notarassessor Dr. *Simon Weiler*, München

Der Beschluss des OLG Hamm vom 19.12.2005, dem sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zuzustimmen ist, beschäftigt sich mit zwei klassischen Problemkreisen des Umwandlungsrechts. Zum einen bestätigt das OLG Hamm – soweit ersichtlich – erstmals obergerichtlich ausdrücklich¹ die in der umwandlungsrechtlichen Literatur schon bisher einhellig anerkannte Möglichkeit, mehrere Verschmelzungen in der Weise hintereinander zu schalten, dass die nachgelagerten Verschmelzungsverträge jeweils aufschiebend bedingt sind durch Wirksamwerden der vorhergehenden Verschmelzung (sog. Kettenverschmelzung).² Für die notarielle Praxis besonders interessant ist aber auch der zweite im Beschluss des OLG Hamm angesprochene Themenkomplex, nämlich die Frage der Korrekturmöglichkeit von Fehlern in der Umwandlungsdokumentation nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG. Die damit zusammenhängenden Probleme werden nachfolgend systematisiert und näher untersucht.

A. Einführende Überlegungen

Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG darf das Registergericht eine Verschmelzung nur eintragen, wenn die nach § 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG einzureichende Bilanz auf einen höchstens

acht Monate vor der Anmeldung zum Register des übertragenden³ Rechtsträgers liegenden Stichtag aufgestellt ist.⁴ Fraglich ist die Wahrung dieser Frist, wenn die Umwandlung zwar fristgerecht angemeldet wird, aber unvollständig oder fehlerhaft ist. In diesem Zusammenhang sind zwei Arten von

* MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft).

¹ Eine Kettenverschmelzung war bereits Gegenstand einer kostenrechtlichen Entscheidung des OLG Düsseldorf, MittBayNot 1998, 464.

² Die Wirksamkeit der vorgelagerten Verschmelzung tritt ein durch Eintragung im Register des übernehmenden Rechtsträgers (§ 20 Abs. 1 UmwG). Vgl. zur Zulässigkeit von Kettenverschmelzungen nur *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, 83. EL, Stand Juli 2005, § 5 UmwG Rdnr. 235.4 ff. sowie § 7 UmwG, Rdnr. 13 ff., *Lutter*, UmwG, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 21; *Kallmeyer*, UmwG, 3. Aufl., § 13 UmwG, Rdnr. 8. Zur Begründung nimmt das OLG Hamm im vorliegenden Beschluss zu Recht Bezug auf § 7 Satz 1 UmwG, der den Abschluss eines Verschmelzungsvertrages unter einer aufschiebenden Bedingung ausdrücklich zulässt, und stellt fest, dass es dem wirksamen Abschluss des zweiten Verschmelzungsvertrages nicht entgegensteht, dass zum Zeitpunkt seines Abschlusses die erste Verschmelzung noch nicht wirksam geworden war. Siehe OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft). Zu den im Rahmen von Kettenverschmelzungen zu beachtenden Besonderheiten wie die

Frage des anwendbaren Rechts, die Zulässigkeit der bedingten Beschlussfassung oder die Auswirkungen der Konstruktion auf Verschmelzungsstichtage und Schlussbilanzen vgl. ausführlich *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 235.4 ff.

³ Liegt der Stichtag mehr als acht Monate vor der Anmeldung zum Register des *übernehmenden* Rechtsträgers, kann die Eintragung nach dem klaren Wortlaut des § 17 Abs. 2 UmwG nicht allein aus diesem Grund abgelehnt werden, und zwar weder von dem für den übertragenden Rechtsträger noch von dem für den übernehmenden Rechtsträger zuständigen Registergerichts. Vgl. *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rdnr. 73 m. w. N.

⁴ Für Spaltungen ist § 17 UmwG über die Verweisung in § 125 Satz 1 UmwG anwendbar. Bei Formwechseln hingegen ist mangels Vermögensübertragung eine Bilanzvorlage nicht erforderlich und daher lediglich die steuerrechtliche Acht-Monats-Frist der §§ 14 Satz 3, 25 UmwStG beim Übergang von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und umgekehrt zu beachten. Vgl. hierzu *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rdnr. 196, 482.

Mängeln zu unterscheiden: Zum einen können in der beim Registergericht einzureichenden Dokumentation⁵ *inhaltliche Fehler* enthalten sein. Das Spektrum der insoweit denkbaren Mängel reicht von reinen Schreibversen über die Falschbezeichnung eines der beteiligten Rechtsträger bis hin zum Fehlen einer oder mehrerer Mindestangaben nach § 5 Abs. 1 oder § 126 Abs. 1 UmwG. Zum anderen kann es vorkommen, dass notwendige *Bestandteile der Dokumentation* wie z. B. der Verschmelzungsvertrag oder die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers zunächst gar *nicht beigelegt* und erst später nachgereicht werden.

Aus formeller Sicht sind derartige Mängel nur heilbar, wenn das Registergericht die Anmeldung nicht zurückweist, sondern den Beteiligten durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 26 Satz 2 HRV Gelegenheit zur Behebung des Eintragungshindernisses gibt. Voraussetzung für den Erlass einer Zwischenverfügung ist jedoch, dass es sich um ein *behebbares* Eintragungshindernis handelt.⁶ Wenn der Eintragungsantrag hingegen überhaupt nicht vollziehbar ist, so ist er zurückzuweisen.⁷

Zutreffenderweise ist das OLG Hamm in dem zu besprechenden Beschluss davon ausgegangen, dass es sich bei der falschen Bezeichnung eines der beteiligten Rechtsträger um einen solchen behebbaren Mangel handelt, der einer Zwischenverfügung zugänglich ist. Da die erste streitgegenständliche Verschmelzung zum Zeitpunkt der Beurkundung des zweiten Verschmelzungsvertrages noch nicht im Register des übernehmenden Rechtsträgers eingetragen und damit gemäß § 20 Abs. 1 UmwG wirksam geworden war, hätte die im Rahmen der zweiten Verschmelzung als übertragender Rechtsträger fungierende Gesellschaft richtigerweise noch mit ihrer ursprünglichen Firma bezeichnet werden müssen.⁸ Durch einen klarstellenden Nachtrag kann dieser Fehler jedoch problemlos beseitigt werden.⁹

Interessant für die notarielle Praxis ist in diesem Zusammenhang nun die weiterführende Frage nach der Behebbarkeit anderer, u. U. schwerwiegender Mängel. Dabei ist entsprechend der soeben vorgenommenen Fallgruppenbildung zwischen einer nicht fristgerechten Vorlage von Teilen der Dokumentation einerseits (dazu 2.) und deren inhaltlicher Fehlerhaftigkeit andererseits (dazu 3.) zu unterscheiden.

B. Nachreichen von Unterlagen

Grundsätzlich ist eine Eintragung der Umwandlung in das Register für den anmeldenden Rechtsträger ausgeschlossen, wenn einzelne Unterlagen fehlen, die nach § 17 Abs. 1 UmwG zwingend einzureichen sind. Fraglich ist insofern, ob Teile

⁵ Die Dokumentation besteht bei Verschmelzungen in der Regel aus dem Verschmelzungsvertrag (§§ 4 ff. UmwG), den Zustimmungsbeschlüssen der beteiligten Rechtsträger (§ 13 UmwG), dem Verschmelzungsbericht (§ 8 UmwG), dem Verschmelzungsprüfungsbericht (§ 12 UmwG), den Registeranmeldungen bei der übertragenden und der aufnehmenden Gesellschaft (§ 16 UmwG), der Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft (§ 17 Abs. 2 Satz 1 UmwG) sowie ggf. dem Nachweis über die Zuleitung des Vertragsentwurfs an den zuständigen Betriebsrat (§ 5 Abs. 3 UmwG).

⁶ Siehe z. B. BayObLG, DNotZ 1988, 515 = DB 1988, 388.

⁷ BayObLG, DNotZ 1988, 515; OLG Hamm, Rpfleger 1990, 426 m. Anm. Buchberger. Zum Ganzen vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 166 ff.

⁸ Zweckmäßigerweise hätte in der Dokumentation zur zweiten Verschmelzung die Gesellschaft als „B GmbH, künftig: N + L GmbH“ bezeichnet werden können. Vgl. insofern Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 11.

⁹ So zu Recht OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft).

der Dokumentation auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nachgereicht werden können.

I. Meinungsstand

Weitgehend unumstritten ist, dass die *Anmeldung* für den übertragenden Rechtsträger dem Registergericht innerhalb der Frist zugehen muss. Jede auch noch so geringe Überschreitung führt zur Verfristung. Dies folgt aus dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG.¹⁰

Bisher noch nicht abschließend geklärt ist jedoch die Frage, ob und, wenn ja, welche sonstigen Teile der Dokumentation zum Zeitpunkt des Fristablaufs des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zwingend bei Gericht vorliegen müssen bzw. welche Unterlagen ggf. auch nachgereicht werden können. Das LG Dresden ist der Auffassung, dass die Anmeldung einer Umwandlung ohne fristgerechte, vollständige und fehlerfreie Vorlage *aller* nach § 17 UmwG erforderlichen Unterlagen ohne Erlass einer Zwischenverfügung zurückgewiesen werden kann, wenn aufgrund der vorhandenen Mängel eine zeitnahe Eintragung der Umwandlung nicht möglich ist.¹¹ Ein Teil der Literatur vertritt demgegenüber die weniger strenge Auffassung, dass bei Fristablauf nur die „essentia“ des Umwandlungsvorgangs zwingend bei Gericht vorliegen müssen, d. h. der *Umwandlungsvertrag* bzw. *-plan* sowie die für seine Wirksamkeit gemäß § 13 Abs. 1 UmwG erforderlichen *Zustimmungsbeschlüsse* und *-erklärungen*.¹² Für diese Ansicht wird ins Feld geführt, dass sonst das Registergericht die Umwandlung nicht prüfen könne.¹³

Zum Teil wird weitergehend vertreten, dass auch die *Schlussbilanz* eines dieser essentialia sei und daher innerhalb der Acht-Monats-Frist erstellt, festgestellt und eingereicht sein müsse.¹⁴ Demgegenüber hält es das LG Frankfurt/Main für zulässig, eine fristgerecht aufgestellte Schlussbilanz, die der Anmeldung versehentlich nicht beigelegt wurde, auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist (kurzfristig) nachzureichen.¹⁵ Mittlerweile stützen auch zwei obergerichtliche Entscheidungen diese Auffassung.¹⁶ Insofern scheint sich eine weitgehend einheitliche Rechtsprechungslinie herauszukristallisieren, wonach jedenfalls ein zeitnahes Nachreichen der (fristgerecht aufgestellten!) Bilanz zulässig ist.¹⁷

¹⁰ Siehe Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rdnr. 72 m. w. N.; Lutter, § 17 Rdnr. 6; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 3. Aufl. 2001, § 17 UmwG Rdnr. 45; Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum UmwG, 1996, § 17 Rdnr. 12; OLG Köln, GmbHR 1998, 1085. Das OLG Jena, NZG 2003, 43, 44 nimmt hingegen an, dass auch eine vor Fristablauf lediglich in Faxe kopie eingegangene Anmeldung trotz Nichtbeachtung der Form des § 12 HGB fristwährend ist. Der Formmangel sei durch den späteren (nicht mehr fristgerechten) Zugang der Original-Anmeldung geheilt.

¹¹ Vgl. LG Dresden, NotBZ 1997, 138.

¹² So Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 17 UmwG Rdnr. 46; Heckschen, DB 1998, 1385, 1393; ders., Rpfleger 1999, 357, 362; Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 22.1.2001, Nr. 21915.

¹³ Heckschen, DB 1998, 1385, 1393.

¹⁴ Vgl. Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 206; D. Mayer in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, 2. Aufl. 2003, § 73 Rdnr. 230; Heidinger, DNotZ 1999, 161, 165; Germann, GmbHR 1999, 591, 593; Gerold, MittRhNotK 1997, 205, 228.

¹⁵ LG Frankfurt/Main, Beschl. v. 19.12.1997, GmbHR 1998, 380 = DB 1998, 410 = MittRhNotK 1998, 289.

¹⁶ Das OLG Jena, NZG 2003, 43, 45 spricht insoweit sogar von einer „allgemeinen Meinung“. Vgl. auch OLG Zweibrücken, RNotZ 2002, 516 (in einem Haftpflichtprozess gegen den Notar).

¹⁷ Diese Auffassung wird mittlerweile auch von größeren Teilen der Literatur ausdrücklich unterstützt. Vgl. nur Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 17 UmwG Rdnr. 46; Lutter, § 17 Rdnr. 6; Kallmeyer, § 17 Rdnr. 8; Heckschen, Rpfleger 1999, 357, 363; ders., DB 1998, 1385, 1393.

Im Hinblick auf das Nachschieben sonstiger Teile der Verschmelzungsdokumentation ist eine Entscheidung des BayObLG erwähnenswert, wonach der Nachweis einer lediglich mündlich erteilten Vollmacht in der erforderlichen Form auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist zulässig ist.¹⁸ Hinsichtlich des gemäß § 17 Abs. 1 i. V. m. § 5 Abs. 3 UmwG notwendigen Nachweises über die Zuleitung des Verschmelzungsvertrages an den Betriebsrat hat das AG Duisburg zunächst ebenfalls eine Zwischenverfügung mit einer dreimonatigen Frist zur Behebung des Mangels durch Nachreichen des Zuleitungsnachweises erlassen.¹⁹ Auch bezüglich der Negativerklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG wird vertreten, dass ihr Fehlen die Anmeldung nur unvollständig macht und der Registerrichter daher eine angemessene Frist zur Abgabe der Erklärung setzen kann.²⁰

Nur vereinzelt wird hingegen bisher ausdrücklich befürwortet, dass einer fristgerecht vorgelegten Anmeldung *alle* sonstigen Teile der Umwandlungsdokumentation – ggf. auf Zwischenverfügung – nachgereicht werden können.²¹

II. Stellungnahme

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen muss sein, dass ein Nachreichen fehlender Unterlagen grundsätzlich für zulässig zu erachten ist.²² Dieses Ergebnis folgt schon aus der Erwägung, dass auch das Gesetz eine nachträgliche Überwindung von Mängeln nicht ausschließt. Nach § 16 Abs. 2, 3 UmwG kann nämlich ein Rechtsträger durch einen Beschluss des Prozessgerichts die fehlende Erklärung überwinden, dass eine Klage auf Geltendmachung der Unwirksamkeit des Umwandlungsbeschlusses nicht erhoben ist. Daraus folgt, dass das Fehlen der entsprechenden Erklärung nicht zu einer Verfristung der Anmeldung führt. Andernfalls wäre die Überwindbarkeit durch das Verfahren vor dem Prozessgericht sinnlos.²³

Eine bezüglich der Zulässigkeit des Nachreichens von Unterlagen nach Fristablauf vom überwiegenden Teil der Literatur befürwortete Differenzierung nach der Art der Unterlagen ist m. E. jedoch abzulehnen. Abgesehen davon, dass eine solche Differenzierung nicht zur Rechtssicherheit beiträgt, enthält der Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, der den Stichtag eindeutig auf die *Anmeldung* bezieht, keine Anhaltspunkte

dafür, dass dem Registergericht daneben auch bestimmte Unterlagen zwingend bei Fristablauf zugegangen sein müssen, andere aber erst später eingereicht werden dürfen.²⁴ Hinsichtlich der Schlussbilanz bestimmt die Vorschrift nach ihrem klaren Wortlaut auch nur den – spätesten – Stichtag ihrer *Aufstellung*, nicht dagegen, wann sie dem Gericht *vorgelegt* werden muss.²⁵ Sind die Unterlagen unvollständig, weil bspw. der (bereits abgeschlossene) Verschmelzungsvertrag oder die (bereits aufgestellte) Bilanz der Anmeldung versehentlich nicht beigefügt wurden, handelt es sich somit um einen durch Nachreichen der entsprechenden Dokumente behebbaren Mangel. Ebenso wie wenn etwa eine Vollmacht nicht in gehöriger Form vorgelegt²⁶ oder der Nachweis über die Zuleitung des Vertragsentwurfs an den Betriebsrat nachgereicht wird, verzögert sich die Prüfung der Umwandlung lediglich (höchstens) um die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist. Entgegen der h.M. in der Literatur muss daher m.E. ein Nachreichen sämtlicher Teile der Verschmelzungsdokumentation auch nach Fristablauf möglich sein.

Eine Unterscheidung nach der Art der Unterlagen ist insbesondere nicht aus Wertungsgesichtspunkten angezeigt. Ein Missbrauch der Möglichkeit, unvollständige Anmeldungen zur Wahrung der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG abzugeben, ist schon dadurch ausgeschlossen, dass keine wirksame Anmeldung vorliegt, solange der Verschmelzungs- oder Spaltungsvertrag noch nicht geschlossen bzw. der Spaltungsplan noch nicht erstellt und die Zustimmungsbeschlüsse noch nicht gefasst sind. Das Registergericht wäre befugt, derartige Anmeldungen unverzüglich wegen Fehlens einer einzutragenden Tatsache zurückzuweisen.²⁷ Voraussetzung für eine Fehlerkorrektur durch Nachschieben von Unterlagen ist also nach der hier vertretenen Ansicht lediglich, dass Vertrag bzw. Plan sowie die erforderlichen Zustimmungsbeschlüsse vor Fristablauf *beurkundet* und *wirksam* sind und die Bilanz *wirksam aufgestellt* wurde.²⁸ Damit ist sichergestellt, dass zum Zeitpunkt des Fristablaufs der Inhalt der Umwandlung feststeht und keine nachträglichen Manipulationsmöglichkeiten bestehen. Dementsprechend hat das LG Frankfurt in der oben zitierten Entscheidung betont, dass eine Schlussbilanz nur dann nach Ablauf der Acht-Monats-Frist nachgereicht werden kann, wenn sie im Zeitpunkt der Anmeldung bereits erstellt war.²⁹

Auch Sinn und Zweck der Vorschrift führen zu keinem anderen Ergebnis. Die Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG dient in allererster Linie dem Interesse der Gläubiger, ihnen einen zeitnahen Einblick in die Vermögensverhältnisse des übertragenden Rechtsträgers zu verschaffen.³⁰ Insbesondere kann die Schlussbilanz den Gläubigern Anhaltspunkte für die Prü-

¹⁸ BayObLG, GmbHR 2000, 493 f. Zum Nachreichen eines Befreiungsbeschlusses im Hinblick auf einen unter Verstoß gegen die Beschränkungen des § 181 BGB abgeschlossenen Verschmelzungsvertrag vgl. das Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 17.12.2002, Nr. 38018.

¹⁹ AG Duisburg, GmbHR 1996, 372.

²⁰ Goutier/Knopf/Tulloch, § 16 Rdnr. 27.

²¹ So Semler/Stengel, UmwG, 2003, § 17 Rdnr. 12; Kallmeyer, § 17 Rdnr. 7 f. In die gleiche Richtung wohl auch die Kommentierung bei Goutier/Knopf/Tulloch, § 17 Rdnr. 12, wonach es nicht erforderlich ist, dass die „Anmeldung [...] so beschaffen ist, dass sie ohne Nachreichen von Unterlagen zur Anmeldung [...] führt.“ Nicht ganz eindeutig Lutter, § 17 Rdnr. 6, wo es zunächst für unerheblich gehalten wird, wenn bei der Anmeldung Unterlagen fehlen, sofern die Verschmelzung zumindest beschlossen ist, anschließend aber ausgeführt wird, dass „wenigstens der Verschmelzungsvertrag und die Verschmelzungsbeschlüsse vorliegen“ müssen.

²² So z. B. Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 206 und § 7 UmwG Rdnr. 11; Goutier/Knopf/Tulloch, § 17 Rdnr. 12; Heckschen, NotBZ 1997, 132; ders., DB 1998, 1385, 1393; Germann, GmbHR 1999, 591, 592; Gerold, MittRhNotK 1997, 205, 228.

²³ Heckschen, DB 1998, 1385, 1393; ders., NotBZ 1997, 132. Dieser Argumentation zustimmend Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 206.

²⁴ Ähnlich Kallmeyer, § 17 Rdnr. 7.

²⁵ So zutreffend Semler/Stengel, § 17 Rdnr. 20.

²⁶ Vgl. BayObLG, GmbHR 2000, 493 f.

²⁷ Siehe Widmann/Mayer, § 16 UmwG Rdnr. 8 sowie § 24 UmwG Rdnr. 68; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 17 UmwG Rdnr. 45.

²⁸ So i. E. auch Kallmeyer, § 17 Rdnr. 8. Dass die Bilanz nach dem Willen des Gesetzgebers vor der Anmeldung aufgestellt sein muss, lässt sich laut Germann, GmbHR 1999, 591, 593 auch der Regierungsbegründung zu § 17 UmwG entnehmen.

²⁹ LG Frankfurt/Main, GmbHR 1998, 380. A. A. ist Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, § 17 UmwG Rdnr. 45, der es für unschädlich hält, wenn die Bilanz zum Zeitpunkt des Fristablaufs noch nicht aufgestellt oder noch nicht geprüft ist. Für eine nach Fristablauf stattfindende Prüfung ebenso Widmann/Mayer, § 24 UmwG Rdnr. 68.

³⁰ Vgl. nur Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rdnr. 206; LG Frankfurt/Main, GmbHR 1998, 380, 381; LG Dresden, NotBZ 1997, 138. Dazu auch OLG Frankfurt/Main v. 23.10.1996, W 291/1996, n. v.

fung geben, ob sie eine Sicherheitsleistung gem. § 22 UmwG verlangen sollen.³¹ Eine sofortige Zurückweisung des Eintragungsantrags bei Fehlen einzelner Teile der Umwandlungsdokumentation würde diesem Schutzzweck nicht gerecht. Sofern jedenfalls ein zeitnahes Nachreichen der fehlenden Unterlagen erfolgt, genügt dies zur Wahrung des mit § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG verfolgten Gläubigerschutzes.³² Gläubigerinteressen sind in diesem Fall nicht stärker beeinträchtigt, als wenn sich das Eintragungsverfahren aus Gründen verzögert, die in der Sphäre des Registergerichts liegen.³³ Dabei ist es m. E. unerheblich, welche Teile der Dokumentation erst nachträglich vorgelegt werden.

Es sprechen somit keine durchgreifenden Argumente dafür, die Möglichkeit des Nachreichens von (bestimmten) Dokumenten zu verbieten. Da fehlende Unterlagen im Eintragungsverfahren grundsätzlich jederzeit nachgereicht werden können, ist der insofern bestehende Mangel *behebbar*. Demzufolge kann das Registergericht den Antrag auf Eintragung einer Umwandlung aufgrund nicht vorgelegter Teile der Umwandlungsdokumentation nur zurückweisen, wenn es zuvor dem Anmelder durch Zwischenverfügung eine angemessene Frist zur Vorlage der Unterlagen gesetzt hat.³⁴ Eine sofortige Zurückweisung wäre hingegen unabhängig davon rechtsfehlerhaft, welche Dokumente dem Gericht nicht fristgerecht zugegangen sind.

III. Exkurs: Verspätete Zuleitung des Vertragsentwurfs an den Betriebsrat

Ein Sonderproblem stellt die verspätete Vorlage der Empfangsbestätigung des Betriebsrats im Zusammenhang mit der Zuleitungspflicht des § 5 Abs. 3 UmwG (ggf. i. V. m. § 125 Satz 1 UmwG) dar. Nach dieser Vorschrift ist der Umwandlungsvertrag oder sein Entwurf spätestens einen Monat vor dem Tage der Gesellschafterversammlungen der beteiligten Rechtsträger, die über die Zustimmung zur Umwandlung entscheiden, dem zuständigen Betriebsrat zuzuleiten. Gegenüber dem Registergericht wird die rechtzeitige Zuleitung regelmäßig durch Vorlage einer schriftlichen Empfangsbestätigung nachgewiesen. Falls dieser Nachweis nicht zusammen mit der Registeranmeldung, sondern erst nach Ablauf der Acht-Monats-Frist nachgereicht wird, ist dies nach dem soeben Gesagten (ggf. innerhalb der hierfür in der Zwischenverfügung gesetzten Frist) ohne weiteres möglich.

In der Praxis ist auch eine Nichtbeachtung der Zuleitungsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG aufgrund eines Verzichts des Betriebsrates auf diese Frist häufig unproblematisch. Beschließt die Versammlung der Anteilsinhaber jedoch, ohne dass eine rechtzeitige Zuleitung erfolgt ist, und verzichtet der Betriebsrat nicht auf die Fristeinhaltung, käme grundsätzlich eine Anfechtung des Beschlusses in Betracht. Eine Anfechtungsklage von Seiten der Arbeitnehmer oder von Arbeitnehmervertretungen würde allerdings an der fehlenden Anfechtungsbefugnis, eine Klage von Anteilseignern am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis scheitern.³⁵ Ein Verstoß gegen die Zulei-

tungspflicht des § 5 Abs. 3 UmwG wirkt sich also ausschließlich im Eintragungsverfahren aus. Der Richter darf folglich bei Nichteinhaltung der Monatsfrist nur eintragen, wenn der Betriebsrat auf die Zuleitungsfrist verzichtet.³⁶ Ein Eintragungshindernis hingegen besteht, wenn der Betriebsrat nicht auf die Rechtzeitigkeit der Zuleitung verzichtet.

Die im vorliegenden Zusammenhang eigentlich interessante Frage ist nun, was gilt, falls die *Zuleitung* des Vertrags an den Betriebsrat nicht nur nach Ablauf der Frist des § 5 Abs. 3 UmwG, sondern darüber hinaus auch *nach Ablauf der Acht-Monats-Frist* erfolgt. Da die Zustimmungsbeschlüsse – wie oben gezeigt wurde – bis zum Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zumindest (wenn auch anfechtbar) gefasst sein müssen, ist eine wirksame Zuleitung nach Ablauf der Acht-Monats-Frist nur denkbar, wenn zum einen überhaupt eine Zuleitung *nach* Beschlussfassung möglich ist und der Betriebsrat zum anderen auf die Einhaltung der Frist des § 5 Abs. 3 UmwG verzichtet.

Die Lösung dieses Problems ergibt sich aus dem Schutzzweck von § 5 Abs. 3 UmwG: Da der Betriebsrat als alleiniger Schutzadressat der Vorschrift ganz allgemein die Möglichkeit haben muss, auf die ihm eingeräumten Rechte zu verzichten, muss es genügen, wenn ihm der Verschmelzungsvertrag während des laufenden Eintragungsverfahrens zugeleitet wird, sofern der Betriebsrat auf die Fristeinhaltung verzichtet. Das Registergericht hat also einzutragen, wenn ihm der Verzicht auf die Rechtzeitigkeit der Zuleitung (ggf. auf eine Zwischenverfügung hin) nachgewiesen wird.³⁷

C. Nachträgliche inhaltliche Korrekturen

I. Grundlegende Erwägungen

Ebenso wie das Nachreichen von Unterlagen ist auch eine inhaltliche Korrektur des Umwandlungsvorgangs nach Ablauf der Acht-Monats-Frist grundsätzlich für zulässig zu erachten.³⁸ Für diese Auffassung lassen sich im Wesentlichen dieselben Argumente anführen wie im Falle einer unvollständigen Umwandlungsdokumentation. Insbesondere zeigt schon das Verfahren nach § 16 Abs. 2, 3 UmwG, dass eine Korrekturmöglichkeit bestehen muss.³⁹ Umstritten ist jedoch die Frage, *welche* inhaltlichen Mängel nachträglich behoben werden können.

Es ließe sich diesbezüglich vertreten, dass *jeder* inhaltliche Mangel auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist behebbar und demnach durch Zwischenverfügung zu rügen ist.⁴⁰ Dies ist allerdings als zu weitgehend abzulehnen. Ansonsten könnten im Extremfall lediglich weitgehend inhaltsleere Musterdokumente mit der Registeranmeldung eingereicht werden. Dem Missbrauch wären Tür und Tor geöffnet. Richtigerweise ist daher mit der herrschenden Literatur zu differenzieren, ob

³¹ *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206 und § 24 Rdnr. 38.

³² So für den Fall des Nachreichens der Schlussbilanz auch LG Frankfurt/Main, GmbHR 1998, 380, 381.

³³ So bezogen auf die nachträgliche inhaltliche Korrektur des Umwandlungsvertrages zutreffend *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206.

³⁴ Vgl. *Widmann/Mayer*, § 17 UmwG Rdnr. 11; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 17 UmwG Rdnr. 47.

³⁵ *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 265; ebenso *Lutter*, § 5 Rdnr. 92.

³⁶ Zum Ganzen ausführlich *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 264 ff.

³⁷ So zutreffend *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 266. Auch das AG Duisburg, GmbHR 1996, 372 scheint davon auszugehen, dass eine nachträgliche Zuleitung grundsätzlich möglich ist.

³⁸ *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206 m. w. N. A. A. LG Dresden, NotBZ 1997, 138.

³⁹ Näher dazu soeben (Abschnitt B.II.) sowie *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206.

⁴⁰ So offenbar *Kallmeyer*, § 17 Rdnr. 7: „Sind die Unterlagen [...] fehlerhaft, können (behebbarer) Mängel bis zur Wirksamkeit der Verschmelzung behoben werden.“ *Heckschen*, DB 1998, 1385, 1393 will es ausreichen lassen, dass die Essentialia der Umwandlung bei Fristablauf „– wenn auch möglicherweise fehlerhaft –“ vorliegen.

die essentialia des Verschmelzungsvorgangs wie Vertrag, Beschluss, Bilanz oder Registeranmeldungen an solch schwerwiegenden Mängeln leiden, dass die damit verbundene Unvollständigkeit der Registervorlage nicht mehr hinnehmbar ist. Dies bedeutet insbesondere, dass der Umwandlungsvertrag bzw. -plan und die notwendigen Zustimmungsbeschlüsse und -erklärungen zur Zeit des Fristablaufs *wirksam* geschlossen, gefasst bzw. abgegeben sein müssen. Inhaltliche Korrekturen von diesen wesentlichen Teilen der Dokumentation sind somit nur möglich, wenn die grundlegenden materiell-rechtlich erforderlichen Voraussetzungen einer wirksamen Umwandlung bei Fristablauf vorliegen.⁴¹ Folglich kann eine Korrektur des Umwandlungsvorgangs betreffend unvollständige Arbeitnehmerangaben, unrichtige Firmierung der beteiligten Rechtsträger⁴² oder sonstige förmliche Fehler, die nicht der grundsätzlichen Wirksamkeit des Umwandlungsvorgangs entgegenstehen, im Rahmen einer Nachtragsurkunde auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist erfolgen.⁴³ Eine aufgrund dessen u. U. bestehende Anfechtungsmöglichkeit hinsichtlich der Zustimmungsbeschlüsse ist dabei irrelevant. Ein nichtiger Vertrag, Plan oder Beschluss ist hingegen nach Fristablauf nicht korrigierbar.⁴⁴ Diese differenzierende Lösung ist sachgerecht und widerspricht nicht Sinn und Zweck von § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG.⁴⁵

Noch nicht abschließend geklärt ist damit allerdings, welche inhaltlichen Mängel des Umwandlungsvorgangs so gravierend sind, dass sie eine Nichtigkeit der wesentlichen Umwandlungsdokumente zur Folge haben. Zweckmäßigerweise ist hier nach den einzelnen Teilen der Dokumentation zu unterscheiden:

II. Möglichkeiten zur Behebung inhaltlicher Mängel im Einzelnen

1. Umwandlungsvertrag bzw. -plan

Wesentlicher Teil einer Umwandlungsdokumentation ist der Umwandlungsvertrag bzw. -plan. Diesbezüglich sind eine ganze Reihe inhaltlicher Mängel denkbar.

a) Allgemeine Unwirksamkeitsgründe

Zunächst kann ein Umwandlungsvertrag wegen Verstoßes gegen die allgemeinen Vorschriften wie §§ 117, 134 oder 138 BGB nichtig sein, z. B. bei sittenwidriger Ausnutzung einer Monopolstellung oder bei Kollusion zum Schaden Dritter. Des Weiteren kann im Falle einer Anfechtung des Vertrages eine rückwirkende Nichtigkeit nach §§ 142 i. V. m. 119, 123 BGB eintreten.⁴⁶ Ein möglicher Unwirksamkeitsgrund wäre auch die fehlende Vertretungsmacht einer handelnden Person.⁴⁷ Formunwirksam ist der Vertrag, wenn er entgegen § 6

UmwG nicht notariell beurkundet wurde. Eine Beseitigung derartiger, zur Unwirksamkeit des Vertrages führender Mängel nach Fristablauf ist nach dem oben Gesagten nicht möglich.

b) Fehlen von Mindestangaben nach §§ 5 Abs. 1, 126 Abs. 1 UmwG

Als umwandlungsrechtsspezifischer Unwirksamkeitsgrund kommt vor allem das Fehlen derjenigen wesentlichen Angaben in Betracht, die § 5 Abs. 1 oder § 126 Abs. 1 UmwG für zwingend erforderlich erklärt. Ein solcher Mangel hat zur Folge, dass die Umwandlung nicht eingetragen werden kann.⁴⁸ Unabhängig davon ist jedoch umstritten, welche Folgen das Fehlen der einzelnen Angaben für die Möglichkeit einer Korrektur nach Ablauf der Acht-Monats-Frist hat. Die diesbezüglich strengste denkbare Position wäre, dass bei Fristablauf *alle* Mindestvoraussetzungen von §§ 5 Abs. 1, 126 Abs. 1 UmwG erfüllt sein müssen, eine Fehlerbeseitigung also generell nicht mehr möglich ist.⁴⁹ Diese Ansicht überzeugt allerdings nicht. Richtigerweise ist vielmehr nach der Bedeutung der einzelnen, vom Umwandlungsgesetz geforderten Angaben zu differenzieren:

Bei *Verschmelzungen* ist nach ganz überwiegender Meinung hinsichtlich der Fehlerfolge zwischen den Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG und denjenigen nach Nr. 4 bis 9 zu unterscheiden. Nach verbreiteter Auffassung ist der Verschmelzungsvertrag *nichtig*, wenn die Angaben nach Nr. 1, 2 oder 3 fehlen.⁵⁰ Diese Meinung ist konsequent, da ohne diese essentiellen Angaben nicht einmal die wesentlichsten Grundlagen der Verschmelzung feststehen. Die Benennung der beteiligten Rechtsträger (Nr. 1) und die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens im Wege der umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge unter Beachtung des Dogmas der Anteilsgehwährpflicht (Nr. 2) gehören ebenso wie die genaue Festlegung des Umtauschverhältnisses sowie ggf. der Höhe der baren Zuzahlung (Nr. 3)⁵¹ zum unabdingbaren Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrages. Als Sondervorschrift zu § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG für den Fall der Verschmelzung auf eine GmbH sind ferner die Angaben nach § 46 UmwG als zwingender Bestandteil des Umwandlungsvertrages anzusehen, deren Fehlen den Vertrag unwirksam werden lässt.⁵²

⁴⁸ Vgl. dazu *Widmann/Mayer*, § 4 UmwG Rdnr. 76.

⁴⁹ So zu verstehen wohl *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 17 UmwG Rdnr. 46 unter Verweis auf KG, MittBayNot 1999, 306 = NJW-RR 1999, 186, 187 f.

⁵⁰ KG, MittBayNot 1999, 306; OLG Frankfurt/Main, MittBayNot 1998, 362; *Kallmeyer*, § 5 Rdnr. 63; *Lutter*, § 5 Rdnr. 92; *Semler/Stengel*, § 4 Rdnr. 31; wohl auch *Goutier/Knopf/Tulloch*, § 5 Rdnr. 106. Soweit die vorgenannte Rspr. und Lit. allerdings weitergehend vertritt, dass derartige Mängel auch nicht gemäß § 20 Abs. 2 UmwG durch Eintragung der Verschmelzung geheilt werden können, wird verkannt, dass § 20 Abs. 2 UmwG nicht zwischen den einzelnen Inhaltsmängeln differenziert. Aus diesem Grund ist mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes davon auszugehen, dass die Heilungswirkung auch bei Fehlen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG eintritt. So zu Recht *Widmann/Mayer*, § 4 UmwG Rdnr. 70 m. w. N.; *D. Mayer*, DB 1998, 913, 915.

⁵¹ Bei der GmbH als übernehmendem Rechtsträger wird diese Angabe zweckmäßigerweise verbunden mit den Angaben nach § 46 Abs. 1 UmwG, nämlich der Angabe des Nennbetrags des Geschäftsanteils, den die übernehmende GmbH jedem Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers zu gewähren hat. Hierzu und zu § 5 Abs. 1 Nr. 3 UmwG siehe ausführlich *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 94 ff.

⁵² Vgl. dazu *Widmann/Mayer*, § 46 UmwG Rdnr. 4, 8. Die Vorschrift ist über § 56 UmwG auch auf Verschmelzungen zur Neugründung und über § 125 Abs. 1 UmwG auf Spaltungsvorgänge anwendbar.

⁴¹ *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206. Ähnlich *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 17 UmwG, Rdnr. 46.

⁴² So jetzt auch das OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft).

⁴³ *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206.

⁴⁴ Vgl. hierzu auch Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 22.9.2000, Nr. 19392 und v. 22.1.2001, Nr. 21915.

⁴⁵ Hierzu ausführlich oben, Abschnitt B.II.

⁴⁶ Näher zu den allgemeinen Unwirksamkeitsgründen des Verschmelzungs- bzw. Spaltungs- und Übernahmevertrages *Widmann/Mayer*, § 4 UmwG Rdnr. 72 m. w. N. bzw. § 126 UmwG Rdnr. 23 ff.

⁴⁷ Vgl. insoweit zur fehlenden Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB das Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 17.12.2002, Nr. 38018.

Die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 bis 9 UmwG sind demgegenüber von untergeordneter Bedeutung. Fehlen diese Informationen, führt dies nicht zur Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrags, sondern begründet allenfalls die *Anfechtbarkeit der Zustimmungsbeschlüsse* nach § 13 UmwG.⁵³ Zwar darf der Registerrichter in solchen Fällen nicht eintragen, ein unbehebbarer Mangel liegt jedoch nicht vor. Dementsprechend muss auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist eine Heilung durch eine Nachtragsurkunde möglich sein. Dies ist den Beteiligten durch Zwischenverfügung aufzugeben.

Vor dem Hintergrund dieser allgemeinen Erwägungen gilt es im Hinblick auf die einzelnen Mindestangaben nach § 5 UmwG Folgendes festzuhalten:

Ein Fehlen von Name oder Firma und Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger, wie sie § 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG fordert, wird praktisch kaum vorkommen. Relevant dürfte eher der Fall sein, dass die Gesellschaften – wie in dem vom OLG Hamm entschiedenen Sachverhalt – lediglich falsch bezeichnet werden.⁵⁴ Dies kann aber, wie das OLG Hamm zu Recht ausführt, jedenfalls dann nicht zur Nichtigkeit des Verschmelzungsvertrages führen, wenn – wie hier bei einer bloßen nicht der gegenwärtigen Eintragung im Handelsregister entsprechenden Bezeichnung eines beteiligten Rechtsträgers – im Wege der Auslegung der notariellen Urkunde sowohl das rechtlich gewollte Ergebnis als auch die dies ermöglichende rechtliche Gestaltung entnommen werden kann.⁵⁵ Zwar genügt es nach Ansicht des OLG Hamm den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG nicht, dass sich aus einer mühevollen Auswertung aller der Anmeldung beigefügten Unterlagen derjenige Rechtsträger feststellen lässt, der nach dem Willen der Beteiligten an der Verschmelzung beteiligt sein soll. Die erforderliche Klarstellung könne jedoch durch entsprechende Erklärung in einer Ergänzungsurkunde erfolgen, weshalb das Eintragungshindernis behebbar sei.⁵⁶

Das Unterlassen der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 UmwG kann in der Praxis insbesondere bei einem gegen das Dogma der Anteilsgewährspflicht verstößenden Verzicht auf eine Kapitalerhöhung z. B. bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften vorkommen.⁵⁷ Der Verschmelzungsvertrag enthält in diesen Fällen keine Informationen über die (richtigerweise) zu gewährenden Anteile.⁵⁸ Da dies wegen Fehlens der Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 UmwG zur Nichtigkeit des Vertrages führt, ist die Heilung eines solchen Mangels nach Ablauf der Acht-Monats-Frist ausgeschlossen.⁵⁹ Das bloße Fehlen oder die Fehlerhaftigkeit von Angaben über die

Modalitäten des Erwerbs der neuen Anteile (Nr. 4) und den Zeitpunkt, von dem an diese Anteile einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung gewähren (Nr. 5), ist demgegenüber nicht so schwerwiegend, als dass dies (für sich genommen) die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge hätte.⁶⁰

Auch die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 bis 9 UmwG, d. h. Informationen über den Verschmelzungsstichtag, die Gewährung besonderer Rechte oder besonderer Vorteile sowie Angaben zu den Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer, können nach Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG (u. U. sogar ohne erneute Beschlussfassung durch die Anteilsinhaber) korrigiert oder ergänzt werden.⁶¹

Gemäß § 126 Abs. 1 UmwG hat der *Spaltungs- und Übernahmevertrag* ebenfalls eine Reihe von Mindestangaben zu enthalten.⁶² Der notwendige Inhalt des Vertrages ergibt sich dabei für Aufspaltung und Abspaltung aus § 126 Abs. 1 Nr. 1–11 UmwG, für die Ausgliederung aus § 126 Abs. 1 Nr. 1, 2, 5–9 und 11 UmwG. Die Nr. 1–8 und 11 entsprechen dabei vom Grundsatz her den Bestimmungen des Verschmelzungsvertrages, wie sie in § 5 Abs. 1 Nr. 1–9 UmwG aufgeführt sind. Spaltungsspezifische Regelungen finden sich dagegen in den Nr. 9 und 10.⁶³ Im Wesentlichen kann hier auf das soeben zum Verschmelzungsvertrag Ausgeführte verwiesen werden. Die Bezeichnung der beteiligten Rechtsträger (Nr. 1), die Vereinbarung des Vermögensübergangs (Nr. 2) und Angaben über die Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften (Nr. 3) sind so wesentlich, dass bei ihrem Fehlen von einer Nichtigkeit des Vertrages bzw. Plans auszugehen ist. Demgegenüber sind die sonstigen Angaben einschließlich der spaltungsspezifischen Angaben in Nr. 9 und 10 von geringerer Bedeutung. Ihr Fehlen hat allenfalls die Anfechtbarkeit der Zustimmungsbeschlüsse zur Folge.⁶⁴

c) Sonstige Angaben

Über die Mindestangaben des § 5 Abs. 1 bzw. § 126 Abs. 1 UmwG hinaus sind in einer Reihe von Sonderfällen weitere Angaben im Umwandlungsvertrag erforderlich.⁶⁵ Neben dem oben bereits angesprochenen § 46 UmwG und weiteren, ebenso zu behandelnden rechtsformspezifischen Angaben (wie z. B. gemäß § 40 Abs. 1 UmwG) ist hier insbesondere das Barabfindungsangebot des § 29 UmwG zu erwähnen. Ein solches ist jedem Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers gegenüber zu machen, der gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zu Protokoll erklärt, vorausgesetzt der übernehmende Rechtsträger hat eine andere Rechtsform als

⁵³ *Widmann/Mayer*, § 4 UmwG Rdnr. 74; *Lutter*, § 5 Rdnr. 92. So im Hinblick auf die Angaben zum Beginn der Gewinnberechtigung (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG) auch das Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 22.9.2000, Nr. 19392.

⁵⁴ Vgl. hierzu oben, Abschnitt A.

⁵⁵ Siehe OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft).

⁵⁶ Vgl. OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft).

⁵⁷ Zu Ausnahmen von der Anteilsgewährpflicht (wie insbesondere den Fall der Tochter-Mutter-Verschmelzungen, vgl. § 5 Abs. 2 UmwG) siehe ausführlich *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 24.1 ff.

⁵⁸ Die Erforderlichkeit der Anteilsgewährung bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften ist ganz h. M., vgl. nur OLG Hamm, GmbHR 2004, 1533; OLG Frankfurt/Main, MittBayNot 1998, 362 m. Anm. *Heckschen*; KG, MittBayNot 1999, 306 = DNotZ 1999, 157 m. Anm. *Heidinger* = NZG 1999, 175 m. Anm. *Zeidler*; *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 41 ff.; *Lutter*, § 5 Rdnr. 9; *D. Mayer*, DB 1998, 913; *Kowalski*, GmbHR 1996, 158; *Priester*, DNotZ 1995, 427, 441; a. A. LG München I, GmbHR 1999, 35; *Knott*, DB 1996, 2423.

⁵⁹ Vgl. hierzu auch *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 206.

⁶⁰ Bezüglich § 5 Abs. 1 Nr. 5 UmwG ebenso das Gutachten des DNotI zu § 17 UmwG v. 22.9.2000, Nr. 19392.

⁶¹ So für die Angaben gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG zu Recht *Widmann/Mayer*, § 5 Rdnr. 203 ff. m. zahlr. w. N.; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 5 UmwG Rdnr. 50; *Lutter*, § 5 Rdnr. 92. Siehe auch DNotI (Hrsg.), Gutachten zum Umwandlungsrecht 1996/97, S. 59 f. und 63 ff.

⁶² Auch der Spaltungsplan im Falle einer Spaltung zur Neugründung muss gemäß §§ 135 Abs. 1 Satz 1, 136 Satz 2 UmwG diese Mindestangaben beinhalten.

⁶³ Siehe zum Ganzen umfassend *Widmann/Mayer*, § 126 UmwG Rdnr. 41.

⁶⁴ Soweit ersichtlich wird dieses Thema auf die Spaltung bezogen nur sehr vereinzelt und oberflächlich diskutiert. Vgl. nur *Lutter*, § 126 Rdnr. 79.

⁶⁵ Dies gilt sowohl für Verschmelzungen als auch für Spaltungen, für welche wesentliche Vorschriften zur Verschmelzung über die Verweisung in § 125 UmwG anwendbar sind. Zu den rechtsformspezifischen Besonderheiten bei der Spaltung vgl. ausführlich *Widmann/Mayer*, § 126 UmwG Rdnr. 291 ff.

der übertragende Rechtsträger.⁶⁶ Ein fehlendes Angebot oder seine fehlende Erläuterung berechtigen jedoch den Anteilshaber nach der ausdrücklichen Regelung in § 32 UmwG nicht zur Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses.⁶⁷ Wenn aber nicht einmal eine Anfechtungsmöglichkeit besteht, kann ein Umwandlungsvertrag, der entgegen § 29 UmwG kein Barabfindungsangebot enthält, erst recht nicht nichtig sein.⁶⁸ Somit handelt es sich auch bei diesem inhaltlichen Mangel um ein behebbares Eintragungshindernis, welches das Registergericht durch Zwischenverfügung zu rügen hat.

Weitere inhaltliche Erfordernisse bestehen, wenn eine Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung geplant ist.⁶⁹ In diesem Fall sind gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 bzw. § 135 Abs. 2 Satz 1 UmwG für den übernehmenden Rechtsträger die Gründungsvorschriften der entsprechenden Rechtsform anzuwenden. Dem Umwandlungsvertrag ist nach § 37 UmwG insbesondere der Gesellschaftsvertrag des neu gegründeten Rechtsträgers beizufügen.⁷⁰ Diesbezüglich gilt nichts anderes als für die „normale“ Gründung einer entsprechenden Gesellschaft. Sind die gesetzlichen Vorschriften nicht eingehalten, ist also – wenn die Mängel behebbare sind – durch Zwischenverfügung auf ihre Beseitigung hinzuwirken, andernfalls ist die Eintragung abzulehnen.⁷¹

d) Sonderproblem: Wirksamwerden des Vertrages nach Fristablauf

Ein Sonderproblem in diesem Kontext stellt die auch im Urteil des OLG Hamm angesprochene Frage dar, wie es sich auswirkt, wenn ein Umwandlungsvertrag (aufgrund einer aufschiebenden Bedingung) erst nach Ablauf der Acht-Monats-Frist wirksam wird.⁷² Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden:

Der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung im Verschmelzungsvertrag nach Ablauf der Acht-Monats-Frist hat grundsätzlich keine Auswirkungen, wenn es sich um einen Umstand handelt, der – wie z. B. die zur Durchführung der Verschmelzung erforderliche Erhöhung des Stammkapitals oder das Wirksamwerden einer vorgelagerten Verschmelzung im Rahmen von Kettenverschmelzungen – allein in der Sphäre der beteiligten Registergerichte liegt. Der Eintritt einer solchen Registerbedingung wird durch Eintragung des vorgelagerten Vorgangs unzweifelhaft nachgewiesen. Insoweit ist es ausreichend, dass dem Registergericht die vorgelagerte Eintragung innerhalb der Acht-Monats-Frist möglich war, auch wenn der Verschmelzungsvertrag zum Zeitpunkt des Fristablaufs (noch) unwirksam ist.⁷³

Anders liegen die Dinge jedoch, wenn die Beteiligten aufschiebende Bedingungen vereinbaren, deren Eintritt sie selbst beeinflussen können, die also in ihrer eigenen Sphäre liegen.

⁶⁶ Sog. „Mischverschmelzung“. Hierzu ausführlich *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 236 und § 29 UmwG Rdnr. 1 ff. Gleiches gilt gem. § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG, falls die Anteile am übernehmenden Rechtsträger Verfügungsbeschränkungen unterworfen sind.

⁶⁷ Näher zum Ganzen *Widmann/Mayer*, § 29 UmwG Rdnr. 44 sowie die Kommentierung zu § 32 UmwG.

⁶⁸ Die Abgabe des Angebots kann jedoch gerichtlich erzwungen werden, § 34 UmwG i. V. m. § 1 ff. SpruchG.

⁶⁹ Bei einer Spaltung zur Neugründung tritt ein Spaltungsplan an die Stelle des Spaltungs- und Übernahmevertrages (§ 136 Satz 2 UmwG).

⁷⁰ Bei Spaltungen ist die Vorschrift über die Verweisung in §§ 135 Abs. 1 Satz 1, 125 UmwG anwendbar.

⁷¹ *Widmann/Mayer*, § 36 UmwG Rdnr. 103.

⁷² OLG Hamm, MittBayNot 2006, 436 (in diesem Heft) unter Verweis auf *Widmann/Mayer*, § 24 UmwG Rdnr. 68.

⁷³ *Widmann/Mayer*, § 7 UmwG Rdnr. 15 f.

Derartige Bedingungen müssen vor Ablauf der Acht-Monats-Frist eingetreten sein, da sonst zum Stichtag des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG kein wirksamer Verschmelzungsvertrag existiert.⁷⁴ Dieses Ergebnis fügt sich nahtlos ein in die vorstehenden Erwägungen zur nachträglichen Korrektur von inhaltlichen Mängeln und zum Nachreichen von Unterlagen.

2. Zustimmungsbeschlüsse

Hinsichtlich der nach § 13 UmwG (ggf. i. V. m. § 125 Satz 1 UmwG) erforderlichen Zustimmungsbeschlüsse stellt sich die Frage einer Korrektur nach Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht in gleichem Maße wie bei den Umwandlungsverträgen. Grund dafür ist, dass der Registerrichter die Eintragung nur versagen darf, wenn der Beschluss nichtig ist.⁷⁵ Demgegenüber wird die Eintragung ins Handelsregister durch die bloße Anfechtbarkeit eines Beschlusses nicht gehindert. Der Richter ist vielmehr nach h. M. verpflichtet, auch anfechtbare Beschlüsse einzutragen, selbst wenn er die Mangelhaftigkeit des Beschlusses erkennt.⁷⁶ Er kann jedoch die gemäß § 14 Abs. 1 UmwG für die Geltendmachung jeglicher Unwirksamkeitsgründe geltende Klagefrist von einem Monat abwarten.⁷⁷

Folglich ist die Beseitigung eines nicht zur Nichtigkeit führenden Beschlussmangels nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 14 UmwG überflüssig, wenn der Beschluss unanfechtbar geworden ist. Ein nichtiger oder erfolgreich angefochtener Beschluss hingegen kann durch einen erneuten, wirksamen Beschluss geheilt werden.⁷⁸ Allerdings ist hier wiederum die Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG zu beachten. Wie oben bereits ausgeführt müssen nach der hier vertretenen Ansicht zum Zeitpunkt des Fristablaufs wirksame Zustimmungsbeschlüsse zwar nicht beim Registergericht eingegangen, aber doch zumindest gefasst sein.⁷⁹

Die Frage, wann ein Zustimmungsbeschluss nichtig oder nur anfechtbar ist, richtet sich dabei in erster Linie nach den allgemeinen Regeln des Gesellschaftsrechts für fehlerhafte Beschlüsse.⁸⁰ Bei Kapitalgesellschaften ist insofern generell zwischen nichtigen, lediglich anfechtbaren und aus sonstigen Gründen unwirksamen Beschlüssen zu unterscheiden. Es gelten die §§ 241 ff. AktG.⁸¹ Nur die in § 241 AktG genannten

⁷⁴ Vgl. zum Ganzen *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 235.7, § 7 UmwG Rdnr. 15 m. w. N. In die gleiche Richtung auch OLG Frankfurt/Main, MittBayNot 1998, 362; KG, DB 1998, 2511. A. A. *Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, § 7 UmwG Rdnr. 4 a.

⁷⁵ Zum Ganzen *Widmann/Mayer*, § 13 UmwG Rdnr. 30 ff.

⁷⁶ Begründet wird diese Auffassung zu Recht damit, dass ansonsten die durch die Klagefrist nach § 14 Abs. 1 UmwG bezweckte alsbaldige Klarheit über den Bestand des Beschlusses konterkariert würde. Siehe dazu nur *Widmann/Mayer*, § 14 UmwG Rdnr. 19 sowie § 13 UmwG Rdnr. 31 m. w. N. auch zur abweichenden Auffassung.

⁷⁷ Im Falle einer Anfechtungsklage wird das Verfahren gem. § 127 FGG ausgesetzt.

⁷⁸ Unabhängig davon gilt natürlich auch hier die Heilungsvorschrift des § 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG. Beachte außerdem § 242 AktG.

⁷⁹ Hierzu ausführlich oben, Abschnitt B.

⁸⁰ Aus der umwandlungsrechtlichen Literatur vgl. nur *Lutter*, § 13 Rdnr. 44.

⁸¹ Aus der Sicht des Umwandlungsrechts ausführlich *Widmann/Mayer*, § 13 UmwG Rdnr. 158 ff. Für die AG siehe außerdem *Semler* in Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 41. Auf die GmbH werden die sich aus §§ 241 ff. AktG ergebenden Grundsätze zur Einordnung mangelhafter Beschlüsse entsprechend angewendet. Siehe hierzu nur *Wolff* in *Priester/Mayer* (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, 2. Aufl. 2003, § 40 Rdnr. 2, 4; *Widmann/Mayer*, § 13 UmwG Rdnr. 159. Vgl. ferner allgemein zur Mangelhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen bei der GmbH ausführlich *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl. 2006, Anh. § 47 GmbHG.

schwerwiegenden Mängel führen dabei zur Nichtigkeit des Beschlusses. Im Recht der Personenhandelsgesellschaften hingegen sind fehlerhafte Beschlüsse nicht nur anfechtbar, sondern grundsätzlich nichtig.⁸² Umwandlungsrechtsspezifisch ist ein Zustimmungsbeschluss darüber hinaus z. B. bei Verletzung der Formvorschrift nach § 13 Abs. 2 Satz 1 UmwG nichtig. Gleiches gilt für Beschlüsse, an denen trotz entsprechender Vorschriften wie z. B. §§ 43 Abs. 1, 45 d Abs. 1 oder 51 UmwG nicht alle Anteilinhaber mitgewirkt haben.⁸³ Diese Mängel sind folglich nur durch erneute Beschlussfassung und nach Ablauf der Acht-Monats-Frist gar nicht mehr heilbar.⁸⁴

3. Registeranmeldung

Ebenso ist ein Antrag auf Eintragung der Umwandlung zurückzuweisen, wenn die Anmeldung zum Register des übertragenden Rechtsträgers (als nach der hier vertretenen Ansicht einziger zwingend bis zum Ablauf der Acht-Monats-Frist vorzulegender Teil der Dokumentation)⁸⁵ dem Gericht bei Fristablauf zwar vorliegt, aber nicht wirksam ist. Dies ist z. B. bei einer nur unvollständig unterzeichneten Anmeldung der Fall, da eine Registeranmeldung ohne die erforderlichen Unterschriften als Verfahrenshandlung unwirksam ist.⁸⁶ Eine Richtigstellung von Schreibversehen, versehentlichen Falschzeichnungen (wie im Fall des OLG Hamm) oder sonstigen unwesentlichen Mängeln ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen.

D. Angemessene Frist zur Mängelbeseitigung

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass im Umwandlungsrecht vielfältige Möglichkeiten bestehen, Unzulänglichkeiten in der Dokumentation im Rahmen des Eintragungsverfahrens auch nach Ablauf der Acht-Monats-Frist noch zu korrigieren. Diese Chance zur Fehlerbeseitigung birgt natürlich auch das Risiko, dass in Einzelfällen die Eintragung durch die Nichtvorlage notwendiger Unterlagen oder eine verzögerte Behebung inhaltlicher Fehler bewusst nach hinten geschoben werden könnte. Zur Vermeidung derartiger Verzögerungen ist es zum Schutz des Rechtsverkehrs durchaus angemessen, wenn die Registergerichte von ihrem Ermessen dergestalt Gebrauch machen, dass sie in den Zwischenverfügungen relativ kurze Fristen setzen. Sonst könnte z. B. durch Vorenthaltung eines Verschmelzungsprüfungsberichts oder eines Einzahlungsnachweises bezüglich einer vorhergehenden Kapitalerhöhung das Eintragungsverfahren absichtlich in die Länge gezogen werden. Dies hätte insbesondere zur Folge, dass die Gläubiger keinen zeitnahen Einblick in die Umwandlungsbilanz erhalten könnten.⁸⁷

Zu klären bleibt, welche Frist vor diesem Hintergrund regelmäßig als angemessen anzusehen ist. Zur Beantwortung

dieser Frage hilft ein erneuter Blick auf den Hauptzweck von § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, den Gläubigern einen zeitnahen Eindruck der Vermögensverhältnisse des übertragenden Rechtsträgers zu verschaffen. Sieht man von dieser umwandlungsrechtlichen Spezialvorschrift ab, können die Gläubiger nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich nur alle zwölf Monate mit einer aktuellen Bilanz rechnen.⁸⁸ Legt man diesen Wertungsgesichtspunkt zugrunde, wird man eine Überschreitung der Acht-Monats-Frist tolerieren können, wenn zum Zeitpunkt des Vorliegens aller Unterlagen seit dem Stichtag der Schlussbilanz nicht mehr als ein Jahr vergangen ist.⁸⁹ Gleichzeitig soll die durch Zwischenverfügung eingeräumte Frist zur Beseitigung des Mangels ausreichend sein, d. h. mindestens einen Monat betragen.⁹⁰ Folglich ist zur Behebung eines Eintragungshindernisses im Zusammenhang mit Umwandlungen eine Frist von ein bis vier Monaten als angemessen anzusehen.⁹¹

E. Fazit

Neben der erstmaligen obergerichtlichen Bestätigung der Zulässigkeit von Kettenverschmelzungen wirft der vorliegende Beschluss des OLG Hamm vor allem die Frage der Korrekturmöglichkeit von Fehlern in der Umwandlungsdokumentation nach Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG auf. Nach der hier vertretenen Auffassung muss insofern zum Zeitpunkt des Ablaufs der Acht-Monats-Frist dem zuständigen Registergericht lediglich die Registeranmeldung für den übertragenden Rechtsträger zugegangen sein. Sämtliche sonstigen Teile der Umwandlungsdokumentation können nachgereicht werden.

Voraussetzung dafür ist jedoch, dass zum Zeitpunkt des Fristablaufs der Umwandlungsvertrag bzw. -plan wirksam abgeschlossen sowie die notwendigen Zustimmungsbeschlüsse wirksam gefasst sind und die der Umwandlung zugrunde gelegte Bilanz aufgestellt ist. Nachträgliche inhaltliche Korrekturen von Teilen der Dokumentation nach Fristablauf sind somit nur möglich, wenn die grundlegenden materiell-rechtlich erforderlichen Voraussetzungen einer wirksamen Umwandlung vorliegen. Das bedeutet, der Umwandlungsvertrag bzw. -plan und die Beschlüsse dürfen nicht z. B. wegen fehlender Mindestangaben oder einer noch nicht eingetretenen, im Einflussbereich der Beteiligten liegenden aufschiebenden Bedingung unwirksam sein. Dieses Ergebnis ist nicht nur interessengerecht und entspricht dem Sinn und Zweck des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG, sondern es fördert auch die Rechtsklarheit in diesem bisher weithin ungeklärten umwandlungsrechtlichen Problembereich.

⁸² Vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 119 Rdnr. 31 f. m. w. N.

⁸³ Zu Beschlussmängeln im Hinblick auf § 43 UmwG *Widmann/Mayer*, § 43 UmwG Rdnr. 145 ff.

⁸⁴ Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang noch auf folgendes Spezialproblem: Sind die Ausführungen zu § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG unrichtig, unvollständig oder fehlen jegliche Angaben, so begründen derartige Mängel kein Anfechtungsrecht betreffend den Zustimmungsbeschluss der Anteilinhaber, denn die Angabepflicht ist im Interesse der Arbeitnehmer und deren Vertretungen, nicht im Interesse der Anteilseigner, statuiert worden. *Widmann/Mayer*, § 5 UmwG Rdnr. 203 m. w. N. Gleiches dürfte für die Parallelvorschrift des § 126 Abs. 1 Nr. 11 UmwG gelten.

⁸⁵ Siehe oben, Abschnitt B.

⁸⁶ Vgl. dazu das Gutachten des DNotI zu § 160 UmwG v. 29.9.1999, Nr. 11690.

⁸⁷ Ebenso *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, § 17 UmwG Rdnr. 47. Für eine kurze Frist auch *Kallmeyer*, § 17 Rdnr. 7; LG Frankfurt/Main, GmbHR 1998, 380, 381. In diese Richtung ferner OLG Jena, NZG 2003, 43, 45.

⁸⁸ Vgl. § 242 Abs. 1 Satz 1 HGB.

⁸⁹ So richtigerweise *Heckschen*, DB 1998, 1385, 1393 und NotBZ 1997, 132 sowie – zur alten Rechtslage – *Grunewald* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz, 1994, § 345 Rdnr. 11 ff.

⁹⁰ *Keidel/Krafka/Willer*, Rdnr. 168. Dafür, dass eine nicht zu knapp bemessene Frist Sinn und Zweck von § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht widerspricht, lässt sich ferner ins Feld führen, dass der Gesetzgeber die Acht-Monats-Frist durch das Beschlussverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG selbst relativiert hat. Auch dieses Verfahren wird zumindest mehrere Wochen (wenn nicht sogar Monate) in Anspruch nehmen. So zu Recht *Heckschen*, NotBZ 1997, 132.

⁹¹ A. A. AG Duisburg, GmbHR 1996, 372: keine Nachbesserung innerhalb von drei Monaten seit Zugang der Zwischenverfügung.

Gerichtliche Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtungsverträgen?

– zugleich Anmerkung zum Urteil des OLG München vom 25.1.2006, 15 U 4751/04 –

Von Notarin *Anja Kapfer*, Hof

I. Einführung

Das Urteil des OLG München vom 25.1.2006, 15 U 4751/04,¹ löste ein hörbares Raunen in den Reihen der Vertragsgestalter aus. Im Vordergrund stand und steht dabei die Befürchtung, dass die insbesondere vom BGH entwickelte Rechtsprechung zur Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle im Ehevertragsrecht nunmehr auf Erb- und Pflichtteilsverzichtungsverträge übertragen werde.

Nachstehend soll dieser Frage nachgegangen werden. Vorweggenommen sei, dass

- obige Entscheidung einen besonders gelagerten Einzelfall betrifft,
- die vom OLG München festgestellte Nichtigkeit des urteilsgegenständlichen Erbverzichts- und Abfindungsvertrages nicht unter Berufung auf die vom BGH entwickelte Rechtsprechung zur ehevertraglichen Inhaltskontrolle begründet wird und
- jedenfalls diese konkrete Entscheidung keinen Schluss darauf zulässt, dass nunmehr jeder Erb- oder Pflichtteilsverzichtungsvertrag an den Maßstäben der Rechtsprechung zum Ehevertrag gemessen wird.

II. Der entschiedene Einzelfall

Der vom OLG München entschiedene Fall rankt sich um einen 1980 abgeschlossenen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag zwischen dem bei Vertragsabschluss neunzehnjährigen vorehelichen Sohn und dessen Vater. In der Urteilsbegründung spielen die – v. a. wirtschaftlich – unterschiedlichen Ansätze des § 1934 a BGB a. F. einerseits und des § 1934 d BGB a. F. andererseits eine wesentliche Rolle. Während Berechnungsgrundlage des Ausgleichsbetrages beim vorzeitigen Erbausgleich des nichtehelichen Kindes nach § 1934 d BGB (der jedoch seitens des Kindes u. a. die Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres vorausgesetzt hätte) das Dreifache des Unterhalts ist, den der Vater dem Kinde jährlich zu leisten hatte, bemisst sich der Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes nach § 1934 a BGB grundsätzlich nach der Höhe des Werts des Erbteils. Beide Bestimmungen wurden durch das am 1.4.1998 in Kraft getretene ErbG vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2968) ersatzlos gestrichen.²

Der Unterschied in den seinerzeitigen Bemessungsgrundlagen veranlasst das OLG München unter Heranziehung und Würdigung der weiteren Umstände im Vorfeld der Unterzeichnung, beispielsweise der Beratung durch den allein vom Vater mandatierten Rechtsanwalt, den Erb- und Abfindungsvertrag aus einer Gesamtwürdigung des Rechtsgeschäfts heraus, in die Inhalt, Beweggrund und Zweck des Geschäfts mit

einzu beziehen sind, als sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB zu beurteilen.³ Die Urteilsbegründung macht dabei deutlich, dass dem Schutz der schwächeren Vertragspartei durch die Gestaltung des Verfahrens auch im notariellen Alltag zunehmend Bedeutung zukommen dürfte.⁴

An der Urteilsbegründung fällt auf, dass das OLG München nach der Feststellung des objektiven und subjektiven Tatbestands der (Umstands-)Sittenwidrigkeit „den Vertrag“ ohne weiteres als nichtig erachtet. Mit keinem Wort wird darauf eingegangen, dass Verzichtsverträge verfügbaren Charakter haben und sich der zur Begründung der Sittenwidrigkeit im Wesentlichen herangezogene Gedanke einer Äquivalenzstörung, konkret dem Ausgehen von einer zu niedrigen Bemessungsgrundlage, auf der Ebene des Kausalgeschäfts, nämlich im Rahmen der getroffenen Abfindungsvereinbarung, abspiele.⁵ Während es nach neueren Urteilen im Ehevertragsrecht so scheint, als wolle der BGH dort das „Fallbeil des § 138 BGB“ möglichst vermeiden,⁶ wird hier der im ehevertraglichen Bereich beschrittene Weg der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB nicht einmal erwogen, ebenso wenig eine Abänderung auf Grundlage des § 313 BGB.

Zunächst kann also konstatiert werden, dass das OLG München in einem konkreten Einzelfall einen Erbverzichts- und Abfindungsvertrag als sittenwidrig gemäß § 138 Abs. 1 BGB beurteilt hat,⁷ und zwar im Wesentlichen deshalb, weil dem Verzichtenden ein Erbverzichtsvertrag angeschlossen wurde, der auf der Schilderung unrichtiger Ausgangstatsachen beruhte. Die im Ehevertragsrecht von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Wirksamkeits- und Ausübungs-

³ Zur sogenannten Umstandssittenwidrigkeit, in der nicht der Inhalt allein, sondern der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts die Sittenwidrigkeit begründen, vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 138 Rdnr. 8 m. w. N.

⁴ Nach Auffassung der Rechtsprechung ersetzt die notarielle Beurkundung nicht per se eine (Inhalts-)Kontrolle. Durch die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens kann jedoch die strukturelle Unterlegenheit des schwächeren Vertragsteils ausgeglichen werden. Vgl. ausführlich und sehr instruktiv für die Verfahrensgestaltung *Münch, DNotZ* 2004, 901.

⁵ Die Unterscheidung zwischen kausalem Verpflichtungs- und verfügbarem Verzichtsvertrag betont zu Recht *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 127 ff. Dass das OLG München nicht von einem Austauschvertrag i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB ausgegangen ist, lässt allerdings die Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB durchaus erkennen, vgl. hierzu *Palandt/Heinrichs*, § 138 Rdnr. 66, *Kuchinke*, FPR 2006, 129 und Fn. 24.

⁶ So *Brandt* in ihrer Urteilsanmerkung zu BGH, Urt. v. 25.5.2005, XII ZR 296/01, MittBayNot 2006, 44, 49 unter Ziffer 3. In diese Richtung der Anpassung weisen auch Urteile zu entgeltlichen Erb- und Pflichtteilsverzichtungsverträgen, vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.1996, BLw 16/96, NJW 1997, 653.

⁷ Diese Einschätzung hat auch der Spruchkörper selbst, wenn die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (es muss wohl heißen § 543 Abs. 2 ZPO) als nicht vorliegend erachtet werden, da es sich „um die Beurteilung eines Einzelfalles handelt, so dass die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat“ (vgl. die Nebenentscheidungen des Urteils).

¹ Sogenannte „Wildmoser-Entscheidung“, MittBayNot 2006, 428 (in diesem Heft).

² Hierzu und zu den Übergangsvorschriften *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl., §§ 1934 a ff. BGB; zuletzt kommentiert in *Palandt/Edenhofer*, BGB, 57. Aufl., § 1934 a Rdnr. 1–14 und § 1934 d Rdnr. 1–27.

kontrolle werden nicht konkret angesprochen; das OLG München hat eine Übertragung nicht einmal erwogen. Insoweit nicht spektakulär und – egal, ob die Einschätzung des OLG München richtig erscheint – kein Wegweiser in der schwelenden Diskussion um die Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzicht.

III. Übertragung der Grundsätze zur ehevertraglichen Inhaltskontrolle auf Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge?

1. In der Literatur angestoßene Diskussion über die Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen

Dass das OLG München im konkret entschiedenen Fall nicht auf die Grundsätze des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen zurückgreift, sagt letztlich nichts darüber aus, ob die Übernahme der Grundsatzentscheidung des BGH vom 11.2.2004⁸ auf andere Rechtsbereiche, konkret Erb- und Pflichtteilsverzicht, droht. Vereinzelt wurde diese Frage insbesondere bei Erb- oder Pflichtteilsverzicht zwischen Ehegatten, vor allem solchen in Verbindung mit einer ehevertraglichen Regelung, bejaht – für Pflichtteilsverzicht etwa von *Wachter*, der insbesondere auf die Unterhalts- und Versorgungsfunktion des Pflichtteils bei Pflichtteilsverzichtverträgen im Zusammenhang mit ehevertraglichen Regelungen abstellt und Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Pflichtteilsverzichtverträgen davon abhängig machen will, ob der Pflichtteilsanspruch (auch) der Sicherung des laufenden Unterhalts und der Altersversorgung des Pflichtteilsberechtigten dient oder (lediglich) der Teilhabe an einem (größeren) Familienvermögen.⁹

Angesichts dieser einzelnen Stimmen aus der Literatur soll über das konkrete Urteil des OLG München hinaus untersucht werden,

- welche Möglichkeiten der Wirksamkeits- oder Angemessenheitskontrolle das geltende, insbesondere das kodifizierte Recht bei Erb- oder Pflichtteilsverzicht bietet,
- welche Grundsätze im Ehevertragsrecht von der Rechtsprechung angewendet werden und
- ob diese letztlich auf andere Rechtsbereiche, insbesondere Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge übertragbar sind.

2. Gesetzliche Störfallvorsorge bei Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen und deren Kausalgeschäften

Der Erbverzicht ist ein vom Erblasser zu seinen Lebzeiten mit seinem Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandten abgeschlossener erbrechtlicher Vertrag unter Lebenden, in dem dieser auf sein künftiges gesetzliches Erbrecht oder Pflichtteilsrecht (vgl. § 2346 Abs. 2 BGB) verzichtet.¹⁰

Der Erb- oder Pflichtteilsverzicht selbst ist ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft, das unmittelbar den Verlust des Erb- oder Pflichtteilsrechts bewirkt, das heißt der Verzicht ist kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB.¹¹ Auf ihn finden grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung, soweit nicht die erbrechtliche Natur des Verzichts entgegensteht.¹² Einschränkungen sollen sich insbesondere beim Erbverzicht nach Eintritt des Erbfalls ergeben, da die Rechtssicherheit eine gefestigte Grundlage für die Erbfolge verlangt.¹³ Regelmäßig ist Causa und Rechtsgrund des Verzichts ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft, das beim unentgeltlichen Verzicht einseitiges, beim entgeltlichen gegenseitiges Rechtsgeschäft ist.¹⁴

Das ist dogmatisch nichts Neues und eröffnet grundsätzlich die Anwendbarkeit sämtlicher gesetzlich vorgesehener Normen zur Störfallvorsorge auf Erb- und Pflichtteilsverzichtverträge bzw. auf die ihnen zugrundeliegenden Kausalgeschäfte. In Betracht kommen insbesondere eine

- Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB, die auch den Verzicht erfassen kann,¹⁵
- Anfechtung gemäß §§ 119, 123 BGB, die allerdings dem Verzichtenden beim Erbverzicht nach Eintritt des Erbfalls verwehrt sein soll,¹⁶
- nach dem Charakter eines zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts als „Wagnisgeschäft“¹⁷ berechtigt der Irrtum über die künftige Entwicklung des Vermögens des Erblassers nicht zur Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB,¹⁸
- Anpassung insbesondere eines kausalen Abfindungsvertrages nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB oder ggf. § 242 BGB (wenn eine Ausübungskontrolle des Vertrages – wie vom BGH im Ehevertragsrecht propagiert – auch hier als allgemeiner Ausfluss von Treu und Glauben verortet wird).¹⁹ Eine Anpassung kann jedoch nicht auf eine unerwartete erhebliche Vermehrung oder Verminderung des Vermögens des Erblassers nach Vertragsschluss gestützt werden – da die Vertragsteile die künf-

¹¹ *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 5, *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 3.

¹² *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 6, *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 4.

¹³ So *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 7 f., 10 m. w. N. Einzelheiten sind jedoch strittig, vgl. aktuell *Damrau*, *MittBayNot* 2006, 253, der mit einem Vergleich zur möglichen Testamentsanfechtung argumentiert.

¹⁴ *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 10, *Kuchinke*, *FPR* 2006, 127.

¹⁵ *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 11, bei wirksam bleibendem Erbverzicht und nichtigem Kausalgeschäft besteht Streit über die Möglichkeiten des Verzichtenden, der nicht auf §§ 320 ff. BGB zurückgreifen kann, vgl. *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 24 m. w. N.

¹⁶ Vgl. bereits Fn. 13, ergänzend *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 4. So auch *BayObLG*, *Beschl.* v. 4.1.2006, *1Z BR 097/03*, *MittBayNot* 2006, 249 mit Anm. *Damrau*.

¹⁷ Vgl. hierzu ausführlich unter *Ziffer III. 4 b)* und Fn. 20, 39–41.

¹⁸ *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 24.

¹⁹ Während eine Anpassung oder Rückabwicklung des Erbverzichts nach Eintritt des Erbfalls wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB nicht mehr möglich ist (aus Gründen der Rechtssicherheit einer Erbfolge), steht dies der Anpassung des Abfindungsvertrages nicht entgegen, vgl. *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 24. Zu Streitigkeiten im Detail und einer etwaigen Differenzierung zwischen Erb- und Pflichtteilsverzicht eingehend *Wendt*, *ZNotP* 2006, 2, 6 ff.

⁸ XII ZR 265/02, *MittBayNot* 2004, 270 = *DNotZ* 2004, 550 = *DNotI-Report* 2004, 46, 54.

⁹ *Wachter*, *ZErB* 2004, 238 und 306.

¹⁰ *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 1; *MünchKommBGB/Strobel*, 4. Aufl., § 2346 Rdnr. 2. In der Praxis spielt der Pflichtteilsverzicht angesichts der Tatsache, dass der Erblasser seine Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen gestalten kann und der Erbverzicht wegen § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB Auswirkungen auf die Erb- und Pflichtteile anderer Verwandter hat, sicher die größere Rolle.

tige Entwicklung nie vorhersehen, handelt es sich gerade um ein „Risikogeschäft“.²⁰

Das BGB hält also für mögliche Störungsfälle auch von Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträgen und deren Grundgeschäften zahlreiche Normen bereit. Grenzen ergeben sich lediglich beim Erbverzicht aus den Erfordernissen der Rechtssicherheit für die Allgemeinheit ab Eintritt des Erbfalls.

3. Die Grundsätze der zweistufigen ehevertraglichen Inhaltskontrolle: Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 11.2.2004

Im Ehevertragsrecht hingegen beschreibt die Rechtsprechung derzeit einen besonderen Weg: Auf der Basis des Grundsatzurteils des BGH vom 11.2.2004 und zwischenzeitlich vielfältigen Stellungnahmen in der Literatur und Judikatur auch von Instanzgerichten gelten bei Eheverträgen besondere Grundsätze zur Inhaltskontrolle, die als zweistufige Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle nach Maßgabe der sog. Kernbereichslehre erfolgt.²¹

a) Erste Stufe jeder Prüfung ist die Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB. Danach wird die Wirksamkeit des Ehevertrages in seiner Gesamtheit anhand einer auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogenen Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Ehegatten überprüft. Einbezogen werden insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Vertragsteile und deren bestehender oder geplanter Lebenszuschnitt. Sittenwidrig soll eine Vereinbarung danach sein, wenn sie Regelungen aus dem sogenannten Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedingt, ohne dass dieser Nachteil durch anderweitige Vorteile gemildert oder besondere Verhältnisse gerechtfertigt wird. Der BGH betont, dass die grundsätzlich gegebene Disponibilität von Scheidungsfolgen jedenfalls nicht zu einer evident einseitigen und nicht gerechtfertigten Lastenverteilung führen darf, wobei sich der Prüfungsmaßstab verschärft, je weiter die Vereinbarung in den sogenannten Kernbereich eingreift. Nach der Kernbereichslehre, die gleichsam eine Abstufung der Scheidungsfolgen nach dem Grad ihrer Disponibilität darstellt, ist der Zugewinnausgleich grundsätzlich abdingbar. Zum Kernbereich gehört in erster Linie der Unterhalt wegen Kindesbetreuung (ggf. auch der Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt, soweit er als Teil des Betreuungsunterhalts ehebedingte Nachteile ausgleichen soll)²², in zweiter Linie der Alters- und Krankheitsunterhalt, dem Vorrang vor den übrigen Unterhaltstatbeständen zukommen soll. Der Versorgungsausgleich soll als vorweggenommener Altersunterhalt auf dessen Stufe stehen und somit nicht uneingeschränkt abdingbar sein.

b) Erweist sich der Vertrag danach als wirksam, nimmt die Rechtsprechung auf der zweiten Stufe eine Ausübungskontrolle vor, in der sie insbesondere prüft, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechts-

macht missbraucht, wenn er sich nunmehr im Scheidungsfall gegenüber seinem eine Scheidungsfolge begehrenden Ehegatten auf den Vertrag beruft. Besonderes Augenmerk wird hier darauf gelegt, ob die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrundeliegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und ob sich aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergäbe, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar sei.²³

c) Ob die Grundsätze zur Inhaltskontrolle auch für sogenannte Scheidungsfolgenvereinbarungen gelten, d. h. Verträge in der Krise der Ehe und anlässlich einer konkret erfolgten Trennung oder anstehenden Scheidung, ist nicht abschließend geklärt. Da Instanzgerichte die Grundsätze jedoch bereits ohne weitere Erörterung auf Scheidungsfolgenvereinbarungen angewandt haben, muss davon ausgegangen werden, dass auch diese insbesondere der Kernbereichslehre unterliegen.²⁴

Ist die (gar unterschiedslose) Übertragung der ehevertraglichen Kontrollmechanismen auf Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträge unter Ehegatten, darüber hinaus aber auch auf solche zwischen anderen Familienangehörigen, etwa Eltern und Kindern, nach alledem erforderlich oder wenigstens sachdienlich?

4. Übertragung der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle auf Ehegatterb- und -pflichtteilsverzicht?

Wenden wir uns zunächst Erb- oder Pflichtteilsverträgen von Ehegatten (insbesondere solchen im Rahmen von Eheverträgen) zu: Sind die Instrumente der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle mit der Kernbereichslehre der Rechtsprechung tatsächlich übertragbar?

a) Die erste Stufe der Inhaltskontrolle nimmt eine Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB vor. Selbstverständlich gelten dessen Grundsätze und die Schranke der Sittenwidrigkeit (wie bereits dargelegt) auch bei Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen.²⁵

Die speziell für das Ehevertragsrecht entwickelte Kernbereichslehre passt jedoch für Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträge von vornherein nicht. Das Ehegatterb- und Pflichtteilsrecht kann schon begrifflich nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehören, sieht doch der Gesetzgeber selbst die Lösung der gegenseitigen erb- und pflichtteilsrechtlichen Bande spätestens mit der Ehescheidung vor. So scheidet ein Ehegatte gemäß § 1933 Satz 1 und 2 BGB aus der gesetzlichen Erbfolge aus, wenn die Ehe vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde oder zur Zeit des Todes des Erb-

²⁰ Das betonen zu Recht *Bengel*, ZEV 2006, 192, 194 mit fundierten Ausführungen zum Thema und *MünchKommBGB/Strobel*, § 2346 Rdnr. 24. Vgl. auch BGH, Beschl. v. 29.11.1996, BLw 16/96, NJW 1997, 653, der die Entwicklung des Vermögens des Erblassers bis zum Erbfall als „inhärentes Risiko“ bezeichnet, d. h. ebenfalls den Wagnischarakter des Geschäfts anerkennt.

²¹ Vgl. die Zusammenfassung in *Walz/Kapfer*, Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung, 2006, Kap. 9, § 31 Rdnr. 108 ff.

²² Vgl. BGH, Urte. v. 25.5.2005, XII ZR 221/02, DNotZ 2005, 857 = NJW 2005, 2391 = FamRZ 2005, 1449.

²³ Zu Einzelheiten vgl. z. B. *Walz/Kapfer*, Kap. 9, § 31 Rdnr. 108 ff.

²⁴ Vgl. etwa OLG Celle, Urte. v. 25.2.2004, 15 UF 178/03, NJW 2004, 1961 = FamRZ 2004, 1202, Urte. v. 24.6.2004, 19 UF 59/04, FamRZ 2004, 1489; OLG Koblenz, Beschl. v. 21.4.2004, 13 UF 84/04, FamRZ 2005, 40. Zum Ganzen *Walz/Kapfer*, Kap. 9, § 31 Rdnr. 116 ff.

²⁵ Hierzu bereits oben unter Ziffer II. Wie im entschiedenen Fall des OLG München spielen dabei auch die Umstände, die zum Vertragsschluss geführt haben, eine wesentliche Rolle, etwa ob auf den Verzichtenden unzulässiger Druck ausgeübt wurde, vgl. *Mayer*, ZEV 2004, 439 f.

lassers einer der im Gesetz genannten Einsatzzeitpunkte vorlag.²⁶ Gerade in Scheidungsfolgenvereinbarungen – dem Vertragstypus, der sicher häufiger als ein rein vorsorgender Ehevertrag mit einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht verbunden ist – geht es hauptsächlich um eine rechtssichere Vorverlagerung der Einsatzpunkte, ab denen der Ehegatte nicht mehr erb- oder pflichtteilsberechtig ist.²⁷

Selbst wenn dieser dogmatisch weitreichende Unterschied negiert würde, wäre die allzu eilige Gleichstellung v. a. mit Unterhaltsansprüchen auf einer Stufe der Kernbereichslehre sicher verfehlt. Berührungspunkte zwischen dem Unterhalts- und dem Erb- bzw. Pflichtteilsrecht ergeben sich zwar aus §§ 1933 Satz 3, 1586 b BGB – dabei wird, wenngleich nicht unumstritten, wohl überwiegend angenommen, dass ein Verzicht den Unterhaltsanspruch entfallen lasse, es jedoch möglich sei, diese gesetzliche Folge zu suspendieren.²⁸ § 1586 b Abs. 1 Satz 3 BGB drückt aber grundsätzlich gerade eine Begrenzung der Unterhaltungspflicht nach dem Tod des Verpflichteten aus. Zudem fordert diese dem Unterhaltsrecht zuzuordnende Norm sicher nicht die Zubilligung eines Erb- oder Pflichtteils im Todesfall heraus, sondern allenfalls eine Korrektur beim Unterhalt.

Auch steht bei genauerer Untersuchung die pauschale Behauptung, vor allem das Pflichtteilsrecht diene der Versorgung und habe deshalb Unterhaltfunktion,²⁹ auf recht tönernen Füßen.³⁰ Welche Rechtfertigung das Pflichtteilsrecht heute nach der Vorstellung des Gesetzgebers hat, wird uneinheitlich beantwortet. In der Regel werden vor allem der Versorgungs- und Alimentationscharakter, aber auch die Sicherung einer Mindestteilhabe am Familienvermögen genannt.³¹ Abstrakt vorsorgender Charakter kann dem Pflichtteilsrecht sicher nicht abgesprochen werden,³² allerdings ist es eben ausdrücklich nicht bedarfsorientiert, das heißt eine Bedürftigkeit des Berechtigten spielt keine Rolle. Das Pflichtteilsrecht will also (anders als der monatlich zu leistende Unterhalt) nicht generell die Versorgung des Berechtigten sichern, je nach den Vermögensverhältnissen der Beteiligten verbessert es lediglich abstrakt die Vermögenslage des Berechtigten.

Auch eine Zusammenschau von § 1614 Abs. 1 BGB, der in Verbindung mit §§ 1360 a Abs. 3 und 1361 Abs. 4 Satz 4 BGB u. a. für den Familien- und Trennungunterhalt ein Verbot des Verzichts auf Unterhalt für die Zukunft statuiert, und § 2346 BGB lässt erkennen, dass Unterhalt und Pflichtteil grundverschiedene Institute sind.

²⁶ Dies gilt gemäß § 2303 Abs. 2 Satz 1 BGB auch für das Pflichtteilsrecht des Ehegatten, vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2303 Rdnr. 1. Entsprechende Regelungen als dispositive Auslegungsregeln für Verfügungen von Todes wegen enthalten §§ 2077, 2268 und 2279 BGB.

²⁷ Vgl. *Walz/Kapfer*, Kap. 9, § 31 Rdnr. 84.

²⁸ Das Entfallen des Unterhaltsanspruchs durch einen Verzicht ist insbesondere in der Literatur sehr strittig. Bejahend *Palandt/Brudermüller*, § 1586 b Rdnr. 8 m. w. N., ablehnend *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 117 a, der jedoch eine Klarstellung empfiehlt. Zum Ganzen vgl. *Walz/Kapfer*, Kap. 9, § 31 Rdnr. 83 m. w. N.

²⁹ In diese Richtung *Wachter*, ZErB, 2004, 244.

³⁰ Nachdem ein gesetzlicher Erbe auch grundlos enterbt werden kann, ist zur Herstellung völliger vermögensrechtlicher Dispositionsfreiheit seitens des Erblassers insbesondere der Pflichtteilsverzicht praktisch bedeutsam, vgl. bereits Fn. 10 und *Palandt/Edenhofer*, vor § 2346 Rdnr. 4.

³¹ Vgl. *Mayer*, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 1 Rdnr. 1 ff. Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03 (kritisch *Kleensang*, DNotZ 2005, 509, vgl. auch ZErB 2005, 169), BVerfG, Beschl. v. 11.5.2005, 1 BvR 62/00, DNotZ 2005, 791.

³² Vgl. *Kuchinke*, FPR 2006, 125 f.

Das Pflichtteilsrecht lässt sich mit den im Familienrecht verankerten Instituten des Unterhaltsrechts, aber auch des Güterrechts,³³ nicht ohne weiteres vergleichen und kann weder der einen noch der anderen Kategorie vergleichbar zugeordnet werden. Da es sich vor allem aber (auch beim Erbrecht) nicht um eine Scheidungsfolge handelt, hilft die Kernbereichslehre nicht weiter. Das ist allerdings auch entbehrlich, da § 138 BGB eine ausreichende Wirksamkeitskontrolle gewährleistet.

b) Gleiches gilt für eine Ausübungskontrolle bei Erb- und Pflichtteilsverzicht, vergleichbar der zweiten Stufe der ehevertraglichen Inhaltskontrolle.

Fälle, in denen Verträge nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB angepasst werden (müssen), gibt es auch im Bereich von Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträgen. Dass eine Anwendung v. a. auf Erbverzicht aus Gründen des Drittschutzes nach Eintritt des Erbfalls und bereits eingetretener Erbfolge, verneint wird, wurde bereits erörtert.³⁴ Zumindest bei Vorliegen eines entgeltlichen Verzichts und einer Abfindungsabrede bleibt jedoch stets die Möglichkeit der Korrektur über die Anpassung des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts, etwa durch eine Erhöhung der Gegenleistung. Diesen Weg ist zwar das OLG München in seinem Urteil nicht gegangen, die Rechtsprechung hat diesen Weg aber in anderen Fällen bereits beschritten.³⁵

Die ehevertragliche Ausübungskontrolle stützt sich ausdrücklich nicht auf § 313 BGB, sondern auf § 242 BGB. Weshalb auch in anderen Rechtsbereichen unmittelbar auf § 242 BGB zurückgegriffen werden sollte, bliebe aber unverständlich, zumal der weite Anwendungsbereich des § 313 BGB auch abstrakte Rechtsgeschäfte und Verträge des Sachen-, Familien- oder Erbrechts umfasst.³⁶ Allerdings stellt § 313 BGB nur eine allgemeine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben dar; § 242 BGB bleibt ohnehin immer präsent und anwendbar. Einen Streit um diese beiden Normen anzuzetteln, ist sicher wenig hilfreich, einem Rückgriff auf die Generalklausel des § 242 BGB sollte allerdings nach hiesiger Auffassung auch nicht vorschnell oder gar grundlos das Wort geredet werden.³⁷

Betrachten wir den Inhalt der Ausübungskontrolle, ergeben sich allerdings wieder konzeptionelle Unpässlichkeiten zwischen den Gegebenheiten bei Eheverträgen und denen bei Erb- oder Pflichtteilsverzicht:

Charakteristisch für die Ausübungskontrolle beim Ehevertrag ist im Gegensatz zur Wirksamkeitskontrolle, die den Zeitpunkt des Vertragsschlusses betrachtet, die Einbeziehung des Zeitpunktes der Trennung bzw. Scheidung. Die Ausübungskontrolle beurteilt, ob ein Ehegatte seine Rechtsmacht miss-

³³ Güterrecht und Erb- bzw. Pflichtteilsrecht haben Wechselwirkung untereinander, sind jedoch Aliud, vgl. *Mayer*, FPR 2006, 129 ff.

³⁴ Vgl. unter Ziffer III. 2. und Fn. 13, 19.

³⁵ Etwa in der in Fn. 6 zitierten Entscheidung des BGH, NJW 1997, 653. Vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 3.8.1999, 10 U 3/99, ZEV 2000, 507.

³⁶ Allgemein *Palandt/Grüneberg*, § 313 Rdnr. 1, 7. Anders die nunmehr in § 307 BGB verortete Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB bei Verträgen auf dem Bereich des Erb- oder Familienrechts keine Anwendung findet.

³⁷ Im Rahmen der ehevertraglichen Ausübungskontrolle argumentiert der BGH damit, dass das Instrument der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei ehevertraglich vereinbarten Verzichten versage; zur (nicht unangezweiften) Argumentation vgl. das Urteil des BGH vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270.

braucht (und zwar aus Sicht des Scheiterns der Ehe), wenn er sich nun gegenüber seinem eine Scheidungsfolge begehrenden Ehegatten auf den Vertrag und dessen Verzicht beruft. Diese zweite Stufe der Inhaltskontrolle ist aus Sicht der Rechtsprechung insbesondere dann maßgeblich, wenn die Ehegatten einverständlich nicht den Lebensplan oder -schnitt gelebt haben, den sie sich bei Vertragsschluss vorstellten: Sämtliche Scheidungsfolgen (zu denen gerade das Erb- und Pflichtteilsrecht eben nicht gehört)³⁸ hängen davon ab, wie die Eheleute nach dem Vertragsschluss realiter gelebt, verdient, ihr Vermögen untereinander verteilt haben etc.

Völlig anders bei einem Erb- oder Pflichtteilsverzicht: Er definiert sich als eine punktuelle Betrachtung, ist seinem Wesen nach ein aleatorisches Rechtsgeschäft, dessen Wagnischarakter sich die Vertragsteile gerade zu Eigen machen. Insbesondere wenn eine Abfindung für den Erb- oder Pflichtteilsverzicht geleistet werden soll, entspringt der Vertrag häufig der Einschätzung des Verzichtenden, angesichts sich unabsehbar entwickelnder Vermögenslagen des Erblassers lieber den „Spatz in der Hand“ als die „Tauben auf dem Dach“ zu haben.³⁹ Einer allgemeinen Anpassung oder Ausübungskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichtverträgen aus Sicht eines anderen Zeitpunktes als des Vertragsschlusses den Mund zu reden, hieße damit, deren grundsätzlichen Rechtscharakter zu missachten. Nicht umsonst besteht Einigkeit, dass die Entwicklung der Vermögenslage des Erblassers zwischen Vertragsschluss und Erbfall eben keine Irrtumsanfechtung oder Anpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage rechtfertigt.⁴⁰ Verbleibende Fälle für eine Anpassung sind rar, was auch die ersichtlich seltene Beschäftigung der Rechtsprechung damit eindrucksvoll zeigt.⁴¹

Eine unkritische Übertragung der bereits von der Zielrichtung her unpassenden Grundsätze der Ausübungskontrolle im Ehevertragsrecht (die ja wiederum nur eine spezielle, richterlich ausgeformte Ausprägung des Gedankens von Treu und Glauben ist) darf Verzichtende nicht verleiten, bloße Vertragsreue als Ansatzpunkt für Korrekturwünsche zu nehmen. § 313 und ggf. § 242 BGB bieten ausreichenden gesetzlichen Spielraum für die Berücksichtigung von Treu und Glauben auch bei Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträgen und ihnen zugrundeliegenden Kausalgeschäften bzw. Abfindungsvereinbarungen.

c) Der einzige Aspekt, bei dem nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein im Zusammenhang mit einem Ehevertrag (regelmäßig in derselben Urkunde) vereinbarter Erb- oder Pflichtteilsverzicht Bedeutung entfalten kann, ist die von der Rechtsprechung vor allem auf der ersten Stufe der Wirksamkeitskontrolle durchgeführte Gesamtschau aller getroffenen Vereinbarungen. Auf diesem Wege könnte ein in die Gesamt abwägung der ehevertraglichen Vereinbarungen einbezogener Erb- und Pflichtteilsverzicht u. U. den Ausschlag für eine Unwirksamkeit des Ehevertrages geben.

Dogmatisch unzweifelhaft wäre eine solche Einbeziehung eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts in die Gesamtabwägung nach hiesiger Auffassung sicher nicht: Es handelt sich eben nicht um eine ehevertragliche Vereinbarung oder Abbedin-

gung einer Scheidungsfolge, sondern um die Herstellung völliger erbrechtlicher Dispositionsfreiheit des Erblassers. Die Wirkung dieses Verzichts realisiert sich gerade nicht im Fall des Scheiterns der Ehe, sondern beim Versterben des Ehegatten.

Systematisch müsste also zunächst der ehevertragliche Teil (der Ehevertrag) auf seine Wirksamkeit hin überprüft werden, dabei verlangen die Grundsätze der Rechtsprechung nach Beachtung. Ist der Ehevertrag danach unwirksam, entscheidet § 139 BGB über die Nichtigkeit des Erb- und Pflichtteilsverzichts.⁴² Sodann wäre der Erb- oder Pflichtteilsverzicht nach allgemeinen Grundsätzen auf seine Wirksamkeit zu prüfen. Dabei werden das Zustandekommen des Vertrages und etwaige Drucksituationen eine entscheidende Rolle spielen; ggf. ist wiederum § 139 BGB zu beachten.

Folgerichtig wäre jeder Vertragsteil bei Verwirklichung des Vertragszwecks (d. h. entweder bei Scheitern der Ehe oder dem Tod eines Ehegatten) bzw. Geltendmachung von Ansprüchen durch den Verzichtenden auf eine gebotene Anpassung nach Treu und Glauben zu prüfen: Der Ehevertrag nach den Grundsätzen der Ausübungskontrolle, der Erb- oder Pflichtteilsverzicht bzw. eine getroffene Abfindungsvereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen und mit der Besonderheit, dass eine unerwartete Vermögensveränderung nachträglich grundsätzlich keine Anpassung rechtfertigt.

Leider bleibt vorerst unkalkulierbar, ob die Rechtsprechung nicht einfach eine „ehevertragliche Gesamtschau“⁴³ aller Vereinbarungen vornimmt; hier heißt es für den Vertragsgestalter und die Vertragsteile, die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten und zu beobachten. Eine generelle Gestaltungsempfehlung, Erb- oder Pflichtteilsverzichte in einer separaten Urkunde zu vereinbaren, kann gleichwohl sicher nicht ausgesprochen werden – insbesondere dann nicht, wenn eben alle Vereinbarungen nach dem Parteiwillen zu einem Gesamtkonsens verknüpft sind, der auch bei getrennter Beurkundung offenzulegen wäre.⁴⁴ Allerdings sollte der Ruf ernst genommen werden, bei Eheverträgen und mit ihnen verbundenen Vereinbarungen besonders auf die Gestaltung salvatorischer Klauseln zu achten.⁴⁵

5. Übertragung der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle auf Erb- und Pflichtteilsverzichte anderer Verwandter?

Alle Bedenken gegen eine Übertragung der ehevertraglichen Inhaltskontrolle gelten in gleicher Weise für Erb- oder Pflichtteilsverzichtverträge, die nicht unter Ehegatten, sondern unter anderen Verwandten abgeschlossen werden, insbesondere zwischen Eltern und Kindern.⁴⁶ Die Anwendung dieser Grundsätze liegt hier noch ferner als bei Verträgen unter Ehegatten.

³⁸ Vgl. bereits unter Ziffer III. 4. a).

³⁹ Darauf weist Mayer, ZEV 2004, 440 zu Recht ausdrücklich hin.

⁴⁰ Vgl. bereits unter Ziffer III. 2. und Fn. 18, 20.

⁴¹ Beispielsfälle sind etwa die angenommene Wertlosigkeit früheren „Ostvermögens“ oder die Nichterreichung des angestrebten Zwecks, weil der Bruder den Hof kurz nach dem Erbfall veräußert, statt ihn weiterzuführen, so MünchKommBGB/Strobel, § 2346 Rdnr. 24, und die unter Fn. 6 und 35 bereits angeführten Entscheidungen.

⁴² Zur Problematik salvatorischer Klauseln in Eheverträgen vgl. Walz/Kapfer, Kap. 9, § 31 Rdnr. 176, Palandt/Heinrichs, § 139 Rdnr. 17, mit Formulierungsvorschlag Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 339 ff.

⁴³ In diese Richtung geht auch die Befürchtung von Mayer, FPR 2006, 129, 134 unter Ziffer IV. mit Fn. 44 und Verweis auf Wendi, ZNotP 2006, 2, 3.

⁴⁴ Darauf weist auch Bengel, ZEV 2006, 196 hin.

⁴⁵ Vgl. Münch, Rdnr. 340, 346.

⁴⁶ Gerade in diesem Verhältnis kann die rechtssichere Abbedingung des Pflichtteils immense Bedeutung entfalten, etwa zur langfristigen Sicherung einer Unternehmensnachfolge oder Hofübergabe, der finanziellen Absicherung des überlebenden Ehegatten etc.

Allein das Argument, insbesondere das Pflichtteilsrecht habe versorgenden Charakter, darf nicht dazu verleiten, unkritisch Rechtsprechungsgrundsätze aus anderen Rechtsbereichen zu übertragen oder gar eine grundsätzliche Angemessenheitskontrolle (z. B. etwaiger Abfindungen) einzuführen: Einmal besteht kein echter Unterhaltscharakter, da die Versorgungsbedürftigkeit des Berechtigten keine tatbestandliche Voraussetzung des Pflichtteilsrechts ist, dieses also (nur) eine abstrakte, dispositive Teilhabe am seinerzeitigen, ungewissen Vermögen des Erblassers sichert.⁴⁷ Zum anderen darf der Wagnischarakter gerade entgeltlicher Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge nicht missachtet werden.⁴⁸

Schlimm genug nicht nur für die Vertragsgestalter, sondern vor allem für die Vertragsteile, dass trotz der nunmehr klarer gefassten Vorgaben des BGH für die Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen manche Entscheidungen – besonders von Instanzgerichten – an der etwa in § 1585 c BGB suggerierten Vertragsfreiheit zweifeln lassen.⁴⁹ Ist auf Dauer, gerade in Rechtsgebieten mit weitreichenden vermögensrechtlichen und ggf. auch gesellschaftspolitischen Folgen wie dem Familien- oder Erbrecht, Rechtssicherheit gewünscht, muss allen Bestrebungen, die im Gesetz verankerte Vertragsfreiheit Makulatur werden zu lassen, entschieden entgegengetreten werden. Vielen Schuldverhältnissen, gerade Dauerschuldverhältnissen, ist ein gewisses Prognoserisiko

immanent. Wird jede Vertragsreue relevant, leidet das Vertrauen in die Rechtsordnung insgesamt – ein unhaltbarer Zustand.

IV. Fazit

Eine kritische Hinterfragung der in der Literatur vereinzelt angestoßenen Diskussion zur Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverträgen ist berechtigt.

Eine direkte Übertragung der Grundsätze zur ehevertraglichen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle scheidet an der Unterschiedlichkeit der Rechtsinstitute. Sie ist außerdem überflüssig, da der Schutz des Schwächeren und der sittlichen Angemessenheit von Verträgen durch die bestehenden Normen bereits umfassend gewährleistet ist. Nicht zuletzt erscheint die Hinwendung zu einer allgemeinen, nicht kodifizierten Inhaltskontrolle rechtspolitisch verfehlt – besonders vor dem Hintergrund bereits existierender gesetzlicher Generalklauseln als Einschränkung des geltenden Grundsatzes der Vertragstreue, bei denen sich der Rechtsanwender im allgemeinen Teil bzw. allgemeinen Schuldrecht des BGB bewegen kann, nicht in durch die Rechtsprechung geschaffenen besonderen familienrechtlichen Kategorien und Korrektur- bzw. Einwirkungsmöglichkeiten.

Für den Vertragsgestalter ergeben sich damit derzeit über die bereits bisher zu beachtenden Grundsätze hinaus keine Besonderheiten bei der Beurkundung von Erb- oder Pflichtteilsverträgen, auch nicht von solchen im Zusammenhang mit einem Ehevertrag.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. ausführlich unter Ziffer III. 4. a) und Fn. 29–32.

⁴⁸ So völlig zu Recht Mayer, ZEV 2004, 440.

⁴⁹ Etwa das Urteil des OLG Karlsruhe vom 15.7.2004, 16 UF 238/03, DNotI-Report 2004, 146, in dem im Wege der Ausübungskontrolle bei Unterhaltsansprüchen aus dem Rand des Kernbereichs (Arbeitslosigkeit und Aufstockung) die getroffene Vereinbarung dahingehend abgeändert wurde, dass die Ehefrau anstelle der entsprechend Besoldungsgruppe A3 vereinbarten Höhe ein zweifaches Grundgehalt dieser Besoldungsgruppe verlangen könne.

⁵⁰ Zu diesem Ergebnis gelangt unter stärkerer Differenzierung von Erb- und Pflichtteilsverträgen aktuell auch Bengel, ZEV 2006, 192, 197, der gleichzeitig von der im Vordringen befindlichen Angabe von Motiven in Urkunden abrät und ebenfalls (vgl. oben Fn. 42) die Bedeutung salvatorischer Klauseln betont.

Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ohne Berichtigung des Erbscheins und des Testamentsvollstreckerzeugnisses

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 8.9.2005, 32 Wx 058/05 –*

Von Notar Dr. Dietmar Weidlich, Roth

1. Vorbemerkung

Der Beschluss des OLG München gibt Anlass, sich mit der Frage der Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch näher zu beschäftigen. Gemäß § 52 GBO ist bei Grundstücken, die der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegen, bei der Eintragung des Erben von Amts wegen ein Testamentsvollstreckervermerk miteinzutragen. Diese Vorschrift ist zwingend, so dass auf die Eintragung des Vermerks weder der Erbe noch der Testamentsvollstrecker verzichten kann.¹ Demzufolge kann auch die Löschung des Vermerks nicht aufgrund einer Berichtigungsbewilligung des Testamentvollstreckers erfolgen, sondern nur dadurch, dass

dem Grundbuch die Unrichtigkeit nachgewiesen wird.² Nachzuweisen ist daher, dass die Testamentsvollstreckung entweder als Ganzes erloschen ist oder dass das Grundstück aus der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ausgeschieden ist. Gemäß § 29 GBO erfolgt der Unrichtigkeitsnachweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden. In Ausnahmefällen, wie bei einer entgeltlichen Veräußerung des Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker, kann von diesen Formanforderungen abgewichen werden.³ Soweit die Testamentsvollstreckung insgesamt endet, was unter anderem mit Erledigung aller dem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgaben der Fall ist,⁴ erlangt der Erbe die Ver-

* MittBayNot 2006, 427 (in diesem Heft).

¹ Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, § 52 Rdnr. 33; Zahn, MittRh-NotK 2000, 89, 101.

² Bauer/von Oefele/Schaub, § 52 Rdnr. 96.

³ Vgl. hierzu Bauer/von Oefele/Schaub, § 52 Rdnr. 84 ff.

⁴ BGHZ 41, 23, 25; BayObLGZ 1976, 63, 71; OLG Hamm, ZEV 2003, 27, 28.

waltungs- und Verfügungsbefugnis wieder. Der Testamentsvollstreckervermerk ist im Grundbuch auf Antrag oder von Amts wegen (§§ 84 ff. GBO) zu löschen. Ein mit einem Testamentsvollstreckervermerk erteilter Erbschein wird unrichtig und muss nach wohl überwiegender Auffassung eingezogen werden.⁵ Eine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erübrigt sich dagegen, da dieses gemäß § 2368 Abs. 3 Hs. 2 BGB von selbst kraftlos wird.⁶ Üblicherweise wird die Amtsbeendigung dadurch nachgewiesen, dass ein neuer Erbschein vorgelegt wird, in dem die Testamentsvollstreckung nicht mehr erwähnt ist, oder dadurch, dass ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorgelegt wird, auf dem sich ein entsprechender Unwirksamkeitsvermerk befindet.⁷ Obwohl diese Voraussetzungen nicht vorlagen, hat das OLG München die Möglichkeit der Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne derartige Nachweise bejaht, da aufgrund anderweitiger öffentlicher Urkunden das Erlöschen des Testamentsvollstreckeramts nach § 22 GBO nachgewiesen war.

2. Die Bindungswirkung von Erbschein und Testamentsvollstreckerzeugnis

Die Möglichkeit der Löschung des Testamentsvollstreckervermerks trotz eines gegenteiligen Erbscheins und/oder Testamentsvollstreckerzeugnisses hängt davon ab, welche Bindungswirkung diesen Zeugnissen zukommt. § 2365 BGB begründet die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins. Im Eintragungsverfahren betreffend die Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge wird dem Erbschein von der h. L. nach § 35 GBO die volle Beweiskraft zugestanden.⁸ Soweit sich das Erbrecht aus dem Erbschein unzweideutig, das heißt klar, verständlich und vollständig ergibt, hat das Grundbuchamt den Erbschein grundsätzlich nicht auf seine inhaltliche Richtigkeit zu prüfen, da die Verantwortung für die Feststellung des Erbrechts und die Richtigkeit des Erbscheinsinhalts das Nachlassgericht trägt.⁹ Auch wenn der Erbschein offenbar inhaltlich unrichtig ist, wird davon ausgegangen, dass das Grundbuchamt gebunden ist und zunächst dem Nachlassgericht gegenüber seine Bedenken zu äußern und anzuregen hat, den Erbschein einzuziehen.¹⁰

Eine Bindung des Grundbuchamts kann allerdings grundsätzlich nur insoweit bestehen, als § 2365 BGB auch eine Vermutungswirkung hinsichtlich der Richtigkeit des Erbscheins entfaltet. Nach § 2364 BGB ist ein Testamentsvollstreckervermerk in den Erbschein aufzunehmen, wenn die Verfügungsbefugnis des Erben hierdurch eingeschränkt wird.¹¹ Die Vermutungswirkung des Erbscheins geht allerdings nur soweit, dass der Erbe durch keine anderen als die im Erbschein angegebenen Anordnungen beschränkt ist. Nach h. M. besteht

jedoch diesbezüglich nur eine negative Vermutung. Eine positive Vermutung dahingehend, dass im Erbschein angegebene Verfügungsbeschränkungen auch tatsächlich bestehen, wird durch den Erbschein nicht bezeugt.¹² Gleiches gilt für das Testamentsvollstreckerzeugnis. Gemäß § 2368 Abs. 3 Hs. 2 BGB führt die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes ipso jure zur Kraftlosigkeit des Zeugnisses. Auch hier beziehen sich die Richtigkeitsvermutung und der öffentliche Glaube nach § 2368 Abs. 3 Hs. 1 BGB nur darauf, dass der Testamentsvollstrecker das Amt erlangt hat, nicht jedoch darauf, dass das Testamentsvollstreckeramt fortbesteht.¹³ Das Testamentsvollstreckerzeugnis gibt des Weiteren keinerlei Aufschluss darüber, inwieweit einzelne Nachlassgegenstände, einschließlich Grundstücke aus der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, z. B. durch eine Freigabe nach § 2217 BGB, ausgeschieden sind. Auf dieser Grundlage erscheint es zutreffend, keine Bindung des Grundbuchamts an die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder Erbscheins, in dem noch ein Testamentsvollstreckervermerk enthalten ist, anzunehmen. Die Möglichkeit einer Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nach § 52 GBO ist daher zu bejahen, wenn das Erlöschen der Testamentsvollstreckung in der Form des § 29 GBO anderweitig und eindeutig nachgewiesen ist.

3. Löschungsvoraussetzungen beim Nachweis durch andere Urkunden

a) Löschung wegen Beendigung des Testamentsvollstreckeramts

Beim Nachweis durch andere Urkunden in der Form des § 29 GBO ist zu beachten, dass das Grundbuchamt, anders als das Nachlassgericht gemäß § 12 FGG, keine eigenen Ermittlungen anstellt. Die Situation ist vergleichbar mit einer Grundbuchberichtigung aufgrund Erbgangs, die nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ohne Erbschein erfolgen kann, wenn eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt wird. Die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks wird man nur bejahen können, wenn sich aufgrund der vorgelegten Urkunden keine Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen geklärt werden können.¹⁴

Das OLG München begründet die Beendigung des Testamentsvollstreckeramts damit, dass der Beteiligte zu 1 als Miterbe sämtliche Erbteile erworben hat. Ob die Testamentsvollstreckung damit beendet ist, hängt vom Umfang ihrer Anordnung ab. § 2203 BGB sieht als Regelfall die Abwicklungsvollstreckung vor. Soweit mehrere Erben vorhanden sind, erschöpft sich die Aufgabe des Testamentsvollstreckers nicht in der Ausführung der letztwilligen Verfügung des Erblassers, sondern er hat regelmäßig auch die Auseinandersetzung unter ihnen herbeizuführen. Diese Aufgabe erledigt sich bei Vereinbarung aller Erbteile in der Hand eines Erben. Inwieweit die Testamentsvollstreckung damit insgesamt beendet ist, hängt jedoch davon ab, ob die Restaufgaben des Testamentsvollstreckers erledigt sind.¹⁵ Zu den Restaufgaben gehört im Nor-

⁵ Vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, § 2364 Rdnr. 17 m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

⁶ Vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, § 2368 Rdnr. 48; Palandt/Edenhofer, BGB, § 2368 Rdnr. 10.

⁷ Vgl. Soergel/Damrau, BGB, § 2225 Rdnr. 7; Demharter, GBO, 25. Aufl., § 52 Rdnr. 31.

⁸ Vgl. Demharter, § 35 Rdnr. 26; Palandt/Edenhofer, Überblick v. § 2353, Rdnr. 8; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 784; einschränkend Meikel/Roth, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 35 Rdnr. 10, wo nur von einer widerlegbaren Vermutung für die Richtigkeit des Erbrechts ausgegangen wird.

⁹ Bauer/von Oefele/Schaub, § 35 Rdnr. 80; Schöner/Stöber, Rdnr. 784.

¹⁰ Meikel/Roth, § 35 Rdnr. 80; Bauer/von Oefele/Schaub, § 35 Rdnr. 91.

¹¹ Vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, § 2364 Rdnr. 4.

¹² Vgl. MünchKommBGB/J. Mayer, § 2365 Rdnr. 15 m. w. N.

¹³ Zu den Auswirkungen bei der Kaufvertragsgestaltung und zur Anwendbarkeit des § 878 BGB bei Grundbucheinträgen vgl. AnwK-BGB/Weidlich, § 2225 Rdnr. 12; J. Mayer in Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 2. Aufl., Rdnr. 332 ff.

¹⁴ Vgl. Demharter, § 35 Rdnr. 39.

¹⁵ Zum Umfang der Regelaufgaben bei Anordnung einer Abwicklungsvollstreckung vgl. AnwK-BGB/Weidlich, § 2203 Rdnr. 2.

malfall auch die Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten, von deren Berichtigung der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung grundsätzlich nicht abhängig machen kann.¹⁶ Für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks aufgrund nachgewiesener Unrichtigkeit wird man daher neben der Vereinigung aller Erbteile in einer Person verlangen müssen, dass der Testamentsvollstrecker in der Form des § 29 GBO erklärt, dass die Restaufgaben erfüllt sind. Etwas anderes gilt nur, wenn sich aufgrund der Erbregelung ergibt, dass dem Testamentsvollstrecker neben der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft keine weiteren Aufgaben obliegen, eine Konstellation, die in der Praxis nur schwer vorstellbar ist.

Im Fall des OLG München ist allerdings davon auszugehen, dass es sich nicht um eine reine Abwicklungsvollstreckung handelt, sondern um eine Verwaltungsvollstreckung bzw. gegebenenfalls auch um eine Dauervollstreckung gemäß § 2209 BGB. Dies ergibt sich daraus, dass die Testamentsvollstreckung auf Lebensdauer des Testamentsvollstreckers angeordnet ist und dies nur in Bezug auf eine Verwaltungsvollstreckung Sinn macht. Ebenso wie nach Durchführung einer Auseinandersetzung, wo sich die Testamentsvollstreckung ohne Vorliegen gegenteiliger Anhaltspunkte an den dem jeweiligen Erben zugefallenen Vermögenswerten fortsetzt,¹⁷ kann daher die Vereinigung aller Erbteile in der Person eines Erben nicht zur Beendigung der Testamentsvollstreckung führen. Das OLG München stützt die Beendigung der Testamentsvollstreckung weiterhin auf den Eintritt des Todes des ursprünglich eingesetzten Testamentsvollstreckers. Ob beim Tod des Testamentsvollstreckers die Testamentsvollstreckung insgesamt erlischt, hängt von den Anordnungen des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung ab. Das OLG München verweist hierbei auf die Regelung im Erbvertrag, wonach die Testamentsvollstreckung mit dem Tod des Testamentsvollstreckers endet. Auch dies erscheint jedoch nicht zweifelsfrei, was sich insbesondere aus dem neu erteilten Testamentsvollstreckerzeugnis ergibt. Das Nachlassgericht als das sachnähere Gericht ist offensichtlich davon ausgegangen, dass die Ehefrau des ursprünglichen Testamentsvollstreckers gemäß § 2197 Abs. 2 BGB als Ersatztestamentsvollstrecker ernannt ist und hat ein dementsprechendes Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Das Testamentsvollstreckerzeugnis vermutet zwar, wie oben dargelegt, nicht die Fortdauer des Testamentsvollstreckeramts. Es begründet jedoch eine Vermutung dahingehend, dass der darin Genannte Testamentsvollstrecker geworden ist.¹⁸ Auch bei offenbar inhaltlicher Unrichtigkeit wird man ebenso wie beim Erbschein davon ausgehen müssen, dass das Grundbuchamt mangels eines eigenen sachlichen Nachprüfungsrechts hieran gebunden ist.¹⁹ Das Grundbuchamt hat daher zunächst dem Nachlassgericht gegenüber seine Bedenken zu äußern und muss eine Berichtigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses anregen. Auch wenn man das ablehnt und das Grundbuchamt als befugt ansieht, sich bei offenkundiger inhaltlicher Unrichtigkeit über das Testamentsvollstreckerzeugnis hinwegsetzen zu können, erscheint das Vorliegen dieser Voraussetzungen hier höchst zweifelhaft. Der Erblasser hat die Ehefrau des Sohnes für den Fall, dass dieser das Amt nicht ausüben kann, zum Ersatztestaments-

vollstrecker ernannt. Der Begriff „Nichtausübung des Amtes“ ist nicht identisch mit dem „Nichtantritt des Amtes“. Mit der Anordnung der Nacherbfolge wollte der Erblasser den Zugriff der Gläubiger auf den Nachlass verhindern, nicht jedoch den eingesetzten Nacherben bereits die Verwaltungsbefugnis zugestehen. Er hat im Testament das Ende der Testamentsvollstreckung für den Fall, dass die Ehefrau des Sohnes Testamentsvollstrecker wird, nicht an den Tod seines Sohnes gebunden. Aus diesem Grund erscheint es fragwürdig, ob die Ernennung der Ehefrau als Testamentsvollstrecker wirklich davon abhängen sollte, ob es zu einem Amtsantritt ihres Ehemanns gekommen ist oder nicht, insbesondere wenn man bedenkt, dass ein Wegfall des Sohnes kurz vor oder nach Annahme des Amtes zu unterschiedlichen Ergebnissen führen würde. Eine Auslegung des Testaments dahingehend, dass die Ehefrau des Sohnes als Ersatztestamentsvollstrecker mit der Verwaltungsbefugnis bis zu ihrem Ableben benannt ist, selbst wenn vorher ihr Mann das Testamentsvollstreckeramt ausgeübt hat, erscheint daher durchaus denkbar. Von dieser Auslegungsmöglichkeit ist offensichtlich auch das Nachlassgericht ausgegangen. Zumindest aufgrund der Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses müssen sich für das Grundbuchamt Zweifel ergeben, die dazu führen, dass es sich angesichts seiner fehlenden Ermittlungsbefugnis nicht über das sachnähere Nachlassgericht hinwegsetzen kann.

b) Löschung wegen Freigabe des Grundstücks nach § 2217 BGB

Das OLG München begründet die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks weiterhin damit, dass der Testamentsvollstrecker den Grundbesitz gemäß § 2217 BGB freigegeben hat. In diesen Fällen erfolgt weder eine Berichtigung des Erbscheins noch des Testamentsvollstreckerzeugnisses, sofern die Freigabe nicht zur Beendigung des Amtes als Ganzes führt, weil es sich um den einzigen Nachlassgegenstand handelt.

Zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ist nach § 29 GBO regelmäßig eine Erklärung des Testamentsvollstreckers in öffentlich beglaubigter Form erforderlich, dass eine Freigabe erfolgt ist.²⁰ Das OLG München meint, dass die Zustimmung des Testamentsvollstreckers zu den Erbteilsabtretungen in der Urkunde vom 14.9.2002 nur dahin verstanden werden könne, dass darin eine Übertragung zur freien Verfügung gemäß § 2217 BGB läge.

Durch die Testamentsvollstreckung wird der Erbe von Verfügungen über den Erbteil nach § 2211 BGB nicht ausgeschlossen, so dass er hierzu auch nicht eine Zustimmung des Testamentsvollstreckers benötigt.²¹ Allerdings ist zu beachten, dass in der Urkunde vom 14.9.2002 alle Erbanteile auf einen Erben übertragen wurden, so dass im Ergebnis die Erbteilsübertragungen einer Auseinandersetzung gleich kamen. Hätten die Parteien den Weg einer Erbauseinandersetzung gewählt, so wäre bei Bestehen einer Abwicklungsvollstreckung hierzu die Zustimmung des Testamentsvollstreckers erforderlich gewesen. Aus diesem Grund erscheint es durchaus denkbar, dass die Zustimmung des Testamentsvollstreckers vom Notar rein vorsorglich erholt wurde, ohne dass hierin zugleich eine Freigabe nach § 2217 BGB zu sehen ist. Auch hier handelt es sich um eine Frage, die sich nicht ohne weitere Ermitt-

¹⁶ Vgl. BGHZ 51, 125, 127; BayObLGZ 14, 580, 588.

¹⁷ Vgl. BayObLGZ 1976, 67, 82; Palandt/Edenhofer, § 2209 Rdnr. 3; Staudinger/Reimann, § 2209 Rdnr. 12; AnwK-BGB/Weidlich, § 2209 Rdnr. 6.

¹⁸ Palandt/Edenhofer, § 2368 Rdnr. 8; MünchKommBGB/J. Mayer, § 2368 Rdnr. 37.

¹⁹ MünchKommBGB/J. Mayer, § 2368 Rdnr. 42; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 17. Aufl., Rdnr. 714.

²⁰ Formulierungsbeispiel bei Reimann in Bengel/Reimann Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., VII Rdnr. 46; J. Mayer in Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, Rdnr. 287.

²¹ Vgl. MünchKommBGB/Zimmermann, § 2211 Rdnr. 6; Soergel/Damrau, § 2211 Rdnr. 3.

lungen klären lässt. Hinzu kommt, dass die Zustimmungserklärung vor Annahme des Testamentsvollstreckeramts abgegeben wurde. Die Freigabe ist eine Verfügung. Sie ist ein einseitiges, abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft, welches in einer empfangsbedürftigen Verzichtserklärung des Testamentsvollstreckers auf sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlassgegenstand besteht.²² Nach wohl überwiegender Meinung werden Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die dieser vor Annahme des Amtes vorgenommen hat, nicht nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB mit dem Amtsantritt von selbst wirksam, sondern bedürfen zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB.²³ Insofern erstaunt es, dass sich das OLG München mit diesem Meinungsstreit nicht näher auseinandersetzt. Dem Urteil des BGH vom 9.11.1966,²⁴ auf das sich das OLG München bezieht, lag nicht der Fall einer Verfügung zugrunde, sondern der Fall einer Klageerhebung durch die Erben während des Beste-

hens einer Nachlassverwaltung, die nachträglich aufgehoben wurde. Es ist daher auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres übertragbar, zumal der BGH über die Anwendbarkeit des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 oder 3 BGB nicht abschließend entschieden hat. Die erforderliche Genehmigung des Testamentsvollstreckers kann nach h. M. auch in einem schlüssigen Handeln des Testamentsvollstreckers liegen. Allein die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes wird hierzu nicht ausreichen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre daher eine Genehmigungserklärung zu fordern, die den Anforderungen des § 29 GBO entspricht. Dem Beschluss des OLG München kann auch insoweit nicht gefolgt werden.

4. Zusammenfassung

Die zur Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch erforderlichen Nachweise beschränken sich nicht auf eine Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers oder Vorlage eines mit einem Unwirksamkeitsvermerk versehenen Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines Erbscheins, in dem kein Testamentsvollstreckervermerk enthalten ist. Das Erlöschen der Testamentsvollstreckung kann auch durch Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden anderweitig nachgewiesen werden und zwar selbst dann, wenn ein gegenteiliger Erbschein oder ein gegenteiliges Testamentsvollstreckerzeugnis vorliegt. Dies setzt allerdings voraus, dass sich aufgrund der vorgelegten Urkunden keine Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen des Grundbuchamts geklärt werden können.

²² H. M., MünchKommBGB/Zimmermann, § 2217 Rdnr. 7; Soergel/Damrau, § 2217 Rdnr. 5; Palandt/Edenhofer, § 2217 Rdnr. 5; Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2217 Rdnr. 6; a. M. OLG Hamm, DNotZ 1973, 428, wo die Freigabe als gemischter Realakt qualifiziert wird.

²³ Palandt/Edenhofer, § 2202 Rdnr. 1; Bamberger/Roth/J. Mayer § 2202 Rdnr. 13; Soergel/Damrau, § 2202 Rdnr. 5; AnwK-BGB/Weidlich, § 2202 Rdnr. 3; Erman/Schmidt, § 2202 Rdnr. 4; a. M. Staudinger/Reimann, § 2202 Rdnr. 32, MünchKommBGB/Zimmermann § 2202 Rdnr. 4.

²⁴ BGHZ 46, 221, 229.

Kosten im Elektronischen Rechtsverkehr

Von Notariatsoberrat Werner Tiedtke und Notarassessor Markus Sikora, München

Jedenfalls seit 1.4.2006 müssen Notare gemäß § 15 Abs. 3 Satz 2 BNotO über eine Einrichtung verfügen, um elektronische Vermerkkurkunden (§ 39 a BeurkG) und beglaubigte Ausdrücke elektronischer Dokumente (§ 42 Abs. 4 BeurkG) fertigen zu können.¹ Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister sollen nach dem Entwurf des EHUG ab 1.1.2007 elektronisch in öffentlich beglaubigter Form erfolgen.² Spätestens zu diesem Zeitpunkt gewinnt der Elektronische Rechtsverkehr im Notariat auch praktische Bedeutung. Eine entsprechende Anpassung der Kostenordnung ist derzeit aber nicht vorgesehen. Dieser Beitrag stellt daher Hinweise für die Praxis zusammen, wie Tätigkeiten des Notars im Elektronischen Rechtsverkehr nach Maßgabe der geltenden Kostenordnung zu bewerten sind.

I. Grundfälle notarieller Amtstätigkeit im Elektronischen Rechtsverkehr

Vereinfacht³ lassen sich drei Grundfälle notarieller Amtstätigkeit im Elektronischen Rechtsverkehr unterscheiden:

- Unabhängig von einer Handelsregisteranmeldung wird der Notar ersucht, eine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39 a BeurkG) zu fertigen. Das Ausgangsdokument kann ihm hierzu in Papierform oder seinerseits bereits als elektronisches Dokument vorliegen (*Fall 1*).
- Im Zusammenhang mit einer elektronischen Handelsregisteranmeldung übernimmt es der Notar, elektronisch

beglaubigte Abschriften notarieller Urkunden (Niederschrift oder öffentlich beglaubigte Erklärung) und sonstiger (privatschriftlicher) Dokumente zu fertigen. Anschließend übermittelt er diese Abschriften zusammen mit von ihm aufbereiteten Strukturdaten elektronisch an das Registergericht. Im Regelfall liegen die Ausgangsdokumente in Papierform vor (*Fall 2*).

¹ Das JKomG (BGBl I 2005, 837) ist bereits zum 1.4.2005 in Kraft getreten und hat u. a. die §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG geschaffen. Zwischenzeitlich ist auch die in § 15 Abs. 3 Satz 2 BNotO enthaltene Übergangsfrist abgelaufen, so dass die Tätigkeiten des Notars gemäß §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG zum Urkundsgewährungsanspruch gehören; siehe auch Püls, NotBZ 2005, 305 und Malzer, DNotZ 2006, 9.

² Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) liegt bereits als Regierungsentwurf vom 14.12.2005 (BR-Drucks. 942/05) vor; die Stellungnahme des Bundesrats ist abgedruckt in BR-Drucks. 942/06 = BT-Drucks. 16/960. Der Entwurf sieht u. a. eine Änderung des § 12 HGB in der Weise vor, dass Einreichungen zum Handelsregister in zwingend elektronischer Form erfolgen sollen; die einzureichenden Dokumente sollen der Form des § 39 a BeurkG entsprechen; zum Ganzen auch *Krafka*, MittBayNot 2005, 290 und *Malzer*, DNotZ 2006, 9, 11.

³ *Malzer*, DNotZ 2006, 9, 13 unterscheidet allein im Rahmen der §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG fünf Anwendungsfälle.

– Der Notar wird ersucht, den Ausdruck eines elektronischen Dokuments zu fertigen, das in den Anwendungsbereich des § 42 Abs. 4 BeurkG fällt, weil es mit einer qualifizierten elektronischen Signatur (§ 2 Nr. 3 SigG) versehen ist (*Fall 3*).

Vor allem im Zusammenhang mit elektronischen Handelsregisteranmeldungen fällt dem Notar künftig die Aufgabe zu, den Medientransfer zwischen Papierurkunde und elektronischem Dokument zu bewältigen. Allerdings ist es auch denkbar, dass ein Beteiligter losgelöst von einer Registeranmeldung um entsprechende Transferleistungen nachsucht, weil er etwa die elektronisch beglaubigten Dokumente per E-Mail an einen Geschäftspartner übermitteln möchte. Der Notar kann die elektronisch beglaubigten Abschriften auch an einen Kollegen auf elektronischem Weg senden. Dieser kann hiervon gemäß § 42 Abs. 4 BeurkG beglaubigte Ausdrücke fertigen und etwa für den Registervollzug verwenden. Das Übermittlungsverfahren kann hierdurch beschleunigt werden. Zusammengefasst gilt: Die §§ 39 a, 42 Abs. 4 BeurkG ermöglichen es dem Notar, notarielle Urkunden „in einem zeitgemäßen Format und unter Wahrung der Beweiswirkung einer öffentlichen Urkunde“⁴ zur Verfügung zu stellen.

II. Anwendung der Kostenordnung

Mit Inkrafttreten des JKomG⁵ wurde in die Kostenordnung § 1 a (Elektronisches Dokument) eingefügt. § 1 a Abs. 1 Satz 1 KostO lautet: „Soweit für Anträge und Erklärungen in der Angelegenheit, in der die Kosten anfallen, die Aufzeichnung als elektronisches Dokument genügt, genügt diese Form auch für Anträge und Erklärungen nach diesem Gesetz.“ Damit ist sichergestellt, dass die Kostenordnung in ihrer *derzeitigen Fassung* auch auf elektronische Dokumente anzuwenden ist. Spezialnormen für bestimmte Tätigkeiten des Notars im Elektronischen Rechtsverkehr fehlen. Die KostO soll zunächst auch nicht mit dem Inkrafttreten des EHUG zum 1.1.2007 geändert oder angepasst werden, jedenfalls nicht in dem Bereich, der auf Notare anwendbar ist.⁶ Dagegen soll die Handelsregisteregebührenverordnung⁷ im Hinblick auf den Elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handels- und Genossenschaftsregister sowie dem Unternehmensregister geändert und entsprechende Gebührenregelungen für die Gerichte eingefügt bzw. angepasst werden. So soll gem. Gebührenverzeichnis Nr. 5007⁸ für die Übertragung von Dokumenten in die elektronische Form, die in Papierform zum Register eingereicht wurden (§ 9 Abs. 2 HGB und Art. 61 Abs. 3 EG-HGB), für jede angefangene Seite ein Betrag von 2 € anfallen, wobei die Gebühr mindestens 25 € beträgt und für jedes Registerblatt gesondert zu erheben ist.⁹ Darüber hinaus soll im Hinblick auf das elektronische Abrufverfahren die Justiz-

verwaltungskostenordnung angepasst werden.¹⁰ All diese Regelungen, die ausschließlich für Gerichte gelten, können auf die Tätigkeiten des Notars nicht übertragen werden. Vielmehr müssen bis zu einer Anpassung der Kostenordnung die gesetzlichen Bestimmungen, soweit sie entsprechend anwendbar sein können, auf die neuen Sachverhalte des Elektronischen Rechtsverkehrs übertragen werden.

Anhand der nachfolgenden Beispielfälle wird daher versucht, die KostO auf Vorgänge des Elektronischen Rechtsverkehrs zu übertragen, wenngleich nicht alle Bestimmungen uneingeschränkt passen. Das sonst zu beachtende Analogieverbot im Kostenrecht¹¹ ist jedenfalls durch die Einfügung des § 1 a in die KostO, welcher die Anwendung der KostO auch auf elektronische Dokumente bestimmt, nicht berührt.

III. Beispielfälle für die Praxis

1. Fall 1 – Fertigen einer (isolierten) elektronisch beglaubigten Abschrift

a) Sachverhalt

Beteiligter B ersucht Notar N um eine elektronisch beglaubigte Abschrift seines Abiturzeugnisses, das er im Original vorlegt. Amtsrat i. N. A scannt das aus vier Seiten bestehende Zeugnis ein. N versieht die erzeugte Datei mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur (§ 39 a BeurkG) und versendet die elektronisch beglaubigte Abschrift auf Verlangen des B per E-Mail an eine Universität im Ausland. Der Notar gibt dem B die elektronisch beglaubigte Abschrift zusätzlich auf einer CD-ROM mit.

Variante: B bringt auf einem USB-Stick¹² vier PDF-Dateien mit, die jeweils aus zwei Seiten bestehen, Bauzeichnungen enthalten und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind. A erzeugt hiervon elektronische Abschriften (Kopien), N versieht diese wiederum jeweils mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur. Anschließend werden die elektronisch beglaubigten Abschriften B auf dessen USB-Stick mitgegeben.

b) Lösungshinweise

aa) Ausgangsfall

- Einscannen des Papierdokumentes, Dokumentenpauschale gemäß § 136 Abs. 1 und 2 KostO pro Seite 0,50 € = 2,00 €
- Qualifizierte Signatur (§ 39 a BeurkG), gemäß § 55 Abs. 1 KostO pro Seite 0,50 €, hier aber Mindestgebühr 10,00 €
- Versenden der elektronisch beglaubigten Abschrift per E-Mail an einen Dritten gemäß § 136 Abs. 3 KostO pro Datei 2,50 €, hier 2,50 €.

⁴ Malzer, DNotZ 2006, 9, 15; gemeint sind die Beweiswirkungen der §§ 371 a Abs. 2, 416 a ZPO.

⁵ S. Fn. 1.

⁶ Geändert werden sollen § 8 Abs. 2 Satz 2, § 38 Abs. 2 Nr. 7 (Anpassung wegen Wegfalls der Namenszeichnung), § 79 Abs. 1, § 79 a Satz 1 und § 89 Abs. 1 KostO. § 89 Abs. 1 KostO soll dahin ergänzt werden, dass für die elektronische Übermittlung einer Datei anstelle eines Ausdrucks (vom Gericht) erhoben werden: für eine unbeglaubigte Datei 5 € und für eine beglaubigte Datei 8 €.

⁷ Vom 30.9.2004, BGBl I, 2562.

⁸ EHUG-Entwurf.

⁹ Allerdings soll die Gebühr für die elektronische Übermittlung (s. Fn. 6) damit abgegolten sein.

¹⁰ Zum Beispiel § 7 b JVKostO = Regelung der Kostenschuldnerschaft beim Abrufverfahren, Änderung des Gebührenverzeichnisses durch Anpassung der Kosten für Beglaubigung von Ablichtungen, Ausdrucken, Auszügen und Dateien, Kosten für den Abruf von Daten in Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- und Vereinsregisterangelegenheiten und Einfügung entsprechender Bestimmungen für das neu einzuführende Unternehmensregister.

¹¹ Vgl. *Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl. 2005, Einf. Rdnr. 56.

¹² USB-Sticks sind auswechselbare Speichermedien, die über einen USB-Anschluss mit dem Computer verbunden werden. USB steht für Universal Serial Bus.

Gebührenfreies Nebengeschäft ist die Aushändigung der elektronisch beglaubigten Abschrift an B als Auftraggeber auf einer CD-ROM. Für die Weitergabe der Anschaffungskosten der CD-ROM passt keine der Auslagenvorschriften, so dass derzeit keine Weitergabemöglichkeit bezüglich dieser Kosten besteht.

Begründung:

Für das Einscannen bietet sich neben § 136 KostO die Aufangnorm des § 147 Abs. 2 KostO an. Bei Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO läge eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit vor. Der Geschäftswert müsste nach § 30 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 KostO bestimmt werden mit 3.000 €. Die ^{5/10}-Gebühr würde in jedem Falle, ohne Rücksicht auf den Umfang des einzuscannenden Dokumentes in Höhe von 13 € anfallen. Diese Gebühr erscheint bei einem Dokument von nur wenigen Seiten ebenso unangemessen wie bei einem umfangreichen Dokument. Bei mehreren Dokumenten müsste die Gebühr zudem mehrfach angesetzt werden.

Für § 136 KostO spricht die Gleichbehandlung der Erstellung einer elektronischen Abschrift mit der Erstellung einer Papierablichtung eines Dokumentes. Die Höhe des Auslagenbetrages (Dokumentenpauschale) orientiert sich am Seitenumfang des Dokumentes, welches eingescannt wird. Bei einem Dokument bis zu 50 Seiten fällt somit gemäß § 136 Abs. 1 und 2 KostO pro Seite ein Betrag von 0,50 € an, ab der 51. Seite verringert sich die Dokumentenpauschale auf 0,15 € pro Seite. Die Dokumentenpauschale ist beim Einscannen mehrerer Dokumente für jedes Dokument gesondert zu berechnen, da das jeweilige Papierdokument als „Angelegenheit“ i. S. v. § 136 Abs. 2 KostO gilt.

Für die Übermittlung von elektronisch gespeicherten Daten regelt § 136 Abs. 3 KostO eine Gebühr von 2,50 € pro Datei (ohne Rücksicht auf den Umfang). Soweit der Notar im Auftrag das elektronische Dokument per E-Mail weiterleitet, sind die Voraussetzungen des § 136 Abs. 3 KostO erfüllt.

Für die Signatur ist § 55 KostO (Beglaubigung von Ablichtungen und Ausdrucken) analog anwendbar. Für die Signatur ist pro Seite des Dokumentes eine Gebühr von 0,50 €, mindestens jedoch ein Betrag in Höhe der Mindestgebühr (§ 33 KostO) von derzeit 10 € zu erheben.

Für die Aushändigung des elektronischen Dokumentes an den Auftraggeber selbst entsteht nach hier vertretener Auffassung keine zusätzliche Gebühr, auch nicht die Gebühr nach § 136 Abs. 3 KostO. Es liegt ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Signatur vor (einschließlich CD-ROM).

bb) Variante

- Erzeugung von elektronischen Abschriften der auf einem USB-Stick gespeicherten vier PDF-Dateien, Umfang je 2 Seiten, gemäß § 136 Abs. 1 und 2 KostO pro Dokument eine Dokumentenpauschale von $2 \times 0,50 \text{ €} = 1 \text{ €} \times 4 =$ 4,00 €
- Qualifizierte Signatur (§ 39 a BeurkG), gemäß § 55 Abs. 1 KostO für jede elektronische Abschrift pro Seite 0,50 €, hier aber jeweils Mindestgebühr von $10,00 \text{ €} \times 4 =$ 40,00 €.

Gebührenfreies Nebengeschäft ist die Aushändigung der elektronisch beglaubigten Abschrift an B als Auftraggeber auf dessen USB-Stick.

Begründung:

Die Dokumentenpauschale nach § 136 Abs. 1 und 2 KostO ist für die elektronischen Abschriften auch dann zu erheben, wenn diese nicht von einem Papierdokument erzeugt werden, sondern von elektronischen Dateien. Der Transfer der Daten von einem vom Auftraggeber mitgebrachten USB-Stick ist gleichzusetzen mit der Erstellung von elektronischen Abschriften von einem Papierdokument.

Mehrere Dateien sind getrennte Angelegenheiten i. S. v. § 136 Abs. 2 KostO, so dass für Abschriften jeder Datei für die ersten 50 Seiten pro Seite 0,50 € zu erheben sind und ab der 51. Seite pro Seite 0,15 €.

Die Mitgabe der Dateien auf dem USB-Stick an B mit den elektronisch beglaubigten Abschriften ist gebührenfreies Nebengeschäft zur Signatur (wie Ausgangsfall).

2. Fall 2 – Elektronische Handelsregisteranmeldung

a) Sachverhalt

Notarvertreter V beurkundet die Gründung einer GmbH mit zwei Gesellschaftern und beglaubigt die Unterschriften beider Geschäftsführer unter einer von ihm entworfenen Registeranmeldung. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Geschäftsführerbestellung wird mitbeurkundet. Die Liste der Gesellschafter haben die Beteiligten hingegen selbst erstellt und bereits unterschrieben mitgebracht. Amtsrat i. N. A scannt sämtliche Dokumente – Gründungsurkunde mit Satzung (8 Seiten), Registeranmeldung (2 Seiten), Gesellschafterliste (1 Seite) – ein. V versieht alle drei Dokumente jeweils mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur. A erzeugt mittels der Software XNotar XML-Strukturdaten¹³ für das Handelsregister und übermittelt diese anschließend elektronisch zusammen mit den drei erzeugten elektronisch beglaubigten Abschriften sowie einer vom vertretenen Notar zuvor gefertigten elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde des V (2 Seiten) an das Registergericht. Der Gesellschaft übersendet er nach Registeranmeldung eine Ausfertigung der Gründungsurkunde und eine papiergebundene beglaubigte Abschrift der Registeranmeldung. Zudem hat er alle elektronisch beglaubigten Abschriften auf eine CD-ROM gebrannt und ebenfalls per Post an die Gesellschaft übermittelt.

b) Lösungshinweise

- Gründung der GmbH, Geschäftswert nach § 39 Abs. 1 KostO bei Bargründung Geschäftswert entsprechend Stammkapital, hier 25.000 €. Es fällt eine ^{20/10}-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO an 168,00 €
- Entwurf der Registeranmeldung, Geschäftswert nach § 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO. Bei einem einzutragenden Stammkapital von 25.000 € fällt eine ^{5/10}-Gebühr gemäß §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO an 42,00 €

¹³ XML steht für eXtensible Markup Language; die Justiz hat auf der Basis von XML einen sog. Grunddatensatz (XJustiz) entwickelt, der eine Art Dialekt darstellt, der die strukturierte Weiterverarbeitung von Daten ermöglicht, die dem Registergericht elektronisch zur Verfügung gestellt werden; hierzu Kirchner/Eberle, MittBayNot 2004, 242 und Viefhues in Scherf/Schmieszek/Viefhues, Elektronischer Rechtsverkehr, C. IV. Rdnr. 27 ff.; siehe ferner www.osci.de/xjustiz.

- Beschluss über die Geschäftsführerbestellung, Geschäftswert nach § 41 c Abs. 1 i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO 25.000 €, hieraus ^{20/10}-Gebühr gemäß § 47 KostO 168,00 €
- Gesellschafterliste, ohne Bewertung 0,00 €
- Dokumentenpauschale für den Gründungsvertrag, gemäß § 136 Abs. 1, 2 und 4 KostO, bei insgesamt 5 Ausfertigungen und Ablichtungen (inklusive der elektronischen Abschrift), davon sind 2 (da Vertrag) frei, so dass für 3 Exemplare die Dokumentenpauschale zu berechnen ist. Bei 8 Seiten ergeben sich 24 Seiten je 0,50 € für die Gründungsurkunde (einschließlich der eingescannten Abschrift) = 12,00 €
- Für die Registeranmeldung sind folgende Dokumentenpauschalen zu berechnen: Eine papiergebundene Abschrift und eine elektronisch beglaubigte Abschrift auf der CD-ROM erhält die Gesellschaft, das Registergericht erhält eine elektronisch beglaubigte Abschrift. Eine Abschrift ist frei, so dass 2 Exemplare zu berechnen sind, pro Seite beträgt die Dokumentenpauschale 0,50 € x 4 = 2,00 €
- Dokumentenpauschale für die Gesellschafterliste: Gemäß § 136 Abs. 1 und 2 KostO für das Einscannen (kein Freixemplar, da keine Urkunde und kein Entwurf der Notars), bei einer Seite 0,50 €
- Qualifizierte Signatur bezüglich der elektronischen Abschrift des Gründungsvertrages und der Registeranmeldung, keine Gebühr nach § 55 KostO, da § 132 KostO¹⁴ einschlägig ist 0,00 €
- Qualifizierte Signatur bezüglich der Gesellschafterliste (§ 39 a BeurkG) gemäß § 55 Abs. 1 KostO pro Seite 0,50 €, hier aber Mindestgebühr von 10,00 €
- Erzeugung der XML-Stukturdaten mittels Software XNotar für das Handelsregister: Nach hier vertretener Auffassung Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, da es an einer Spezialnorm fehlt. Die Gebühr erscheint im Hinblick auf den erheblichen Mehraufwand auch gerechtfertigt. Bei einem einzutragenden Stammkapital von 25.000 € beträgt der Geschäftswert gem. § 30 Abs. 1 KostO 5.000 € bei Annahme eines Teilwertes von 20 %, hieraus ^{5/10}-Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO 21,00 €
- Übermittlung der elektronischen Abschriften mit Signatur der Gründungsurkunde und der Handelsregisteranmeldung sowie der XML-Strukturdaten: Gebührenfreies Nebengeschäft (§ 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO). Unerheblich ist, ob die Übermittlung in Papierform oder in elektronischer Form erfolgt. 0,00 €
- Übermittlung der Gesellschafterliste: Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO, angenommener Wert der

Gesellschafterliste mit 5.000 € (Ausgangswert)¹⁵ davon ca. 10 % (bei höherem Wert auch 5 % möglich).¹⁶ Bei 10 % beträgt der Wert 500 €, hieraus ^{5/10}-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO 10,00 €

- Übermittlung der elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellung des V ist ebenfalls gebührenfrei 0,00 €.

(Jedoch können für sämtliche Übermittlungen die Auslagen für die Nutzung des Internets gemäß § 152 Abs. 2 Nr. 2 KostO berechnet werden.)

Die Aushändigung aller elektronisch beglaubigten Abschriften, nachdem diese auf eine CD-ROM gebrannt wurden, ist ebenfalls gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 KostO). Jedoch kann das Porto für das Versenden der CD-Rom mit den elektronischen Abschriften (auch wenn diese nicht in Papierform erfolgt) nach § 152 Abs. 2 Nr. 1 a) KostO berechnet werden.

Begründung:

Der Geschäftswert bestimmt sich bei einer Bargründung gemäß § 39 Abs. 1 KostO nach dem einzuzahlenden Stammkapital, hier 25.000 €. Eine ^{20/10}-Gebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO fällt, wie hier, bei Gründung durch mehrere Personen an.

Der mitbeurkundete Beschluss über die Geschäftsführerbestellung löst wegen Nichtanwendbarkeit des § 44 KostO bei Zusammentreffen der Gebühren gemäß § 36 Abs. 2 KostO und § 47 KostO neben der Gebühr für die Gründung der GmbH eine ^{20/10}-Gebühr nach § 47 KostO aus. Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 41 c i. V. m. § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO und beträgt im vorliegenden Fall 25.000 €.

Für die Registeranmeldung ist als Geschäftswert immer das einzutragende Stammkapital maßgebend (§ 41 a Abs. 1 Nr. 1 KostO).

Die Gesellschafterliste wurde von den Beteiligten selbst erstellt und wird nach Unterschrift dem Notarvertreter vorgelegt, daher fallen keine Gebühren an.

Die Dokumentenpauschale ist nach § 136 KostO zu berechnen. Bei einem Vertrag sind *zwei* Ausfertigungen oder Abschriften frei, bei einseitiger Erklärung *eine* Ausfertigung oder Abschrift. Unter Berücksichtigung dieser freien Exemplare ist die Anzahl der Ausfertigungen und Abschriften zu ermitteln unter Einbeziehung der jeweils eingescannten elektronischen Abschrift der Gründungsurkunde und der Registeranmeldung.

Für Beglaubigungen von Ablichtungen und Ausdrucken von eigenen Urkunden oder von eigenen Entwürfen fällt gem. § 132 KostO keine Beglaubigungsgebühr an. Dies muss hier analog auch für die qualifizierte Signatur gelten.

Bei der Gesellschafterliste handelt es sich um eine Fremdurkunde, so dass hierfür die Beglaubigungsgebühr nach § 55 KostO zu erheben ist.

¹⁵ Wert der Gesellschafterliste: ca. 10–20 % aus Wert der Anmeldung, hier Stammkapital.

¹⁶ OLG Hamm, NotBZ 2002, 266 mit zust. Anm. Lappe = RNotZ 2002, 516 mit zust. Anm. H. Schmidt; Rundschreiben der Notarkasse Nr. 10/2006: für die Übersendung eines Schriftstücks, unter dem der Notar nur die Unterschrift beglaubigt hat, fällt eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Beglaubigungsgebühr nach § 45 KostO an, wenn das Schriftstück im Auftrag des Unterschriftsleistenden an einen Dritten übersandt wird. Erst recht muss dies gelten, wenn es sich um ein Schriftstück handelt, das von ihm weder entworfen noch beglaubigt wurde.

¹⁴ Keine Beglaubigungsgebühr nach § 55 KostO für die Beglaubigung von Abschriften eigener Urkunden oder von eigenen Entwürfen.

Die Erzeugung der XML-Strukturdaten mittels der Software XNotar für das Handelsregister ist nach hier vertretener Auffassung gebührenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO. Mangels anderer Gebührenvorschrift kann diese Tätigkeit nur unter die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO subsumiert werden. Der Geschäftswert für die Erstellung dieser Strukturdaten ist nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Angemessen erscheinen 20–30 % aus dem Wert der konkreten Registeranmeldung.

Für die Übermittlung der Gesellschafterliste ist eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu erheben, da es sich hier um die Übermittlung einer Fremdurkunde handelt. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO wie folgt zu ermitteln: Ausgangswert ist der Wert, der bei Erstellung der Gesellschafterliste in Betracht kommt, z. B. bei einem Stammkapital von 25.000 €, hiervon bei Annahme von 20 % = 5.000 € (Ausgangswert) davon ca. 10 % (bei höherem Wert auch 5 % möglich). Das Hauptgeschäft ist in diesem Falle die Liste selbst, für diese ist keine Gebühr angefallen, so dass § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO für das Versenden der Liste nicht anzuwenden ist.

Die Übermittlung der elektronisch beglaubigten Abschrift der Vertreterbestellungsurkunde dient als Nachweis der Vertreterbestellung und liegt damit in der Sphäre des Notars. Hierfür können keine Gebühren berechnet werden.

3. Fall 3 – Beglaubigter Ausdruck

a) Sachverhalt

Bei Notar N erscheint wiederum B, und zwar mit einer CD-ROM, auf der sich eine Tiff-Datei mit einer qualifizierten elektronischen Signatur befindet. Der Notar druckt die Datei (13 Seiten) aus und fertigt einen papiergebundenen Beglaubigungsvermerk. Zuvor hat er die Signatur überprüft und hierzu auch über das Internet eine Abfrage bei der Zertifizierungsstelle durchgeführt, die keine Beanstandungen ergab. B nimmt den beglaubigten Ausdruck und seine CD-ROM mit.

b) Lösungshinweise

- Ausdruck der Tiff-Datei, Dokumentenpauschale gemäß § 136 Abs. 1 und 2 KostO, pro Seite 0,50 €, bei 13 Seiten = 6,50 €
- Fertigung des papiergebundenen Beglaubigungsvermerks gemäß § 55 KostO pro Seite 0,50 €, jedoch Mindestgebühr (§ 33 KostO) 10,00 €
- Prüfung der Signatur, gebührenfreies Nebengeschäft zu § 55 KostO 0,00 €
(Jedoch können die Auslagen für die Nutzung des Internets gemäß § 152 Abs. 2 Nr. 2 KostO berechnet werden.)
- Aushändigung des beglaubigten Ausdrucks und der CD-ROM mit der Tiff-Datei an B, gebührenfreies Nebengeschäft 0,00 €.

Begründung:

Die Dokumentenpauschale fällt an für auf Antrag erteilte Ausfertigungen, Ablichtungen oder Ausdrucke. Ob der Ausdruck von einem Papierdokument stammt oder von einer elektronischen Datei spielt keine Rolle. Freixemplare sind nicht zu gewähren, da es sich um eine Fremdurkunde handelt.

Die Beglaubigung einer Ablichtung, die in Papierform vorliegt, ist der klassische Fall des § 55 KostO. Diese Kostenbestimmung ist auch anwendbar für die Beglaubigung von Ausdrucken elektronischer Dokumente.

Die Prüfung der Signatur und die hierzu erforderliche Internetabfrage bei der Zertifizierungsstelle ist Voraussetzung dafür, dass der Notar den elektronischen Ausdruck beglaubigen kann. Es liegt daher nach hier vertretener Auffassung bei der Signaturprüfung ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO vor.

Kostenrechtliche Behandlung von Vorsorgevollmachten

Von Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*, München

Die Bewertungen von sog. Vorsorgevollmachten führen im Rahmen von Kostenprüfungen durch die Notarkasse häufig zu Beanstandungen. Grund hierfür ist in aller Regel der der Vollmacht zu Grunde zu legende Geschäftswert. Die unterschiedlichen Auffassungen in der Literatur und der geringe Umfang der Rechtsprechung zu dieser Kostenfrage führen zu Verunsicherungen, insbesondere bei der Berechnung des Geschäftswertes und der Anwendung des § 44 KostO bei Mitbeurkundung einer Betreuung- oder Patientenverfügung. Die nachfolgenden Ausführungen sollen den Notarinnen und Notaren als Hilfestellung bei künftigen Bewertungen je nach Fallgestaltung dienen. Um eine praxisorientierte Handhabung der Hinweise zu gewährleisten, werden nur die kostenrechtlichen Aspekte erläutert; auf tiefer gehende rechtliche Untersuchungen wird bewusst verzichtet.¹

I. Einleitung

1. Kostenrechtliche Regelungen für Vollmachten

a) Spezialvollmacht

§ 41 KostO regelt den Geschäftswert für Vollmachten. Gemäß Abs. 1 bestimmt sich der Geschäftswert einer Vollmacht nach dem für das vorzunehmende Geschäft maßgebenden Wert, der nach den allgemeinen Vorschriften der KostO zu bestimmen ist. Erteilt z. B. der Eigentümer eine Vollmacht zum Verkauf

eines Grundstücks, ist der nach § 20 Abs. 1 KostO für den Kaufvertrag maßgebende Wert auch Geschäftswert für die Vollmacht. Wird dagegen eine Vollmacht zur Belastung des Grundstücks mit einer Grundschuld in bestimmter Höhe erteilt, spielt der Wert des Grundstücks keine Rolle, vielmehr ist der Geschäftswert nach dem Wert der Grundschuldbestellung gem. § 23 Abs. 2 KostO festzusetzen, maßgebend ist der Nennbetrag der Grundschuld.

b) Allgemeine Vollmacht

§ 41 Abs. 2 KostO bestimmt den Wert einer allgemeinen Vollmacht. Danach ist der Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen, wobei der Umfang der erteilten Ermächtigung und das

¹ Dazu *Keilbach*, DNotZ 2004, 164; *Bund*, JurBüro 2005, 622; *ders.*, JurBüro 2006, 6; *Renner*, NotBZ 2005, 45.

Vermögen des Vollmachtgebers angemessen zu berücksichtigen sind. Unter allgemeine Vollmachten fallen alle Vollmachten, die nicht nur zum Abschluss eines konkreten Rechtsgeschäfts erteilt werden, sondern für einen näher umschriebenen Kreis von Rechtsgeschäften. Hierunter fällt auch die Generalvollmacht.

c) Vollmacht eines Mitberechtigten

Gemäß § 41 Abs. 3 KostO gilt § 40 KostO entsprechend, d. h. dass sich der Geschäftswert einer Vollmacht aufgrund einer gegenwärtigen oder künftigen Mitberechtigung nach dem Bruchteil bestimmt, welcher dem Anteil der Mitberechtigung entspricht. Das ist beispielsweise der Fall, wenn ein Miteigentümer eine Vollmacht zum Abschluss eines Kaufvertrages erteilt. Geschäftswert ist dann nicht der Kaufpreis für das ganze Grundstück, sondern nur der Teil des Kaufpreises, welcher dem Miteigentumsanteil entspricht.

d) Höchstwert

Der Wert einer Vollmacht beträgt höchstens 500.000 € (§ 41 Abs. 4 KostO).

e) Gebühr

Die Gebühr ist stets eine $\frac{5}{10}$ gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO, gleich ob die Vollmacht beurkundet wird oder der Notar nur den Entwurf (mit oder ohne Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers) fertigt (§ 145 Abs. 1 Satz 1 KostO). Dabei bleibt es auch, wenn beispielsweise gegenseitige Vollmachten in einer Urkunde erteilt werden; § 39 Abs. 2 KostO (Austauschvertrag) ist hier nicht anzuwenden. Erfolgt lediglich eine Unterschriftsbeglaubigung, ist eine $\frac{1}{4}$ -Gebühr nach § 45 KostO, im Höchstfalle 130 €, zu erheben.

2. Vorsorgevollmacht

Sogenannte Vorsorgevollmachten haben durch das am 1.1.1992 in Kraft getretene Betreuungsgesetz² Einzug in die notarielle Praxis gefunden. Das gesetzgeberische Ziel ist die Stärkung der Selbstbestimmung des Betreuten durch die Verwirklichung des Erforderlichkeitsgrundsatzes im Betreuungsrecht.³ Von dieser Möglichkeit wird immer stärker Gebrauch gemacht, denn mit einer Vorsorgevollmacht erübrigt sich eine Betreuerbestellung (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Durch diese Maßnahme erspart sich der Betroffene gegebenenfalls ein umständliches gerichtliches Verfahren, in dem u. a. ein Gutachten über die Notwendigkeit der Betreuerbestellung einzuholen ist (§ 68 b Abs. 1 Satz 1 FGG).⁴ Mit der Möglichkeit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht wird dem Vollmachtgeber ein weiter Raum an Selbstbestimmung gewährt. Der Vollmachtgeber kann beliebig viele Personen bevollmächtigen, er kann eine einmal erteilte Vollmacht widerrufen, Bevollmächtigte austauschen, er kann die Ausübung der Vollmacht über den Zurückbehalt oder die Aushändigung der Ausfertigung an den Bevollmächtigten jederzeit steuern, wobei jedoch seine Geschäftsfähigkeit Voraussetzung ist. Die notarielle Praxis tut sich mit der kostenrechtlichen Behandlung der Vorsorgevollmacht schwer. Dies liegt vor allem daran, dass es unterschiedlich ausgestaltete Vorsorgevollmachten gibt, die auch kostenrechtlich unterschiedlich zu behandeln sind. Je mehr die Vorsorgevollmacht einer Generalvollmacht gleicht, umso mehr wird man vom vollen Vermögenswert des Vollmachtgebers ausgehen müssen. Auch wenn ständig nach Möglichkeiten

gesucht wird, die Vorsorgevollmacht im Umfang der Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten einzuschränken, führt allein eine durch das Innenverhältnis von Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem geregelte Verwendungsbefugnis nicht zu einem Wertabschlag.⁵

II. Fallgestaltungen

1. Generalvollmacht ohne jede Beschränkungen

Wird eine Generalvollmacht erteilt, die naturgemäß nach außen unbeschränkt ist, kommt gemäß § 41 Abs. 2 KostO als Geschäftswert das volle Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Schuldenabzug in Betracht. Dies wird damit begründet, dass der Bevollmächtigte in diesem Falle ermächtigt ist, den Vollmachtgeber in allen Angelegenheiten zu vertreten, in denen vom Gesetz eine Vertretung zulässig ist. Der volle Wert des Aktivvermögens ist auch dann anzunehmen, wenn zusätzlich bestimmt ist, dass „die Vollmacht auch für den Vorsorge-/Betreuungsfall erteilt ist“.

2. Vollmacht mit Beschränkungen nur im Innenverhältnis

Ist die Generalvollmacht zwar im Außenverhältnis unbeschränkt, jedoch im Innenverhältnis dahingehend eingeschränkt, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht nur im „Vorsorge-/Betreuungsfall“ verwenden soll, bleibt es nach derzeitiger Auffassung beim vollen Aktivvermögen, wenn dem Bevollmächtigten sofort eine Ausfertigung erteilt und ausgehändigt wird. Mit der Aushändigung der Ausfertigung an den Bevollmächtigten wird dokumentiert, dass dieser im Außenverhältnis zur sofortigen Verwendung der ihm erteilten Vollmacht ermächtigt ist. Der Geschäftswert solcher Vollmachten ist nach derzeitiger Auffassung dann jedoch durch einen Abschlag von 30 %⁶ bis zu 50 %⁷ zu reduzieren, wenn dem Bevollmächtigten zunächst keine Ausfertigung erteilt wird. Mit dem Rückbehalt der Ausfertigung ist der Bevollmächtigte an der Ausübung der ihm erteilten Verfügungsmacht gehindert, diese Einschränkung ist durch einen Wertabschlag zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn die Ausfertigung dieser (eingeschränkten) Vollmacht für den Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber ausgehändigt wird, auch wenn dieser die Ausfertigung sogleich an den Bevollmächtigten weitergeben kann. Diese Bewertungsgrundsätze haben sich bei Auswertung aller Abhandlungen und Anmerkungen zu den hierzu ergangenen Entscheidungen im Wesentlichen durchgesetzt; die Abgrenzungsmerkmale erscheinen sowohl i. S. des § 41 Abs. 2 KostO praxisgerecht als auch für die Beteiligten vertretbar und zumutbar.⁸

⁵ Zu der in der Praxis gebotenen Einschränkung lediglich im Innenverhältnis ausführlich: *Renner* in *Renner/Müller*, *Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis*, 2005, Rdnr. 226 ff.

⁶ Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1750 ff.

⁷ Entsprechend OLG Stuttgart, *JurBüro* 2000, 428 = *ZNotP* 2001, 37; s. auch *Renner*, *NotBZ* 2005, 45, 49; *Bund*, *JurBüro* 2005, 622; *ders.*, *RNotZ* 2005, 559.

⁸ Vergleiche z. B. *Perau*, *MittRhNotK* 1996, 285; *Bund*, *RNotZ* 2004, 23; *ders.*, *JurBüro* 2004, 173 mit Ergänzung, *JurBüro* 2004, 580; *ders.*, *JurBüro* 2005, 622; *ders.*, *JurBüro* 2006, 6; *Lappe*, *NJW* 2006, 270, 274; *Bengel/Tiedtke*, *DNotZ* 2006, 438, 465; kritisch hierzu: *Renner*, *NotBZ* 1998, 85; *ders.*, *NotBZ* 2005, 45; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, *KostO*, 16. Aufl. 2005, § 41 Rdnr. 11 ff.; *Filzek*, *KostO Online-Kommentar*, 1. Aufl. 2006, § 41 Rdnr. 4; bestätigt durch OLG Oldenburg, *MittBayNot* 2006, 446 (in diesem Heft) = *NotBZ* 2005, 411 = *FGPrax* 2005, 274 = *RNotZ* 2005, 558 mit *Ann. Bund und Klein*.

² BGBl. I 1990, 2002.

³ Hierzu *Perau*, *MittRhNotK* 1996, 285.

⁴ *Keilbach*, *DNotZ* 2004, 164.

Allerdings wird die Frage, ob bei einer Generalvollmacht bereits eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis im Innenverhältnis zu einem Wertabschlag führen kann, in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.⁹ Renner¹⁰ kritisiert mit Recht, dass in der Literatur nicht überall deutlich zum Ausdruck kommt, ob ein Abschlag generell bei Beschränkung im Innenverhältnis in Betracht kommt oder nur vorzunehmen ist, wenn die Vollmacht auch eine „Ausfertigungssperre“ enthält. Nach allgemeinem Verständnis lässt sich allein aus internen Beschränkungen in der Verfügungsmacht kein Abschlag rechtfertigen, wenn dem Bevollmächtigten ungeachtet dessen sofort die Vollmachtsurkunde in Form einer Ausfertigung erteilt wird. Damit wird dem Bevollmächtigten die Verfügungsberechtigung gegeben. Bei Ausübung der Vollmacht entfalten Einschränkungen, die der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten im Innenverhältnis erteilt, keine Außenwirkungen; die Innenwirkung wird durch die Aushändigung der (Ausfertigung) der Vollmacht außer Kraft gesetzt. Selbst wenn sich aus der Vollmachtsurkunde keinerlei Beschränkungen, auch nicht im Innenverhältnis, ergeben, wird ein Bevollmächtigter die ihm erteilte Vollmacht nicht nach eigenem Ermessen ausüben, sondern nach den Weisungen des Vollmachtgebers. Deshalb einen Abschlag vorzunehmen, wird weder in Rechtsprechung noch in Literatur vertreten. Da sich der Wert einer Vollmacht an der Verfügungsmacht des Bevollmächtigten nach außen orientiert, scheiden Weisungen an den Bevollmächtigten als Parameter bei der Geschäftswertberechnung aus, es sei denn, das Auftragsverhältnis, das der Vollmacht zugrunde liegt, wird mitbeurkundet. Die Weisungen allein sind nach hier vertretener Auffassung noch nicht das „Auftragsverhältnis“. Zudem würde die Mitbeurkundung der Erklärungen des Vollmachtgebers über das Auftragsverhältnis als einseitige Erklärungen eine ^{10/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO auslösen. Bei Mitwirkung des Bevollmächtigten käme gar bei vertraglichen Vereinbarungen über das Auftragsverhältnis eine ^{20/10}-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO in Betracht. Die Vollmacht wäre dann Durchführungserklärung zum Auftrag gem. § 44 Abs. 1 KostO. Die Bewertung wäre in diesem Fall nach ganz anderen Kriterien vorzunehmen.

Die ursprünglich als bedingte Vollmacht konzipierte Vorsorgevollmacht, nämlich die Vollmacht, deren Wirksamkeit von der Vorlage eines ärztlichen Attestes über die Geschäftsunfähigkeit abhängig gemacht wurde, ist von der notariellen Bildfläche verschwunden. Die rechtlichen und praktischen Probleme im Falle der Ausübung der Vollmacht haben sich als zu nachteilig, zu schwierig und rechtlich nicht definierbar erwiesen. Kostenrechtlich würde diese bedingte Vollmacht genau die Voraussetzungen erfüllen, nach denen nur ein Teilwert als Geschäftswert in Betracht käme. Auf unbedingte Vollmachten können diese Bewertungsgrundsätze nicht übertragen werden.

Bei beschränktem Vollmachtsumfang (zeitlich oder sachlich) ist der Geschäftswert herabzusetzen. Maßgebend für den Abschlag ist das Maß der Beschränkung, soweit es sich aus dem Inhalt der Vollmacht oder den Begleitumständen ergibt.¹¹

⁹ Während OLG Oldenburg, a. a. O.; Bund, a. a. O. (Fn. 8); Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 41 KostO Rdnr. 11a, einen Abschlag ablehnen, wird ein solcher von Renner, NotBZ 2005, 45 und Rohs/Wedewer, § 41 KostO Rdnr. 11 befürwortet.

¹⁰ NotBZ 2005, 45.

¹¹ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 44 KostO Rdnr. 10; missverständlich interpretiert von Renner, NotBZ 2005, 45.

In den Fällen, in denen der Bevollmächtigte einer Generalvollmacht aufgrund der Einschränkungen im Hinblick auf die Ausübung der Vollmacht zu deren Sicherstellung vorerst keine Ausfertigung erhält, akzeptiert die Notarkasse Abschläge auf das Aktivvermögen des Vollmachtgebers bis zu 50%.¹²

3. Vollmacht nur für persönliche Angelegenheiten

Hierher gehören die Vollmachten, die nicht zur Verfügung in vermögensrechtlicher Hinsicht berechtigen, sondern ausschließlich zu Verfügungen in persönlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers, wie z. B. Einwilligung in ärztliche, medizinische, freiheitsentziehende oder freiheitseinschränkende Maßnahmen oder zur Bestimmung des Aufenthaltsortes. Bei der Vorsorgevollmacht handelt es sich nicht um eine Vollmacht für ein bestimmtes Rechtsgeschäft, sondern um eine allgemeine Vollmacht. Maßgebend ist deshalb § 41 Abs. 2 KostO. Da hier keine Verfügungen über Vermögenswerte getroffen werden können, beträgt der Geschäftswert immer 3.000 € (§ 30 Abs. 3 KostO). Die Bewertung dieser Vollmacht ist in der Literatur unbestritten.¹³ Es bleibt auch dann beim einmaligen Wertansatz von 3.000 €, wenn eine Verfügungsberechtigung in mehreren nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten erteilt wird.¹⁴

4. General- und Vorsorgevollmacht

Wird in einer Niederschrift eine Generalvollmacht mit einer Vorsorgevollmacht, die nur zur Vertretung in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten ermächtigt, zusammen beurkundet, bestimmt sich der Geschäftswert insgesamt nach dem Aktivvermögen des Vollmachtgebers. Eine Hinzurechnung eines zusätzlichen Wertansatzes von 3.000 € für den Teil „nichtvermögensrechtliche Vorsorgevollmacht“ scheidet nach hier vertretener Auffassung aus, da der Gesamtwert des Vermögens des Vollmachtgebers die äußerste Grenze für die Geschäftswertberechnung ist.¹⁵

5. Mehrheit von Vollmachten

a) Erteilung durch mehrere Personen

Die Literatur beschränkt sich bei der Definition der Frage, ob mehrere Vollmachten vorliegen, wenn diese von mehreren Personen erteilt werden, mit folgender Formel: „Erteilen mehrere Personen, die in Rechtsgemeinschaft stehen oder eine solche begründen, eine Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsgeschäft, liegt *eine* Vollmacht vor.“¹⁶ Gleiches soll gelten bei Erteilung einer allgemeinen Vollmacht. Beispielhaft wird erwähnt die Erteilung einer gemeinsamen Vollmacht durch Ehegatten usw. Weitere Untersuchungen finden sich in der Literatur nicht. Ungeachtet dieser pauschalen Aussagen

¹² Entsprechend OLG Stuttgart, JurBüro 2000, 428 = ZNotP 2001, 37 m. Anm. Tiedtke; Renner, NotBZ 2005, 45, 49; Bund, JurBüro 2005, 622; ders., RNotZ 2005, 559.

¹³ Vgl. Renner, NotBZ 2005, 45, 48; Bund, JurBüro 2005, 622, 626; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 41 KostO Rdnr. 11 b; Rohs/Wedewer, § 41 KostO Rdnr. 11; Streifzug durch die KostO, Rdnr. 1753.

¹⁴ So auch Bund, JurBüro 2004, 173, 176; Renner, NotBZ 2005, 45; Rohs/Wedewer, § 41 KostO Rdnr. 11.

¹⁵ So auch Bund, JurBüro 2005, 624; Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 41 KostO Rdnr. 11; Rohs/Wedewer, § 41 KostO Rdnr. 11; Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., „Vorsorgevollmacht“; OLG Oldenburg, MittBayNot 2006, 446 (in diesem Heft), 548 = NotBZ 2005, 411 = FGPrax 2005, 274 = RNotZ 2005, 558 mit Anm. von Bund und Klein; a. A. offenbar Renner, NotBZ 2005, 45, 48.

¹⁶ Korintenberg/Bengel/Tiedtke, § 41 KostO Rdnr. 14; Rohs/Wedewer, § 41 KostO Rdnr. 19; Assenmacher/Mathias, „Vollmacht“ 2.5.

wird man jedoch nicht immer von einer Vollmacht ausgehen können, wenn z. B. Eheleute gemeinsam eine Vollmacht erteilen. So liegt beispielsweise nur eine Vollmacht vor, wenn Eheleute ihre Tochter bevollmächtigen, die zum Miteigentum gehörende Eigentumswohnung zu verkaufen. Ist jedoch der Ehemann Inhaber eines Betriebes und die Ehefrau Alleineigentümerin eines Grundstücks, liegt bei Erteilung von Vollmachten zur Verfügung hierüber in einer Urkunde für den Sohn nicht nur eine Vollmacht vor, sondern zwei Vollmachten. Die Beurteilung der Frage, ob eine Vollmacht oder ob mehrere Vollmachten gegeben sind, hat sich somit danach zu orientieren, ob von der Vollmacht durch mehrere Vollmachtgeber dieselben Vermögensgegenstände oder -massen betroffen sind oder nicht. Liegt eine Vollmacht vor, ist der Gesamtwert auf 500.000 € begrenzt, liegen mehrere Vollmachten vor, gilt der Höchstwert für jede einzelne Vollmacht. Nach Addition der Werte [§ 44 Abs. 2 a) KostO] ist eine einheitliche $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO zu erheben.

Dass mehrere Vollmachten durch mehrere Vollmachtgeber in einer Urkunde gegenstandsverschiedene Vollmachten sind, wenn keine „Rechtsgemeinschaft“ besteht, versteht sich von selbst; Beispiel: A erteilt C eine Vollmacht zum Kauf des Grundstücks 1, B erteilt C Vollmacht zum Kauf des Nachbargrundstücks 2.

b) Erteilung für mehrere Personen

Bei Vollmachtserteilung an mehrere Personen liegt generell nur eine Vollmacht vor, gleich ob die Bevollmächtigten gemeinschaftlich zur Ausübung der Vollmacht berechtigt sind oder ob Einzelvertretung gestattet ist. Als Gegenstand einer derartigen Vollmacht ist nicht die Beziehung des Vollmachtgebers zu dem einzelnen Bevollmächtigten zu sehen, sondern das Ausführungsgeschäft, zu dem die Vollmacht ermächtigt, das auch dann dasselbe bleibt, wenn mehreren Personen eine Vollmacht gleichen Umfangs erteilt wird. Auch bei der allgemeinen Vollmacht kann über jeden Vermögensgegenstand nur einmal verfügt werden.¹⁷

c) Gegenseitige Vollmachten

In der Praxis sind auch Vollmachtsurkunden festzustellen, bei denen sich Ehegatten in einer Urkunde gegenseitige Vollmachten erteilen. In diesem Falle liegen zwei gegenstandsverschiedene Vollmachten vor und nicht etwa ein Austauschvertrag (§ 39 Abs. 2 KostO). Es liegt auch dann kein Austauschvertrag vor, wenn die Erteilung der einen Vollmacht nur wegen Erteilung der anderen Vollmacht erfolgt. Die Werte sind zwar wegen § 44 Abs. 2 a) KostO zusammenzurechnen und nur eine $\frac{5}{10}$ -Gebühr zu berechnen (Degressionsvorteil), jede einzelne Vollmacht ist aber auf den Höchstwert von 500.000 € begrenzt. Zuerst ist also der jeweilige Geschäftswert der Vollmacht zu bestimmen (jeweils begrenzt auf 500.000 €) und danach erst sind die Werte zu addieren. Haben also beide Ehegatten Vermögen von mehr als 500.000 €, beträgt der Geschäftswert der Urkunde, welche gegenseitige Vollmachten enthält, 1 Mio. €.

6. Betreuungsverfügung und Patientenverfügung

a) Betreuungsverfügung

Die Betreuungsverfügung stellt kostenrechtlich keinen vermögensrechtlichen Gegenstand dar, es handelt sich vielmehr um eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit. Ihr Wert ist

damit nach § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO zu bestimmen. Er beträgt unter Anwendung des § 30 Abs. 2 KostO regelmäßig 3.000 €.¹⁸

b) Patientenverfügung

Bei der Patientenverfügung handelt es sich um eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Erklärung, die sich vor allem an die künftig behandelnden Ärzte richtet. Die Patientenverfügung hat in keinem Falle eine vermögensrechtliche Bedeutung, so dass sich ihr Wert nach § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO bestimmt. Unter Berücksichtigung des § 30 Abs. 2 KostO ist regelmäßig ein Betrag von 3.000 € angemessen.¹⁹

c) Verhältnis von Betreuungs- und Patientenverfügung.

Nach h. M. betreffen Betreuungsverfügung und Patientenverfügung den gleichen Gegenstand.²⁰ Die Ausrichtung ist bezüglich Inhalt und Adressat jedoch weitgehend unterschiedlich (einerseits Wünsche zur Person des Betreuers, andererseits primär Anweisungen an Ärzte im Grenzbereich von Leben und Tod). Ein innerer Zusammenhang besteht insoweit nicht.²¹ Gleichwohl vertritt die Prüfungsabteilung der Notarkasse den Standpunkt, dass der Wert von 3.000 € nur einmal angesetzt werden kann. Auch wenn die Betreuungs- und Patientenverfügungen verschiedene Inhalte haben, bleibt es insgesamt bei „nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten“.²² Es erscheint unbillig und mit dem System des § 44 Abs. 1 KostO nicht vereinbar, den nichtvermögensrechtlichen Bereich in einzelne Teilbereiche aufzuteilen und jeden selbständig zu bewerten.²³

7. Zusammenbeurkundung von Vollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung

Umstritten ist die Frage, ob für eine Patienten- und/oder Betreuungsverfügung bei Mitbeurkundung mit der Vollmacht Gegenstandsgleichheit gemäß § 44 Abs. 1 KostO vorliegt oder ob ein verschiedener Gegenstand nach § 44 Abs. 2 KostO gegeben ist.²⁴ Das OLG Oldenburg²⁵ bejaht m. E. zutreffend wegen des inneren Zusammenhangs die Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO und folgt zudem der Auffassung, wonach für diese Verfügungen nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten vorliegen, deren Wert stets mit 3.000 € (§ 30 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO) zu bestimmen ist.²⁶ Hauptgeschäft i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO ist die Vorsorgevollmacht.

¹⁸ Statt aller: *Korintenberg/Schwarz*, § 38 KostO Rdnr. 1335; Streifzug durch die KostO, Rdnr. 1753; OLG Oldenburg, MittBayNot 2006, 446 (in diesem Heft) = NotBZ 2005, 411 = FGPrax 2005, 274 = RNotZ 2005, 558; LG Arnsberg, MittBayNot 2006, 78 = RNotZ 2005, 375.

¹⁹ OLG Hamm, FamRZ 2006, 875; LG Arnsberg, MittBayNot 2006, 78 = RNotZ 2005, 375.

²⁰ Z. B. Streifzug durch die KostO, Rdnr. 1755.

²¹ Ebenso *Renner*, NotBZ 2005, 51 ff.

²² So auch Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse Leipzig, NotBZ 2005, 53 „Hinweis der Schriftleitung“.

²³ A. A. *Bund*, JurBüro 2005, 622, 627: 2 x 3.000 €.

²⁴ Hierzu *Bund*, RNotZ 2005, 559; *Klein*, RNotZ 2005, 561, jew. Anm. zu OLG Oldenburg, MittBayNot 2006, 446 (in diesem Heft) = NotBZ 2005, 411 = FGPrax 2005, 274 = RNotZ 2005, 558.

²⁵ MittBayNot 2006, 446 (in diesem Heft) = NotBZ 2005, 411 = FGPrax 2005, 274 = RNotZ 2005, 558.

²⁶ So auch OLG Hamm, FamRZ 2006, 875; LG Arnsberg, MittBayNot 2006, 78 = RNotZ 2005, 375, *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 41 KostO Rdnr. 11 c; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 41 Rdnr. 11; *Filzék*, KostO Online-Kommentar, 1. Aufl. 2006, § 41 Rdnr. 5.

¹⁷ So mit Recht KG, DNotZ 1970, 545 = Rpfleger 1970, 220; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 41 KostO Rdnr. 15; *Assenmacher/Mathias*, KostO, „Vollmacht“ Tz. 2.5.

Damit ist folgende Bewertung nach § 44 Abs. 1 KostO vorzunehmen:

- Geschäftswert nach dem Wert des Hauptgeschäftes, hier die Vollmacht angenommen mit 300.000 €, daraus die ¹⁰/₁₀-Gebühr (höchste in Betracht kommende Gebühr der gegenstandsgleichen Erklärungen) = 507 €,
- Vergleich bei getrennter Berechnung der Gebühren: Vollmacht ⁵/₁₀-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO aus 300.000 € = 253,50 € + ¹⁰/₁₀-Gebühr für die Betreuungs- und/oder Patientenverfügung gem. § 36 Abs. 1 KostO aus 3.000 € = 26 €. Bei getrennter Berechnung der Gebühren fallen bei diesem Beispielsfall insgesamt 279,50 € an. Die getrennte Berechnung der Gebühren ist somit maßgebend, da für den Kostenschuldner günstiger.

Werden für die Generalvollmacht, die Vorsorgevollmacht, die Patientenverfügung und/oder die Betreuungsverfügung getrennte Urkunden errichtet, liegt kein Fall des § 16 KostO vor, wenn die Vollmachtgeber ausdrücklich darauf bestehen. Wird die getrennte Beurkundung ohne entsprechenden Auftrag vorgenommen, liegt unrichtige Sachbehandlung vor, soweit im Ergebnis durch die Nichtgewährung des Gebührenvorteils aufgrund § 44 Abs. 1 KostO Mehrkosten entstehen.

III. Nebentätigkeiten

1. Einreichungspflicht

Die amtliche Verwahrung solcher Urkunden bei Gericht ist bundesrechtlich nicht vorgesehen. Den Notar trifft deshalb keine Ablieferungspflicht im Zeitpunkt der Beurkundung, sondern erst mit Kenntnis vom eingeleiteten Verfahren. Eine andere Frage ist, ob der Notar auf freiwilliger Basis die Vorsorgevollmacht bei dem Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer einreicht. Allerdings ist in bestimmten Ländern (z. B. Bayern, Hessen) die Pflicht der Amtsgerichte zur Verwahrung landesrechtlich angeordnet. In Berlin und Niedersachsen ist es dem Amtsgericht durch Verwaltungsvorschrift freigestellt, Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen

und Patientenverfügungen zu verwahren. In diesen Bezirken sind die Amtsgerichte dazu übergegangen, den Notaren zu empfehlen, Ausfertigungen entsprechender Urkunden zur Verwahrung zu übersenden.²⁷

2. Ablieferungspflicht von Betreuungsverfügungen an das Vormundschaftsgericht

Die Ablieferungspflicht – soweit diese besteht – löst keine Gebühr aus, weil es sich bei dieser Tätigkeit lediglich um die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht handelt.²⁸ Dies wurde zwischenzeitlich auch durch Änderung des § 147 Abs. 4 KostO gesetzlich geregelt. Mit Wirkung zum 31.7.2004 wurde durch Gesetz vom 23.4.2004²⁹ in § 147 KostO bei Abs. 4 eine neue Ziffer 6 eingefügt, wonach der Notar keine Gebühr für die Übermittlung von Anträgen an das zentrale Vorsorgeregister nach § 78 a BNotO erhält, wenn der Antrag mit einer anderen gebührenpflichtigen Tätigkeit im Zusammenhang steht; Gleiches gilt für die Stellung von Anträgen bei dem zentralen Vorsorgeregister im Namen der Beteiligten.

Damit ist mit Wirkung zum 31.7.2004 gesetzlich geregelt, dass der Notar Anträge zum Zentralen Vorsorgeregister der BNotK (§ 78 a BNotO) kostenfrei zu übermitteln hat. Auch die Stellung von Anträgen im Namen der Beteiligten ist kostenfrei. Gebührenfreiheit besteht aber nur, wenn die Vollmacht, also die übermittelte Verfügung, vom Notar beurkundet, entworfen oder beglaubigt wurde. Andernfalls ist die Übermittlung kostenpflichtig nach § 147 Abs. 2 KostO (Teilwert von ca. 20 %, daraus ⁵/₁₀-Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO). Daraus folgt aber nicht, dass der Notar zur Übermittlung verpflichtet ist. Nach § 20 a BeurkG trifft ihn nur eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit der Hinterlegung.

²⁷ Bühler, FamRZ 2001, 1595.

²⁸ Renner, NotBZ 2005, 52.

²⁹ BGBl. I, 598.

TAGUNGSBERICHT

Europäisierung des Privatrechts: Der Gemeinsame Referenzrahmen**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 12.7.2006**Von Wiss. Mitarbeiter *Martin Kober*, München

Die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München veranstaltete am 12.7.2006 eine Tagung zur Europäisierung des Privatrechts und zum Gemeinsamen Referenzrahmen. Im Auftrag der Europäischen Kommission befassten sich gegenwärtig Wissenschaftler und Praktiker mit der Ausarbeitung eines Gemeinsamen Referenzrahmens (GRR), auch Common Frame of Reference (CFR) genannt, in dem weite Teile der zivilrechtlichen Regelungsbereiche im Stile einer Kodifikation niedergelegt werden. Viele sehen in dem Projekt, das insbesondere die Harmonisierung des bestehenden Gemeinschaftsrechts vor Augen hat, einen weiteren Schritt zur Europäisierung des Privatrechts; einige gar die Blaupause für ein Europäisches Zivilgesetzbuch. Die Vorträge werden demnächst gesammelt in einem Tagungsband der Reihe „Schriften zum Notarrecht“ im Nomos-Verlag veröffentlicht.

Nach der Eröffnung durch den geschäftsführenden Leiter der Forschungsstelle, Professor Dr. *Johannes Hager* von der Ludwig-Maximilians-Universität, sprach Professor Dr. *Rudolf Streinz*, Dekan der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, einleitende Grußworte. Dabei ging er auf die auf europäischer Ebene kontrovers geführte Debatte über die Erforderlichkeit eines Europäischen Zivilgesetzbuches ein. Vor dem Hintergrund des eigenständigen Ziels einer Rechtsgemeinschaft entstehe in der Europäischen Gemeinschaft (EG) eine neue Tradition gemeineuropäischen Rechtsdenkens. Im Hinblick auf die Entwicklung eines Gemeinsamen Referenzrahmens bedürften insbesondere die Fragen nach den entsprechenden Kompetenzen der EG und nach der Rechtsnatur des geplanten GRR näherer Klärung.

In seiner anschließenden Einführung legte Professor Dr. *Volkert Vorwerk*, Rechtsanwalt am BGH und Mitglied der Arbeitsgruppe „Europäisches Privatrecht“ der Bundesrechtsanwaltskammer, dar, dass die Europäisierung des Privatrechts angesichts der divergierenden europäischen Rechtstraditionen zu Brüchen in der Systematik führe. Es stelle sich die Frage, ob es tatsächlich erforderlich ist, die gesamte Rechtsentwicklung der vergangenen 100 Jahre europaweit erneut zu durchlaufen; dieser Aufwand lohne sich nicht. In denjenigen Bereichen, die bereits vergemeinschaftet sind, sei indes eine gemeinsame Dogmatik nötig, die eine einheitliche Auslegung ermögliche. Friktionen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem, Richtlinien umsetzendem Recht müssten beseitigt werden. Auch grundsätzliche Begriffsbestimmungen seien wichtig, zumal es auf europäischer Ebene keine gewachsene Rechtssprache gebe. Den GRR betreffend kritisierte er die mangelnde Systematik; die angeordnete Geheimhaltung und fehlende Übersetzungen der Unterlagen verhinderten zudem die wichtige Diskussion.

Professor Dr. *Christian Armbrüster* (FU Berlin) behandelte sodann Zustandekommen und Wirksamkeit von Verträgen nach der Konzeption des GRR und nach den Principles of European Contract Law (PECL). Er legte dar, dass der GRR als Diskussionsgrundlage bereits komplett ausgearbeitete Vorschriften vorsieht, die im Bereich seines Vortrags freilich

weitgehend mehr oder minder wörtlich den PECL entnommen, in Teilen aber schon modifiziert sind. Er behandelte die Regelungen zu Rechtsbindungswille, Angebot und Annahme, kollidierenden AGB, unternehmerischen Bestätigungsschreiben, Dissens, anfänglicher Unmöglichkeit und Anfechtung, sowie die Normen betreffend einen Verstoß gegen gemeineuropäische Grundprinzipien oder gegen zwingendes Recht. Dabei weiche der GRR bei näherem Hinsehen oft weniger vom deutschen Recht ab, als der erste Anschein es vermuten lasse. Bei der Anfechtung werde aber beispielsweise im GRR fehlendes schutzwürdiges Vertrauen des Anfechtungsgegners vorausgesetzt, während der Vertrauensschutz in Deutschland erst auf Rechtsfolgenseite Berücksichtigung finde (§ 122 BGB). Die sehr vagen Anfechtungsfristen des GRR hält er nicht für überzeugend. Sprengstoff sieht er ferner in Art. II.-6:301 GRR/Art. 15:101 PECL, nach dem ein Vertrag unwirksam ist, soweit er gegen gemeineuropäische Grundprinzipien verstößt; als solche Grundprinzipien könnten z. T. auch Wertungen des Grundgesetzes angesehen werden, wodurch die nur mittelbare Drittwirkung im Privatrecht in Frage gestellt werden könnte. Der GRR rege aber auch zum Nachdenken über das deutsche Recht an und könne Ideen für dessen Weiterentwicklung geben; als Beispiel nannte er die Frage, ob Bestätigungsschreiben und Auftragsbestätigung nicht auch im deutschen Recht den selben Regelungen unterworfen werden sollten.

Im Anschluss gab Notar Dr. *Peter Limmer*, Würzburg, Mitglied des CFR-Net (in dessen Rahmen Praktiker an der Abfassung des GRR beteiligt sind), einen Einblick in seine Erfahrungen im Netzwerk. Das Ziel des GRR sei die Überarbeitung des bestehenden Sekundärrechts. Er diene nach seiner Konzeption auch als Richtschnur für die Erarbeitung künftigen Sekundärrechts, die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts in nationales Recht und für die Judikatur des EuGH; ferner bilde er die Grundlage für ein sog. „optionelles Instrument“. Der Ansatz des GRR sei auf die Entwicklung von übergreifenden europäischen Rechtsprinzipien, einheitlichen Begriffen und Definitionen und Modellgesetzen gerichtet. 2004 wurden beteiligte Verbände aufgefordert, Personen für ein Expertennetzwerk zu benennen. In der Folge wurden 177 Experten aus allen Bereichen der Praxis und aus sämtlichen Mitgliedstaaten ausgewählt. Die ersten Erfahrungen im CFR-Net

seien jedoch von praktischen Problemen geprägt gewesen; v. a. nannte er sehr kurze Fristen, den immensen Umfang der Unterlagen und deren unsystematischen Aufbau vom Speziellen zum Allgemeinen. Die Entwürfe seien zu detailliert und überreguliert. Zudem sei ein fehlender Praxisbezug zu Tage getreten und eine ergebnisoffene, nach Alternativen forschende Diskussion sei nicht geführt worden. Als diese Problempunkte deutlich wurden, habe auf der CFR-Konferenz im September 2005 in London eine notwendige Neuorientierung stattgefunden, einschließlich einer Straffung des Programms. Im Rahmen einer inhaltlichen Neuausrichtung sprach er sich für einen strukturierten Umgang mit dem GRR aus, der von Funktions- und Systemdiskussionen geprägt ist und sich einer gewissen Selbstbeschränkung auf das Wesentliche unterwirft. Ferner müssten die Vertragsfreiheit geachtet und Bedenken der Praktiker ernst genommen werden.

Sodann berichtete Professor Dr. *Hans Schulte-Nölke* (Bielefeld), Koordinator des Exzellenznetzwerks und Mitgründer und Koordinator der „Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)“, von den laufenden Arbeiten am Gemeinsamen Referenzrahmen. Er sieht den GRR in der Idee der Restatements aus der US-amerikanischen Rechtstradition verwurzelt, die sich mit der Darstellung gemeinsamer Grundsätze der amerikanischen einzelstaatlichen Rechtsordnungen in normativer Sprache befassen. Der Europäische Rat von Tampere hat die Kommission 1999 beauftragt, zu untersuchen, ob weitere Schritte zur Europäisierung des Privatrechts erforderlich sind. Das in der Folge eingesetzte Netzwerk knüpfte dabei an die bisherige wissenschaftliche Arbeit an. Die Kernaufgaben des Netzwerks umfassen das Vertragsrecht, außervertragliche Schuldverhältnisse und das Mobiliarsachenrecht. Die verschiedenen vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsvergleichung entwickelten Bausteine müssten zudem konsistent zusammengeführt werden. Als aktuelle Tendenzen nannte er eine Konzentration auf das Primärziel der Überarbeitung der bestehenden Richtlinien, die mögliche Beteiligung anderer Generaldirektionen, um die vom Exzellenznetzwerk erarbeiteten Entwürfe ggf. für andere Felder des Privatrechtsacquis fruchtbar zu machen, und den „Rom I-Entwurf“ (Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht). Ferner stehe ein mögliches Ende der „Stakeholder“-Workshops unter Beteiligung des CFR-Net im Raum; er wünsche sich jedoch ausdrücklich eine weitere, freilich nach Möglichkeit besser organisierte Zusammenarbeit mit den Stakeholdern. Zum Zeitplan des GRR-Projekts führte er aus, dass nach dem Start des Exzellenznetzwerks im Mai 2005 im Mai 2006 die ersten Teilbände erschienen sind. Im Dezember 2007 werde der vorläufige Gesamtentwurf (rules and comments) abgeliefert; dieser werde Anfang 2008 als Buch veröffentlicht. Der Gesamtentwurf (rules, comments and notes) werde dann Ende 2008 abgeliefert und anschließend in Buchform veröffentlicht.

Notar a. D. *Christian Hertel*, LL.M., Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts (DNotI), behandelte sodann die rechtlichen Kategorien „Verbraucher“ und „Unternehmer“ nach den wissenschaftlichen Vorarbeiten für einen Einheitlichen Referenzrahmen des Europäischen Vertragsrechtes. Anhand der Bausteine des Verbraucher- und des Unternehmerbegriffs verdeutlichte er die Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens. Dabei zeigte er zunächst die unterschiedlichen Definitionen der Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ auf. Diese würden in den bestehenden EG-Verbraucherschutzrichtlinien und in der EuGVVO nicht etwa übereinstimmend, sondern teilweise sprachlich uneinheitlich wengleich wohl inhaltsgleich definiert; zudem seien die unterschiedlichen Sprachfassungen nicht kongruent formuliert. Auch im nationalen Recht der Mitgliedstaaten fänden sich starke Divergenzen. Einige Staaten hätten eine über das Europarecht hinausgehende eigenständige Definition normiert, andere (wie z. B. Deutschland, §§ 13, 14 BGB) hätten sich in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts für eine einheitliche Definition entschieden, wieder andere hätten die jeweilige Definition der jeweiligen EG-Richtlinie umgesetzt und so sektoral in ihr nationales Recht überführt; schließlich gebe es auch Mitgliedstaaten, in deren nationalem Recht keine gesetzliche Definition der Begriffe erfolgt sei. Aus dieser Bestandsaufnahme folgerte er, dass das bestehende EG-Recht einer terminologischen und sprachlichen Vereinheitlichung bedürfe. Anschließend behandelte er die Definition des GRR; die Beschränkung des Verbraucherbegriffs auf natürliche Personen sei zu begrüßen, da die Aufnahme von Kleinunternehmern nicht praktikabel sei. Als weitere wichtige Einzelpunkte wertete er die Frage der möglichen Unternehmereigenschaft juristischer Personen des öffentlichen Rechts, von Existenzgründern, Fallgestaltungen, die auf gemischtem Zweck beruhen, oder Fälle, in denen ein gewerblicher Vertreter eines Verbrauchers auftrete, sowie die Erkennbarkeit des Verbraucherhandelns und das Vortäuschen von Unternehmerhandeln. Als an den Verbraucherbegriff anknüpfende Rechtsfolgen führte er die Bereiche vorvertraglicher Informationspflichten, die Verbraucherwiderrufsrechte und die AGB-Kontrolle im Verbrauchervertrag an. Eine einheitliche Begriffsdefinition bezeichnete er als wichtig und sinnvoll; dabei könne der GRR als Basis einer einheitlichen Terminologie in einer sprachbereinigenden Überarbeitung der Richtlinien fungieren.

Die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht stellte das bislang weitgehend im Verborgenen stattfindende Projekt des GRR vor und gab Gelegenheiten, wissenschaftliche und praxisbezogene Standpunkte gemeinsam zu vertiefen und zu erörtern. Dabei wurden die fortschreitende Europäisierung des Privatrechts und die mit dieser Entwicklung verbundenen Aspekte aus verschiedenen Perspektiven beleuchtet. Die angeregte Diskussion zu den Fragestellungen der Tagung klang schließlich im Rahmen eines kleinen Empfangs aus.

BUCHBESPRECHUNGEN

Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller: Grundstückskaufverträge. RWS-Verlag, 2005. 560 S., 87,80 €

Grundstückskaufverträge und damit verbundene rechtliche Gestaltungen gehören zum notariellen Alltagsgeschäft. Die Komplexität der Materie verlangt es jedoch, immer differenziertere Lösungen zu finden. Eine Hilfe hierzu bietet der in der Reihe „RWS-Vertragskommentare“ neu erschienene Band 5 „Grundstückskaufverträge“, welcher sich weniger als Musterformularhandbuch versteht, sondern vielmehr als griffiger Handkommentar für den Bereich des privaten Grundstücksrechts. Ausgeklammert bleibt hingegen das gesamte Bauträgervertragsrecht.

Das Autorenteam – bestehend aus den Kollegen *Grziwotz*, *Everts*, *Heinemann* und *Koller* – versucht weitgehend praxisorientiert zu einzelnen Problemen Stellung zu nehmen, ohne sich in Abhandlungen von nur theoretischer Bedeutung zu verlieren. Aktuelle Entwicklungen sind berücksichtigt, so sind z. B. das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 wie auch die Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der aktuelle Diskussionsstand hierzu bereits vollständig eingearbeitet. Auch die Erläuterungen zur Eigenheimzulage (Rdnr. 1142 ff.) deuten bereits deren Ende an. Einzig die Entscheidung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft konnte aufgrund des Erscheinungsdatums des Kommentars noch keine Erwähnung finden.

Einführend erläutert *Heinemann* ausführlich und dennoch auf das Wesentliche beschränkt das Beurkundungserfordernis gemäß § 311 b BGB sowie das entsprechende Beurkundungsverfahren, wenn auch die in Rdnr. 64 vorgeschlagene Dokumentation der Hinwirkungspflicht (§ 17 Abs. 2 a BeurkG) in den Nebenakten nicht der überwiegenden Praxis entspricht (vgl. *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 151 ff.).

Den 350 Seiten starken Hauptteil des Werkes mit dem Titel „unbebautes Grundstück“ leiten vollständig ausgearbeitete Kaufvertragsmuster ein. Plastisch werden die Muster durch die sich daran anschließenden ausführlichen Erläuterungen und Kommentierungen, die wiederum durch weitere Formulierungsvorschläge im Einzelfall ergänzt werden. Der Formulierungsvorschlag zum Themenkomplex „Kaufpreisfinanzierung durch Schuldübernahme“ enthält jedoch sehr ausdifferenzierte und komplexe Rücktrittsregelungen (Rdnr. 144–145), die lediglich für Einzelfälle geeignet scheinen.

Bei den insgesamt gelungenen Ausführungen zu den Urkundsbeteiligten gefallen besonders die Anmerkungen zum Ehegüterrecht. Einen Wermutstropfen bilden allerdings die Ausführungen *Kollers* zu dem längst aufgehobenen § 1670 BGB (Rdnr. 299), dessen Erläuterungen zum Anwendungsbereich des Artikel 12 EGBGB (Rdnr. 290) und den eher praxisfernen Ausführungen zur ehevertraglichen Vereinbarung von Vorbehaltgut nach ausländischem Recht durch einen Ehegatten vorbehaltlich der Genehmigung des anderen (Rdnr. 309 ff.).

Die Beteiligung von Parteien kraft Amtes und die Gefahr des nachträglichen Wegfalls der Verfügungsbefugnis von Testamentsvollstecker und Insolvenzverwalter stellen für den Vertragsgestalter regelmäßig eine besondere Herausforderung dar. Bei den im Übrigen guten und instruktiven Darlegungen (Rdnr. 385 ff.) zu dieser Thematik fehlt einzig die Erwähnung

des Treuhänders im Insolvenzverfahren, auch ist in solchen Fallgestaltungen die Abwicklung über Notaranderkonto entgegen der Ansicht von *Koller* (Rdnr. 414) dann sachgerecht, wenn die Auskehrung des Verkaufserlöses erst nach Vollzug des Kaufvertrages im Grundbuch erfolgt.

Die Kommentierung zu Urkundsbeteiligten schließt mit gelungenen Ausführungen zu Gesellschaften in Gründung (Rdnr. 472 ff.) und der Beteiligung öffentlich-rechtlicher Körperschaften (Rdnr. 494 ff.) ab. Anschließend stellt *Everts* unter dem Oberbegriff „Kaufobjekt“ umfassend die aktuelle Rechtsprechung zur Bestimmtheit des Vertragsobjektes beim Teilflächenkauf dar (Rdnr. 573 ff.).

Einen weiteren Schwerpunkt der Darstellung bildet der Themenkomplex Kaufpreisfälligkeit. Zu der Frage, ob die Fälligkeitsmitteilung konstitutiv oder deklaratorisch sein sollte, scheiden sich bekanntermaßen die Geister. Auch die Verfasser vertreten hierzu unterschiedliche Auffassungen. Die Sicherung der Lastenfreistellung bei der Kaufpreiszahlung ist eine für den Vertragsgestalter haftungsträchtige Materie, so dass an dieser Stelle vertiefte Ausführungen zur Sicherung der Lastenfreistellungskosten, zur Annahme von Treuhandaufträgen, zu Vorfälligkeitsentschädigungen, zum Unschädlichkeitszeugnis und zu nachrangigen Rechten nach § 888 BGB erfreulich gewesen wären.

Es gibt Fallkonstellationen, in denen zur Abwicklung der Kaufpreiszahlung die Einrichtung eines Notaranderkontos erforderlich ist. Hilfreich sind in diesen Fällen die Ausführungen *Heinemanns* (Rdnr. 665 ff.), wobei allerdings die Erläuterungen (Rdnr. 680) zu den nicht vom Notar zu überprüfenden Auszahlungsvoraussetzungen dem Formulierungsvorschlag (Rdnr. 697) widersprechen.

Selbstredend finden sich auch Regelungen zum Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten; in dem Formulierungsvorschlag von *Koller* (Rdnr. 804) vermisst der Leser aber eine Regelung, wie hinsichtlich der vom Käufer geleisteten Anzahlung im Falle des Scheiterns des Kaufvertrages zu verfahren ist.

Öffentlich-rechtliche Aspekte von Grundstückskaufverträgen werden von *Grziwotz* umfassend und fundiert dargestellt, lediglich umfassend wiederkehrende Ausbaubeiträge werden ausgeklammert. Zusammenfassend werden die mit der Auflassungsvormerkung auftauchenden Probleme besprochen, wobei die Ausführungen zur Reaktivierung erloschener Auflassungsvormerkungen (Rdnr. 911–913) sowie die Ausführung von *Koller* zum stecken gebliebenen Kauf besonders gelungen sind. Nicht vertieft wird die sog. „Sprungauflassung“ behandelt; zutreffend weist *Koller* aber auf die damit verbundenen erheblichen Gefahren hin (Rdnr. 992).

Ebenfalls prägnant und instruktiv dargestellt sind die für den Notar zu beachtenden Grundzüge der einzelnen Steuerarten. Die aufgrund der Änderung des § 9 UStG erforderliche Regelung der Umsatzsteueroption im Kaufvertrag erläutert *Everts* in gelungener Weise.

Der überwiegende Praxisfall ist der Verkauf eines bebauten Grundstückes. Teil C. des vorliegenden Werkes beschäftigt sich daher mit dieser Standardsituation. Auch hier ist im Stile des Buches wiederum ein Vertragsmuster vorangestellt, welches durch entsprechende Kommentierungen sodann ergänzt wird. Letztere verstehen sich explizit auch als Ergänzung des Hauptteils des Buches, so dass überwiegend mit Verweisun-

gen auf den allgemeinen Teil gearbeitet wird. Ausführlich werden an dieser Stelle die bei vermieteten Objekten auftretenden rechtlichen Besonderheiten behandelt. Hier gefallen besonders die Formulierungsvorschläge zu Mietsicherheiten (Rdnr. 1399 ff.). Abschließend wird von *Heinemann* sehr überzeugend das Sachmängelrecht aufgegriffen (Rdnr. 1417–1443).

Im vierten Teil der Darstellung schließen sich unter dem Kapitel „Weitere Klauseln mit Erläuterungen“ Ausführungen zu Sondergestaltungen an, insbesondere zum Wohnungs- und Teileigentum, zum Erbbaurechtskauf, zu Besonderheiten bei Aufspaltung in Angebot und Annahme bei Kaufverträgen mit der öffentlichen Hand, Makler- sowie Gerichts- bzw. Mediationsklauseln. Die Darstellung ist insgesamt recht knapp gehalten; eine tiefer gehende Auseinandersetzung mit dem Erbbaurechtskauf und dem Kauf von Wohnungs-/Teileigentum wäre wünschenswert. Die Darstellung zu Schiedsgerichtsklauseln überrascht dagegen, da Regelungen hierzu bei Grundstückskaufverträgen üblicherweise nicht erforderlich sind. Abgerundet wird das Werk schließlich mit einem Kapitel zur Vertragsabwicklung und -aufhebung einschließlich Formulierungsanregungen für die notarielle Vollzugspraxis.

Leider hat sich an einigen Stellen der Fehlerteufel eingeschlichen, so in Rdnr. 800 – das Muster ist sinnteststellt –,

Rdnr. 844, Rdnr. 924, Rdnr. 1028, Rdnr. 1147, Rdnr. 1207, Rdnr. 1451, Rdnr. 1454, Rdnr. 1475 und Rdnr. 1571. Bedingt durch den Aufbau des Buches, welches sich vom Allgemeinen zum Speziellen hin bewegt, sowie durch die Bearbeiterzahl finden sich an einigen Stellen Wiederholungen, z. B. zur Abschaffung der städtebaulichen Teilungsgenehmigung gemäß § 19 BauGB a. F., zur *falsa demonstratio* sowie zur Änderung und Aufhebung des Grundstückskaufvertrages. Naturgemäß wünscht sich der Praktiker an einigen Stellen des Werkes zuweilen ergänzende Muster oder weitergehende Erläuterungen, beispielsweise zu zusammengesetzten Verträgen, zu Rückzahlungsvoraussetzungen bei fehlgeschlagenen Verfahren oder schädlichen Bodenveränderungen. Allerdings findet der interessierte Leser regelmäßig in den Fußnoten Hinweise auf weiterführende Literatur, so dass eine Vertiefung – wo gewünscht – ohne weiteres möglich ist.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass es sich bei dem vorliegenden Werk um eine für Praktiker von Praktikern gelungene Darstellung der Rechtsmaterie „Grundstückskaufverträge“ handelt. Wie bei einer Erstauflage nicht ungewöhnlich, weist das Werk gelegentlich noch Unebenheiten auf, die dessen Wert aber nicht schmälern.

Notarin *Dorothee Vogel*, Zweibrücken

Grziwotz (Hrsg.): MaBV: Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung. RWS-Verl. Kommunikationsforum, 2006. 324 S., 49,80 €

Mit dem erstmals aufgelegten, von Notar Dr. Dr. *Grziwotz*, herausgegebenen Kommentar zur Makler- und Bauträgerverordnung wurde die Zielsetzung verfolgt, einen Kommentar zu erstellen, der sich in erster Linie an die im Bereich des Bauträgerrechts tätigen Praktiker richtet und insbesondere auch die zivilrechtlichen Wirkungen der MaBV-Vorschriften untersucht. Um es gleich vorwegzunehmen: Diese Zielsetzung wurde durch die Herausgabe des neuen Kommentars zur MaBV in vollem Umfang und in besonders anerkannter Weise erreicht.

Innerhalb der Kommentierung nehmen folgerichtig die für das Zivilrecht und den Bauträgervertrag bedeutsamen §§ 3 und 7 der MaBV einen Schwerpunkt ein. Dort finden sich auf über 120 Seiten übersichtlich und verständlich dargestellt sämtliche Antworten auf Fragen, welche sich bei der Sicherung eines Bauträgerkäufers stellen. Die aktuelle Rechtsprechung ist zuverlässig eingearbeitet. Zwar kann und will der neue Kommentar in diesem Bereich ein komplettes Bauträgerhandbuch nicht ersetzen. Bei speziellen Fragestellungen zur MaBV ermöglicht er es dem Praktiker aber schnell zu verlässigen und detaillierte Antworten zu finden, die kaum Wünsche offen lassen. Der Einsatz des neuen Kommentars ist daher m. E. insbesondere auch in Ergänzung zu den Standardwerken im Bereich des Bauträgerrechts zu empfehlen.

Besonders erwähnenswert ist die Idee, die Kommentierung des § 3 MaBV durch einen Anhang zu ergänzen, in dem sich technische Erläuterungen zu § 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV finden. Hier wird aus Sicht der Baupraxis Stellung dazu genommen, was unter den einzelnen Bauleistungen konkret zu verstehen ist und wie die Zuordnung einzelner Bauleistungen zu dem Ratenplan der MaBV zu erfolgen hat. Durch diese – soweit ersichtlich – erstmalige Darstellung wird es auch den regel-

mäßig bautechnisch weniger erfahrenen Juristen ermöglicht, konkrete Antworten auf Fragen zu geben, die sich im Zuge der Bauausführung stellen, wie z. B. auf die Frage, ob die Montage der Schalter und Stecker, das Verklemmen von Kabeln und der Einbau von Sicherungen für den Abruf der Rate für die Rohinstallation der Elektroanlagen notwendig ist. Die technischen Ausführungen sind auch für die Bauträger ein praxisrelevantes Hilfsmittel, um beurteilen zu können, bei welchem Bautenstand sie die nächste MaBV-Rate abrufen dürfen.

Bemerkenswert für einen Kommentar ist weiter, dass sich im Anschluss an die Kommentierung einzelner Paragraphen Formulierungsvorschläge, Muster, Beispiele, Übersichten und Hinweise zur Vertragsgestaltung finden. So ist im Anhang zur Kommentierung des § 3 MaBV ein Muster für eine Freistellungsverpflichtungserklärung seitens des Globalgläubigers samt dazugehörigen ausführlichen Erläuterungen abgedruckt. Nicht nur für Bankjuristen ein nützliches Hilfsmittel. Dem Notar gibt es Antworten darauf, ob der Inhalt eines Freigabeversprechens den Anforderungen der MaBV genügt. Schließlich werden Gestaltungsvarianten aufgezeigt und auf ihre unterschiedlichen Risiken hin untersucht und bewertet. Auch hier zeigt sich, dass sich der neue Kommentar in erster Linie an Praktiker wendet und ihnen hilfreiche Materialien an die Hand gibt.

Aus notarieller Sicht hervorzuheben ist, dass sich an vielen Stellen innerhalb der Kommentierungen Hinweise darauf finden, welche Prüfungspflichten den Notar im Zuge der Erstellung und Abwicklung eines Bauträgervertrages treffen und wie weit diese Pflichten reichen, welche weiteren Prüfungsverpflichtungen durch den Notar übernommen werden können, verbunden mit Empfehlungen, ob das im Einzelfall sinnvoll erscheint.

Auch wenn bei der Erstellung des MaBV-Kommentars bewusst ein Schwerpunkt auf die zivilrechtlichen Auswirkungen

der MaBV-Vorschriften gesetzt wurde, so heißt das nicht, dass die gewerberechtlichen Aspekte der MaBV bei der Kommentierung zu kurz gekommen wären. Bei den zum Teil vom Herausgeber selbst kommentierten rein gewerberechtlichen Vorschriften der MaBV werden den Bauträgern und den Wirtschaftsprüfern oder Mitarbeitern von Gewerbeaufsichtämtern in ausreichendem Umfang Auslegungshilfen an die Hand gegeben. Ergänzt wird die MaBV-Komentierung in diesem Bereich durch die Berücksichtigung von praxisrelevanten Aspekten des § 34 c GewO, die ebenfalls dargestellt werden.

Alles in allem lässt sich sagen, dass der von *Grziwotz* herausgegebene Kommentar zur MaBV – der im Übrigen der derzeit einzige aktuelle Kommentar zur MaBV ist – einen echten Gewinn für alle Praktiker bedeutet, die sich mit den Vorschriften der MaBV befassen. Er richtet sich an Rechtsanwälte, Richter, Notare, Bankjuristen, Mitarbeiter von Gewerbeaufsichtämtern, Wirtschaftsprüfer, Bauträger und Verbraucherschutzverbände und kann den Vorgenannten allesamt besten Gewissens empfohlen werden.

Notar Dr. *Frank Seifert*, Kempten

Rothärmel: Gestaltungsfreiheit der Familiengesellschafter im deutschen und U. S.-amerikanischen Aktienrecht. Giesecking, 2006. 341 S., 74 €

Die Frage der Gestaltungsfreiheit der Satzungen von Aktiengesellschaften ist für die Gesellschaftsrechtspraxis von erheblicher Bedeutung. Dies gilt nicht zuletzt auch für den Realtypus einer Familien-AG (vgl. nur *Wälzholz*, Besonderheiten der Satzungsgestaltung bei der Familien-AG, DStR 2004, 779, 819 und *D. Mayer*, Grenzen von Aktionärsvereinbarungen, MittBayNot 2006, 281). Der zulässige Gestaltungsrahmen ist freilich aufgrund des in § 23 Abs. 5 AktG verankerten Grundsatzes der Satzungsstrenge erheblich eingeschränkt. Die beschränkte Gestaltungsfreiheit von AG-Satzungen ist daher Kritik in der Literatur ausgesetzt. Für eine fundierte Diskussion kann die rechtsvergleichende Perspektive, wie sie die vorliegende, von *Reimann* angeregte und betreute Arbeit eröffnet, sinnvolle Impulse liefern.

Ein Vergleich mit dem US-amerikanischen Aktienrecht ist in mehrfacher Hinsicht von besonderem Interesse: Aufgrund der weit reichenden Betätigung amerikanischer Investoren auf dem europäischen Markt werden die Einflüsse der anglo-amerikanischen Rechtskultur in der deutschen Beratungspraxis zunehmend spürbar. Für die (in den einzelnen Bundesstaaten unterschiedlich geregelte) general stock corporation ist gegenüber der deutschen AG ein erheblich weiter gehender Gestaltungsspielraum anerkannt, so dass sich hier möglicherweise Argumente für eine Einschränkung des Grundsatzes der Satzungsstrenge finden lassen. Zwischen den US-Bundesstaaten besteht auf der Grundlage der dort herrschenden Gründungstheorie schon lange eine Konkurrenzsituation im Markt um Inkorporationen, wie sie sich als Folge der jüngeren Rechtsprechung des EuGH auch in Europa einstellen könnte („Wettbewerb der Rechtsordnungen“). Die Abwanderung von Gesellschaften insbesondere in den Bundesstaat Delaware hat einen erheblichen Anpassungsdruck der einzelstaatlichen Gesetzgeber hervorgebracht. Dementsprechend beschränkt sich der Vergleich mit den USA auf den Bundesstaat Delaware (vgl. S. 20). Diese Beschränkung ist im Interesse der Arbeitsökonomie und der Übersichtlichkeit der Darstellung legitim.

Die Arbeit folgt der in der Rechtsvergleichung herrschenden funktionalen Methode und stellt nach Problembereichen geordnet die Lösungen der untersuchten Rechtsordnungen einander gegenüber. Nach einer Einleitung und allgemeinen Vorbemerkungen zur Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht Deutschlands und der Vereinigten Staaten befassen sich die weiteren Kapitel mit den Gestaltungsmöglichkeiten zur Kontrolle des Aktionärskreises, den Rechten der Hauptversammlung und der Aktionäre sowie der Einflussnahme auf die Ver-

waltungsorgane. Dem folgt eine analytische Auswertung der gesammelten Daten aus den Länderberichten, die einen übergeordneten Standpunkt im Sinne eines tertium comparationis schaffen und den Ausgangspunkt für eine kritische Würdigung der nationalen Lösungen bilden sollen. Die Untersuchung schließt mit der Formulierung von Thesen und einer tabellarischen Gegenüberstellung zentraler Regelungsbereiche der beiden Gesellschaftsformen. Schon die Darstellung des US-amerikanischen Rechts auf dem Fundament der Erörterungen zum deutschen Recht erscheint dabei als gewinnbringend. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH zum deutsch-amerikanischen Freundschaftsvertrag ist eine in Übereinstimmung mit US-amerikanischen Vorschriften in den Vereinigten Staaten von Amerika wirksam gegründete, dort rechts- und parteifähige Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland unabhängig von ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz rechts- und parteifähig (vgl. BGH, MittBay-Not 2005, 242). Grundkenntnisse des amerikanischen Gesellschaftsrechts haben damit auch für den Rechtsverkehr in Deutschland Bedeutung.

In eine funktionale Betrachtung sind freilich auch andere Gesellschaftsformen einzubeziehen, die nicht als Aktiengesellschaften einzuordnen sind, aber möglicherweise vergleichbare Aufgaben in den unterschiedlichen Rechtssystemen erfüllen. Im Hinblick auf die Frage der Gestaltungsfreiheit fällt insbesondere in den Blick, dass das deutsche Recht mit der GmbH eine Rechtsform kennt, die im Sinne eines Allzweckinstruments durch eine weitreichende Satzungsautonomie geprägt ist (vgl. nur *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 63 ff.). Der Verfasser erkennt die Problematik und zeigt Gründe auf, welche die AG gegenüber der GmbH in deren Anwendungsspektrum als vorzugswürdig erscheinen lassen. Hierzu werden insbesondere Image- und Public-Relations-Aspekte gerechnet (vgl. S. 15 f.). Als weiterer Gesichtspunkt wird die höhere Fungibilität von Aktien genannt (S. 14), wobei angesichts der Sorge von Familienaktionären, die Mitgliedschaft könne in nicht kontrollierbarer Weise auf ungewünschte Personen übergehen, im Kontext der Arbeit gerade die Übertragbarkeitsbeschränkungen, welche im US-amerikanischen Recht möglich sind, besonders hervorgehoben werden (S. 275 f.). Nach Auffassung des Verfassers soll die höhere Verbreitung von Aktiengesellschaften vor allem aber die Eigenkapitalschwäche deutscher Unternehmen überwinden helfen, da ein „eindeutiger Zusammenhang“ zwischen Rechtsform und Eigenkapitalquote bestehe (S. 298). Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang freilich auch, dass die durch europäische Erfahrungen mit der Gesellschaft mbH entwickelte amerikanische LLC erst in den 90er Jahren entwickelt wurde und deshalb gegenüber der stock corporation nicht dieselbe praktische Bedeu-

tung besitzen kann, wie sie beispielsweise die deutsche GmbH während ihrer 100-jährigen Entwicklung erlangt hat (S. 25).

Ausgehend von der Prämisse, dass eine Erweiterung des Gestaltungsrahmens bei der AG mit Vorteilen im Rahmen des deutschen Gesellschaftsrechtssystems verbunden wäre, formuliert die Arbeit konkrete Änderungsansätze, die jeweils durch einen textlichen Gesetzesvorschlag abgerundet werden. Systematisch hält der Verfasser dabei an dem Grundsatz der Satzungsstrenge in § 23 Abs. 5 AktG fest, da sämtliche Normen des Aktiengesetzes auf das Zusammenspiel mit dieser Vorschrift ausgerichtet sind. Eine Aufweichung dieses Prinzips würde nach Auffassung des Verfassers erheblichen Regelungsaufwand nach sich ziehen oder zu Rechtsunsicherheit in der Rechtspraxis führen. Unter Berufung auf die Theorie der „path dependency“ weist der Verfasser darauf hin, dass Reformansätze vom einmal eingeschlagenen Pfad abhängig sind (S. 303). So könnten gegenüber § 23 Abs. 5 AktG zusätzliche Ergänzungs- und Abwägungsmöglichkeiten individuell dort geschaffen werden, wo ein konkretes Gestaltungsinteresse identifiziert wird, ohne dass durchschlagende Erwägungen den zwingenden Charakter gebieten.

Insgesamt enthält die Arbeit solide und fundierte Darstellungen der gegenüber gestellten Rechtsordnungen, die ein hohes Maß an gesellschaftsrechtlichem Problembewusstsein erkennen lassen. Der Ansatz einer einzelfallorientierten Überprüfung des Grundsatzes der Satzungsstrenge hält an dem grundsätzlich bewährten bestehenden Gesellschaftsrecht fest, ohne die Möglichkeiten einer sinnvollen Erweiterung des Gestaltungsrahmens außer Acht zu lassen. Die konkreten Vorschläge verdienen in der weiteren Diskussion Berücksichtigung. Das Prinzip der Satzungsstrenge standardisiert die Aktiengesellschaft und soll sie dadurch für gegenwärtige und zukünftige Gesellschafter berechenbar machen. Dennoch hat auch der Gesetzgeber erkannt, dass eine Lockerung der Organisationsverfassung für nicht börsennotierte Gesellschaften, deren bindende Verfassung nicht im gleichen Maße berechenbar sein muss, in Teilbereichen zu erwägen ist. Die Anschaffung der Arbeit ist daher lohnend, wenn man sich für amerikanisches Aktienrecht interessiert oder die Reformdiskussion hierzulande näher verfolgen möchte.

Notar Dr. *Hartmut Wicke*, LL. M.
(Univ. Stellenbosch), München

Eickmann/Flessner/Irschlinger u. a.: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung. 4. Aufl., C. F. Müller, 2006. 1 835 S., 124 €

Der Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung liegt nun schon in der 4. Auflage vor. Dies ist angesichts der Tatsache, dass es die Insolvenzordnung selbst erst seit 1998 gibt, schon für sich genommen eine durchaus beeindruckende Leistung. Sie ist Nachweis dafür, dass der Kommentar vom Markt sehr gut angenommen wurde. Dieser Erfolg dürfte nicht zuletzt dem äußerst glücklich besetzten Autorenteam zu verdanken sein, das aus praktisch jedem insolvenzrechtlichen Tätigkeitsbereich einen Vertreter aufzuweisen hat. Anders als das Konkurrenzprodukt aus dem Beck-Verlag, der ebenfalls einbändige Kommentar zur Insolvenzordnung von *Braun*, ist der Heidelberger Kommentar allerdings stärker wissenschaftlich orientiert. Entwicklungen im Insolvenzrecht wurden schon allein deshalb in der Vergangenheit in diesem Kommentar vorgezeichnet, weil zwei der Autoren, *Kreft* als Vorsitzender und *Kirchhof* als Mitglied, führende Rollen im IX. Senat des BGH, dem Insolvenzrechtssenat, hatten.

Viele Bereiche der Insolvenzordnung spielen für den Notar nur eine untergeordnete Rolle. Die zunehmende Anzahl von Insolvenzverfahren bedingt es aber, dass bestimmte Elemente dieses Rechtsgebietes mittlerweile große praktische Bedeutung erhalten haben. Ich nehme nichts vorweg, wenn ich bereits an dieser Stelle sage, dass der Kommentar gerade in den für den Notar interessanten Bereichen Erstklassiges zu bieten hat.

Die Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren sind ein für den Rechtsanwender, der nicht tagtäglich mit dem Insolvenzrecht beschäftigt ist, ein schwer zu überschauendes Feld. Anders als beim Insolvenzverwalter, auf den schlicht die gesamte Verwaltungs- und Verfügungsmacht über das schuldnerische Vermögen übergeht, bestimmen sich die Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters und korrespondierend diejenigen des Schuldners nach den individuellen Anordnungen des Insolvenzgerichts. Nur der selten zu findende starke

vorläufige Verwalter hat dem Insolvenzverwalter entsprechende Befugnisse. Die Kommentierung der §§ 21–24 InsO oblag wie in den Voraufgaben *Kirchhof*. Geradezu muster-gültig sind dabei die in § 22 zu findenden Ausführungen zur Bedeutung und dem praktischen Verfahren bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 Rdnr. 3 ff.). Obwohl *Kirchhof* zu Recht betont, dass Aufgabe des vorläufigen Verwalters nur die Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens ist (Rdnr. 9), fehlt nicht der Hinweis darauf, dass der vorläufige Insolvenzverwalter selbstverständlich einen vormerkungsgesicherten Anspruch eines Gläubigers des Schuldners erfüllen kann und muss, wenn dieser fällig ist (Rdnr. 16). Nicht zu überzeugen vermögen dagegen die Ausführungen zur Verpflichtung des Grundbuchamts zur Vollziehung von Eintragungsanträgen, wenn trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens und entgegen § 23 Abs. 3 InsO die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch nicht eingetragene ist. So führt er unter § 23 Rdnr. 12 an, das Grundbuchamt sei dann, wenn ihm vor Vollziehung einer Eintragung bekannt werde, dass verfügungshindernde Sicherungsmaßnahmen im vorläufigen Insolvenzverfahren ergriffen sind, an der Eintragung der Rechtsänderung gehindert, auch wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung keine entsprechende Eintragung im Grundbuch vorhanden war. Es sei Sache des Begünstigten, seinen gutgläubigen Erwerb gegen den Insolvenzverwalter durch Klage geltend zu machen. *Kirchhof* übersieht dabei zweierlei. Zum einen kann ein gutgläubiger Erwerb nur dann durch Klage geltend gemacht werden, wenn es zu einem solchen gekommen ist, was aber die Eintragung voraussetzt. Der bloße schuldrechtliche Anspruch ist dem Insolvenzverwalter gegenüber gerade nicht durchzusetzen. Wichtiger aber ist, dass die Vorschriften zum Schutz des gutgläubigen Erwerbs in den §§ 81 und 91 InsO i. V. m. § 892 BGB nur dann nicht eingreifen, wenn der Begünstigte positive Kenntnis vom Bestehen der Verfügungsbeschränkung hatte, die Kenntnis dem Begünstigten also nachzuweisen ist.

Die für die notarielle Praxis besonders bedeutenden Bestimmungen der §§ 81 und 91 InsO werden von *Eickmann* kommentiert. Mit diesen Normen überträgt die Insolvenzordnung

die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zum Schutz des guten Glaubens an das Grundbuch, §§ 892, 893 BGB, sowie den Schutz vor dem Verlust der Verfügungsmacht des Verfügenden nach § 878 BGB in das Insolvenzverfahren. Zutreffend weist *Eickmann* darauf hin, dass entgegen einer immer noch vertretenen Auffassung der Schutz mehraktiger Verfügungshandlungen wie insbesondere der Rechtswechsel an einem Immobilienrecht nunmehr durch § 81 InsO erfasst wird und nicht (mehr) durch § 91 InsO (§ 81 Rdnr. 5). *Eickmann* vertritt die von mir vorstehend als Kritik an der Auffassung *Kirchhofs* geäußerte Auffassung, dass der gutgläubige Erwerb an Gegenständen der Masse nur davon abhängt, dass der Erwerber im Zeitpunkt der Antragstellung keine positive Kenntnis vom Eingreifen der Verfügungsbeschränkungen des Insolvenzverfahrens hat (§ 91 Rdnr. 9). Allerdings wäre es insofern hilfreich, wenn gerade *Eickmann* als ehemaliger Rechtspfleger ausdrücklich auf die Vollzugspflicht des Grundbuchamtes hingewiesen hätte. Interessant ist die Auffassung *Eickmanns*, wonach der vormerkungsgesicherte Anspruch auf Eigentumsübertragung an einen noch zu benennenden Dritten in der Insolvenz des Verpflichteten durchsetzbar ist, gleichzeitig aber in der Insolvenz des Versprechensempfängers nicht zur Masse gehören soll (§ 91 Rdnr. 33). Wäre dies zutreffend, könnten die vom BGH zu Recht grundsätzlich abgelehnten vollstreckungsfreien Gegenstände geschaffen werden. So könnte in Übertragungsverträgen vereinbart werden, dass dem Übertragenden kein Anspruch auf Rückübertragung des Gegenstandes an sich selbst, sondern nur an einen noch zu benennenden Dritten zusteht. Fällt nun der Übertragende in die Insolvenz, fällt dieser Anspruch unter Zugrundelegung der Auffassung *Eickmanns* nicht in die Insolvenzmasse. Fällt der Erwerber in die Insolvenz, kann der Übertragende den Anspruch durchsetzen. So interessant entsprechende Gestaltungen erscheinen, halte ich die Auffassung gleichwohl nicht für zutreffend.

Die wohl wichtigste Vorschrift der Insolvenzordnung für den notariellen Bereich ist der von *Marotzke* kommentierte § 106 InsO, mit dem die Wirkungen der Vormerkung im Insolvenzverfahren geschützt werden. Anhand einer ganzen Reihe von Beispielen (§ 106 Rdnr. 14 ff.) erläutert der Autor die praktischen Konsequenzen der Vormerkung. Für künftige Auflage des Heidelberger Kommentars macht *Marotzke* unter Rdnr. 52 ff. Hoffnung, wenn er den Insolvenzschutz für Zessionare einer vormerkungsgesicherten Forderung in der Insolvenz des Zedenten erörtert. Zwar gelangt auch er bei dieser hoch umstrittenen Frage nicht zu einer endgültigen Lösung, deutet jedoch mit den dortigen Überlegungen mögliche künftige Ausführungen an. Sollte man sich einmal mit der Lösung eines Problems aus dem Bereich des Verwalterwahlrechts nach § 103 InsO in der Praxis konfrontiert sehen, dürfte der Griff zu den Kommentierungen *Marotzkes* im Heidelberger Kommentar absolut erste Wahl sein. Meines Erachtens gibt es im Bereich der Kommentarliteratur kaum eine bessere Darstellung dieser Materie.

Für die Konzeption und Planung von vertraglichen Vereinbarungen im Vorfeld einer möglichen Krise spielt die Frage der Anfechtbarkeit in einem etwaigen späteren Insolvenzverfahren eine große Rolle. Auch in diesem Punkt vermag der Heidelberger Kommentar zu glänzen, bietet er doch in der Person von *Kreft*, dem ehemaligen Vorsitzenden des IX. Zivilsenats, einen ausgewiesenen Experten des Anfechtungsrechts auf. Geradezu lehrbuchartig stellt *Kreft* in den Kommentierungen zu § 129 InsO die Tatbestandsmerkmale der Anfechtung dar. Besondere Beachtung sollte die unter Rdnr. 53 erläuterte Übertragung wertausschöpfend belasteter Gegenstände finden. Die Ausführungen von *Kreft* vermögen die Angst vor der in Krisensituationen sehr häufigen Verschiebung des wertausschöpfend belasteten Einfamilienhauses vom Schuldner auf einen anderen Familienangehörigen zu nehmen.

Der Gesetzgeber hat mit der Insolvenzordnung eine ganze Reihe von Neuerungen eingeführt. Eine dieser Neuerungen ist das besondere Verfahren der Verbraucherinsolvenz, das für Kleinverfahren einige Besonderheiten gegenüber dem regulären Insolvenzverfahren vorsieht. Aus notarieller Sicht ist dabei vor allen Dingen die Rechtsstellung des Treuhänders nach § 313 InsO im Vergleich zu derjenigen des Insolvenzverwalters von Bedeutung. Unklar ist dabei insbesondere, welche Einschränkungen der § 313 Abs. 3 InsO dem Treuhänder bei der Verfügung über Grundstücke auferlegt. In der Norm heißt es etwas nebulös, der Treuhänder sei zu einer Verwertung von mit Pfandrechten belasteten Grundstücken nicht berechtigt. Entgegen der wohl überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung und der Literatur geht *Landfermann*, meines Erachtens vollkommen zutreffend, davon aus, dass unter dem Begriff der Verwertung in § 313 InsO nur diejenige entsprechend § 165 InsO durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung nach dem ZVG gemeint ist. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über Grundstücke des Schuldners steht damit trotz dieser Einschränkung der Verwertungsmöglichkeit in vollem Umfang dem Treuhänder zu, so dass insbesondere eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel bei einer Zwangsversteigerung in belasteten Grundbesitz möglich ist und das Grundstück auch durch den Treuhänder freihändig veräußert werden kann.

Die Grundeinstellung des Rezensenten zum Heidelberger Kommentar dürfte nach den vorstehenden Ausführungen klar hervorgetreten sein. Ich halte ihn für ausgezeichnet. Selbstverständlich weist der Kommentar hinsichtlich der wissenschaftlichen Tiefe nicht den Umfang der mehrbändigen Kommentare wie des Münchener Kommentars und des Jaeger auf. Das kann ein einbändiges Werk schlicht nicht leisten. Trotz der insoweit gegebenen Beschränkungen finden sich im Heidelberger Kommentar ausgezeichnete, teilweise sogar herausragende Kommentierungen, die das Werk jedem, der den Einstieg in das Insolvenzrecht sucht, zur Anschaffung empfehlen.

Notarassessor Dr. *Christian Kessler*, Euskirchen

Kilian/vom Stein: Praxishandbuch für Anwaltskanzlei und Notariat. Deutscher Anwaltverlag, 2005. 920 S., 128 €

„Die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Berufstätigkeit des Notars sind rechtlich völlig anders ausgestaltet als diejenigen für die Anwaltstätigkeit“ heißt es in § 26 Rdnr. 1 des 2005 erschienenen Werks. Dennoch versuchen sich die beiden Herausgeber, Rechtsanwalt Dr. Kilian (Universität zu Köln) und Ministerialrat Dr. vom Stein (Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen), an dem Spagat, einen Leitfaden für die praktischen Herausforderungen des Anwalts und des Notars gleichermaßen zu schaffen. Wenn dies nur teilweise gelingt, dann liegt das gewiss nicht am Autorenstab. Für den Bereich des Notariats schreiben außer den beiden Herausgebern noch viele im Leserkreis dieser Zeitschrift bekannte Namen, so z. B. Ministerialrat Dr. Dickert (Bayerisches Staatsministerium der Justiz) oder Ministerialrat Dr. Franz (Bundesministerium der Justiz) und damit Personen, die so eng wie sonst kaum jemand mit Fragen des notariellen Berufsrechts befasst sind.

Im Hinblick auf die großen Unterschiede zwischen der Tätigkeit des Anwalts und der des Notars sahen sich die Herausgeber gezwungen, ihr Werk in der Weise zu gliedern, dass von den 34 Abschnitten des Buchs 13 allein Fragen des Notariats behandeln, während die übrigen fast ausschließlich Fragen der Anwaltschaft betreffen. Selbst dort, wo die Überschriften den Verdacht nähren, der betreffende Abschnitt sei für Rechtsanwälte und Notare gleichermaßen bestimmt, wird der notarielle Leser bei näherer Lektüre enttäuscht. Als hauptberuflicher Notar oder Notarassessor mag man sich fragen, warum man hier im Wege eines Koppelungsgeschäfts ein Anwaltsbuch mitkaufen muss. Das Werk hätte mit seinen knapp 1 000 Seiten eine Teilung verkraftet. Andererseits ist die Entscheidung des Verlags auch verständlich, denn die hauptberuflichen Notare sind im Vergleich zu den Anwaltsnotaren und Rechtsanwälten zahlenmäßig eine zu kleine Gruppe, als dass die Ausgliederung der ausschließlich das Notariat betreffenden Fragen erwartet werden kann. Im Übrigen kann auch der hauptberufliche Notar aus Abschnitten wie etwa denen über Personalmanagement oder Planung und Controlling – wengleich primär auf Rechtsanwälte zugeschnitten – die eine oder andere nützliche Inspiration gewinnen.

Die etwas unglückliche Zusammenstellung des Werks kontrastiert mit der hohen, teilweise herausragenden Qualität der einzelnen Beiträge. In den §§ 6 bis 10 des Werks werden zunächst das Berufsbild und die Stellung des Notars auf rund 120 leistungswerten Seiten dargestellt. Soweit hier sehr grundsätzliche Fragen thematisiert werden, etwa in § 7 die Quellen des notariellen Berufsrechts, verdienen die Ausführungen dennoch das in Anspruch genommene Prädikat „Praxishandbuch“. Auch wenn man zu denjenigen Kollegen gehören sollte, die Dinge wie die Richtlinien der Notarkammern oder die DONot bereits vertieft zur Kenntnis genommen haben und die darin geregelten Fragen nicht rein intuitiv handhaben, wird man sich über die Rechtsnatur dieser Normen, ihre Hierarchie und ihr Verhältnis zum Grundsatz der eigenverantwortlichen Amtsführung womöglich noch keine differenzierten Gedanken gemacht haben. Nach der Lektüre des von Franz bearbeiteten § 7 wird man dies spätestens nachgeholt haben.

§ 8 des Handbuchs behandelt den Zugang zum Notaramt und lässt hier kaum eine den Bewerber auf eine Notarstelle oder Notarassessorenstelle interessierende Frage unbeantwortet. Vor dem Hintergrund, dass diejenigen, die ihrem Bewerber

glück mit Konkurrentenklagen und Verfassungsbeschwerden auf die Sprünge helfen möchten, hierfür im Kollegenkreis nicht ausschließlich Bewunderung ernten, mag dieser Teil des Buchs vielleicht sogar zu gut sein. Ministerialrätin Harborth (Niedersächsisches Justizministerium) klärt hier über alle Details auf, bis hin zum vorläufigen Rechtsschutz und den Kosten bei übereinstimmender Erledigterklärung. Auch zu den materiellen Voraussetzungen für den Zugang zum hauptberuflichen Notaramt bleibt hier nichts unbeantwortet. Die ebenso ausführlichen wie anschaulichen Ausführungen zum Zugang zum Anwaltsnotariat sind leider bereits von aktuellen Entwicklungen überholt worden.

Nicht minder erkenntnisreich sind die daran anschließenden §§ 9 und 10, in denen Dickert über die staatliche Kontrolle und Ahndung von Pflichtverletzungen sowie über die Selbstverwaltung durch Notarkammern und Notarkassen schreibt. Diese Abschnitte des Buchs empfehlen sich nicht erst dann zur Lektüre, wenn die Amtsenthebung rechtskräftig zu werden droht. Vielmehr finden sich dort auch für den Büroalltag wertvolle Hinweise, etwa wie man bei Geschäftsprüfungen am sinnvollsten zusammenarbeitet.

Über Fragen der Außendarstellung des Notars, insbesondere über die berufsrechtlichen Grenzen der Werbung, gibt der von Rechtsanwalt Sandkühler (Geschäftsführer der Notarkammer für den Oberlandesgerichtsbezirk Hamm) verfasste § 15 Auskunft. Wie man das von einem Praktikerhandbuch erwartet, beschränkt sich Sandkühler dabei nicht nur auf die Wiedergabe wertausfüllungsbedürftiger Gemeinplätze, wie etwa die, dass die Außendarstellung nicht unsachlich oder mit dem Ansehen des Notaramts unvereinbar sein dürfe. Vielmehr werden diese Richtlinien auch durch Kasuistik mit Leben erfüllt, wengleich diese freilich so stark im Fluss ist, dass das 2005 erschienene Werk hier mitunter schon wieder überholt ist. Beispielsweise wird in § 15 Rdnr. 63 auf die Entscheidung BGH, DNotZ 2005, 151 hingewiesen, wonach es unzulässig sein soll, sich als Notar in einem Telefonbuch eintragen zu lassen, das den Amtssitz des Notars nicht umfasst. Diese Entscheidung wurde mittlerweile von BVerfG, DNotZ 2006, 226 aufgehoben. Dieser Hinweis darf aber gewiss nicht als Kritik an dem Praxishandbuch verstanden werden. Es ist vielmehr die zwangsläufige Folge der hohen Dynamik, die die Rechtsprechung zu Fragen der Außendarstellung des Notars gewonnen hat.

Eine Darstellung aller 13 notarrelevanter Abschnitte des Werks würde zu weit gehen. Man würde sich wiederholen. Diese Erkenntnis – Gefahr der Wiederholung – haben die Herausgeber leider nicht beherzigt. Denn je weiter man bei der Lektüre des Praxishandbuchs fortschreitet, umso auffälliger werden die thematischen Wiederholungen. So gelungen und lehrreich jeder einzelne Abschnitt des Buchs ist, so sehr fehlt dem Gesamtwerk das übergreifende Konzept. Jeder einzelne Abschnitt ist ein in sich geschlossenes Werk und baut nicht auf bereits Gesagtem auf. Der Satz „Der Notar ist gem. § 1 BNotO Träger eines öffentlichen Amts.“ (§ 30 Rdnr. 1) hat auf Seite 779 eines Praktikerhandbuchs nichts verloren. Schon die Titel der einzelnen Abschnitte lassen erkennen, dass massive Überschneidungen nicht ausbleiben werden: „Das Amt des Notars“ (§ 6), „Die Geschäftsstelle des Notars“ (§ 12), „Die Amtstätigkeit des Notars“ (§ 26), „Rechtsverhältnisse bei der notariellen Amtsführung“ (§ 28) und „Die notarielle Amtstätigkeit“ (§ 30). In der Tat liest man – wenn auch nicht immer dasselbe – so doch das ein oder andere immer wieder. Beispiel: In § 28 Rdnr. 1 werden auf einer guten halben Seite die Rechtsquellen notarieller Amtspflichten dargestellt, denen bereits der ganze § 7 gewidmet ist. In

§ 28 Rdnr. 3 lesen wir über die Unabhängigkeit des Notars und damit über das Thema von § 6 Rdnr. 21 ff. § 28 Rdnr. 4 behandelt die unparteiliche Amtsführung und damit dasselbe wie § 6 Rdnr. 31 f. und § 30 Rdnr. 154 ff. usw. Gewiss, in dieser Schärfe mag das nur einen Rezensenten stören, der das Buch vollständig liest. Der Praktiker wird das Buch sicherlich mehr als Nachschlagewerk verwenden. Doch auch er will, wenn er beispielsweise etwas über die unparteiliche Amtsführung nachlesen möchte, die Ausführungen hierzu detailreich an einer Stelle und nicht über das ganze Werk ver-

sprengt finden. Erschwerend kommt hinzu, dass die mehrfach abgehandelten Themen nicht konsequent durch Querverweise miteinander vernetzt sind. Es bleibt also der Intuition oder dem Fleiß des Lesers überlassen, ergänzende oder vertiefende Ausführungen an anderer Stelle aufzufinden. Dennoch verbleibt als Fazit: Aufgrund der hervorragenden einzelnen Beiträge kann das Werk trotz der Schwächen im Gesamtkonzept ohne Bedenken zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor *Christian Steer*, M. Jur. (Oxford), Berlin

Schulze zur Wiesche: Vereinbarungen unter Familienangehörigen und ihre steuerlichen Folgen – mit Musterverträgen. 9., völlig neu bearb. Aufl., Nomos, 2006. 432 Seiten, 58 €

Nach achtjähriger Pause ist nunmehr die Neuauflage der „Vereinbarungen unter Familienangehörigen und ihre steuerrechtlichen Folgen“ erschienen, allerdings nicht wie bisher im C.F. Müller-Verlag, sondern bei der Nomos Verlagsgesellschaft.

Dem eigenen Anspruch nach wendet sich dieses Buch an die Angehörigen der steuerberatenden Berufe, Rechtsanwälte, Notare sowie die Inhaber von Familienunternehmen. Es gliedert sich inhaltlich in zehn größere Themenkomplexe: Besteuerung der Familie im Überblick, Vereinbarungen mit Familienangehörigen und ihre Auswirkungen, Vermögensübertragungen, Gesellschaftsverträge mit Ehegatten und Familienangehörigen, Nutzungsüberlassungen zwischen Angehörigen, Darlehensverträge mit nahen Angehörigen, Arbeitsverträge mit Angehörigen, Unterhalts- und Versorgungsvereinbarungen, steuerliche Folgen einer Ehescheidung einschließlich der Scheidungsvereinbarungen und die nichteheliche Lebensgemeinschaft.

Eines sei an dieser Stelle bereits vorweggeschickt: Es handelt sich bei dem vorliegenden Werk um ein rein steuerrechtliches Lehrbuch, welches die steuerrechtlichen Konsequenzen der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten bei Vereinbarungen unter Familienangehörigen aufzeigt. Zivilrechtliche Kenntnisse werden insoweit vorausgesetzt und sind inhaltlich nicht Gegenstand des Buches.

Auch darf man sich von der Aufmachung des Buches selbst nicht täuschen lassen. Soweit der Buchtitel den Zusatz „mit Musterverträgen“ aufweist und laut Buchrücken „zahlreiche Beispiele und Musterverträge im Anhang“ bei der praktischen Umsetzung helfen sollen, sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass sich im Anhang genau drei Musterverträge befinden: Ein Ehegatten-Arbeitsvertrag, der Gesellschaftsvertrag für eine Gesellschaft (KG) mit Familienmitgliedern und eine umfassende Vereinbarung anlässlich einer Ehescheidung. Vor allem von der Verwendung letzteren Musters sei aus notarieller Sicht eher abgeraten: Die Indexierung erfolgt noch auf der Basis des Vierpersonenhaushaltes; soweit es um den Nießbrauch geht, lässt sich dem Formular allenfalls durch Auslegung entnehmen, ob der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Lasten tragen soll und Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag zum Nießbrauch fehlen vollständig; zur Übertragung eines 1/2-Miteigentumsanteils an einem Grundstück wird genau Folgendes geregelt: „Der Erschienene zu 1. überträgt an die Erschienene zu 2. den Miteigentumsanteil am Einfamilienhaus in ... Flur eingetragen im Grundbuch vom ...

Bd ... Blatt ... Die Auflassung erfolgt in einer besonderen Urkunde.“ Einem derartigen Vorschlag würde wohl kein Notar folgen und die Liste der Negativbeispiele ließe sich in diesem Zusammenhang noch erweitern.

Hinsichtlich des eigentlichen Buchinhaltes, den steuerlichen Auswirkungen der Vereinbarungen unter Familienangehörigen findet der Leser komprimiert und aufgrund eines sehr ausführlichen Inhaltsverzeichnisses auch leicht auffindbar eine Zusammenfassung der jeweiligen steuerlichen Konsequenzen der unterschiedlichen zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Die einzelnen Kapitel sind gut gelungen und bieten mit Sicherheit auch dem Notar die ein oder andere hilfreiche neue Erkenntnis.

Steuerrechtliche Grundkenntnisse des Lesers sind Voraussetzung für das Verständnis des Buches: So findet sich unter der Überschrift „Übertragung eines bebauten Grundstückes unter Nießbrauchsvorbehalt bzw. Rückbehalt eines dinglichen Wohnungsrechts“ natürlich der Hinweis darauf, dass der Erwerber den Gegenstand im vollen Umfang unentgeltlich erworben hat und der Kapitalwert des Nießbrauchs kein Entgelt für den erworbenen Gegenstand darstellt, einen Verweis auf § 25 ErbStG oder eine Darstellung der Grundsätze zur Geltendmachung der Werbungskosten beim Vorbehaltsnießbrauch sucht man hier jedoch vergeblich. Das Buch beinhaltet zwar Ausführungen hierzu, allerdings an anderer Stelle.

Aufgrund der langen Pause zwischen 8. und 9. Auflage des Buches hatte der Autor eine Vielzahl steuerrechtlicher Änderungen zu berücksichtigen. Nach Angabe des Autors wurden die Schwerpunkte bei der Neubearbeitung in den Bereichen der Besteuerung der Familie im Überblick, der unentgeltlichen Übertragung von Betrieben, § 6 Abs. 3 und Abs. 5 EStG, des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen und der Vermögensübertragungen gegen Versorgungszusagen gesetzt. Abseits des Schwerpunktgebietes vermisst man jedoch einen Hinweis auf eine Rechtsprechungsänderung: So geht das Buch immer noch davon aus, dass die Vermietung einer Eigentumswohnung durch die Eltern an das studierende Kind, welches den Mietzins nur mit seinem Barunterhalt bestreiten kann, einen Gestaltungsmissbrauch darstellt. Eine derartige allgemeine Aussage kann seit der Änderung der Rechtsprechung hierzu nicht mehr gehalten werden.

Zusammenfassend lässt sich dieses Buch aus notarieller Sicht daher nur eingeschränkt empfehlen, wobei auch eine Rolle spielt, dass einzelne Kapitel des Buches wie „Darlehensverträge mit nahen Angehörigen“ und „Arbeitsverträge mit Angehörigen“ allenfalls für den Notar privat von Interesse sein können, im täglichen Beurkundungsgeschäft jedoch keine Rolle spielen.

Notarassessorin *Monika Pöppel*, Traunstein

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 635, 249 a. F. (*Berechnung des Nutzungsvorteils bei Rückabwicklung im Wege des großen Schadenersatzes*)

- a) **Macht der Erwerber einer Eigentumswohnung Rückabwicklung des Vertrags im Wege des großen Schadenersatzes geltend, ist der ihm bei Selbstnutzung anzurechnende Nutzungsvorteil zeitanteilig linear aus dem Erwerbspreis zu ermitteln.**
- b) **Ist die Wohnung mangelhaft, ist von dem so errechneten Nutzungsvorteil unter Berücksichtigung des Gewichts der Beeinträchtigungen ein Abschlag vorzunehmen, der gemäß § 287 ZPO geschätzt werden kann.**

BGH, Urteil vom 6.10.2005, VII ZR 325/03

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist veröffentlicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, BGHZ 164, 235.

2. BGB §§ 138, 611, 620 ff. (*Betreutes Wohnen*)

Die Bindung des Servicevertrages an den Fortbestand des Mietvertrages im Rahmen eines Betreuten Wohnens („Service-Wohnen“) ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

BGH, Urteil vom 23.2.2006, III ZR 167/05

Die G. Gesellschaft mbH (im Folgenden: G.) bot Betreutes Wohnen („Service-Wohnen“) in ihrerseits angemieteten Wohnungen an. Die Beklagte mietete eine solche Wohnung durch schriftlichen Vertrag mit der G. vom 9.10.1998. Wie in dem Mietvertrag vorgesehen, schloss sie ferner am 8.7.1999 einen Servicevertrag mit der Klägerin. Darin versprach die Klägerin verschiedene Betreuungsleistungen, unter anderem die Unterhaltung eines Bereitschaftsdienstes für den Notfall, Beratungs- und Informationsdienste sowie Besprechungsangebote. Die Dienste sollte die Beklagte mit einem monatlichen Pauschalbetrag von 200 DM entgelten. Weiter war in dem Servicevertrag bestimmt:

„Zusammen mit dem Mietvertrag bildet der Servicevertrag die Basis für diese Partnerschaft ...

1. Mit Wirkung vom 1.8.1999
2. wird für die Dauer des zeitgleich mit der G. abgeschlossenen Mietvertrages für oben genannte Wohnung dieser Servicevertrag gültig ...
5. Bei einer Kündigung endet der Service-Vertrag mit Beendigung des Mietvertrages mit der G. für die oben genannte Wohnung ...“

Die Beklagte war mit den Leistungen der Klägerin nicht zufrieden und hielt die Pauschale für übersteuert; sie kündigte den Servicevertrag mit der Klägerin. Daraufhin kündigte die G. den Mietvertrag, in dem es unter anderem hieß:

„§ 4 Mietdauer und Kündigung

(1) Das Mietverhältnis beginnt am 1.2.1999. Es wird für unbestimmte Zeit abgeschlossen ...

(2) Der Vermieter wird von sich aus das Mietverhältnis grundsätzlich nicht auflösen. Er kann jedoch in besonderen Ausnahmefällen das Mietverhältnis schriftlich unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen, wenn berechtigtes Interesse des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig macht. Der Mieter erkennt an,

dass der Vermieter ein berechtigtes Interesse daran hat, dass die Wohnung für ‘Service-Wohnen’ zur Verfügung steht. Aus diesem Grund wird ausdrücklich vereinbart, dass zwischen dem Mieter und der <Klägerin> der Service-Vertrag abgeschlossen wird. Dieser Service-Vertrag und seine Fortdauer sind konstitutiver Bestandteil dieses Vertrages. Wird dieses Service-Verhältnis nicht eingegangen oder aber aus welchen Gründen auch immer beendet, kann der Vermieter nach § 565 a Abs. 2 BGB unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist im Rahmen seines Betriebsbedarfs zur Garantie der Fortführung des „Service-Wohnens“ in diesem Gebäudekomplex das Mietverhältnis zum nächstmöglichen Termin kündigen.

Der Mieter erkennt hiermit die Abhängigkeit des Bestandes des Mietverhältnisses vom Bestand des Service-Vertrages ausdrücklich an.“

Sodann „nahm“ die Beklagte die Kündigung des Servicevertrages „zurück“; das Mietverhältnis mit der G. wurde fortgesetzt. Ab Januar 2002 verweigerte die Beklagte der Klägerin die Service-Pauschale zunächst gänzlich; später entrichtete sie 45 € monatlich statt der in dem Servicevertrag vereinbarten 200 DM (= 102,26 €) pro Monat.

Die Klägerin macht mit der Klage den – betragsmäßig unstrittigen – Rückstand in Höhe von 2.728,28 € nebst Zinsen geltend. Amtsgericht und Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren, die Klage abzuweisen, weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

(...)

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand.

Aufgrund des Servicevertrages kann die Klägerin von der Beklagten Zahlung der rückständigen Servicepauschalen (2.728,28 €) zuzüglich Zinsen verlangen.

1. Der Servicevertrag ist nicht deshalb nichtig, weil er gegen die guten Sitten verstieß (§ 138 Abs. 1 BGB).

a) Rechtlich bedenklich könnte nur sein, dass Miet- und Servicevertrag aneinander „gekoppelt“ sind: Der – der Beklagten im Mietvertrag vorgeschriebene (§ 7 Abs. 1 Satz 1 des Mietvertrages) – Servicevertrag mit der Klägerin sollte „für die Dauer des ... mit der G. abgeschlossenen Mietvertrages ... gültig“ sein (Nr. 2 des Servicevertrages); bei einer Kündigung sollte der Servicevertrag „mit Beendigung des Mietvertrages mit der G. „enden (Nr. 5 des Servicevertrages). Spiegelbildlich hieß es in dem Mietvertrag, dass „von der Aufrechterhaltung dieses Service-Verhältnisses das Mietverhältnis abhäng(e)“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2 des Mietvertrages). Der Mietvertrag stehe unter der „auflösenden Bedingung ...“, dass zwischen dem Mieter und <der Klägerin> der Service-Vertrag abgeschlossen wird“ (§ 4 Abs. 2 Satz 4 des Mietvertrages); der „Servicevertrag und seine Fortdauer“ seien „konstitutiver Bestandteil“ des Mietvertrages (§ 4 Abs. 2 Satz 5 des Mietvertrages). Werde das Service-Verhältnis beendet, sei die Vermieterin G. berechtigt, das Mietverhältnis (unter gewissen weiteren Bedingungen) nach § 565 a Abs. 2 BGB a. F. zu kündigen (§ 4 Abs. 2 Satz 6 des Mietvertrages).

b) Diese Bindung des Mietvertrages an den Fortbestand des Servicevertrages hatte zur Folge, dass sich die Beklagte bloß mit der – wohl nur ausnahmsweise zu erlangenden – Zustimmung der G. von dem mit der Klägerin geschlossenen Servicevertrag lösen und den Mietvertrag mit der G. ohne Servicevertrag oder unter Abschluss eines neuen Servicever-

trages mit einem anderen Anbieter fortsetzen konnte. Die Einschränkung des Kündigungsrechts benachteiligte die Beklagte indessen nicht unangemessen (vgl. LG Kiel, WuM 2003, 572, 573; a. A. *Wiek* in Hannemann/Wiek, Handbuch des Mietrechts, 2. Aufl. 2003, S. 1246).

aa) Das von der G. angebotene – und von der Beklagten akzeptierte – Betreute Wohnen („Service-Wohnen“) war von vornherein auf die Unterstützung der gesundheitlich und altersbedingt beeinträchtigten Mieter durch ein vertragsabschlussberechtigtes drittes Unternehmen ausgerichtet (vgl. die Präambel des Mietvertrages). Ein bestimmtes Unternehmen, die Klägerin nämlich, sollte die für das Betreute Wohnen unerlässlichen Grundleistungen bereitstellen und die Mieter sollten gehalten sein, sich – für die Dauer des Mietvertrages – an dieses Unternehmen vertraglich zu binden. Die „Koppelung“ von Miet- und Servicevertrag diente dem Interesse des Diensteanbieters und des Vermieters an einer verlässlichen Kalkulation des angebotenen Betreuten Wohnens (vgl. *Thier*, NZM 2003, 264, 266); sie lag indes auch im Interesse der betagten Mieter an einer zuverlässigen Versorgung. Hätten sie sich einseitig von dem Servicevertrag überhaupt lossagen oder, unter Umständen mehrfach, das die Grundleistungen bereitstellende Unternehmen wechseln können, dann wäre ihre ständige Grundbetreuung zumindest gefährdet gewesen. Das Konzept des Betreuten Wohnens beruhte aber gerade auf dem Angebot von Miete und (Grund-)Betreuung.

bb) Durch die „Koppelung“ des Servicevertrages an den Mietvertrag werden die Mieter, was die Gefahr einer Schlechterfüllung des Servicevertrages anlangt, nicht rechtlos gestellt.

Zwar wird ihnen dadurch, dass bei einer Kündigung der Servicevertrag erst mit der Beendigung des Mietvertrages endete (Nr. 5 des Servicevertrages), in praxi die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Servicevertrages (§§ 620, 621 BGB) nahezu verwehrt. Den Mietern bleibt aber die außerordentliche Kündigung allein des Servicevertrages unbenommen, wenn nur die Fortsetzung des Servicevertrages, auch unter Berücksichtigung der Tragfähigkeit des Gesamtkonzepts, für sie untragbar (§ 626 BGB) ist.

Für den Fall, dass die im Servicevertrag versprochenen Leistungen nicht ordnungsgemäß erbracht werden, stehen den Mietern im Übrigen dienstvertragliche Rechte zu Gebote. Für von dem Dienstverpflichteten vertretbar nicht oder in unbrauchbarer Form geleistete (nicht nachholbare) Dienste braucht der Dienstberechtigte die Vergütung nicht zu zahlen (vgl. §§ 614, 320, 326 Abs. 1 BGB; *Staudinger/Richardi*, BGB, 2005, § 611 Rdnr. 557 i. V. m. Rdnr. 546 f.). Hat der Dienstverpflichtete die Unmöglichkeit der Dienstleistung zu vertreten, kommt ferner, wie bei jeder sonstigen schuldhaften Pflichtverletzung des Dienstbringers, ein Schadensersatzanspruch des Dienstberechtigten in Betracht (§ 280 Abs. 1 i. V. m. § 283 BGB; vgl. *Staudinger/Richardi*, Rdnr. 548).

Die (formular-)vertragliche Bindung des Servicevertrages an den Fortbestand des Mietvertrages und umgekehrt verstößt nicht gegen § 138 BGB. Sie wäre im Übrigen auch nicht als unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB (i. V. m. Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB) zu beurteilen.

2. Der Servicevertrag ist nicht durch Kündigung beendet worden. Zwar hat die Beklagte den Servicevertrag gekündigt. Die Parteien haben aber die Wirkungen der Kündigung wieder aufgehoben.

Sämtliche Beteiligte, die Parteien und die G., haben sich, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, später geeinigt, beide Verträge – wie ungekündigt – fortzusetzen. Die Revision vermag die vorgenannte Feststellung nicht zu erschüttern. Die Beklagte „nahm“ die Kündigung des Servicevertrages aus-

drücklich „zurück“; sie beendete den mit einem anderen Anbieter geschlossenen Servicevertrag und ließ sich – wenn auch nur unter Zahlung einer „geminderten“ Service-Pauschale – die Bereitstellung der Grundbetreuung durch die Klägerin weiter gefallen. Nach eigenem Vorbringen nahm sie das Vertragswerk mit der Klägerin erneut auf bzw. ließ es weiterlaufen. Im Einverständnis mit der G. blieb die Beklagte in der Wohnung und zahlte ersichtlich weiter den Mietzins. Bei dieser Sachlage war die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, die Beteiligten hätten sich zumindest stillschweigend auf die – unterbrechungslose – Fortsetzung der jeweils geschlossenen Verträge verständigt, nicht etwa rechtsfehlerhaft, sondern nahe liegend.

3. HWiG §§ 1, 3 (Fassung bis 30.9.2000); BGB a. F. §§ 123, 276 (*Rechtsfolgen bei Widerruf eines Realkreditvertrages*)

1. **Auch angesichts der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25.10.2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. = MittBayNot 2006, 218 Schulte und Rs. C-229/04, WM 2005, 2086 ff. = DNotZ 2006, 273 Crailsheimer Volksbank) verbleibt es dabei, dass der Darlehensgeber im Fall des wirksamen Widerrufs (§ 1 Abs. 1 HWiG) eines Realkreditvertrages gemäß § 3 Abs. 1 HWiG Anspruch auf Erstattung des ausgezahlten Nettokreditbetrages sowie auf dessen marktübliche Verzinsung hat (Fortsetzung von BGHZ 152, 331 = DNotZ 2003, 338).**
2. **Der im Anschluss an die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 25.10.2005 (Rs. C-350/03, WM 2005, 2079 ff. Schulte und Rs. C-229/04, WM 2005, 2086 ff. Crailsheimer Volksbank) in Rechtsprechung und Literatur erwogene Schadensersatzanspruch des Verbrauchers wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung scheidet jedenfalls in all den Fällen aus, in denen der Verbraucher bei Abschluss des Darlehensvertrages bereits an seine Erklärung zum Abschluss des Immobilienkaufvertrages gebunden ist.**
3. **In Fällen eines institutionalisierten Zusammenwirkens der kreditgebenden Bank mit dem Verkäufer oder Vertreter eines finanzierten Objekts können sich Anleger unter erleichterten Voraussetzungen mit Erfolg auf einen die Aufklärungspflicht auslösenden konkreten Wissensvorsprung der finanzierenden Bank im Zusammenhang mit einer arglistigen Täuschung des Anlegers durch unrichtige Angaben der Vermittler, Verkäufer oder Fondsinitiatoren bzw. des Fondsprospekts über das Anlageobjekt berufen. Die eine eigene Aufklärungspflicht auslösende Kenntnis der Bank von einer solchen arglistigen Täuschung wird widerleglich vermutet, wenn Verkäufer oder Fondsinitiatoren, die von ihnen beauftragten Vermittler und die finanzierende Bank in institutionalisierter Art und Weise zusammenwirken, auch die Finanzierung der Kapitalanlage vom Verkäufer oder Vermittler angeboten wurde und die Unrichtigkeit der Angaben des Verkäufers, Fondsinitiatoren oder der für sie tätigen Vermittler bzw. des Verkaufs- oder Fondsprospekts nach den Umständen des Falles evident ist, so dass sich aufdrängt, die Bank habe sich der Kenntnis der arglistigen Täuschung geradezu verschlossen.**

BGH, Urteil vom 16.5.2006, XI ZR 6/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2006, 1187 bzw. NJW 2006, 2099.

4. ZPO §§ 829, 835, 857 (Pfändung des Anspruchs auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft)

Der Gläubiger des Miteigentümers eines Grundstücks kann dessen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft sowie auf Teilung und Auszahlung des Erlöses gemäß §§ 857, 829 ZPO pfänden und sich überweisen lassen, § 835 ZPO (Fortführung von BGHZ 90, 207 und 154, 64 = DNotZ 2004, 298).

BGH, Beschluss vom 20.12.2005, VII ZB 50/05

Aus den Gründen:

I. Der Zweckverband H. erwirkte wegen einer Hauptforderung von 71.868,27 € zuzüglich Zinsen und Kosten einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, der die Ansprüche des Schuldners gegen die Drittschuldnerin, seine Ehefrau, auf Aufhebung der Miteigentümergeinschaft an einem Grundstück in K., auf eine dem Bruchteil entsprechende Teilung und auf Auskehrung des Erlöses zum Gegenstand hat. Die dagegen gerichtete Erinnerung der Drittschuldnerin ist ohne Erfolg geblieben. Das Landgericht hat eine Beschwerdebefugnis auch des Schuldners bejaht, weil das Amtsgericht eine Entscheidung getroffen habe, die diesen sachlich beschwere, die sofortigen Beschwerden des Schuldners und der Drittschuldnerin jedoch zurückgewiesen. Dagegen wenden sich beide mit der Rechtsbeschwerde.

II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 575 ZPO statthaften und auch im Übrigen zulässigen Rechtsmittel sind unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht hat, soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse, ausgeführt: Einer Zustimmung der Drittschuldnerin nach § 1365 BGB zu der vom Zweckverband angestrebten Vollstreckungsmaßnahme habe es nicht bedurft. Die Vorschrift solle den einen Ehegatten vor den Folgen bestimmter Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte des anderen schützen; auf durch den Gläubiger gestellte Vollstreckungsanträge sei sie jedoch nicht anwendbar.

Die Rechtsbeschwerde hält dem entgegen, die gepfändete und dem Zweckverband zur Einziehung überwiesene Forderung sei nicht abtretbar und infolgedessen nicht pfändbar (§ 851 Abs. 1 ZPO). Der Miteigentumsanteil des Schuldners stelle nahezu sein gesamtes Vermögen dar; eine Verfügung darüber bedürfe daher nach § 1365 Abs. 1 BGB der Zustimmung seiner Ehefrau, die diese verweigere. Das im Miteigentum stehende Gebäude sei eheliche Wohnung, eine Aufhebung der Gemeinschaft gegen den Willen der Drittschuldnerin daher nicht statthaft (Art. 6 Abs. 1 GG, § 1353 BGB).

2. Der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist nicht zu folgen; die wesentlichen Rechtsfragen sind in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung bereits entschieden.

a) Der Miteigentümer eines Grundstücks nach Bruchteilen (§ 1008 BGB) kann gemäß § 749 Abs. 1 BGB jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft, insbesondere die Versteigerung des unteilbaren Grundstücks gemäß § 753 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 180 ff. ZVG verlangen und die Zustimmung zu einer den Miteigentumsanteilen entsprechenden Teilung und Auszahlung des außerhalb des Zwangsversteigerungs-

verfahrens zu verteilenden Erlöses fordern. Der Gläubiger des Miteigentümers kann diesen Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (Versteigerung des ganzen Grundstücks) sowie auf Teilung und Auszahlung des Erlöses gemäß §§ 857, 829 ZPO pfänden und sich überweisen lassen (§ 835 ZPO). Dem steht nicht entgegen, dass der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft allein ohne den Miteigentumsanteil nicht abtretbar, also nach § 857 Abs. 1, § 851 Abs. 1 ZPO nicht pfändbar ist. Denn der Anspruch auf Auseinandersetzung kann jedenfalls dem zur Ausübung überlassen werden (§ 857 Abs. 3 ZPO), dem auch das übertragbare künftige Recht auf den dem Miteigentumsanteil entsprechenden Teil des Versteigerungserlöses abgetreten worden ist. Deshalb kann der Aufhebungsanspruch zwar nicht allein, aber zusammen mit dem künftigen Anspruch auf eine den Anteilen entsprechende Teilung und Auskehrung des Versteigerungserlöses gepfändet und überwiesen werden (BGH, Urteile vom 23.2.1984, IX ZR 26/83, BGHZ 90, 207, 214 f. m. w. N.; vom 20.2.2003, IX ZR 102/02, BGHZ 154, 64, 69 = DNotZ 2004, 298).

b) Ob die zu pfändende Forderung besteht, ist für den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht zu prüfen; materiell-rechtliche Einwendungen gegen die der Pfändung unterworfenen Forderung sind deshalb ohne Belang. Der Zweckverband hat nur auf eine angebliche Forderung des Schuldners gegen seine Ehefrau auf Aufhebung der nach Bruchteilen bestehenden Miteigentümergeinschaft zugegriffen. Ob dieser Anspruch besteht oder ob diesem, wie von der Drittschuldnerin geltend gemacht, eine Einwendung aus Art. 6 Abs. 1 GG, § 1353 BGB in seltenen Ausnahmefällen entgegengesetzt werden kann, ist gegebenenfalls im Einziehungsprozess festzustellen.

c) Daher braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die Durchsetzung des Aufhebungsanspruchs und die Ausführung der Teilung (§ 753 BGB, §§ 180 ff. ZVG) an § 1365 BGB scheitert (verneinend: OLG Karlsruhe, Rpfleger 2004, 235; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1991, 215; OLG Köln, NJW-RR 1989, 325; LG Bielefeld, Rpfleger 1989, 518). Das Beschwerdegericht hat jedoch zutreffend darauf hingewiesen, dass § 1365 BGB die Gläubiger eines Ehegatten nicht daran hindert, auf dessen Vermögen Zugriff zu nehmen. Die Vorschrift gibt dem anderen Ehegatten auch dann kein Recht, sich der Zwangsvollstreckung zu widersetzen, wenn es sich bei dem betreffenden Vermögensgegenstand um das ganze oder nahezu das ganze Vermögen des Ehepartners handelt (BGH, Urteil vom 2.2.2000, XII ZR 25/98, BGHZ 143, 356, 361).

Anmerkung:

Der BGH hat in Fortführung seiner Rechtsprechung¹ entschieden, auch bei einer Bruchteilmgemeinschaft an unbeweglichem Vermögen sei der Aufhebungsanspruch nach § 749 Abs. 1 BGB pfändbar und der Gläubiger könne dann gemäß § 753 Abs. 1 BGB die Versteigerung des gesamten Grundstücks verlangen.

1. Die Auffassung des BGH und die Kritik der Literatur

Der BGH stellt zwar fest, der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft sei nicht isoliert abtretbar, jedoch könne er zur Ausübung überlassen werden und sei daher nach § 857 Abs. 3 ZPO pfändbar, jedenfalls wenn auch der künftige Anspruch auf den Anteil am Auseinandersetzungsguthaben gepfändet werde. Diese Annahme hat bisher schon Kritik in der Litera-

¹ BGHZ 90, 207 = NJW 1984, 1968; BGH, DNotZ 1985, 699.

tur erfahren,² vor allem mit dem Argument, dass § 857 Abs. 3 ZPO für Fälle, in denen die Ausübung eines Rechts zu dessen Erlöschen führe, nicht gedacht sei. Es wird außerdem die Unselbständigkeit des Aufhebungsanspruchs betont, der eben vom Miteigentum nicht trennbar sei. Insoweit überzeugen die Argumente der Literatur und ist die Kritik am BGH völlig berechtigt. Allerdings will auch die Literatur letztlich die Versteigerung des gesamten Grundstücks zulassen, und zwar durch Anwendung von § 751 Satz 2 BGB.³ Schon die Eintragung einer Zwangshypothek sei dabei wie eine Pfändung zu behandeln. Das wiederum überzeugt nicht.

2. Stellungnahme zu den vertretenen Auffassungen

a) § 751 Satz 2 BGB im System der Immobiliervollstreckung

Zum einen kann mangels Beschlagnahme bei einer Zwangshypothek nicht von „Pfändung“ gesprochen werden. Zum anderen gibt es im Hypothekenrecht keine § 1258 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift, so dass nahe liegt, dass der Gesetzgeber dem Hypothekengläubiger die Befugnis, die Versteigerung des gesamten Grundstücks zu betreiben, gerade nicht einräumen wollte.⁴ Dies gilt umso mehr, als eine Zwangshypothek als bloßes Sicherungsmittel eingetragen werden kann. Eine Beschlagnahme erfolgt bei der Vollstreckung in unbewegliches Vermögen erst mit der Anordnung der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung. Folge der Zwangsverwaltung allerdings kann nicht sein, dass dem Gläubiger die Befugnis zur Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs und damit der Zugriff auf die Substanz des Grundstücks zustehen. § 751 Satz 2 BGB passt daher nicht in das Zusammenspiel von Zwangshypothek, Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung.

b) Konflikt der Interessen von Vollstreckungsgläubigern und Miteigentümern

Richtig ist nach meiner Auffassung daher, dass der Gläubiger bei der Vollstreckung in einen Miteigentumsanteil an einer unbeweglichen Sache nicht auch – gleich mit welcher Begründung – die Aufhebung der Gemeinschaft betreiben kann. Hintergrund der Auffassungen, die dies zulassen wollen, scheint die Vorstellung zu sein, der Miteigentumsanteil sei schlechter verwertbar als die gesamte unbewegliche Sache und dem Gläubiger werde daher Schuldnervermögen entzogen.⁵ Dass dies allerdings immer so wäre, ist eine bloße

Unterstellung.⁶ Offenbar übersehen wird, dass die anderen Mitglieder der Bruchteilsgemeinschaft ein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass die Gemeinschaft nicht aufgehoben wird und möglicherweise auch eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Lässt man die Geltendmachung des Auseinandersetzungsanspruchs durch Gläubiger zu, verlieren die übrigen Miteigentümer ihr Eigentum aufgrund eines Sachverhalts – Vollstreckung gegen den Miteigentümer – mit dem sie nichts zu tun haben. Ist die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen, ist der Wert des Miteigentumsanteils des Vollstreckungsschuldners eben auch geringer. Und ist dies nicht der Fall, kann der Vollstreckungsgläubiger – wenn die Versteigerung nur des Miteigentumsanteils nicht den gewünschten Erlös bringt – selbst einsteigern und dann als neuer Eigentümer selbst den Auseinandersetzungsanspruch geltend machen.

d) Unterschiede bei Mobiliar- und Immobiliervollstreckung

Dagegen spricht auch nicht, dass der Gesetzgeber das bei beweglichen Gegenständen anders geregelt hat. Die Unterschiede beim Vollstreckungszugriff beruhen auf der unterschiedlichen Verwertbarkeit von beweglichen und unbeweglichen Gegenständen, und die Unterschiede beim Zugriff auf den Auseinandersetzungsanspruch wiederum auf dem unterschiedlichen Vollstreckungsverfahren und den unterschiedlichen Verteilungsverfahren in §§ 752 ff. BGB. Diese Unterschiede sind mit der besonderen Bedeutung zu rechtfertigen, die den unbeweglichen Sachen vom Gesetz zugemessen werden.⁷

e) § 267 BGB kein ausreichender Schutz für Miteigentümer

Schließlich überzeugt es auch nicht, wenn man die Miteigentümer auf die Möglichkeit verweist, die Gläubiger zu befriedigen, um die Vollstreckung abzuwenden. Auch dann sind sie ja gezwungen, ihr Vermögen aufzuwenden, damit sie nicht ihren Anteil verlieren.

3. Das Einziehungs- und Überweisungsverfahren und die Geltendmachung des Aufhebungsanspruchs

Konsequenz der abzulehnenden ganz herrschenden Meinung ist, dass der Vollstreckungsgläubiger den Auseinandersetzungsanspruch geltend machen kann,⁸ nach der Literatur über die Anwendung von § 751 Satz 2 BGB, nach dem BGH, sobald der Anspruch gepfändet zur Einziehung überwiesen wurde.

a) Pfändung und Überweisung zur Einziehung

Betrachtet man die Pfändung und Überweisung, die nach dem BGH erforderlich sind, fällt zunächst wiederum auf, dass die gesetzlichen Regelungen nicht so recht passen.

⁶ Es gab durchaus schon Zeiten, in denen Grundstücke systematisch zur Versteigerung gebracht wurden, da in der Versteigerung höhere Erlöse erwartet wurden, als im freihändigen Verkauf.

⁷ Letzteres zieht sich aber durch das gesamte Sachenrecht und führt auch nicht dazu, dass man einfach Vorschriften über bewegliche Sachen anwendet, wo die Vorschriften über die unbeweglichen Sachen vorgeblich den Gläubigerschutz beeinträchtigen.

⁸ Literatur und Rechtsprechung divergieren ja nur hinsichtlich des Weges, nicht aber hinsichtlich des Ergebnisses, dass der Gläubiger letztlich auf den Auseinandersetzungsanspruch zugreifen kann.

² Vor allem MünchKommBGB/Karsten Schmidt, § 749 Rdnr. 24 ff.; ebenso Staudinger/Langhein, BGB, 2002, § 749 Rdnr. 58 f., jeweils m. w. N.

³ So ausdrücklich MünchKommBGB/Karsten Schmidt, a. a. O.; Staudinger/Langhein, § 751 Rdnr. 8. Karsten Schmidt will dabei sogar die Pfändung des Anspruchs auf den Anteil am Auseinandersetzungs Guthaben allein genügen lassen, was aber mit dem Wortlaut von § 751 Satz 2 BGB nicht in Einklang zu bringen ist.

⁴ Keine dogmatisch saubere Lösung ist es, diese Vorschrift, wie zum Teil vertreten wird, einfach analog anzuwenden. Eine Analogie ist nur dann zulässig, wenn man eine planwidrige Regelungslücke nachweist und nicht schon, weil man glaubt, eine Norm anwenden zu müssen.

⁵ Das OLG Köln befindet in OLGZ 1969, 388, 340 f., es bestehe ein praktisches Bedürfnis für die Versteigerung eines gesamten Grundstücks und nicht nur des Miteigentumsanteils daran, da der Pfändungsgläubiger erst mit der Auseinandersetzung der Gemeinschaft den vollen wirtschaftlichen Wert des Miteigentumsanteils zur Befriedigung für seine Forderung ausschöpfen könne.

Schuldner des Anspruchs sind die übrigen Miteigentümer.⁹ Nach §§ 857, 829 ZPO würden also die übrigen Miteigentümer als Drittschuldner den Pfändungsbeschluss zugestellt bekommen, in dem die Anweisung erhalten ist, nicht an den von der Pfändung betroffenen Miteigentümer zu leisten. Wie die übrigen Miteigentümer leisten sollten – die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilungsversteigerung, die wiederum auf Antrag erfolgt und der eigene Anspruch der übrigen Miteigentümer ist von der Pfändung ja nicht betroffen – ist unklar.

Die Überweisung zur Einziehung gibt dem Vollstreckungsgläubiger dann nach § 836 Abs. 1 ZPO materiell rechtlich die Einziehungsbefugnis und begründet eine gesetzliche Prozessstandschaft,¹⁰ so dass der Gläubiger den Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft stellen kann. Dieses Ergebnis leitet die Literatur wie schon gezeigt aus § 751 Satz 2 BGB ab.

b) Anspruch des Gläubigers auf Anteil am Auseinandersetzungsguthaben?

Nach dem Zuschlag geht das Pfandrecht am Auseinandersetzungsanspruch zusammen mit diesem unter. Da der Vollstreckungsgläubiger nach Auffassung des BGH auch auf den Anspruch auf den Anteil des betroffenen Miteigentümers am Auseinandersetzungsguthaben zugreifen muss, ist er auch am Erlösverteilungsverfahren nach § 753 Abs. 1 BGB beteiligt. Die Literatur setzt bei Anwendung des § 751 Satz 2 BGB dieses Ergebnis voraus, begründet es aber nicht. Offenbar geht man davon aus, dass neben der Vollstreckung in den Miteigentumsanteil auch immer die Pfändung des Anspruchs auf den Anteil am Auseinandersetzungsguthaben betrieben wird.¹¹

c) Rechte für den Gläubiger am Miteigentumsanteil selbst

Vom Gesetz nicht geregelt ist was mit Rechten geschieht, die für den Gläubiger am Miteigentumsanteil selbst eingetragen sind, insbesondere wenn es sich um eine Zwangshypothek handelt. Nach § 182 ZVG würden solche Rechte nämlich grundsätzlich bestehen bleiben.¹² Dies würde allerdings dem Gläubiger die Möglichkeit der Doppelvollstreckung geben. Er wäre einmal am Erlös der Teilungsversteigerung beteiligt und könnte dann nochmals die Versteigerung des Miteigentumsanteils betreiben.¹³ Eine solche Privilegierung gegenüber anderen Gläubigern scheint mir aber nicht gerechtfertigt. Der Gläubiger ist daher so zu behandeln, als würde er die Versteigerung des Miteigentumsanteils selbst betreiben, sein Recht also nicht ins geringste Gebot aufnehmen. Geregelt ist das nicht. Auch hier sieht man wieder, dass der Gesetzgeber an die Möglichkeit, dass der Aufhebungsanspruch bei einem

Grundstück durch einen Gläubiger ausgeübt werden könnte, offensichtlich nicht gedacht hat.

4. Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft

Der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft hindert nach Literatur und Rechtsprechung den Zugriff der Gläubiger nicht,¹⁴ vielmehr wird § 751 Satz 2 BGB angewendet. Der BGH musste bisher offenbar nicht darüber entscheiden.¹⁵ Es handelte sich jeweils um Klagen von Anfechtungsgläubiger im Sinne des Anfechtungsgesetzes gegen einen Alleineigentümer, der den einzigen weiteren Miteigentumsanteil erworben hatte. Ob ursprünglich, vor dem jeweils anfechtbaren Rechtsgeschäft, im Grundbuch ein Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft eingetragen war, lässt sich aus den Tatbeständen nicht erkennen.

5. Ergebnis

Zusammenfassend muss man also feststellen, dass nach der herrschenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung auch bei Bruchteilsgemeinschaften an Grundstücken jeder Miteigentümer die Gefahr trägt, sein Eigentum zu verlieren, wenn in den Miteigentumsanteil eines anderen Miteigentümers oder dessen Aufhebungsanspruch die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Letztlich mit der fragwürdigen Begründung, der Gläubigerschutz sei sonst nicht gewährleistet, werden die Vollstreckungsgläubiger gegenüber den Miteigentümern bevorzugt. Dabei wird auch nicht berücksichtigt, dass die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Lösungen nicht ins System der Immobiliervollstreckung passen. Ein Wandel dieser Auffassungen ist nach dem Beschluss des BGH vom 20.12.2005 leider nicht zu erwarten.

Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

¹⁴ *Zeller/Stöber*, § 182 Rdnr. 11.4.; *Böttcher*, ZVG, § 180 Rdnr. 55; *MünchKommBGB/Karsten Schmidt*, § 751 Rdnr. 3; *Staudinger/Langhein*, § 751 Rdnr. 8; *Palandt/Sprau*, § 751 Rdnr. 2; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 665.

¹⁵ Weder in BGHZ 90, 207 = NJW 1984, 1968, noch in BGH, DNotZ 1985, 699; in ersterer Entscheidung wird in anderem Zusammenhang allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob es einer direkten oder analogen Anwendung von § 751 Satz 2 BGB bedarf; danach scheint der BGH die Anwendung jedenfalls nicht auszuschließen.

5. BGB §§ 925, 873; GBO §§ 20, 22 (*Fehlende Unterschrift unter Auflassungserklärung*)

Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des § 925 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass die Auflassung eine ausdrückliche und mündliche Erklärung voraussetzt. Wenn der Auflassungsempfänger zur notariellen Beurkundung erscheint und dem verlesenen Vertragstext, der eine von ihm selbst erklärte Auflassung enthält, nicht widerspricht, so kann in diesem Verhalten eine Zustimmung zu dem Vertragstext und der darin enthaltenen Auflassung liegen. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Rostock, Beschluss vom 28.4.2006, 7 U 48/06

Aus den Gründen:

I.

Die Parteien streiten im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes um die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs.

⁹ Vgl. statt aller *MünchKommBGB/Karsten Schmidt*, § 749 Rdnr. 17 m. w. N.

¹⁰ *Zöller/Vollkommer*, ZPO, vor § 50 Rdnr. 30.

¹¹ *MünchKommBGB/Karsten Schmidt*, § 749 Rdnr. 25 und *Staudinger/Langhein*, § 749 Rdnr. 58 schlagen dies im Ergebnis als sicherste Methode vor.

¹² Zur Frage welche Rechte bestehen bleiben vgl. z. B. *Zeller/Stöber*, ZVG, § 182 Rdnr. 2.

¹³ Nach der Literatur, die § 751 Satz 2 BGB anwendet, sogar unendlich oft. Nach dieser Auffassung gibt allein die Eintragung eines Grundpfandrechts am Miteigentumsanteil die Befugnis zur Teilungsversteigerung. Daher kann der Gläubiger immer wieder auf diesen Anspruch zugreifen, ohne aus dem Grundpfandrecht vorgehen zu müssen. Außerdem will die Literatur – aus ihrer Sicht konsequent – ihre Auffassung auch auf rechtsgeschäftlich bestellte Grundpfandrechte ausdehnen, die dann ebenfalls eine unendliche Wiederholungsvollstreckung ermöglichen würden.

Die Klägerin und die Beklagte zu 1. sind Geschwister; der Beklagte zu 2. ist der Ehemann der Beklagten zu 1. Die Eltern Sch. der Klägerin und der Beklagten zu 1. waren Eigentümer eines Grundstücks in M. Herr Sch. verstarb im Jahr 1987. Frau Sch., die Klägerin und die Beklagten schlossen am 5.5.1992 einen notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag. Die Beklagten verpflichteten sich als Gesamtschuldner, an die Klägerin 40.000 DM zu zahlen. Die Vertragsparteien waren sich ausweislich des Vertragstextes einig darüber, dass das Eigentum an dem Grundstück auf die Beklagten als Miteigentümer je zur Hälfte übergehen sollte. Sie erklärten – ebenfalls ausweislich des Vertragstextes – die Auflassung und beantragten die Eintragung in das Grundbuch.

Der Beklagte zu 2. war bei der Beurkundung anwesend; er unterschrieb jedoch den notariellen Vertrag nicht. Die Beklagten wurden in der Folge dennoch als Miteigentümer je zur Hälfte in das Grundbuch eingetragen.

Im August 2005 verstarb Frau Sch. In demselben Monat beantragte die Klägerin Prozesskostenhilfe für das vorliegende Verfahren und kündigte einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung an. Da der Beklagte zu 2. den notariellen Vertrag vom 5.5.1992 nicht unterschrieben habe, fehle es an einer wirksamen Auflassung. Das Grundbuch sei unrichtig, soweit die Beklagten darin als Eigentümer eingetragen seien. Daher sei ein Widerspruch einzutragen.

Nach der Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat das Amtsgericht dem Antrag mit Beschluss vom 16.11.2005 stattgegeben; der Widerspruch wurde in das Grundbuch eingetragen. Danach hat das Amtsgericht die Sache auf Antrag der Parteien an das Landgericht verwiesen.

Die Klägerin beantragt Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz. Sie möchte mit der Berufung ihr erstinstanzliches Begehren weiterverfolgen und vorab die Einstellung der Vollziehung des angefochtenen Urteils ohne Sicherheitsleistung erwirken.

II.

Der Antrag auf Prozesskostenhilfe muss abgelehnt werden, da die beabsichtigte Berufung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO). Das Landgericht hat im Ergebnis richtig entschieden.

1. Die Eintragung eines Widerspruchs setzt voraus, dass der Inhalt des Grundbuchs nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimmt (§§ 894, 899 BGB). Das ist unter anderem dann der Fall, wenn jemand als Eigentümer eingetragen ist, obwohl die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Eintragung als Eigentümer nicht gegeben waren, beispielsweise weil das Grundstück nicht wirksam an ihn aufgelassen wurde (MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl. § 894 Rdnr. 7 m. w. N.). Ist die Auflassung dagegen materiell-rechtlich wirksam erklärt worden, so schadet es nicht, wenn das Grundbuchamt die Beklagten aus formellen Gründen nicht hätte eintragen dürfen. Dadurch wird das Grundbuch nicht unrichtig, wenn die materiellen Voraussetzungen des Eigentumsübergangs vorlagen (vgl. OLG Königsberg, Urteil vom 27.3.1912, OLGE 25, 378, 379). Ebenso hängt die Richtigkeit des Grundbuchs – um die es hier allein geht – nicht von der Wirksamkeit des zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrages ab.

Entscheidend ist, ob die Beteiligten eine materiell-rechtlich wirksame Auflassung erklärt haben. Die Auflassung muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einem Notar oder sonst einer zuständigen Stelle erklärt werden (§ 925 Abs. 1 BGB). Sie braucht nicht notariell beurkundet zu werden (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl. § 925 Rdnr. 15; *Stau-*

dingler/Pfeifer, BGB, 2004, § 925 Rdnr. 76). Nach herrschender Meinung kann die Auflassung durch schlüssiges Verhalten erklärt werden, namentlich dadurch, dass der eine Beteiligte die Erklärung der anderen Seite ohne Widerspruch anhört (so *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 20 GBO Rdnr. 117; MünchKommBGB/Kanzleiter, § 925 Rdnr. 20; *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnr. 86).

2. Demnach hat hier der Beklagte zu 2. die Auflassung erklärt: Der Beklagte zu 2. erschien zum Notartermin. Er gab seine Personalien und seine Personalausweisnummer bekannt oder duldete, dass diese Daten der Notarin mitgeteilt wurden. Und er hörte die Verlesung des seine eigene Auflassungserklärung enthaltenden Vertragstextes durch die Notarin ohne Widerspruch an. Dass der Beklagte zu 2. widersprochen habe, wird von keiner Seite behauptet. Dieses Verhalten kann nicht anders verstanden werden als so, dass er den Vertragstext und die darin ihm zugeschriebenen Willenserklärungen billigte. Damit gab er eindeutig und in gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten (§ 925 Abs. 1 BGB) zu verstehen, dass er der Übertragung des Grundstückseigentums zustimmte. Jede andere Auslegung seiner Anwesenheit und seines Schweigens wäre lebensfremd.

3. Im Schrifttum wird zwar die Meinung vertreten, dass die Auflassung nur ausdrücklich und mündlich erklärt werden könne. Insbesondere soll es nicht ausreichen, wenn ein Beteiligter die Erklärung des anderen Teils ohne Widerspruch hinnimmt (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl. § 20 Rdnr. 14; *Ermann/Lorenz*, BGB, 11. Aufl., § 925 Rdnr. 24; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 925 Rdnr. 34). Soweit diese Meinung Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat, handelt es sich jedoch um Fälle, die mit dem hier relevanten Sachverhalt nicht vergleichbar sind: Das Reichsgericht hatte über eine notarielle Beurkundung zu entscheiden, bei der eine Partei sich mit dem Notar in einem Raum befand, während die andere Partei den Beurkundungsakt von einem anderen Raum aus durch die geöffnete Tür anhörte, ohne sich ausdrücklich zu äußern. Die Besonderheit jenes Falles lag darin, dass die beiden Parteien einander nicht sehen konnten und daher nicht sicher wahrnahmen, ob der jeweils andere anwesend war, ob er dem Vorgang folgte, und ob er durch Gesten oder anders etwa seine Ablehnung ausdrückte. Das Reichsgericht entschied, dass das bloße Schweigen der im Nebenraum anwesenden Partei nicht als Auflassung durch schlüssiges Verhalten gewertet werden könne (RG, Urteil vom 6.2.1928, 315/26 IV, JW 1928, 2519 f. m. zust. Anm. *Rosenberg*). Dagegen waren im hier zu entscheidenden Fall alle Beteiligten mit der Notarin im selben Raum und konnten einander sehen.

Das Bayrische Oberste Landesgericht hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, der ebenfalls anders gelagert war: Dort erklärte lediglich der Veräußerer, das Grundstück an den Erwerber aufzulassen. Der Erwerber widersprach dieser Erklärung nicht und unterschrieb den Vertragstext, der lediglich die Auflassungserklärung des Veräußerers enthielt. Auch in jenem Fall konnte das Schweigen auf die Erklärung der Gegenpartei nicht als Auflassung ausreichen (BayObLG, Beschluss vom 30.11.2000, 2Z BR 120/00, DNotZ 2001, 557). Dagegen war im hier verlesenen Text auch die eigene Auflassungserklärung des Beklagten zu 2. enthalten.

Aus den zitierten Entscheidungen lässt sich somit nicht generell entnehmen, dass eine Auflassung nur mündlich und ausdrücklich erklärt werden kann, nicht jedoch durch schlüssiges Verhalten. Ein solches Erfordernis lässt sich auch nicht überzeugend begründen. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des § 925 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass die Auflassung eine ausdrückliche und mündliche Erklärung voraussetzt. Die

Formulierung, dass die Auflassung „mündlich“ erklärt werden müsse, hat in den Gesetzestext keinen Eingang gefunden, obwohl es im Gesetzgebungsverfahren zum BGB einen entsprechenden Vorschlag gab (*Meikel/Böttcher*, a. a. O.; *Staudinger/Pfeifer*, a. a. O.). Für eine solche Einschränkung besteht auch kein praktisches Bedürfnis. Die Auflassung muss als Voraussetzung des Eigentumsübergangs zwar eindeutig und unmissverständlich erklärt werden. Das lässt sich jedoch auch dann erreichen, wenn man allgemeine Grundsätze anwendet: Danach ist es möglich, Schweigen als Willenserklärung anzusehen. Wer schweigt, kann damit – je nach den Umständen, unter denen er schweigt – seinen Willen in rechtlich erheblicher Weise zum Ausdruck bringen. Wegen der latenten Mehrdeutigkeit des Schweigens ist jedoch Vorsicht geboten; die äußeren Umstände müssen eindeutig sein (vgl. *Staudinger/Singer*, BGB, 2004, Vorbem. zu §§ 116–144 Rdnr. 60 ff. m. w. N.). Durch die Anwendung dieser Kriterien kann dem Bedürfnis nach eindeutigen Auflassungserklärungen Genüge getan werden. Wenn der Beklagte zu 2. hier zur Beurkundung erschien und dem verlesenen, eine von ihm selbst erklärte Auflassung enthaltenden Vertragstext nicht widersprach, so erscheint es nicht möglich, diesem Verhalten eine andere Bedeutung beizulegen als die, dass er dem Vertragstext und der darin enthaltenen Auflassung zustimmte. Damit wurde die Auflassung mit hinreichender Deutlichkeit erklärt.

4. Die Wirksamkeit der Auflassung hängt nicht von dem zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vertrag ab. Jener Vertrag ist zwar möglicherweise unwirksam, da es an der Unterschrift und damit an der notariellen Beurkundung fehlte. Ob die erforderliche Erklärung des Beklagten zu 2. noch im Dezember 2005 nachgeholt werden konnte, ist in diesem Verfahren nicht zu entscheiden. Selbst wenn der schuldrechtliche Vertrag unwirksam wäre, wird die Auflassung davon nicht erfasst (vgl. *MünchKommBGB/Mayer-Maly/Busche*, 4. Aufl., § 139 Rdnr. 20; *Staudinger/Roth*, BGB, 2003, § 139 Rdnr. 54 ff.).

5. Die Entscheidung des Landgerichts stellt sich damit jedenfalls im Ergebnis als richtig dar. Es kann offenbleiben, ob der notariellen Urkunde vom 5.5.1992 mit dem Landgericht zwei unterschiedliche Verträge entnommen werden können. Ebenso stellt sich nicht die Frage, ob Treu und Glauben der Berufung auf eine Unrichtigkeit des Grundbuchs entgegenstehen.

6. BGB § 883 (*Keine Löschung einer nachrangigen Vormerkung durch Vormerkungsberechtigten*)

Da das Wesen der Auflassungsvormerkung in der Vermeidung von Zwischenverfügungen und nicht in der Verleihung von Eigentumsrechten besteht, kann ein Auflassungsvormerkungsberechtigter vom Berechtigten einer weiteren, nachrangigen Vormerkung eine Zustimmung zur Löschung der nachrangigen Vormerkung erst verlangen, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 27.4.2006, 4 U 55/05

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin, zu deren Gunsten als damalige R GmbH i. G. im Grundbuch seit dem 4.12.2003 eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist, verlangt von der Beklagten, für die dort

seit dem 16.12.2003 eine nachrangige Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wegen einer Werklohnforderung in Höhe von 24.819,85 € eingetragen ist, die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung.

Eigentümerin des Grundstücks ist die O-GmbH, deren Geschäftsführer R war, über deren Vermögen laut der Bekanntmachung auf der Internetseite www.insolvenz-bekanntmachungen.de das Amtsgericht – Insolvenzgericht – N am 1.6.2004 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt P als Insolvenzverwalter bestellt hat. Die Insolvenzeröffnung der Eigentümerin O-GmbH wurde am 22.6.2004 ins Grundbuch eingetragen. Die Beklagte hatte am 15.10.2003 einen Werkvertrag mit der O-GmbH über Umbaumaßnahmen des Anwesens W in U abgeschlossen. Bei Abschluss des von den Parteien nicht vorgelegten Kaufvertrages vom 20.10.2003 zwischen der O-GmbH und der Klägerin im Gründungsstadium trat als jeweils vertretungsberechtigte Unterzeichnerin H auf. Am 21.9.2004 hat der Notar H in Vollmacht der O-GmbH den Auflassungsantrag der Klägerin gegenüber dem Grundbuchamt bewilligt, wobei nach dem Vortrag der Klägerin der Kaufpreis bezahlt wurde. Die Geschäftsführerin der Klägerin H hat am 9.8.2001 die eidesstattliche Versicherung über ihre Vermögensverhältnisse abgegeben und ist inzwischen mit dem früheren Geschäftsführer der O-GmbH verheiratet.

Am 18.11.2004 hat der Einzelrichter ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte auf Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Beklagten auf Einräumung einer Sicherungshypothek erlassen. Nach form- und fristgerechtem Einspruch der Beklagten hat das Erstgericht das Versäumnisurteil aufrechterhalten und im Wesentlichen ausgeführt, dass eine beeinträchtigende Verfügung im Sinne von § 883 Abs. 2 BGB auch eine Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek sein könne. Die Klägerin sei mittlerweile im Handelsregister eingetragen und habe nach ihrer Aussage den Kaufpreis überwiesen. Der Löschungsanspruch ergebe sich entweder aus § 883 BGB oder aus einer analogen Anwendung des § 886 BGB. Der Einwand der Beklagten hinsichtlich einer rechtswidrig durch Betrug erworbenen Auflassungsvormerkung der Klägerin sei nicht näher substantiiert und unter Beweis gestellt worden.

Hiergegen wendet sich die Berufung der Beklagten, die eine Aufhebung des Versäumnisurteils und Klageabweisung erstrebt.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten führt auch in der Sache zum Erfolg.

1. Nach Auffassung des Senats kann von der Klägerin als Auflassungsvormerkungsberechtigter erst eine Zustimmung zur Löschung verlangt werden, wenn sie als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist. Das Wesen der Auflassungsvormerkung besteht in der Vermeidung von Zwischenverfügungen und nicht in der Verleihung von Eigentumsrechten (so auch OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1177 f.; OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 1998, 285 ff.; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdnr. 265; a. A. OLG Naumburg, Urt. v. 15.2.2000, 11 U 151/99; OLG Düsseldorf, MDR 1991, 440).

Zwar kann die nachrangige Vormerkung grundsätzlich den gesicherten Anspruch i. S. v. § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB beeinträchtigen, aber solange noch nicht feststeht, ob es zu einer Vollrechterstarkung kommt, wirkt sich die Rangkollision nicht nachteilig für den Grundstückserwerb aus, da für die Eigentumsübertragung nach dem formellen Konsensprinzip des § 19 GBO die Zustimmung des nachrangig vormerkungs-

berechtigten Unternehmers nicht erforderlich ist. Im Verhältnis mehrerer kollidierender Vormerkungen geht es immer um eine Wirksamkeitsreihenfolge, die aber erst mit der Eintragung des vorrangigen Rechts bedeutsam wird. Nach herrschender Meinung ist die Auflassungsvormerkung auch kein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht im Sinne des § 771 ZPO, sondern erst das Eigentumsrecht selbst (so OLG Dresden und OLG Stuttgart, a. a. O.)

Gerade der vorliegende Einzelfall zeigt, dass angesichts der Insolvenz der Verkäuferin O-GmbH überhaupt noch nicht feststeht, ob der Kaufvertrag mit der Klägerin zur Durchführung gelangt, so dass kein Grund ersichtlich ist, warum die Beklagte auf ihre grundbuchrechtlich gesicherte Position verzichten sollte. Veräußert der Besteller den Grundbesitz vor Geltendmachung des Sicherungsanspruchs an einen Dritten, kann der Unternehmer zwar seinen Anspruch auf Eintragung von Sicherungshypotheken wegen des Grundsatzes der rechtlichen Identität zwischen Besteller der Werkleistungen und Eigentümer des zu belastenden Grundstücks nicht mehr durchsetzen. Dem ist aber der vorliegende Fall, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch eines Dritten nur durch eine Auflassungsvormerkung geschützt ist, nicht gleichzusetzen.

Zu Recht wird von der Gegenmeinung zwar darauf hingewiesen, dass die Auflassungsvormerkung nicht die Zwangsversteigerung des Grundstücks aus einer rangschlechteren Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek hindert (RGZ 125, 242, 251), da selbst der durch eine Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Verschaffungsanspruch kein Widerspruchsrecht begründet (vgl. BGH, NJW 1994, 128–130). Eventuelle Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung sind aber nach § 883 Abs. 2 BGB insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden. Gesetzestechisch erreicht das Zwangsversteigerungsgesetz diesen Schutz in § 48 durch Gleichstellung der Vormerkung mit den dinglichen Rechten. Eine Auflassungsvormerkung, die dem Anspruch des betreibenden Gläubigers vorgeht, ist in das geringste Gebot aufzunehmen (vgl. MünchKommBGB/Wacke, 4. Aufl. 2004, § 883 Rdnr. 50). Der Ersteher des Grundstücks steht dem Vorgesetzten gegenüber einem rechtsgeschäftlichen Erwerber gleich und hat bei Geltendmachung des vorgemerkten Anspruchs nach §§ 883, 888 BGB der Eintragung des Vorgesetzten zuzustimmen und ihm ggf. das Grundstück herauszugeben (vgl. MünchKommBGB/Wacke, Rdnr. 51).

7. WEG § 3 Abs. 2 Satz 1 (*Abgeschlossenheit und freier Zugang zum Sondereigentum*)

Zur baulichen Abgeschlossenheit im Sinne des WEG ist es auch erforderlich, dass jedes Wohnungs- und Teileigentum einen freien Zugang nach außen hat. Dieser freie Zugang kann auch durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit auf einem Nachbargrundstück zugunsten aller jeweiligen Wohnungseigentümer sichergestellt werden. (Leitsatz des Einsenders)

LG Bamberg, Beschluss vom 6.4.2006, 3 T 137/05; eingeklagt von Notar *Martin Reiß*, Forchheim

I.

Der Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses möchte Wohnungs- und Teileigentum begründen. Dabei ist eine Teileigentums-einheit (Restaurant) nur durch das anschließende Bäckereigeschäft auf einem Nachbargrundstück desselben Eigentümers von außen zu-

gänglich. Das Amtsgericht F – Grundbuchamt – hat in einer Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass es die bauliche Abgeschlossenheit der Teileigentums-einheit solange nicht als gewährleistet sieht, als nicht der freie Zugang durch eine Grunddienstbarkeit gesichert ist. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die gem. § 11 Abs. 1 RPflG i. V. m. §§ 71, 72, 73 GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, weil die Zwischenverfügung vom 28.7.2005 zu Recht ergangen ist. (...)

Obwohl die Stadt F die Abgeschlossenheit der vorgenannten Teileigentums-einheiten bescheinigt hat, sind die Gerichte im Grundbucheintragungsverfahren an diese Abgeschlossenheitsbescheinigung jedenfalls dann nicht gebunden, wenn sich aus den zum Vollzug vorgelegten Eintragungsunterlagen (Teilungserklärung, Gemeinschaftsordnung, Aufteilungsplan) das Gegenteil ergibt oder dieses unstreitig vorliegt. Das Grundbuchamt hat vielmehr selbst bei Vorliegen einer behördlichen Abgeschlossenheitsbescheinigung in eigener Verantwortung anhand der Eintragungsunterlagen zu prüfen, ob die Teileigentums-einheiten in sich im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG i. V. m. § 1 Abs. 6 WEG abgeschlossen sind (vgl. BayObLG, MDR 1984, 849; BayObLG, NJW-RR 1989, 142; OLG Düsseldorf, ZMR 1997, 662, jeweils m. w. N.; *Bärmann/Pick*, WEG, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 39, 46 m. w. N.). Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze, denen die Kammer folgt, hat daher das Grundbuchamt trotz der vorliegenden Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt F – Stadtbauamt – vom 5.5.2004 anhand der eingereichten Unterlagen zu prüfen, ob eine Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG in Verbindung mit § 1 Abs. 6 WEG vorliegt.

Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG i. V. m. § 1 Abs. 6 WEG soll Sondereigentum nur eingeräumt werden, wenn die Wohnungen oder die sonstigen Räume in sich abgeschlossen sind. Dass § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG nur eine Soll-Vorschrift ist, die bei Nichtbeachtung das eingetragene Sondereigentum nicht hindert, ändert nichts an der Pflicht des Grundbuchamts, sie zu beachten (BayObLG, NJW-RR 1989, 142; BayObLG, MDR 1984, 849). Was Abgeschlossenheit im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG bedeutet, ist in der gem. § 59 WEG ergangenen allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974 erläutert. Nach Nr. 5 a dieser Vorschrift sind abgeschlossene Wohnungen solche Wohnungen, die baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen abgeschlossen sind, z. B. durch Wände und Decken, die den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörden (Baupolizei) an Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken entsprechen und einen eigenen abschließbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einem Vorraum haben. Nach 5 b gelten bei „nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen“ diese Erfordernisse sinngemäß. Die vom Gesetz in § 3 Abs. 2 und § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG geforderte Abgeschlossenheit wird mit den in diesen Verwaltungsvorschriften niedergelegten Grundsätzen zutreffend umschrieben (BayObLG, NJW-RR 1989, 142; OLG Düsseldorf ZMR 1997, 662; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 333; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl., § 3 Rdnr. 38 jeweils m. w. N.). Der zur Abgeschlossenheit der Wohnungen und sonstigen Räume im Sinne des § 3 Abs. 1 WEG notwendige freie gesicherte Zugang kann auch in der Weise geschaffen werden, dass die Benutzung eines im Nachbargebäude befindlichen und im Eigentum eines Dritten stehenden Raumes

durch eine Grunddienstbarkeit zugunsten eines jeweiligen Wohnungseigentümers sichergestellt wird. Dass der Zugang vom gemeinschaftlichen Eigentum aus besteht, ist aus Rechtsgründen nicht notwendig. Der räumliche Zusammenhang mit Räumen auf einem Nachbargrundstück steht der Bildung von Wohnungseigentum nicht entgegen. Ein freier Zugang kann auch in der Weise geschaffen werden, dass die Benutzung des im Nachbargebäude befindlichen und im Eigentum eines Dritten stehenden Raumes durch eine Grunddienstbarkeit zugunsten aller jeweiligen Wohnungseigentümer sichergestellt wird. Der freie Zugang zu den Räumen ist nur dann gewährleistet, wenn die Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Eigentümergemeinschaft mit der Folge bestellt wird, dass sie zum wesentlichen Bestandteil (§ 96 BGB) sämtlicher Wohnungs- und Teileigentumsrechte wird. Nur durch Begründung einer Gesamtberechtigung kann verhindert werden, dass die freie Zugänglichkeit der Räume durch rechtsgeschäftliche Absprachen eines einzelnen Wohnungs- oder Teileigentümers mit dem Eigentümer des Nachbargrundstückes beeinträchtigt wird (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 333; *Bärman/Pick/Merle*, § 3 Rdnr. 38 m. w. N.). (...)

Die dagegen gerichtete Beschwerde ist daher unbegründet und zurückzuweisen.

8. BGB §§ 164, 167, GBO §§ 19, 29 (*Finanzierungsvollmacht mit Bindung an einen bestimmten Notar*)

1. **Die bei Finanzierungsvollmachten im Rahmen von Grundstückskaufverträgen gewählte Formulierung „Die Vollmacht kann nur vor den Notaren ... ausgeübt werden“ ist regelmäßig als Ausübungsbeschränkung mit Wirkung im Außenverhältnis zu verstehen.**
2. **Beurkundet ein anderer Notar die Bewilligung einer Grundschuld, so hat das Grundbuchamt die Vorlage der Genehmigung des Verkäufers in der Form des § 29 GBO zu verlangen. (Leitsätze des Einsenders)**

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 23.3.2006, 7 T 2054/06; mitgeteilt von *Holger Jäckel*, Richter in Nürnberg

Die Beteiligten hatten im Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung eine Finanzierungsvollmacht hinsichtlich der Belastung des Vertragsobjekts mit Grundpfandrechten zum Zwecke der Kaufpreisfinanzierung vereinbart. Die entsprechende Vertragsklausel schloss mit der Formulierung

„Die Vollmacht kann nur vor den Notaren S oder K in N ausgeübt werden.“

Die Erwerberin bewilligte später zur Urkunde des Notars M eine Grundschuld über 20.000 € zugunsten der B-Bank. Dabei handelte sie sowohl in eigenem Namen als auch – unter Bezugnahme auf die Finanzierungsvollmacht – als Vertreterin der Verkäuferin.

Durch Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt die Vorlage der Genehmigung der Verkäuferin in öffentlich beglaubigter Form. Mit der hiergegen erhobenen Beschwerde macht der Notar M geltend, die Vollmacht sei abstrakt und nur im Innenverhältnis der Bet. an ein bestimmtes Notariat gebunden. Ob der Erwerberin durch den Wechsel des Notars ein Missbrauch der Vertretungsmacht zur Last falle, sei durch das Grundbuchamt nicht zu prüfen.

Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der beantragten Eintragung steht das beanstandete Hindernis entgegen. Die Zwischenverfügung ist zu Recht ergangen. Sofern dort die Vorlage einer Genehmigung der Verkäuferin gefordert worden ist, hält dies der rechtlichen Prüfung stand.

a) Es fehlt an einer Bewilligung (§ 19 GBO) der im Grundstück eingetragenen und von der Grundschuld betroffenen Eigentümerin. Diese Bewilligung hat die Erwerberin nicht wirksam als Vertreterin erklärt. Es mangelte an der gem. § 164 Abs. 1 BGB erforderlichen Vertretungsmacht. Die in der Kaufvertragsurkunde vom 26.11.2004 erteilte Finanzierungsvollmacht kommt nicht zum Tragen. Die Eintragungsbewilligung kann auch durch einen Vertreter abgegeben werden. Das Grundbuchamt hat in diesem Fall nicht nur die Wirksamkeit der Vollmacht, sondern insbesondere auch ihren Umfang selbständig zu prüfen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1991, 365; BayObLG, NJW-RR 1995, 1167).

aa) Vorliegend war der Erwerberin eine Finanzierungsvollmacht mit einer Ausübungsbeschränkung dergestalt erteilt worden, dass von ihr nur vor den Notaren S und K Gebrauch gemacht werden kann. Die Beschränkung der Belastungsvollmacht durch Bindung der Ausübung an eine bestimmte Notarstelle (sog. „überwachbare Vollmacht“) ist in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt, entspricht einer gängigen Praxis und wird als Gestaltungsweise empfohlen (vgl. *Wilke*, MittBayNot 1996, 260; DNotI-Report 2005, 177 f. m. w. N.). Soweit hiergegen standesrechtliche Bedenken erhoben worden sind (vgl. *Wolfsteiner*, MittBayNot 1996, 365), berühren diese die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Beschränkung nicht (vgl. DNotI-Report 2005, 177, 178).

Die Beschränkung dient in erster Linie der Absicherung des Verkäufers. Denn nur so würde es dem Notar auffallen, wenn von der Belastungsvollmacht abredewidrig mehrfach Gebrauch gemacht wird. Ferner kann er die Sicherstellung der Zahlungsmodalitäten überwachen und möglichst schnell aus eigenem Wissen die dazu erforderlichen notariellen Bescheinigungen erteilen (vgl. BGH, NJW 1985, 800). Diese Kontrolle der Finanzierungsabwicklung durch den Notar kommt dem Schutz des Verkäufers zugute (vgl. BayObLG, NJW-RR 1995, 1167). Er kann sich durch den benannten Notar jederzeit davon unterrichten lassen, ob und inwieweit die Vollmacht bereits ausgeübt worden ist.

bb) Die Beschränkung der Ausübung der Vollmacht kann mit verschiedenen Wirkungen ausgestattet sein. Soll sie nur im Innenverhältnis binden, so wäre das Geschäft als solches gemäß dem Abstraktionsprinzip wirksam und der Vertreter lediglich einer Haftung wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht gegenüber dem Geschäftsherrn ausgesetzt. Ist hingegen eine Beschränkung auch im Außenverhältnis gewollt, so würde eine vor einem anderen Notar erfolgte Beurkundung aufgrund der Vollmacht nicht nur einen Vertragsverstoß bedeuten, sondern auch zur schwebenden Unwirksamkeit wegen fehlender Vertretungsmacht führen.

cc) Im vorliegenden Fall ist in der Kaufvertragsurkunde – anderes als unter § 5 Ziff. 4 – hinsichtlich der Belastungsvollmacht nicht zwischen Innen- und Außenverhältnis unterschieden worden.

(1) Die Vollmachterteilung bedarf daher der Auslegung (§ 133 BGB). Hierzu war das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 19 Rdnr. 28, 75).

Die allgemeinen Grundsätze der Auslegung gelten auch für Grundbucheklärungen und darauf bezogener Vollmachten (vgl. BayObLG, NJW-RR 1995, 1167). Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt; außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen grundsätzlich nicht herangezogen werden. Das folgt aus dem das

Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und dem Erfordernis urkundlich belegter Eintragungunterlagen. Bleibt die Reichweite einer Vollmacht zweifelhaft, so ist von ihrem geringeren, eindeutig feststellbaren Umfang auszugehen (vgl. *Demharter*, § 19 GBO, Rdnr. 75 m. w. N.). Im Zweifel genießt die Schutzwürdigkeit des Vertretenen den Vorrang.

(2) Unter Beachtung dieser Grundsätze ergibt sich nicht mit der erforderlichen Klarheit, dass die Belastungsvollmacht hinsichtlich ihrer Ausübung – wie der Notar behauptet – nur im Innenverhältnis der Beteiligten beschränkt war. Das Gegenteil ist der Fall. Das Recht der Stellvertretung unterscheidet zwischen dem Umfang der Vollmacht im Außenverhältnis als dem rechtlichen „Können“ und dem Innenverhältnis von Vollmachtgeber und Vertreter als dem rechtlichen „Dürfen“ (vgl. *MünchKommBGB/Schramm*, 4. Aufl., § 164 Rdnr. 96). Folglich wird im Schrifttum zwischen den Formulierungen differenziert, dass

- „von dieser Vollmacht nur vor dem amtierenden Notar ... Gebrauch gemacht werden kann“, und dass
- „von dieser Vollmacht nur vor dem amtierenden Notar ... Gebrauch gemacht werden darf“.

Der zuerst genannte Fall bewirkt eine Begrenzung des Vollmachtgebrauchs auch im Außenverhältnis (vgl. *DNotI-Report* 2005, 177, 178; vgl. zur sprachlichen Unterscheidung ferner *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 20 Rdnr. 52). Er entspricht der Wortwahl im vorliegenden Fall.

Dieses Ergebnis erscheint auch sachgerecht. Denn einerseits haben die Kaufvertragsparteien an anderer Stelle nach Innen- und Außenverhältnis unterschieden, so dass hier im Zweifel von einer geringeren Reichweite der Finanzierungsvollmacht ausgegangen werden muss. Andererseits wird nur eine Beschränkung im Außenverhältnis dem genannten Schutzzweck gerecht. Denn ob die Ausübungsbeschränkung bei Bestellung der Grundschuld eingehalten worden ist, kann das Grundbuchamt ohne Schwierigkeiten feststellen (vgl. *Wilke*, *MittBayNot* 1996, 260, 262; *DNotI-Report* 1996, 10).

b) Die Beschränkung ist hier gerade nicht eingehalten worden, so dass die Erwerberin bei der Bewilligung als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt hat. Das Geschäft ist – wie das Amtsgericht zutreffend ausgeführt hat – schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB). Wie in der angefochtenen Zwischenverfügung gefordert, ist demnach zur Heilung die Genehmigung der Veräußerin in der Form des § 29 GBO beizubringen (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 3548). Der Schutzzweck der sog. „überwachbaren Vollmacht“ schließt es aus, dass die Erwerberin diese Genehmigung selbst durch eine vor den Notaren S oder K erklärte Genehmigung herbeiführt (vgl. *DNotI-Report* 1996, 10, 11).

9. BGB §§ 705, 730 ff. (*Ausgleichsanspruch aus Ehegatteninnengesellschaft neben Zugewinnausgleich*)

1. Bei einer Ehegatteninnengesellschaft kommt ein Ausgleichsanspruch eines Ehegatten nicht erst dann in Betracht, wenn der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt. Ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch besteht vielmehr neben einem Anspruch auf Zugewinnausgleich (im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 155, 249, 255 = FamRZ 2003, 1454).

2. Auch im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft setzt die Annahme einer nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Zusammenarbeit der Partner einen zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrag voraus (in Abweichung von BGHZ 77, 55 = DNotZ 1981, 32; BGHZ 84, 388; im Anschluss an Senatsurteil BGHZ 142, 137, 153 = MittBayNot 1999, 565 ff.).

BGH, Urteil vom 28.9.2005, XII ZR 189/02

Der Kläger nimmt die Beklagte, seine geschiedene Ehefrau, auf Auskunft und Ausgleichszahlung aus einer Ehegatteninnengesellschaft in Anspruch.

Am 7.10.1996 schlossen die Parteien die Ehe. Im Jahr zuvor, nämlich gemäß Arbeitsvertrag vom 16.8.1995, wurde der Kläger, der zuvor wegen erheblicher Schulden die eidesstattliche Versicherung abgegeben hatte, als Lagerarbeiter zu einem Bruttolohn von 1.800 DM in dem auf den Namen der Beklagten betriebenen Unternehmen „M. S., Dienstleistungen“ angestellt. Der Nettolohn von 1.250 DM wurde ihm zunächst bar ausbezahlt. Ab Januar 1998 bis Dezember 1999 floss er auf ein Privatkonto der Beklagten, von dem der gemeinsame Lebensunterhalt bestritten wurde. Abweichend von seiner im Arbeitsvertrag angegebenen Funktion führte der Kläger tatsächlich bis einschließlich Juli 1998 selbständig die Geschäfte des Unternehmens, während die Beklagte anderweitig als Angestellte tätig war. Erst ab August 1998 führten die Parteien das Geschäft gemeinsam.

Infolge einer Ehekrise ab Ende 1999 trennten sich die Parteien am 1.2.2000. Am 17.4.2000 schlossen sie einen notariellen Ehevertrag, der u. a. folgende Regelungen enthielt:

„2.1 Güterstandsvereinbarung

Die Beteiligten vereinbaren hiermit für ihre Ehe den Güterstand der Gütertrennung gemäß § 1414 BGB. (...)

3. Zugewinnausgleich für die Vergangenheit

Die Beteiligten haben am 7.10.1996 die Ehe geschlossen. Für einen von diesem Tage bis heute angefallenen Zugewinn vereinbaren die Beteiligten Folgendes:

– Herr J. D. S. und Frau M. G. S. sind sich darüber einig, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch seit Eheschließung bis heute nicht entstanden ist.

– Soweit ein Zugewinnausgleichsanspruch entstanden sein sollte, sind sich beide Beteiligten darüber einig, dass dieser bereits ausgeglichen worden ist durch Zahlungen bis heute, und verzichten gegenseitig auf die Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen (Erlass). Eine Wiedergabe der Zahlungen im Einzelnen hier in dieser Urkunde wünschen die Beteiligten nicht.

Die eheliche Wohnung ist der Ehefrau zugeteilt worden. Der Hausrat ist abschließend geteilt.

4. Unterhaltsverzicht

Gemäß § 1585 c BGB verzichten hiermit die Beteiligten für die Zeit nach der Scheidung ihrer Ehe gegenseitig auf jedweden Unterhalt in allen Lebenslagen. (...)

Die Beteiligten nehmen diese Verzichte hiermit gegenseitig je an. (...)

5. Klarstellung

Die Beteiligten treffen über die vorstehenden Vereinbarungen hinaus keine weiteren Vereinbarungen, wie sie häufig in einem Ehevertrag aufgenommen werden, insbesondere nicht

– Vereinbarungen betreffend den Ausschluss des Versorgungsausgleichs (§ 1408 BGB).

Der Versorgungsausgleich bleibt dem Richter vorbehalten.“

Ebenfalls im April 2000 hoben die Eheleute durch nicht datierte Vereinbarung das Arbeitsverhältnis des Klägers einvernehmlich zum 31.12.2000 auf. Am 10.5.2000 beantragte die Beklagte die Scheidung der Ehe; der Scheidungsantrag wurde am 23.6.2000 zugestellt. Mit Schreiben vom 1.8.2000 kündigte der Kläger das Arbeitsverhältnis aus persönlichen Gründen zum 1.9.2000.

Der Kläger vertritt die Auffassung, zwischen ihm und der Beklagten habe eine Ehegatteninnengesellschaft bestanden, nach deren Auflösung durch die zum 1.9.2000 erfolgte Kündigung des Arbeitsverhältnisses ihm ein Ausgleichsanspruch in Höhe des hälftigen Unternehmenswertes zustehe. Der Anspruch sei unabhängig vom Güterstand gegeben und insbesondere nicht durch den vereinbarten Verzicht auf Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Der Kläger hat deshalb in der ersten Stufe beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft über den Wert des Unternehmens durch Vorlage der – im Einzelnen bezeichneten – Jahresabschlüsse für die Jahre 1995 bis 1999 zu erteilen.

Die Beklagte ist dem Klagebegehren entgegengetreten. Sie meint, eine Ehegatteninnengesellschaft habe nicht bestanden, weil das Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Kläger durch den abgeschlossenen Arbeitsvertrag ausdrücklich geregelt worden sei. Einer Ehegatteninnengesellschaft stehe weiter entgegen, dass die erzielten Einkünfte gerade zum Leben ausgereicht hätten, weshalb ein über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck nicht verfolgt worden sei. Jedenfalls stehe dem Anspruch aber der Ehevertrag entgegen, der zur Vorbereitung der Scheidung abgeschlossen worden sei. Maßgeblich sei der bis dahin bestehende gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Bei diesem komme ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch nur dann zum Tragen, soweit der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis geführt habe. Über den Zugewinnausgleich hätten die Parteien sich aber geeinigt.

Das Landgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung des Klägers blieb erfolglos. Mit seiner Revision, die der Senat auf Nichtzulassungsbeschwerde zugelassen hat, verfolgt dieser sein Auskunftsbegehren weiter.

Gründe:

Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat die Auffassung vertreten, mit Abschluss des notariellen Ehevertrages vom 17.4.2000 sei von einem bindenden Abschluss des Zugewinnausgleichs auszugehen, der auch den gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch des Klägers aufgrund der Auflösung der Ehegatteninnengesellschaft umfasst habe. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das Landgericht habe zutreffend angenommen, dass die Rechtsbeziehungen der Parteien hinsichtlich des von der Beklagten betriebenen Unternehmens nach dem unstreitigen Sachvortrag als Ehegatteninnengesellschaft zu beurteilen seien. Im Verhältnis der Auseinandersetzung einer Innengesellschaft zum Güterrecht ergebe der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch nur dann einen Sinn, wenn ein Zugewinnausgleich nicht vorgenommen werde, weil der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch in diesem Fall einen billigen Ausgleich des in der Ehe erwirtschafteten ermögliche. Vorrangig werde daher der Zugewinnausgleich durchgeführt, in dessen Rahmen geprüft werden müsse, ob dieser zu einem angemessenen Ausgleich der Mitwirkung des Ehegatten in der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des anderen Ehegatten führe. Sei dies der Fall, so habe es mit der Durchführung des Zugewinnausgleichs sein Bewenden. Erst wenn dies nicht zutreffe, sei ein zusätzlicher gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch zu prüfen. Letzterem komme danach lediglich eine subsidiäre Bedeutung zu, und er lebe erst auf, wenn der Zugewinnausgleich nicht als Billigkeitskorrektiv diene. Im vorliegenden Fall hätten die Parteien den notariellen Vertrag und den Aufhebungsvertrag bezüglich des Arbeitsverhältnisses in engem zeitlichem Zusammenhang abgeschlossen und in Ziffer 5 des notariellen Vertrages bestimmt, dass über die getroffenen Vereinbarungen hinaus keine weiteren Regelungen erfolgen sollten. Da mit den beiden Vereinbarungen die Scheidung hätte vorberei-

tet und die vermögensrechtliche Auseinandersetzung abgeschlossen werden sollen, sei davon auszugehen, dass von den in Ziffer 3 und 5 des notariellen Vertrages getroffenen Bestimmungen auch ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch des Klägers umfasst gewesen sei und er auf solche Ansprüche verzichtet habe, zumal er sich deren Geltendmachung nicht ausdrücklich vorbehalten habe. Das gelte insbesondere deshalb, weil der erhebliche Firmenwert auf Seiten der Beklagten vorhanden sei. Im Übrigen ergäben die Vereinbarungen in Ziffer 3 des notariellen Vertrages keinen Sinn, wenn damit nicht auch der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch des Klägers miterfasst wäre. Denn dieser sei im vorliegenden Fall nahezu identisch mit dem Zugewinnausgleichsanspruch, weil das Unternehmen der einzige wesentliche Vermögenswert der Beklagten sei. Der Kläger habe deshalb substantiiert vortragen und unter Beweis stellen müssen, dass der Zugewinn nicht zu einem angemessenen Ergebnis geführt habe. Daran fehle es.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

2. Die Annahme, dass zwischen den Parteien in Bezug auf das unter dem Namen der Beklagten betriebene Unternehmen eine Ehegatteninnengesellschaft bestanden hat, wird von der Revision als ihr günstig allerdings nicht angegriffen. Dagegen bestehen aus Rechtsgründen auch keine Bedenken.

a) Der Senat hat bei Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, zwar nur in seltenen Fällen den Bestand einer Innengesellschaft angenommen, weil der im Fall der Scheidung gebotene Vermögensausgleich in der Regel bereits durch die Vorschriften über den Zugewinnausgleich gesichert ist (Senatsurteil, FamRZ 1986, 558, 559). Die Vorstellung der Ehegatten, über den Zugewinnausgleich an dem gemeinsam Erarbeiteten teilzuhaben, wird vielfach dagegen sprechen, ihr Verhalten hinsichtlich ihrer gemeinsamen Arbeit oder Wertschöpfung als Abschluss eines Gesellschaftsvertrages auszulegen. Der Umstand, dass die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand leben, ist deshalb als gewichtiges Indiz gegen das Zustandekommen einer Innengesellschaft durch schlüssiges Verhalten anzusehen (vgl. auch *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 3. Aufl., Rdnr. 458). Ausgeschlossen ist diese Möglichkeit indessen nicht (BGHZ 142, 137, 143 ff. = MittBayNot 1999, 565).

b) Wesentliche Voraussetzung für die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Ehegatteninnengesellschaft ist nach der Rechtsprechung des Senats ein über die Verwirklichung der Ehegemeinschaft hinausgehender Zweck, wie er etwa vorliegt, wenn die Eheleute durch den Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistungen gemeinsam ein Unternehmen aufbauen oder gemeinsam eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben (BGHZ 142, 137, 150 = MittBayNot 1999, 565 ff.; BGH, FamRZ 1995, 1062, 1063 unter 2 a). Das gilt auch dann, wenn das Betreiben des Geschäfts nur der Sicherung des Familienunterhalts dient (BGH, FamRZ 1990, 973).

Eine weitere Voraussetzung stellt das Erfordernis dar, dass die Tätigkeit des mitarbeitenden Ehegatten von ihrer Funktion her als gleichberechtigte Mitarbeit anzusehen ist (BGH, FamRZ 1990, 973), auch wenn dieser Gesichtspunkt bei einem Vermögenserwerb im Rahmen einer Ehegatteninnengesellschaft mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Möglichkeiten der Beteiligungen nicht überbewertet werden darf, solange nur ein Ehegatte für die Gesellschaft einen nennenswerten und für den erstrebten Erfolg bedeutsamen Beitrag geleistet hat (BGHZ 142, 137, 154 = MittBayNot 1999, 565 ff.).

Schließlich darf die Annahme einer durch schlüssiges Verhalten zustande gekommenen Ehegatteninnengesellschaft nicht zu den von den Ehegatten ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen in Widerspruch stehen. Denn ausdrückliche Abreden gehen einem nur konkludent zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen vor (BGH, FamRZ 1990, 1219, 1220; FamRZ 1995, 1062, 1063 f.; FamRZ 1987, 907, 908 f.).

c) Nach den getroffenen Feststellungen sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Ehegatteninnengesellschaft vorliegen kann, erfüllt sind. Der Kläger war ab August 1995 in dem auf den Namen der Beklagten laufenden Unternehmen tätig und hat bis einschließlich Juli 1998 selbständig die Geschäfte geführt, während die Beklagte anderweitig vollschichtig als Angestellte gearbeitet hat. Ab August 1998 führten die Parteien den Betrieb gemeinsam.

Ob bei dieser Sachlage ein konkludent geschlossener Gesellschaftsvertrag angenommen werden kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sie müssen den Schluss auf den Willen der Beteiligten zulassen, eine rechtliche Bindung gesellschaftsrechtlicher Art einzugehen. Einen solchen Willen hat das Landgericht, auf dessen Ausführungen das Berufungsgericht insoweit Bezug genommen hat, rechtsfehlerfrei bejaht, indem es maßgebend darauf abgestellt hat, dass die Parteien gemeinsam einen Betrieb aufbauen wollten und sich nur im Hinblick auf die Verschuldung des Klägers und zur Vermeidung des Zugriffs seiner Gläubiger dafür entschieden haben, im Außenverhältnis allein die Beklagte als Betriebsinhaberin auftreten zu lassen.

Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass die aus dem Betrieb erwirtschafteten Erträge gerade für den Lebensunterhalt der Parteien ausreichten (vgl. BGH, FamRZ 1990, 973). Auch der von ihnen abgeschlossene Arbeitsvertrag steht dazu nicht in Widerspruch. Denn er sieht für den Kläger ein Entgelt von 1.800 DM brutto (= 1.250 DM netto) monatlich vor, das für eine Tätigkeit als Lagerarbeiter vereinbart worden ist, für die tatsächlich ausgeübte Geschäftsführungstätigkeit aber keine adäquate Vergütung darstellt.

3. Bei der Beendigung der Innengesellschaft findet keine gegenständliche Auseinandersetzung statt. Es besteht vielmehr ein Ausgleichsanspruch in Form eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, der sich nach den §§ 738 ff. BGB sowie einzelnen Vorschriften der §§ 730 ff. BGB bestimmt (BGHZ 142, 137, 155 = MittBayNot 1999, 565 ff; *Arens*, FamRZ 2000, 266, 268).

Im Schrifttum ist allerdings umstritten, ob dieser Anspruch nur dann in Betracht kommt, wenn der Zugewinnausgleich nicht zu einem angemessenen Ergebnis führt (so *Schwab/Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., Kap. VII Rdnr. 249; *Schwab/Borth*, a. a. O., Kap. IX Rdnr. 31), oder ob beide Ansprüche nebeneinander bestehen, der gesellschaftsrechtliche Anspruch also nicht nur subsidiär gegeben ist (so *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 6 Rdnr. 192; *Schulz*, FamRB 2005, 142; *Wever*, Rdnr. 478; *ders.* in Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, Rdnr. 5.152; *Arens*, FamRZ 2000, 269, 269 f.).

Der Senat hat sich – nach Erlass des Berufungsurteils – der zuletzt genannten Auffassung angeschlossen (Senatsurteil BGHZ 155, 249, 255 = FamRZ 2003, 1454). Er hat die Rechtslage insoweit anders beurteilt als bei Ausgleichsansprüchen, die aus Wegfall der Geschäftsgrundlage eines familienrechtlichen Vertrages eigener Art und damit aus § 313 BGB hergeleitet werden, wie es insbesondere bei ehebezoge-

nen Zuwendungen der Fall ist. Während dort die Unzumutbarkeit der bisherigen Vermögenszuordnung für den Anspruchsteller zu den anspruchsbegründenden Voraussetzungen gehört, also von ausschlaggebender Bedeutung ist, ob der betreffende Ehegatte nicht schon durch andere Ansprüche genügend abgesichert ist, besteht bei dem Ausgleichsanspruch nach den §§ 738 ff. BGB für Zumutbarkeitsabwägungen kein Raum. Dieser Anspruch setzt – ebenso wenig wie der auf Ausgleich nach § 426 BGB gerichtete – nicht voraus, dass die bisherige Vermögenszuordnung unter Berücksichtigung des Güterrechts zu einem untragbaren Ergebnis führt (vgl. *Haußleiter/Schulz*, Rdnr. 192; *Wever*, Rdnr. 478). Er besteht deshalb neben einem Anspruch auf Zugewinnausgleich. Die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit sich der Auseinandersetzungsanspruch wegen der Systematik des Zugewinnausgleichs auswirkt, ist insofern ohne Bedeutung (vgl. dazu die Beispiele bei *Schulz*, S. 142 f.).

4. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass mit dem notariellen Vertrag vom 17.4.2000 von einem rechtlichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs auszugehen sei, der auch den gesellschaftsrechtlichen Anspruch des Klägers aufgrund der Ehegatteninnengesellschaft umfasst habe. Dieses Ergebnis hat es aufgrund einer Auslegung der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarungen – notarieller Vertrag und Vereinbarung über die Aufhebung des Arbeitsvertrages – gewonnen.

a) Die betreffende Auslegung ist als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüfbar, ob dabei gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind oder ob sie auf Verfahrensfehlern beruht, etwa indem unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften wesentliches Auslegungsmaterial außer Acht gelassen wurde (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 1992, 1967, 1968 m. w. N.).

Die Auslegung des notariellen Vertrages in Verbindung mit der Aufhebungsvereinbarung bezüglich des Arbeitsvertrages ist in diesem Sinne fehlerhaft.

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, mit den vorgenannten Vereinbarungen, die zusammen zu betrachten seien, hätten die Parteien die Scheidung vorbereiten und eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung untereinander abschließen wollen. Die Vereinbarung in Ziffer 3 des notariellen Vertrages ergäbe keinen Sinn, wenn damit nicht auch der gesellschaftsrechtliche Ausgleichsanspruch des Klägers mit-erfasst wäre. Denn dieser Anspruch sei vorliegend nahezu identisch mit dem Zugewinnausgleichsanspruch, weil das Unternehmen der einzige wesentliche Vermögenswert der Beklagten sei.

Dabei verkennt das Berufungsgericht, dass der Zugewinnausgleichsanspruch nur die Zeit vom Beginn bis zum Ende des Güterstandes erfasst, hier also den Zeitraum von der Heirat der Parteien am 7.10.1996 bis zum Abschluss des notariellen Vertrages vom 17.4.2000, durch den die Parteien Gütertrennung vereinbart haben. Die Innengesellschaft bestand indessen jedenfalls in der Zeit von der Heirat bis zum Ausscheiden des Klägers aus dem Betrieb zum 1.9.2000. Bei Abschluss des notariellen Vertrages mussten die Parteien sogar von dem vereinbarten Ausscheiden des Klägers zum 31.12.2000 ausgehen.

Aber auch der Zeitraum, in dem vor der Eheschließung bereits eine gemeinsam erarbeitete Vermögensmehrung im Vermögen der Beklagten stattgefunden hat, kann für die Bemessung des Ausgleichs ebenso maßgebend sein wie derjenige, der nach dem erfolgten Güterstandswechsel liegt (vgl. *Arens*,

FamRZ 2000, 266, 270). Denn eine gesellschaftsrechtliche Bindung kommt nicht nur für die Zeit von der Heirat an (als Ehegatteninnengesellschaft) in Betracht, sondern kann auch schon zuvor, also insbesondere während des Bestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, vorgelegen haben. Ob dies hier der Fall war, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Davon wird es jedoch abhängen, ob auch bezogen auf diesen Zeitraum ein Ausgleich in Frage kommt. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs kann selbst dann, wenn die Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft kein Gesellschaftsverhältnis begründet haben, eine Auseinandersetzung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln in entsprechender Anwendung der §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen, u. a. wenn die Partner durch beiderseitige Arbeit, finanzielle Aufwendungen und sonstige Leistungen zusammen ein Unternehmen aufbauen, betreiben und als gemeinsamen Wert betrachten und behandeln (BGHZ 84, 388, 390 f.). An dieser Beurteilung hält der (nach der Geschäftsverteilung inzwischen zuständige) Senat allerdings nicht uneingeschränkt fest. Er vertritt vielmehr die Auffassung, dass eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit auch im Rahmen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft einen zumindest schlüssig zustande gekommenen Vertrag voraussetzt, eine rein faktische Willensübereinstimmung mithin nicht als ausreichend erachtet werden kann. Gerade, weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft vom Ansatz her eine Verbindung ohne Rechtsbindungswillen ist, erscheint ein solcher für die Annahme einer nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu bewertenden Zusammenarbeit der Partner erforderlich. Indizien hierfür können sich ebenso wie für die Beurteilung, ob eine Ehegatteninnengesellschaft vorliegt – etwa aus Planung, Umfang und Dauer der Zusammenarbeit ergeben.

In jedem Fall entsteht der Auseinandersetzungsanspruch erst mit der Auflösung der Innengesellschaft. Maßgebender Stichtag ist deshalb nicht ohne weiteres der Tag, an dem die Ehegatten sich getrennt haben, sondern der Zeitpunkt, zu dem sie ihre Zusammenarbeit tatsächlich beendet haben und der Geschäftsinhaber das Unternehmen allein weitergeführt hat (*Wever*, Rdnr. 468; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 142, 137, 155 = MittBayNot 1999, 565 ff.). Schon daraus folgt, dass Zugewinnausgleichs- und Auseinandersetzungsanspruch im vorliegenden Fall gerade nicht nahezu identisch sein dürften, da der Kläger – nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Sachvortrag der Parteien – auch tatsächlich weiterhin in dem Unternehmen mitgearbeitet hat, wenn auch in streitigem Umfang.

Abgesehen davon ist die Würdigung des Berufungsgerichts nicht mit der in Ziffer 3 des notariellen Vertrages in erster Linie getroffenen Regelung zu vereinbaren. Danach waren die Parteien sich darüber einig, dass „ein Zugewinnausgleichsanspruch seit Eheschließung bis heute nicht entstanden ist“. Wenn in der Vereinbarung zugrunde gelegten Berechnung der Firmenwert in voller Höhe als Endvermögen auf Seiten der Beklagten berücksichtigt worden ist – was grundsätzlich allein geeignet wäre, einen zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Ausgleich zu vermeiden –, ist nicht verständlich, dass ein Zugewinnausgleichsanspruch nicht entstanden sein soll.

Die genannten Gesichtspunkte sprechen gegen die Würdigung, dass der – ausgeschlossene – Zugewinnausgleich auch den gesellschaftsrechtlichen Anspruch des Klägers umfasst. Dieser ist vielmehr erst zu einem späteren Zeitpunkt entstanden und kann neben der erfolgten Zugewinnausgleichsregelung geltend gemacht werden, soweit er darin nicht – teil-

weise – berücksichtigt worden ist. Ob und gegebenenfalls inwieweit dies der Fall ist, hat die Beklagte, die sich auf einen bereits erfolgten Ausgleich beruft, darzulegen und zu beweisen.

5. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Da das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, welche Jahresabschlüsse für das Unternehmen der Beklagten erstellt worden sind, diese aber geltend gemacht hat, die Abschlüsse, deren Vorlage der Kläger verlange, existierten teilweise nicht, kann der Senat nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das die erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben wird.

Anmerkung:

1. Ehegatteninnengesellschaft

Die zu besprechende Entscheidung ist die dritte grundsätzliche Stellungnahme des BGH zur Ehegatteninnengesellschaft seit dem Jahre 1999. Mit dem ersten Urteil hatte der BGH die Ehegatteninnengesellschaft wieder zur zentralen Anspruchsgrundlage von Ausgleichsansprüchen unter Ehegatten außerhalb des Güterrechts aufgrund Mitarbeit oder finanzieller Zuwendungen werden lassen.¹ Lediglich Ansprüche rund um das Familienheim werden noch mit dem familienrechtlichen Kooperationsvertrag und der Störung der Geschäftsgrundlage gelöst.² In der zweiten Entscheidung hat der BGH Fragen der Zusammenveranlagung dadurch gelöst, dass er entsprechende Pflichten aus einer von ihm so gesehenen Ehegatteninnengesellschaft folgert.³

Dieser Wechsel der Anspruchsgrundlage war zunächst wohl vor allem der Erleichterung des § 722 Abs. 1 BGB geschuldet. Nach dieser Bestimmung steht jedem Gesellschafter ein hälftiger Anspruch zu, wenn sich die einzelnen Beiträge nicht mehr nachweisen lassen. Damit erspart sich das Gericht die Nachzeichnung einzelner Leistungen über mehrere Jahre hinweg. Das vorliegende Urteil zeigt jedoch, dass mit diesem Wechsel der Anspruchsgrundlage auch ein anderes Verhältnis der sog. Zweiten Spur im Familienrecht zum Zugewinn Platz gegriffen hat.

2. Verhältnis zum Zugewinn

Der BGH bestätigt zunächst, dass die Ehegatteninnengesellschaft auch bei Zugewinnsgemeinschaft vorliegen kann. Allerdings sieht er in der Zugewinnsgemeinschaft ein gewichtiges Indiz gegen das Zustandekommen einer Ehegatteninnengesellschaft durch schlüssiges Verhalten.⁴

Das Urteil bestätigt aber – und hierin liegt seine Bedeutung –, dass die Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaft gegenüber den Zugewinnausgleichsansprüchen nicht subsidiär sind. Hatte der BGH im ersten Urteil noch seine Erörterungen mit dem Gedanken begonnen, er habe sich bereits verschiedentlich mit der Frage befassen müssen, wie ein gerechter Vermögensausgleich bei Eheauflösung stattfinden könne, wenn das Güterrecht keine befriedigende Lösung biete, so hat bereits

1 BGHZ 142, 137 = FamRZ 1999, 1580 = MittBayNot 1999, 565 = DNotZ 2000, 514.

2 Näher *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 2004, Rdnr. 922 ff.

3 BGHZ 155, 249 = FamRZ 2003, 1454 = DStR 2003, 1805. Aus steuerlicher Sicht mit berechtigter Kritik: *Arens*, FF 2005, 60, 61; *Spieker*, FamRZ 2004, 174 und *Wever*, FamRZ 2003, 1457.

4 Kritisch *Hoppertz*, FamRZ 2006, 610.

die zweite Entscheidung ausgeführt, dass die gesellschaftsrechtlichen Ansprüche keineswegs nur subsidiär zum Güterrecht seien, zumal bei Ansprüchen, die dort gar nicht vorgesehen seien (wie die Pflicht zur Zusammenveranlagung). Diese Linie wird nunmehr gefestigt, und zwar auch für den reinen Vermögensausgleich, so dass künftig von einem Nebeneinander der Ansprüche auszugehen sein wird. Das bedeutet, dass die Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaft im Regelfälle vorrangig zu berechnen sind, da sie dann in den Zugewinn als Aktiv- bzw. Passivposten mit einzustellen sind.⁵ Dies gilt jedenfalls für den Regelfall, dass die Ehegatteninnengesellschaft mit der Trennung endet, also aufgelöst und vollbeendet wird.⁶

Das zu besprechende Urteil zeigt aber die Problematik, wenn die Ehegatteninnengesellschaft über die Trennung hinaus und sogar noch über den Stichtag für die Berechnung des Endvermögens – im konkreten Fall durch Vereinbarung der Gütertrennung, ansonsten jedoch – nach § 1384 BGB durch Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages hinaus fortbesteht. Maßgebender Stichtag für die Berechnung des Ausgleichsanspruchs aufgrund Ehegatteninnengesellschaft ist hier erst die tatsächliche Beendigung der Zusammenarbeit. Damit entsteht der Ausgleichsanspruch erst später und kann bei der Berechnung des Zugewinns als solcher noch keine Berücksichtigung finden. Somit kommt der BGH zum Ergebnis, dass dieser Anspruch neben dem Zugewinnausgleichsanspruch weiter besteht. Allerdings schränkt er zu Recht den Ausgleichsanspruch seinerseits wieder ein, falls dieser doch im Zugewinn schon berücksichtigt worden ist. Dies kann einmal dadurch geschehen sein, dass die Ehegatten in die Zugewinnberechnung einen (latenten) Ausgleichsanspruch bis zum Stichtag der Zugewinnberechnung oder den Wert des Anteils des Nichteigentümerehegatten⁷ eingestellt haben. Zum anderen wird aber auch sonst eine Doppelinanspruchnahme zu vermeiden sein. Wenn also das Vermögen der Ehegatteninnengesellschaft, das ja kein Gesamthandsvermögen ist, bei dem Vermögensinhaber im Endvermögen eingestellt ist und auf diese Weise im Zugewinn ausgeglichen wird, darf es nicht nochmals als Ausgleich einer Ehegatteninnengesellschaft geteilt werden.

3. Folgerungen für notarielle Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen

Diese Sicht des BGH ist vor allem für die notarielle Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen von entscheidender Bedeutung, denn zur Entscheidung des BGH kam es nur, weil die Scheidungsvereinbarung der Ehegatten zu dem Thema der Ehegatteninnengesellschaft nichts aussagte.

Wenn der Ausgleichsanspruch aus Ehegatteninnengesellschaft gleichrangig neben den güterrechtlichen Ansprüchen steht, dann erfordert er in einem vorsorgenden Ehevertrag, aber auch in einer Scheidungsvereinbarung eine gesonderte Behandlung. So sollte insbesondere daran gedacht werden, bei der Vereinbarung von Gütertrennung⁸ oder beim Aus-

schluss von Zugewinn im Scheidungsfalle⁹ die Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaft gleichfalls auszuschließen. Dies ist insbesondere bei der Eheschließung von Unternehmern wichtig, deren Ehegatte im Betrieb mitarbeitet. Der gerechte Ausgleich sollte hier über die Zahlung einer Vergütung für die Arbeit erfolgen. Das Besprechungsurteil lehrt, dass allein der Abschluss eines separaten Arbeitsvertrages noch nicht gegen die Ehegatteninnengesellschaft hilft, wenn die Entlohnung nicht der tatsächlichen Stellung entspricht.

Noch wichtiger ist es, in der Scheidungsvereinbarung eine Regelung der Ehegatteninnengesellschaft zu finden. Wenn die Parteien sich über die Vermögensauseinandersetzung geeinigt haben, dann wollen sie in der Regel auch Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaft damit erledigt wissen. Aus diesem Grunde sollte die Scheidungsvereinbarung jedenfalls in den Fällen, in denen nach Sachvortrag eine Ehegatteninnengesellschaft möglich erscheint, entweder ausdrücklich weitere Ansprüche aus Ehegatteninnengesellschaft ausschließen oder jedenfalls mit einer umfänglichen Abgeltungsklausel arbeiten, die deutlich macht, dass neben den Regelungen der Scheidungsvereinbarung keine weiteren Ansprüche bestehen.¹⁰ Besteht die Ehegatteninnengesellschaft noch nach dem Stichtag für den Übergang in die Gütertrennung fort, sollte die Scheidungsvereinbarung auch regeln, ob für diesen Zeitraum ein Ausgleichsanspruch in Betracht kommt oder ob auch dieser – bei überschaubarem Fortbestehen – mit abgegolten ist. Bei den in der notariellen Praxis nicht allzu seltenen Fällen von Ehegattenmitarbeit oder aber von Vermögensverschiebungen aus Haftungsgründen¹¹ ist also künftig erhöhte Vorsicht geboten und eine umfassende Regelung dringend anzuraten.

Notar Dr. *Christof Münch*, Kitzingen

⁹ Formulierung bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 512.

¹⁰ Formulierung bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 2211.

¹¹ Dazu, dass hier die Ehegatteninnengesellschaft ungeeignet ist: *Münch*, FamRZ 2003, 233, 236.

10. BGB §§ 276, 1904 (*Voraussetzungen eines zulässigen Behandlungsabbruchs*)

Die Umsetzung der Voraussetzungen eines zulässigen Behandlungsabbruchs kann auch schon dadurch erschwert sein, dass etwa ein Pflegeheim nicht über die Ermittlungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft verfügt. Eine unreflektierte Übernahme vorgelegter Erklärungen, um etwa auf einen mutmaßlichen Patientenwillen zu schließen, genügt aber grundsätzlich nicht den Sorgfaltsanforderungen.

OLG München, Urteil vom 26.4.2006, 3 U 1776/06

Aus den Gründen:

I.

Der – am 26.3.2004 verstorbene – Sohn der Kläger befand sich aufgrund Vertrags vom 10.9.1998 im Pflegeheim der Beklagten. Er hatte seit einem Suizidversuch vom 19.7.1998 an einem apallischen Syndrom im Sinne eines Wachkomas gelitten und war mittels einer bereits vor Aufnahme in das Heim der Beklagten 1998 eingebrachten PEG-Sonde künstlich ernährt worden.

Während die lebenserhaltende Pflege durch das Personal der Beklagten bis dahin mit Einverständnis des Betreuers (des

⁵ *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl. 2004, Kap. 6 Rdnr. 193 f.; *Schulz*, FamRB 2005, 142 f.; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 4. Aufl. 2006, Rdnr. 625 und 659.

⁶ BGHZ 142, 137 = FamRZ 1999, 1580 = MittBayNot 1999, 565 = DNotZ 2000, 514.

⁷ So *Hoppertz*, FamRZ 2006, 610.

⁸ Formulierung bei *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rdnr. 472.

Vaters) erfolgt war, hatte der behandelnde Arzt ... am 14.12.2001 im Einvernehmen mit dem Betreuer angeordnet, die künstliche Ernährung einzustellen und die Zuführung von Flüssigkeit über die Magensonde zu reduzieren; über diese seien nur noch 500 ml kalorienfreie Flüssigkeit pro Tag zuzuführen, denen im Einzelnen bezeichnete Medikamente beizufügen seien. Die Beklagte hatte die Durchführung dieser Anordnung, bei deren Befolgen der Sohn der Kläger binnen maximal acht bis zehn Tagen an einer Nierenvergiftung gestorben wäre, aus einer Reihe von Gründen abgelehnt. Mit der daraufhin vor dem Landgericht Traunstein erhobenen Klage (Az. 3 O 205/02) hatte der durch seinen Betreuer vertretene Sohn begehrt, seine künstliche Ernährung in jeglicher Form zu unterlassen; außerdem hatte er von der Beklagten verlangt, die Anordnung des ... sowie sämtliche weiteren, ihn betreffenden palliativ-medizinischen Anordnungen des verantwortlich behandelnden Arztes, insbesondere zur Durstverhinderung und im Rahmen der Schmerztherapie, durchzuführen. Das Landgericht Traunstein hatte die Klage mit am 16.10.2002 verkündeten Urteil abgewiesen, die hiergegen gerichtete Berufung war mit Endurteil des Oberlandesgerichts München vom 13.2.2003 (Az. 3 U 5090/02) zurückgewiesen worden. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des damaligen Klägers hatte der 12. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 24.9.2003 die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München zugelassen.

Der Sohn der Kläger hatte sich vor seinem Tod vorübergehend noch zu einer Akutbehandlung im Krankenhaus Rosenheim befunden, nach deren Beendigung er wieder ins Heim zurückverlegt worden war. Auch war ihm nach Bestellung eines Ergänzungspflegers und mit dessen Zustimmung im Jahre 2004 nochmals eine Magensonde gelegt worden. Nach dem Tod des Patienten (der nicht mittels der klageweise erstrebten Sterbehilfe eintrat) hatten der Kläger und die Beklagte den beim Bundesgerichtshof anhängigen Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt, woraufhin der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 8.6.2005 dessen Kosten gegeneinander aufhob. Auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs (NJW 2005, 2385) und die vorangegangenen erwähnten Urteile (NJW-RR 2003, 221 und, NJW 2003, 1744) wird Bezug genommen.

Das Landgericht Traunstein hat mit am 7.12.2005 verkündetem Endurteil die auf Leistung von Schmerzensgeld und Schadensersatz (an die Kläger als Erben des vormaligen Patienten) gerichtete Klage abgewiesen. Die Kläger haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. (...)

II.

Die Berufung ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die Überprüfung des Ersturteils durch den Senat auf Rechtsfehler hat keine Beanstandungen ergeben. Der Senat folgt der ausführlichen Begründung des Landgerichts Traunstein für die erfolgte Klageabweisung, wobei im Hinblick auf die mit der Berufung vorgetragene Gesichtspunkte ergänzend Folgendes auszuführen ist:

Der Senat geht gleichfalls davon aus, dass aus dem hier objektiv feststehenden Sachverhalt – bezogen auf den verfahrensgegenständlichen Zeitraum – ein zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs erforderliches subjektives Verschulden der Beklagten nicht hergeleitet werden kann. Zugrundelegen war anders als im Strafrecht kein individueller, sondern ein auf die allgemeinen Verkehrsbedingungen ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab; dabei kommt es bei der Beurteilung auf den Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der Verursachung des Schadens an. Soweit eine Rechtsfrage

zu beurteilen ist, gilt grundsätzlich, dass die Schuldnerin die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss. Allerdings wird ein Verschulden in den Fällen verneint, in denen die Rechtslage in besonderem Maße unklar und dem Schuldner eine sofortige Leistung nicht zuzumuten ist (*Palandt/Heinrichs*, BGB, § 276 Rdnr. 23); dies soll insbesondere auch bei zweifelhaften, höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfragen gelten.

Vorliegend ist festzustellen, dass in dem Zeitraum vom 14.12.2001 (Anordnung des behandelnden Arztes) bis zum Tode des Sohnes der Kläger am 26.3.2004 nur einige der hier maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte letztinstanziell entschieden werden konnten, in strafrechtlicher Hinsicht die Zulässigkeit der Sterbehilfe im weiteren Sinne jedoch durch den Gesetzgeber und die höchstrichterliche Rechtsprechung, jedenfalls aus der Sicht des Betreibers eines Pflegeheims, der im Rahmen der Möglichkeiten eines juristischen Laien Rechtsrat eingeholt hatte, insgesamt nicht hinreichend geklärt wurde.

1. Soweit sich die Kläger darauf berufen, der Beklagten habe infolge der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Traunstein vom nicht die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, insbesondere keine Anklageerhebung, gedroht, liegt dies neben der Sache. Denn die Einstellungsverfügung behandelte nur die gegen den klägerischen Anwalt und den Arzt gerichtete Strafanzeige. Beschwerde gegen diese Einstellungsverfügung wurde nicht eingelegt, ein Klageerzwingungsverfahren fand nicht statt. Eine oberlandesgerichtliche Entscheidung erging nicht, somit hätte auf weitere Strafanzeige, etwa gegen die Verantwortlichen der Beklagten, der Sachverhalt von der Staatsanwaltschaft erneut geprüft werden müssen, die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung der Staatsanwaltschaft (insbesondere bei nunmehriger anderer Auffassung zu einer etwa erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Behandlungsabbruchs) bestand durchaus.

2. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Bundesgerichtshof in der sog. Kemptener Entscheidung vom 13.9.1994 (BGHSt 40, 257) die Notwendigkeit hervorgehoben hatte, dass der Betreuer die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für seine Einwilligung zur Beendigung ärztlicher Maßnahmen, welche mit Sicherheit binnen kurzer Zeit zum Tode des Kranken führt, einholen muss, was der BGH aus der analogen Anwendung von § 1904 BGB in der Fassung des Betreuungsgesetzes vom 12.9.1990 (BGBl I, 2002) hergeleitet hatte. Diese vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs geäußerte Auffassung war in der zivilgerichtlichen Judikatur durchaus bestritten, wenngleich verbreitet (zustimmend: LG Duisburg, NJW 1999, 2744 f., OLG Frankfurt/Main, NJW 1998, 2747 f., OLG Karlsruhe/Freiburg, NJW 2002, 685 f., OLG Frankfurt/Main, NJW 2002, 689 f., OLG Düsseldorf, FamRZ 2001, 1557 f.; ablehnend: LG München I, NJW 1999, 1788 f., LG Augsburg, FamRZ 2000, 320 f.), bis der Bundesgerichtshof, 12. Zivilsenat, mit Urteil vom 17.3.2003 (FamRZ 2003, 748 f. = MittBayNot 2003, 387) in dieser Frage abschließend entschied. Bis zu diesem Zeitpunkt kennzeichnet die Rechtsunsicherheit wohl am zutreffensten das Resümee von *Wolfram Eberbach* (Ausgewählte zivilrechtliche Aspekte des Arzt-Patienten-Verhältnisses am Ende des Lebens, S. 31, in *Wienke/Lippert*: Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben – Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht): „Die derzeitige Situation ist für die Betreuungspraxis unzumutbar geworden. Bei ein und derselben Gesetzeslage werden dem Betreuer zum Behandlungsabbruch drei Varianten ‚angeboten‘:

- Dem Betreuer dürfe diese Entscheidung überhaupt nicht übertragen werden. Diese Maßnahme sei vom Begriff der ‚Gesundheitsvorsorge‘ nicht umfasst.
- Der Betreuer sei zur Entscheidung berufen. Mangels ausdrücklicher anderweitiger Regelung entscheide er allein.
- Der Betreuer sei zwar zuständig für die Entscheidung, er könne jedoch nicht allein entscheiden, sondern bedürfe in Analogie zu § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Es bedarf deshalb dringend einer klärenden Entscheidung.“

Mit dem erwähnten Urteil vom 17.3.2003 erklärte der Bundesgerichtshof die Vorschrift des § 1904 BGB für nicht analogiefähig im Hinblick auf den Behandlungsabbruch. Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts werde nur in einer Konfliktsituation ausgelöst, nämlich, dass der einen einwilligungsunfähigen Patienten behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder vertretbar erachte und sie deshalb anbiete und der Betreuer sich diesem Angebot verweigere. Hier habe dann das Vormundschaftsgericht (lediglich) zu prüfen, ob die Entscheidung des Betreuers vom wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen getragen sei und die Voraussetzungen des Falles eingetreten seien, für den der Betroffene zu Zeiten seiner Einwilligungsfähigkeit durch seine Patientenverfügung Vorsorge getroffen hatte. Im vorliegenden Fall folgte das hier zuständige Amtsgericht Rosenheim in seinem Beschluss vom 17.9.2003 dieser BGH-Rechtsprechung, indem es den Antrag des Betreuers vom 11.7./19.6.2002 als unzulässig verwarf, was in der Beschwerdeentscheidung des Landgerichts Traunstein bestätigt wurde. Im Hinblick darauf, dass die Beklagte im Verfahren nach § 1904 BGB nicht beschwerdeberechtigt war, stand es auch nicht zu ihrer Disposition, die Entscheidung einer höheren Instanz herbeizuführen, um die durch die „Kemptener Entscheidung“ in der Frage der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts hergestellte Unklarheit, was die strafrechtlich korrekte Umsetzung der klägerischen Forderung nach Einstellung der lebenserhaltenden künstlichen Ernährung anging, zu beenden.

3. Soweit sich der Strafsenat in der „Kemptener Entscheidung“ zu den Voraussetzungen der „Hilfe zum Sterben“ geäußert hat, war die Rechtslage für die Beklagte dadurch nicht klar. Der Strafsenat hat (zur ihm vorliegenden Fallkonstellation) ausgeführt, „dass angesichts der besonderen Umstände des hier gegebenen Grenzfalles ausnahmsweise ein zulässiges Sterbenlassen durch Abbruch einer ärztlichen Behandlung oder Maßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen ist, sofern der Patient mit dem Abbruch mutmaßlich einverstanden ist“. Es seien (so der Strafsenat) an die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen mutmaßlichen Einverständnisses des entscheidungsunfähigen Patienten ... – im Interesse des Schutzes menschlichen Lebens –, in tatsächlicher Hinsicht strenge Anforderungen zu stellen. So sei entscheidend „der mutmaßliche Wille des Patienten im Tatzeitpunkt, wie er sich nach sorgfältiger Abwägung aller Umstände darstellt. Hierbei sind frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen des Kranken ebenso zu berücksichtigen wie seine religiöse Überzeugung, seine sonstigen persönlichen Wertvorstellungen, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen.“

Die Parteien dieses Rechtsstreits haben zwar frühere Äußerungen des Sohnes der Kläger betreffend die Fortsetzung medizinischer Maßnahmen im (hypothetischen) Schicksalsfall als Komapatient nach irreversiblen Bewusstseinsverlust, unstrittig gestellt. Davon zu trennen ist die Frage, ob angesichts

der vom Strafsenat aufgestellten Kriterien aus Sicht eines Pflegeheims die Darstellung des angeblichen Patientenwillens in der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Traunstein vom 1.2.2002 ausreichend war, um einen Behandlungsabbruch durchzuführen, da sich eine solche schwerwiegende Entscheidung immer nach einem objektiv-abstrakten Sorgfaltsmaßstab zu orientieren hat. Dass der 1. Strafsenat insoweit strenge Anforderungen gestellt hat, wird daran deutlich, dass der BGH in der „Kemptener Entscheidung“ die acht bis zehn Jahre vor Behandlungsabbruch anlässlich einer Fernsehsendung getätigte Äußerung der nachmaligen Patientin, so – wie in dem geschilderten Pflegefall mit Gliederversteifung und Wundliegen – wolle sie nicht enden, nicht als tragfähige Grundlage für eine mutmaßliche Einwilligung zum Behandlungsabbruch qualifizierte. Diese Äußerung könne einer momentanen Stimmung entsprungen sein, ihre eigene Situation (zehn Jahre später) habe sie nicht vorausgesehen oder abschätzen können.

Unter Anwendung des anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs hätte ein gewissenhaft handelndes Pflegeheim (ganz im Sinne der BGH-Entscheidung) auch überprüfen müssen, ob die – ins Jahr 1998 fallenden – Äußerungen des Sohnes der Kläger nicht auf eine „seit Anfang des Jahres ... zunehmende depressive Symptomatik“ (Gutachten Klinikum Hannover) zurückführbar waren und die sonst bekannten ihm zugeschriebenen Äußerungen, berichtet von Angehörigen und nahen Bekannten, unter einer Sondersituation zustandekamen, nämlich nach einem schweren Verkehrsunfall, den der Sohn der Kläger wie durch ein Wunder fast unverletzt überstanden hatte (vgl. Urteil des Landgerichts Traunstein vom 16.10.2002, S. 3 letzter Absatz).

Die Umsetzung der Voraussetzungen eines zulässigen Behandlungsabbruchs – hier: der Umstände der Kundgabe des mutmaßlichen Willens des Patienten – mochte im konkreten Fall schon dadurch erschwert sein, weil die Beklagte nicht über die Ermittlungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft (wobei dahingestellt sei, ob diese im konkreten Fall ausgeschöpft wurden) verfügte. Eine unreflektierte Übernahme vorgelegter Erklärungen hätte aber den an die Beklagte zu stellenden Sorgfaltsanforderungen nicht entsprochen.

Der Prämisse des Strafsenats, die Anforderungen an den mutmaßlichen Willen sehr hoch zu halten, wurde auch von Kritikern der Entscheidung zugestimmt. So hat etwa *Dörner* (ZRP 1996, 94), durchaus sarkastisch-überpointiert, darauf hingewiesen, dass es „bei der ohnehin erkennbaren weiteren Motivationsmodernisierung in Richtung wachsender Bedeutung ökonomischer und emotionaler Kosten der Pflegeabhängigen“ immer weniger schwierig sein werde, „das Erinnerungsvermögen zunehmend ‚mitleidiger‘ Bundesbürger anzustrengen, Belege für einen glaubhaften mutmaßlichen Willen eines Betroffenen zu produzieren“. Auch wenn ein generelles Misstrauen gegenüber Erklärungen Dritter nicht angebracht sein wird, ergibt sich schon aus der Vielzahl vom Bundesgerichtshof genannten Kriterien, dass auch Pflegeheime für die Prüfung der Frage, ob eine mutmaßliche Einwilligung vorliegt, ihrer Sorgfaltspflicht nur mit einer kritischen Überprüfung genügen können. Die von der Beklagten im Verfahren LG Traunstein, Az. 3 O 205/02, vertretene Auffassung, ihr Pflegepersonal könne sich bei Befolgen der Anweisung des Arztes strafbar machen, war – auch unter Berücksichtigung, dass sie die Äußerungen des Sohnes der Kläger zur Frage der Lebensbeendigung als solche nicht bezweifelte – vertretbar. In diesem Rahmen ist auch noch der Gesichtspunkt zu würdigen, dass der BGH (St 40, 257) den hier von ihm entschiedenen Sachverhalt, ohne dessen Besonderheiten im Einzelnen zu

qualifizieren und zu anderen Fallkonstellationen abzugrenzen, mit den Attributen „besondere Umstände“, „Grenzfall“ und „Ausnahme“ versteht.

4. Es verbleibt daher für die Frage eines zivilrechtlich relevanten Verschuldens letztlich bei der mit Beschluss des BGH (XII ZR 177/03) vom 8.6.2005 getroffenen Feststellung, dass die strafrechtlichen Grenzen einer Sterbehilfe im weiteren Sinne, auf die das klägerische Verlangen zielte, dem Zivilsenat bislang nicht hinreichend geklärt erschienen, wobei die strafrechtliche Bewertung auf das zivilrechtliche Unterlassungsbegehren durchgreift. Sah aber die höchstrichterliche Rechtsprechung die Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Unterlassungsbegehren als ungeklärt, konnte von der Beklagten nicht gefordert werden, im Rahmen ihrer anzulegenden Sorgfaltspflichten eine abschließende (straf-)rechtliche Bewertung (ex ante) ihres Verhaltens vorzunehmen: Dies hatte aber zur Konsequenz, dass sich die Beklagte für eine (vom Betreuer des Patienten immerhin über mehrere Jahre konsenterte) Körperverletzung an dem Betreuten entscheiden musste, statt mit einem Behandlungsabbruch irreversible Tatsachen zu schaffen. Immerhin bot diese Vorgehensweise der Beklagten die Chance, nach klaren rechtlichen Vorgaben des Gesetzgebers oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu gegebener Zeit dem Verlangen nach Behandlungsabbruch in rechtlich unbedenklicher Weise zu entsprechen. Angesichts dessen, dass die Beklagte in zwei Tatsacheninstanzen mit ihrer Rechtsauffassung obsiegt hatte, hätte die Beklagte, wäre sie danach dem klägerischen Begehren nach Behandlungsabbruch nachgekommen, das Risiko, entgegen der Rechtslage zu handeln, erheblich erhöht. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte auf eigenes Risiko gehandelt und ihr damit letzten Endes der Fahrlässigkeitsvorwurf zuzurechnen ist, kommen – bei der besonders unklaren Rechtslage, wie schon ausgeführt –, ohnehin nicht in Betracht.

Das Schadensersatzbegehren der Kläger musste daher ohne Erfolg bleiben.

III.

(...) Die Revision war nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts, § 543 ZPO. Die vom Senat hier zu beurteilende Problematik betraf die an ein Pflegeheim im Hinblick auf ein Verlangen nach Behandlungsabbruch zu stellenden Sorgfaltsanforderungen, bezogen auf den Zeitraum von 2002 bis Frühjahr 2004, unter Berücksichtigung der in diesem Zeitraum zu beachtenden (auch durch die seinerzeitige Rechtsprechung) vorgegebenen Sorgfaltsanforderungen.

11. GBO §§ 22, 52 (Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Grundbuchamt)

Bei Prüfung des Nachweises der Unrichtigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks ist das Grundbuchamt durch die Erteilung eines die Testamentsvollstreckung ausweisenden Erbscheins und eines Testamentsvollstreckerzeugnisses seitens des Nachlassgerichts nicht gehindert, die Beendigung der Testamentsvollstreckung festzustellen.

OLG München, Beschluss vom 8.9.2005, 32 Wx 058/05; mitgeteilt von Jupp Joachimski, Vorsitzender Richter am BayObLG

Das verfahrensgegenständliche Wohnungseigentum gehörte ursprünglich dem Großvater des Beteiligten zu 1 (Schwiegervater der Beteiligten zu 2). Zu Urkunde des Notars J vom 12.7.1971 schloss er mit seiner Ehefrau einen notariellen Erbvertrag. Die Eheleute setzten hierin ihren Sohn – Vater des Beteiligten zu 1 und Ehemann der Beteiligten zu 2 – als befreiten Vorerben hinsichtlich ihres gesamten Nachlasses ein. Nacherben sollten die ehelichen Kinder des Sohnes zu gleichen Teilen sein. Der Nacherbfall sollte mit dem Tod des Vorerben eintreten, jedoch schon vor diesem Zeitpunkt, wenn Gläubiger des Sohnes in den Nachlass wegen Forderungen gegen den Sohn Vollstreckungsmaßnahmen einleiten sollten. Die Einsetzung der Nacherben wurde von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Sohn als Vorerbe keine anderweitige Verfügung trifft.

Weiter wurde mit folgenden Worten Testamentsvollstreckung angeordnet:

Sollte bei dem Eintritt der Nacherbfolge unser Sohn oder seine Ehefrau noch leben, ordnen wir Testamentsvollstreckung mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Nacherbfolge an. Testamentsvollstrecker ist unser Sohn oder, falls dieser das Amt nicht ausüben kann, seine Ehefrau. Der Testamentsvollstrecker ist von allen Beschränkungen, soweit dies gesetzlich zulässig ist, befreit. Er hat insbesondere auch das Recht der Verwaltung des Nachlasses. Die Testamentsvollstreckung endet mit dem Tode des Testamentsvollstreckers. Er ist aber berechtigt, auch schon vorher sein Amt aufzugeben.

Nach dem Tod des Großvaters des Beteiligten zu 1 am 9.1.1978 wurde zunächst dessen Sohn gemäß Erbschein des AG W Vorerbe. Aufgrund des Eintrags einer Zwangssicherungshypothek an dem Grundbesitz am 20.11.1980 trat spätestens zu diesem Zeitpunkt der Nacherbfall ein. Das AG W erteilte am 12.12.2002 einen gemeinschaftlichen Erbschein, in dem der Beteiligte zu 1 und seine drei Geschwister als Erben zu je $\frac{1}{4}$ ausgewiesen wurden. Es folgte die Angabe, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Die Testamentsvollstreckung hatte ausweislich eines Testamentsvollstreckerzeugnisses des AG W – Nachlassgericht – der Sohn des Erblassers inne.

Er hatte bereits zu Urkunde des Notars N vom 24.6.2002 den Eintritt des Nacherbfalls anerkannt und erklärt, dass Nacherbe nur der Beteiligte zu 1 sein solle. In einer weiteren notariellen Urkunde vor demselben Notar vom 14.9.2002 setzten sich die Geschwister des Beteiligten zu 1 mit diesem hinsichtlich des Nachlasses dahingehend auseinander, dass sie ihm zum Zwecke der Nachlasserteilung ihre Erbanteile verkauften. Sie bewilligten und beantragten, die Erbteilsabtretung im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch einzutragen. Bei der Beurkundung dieses Vertrages nahm der Vater des Beteiligten zu 1 teil und erklärte seine Zustimmung als Testamentsvollstrecker. Der Vater des Beteiligten zu 1 ist am 20.10.2003 verstorben. Mit Testamentsvollstreckerzeugnis vom 28.5.2004 bestätigte das AG W – Nachlassgericht –, dass die Beteiligte zu 2 zur neuen Testamentsvollstreckerin ernannt wurde.

Der Beteiligte zu 1 wurde am 4.2.2003 als Alleineigentümer des verfahrensgegenständlichen Wohnungseigentums eingetragen. Er beantragte mit Schreiben vom 24.8.2004 die Löschung des immer noch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks. Mit Zwischenverfügung vom 20.9.2004 verlangte das Grundbuchamt die Vorlage einer Zustimmung des Testamentsvollstreckers. Mit Beschluss vom 19.4.2005 wies das Landgericht die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurück. Hiergegen legte der Beteiligte zu 1 weitere Beschwerde ein. Das statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 erwies sich als begründet.

Aus den Gründen:

1. (...)
2. Diese Ansicht hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Bei seiner Entscheidung würdigt das Landgericht nicht, dass im Sinne des § 22 GBO die Unrichtigkeit des Testamentsvollstreckervermerks feststeht, weil die Testamentsvollstreckung bereits erloschen ist.

Gemäß § 2225 BGB erlischt zunächst das Amt des Testamentsvollstreckers, wenn dieser stirbt. Damit ist noch nicht automatisch auch eine Beendigung der Testamentsvollstreckung als solche verbunden. Sie endet nämlich dann nicht,

wenn entweder ein weiterer Testamentsvollstrecker vorhanden ist (§ 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder der Erblasser durch Ersatzbestimmungen vorgesorgt hat. Solche Ersatzbestimmungen sind in §§ 2197 Abs. 2, 2199 Abs. 2 oder 2200 BGB geregelt (MünchKommBGB/Zimmermann, 4. Aufl. 2004, § 2225 Rdnr. 6), aber durch den Erbvertrag vom 12.7.1971 nicht getroffen worden. Sie sind auch nicht anzunehmen, da der Erbvertrag ausdrücklich das Ende der Testamentsvollstreckung mit dem Tod des in ihm ernannten Testamentsvollstreckers anordnet (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, § 2200, Rdnr. 3).

Das Grundbuchamt muss im Rahmen des Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO die Beendigung der Testamentsvollstreckung auch dann berücksichtigen, wenn im erteilten Erbschein noch die Testamentsvollstreckung ausgewiesen ist und sogar dann, wenn – wie vorliegend – ein Testamentsvollstreckerzeugnis für die Beteiligte zu 2 erteilt ist. Die Ernennung der neuen Testamentsvollstreckerin durch das Nachlassgericht am 28.5.2004 war nämlich gegenstandslos, da es einerseits an einem entsprechenden Ersuchen des Erblassers fehlte und andererseits die Aufgaben des Testamentsvollstreckers mit der Erwerb aller Erbteile durch den Beteiligten zu 1 restlos ausgeführt waren (BGHZ 41, 23, 29). Die Ernennung der neuen Testamentsvollstreckerin war also dieser gegenüber wirksam, aber ohne Inhalt. Eine weitergehende Bindung des Grundbuchamts an die Ernennung der Testamentsvollstreckerin durch das Nachlassgericht besteht nicht (BayObLG, FamRZ 1999, 124, 125).

Es ergibt sich nämlich aus den vorliegenden öffentlichen Urkunden im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, dass die Testamentsvollstreckung nicht mehr besteht. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht durch öffentliche Urkunden erbracht werden könnte (BayObLG, MittBayNot 1970, 161, 162). Das wäre z. B. der Fall, wenn sich aus einem privatschriftlichen Testament Anhaltspunkte für fortbestehende Aufgaben des Testamentsvollstreckers ergäben (BGHZ a. a. O.).

3. Selbst wenn jedoch die Testamentsvollstreckung noch nicht erloschen wäre, wäre das verfahrensgegenständliche Wohnungseigentum aus der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers deswegen ausgeschieden, weil der Testamentsvollstrecker in der Urkunde vom 14.9.2002 den gesamten Grundbesitz dem nunmehr einzigen Erben zur freien Verfügung überlassen hat.

Es kann dahinstehen, ob der Testamentsvollstrecker gemäß § 2217 BGB verpflichtet war, dies zu tun. Maßgeblich ist jedoch, dass die Überlassung nach dieser Vorschrift grundsätzlich keiner besonderen Form – vor allem nicht der Form der Auflassung – bedarf. Sie kann sich auch konkludent aus den Umständen ergeben (BGHZ 12, 100), ist jedoch dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Dies ist auch erfolgt. Die Erklärung des Vaters des Beteiligten zu 1 in der Urkunde vom 14.9.2002 ist auszulegen. Dabei stellt sich grundsätzlich die Frage, welchen Inhalts diese Erklärung eigentlich hätte sein sollen, wenn nicht darin die Überlassung der Nachlassgegenstände an den Beteiligten zu 1 hätte liegen sollen. Es gibt keinen vernünftigen Grund, warum der Vater des Beteiligten zu 1 sonst diese Erklärung hätte abgeben sollen. Die einzige sachgerechte Auslegung dieser Erklärung kann daher nur darin gesehen werden, dass der Vater des Beteiligten zu 1 dem nunmehr einzigen Nacherben die Nachlassbestandteile zur freien Verfügung überlassen wollte.

Zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung war der Vater des Beteiligten zu 1 allerdings noch nicht Testamentsvollstrecker,

weil er zwar nach § 2197 Abs. 1 BGB in der letztwilligen Verfügung ernannt worden war, aber seine in der Urkunde enthaltene Annahmeerklärung noch nicht dem Nachlassgericht zugegangen war, § 2202 BGB. Sie ist dem Nachlassgericht jedoch später zugegangen, was sich bereits aus der Tatsache der Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses am 12.12.2002 ergibt. Unter diesen Umständen kann § 185 Abs. 2 BGB entsprechende Anwendung mit der Auswirkung, dass die Erklärung zum Zeitpunkt des Zugangs der Annahmeerklärung beim Nachlassgericht wirksam wurde, finden (vgl. BGHZ 46, 221, 229).

4. Da das Grundbuchamt lediglich eine Zwischenverfügung erlassen hat, war nicht abschließend über den Eintragungsantrag zu befinden. Das Grundbuchamt hat unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats nunmehr erneut darüber zu entscheiden (BayObLG, NJW-RR 1991, 465).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von Weidlich, MittBayNot 2006, 390 (in diesem Heft).

12. BGB §§ 138 Abs. 1, 1934 a a. F., 1934 d Abs. 2 a. F., 2346 (Nichtigkeit eines Erbverzichtsvertrags)

Ein Erbverzichtsvertrag, der auf der Schilderung unrichtiger Ausgangstatsachen beruht, nämlich der Vorgabe, die als solche nicht offen gelegte Unterhaltspauschalierung (§ 1934 d Abs. 2 BGB) sei das Ergebnis des am Vermögen orientierten Erbersatzanspruchs (§ 1934 a BGB), ist nichtig, wenn die alters- und erfahrungsmäßig schwächere Position des Verzichtenden durch den Begünstigten ausgenutzt und verstärkt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 25.1.2006, 15 U 4751/04

Aus den Gründen:

I.

Der Kläger ist der nicht- bzw. voreheliche Sohn des Beklagten. Der Kläger begehrt die Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen ihm und seinem Vater am 17.4.1980 abgeschlossenen Erbverzichts- und Abfindungsvertrags. Die gemeinsame Mutter des Klägers und seiner Zwillingschwester war im Jahre 1960 mit dem Beklagten befreundet. Der Beklagte ist der Vater der Zwillinge. Bis etwa zum 17. Lebensjahr des Klägers bestand kein persönlicher Kontakt zwischen den Parteien. Der Beklagte zahlte an die Mutter des Klägers Kindesunterhalt in Höhe von zuletzt DM 270 monatlich. Im Jahre 1978 kam es erstmals zu persönlichen Kontakten zwischen dem Beklagten und dem damals 17-jährigen Kläger und seiner Zwillingschwester. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte die Ehefrau des Beklagten keine Kenntnis von der Existenz der vorehelichen Kinder des Beklagten. Mit Rücksicht auf diese Situation war der Beklagte nunmehr bemüht, eine erbrechtliche Regelung hinsichtlich seiner vorehelichen Kinder herbeizuführen. Der Beklagte besprach sich mit seinem Rechtsanwalt. In dieser Besprechung wurde in Anlehnung an § 1934 d BGB anhand der Unterhaltszahlungen ein Abfindungsbetrag errechnet, der den Zwillingkindern als Abfindung vorzuschlagen sei. Hierauf schlug der Beklagte seinen Zwillingkindern vor, die Sache mit seinem Rechtsanwalt zu besprechen, was diese befolgten. An dieser Besprechung nahm der Beklagte nicht teil. Der Inhalt dieser Besprechung zwischen

den Zwillingkindern und ihrem Rechtsanwalt ist streitig. Am 17.4.1980 wurde zwischen den Zwillingkindern und dem Beklagten je ein notarieller Erbverzichts- und Abfindungsvertrag gegen Abfindung von DM 19.500 abgeschlossen und notariell beurkundet. Der am 5.2.1961 geborene Kläger war zu diesem Zeitpunkt 19 Jahre alt.

II.

1. Die Berufung ist zulässig. (...)
2. Die Berufung ist auch begründet, da der notarielle Erbverzichts- und Abfindungsvertrag vom 17.4.1980 gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig war und ist.

Der Senat folgt der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach sich die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts auch aus einer Gesamtwürdigung ergeben kann, nämlich wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist (BGHZ 86, 82, 88; 107, 92, 97; BGH, NJW 2001, 1127; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 138 Rdnr. 8). Hierbei ist weder das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit noch eine Schädigungsabsicht erforderlich, es genügt vielmehr, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen die Sittenwidrigkeit folgt (BGH, NJW 2001, 1127) bzw. diese Umstände über § 166 Abs. 1 BGB dem Handelnden zuzurechnen sind. Diese Voraussetzungen lagen hier vor. Im Einzelnen:

a) Auszugehen ist zunächst davon, dass die Parteien am 17.4.1980 nicht etwa einen Vertrag über einen vorzeitigen Erbaugleich gemäß dem damals noch gültigen § 1934 d BGB vereinbart haben, sondern einen Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag gemäß § 2346 BGB bezogen auf den Erbersatzanspruch des Klägers gemäß § 1934 a BGB. Der Vertrag gemäß § 2346 BGB erfasste den damals noch gültigen Erbersatzanspruch gemäß § 1934 a BGB (*Palandt/Keidel*, 39. Aufl., § 2346 Rdnr. 1). Dieser Ansatz ist nach Ansicht des Senats für die weitere Beurteilung erheblich, da der Beklagte die für § 1934 d BGB maßgebliche Berechnung als solche gemäß § 1934 a BGB ausgegeben hat bzw. über seinen Rechtsanwalt ausgeben ließ.

Der Beklagte hat in der Berufungserwidrerung und in der Berufungsverhandlung klargestellt, dass die Berechnung des Abfindungsbetrages in Anlehnung an § 1934 d BGB erfolgt. Wäre nun am 17.4.1980 ein vorzeitiger Erbaugleich gemäß § 1934 d BGB vereinbart worden, so hätte dieser damals nicht über § 1934 e BGB vermocht, künftige Erb- und Pflichtteilsansprüche des Klägers auszuschließen, da der Kläger damals nur 19 Jahre alt war, während ein Anspruch des Klägers aus § 1934 d BGB erst ab dem 21. Lebensjahr bestanden hat. Ein vorzeitiger Erbaugleich nach § 1934 d konnte nur dann die Rechtsfolgen des § 1934 e BGB auslösen, wenn beim Entstehen des Anspruchs aus vorzeitigem Erbaugleich auch ein Anspruch auf vorzeitigen Erbaugleich bestand (RGRK-BGB/*Kregel*, 12. Aufl., § 1934 e Rdnr. 3). Dem Beklagten aber war es darum gegangen, nunmehr, nachdem die Existenz vorehelicher Kinder in der Familie des Beklagten bekannt wurde, erbrechtlich klare Verhältnisse zu schaffen, weshalb er zwecks erbrechtlicher Auseinandersetzung einen Rechtsanwalt einschaltete und diesen beauftragte, einen entsprechenden Vertragsentwurf zu erstellen. Der Weg, nach § 1934 d BGB zu verfahren, war also juristisch angesichts des Alters des Klägers und seiner Schwester nicht gangbar.

Der Beklagte hat auch klargestellt, dass er sich in der Möglichkeit des Vorgehens entweder nach § 1934 d BGB oder §§ 2346, 1934 a BGB auch keineswegs vertan habe. Die Vor-

schriften in § 1934 a und § 1934 d BGB seien damals nicht verwechselt worden.

Der nun konkret gewählte Weg des Erbverzichtsvertrags gemäß § 2346 BGB in Ansehung des Erbersatzanspruchs aus § 1934 a BGB sieht im Gesetz keine Abfindung vor, wie der Beklagte mit Recht geltend macht und auch das Landgericht festgehalten hat. Es wäre daher – bei korrektem Vorgehen – selbstverständliches Recht des Beklagten gewesen, dass der Erbverzichtsvertrag gemäß § 2346 BGB keine Abfindung vorsieht und auch keine Vorgaben hierzu macht und er aus freien Stücken einen frei gewählten Betrag von 19.500 DM vorschlägt. Dieser Weg wurde allerdings im Folgenden nicht beschritten.

Der Beklagte errechnete mit seinem Rechtsanwalt nach eigenen Angaben den sich aus § 1934 d Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden pauschalierten Unterhaltsbetrag als Größe und der Rechtsanwalt stellte diese im späteren Vorschlagsgespräch mit den Zwillingen als Ergebnis der erbrechtlichen Anteile für den Fall des Versterbens des Beklagten zum damaligen Zeitpunkt dar, also als Ergebnis des für den Fall des Versterbens einzig in Frage kommenden § 1934 a BGB. Damit wurde der pauschalierte Unterhaltsbetrag (§ 1934 d BGB) als Ersatz der Schilderung der Vermögenslage des Erblassers (§ 1934 a BGB) benutzt.

Die Zeugin schilderte, dass es im Gespräch um den vom Beklagten vorgeschlagenen Abfindungsvertrag wesentlich auch um die finanziellen Verhältnisse des Beklagten gegangen sei (nicht etwa über die Unterhaltspauschale!). (...) Der Rechtsanwalt der nach eigenen Angaben die Vermögensverhältnisse des Beklagten überhaupt nicht kannte, hat diesen Betrag (ca. DM 8.000) als Ergebnis der Errechnung der erbrechtlichen Anteile ausgegeben, anstatt offen zu legen, dass dies nur der pauschalierte Unterhaltsbetrag in Anlehnung an § 1934 d BGB war und nicht das Ergebnis der erbrechtlichen Vermögensbetrachtung, und ohne offen zu legen, dass er mangels Kenntnis der Vermögenslage des Beklagten die Berechnung nach § 1934 a BGB gar nicht vornehmen konnte. Damit wurde die Pauschalierung nach § 1934 d BGB vertauscht mit den Voraussetzungen der Vermögensorientierung beim Erblasser gemäß § 1934 a BGB.

In Wahrheit fand eine am Vermögen des Beklagten orientierte Berechnung eines Erbersatzanspruchs gemäß § 1934 a BGB nicht statt (u. a., weil der Rechtsanwalt die wahren Vermögensverhältnisse des Beklagten gar nicht kannte). Sie liegt auch bis heute im Prozess nicht vor. Im Prozess wurde auch nie behauptet, dass die 8.000 DM bzw. 19.600 DM den damaligen wahren Vermögensverhältnissen des Beklagten entsprachen. Abgesehen davon, dass der Beklagte schon seinerzeit unstreitig einige Immobilien besaß, ist der Abfindungsbetrag das Ergebnis einer Berechnung aus der Unterhaltsschuld und nicht dem Vermögen. Der nach der Schilderung der Zeugin vom Zeuge vorgeschlagene Abfindungsbetrag von ca. 8.000 DM entspricht auch ziemlich exakt dem Betrag, der sich für § 1934 d Abs. 2 Satz 1 BGB ergab. Dort ist maßgebend gewesen, was der Beklagte zahlen müssen, nicht das, was er tatsächlich gezahlt hat (270 DM pro Monat). Nach der damals gültigen Regelbedarfsverordnung hatte der Beklagte monatlich 237 DM zu zahlen. Die Summe gemäß § 1934 d Abs. 2 Satz 1 BGB beläuft sich damit auf 8.532 DM.

Dem Kläger wurde also im Gespräch mit dem Rechtsanwalt Glauben gemacht, der Betrag von ca. 8.000 DM (den der Beklagte großzügig verdoppeln wollte) entspreche dem am Vermögen orientierten Erbersatzanspruch gemäß § 1934 a BGB. Dem Kläger wurde somit ein Erbverzichtsvertrag angeson-

nen, der auf der Schilderung unrichtiger Ausgangstatsachen beruhte, nämlich der Vorgabe, die als solche nicht offen gelegte Unterhaltspauschalierung (§ 1934 d Abs. 2 BGB) sei das Ergebnis des am Vermögen orientierten Erbersatzanspruchs (§ 1934 a BGB).

b) Damit wurde auch die im Vergleich zum Beklagten als aufstrebenden Geschäftsmann schwächere Position des damals erst 19-jährigen Klägers betroffen. Diese auch altersbedingte schwächere Position wurde auch keineswegs dadurch ausgeglichen, dass der Kläger durch einen fachkundigen Rechtsanwalt etwa neutral belehrt worden wäre. Der Zeuge schilderte, sein vom Beklagten erteilter Auftrag sei nicht gewesen, die beiden vorehelichen Kinder des Beklagten zu betreuen/zu beraten.

Seine Aufgabe habe sich darauf beschränkt, den entsprechenden Vertragsentwurf zu erstellen, den notariellen Termin zu vereinbaren und die Zahlungsabwicklung vorzunehmen. Hierzu sei ihm vom Beklagten der Abfindungsbetrag von 19.500 DM vorgegeben worden. Bei dieser Sachlage kann keine Rede davon sein, dass der Kläger und seine Schwester in neutraler Weise von einem kundigen Rechtsanwalt über alles – auch über die Risiken – aufgeklärt worden seien, und schon gar nicht die Rede davon, dass sie über die wahre Berechnungsgrundlage aufgeklärt worden seien.

Die alters- und damit auch erfahrungsmäßig schwächere Position des Klägers wurde damit also nicht nur nicht ausgeglichen, sondern im Gegenteil sogar verstärkt. Die Einschaltung des Rechtsanwalts im Gespräch vor dem Notartermin musste in den Augen des Klägers mangels Offenlegung der gebundenen Marschroute des Rechtsanwalts (vom Beklagten bindend vorgegebener Abfindungsbetrag von 19.500 DM, kein Auftrag zur Beratung der Kinder, keinerlei Kenntnisse des Rechtsanwalts hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des Beklagten) den Eindruck einer fachkundigen und – da von einem Rechtsanwalt als Rechtspflegeorgan stammend – neutralen, auch die Interessen und Risiken des Klägers einbeziehenden Beratung vermitteln, der man vertrauen durfte und musste. Es mag dahinstehen, ob der Beklagte diesen Effekt der Einschaltung eines neutralen sachverständigen Dritten beabsichtigt hatte – was durchaus naheliegt, weil es keinen ersichtlichen Grund gab, einen Rechtsanwalt mit gebundener Marschroute vorzuschieben, statt das Gespräch durch den Beklagten persönlich durchzuführen. Denn verantwortlich war der Beklagte jedenfalls für diesen von ihm objektiv veranlassten Effekt.

c) Der Beklagte hat gegen die Umstandssittenwidrigkeit eingewandt, dem Kläger und seiner Schwester sei auch aus anderen Umständen Aufklärung zuteil geworden, welche der Umstandssittenwidrigkeit entgegenstünden. Dieser Einwand geht fehl. (...) Auch der Hinweis des Beklagten darauf, der Notar habe die Pflicht, im Beurkundungstermin auf sämtliche Risiken hinzuweisen, weshalb es naheliege (dies ist eine Vermutung!), dass der Notar dieser Verpflichtung intensiv nachgekommen sei, besagt nicht, dass in diesem Termin über den Unterschied der vom Beklagten intern gewählten Berechnungsgrundlage gemäß § 1934 d Abs. 2 BGB zu der für die nun zu verbriefende Abfindung gemäß § 1934 a BGB gesprochen worden sei. Dass der Notar über das Wesen eines Erbverzichts mit dem Erlöschen von Ansprüchen belehrt hat, kann als für das Ergebnis irrelevant unterstellt werden.

3. Für den subjektiven Tatbestand ist nach der Rechtsprechung ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit oder eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich (BGH, NJW 1993, 1588; BGH, NJW 2001, 1127). Es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich die – hier gegebene – Um-

standssittenwidrigkeit ergibt. Das ist nach den oben geschilderten Tatsachen der Fall. Dem Beklagten war vor Einbindung seiner Kinder klar, welche Bemessungsgrundlage er vorschlagen wollte, nämlich die anhand einer Unterhaltspauschalierung. Der Beklagte gab dem Zeugen als verbindlichen Betrag 19.500 DM vor. Dem Beklagten war bekannt, dass der Rechtsanwalt die Kinder auch nicht etwa beraten und neutral belehren sollte. Dem Beklagten war mithin bekannt, dass für den Verzichtvertrag gemäß §§ 2346, 1934 a BGB ein Betrag zugrundegelegt werden sollte, der nicht an seinen Vermögensverhältnissen orientiert war. Die weitere Darstellung des Vertragsangebots im Gespräch zwischen dem Rechtsanwalt und dem Kläger ist dem Beklagten gemäß § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.

4. Der Vertrag vom 17.4.1980 war und ist daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Die Revision wurde nicht zugelassen, der Beklagte hat Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt, BGH, IV ZUR 50/06. Vgl. zur Entscheidung auch den Beitrag von *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385 (in diesem Heft).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG § 15 Abs. 4 (*Formbedürftigkeit eines Treuhandvertrags über GmbH-Geschäftsanteile*)

Ein Treuhandvertrag hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils unterliegt dem Formzwang des § 15 Abs. 4 GmbHG nur dann nicht, wenn er sich auf noch nicht existente Geschäftsanteile bezieht und vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geschlossen wird.

BGH, Beschluss vom 12.12.2005, II ZR 330/04

Gründe:

Ungeklärte Grundsatzfragen wirft der Fall entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht auf. Die Revision hat im Ergebnis keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Zurückweisung der Berufung des Beklagten zwar rechtsfehlerhaft damit begründet, dass die beiden privatschriftlichen Treuhandvereinbarungen der Parteien, wonach der Beklagte Geschäftsanteile an einer GmbH als Treuhänder des Klägers erworben hat, nicht dem Beurkundungszwang des § 15 Abs. 4 GmbHG unterlegen hätten. Zutreffend ist jedoch seine Hilfserrögenung, dass im Falle der Formnichtigkeit der Vereinbarungen der Beklagte nach Treu und Glauben gehindert wäre, sich hierauf zu berufen.

1. Die Treuhandvereinbarungen der Parteien bedurften gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung. § 15 Abs. 4 GmbHG zielt nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wie schon des Reichsgerichts nicht nur darauf ab, den im Hinblick auf § 16 GmbHG besonders wichtigen Beweis der Anteilsinhaberschaft zu gewährleisten, sondern soll auch verhindern, dass GmbH-Geschäftsanteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden (Senat, BGHZ 141, 207, 211). Deswegen hat der Senat in seiner Leitscheidung (a. a. O., 208, 211), der das Berufungsgericht einen anderen Sinn beilegen möchte, entscheidend darauf abgestellt, ob die getroffene Treuhandabrede zwangsläufig die Verpflichtung zur Geschäftsanteilsübertragung begründet. Das gilt

nicht nur für die einen bereits gehaltenen Geschäftsanteil betreffende Treuhandabrede (Vereinbarungstreuhand), sondern nach dem Sinn der Formvorschrift in gleicher Weise für eine Treuhandabrede, die sich auf vorhandene, aber noch zu erwerbende, bei Beendigung des Treuhandverhältnisses jedoch an den Treugeber herauszugebende Geschäftsanteile bezieht. Anders ist dies nur zu beurteilen, wenn die Treuhandabrede im Vorgründungsstadium geschlossen wird, sich aber weder auf bestehende noch nach Abschluss des notariellen Gründungsvertrages künftig mit der Eintragung der GmbH entstehende Geschäftsanteile bezieht.

2. Im Ergebnis wird die Zurückweisung der Berufung des Beklagten durch die Hilferwägung des Berufungsgerichts getragen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Formmangel eines Rechtsgeschäfts nur ausnahmsweise wegen unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) unbeachtlich, da anderenfalls die Formvorschriften ausgehöhlt würden (BGHZ 35, 272, 277; BGH, Urt. v. 14.6.1996, V ZR 85/95, WM 1996, 1732, 1733 m. w. N.). Ein Verstoß gegen § 242 BGB kann bei Berufung auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nur dann angenommen werden, wenn das Scheitern des Geschäfts an der Formnichtigkeit zu einem für die betroffene Partei schlechthin untragbaren Ereignis führt. Diese Voraussetzung ist insbesondere in zwei Fallgruppen gegeben, nämlich bei Existenzgefährdung und besonders schwerer Treuepflichtverletzung des anderen Teils (BGH, Urt. v. 16.7.2004, V ZR 222/03, DNotZ 2005, 120 m. w. N.). Hier liegt – wie das Berufungsgericht vor allem im Hinblick auf die mehr als zwanzig Jahre währende tatsächliche Handhabung mit Recht angenommen hat – ein Fall besonders schwerer Treuepflichtverletzung vor. In der gesamten Zeit hat der Beklagte den Kläger wie einen Treugebergesellschafter behandelt und ist offenbar erst anderen Sinnes geworden, als der Kläger sich an der in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung nicht beteiligen wollte, sondern die Treuhandabrede gekündigt hat.

14. BGB § 518 Abs. 1 Satz 2 (*Verlustübernahmeerklärung des Aktionärs formlos wirksam*)

- a) **Erklärt ein Gesellschafter gegenüber seiner Gesellschaft, er werde alle ihr (hier: während der Gründung) entstehenden Verluste ausgleichen, handelt es sich nicht um eine unentgeltliche, notariell zu beurkundende, sondern causa societatis eingegangene Verpflichtung.**
- b) **Fällt die Gesellschaft später in die Insolvenz, hat der Gesellschafter diese mit dem Insolvenzeintritt nicht hinfällig gewordene Verpflichtung zu erfüllen, sofern die Beteiligten nicht etwas Gegenteiliges vereinbart haben.**

BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der am 20.6.2000 gegründeten S. AG (im Folgenden: Schuldnerin). Zu ihren Gründern gehörte der Beklagte mit 5 % des Kapitals (= 10.000 €). Dieser unterzeichnete am 16.7.2000 in einem Hotel in W., USA, folgende Erklärung, welche er sodann Herrn N., dem damaligen Vorstandsvorsitzenden der P. AG und späteren Aufsichtsratsvorsitzenden der Schuldnerin, aushändigte:

„To whom it may concern:

I hereby undertake vis-à-vis S. AG i. G. both to immediately compensate any losses that may occur during the course of the business up to an amount of 1,5 million Euro by means of appro-

priate measures as well as to ascertain the supply of the company with liquid funds for this period, so that the company shall be in a position to meet its financial obligations at any time.

The present declaration shall be governed by the laws of the Federal Republic of Germany.“

Die vom Kläger vorgelegte Übersetzung dieser Erklärung lautet wie folgt:

„An diejenigen, die es angeht:

Ich verpflichte mich hiermit gegenüber der S. AG i. G. sowohl unverzüglich jegliche Verluste, die während des Geschäftsganges eintreten, bis zu einer Summe von 1,5 Millionen Euro mittels geeigneter Maßnahmen auszugleichen, als auch die Versorgung der Gesellschaft in dieser Zeit mit flüssigen Mitteln sicher zu stellen, so dass die Gesellschaft jederzeit ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen kann.

Diese Erklärung soll dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unterfallen.“

Während der Gründungsphase der Gesellschaft wurde im November 2000 eine Abrede zwischen u. a. dem Beklagten und der Schuldnerin getroffen, in der es u. a. heißt:

II. 2:

„Diese Vereinbarung ersetzt alle zwischen einzelnen Vertragsparteien abgeschlossenen früheren Vereinbarungen (Treuhandvereinbarungen, usw.), die hiermit vollständig aufgehoben werden.“

Die Schuldnerin, deren Geschäftsidee darin bestand, in Kooperation mit dem Deutschen Sportbund und der P. AG eine Internetplattform zu entwickeln, die Sportinformationen ins Internet stellen sollte, wurde am 23.3.2001 in das Handelsregister eingetragen. Sie geriet bereits wenig später in finanzielle Schwierigkeiten, die das Vorstandsmitglied R. veranlassten, den Beklagten – allerdings vergeblich – unter Hinweis auf die Erklärung vom 16.7.2000 zur Ausstattung der Schuldnerin mit Liquidität aufzufordern. Auf Antrag vom 6.6.2001 ist am 1.8.2001 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter berufen worden.

Nach seiner Behauptung beliefen sich die Verluste der Schuldnerin von der Gründung an auf mindestens 1.524.967,28 €. Er hält deswegen den Beklagten für verpflichtet, dem ersten Teil der Erklärung vom 16.7.2000 entsprechend 1,5 Mio. € an ihn zu zahlen. Der Beklagte hat u. a. in Abrede gestellt, die genannte Erklärung gegenüber der Schuldnerin abgegeben zu haben. Vielmehr sei sie – aus von ihm näher dargestellten Gründen – allein an die P. AG gerichtet gewesen und habe nur für Ansprüche dieser Gesellschaft gegen die Schuldnerin während der Gründungsphase gelten sollen; mit der Eintragung der Schuldnerin sei sie dementsprechend hinfällig geworden. Im Übrigen könne die Verpflichtung ihrem ganzen Sinn nach im Insolvenzverfahren keine Wirkung mehr entfalten. Schließlich – so meint der Beklagte – sei die Verpflichtung im November 2000 aufgehoben worden.

Die Klage ist in dem jetzt noch für das Revisionsverfahren bedeutsamen Umfang in beiden Tatsacheninstanzen erfolglos geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Gründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO).

I. Das Berufungsgericht, das zunächst beabsichtigt hatte, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen, hat zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Zahlungsanspruch des Klägers bestehe schon deswegen nicht, weil die Erklärung des Beklagten formunwirksam und nichtig sei. Bei dem Versprechen, Verluste der Schuldnerin auszugleichen, handele es sich um eine schenkweise eingegangene, nach dem hier anwendbaren deutschen Recht notariell zu beurkundende Verpflichtung (§§ 125 Satz 1, 518 Abs. 1 Satz 2 BGB).

II. Das hält rechtlicher Nachprüfung in dem entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsurteil beruht auf einer grundlegenden Verknüpfung der Rechtsnatur von Finanzierungsvereinbarungen zwischen Gesellschaftern und ihrer Gesellschaft.

1. Zugunsten des Klägers ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass der Beklagte die Verpflichtungserklärung gegenüber und zugunsten der Schuldnerin abgegeben hat, weil Land- und Oberlandesgericht den entsprechenden, vom Beklagten bestrittenen Sachvortrag des Klägers ungeprüft als richtig unterstellt haben.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Teil der Erklärung vom 16.7.2000 „... unverzüglich jegliche Verluste, die während des Geschäftsganges eintreten, bis zu einer Summe von 1,5 Millionen Euro mittels geeigneter Maßnahmen auszugleichen“ (im Folgenden: Verlustübernahmeerklärung), auf die die Klage allein gestützt wird, formlos wirksam. Sie beinhaltet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine schenkweise eingegangene selbständige Schuldverpflichtung und bedurfte daher nach dem hier anwendbaren deutschen Recht nicht der notariellen Beurkundung (§ 518 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das Berufungsgericht verkennt schon im Ansatz, dass der Beklagte die – unterstellt – gegenüber der Gesellschaft abgegebene Erklärung in seiner Eigenschaft als (Gründungs-)Gesellschafter im Hinblick auf seine Mitgliedschaft (*causa societatis*) abgegeben hat. Das Bestehen einer solchen *causa* für das Eingehen einer Verpflichtung schließt die Anwendung der Schenkungsregeln aus (vgl. MünchKommBGB/Kollhosser, 4. Aufl., § 516 Rdnr. 93). Dass der Beklagte hierzu nicht schon aufgrund der Satzung der Schuldnerin verpflichtet war, macht sein Versprechen nicht zu einer unentgeltlichen Leistung. *Causa societatis* kann ein Gesellschafter sich nämlich auch zur Erbringung weiterer Leistungen – etwa zu Sanierungszwecken in Form von Verlustanteilserhöhungen oder verlorenen Zuschüssen oder zu sonstigen freiwilligen finanziellen Zuwendungen wie z. B. einem sogenannten „Finanzplankredit“ (BGHZ 142, 116 ff.; Urt. v. 19.12.1996, II ZR 341/95, WM 1997, 576 f.; MünchKommBGB/Kollhosser, § 516 Rdnr. 93 m. w. N.; Groh, DSr 1999, 1050, 1051) – verpflichten.

Gerade bei solchen Finanzierungszusagen oder bei der Kreditsicherheitsstellung durch einen Gesellschafter ist mit vordergründiger Abgrenzung zwischen Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Leistung nichts gewonnen (ausführlich hierzu Wolf, Die Patronatserklärung, S. 191 f. m. w. N.). Diese Zusagen werden regelmäßig ohne unmittelbare Gegenleistung im Rechtssinne, wohl aber vor dem Hintergrund abgegeben, dass sich der Gesellschafter davon eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage verspricht.

III. Das Berufungsurteil erweist sich nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis zutreffend (§ 561 ZPO). Es kann nicht mit der dem landgerichtlichen Urteil zugrundeliegenden Begründung aufrechterhalten werden, mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei der Erfüllungsanspruch der Schuldnerin aus der Erklärung des Beklagten vom 16.7.2000 untergegangen.

Sollte sich – was im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen sein wird – feststellen lassen, dass entgegen dem Vortrag des Beklagten die Erklärung gegenüber der Schuldnerin abgegeben und von dieser angenommen worden ist, dass sie ferner zeitlich nicht auf die bis zur Eintragung der Schuldnerin in das Handelsregister entstandenen Verluste begrenzt war und schließlich auch durch die Vereinbarung vom November

2000 nicht wirksam aufgehoben worden ist, stünde die Insolvenzeröffnung einer Haftung des Beklagten in Höhe von 1,5 Mio. € nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht entgegen. Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Parteien und des Landgerichts nicht darauf an, wie sich eine „Patronatserklärung“ bzw. „Liquiditätszusage“ eines Gesellschafters in der Insolvenz auswirkt (siehe hierzu einerseits OLG Celle, OLGR Celle 2001, 39 f., andererseits OLG München, ZIP 2004, 2101 ff.). Denn die Klage ist allein auf die Verlustübernahmeerklärung des Beklagten gestützt, die ihrem Inhalt nach durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht unerfüllbar wird. Was für die in derselben Erklärung außerdem enthaltene Zusage, die Schuldnerin mit Liquidität auszustatten, gilt, ob sie insbesondere nur die Pflicht zur Abwendung der Insolvenz beinhaltet (in diesem Sinne OLG Celle, a. a. O., a. A. OLG München, a. a. O., 2104 f.), bedarf im vorliegenden Fall angesichts der Beschränkung der Klage auf die Erfüllung der Verlustübernahmeverpflichtung keiner Entscheidung.

IV. In dem wieder eröffneten Berufungsverfahren erhält der nunmehr zuständige Senat des Berufungsgerichts die Gelegenheit, die bisher unterbliebene Klärung des streitigen Sachverhalts nachzuholen und dabei auch die Erklärung vom 16.7.2000 beiderseits interessengerecht auszulegen, um auf dieser Grundlage die Rechtfertigung des Klageantrags zu prüfen.

15. HGB § 13 e; BGB § 181 (*Keine Eintragung der Befreiung des ständigen Vertreters einer Ltd. von den Beschränkungen des § 181 BGB*)

Jedenfalls bei Personenidentität zwischen dem Geschäftsführer einer Private Limited Company und dem ständigen Vertreter von deren Zweigniederlassung in Deutschland ist die Eintragungsfähigkeit einer Befreiung des ständigen Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB zu verneinen.

OLG München, Beschluss vom 4.5.2006, 31 Wx 023/06; mitgeteilt von Jupp Joachimski, Vorsitzender Richter am BayObLG

Die Beteiligte ist eine Gesellschaft (Private Limited Company) mit Sitz in Birmingham/Vereinigtes Königreich. Sie hat die Errichtung einer Zweigniederlassung in München zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und ferner beantragt einzutragen, dass der Director (Geschäftsführerin) zugleich auch ständige Vertreterin der Beteiligten für die Zweigniederlassung ist und als ständige Vertreterin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Das Registergericht hat die Eintragung der Befreiung abgelehnt; die anderen Eintragungen wurden zwischenzeitlich vorgenommen. Die gegen die Ablehnung gerichtete Beschwerde wurde durch Beschluss des Landgerichts München I vom 19.1.2006 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten. Die weitere Beschwerde erwies sich als zulässig, jedoch nicht begründet.

Aus den Gründen:

(...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO).

a) Die Anmeldung der Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie einer Private Limited Company in das deutsche Handelsregister richtet sich nach den §§ 13 d, 13 e, 13 g HGB. Zwar

beziehen sich diese Vorschriften dem Wortlaut nach nicht auf eine englische Private Limited Company; diese ist aber insoweit der deutschen GmbH gleichgestellt (vgl. Art. 1 der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie [68/151/EWG vom 9.3.1968, Publizitätsrichtlinie]; Art. 1 der elften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie [89/666/EWG vom 21.12.1989, Zweigniederlassungsrichtlinie]; Art. 1 der zwölften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie [89/667/EWG vom 21.12.1989, Einpersonengesellschaftsrichtlinie]; vgl. MünchKommHBG/Krafka, 2. Aufl., § 13 e Rdnr. 3, 4).

Auch die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft sind zur Eintragung anzumelden (§ 13 g Abs. 2 Satz 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 4 GmbHG). In Umsetzung der Zweigniederlassungsrichtlinie ist in § 13 e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB geregelt, dass die Personen, die befugt sind, als ständige Vertreter für die Tätigkeit der Zweigniederlassung die im Ausland ansässige Kapitalgesellschaft zu vertreten, unter Angabe ihrer Befugnisse in der Anmeldung zum Handelsregister anzugeben sind. Diese Offenlegungspflicht umfasst daher auch den Umfang der ihnen eingeräumten Vertretungsmacht (vgl. *Heidinger*, MittBayNot 1998, 72, 74). Gemäß § 43 Nr. 6 lit. o HRV ist dann der ständige Vertreter einer Zweigniederlassung einer im Ausland ansässigen GmbH u. a. unter Angabe seiner Befugnisse in das Handelsregister einzutragen.

b) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die gesetzliche Vertretungsmacht der Organe einer Gesellschaft sich nach dem Personalstatut der Gesellschaft richtet. Daher ist englisches Recht als das Recht des Gründungsstaats der Private Limited Company für den Umfang der Vertretungsmacht des Directors als Geschäftsführer der Gesellschaft zur Anwendung berufen (Art. 12 EGBGB, vgl. *Palandt/Heldrich*, BGB, 65. Aufl., Anhang zu § 12 EGBGB Rdnr. 13).

c) Rechtlich zutreffend haben die Vorinstanzen auch zu Grunde gelegt, dass deutsches Recht für die Begründung und den Umfang der dem ständigen Vertreter erteilten Vertretungsmacht zur Anwendung berufen ist.

Der ständige Vertreter, dessen Begriff zwar gesetzlich nicht definiert ist, der aber erstmals in der Zweigniederlassungsrichtlinie verwendet wurde (Art. 2 Abs. 1 Buchst. e und Art. 2 Abs. 2 Buchst. a) wird als eine Person angesehen, die aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung nicht nur vorübergehend zur generellen Vertretung der Zweigniederlassung berechtigt ist (vgl. *Heidinger*, MittBayNot 1998, 72, 73). Er leitet seine Rechtsstellung im Gegensatz zum Geschäftsführer nicht aus einer organschaftlichen Befugnis, sondern aus einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht ab. Folglich ist hinsichtlich des für die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht anwendbaren Rechts gesondert anzuknüpfen. Daher unterliegt das Recht des ständigen Vertreters dem Vollmachtstatut und nicht dem Gesellschaftsstatut (MünchKommBGB/Krafka, § 13 d Rdnr. 915). Vollmachtstatut ist das Recht des Landes, in dem die Wirkungen der von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte eintreten („Wirkungslandprinzip“, vgl. BGHZ 43, 21, 26; *Palandt/Heldrich*, Anh. zu Art. 32 EGBGB Rdnr. 2).

d) Im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht auch die Eintragungsfähigkeit der Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) für den ständigen Vertreter verneint. Der in das Handelsregister einzutragende Umfang der Vertretungsmacht umfasst auch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB (vgl. *Klose-Mokroß*, DStR 2005, 1013, 1016).

aa) Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass für den Director als Organ einer Private Limited Company

eine Befreiung von den Beschränkungen nach § 181 BGB nicht eintragungsfähig ist; denn die Regelungen des englischen Rechts sehen eine der Vorschrift des § 181 BGB vergleichbare generelle Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht vor (OLG München, Beschluss vom 17.8.2005, 31 Wx 049/05, MittBayNot 2005, 512). Lediglich im Einzelfall kann in der Regel dem Director nach Anzeige des Konflikts an die anderen Direktoren und deren anschließender Zustimmung (Disclosure) eine Befreiung von der dem Equity-Recht entstammenden No-Conflict-Rule erteilt werden (vgl. *Schall*, NZG 2006, 54; OLG Celle, NJW-RR 2006, 324).

bb) Im vorliegenden Fall sind der Director und der ständige Vertreter personenidentisch. Ob bei Personenverschiedenheit dem ständigen Vertreter einer deutschen Zweigniederlassung einer Private Limited Company von deren Geschäftsführer nach deutschem Recht wirksam eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens erteilt werden kann und diese dann eintragungsfähig ist, kann offen bleiben. Jedenfalls ist bei Personenidentität eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die dieselbe Person sich in ihrer Funktion als Geschäftsführer für ihre andere Funktion als ständiger Vertreter erteilt, nicht eintragungsfähig, da eine solche Eintragung dem Zweck und dem Wesen des Handelsregisters zuwiderlaufen würde.

Das Handelsregister dient dazu, bestimmte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die für den Rechtsverkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise zu beurkunden (OLG Hamm, NJW-RR 1993, 807/809; KG, FGPrax 2000, 249; *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 1).

Durch die Eintragung der Befreiung eines Geschäftsführers einer dem deutschen Recht unterliegenden GmbH von den Beschränkungen nach § 181 BGB soll deshalb auf die gegenüber der gesetzlichen Regelung erweiterte Befugnis des Geschäftsführers hingewiesen werden, im Namen der Gesellschaft mit sich selbst Geschäfte abzuschließen und so Vermögen der Gesellschaft zu verlagern (vgl. BGHZ 87, 59, 62). Dem gleichen Zweck würde die Eintragung der Befreiung des ständigen Vertreters der Zweigniederlassung einer ausländischen Kapitalgesellschaft dienen.

Wäre aber eine solche Befreiung des Geschäftsführers einer Private Limited Company nicht eintragungsfähig, die des ständigen Vertreters der Zweigniederlassung dagegen doch, so würde eine solche Eintragung bei Personenidentität zu Unklarheiten und Verwirrungen im Rechtsverkehr führen; denn objektiv ist nicht erkennbar, in welcher seiner beiden Funktionen (Geschäftsführer/ständiger Vertreter) der Vertreter gerade handelt. Er müsste bei jedem In-sich-Geschäft klarstellen, welche Eigenschaft er gerade annimmt. Dies ist sowohl praktisch unmöglich als auch für etwaige von dem In-sich-Geschäft betroffene Dritte völlig undurchschaubar.

Im Schrifttum wird überwiegend davon ausgegangen, dass schon die gesetzlichen Vertreter einer Private Limited Company nicht zugleich ständige Vertreter sein können, weil eine zusätzliche Eintragung des Directors als ständiger Vertreter nicht der Offenlegung, sondern eher der Verwirrung der Verkehrskreise dient (vgl. *Seibert*, GmbHR 1992, 738, 740; *Heidinger*, MittBayNot 1998, 72, 75; *Wachter*, NZG 2005, 338, 340; *Klose-Mokroß*, DStR 2005, 1013, 1016; dagegen *Schall*, NZG 2005, 54, 55). Wenn diese Frage auch hier nicht zu entscheiden ist, so treffen die insoweit angeführten Bedenken erst recht für die Zulässigkeit der Eintragung einer Befreiung zu, die bei derselben Person in einer ihrer Funktionen für eintragungsfähig gehalten werden soll, während sie in einer anderen ihrer Funktionen nicht eintragungsfähig ist.

Letztlich würde durch eine solche Eintragung der Befreiung von den Beschränkungen nach § 181 BGB für Geschäfte als ständiger Vertreter nur die insoweit nicht zulässige Eintragung der Befreiung für Geschäfte als Geschäftsführer umgangen.

Daher widerspricht die beantragte Eintragung dem Zweck des Handelsregisters, die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse klar, zuverlässig und vollständig darzustellen.

Zu Recht haben deshalb die Vorinstanzen in dem vorliegenden Fall der Personenidentität zwischen Geschäftsführer und ständigem Vertreter die Eintragungsfähigkeit einer Befreiung gemäß § 181 BGB für den ständigen Vertreter verneint.

Anmerkung*:

Erfreulicherweise hat sich endlich ein Obergericht mit der Figur des ständigen Vertreters der Zweigniederlassung eines ausländischen Rechtsträgers befasst. Diese im Gesetz nur in § 13 e HGB als anzumeldende Funktion angesprochene und nicht weiter erläuterte Vertretungsperson findet in der Literatur bislang nur wenig Beachtung. Demgegenüber erfolgt die praktische Handhabung im registergerichtlichen Alltag höchst kontrovers. Wie ungeklärt die Rechtslage und wie unterschiedlich die Rechtspraxis in diesem Punkt ist, zeigt sich daran, dass beim Registergericht München neun der zehn Registerrichter die vom OLG München nunmehr aufgrund einer Zwischenverfügung eben dieses zehnten Richters entschiedene Frage bisher anders beantwortet haben.

I. Die Entscheidung des OLG München

Die Entscheidung des OLG München hat zwei Angelpunkte, nämlich den genauen handelsregisterlichen Eintragungsinhalt einerseits der gesetzlichen Vertretungsregelung der Organe bei inländischen Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger und andererseits derjenigen eines ständigen Vertreters der inländischen Zweigniederlassung.

Gemäß dem hier als Personalstatut einschlägigen englischen Recht ist oberstes Vertretungsorgan einer Private Limited Company das Board of Directors, das grundsätzlich in seiner Gesamtheit vertritt.¹ Als Standardausnahmeregelung kann in den Articles of Association bestimmt werden, dass die Bestellung nur eines Directors ausreicht. Dieser vertritt dann als einziges Mitglied des Board of Directors naturgemäß allein. Auch ein aus mehreren Personen bestehendes Board kann die Aufgaben – einschließlich der Vertretungsbefugnisse – unter seinen einzelnen Mitgliedern verteilen und beispielsweise eines oder mehrere seiner Mitglieder zur Einzelvertretung ermächtigen. Entsprechende Bestimmungen werden vom Companies House als Urkunden der Gesellschaft zwar entgegengenommen, jedoch bekanntlich nicht auf ihre Zulässigkeit inhaltlich überprüft und auch nicht in das Certificate of Good Standing des Companies House aufgenommen. Es handelt sich somit nach deutscher Vorstellung um Regelungen der rechtsgeschäftlichen, also nicht um solche der organschaftlichen Vertretungsbefugnis. Eine von der Gesamtvertretung

abweichende Vertretungsbefugnis der Directors ist daher nicht in das deutsche Register einzutragen, das grundsätzlich nur ein Spiegelbild des Registers der Hauptniederlassung beziehungsweise des Sitzes darstellt.

Vergleichbar ist die Rechtslage für die Beschränkungen des § 181 BGB, bei denen es sich um einen Teil des Regelungskomplexes von Interessenkonflikten im Vertretungsfall handelt, der von den nationalen Rechtsordnungen höchst unterschiedlich behandelt wird. Das englische Recht beispielsweise kennt keine entsprechende mit Außenwirkung versehene Regelung; vielmehr ist dort eine umfassende Informationspflicht des Vertreters gegenüber dem Board oder dem Geschäftsherrn vorgesehen,² bei deren Verstoß nicht die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts eintritt. Ein Verweis auf die deutsche Rechtskonstruktion im inländischen Handelsregister bei dem Vertretungsorgan einer englischen Private Limited Company ist daher vom Ansatz her verfehlt. Sie kann und muss zu irrigen Vorstellungen führen.³

Völlig anders ist die Rechtslage – wie das OLG München in seiner Entscheidung bestätigt – beim ständigen Vertreter nach § 13 e HGB. Hier handelt es sich um ausnahmsweise in das Handelsregister einzutragende rechtsgeschäftliche Vertreter, deren Vertretungsbefugnis sich nach dem Vollmachtsstatut richtet, also bei der inländischen Zweigniederlassung nach deutschem Recht. Damit kann das Vertretungsorgan (Board of Directors) dem ständigen Vertreter Einzelvertretungsbefugnis und auch Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen. Eine solche Vertretungsbefugnis kann auch einem einzelnen Director erteilt werden, da nach englischem Recht eine allgemeine Anzeige von In-Sich-Geschäften zulässig ist und das Board of Directors generell von einer Sanktionierung absehen kann. Gleichwohl hat sich das OLG München im konkreten Fall gegen die Eintragung einer solchen Befreiung ausgesprochen. Offen gelassen hat es die Frage, ob überhaupt ein Director zugleich ständiger Vertreter nach § 13 e HGB sein kann.⁴

II. Die Vertretungsbefugnis des ständigen Vertreters einer Zweigniederlassung

1. Allgemeines zur Registereintragung des ständigen Vertreters nach § 13 e HGB

Bei der Entscheidung dieser Fragen ist zu beachten, dass die Zweigniederlassungsrichtlinie⁵ in Art. 8 lit. h die Figur des ständigen Vertreters einführt, um Gesellschaften das Auftreten in anderen EU-Mitgliedstaaten zu vereinfachen. Dogmatische Vorstellungen, die im gesamten europäischen Raum ohnehin nie auf einen Nenner gebracht werden können, haben bei dieser praktischen Entscheidung in den Hintergrund zu treten. Unabweisbar ist etwa das Bedürfnis, nicht nur eine weitere Vertretungsperson in einem anderen europäischen Land mit einer dort passenden Vertretungsbefugnis auszustat-

* Die Autoren haben in NZG 2006, 495 einen Beitrag unter dem Titel „Anregungen für eine internationale zeitgemäße Anwendung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht“ veröffentlicht, der sich ebenfalls mit der Entscheidung des OLG München und den Auswirkungen auf die registergerichtliche Praxis befasst. Die Veröffentlichung des nachstehenden Beitrags erfolgt im Einvernehmen mit der Schriftleitung der NZG.

¹ Ausführlich zur Organisationsstruktur der Limited, *Kadel*, MittBayNot 2006, 102.

² *Kadel*, MittBayNot 2006, 102; *Wachter*, NZG 2005, 338; *Schall*, NZG 2006, 54 jeweils m. w. N.

³ Zutreffend daher OLG München, MittBayNot 2005, 512; anders zuvor LG Freiburg, GmbHR 2005, 168 und LG Augsburg, NZG 2005, 356.

⁴ Bejahend *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rdnr. 331; ebenfalls befürwortend *Schall*, NZG 2006, 54, 55; ablehnend demgegenüber *Heidinger*, MittBayNot 1998, 72, 75 und *Wachter*, NZG 2005, 338, 340.

⁵ Elfte Richtlinie 89/66/EWG vom 21.12.1989, ABl. Nr. L 395/36, abgedruckt in MünchKommHGB, 2. Aufl. 2005, Anh. zu § 13 d.

ten, sondern auch gegebenenfalls einen der Directors oder sonstige Organmitglieder der ausländischen Gesellschaft im Inland als ständigen Vertreter in das Handelsregister der deutschen Zweigniederlassung eintragen zu können. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Vertretungsbefugnis für die Zweigniederlassung von der allgemeinen organschaftlichen Vertretungsbefugnis abweichen soll. Auch bei einer mittelständischen englischen Gesellschaft mit mehrköpfigem „Board“ mag es wirtschaftlich geboten oder jedenfalls sinnvoll sein, einen einzelnen Director im Gegensatz zur allgemeinen Gesamtvertretung der Mitglieder des „Board“ für die Geschäfte der Zweigniederlassung als Bereichsleiter generell mit Einzelvertretungsbefugnis auszustatten. Dies widerspricht weder englischem Recht noch deutschem, das auch die Erteilung abweichender Vertretungsbefugnisse für einzelne Tätigkeitsbereiche ermöglicht. Die Eintragungsfähigkeit eines solch unterschiedlichen Vertretungsumfangs ist – im Gegensatz zu einer besonderen Vertretungsregelung für einen bestimmten Bereich im Inland – durch die Zweigniederlassungsrichtlinie und deren Umsetzung in das deutsche Recht garantiert.

All dies mag zwar für den Benutzer des deutschen Handelsregisters derzeit ungewohnt sein. Von einer Unklarheit kann aber bei einer eindeutigen Ausweisung der einzelnen Funktionen nicht die Rede sein. Gegebenenfalls könnte sich die Registerpraxis auch auf eine klare Eintragungspraxis verständigen, wie etwa:

„Director: Joseph Birnbaumer, München, *8.8.1977;

zugleich ständiger Vertreter, als solcher einzelvertretungsbefugt“.

2. Die Befreiung des ständigen Vertreters vom Verbot der In-Sich-Geschäfte

Die Eintragung der Befreiung des ständigen Vertreters von den Beschränkungen des § 181 BGB im deutschen Handelsregister ist, obwohl vergleichbare Eintragungen in allen anderen europäischen Mitgliedstaaten auch in ähnlicher Form unbekannt sind, für den Rechtsverkehr in Deutschland von großer Bedeutung. Gerade im Konzernbereich sind Geschäfte, die einer solchen Befreiung bedürfen, keine Seltenheit. Auch bei einem kleinen Unternehmen mit einem organschaftlichen Vertreter, der zugleich Gesellschafter ist, sind Rechtsgeschäfte zwischen dieser natürlichen Person und der Gesellschaft durchaus häufig und in aller Regel alles andere als anstößig. Sobald eine Grundbucheintragung zu bewirken ist, also insbesondere bei allen Grundstücksübertragungsgeschäften, aber auch bei der Einräumung im Grundbuch zu vermerkender Rechte, ist ein gemäß den Bestimmungen der Grundbuchordnung förmlicher Vertretungsnachweis auch in Bezug auf die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erforderlich. Wollte man unter Zugrundelegung der derzeitigen Rechtslage einer ausländischen Gesellschaft von vornherein die Möglichkeit der Eintragung einer solchen Befreiung bei einer Vertretungsperson verweigern, würde die Handlungsfähigkeit der ausländischen Gesellschaft ganz erheblich und sicherlich nicht europarechtskonform eingeschränkt.

Für das Auftreten im Rechtsverkehr ist festzuhalten, dass sich ein solcher Director, der als ständiger Vertreter über Sonderbefugnisse verfügt, keineswegs ausdrücklich als ständiger Vertreter vorstellen muss, wenn er von einer solchen Gebrauch macht. Auch der Vorstand einer deutscher Aktiengesellschaft, der aufgrund einer entsprechenden organschaftlichen Ermächtigung bei einem bestimmten Geschäft über Einzelvertretungsbefugnis verfügt oder von der Beschrän-

kung der Mehrfachvertretung gemäß § 181 BGB befreit ist, muss auf diese Ermächtigung beziehungsweise Erweiterung seiner Befugnis bei diesem Geschäft nicht besonders hinweisen. Ausreichend ist, dass er über die in Anspruch genommene Vertretungsmacht verfügt.

Der Umstand, dass die Diskussion über die Eintragungsfähigkeit von Vertretungsbefugnissen des ständigen Vertreters, welche von der ausländischen Organvertretung abweichen, derzeit im Bereich der sogenannten Pseudo-Limiteds geführt wird, sollte den Blick auf die Notwendigkeit einer entsprechenden registerlichen Eintragungsmöglichkeit nicht verstellen. Auch dann, wenn man die Sinnhaftigkeit der europarechtlich vorgegebenen Anerkennung von Scheinauslandsgesellschaften bezweifelt, darf nicht allein deshalb die Grundentscheidung der Zweigniederlassungsrichtlinie missachtet und den Gesellschaften, die besonders auf eine Eintragung gemäß den Anforderungen des Rechts im Land ihrer Haupttätigkeit angewiesen sind, diese Möglichkeit verweigert werden.

III. Der deutsche Sonderweg des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht

Die Entscheidung des OLG München sowie die zu ähnlichen Fragen zuletzt ergangenen Gerichtsentscheidungen⁶ zeigen einmal mehr, wie unglücklich die deutsche Rechtslage in Bezug auf die Behandlung von In-Sich-Geschäften im Gesellschaftsrecht ist. Allgemein anerkannt ist, dass die generelle Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bei organschaftlichen Vertretungsberechtigten und Prokuristen im Handelsregister einzutragen ist, weil § 181 BGB als Einschränkung der Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis angesehen wird. Maßgeblich für die Eintragungspflicht waren insbesondere Erwägungen zur Publizitätsrichtlinie⁷, wonach sich die Vertretungsbefugnis der Gesellschaftsorgane zweifelsfrei, also auch für Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten, aus dem Register ergeben muss.⁸

Die derzeit in der Bundesrepublik Deutschland praktizierte Lösung entspricht aber dieser Erwägung gerade nicht. Wird ein organschaftlicher Vertreter ohne besondere Angaben zu § 181 BGB eingetragen, so ist seine Vertretungsbefugnis nach dieser Vorschrift eingeschränkt, ohne dass das Register hierauf einen Hinweis gibt. Diese Unstimmigkeit lässt sich nicht mit dem Argument entkräften, dass im Rechtsverkehr der Inhalt des § 181 BGB als „Grundnorm des Vertretungsrechts“ ohnehin geläufig sei. Wie der Vergleich mit anderen Staaten zeigt, zählt diese Regelung keineswegs zum Kernbestand des Privatrechts: Kaum eine andere nationale Rechtsordnung kennt eine vergleichbar im Außenverhältnis wirkende Vorschrift. Die Rechtsträgerregister, insbesondere das Handelsregister, sind jedoch für den allgemeinen Geschäftsverkehr bestimmt, bei dem gehobene Rechtskenntnisse nicht unterstellt werden können und nach den Regeln des Registerrechts auch gerade nicht unterstellt werden dürfen. Kaum ein Geschäftspartner wird bei der Auskunft aus dem Handelsregister, dass eine bestimmte Person – ohne weitere Zusätze – einzelvertretungsbefugt ist, auf den Gedanken kommen, dass diese Person dennoch immanenten Einschränkungen ihrer Vertretungsbefugnis unterliegt.

⁶ OLG München, MittBayNot 2005, 512; LG Freiburg, GmbHR 2005, 168.

⁷ Erste Richtlinie 68/151/EWG vom 9.3.1968, ABl. Nr. L 65/8, abgedruckt beispielsweise in MünchKommHGB, Anh. I zu § 8.

⁸ EuGH, Slg. 1974, 1201 = BB 1974, 1500; BGHZ 87, 59; BayObLG, DB 1984, 1517.

Doch selbst wenn stattdessen in allen Fällen, in denen nicht befreit wurde, im Register ein entsprechender Hinweis aufgenommen wird, wäre das Ergebnis unbefriedigend, da der derzeitige Rechtsstand auch materiell-rechtlich in keiner Weise überzeugen kann: § 181 BGB behandelt nur einen Ausschnitt aus dem Bereich der Interessenskollisionen. Sonstige, genauso gravierende Fälle, sind damit nicht erfasst und werden regelmäßig über interne Schadensersatzpflichten gelöst. Gerade für den Bereich des Gesellschaftsrechts, in welchem die deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rahmen stolz darauf ist, sich gegen die angloamerikanische ultra-vires-Lehre durchgesetzt zu haben, ist nicht einzusehen, wie dieser systemwidrige Einschnitt in das Vertretungsrecht der Gesellschaften zu rechtfertigen ist. Sofern nicht ohnehin Gutgläubensvorschriften heilend wirken, gibt es keinen tragenden Grund, den Geschäftsverkehr mit den Folgen einer fehlenden Befreiung zu belasten. Eine Zuordnung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht zu den Vorschriften, die lediglich das Innenverhältnis betreffen, ist auch angezeigt, weil oft keine wirkliche Interessenskollision vorliegt, sondern alle beteiligten Personen mit der Maßnahme einverstanden sind, auch wenn die formalen Voraussetzungen nicht eingehalten wurden. Allein die Möglichkeit von intern lösbaren Interessenkonflikten zwischen den objektiven Belangen einer Gesellschaft und denen der beteiligten Personen rechtfertigt keinesfalls die Beibehaltung eines insbesondere dem internationalen Rechtsverkehr nicht vermittelbaren und mit keinem erkennbaren Mehrwert verbundenen Sonderwegs. Wie wenig praxisgerecht die derzeitige Rechtslage ist, wird schon dadurch belegt, dass die Befreiungsmöglichkeit in den weitaus meisten Fällen in Anspruch genommen wird.

Die derzeitige Rechtslage in Deutschland erfordert bekanntermaßen erhebliche Arbeit bei Notaren und Registergerichten. In jedem Fall einer Geschäftsführerbestellung muss geprüft werden, ob die Möglichkeit zu einer Befreiung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist und ob davon Gebrauch gemacht werden soll. Dieser Aufwand ist bei der enormen Zahl an Geschäftsführungs- und Vorstandsänderungen beachtlich. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn im Einzelfall eine Befreiung satzungsmäßig noch nicht verankert ist oder wie bei Aktiengesellschaften (§ 112 AktG) und Genossenschaften (§ 39 Abs. 1 GenG) nur eingeschränkt gesetzlich zulässig ist.

Ferner stellen sich in Bezug auf die Anwendung des § 181 BGB im Rahmen der GmbH & Co. KG⁹ und – nochmals komplizierter – bei einer AG & Co. KG¹⁰ Fragen, deren Lösung bislang noch nicht als abschließend gelungen betrachtet werden kann. Als zwischenzeitlicher Standard wird bei einer GmbH & Co. KG oftmals formelhaft die Befreiungsmöglichkeit der Geschäftsführer in den Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH aufgenommen und im Handelsregister der Kommanditgesellschaft die allgemeine Befreiung der persönlich haftenden Gesellschafterin und ihrer Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB eingetragen. Differenzierende Lösungen, wie etwa die allgemeine Befreiung nur eines bestimmten Geschäftsführers der Komplementärin können nach der bislang unwidersprochen gebliebenen Auffassung des BayObLG allerdings im Register der Kommanditgesellschaft nicht eingetragen werden, weil eine dort vermerkte Vertretungsregelung nicht durch Eintragungen oder Löschun-

gen in einem anderen Registerblatt, insbesondere also dem der GmbH, unrichtig werden darf.¹¹ Sollte diese Auffassung zutreffen, steht in solchen Fällen keine Möglichkeit zur Verfügung, den Nachweis über die Befreiung des Geschäftsführers mit registerlichen Mitteln zu führen.

IV. Das Verbot von In-Sich-Geschäften als Beschränkung ohne Außenwirkung

Will Deutschland sich mit dieser aus internationaler Perspektive als Ausnahmeregel anzusehenden Behandlung der In-Sich-Geschäfte nicht weiter im gesellschaftsrechtlichen Abseits bewegen, ist es daher geboten, § 181 BGB und entsprechend § 112 AktG sowie vergleichbare Vorschriften im Gesellschaftsrecht nur im Innenverhältnis, also im Bereich der Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber als Beschränkung im Außenverhältnis der Vertretung anzuwenden. Sinnvoll ist eine entsprechende Gesetzesänderung, weil eine baldige und eindeutige Wende dringend geboten ist. Die derzeitige Rechtslage ist ein massives bürokratisches Hindernis für den Geschäftsverkehr, das täglich insbesondere wichtige Auslandsbeziehungen behindert.

Dr. *Heinz Willer*, Leiter des Registergerichts München, und
Notar Dr. *Alexander Kraffka*, Passau,
Lehrbeauftragter an der Universität Bremen

¹¹ BayObLGZ 2000, 106 = MittBayNot 2000, 330.

¹⁶ UmwG §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 7, 17 Abs. 2 Satz 4, 18 Abs. 1; HRV § 26 Satz 2 (*Beurkundung einer Kettenverschmelzung*)

- 1. Ein Verschmelzungsvertrag kann unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, dass ein früherer Verschmelzungsvertrag, an dem die nunmehr übertragende Gesellschaft als aufnehmender Rechtsträger beteiligt ist, durch Eintragung im Handelsregister wirksam wird.**
- 2. In einem solchen Vertrag muss die übertragende Gesellschaft entsprechend ihrer gegenwärtigen Eintragung im Handelsregister ohne Berücksichtigung einer im Zusammenhang mit der Erstfusion vorgenommenen, erst mit deren Eintragung im Handelsregister wirksam werdenden Firmenänderung bezeichnet werden.**
- 3. § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG steht dem Erlass einer Zwischenverfügung nicht entgegen, durch die die Möglichkeit einer Klarstellung der Bezeichnung der an der Verschmelzung beteiligten übertragenden Gesellschaft eingeräumt wird.**

OLG Hamm, Beschluss vom 19.12.2005, 15 W 377/05

Aus den Gründen:

I.

Im Handelsregister des Amtsgerichts P war eingetragen die N und L GmbH mit Sitz in I. Durch Vertrag nebst zustimmenden Gesellschafterbeschlüssen vom 24.4.2004 wurde diese Gesellschaft als übertragender Rechtsträger mit Verschmelzungstichtag vom 1.1.2004 verschmolzen auf die B GmbH mit Sitz in L2 als übernehmende Gesellschaft, die gleichzeitig ihren Sitz nach I verlegte und ihre Firma in N und L GmbH

⁹ BayObLGZ 2000, 106 = MittBayNot 2000, 330; BayObLG, MittBayNot 2000, 241 und BayObLGZ 1999, 349 = NJW-RR 2000, 562.

¹⁰ Hierzu MünchKommHGB/Kraffka, § 8 Rdnr. 49.

änderte. Die Verschmelzung wurde am 6.9.2005 im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft eingetragen.

Bereits zuvor, am 25.8.2005, wurde ein weiterer Vertrag beurkundet, der die Verschmelzung der im Handelsregister des AG P eingetragenen W mbH als übernehmender Rechtsträger mit der als „N und L GmbH“ bezeichneten übertragenden Gesellschaft mit Verschmelzungstichtag zum 1.1.2005 zum Gegenstand hat. Dieselbe Urkunde enthält zustimmende Gesellschafterbeschlüsse, die auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung zum Zweck der Durchführung der Verschmelzung sowie eine Satzungsänderung dahin umfasst, dass diese Gesellschaft mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung ihre Firma in „N und L GmbH“ ändert. Der Geschäftsführer beider Gesellschaften hat die Verschmelzung in zwei notariell beglaubigten Erklärungen vom 25.8.2005 zum Handelsregister angemeldet. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist lediglich die Anmeldung zum Register der übernehmenden Gesellschaft, die mit der Anregung verbunden ist, zunächst lediglich die Kapitalerhöhung gem. § 53 UmwG, die Firmen- und Satzungsänderung erst mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung einzutragen. Beigefügt ist der Anmeldung eine Bilanz nebst Lagebericht für die „N und L GmbH“ für das Geschäftsjahr zum Stichtag 31.12.2004.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 8.9.2005 die Anmeldung zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Gesellschaft hat das Landgericht – Kammer für Handelssachen – durch Beschluss vom 4.10.2005 ebenfalls zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der betroffenen Gesellschaft, die sie am 12.10.2005 bei dem Landgericht eingelegt hat.

II.

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 Abs. 1 Satz 3 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt bereits daraus, dass ihre erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel teilweise begründet und führt zum Erlass einer Zwischenverfügung anstelle der vom Landgericht bestätigten Zurückweisung der Anmeldung.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde der betroffenen Gesellschaft ausgegangen. In der Sache hält seine Entscheidung nicht in allen Punkten rechtlicher Nachprüfung stand.

Gegenstand der Anmeldung vom 25.8.2005 ist der Verschmelzungsvorgang insgesamt. Dieser ist zwar nach den Vorschriften des UmwG in mehreren Schritten in das Register der beteiligten Rechtsträger einzutragen. Wird – wie hier – zur Durchführung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft eine Kapitalerhöhung durchgeführt, so muss gem. § 53 UmwG in einem ersten Schritt zunächst die Erhöhung des Stammkapitals im Register dieser Gesellschaft eingetragen werden. Die am Ende der Anmeldung vom 25.8.2005 genannte Reihenfolge (Eintragung der Kapitalerhöhung vorab, Eintragung der Firmen- und Satzungsänderung der übernehmenden Gesellschaft mit dem Wirksamwerden der Verschmelzung) entspricht danach dem Gesetz. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es sich um einen einheitlichen rechtlichen Vorgang, nämlich die Gewährung von Geschäftsanteilen der übernehmenden Gesellschaft als Gegenleistung für die Vermögensübertragung, handelt. Ein Eintragungshindernis, das sich aus dem Verschmelzungsvertrag selbst ergibt, muss danach bereits der Eintragung der Kapitalerhöhung zum Zweck der Durchführung der Verschmelzung entgegenstehen.

Zu Recht haben die Vorinstanzen beanstandet, dass in dem Verschmelzungsvertrag vom 25.8.2005 und demzufolge auch in den Gesellschafterbeschlüssen der beteiligten Gesellschaften (§ 13 UmwG) die übertragende Gesellschaft nicht hinreichend genau bezeichnet ist. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG muss der Verschmelzungsvertrag den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger angeben. Die Angaben müssen den gegenwärtigen Eintragungen im Handelsregister der beteiligten Gesellschaften entsprechen (vgl. *Widmann/Mayer*, UmwG, § 5 Rdnr. 11; *Lutter/Drygala*, UmwG, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 5). Diesen Anforderungen genügt die Bezeichnung der übertragenden Gesellschaft als „N und L GmbH“ in dem Verschmelzungsvertrag nicht. Diese Bezeichnung nimmt offenbar bewusst – im Gegensatz zu derjenigen der übernehmenden Gesellschaft – nicht auf eine bestimmte Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister Bezug. Aus dem Lagebericht der der Anmeldung beigefügten Schlussbilanz ergibt sich mit Deutlichkeit, dass es sich bei übertragenden Gesellschaft um eine Fusionsgesellschaft handeln soll, die aus der Verschmelzung zwischen der N und L GmbH mit Sitz in I als übertragender und der B GmbH mit Sitz in L2 als übernehmender Gesellschaft hervorgegangen ist. Diese Verschmelzung ist wirtschaftlich zum 1.1.2004 als Verschmelzungstichtag durchgeführt worden, ist jedoch erst am 6.9.2005 durch Eintragung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft wirksam geworden (§ 20 Abs. 1 UmwG). Zu dem hier maßgeblichen Zeitpunkt der Beurkundung vom 25.8.2005 war diese Verschmelzung einschließlich der Firmenänderung der B GmbH als der übernehmenden Gesellschaft noch nicht wirksam geworden. Der Verschmelzungsvertrag konnte für diese Gesellschaft deshalb lediglich unter ihrer damaligen Firmierung als B GmbH geschlossen werden. B2 GmbH ist in dem Verschmelzungsvertrag indessen nicht erwähnt. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass entgegen der Auffassung des Landgerichts die Identität der B GmbH als juristische Person im Rahmen der ersten Verschmelzung nicht berührt worden ist. Denn bei der Verschmelzung durch Aufnahme erlischt lediglich der übertragende, nicht jedoch der übernehmende Rechtsträger (§ 20 Abs. 1 UmwG). Es geht in dem vorliegenden Zusammenhang also lediglich um die korrekte Bezeichnung der Firma der betreffenden Gesellschaft. Zwar ergibt die individuelle Auslegung des Verschmelzungsvertrages vom 25.8.2005 unter Berücksichtigung der Erläuterungen der Schlussbilanz, dass an dem Vertrag B2 GmbH als übertragender Rechtsträger beteiligt sein soll (siehe dazu nachstehend). Den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 UmwG kann es jedoch nicht genügen, dass sich aus einer mühevollen Auswertung aller der Anmeldung beigefügten Unterlagen derjenige Rechtsträger feststellen lässt, der nach dem Willen der Beteiligten an der Verschmelzung beteiligt sein soll. Aus der gesetzlichen Vorschrift muss vielmehr schon im Hinblick auf den Gläubigerschutz abgeleitet werden, dass die beteiligten Rechtsträger in dem Verschmelzungsvertrag so klar und eindeutig bezeichnet werden müssen, dass Zweifel von vornherein ausgeschlossen sind.

Das Landgericht hat jedoch nicht erwogen, ob der Beteiligten durch den Erlass einer Zwischenverfügung Gelegenheit zur Behebung des Eintragungshindernisses zu geben ist. Nach § 26 Satz 2 HRV kann das Registergericht zur Behebung des Eintragungshindernisses eine Frist setzen. Voraussetzung für den Erlass einer Zwischenverfügung ist, dass es sich um ein behebbares Eintragungshindernis handelt (BayObLG, NJW-RR 1988, 869). Im Übrigen steht der Erlass einer Zwischenverfügung anstelle einer Zurückweisung der Anmeldung im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts. Das Land-

gericht als Gericht der ersten Beschwerde tritt bei der Beschwerde gegen die Zurückweisung einer Anmeldung voll an die Stelle des Registergerichts. Es hat deshalb zwingend auch die Ermessensentscheidung des Registergerichts dahin zu überprüfen, ob anstelle der sofortigen Zurückweisung der Anmeldung eine Zwischenverfügung nach § 26 Satz 2 HRV zu erlassen ist (vgl. Senat, OLGR Hamm 1999, 27 zu §§ 18, 71 GBO). Nachdem das Landgericht in seiner Entscheidung auf diesen Gesichtspunkt nicht eingegangen ist, steht die entsprechende Entscheidung nunmehr dem Senat zu, wobei das Rechtsbeschwerdegericht auch das Ermessen eigenständig ausüben kann (BayObLG, FGPrax 1997, 89; *Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 56 m. w. N.).

Bei der nicht ausreichenden Bezeichnung des übertragenden Rechtsträgers im zweiten Verschmelzungsvertrag und den Gesellschafterbeschlüssen handelt es sich um ein behebbares Eintragungshindernis. Die Auslegung des Verschmelzungsvertrages ergibt unter Heranziehung der Schlussbilanz und der Registerakten aller Gesellschaften, dass in der Sache eine Kettenverschmelzung mehrerer Gesellschaften gewollt ist: Die erste Verschmelzung mit dem Verschmelzungsstichtag 1.1.2004 unter Beteiligung der N und L GmbH als übertragender und der B GmbH als übernehmender Gesellschaft ist auf die Bildung einer Fusionsgesellschaft mit einer Firmenbildung entsprechend derjenigen der übertragenden Gesellschaft gerichtet. Mit Stichtag zum 1.1.2005 soll in einem zweiten Vorgang die zunächst gebildete Fusionsgesellschaft als übertragender Rechtsträger auf die W2 mbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen werden. Beide Vorgänge sind miteinander verkoppelt, weil die erste Verschmelzung mangels Eintragung im Handelsregister noch nicht wirksam geworden war, als der zweite Verschmelzungsvertrag und die dazu gehörenden Gesellschafterbeschlüsse beurkundet worden sind, wobei wegen der Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG die Beurkundung nicht länger als acht Monate nach dem Verschmelzungsstichtag (1.1.2005) hinausgeschoben werden konnte. Aus den Erläuterungen der Schlussbilanz und den aus den Registerakten ersichtlichen Zusammenhängen ist deutlich zu erkennen, dass der zweite Verschmelzungsvertrag erst wirksam werden sollte, wenn der erste Verschmelzungsvorgang durch die noch ausstehende Eintragung im Handelsregister wirksam geworden war. Denn B2 GmbH sollte mit dem im Rahmen der ersten Verschmelzung erhöhten Kapital erneut verschmolzen werden. So haben auch die Vorinstanzen den zweiten Verschmelzungsvertrag verstanden. Dem wirksamen Abschluss des zweiten Verschmelzungsvertrages steht in diesem Zusammenhang nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt seines Abschlusses die erste Verschmelzung noch nicht wirksam geworden war. Zwar konnte dieser – wie ausgeführt – für die übertragende Gesellschaft nur unter deren B GmbH geschlossen werden. Jedoch bestanden keine Hinderungsgründe, den zweiten Verschmelzungsvertrag unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens der ersten Verschmelzung abzuschließen. § 7 Satz 1 UmwG lässt vielmehr den Abschluss eines Verschmelzungsvertrages unter einer aufschiebenden Bedingung ausdrücklich zu. Für die Wahrung der Formvorschriften ist auch bei einer solchen Kettenverschmelzung auf den Zeitpunkt des Verschmelzungsvertrages und der Beschlussfassung der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften abzustellen (*Widmann/Mayer*, § 5 Rdnr. 235.4). Im Wege der Auslegung kann deshalb der notariellen Urkunde vom 25.8.2005 sowohl das rechtlich gewollte Ergebnis als auch die dies ermöglichende rechtliche Gestaltung entnommen werden. Für den Vollzug im Handelsregister fehlt lediglich die erforderliche klarstellende Fassung. Eine solche Klarstellung kann auch noch nachträglich erfolgen, so dass das Eintragungshindernis behebbar ist.

Die Klarstellung kann durch die Erklärung in einer Ergänzungsurkunde in der Weise vorgenommen werden, dass der Verschmelzungsvertrag vom 25.8.2005 für B2 GmbH als übertragende Gesellschaft unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens der Verschmelzung dieser Gesellschaft als übernehmender Rechtsträger mit der N und L GmbH als übertragender Gesellschaft geschlossen ist und diese Bedingung durch die zwischenzeitlich am 6.9.2005 erfolgte Eintragung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft eingetreten ist. Zur Abgabe einer solchen Erklärung ist die nunmehr unter N und L GmbH firmierende Fusionsgesellschaft ohne weiteres in der Lage, weil sie mit der übernehmenden, früher als B GmbH firmierenden Gesellschaft identisch ist und erst mit dem Wirksamwerden der zweiten Verschmelzung erlischt. Eine entsprechende Klarstellung muss auch bei den Gesellschafterbeschlüssen der beteiligten Gesellschaften sowie den Anmeldungen zum Handelsregister erfolgen.

Einer solchen nachträglichen Klarstellung steht auch nicht die Vorschrift des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG entgegen. Nach dieser Vorschrift darf eine Verschmelzung nur eingetragen werden, wenn die Schlussbilanz des übertragenden Rechtsträgers auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag erstellt ist. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die Bilanz die in die nächste Jahresbilanz des übernehmenden Rechtsträgers eingehenden Werte des übertragenden Rechtsträgers zeitnah wiedergibt. Dies dient auch dem Schutz der Gläubiger, die in der Lage sein sollen, sich einen zeitnahen Eindruck von der Vermögenslage des übertragenden Rechtsträgers zu verschaffen, zumal die geprüfte Schlussbilanz im Fall der Kapitalerhöhung die Sacheinlagenprüfung ersetzt. Da nach der gesetzlichen Vorschrift des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG die Frist bezogen auf den Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister zu berechnen ist, wird verbreitet die Auffassung vertreten, zur Fristwahrung sei nicht erforderlich, dass die Anmeldung ohne weiteres zur Eintragung führe, das Nachreichen fehlender Unterlagen sei möglich (*Lutter/Bork*, § 17 Rdnr. 6; *Widmann/Mayer*, § 24 Rdnr. 68). Inwieweit einzelne Fallkonstellationen eine abweichende Handhabung rechtfertigen können (vgl. etwa KG, FGPrax 1999, 31 = NJW-RR 1999, 186 betreffend eine wegen einer fehlenden Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft unvollständige Verschmelzung), bedarf keiner näheren Entscheidung. Denn hier beschränkt sich das Eintragungshindernis auf eine fehlende Klarstellung der Darstellung des Verschmelzungsvorgangs. Der Möglichkeit diese nachzuweisen steht auch der Zweck des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht entgegen. Im Übrigen wird diese Frist auch dann gewahrt, wenn zum Zeitpunkt der Anmeldung eine zulässige Bedingung, von der der Eintritt der Verschmelzung abhängig ist, noch nicht eingetreten, insbesondere ein weiterer Umwandlungsvorgang noch nicht wirksam geworden ist (*Widmann/Mayer*, a. a. O.).

Weitere Eintragungshindernisse sind derzeit nicht ersichtlich. Die in dem Beschluss des Amtsgerichts vom 8.9.2005 ergänzend erhobene Beanstandung betreffend die Schlussbilanz der übertragenden Gesellschaft hält der Senat nicht für gerechtfertigt. Wie bereits ausgeführt ist aus den Erläuterungen der Bilanz hinreichend ersichtlich, dass diese sich auf die aus der ersten Verschmelzung hervorgegangene Fusionsgesellschaft bezieht, die nach dem Wirksamwerden der Verschmelzung die Firma N und L GmbH führt. Dass die Bilanz wirtschaftlich die Wirkungen der Verschmelzung auf den 1.1.2004 vorwegnimmt, folgt aus der Bestimmung dieses Datums als Verschmelzungsstichtag (§ 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG). Die Unterschriftsleistung des Geschäftsführers der Gesellschaft (§ 245

HGB) bezieht sich zwar unmittelbar auf die Benennung der Mitglieder der Geschäftsführung der Gesellschaft, soll indes erkennbar die gesamte Bilanz einschließlich des nachfolgenden Lageberichts abdecken und ist deshalb aus der Sicht des Senats nicht zu beanstanden.

Der Senat hat von seinem Ermessen dahin Gebrauch gemacht, zur Behebung des Eintragungshindernisses eine Zwischenverfügung zu erlassen. Maßgebend dafür ist, dass in der notariellen Urkunde vom 25.8.2005 das Bemühen erkennbar wird, die Klarstellung des an der zweiten Verschmelzung beteiligten übertragenden Rechtsträgers durch die Bezeichnung der aus der ersten Verschmelzung hervorgegangenen Fusionsgesellschaft herbeizuführen. Wenn die gerichtliche Beurteilung zu dem Ergebnis führt, dass dieser Weg nicht gangbar ist, erscheint es angemessen, der betroffenen Gesellschaft die Möglichkeit zu einer anderweitigen Klarstellung einzuräumen, um ein Scheitern der mit erheblichen Kosten verbundenen Verschmelzung zu vermeiden.

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Weiler*, MittBayNot 2006, 377 (in diesem Heft).

Beurkundungs- und Notarrecht

17. BeurkG § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 (*Mitwirkungsverbot des Notars*)

Das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG greift nicht ein, soweit sich die Tätigkeit der bevollmächtigten Sozien eines Notars auf Erklärungen beschränkt, die lediglich dem Vollzug, der Durchführung oder Abwicklung der zugrundeliegenden Immobilienkaufverträge dient. Das gilt auch dann, wenn die den Sozien erteilte Vollmacht zu weitergehenden Rechtshandlungen ermächtigt, die aber tatsächlich nicht vorgenommen werden.

OLG Celle, Beschluss vom 4.10.2005, Not 10/05

I.

1. Mit Verfügung des Landgerichts H – Der Präsident – vom 12.10.2004 wurde gegen die Notarin im Anschluss an die Prüfung ihrer Amtsgeschäfte am 25.2.2004 ein disziplinarisches Vorermittlungsverfahren eröffnet, weil der Verdacht bestand, dass sie ein Dienstvergehen begangen habe, indem sie entgegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG rechtsgeschäftliche Erklärungen der mit ihr zur gemeinschaftlichen Berufsausübung verbundenen Rechtsanwälte und Notare S. M., T. und R. beurkundete, die diese als bevollmächtigte Vertreter für Urkundsbeteiligte abgegeben hatten.

Im Einzelnen geht es dabei um von der Notarin vorgenommenen Beurkundungen, an denen die vorgenannten Rechtsanwälte jeweils aufgrund von Vollmachten beteiligt waren, die ihnen in den zugrundeliegenden notariellen Verträgen über den Verkauf von Grundstücken bzw. Eigentumswohnungen von den Kaufvertragsparteien erteilt worden waren. Bei einigen Beurkundungen erfasste die von den Vertragsparteien unwiderruflich unter Befreiung von § 181 BGB erteilte Vollmacht u. a. das Recht, „für sie alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, Anträge zu stellen und erforderlichenfalls zurückzunehmen, welche zur Durchführung dieses Vertrages erforderlich sind und etwa erforderlich werdende Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages zu erklären ...“.

Den weiteren Beurkundungen lag jeweils die unwiderrufliche Vollmacht der Vertragsparteien für die die Erklärung abgebenden Rechtsanwälte „zur Abgabe und Entgegennahme sämtlicher Willenserklärungen und rechtsgeschäftlicher Handlungen“ zugrunde, die sich insbesondere auch auf „Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages“ beziehen sollte. Sämtliche Vollmachten enthielten die Einschränk-

ung, dass die Bevollmächtigten die „vorstehend näher bezeichneten Erklärungen nur vor der Notarin W. M. oder Notar T. H. oder deren amtlich bestellten Vertretern rechtswirksam abgeben“ könnten.

Das Niedersächsische Justizministerium führte in seinem Erlass vom 22.7.2004 (SH I) u. a. Folgendes aus:

„Wegen der Nähe zu der allgemein für zulässig gehaltenen Eigenkunde halte ich es danach für vertretbar, eine den Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG einschränkende Auslegung dahin vorzunehmen, dass in Fällen der reinen Durchführungsvollmacht der Notar auch bei Mitwirkung eines mit ihm beruflich verbundenen Rechtsanwalts als Urkundsbeteiligtem tätig werden darf. Diese Fälle müssten jedoch eng begrenzt werden. Soweit die Vollmacht sich auf weitere als die zum Vollzug des beurkundeten Geschäfts abgegebenen Erklärungen – etwa zur Bestellung von Grundpfandrechten oder zur Änderung und Ergänzung bisheriger Erklärungen – erstreckt, kommt m. E. die einschränkende Auslegung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG nicht in Betracht. Diese wäre mit dem Zweck der Mitwirkungsverbote nicht mehr zu vereinbaren.“

Das Landgericht H – Der Präsident – hat mit Disziplinarverfügung vom 22.2.2005 gegen die Notarin eine Geldbuße in Höhe von 3.250 € verhängt. Das Oberlandesgericht – Die Präsidentin – hat auf die Beschwerde mit Verfügung vom 15.7.2005 die Disziplinarverfügung vom 22.2.2005 geändert und die verhängte Geldbuße auf einen Betrag von 1.000 € ermäßigt.

Aus den Gründen:

II.

Der gem. §§ 96 BNotO, 32 Abs. 3 NDO zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte und begründete Antrag der Notarin auf gerichtliche Entscheidung, über den der Senat nach Anhörung ohne mündliche Verhandlung entscheidet, weil der Sachverhalt hinreichend aufgeklärt erscheint, hat in der Sache teilweise Erfolg. Der Beurteilung des der Notarin zur Last gelegten Fehlverhaltens durch die Disziplinarbehörden ist nicht in allen Punkten zu folgen. Außerdem erfordert das disziplinarrechtliche Gewicht der als einheitliches Dienstvergehen zu beurteilenden verbleibenden Pflichtverletzungen der Antragstellerin bei einer Gesamtwürdigung lediglich die Verhängung eines Verweises, um die Notarin anzuhalten, künftig ihre Dienstpflichten ohne Beanstandungen zu erfüllen.

1. Der Notarin wird in den angefochtenen Disziplinarverfügungen zu Recht vorgeworfen, dass sie bei den sechs Beurkundungen vom 13.4.2000, 26.5.2000, 21.7.2000, 28.7.2000, 22.12.2000 und 31.1.2001 ihre Dienstpflichten insofern fahrlässig verletzt hat, als sie gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Ziff. 4 BeurkG verstoßen hat. Dagegen hat die Notarin bei den weiteren acht in der Disziplinarverfügung genannten Beurkundungen nicht pflichtwidrig gehandelt.

a) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG in der seit 1998 geltenden Fassung (BGBl I, 585) soll ein Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich um Angelegenheiten einer Person handelt, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat. Auch wenn die Missachtung dieses Verbots auf die Wirksamkeit der Beurkundung keinen Einfluss hat, begründet sie für den Notar als Beurkundungsperson eine unbedingte Amtspflicht (vgl. BGH, DNotZ 1985, 231; OLG Celle, Nds. Rpfl. 2002, 109; OLG Köln, NJW 2005, 2092; *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 3 BeurkG Rdnr. 2). Der Senat verkennt nicht, dass bei einer ausschließlich dem Wortlaut verhafteten Auslegung und Anwendung der vorbezeichneten Vorschrift in allen 14 der Disziplinarverfügung zugrundeliegenden Fällen von einem Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot auszugehen wäre. Die Rechtsanwälte S. M., T. und R. haben nämlich bei den beanstandeten Beurkundungen jeweils die Beteiligten aufgrund von Vollmachten vertreten. Die Notarin hat dabei jeweils in einer Angelegen-

heit ihrer jeweiligen betroffenen Sozien beurkundet. Ein Vertreterhandeln stellt nämlich sowohl für den Vertretenen als auch für den Vertreter eine eigene Angelegenheit i. S. v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG dar (vgl. OLG Köln, NJW 2005, 2093; *Eylmann/Vaasen*, § 3 BeurkG Rdnr. 11; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl., § 16 Rdnr. 18). Die Sozien der Notarin waren an der Beurkundung auch nicht etwa nur formell beteiligt, weil ihre Erklärungen beurkundet worden sind. Vielmehr waren sie auch materiell beteiligt, weil ihre Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten faktisch durch die Beurkundung unmittelbar günstig oder ungünstig beeinflusst werden konnten. Das gilt nicht nur, wie der Senat bereits entschieden hat (vgl. Nds. Rpfl. 2004, 16, 17), wenn ein Sozios des Notars als zunächst vollmachtloser Vertreter für eine Partei auftritt, sondern auch dann, wenn der Sozios, wie in den vorliegenden Fällen, aufgrund einer wirksam erteilten Vollmacht tätig wird. Dies folgt bereits daraus, dass der Vollmachterteilung für den jeweils handelnden Sozios der Notarin ein Auftragsverhältnis i. S. v. § 662 BGB zugrunde lag, aus dem sich im Falle eines abredewidrigen Gebrauchs der Vollmacht eine Haftung des Bevollmächtigten aus positiver Vertragsverletzung hätte ergeben können (vgl. BGH, DNotZ 2003, 836; OLG Köln NJW 2005, 2093).

Gleichwohl greift für die in der Disziplinarverfügung beanstandeten Beurkundungsvorgänge das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG nicht ein, soweit sich die Tätigkeit der Sozien der Notarin aufgrund der ihnen erteilten Vollmachten auf Erklärungen beschränkte, die lediglich dem Vollzug, der Durchführung oder Abwicklung der zugrundeliegenden Immobilienkaufverträge diene. Für eine derartige teleologische Reduktion spricht das von dem Gesetzgeber mit den Mitwirkungsverboten gemäß § 3 BeurkG verfolgte Anliegen, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars als essentielle Kernpflicht aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO, zu sichern (vgl. auch Senat, Nds. Rpfl. 2004, 16, 17). Sinn und Zweck der Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG ist es, zu verhindern, dass der Eindruck entsteht, der mit dem Notar in einer Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene Beteiligte könne sich durch Einflussnahme innerhalb des Bürobetriebs offen oder verdeckt Vorteile gegenüber anderen Beteiligten verschaffen (vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 16 Rdnr. 51). Dabei soll im Interesse einer geordneten vorsorgenden Rechtspflege nach dem Willen des Gesetzgebers bereits der Anschein einer entsprechenden Gefährdung vermieden werden (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 36, *Eylmann/Vaasen*, § 3 BeurkG Rdnr. 1). Scheidet ein solcher Anschein aus der Sicht eines objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters aus, muss die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG einschränkend dahin ausgelegt werden, dass solche Beurkundungsvorgänge vom Anwendungsbereich der Norm auszunehmen sind (vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 14 Rdnr. 35; OLG Köln, NJW 2005, 2093). Allein der Umstand, dass Ausnahmen von dem Grundprinzip des Verbots einer Tätigkeit des Notars für seinen Sozios keinen Eingang in das Gesetz gefunden haben (vgl. *Harborth/Lau*, DNotZ 2002, 412, 417) stehen einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Norm nicht entgegen, sofern für bestimmte klar umrissene Fallgruppen des Vertreterhandelns der mit einem Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Personen der Anschein einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notaramtes ausgeschlossen werden kann. Demgemäß ist die Einschränkung des Verbots für die Fälle, in denen die Tätigkeit des Vertreters lediglich in der bloßen Ausübung von sog. Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmachten liegt, weithin anerkannt (vgl. OLG Köln, NJW 2005, 2093; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 16

Rdnr. 55 a m. w. N.). Diese Beurteilung steht auch im Einklang mit der allgemeinen Auffassung, dass § 3 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG bei der Beurkundung von Vollzugsvollmachten nicht anzuwenden ist, die den Notar zur Vorbereitung und Durchführung von Amtsgeschäften berechtigten (vgl. *Eylmann/Vaasen*, § 3 BeurkG Rdnr. 4).

Abweichend von der in dem Erlass des Niedersächsischen Justizministeriums vom 22.7.2004 (SH I) vertretenen Auffassung greift das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG jedoch nicht schon dann ein, wenn die dem beruflich mit dem Notar verbundenen Rechtsanwalt als Urkundsbeteiligten erteilte Vollmacht sich auf weitere als die zum Vollzug des beurkundeten Geschäfts erforderlichen Erklärungen bezieht. Die Notarin macht mit ihrem Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu Recht geltend, dass nicht von Bedeutung ist, wie umfangreich die Vollmacht abstrakt ausgestaltet ist, sondern allein, in welchem Umfang bei dem konkret beanstandeten Urkundsgeschäft tatsächlich von der Vollmacht Gebrauch gemacht wurde. Das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG knüpft nämlich an die konkrete Beurkundung an, so dass es auf den Inhalt der dabei von dem Vertreter abgegebenen Erklärungen ankommt. Beschränkt sich der umfassend bevollmächtigte Vertreter, der mit dem Notar beruflich verbunden ist, auf die Abgabe von Erklärungen, die unmittelbar dem Vollzug, der Durchführung oder der Abwicklung eines zwischen den Vollmachtgebern abgeschlossenen Kaufvertrages dienen, ist damit regelmäßig weder für den Vertreter ein Vorteil verbunden noch kann dadurch der Anschein einer Beeinträchtigung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notaramtes begründet werden. Auch nach der Rechtsprechung des OLG Köln (a. a. O.) ist eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG an die bloße Ausübung einer Vollzugs-, Durchführungs- oder Abwicklungsvollmacht geknüpft. Eine derartige Vollmacht kann aber, wie in den vorliegenden Fällen, auch Bestandteil einer inhaltlich weiter gehenden, insbesondere auch die Änderung oder Ergänzung von Verträgen, umfassenden Vollmacht sein. Das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG sanktioniert nicht bereits die Erteilung einer weitreichenden über Vollzugs- und Abwicklungstätigkeiten hinausgehenden Vollmacht an eine Person, die mit dem Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden ist oder mit ihm gemeinsame Geschäftsräume hat. Das gilt auch dann, wenn, wie in den hier in Rede stehenden Fällen, die Vollmacht zusätzlich dahin eingeschränkt ist, dass von ihr nur von dem amtierenden Notar bzw. dem amtlich bestellten Vertreter Gebrauch gemacht werden kann. Vielmehr wird das Mitwirkungsverbot nur dann verletzt, wenn der Notar tatsächlich Erklärungen seiner Sozien beurkundet, die auf der Grundlage einer derart weitreichenden Vollmacht über reine Vollzugs- und Durchführungstätigkeiten hinausgehen, welche durch die Erklärungen der Vollmachtgeber im notariellen Kaufvertrag bereits inhaltlich festgelegt sind. Eine andere Beurteilung würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass z. B. die Beurkundung der Auflassungserklärungen durch einen Sozios des Notars als Vertreter der Kaufvertragsparteien je nach der Reichweite der zugrundeliegenden Vollmacht gegen das Mitwirkungsverbot verstoßen würde, obgleich bei einem derartigen reinen Durchführungsgeschäft unabhängig von dem Umfang der Vollmacht des Vertreters nicht zu besorgen ist, dass der Notar in einen Konflikt zwischen den Interessen des mit ihm zur Berufsausübung verbundenen Berufskollegen und der Vollmachtsgeber als weiterer Urkundsbeteiligter gerät. Durch die Mitwirkungsverbote soll aber gerade ein solcher Konflikt vereitelt werden (vgl. Senat, Nds. Rpfl. 2004, 16, 17). Dem Notar bleibt es unbenommen, in Fällen

einer weitreichenden Vollmacht lediglich Erklärungen zu den reinen Vollzugs- und Durchführungstätigkeiten unter Mitwirkung seiner Sozien als bevollmächtigte Vertreter zu beurkunden, für eine etwa notwendig werdende Änderung oder Ergänzung eines Grundstückskaufvertrages jedoch die Vertragsparteien selbst zur Beurkundung hinzuzuziehen.

Dagegen kann der Auffassung der Notarin nicht gefolgt werden, soweit sie auch diejenigen in der Disziplinarverfügung beanstandeten Beurkundungen als vom Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG nicht erfasste reine Abwicklungsgeschäfte ansehen will, die jeweils Änderungen bzw. Ergänzungen der zugrundeliegenden Verträge zum Inhalt hatten. Allein der Umstand, dass der betreffende Sozium der Notarin in diesen Fällen als Vertreter für alle an der Beurkundung neben ihm materiell Beteiligten aufgetreten ist, rechtfertigt eine entsprechende weiter gehende Einschränkung des Mitwirkungsverbotes nicht. Ob die von der Notarin als Beleg angeführte Rechtsprechung des OLG Köln (NJW 2005, 2092) überhaupt auf die hier in Rede stehenden Fälle der Änderung und Ergänzung von Verträgen angewendet werden kann, erscheint bereits zweifelhaft. Das OLG Köln hat über seine einschränkende Auslegung des Mitwirkungsverbots in Fällen zu entscheiden, in denen der Sozium des Notars für alle materiell an der Beurkundung Beteiligten gleich gerichtete und gleich lautende Erklärungen zur Errichtung von Gesellschaften abgegeben und bei der Beurkundung von Hauptversammlungen aufgetreten war. Jedenfalls lässt sich eine Einschränkung des Mitwirkungsverbots gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG in Fällen, in denen der Vertreter Erklärungen abgibt, die auf eine Änderung und Ergänzung des Vertrages abzielen, worauf die Disziplinarbehörden zu Recht hingewiesen haben, bereits aus gesetzessystematischen Erwägungen nicht damit rechtfertigen, dass die Tätigkeit des Vertreters im Auftrag aller Personen ausgeübt wird, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen. Der Gesetzgeber hat nämlich eine derartige Einschränkung des Mitwirkungsverbots lediglich für den Tatbestand des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 BeurkG vorgesehen. Damit kommt zum Ausdruck, dass eine derartige Einschränkung für das hier in Rede stehende Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Anders als Erklärungen, die lediglich auf den Vollzug und die Abwicklung des Vertrages gerichtet sind, wirken sich Vertragsänderungen und Ergänzungen unmittelbar auf den Inhalt der Rechte und Pflichten der jeweiligen Vertragspartei aus. Der damit verbundene Eingriff in das von den Parteien ausgehandelte Vertragsgefüge kann zu Nachteilen für eine Partei führen, die nicht notwendig mit einer angemessenen Kompensation für die andere Partei verbunden sein müssen. Das damit verbundene Konfliktpotential auch im Innenverhältnis zwischen den Vollmachtgebern und dem Vertreter gebietet es, im Interesse der Wahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des beurkundenden Notars für die Fälle der Vertragsänderungen und Ergänzungen das Mitwirkungsverbot gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG strikt anzuwenden.

b) Von den in der Disziplinarverfügung beanstandeten Beurkundungen unter Beteiligung der Sozien der Notarin betrafen nicht nur die in der Disziplinarverfügung vom 22.2.2005 ausdrücklich benannten vier Urkunden eine Kaufvertragsänderung, sondern auch weitere Urkunden.

Die Urkunde vom 26.5.2000 beschränkt sich nicht auf eine Identitätserklärung, sondern enthält ferner die vertragsändernde Erklärung, dass die Rechte in Abt. III Nr. 7 u. 8 über 320.000 DM und 170.000 DM, beide zugunsten der B. Bank AG, Filiale H., übernommen würden. In dem zugrundeliegenden Grundstückskaufvertrag vom 14.3.2000, der in § 8 die

Vollmacht für den als Vertreter aufgetretenen Rechtsanwalt T. enthält, war in § 4 Nr. 3 noch vorgesehen, dass der Verkäufer die Löschung der nicht vom Käufer übernommenen Belastungen, sowohl in Abt. II als auch in der Abt. III, nach Maßgabe der von den Berechtigten bzw. Gläubigern erteilten Löschungsbewilligungen bzw. Pfandentlassungen auf dem gesamten Grundstück übernimmt. In der Urkunde vom 30.1.2001 sind ausdrücklich die Regelungen über die Zahlungsfälligkeit, die Auszahlung des Kaufpreises und über die Auszahlungsbedingungen geändert worden. Dagegen geht die Erklärung des Rechtsanwalts R. in der Urkunde vom 18.10.2000, soweit sie neben der Identitätserklärung auch noch auf die Übernahme des Rechts aus Abt. II Nr. 1 gerichtet ist, nicht über die bereits von den Kaufvertragsparteien im Vertrag vom 18.7.2000 in § 4 Nr. 5 getroffene Vereinbarung hinaus, dass das Wegerecht Abt. II Nr. 1 übernommen werde. Die Wiederholung dieser Erklärung in der Urkunde vom 8.10.2000 erfolgte vielmehr lediglich wegen der Anlegung eines neuen Grundbuchblattes in Vollzug des Grundstückskaufvertrages.

c) Die Notarin hat bei den von ihr begangenen Pflichtverletzungen auch fahrlässig gehandelt. Mit Recht haben die Disziplinarbehörden angenommen, dass sich aus der Mitteilung des Präsidenten des Landgerichts H vom 25.5.2000 für die Notarin kein unvermeidbarer Verbotsirrtum ableiten lasse. Nachdem die Notarin mit Schreiben vom 6.4.2000 in ihrer Stellungnahme zum Geschäftsprüfungsbericht darauf hingewiesen hatte, dass eventuell erforderliche Belastungs- und Vollzugsvollmachten nur den in der Kanzlei tätigen Rechtsanwälten erteilt würden, hatte der Präsident des Landgerichts unter dem 25.5.2000 lediglich darum gebeten, dass die Notarin zu diesem Punkt in eigener Verantwortung prüfen solle, ob die Belastungsvollmachten für ihre Sozien mit § 3 BeurkG n. F. in Einklang stünden. Die Notarin musste diese Mitteilung bei verständiger Würdigung lediglich dahin verstehen, dass sie für die seit der Novellierung des Beurkundungsgesetzes im Jahr 1998 geltenden Neuregelungen über die Vertretungsverbote und deren mögliche Vereinbarkeit mit den von ihr verwendeten Belastungsvollmachten sensibilisiert werden sollte. Ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Einhaltung der Mitwirkungsverbote im Hinblick auf die Belastungsvollmachten ist der Notarin gerade nicht eingeräumt worden. Vielmehr konnte sie der Mitteilung des Präsidenten des Landgerichts entnehmen, dass dieser eine Prüfung der Vereinbarkeit der Belastungsvollmachten für die Sozien mit § 3 BeurkG noch nicht vorgenommen hatte. Bei der danach gebotenen pflichtgemäßen Prüfung in eigener Verantwortung hätte die Notarin aufgrund der bereits zum damaligen Zeitpunkt einhellig im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 18; *Schippel*, BNotO, 7. Aufl., § 14 Rdnr. 41; *Keidel/Winkler*, BeurkG, 14. Aufl., § 3 Rdnr. 30 m. w. N.) zu der Einschätzung gelangen müssen, dass es sich bei Willenserklärungen eines Vertreters auch um eine Angelegenheit i. S. v. § 3 Abs. 1 BeurkG handelte.

Selbst wenn die Notarin bereits in den Jahren 2000 und 2001 auch ohne Hinweise in Rechtsprechung und Literatur Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Mitwirkungsverbots gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG auf reine Vollzugs- bzw. Durchführungsgeschäfte gehegt hätte, konnte sie bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt nicht davon ausgehen, dass das Mitwirkungsverbot auch in den Fällen nicht eingreift, in denen sie Erklärungen ihrer Sozien als bevollmächtigter Vertreter über die Änderung oder Ergänzung eines Kaufvertrages beurkundet. Mangels jeglicher Hinweise in Literatur und Rechtsprechung zur Unbedenklichkeit derartiger Beurkun-

dungen hätte sie sich zumindest bei der Aufsichtsbehörde vergewissern müssen, ob gegen eine derartige Auffassung Bedenken bestehen. Das ist jedoch nicht geschehen.

2. Die der Notarin zur Last gelegten, sämtlich in nicht rechtsverjährter Zeit (§ 95 a BNotO), fahrlässig begangenen Verstöße gegen das Mitwirkungsverbot gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG sind, soweit die Vorwürfe nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu Recht erhoben werden, als einheitlich begangenes Dienstvergehen (§ 95 BNotO) disziplinarrechtlich zu ahnden.

Bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme ist zwar einerseits zu berücksichtigen, dass die Beachtung der Ausschließungsgründe der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zum Kernbereich der Pflichten des Notars nach § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO gehört. Demgemäß hat der Gesetzgeber für den hier nicht in Rede stehenden Fall wiederholt grober Verstöße gegen Mitwirkungsverbote in § 50 Abs. 1 Nr. 9 BNotO sogar die zwingende Amtsenthebung vorgesehen. Andererseits ist im vorliegenden Fall mildern zu berücksichtigen, dass sowohl die Disziplinarbehörden untereinander als auch der Senat unterschiedliche Auffassungen über die Möglichkeit einer einschränkenden Auslegung der Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG vertreten. Die Auffassung, dass eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs der Vorschrift in Betracht kommt, ist inzwischen weit verbreitet und wird, wenn auch nicht in dem vom Senat angenommenen Umfang, auch in dem Erlass des Niedersächsischen Justizministeriums vom 22.7.2004 vertreten. Vor diesem Hintergrund hat bereits die Beschwerdeentscheidung mit Recht angenommen, dass das Notarin zugute zu halten sei, dass sie aufgrund der jeweils durch beide Vertragsparteien erteilten Vollmachten die – wenn auch in sechs Fällen unzutreffende – Vorstellung hatte, die Beurkundung stelle keinen Verstoß gegen Mitwirkungsverbote dar und erwecke auch nicht den Anschein der Parteilichkeit. Hinzu kommt, dass die festgestellten Pflichtverletzungen der Notarin voraussichtlich vermieden worden wären, wenn der Präsident des Landgerichts H in seiner Mitteilung vom 25.5.2000 zu dem Schreiben der Notarin vom 6.4.2000 von der Möglichkeit Gebrauch gemacht hätte, der Notarin aufzuzeigen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Beurkundungen aufgrund von Belastungsvollmachten für ihre Sozian mit § 3 BeurkG n. F. im Einklang stehen. Ein Schaden für die Parteien oder für das Ansehen der Notare ist aus den pflichtwidrigen sechs Beurkundungen in den Jahren 2000/2001 nicht entstanden. Da die Notarin darüber hinaus die beanstandete Praxis seit längerem aufgegeben hat, ist die Ahndung der fahrlässigen Dienstpflichtverletzung durch eine Geldbuße nicht geboten. Vielmehr stellt die Verhängung eines Verweises auch unter Berücksichtigung der fehlenden disziplinarrechtlichen Vorbelastungen eine ausreichende und angemessene Reaktion auf das Fehlverhalten dar.

18. §§ 6 Abs. 3; 7 Abs. 1 BNotO (*Eignungsvergleich zwischen auswärtigem Notar und heimischem Notarassessor*)

Jedenfalls dann, wenn zwischen zwei konkurrierenden Bewerbern um eine Notarstelle ein Gleichrang besteht, ist die Landesjustizverwaltung im Hinblick auf die Personalbedarfsplanung und das Jahrgangsprinzip nicht gehalten, dem auswärtigen Notar gegenüber dem heimischen Notarassessoren den Vorzug zu geben. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Beschluss vom 26.7.2005, VA – Not. 1/05

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsteller wurde zum Notar mit Amtssitz in Z bestellt, wo er seither amtiert. 2005 bewarb er sich um die im Bayerischen Justizministerialblatt ausgeschriebene Notarstelle. Neben dem Antragsteller haben sich zwei bayerische Notarassessoren, zwei auswärtige Notare, zwei auswärtige Notarassessoren und ein ehemaliger auswärtiger Notarassessor beworben.

Mit Bescheid vom 2.6.2005 teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit, dass gemäß Nr. 2.3.4 der Bekanntmachung betreffend die Angelegenheiten der Notare vom 25.1.2001 (JMBl, S. 32, mehrfach geändert) beabsichtigt sei, die freie Notarstelle dem bayerischen Notarassessor Dr. ... (weiterer Beteiligter) zu übertragen. Dieser Bescheid wurde dem Antragsteller am 3.6.2005 zugestellt.

Der Antragsteller hat die Zweite Juristische Staatsprüfung am 27.9.1982 in Bayern mit der Prüfungsgesamtnote 3,65 („voll befriedigend“) abgelegt. Dies entspricht nach §§ 1, 2 Abs. 2 der Verordnung des Bundesministeriums der Justiz über eine Noten- und Punkteskala für die erste und zweite juristische Prüfung einer Prüfungsgesamtnote von 10,75 Punkten. Mit einer Bewerbung und Übernahme in den notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern wäre der Antragsteller mit dieser Examensnote seinerzeit nicht zum Zug gekommen.

Der weitere Beteiligte hat die Zweite Juristische Staatsprüfung am 9.7.2001 in Bayern mit dem Gesamtergebnis von 11,21 Punkten („voll befriedigend“) abgelegt und wurde mit Wirkung vom 1.2.2002 in den notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern übernommen. Der weitere Beteiligte wurde durch die Präsidentin des Landgerichts M dienstlich beurteilt. Die Beurteilung endet mit dem Vermerk, dass sich der Beteiligte bei der Ableistung des Anwärterdienstes bewährt habe und für die Bestellung zum Notar uneingeschränkt geeignet sei. Ausweislich seiner Beurteilung war der Beteiligte mit der Bearbeitung von Vorgängen aus allen notarspezifischen Fach- und Rechtsgebieten befasst. Außerdem hat er umfassend auswärtige Vertretungen sowie die ständige Vertretung seiner Ausbildungsnotare wahrgenommen. Hierbei hat der Beteiligte überzeugende Arbeitserfolge erzielt und sich insbesondere die unverzichtbaren Kenntnisse des notarspezifischen bayerischen Landesrechts angeeignet.

Der Antragsteller ist der Auffassung, der Antragsgegner habe bei seiner Auswahlentscheidung von § 6 Abs. 3 BNotO auszugehen. Dabei seien die von der Rechtsprechung zum Beamtenrecht entwickelten Grundsätzen zur Stellenbesetzung heranzuziehen.

II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist zulässig, aber unbegründet.

A.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 111 BNotO ist zulässig. (...)

B.

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Die vom Antragsteller begehrte Neuverbescheidung (§ 111 Abs. 1 Satz 3 BNotO) im Hinblick auf die ablehnende Entscheidung vom 2.6.2005 war nicht auszusprechen, da die angefochtene Auswahlentscheidung des Antragsgegners bezüglich der Notarstelle rechtmäßig ist.

1. Der Antragsgegner ist passivlegitimiert.

Gemäß § 111 BNotO Abs. 4 Satz 2 BNotO i. V. m. § 39 Abs. 1 Satz 1 BRAO ist der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen einen Bescheid oder eine Verfügung der Landesjustizverwaltung gegen die Landesjustizverwaltung selbst zu richten (vgl. auch *Eylmann/Vaasen/Custodis*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 111 BNotO Rdnr. 114).

Der Senat geht jedoch zugunsten des Antragstellers davon aus, dass mit seinem Antrag ebenfalls der Bescheid des Antragsgegners angegriffen werden sollte und deshalb der Antragsgegner selbst auch der unmittelbar Beklagte sein soll.

2. Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO richtet sich die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um das Amt des Notars nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf erzielten Leistungen.

Dabei ist gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 BNotO die Dauer des Anwärterdienstes angemessen zu berücksichtigen.

Die gesetzlich festgelegten Kriterien der persönlichen und fachlichen Eignung enthalten unbestimmte Rechtsbegriffe, welche in ihrem Regelungsbereich eine Ermessensentscheidung der Bestellungsbehörde grundsätzlich ausschließen. Dies bedeutet indes nicht, dass das Gericht seine eigene Beurteilung an die Stelle derjenigen der Behörde setzen kann. Die Rechtskontrolle hat vielmehr den Charakter der Auswahlentscheidung als Akt wertender Erkenntnis zu beachten (BGH, MittBayNot 2005, 335).

Gemäß der Regelung des § 7 Abs. 1 BNotO soll zur hauptberuflichen Amtsausübung als Notar in der Regel nur bestellt werden, wer einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um die Stelle bewirbt. Diese sogenannte „Landeskinderklausel“ wurde vom BVerfG in seinem Beschluss vom 28.4.2005, 1 BvR 2231/02 (MittBayNot 2005, 424) ausdrücklich als verfassungsgemäß am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG bewertet. Mit der „Landeskinderklausel“ wurde vom Gesetzgeber ein Regelvorrang zugunsten der Notarassessoren im Dienst des jeweiligen Bundeslandes geschaffen, um auf landesrechtliche Besonderheiten Rücksicht nehmen zu können. Darüber hinaus stellt sie sicher, dass es den Ländern möglich ist, ihrer Obliegenheit nachzukommen, für eine den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entsprechenden Zahl von Notaren Sorge zu tragen, indem eine dafür notwendige Bedarfsprognose vorgenommen wird und ein geeigneter Anwärterdienst mit einer hinreichenden Zahl qualifizierter Notarassessoren aufgebaut wird (BVerfG, a. a. O.).

Das BVerfG erkennt in seiner Entscheidung somit ausdrücklich an, dass dieses System in Frage gestellt wird, wenn nicht im Regelfall bei der Besetzung von Notarstellen Bewerber aus dem Anwärterdienst des jeweiligen Landes berücksichtigt werden. Aus Sicht der landesangehörigen Notarassessoren findet dieses Gemeinwohlziel Ausdruck in ihrer Anwartschaftsposition hinsichtlich des Notaramts und der Fürsorgepflicht der Landesjustizverwaltung, die das Vertrauen in den künftigen Erwerber einer Notarstelle nicht enttäuschen darf.

Ausgangspunkt der Auswahlentscheidung der Landesjustizverwaltung ist daher zunächst die grundlegende Bestimmung des § 6 Abs. 3 Satz 1 BNotO und sodann der Regelvorrang des § 7 Abs. 1 BNotO, der die „Landeskinder“ begünstigt.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung jedoch auch betont, dass eine schematische Berufung auf den Regelvorrang der

Landeskinder unzulässig ist und zwar jedenfalls dann, wenn das Interesse an einer geordneten Rechtspflege im konkreten Fall den Vorrang nicht erfordert. Als einen solchen Fall hat das Verfassungsgericht angesehen, wenn es zu einem Konkurrenzverhältnis zwischen Notaren und landesangehörigen Notarassessoren kommt, die den 3-jährigen Anwärterdienst noch nicht beendet haben. Allerdings ist auch in diesen Fällen ein genereller Vorrang den Notaren nicht einzuräumen. Weiterhin hat das Verfassungsgericht festgehalten, dass eine individuelle Auswahlentscheidung dann geboten ist, wenn der Antragsteller über eine besonders hohe Qualifikation und über eine 10-jährige Berufserfahrung als Notar verfügt. Bei einer solchen Konstellation spiele diese bei der Bestellung zum Notar eine besonders wichtige Rolle.

Nach diesen Grundsätzen des Verfassungsgerichts hat jedenfalls dann, wenn Gemeinwohlziele ein Festhalten an einem Regelvorrang nicht rechtfertigen, ein besonderer Eignungsvergleich stattzufinden, in dem besondere Eignungskriterien zu berücksichtigen sind.

3. Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen, die das BVerfG für das Erfordernis eines individuellen Eignungsvergleichs aufstellt, damit gegeben sind, hat der Antragsgegner, entgegen der Auffassung des Antragstellers, jedenfalls in der Antragsrüge einen solchen Eignungsvergleich vorgenommen.

Die in der Antragsrüge geschilderten Tatsachen sind zwischen den Parteien unstreitig und begehen auch sonst keinen tatsächlichen oder rechtlichen Bedenken. Eine weitere Aufklärung ist daher nicht geboten.

a. Bei der insoweit eingeschränkten Überprüfung der wertenden Entscheidung (vgl. BGH, a. a. O.) des Antragsgegners ist festzustellen, dass die Prüfungsergebnisse der Zweiten Juristischen Staatsprüfung beim Antragsteller und dem Beteiligten in etwa gleich sind.

Jedenfalls ist der Abstand auch unter Berücksichtigung des relativen Ergebnisses nicht so gravierend, dass dem einen oder dem anderen Bewerber ein signifikanter Vorrang zukäme.

b. Bei der Frage, inwieweit die 13-jährige Berufstätigkeit des Antragstellers zu berücksichtigen ist, hat der Antragsgegner dieser Berufserfahrung die mehr als 3-jährige Anwärterdienstzeit des weiteren Beteiligten gegenüber gestellt.

Dies ist aus Sicht des Senats zulässig, denn auch das BVerfG hat in seinem für dieses Verfahren bedeutenden Beschluss ausdrücklich anerkannt, dass landesrechtliche Besonderheiten angemessen berücksichtigt werden können. Dies gilt insbesondere für die besonderen Kenntnisse im landesspezifischen Notarrecht, die in der Entscheidung ausdrücklich als solche angesprochen sind. Wenngleich nach den Vorgaben des BVerfG auch die langjährige Berufserfahrung als Notar bei der Stellenbesetzung eine wichtige Rolle spielt, so darf nicht übersehen werden, dass nach den festgestellten Tatsachen der Antragsteller einen Anwärterdienst in Bayern zu keiner Zeit ausgeübt hat. Es liegt dabei auf der Hand, dass er die dabei gewonnenen Erkenntnisse des weiteren Beteiligten nicht über die von ihm vorgenommenen Praktika und Ergänzungskurse erlangen kann, denn deren Intensität kann mit der Tätigkeit im Anwärterdienst nicht konkurrieren.

Damit steht der langjährigen Berufserfahrung des Antragstellers eine Ausbildung des weiteren Beteiligten gegenüber, die auf notarspezifische landesrechtliche Kenntnisse besondere Rücksicht nimmt, die der Beteiligte sich auch angeeignet hat und die dazu führen, dass zwischen dem Antragsteller und

dem weiteren Beteiligten jedenfalls ein Gleichrang besteht. Keinesfalls kann daher davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller nur wegen seiner langjährigen Berufstätigkeit in seiner Eignung dem Beteiligten vorzuziehen wäre.

Entgegen der Auffassung des Antragstellers kann auch nicht unterstellt werden, dass die landesspezifischen Kenntnisse von untergeordneter Bedeutung sind, denn das BVerfG hat sie als maßgebliches Kriterium in seiner Entscheidung anerkannt.

c. Soweit der Antragsteller rügt, der Antragsgegner habe entgegen seiner sonstigen Verwaltungspraxis beim Eignungsvergleich sein – dem Senat aus dem Verfahren OLG München, VA – Not. 2/04 (vgl. BGH, MittBayNot 2005, 335) bekanntes – „50-Punkte-System“ nicht berücksichtigt, hat der Antragsgegner zu Recht eingewandt, dass dieses nur in den Fällen von Bedeutung ist, in denen eine Konkurrenzsituation zwischen ausschließlich außerbayerischen Bewerbern vorliegt. Dieses System ist daher hier nicht einschlägig.

d. Die Tätigkeit des Antragstellers als Beisitzer beim Notarsenat des OLG D und seine Berufstätigkeit als Rechtsanwalt spielen aus Sicht des Senats keine entscheidungserhebliche Rolle, da sie für die Ausübung des Notarberufs im Hauptberuf keine besondere Relevanz entfalten.

Der vom Antragsgegner vorgenommene Eignungsvergleich führt daher zu einem leichten Vorrang des weiteren Beteiligten. Aus Sicht des Senats kann mit guten Gründen aber auch von einer Gleichrangigkeit von Antragsteller und weiterem Beteiligten ausgegangen werden.

4. Selbst wenn man somit von einer Gleichrangigkeit zwischen Antragsteller und weiterem Beteiligten ausgeht, erscheint es dem Senat im Rahmen der wertenden Entscheidung des Antragsgegners jedoch als zulässig, wenn die Landesjustizverwaltung unter Berufung auf § 7 Abs. 1 BNotO dem landesangehörigen Notarassessor bei ihrer Auswahlentscheidung den Vorzug gibt.

a. Hierbei ist zunächst ausschlaggebend, dass das BVerfG der vom Antragsgegner postulierten Personalbedarfsplanung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung des § 7 Abs. 1 BNotO angemessenen Raum gegeben hat. Das Verfassungsgericht hat anerkannt, dass der Landesjustizverwaltung gegenüber den Notarassessoren im Anwärterdienst eine Fürsorgepflicht obliegt und dass die Notarassessoren sich in einer Anwartschaftsposition befinden. Dies rechtfertigt es jedenfalls dann, wenn zwischen dem Antragsteller und dem weiteren Beteiligten ein Gleichrang besteht, dem weiteren Beteiligten den Vorrang vor dem Antragsteller einzuräumen.

Wie der Antragsgegner zu Recht ausführt, wäre einer geordneten Personalbedarfsplanung jegliche Grundlage entzogen, wenn bei der Prüfung, inwieweit ein auswärtiger Notar einem heimischen Notarassessor vorzuziehen ist, der Gesichtspunkt der Personalbedarfsplanung keine Berücksichtigung finden würde.

b. Hinzu kommt, worauf der Antragsgegner ebenfalls zu Recht hinweist, dass in den Fällen, in denen ein Antragsteller in seinem Examenstermin nicht in den Anwärterdienst übernommen worden wäre, es nicht ohne Vorliegen besonderer Gründe – wie z. B. Gemeinwohlgründe oder eine geordnete Rechtspflege – gerechtfertigt ist, den „heimischen“ Notarassessor im Rahmen des Vorrücksystems zu verdrängen.

Es liegt auf der Hand, dass die Durchbrechung dieses Systems, welches bislang von der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht in Frage gestellt wurde, keinen Bestand haben könnte.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass – ausgehend von den Regelungen der §§ 6 Abs. 3 und 7 Abs. 1 BNotO – jedenfalls dann, wenn zwischen dem Antragsteller und dem weiteren Beteiligten ein Gleichrang besteht, die Landesjustizverwaltung nicht gehalten ist, dem Notar gegenüber dem heimischen Notarassessor den Vorzug zu geben, da die Berücksichtigung der Personalbedarfsplanung und des Jahrgangsprinzips in der obergerichtlichen Rechtsprechung keinen Beanstandungen begegnet. (...)

Da der Antrag somit unbegründet ist, ist er zurückzuweisen. (...)

Kostenrecht

19. KostO § 27 Abs. 3, § 36 Abs. 2, § 44, § 47; AktG § 30 (*Gesonderte Gebühr für Bestellung des ersten Aufsichtsrats*)

Beurkundet der Notar anlässlich der Gründung einer Aktiengesellschaft in derselben Urkunde zugleich den Beschluss der Gründer über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats, so erwächst ihm außer der Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung der Feststellung der Satzung zusätzlich eine gesonderte Gebühr gemäß § 47 KostO.

OLG München, Beschluss vom 8.11.2005, 32 Wx 113/05; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Der Notar beurkundete die Errichtung der Kostenschuldnerin zu 2 – einer Aktiengesellschaft – durch den Kostenschuldner zu 1. In der gleichen Urkunde wurde unter Ziff. IV der erste Aufsichtsrat bestellt. Gemäß Kostenrechnung vom gleichen Tage berechnete er hierfür sowie für die Anmeldung zum Handelsregister 245,41 €. Die Berechnung der Beurkundung des Beschlusses über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates unterblieb, da der Notar der Auffassung war, dass die Bestellung des ersten Aufsichtsrates ein Teil der Gründung sei.

Auf die nach Beanstandung durch die Notarkasse auf Weisung des Landgerichtspräsidenten eingelegte Beschwerde änderte das Landgericht die Kostenrechnung unter Aufrechterhaltung im Übrigen dahingehend ab, dass zusätzlich eine ^{20/10}-Gebühr gemäß § 47 KostO für die Beurkundung der Bestellung des ersten Aufsichtsrates in Höhe von 168 € erhoben werde und sich der Gesamtbetrag der Rechnung auf 440,29 € erhöhe. Ferner ließ es die weitere Beschwerde zu.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des Kostenschuldners zu 1. Die zulässige weitere Beschwerde erwies sich als unbegründet.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat seine Entscheidungen folgendermaßen begründet:

Die Bestellung des ersten Aufsichtsrates erfolge nach dem Gesetz durch Beschluss der Gründer, wobei die Gründerversammlung als Organ der Aktiengesellschaft tätig werde. Sehe das Gesetz die Willensbildung durch ein Beschlussorgan vor, liege selbst dann ein Beschluss und keine Erklärung vor, wenn das Organ aus einer Einzelperson bestehe. Die Gebühr erhöhe sich daher um 168 € zuzüglich Umsatzsteuer.

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

a) Zu Recht hat das Landgericht in der Bestellung des ersten Aufsichtsrates einen gesonderten Beschluss, die den Anfall einer gesonderten Gebühr nach § 47 KostO begründe, und nicht zusammen mit der Feststellung der Satzung nach § 23

AktG eine einheitliche Erklärung bildet gesehen. Im Unterschied zur GmbH, bei der nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Geschäftsführer entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafterversammlung berufen werden, geschieht die Bestellung des ersten Aufsichtsrats bei Gründung der Aktiengesellschaft allein durch Beschluss der Gründer (vgl. etwa MünchKommAktG/Pentz, AktG, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 10; GroßkommAktG/Röhrich, 3. Aufl., § 30 Rdnr. 3–5; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, § 30 II 1). Wird in einem Gesellschaftsvertrag ein Beschluss der Gründerversammlung (hier: Wahl des ersten Aufsichtsrats) mitbeurkundet, entsteht daher nach ganz überwiegender Ansicht für die Beschlussfassung eine gesonderte Gebühr gemäß § 47 KostO (vgl. Göttlich/Mümmeler, KostO, 14. Aufl., Stichwort: „Aktiengesellschaft“ Anm. 1.4 und „Beschlüsse von Gesellschaftsorganen“ Anm. 3; Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl. Stand August 2005, § 41 c Rdnr. 44; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rdnr. 709; Heckschen in Beck'sches Notarhandbuch, 2. Aufl., D III Rdnr. 16; OLG Zweibrücken, RNotZ 2002, 463 = ZNotP 2002, 410).

Die Gegenmeinung (Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 5. Aufl., Rdnr. 284; Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 148 Rdnr. 6) übersieht, dass § 23 AktG nichts über die Bestellung des ersten Aufsichtsrates enthält; der Gesetzgeber hat also selbst die Errichtung der Aktiengesellschaft von der Bestellung des ersten Aufsichtsrates getrennt. Während für die Feststellung der Satzung Einstimmigkeit erforderlich ist, erfolgt die Bestellung der ersten Aufsichtsratsmitglieder durch Wahl (GroßkommAktG/Röhrich, § 30 Rdnr. 5), wobei die Gründer mit Errichtung der Aktiengesellschaft erstes Organ der Gesellschaft zum Zwecke dieser Wahl werden. Die Anfechtung der Aufsichtsratsbestellung erfolgt entsprechend §§ 241 AktG ff. (MünchKommAktG/Pentz, AktG, § 30 Rdnr. 11). Schon aus diesem Grunde kann die Bestellung des ersten Aufsichtsrates nicht Teil der die Satzung feststellenden Erklärung sein.

b) Völlig zu Recht nimmt auch das Landgericht an, dass, wenn das Gesetz eine Beschlussfassung anordnet, es keinen Unterschied macht, ob das beschlussfassende Organ aus einer Person oder aus mehreren Personen besteht (Korintenberg/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 13).

c) Bei einem Zusammentreffen von Beschlüssen mit rechtsgeschäftlichen Erklärungen (wie hier die Gründung der Aktiengesellschaft) ist § 44 KostO nicht anwendbar; dann liegen nämlich nicht mehrere Beschlüsse in derselben Verhandlung vor, die Verweisung gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 KostO a. F. bzw. § 41 c Abs. 1 Satz 1 KostO n. F. ist also nicht einschlägig (vgl. Korintenberg/Reimann, KostO, § 41 c Rdnr. 10 und § 44 Rdnr. 6; Göttlich/Mümmeler, KostO, Stichwort „Beschlüsse von Gesellschaftsorganen“ Anm. 3 m. w. N.; OLG Zweibrücken, a. a. O.; OLG Stuttgart, JurBüro 1990, 1633 ff.; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1988, 141; KG, JurBüro 1983, 1551 ff.).

20. KostO §§ 36, 47; GmbHG § 6 Abs. 3, § 46 Nr. 5 (Beschluss über Geschäftsführerbestellung bei Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags)

Bei der Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages kann der Notar für die gleichzeitige Beurkundung der Geschäftsführerbestellung eine Gebühr nach § 47 KostO in

Ansatz bringen, wenn die Bestellung des Geschäftsführers nicht Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist, sondern durch besonderen Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgt. Für die Qualifizierung als Beschluss ist es unerheblich, ob der Beschluss als solcher förmlich bezeichnet ist. Ebenso entsteht die Gebühr nach § 47 KostO unabhängig davon, ob der Gesamtwille einwandfrei oder fehlerhaft zustande kam und die Beschlüsse daher etwa anfechtbar oder nichtig sind.

KG, Beschluss vom 26.1.2006, 9 W 12/05

Der Notar beurkundete die Gründung einer GmbH. In der Urkunde heißt es u. a.:

„Wir errichten hiermit unter der Firma E. GmbH, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, für die der dieser Verhandlung als Anlage beigefügte Gesellschaftsvertrag gilt, den wir hiermit feststellen. (...)“

Zu Geschäftsführern werden der Kaufmann M. und der Dipl.-Kaufmann J. bestellt. (...)“

In dem als Anlage beigefügten Gesellschaftsvertrag heißt es unter § 5:

„§ 5 Geschäftsführung, Vertretung, zustimmungspflichtige Geschäfte

1. Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft von zwei Geschäftsführern gemeinschaftlich oder von einem Geschäftsführer gemeinschaftlich mit einem Prokuristen vertreten.

Jeder Geschäftsführer [richtig wohl: Gesellschafter], der mit mindestens 50 % der Geschäftsanteile beteiligt ist, ist berechtigt, je einen Geschäftsführer direkt zu bestellen und abzuberufen, ohne dass es eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf.

2. Die Gesellschaft kann, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind, allen oder einzelnen Geschäftsführern die Befugnis zur Einzelvertretung erteilen.

3. Die Geschäftsführer können von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden.“

Der Notar sah die Geschäftsführerbestellung als Beschluss der Gesellschafter an und berechnete in seiner Kostenberechnung neben der ^{20/10}-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages auch eine ^{20/10}-Gebühr gemäß § 47 KostO nebst Umsatzsteuer für die Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses. Der Präsident des Landgerichts beanstandete die gemäß § 47 KostO erhobene Gebühr mit der Begründung, die Bestellung der Geschäftsführer sei durch rechtsgeschäftliche Erklärung erfolgt. Er wies den Notar an, insoweit eine Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.

Das Landgericht hat die Kostenberechnung um die beanstandete Gebühr nebst anteiliger Mehrwertsteuer herabgesetzt, weil die Gesellschafterbestellung nicht durch Beschluss der Gesellschafterversammlung, sondern durch rechtsgeschäftliche Erklärungen der Gesellschafter erfolgt sei. Dagegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde des Notars.

Aus den Gründen:

II.

Die nach § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde ist auch begründet.

Der Notar hat zu Recht eine Gebühr gemäß § 47 KostO für die Beurkundung eines Beschlusses über die Geschäftsführerbestellung neben der Gebühr nach § 36 KostO für die Feststellung des Gesellschaftsvertrages in Ansatz gebracht.

Ob für die gleichzeitige Beurkundung der Bestellung von Geschäftsführern die $20/10$ -Gebühr nach § 47 KostO anfällt, hängt davon ab, ob diese Bestandteil des Gesellschaftsvertrages ist oder durch besonderen Beschluss der Gesellschafterversammlung erfolgte. Hier ist Letzteres der Fall.

Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GmbHG erfolgt die Bestellung der Geschäftsführer entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch einen nach §§ 46 Nr. 5, 47 ff. GmbHG zu fassenden Gesellschafterbeschluss. Die Wahl zwischen den beiden Möglichkeiten obliegt den Gesellschaftern. Hier haben diese von einer Bestellung in dem der Gründungsurkunde als Anlage beigefügten Gesellschaftsvertrag abgesehen. Das spricht für eine Geschäftsführerbestellung durch Beschluss in der Gründungsurkunde. Denn außerhalb des Gesellschaftsvertrages war eine Bestellung nicht durch Willenserklärung, sondern nur durch Beschluss möglich (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 14; *Heinrich* in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band III, 2003, § 6 Rdnr. 21).

Die unter Ziffer III. der notariellen Urkunde getroffene Bestimmung über die Alleinvertretungsbefugnis, die nach § 5 Ziffer 2 des Gesellschaftsvertrages durch die „Gesellschaft“, d. h. durch die Gesellschafterversammlung, vorgenommen werden sollte, spricht ebenfalls für eine Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss (vgl. dazu auch KG, JurBüro 1983, 1551, 1552). Dieser Wille der Gesellschafter ist zu beachten und kann nicht in eine Geschäftsführerbestellung durch Gesellschaftsvertrag umgedeutet werden (vgl. Bay-ObLG, DB 1989, 2529, 2530 m. w. N.).

Die Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss dürfte im Übrigen auch dem Regelfall entsprechen (vgl. OLG Oldenburg, JurBüro 1989, 825, 826; *Heinrich* in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band III, 2003, § 6 Rdnr. 21; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 14. Aufl., „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ Anm. 2.1.; *Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., § 6 Rdnr. 19; *Mümmeler*, JurBüro 1988, 290, 294).

An dieser Beurteilung ändert es weder etwas, dass die Beschlussfassung über die Geschäftsführerbestellung mit der Feststellung des Gesellschaftsvertrages in der Urkunde verbunden ist (vgl. KG, JurBüro 1983, 1551, 1552; OLG Stuttgart, JurBüro 1990, 1633 ff. m. Anm. *Mümmeler*), noch dass die Bestellung der Geschäftsführer in der notariellen Urkunde nicht ausdrücklich als „Beschluss“ gekennzeichnet ist (auch wenn dies zur Klarstellung wünschenswert gewesen wäre).

Für die Qualifizierung als Beschluss ist es unerheblich, ob der Beschluss als solcher förmlich bezeichnet ist. Das Vorliegen eines Beschlusses hängt nicht von der Überschrift ab, sondern davon, dass sich ein Gremium in dieser Form entscheidet (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 27 Rdnr. 108 sowie 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 14). Ebenso entsteht die Gebühr nach § 47 KostO unabhängig davon, ob der Gesamtwille einwandfrei oder fehlerhaft zustande kam und die Beschlüsse daher etwa anfechtbar oder nichtig sind (vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 47 Rdnr. 7 f.).

Soweit es eingangs der Urkunde heißt, dass die Erschienenen Folgendes „erklärten“, rechtfertigt das ebenfalls nicht zwingend den Beschluss auf einen rechtsgeschäftlichen Willen zur Bestellung der Geschäftsführer. Denn auch Beschlüsse beruhen auf gleichlautenden Willenserklärungen.

Der Notar hat deshalb die $20/10$ -Gebühr nach § 47 KostO zu Recht in Ansatz gebracht.

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, vgl. Streifzug, 6. Aufl., Rdnr. 894 ff.

21. KostO § 30 Abs. 2, 3, § 41 Abs. 2, § 44 Abs. 1 (*Geschäftswert bei Vorsorgevollmacht ohne Abschlag*)

1. Bei Beurkundung einer Vorsorgevollmacht als Generalvollmacht ist der Geschäftswert nach der Höhe des Aktivvermögens ohne Abzug der darauf lastenden Verbindlichkeiten zu berechnen.

2. Eine Herabsetzung des Geschäftswertes wegen der Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall kommt nicht in Betracht, wenn die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt ist und den Bevollmächtigten Ausfertigungen der Vollmacht erteilt werden.

3. Der Geschäftswert für die Beurkundung einer Betreuungsverfügung ist nach § 30 Abs 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KostO zu berechnen.

4. Werden Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung in einer Verhandlung beurkundet, so ist nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 KostO zu verfahren.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 13.7.2005, 3 W 31/05

Der Notar beurkundete eine die vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten der 83-jährigen Kostenschuldnerin umfassende Vorsorgevollmacht nebst Betreuungsverfügung. In den Vorbemerkungen heißt es u. a.:

„Die hier erteilte Vollmacht soll insbesondere dann gelten, wenn ich aufgrund einer körperlichen oder psychischen Krankheit oder Behinderung oder aufgrund meines Alters nicht mehr in der Lage bin, für mich selbst zu sorgen. Die Bevollmächtigten sollen diese Situation gemeinsam mit dem Arzt meines Vertrauens feststellen.“

Diese Bestimmung ist jedoch keine Beschränkung der Vollmacht gegenüber Dritten, sondern lediglich eine Anweisung an die Bevollmächtigten, die nur im Innenverhältnis gilt. Im Außenverhältnis ist die Vollmacht unbeschränkt.“

Unter Ziffer III heißt es weiter:

„Betreuungsverfügung: Sollte trotz oder neben der hier erteilten Vollmacht Betreuung angeordnet werden, so wünsche ich, dass die Bevollmächtigten auch zu Betreuern bestellt werden. Diese Verfügung gilt für sämtliche Bereiche für die die Vollmacht erteilt wird und für die möglicher Weise eine Betreuung bestellt wird.“

Den Bevollmächtigten wurde je eine Ausfertigung der Urkunde erteilt. Der Notar stellte der Kostenschuldnerin durch Kostenberechnung nach einem Geschäftswert von 200.000 € eine $10/10$ -Gebühr gemäß §§ 32, 36 Abs. 1 KostO in Höhe von 357 € netto in Rechnung.

Der Präsident des Landgerichts beanstandete diese Kostenberechnung und wies den Notar an, gemäß § 156 Abs. 6 KostO die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Das Landgericht hat durch Beschluss die Kostenberechnung aufgehoben und den Notar angewiesen, die Kosten entsprechend der Rechtsauffassung der Kammer neu festzusetzen. Nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 KostO seien die Gebühren getrennt zu berechnen, wenn dies für den Kostenschuldner günstiger ist. Dies sei hier der Fall. Während die – vom Notar gewählte – einheitliche Berechnung nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz zu einer Kostenschuld von 357 € netto führe, ergebe sich bei getrennter Berechnung nach unterschiedlichen Gebührensätzen eine Kostenschuld von nur 204,50 € netto. Diese setze sich aus einer $5/10$ -Gebühr gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO für die Beurkundung der Vorsorgevollmacht nach einem Wert von 200.000 € in Höhe von 178,50 € und einer $10/10$ -Gebühr gemäß § 36

Abs. 1 KostO für die Beurkundung einer Betreuungsverfügung nach einem Wert von 3.000 € in Höhe von 26 € zusammen.

Aus den Gründen:

Die vom Notar hiergegen eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung haben aufgrund ihres inneren Zusammenhangs denselben Gegenstand i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO. Sie unterliegen allerdings verschiedenen Gebührensätzen.

Für die Beurkundung der Vorsorgevollmacht wird gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO die Hälfte der vollen Gebühr erhoben. Da es sich um eine allgemeine Vollmacht handelt, ist der Geschäftswert gemäß § 41 Abs. 2 KostO unter Berücksichtigung des sachlichen und zeitlichen Umfangs der erteilten Ermächtigung und des Vermögens der Vollmachtgeberin nach freiem Ermessen zu bestimmen. Die erteilte Vollmacht umfasst hier sämtliche vermögensrechtlichen und nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Vollmachtgeberin. Der Geschäftswert bestimmt sich daher nach dem der Höhe nach mit 200.000 € unstreitigen Aktivvermögen ohne Abzug (§ 18 Abs. 3 KostO) der darauf u. U. lastenden Verbindlichkeiten (*Bund*, JurBüro 2004, 173, 176; *Keilbach*, DNotZ 2004, 752 Fn. 7; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 41 Rdnr. 11; *Perau*, MittRhNotK 1996, 300; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 41 Rdnr. 11). Eine Herabsetzung des Geschäftswertes wegen der Beschränkung der Vollmacht im Innenverhältnis kommt im zu entscheidenden Fall angesichts dessen, dass die Vollmacht im Außenverhältnis unbeschränkt ist und den Bevollmächtigten Ausfertigungen der Vollmacht erteilt wurden, nicht in Betracht (*Bund*, a. a. O.; *Keilbach*, a. a. O.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 41 Rdnr. 11 a; a. A. *Rohs/Wedewer*, § 41 KostO Rdnr. 11).

Bei der Betreuungsverfügung handelt es sich um eine einseitige Erklärung i. S. v. § 36 Abs. 1 KostO, so dass eine volle Gebühr erhoben wird. Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 3 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 KostO mit 3.000 € anzunehmen (*Bund*, JurBüro 2004, 173, 177; *Keilbach*, DNotZ 2004, 164 Fn. 7; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 41 KostO Rdnr. 11 c; *Perau*, MittRhNotK 1996, 292; *Rohs/Wedewer*, § 41 KostO Rdnr. 11). Entgegen der Auffassung des Notars liegt keine vermögensrechtliche Angelegenheit vor. Die Betreuungsverfügung enthält lediglich den an das Vormundschaftsgericht gerichteten Wunsch der Kostenschuldnerin, dass für den Fall, dass eine Betreuung notwendig werden sollte, bestimmte Personen zu Betreuern ernannt werden mögen. Irgendwelche direkten vermögensrechtlichen Auswirkungen sind hiermit nicht verbunden. Auch für die Zukunft ist zum einen völlig offen, ob es überhaupt jemals zu einer Betreuung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten kommen wird. Zum anderen beruhen auch in diesem Fall die vermögensrechtlichen Verfügungsbefugnisse der Betreuer allein auf der Ernennung durch das Vormundschaftsgericht.

Da die Vorsorgevollmacht und die Betreuungsverfügung verschiedenen Gebührensätzen unterliegen, sind die Gebühren nach § 44 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 KostO gesondert zu berechnen, wenn dies für die Kostenschuldnerin günstiger ist. Das ist hier, wie das Landgericht zutreffend dargelegt hat, der Fall.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Aufsatz von *Tiedtke*, MittBayNot 2006, 397 (in diesem Heft).

22. KostO § 92 Abs. 1 (*Gerichtsgebühr in Vormundschaftsachen bei beschränkter Personensorge*)

Nach § 92 Abs. 1 KostO ist für die Berechnung der Gebühr das gesamte Vermögen nur dann maßgebend, wenn es von der Fürsorgemaßnahme auch insgesamt erfasst wird. Bei einer beschränkten Personensorge kommt nur ein deutlich geringerer Wert in Betracht.

OLG Oldenburg, Beschluss vom 15.9.2005, 5 W 130/05; eingeklagt von Notar Dr. *Adam von Kottwitz*, Hamburg

Aus den Gründen:

I.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Oldenburg wurde die Beteiligte zu 2) zur Betreuerin ihres Vaters, des Beteiligten zu 1), für die Aufgabenkreise Sorge für die Gesundheit einschließlich der Einwilligung in Heilmaßnahmen und freiheitsentziehende Maßnahmen, Aufenthaltsbestimmung sowie Rechts-, Antrags- und Behördenangelegenheiten bestimmt. Einer weitergehenden Betreuung bedurfte es wegen einer notariell beurkundeten Generalvollmacht des Betroffenen zugunsten seiner Kinder nicht. Das Amtsgericht (AG) erstellte für die Betreuung in den Jahren 2004/2005 gemäß §§ 32, 92 Abs. 1 KostO eine Kostenrechnung (ohne Auslagen) über 23.850 €, wobei es entsprechend der Auskünfte der Beteiligten zu 2) zum Vermögen des Betroffenen einen Gegenstandswert in Höhe von 23.850.000 € zugrunde legte. Die Erinnerung der Beteiligten zu 2) gegen die vorgenannte Kostenrechnung wies das AG zurück. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht Oldenburg zurück. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (...). Das Rechtsmittel des Kostenschuldners hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist in der vorliegenden Betreuungsangelegenheit die nach § 92 Abs. 1 KostO zu erhebende Gebühr nicht nach einem Geschäftswert in Ansatz zu bringen, der einem Promillesatz des reinen Vermögens des Betroffenen entspricht. Zwar gilt – worauf das Landgericht zu Recht hingewiesen hat – § 92 Abs. 1 KostO seinem Wortlaut nach für jede Dauerbetreuung. Danach wäre das gesamte Vermögen auch dann maßgebend, wenn die Betreuung nur die Person betrifft oder sich nur auf einen Teil der Personensorge erstreckt. Eine weitere Differenzierung nach dem Umfang der Wirkungskreise wird deshalb von einem Teil der Rechtsprechung und Literatur nicht für erforderlich gehalten, wenn sich die Dauerbetreuung auf bestimmte, in vollem Umfang zu erfüllende Aufgabenkreise bezieht (so OLG Köln, NJW-RR 2000, 735; BayObLG, Rpfleger 1997, 86; *Rohs/Wedewer/Waldner*, KostO, 86. Erg.-Lieferung, § 92 Rdnr. 20; *Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 92 Rdnr. 9). Der Senat folgt dieser Auffassung nicht.

Das gesamte Vermögen könnte nach Auffassung des Senats allenfalls dann den maßgeblichen Wert bilden, wenn es von der Fürsorgemaßnahme insgesamt erfasst würde. Demgegenüber kommt im vorliegenden Fall wegen des verfassungsrechtlichen Differenzierungsgebots bei beschränkter Personensorge nur ein deutlich geringerer Wert in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.10.1996, 10 W 93/96, n. v.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 92 Rdnr. 59). Die von § 92 KostO erfassten Dauermaßnahmen sind – insbesondere im Bereich der Betreuung – von sehr unterschiedlichem (wirtschaftlichen) Gewicht. Die gerichtliche Tätigkeit, die mit der Gebühr entgolten wird, ist bei

einer Vermögenssorge viel umfangreicher und haftungsträchtiger als in anderen Aufgabenkreisen (*Lappe*, Kostenrechtsprechung, § 92 Nr. 6 abl. Anm. zu OLG Köln). Es widerspricht dem Grundprinzip der Kostenordnung, nämlich der Maßgeblichkeit des „Gegenstands des Geschäfts“ (§ 18 Abs. 1 KostO), im vorliegenden Fall nicht entsprechend den vom Betreuer (nur) wahrgenommenen Aufgabenkreisen stärker zu differenzieren als es die wortgetreue Anwendung des § 92 KostO zu gebieten scheint. Der Senat folgt insbesondere der Auffassung des Beschwerdeführers, dass die vom Amtsgericht Oldenburg vorgenommene Abrechnung unverhältnismäßig ist, weil sie eine außergewöhnlich hohe Gebühr für einen vergleichsweise geringen Verwaltungsaufwand verlangt. Zwar ist es verfassungsrechtlich sicherlich nicht zu beanstanden, wenn unterschiedliche Vermögen grundsätzlich eine unterschiedliche Festsetzung des Gegenstandswertes nach sich ziehen, weil bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung mit steigendem Vermögen ein wachsender (Kontroll-)Aufwand des Vormundschaftsgerichts zu erwarten ist. Im vorliegenden Fall sagt aber die außergewöhnliche Höhe des Vermögens nichts über den Umfang und die Schwierigkeiten der vormundschaftsgerichtlichen Tätigkeit im Hinblick auf die vorliegenden Aufgabenkreise aus, so dass es unangemessen erscheint, den Gegenstandswert entsprechend einem Promillesatz des Vermögenswertes festzusetzen.

Im vorliegenden Fall betrifft die Betreuungsangelegenheit nach dem Beschluss des AG nur Bereiche ohne einen (direkten) vermögensrechtlichen Bezug. Es liegt deshalb näher, den zugrunde zu legenden Geschäftswert gemäß den §§ 18 ff. KostO zu bestimmen. Danach ist die für nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten maßgebliche Vorschrift des § 30 Abs. 3 i. V. m. Abs. 2 KostO anzuwenden. Dementsprechend geht der Senat vorliegend von einem Gegenstandswert in Höhe von 500.000 € aus, woraus sich eine Gebühr in Höhe von 807 € errechnet. Unter Berücksichtigung der in der Kostenrechnung aufgeführten Auslagen ergibt sich ein vom Betroffenen geschuldeter Kostenbetrag in Höhe von 863,61 €.

23. ZPO § 547 Nr. 1; KostO §§ 30 Abs. 1, 147 Abs. 2 (*Ausschluss der Kammervorsitzenden wegen nebenamtlicher Notarprüfungstätigkeit*)

Die Kammervorsitzende war für die Dauer ihrer nebenamtlichen Notarprüfungstätigkeit gehindert, an Verfahren nach § 156 KostO als Richterin mitzuwirken. Es ist mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der Gewährleistung des sachlich unabhängigen Richters (Art. 97 Abs. 2 GG) nicht zu vereinbaren, wenn ein Richter in dieser Eigenschaft an Verfahren mitwirkt, die gerade das Sachgebiet betreffen, in welchem er weisungsabhängig Aufgaben der Justizverwaltung wahrnimmt.

OLG Hamm, Beschluss vom 2.6.2005, 15 W 331/04; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Aus den Gründen:

I.

Der Beteiligte zu 4) hat einen Grundstückskaufvertrag der weiteren Beteiligten beurkundet, mit dessen Vollzug im Grundbuch er beauftragt wurde. In diesem Rahmen wurde er angewiesen, die Auflassung dem Grundbuchamt erst dann zum Vollzug vorzulegen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen sei und die erforderlichen Löschungsbewilligungen auflagenfrei zur Verfügung ständen.

Für die Beachtung der sog. Vorlagensperre hat der Beteiligte zu 4) eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nach einem Geschäftswert von 121.250 €, was 50 % des Kaufpreises entspricht, in Ansatz gebracht. Im Rahmen der ordentlichen Geschäftsprüfung ist der Geschäftswert seitens der Justizverwaltung als überhöht beanstandet worden. Da der Beteiligte zu 4) diese Beanstandung nicht akzeptiert hat, ist er seitens des Präsidenten des Landgerichts angewiesen worden, die Entscheidung der zuständigen Zivilkammer herbeizuführen. Über die weisungsgemäß eingelegte Beschwerde hat die Kammer unter Mitwirkung ihrer planmäßigen Vorsitzenden entschieden, die nebenamtlich mit der Wahrnehmung der Geschäfte der Notaraufsicht nach § 93 BNotO beauftragt war und ist. Durch den angefochtenen Beschluss hat die Kammer die Kostennote des Notars dahingehend abgeändert, dass für die Beachtung der Vorlagensperre lediglich eine Gebühr nach einem Geschäftswert von 72.750 € in Ansatz zu bringen ist, was 30 % des Kaufpreises entspricht. Hiergegen richtet sich die durch die Kammer zugelassene weitere Beschwerde des Beteiligten zu 4).

II.

In der Sache ist das zulässige Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). Die Kammer war bei der Entscheidung infolge der Mitwirkung ihrer planmäßigen Vorsitzenden nicht ordnungsgemäß besetzt (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO i. V. m. § 547 Nr. 1 ZPO). Dieser Verfahrensmangel ist auch ohne eine entsprechende Rüge der weiteren Beschwerde von Amts wegen zu berücksichtigen (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 15).

Die Kammervorsitzende war für die Dauer ihrer nebenamtlichen Notarprüfungstätigkeit gehindert, an Verfahren nach § 156 KostO als Richterin mitzuwirken. Es ist mit den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der Gewährleistung des sachlich unabhängigen Richters (Art. 97 Abs. 2 GG) nicht zu vereinbaren, wenn ein Richter in dieser Eigenschaft an Verfahren mitwirkt, die gerade das Sachgebiet betreffen, in welchem er weisungsabhängig Aufgaben der Justizverwaltung wahrnimmt. Dies ist hinsichtlich derjenigen richterlichen Amtsträger, denen die Aufgaben der Justizverwaltung unmittelbar zufallen, also hinsichtlich der Landgerichtspräsidenten und ihrer ständigen Vertreter weitestgehend anerkannt (vgl. u. a. Senat, MittBayNot 1998, 202, 203; BayObLG, NJW-RR 1988, 254; OLG Stuttgart, DNotZ 1972, 185 f.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 156 Rdnr. 67; *Keidel/Zimmermann*, a. a. O., § 6 FGG Rdnr. 38). Entsprechendes muss jedoch auch gelten, wenn der Richter lediglich nebenamtlich Aufgaben der Justizverwaltung auf eben dem Sachgebiet wahrnimmt, das auch in seine richterliche Zuständigkeit fällt (OLG Stuttgart, a. a. O.; OLG Frankfurt/M., OLGR 1993, 239).

Die Ausschließung der Kammervorsitzenden wurde auch durch den Kammerbeschluss vom 7.10.2003 nicht aufgehoben. Insoweit kann es dahinstehen, ob eine analoge Anwendung des § 48 ZPO bei einem verfassungsrechtlich begründeten Ausschluss von der Wahrnehmung des Richteramts überhaupt in Betracht kommt. Die Kammer hat den von der Vorsitzenden angezeigten Sachverhalt nämlich allein unter dem Gesichtspunkt einer individuellen Befangenheit gesehen und entschieden. Hierauf kommt es in dem aufgezeigten Zusammenhang jedoch nicht an.

Da es sich bei der nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts um einen sogenannten absoluten Beschwerdegrund handelt (§ 547 Nr. 1 ZPO), kommt es nicht darauf an, ob die Entscheidung auf dem Verfahrensfehler beruht. Zudem ist die

Zurückverweisung der Sache beim Vorliegen eines absoluten Beschwerdegrundes der Regelfall, von dem abzuweichen sich der Senat schon deshalb nicht in der Lage sieht, da sich die Rügen der weiteren Beschwerde nicht auf Rechtsfragen beschränken.

Für das weitere Verfahren weist der Senat ohne Präjudiz auf Folgendes hin:

Das Landgericht ist bei seiner Entscheidung zutreffend davon ausgegangen, dass sich der Geschäftswert für die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO hier mangels einer speziellen Vorschrift nach §§ 141, 30 Abs. 1 KostO bemisst (ebenso OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246 ff.; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226, 227; OLG Bremen, OLGR 2003, 401 f.; *Bund*, DNotZ 1997, 27, 30 f.; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 280 f.).

Das Landgericht hat weiter nicht verkannt, dass die gemäß § 30 Abs. 1 KostO eröffnete Wertschätzung nach pflichtgemäßem Ermessen dem Notar obliegt und dies der gerichtlichen Nachprüfung Grenzen zieht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, kann das Gericht die Schätzung des Notars nur auf Ermessensfehler überprüfen und seine eigene Schätzung des Geschäftswerts nur dann an die Stelle derjenigen des Notars setzen, wenn derartige Fehler bei der Ermessensausübung durch den Notar festzustellen sind (OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Köln, a. a. O.; KG, VIZ 1995, 117, 118). Ein solcher Ermessensfehler liegt vor, wenn die Notwendigkeit der Ermessensausübung selbst verkannt wird (Ermessensnichtgebrauch), oder von dem Ermessen in einer mit der gesetzlichen Grundlage nicht vereinbaren Weise Gebrauch gemacht wird (Ermessensfehlgebrauch), insbesondere die nach der gesetzlichen Grundlage maßgebenden Gesichtspunkte nicht oder unvollständig gegeneinander abgewogen werden (vgl. OLG Köln, NJW-RR 1996, 364, 365; für den Fall des gerichtlichen Ermessens *Keidel/Meyer-Holz*, § 27 Rdnr. 23).

Auf der Grundlage der von ihm getroffenen Feststellungen hat das Landgericht einen derartigen Ermessensfehler rechtsfehlerfrei bejaht. Hinsichtlich der Bemessung des Geschäftswertes für die Notargebühren gemäß § 30 Abs. 1 KostO ist allgemein anerkannt, dass es – ausgehend von dem sogenannten Beziehungswert (hier dem Kaufpreis) – auf eine Abwägung aller wertrelevanten Umstände des Einzelfalles ankommt, wozu in jedem Fall das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Notars, der Umfang seines Haftungsrisikos, der Umfang seiner Tätigkeit sowie die Bedeutung der Sache für die Beteiligten zählen (vgl. Senat, DNotZ 1995, 781 ff.; OLG Bremen, a. a. O.; *Bengel/Tiedtke*, a. a. O.; *Bund*, a. a. O.; *Hartmann*, KostG, 34. Aufl., § 30 KostO Rdnr. 15). Auf der Grundlage des Vorbringens des Beteiligten zu 4) im Rahmen des Erstbeschwerdeverfahrens konnte die Kammer rechtsfehlerfrei davon ausgehen, dass dieser die vorgenannten Gesichtspunkte bei der Geschäftswertfestsetzung allenfalls teilweise in Betracht gezogen und damit das ihm eingeräumte Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Der Beteiligte zu 4) hat sich allein auf nicht näher benannte Rechtsprechung sowie verschiedene Literaturstellen bezogen, wonach ein Geschäftswert von bis zu 50 % des Bezugswertes angemessen sei. Wieso dies im konkreten Fall angemessen sein soll, lässt sich anhand seines Vorbringens nicht nachvollziehen. Dies sowie der Umstand, dass der Beteiligte zu 4) in allen Fällen, in denen aus dem Kaufpreis Grundpfandgläubiger abzulösen waren, 50 % des Bezugswertes als Geschäftswert angenommen hat, drängen zu dem Schluss, dass er hier rein schematisch verfahren ist. Nur ergänzend sei bemerkt, dass die Beteiligung eines Kreditinstituts als abzulösendem Grundpfandgläubiger im Rahmen der Überwachung der Umschreibungsreife, worauf in dem

Skript der Notarkammer zutreffend hingewiesen wird, zu meist eine Erleichterung bedeutet, da ein Teil der Kaufpreiszahlung durch einen geschäftserfahrenen Dritten bestätigt wird, der zudem ein vitales Interesse hat, die Zahlungsanzeige nicht zu Unrecht abzugeben.

Da somit keine verbindliche Geschäftswertfestsetzung durch den Notar vorliegt, konnte die Kammer den Geschäftswert nach ihrem Ermessen festsetzen. Ausgehend von der ganz h. A. (OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Köln, a. a. O.; *Bund*, a. a. O.; *Bengel/Tiedtke*, a. a. O.), wonach ein Geschäftswert von 50 % des Kaufpreises nur in ganz ungewöhnlich schwierigen, aufwändigen oder risikobehafteten Fällen überschritten werden darf, wobei bereits ein Wert von mehr als 30 % eine erhebliche Bedeutung der Amtstätigkeit im o. a. Sinne voraussetzt, hat das Landgericht den Geschäftswert hier mit 30 % des Kaufpreises angenommen, die Sache also als durchschnittlich bis leicht unterdurchschnittlich bewertet. Dies ist auf der Grundlage des bisherigen Akteninhalts nicht zu beanstanden. Eine überdurchschnittliche Bedeutung der Amtstätigkeit, einen besonderen Aufwand oder ein besonderes Haftungsrisiko hat der Beteiligte zu 4) bislang nicht dargetan. Jedoch gibt ihm die Zurückverweisung der Sache Gelegenheit, sein Vorbringen ggf. zu ergänzen.

24. KostO § 30 Abs. 2 (*Geschäftswert einer Patientenverfügung*)

Der Geschäftswert einer Patientenverfügung, die sich auf die Bekundung des Willens des Erklärenden zu medizinischen Behandlungsmaßnahmen und die Bevollmächtigung von Personen mit der Wahrnehmung der Gesundheitsfürsorge in diesem Bereich beschränkt und deshalb ausschließlich nichtvermögensrechtlichen Charakter hat, ist mit dem Regelwert des § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO (3.000 €) anzusetzen.

OLG Hamm, Beschluss vom 8.11.2005, 15 W 148/05

Der Beteiligte zu 1 beurkundete eine Patientenverfügung des Beteiligten zu 2, die auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

„I.

1. Sollte ich ohne Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins in einem Koma liegen, bitte ich, von Reanimation und lebensverlängernden Maßnahmen, wie beispielsweise einer Intensivtherapie, abzusehen, weiterhin von Transplantationen und künstlicher Beatmung und Ernährung, es sei denn, diese Maßnahmen dienen lediglich der Schmerzlinderung.

2. Sollten Diagnose und Prognose von mindestens zwei Fachärzten, ungeachtet der Möglichkeit einer Fehldiagnose, ergeben, dass meine Krankheit zum Tode führen und mir nach aller Voraussicht große Schmerzen bereiten wird oder meine normalen geistigen Funktionen durch eine Hirnverletzung oder eine Gehirnerkrankung irreparabel geschädigt wurden und ich infolge dessen kein menschenwürdiges Dasein mehr werde führen können, wünsche ich keine weiteren diagnostischen Eingriffe und keine Verlängerung meiner Leiden mit den Mitteln der Intensivtherapie.

3. Für die vorgenannten Fälle bitte ich außerdem um Schmerzmittel, Narkotika und erleichternde operative Eingriffe, auch wenn sie eine Lebensverkürzung bewirken oder zu einer Bewusstseinsausschaltung führen können.

II.

Für den Fall meines klinischen Todes bin ich mit einer Organentnahme nicht einverstanden.

III.

Ich bevollmächtigte meinen Sohn, ersatzweise meine Tochter diesen meinen Wünschen Geltung zu verschaffen. Ich bitte den Notar, mir sofort jeweils eine Ausfertigung dieser Urkunde für jeden Bevollmächtigten zu erteilen.

Ich wünsche, dass die beiden zuvor genannten Bevollmächtigten sich bei wichtigen Entscheidungen untereinander absprechen. Ich weise in diesem Zusammenhang jedoch ausdrücklich darauf hin, dass es sich bei meinem zuvor geäußerten Wunsch lediglich (um) eine Bitte an die Bevollmächtigten untereinander im Innenverhältnis handelt. Im Außenverhältnis sind die Bevollmächtigten in der Reihenfolge ihrer Benennung uneingeschränkt bevollmächtigt.

Ich befreie alle mich behandelnden Ärzte gegenüber den vorgenannten Personen bei Vorlage einer Ausfertigung dieser Urkunde von ihrer ärztlichen Schweigepflicht.

Ein Widerruf dieser Vollmacht ist rechtswirksam, wenn er zur notariellen Urkunde erklärt dem Notar und/oder den Bevollmächtigten zugeht. Bis zur Kenntnisnahme vom Widerruf ist der Notar berechtigt, dem Bevollmächtigten direkt und ohne meine Zustimmung weitere Ausfertigungen dieser Urkunde zu erteilen.

Den Geschäftswert dieser Urkunde gebe ich an mit 20.000 €.“

Für seine Tätigkeit erteilte der Notar dem Beteiligten zu 2 eine Kostenberechnung, in der er nach einem Geschäftswert von 20.000 € eine ^{10/10}-Gebühr gemäß §§ 32, 36 Abs. 1 KostO sowie Auslagen erhob. Der Bezirksrevisor beanstandete den Wertansatz der Beurkundungsgebühr und wies den Beteiligten zu 1 an, die Entscheidung des Landgerichts zu beantragen. Die Beschwerdekammer hat die Beurkundungsgebühr aus einem Geschäftswert von 3.000 € anderweitig auf 26 € zuzüglich anteilige Mehrwertsteuer festgesetzt. Hiergegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel bleibt jedoch ohne Erfolg, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO). (...)

Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand. Die oben wiedergegebene beurkundete Erklärung richtet sich unmittelbar auf eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne des § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO, die auch nicht mittelbar einen vermögensrechtlichen Bezug hat. Sie enthält für den Fall in der Zukunft möglicherweise eintretender tiefer Bewusstlosigkeit Entscheidungen über die durchzuführende medizinische Behandlung bzw. die Fortsetzung oder den Abbruch einer Behandlung, insbesondere über Reanimation und sonstige lebensverlängernde Eingriffe sowie die Einnahme von Schmerzmitteln, zu denen die Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen verweigert bzw. erteilt wird. Sie richtet sich an behandelnde Ärzte und an die namentlich benannten Kinder des Beteiligten zu 2 als Bevollmächtigte. Sie enthält weder eine Altersvorsorgevollmacht noch eine sog. Betreuungsverfügung (vgl. dazu *Palandt/Diederichsen*, BGB, 64. Aufl., Einf. vor § 1896 Rdnr. 7 ff.; *Bund*, BtPrax 2005, 174; *Keilbach*, FamRZ 2003, 969). Als eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit ist der Wert gemäß § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen.

Nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO ist in Ermangelung tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung der Wert regelmäßig mit 3.000 € anzunehmen. Zutreffend hat das Landgericht in Übereinstimmung mit dem OLG Frankfurt (Beschluss vom 26.10.2000, 20 W 423/0, RenoR 2001, 219) ausgeführt, es fehlten genügende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung. Die Vermögensverhältnisse des Erklärenden sind dabei unbeachtlich. Denn Sinn und Zweck der Patientenverfügung ist nicht die Sicherung der Interessen der hinterbliebenen Erben, sondern der Wunsch nach einem selbstbestimmten und

würdevollen Sterben. Dieser Wunsch kann nicht in Abhängigkeit von dem Vermögen des Erklärenden unterschiedlich hoch bewertet werden.

Das Landgericht hat weiter angenommen, es sei nicht eine Abweichung von dem Regelwert gemäß § 30 Abs. 2 Satz 2 KostO geboten. Diese Annahme ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die genannte Vorschrift schließt nach allgemeiner Meinung die Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse und Interessen nicht aus, sofern sie bei dem Geschäft von Bedeutung sind (*Korintenberg/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 30 Rdnr. 7 und 108). Die Patientenverfügung hat jedoch für jeden Menschen die gleiche Wichtigkeit mit weit reichenden Konsequenzen, sie ist unabhängig von persönlichen Interessen und Verhältnissen, insbesondere von der Vermögenssituation des Einzelnen. Zwar kann auch die Mühewaltung des Notars daraufhin abzuwägen sein, ob und inwieweit eine Über- oder Unterschreitung des Regelwertes angebracht erscheint (*Korintenberg/Reimann*, a. a. O.). Der Regelwert erscheint aber im Hinblick darauf, dass es sich bei der Beurkundung einer – im übrigen nicht formbedürftigen und daher auch mündlich verbindlichen (BT-Drucks. 11/4528, 208) – Patientenverfügung um ein rechtlich einfaches Notargeschäft handelt, das in einer Vielzahl von Fällen gleichlautende einseitige Regelungen erfordert, die zudem – auch vorliegend – vom Umfang her jedenfalls nicht als überdurchschnittlich angesehen werden können, nicht unangemessen hoch oder niedrig zu sein (so auch OLG Frankfurt, a. a. O.; *Bund*, BtPrax 2005, 174, 177; *ders.*, JurBüro 2004, 173, 177 = RNotZ 2004, 23, 27; *Keilbach*, DNotZ 2004, 164 Fn. 7; *Tiedtke*, ZNotP 2001, 38; Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdnr. 1755). Die Einwendungen der Beschwerde vermögen dieses Ergebnis nicht in Frage zu stellen. Auch der Beteiligte zu 1 räumt ein, der Wortlaut der von ihm beurkundeten Patientenverfügungen sei regelmäßig gleich. Worauf dies beruht, ist für die Entscheidung ohne Bedeutung. Dass auch bei der Beurkundung von Patientenverfügungen ein rechtlicher Aufklärungsbedarf seitens des Notars erforderlich ist, worauf der Beteiligte zu 1 wiederholt hinweist, versteht sich von selbst, insoweit unterscheidet sich diese Urkundstätigkeit nur thematisch von anderen Tätigkeiten des Notars. Was die medizinischen Fragen der unter I. und II. beurkundeten Erklärungen anbelangt, trägt der Beteiligte zu 1 selbst vor, seinen Mandanten regelmäßig zu empfehlen, ihren Hausarzt zu konsultieren.

Öffentliches Recht

25. BauGB § 25 Abs. 1 Nr. 2, § 27 Abs. 1, § 28 Abs. 2; GemO Rheinland-Pfalz § 48 (*Keine Genehmigung oder Heilung einer rechtswidrigen Vorkaufsrechtsausübung*)

- 1. Bei der Anwendung von § 48 GemO ist streng zu prüfen, ob die Entscheidung wirklich eilbedürftig ist und worin der zu erwartende Nachteil für die Gemeinde besteht (Fortführung von OVG Rheinland-Pfalz, AS 20, 349 = DÖV 1987, 452).**
- 2. Beschließt der Bürgermeister im Wege des § 48 GemO im Einvernehmen mit den Beigeordneten, das gemeindliche Vorkaufsrecht nach dem BauGB auszuüben, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Eilentscheidungsrechts gegeben sind, so betrifft dieser Mangel die sachliche Zuständigkeit und macht die Vorkaufsrechtsausübung auch dem Grundstückskäufer gegenüber rechtswidrig.**

3. Der Gemeinderat kann eine solchermaßen rechtswidrige Vorkaufsrechtsausübung nach Ablauf der Zweimonatsfrist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB nicht mit heilender Wirkung genehmigen.

OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13.4.2006, 1 A 11596/05.OVG

Die Klägerin ficht einen Widerspruchsbescheid des Beklagten an, durch den der Kreisrechtsausschuss einen von ihr erlassenen Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB aufgehoben hat.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 16.7.2004 erwarb die Beigeladene aus privater Hand ein Außenbereichsgrundstück, das im derzeitigen Flächennutzungsplan der Verbandsgemeinde B. überwiegend als geplante Wohnbaufläche dargestellt wird und von einer Satzung der Klägerin über die Ausübung des besonderen Vorkaufsrechts erfasst ist. Der Kaufvertrag ging am 21.7.2004 bei der Verbandsgemeindeverwaltung ein. Diese gab dem Verkäufer und der Beigeladenen Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Vorkaufsrechtsausübung zu äußern. Daraufhin teilte die Beigeladene unter dem 30.7.2004 mit, dass sie beabsichtige, das Grundstück in angemessener Frist zu bebauen, sobald es als Baugebiet erschlossen werde; sie sehe es als Baugebiete für ihren Sohn an, der später einmal in unmittelbarer Nähe wohnen solle. Am 14.9.2004 fasste der Ortsbürgermeister der Klägerin zusammen mit den beiden Beigeordneten im Wege des § 48 GemO den Beschluss, das Vorkaufsrecht auszuüben. Dies wurde dem Verkäufer und der Beigeladenen mit zwei getrennten Bescheiden vom gleichen Tag bekannt gegeben.

Dem Widerspruch der Beigeladenen hiergegen gab der Kreisrechtsausschuss des Beklagten durch Widerspruchsbescheid vom 21.12.2004 im Wesentlichen mit folgender Begründung statt: Der gegen die Beigeladene gerichtete Bescheid sei bereits deshalb aufzuheben, weil das gemeindliche Vorkaufsrecht durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer auszuüben sei und nicht gegenüber dem Käufer. Der Widerspruch beziehe sich darüber hinaus aber auch auf den an den Verkäufer adressierten Bescheid, der die Beigeladene in ihren Rechten berühre, weil er ihren Anspruch auf Grundstücksübertragung zunichte mache. Dieser Bescheid sei unter Verletzung der Regelung über das Eilentscheidungsrecht des Bürgermeisters zustande gekommen. Es sei nicht ersichtlich, wieso es nicht möglich gewesen sein solle, innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit von zwei Monaten den für die Ausübung des Vorkaufsrechts zuständigen Gemeinderat – notfalls unter Verkürzung der Einladungsfrist – einzuberufen. Auch habe die Klägerin nicht die erforderliche abwägende Ermessensentscheidung getroffen; die Begründung erschöpfe sich in allgemeinen Erläuterungen zum besonderen Vorkaufsrecht, ohne den konkreten Fall und die Belange der Beigeladenen aufzugreifen.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Klage hatte die Klägerin in erster Instanz teilweise Erfolg. Das Verwaltungsgericht hob den Widerspruchsbescheid durch Urteil auf, soweit mit ihm der an den Verkäufer gerichtete Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts aufgehoben worden ist. (...)

Aus den Gründen:

Die vom Senat zugelassene Berufung der Beigeladenen hat in der Sache Erfolg.

Das erstinstanzliche Urteil ist teilweise abzuändern, weil das Verwaltungsgericht der Klage gegen den Widerspruchsbescheid des Kreisrechtsausschusses vom 21.12.2004 nicht zum Teil hätte stattgeben dürfen. Vielmehr hat dieser Widerspruchsbescheid auf den Widerspruch der Beigeladenen hin auch den gegenüber dem Grundstücksverkäufer ergangenen Bescheid der Klägerin über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts nach dem Baugesetzbuch vom 14.9.2004 zu Recht aufgehoben. Bei dieser Entscheidung muss es daher verbleiben.

Der in der umstrittenen Vorkaufsrechtsangelegenheit eingelegte Widerspruch der Beigeladenen hat sich nicht nur gegen den ihr unter Verstoß gegen § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB erteilten Bescheid vom 14.9.2004 gerichtet, sondern auch gegen die dem Verkäufer gegenüber erklärte Vorkaufsrechtsaus-

übung vom gleichen Tage. Diese enthält den eigentlichen die Beigeladene belastenden Rechtsakt (dazu, dass auch der Käufer die Rechtswidrigkeit eines Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts geltend machen kann, vgl. z. B. BVerwG, NVwZ 2000, 1044). (...)

Der Kreisrechtsausschuss hat den Bescheid der Klägerin über die Ausübung des Vorkaufsrechts zumindest deshalb zu Recht aufgehoben, weil die Klägerin bei seinem Erlass gegen die Regelung des § 48 GemO über das Eilentscheidungsrecht des Bürgermeisters verstoßen hat. Dieser Rechtsverstoß macht die Vorkaufsrechtsausübung rechtswidrig. Darauf kann die Beigeladene sich berufen. Der Rechtsfehler ist auch nicht nachträglich geheilt worden.

Die Klägerin geht selbst zu Recht davon aus, dass die Ausübung eines Vorkaufsrechts beim Kauf von Grundstücken nach dem Baugesetzbuch, wie sie hier erfolgt ist, in einer Gemeinde wie ihr kein dem Bürgermeister obliegendes Geschäft der laufenden Verwaltung i. S. von § 47 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GemO bildet. Vielmehr ist insoweit die Zuständigkeit des Gemeinderats gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 GemO gegeben. In Angelegenheiten, deren Erledigung nicht ohne Nachteil für die Gemeinde bis zu einer Sitzung des Gemeinderats aufgeschoben werden kann, kann der Bürgermeister allerdings gemäß § 48 Satz 1 GemO im Benehmen mit den Beigeordneten anstelle des Gemeinderats entscheiden. Von dieser (Ausnahme-) Möglichkeit hätte die Klägerin vorliegend jedoch keinen Gebrauch machen dürfen, da die Voraussetzungen dafür nicht vorgelegen haben. Es hat insoweit insbesondere an der von § 48 GemO vorausgesetzten Eilbedürftigkeit der Angelegenheit gefehlt.

Dies wird von dem angefochtenen Widerspruchsbescheid im Ergebnis zu Recht angenommen. Dessen Begründung ist zwar insoweit nicht tragfähig, als dort auf den Zeitraum von zwei Monaten abgestellt wird, der für die Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts zur Verfügung gestanden habe, wobei nicht ersichtlich sei, warum es nicht möglich gewesen sein sollte, innerhalb dieser Frist eine Gemeinderats-sitzung anzuberäumen. Mit Rücksicht auf den Schutzzweck der Bestimmung des § 48 GemO, Schaden von der Gemeinde abzuwenden, ist es für die Beurteilung der erforderlichen Dringlichkeit ohne Bedeutung, ob der Zwang zum raschen Handeln durch ein schuldhaftes oder vorwerfbares Verhalten von Gemeindebediensteten oder -organen hervorgerufen worden ist (vgl. *Gabler/Höhlein* u. a., Kommunalverfassungsrecht Rheinland-Pfalz, § 48 GemO, Erl. 3.4; *Hölzl/Hien/Huber*, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, Art. 37 GO Anm. IV; *Widmann/Grasser*, BayGO, Art. 47 Rdnr. 10); die Betrachtungen zur Dringlichkeit im Rahmen von § 48 GemO sind daher immer auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Entscheidung zu beziehen (vgl. *Hölzl/Hien/Huber*, a. a. O.). Aber auch so gesehen haben am 14.9.2004, als von dem Eilentscheidungsrecht Gebrauch gemacht wurde, die dafür erforderlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen.

Zu § 48 GemO hat bereits der frühere Normenkontrollsenat des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz entschieden (Urteil vom 9.4.1986, AS 20, 349, 351 = DÖV 1987, 452), dass diese Ausnahmeregelung eng auszulegen und streng zu prüfen ist, ob die Entscheidung wirklich eilbedürftig ist und worin der zu erwartende Nachteil besteht. Um zu verhindern, dass die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und Gemeinderat leichtfertig unterlaufen wird, ist zu verlangen, dass ein schwerer und praktisch nicht wieder gutzumachender Schaden verhindert werden muss. Auch ist zu prüfen, ob unter Ausnutzung der gemäß § 34 Abs. 3 Satz 2

GemO vorgesehenen Möglichkeit der Verkürzung der Einberufungsfrist der Gemeinderat nicht doch noch zur Vermeidung des Nachteils eingeschaltet werden kann. Eine Eilentscheidung nach § 48 GemO kommt daher nur in ganz dringenden Fällen in Betracht, in denen eine Entscheidung binnen weniger Stunden getroffen werden muss. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten (vgl. dazu auch *Gabler/Höhlein* u. a., a. a. O., Erl. 2.1).

Danach wäre es vorliegend indessen auch zu dem Zeitpunkt, an dem die Notwendigkeit des Handelns in Bezug auf die Vorkaufsrechtsausübung spätestens erkannt worden ist, nämlich am 14.9.2004, noch möglich gewesen, den für die Entscheidung zuständigen Gemeinderat so rechtzeitig einzuberufen, dass Letztere bis zum Ablauf der Frist des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB am 21.9.2004 hätte ergehen können. Wären insoweit die Voraussetzungen des § 48 GemO zu bejahen gewesen, dann hätte auch Dringlichkeit i. S. von § 34 Abs. 3 GemO bestanden. In der folglich einzuberufenden außerplanmäßigen Sitzung hätte der Gemeinderat noch rechtzeitig über die Ausübung des Vorkaufsrechts befinden können (vgl. dazu *Gabler/Höhlein* u. a., § 34 GemO Erl. 3.2; *Hofmann/Beth/Dreibus*, Kommunalgesetze Rheinland-Pfalz, § 34 GemO Anm. 4 und § 48 GemO Anm. 2). Davon, dass die Einberufung des Gemeinderats zu dem in Rede stehenden Termin Mitte September an § 39 GemO gescheitert wäre, ist nicht auszugehen. Die Klägerin hat dies auch nicht näher dargetan.

Abgesehen von der mithin bereits in zeitlicher Hinsicht nicht gegebenen besonderen Eilbedürftigkeit hat dem Vorgang jedoch auch die für die Annahme eines Nachteils i. S. von § 48 Satz 1 GemO erforderliche sachliche Bedeutung für die Gemeinde gefehlt. Die Klägerin hat weder geltend gemacht noch ist sonst etwas dafür ersichtlich, dass gerade der Zugriff auf das Grundstück für sie in planerischer Hinsicht von einer wie auch immer zu begründenden herausgehobenen Bedeutung ist. Vielmehr geht es ihr, wie auch das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, mit der umstrittenen Vorkaufsrechtsausübung lediglich darum, in einem planerischer Frühstadium Grundstücke zu erwerben, umso ihren städtebaulichen Auftrag besser erfüllen und den Wohnbedürfnissen ihrer Bürger durch die Bereitstellung von Bauland Rechnung tragen zu können. Ohne die Berechtigung und Reichweite dieses Zwecks hier näher zu hinterfragen, lässt sich jedenfalls feststellen, dass sein Nichterreichen im Falle des hier betroffenen Grundstücks keinen schweren und praktisch nicht wieder gutzumachenden Schaden für die Klägerin bedeutet. Dies gilt umso mehr, als diese nach den im vorliegenden Verfahren erfolgten Angaben der Verbandsgemeindeverwaltung und des Beklagten in dem vorgesehenen Bebauungsplangebiet Am A. bereits über ca. 18.000 m² eigene Grundflächen verfügt, die sie für den eben genannten Zweck nutzbar machen kann.

Aus all dem folgt, dass die gesetzlichen Voraussetzungen, um die Vorkaufsrechtsausübung im Wege des § 48 GemO zu beschließen, hier nicht erfüllt waren. Letztere leidet daher an einem Rechtsmangel, da das sachlich unzuständige der beiden Organe der Gemeinde entschieden hat. Dass der Bürgermeister gemäß § 48 Satz 1 GemO anstelle des Gemeinderats entscheidet, falls die Voraussetzungen dieser Regelung vorliegen, ändert daran nichts. Der vorliegende Mangel macht den Verwaltungsakt „Ausübung des Vorkaufsrechts“ zwar nicht nichtig (vgl. § 44 Abs. 1 und 3 VwVfG; a. A. offenbar *Obermayer*, VwVfG, 3. Aufl. 1999, § 44 Rdnr. 36), aber rechtswidrig und grundsätzlich auf einen Rechtsbehelf des Betroffenen hin aufhebbar (vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 3 Rdnr. 12, 15, 17 und § 46 Rdnr. 23; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 44 Rdnr. 131 und

§ 46 Rdnr. 46; *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl. 1995, § 10 Rdnr. 39; *Hufen*, Fehler im Verwaltungsverfahren, 3. Aufl. 1998, Rdnr. 49).

Die Rechtswidrigkeit des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts kann indessen, wie oben bereits ausgeführt wurde, auch der Käufer eines mit dem gemeindlichen Vorkaufsrecht belegten Grundstücks geltend machen. Er ist kein sog. Drittbetroffener, der vortragen muss, in einer zu seinen Gunsten wirkenden (Schutz-)Vorschrift verletzt zu sein, um einen nicht ihm gegenüber ergangenen Verwaltungsakt zulässigerweise angreifen zu können. Vielmehr ist er ebenso unmittelbar von der Regelungswirkung des Ausübungsbescheids betroffen wie der Grundstücksverkäufer, gegenüber dem das Vorkaufsrecht auszuüben ist (vgl. dazu auch VGH Bad.-Württ., NJW-RR 1998, 877, 878). Auch die vom Verwaltungsgericht herangezogene Rechtsprechung, wonach die fehlerhafte Anwendung interner Kompetenzverteilungsvorschriften für die Rechtmäßigkeit nach außen hin vorgenommener Rechtshandlungen der Gemeinde grundsätzlich ohne Bedeutung ist, kann der Anfechtung des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Beigeladene nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Zum einen ist § 48 Satz 1 GemO keine gemeindeinterne Kompetenzverteilungsvorschrift. Zum anderen hat die eben bezeichnete Rechtsprechung den Schutz des Rechtsverkehrs vor Augen, dem nicht zugemutet werden soll, von der internen Rechtmäßigkeit gemeindlicher Entscheidungen abhängig zu sein. Im Unterschied dazu geht es hier jedoch um die Rechtmäßigkeit eines Aktes der Eingriffsverwaltung, den eine zur Entscheidung von Rechts wegen sachlich nicht berufene Stelle vorgenommen hat und der deshalb dem Betroffenen gegenüber rechtswidrig ist (vgl. dazu ebenfalls VGH Bad.-Württ., a. a. O.).

Die Rechtswidrigkeit des Bescheids über die Ausübung des Vorkaufsrechts ist auch nicht nachträglich ausgeräumt worden.

Die Heranziehung von § 1 Abs. 1 LVwVfG i. V. m. § 45 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG ist insoweit nicht angebracht, weil der Verfahrensmangel hier nicht in einem fehlenden Mitwirkungsakt begründet ist, sondern in einem Zuständigkeitsverstoß. Aber auch § 46 VwVfG kann vorliegend nicht Platz greifen. Zum einen können Fälle der sachlichen Unzuständigkeit nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, der zuzustimmen ist, schon von vornherein nicht unter diese Bestimmung fallen (vgl. z. B. HessVGH, NVwZ 1992, 393, 396; VGH Bad.-Württ., a. a. O.; *Stelkens/Bonk/Sachs*, § 46 VwVfG Rdnr. 46 m. w. N.; *Ule/Laubinger*, § 10 VwVfG Rdnr. 40; s. ferner BVerwG, NVwZ 1983, 222, 223 und VGH Bad.-Württ., NVwZ-RR 2005, 273, 274 – beide zu § 127 AO). Zum anderen ist angesichts der Natur der Vorkaufsrechtsausübung als Ermessensentscheidung und der nicht gegebenen essentiellen Bedeutung des Grundstückserwerbs für die Klägerin nicht offensichtlich, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Als Nachweis für einen fehlenden Einfluss ist namentlich der Umstand nicht geeignet, dass der Gemeinderat in seiner Sitzung vom 27.9.2004 „zustimmend von der getroffenen Eilentscheidung Kenntnis genommen“ hat. Diese Zustimmung ist unter grundlegend anderen Bedingungen zustande gekommen als die Entscheidung vom 14.9.2004. Außerdem ist gesetzlich keine Bestätigung einer unter Verletzung von § 48 Satz 1 GemO ergangenen Eilentscheidung durch den Gemeinderat vorgesehen, sondern § 48 Satz 3 GemO räumt diesem (lediglich) die Möglichkeit ein, in seiner nächsten Sitzung die Eilentscheidung des Bürgermeisters aufzuheben, soweit nicht bereits Rechte Dritter entstanden sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eilentscheidung rechtmäßig oder formell oder materiell rechtswidrig ist.

Entsprechend ihrer Formulierung und den insoweit bestehenden rechtlichen Grundlagen kann die zustimmende Entschließung des Gemeinderats der Klägerin vom 27.9.2004 folglich nur so verstanden werden, dass dieser von seinem Aufhebungsrecht nach § 48 Satz 3 GemO keinen Gebrauch macht. Dies hatte allerdings nur zur Folge, dass der rechtswidrige, aber nicht nichtige Ausungsbescheid vorerst weiter Bestand hatte. Eine (erneute) Ausung des Vorkaufsrechts liegt darin schon deshalb nicht, weil diese (wiederum) durch Verwaltungsakt gegenüber dem Verkäufer hätte erklärt werden müssen. Durch die Entschließung vom 27.9.2004 ist aber auch nicht die ursprünglich fehlerhafte Vorkaufsausung vom 14.9.2004 rückwirkend genehmigt worden. Dies gilt unbeschadet der Frage, ob die zivilrechtliche Bestimmung des § 184 Abs. 1 BGB in dem hier in Rede stehenden Teilbereich des Kommunalrechts überhaupt maßgeblich sein kann, wie die Klägerin offenbar annimmt. Ihrer Auffassung, dass die unter dem 14.9.2004 im Wege der Eilentscheidung erfolgte Vorkaufsausung durch die Entschließung ihres Gemeinderats vom 27.9.2004 mit heilender Wirkung rückwirkend genehmigt worden sei, steht jedenfalls die Bestimmung des § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB entgegen. Mit dem Charakter der dortigen Zweimonatsfrist, die abgesehen von der Verlängerungsmöglichkeit auf Antrag des Käufers gemäß § 27 Abs. 1 Satz 3 BauGB eine Ausschlussfrist ist (vgl. *Paetow* in *Berliner Kommentar zum BauGB*, 3. Aufl. 2002, § 28 Rdnr. 10; *Schröder* in *Schröder, BauGB*, 7. Aufl. 2006, § 28 Rdnr. 8, jeweils m. w. N.), ist die Annahme der Möglichkeit einer rückwirkenden Genehmigung der rechtswidrigen Vorkaufsausung noch nach Fristablauf nämlich nicht zu vereinbaren.

Ob dem Bescheid über die Ausung des Vorkaufsrechts noch weitere Rechtsmängel anhaften, kann offen bleiben. Dies gilt insbesondere auch für den vom Kreisrechtsausschuss angenommenen Ermessensfehler in Gestalt einer unterbliebenen Abwägung der betroffenen privaten Interessen der Beigeladenen mit den durch die Vorkaufsausung angestrebten Vorteilen für die Allgemeinheit. Hierzu erubigen sich nähere Ausfuhungen. Entsprechendes gilt für die von den Beteiligten aufgeworfenen Fragen der Ausung der Abwendungsbefugnis und der Rechtmäßigkeit der Vorkaufsausung vom 23.2.2001.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OVG Koblenz zeigt instruktiv die Probleme auf, die sich bei einer Ausung des gemeindlichen Vorkaufsrechts ergeben können. Sie betreffen zunächst das Verfahren bei der Gemeinde, aber dadurch mittelbar auch das notarielle Vollzugsverfahren hinsichtlich der Kaufvertragsabwicklung.

1. Vorkaufsanfrage

Aus datenschutzrechtlichen Gründen erfolgt die Anfrage durch den hierzu von den Kaufparteien bevollmächtigten Notar hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts im sog. zweistufigen Verfahren.¹ Zunächst wird der Gemeinde die Tatsache des Verkaufs eines bestimmten Grundstücks mitgeteilt, damit diese erstens prüfen kann, ob ihr überhaupt ein Vorkaufsrecht zusteht, und zweitens, ob sie dieses ausuen will. Die Frist hierfür beträgt keine zwei Monate; die Prüfung hat vielmehr

unverzüglich zu erfolgen.² Angemessen dürfte eine Frist von zwei bis vier Wochen sein. Nur wenn ein Vorkaufsrecht besteht und eine Ausung in Betracht kommt, steht der Gemeinde die Zweimonatsfrist für die diesbezügliche Entscheidung ab Mitteilung des Inhalts des Vertrages zur Verfügung.

2. Vorkaufsausung und Folgen

Die Ausung des Vorkaufsrechts erfolgt durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt (§ 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB). Dagegen handelt es sich bei der Negativbescheinigung um einen lediglich feststellenden Verwaltungsakt.³ Der Ausungsbescheid kann sowohl vom Verkäufer als auch vom Kufer angefochten werden.⁴ Die Entscheidung hierüber kann bei Ausschöpfung des Rechtswegs mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Die Bindung der Parteien an den Vertrag bleibt in dieser Zeit bestehen. Dem Verkäufer bleibt die Nutzung, falls der Besitzübergang an die Kaufpreiszahlung geknüpft ist. Der Kaufpreis ist umgekehrt auch nicht zu verzinsen.⁵ Wurde der Kaufpreis auf Notaranderkonto hinterlegt, werden die anfallenden Zinsen zeitanteilig entsprechend aufgeteilt. Probleme ergeben sich, wenn der Besitzübergang vor Klärung der Vorkaufsausung erfolgt. Ist in diesem Fall der Kaufpreis ganz oder teilweise noch nicht entrichtet, hat der Kufer einen (scheinbaren) Vorteil. Wegen der Unsicherheit der Vorkaufsausung kann er ihn allerdings kaum nutzen, insbesondere wenn er Investitionen wie z. B. Bau- und Umbaumaßnahmen, aber auch eine bloße Wohnnutzung plant. Droht die Ausung eines Vorkaufsrechts, empfiehlt sich deshalb im Rahmen der Vertragsgestaltung selbst bei einer Hinterlegung des Kaufpreises, den Besitzübergang vom Vorliegen der Ausungsvoraussetzungen abhängig zu machen.

3. Vorsorge durch frühzeitige Vorkaufsausung

Wegen der aufgrund der Vorkaufsausung verbundenen Doppelverpflichtung des Verkäufers wird der Vertrag diesbezüglich meistens eine auflösende Bedingung oder ein Rücktrittsrecht vorsehen.⁶ Im Rahmen der Vertragsgestaltung kann der Zeitpunkt der „Lösung“ nicht nur von der wirksamen, d. h. gerichtlich bestätigten Vorkaufsausung abhängig gemacht werden, sondern bereits vom Vorliegen einer Widerspruchsentscheidung. Der Verkäufer bleibt allerdings gegenüber der vorkaufsberechtigten Gemeinde aus dem „zweiten“ Kaufvertrag weiter verpflichtet. Vereinbarungen im Erstvertrag, die sich lediglich gegen die Gemeinde richten, muss diese nicht gegen sich gelten lassen.⁷ Die Gestaltung der vertraglich vereinbarten frühzeitigen Vorkaufsausung bietet sich an, wenn es dem Verkäufer gleichgültig ist, ob die vorkaufsberechtigte Gemeinde oder der private Kufer das Grundstück erwirbt, und dieser ebenfalls ein Interesse an einer schnellen Beendigung des Schwebezustands hat.

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen

¹ Siehe dazu nur *Stock* in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB*, § 28 Rdnr. 16.

² Vgl. nur *Paetow* in *Berliner Kommentar BauGB*, § 28 Rdnr. 23; *Schröder* in *Schröder, BauGB*, 7. Aufl. 2006, § 28 Rdnr. 23.

³ *Jade* in *Jade/Dimberger/Weiß*, *BauGB*, 4. Aufl. 2005, § 28 Rdnr. 8.

⁴ Siehe nur *BVerwG*, *Beschl.* v. 15.2.2000, 4 B 10.00, *NVwZ* 2000, 1044; *VGH Mannheim*, *Urt.* v. 27.10.1999, 8 S 1281/99, *NVwZ-RR* 2000, 761.

⁵ *BGH*, *Urt.* v. 5.5.1988, III ZR 105/87, *NJW* 1989, 37, 39.

⁶ *MunchKommBGB/Westermann*, § 468 Rdnr. 2. Vgl. die Empfehlung von *Krauf*, *Immobilienkaufverträge in der Praxis*, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 828 und *Everts* in *Grziwotz/Evers/Heinemann/Kolber, Grundstückskaufverträge*, 2005, Rdnr. 1178.

⁷ *MunchKommBGB/Westermann*, § 465 Rdnr. 1.

Steuerrecht

26. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 (Anforderungen an die Vertragsdurchführung bei Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen)

Der für die steuerliche Anerkennung einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen erforderliche Rechtsbindungswille muss sich auf sämtliche für einen Versorgungsvertrag typusprägenden Leistungen – Sach- und Barleistungen – beziehen. Insoweit sind Abweichungen des tatsächlich Durchgeführten vom Vereinbarten steuerschädlich.

BFH, Urteil vom 19.1.2005, X R 23/04

Dem Kläger war durch Hofübergabe- und Altenteilsvertrag vom Dezember 1991 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge der elterliche Hof mit Grundbesitz übertragen worden. Er musste seinen Eltern ein lebenslängliches freies Wohnungsrecht bei freier Heizung und freier Beköstigung gewähren. Ferner war er zur Zahlung eines wertgesicherten Baraltenteils in Höhe von monatlich 750 DM verpflichtet, das sich im Falle der Rentenberechtigung des Vaters auf 400 DM reduzieren sollte.

In den Einkommensteuererklärungen für die Streitjahre 1991 bis 1993 machte der Kläger die seinen Eltern geschuldeten und erbrachten Sachleistungen als Altenteilsleistungen geltend. Das beklagte Finanzamt versagte den begehrten Sonderausgabenabzug für die Jahre 1991 bis 1993 in vollem Umfang, weil der Kläger die Barleistungen gegenüber seinen Eltern erstmals ab Januar 1994 erbracht hatte. Das Finanzamt wies den Einspruch des Klägers zurück. Auch das Finanzgericht erkannte keine dauernde Last an, weil insoweit der Vertrag nicht wie vereinbart durchgeführt worden sei.

Gründe:

II.

Die Revision wird als unbegründet zurückgewiesen (§ 126 Abs. 2 FGO). Die streitigen Leistungen des Klägers können weder als dauernde Last noch aus anderen Rechtsgründen steuerlich berücksichtigt werden.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Dauernde Lasten sind in vollem Umfang abziehbar.

Werden wiederkehrende Leistungen – wie im Streitfall – in sachlichem Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zugesagt (private Versorgungsrenten), stellen diese weder Veräußerungsentgelt des Übergebers noch Anschaffungskosten des Übernehmers dar, sondern sind spezialgesetzlich den Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG) und den wiederkehrenden Bezügen (§ 22 Nr. 1 Satz 1 EStG) zugeordnet (BFH, BStBl II 1997, 813 = NJW 1998, 775, unter II. 1. b, mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Auch die Anwendung des für Unterhaltsleistungen geltenden Abzugsverbots des § 12 Nr. 1, 2 EStG ist durch das Sonderrecht der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen spezialgesetzlich ausgeschlossen, weil die steuerrechtliche Zurechnung der Versorgungsleistungen zu den Sonderausgaben und den wiederkehrenden Bezügen auf dem Umstand beruht, dass sich der Vermögensübergeber in Gestalt der Versorgungsleistungen typischerweise Erträge seines Vermögens vorbehält, die nunmehr allerdings vom Vermögensübernehmer erwirtschaftet werden müssen (vgl. zusammenfassend BFH, BStBl II 2000, 188 = MittRh-NotK 2000, 127, unter III. 6. a).

2. Zur Beurteilung der Frage, ob ein Vermögensübergabe- und Versorgungsvertrag der Besteuerung zugrunde gelegt werden kann, geht der erkennende Senat (grundlegend Beschluss des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00, BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306, unter C. II. 2. c) von den folgenden Grundsätzen aus:

a) Klar und eindeutig vereinbart sein muss der Mindestbestand an bürgerlich-rechtlichen Rechtsfolgen, der die Qualifikation als Versorgungsvertrag erst ermöglicht (Umfang des übertragenen Vermögens, Art und Höhe der Versorgungsleistung sowie Art und Weise der Zahlung). Die Vereinbarungen müssen zu Beginn des Rechtsverhältnisses oder bei Änderung des Verhältnisses für die Zukunft getroffen werden (BFH, BStBl II 2004, 826 m. w. N.).

b) Ob und in welchem Umfang die Parteien des Versorgungsvertrags ihren Vertragspflichten nachkommen wollen, steht ihnen nicht frei; die Leistungen müssen wie vereinbart erbracht werden. Andererseits liegt es in der Rechtsnatur des Versorgungsvertrags begründet, dass die Vertragspartner z. B. auf geänderte Bedarfslagen angemessen reagieren (BFH, BStBl II 1992, 1020, unter 2. e).

c) Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist entscheidend, ob eine festgestellte Abweichung von den vertraglichen Vereinbarungen darauf hindeutet, dass es den Parteien am erforderlichen Rechtsbindungswillen fehlt (BFH, BStBl II 2004, 826, unter II. 6. a).

d) Hat sich der Vermögensübernehmer nach dem Vermögensübergabevertrag zu mehreren Versorgungsleistungen verpflichtet, die zum Mindestbestand von Versorgungsverträgen gehören sowie als typusprägend anzusehen und als jeweils gleichgewichtig zu beurteilen sind, muss der Rechtsbindungswille hinsichtlich aller geschuldeten Versorgungsleistungen gegeben sein.

Davon abzusehen besteht kein rechtfertigender Grund, wenn die Umsetzung wesentlicher und einander gleichgewichtiger Pflichten des Vermögensübernehmers zu beurteilen ist, selbst wenn dem Fremdvergleich bei Versorgungsverträgen eine andere Funktion zukommt als bei den sonstigen Verträgen unter nahen Angehörigen (vgl. dazu BFH, BStBl II 2004, 826, unter II. 6. a). Anders stünde es im Belieben der Vertragsparteien eines Vermögensübergabevertrags, in welchem Umfang sie den Vertrag als bindend anerkennen und erfüllen.

3. Nach diesen Grundsätzen bestehen gegen die vom FG im Rahmen der ihm obliegenden Gesamtwürdigung getroffene Entscheidung keine Bedenken. Das FG hat die vom Kläger gegenüber seinen Eltern erbrachten Leistungen zu Recht nicht als dauernde Last anerkannt.

a) Die vom Kläger im Hofübergabe- und Altenteilsvertrag eingegangene Verpflichtung, seinen Eltern monatlich eine Rente in bar in bestimmter Höhe zu zahlen, ist als Altenteilsleistung ebenso typusprägend wie es die von ihm geschuldeten und vertragsgemäß erbrachten Sachleistungen sind. Die beiden Arten von Versorgungsleistungen sind damit gleichgewichtig und gleichwertig. Eine Differenzierung dergestalt, dass die Sachleistungen den elementaren Lebensbedürfnissen dienen, während Barzahlungen vom Altenteiler nicht benötigt und deshalb nicht verlangt werden, ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht gerechtfertigt. Denn bei der Beurteilung der geschuldeten Leistungen als Versorgungsleistungen kommt dem konkreten Versorgungsbedürfnis des Vermögensübergebers keine Bedeutung zu; es kommt mithin nicht darauf an, ob bestimmte Leistungen für dessen Lebensbedürfnisse als elementar angesehen werden, andere dagegen nicht. Bare und unbare Altenteilsleistungen sind gleichgewichtig. Das schließt

es aus, hinsichtlich des Rechtsbindungswillens zwischen baren und unbaren Versorgungsleistungen zu unterscheiden.

b) Die geschuldeten Versorgungsleistungen bilden eine Einheit und müssen deshalb einheitlich beurteilt werden. Der Altenteilsvertrag ist zivilrechtlich ein Inbegriff von Rechten verschiedener Art – Sach-, Natural-, Dienst- und Geldleistungen (vgl. BFH, BStBl II 2000, 21 = MittBayNot 2000, 147; BayObLG, NJW-RR 1993, 984 = MittBayNot 1993, 208, mit Nachweisen zum Zivilrecht) –, die durch die gemeinsame Zweckbestimmung, den Berechtigten (ganz oder teilweise) zu versorgen, zu einer Einheit verbunden sind (BFH, BStBl II 1990, 625, unter III. 1. a. aa; BStBl II 1992, 499 = MittBayNot 1992, 298, unter 5.). Im Hinblick auf diese Zweckbestimmung sind die einzelnen geschuldeten Versorgungsleistungen keiner jeweils eigenen Beurteilung und im Verhältnis zueinander keiner abstufenden Wertung zugänglich.

Die Barleistungen zu erfüllen, steht somit genauso wenig im Belieben des Vermögensübernehmers wie die Erfüllung der Sachleistungsverpflichtungen. Würde der typusprägende Inbegriff in der Weise aufgelöst, dass einzelne gleichgewichtige Elemente als nachrangig eingestuft würden, so könnte der für die Abziehbarkeit erforderliche Rechtsbindungswille, der sich auf beide Arten der geschuldeten Versorgungsleistungen erstrecken muss, nicht festgestellt werden.

4. Die vom Kläger erbrachten Leistungen sind auch nicht als erwerbssichernder Aufwand abziehbar.

Mit ihrer Entscheidung, Vermögen gegen Versorgungsleistungen zu übertragen, haben die Vertragsparteien dieses Rechtsverhältnis der steuerrechtlichen Unentgeltlichkeit (§ 6 Abs. 3 EStG) zugeordnet. Der Charakter des Vermögensübergabevertrags wird nicht dadurch verändert, dass der Vermögensübernehmer seine Verpflichtungen nicht in der im Vertrag bestimmten Art und Weise erfüllt. Das nicht vertragsgerechte Verhalten des Vermögensübernehmers bewirkt lediglich, dass seine Leistungen nicht mehr als Sonderausgaben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG) abziehbar und die Bezüge beim Berechtigten nicht steuerbar (§ 22 Nr. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EStG) sind. Im Übrigen gelten die allgemeinen Grundsätze des Einkommensteuerrechts. Die erbrachten Leistungen sind beim Vermögensübernehmer nicht abziehbare und beim Vermögensübergeber nicht steuerbare Unterhaltsleistungen (vgl. dazu und zum Folgenden BFH, BStBl II 2004, 830 = NJW 2004, 3000).

Für die Überlegung, die Zahlungen des Vermögensübernehmers nach der Versagung ihrer Anerkennung als dauernde Lasten als Anschaffungskosten des übergebenen Vermögens zu behandeln, besteht hiernach kein Raum. Denn die Annahme von Anschaffungskosten, und zwar unabhängig davon, ob es sich um ursprüngliche oder nachträgliche Anschaffungskosten handelt, setzt stets voraus, dass die betreffenden Aufwendungen in einem Veranlassungszusammenhang mit dem entgeltlichen Erwerb eines der Einkünfteerzielung dienenden Wirtschaftsguts getätigt werden. Dies ist bei einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht der Fall.

27. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 5 Abs. 2 (Zugewinnausgleich bei fortbestehender Zugewinnngemeinschaft nicht schenkungsteuerfrei)

Gleichen Ehegatten bei fortbestehender Zugewinnngemeinschaft den Zugewinn zwischenzeitlich aus, ist dies eine schenkungsteuerbare freigebige Zuwendung.

BFH, Urteil vom 24.8.2005, II R 28/02

Der Kläger und seine – im April 1995 verstorbene – Ehefrau lebten seit ihrer Eheschließung im Jahr 1975 im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Mit Ehevertrag vom 17.10.1990 vereinbarten die Ehegatten den Ausgleich der bisher entstandenen Zugewinnansprüche (mit Ausnahme des Wertes der Praxis des Klägers), wobei die Ehegatten ausdrücklich vereinbarten, dass es beim gesetzlichen Güterstand „auch weiterhin verbleiben“ soll. Ohne die Zugewinnausgleichsforderung der verstorbenen Ehefrau des Klägers im Vertragstext zu beziffern, trat der Kläger „zum Ausgleich des Zugewinns“ an seine Ehefrau einen Kaufpreisanspruch aus dem Verkauf eines Grundstücks, eine Darlehensforderung gegen Dritte sowie ein Festgeldkonto bei einer Bank ab und verzichtete seiner Ehefrau gegenüber auf zwei Darlehensforderungen (zuzüglich aufgelaufener Zinsen), die unter Bezugnahme auf Konten in der Buchhaltung des Klägers nach dem Stande vom 15.10.1990 bezeichnet wurden. Im Übrigen verzichteten die Ehegatten wechselseitig auf den Ausgleich eines weiter gehenden Zugewinns sowie auf Rückforderungsansprüche, falls der vereinbarte Ausgleich zu hoch ausgefallen sei. Weiter bestimmten die Ehegatten, dass zum Anfangsvermögen für die zukünftige Berechnung des Zugewinns die Vermögensgegenstände gehören sollten, die sich am 31.12.1990 im Eigentum eines jeden Ehegatten befinden.

Das Finanzamt setzte gegen den Kläger als Gesamtrechtsnachfolger nach seiner Ehefrau Schenkungsteuer in Höhe von 69.570 DM fest. Gegen den Bescheid legte der Kläger Einspruch ein. Die das Verfahren betreffende Klage wurde abgewiesen; das Finanzgericht ging in seiner in EFG 2002, 1254 veröffentlichten Entscheidung davon aus, mangels Beendigung des gesetzlichen Güterstandes sei eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gegeben.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Vereinbarung über den Ausgleich der „bisher entstandenen Zugewinnansprüche“ vom 17.10.1990 zu freigebigen Zuwendungen geführt hat, die gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar sind. Die Auslegung des Ehevertrages durch das FG, dass die Zugewinnngemeinschaft nicht beendet worden ist, kann revisionsrechtlich nicht beanstandet werden. (...)

1. Die Zuwendungen des Klägers an seine Ehefrau sind schenkungsteuerbar. 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) Durch die Zuwendungen in Form der Forderungsabtretungen und -verzichte wurde die Ehefrau des Klägers aus dem Vermögen des Klägers unentgeltlich bereichert.

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Erwerb eines zugeordneten Gegenstandes, auf den kein Rechtsanspruch besteht, unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und die Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (vgl. grundlegend BFH, BStBl II 1994, 366 = NJW 1994, 2044).

Nach diesen Grundsätzen erfolgten die hier zu beurteilenden Zuwendungen in Form der Forderungsabtretungen und Forderungsverzichte objektiv unentgeltlich. Die Ehefrau des Klägers hatte auf diese Leistungen weder einen Rechtsanspruch noch waren die Zuwendungen des Klägers im o. g. Sinne – d. h. synallagmatisch, konditional oder kausal – mit einer Gegenleistung der Ehefrau verknüpft.

aa) Die Zuwendungen des Klägers an seine Ehefrau sind nicht deshalb entgeltlich, weil sie „zum Ausgleich des Zugewinns“ erbracht wurden. Dabei kann offen bleiben, ob die Eheleute den Zugewinnausgleichsanspruch im Einzelnen berechnet haben und einen solchen konkret bezifferten Anspruch mit dem Abschluss des „Ehevertrages“ vom 17.10.1990 schuldrechtlich begründen wollten. Denn selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, schliesse dies die Unentgeltlichkeit der Zuwendungen nicht aus, weil die Ehefrau des Klägers keinen Anspruch gegen den Kläger auf einen vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns hatte. Der Kläger kann sich als Zuwendender nicht darauf berufen, in Erfüllung einer solchen Verpflichtung geleistet zu haben, die er ohne rechtliche Verpflichtung und damit freiwillig zuvor selbst gegenüber dem Zuwendungsempfänger begründet hat.

bb) Der Ehefrau des Klägers stand auch kein kraft Gesetzes entstandener Zugewinnausgleichsanspruch zu, der der Unentgeltlichkeit der Zuwendungen entgegenstünde. Der Anspruch auf Zugewinnausgleich entsteht kraft Gesetzes – wenn nicht ausnahmsweise, was hier nicht in Betracht kommt, die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Zugewinnausgleich vorliegen (§§ 1385 f. BGB) – erst mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes (§ 1363 Abs. 2 Satz 2 BGB), d. h. bei Tod eines Ehegatten (§ 1371 BGB), Scheidung oder Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes (§ 1414 BGB).

Entgegen der Auffassung des Klägers haben die Eheleute durch den Ehevertrag vom 17.10.1990 den seit der Eheschließung bestehenden gesetzlichen Güterstand nicht aufgehoben und damit beendet. Dem steht schon die ausdrückliche Vereinbarung der Eheleute entgegen, dass es beim Güterstand der Zugewinnngemeinschaft „auch weiterhin verbleiben“ solle. Diese eindeutige und klare Formulierung steht der Annahme entgegen, dass die Eheleute sämtliche Rechtswirkungen der Zugewinnngemeinschaft beseitigen bzw. beenden, d. h. über den Ausgleich „bisher entstandener Zugewinnansprüche“ hinaus auch die nach §§ 1365 ff. BGB bestehenden Verfügungsbeschränkungen beseitigen wollten. Der Vertrag zwischen den Eheleuten enthält vielmehr ausschließlich (zivilrechtlich zulässige) Abreden über die Modifikation der gesetzlichen Ausgleichsregeln. Dies gilt für die Vereinbarung über den Ausgleich des „bisher entstandenen“ Zugewinns wie auch bezüglich der zukünftigen Berechnung des Zugewinns. Auch soweit die Eheleute vereinbart haben, den in der Zeit zwischen dem Abschluss des Ehevertrages und dem 1.1.1991 entstehenden Zugewinn im Ergebnis nicht auszugleichen, liegt ebenfalls nur eine Einschränkung der gesetzlichen Ausgleichsregeln, nicht jedoch eine Aufhebung des gesetzlichen Güterstandes insgesamt vor. Die Auslegungsregel in § 1414 Satz 2 BGB kommt hier wegen der eindeutigen Vereinbarung, es solle beim gesetzlichen Güterstand „auch weiterhin verbleiben“, nicht zur Anwendung. Die diesen Gesichtspunkten entsprechende Vertragsauslegung durch das FG ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie entspricht den gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) und verstößt nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze; sie ist deshalb für den BFH als Revisionsgericht auch dann bindend, wenn sie nicht zwingend, sondern nur möglich ist (*Gräber/Ruban*, FGO, 5. Aufl., § 118 Rdnr. 24, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen).

cc) Der Umstand, dass zivilrechtlich der Abschluss eines Ehevertrages in der Regel keine Schenkung darstellt und damit keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 BGB) auslöst (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2325 Rdnr. 10) oder unbenannte (ehebedingte) Zuwendungen wegen ihrer ehегüterrechtlichen causa im Verhältnis zwischen

den Ehegatten nicht als unentgeltlich angesehen werden (vgl. *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2325 Rdnr. 15 f., 26; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 12. Aufl., § 2325 Rdnr. 34), führt nicht zu einer entsprechenden schenkungsteuerrechtlichen Beurteilung. Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht folgt dieser zivilrechtlichen Qualifizierung nicht, sondern stellt auf die objektive Unentgeltlichkeit ab (vgl. BFH, BStBl II 1994, 336, 368 f.).

dd) Soweit danach einerseits eine durch Beendigung der Zugewinnngemeinschaft kraft Gesetzes entstandene Ausgleichsforderung bzw. auf ihr beruhende Leistungen des Ausgleichsverpflichteten keine freigebige Zuwendungen darstellen und nicht unter § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG fallen, und andererseits ein rechtsgeschäftlich (ehevertraglich) vereinbarter Zugewinnausgleich der Schenkungsteuer unterliegt, weil insoweit eine freigebige und unentgeltliche Zuwendung vorliegt, entsprechen diese unterschiedlichen Steuerfolgen der Sachgesetzlichkeit des ErbStG, nämlich (nur) eine Bereicherung durch freigebige Zuwendungen zu erfassen (BVerfGE 67, 70 = BStBl II 1984, 608). Die Erbschaftsteuer knüpft an bestimmte Rechtsvorgänge an. Dies schließt den Einwand des Klägers aus, er habe dasselbe wirtschaftliche Ergebnis auch bei anderer, der Steuer nicht unterliegender Rechtsgestaltung, hier durch Beendigung des gesetzlichen Güterstandes, erreichen können. Der Kläger ist diesen (nichtsteuerbaren) Weg nicht gegangen; er hat insbesondere die Rechtsfolgen nicht herbeigeführt, die zum Ausschluss der Steuerbarkeit geführt hätten.

ee) Die Zuwendungen können auch nicht deswegen als entgeltlich angesehen werden, weil ihnen als Gegenleistung ggf. eine durch sie begründete Befreiung von einer künftigen Ausgleichsforderung – deren zivilrechtliche Zulässigkeit offen bleiben kann – gegenübersteht. Denn ob und in welcher Höhe eine solche Ausgleichsforderung bei einer späteren Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft bestehen wird, ist ungewiss. Es handelt sich lediglich um eine Erwerbschance, die nicht in Geld veranschlagt werden kann und deshalb nach § 7 Abs. 3 ErbStG bei der Feststellung, ob eine Bereicherung vorliegt, nicht zu berücksichtigen ist.

b) Die Zuwendungen an die Ehefrau des Klägers erfüllen auch den subjektiven Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats genügt zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes der freigebigen Zuwendung der (einseitige) Wille des Zuwendenden zur Unentgeltlichkeit. Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille im Sinne einer Bereicherungsabsicht („animus donandi“) ist nicht erforderlich. Der „Wille zur Unentgeltlichkeit“ liegt nach der Rechtsprechung des Senats vor, wenn sich der Zuwendende der Unentgeltlichkeit der Zuwendung derart bewusst ist, dass er seine Leistung ohne Verpflichtung (und sei es auch nur in Bezug auf eine Naturobligation) und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung (oder einem Gemeinschaftszweck) erbringt. Anders ausgedrückt ist der Wille zur Unentgeltlichkeit dann 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 (vgl. m. w. N. BFH, BStBl II 1994, 366). Der Wille zur Freigebigkeit wird aufgrund der dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen bestimmt (vgl. BFH, BStBl II 1987, 80 m. w. N.).

Da im Streitfall, anders als bei vollständiger Beendigung des gesetzlichen Güterstandes, keine gesetzliche Ausgleichsfor-

derung entstanden ist, sondern der Kläger seiner Ehefrau ohne rechtliche Verpflichtung einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns eingeräumt hat, ist anzunehmen, dass der Kläger bewusst die Zuwendungen an seine Ehefrau ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung erbracht hat.

bb) Der subjektive Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entfällt zwar, wenn der Zuwendende seine Leistung – wenn auch irrtümlich – als entgeltliche ansieht, wenn er also annimmt, entweder zu seiner Leistung rechtlich verpflichtet zu sein oder dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Allerdings schließt nicht jeder Irrtum des Zuwendenden über die Unentgeltlichkeit 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 – irrtumsausschließende – 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 (vgl. BFH, BStBl II 1987, 80 m. w. N.).

Irrt der Zuwendende aber – wie im Streitfall – über die Reichweite einer von ihm angenommenen Steuerfreiheit – die insbesondere aus § 5 Abs. 2 ErbStG folgen soll, so irrt er nicht über die Unentgeltlichkeit, sondern unterliegt – lediglich – einem Subsumtionsirrtum. Denn einen solchen Subsumtionsirrtum zu begehen setzt voraus, dass der rechtlich-soziale Bedeutungsgehalt auch ohne exakte juristische Subsumtion zunächst zutreffend erfasst worden ist.

2. Der Steuerbarkeit der Zuwendungen an die Ehefrau des Klägers steht § 5 Abs. 2 ErbStG nicht entgegen.

Nach dieser Vorschrift gehört die Ausgleichsforderung (§ 1378 BGB) u. a. dann nicht zum Erwerb i. S. der §§ 3 und 7 ErbStG, wenn der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet wird. Diese gesetzliche Regelung schränkt den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht ein; ihr kommt nach allgemeiner Meinung (Hübner in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 45; Moench/Weinmann, ErbStG, § 5 Rdnr. 54; Meincke, ErbStG, § 5 Rdnr. 38; Gebel in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand März 2005, § 5 Rdnr. 60; so auch BFH, BStBl II 1993, 510) in Bezug auf § 7 ErbStG lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Sie grenzt nach denselben Merkmalen wie § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die steuer-

baren von den nicht steuerbaren Vorgängen, nämlich danach ab, ob der der Zuwendung zugrunde liegende (Ausgleichs-) Anspruch kraft Gesetzes entstanden ist oder durch ehevertragliche Vereinbarungen von den Ehegatten freiwillig begründet wurde, indem er auf die Beendigung des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft abstellt. Denn nur bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes entsteht der Zugewinnausgleichsanspruch kraft Gesetzes und damit ohne gewillkürten, den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ausfüllenden Zuwendungsakt der Ehegatten. Der Kläger und seine Ehefrau haben im Streitfall den gesetzlichen Güterstand nicht i. S. von § 5 Abs. 2 ErbStG beendet, sondern lediglich einen zwischenzeitlichen Zugewinnausgleich schuldrechtlich vereinbart.

3. Zu Recht hat das FG im Streitfall auch die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze zur mittelbaren Grundstücksschenkung (vgl. BFH, BStBl II 2005, 188 = MittBayNot 2005, 440; BFH/NV 2005, 213 = ZEV 2005, 34) abgelehnt. Eine solche mittelbare Schenkung scheidet schon daran, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Ehefrau des Klägers die ihr zugewendeten Forderungen und Verzichte ihrerseits nur zur Renovierung des betreffenden Grundstücks verwenden durfte; eine mittelbare Grundstücksschenkung scheidet somit von vornherein aus (vgl. BFH/NV 2005, 971 = DStR 2005, 736).

28. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1 (*Verzicht auf Zugewinnausgleich für den Fall der Scheidung*)

Schließen Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, für den Fall einer Scheidung den Zugewinnausgleich aus und verpflichtet sich der ausgleichsverpflichtete Ehegatte im Gegenzug dazu, einen bestimmten Geldbetrag zu zahlen und ein bestimmtes Grundstück zu übertragen, handelt es sich hierbei nicht um freigiebige Zuwendungen. Dies gilt auch dann, wenn die Verpflichtung noch bei fortbestehendem Güterstand erfüllt wird.

FG Nürnberg, Urteil vom 9.6.2005, IV 446/2004

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen abgedruckt in DStRE 2005, 1154. Revision beim BFH ist eingelegt (II R 12/06).

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar Dr. Eduard Wufka, Starnberg, verstorben am 11.7.2006

Notar a. D. JR Walter Dilg, Kaiserslautern, verstorben am 15.8.2006

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Notar Dr. Rainer Regler, Pappenheim (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung vom 1.9.2006:

Notar Josef Massinger, Bad Reichenhall

Mit Wirkung vom 1.2.2007:

Notar Dr. Wolfgang Bader, München

Notar Klaus Preißinger, Ottobeuren

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.2006:

Bad Königshofen i. Grabfeld der Notarassessorin Nicola Struck (bisher in München Notarstelle Dr. Kreuzer)

Kempten dem Notarassessor Dr. Frank Seifert (bisher in München Notarstellen Dr. Reinl/Zöller)

Naila dem Notarassessor Oliver Kuhn (bisher in Rosenheim Notarstelle Dr. Spiegelberger)

Pappenheim dem Notarassessor Dr. Rainer Regler (bisher in München Notarstellen Spoerer und Verwaltung Dr. Eckhardt)

Pappenheim dem Notarassessor Rolf Metzger (bisher in München Notarstelle Wurm)

Mit Wirkung vom 15.8.2006:

Sonthofen (in Sozietät mit Notarin Cathrin Caspary) dem Notarassessor Dr. Christian Berringer (bisher abgeordnet an das Bundesjustizministerium, Berlin)

Mit Wirkung vom 1.9.2006:

Bad Reichenhall dem Notar Michael Lottner (bisher in Nürnberg)

Deggendorf dem Notarassessor Sebastian Ruhwinkel (in Sozietät mit Notar Dr. Stefan Kurz) (bisher in München Notarstelle Dr. Wolfsteiner)

München dem Notarassessor Dr. Hartmut Wicke (in Sozietät mit Notar Rudolf Spoerer) (bisher in München Notarstellen Dr. Vossius/Dr. Engel, abgeordnet an das Deutsche Notarinstitut)

Mit Wirkung vom 1.10.2006:

Würzburg dem Notar a. D. Hans-Ulrich Sorge (in Sozietät mit Notar Thomas Baumann) (bisher in München Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern)

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

München dem Notar Thomas Wachter (bisher in Osterhofen)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Martin Leiß, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Schmalzl/Blomeier), wurde mit Wirkung vom 27.10.2005 promoviert.

Notarassessorin Anja Heringer, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), wurde mit Wirkung vom 7.6.2006 promoviert.

Notarin a. D. Dr. Helene Förtig, München (Geschäftsführerin der Notarkasse A.d.ö.R.), führt seit 30.6.2006 den Namen Ludewig.

Notar a. D. Rainer Regler, München (Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern), wurde mit Wirkung vom 30.6.2006 promoviert.

Notar Peter Baltzer, Weiden, wurde mit Wirkung vom 3.7.2006 promoviert.

Notarassessor Tobias Kappler, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz), wurde mit Wirkung vom 12.7.2006 promoviert.

Notarassessor Florian Dietz, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter), wurde mit Wirkung vom 14.7.2006 promoviert.

Notarassessor Thomas Hagmaier, Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer), wurde mit Wirkung vom 18.7.2006 promoviert.

Notarassessor Wolfgang Rösing, Berlin (Bundesnotarkammer), wurde zum 31.7.2006 aus dem notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern entlassen und wechselt zum 1.8.2006 in den notariellen Anwärterdienst der Freien und Hansestadt Hamburg.

Amtfrau i. N. Christine Reindl, Fürth (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer), ab 1.7.2006 in Lauf a. d. Pegnitz (Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Reindl)

Amtfrau i. N. Susanne Tabbert, Freinsheim (Notarstelle Dr. Schönberger), ab 1.8.2007 in Kaiserslautern (Notarstellen Pres/Jakob)

Amtmann i. N. Frank Mattern, Ludwigshafen a. Rh. (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge), ab 1.8.2007 in Freinsheim (Notarstelle Dr. Schönberger)

5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):

Roland Graß, München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Georg Hofbauer, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Norbert Schlereth, Aschaffenburg (Notarstellen Schiller/Holzheu)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):

Maria Adam-Geuther, Lichtenfels (Notarstelle Dr. Schmidlein)

Christof Block-von Manteuffel, Erlangen (Notarstellen Dr. Kamlah/Dr. Martini)

Hartwig Brugger, Lindenberg (Notarstelle Dr. Hippler)

Norbert Fendt, Passau (Notarstelle Dr. Krafka)

Roland Halbing, Lindenberg (Notarstelle Dr. Hippler)

Helmut Pfister, München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede)

Helmut Strangmüller, Rothalmünster (Notarstellen Meier-Kraut/Braun)

Edmund Tometschek, Kaufbeuren (Notarstelle Gürtler)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):

Christoph Frey, Mindelheim (Notarstelle Franzmann)

Rainer Mucha, Immenstadt (Notarstellen Kellner/Dr. Bülow)

Claudia Pressler, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz)

Roswitha Priller, Mainburg (Notarstelle Dr. Reisnecker)

Angelika Rothhaar, München (Prüfungsabteilung)

Bruno Stock, Mindelheim (Notarstelle Franzmann)

Michael Weppler, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Max Wiltschko, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (VerGr. IVb BAT):

Theresa Ballis, Wertingen (Notarstelle Senft)

Helga Bunk, Zusmarshausen (Notarstelle Schmid)

Brigitte Heidingsfelder, Mainburg (Notarstelle Dr. Reisnecker)

Katja Roßbach, Hof (Notarstelle Dr. Krauß)

Marc Schellhorn, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebig)

Tanja Schmidtmayer, München (Notarstelle Wurm)

Elke Schweigert, Nürnberg (Notarstelle Dr. Balzer)

Matthias Tischler, Landau (Notarstellen Baumann/Sties)

Miriam Vonbriel, Friedberg (Notarstelle Brandt)

Daniela Wenig, Regensburg (Notarstelle Dr. Huber)

Jens Winter, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Mit Wirkung zum 1.8.2006:

Zur Amtsrätin i. N. (VerGr. III BAT):

Gertrud Niggel, Rosenheim (Notarstelle Dr. Spiegelberger)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Erich Heinrich, Starnberg (ehemalige Notarstelle Dr. Wufka), ab 1.10.2006 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Buchloe, Notarstelle Dr. Winkelmann, Telefon 08241 9613-0 oder 3063

Ebern, Notarstelle Ulbricht, Nikolaus-Fey-Straße 3, 96106 Ebern

Eltmann, Notarstelle Dr. Strasser, Telefon 09522 708935-0, Fax 09522 708935-35, E-Mail: info@notar-eltmann.de

Neumarkt i. d. OPf., Notarstelle Walter, Fax 09181 293410

Nördlingen, Notarstelle Dr. Lotter, E-Mail: info@notar.lotter.de

Passau, Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz, E-Mail: mail@notare-reimann-schwarz.de

Simbach am Inn, Notarstelle Dr. Mayer, E-Mail: Keil@notar-joerg-mayer.de

Straubing, Notarstelle Hagenbucher, E-Mail: mail@notar.hagenbucher.de

Waldsassen, Notarstelle Taubeneder, Mitterteicher Straße 31, 95652 Waldsassen

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

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.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Aktienrecht in der Praxis (Krieger, Priester)
6./7.10.2006 in Düsseldorf 2. Miet- und Ratenzahlungskauf in der notariellen Praxis (Hügel, Salzig)
7.10.2006 in Bochum 3. Wohnungseigentum und Wohnungserbbaurecht in der notariellen Praxis (Langhein, Rapp, Volk)
13./14.10.2006 in Gelsenkirchen 4. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß)
13.10.2006 in Wiesbaden
14.10.2006 in Berlin | <ol style="list-style-type: none"> 5. Update Grundstückskaufvertrag – mit Buch und CD-ROM (Krauß)
20.10.2006 in Kassel
21.10.2006 in Bremen 6. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
27.10.2006 in Bochum
28.10.2006 in Bremen |
|--|---|
- 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

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. Bauer: Der Notgeschäftsführer in der GmbH. O. Schmidt, 2006. 368 S., 79,80 € 2. Fleischauer/Preuß: Handelsregisterrecht. E. Schmidt, 2006. 1 051 S., 98 € 3. Graf Kanitz: Bilanzkunde für Juristen. Beck, 2006. 318 S., 40 € 4. Hügel/Salzig: Mietkauf. Beck, 2006. 190 S., 56 € 5. Landsittel: Gestaltungsmöglichkeiten von Erbfällen und Schenkungen. 3., vollst. neu bearb. Aufl., Haufe, 2006. 816 S., 89 € + CD-ROM 6. Liebscher: GmbH-Konzernrecht. Beck, 2006. 435 S., 84 € 7. Reichert/Weller: Der GmbH-Geschäftsanteil. Beck, 2006. 311 S., 56 € 8. Reimann/Bengel/Mayer: Testament und Erbvertrag. 5., überarb. Aufl., Luchterhand, 2006. 1 300 S., 99 € | <ol style="list-style-type: none"> 9. Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis. Beck, 2006. 367 S., 68 € 10. Schippel/Bracker: Bundesnotarordnung. 8., neu bearb. Aufl., Vahlen, 2006. 952 S., 138 € 11. K. Schmidt (Hrsg.): Münchener Kommentar zum HGB. Band 2, §§ 105–160 HGB. 2. Aufl., Beck/Vahlen, 2006. 998 S., 170 € 12. Ulmer/Brandner/Hensen: AGB-Recht. 10. Aufl., O. Schmidt, 2006. 1 968 S., 149 € 13. Weirich: Grundstücksrecht. 3., neu bearb. Aufl., Beck, 2006. 616 S., 39,80 € 14. Wufka: J. von Staudinger BGB. Buch 2. §§ 311 b, 311 c. 14., neu bearb. Aufl., Sellier/de Gruyter, 2006. 240 S., 94 € |
|--|--|

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F