

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Notare

Dr. Hermann Amann,
Berchtesgaden

Dr. Johann Frank, Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,
München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Dr. Dieter Mayer, München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,
Passau

Schriftleiter:

Notarassessor
Dr. Lorenz Bülow

Neu unter
www.notare.bayern.de

- Einrichtung einer Einzelhomepage für Notare und Notarsozietäten
- Neues Notarverzeichnis mit umfassenden Suchmöglichkeiten

ISSN 0941-4193

Aus dem Inhalt

Seite

Abhandlung

Lautner, Auswirkungen der Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die notarielle Tätigkeit im Grundstücksverkehr 425

Kurze Beiträge

Schmidt, Balkone als Sondereigentum 442

Wörner, Die Lastenfreistellung bei der Veräußerung von Teilflächen – Freigabevormerkung 450

Weichselbaumer, Das Elektronische Urkundenarchiv in Bayern – Realität 452

Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“

Schwarzmann, Ethische Dilemmata: Verhandlung als Frage der Moral 456

Rechtsprechung

Richtigstellung des Grundbuches nach Umwandlung einer GbR in eine Personenhandelsgesellschaft (LG München I, Beschluss vom 18.6.2001 – 1 T 8299/01 –) 482
mit Anmerkung *Limmer* 483

Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen II (BVerfG, Beschluss vom 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92 –) 485
mit Anmerkung *Schervier* 486

Grunderwerbsteuer bei Übernahme von Erschließungskosten (BFH, Urteil vom 15.3.2001 – II R 39/99 –) 499
mit kurzem Beitrag von *Gottwald/Mehler* 438

Inhaltsübersicht

	Seite
Abhandlungen	
<i>Lautner</i> , Auswirkungen der Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die notarielle Tätigkeit im Grundstücksverkehr	425
Kurze Beiträge	
<i>Gottwald/Mehler</i> , Erschließungskosten und Grunderwerbsteuer (zugleich Anmerkung zu BFH, Urteil vom 15.3.2001 – II R 39/99 –)	438
<i>Schmidt</i> , Balkone als Sondereigentum	442
<i>Wörner</i> , Die Sicherung der Lastenfreistellung bei der Veräußerung von Teilflächen durch Freigabevormerkung	450
<i>Weichselbaumer</i> , Das Elektronische Urkundenarchiv in Bayern – Realität	452
Praxisforum „Verhandeln und Vermitteln“	
<i>Schwarzmann</i> , Ethische Dilemmata: Verhandlung als Frage der Moral	456
Buchbesprechungen	
Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht (<i>Auer</i>)	464
Bergschneider, Verträge in Familiensachen (<i>Bandel</i>)	465
Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge (<i>Grziwotz</i>)	466
Knopp/Albrecht, Bodenschutz- und Altlastenklauseln (<i>Sorge</i>)	466
Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts (<i>Krauß</i>)	467
Odersky, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle (<i>Schemmann</i>)	468
Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht (<i>Schwarz</i>)	469
Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz; Rössler/Troll, Bewertungsgesetz (<i>Wälzholz</i>)	470
Rechtsprechung	
Bürgerliches Recht	
<i>Allgemeines</i>	
1. Eintritt des Käufers in ein Mietverhältnis (BGH, Urteil vom 30.3.2001 – V ZR 461/99 –)	472
2. Schadensersatz bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (BGH, Urteil vom 6.4.2001 – V ZR 394/99 –)	473
3. Keine Arglist bei fehlender Erinnerung an offenbarungspflichtigen Mangel (BGH, Urteil vom 11.5.2001 – V ZR 14/00 –)	476
4. Ratenplan nach MaBV und Bürgschaft (OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.4.2001 – 4 U 83/00 –)	478

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
<i>Sachen- und Grundbuchrecht</i>	
5. Bodenplatten von Balkonen als Gemeinschaftseigentum (BGH, Urteil vom 25.1.2001 – VII ZR 193/99 –)	479
6. Berechtigte Zweifel an Genehmigungsfreiheit nach GrdstVG (BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 118/00 –)	480
7. Spitzboden mit Zugang ausschließlich über Sondereigentum (BayObLG, Beschluss vom 14.2.2001 – 2Z BR 3/01 –)	480
8. Zulässigkeit einer Energiebezugsdienstbarkeit (Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.5.2001 – 3 W 32/01 –)	481
9. Richtigstellung des Grundbuches nach Umwandlung einer GbR in eine Personenhandels- gesellschaft (LG München I, Beschluss vom 18.6.2001 – 1 T 8299/01 –)	482
mit Anmerkung <i>Limmer</i>	483
10. Teilvollzug einer Löschungsbewilligung (LG München I, Beschluss vom 23.7.2001 – 1 T 12154/01 –)	484
<i>Familienrecht</i>	
11. Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen II (BVerfG, Beschluss vom 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92 –)	485
mit Anmerkung <i>Schervier</i>	486
<i>Erbrecht</i>	
12. Zu den Pflichten eines Miterben-Testamentsvollstreckers, der ein Nachlassgrundstück im Wege der Teilungsversteigerung erwirbt (BGH, Urteil vom 23.5.2001 – IV ZR 64/00 –)	488
13. Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs aus vermachtem Ankaufsrecht (BGH, Urteil vom 27.6.2001 – IV ZR 120/00 –)	489
Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
14. Höhe der Barabfindung, Ermittlung des Umtauschverhältnisses – DAT/Atlanta (BGH, Beschluss vom 12.3.2001 – II ZB 15/00 –) (<i>nur Leitsatz</i>)	491
15. Wirksamkeit der Abtretung eines unter dem Mindestnennbetrag liegenden Teilgeschäfts- anteils (KG, Beschluss vom 3.5.2001 – 1 W 9272/00 –)	491
16. Anmeldung einer Gesellschaft und Zeichnung der Unterschrift (OLG Hamm, Beschluss vom 5.5.2000 – 15 W 21/01 –)	492
17. Keine neue Unterschriftszeichnung des Einzelkaufmanns bei bloßer Firmenänderung (LG Amberg, Beschluss vom 31.1.2001 – 41 HK T 938/00 –)	494
Beurkundungs- und Notarrecht	
18. Zuständigkeit für Beschwerde nach § 15 BNotO (BGH, Beschluss vom 5.4.2001 – III ZB 48/00 –) (<i>Nur Leitsatz</i>)	494

Inhaltsübersicht (Fortsetzung)

	Seite
Kostenrecht	
19. Keine weitere Beschwerde bei Anforderung eines Kostenvorschusses (BayObLG, Beschluss vom 21.2.2001 – 3Z BR 63/01 –)	494
20. Landwirtschaftsprivileg I – Betriebsgröße (BayObLG, Beschluss vom 16.5.2001 – 3Z BR 131/01 –)	495
21. Landwirtschaftsprivileg II – Einbringung in KG zur Nutzung (BayObLG, Beschluss vom 23.5.2001 – 3Z BR 54/01 –)	496
Steuerrecht	
22. Übernahme von GmbH-Anteilen bei Kapitalerhöhung unter dem gemeinen Wert als Schenkung (BFH, Urteil vom 20.12.2000 – II R 42/99 –)	497
23. Grunderwerbsteuer bei Übernahme von Erschließungskosten (BFH, Urteil vom 15.3.2001 – II R 39/99 –)	499
24. Grunderwerbsteuer bei Übergang eines Grundstücks von einer durch Formwechsel einer GmbH entstandenen GbR auf eine KG (BFH, Urteil vom 4.4.2001 – II R 57/98 –)	501
Hinweise für die Praxis	
1. Einkommensteuer: Anwendbarkeit der Drei-Objekt-Grenze auf Mehrfamilienhäuser und Veräußerung im Erbfall (BMF-Schreiben vom 9.7.2001 – IV A 6 – S 2240 – 35/01 –)	503
2. Einkommensteuer: Einkommensteuerliche Behandlung von Eigentumsübertragungen bei Ehescheidungen im Rahmen des Zugewinnausgleichs unter Berücksichtigung von § 23 EStG (OFD München, Verfügung vom 26.6.2001 – S 2256 – 17 St 41 –; OFD Nürnberg, Verfügung vom 26.6.2001 – S 2256 – 53/St 32 –)	503
3. Einkommensteuer: Ertragsteuerliche Beurteilung der Mitunternehmern gehörenden Anteile an Kapitalgesellschaften (OFD München, Verfügung vom 2.4.2001 – S 2134 – 4/6 St 41 –; OFD Nürnberg, Verfü- gung vom 2.4.2001 – S 2134 – 74/St 31 –)	504
Standesnachrichten	507
Sonstiges	III
Veranstaltungen	III
Neuerscheinungen	IV

ABHANDLUNGEN

Auswirkungen der Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die notarielle Tätigkeit im Grundstücksverkehr

Von Notar *Konrad Lautner*, Straubing

Als Meilenstein¹ der Rechtsentwicklung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – so kann man das Grundsatzurteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 29.1.2001² zur Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR gestrost bezeichnen. Dem entspricht auch das umfassende literarische Echo, das diese Entscheidung bisher zu Recht gefunden hat³. Der Verfasser will das Urteil nicht nochmals rezensieren; vielmehr sollen die Konsequenzen der Entscheidung für die notarielle Praxis aufgezeigt werden. Wenn der BGH in seinem ersten Leitsatz formuliert: „Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts besitzt Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.“, kann das nicht ohne Folgen für die Notarpraxis bleiben⁴. Die Auswirkungen des Urteils zeigen sich z.B. schon bei der Frage, wer künftig im Urkundeneingang eines notariellen Grundstückskaufvertrags unter Beteiligung einer GbR als Käufer oder Verkäufer überhaupt als Vertragspartei, also als materiell Urkundsbeteiligter aufzuführen ist.

I. Einleitung

Eine Reihe von Folgeproblemen, die die notarielle Tätigkeit unmittelbar berühren, wurden von einigen Urteilsrezensenten bereits angesprochen und sind mittlerweile zum Teil Gegenstand eigener Abhandlungen geworden:

1. die Grundbuchfähigkeit der GbR⁵,
2. die Beteiligungsfähigkeit der GbR an Personenhandels- gesellschaften (OHG, KG)⁶,
3. die Erbfähigkeit der GbR⁷,
4. GbR und Zwangsvollstreckungsunterwerfung⁸.

Im vorliegenden Beitrag sollen die Auswirkungen der Entscheidung auf die notarielle Beurkundungstätigkeit im Grundstücksverkehr untersucht werden. Die weiteren angesprochenen Problemstellungen bleiben einem gesonderten Beitrag vorbehalten.

Wie namentlich von *K. Schmidt*⁹ und *Ulmer*¹⁰ herausgestellt, muss jedoch als notwendige Vorfrage zur Behandlung von Folgeproblemen der Entscheidung zunächst der Anwendungsbereich der neuen Rechtsprechung geklärt werden, d.h.

¹ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, spricht von einem „Markstein auf dem Wege zur Enträtselung der GbR“.

² BGH, Urteil vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 = MittBayNot 2001, 192 (mit Anm. *Ann*).

³ Zustimmung: *Ulmer*, ZIP 2001, 585; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993; *Habersack*, BB 2001, 477; *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356; *Römermann*, DB 2001, 428; *Ann*, MittBayNot 2001, 197; zurückhaltend: *H. P. Westermann*, NZG 2001, 289; ablehnend: *Schemmann*, DNotZ 2001, 244; *Peifer*, NZG 2001, 296; *Heil*, NZG 2001, 300.

⁴ Vgl. *Ann*, MittBayNot 2001, 197, 198.

⁵ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 594 f.; *H. P. Westermann*, NZG 2001, 289, 293 f.; *Habersack*, BB 2001, 477, 479; *Heil*, NZG 2001, 300, 305; *Ann*, MittBayNot 2001, 197, 198, und nunmehr: *Eickmann*, ZfIR 2001, 433; *Demharter*, RPfleger 2001, 329; *Münch*, DNotZ 2001, 535.

⁶ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 595 f.; *H. P. Westermann*, NZG 2001, 289, 294.; *Habersack*, BB 2001, 477, 479, und nunmehr: *Steinbeck*, DStR 2001, 1162; *Münch*, DNotZ 2001, 535.

⁷ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 596; *Habersack*, BB 2001, 477, 479.

⁸ *Ann*, MittBayNot 2001, 197, 198; *Schemmann*, DNotZ 2001, 244, 250 f.

⁹ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001.

¹⁰ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 591 ff.

welchen Erscheinungsformen der GbR¹¹ soll überhaupt die vom BGH postulierte Rechts- und Parteifähigkeit zugute kommen.

II. Anwendungsbereich des Urteils – die Außen-gesellschaft bürgerlichen Rechts

1. Außen- und Innengesellschaften

Nicht jede GbR verfügt nach der Entscheidung des BGH über Rechts- und Parteifähigkeit. Der Leitsatz des Urteils lautet ja nicht etwa „Die GbR“ besitzt Rechtsfähigkeit; vielmehr stellt der II. Senat mit einem Klammerzusatz klar, dass er seine Entscheidung nur auf die *Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts* angewendet wissen will. Bloße Innengesellschaften sind dagegen auch weiterhin nicht rechtsfähig¹². Änderungen gegenüber der bisherigen Praxis ergeben sich für solche Gesellschaften nicht.

Als Innengesellschaften werden Gesellschaften bezeichnet, die nach den Vereinbarungen der Gesellschafter als solche nicht nach außen in Erscheinung treten und sich auf die interne (schuldrechtliche) Vereinbarung beschränken¹³, die also – in den Worten des BGH – nicht durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen. Kennzeichnend für den Typus Innengesellschaft soll das Fehlen einer Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag¹⁴ sowie i.d.R. – nach a.A. stets¹⁵ – der Verzicht auf die Bildung eines Gesamthandsvermögens sein¹⁶. Sicherlich nicht rechtsfähig sind daher die Stille Gesellschaft (§§ 230 ff. HGB), die stille Gesellschaft des bürgerlichen Rechts¹⁷ (= stille Beteiligung an nicht-kaufmännischem Unternehmen), Unterbeteiligungen verschiedener Art, Kartelle usw.¹⁸.

Demgegenüber nehmen Außengesellschaften als solche am Rechtsverkehr teil. Außengesellschaften soll man am Vorhandensein einer zum Auftreten nach außen erforderlichen Organisation, insbesondere von Gesellschaftsorganen (Geschäftsführern)¹⁹ und der regelmäßigen – nach a.A. notwendigen²⁰ – Bildung eines Gesamthandsvermögens erkennen. Unzweifelhaft kann daher nach dem Urteil des II. Senats Gesellschaften, die ein Kleingewerbe betreiben, deren Unternehmen also eine kaufmännische Einrichtung im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB nicht erfordert und die jederzeit durch Eintragung zur OHG

werden könnten, §§ 2, 105 Abs. 2 HGB²¹, freiberuflichen Sozietäten²², Bau-Arbeitsgemeinschaften²³, aber z.B. auch nach außen auftretenden Konsortien (z.B. Emissionskonsortien)²⁴ und als GbR organisierten Holdinggesellschaften²⁵ Rechts- und Parteifähigkeit zugebilligt werden.

2. Rechtsfähigkeit jeder Außen-GbR?

Indes werden Zweifel laut, ob an dieser traditionellen Abgrenzung zwischen Innen- und Außengesellschaft für die Frage, welche Arten von BGB-Gesellschaften rechtsfähig sind, festgehalten werden kann²⁶. Nach der herkömmlichen Definition fallen nämlich z.B. auch die in der notariellen Praxis durchaus häufig vorkommenden Ehegatten- oder Familiengrundstücksverwaltungsgesellschaften schon wegen des bei diesen Gesellschaften immer vorhandenen Gesamthandsvermögens unter den Begriff der Außengesellschaft²⁷. *K. Schmidt* hält die Einbeziehung solcher Gesellschaften in den Kreis der rechtsfähigen Außengesellschaften unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zum neuen § 105 Abs. 2 HGB und ein entgegenstehendes Rechtsgefühl für fragwürdig²⁸, *Ulmer* verweist darauf, dass die Absicht des II. Senats, „die Teilnahme der (Außen-)GbR am Rechtsverkehr rechtlich zu fundieren und Gesellschaftern und vor allem auch Gläubigern die Durchsetzung der auf diesem Wege begründeten Rechte und Verbindlichkeiten der GbR zu erleichtern“, für solche Gesellschaften nicht passe²⁹; vielmehr sollten nur „höherstufige“ GbR in den Genuss der Rechts- und Parteifähigkeit kommen. *Eickmann*³⁰ schließlich bezeichnet es als sinnvoll und praktisch wünschenswert, Vermögensverwaltungsgesellschaften von Ehegatten oder Familien aus dem Anwendungsbereich der Entscheidung des BGH auszunehmen.

Das offensichtliche Unbehagen der genannten Autoren, derartige Außengesellschaften als rechtsfähig anzusehen, resultiert wohl hauptsächlich aus der die Gesellschafter in der Konsequenz des BGH-Urteils³¹ treffenden strengen akzessorischen persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten entsprechend §§ 128 f. HGB³². Die haftungsrechtlichen Folgen der Zuerkennung der Rechtsfähigkeit werden noch gravierender, wenn man die persönliche Haftung der Gesellschafter der rechtsfähigen GbR entsprechend der Haftungssituation bei der OHG auch auf gesetzliche Verbindlichkeiten³³ und Altver-

¹¹ Zu den vielgestaltigen Erscheinungsformen der GbR vgl. *Ulmer*, in *MünchKomm zum BGB*, Bd. 5, 3. Aufl. 1997, vor § 705 BGB Rdnr. 22 ff.

¹² *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001; *Habersack*, BB 2001, 477, 479; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435.

¹³ Vgl. *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl. 1997, § 58 II 2. a); *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 208, 231, 233; *G. Hueck*, *Gesellschaftsrecht*, 19. Aufl. 1991, § 2 III.

¹⁴ RGZ 166, 160, 163; BGHZ 12, 308, 314; *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnrn. 209, 229, 233.

¹⁵ *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 43 II 3. a), b), § 58 II 2. a); *Timm*, NJW 1995, 3209, 3216.

¹⁶ *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnrn. 209, 229.

¹⁷ *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 240 ff.

¹⁸ Zu weiteren Beispielen s. *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 237.

¹⁹ *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 209.

²⁰ *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 43 II 3. a), b), § 58 II 2. a); *Timm*, NJW 1995, 3209, 3216.

²¹ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 594.

²² *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 594; *Römermann*, DB 2001, 428, 429.

²³ BGH MittBayNot 2001, 192: eine solche bauwirtschaftliche ARGE lag der BGH-Entscheidung zugrunde.

²⁴ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 594; *Römermann*, DB 2001, 428, 429.

²⁵ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001; *Römermann*, DB 2001, 428, 429.

²⁶ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 f.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 592 ff.; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435 f.; für eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs auch: *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356, 359 f.; *Schemmann*, DNotZ 2001, 244, 252.

²⁷ Vgl. *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 f.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 592 ff.; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435 f.; *Habersack*, BB 2001, 477, 478 f.

²⁸ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 f.

²⁹ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 592 f.

³⁰ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435 f.

³¹ BGH MittBayNot 2001, 192 (3. Leitsatz), Begründung (unter B.) dort insoweit nicht abgedruckt; nachzulesen z.B. in DNotZ 2001, 234, 243 f.

³² Vgl. *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356, 359 f.

³³ Dafür: *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 998 f.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 596 ff.; *Habersack*, BB 2001, 477, 481; *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356, 359.

bindlichkeiten³⁴ der Gesellschaft ausdehnt. Ob abgesehen von der Haftungsproblematik die Anwendung des BGH-Urteils auf vermögensverwaltende Ehegatten- und Familiengesellschaften tatsächlich „Kopfschmerzen“ bereiten muss³⁵ oder keine vernünftigen Ergebnisse³⁶ bringt, sei dahingestellt³⁷.

3. Abgrenzungskriterien

Das von *K. Schmidt* entwickelte Abgrenzungskriterium der Unternehmensträgerschaft³⁸ kann angesichts der eine bauwirtschaftliche ARGE betreffenden BGH-Entscheidung nicht als brauchbares Kriterium herangezogen werden³⁹, da eine solche ARGE i.d.R. gerade kein Unternehmensträger ist⁴⁰. Auch § 105 Abs. 2 HGB n.F. bietet kein brauchbares Abgrenzungskriterium, insbesondere da z.B. Freiberufersozietäten dann nicht vom Anwendungsbereich des Urteils erfasst wären⁴¹.

Gestützt auf die von *John*⁴² begründete Lehre von der Personifikation der Personenverbände will *Ulmer* unter Hinweis auf das vom II. Senat im Leitsatz genannte Kriterium der „Teilnahme am Rechtsverkehr“ nur solchen Gesellschaften Rechtsfähigkeit zuerkennen, die unter eigener Identitätsausstattung (Name und Sitz) mit eigener Handlungsorganisation (Gesellschafter als Geschäftsführer) und eigener Haftungsverfassung (Gesamthandsvermögen) am Rechtsverkehr teilnehmen⁴³. Ehegatten- oder Familienvermögensverwaltungsgesellschaften seien nach dieser Auffassung nicht rechtsfähig, da sie ohne Verbandsnamen im Rechtsverkehr auftreten und nicht durch Geschäftsführer, sondern durch die Ehegattengesellschafter selbst handeln würden⁴⁴.

4. Stellungnahme

Für die zuletzt genannte Auffassung spricht aus Sicht der Praxis, dass sie mit der Anknüpfung an äußerlich erkennbare und wertungsfreie Kriterien (Name, Auftreten von Geschäftsführern, Gesamthandsvermögen) als gut handhabbar und damit rechtssicher erscheint⁴⁵. Ob sie jedoch tatsächlich geeignet

ist, die besagten Ehegatten- und Familiengesellschaften aus dem Anwendungsbereich des BGH-Urteils herauszuhalten, darf bezweifelt werden.

Dies gilt zum einen schon deshalb, weil man solchen Gesellschaften das Vorliegen einer Handlungsorganisation oft schwerlich wird absprechen können. Eine Handlungsorganisation im Sinne einer Bestellung von Geschäftsführern zu Organen der Gesellschaft kann es nämlich auch dort geben, wo (sämtliche) Gesellschafter entsprechend dem Grundsatz der §§ 709 Abs. 1, 714 BGB handeln müssen⁴⁶. Bei einer Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts (Kleingewerbe, Freiberufersozietät), die unstreitig in den Anwendungsbereich des Urteils fällt, können die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag Gesamtvertretung aller Gesellschafter vereinbaren, obgleich dies die praktische Handhabbarkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr erheblich erschwert. Dennoch würden wohl auch die Anhänger der Lehre von der Personifikation der Personenverbände in diesem Fall vom Vorliegen einer Handlungsorganisation ausgehen. Selbst bei einer OHG kann gemäß § 125 Abs. 2 S. 1 I. Alt. HGB Gesamtvertretung aller Gesellschafter vorgesehen werden. Trotzdem handelt es sich dabei, wie schon der Gesetzeswortlaut zeigt, um einen Fall der organschaftlichen Vertretung⁴⁷, nicht etwa um Selbsthandeln der Gesellschafter. Nicht zuletzt die kautelarjuristische Praxis spricht gegen die Auffassung, bei Ehegatten- und Familienvermögensverwaltungsgesellschaften bestehe keine Handlungsorganisation. Man denke nur an den Fall einer Familien-Grundstücks-GbR unter Beteiligung minderjähriger Kinder; eine Gestaltung, die im Bereich vorweggenommener Erbfolge häufig vorkommt. Jeder Vertragsgestalter wird hier – sinnvollerweise und dem Willen der Beteiligten entsprechend – vorschlagen, nur den Eltern Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis einzuräumen und damit eine Handlungsorganisation zu begründen. Auch bei einer reinen Ehegattengrundstücksgesellschaft kann es im Einzelfall sinnvoll sein, Einzelvertretungsbefugnis abweichend von den §§ 709 Abs. 1, 714 BGB zu begründen.

Angesichts der kautelarjuristischen Praxis bestehen aber ebenso Bedenken bezüglich des von den Anhängern der Lehre von der Personifikation der Personenverbände geforderten Merkmals der eigenen Identitätsausstattung. Nahezu jeder GbR-Vertrag, auch ein solcher von Familiengrundstücksverwaltungsgesellschaften, beginnt mit einem § 1, der in etwa wie folgt lautet: „Die Gesellschaft führt den Namen XY-GbR. Sie hat ihren Sitz in Z-Dorf.“ Die Abgrenzung könnte daher nur noch daran ansetzen, ob die Gesellschaft auch unter diesem Namen nach außen auftritt. Da ein solches Auftreten unter dem Namen der Gesellschaft aber auch konkludent erfolgen kann (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB), geht die scheinbare Griffigkeit des Kriteriums „Identitätsausstattung“ nach meiner Auffassung wieder verloren. Zudem steht es grundsätzlich jeder Gesellschaft bürgerlichen Rechts frei, sich einen Namen zu geben, der auch aus den Namen der Gesellschafter bestehen kann, und unter diesem Namen im Rechtsverkehr aufzutreten⁴⁸. Mithin hinge die Frage der Rechtsfähigkeit – und damit auch der akzessorischen Haftung! (s. oben unter 2.) – von der willkürlichen Entscheidung der Gesellschafter (oder deren Rechtsberater) ab, ihrer Gesellschaft einen Namen zu ge-

³⁴ Dafür: *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 999; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 598; *Habersack*, BB 2001, 477, 482; *Schemmann*, DNotZ 2001, 244, 251; zweifelnd: *H. P. Westermann* NZG 2001, 289, 294 f.

³⁵ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001.

³⁶ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436.

³⁷ Für eine Einbeziehung solcher Gesellschaften in den Anwendungsbereich des Urteils ausdrücklich *Habersack*, BB 2001, 477, 478 f.

³⁸ *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 58 II 4.

³⁹ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 593; ebenso mit anderer Begründung: *Habersack*, BB 2001, 477, 478.

⁴⁰ *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 58 III 3; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 593; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435.

⁴¹ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 593; der dortige Verweis (Fn. 84) auf *Habersack*, BB 2001, 477, 478, geht jedoch fehl, da dieser lediglich darlegt, dass der Anwendungsbereich des Urteils *nicht enger* als der in § 105 Abs. 2 HGB genannte Kreis von Gesellschaften sein dürfe.

⁴² *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 72 ff.

⁴³ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 593 f.; *ders.* AcP 198 (1998), 113, 126 ff., 150; so schon *Breuninger*, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, 1991, S. 15 ff., 34 ff.; *Wiedemann*, WM 1994, Beil. 4, S. 4; jetzt auch *Dauner-Lieb*, DSStR 2001, 356, 359; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436.

⁴⁴ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436.

⁴⁵ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436; *Dauner-Lieb*, DSStR 2001, 356, 359.

⁴⁶ So auch *Habersack*, BB 2001, 477, 478 f.

⁴⁷ *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Aufl. 2000, § 125 HGB Rdnr. 2 m.w.N.

⁴⁸ Vgl. nur MünchKomm-BGB/*Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 225.

ben und unter diesem im Rechtsverkehr aufzutreten. Dies erscheint mir aber nicht weniger zufällig als das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen⁴⁹.

Nach Ansicht des Verfassers bleibt daher nur das Merkmal der Haftungsverfassung (Gesamthandsvermögen) als brauchbares Abgrenzungskriterium übrig. Genau dieses Merkmal entscheidet (zumindest in der Regel) auch nach der herkömmlichen Definition über das Vorliegen einer Außen- oder Innengesellschaft. In der notariellen Praxis ist die Prüfung dieses Merkmals unproblematisch, da eine Gesellschaft, die z.B. Grundbesitz oder dingliche Rechte erwerben oder veräußern oder sich an einer anderen Gesellschaft beteiligen will, erkennbar immer Gesamthandsvermögen hat oder zumindest auf die Bildung von Gesamthandsvermögen gerichtet ist.

Jede Außengesellschaft, die über Gesamthandsvermögen verfügt oder auf Bildung eines Gesamthandsvermögens gerichtet ist, ist daher als Folge des BGH-Urteils vom 29.1.2001 als rechtsfähig anzusehen⁵⁰. Dies gilt trotz der u.U. hieraus resultierenden haftungsrechtlichen Folgen, deren genaue Reichweite in Zukunft noch zu klären sein wird.

5. Folgerungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis bleibt festzuhalten, dass jedenfalls bei Gesellschaften mit Gesamthandsvermögen, die mit Geschäftsführern unter eigenem Namen auftreten, von der Anwendbarkeit des BGH-Urteils ausgegangen werden muss. Bei der Gründung von Ehegatten- oder Familiengrundstücksverwaltungsgesellschaften sollten die Beteiligten auf die möglicherweise verschärfte Haftungssituation (akzessorische Haftung wie bei der OHG) hingewiesen werden. Ggf. sollte zur Vermeidung der strengen Haftungsfolgen bei der Gestaltung entsprechender GbR-Verträge sicherheitshalber, wenn auch nach Meinung des Verfassers mit ungewissem Erfolg, auf einen Gesellschaftsnamen und -sitz und – soweit möglich – auf eine von §§ 709 Abs. 1, 714 BGB abweichende Geschäftsführungs- und Vertretungsordnung verzichtet werden; gleiches gilt bei Gesellschaftsverträgen von Bauherrengemeinschaften.

III. Die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts als Urkundsbeteiligte

Da die Außen-GbR selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann, kann sie ohne Zweifel auch Beteiligte grundsätzlich jedes schuldrechtlichen oder dinglichen Rechtsgeschäfts sein. Sie kann vertragliche und gesetzliche Ansprüche erwerben, vertragliche Verbindlichkeiten eingehen sowie Eigentum und sonstige dingliche Rechte erwerben⁵¹. Dem Notar kann sie daher künftig als (materiell) Urkundsbeteiligte begegnen.

1. Die Bezeichnung der GbR in der notariellen Urkunde

Nimmt man z.B. nur den einfachen Fall, in dem eine GbR ein Grundstück kaufen will und erscheinen einzelne Gesellschaf-

ter für diese, so wird künftig richtigerweise im Urkundeneingang – wie schon bisher bei der Beteiligung von Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften – zu formulieren sein:

Heute, den...
erschieden gleichzeitig vor mir,
(...):
1. Herr A, (...)
2.
a) Herr B,
geboren (...),
wohnhaft (...),
nach Angabe (...),
b) Frau C,
geboren (...),
wohnhaft (...),
nach Angabe (...),
hier handelnd für die
BCD-Grundstücksverwaltungs GbR
mit dem Sitz in X-Stadt
(Anschrift: [...])
als deren geschäftsführende Gesellschafter.

Dasselbe gilt, wenn alle Gesellschafter der GbR erscheinen und für diese handeln, denn selbst dann liegt bei einer rechtsfähigen GbR eben kein Selbsthandeln, sondern organschaftliche Vertretung vor⁵². Die Aufführung der einzelnen Gesellschafter mit lediglich einem das Gesellschaftsverhältnis kennzeichnenden Zusatz entspricht dagegen nicht mehr der geltenden Rechtslage, auch wenn man eine in dieser Weise formulierte Urkunde sicherlich so auslegen müsste, dass die Gesellschaft selbst berechtigt und verpflichtet werden soll. Angesichts der nach § 17 BeurkG bestehenden Verpflichtung des Notars, die Vertretungsverhältnisse zu prüfen und die nach dem Willen der handelnden Personen zu berechtigenden und zu verpflichtenden Rechtsträger, d.h. die materiell Beteiligten, in der Urkunde möglichst klar und unzweideutig (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG) zu bezeichnen, kann aber künftig nur noch eine Formulierung in der vorgeschlagenen Weise als richtig und pflichtgemäß angesehen werden.

Demnach muss die Urkunde in unserem Beispiel wie folgt weiter formuliert⁵³ werden:

II. Verkauf

Herr A
– im folgenden als „Verkäufer“ bezeichnet –
v e r k a u f t
hiermit an die
BCD-Grundstücksverwaltungs GbR
mit dem Sitz in X-Stadt
– im folgenden „Käufer“ genannt –
mit allen Rechten und Pflichten, Bestandteilen und
gesetzlichem Zubehör das in Ziffer I. näher bezeichnete
Grundstück.

Auch die dingliche Einigung, selbst die Auflassung, muss konsequenterweise unter Beteiligung der Außen-GbR selbst

⁴⁹ Ulmer, ZIP 2001, 585, 592.

⁵⁰ So auch Habersack, BB 2001, 477, 479. Die von Ulmer, ZIP 2001, 585, 592, genannten Fälle einer Tippgemeinschaft, gemeinsamen Urlaubsfahrt usw., auf die die BGH-Entscheidung sicher nicht passt, sind richtigerweise schon gar keine Außengesellschaften, da sie nicht als solche nach außen auftreten und eben kein Gesamthandsvermögen bilden, vgl. K. Schmidt a.a.O. (Fn. 13), § 43 II 3.

⁵¹ Vgl. nur Habersack, BB 2001, 477, 479.

⁵² Vgl. oben Abschnitt II. 4.

⁵³ Anders noch Brambring, in Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 316.

erklärt werden. Das hat noch nichts mit der unter Abschnitt IV. zu behandelnden Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR zu tun. Da die rechtsfähige GbR selbst Eigentümer ist bzw. werden soll, muss vielmehr auch die Auflassung von ihr bzw. auf sie als richtige Vertragspartei des dinglichen Rechtsgeschäfts erklärt werden. Zwar wird von der h.M. als notwendiger Inhalt der Auflassung die konkrete Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses auf der Erwerberseite verlangt⁵⁴. Das setzt aber voraus, dass überhaupt ein solches besteht. Erwirbt die rechtsfähige Außen-GbR, steht nur ein Rechtsträger auf der Erwerberseite. Es muss also heißen:

VI. Auflassung

Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf die BCD-Grundstücksverwaltungs GbR einig.

Nicht richtig wäre es demnach zu formulieren: „(...) Eigentumsübergang auf die Käufer als Gesellschafter bürgerlichen Rechts (...)“. Eine Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR ist es dagegen, ob auch die Eintragungsbewilligung des Veräußerers gemäß § 19 GBO in dieser Weise formuliert werden kann.

2. Existenz- und Vertretungsnachweis

Ist eine Außen-GbR an einem zu beurkundenden Rechtsgeschäft⁵⁵ beteiligt, hat der Notar die Verpflichtung, sich von deren Existenz zu überzeugen. Dies gilt aus den genannten Gründen selbst dann, wenn sämtliche Gesellschafter für die GbR handeln. Da es aber eine Registerpublizität der rechtsfähigen Außen-GbR de lege lata nicht gibt, die einen zumindest mittelbaren Nachweis der Existenz der GbR erlauben würde⁵⁶, bleibt als einzige Möglichkeit des Existenznachweises die Vorlage des (wenigstens schriftlichen) Gesellschaftsvertrags. Sicherheit über das tatsächliche Bestehen der GbR erlangt man dadurch allerdings nicht, denn die Gesellschaft kann z.B. längst aufgelöst sein. Der Gesellschaftsvertrag beweist also nur die Gründung der Gesellschaft. Mehr steht jedoch an Nachweisen nicht zur Verfügung und kann im Normalfall auch nicht verlangt werden⁵⁷. Problematisch wird es, wenn sogar ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag fehlt⁵⁸. Die bloße Vorlage von Vollmachten der Gesellschafter ohne Vorlage des Gesellschaftsvertrags ist, jedenfalls wenn man die Rechtsfähigkeit der GbR auf der Ebene des materiellen Rechts ernst nimmt, als Existenznachweis an sich ungenügend⁵⁹. Der Notar wird sich daher – ebenso wie der Vertragspartner der Außen-GbR – mit der Angabe der für die GbR handelnden Personen begnügen müssen, dass die Gesellschaft (noch) existent sei; dem Notar kann richtigerweise keine darüber hinausgehende Prüfungspflicht betreffend den Bestand der Gesellschaft auferlegt werden. In jedem Fall sollte der Notar bei

Beteiligung einer GbR an einem Rechtsgeschäft den Vertragspartner darauf hinweisen, dass er sich vom Bestehen der GbR letztlich nicht überzeugen konnte und dies durch einen entsprechenden Belehrungsvermerk deutlich machen. Dem Vertragspartner sollten durch den Notar auch die hieraus resultierenden Risiken vor Augen geführt werden, um ihm die Grundlagen für die Entscheidung für oder gegen einen Vertragsschluss mit der GbR zu liefern. Jedenfalls kann es aber für den Vertragspartner, wie noch zu zeigen sein wird, durchaus ratsam sein, die Vorlage des Gesellschaftsvertrags zu verlangen.

Der Notar hat außerdem die Vertretungsberechtigung der Erschienenen für die GbR zu überprüfen, § 17 BeurkG. Erscheinen nicht alle Gesellschafter, wird der Notar seiner Amtspflicht zur Überprüfung der Vertretungsmacht der Beteiligten wie bisher einerseits in der Weise nachkommen können, dass er sich den Gesellschaftsvertrag vorlegen lässt und ihn zum Nachweis der Vertretungsberechtigung gemäß § 12 BeurkG in beglaubigter Abschrift (ggf. auszugsweise) der Urkunde beifügt⁶⁰. Belegt in diesem Fall der Gesellschaftsvertrag die Vertretungsmacht der Beteiligten, ist der Notar ohne besondere Anhaltspunkte nicht verpflichtet, weitere Nachforschungen über den Fortbestand der organschaftlichen Vertretungsmacht anzustellen. Er sollte jedoch auch hier den Vertragspartner der GbR auf seine eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten hinweisen. Inwieweit der Vertragspartner in diesem Fall möglicherweise in seinem Vertrauen auf den (Fort-)bestand der Vertretungsmacht geschützt ist, wird an anderer Stelle in diesem Beitrag noch erörtert werden.

Bei Fehlen eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags oder wenn die Gesellschafter aus einem sonstigen Grund den Gesellschaftsvertrag nicht vorlegen können oder wollen, wird der Notar andererseits, wenn nicht alle Gesellschafter erscheinen, ausgehend von der gesetzlichen Regellage der §§ 709 Abs. 1, 714 BGB entsprechend der bisher geübten Praxis die Vorlage von Vollmachten⁶¹ der (behaupteten) übrigen Gesellschafter verlangen müssen.

Sollen aufgrund des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts Eintragungen im Grundbuch erfolgen, muss der Vertretungsnachweis – gleich welcher Art – in jedem Fall in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO geführt werden.

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass der Notar i.d.R. nicht in der Lage ist, den aktuellen Mitgliederbestand der GbR zu überprüfen. Auch insoweit gibt ein zumindest schriftlich niedergelegter Gesellschaftsvertrag nur über die Gründungsmitglieder, nicht aber über möglicherweise später eingetretene oder ausgeschiedene Mitglieder Auskunft. Allerdings spielt der Mitgliederbestand für den Abschluss des Rechtsgeschäfts selbst an sich keine Rolle, da nicht die Mitglieder, sondern die GbR Partei des Rechtsgeschäfts wird. Mittelbar kann der Mitgliederbestand für die Vertretungsbefugnis der Handelnden, insbesondere im Fall der §§ 709 Abs. 1, 714 BGB Bedeutung haben; diesbezüglich gelten die obigen Ausführungen. Entscheidend ist der Mitgliederbestand jedoch vor allem für den Vertragspartner der GbR, da davon die Bonität der GbR abhängt. Letztlich hat er sich aber die GbR als Vertragspartner ausgesucht; es ist seine Sache,

⁵⁴ S. nur *Palandt/Bassenge*, BGB, 60. Aufl. 2001, § 925 BGB Rdnr. 16.

⁵⁵ Dies gilt auch dann, wenn lediglich die Unterschrift eines Beteiligten unter einer für eine Außen-GbR abgegebene Erklärung beglaubigt werden soll.

⁵⁶ So für das Zeugnis über die Eintragung im Handelsregister gemäß §§ 9 Abs. 3 HGB, 32 GBO als mittelbarem Existenznachweis, z.B. *BayObLG DNotZ* 1990, 171, 172; *Schaub in Bauer/von Oefele*, GBO, 1999, § 32 GBO Rdnr. 25.

⁵⁷ Vgl. hierzu: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2000, Rdnr. 3635.

⁵⁸ GbR-Gesellschaftsverträge bedürfen grds. keiner Form: *Münch-Komm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 29 ff.

⁵⁹ Ob das auch für das Grundbuchamt gilt, hängt von der Frage der Grundbuchfähigkeit der GbR ab (s. unten).

⁶⁰ Dies müsste konsequenterweise – anders als bisher – auch dann gelten, wenn alle Gesellschafter erscheinen und für die GbR handeln wollen (kein Selbsthandeln, sondern organschaftliche Vertretungsmacht).

⁶¹ Dabei handelt es sich bei der rechtsfähigen GbR richtigerweise nicht um rechtsgeschäftliche Vollmachten im eigentlichen Sinne, sondern um eine Ermächtigung zum Alleinhandeln entsprechend § 125 Abs. 2 S. 2 HGB.

über den Mitgliederbestand Nachforschungen anzustellen. Den Notar kann insoweit keine Prüfungspflicht treffen. Er wird hier nur wieder den Vertragspartner darauf hinweisen, dass er den Mitgliederbestand der Gesellschaft nicht überprüfen konnte und welche Risiken sich hieraus möglicherweise ergeben.

Wegen der Kostenhaftung der Gesellschafter (§ 3 Nr. 3 KostO i.V.m. dem Prinzip der akzessorischen Haftung) kann allerdings die Frage der Mitgliedschaft auch für den Notar selbst von Bedeutung sein.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass sich der Notar zum Nachweis von Existenz und Vertretungsberechtigung der Gesellschaft regelmäßig auf die Angaben der Beteiligten verlassen müssen und dürfen; im Grundbuchverkehr bedarf es allerdings eines Nachweises, sei es durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder entsprechender Vollmachten in der Form des § 29 Abs. 1 S.1 GBO. Jedenfalls sollte der Notar den Vertragspartner der GbR unbedingt auf seine diesbezüglich eingeschränkten Prüfungsmöglichkeiten und die damit verbundenen Risiken hinweisen.

IV. Grundbuchfähigkeit der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts

Ein weiteres, für die notarielle Praxis zentrales Folgeproblem der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR ist die Frage nach deren Grundbuchfähigkeit. Unter Grundbuchfähigkeit soll dabei die Fähigkeit der Gesellschaft verstanden werden, als solche unter einem Namen oder einer sonstigen Sammelbezeichnung im Grundbuch eingetragen zu werden⁶². Sieht man dagegen mit der Eintragung der Gesellschafter nach Maßgabe des § 47 GBO die Gesellschaft selbst als eingetragen und bereits deshalb als grundbuchfähig an⁶³, geht man an der eigentlichen Problematik vorbei⁶⁴. Betont sei an dieser Stelle noch einmal, dass es bei der hier zu behandelnden Fragestellung nicht darum geht, ob die Außen-GbR überhaupt Grundstückseigentümerin oder Inhaberin dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen sein kann. Dies ist nach dem Urteil des II. Senats unzweifelhaft der Fall⁶⁵. Gegenstand des Problems ist vielmehr, ob man als Folge dieser materiell-rechtlichen Rechtsträgerschaft bzw. Erwerbsfähigkeit⁶⁶ auch die formal-rechtliche Verselbstständigung der Außen-GbR im vorgenannten Sinne anerkennen soll.

1. Meinungsstand

Die bis zum Urteil des II. Senats ganz h.M. ging davon aus, dass die GbR nicht grundbuchfähig sei⁶⁷. Einzutragen seien vielmehr die namentlich (§ 15 Abs. 1 a) GBV) bezeichneten Gesellschafter unter Angabe des Berechtigungsverhältnisses

⁶² Vgl. *Eickmann*, ZfIR 2001, 433 f.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002.

⁶³ So vor allem *Jaschke*, Gesamthand und Grundbuchrecht, 1991, S. 66.

⁶⁴ Zu Recht kritisch, daher z.B. *Eickmann*, ZfIR 2001, 433 f.; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002.

⁶⁵ So ausdrücklich auch *Habersack*, BB 2001, 477, 479 (Fn. 38).

⁶⁶ Vgl. *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 435.

⁶⁷ Aus der Rechtsprechung: BGHZ 45, 338, 348; BayObLG RPfleg 1985, 353; OLG Frankfurt/M. RPfleg 1975, 177; OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 737; LG Stuttgart RPfleg 1999, 272; aus der grundbuchrechtlichen Literatur: *Meikel/Böhringer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1997, § 47 GBO Rdnr. 179 ff.; *Bauer in Bauer/von Oefele* a.a.O. (Fn. 56), AT I Rdnr. I 25, I 28; *Demharter*, Grundbuchordnung, 23. Aufl. 2000, § 19 GBO Rdnr. 108; *ders.*, DNotZ

„als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“, § 47 GBO. Nur vereinzelt wurde vertreten, dass die GbR als solche unter einer Sammelbezeichnung im Grundbuch eingetragen werden könne⁶⁸. An Argumenten gegen eine Grundbuchfähigkeit wurden neben der fehlenden Rechtsfähigkeit⁶⁹ vor allem die fehlende Publizität der GbR⁷⁰ und gelegentlich auch § 47 GBO⁷¹ sowie die fehlende Firmenfähigkeit⁷² angeführt.

Auch die Mehrzahl der aktuellen literarischen Stellungnahmen lehnt insbesondere im Hinblick auf die fehlende Publizität der GbR deren Grundbuchfähigkeit weiterhin ab⁷³. Soweit ersichtlich, hat sich bisher vor allem *Eickmann* ausdrücklich für die Grundbuchfähigkeit jedenfalls der mit Handlungsorganisation und eigener Identitätsausstattung ausgerüsteten GbR ausgesprochen⁷⁴.

2. Stellungnahme

Fest steht: Aus der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR folgt nicht zwingend deren Grundbuchfähigkeit. Der BGH verweist in seinem Grundsatzurteil noch einmal auf seine bereits früher aufgestellte These, die GbR könne im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, soweit dem nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen⁷⁵. Im formalisierten Grundbuchrecht könnten die von der h.M. gegen die Grundbuchfähigkeit angeführten Argumente solche speziellen rechtlichen Gesichtspunkte darstellen⁷⁶.

a) Hier wäre zunächst § 47 GBO zu nennen. Als Argument gegen die Grundbuchfähigkeit taugt diese Vorschrift indes nicht⁷⁷. § 47 GBO setzt gerade voraus, dass ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden soll. Sieht man dagegen mit dem BGH die GbR selbst als Träger des Rechts, ist schon der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet⁷⁸.

1997, 740; *Schöner/Stöber* a.a.O. (Fn. 57), Rdnm. 241, 981; *Eickmann*, RPfleg 1985, 85, 88; aus der gesellschaftsrechtlichen Literatur: *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13) § 60 II 1 a); *MünchKommBGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 131; *Palandt/Sprau*, BGB, 60. Aufl. 2001, § 705 BGB Rdnr. 24; vgl. auch Gutachten in DNotI-Report 1997, 67.

⁶⁸ So wohl *Timm*, NJW 1995, 3209, 3214; *Breuninger* a.a.O. (Fn. 43), S. 85; für durch Formwechsel entstandene BGB-Gesellschaften auch *Lutter/Decher*, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 202 Rdnr. 35.

⁶⁹ BayObLG RPfleg 1985, 353; OLG Frankfurt/M. RPfleg 1975, 177; ein jetzt obsoletes Argument.

⁷⁰ Z.B. OLG Düsseldorf DNotZ 1997, 737, 739; *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 60 II 1 a); *Bauer in Bauer/von Oefele* a.a.O. (Fn. 56), AT I Rdnr. I 25.

⁷¹ OLG Frankfurt/M. RPfleg 1975, 177; *Palandt/Sprau* a.a.O. (Fn. 66), § 705 BGB Rdnr. 24.

⁷² BayObLG RPfleg 1985, 353, 354; *Demharter* a.a.O., (Fn. 66), § 19 GBO Rdnr. 108.

⁷³ *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1002; *Heil*, NZG 2001, 300, 305; *Ann*, MittBayNot 2001, 197, 198; *Schemmann*, DNotZ 2001, 244, 250; *Demharter*, RPfleg 2001, 329; *Münch*, DNotZ 2001, 535.

⁷⁴ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436 f.; ähnlich *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 595; für Grundbuchfähigkeit wohl auch *Habersack*, BB 2001, 477, 479.

⁷⁵ BGH MittBayNot 2001, 192.

⁷⁶ Vgl. *Demharter*, RPfleg 2001, 329, 330 f.; *Münch*, DNotZ 2001, 535, 539 f.; *Bauer in Bauer/von Oefele* a.a.O. (Fn. 56), AT I Rdnr. I 25.

⁷⁷ *Demharter*, RPfleg 2001, 329, 330; *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 434; *Münch*, DNotZ 2001, 535, 545.

⁷⁸ Wie bei OHG, KG und PartG, vgl. *Wegmann in Bauer/von Oefele* a.a.O. (Fn. 56), § 47 GBO Rdnr. 52. *Münch*, DNotZ 2001, 535, 545, weist nach, dass auch der Normzweck von § 47 GBO der Grundbuchfähigkeit der GbR nicht entgegensteht.

Auch der im Zusammenhang mit § 47 GBO zu lesende § 15 GBV regelt lediglich, wie ein einzutragender Berechtigter im Grundbuch bezeichnet werden muss⁷⁹; die Frage der Grundbuchfähigkeit regelt er dagegen nicht, sondern setzt diese vielmehr voraus.

b) Das Argument der fehlenden Firmenfähigkeit der GbR kann schon deshalb nicht überzeugen, weil die GbR sich zwar keine Firma, zumindest aber einen Namen geben kann, unter dem sie im Rechtsverkehr auftritt und unter dem sie ins Grundbuch eingetragen werden könnte, selbst wenn sich dieser Name aus den Namen der Gesellschafter zusammensetzt. In Wirklichkeit dürfte dieses Argument auf die fehlende Möglichkeit zur Eintragung des Namens der GbR in einem Register und damit auf die fehlende Publizität der GbR zielen.⁸⁰ Problematisch ist nicht das Fehlen einer Identitätsbezeichnung als solcher, sondern, dass diese nicht aufgrund eines formalisierten Verfahrens nach Prüfung ihrer Zulässigkeit in einem Register veröffentlicht wird.

c) Es bleibt daher letztlich nur das Hauptargument der h.M. gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR übrig, nämlich die fehlende Registerpublizität der GbR. *K. Schmidt* formuliert das Problem plastisch: „Keine Publizität des Objekts ohne Publizität des Subjekts.“⁸¹

Richtig ist, dass das Recht der unbeweglichen Sachen – wie überhaupt das ganze Sachenrecht – vom Publizitätsgrundsatz (Offenkundigkeitsgrundsatz) geprägt ist, der insbesondere in den §§ 873, 891 ff. BGB seinen Ausdruck findet⁸². Zum Erwerb von Grundstückseigentum und dinglichen Rechten an Grundstücken ist die Eintragung im Grundbuch erforderlich (sog. Traditions- oder Übertragungswirkung), § 873 BGB, dem Grundbuch kommt öffentlicher Glaube für und gegen jedermann zu (Vermutungswirkung), § 891 BGB, der redliche Erwerber wird in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung und das Fehlen von (relativen) Verfügungsbeschränkungen geschützt (Gutgläubenswirkung), § 892 BGB. Formell abgesichert wird dieser Grundsatz vor allem durch § 39 GBO. Publizität des Objekts wird somit vom Gesetz gewährleistet.

Die Publizität des Subjekts wird bei natürlichen Personen durch deren Körperlichkeit, bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften sowie der Partnerschaftsgesellschaft durch Eintragung in ein Register gewährleistet (Handels-, Genossenschafts-, Vereins- und Partnerschaftsregister). Diese Register genießen allerdings keinen umfassenden öffentlichen Glauben wie das Grundbuch; jedenfalls besteht keine Vermutung der Richtigkeit der Eintragungen entsprechend § 891 BGB⁸³. Die Beweiskraft der Register im Grundbuchverfahren wird erst hergestellt über die Vorschriften der §§ 32 GBO, 9 Abs. 3 HGB, 5 Abs. 2 PartGG, 26 Abs. 2 GenG und 69 BGB, ergänzt durch § 21 BNotO. Die aufgrund dieser Vorschriften erstellten gerichtlichen Zeugnisse oder notariellen Bescheinigungen bezeugen zunächst

nur die Vertretungsbefugnis der jeweils handelnden Organe, mittelbar aber auch die Existenz des jeweiligen Rechtsträgers⁸⁴. Im Übrigen gewähren die Register im rechtsgeschäftlichen Verkehr Gutgläubensschutz nach Rechtsscheinsgrundsätzen (§§ 15 HGB, 5 Abs. 2 PartGG, 29 GenG, 68 BGB).

Für das Eintragungsverfahren nach der GBO sind entsprechend der Reichweite der Beweiskraft der gerichtlichen Zeugnisse bzw. notariellen Bescheinigungen nur zwei Elemente der Registerpublizität, nämlich Existenz und Vertretungsberechtigung eines Rechtsträgers relevant: Gibt jemand für einen der genannten Rechtsträger eine zur Eintragung erforderliche Erklärung ab oder beantragt eine Eintragung, so hat das Grundbuchamt die Existenz dieses Rechtsträgers und die Vertretungsbefugnis des Erklärenden zu prüfen⁸⁵. Dagegen spielt die Frage der Mitgliedschaft bei den vorgenannten Rechtsträgern auch bei registrierten Personengesellschaften für das Grundbuchamt keine Rolle. Nicht die einzelnen Mitglieder, sondern der jeweilige Personenverband selbst ist Inhaber des betroffenen Grundstücksrechts oder soll ein solches erwerben. Zu prüfen ist aber auch die Identität des eingetragenen Rechtsträgers mit dem Rechtsträger, für den gehandelt wurde.

Deshalb soll die Frage, ob die fehlende Registerpublizität der GbR der Grundbuchfähigkeit entgegensteht, zunächst auch nur anhand dieser Gesichtspunkte untersucht werden. Am Vergleich mit der der GbR besonders ähnlichen, aber mit Registerpublizität versehenen OHG bei Erwerb und Veräußerung eines Grundstücks soll daher im Folgenden gezeigt werden, wie sich die Rechtslage unter diesen Aspekten bei Eintragung der GbR als solcher im Grundbuch darstellen würde.

aa) Die nicht oder nicht mehr existente Gesellschaft im Grundstücksverkehr

Zur Verdeutlichung der Problematik soll ein kurzer Beispielsfall gebildet werden:

Eine OHG ist im Handelsregister eingetragen. Der Gesellschafter X, der laut Handelsregister zur Alleinvertretung berechtigt ist, erscheint beim Notar und will namens der Gesellschaft ein Grundstück käuflich erwerben. Kaufvertrag und Auflassung werden beurkundet, die OHG im Grundbuch eingetragen. Nachträglich stellt sich heraus, dass die OHG im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Wirklichkeit bereits vollbeendet war, d.h. nach Auflösungsbeschluss der Gesellschafter waren sämtliche Vermögensgegenstände an die Gesellschafter verteilt worden. Die Gesellschafter hatten jedoch weder die Auflösung noch das Erlöschen der Firma der Gesellschaft zum Handelsregister angemeldet. Der Verkäufer wusste vom Erlöschen der Firma nicht.

In diesem Fall wurde die OHG, obgleich nicht mehr existent, aufgrund einer Bescheinigung des Registergerichts nach §§ 32 GBO, 9 Abs. 3 HGB bzw. des Notars gemäß § 21 BNotO vom Grundbuchamt als Eigentümerin eingetragen. Für den Verkäufer des Grundstücks stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Da eine eintragungspflichtige Tatsache (Erlö-

⁷⁹ *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 434; allerdings ist unübersehbar, dass gerade § 15 Abs. 3 GBV entsprechend der bisherigen Praxis von der fehlenden Grundbuchfähigkeit der GbR ausgeht.

⁸⁰ So auch *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 434 f.

⁸¹ *K. Schmidt* a.a.O. (Fn. 13), § 60 II 1 a).

⁸² *Münch*, DNotZ 2001, 535, 541 ff., weist allerdings nach, dass die Publizität des Grundbuchs gerade im Bereich des Gesamthandseigentums mehr und mehr ausgehöhlt wird.

⁸³ Für das Handelsregister: *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 9 HGB Rdnr. 4, § 15 HGB Rdnr. 1; hierzu *Münch*, DNotZ 2001, 535, 543 f.

⁸⁴ *Demharter* a.a.O. (Fn. 66), § 32 GBO Rdnr. 9; BayObLG DNotZ 1990, 171.

⁸⁵ *Demharter* a.a.O. (Fn. 66), § 32 GBO Rdnr. 7: Soll dagegen zugunsten eines solchen Rechtsträgers ein dingliches Recht (z.B. eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit) bestellt werden, so dass Bewilligung und Antrag des betroffenen Grundstückseigentümers zur Grundbucheintragung genügen, wird nicht einmal die Existenz des Rechtsträgers vom Grundbuchamt geprüft!

schen der Firma, § 157 Abs. 1 HGB) nicht eingetragen und bekannt gemacht war, braucht sie sich der gutgläubige Verkäufer nach § 15 Abs. 1 HGB nicht entgegenhalten lassen⁸⁶. Das heißt, die Gesellschaft gilt ihm gegenüber als fortbestehend und sie konnte das Eigentum an dem Grundstück erwerben; das Grundbuch wäre als Folge der (negativen) Registerpublizität richtig. Der Verkäufer kann sich aber auch wahlweise auf die wahre Rechtslage berufen⁸⁷: Kaufvertrag und Auflassung wären dann mangels Existenz des Erwerbers unwirksam, die Grundbucheintragung unrichtig. Der Verkäufer könnte aber den handelnden „Gesellschafter“ analog § 179 BGB⁸⁸ in Anspruch nehmen.

Ähnlich stellt sich die Situation dar, wenn wegen völligen Fehlens eines Gesellschaftsvertrags eine im Handelsregister eingetragene OHG überhaupt nie zur Entstehung gelangte. Der Rechtsscheinsschutz des Verkäufers würde vom Gesetz dann über § 15 Abs. 3 HGB gewährleistet, da in diesem Fall eine unrichtige Eintragung und Bekanntmachung im Handelsregister vorläge. Auch hier hätte der Verkäufer jedoch ein Wahlrecht, so dass er sich alternativ auf die wahre Rechtslage berufen könnte mit der Folge einer Haftung der für die nicht existente Gesellschaft auftretenden Personen nach § 179 BGB analog. Der Fall des von vornherein fehlenden Gesellschaftsvertrags ist allerdings in der Praxis kaum vorstellbar, da ja gemäß § 108 Abs. 1 HGB alle Gesellschafter die Handelsregisteranmeldung vornehmen müssen; zumindest darin läge dann wohl der konkludente Abschluss des Gesellschaftsvertrags⁸⁹ oder dessen Bestätigung.

In dem Fall schließlich, in dem der Gesellschaftsvertrag lediglich unwirksam ist oder angefochten wurde, stellt sich das Problem fehlender Existenz der Gesellschaft in der Regel nicht, da dann die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft eingreifen⁹⁰.

Es bleibt also als Ergebnis festzuhalten: Beim Erwerb eines Grundstücks durch eine im Handelsregister eingetragene, in Wirklichkeit aber nicht oder nicht mehr existente OHG wird der Veräußerer über die Rechtsscheinsnorm des § 15 HGB geschützt.

Im Vergleich dazu würde sich die Situation bei einer Außen-GbR wie folgt darstellen, wenn man deren Grundbuchfähigkeit unterstellt:

Um dem Grundbuchamt die Existenz der Gesellschaft nachzuweisen, käme nur die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO verbunden mit der Behauptung der handelnden Gesellschafter, die Gesellschaft bestehe (noch), ggf. – bei Fehlen eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags – sogar allein diese Behauptung in Betracht. Tritt nunmehr unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags mit der Behauptung des Bestandes der Gesellschaft ein einzelner Gesellschafter als Vertreter einer GbR auf – die jedoch in Wirklichkeit bereits wegen vollständiger Verteilung des Gesellschaftsvermögens

beendet ist –, um in deren Namen ein Grundstück zu erwerben, würde das Grundbuchamt die Gesellschaft im Grundbuch eintragen. An sich wäre jedoch die Auflassung unwirksam, das Grundbuch unrichtig. Dem Verkäufer bliebe nur die Inanspruchnahme der als Vertreter aufgetretenen Personen analog § 179 Abs. 1 BGB. Allerdings könnten zugunsten des Verkäufers möglicherweise auch allgemeine Rechtsscheinsgrundsätze eingreifen. Die GbR kann nämlich ebenso wie die OHG sogenannte Scheingesellschaft sein⁹¹: Treten mehrere im Rechtsverkehr als GbR auf oder dulden sie, dass das andere in ihrem Namen tun, so müssen sie sich gutgläubigen Dritten gegenüber, die im Vertrauen darauf Vermögensdispositionen getroffen haben, daran festhalten lassen. Jedenfalls mit der Vorlage eines Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO mit der Behauptung des Fortbestandes der Gesellschaft setzen die handelnden „Gesellschafter“ meines Erachtens den konkreten Rechtsschein des Bestehens einer GbR. Dieser Rechtsschein ist zumindest den handelnden Personen auch zurechenbar, den übrigen „Gesellschaftern“ u.U. im Sinne einer Duldung. Mit Rücksicht auf den gesetzten Rechtsschein (Kausalität) schließt der gutgläubige Verkäufer einen Kaufvertrag mit der GbR und erklärt die Auflassung. Meines Erachtens ist es also durchaus möglich, in einem solchen Fall dem anderen Vertragsteil die Berufung auf den gesetzten Rechtsschein nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen zu erlauben. Das Gleiche würde gelten, wenn die Gesellschaft von vornherein nicht zustande gekommen wäre, es also in Wirklichkeit an einem Gesellschaftsvertrag fehlte. Da jedoch in unserem Fall eine mindestens notariell beglaubigte Urkunde vorgelegt wurde, wäre dies höchst unwahrscheinlich. Bei Unwirksamkeit oder Anfechtung des Gesellschaftsvertrags würde ohnehin i.d.R. wieder die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft eingreifen⁹³.

Ob man allerdings ohne Vorlage eines Gesellschaftsvertrags in der bloßen Behauptung der Beteiligten, die Gesellschaft existiere, einen ausreichenden Rechtsscheinstatbestand sehen kann, erscheint eher zweifelhaft. Jedenfalls zeigen die vorstehenden Ausführungen, dass der Vertragspartner der GbR bei Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR die Vorlage eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags dringend verlangen sollte⁹⁴.

Es ist daher an dieser Stelle festzuhalten: Verlangen Notar und Grundbuchamt, was bei Unterstellung der Grundbuchfähigkeit der GbR mindestens sinnvoll scheint, die Vorlage des Gesellschaftsvertrags der GbR in der Form des § 29 GBO, erscheint es mir nicht fernliegend, darin in Verbindung mit der Behauptung des Fortbestandes der Gesellschaft durch die Beteiligten die Setzung eines konkreten Rechtsscheinstatbestandes für die Existenz der Gesellschaft zu sehen. Es ergäbe sich daher bei fehlender Existenz der GbR für den anderen Vertragsteil eine zumindest ähnliche Situation wie bei der OHG. Der Unterschied läge lediglich in den Voraussetzungen der Rechtsscheinshaftung: Jedenfalls im Fall des § 15 Abs. 1 HGB wird anders als nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen die Zurechenbarkeit des Rechtscheins nicht verlangt (wohl

⁸⁶ § 5 HGB hilft hier nicht, da dieser voraussetzt, dass überhaupt noch ein Gewerbe betrieben wird.

⁸⁷ *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 15 HGB Rdnr. 6.

⁸⁸ *Palandt/Heinrichs* a.a.O. (Fn. 54), §§ 177, 178 BGB Rdnr. 3.

⁸⁹ Denkbar wäre aber z.B. der Fall eines offenen Dissenses, § 154 BGB.

⁹⁰ *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 105 HGB Rdnr. 75 ff. Anders z.B. bei Beteiligung Minderjähriger; die Rechtslage wäre dann aber dieselbe wie bei einem von vornherein fehlenden Gesellschaftsvertrag, jedenfalls wenn unter den übrigen Gesellschaftern die Gesellschaft nicht aufrechterhalten werden kann.

⁹¹ *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 291.

⁹² Hierzu näher unter bb).

⁹³ *MünchKomm-BGB/Ulmer* a.a.O. (Fn. 11), § 705 BGB Rdnr. 243 ff.

⁹⁴ Da ein gleichwertiger anderweitiger Existenznachweis nicht zur Verfügung steht, wäre es m.E. bei Anerkennung der Grundbuchfähigkeit durchaus denkbar, zum Existenznachweis beim Grundbuchamt sogar zwingend die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO zu verlangen.

aber nach h.M. bei § 15 Abs. 3 HGB⁹⁵); § 15 HGB gewährt abstrakten Vertrauensschutz, der andere Vertragsteil braucht also nicht vorher ins Register geschaut zu haben, um den Schutz der Vorschrift zu genießen (Verzicht auf Kausalität des Rechtsscheins für die Vermögensdisposition)⁹⁶. Nach allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen ist dagegen die erwähnte Kausalität erforderlich. Allerdings erscheint dieser Unterschied im Grundstücksverkehr vernachlässigbar, wenn der GbR-Gesellschaftsvertrag unter Behauptung des Fortbestandes der Gesellschaft vorgelegt wird, so dass der Vertragspartner den Rechtsscheinstatbestand kennt und zumindest auch deshalb den Vertrag schließt. Schließlich schadet im Fall des § 15 HGB dem Vertragspartner nur positive Kenntnis der wahren Rechtslage, im Rahmen der allgemeinen Rechtsscheinhaltung schadet dagegen bereits einfache Fahrlässigkeit (Rechtsgedanke des § 173 BGB). An Nachforschungspflichten des Vertragspartners sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen, um den durch die Rechtsscheinhaltung bewirkten Verkehrsschutz nicht wieder zu entwerten.

Betrachtet man also nur den Gesichtspunkt „Existenz“ der Gesellschaft, so kommt man, jedenfalls wenn man den vorstehenden Ausführungen folgt, im Grundstücksverkehr wohl häufig zu ähnlichen Ergebnissen, gleich ob es sich um eine OHG oder eine GbR handelt. Lediglich die Reichweite des Verkehrsschutzes ist bei der GbR eingeschränkt.

Löst man den geschilderten Fall schließlich unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtslage, so ergibt sich jedenfalls dann kein Unterschied, wenn einzelne Gesellschafter für die Gesellschaft unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags aufgetreten sind. Das Grundbuchamt hätte aufgrund des vorgelegten Gesellschaftsvertrags die einzelnen Gesellschafter mit dem das Gemeinschaftsverhältnis kennzeichnenden Zusatz im Grundbuch eingetragen, obwohl die Gesellschaft nicht mehr existiert. Das Grundbuch wäre unrichtig, es sei denn, Rechtsscheinsgrundsätze kämen zur Anwendung.

Der Gesichtspunkt „Nachprüfbarkeit der Existenz der GbR“ ist daher aus meiner Sicht für sich nicht geeignet, um der GbR die Grundbuchfähigkeit abzusprechen, wenn man dabei in Betracht zieht, dass der BGH Publizitätsbedenken auch im Prozess hintanstellt.

bb) Die fehlende Vertretungsmacht eines Gesellschafters im Grundstücksverkehr

Erneut soll zur Verdeutlichung der Problematik ein kleiner Beispielfall gebildet werden:

Eine im Handelsregister eingetragene OHG ist im Grundbuch eingetragene Eigentümerin eines Grundstücks. Im Handelsregister ist auch der Gesellschafter X eingetragen, der entsprechend der gesetzlichen Regelung (§ 125 Abs. 1 HGB) zur Alleinvertretung der Gesellschaft ermächtigt ist. In Wirklichkeit ist er jedoch bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden; die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister ist dennoch nicht erfolgt. X verkauft namens der OHG beim Notar das Grundstück an den nichts ahnenden K und lässt es an ihn auf; der Notar bescheinigt aufgrund Einsichtnahme in das Handelsregister gemäß § 21 BNotO die Vertretungsbefugnis des X.

Auch dieser Fall ist wieder über die Rechtsscheinsnorm des § 15 Abs. 1 HGB zu lösen⁹⁷: Eine im Handelsregister einzu-

⁹⁵ *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 15 HGB Rdnr. 19.

⁹⁶ *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 15 HGB Rdnr. 9.

⁹⁷ Fehlt die Vertretungsmacht von Anfang an, ist § 15 Abs. 3 HGB anzuwenden.

tragende Tatsache (§ 143 Abs. 2 HGB), nämlich das Ausscheiden des Gesellschafters und damit die Beendigung seiner organschaftlichen Vertretungsmacht, ist nicht eingetragen und bekannt gemacht worden, so dass sie dem gutgläubigen K nicht entgegengehalten werden kann. Kaufvertrag und Auflassung sind somit – falls sich K nicht auf die wahre Rechtslage beruft – wirksam, K erwirbt mit seiner Eintragung im Grundbuch Eigentum.

Betrachtet man nun denselben Fall mit der Abwandlung, dass X statt für eine im Handelsregister eingetragene OHG als scheinbar vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR handelt, die als solche unter ihrem Namen als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, und legt er zum Nachweis der Vertretungsmacht den Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO vor, stellt sich wiederum die Frage nach dem Schutz des Erwerbers .

Denkbar wäre zunächst, den gutgläubigen K über §§ 169, 729, 714 BGB zu schützen⁹⁸. Demnach ist der gute Glaube des Erwerbers an den Fortbestand der Vertretungsmacht eines GbR-Gesellschafters geschützt, aber nur, wenn auch der handelnde Vertreter selbst in Bezug auf den Fortbestand seiner Vertretungsmacht gutgläubig war. Die Vorschrift des § 729 BGB dient nicht dem Schutz des Rechtsverkehrs, sondern in erster Linie dem Schutz des handelnden Gesellschafters. Lediglich als Reflexwirkung⁹⁹ wird auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Fortbestand der Vertretungsmacht geschützt. Einen dem § 15 Abs. 1 HGB vergleichbaren Vertrauensschutz des gutgläubigen Vertragspartners gewährt die Vorschrift daher sicherlich nicht¹⁰⁰. Gerade dem betrügerisch handelnden oder in seinen Angelegenheiten besonders nachlässigen (Ex-)Gesellschafter wäre der Rechtsverkehr schutzlos ausgeliefert. Außerdem ist § 729 BGB nicht anwendbar, wenn von vornherein eine wirksame organschaftliche Vertretungsmacht des Gesellschafters fehlt, ein Fall, in dem bei der OHG Verkehrsschutz über § 15 Abs. 3 HGB stattfindet¹⁰¹.

Wieder darf aber nicht vergessen werden, dass zum Nachweis der Vertretungsmacht des Handelnden der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 Abs. 1 GBO mit der Behauptung des Fortbestands der Vertretungsmacht vorgelegt wurde. Fraglich ist, ob nicht hierwegen nach Rechtsscheinsgrundsätzen der Schutz des auf den Bestand der Vertretungsmacht vertrauenden Dritten gewährleistet werden könnte. Naheliegender wäre die Anwendung der §§ 172 Abs. 2, 173 BGB. Eine direkte Anwendung der sich auf eine rechtsgeschäftliche Vollmacht und eine Vollmachtsurkunde beziehenden Vorschrift des § 172 BGB scheidet zwar aus¹⁰². Wenn man aber bei der rechtsfähigen GbR der Vorlage des Gesellschaftsvertrags als wichtigstem Existenz- und Vertretungsnachweis im Rechtsverkehr die Bedeutung beimisst, die der Vorlage der Vollmachtsurkunde für den rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten zukommt – was bei Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR meines Erachtens nahe läge –, erscheint mir eine entsprechende Anwendung des § 172 BGB zumindest nicht als abwe-

⁹⁸ So *Eickmann*, ZfIR 2001, 433, 436.

⁹⁹ *MünchKomm-Schramm*, BGB, 3. Aufl. 1993, § 169 Rdnr. 5.

¹⁰⁰ So auch *Münch*, DNotZ 2001, 535, 548 (Fn. 98).

¹⁰¹ Freilich ist das schon anfängliche Fehlen organschaftlicher Vertretungsmacht ein sehr unwahrscheinlicher Fall, da die meisten der insoweit denkbaren Fallkonstellationen wohl über die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft bzw. des fehlerhaften Beitritts gelöst werden könnten.

¹⁰² So schon bisher *Schöner/Stöber* a.a.O. (Fn. 57), Rdnr. 3635.

gig. Wer also im Rechtsverkehr den von allen Gründungsgesellschaftern unterschriebenen Gesellschaftsvertrag in Urschrift oder Ausfertigung vorlegen könnte, der ihn zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt, würde demnach als zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt gelten, auch wenn die Vertretungsmacht nachträglich weggefallen wäre oder schon ursprünglich gefehlt¹⁰³ hätte. Konsequenz wäre natürlich auch, dass die Gesellschafter beim Ausscheiden oder bei Beendigung der Gesellschaft die Rückgabe der Urkunde verlangen bzw. die Urkunde für kraftlos erklären könnten, §§ 175, 176 BGB analog, und dies auch tun müssten, um eine Rechts-scheinhaftung zu vermeiden¹⁰⁴.

Lehnt man dagegen eine entsprechende Anwendung des § 172 BGB ab, bliebe nur der Schutz des Erwerbers über allgemeine Rechtsscheinstatbestände (vor allem die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht), die aber wegen ihrer Voraussetzungen¹⁰⁵ (Setzung eines Rechtsscheinstatbestands i.d.R. erst bei mehrmaligem Auftreten des Vertreters) wohl nicht mehr als zuverlässiger Schutz des Rechtsverkehrs angesehen werden könnten.

Folgt man der vorgeschlagenen entsprechenden Anwendung des § 172 Abs. 2 BGB, so stellen sich die Unterschiede zum registerrechtlichen Rechtsscheinsschutz wie folgt dar: Anders als nach § 15 Abs. 1 HGB (aber wie bei § 15 Abs. 3 HGB) muss der gesetzte Rechtsschein dem Vertretenen (also der Gesellschaft!) zurechenbar sein; für die Zurechenbarkeit würde dann aber konsequenterweise bereits das Unterlassen der Rückforderung oder Kraftloserklärung der Urschrift des Gesellschaftsvertrags genügen. Eine Kausalität zwischen gesetztem Rechtsschein und der Vermögensdisposition des Dritten wäre anders als nach § 15 Abs. 1 und 3 HGB erforderlich, aber in den hier relevanten Fällen wegen regelmäßiger Vorlage des Gesellschaftsvertrags bei Beurkundung stets gegeben. Der Dritte wäre bereits bei fahrlässiger Unkenntnis der fehlenden Vertretungsmacht bösgläubig.

Werden schließlich zum Nachweis der Vertretungsmacht entsprechend der bisher meist geübten Praxis Vollmachten (richtig: Ermächtigungen zum Alleinhandeln) der Gesellschafter vorgelegt, gelten §§ 172 Abs. 2, 173 BGB unstreitig unmittelbar.

Betrachtet man dies, bleibt festzuhalten: Trotz fehlender Registerpublizität der GbR käme ihr zumindest im Grundstücksverkehr wegen des regelmäßigen Erfordernisses der Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder zumindest von Vollmachten der Gesellschafter eine gewisse Publizität zu, die einen – wenn auch gegenüber den registerrechtlichen Vorschriften beschränkten – Verkehrsschutz beinhaltet. Der Unterschied beim Verkehrsschutz wäre also wohl eher qualitativer Natur.

Nach bisheriger Rechtslage, wonach die Gesellschafter selbst im Grundbuch eingetragen sind, wäre unser geschilderter Fall, in dem *ein* scheinbarer Gesellschafter aufgrund der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen (Allein-)Vertretungsregelung für die anderen Gesellschafter handelt und den Gesellschaftsvertrag vorlegt, übrigens genauso zu beurteilen. Das

Grundbuch wäre zwar insoweit unrichtig, als es den in Wirklichkeit ausgeschiedenen Gesellschafter noch als verfügungsbefugten Miteigentümer des Grundstücks ausweisen würde, so dass § 892 BGB bzgl. der Frage der Verfügungsbefugnis der eingetragenen Gesellschafter eingreifen würde. Für die gesellschaftsvertragliche Vertretungsbefugnis des Handelnden für die übrigen Gesellschafter gibt die Publizität des Grundbuchs dagegen auch nach bisheriger Rechtslage nichts her. Ob das von *Münch* angeführte Beispiel¹⁰⁶ des Auftretens der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR ohne einen neuen wirksam beigetretenen, jedoch nicht im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter wirklich zu einem anderen Ergebnis wegen der Anwendung des § 892 BGB führt, darf bezweifelt werden. Das Beispiel setzt nämlich als Prämisse voraus, dass es sich beim Auftreten aller (eingetragenen) Gesellschafter auch materiell-rechtlich um ein Selbsthandeln der Gesellschafter und damit eine Frage der Verfügungsbefugnis, nicht etwa um Ausübung organschaftlicher Vertretungsmacht handelt. Bei Anerkennung der materiell-rechtlichen Rechtsfähigkeit der GbR ist diese Prämisse aber kaum haltbar, was bereits gezeigt wurde.

Der Gesichtspunkt „Vertretungsmacht“ der GbR ist daher meines Erachtens ebenfalls für sich nicht geeignet, der GbR die Grundbuchfähigkeit abzuspüren, jedenfalls unter Berücksichtigung dessen, dass der II. Senat die mit der fehlenden Registerpublizität der GbR verbundenen Schwierigkeiten für grundsätzlich überwindbar hält¹⁰⁷ und daher den – wie gezeigt – häufig bloß qualitativen Unterschied im Verkehrsschutz möglicherweise hinnehmen würde.

cc) Der Nachweis der Identität der Gesellschaft im Grundstücksverkehr

Ein weiterer Aspekt, der im Eintragungsverfahren von Bedeutung ist, darf aber nicht vergessen werden. Man nehme nun den Fall, dass jemand für eine als solche unter dem Namen „Maier-Grundstücksverwaltungs GbR“ mit dem Sitz in München im Grundbuch eingetragene GbR unter Vorlage eines Gesellschaftsvertrags, der seine Vertretungsbefugnis ausweist, ein Grundstück verkauft. Erst später stellt sich heraus, dass die beim Verkauf vertretene GbR gar nicht die besagte Gesellschaft war, sondern eine namensgleiche andere GbR. Es geht also um das Problem des Nachweises der Identität der Gesellschaft.

Dem gutgläubigen Erwerber kann in diesem Fall nicht geholfen werden. Das Grundbuch ist richtig, § 892 BGB deshalb nicht einschlägig. Eine Rechtscheinhaftung der im Grundbuch eingetragenen GbR kommt mangels Zurechenbarkeit des gesetzten Rechtsscheins nicht in Betracht. Die Auflassung ist mangels Verfügungsbefugnis der veräußernden GbR unwirksam.

Ein vergleichbarer Fall hätte bei der OHG dagegen mit hoher Wahrscheinlichkeit schon gar nicht eintreten können. Denn wegen § 30 HGB hätte das Registergericht eine zweite OHG mit demselben oder einem ähnlichen Namen am selben Sitz nicht in das Handelsregister eingetragen.

Zwar ist der Name der GbR über § 12 BGB geschützt; die den Namen zuerst verwendende GbR hätte gegen die andere GbR einen Anspruch auf Unterlassung des Namensgebrauchs. Häufig werden die GbR-Gesellschafter aber gar nicht von ei-

¹⁰³ §§ 170 ff. BGB sind auch bei von vornherein nicht oder nicht wirksam erteilter Vollmacht anwendbar, vgl. nur *Palandt/Heinrichs* a.a.O. (Fn. 54), §§ 170–173 BGB, Rdnr. 1.

¹⁰⁴ Um praktische Schwierigkeiten zu vermeiden, müsste auch ein entsprechender Vermerk („Ungültig“ o.ä.) auf der Gesellschaftsvertragsurkunde zur Zerstörung des Rechtsscheins genügen.

¹⁰⁵ Hierzu *Palandt/Heinrichs* a.a.O. (Fn. 54), §§ 170–173 BGB, Rdnr. 9 ff.

¹⁰⁶ *Münch*, DNotZ 2001, 535, 548.

¹⁰⁷ BGH MittBayNot 2001, 192, 196.

ner solchen namensgleichen Gesellschaft erfahren, um dagegen einschreiten zu können. Eine präventive Kontrolle des Namensgebrauchs findet anders als bei der OHG nicht statt.

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, man bräuchte doch nur den aktuell vorgelegten mit einem etwa beim Grundbuchamt befindlichen Gesellschaftsvertrag zu vergleichen, um die Identität festzustellen. Sicherheit über die Identität erlangt man hierdurch gleichwohl nicht, denn der Gesellschaftsvertrag kann vollständig neu gefasst sein oder der Gesellschafterbestand kann bei Identität der Gesellschaft vollständig gewechselt haben.

Die fehlende Möglichkeit zum Identitätsnachweis als Folge der fehlenden Registerpublizität ist deshalb meines Erachtens der entscheidende Gesichtspunkt im Eintragungsverfahren, der gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR spricht. Anders als bei den Fragen der Existenz und der Vertretungsmacht der GbR gibt es hier im Vergleich zur OHG nämlich nicht nur einen Unterschied in der Reichweite des Verkehrsschutzes, sondern überhaupt keinen Verkehrsschutz.

dd) Das Problem der Mitgliedschaft

Bei Eintragung der GbR als solcher würde weder aus dem Grundbuch noch – mangels Vorhandenseins – aus einem Register hervorgehen, wer die Gesellschafter der GbR sind.

Bei Veräußerung oder Erwerb eines Grundstücks oder Grundstücksrechts durch eine GbR, also im Eintragungsverfahren, spielt dies, wie bereits gezeigt, für das Grundbuchamt aber keine Rolle, da die GbR selbst Inhaber des Grundstücks oder Grundstücksrechts ist bzw. werden soll; entscheidend sind auf der dinglichen Ebene nur die Fragen von Existenz der GbR, Vertretungsmacht der Handelnden und Identität.

Auf der schuldrechtlichen Ebene ist die Frage der Mitgliedschaft wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden dagegen von erheblicher Relevanz für den Vertragspartner. Auf dieser Ebene spielt aber das Grundbuch keine Rolle, auch nicht § 891 BGB. Erwirbt nämlich die GbR ein Grundstück, würde dem Vertragspartner das Grundbuch zur Ermittlung des Gesellschafterbestandes selbst dann nicht weiterhelfen, wenn wie nach bisher geltender Rechtslage die Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden: Vor dem Erwerb steht schließlich noch niemand im Grundbuch. Veräußert die GbR ein Grundstück an ihn und ist sie als solche im Grundbuch eingetragen, würde der Vertragspartner – wie oben dargestellt – die im regelmäßig vorgelegten Gesellschaftsvertrag bezeichneten Gesellschafter wohl zumindest nach Rechtsscheinsgrundsätzen in Anspruch nehmen können. Bei Eintragung der GbR in der bisherigen Form nach § 47 GBO gilt nichts anderes: Die Vermutung nach § 891 BGB käme dem Vertragspartner nicht zugute, weil er bei der Geltendmachung z.B. von Gewährleistungsansprüchen Ansprüche gegen die Gesellschafter nicht aufgrund ihrer Eigentümerstellung, sondern aufgrund ihrer Stellung als Vertragspartner geltend machen würde. Er müßte im Prozess nicht das Eigentum der Gesellschafter, sondern den Vertragsschluss mit der Gesellschaft beweisen.

Die Frage der Eintragung der Mitglieder der GbR in das Grundbuch hat daher für den rechtsgeschäftlichen Grundstücksverkehr richtigerweise keine Bedeutung und kann somit nicht als Argument gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR verwendet werden.

Dagegen ist die Eintragung der GbR als solcher unter dem Gesichtspunkt der Mitgliedschaft problematisch, wenn nicht Interessen eines Vertragspartners der GbR, sondern sonstiger

Dritter berührt sind. Man denke nur an den Fall, dass z.B. jemand bei einem Sturm von einem vom Dach eines Wohnhauses herabfallenden lockeren Dachziegel verletzt wird und nunmehr den Grundstückseigentümer nach §§ 823 Abs. 1, 836 BGB in Anspruch nehmen will. Bisher gilt: Blickt der Geschädigte ins Grundbuch, sind die Mitglieder der GbR dort eingetragen. Gemäß § 891 BGB wird zu seinen Gunsten vermutet, dass diese auch Grundstückseigentümer – als Gesellschafter bürgerlichen Rechts – sind. Selbst wenn also z.B. durch Anteilsveräußerungen das Grundbuch diesbezüglich unrichtig geworden sein sollte, könnte der Dritte – bis zum Beweis des Gegenteils – auf den Inhalt des Grundbuchs vertrauen. Würde dagegen die GbR als solche eingetragen, entfielen der Schutz des § 891 BGB. Die Gesellschafter stünden nicht mehr im Grundbuch, der bei den Grundakten befindliche Gesellschaftsvertrag wäre von der Vermutungswirkung des § 891 BGB nicht erfasst. Rechtsscheins erwägungen helfen hier – im sogenannten reinen Unrechtsverkehr – nicht. Der Vorschlag von *Ulmer*, aktualisierte Gesellschafterlisten zum Grundbuch einzureichen¹⁰⁸, mag Abhilfe schaffen; die lege lata fehlt hierfür jedoch jede Rechtsgrundlage.

Erneut soll zum Vergleich die Rechtslage bei der OHG näher betrachtet werden. Bei der OHG ergibt sich der Mitgliederkreis zwar nicht aus dem Grundbuch, aber aus dem Handelsregister. Indes kann § 15 HGB im reinen Unrechtsverkehr als Rechtsscheinsnorm keine Anwendung finden. Eine dem § 891 BGB entsprechende Vorschrift fehlt im Handelsregister. Dem Handelsregister kommt daher nach überwiegender Auffassung lediglich die Wirkung eines prima-facie-Beweises, nicht aber die Vermutung der Richtigkeit zu¹⁰⁹ mit der Folge einer echten Beweislastumkehr.

Erkennt man dies, wird deutlich, dass umfassender Verkehrsschutz im Bereich der Personengesellschaften im Hinblick auf deren Mitgliederbestand auch insoweit nicht gewährt wird, als diese in einem Register eingetragen sind.

Zumindest die Identität des eingetragenen Grundstückseigentümers mit der eingetragenen OHG steht aber fest. Genau daran fehlt es dagegen bei der GbR (vgl. oben cc). Auch außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs scheint mir der fehlende Identitätsnachweis daher die problematischste Folge der nicht vorhandenen Registerpublizität der GbR zu sein.

d) Es lässt sich daher aus meiner Sicht zusammenfassend als Ergebnis festhalten: Die fehlende Registerpublizität der GbR ist das entscheidende Argument gegen die Grundbuchfähigkeit der GbR. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die fehlende Möglichkeit für Notar und Grundbuchamt und den Rechtsverkehr, die Identität der Gesellschaft sicher festzustellen. Allerdings sind die Defizite, die sich daraus für die Sicherheit des Rechtsverkehrs ergeben, im rechtsgeschäftlichen Verkehr eher hinnehmbar, wenn man regelmäßig die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO verlangt und hierüber – wenn auch gegenüber den Registern eingeschränkter – Verkehrsschutz nach Rechtsscheinsgrundsätzen gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als sich jedermann seinen Vertragspartner aussuchen kann. Bedenken ergeben sich aber außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, soweit durch die Eintragung der GbR als solcher im Grundbuch die Vermutungswirkung des § 891 BGB beeinträchtigt wird. In diesem Bereich würde entgegen der Vorstellung des Gesetzgebers ein gehöriges Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen.

¹⁰⁸ *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 595.

¹⁰⁹ *Baumbach/Hopt* a.a.O. (Fn. 47), § 9 HGB Rdnr. 4.

Im Prozess gegen eine GbR mutet der BGH einem Kläger allerdings diese aus der fehlenden Registerpublizität resultierenden Unsicherheiten zu¹¹⁰. Es bleibt abzuwarten, ob er diese Konsequenz auch für das Grundbuch zieht.

Freilich ist nicht zu übersehen, dass bei einer Fortsetzung der bisherigen Praxis erhebliche Friktionen zwischen materieller Rechtslage und formeller Grundbucheintragung auftreten. Ist die Gesellschaft materiell-rechtlich Eigentümerin eines Grundstücks, sind aber deren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen, so liegt es nahe, hierdurch die Gesellschaft selbst als eingetragen anzusehen. Ob dann aber bei einer Änderung im Mitgliederbestand das Grundbuch unrichtig wird, wie bisher angenommen, ist durchaus fraglich¹¹¹. Auch ein praktisches Bedürfnis für die Grundbuchfähigkeit der GbR ist anzuerkennen¹¹². Letztlich ist es aber Sache des Gesetzgebers, hier z.B. durch Einführung eines GbR-Registers Klarheit zu schaffen.

3. Folgen für die notarielle Praxis

Angesichts dessen, dass die meisten Literaturstimmen eine Grundbuchfähigkeit der GbR nach wie vor ablehnen, ist es rat- sam, in der Praxis bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Problematik wie gewohnt weiterzufahren. Erkennt man allerdings die materiell-rechtliche Rechtsträgerschaft der GbR in der Urkunde an und formuliert deshalb, wie unter Ziffer II. vorgeschlagen, müsste man dann in etwa wie folgt fortfahren:

VI. Grundbuchanträge

Es wird bewilligt und beantragt, in das Grundbuch einzutragen:

a) die Auflassung,

b) die Vormerkung gemäß Abschnitt VII.,

zu a) und b) jeweils in der Weise, dass Herr B, Frau C und Herr D, geboren am (...), wohnhaft (...), als Gesellschafter bürgerlichen Rechts [evtl.: der BCD-Grundstücksverwaltungs GbR mit dem Sitz in (...)] eingetragen werden,

c) (...)

Die Eintragung des Zusatzes mit der Angabe des Gesellschaftsnamens wurde bislang überwiegend nur bei Verwechslungsgefahr als zulässig angesehen¹¹³. Als Folge der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Außen-GbR wird man aber jedenfalls diesen Zusatz künftig als „minus“ zur Eintragung der GbR selbst auch ohne konkrete Verwechslungsgefahr zulassen müssen¹¹⁴.

V. Weitere Auswirkungen der Rechtsfähigkeit der GbR im Grundstücksrecht

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen an dieser Stelle noch kurz einige weitere Konsequenzen der Rechtsfähigkeit der GbR im Grundstücksrecht aufgezeigt werden:

¹¹⁰BGH MittBayNot 2001, 192, 196 f.

¹¹¹Eickmann, ZfIR 2001, 433, 436; H.P. Westermann, NZG 2001, 289, 293 f.

¹¹²Ulmer, ZIP 2001, 585, 594 f.; Eickmann, ZfIR 2001, 433, 436 f.; beide unter Bezugnahme auf LG Stuttgart, RPfleger 1999, 272.

¹¹³OLG Frankfurt/M., RPfleger 1975, 177; OLG Hamm RPfleger 1973, 250.

¹¹⁴Ebenso im Ergebnis schon: Meikel/Böhringer a.a.O. (Fn. 66), § 47 GBO Rdnr. 182.

1. Rechtsfähigkeit der GbR und Wohnungseigentum

a) Die rechtsfähige GbR als Verwalter

Im Wohnungseigentumsrecht ist es spätestens seit einer Entscheidung des V. Senats des BGH aus dem Jahr 1989¹¹⁵ nahezu unbestritten, dass eine GbR nicht zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden kann. Der BGH legte in dieser Entscheidung dar, zum Verwalter nach dem WEG könne aus Gründen der Klarheit der Verantwortlichkeit nur eine einzelne Person bestellt werden. Eine Mehrheit von Personen dürfe nur bestellt werden, wenn sie als rechtlich selbstständige Einheit handlungsfähig sei¹¹⁶. Dies treffe auf die GbR nicht zu, da diese nur durch die Gesellschafter in gesamthänderischer Verbundenheit handlungsfähig sei. Auf die fehlende Registerpublizität der GbR wird ebenfalls hingewiesen.

Diese auf der traditionellen Gesamthandsdoktrin beruhende Entscheidung ist mit der dargestellten Begründung sicher nicht mehr haltbar. Die rechtsfähige GbR ist nach der Entscheidung des II. BGH-Senats vom 29.1.2001 als rechtlich selbstständige Einheit handlungsfähig. Die Verantwortlichkeit für die Pflichten des Verwalters nach dem WEG wird auf eine Person konzentriert, nämlich auf die rechtsfähige Gesellschaft. Wer für die Gesellschaft handelt, ergibt sich aus der Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung des Gesellschaftsvertrags. Insoweit kann auch Alleinvertretungsbefugnis eines, mehrerer oder aller Gesellschafter vereinbart werden. Die akzessorische Haftung aller Gesellschafter der GbR steht nunmehr ebenfalls fest. Verantwortlichkeit, Haftung und Vertretung können mit der gebotenen Sicherheit aus dem Gesellschaftsvertrag entnommen werden.

Aber auch die fehlende Registerpublizität steht hier, wo es nicht um ein formalisiertes Verfahren geht, einer Bestellung der Außen-GbR zum Verwalter nicht entgegen. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann sich vor der Bestellung des Verwalters zum Nachweis von Existenz und Vertretungsmacht den Gesellschaftsvertrag vorlegen lassen¹¹⁷. Bestehen Zweifel, braucht die GbR nicht als Verwalter bestellt zu werden. Bei Erteilung der Zustimmung nach § 12 WEG kann der Nachweis von Existenz und Vertretungsmacht durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 Abs. 1 GBO erfolgen; der Rechtsverkehr kann nach Rechtsscheinsgrundsätzen geschützt werden.

Im gerichtlichen Verfahren nach § 43 WEG ist die GbR als Verwalter beteiligtenfähig, da sie auch im ZPO-Verfahren parteifähig ist¹¹⁸.

Sonstige spezielle rechtliche Gesichtspunkte, die der Verwirklichung der Rechtsfähigkeit der GbR in dieser Frage entgegenstehen würden, sind nicht ersichtlich.

Nach alledem kann die Entscheidung des V. Senats wohl nicht mehr aufrechterhalten werden. Die GbR kann zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft bestellt werden. Für die Praxis ist allerdings bis zu einer möglicherweise erneuten höchstrichterlichen Klärung der Frage zur Vorsicht zu raten, da nach bisheriger Auffassung die Bestellung einer GbR zum Verwalter zur Nichtigkeit des Bestellungsbeschlusses führt.

¹¹⁵BGH, Beschluss vom 18.5.1989, V ZB 4/89, MittBayNot 1989, 270; Bärmann/Pick, WEG, 15. Aufl. 2001, § 26 WEG Rdnr. 3.

¹¹⁶BGH MittBayNot 1989, 220, 271.

¹¹⁷S. hierzu unter IV.

¹¹⁸BGH MittBayNot 2001, 192.

b) Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft?

Eine Frage, die hier nur kurz aufgeworfen werden soll, ist diejenige der Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft. Diese wird nach bisher ganz h.M. verneint¹¹⁹. Im Zuge der Diskussion um die Grundbuchfähigkeit der GbR wird jedoch vermutlich auch diese Problematik neu beleuchtet werden. Festzuhalten bleibt: Ein praktisches Bedürfnis für die Grundbuchfähigkeit kann nicht geleugnet werden. Man denke nur an die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek wegen Wohngeldrückständen, wenn es sich um eine Gemeinschaft von 100 oder mehr Wohnungseigentümern handelt. Als rechtsfähig wird die Wohnungseigentümergeinschaft zwar nicht angesehen, eine Teilrechtsfähigkeit von einzelnen Autoren aber durchaus konstatiert¹²⁰. Publizität kommt der Wohnungseigentümergeinschaft, anders als der GbR, über das Grundbuch zu. Die Wohnungseigentümergeinschaft hat zwar keinen Namen, könnte aber durch eine Angabe wie „Wohnungseigentümergeinschaft Hauptstraße 24, Grundbuch von X-Dorf, Blätter 1000–1079“ im Grundbuch zur Identifizierung gekennzeichnet werden. § 47 GBO könnte überwunden werden, wenn man mit der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft ernst machte.

Dies sollen jedoch nur Denkanstöße sein, um die Problematik neu zu diskutieren. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Einstweilen gilt jedoch auch hier für die Praxis, bis zu einer etwaigen erneuten gerichtlichen Klärung der Frage der täglichen Arbeit den bisherigen Erkenntnisstand zugrunde zu legen.

2. Die rechtsfähige GbR als Berechtigte eines Nießbrauchs

Namentlich von *Wegmann*¹²¹ wurde die Zulässigkeit der Nießbrauchsbestellung (ebenso wie die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit oder eines Wohnungsrechts) für Gesamthandsgemeinschaften wegen des bei solchen Rechten geltenden Lebenszeitprinzips in Frage gestellt. Jedenfalls für die rechtsfähige Außen-GbR kann diese Auffassung aber nicht mehr aufrechterhalten werden. Die rechts-

fähige Außen-GbR ist rechtsfähige Personengesellschaft im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB¹²². Dass die Bestellung eines Nießbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine rechtsfähige Personengesellschaft zulässig ist, zeigt das Gesetz in §§ 1059 a ff., 1061 S. 2, 1092 Abs. 2, 3 BGB. Bedenken wegen des Lebenszeitprinzips können hiergegen genauso wenig geltend gemacht werden wie bei Personhandelsgesellschaften oder der Partnerschaft¹²³. Ob der Auffassung von *Wegmann* wenigstens für die Erbengemeinschaft oder die fortgesetzte Gütergemeinschaft beizutreten ist, kann offen bleiben.

Als Berechtigte des Nießbrauchs im Grundbuch einzutragen sind, falls man nicht die Grundbuchfähigkeit der GbR anerkennen will, die Gesellschafter mit einem das Gesellschaftsverhältnis kennzeichnenden Zusatz nach § 47 GBO.

VI. Fazit

Zusammenfassend lassen sich folgende Ergebnisse festhalten:

1. Jede GbR, die als solche im Rechtsverkehr auftritt und Gesamthandsvermögen hat oder zumindest nach dem Gesellschaftsvertrag auf die Bildung von Gesamthandsvermögen gerichtet ist, ist nach der Entscheidung des II. BGH-Senats vom 29.1.2001 rechts- und parteifähig.
2. Die rechtsfähige Außen-GbR ist materiell-rechtlich Vertragspartei, Eigentümerin von Grundstücken und Inhaberin dinglicher Rechte. Sie ist daher auch materiell Urkundsbeteiligte. Dies sollte der Notar bei der Abfassung von Urkunden deutlich machen.
3. Trotz erheblicher Bedenken ist zweifelhaft, ob der rechtsfähigen Außen-GbR weiterhin die Grundbuchfähigkeit abgesprochen werden kann.
4. Eine rechtsfähige Außen-GbR kann zum Verwalter nach dem WEG bestellt werden.
5. Die Grundbuchfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bedarf neuer Diskussion.
6. Eine rechtsfähige Außen-GbR kann Berechtigte eines Nießbrauchs, einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und eines Wohnungsrechts sein.

¹¹⁹Demharter a.a.O. (Fn. 66), § 19 GBO Rdnr. 106.

¹²⁰Bärmann/Pick a.a.O. (Fn. 113), Einl. Rdnr. 8.

¹²¹Wegmann in Bauer/von Oefele a.a.O. (Fn. 56), § 47 GBO Rdnr. 88, 91 ff., 103.

¹²²BGH MittBayNot 2001, 192, 193.

¹²³Wegmann in Bauer/von Oefele a.a.O. (Fn. 56), § 47 GBO Rdnr. 96.

Erschließungskosten und Grunderwerbsteuer

– zugleich Anmerkung zum BFH-Urteil vom 15.3.2001 – II R 39/99 –¹

von Notar *Dr. Stefan Gottwald*, Pappenheim, und Notarassessor *Georg Mehler*, Nürnberg

Das Urteil des BFH vom 15.3.2001 verdeutlicht, dass im Zusammenhang mit vertraglichen Vereinbarungen zu Erschließungskosten häufig Unklarheiten hinsichtlich der grunderwerbsteuerlichen Auswirkungen dieser Abreden bestehen. Dies ist Anlass, das Verhältnis zwischen Grunderwerbsteuer und Erschließungskostenregelungen darzustellen. Außerdem wird die Entscheidung des BFH von den Verfassern herangezogen, um auf Besonderheiten sogenannter Ablösungsvereinbarungen in Kaufverträgen mit Gemeinden hinzuweisen.

1. Begriff der Gegenleistung i.S.d. § 8 I i.V.m. § 9 GrEStG

Zur Gegenleistung im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinn gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt. Der Erwerb des Grundstücks und die Gegenleistung müssen kausal verknüpft sein; nicht erforderlich ist, dass die Gegenleistung zwischen Erwerber und Veräußerer ausgetauscht wird².

Die entscheidenden Fragen lauten deshalb:

Mussten die Leistungen für den Erwerb des Grundstücks erbracht werden?

bzw.

*Wurden die Leistungen wegen der Veräußerung des Grundstücks empfangen?*³

2. Eigennützige Erwerberleistungen

Eine Gegenleistung liegt nur vor, wenn der Erwerber einem anderen gegenüber eine Leistung erbringt. Daran fehlt es bei sogenannten *eigennützigen Erwerberleistungen*, die der Erwerber – gegebenenfalls auch kraft Gesetzes, z.B. § 449 BGB – nur für sich selbst bewirkt und die keinem anderen Rechtssubjekt zugute kommen. Ist z.B. Gegenstand eines Erwerbsvorgangs das unbebaute Grundstück und veranlasst der Erwerber selbst eine Bebauung des erworbenen Grundstücks, so gehören die Baukosten nicht zur Gegenleistung⁴. Gleiches gilt für eine vom Erwerber übernommene Verpflichtung zur Gebäuderenovierung. Eigennützige Erwerberleistungen sind

auch Eigenleistungen (z.B. Handwerksarbeiten) im Bauträgervertrag, die vom Erwerber im Zusammenhang mit dem Erwerb eines noch zu bebauenden Grundstücks erbracht werden. Nachträglich vereinbarte Eigenleistungen sind u.U. gem. § 16 III Nr. 1 GrEStG zu berücksichtigen⁵.

3. Öffentlich-rechtliche Abgaben und Leistungspflichten

Ob für das Grundstück zu entrichtende öffentlich-rechtliche Abgaben (z.B. Erschließungsbeiträge gem. § 127 BauGB oder Kanal- oder Straßenausbaubeiträge gem. KAG) oder Aufwendungen zur Erfüllung sonstiger öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen (z.B. Altlastensanierung oder bauordnungsrechtliches Gebot zur Beseitigung von Bauwerken) zur Gegenleistung zählen, entscheidet sich nach dem für die Besteuerung maßgebenden Grundstückszustand. Anzuknüpfen ist daher an den (Erschließungs-)zustand, der sich aus den Vereinbarungen der Parteien bzw. dem gewollten wirtschaftlichen Ergebnis ergibt. Fehlt insoweit jeglicher Hinweis auf die Maßgeblichkeit eines künftigen (Erschließungs-)zustandes, so kann die Bemessungsgrundlage nur nach dem tatsächlichen (Erschließungs-)zustand im Zeitpunkt der Veräußerung bestimmt werden⁶.

a)

Schon begrifflich fehlt es daher an einer Gegenleistung, soweit die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen erst **nach** dem Zeitpunkt des grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgangs entstehen. Der Erwerber erbringt diese Leistungen dann zu seinem eigenen Vorteil, sodass es sich um eigennützige Erwerberleistungen handelt. Dies gilt auch dann, wenn sich der Erwerber gegenüber dem Veräußerer vertraglich zur Übernahme noch nicht entstandener Beitragsleistungen verpflichtet⁷.

Ebenfalls nicht zur Gegenleistung zählt eine vom Grundstücksveräußerer bereits gezahlte und vertraglich auf den Erwerber abgewälzte **Vorausleistung** auf den Erschließungsbeitrag gem. § 133 III 1 BauGB⁸. Gleiches gilt für Vorausleistungen nach Landeskommunalabgabenrecht: Enthält der Grundstückskaufvertrag keine Regelung über erbrachte Vorausleistungen nach dem KAG, sind diese dem Veräußerer vom

¹ MittBayNot 2001, S. 499 ff. (in diesem Heft).

² Vgl. BFH, BStBl. II 1989, S. 466, *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 4 m.w.N.

³ Deshalb zählen z. B. Vertragsstrafen (§§ 339 ff. BGB) nicht zur Gegenleistung; sie sichern allein die Erfüllung der Hauptverpflichtung und stehen deshalb nicht in kausaler Verknüpfung mit dem Erwerbsvorgang, vgl. *Hofmann*, § 8 Rdnr. 4.

⁴ Vgl. BFH NV 1990, S. 596; *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 8.

⁵ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 9. Hier reduziert sich auf Antrag gemäß § 16 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage um die später vereinbarten Eigenleistungen, da sich der Kaufpreis um diese eigennützigen Erwerberleistungen verringert.

⁶ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 10.

⁷ Vgl. BFH, BStBl. II 1971, S. 252 bzgl. Erschließungsbeitrag; *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 11 m.w.N.

⁸ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 11.

Erwerber⁹ zu erstatten¹⁰. Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ist jedoch nur der vereinbarte Kaufpreis. Die spätere Beitragspflicht des Erwerbers besteht kraft öffentlichen Rechts und ist nicht (zusätzlich) Bestandteil der Gegenleistung.

Häufig wird in den Kaufvertrag eine Regelung folgenden Inhalts aufgenommen: „Vorausleistungen stehen dem Erwerber zu und sind im Kaufpreis enthalten. Sie sind mit der endgültigen Beitragsschuld des Erwerbers zu verrechnen.“

Diese Vereinbarung ist als Abtretung des Rückzahlungsanspruchs des Veräußerers gegen die Gemeinde an den Erwerber zu werten und wird auch in der Praxis der Kommunen als solche betrachtet¹¹. Auch in diesem Fall erfolgt die Verrechnung mit der Beitragspflicht des Erwerbers, die diesen kraft öffentlichen Rechts trifft. Der zweckmäßigerweise anzugebende oder später nachzuweisende Betrag der Vorauszahlung unterliegt auch in diesem Fall nicht der Grunderwerbsteuer¹². Deshalb empfiehlt es sich, diesen Betrag nicht ungenannt und unbeziffert dem Kaufpreis hinzuzurechnen, sondern ausdrücklich als solchen im Kaufvertrag aufzuführen¹³.

b)

Soweit die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Abgaben oder Verpflichtungen bereits **vor** dem Zeitpunkt des Grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgangs entstanden und gegen den Grundstücksveräußerer geltend gemacht worden sind, ist regelmäßig das Grundstück in erschlossenem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs. Die zur Abgeltung dieser Abgaben erbrachten Aufwendungen des Erwerbers sind daher der Gegenleistung zuzurechnen¹⁴, sodass sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer entsprechend erhöht. Dies ergibt sich bereits aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG, wonach auf dem Grundstück ruhende Belastungen zur Gegenleistung im Sinne § 9 GrEStG gehören¹⁵.

Gleiches gilt für einen auf den Erwerber im Zusammenhang mit der Erschließungsbeitragspflicht abgewälzten Ablösungsbetrag, den der Grundstücksveräußerer aufgrund der mit der Gemeinde abgeschlossenen **Ablösungsvereinbarung** an diese zu bezahlen hat. Denn im Fall der Ablösung (vgl. § 133

III 5 BauGB) kann eine Erschließungsbeitragspflicht nicht mehr entstehen, sodass sich die entsprechende Wertsteigerung des Grundstücks bereits vor dem Grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang realisiert hat¹⁶. Diese Grundsätze sind auch auf andere Ablösungsvereinbarungen (z.B. im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Schaffung von Kfz-Stellplätzen) anzuwenden¹⁷.

c)

Bei einem Grundstückserwerb von einer **Gemeinde** ist die Besonderheit zu beachten, dass diese nach h.M. für ihr eigenes Grundstück nicht erschließungsbeitragspflichtig ist¹⁸. Die Beitragspflicht kann hier erst nach Übereignung des Grundstücks auf den Erwerber entstehen. Ein vom Erwerber noch zu entrichtender Erschließungsbeitrag (oder eine Vorleistung auf den Erschließungsbeitrag) gehört daher nicht zur Gegenleistung.

Anders ist dies allerdings in **Bayern**: Dort unterliegen nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs¹⁹ auch gemeindeeigene Grundstücke der Beitragspflicht²⁰. Im Anwendungsbereich des Bayerischen KAG kann eine Gemeinde somit sehr wohl ihr eigener Beitragsschuldner sein. Von einem Grundstückserwerber übernommene Erschließungsbeiträge, die aufgrund Art. 5 BayKAG erhoben werden, gehören somit zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage, wenn die entsprechende Anlage bereits **vor** dem Erwerbszeitpunkt betriebsbereit war²¹.

Zu beachten ist jedoch, dass der Beschluss des BayVGH ausdrücklich nur zu den Beiträgen nach dem Kommunalabgabengesetz ergangen ist, da bei diesen die abstrakte Beitragspflicht mit Fertigstellung der Erschließungsanlage entsteht, d.h. eine Konkretisierung der Beitragspflicht mittels Bescheid wie im Baugesetzbuch nicht erforderlich ist. Demgegenüber legt § 134 I BauGB als Beitragspflichtigen den Grundstückseigentümer im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheides fest. Da die Gemeinde jedoch nicht gegen sich selbst einen Bescheid erlassen kann, gelten für Beitragsleistungen auf der Grundlage des BauGB in Bayern keine Besonderheiten.

In Bayern empfiehlt es sich daher, beim Erwerb gemeindeeigener Grundstücke darauf zu achten, auf welcher Rechtsgrundlage eventuell noch anfallende Erschließungsbeiträge erhoben werden. Sollte eine Erhebung nach dem Bayerischen Kommunalabgabengesetz unvermeidlich sein, kann auf Seiten des Erwerbers bei den Kaufpreisverhandlungen darauf hingewiesen werden, dass die Gemeinde nach Art. 10 des

⁹ Im Verhältnis zur Gemeinde wird gemäß § 133 Abs. 3 S.2 BauGB bzw. Art. 5 Abs. 5 S. 2 BayKAG die Vorausleistung des Veräußerers mit der endgültigen Beitragsschuld des Erwerbers verrechnet, wohingegen der Anspruch gegenüber der Gemeinde auf Rückzahlung eines überschießenden Betrages oder im Fall des § 133 Abs. 3 S. 3 BauGB bzw. Art. 5 Abs. 5 S. 3 BayKAG ohne ausdrückliche vertraglich zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbarte und gemäß § 46 AO 1977 der Gemeinde anzuzeigende Abtretung im Verhältnis zur Gemeinde weiterhin dem Veräußerer zusteht (vgl. zum ganzen *Grziwotz* MittBayNot 1989, S. 9 ff., *ders.* MittBayNot 1993, S. 137 ff., *ders.* DStR 1994, S.1014).

¹⁰ A.A.: *Grziwotz* MittBayNot 1989, S. 9 ff., 10 mit Verweis auf *Löhr* in *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 2. Aufl., § 133 Rdnr. 44.

¹¹ Vgl. *Grziwotz*, DB 1990, S. 1694.

¹² Vgl. *Grziwotz*, DB 1990, S. 1694.

¹³ Vgl. *Manstein* MittRhNotK 1995, 1 ff., 17; Bei dem an den Erwerber abgetretenen Rückzahlungsanspruch des Veräußerers gegen die Gemeinde handelt es sich um eine bloße Geldforderung, die (ähnlich wie die Instandhaltungsrücklage beim Verkauf von Eigentumswohnungen) nicht Grunderwerbsteuerpflichtig ist.

¹⁴ Vgl. BFH, BStBl. II 1968, S. 690; *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 12 m.w.N., str.

¹⁵ Als eine auf dem Grundstück ruhende Belastung gilt auch die nach Entstehung der Erschließungskostenschuld zu deren Absicherung auf dem Grundstück ruhende öffentliche Last.

¹⁶ Vgl. zur Ablösung von Erschließungs- und Anschlussbeiträgen in Kaufverträgen mit Gemeinden: *Eue*, DNotI-Report Heft 8/1998, S. 83 ff. und unten unter V., vgl. ferner ausführlich *Boruttau/Sack*, § 9 Rdnr. 289 ff.

¹⁷ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 12.

¹⁸ Vgl. BVerwG, DVBL 1984, S. 188; a.A. BayVGH, BayVBl. 1966, S. 84 f.; vgl. auch das Schreiben des BayFMin, DB 1990, S. 1699; *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 14.

¹⁹ Vgl. BayVGH, BayVBl. 1966, S. 84 f.

²⁰ Vgl. hierzu *Grziwotz*, DB 1990, S. 1694 f.; in manchen anderen Bundesländern ist die Rechtsprechung diesbezüglich noch nicht gefestigt, doch entspricht wohl die Landesgesetzgebung in den meisten Bundesländern nicht der bayer. Rechtsprechung.

²¹ Vgl. Erlass des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.1.1990, DB 1990, S. 1696. In der Praxis der Finanzverwaltung ist der Erschließungskostenerlass mit der bayerischen Modifizierung maßgeblich, vgl. hierzu *Boruttau/Sack* § 9 Rdnr. 287 m.w.N.

Bayerischen Finanzausgleichsgesetzes an der erhöhten Grunderwerbsteuer partizipiert²².

Nachdem nunmehr der BFH jedoch ausdrücklich auf den hoheitlichen Charakter der Erschließung abstellt, könnte aus der Entscheidung abzuleiten sein, dass künftig auch die vom Grundstückserwerber übernommenen Erschließungsbeiträge gemäß Art. 5 BayKAG nicht mehr zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage gehören, selbst wenn die Anlage bereits vor dem Erwerbszeitpunkt betriebsbereit war. Hervorzuheben ist jedoch, dass der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt in einem anderen Bundesland spielte und von daher kein Anlass für den BFH bestand, zu dieser landesrechtlichen Besonderheit Stellung zu nehmen.

Bei den Ländern Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland und Schleswig-Holstein entspricht der landesrechtliche Gesetzeswortlaut dem des BauGB. Bei diesen Bundesländern können auch Erschließungskosten bei gemeindeeigenen Grundstücken auf landesrechtlicher Bemessungsgrundlage nicht mehr unter die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage fallen²³.

Die vorstehenden Rechtsgrundsätze gelten entsprechend auch für Anliegerkosten, die auf der Grundlage der kommunalen Abgabengesetze der Länder erhoben werden (z.B. Straßenausbau oder Kanalbeiträge).

Bei dem Erwerb eines im Sanierungsgebiet gelegenen Grundstücks ist für den vom Erwerber zu zahlenden Ausgleichsbeitrag nach § 154 BauGB ebenfalls auf den Zeitpunkt seiner Entstehung (§ 154 III BauGB) abzustellen.

d)

Soweit eine Gemeinde die Erschließung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. § 124 I BauGB (**Erschließungsvertrag**) auf einen Dritten überträgt, kann sie bei ordnungsgemäßer Durchführung der Erschließung mangels Kostentragung keinen Erschließungsbeitrag erheben. Umgekehrt kann der Erschließungsunternehmer die Kosten der von ihm aufgrund des Erschließungsvertrages zu tragenden und durchzuführenden Erschließung nicht kraft des öffentlichen Abgaben- und Beitragsrechts nach BauGB oder Kommunalabgabenrecht bei den Grundstückseigentümern erheben.

Nur wenn der Erschließungsunternehmer zugleich auch der Eigentümer und somit Verkäufer der erschlossenen Grundstücke ist, kann er die ihm entstandenen Kosten im Rahmen des Verkaufs der Grundstücke auf die Erwerber vertraglich abwälzen. Verpflichtet sich aber der Grundstücksveräußerer bzw. ein von ihm beauftragter Dritter gegenüber dem Erwerber im Kaufvertrag zur Grundstückserschließung, so ist das *erschlossene* Grundstück Gegenstand des Erwerbsvorgangs. Damit gehört das vom Erwerber insoweit zu zahlende „Erschließungsentgelt“ zur Gegenleistung im Grunderwerbsteuerlichen Sinne. Dies bestätigt der BFH in dem besprochenen Urteil auch ausdrücklich in Abschnitt II.1. b). Darin liegt kein

²² Vgl. *Knorn*, DB 1990, S. 1896; Dies folgt daraus, dass die Ertragsfähigkeit über die Grunderwerbsteuer nach Art. 106 Abs. 2 Nr. 4, 107 Abs. 1 Satz 1 GG bei den Ländern liegt und die Landesgesetzgebung nach Art. 106 Abs. 7 Satz 2 GG darüber bestimmen kann, ob und inwieweit das Aufkommen der Grunderwerbsteuer den Gemeinden zufließt: vgl. hierzu Art. 10 des Bayer. Finanzausgleichsgesetzes.

²³ Vgl. *Knorn*, DB 1990, S. 1896; zur Rechtslage in Nordrhein-Westfalen und den neuen Bundesländern vgl. die speziellen Landesgesetze.

Wertungswiderspruch zu der abweichenden Grunderwerbsteuerrechtlichen Behandlung einer noch nicht entstandenen Erschließungsbeitragsschuld²⁴ bei Erschließung durch die Gemeinde selbst. Denn zum einen erhebt diese ihre Kosten als Abgaben und Beitrag aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften, sodass im Hinblick auf die Frage, ob das Grundstück im erschlossenen oder im unerschlossenen Zustand Gegenstand des Erwerbsvertrages ist, auf den Zeitpunkt des Entstehens der öffentlich-rechtlichen (und nach Entstehung als öffentliche Last auf dem Grundstück lastende²⁵) Beitragschuld abzustellen ist²⁶. Zum anderen empfängt der das Grundstück veräußernde private Erschließungsunternehmer die ihm entstandenen Erschließungskosten – ähnlich wie der Bauträger die ihm entstandenen Baukosten – regelmäßig als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks im erschlossenen Zustand²⁷. Umgekehrt erbringt der Erwerber die Erschließungskosten an den veräußernden Erschließungsunternehmer nicht als eigennützige Erwerberleistung, sondern als Leistung für den Erwerb des Grundstücks (im erschlossenen Zustand).

e)

In dem vom BFH entschiedenen Fall waren jedoch der private Erschließungsunternehmer und der verkaufende Grundstückseigentümer nicht identisch. Weil der Erschließungsunternehmer die von ihm verauslagten Erschließungskosten vom Käufer des Grundstücks ersetzt bekommen wollte, wurde dies ebenfalls zum Inhalt des Grundstückskaufvertrages gemacht. Der BFH betont insoweit, dass eine derartige Vereinbarung (selbst wenn sie in formal getrennten Urkunden und/oder mit einem vom Grundstücksveräußerer verschiedenen und auch mit diesem nicht wirtschaftlich zusammenhängenden Dritten getroffen worden wäre) in einem rechtlichen, zumindest aber objektiv sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag stehe. Dies folge daraus, dass der Käufer das Grundstück *und* die Erschließung haben möchte. Gleichwohl wendet der BFH die Grundsätze zum **einheitlichen Vertragswerk** bzw. einheitlichen Leistungsgegenstand auf den vorliegenden Vertrag aufgrund des besonderen hoheitlichen Charakters der Erschließung nicht an. Diese Grundsätze führen in anderen Konstellationen, z. B. bei der Beurkundung von Kaufvertrag und Werkvertrag dazu, dass auch die werkvertraglichen Leistungen der Grunderwerbsteuer unterliegen²⁸.

Im Fall der Erschließungskosten hat der BFH nunmehr jedoch ausdrücklich entschieden, dass diese selbst dann nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage zählen, wenn der Kaufvertrag und die Vereinbarungen zur Grundstücksererschließung eine rechtliche Einheit bilden.

Aufgrund des hoheitlichen Charakters der Erschließung kommt es somit nicht zu einer Erhöhung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die Erschließungskosten.

²⁴ Vgl. oben Abschnitt I.3.a).

²⁵ Vgl. § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG.

²⁶ Vgl. oben Abschnitt I.2. und 3.

²⁷ Vgl. hierzu *Pahlke/Franz*, § 8 Rdnr. 13.

²⁸ Über die rein zivilrechtliche Betrachtung hinaus wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs hier um solche Vereinbarungen erweitert, welche rechtlich oder wirtschaftlich in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Zielen die Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand, so sind sie auch dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich um formal getrennte Verträge handelt. Die Baukosten unterliegen dann ebenfalls der Grunderwerbsteuerpflicht, vgl. BFH, BStBl. II 1990, S. 181, *Pahlke/Franz*, § 9 Rdnr. 16.

4. Ablösevereinbarungen

Abschließend soll noch zu Ablösungsvereinbarungen Stellung genommen werden:

In fast allen Kaufverträgen, insbesondere mit Gemeinden, finden sich Vereinbarungen zur Tragung der Erschließungskosten i.w.S.²⁹, die jedoch nicht stets den rechtlichen Anforderungen gerecht werden, die insbesondere das öffentliche Abgaben- und Erschließungsrecht sowie die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung stellen.³⁰

Erschließungskosten sind als öffentlich-rechtliche Abgaben grundsätzlich immer per Bescheid zu erheben und daher einer vertraglichen Vereinbarung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht zugänglich. Ausnahmen hiervon sind nur zulässig, soweit ein Gesetz dies ausdrücklich gestattet. Für Erschließungskosten i. S. des BauGB gestattet § 133 Abs. 3 S. 5 BauGB und in Bayern für Beiträge Art. 5 Abs. 9 BayKAG eine derartige Ausnahme als sog. Ablösungsvereinbarung³¹, die jedoch nur wirksam ist, wenn die folgenden, insbesondere vom BVerwG aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes darf die sachliche Beitragspflicht noch nicht entstanden sein.
- (2) Von der Gemeinde sind vorher ausreichende allgemein gültige Ablösungsbestimmungen³² in rechtmäßiger Weise zu erlassen.
- (3) Der nach diesen Bestimmungen festgelegte Ablösungsbetrag ist im Vertrag offen zulegen (Verbot der sog. verdeckten Ablösung).

²⁹ Hierunter sollen im vorliegenden Zusammenhang sämtliche Erschließungskosten im Sinne des BauGB sowie alle Beiträge nach Kommunalabgabenrecht (in Bayern nach Art. 5 BayKAG) verstanden werden.

³⁰ Zunehmende Bedeutung findet in der notariellen Praxis etwa die Beurkundung von sog. **Einheimischen-Modellen**, im Rahmen derer die Gemeinde brachliegendes Land käuflich erwirbt, um es sodann im eigenen Besitz zu parzellieren, nach § 30 BauGB zu beplanen und selbst zu erschließen bzw. erschließen zu lassen; die so beplanten und erschlossenen Bauparzellen werden schließlich an bauwillige Einheimische nach ggf. sozialen Auswahlkriterien zu bestimmten Bedingungen weiterverkauft. Die nachfolgenden Aussagen sind allerdings auf sämtliche Ablösevereinbarungen übertragbar und gelten nicht ausschließlich für Einheimischen-Modelle.

³¹ Vgl. bereits oben 3 b, vgl. ferner zur Gesamtproblematik: *Grziwotz ZNotP* 1998, S. 100 ff. und S. 237 ff., *ders. ZfIR* 1998, S. 513 (insbesondere auch zu den Grenzen der Zulässigkeit einer Ablösungsvereinbarung für gemeindeeigene Grundstücke im Hinblick auf das Gebot der Abgabengerechtigkeit); vgl. ferner *Eue, DNotI-Report* Heft 8/1998, S. 83 ff., *Jachmann BayVBl.* 1993, S. 326 ff., 331; *Manstein MittRhNotK* 1995, 1 ff., 12; *Freuen MittRhNotK* 1996, 301 ff., 304.

³² In der Regel in Form einer Ablösungssatzung, die in Bayern für die Ablösung von Beiträgen gemäß Art. 5 Abs. 9 S. 2 BayKAG zwingend vorgeschrieben ist; im Übrigen reichen auch (mittelbar drittwirkende) Verwaltungsvorschriften (vgl. *Jachmann BayVBl.* 1993, S. 326 ff., 331).

Fehlt es an auch nur einer der vorgenannten Voraussetzungen³³, so ist die gesamte zu den Erschließungskosten getroffene vertragliche Vereinbarung und damit unter Umständen sogar gemäß § 139 BGB der gesamte Kaufvertrag nichtig. Es ist daher insbesondere bei Fehlen ausreichender Ablösungsbestimmungen dringend zu raten, ausdrücklich nur Vorauszahlungen auf die Erschließungskosten im Kaufvertrag zu vereinbaren³⁴; derartige Vorauszahlungen haben jedoch den Nachteil, dass sie nochmals per Bescheid endabzurechnen sind, der aufgrund einer entsprechenden Erschließungssatzung zu erlassen ist.

In jedem Fall ist jedoch zu beachten, dass steuerlich von der Finanzverwaltung grundsätzlich nur *rechtlich wirksame* vertragliche Vereinbarungen anerkannt werden. Enthält also der Kaufvertrag eine zivil- bzw. öffentlich-rechtlich unwirksame Vereinbarung zur Tragung der Erschließungskosten, so ist deren Herausnahme aus der Bemessungsgrundlage der GrEST gefährdet. Vor allem aus diesem Grund der GrEST-Ersparnis sollte in der notariellen Praxis (vermehrt) auf eine exakte und vor allem wirksame Vereinbarung zu den Erschließungskosten hingewirkt werden³⁵.

Zusammenfassung:

Wird ein Grundstück erschlossen verkauft, ist die Abgeltung der vor Kaufvertragsabschluss entstandenen Erschließungskosten Teil der Gegenleistung.

Vorauszahlungen erhöhen die Grunderwerbsteuer nicht. Gleiches gilt für öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, die erst nach dem Erwerbsvorgang entstehen.

Die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk (einheitlicher Leistungsgegenstand) sind nicht auf Vereinbarungen zu den Erschließungskosten übertragbar.

Bei einem Erwerb von einer Gemeinde galt bisher in Bayern:

Beiträge nach dem Bayer. KAG gehörten zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage, wenn die entsprechende Anlage bereits vor dem Erwerbszeitpunkt betriebsbereit war. Beiträge nach dem BauGB gehörten dagegen nicht zur Bemessungsgrundlage. Da der BFH nunmehr allein auf den einheitlichen Charakter der Erschließung abstellt, deutet sich an, dass künftig auch Beiträge nach dem Bayer. KAG nicht mehr zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage zählen könnten.

³³ In der Praxis ist dies am häufigsten hinsichtlich der Voraussetzungen (2) und/oder (3) der Fall.

³⁴ Die Zulässigkeit derartiger vertraglicher Vorauszahlungsvereinbarungen, die weder die vorstehend unter (1) bis (3) genannten, noch die für Vorausleistungsbescheide (§ 133 Abs. 3 S.1 BauGB bzw. Art. 5 Abs. 5 S. 1 BayKAG) geltenden Voraussetzungen erfüllen müssen, ist allgemein anerkannt: vgl. nur *Grziwotz ZNotP* 1998, S. 100 ff., 102 und *Manstein MittRhNotK* 1995, 1 ff., 16 sowie *Freuen MittRhNotK* 1996, S. 301 ff., 304, jeweils m.w.N.

³⁵ Die Verfasser wissen von Fällen, in denen das FA bei nicht einwandfrei rechtswirksamen Ablösungsregelungen, insbesondere bei sog. verdeckten Ablösungsvereinbarungen erst auf einen Einspruch hin den Ablösungsbetrag aus der Bemessungsgrundlage herausgenommen hat.

Balkone als Sondereigentum

Von Notar a. D. *Friedrich Schmidt*, Bayreuth

„Balkone sind sondereigentumsfähig“. So steht es zutreffend in den Kommentaren, Gerichtsentscheidungen, Aufsätzen und Werken zum WEG¹. Lediglich *Rapp* verneint dies². Sieht man näher zu, so trifft man schon die unterschiedlichsten Auffassungen darüber, warum dies so ist und was dabei eigentlich Sondereigentum ist. Gemeinsamer Nenner ist dabei stets, dass die Sondereigentumsfähigkeit bejaht wird. Wenn Balkone nicht ausdrücklich als Sondereigentum eingestuft werden, sollen sie dem Gemeinschaftseigentum zugerechnet werden. Man begnügt sich mit dieser Feststellung, ohne sich Gedanken über die praktischen und rechtlichen Folgen für den Wohnungseigentümer zu machen, zu dessen Wohnung ein etwa im gemeinschaftlichen Eigentum stehender Balkon gehört. Neben dem Autor, der schon seit 1985 die Meinung vertritt, Balkone seien stets und immer Sondereigentum³, sind dieser Ansicht nur dezidiert *Bielefeld*⁴ und etwas allgemein *Augustin*⁵. *Diester*⁶ als einer der früheren Experten des Wohnungseigentums stellte 1974 zustimmend fest, es sei herrschende Meinung geworden, dass an Balkonen Sondereigentum bestehen könne, meint dann aber mit dem LG München I⁷, es sei „unnatürlich und formal“, sie dem gemeinschaftlichen Eigentum zuzurechnen. Wie das jüngste Beispiel des BGH⁸ zeigt, zählt das Problem des Sondereigentums an Balkonen offenbar auch zu den „ungelösten Fragen im Wohnungseigentumsrecht“⁹, die einer vertieften Behandlung und einer neuen Sicht bedürfen.

1. Raumeigentum

Wohnungseigentum ist primär Raumeigentum. Das drückt zunächst § 3 WEG aus, indem er die Einräumung von Sondereigentum an Wohnungen als Raumeinheiten und an anderen Räumen zulässt. Ganz deutlich ist dann § 5 Abs. 1 WEG, wo als Gegenstände des Sondereigentums nur Räume zugelassen werden. Eigentum an Räumen ist aber auch eine dogmatische

Crux des Wohnungseigentums¹⁰. Unter Räumen ist der lichte Raum der zum Gegenstand des Sondereigentums erklärten Räumlichkeiten zu verstehen¹¹. Indem man eine Wohnung zum Sondereigentum erklärt, sind damit in genauer Ausdrucksweise die als Wohnung zusammengehörenden Räume gemeint. Die Wohnung kann nur als Raumeinheit verstanden werden, Wohnung als Oberbegriff für die Räume. Ein Raum als solcher ist dagegen nichts Griffiges, er besteht aus Luft. Gegenstand von Eigentum kann er erst durch Abgrenzungen innerhalb eines Gebäudes werden. Eigentum an einem solchen Raum ist daher seinem Wesen nach „Herrschaft über ummauerten Raum“¹², genauer ausgedrückt über umschlossenen Raum. Es handelt sich dabei zunächst um allseitig durch Wände umschlossene Räume. Aber auch eine Offenheit jedenfalls zu einer oder mehreren Seiten schließt die Raumeigenschaft für die Begründung von Sondereigentum nicht aus. Maßgeblich ist die Einbindung in die Raumeinheit, wie sie eine Wohnung als Raumkomplex darstellt. Zu diesem Raumkomplex einer Wohnung gehört auch der Balkon.

Der Luftraum des Sondereigentumsraumes erfährt Sondereigentumsfähigkeit durch die Umschlossenheit als physischer Teil des Gebäudes. Die dreidimensionale Eigenschaft des Raumes innerhalb des Bauwerkes genügt für die Sondereigentumsfähigkeit. Wenn *Rapp*¹³ zusätzlich den Zweck des Sondereigentums als Schutz vor äußeren Einwirkungen aller Art für die Auslegung des Raumbegriffs heranzieht und mangels einer solchen Schutzwirkung den nach mindestens einer Seite offenen Balkon als nicht sondereigentumsfähig ansieht, kann dies nicht aus dem WEG abgeleitet werden. Der Schutz ist Folge, nicht Voraussetzung des Raumbegriffes. Das WEG enthält keine Definition von „Raum“, sondern geht vom natürlichen Sprachgebrauch aus, der ein Bauwerk mit Räumen meint¹⁴. Wie großzügig das WEG mit dem Raumbegriff umgeht, zeigt § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG, wo der offene und ungeschützte Raum eines markierten Garagenstellplatzes als Raum für Sondereigentum zugelassen ist. Die Ansicht von *Rapp*¹⁵, der Balkon sei wegen fehlenden Außenschutzes kein

¹ Angesichts dieser übereinstimmenden Aussagen erübrigt sich eine Aufzählung aller Fundstellen.

² *Staudinger/Rapp*, § 5 WEG Rdnr. 7.

³ „Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums“ Festschrift für *Bärmann/Seuß*, PiG 1985 S. 37 = *MittBayNot* 1985, 240; *Münchener Vertragshandbuch*, 4. Aufl., Band IV, 2. Halbband, S. 249; *Bärmann/Seuß*, 4. Aufl., Rdnr. A 102.

⁴ *Der Wohnungseigentümer*, 5. Aufl. 1995, S. 30 und abl. Anm. zu LG Frankfurt, DWE 1991, 124.

⁵ RGRK, 12. Aufl. 1996, § 5 WEG Rdnr. 28.

⁶ „Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums“, München 1974, S. 59/60.

⁷ *Beschl. v. 21.2.1969*, Rpfleger 1969, 245 mit zust. Anm. *Diester*.

⁸ *Urteil v. 25.1.2001 – VII ZR 193/99*, *MittBayNot* 2001, 479 f. (in diesem Heft), wo der Leitsatz aussagt, dass Balkone bei Wohnungseigentum von zwei Doppelhaushälften nicht im Sondereigentum stehen.

⁹ Vgl. das von *Werner Merle* an der Universität Potsdam am 20.3.2001 zum 50-jährigen Jubiläum des WEG veranstaltete Symposium „Ungelöste Fragen des Wohnungseigentumsrechts“ mit namhaften Beiträgen zu verschiedenen Problemen, abgedruckt in ZWE ab Heft 5/2001.

¹⁰ *Junker* hat in seiner Schrift „Die Gesellschaft nach dem Wohnungseigentumsgesetz“ München 1985, insbesondere das Eigentum an Räumen als mit dem Sachenrecht des BGB (§ 905 BGB) unvereinbar dargestellt und dabei meine Ausführungen in der Festschrift *Bärmann/Weitnauer* (Fußnote 3) zum Raumbegriff des WEG als typisch dafür eingehend kritisiert (S. 17 ff.). In der Literatur sind die Thesen von *Junker* auf allseitige Ablehnung gestoßen; dazu statt aller die Erwiderung von *Weitnauer* im Kommentar vor § 1 WEG Rdnr. 47 ff. und § 5 WEG Rdnr. 9. *Ernst Wolf* hielt das WEG sogar wegen Unvereinbarkeit mit dem Sachenrecht des BGB für nichtig, *Sachenrecht*, 2. Aufl. 1979, S. 568.

¹¹ *Weitnauer*, § 5 WEG Rdnr. 9.

¹² *Röll*, *MittBayNot* 1991, 240; *Bärmann/Pick/Merle*, § 5 WEG Rdnr. 17.

¹³ *Staudinger/Rapp*, § 5 WEG Rdnr. 5.

¹⁴ Dazu *Bärmann/Pick/Merle*, § 1 WEG Rdnrn. 33, § 5 Rdnr. 17, 22 m. w. N.; *Weitnauer*, § 3 WEG Rdnr. 19.

¹⁵ *Staudinger/Rapp*, § 5 WEG Rdnr. 7. *Rapp* greift in *Staudinger/Rapp* § 3 WEG Rdnr. 21 besonders meinen Raumbegriff, wie ich ihn in der Festschrift *Bärmann/Weitnauer* (Fußnote 3) dargestellt habe (siehe auch *Junker* Fußnote 10), an: ich erweitere den natürlichen Raumbegriff des umschlossenen Raums zu einem juristischen, der den nicht allseits umschlossenen Balkon, der in den freien Luftraum hineinragt, zu Unrecht mit einbeziehe. Dem ist

Raum i. S. des WEG und könne daher nicht Sondereigentum sein, ist zu Recht weder in der sonstigen Literatur noch in der Rechtsprechung aufgenommen worden. Im Gegenteil: nirgends wird sonst die Raumeigenschaft des Balkons infrage gestellt.¹⁶

2. Wohnung

Ebenso wenig wie „Raum“ ist der Begriff „Wohnung“ im WEG definiert. Was Wohnung ist, ist nach der Verkehrsauffassung auf der Grundlage der baulichen Gestaltung zu ermitteln¹⁷. Dabei kommt es auf die objektive Erscheinung, nicht auf die subjektive Nutzung an. In Nr. 4 der Allgemeinen Verwaltungsverfügung für die Aufstellung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen (AVA)¹⁸ werden als Wohnung die Summe aller Räume bezeichnet, welche die Führung eines Haushaltes ermöglichen. Auch der Mindeststandard ist angeführt, der als erforderlich angesehen wird, um eine Raumeinheit als Wohnung einzustufen¹⁹. Ein Balkon zählt nicht stets dazu. Ist er aber vorhanden, ist er in die Summe der Räume einzubeziehen, zählt also zur Wohnung. Da die Summe der Räume die Sondereigentumseigenschaft ausmacht, ist es schon von daher gesehen nicht verständlich, weshalb es möglich sein soll, den Balkonraum davon auszunehmen und dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen.

3. Wohnfläche

Bei jeder Wohnflächenberechnung offenbart sich die Zugehörigkeit des Balkons zur Wohnung. Nach § 42 Abs. 1 der II. BV²⁰ ist die Wohnfläche die Summe der anrechenbaren Grundflächen der Räume, die ausschließlich zu der Wohnung gehören. Zur Berechnung heißt es in § 44 Abs. 2 II. BV: „Gehören ausschließlich zu dem Wohnraum Balkone, Loggien, Dachgärten oder gedeckte Freisitze, so können deren Grundflächen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden.“ Bei der Wohnflächenberechnung nach DIN 283²¹ sind die Grundflächen von Balkonen und Loggien zu einem Viertel bei der Ermittlung der Wohnfläche anzurechnen.²² Gemeinsam ist somit den üblichen Wohnflächenberechnungen, dass Balkone flächenanteilig einbezogen werden.

Die so berechnete Wohnfläche spielt im Wohnungseigentum eine wichtige Rolle. So werden in der Regel die Miteigen-

entgegenzuhalten, dass die natürliche Betrachtungsweise den Balkon als Teil der Raumesamtheit Wohnung einschließt, was auch rechtlich etwa bei Wohnflächenberechnungen, im Mietrecht und in der Nutzung durch den Wohnungseigentümer zum Tragen kommt. Selbst *Weitnauer* hat in seiner dogmatischen Strenge den Balkon als sondereigentumsfähigen Raum anerkannt. Mein Raumbegriff gibt das wieder, was im WEG-Recht allgemein anerkannt ist. Er stellt nicht, wie *Rapp* meint, allein auf das Herrschaftsrecht ab, sondern auf die vom Bauwerk abgeleitete Umschlossenheit, die nicht allseitig feste Wände erfordert. Dogmatisch ist Sondereigentum Herrschaftsrecht über Gebäuderäume, sodass ein Stellplatz im Freien nicht sondereigentumsfähig ist, wie *Rapp* aus meiner Ansicht zu Unrecht folgert.

¹⁶ Vgl. z. B.: BGH Urt. v. 21.6.1985 – VII ZR 72/84, DNotZ 1985, 622: „als abgeschlossene Räume grundsätzlich sondereigentumsfähig“.

¹⁷ *Palandt/Bassenge*, § 1 WEG Rdnr. 2.

¹⁸ Bundesanzeiger 1974 Nr. 58 von 23.3.1974, abgedruckt in den meisten WEG-Kommentaren.

¹⁹ Eine gesetzliche Definition des Wohnungsbegriffes für das WEG stellt die AVA aber nicht dar; dazu *Schmidt in Bärmann/Seuß*, Rdnr. A 86.

²⁰ Abgedruckt bei *Bärmann/Pick/Merle*, Anh. VI Nr. 9.

²¹ Abgedruckt bei *Bärmann/Pick/Merle*, Anh. VI Nr. 8.

²² DIN 283 Blatt 2 Nr. 2.23.

tumsanteile (Bruchteile) der einzelnen Wohnungen bei der Bildung von Wohnungseigentum nach der Wohn- und Nutzfläche berechnet.²³ Da sich die Kosten- und Lastenverteilung gemäß § 16 Abs. 1 WEG nach diesen Bruchteilen richtet, ist dies grundsätzlich auch die gerechteste Methode. Anstelle nach Miteigentumsanteilen ist bei der Berechnung der Heizkosten und Warmwasserkosten gemäß §§ 7, 8 HeizKVO zu Anteilen zwischen 50 und 70 % nach Wohn- und Nutzfläche abzurechnen. Bei der Wohnfläche sind auch die nicht beheizten Räume einzubeziehen, somit auch der Balkonanteil²⁴.

Auf Balkone bezogen bedeutet dies, dass deren in die Wohnflächenberechnung einbezogenen Grundflächen über die Miteigentumsanteile in die Kostentragungspflicht des Wohnungseigentümers eingehen. Wenn ein Balkon(raum) aber nicht Sondereigentum, sondern Gemeinschaftseigentum ist, würde einem Eigentümer über einen Miteigentumsanteil, der Gemeinschaftseigentum einschließt, eine Kostenlast für Gemeinschaftseigentum auferlegt werden. Nun können die Miteigentumsanteile zwar frei bestimmt werden, aber es ist nicht einzusehen, weshalb Gemeinschaftseigentum hierbei mit Auswirkung auf die Kostenverteilung einbezogen wird.²⁵

So spricht auch bei der Kostenverteilung alles dafür, dass in die Wohnflächenberechnung einbezogene Balkone wie die anderen Räume der Wohnung dem Sondereigentum zuzurechnen sind.

4. Vermietung

Wer eine Eigentumswohnung vermietet, vermietet sie ganz in ihrer natürlichen Beschaffenheit. Dazu gehört auch ein Balkon. Wäre ein Balkon(raum) nicht Sondereigentum, könnte er vom Wohnungseigentümer nicht mitvermietet werden. Das widerspräche nicht nur jedem natürlichen Verständnis, sondern kann auch rechtlich nicht zutreffend sein. Auch von daher gesehen muss der Balkon dem Sondereigentum zugerechnet werden.²⁶

5. Nutzung

Ein Balkon ist dazu bestimmt, von dem Inhaber der Wohnung, zu der er gehört, genutzt zu werden. Wie an den eigentlichen Wohnräumen benötigt er den unmittelbaren Alleinbesitz. Das Recht zum Alleinbesitz des Sondereigentums beruht auf dem Eigentum als dinglichem Recht. Die entsprechenden Rechte des Sondereigentümers sind in § 13 Abs. 1 WEG verankert. Würde man den Balkon(raum) nicht in das Sondereigentum der Wohnung einbeziehen, sondern dem Gemeinschaftseigentum zurechnen, wäre § 13 Abs. 2 WEG einschlägig, wonach alle Wohnungseigentümer zum Mitgebrauch berechtigt wären.²⁷

²³ *Staudinger/Rapp*, § 3 WEG Rdnr. 5; *Schmidt in Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, Rdnr. A 213; zu Balkonen, Loggien und Dachterrassen ausdrücklich BayObLG, Beschl. v. 7.3.1997 – 2Z BR 136/95 = MittBayNot 1996, 298.

²⁴ Von der Möglichkeit der HeizKVO, die Umlegung auf beheizbaren Flächen vorzunehmen, wird in der Praxis jedenfalls wegen der Balkone nicht Gebrauch gemacht. Dazu auch *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 5 S. 525.

²⁵ Darauf hat schon *Bielefeld* in DWE 1991, 124 hingewiesen.

²⁶ Vgl. zur Spaltung der Mieterstellung das bei der Umwandlung von Mietshäusern in Wohnungseigentum entstandene Problem, wonach nach Veräußerung einer Wohnung bei Anwendung des § 571 BGB die Eigentümergemeinschaft als Vermieter des gemeinschaftlichen Eigentums anzusehen war und das erst der BGH im Beschl. v. 28.4.1999 – VIII ARZ 1/98, NJW 1999, 2177 = MittBayNot 1999, 465, im Sinne der Einheitlichkeit gelöst hat.

²⁷ Etwa die Ostbalkone zum Genießen der Morgensonne, die Westbalkone für die Abendsonne?

Das wäre die absurde dogmatische Konsequenz der Ansichten, die Gemeinschaftseigentum annehmen, falls ein Balkon nicht ausdrücklich zum Sondereigentum erklärt ist.

Man könnte natürlich auch sagen, dass insoweit den Wohnungseigentümern bei der Bildung von Wohnungseigentum ein immanentes Sondernutzungsrecht an ihren Balkonen eingeräumt ist. Es wäre eine Art stillschweigendes Sondernutzungsrecht, ein absolutes Novum im WEG, und keine vernünftige dogmatisch fundierte Lösung. Der Gedanke, an Balkonen stets Sondernutzungsrechte einzuräumen²⁸, führt auch nicht weiter, um dem Wohnungseigentümer die Balkonnutzung zu verschaffen, da der Weg über das Sondereigentum bereits unmittelbar dazu führt. Nach der hier vertretenen Auffassung wäre es ein unzulässiges Sondernutzungsrecht, weil der Raum ja schon zum Sondereigentum gehört.

So bleibt es dabei, dass niemand, der annimmt, der Balkon(raum) könne auch zum gemeinschaftlichen Eigentum zählen, die Alleinnutzung des Balkons durch den Wohnungseigentümer unter Ausschluss der anderen Miteigentümer erklären kann.

6. Zugang

Im Recht des Wohnungseigentums gilt der allgemeine und strikte Grundsatz, dass Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum immer vom Gemeinschaftseigentum zugänglich sein müssen²⁹. Das bedeutet, dass Gemeinschaftseigentum nicht ausschließlich vom Sondereigentum zugänglich sein darf. Andernfalls kann nach h.M. an den vorgesehenen Sondereigentumsräumen kein Sondereigentum gebildet werden.³⁰ Das Zugangserfordernis bezieht sich immer nur auf Räume als den eigentlichen Gegenständen des Sondereigentums, nicht auf den Zugang zu Bauteilen, die nach § 5 Abs. 2 WEG gemeinschaftliches Eigentum sind. Letztere, wie etwa tragende Wände, können sich innerhalb der Wohnung befinden und sind auch nur von Sondereigentumsräumen aus erreichbar. Für den Balkon(raum) ist der ausschließliche Zugang von den Wohnungsräumen des Sondereigentums her geradezu typisch. Es kann daher nicht zugelassen sein, dass er Gemeinschaftseigentum ist.³¹

Nur in wenigen Ausnahmefällen wird ein Zugang zum gemeinschaftlichen Eigentum zugelassen, der durch Sondereigentum führt. Wie problematisch dies jeweils ist, zeigt sich an Spitzbodenräumen, in die man nur über eine Einschubtreppe gelangen kann, die innerhalb einer Wohnung, also im Sondereigentum, liegt. Mit dieser Konstellation hat sich kürzlich das BayObLG befasst³². Es führte zunächst aus, dass die Zugänglichkeit der beiden Spitzböden ausschließlich vom Sondereigentum nicht von sich aus dazu führe, dass auch die Spitzböden Sondereigentum seien. Die Zugehörigkeit zum Gemeinschaftseigentum könne jedenfalls dann angenommen werden, wenn die Räume von ihrer Beschaffenheit her nicht zum ständigen Mitgebrauch

aller Wohnungseigentümer bestimmt seien. In einem solchen Fall brauche der Zugang nicht zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum zu stehen³³. Am gemeinschaftlichen Eigentum des Spitzbodens stehe aber allen Miteigentümern der Mitgebrauch zu. Entscheidend sei dabei, dass es sich nur um einen gelegentlichen Mitgebrauch handle, für den den Miteigentümern der Zugang über das Sondereigentum zu gewähren sei.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist, dass in dem Ausnahmefall des Spitzbodens der Zugang nicht vom gemeinschaftlichen Eigentum bestehen muss, die Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums durch alle Wohnungseigentümer aus der Beschaffenheit, also seinem Zweck zur Mitnutzung, bejaht wird. Überträgt man diese Betrachtungsweise auf den Balkon, so gibt es aus seiner Beschaffenheit keinen Nutzungszweck sämtlicher Miteigentümer. Im Gegenteil, eine solche Mitnutzung soll bei Balkonen gerade nicht bestehen. Wegen der Mitnutzung des Spitzbodens hat das BayObLG verneint, dass die Zugänglichkeit vom Sondereigentum her zu dessen Eigenschaft als Sondereigentum führe. Daraus ist der Gegenschluss zu ziehen, dass die Zugänglichkeit eines Raumes nur vom Sondereigentum her auch dazu führen kann, dass auch dieser Raum zum Sondereigentum gehört, wenn seine Beschaffenheit keinen Mitgebrauch vorsieht. Genau dies ist beim Balkon der Fall. Er gehört eben funktional zur Wohnung, der Spitzboden oder ein Dachboden dagegen zur Gemeinschaft. Die Erreichbarkeit nur von der Wohnung aus führt somit dazu, dass er auch selbst Sondereigentum ist und nicht gemeinschaftliches Eigentum sein kann.

7. Gebäudeteile als Sondereigentum

Gegenstand des Sondereigentums sind nach § 5 Abs. 1 WEG zunächst Räume. Gebäudebestandteile werden nur Sondereigentum, wenn sie zu einem Raum gehören. Dies gilt für wesentliche Bestandteile i. S. des § 93 BGB³⁴ wie für unwesentliche Bestandteile³⁵. Maßgeblich ist für sie, dass sie verändert, beseitigt oder eingefügt werden können, ohne gemeinschaftliches oder anderes Sondereigentum zu beeinträchtigen oder die äußere Gestaltung zu verändern. Die Rechtswirkung, dass solche Gebäudebestandteile Sondereigentum werden, tritt kraft Gesetzes ein. Eine dahingehende Erklärung bei der Begründung von Sondereigentum ist weder erforderlich noch rechtlich möglich. Gebäudebestandteile leiten ihre Eigenschaft als Sondereigentum ausschließlich von dem zum Sondereigentum bestimmten Raum ab. Alle anderen Gebäudebestandteile sind zwingend gemeinschaftliches Eigentum. Der rechtsgeschäftlichen Gestaltung ist nur die umgekehrte Situation zugänglich: zu Räumen gehörende Bestandteile können durch ausdrückliche Festlegung in der Teilungserklärung gemeinschaftliches Eigentum werden³⁶. Die gesetzliche Rechtsfolge, dass solche Teile Sondereigentum eines Raumes werden, wird dabei abbedungen, was zulässig ist³⁷.

8. Sondereigentum und Balkonteile

Weil nur Räume zu Sondereigentum erklärt werden können und müssen, bedarf es in Teilungserklärungen seit jeher nur der Konkretisierung des Raumes oder der Wohnung als Raumeinheit. Die Nennung von zu den Räumen gehörenden Bestandteilen³⁸ des Gebäudes ist völlig überflüssig und hat

²⁸ Nur notwendig, wenn man wie *Rapp* die Sondereigentumsfähigkeit des Balkons verneint.

²⁹ BGH, Beschl. v. 5.7.1991 – V ZR 222/99, DNotZ 1992, 224 = MittBayNot 1992, 41; BayObLG Beschl. v. 25.3.1992 – 2Z BR 1/92, DNotZ 1992, 490; BayObLG Beschl. v. 6.2.1986 – 2 Z 12/85, MittBayNot 1986, 78; von *Oefe* in *Bauer/von Oefe*, Grundbuchordnung, AT V Rdnr. 45 m.w.N.

³⁰ BGH a.a.O.; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 3 Rdnr. 18 m.w.N., auch zu den Ausnahmen.

³¹ Würde man mit den Aussagen der Rechtsprechung ganz ernst machen, dass an Räumen, die den einzigen Zugang zu einem Raum im Gemeinschaftseigentum bilden, kein Sondereigentum begründet werden kann, wäre die Wohnung selbst gar nicht sonder-eigentumsfähig, wenn der Balkon Gemeinschaftseigentum ist. Folge: nichtige Wohnungsgrundbücher? Dazu auch unter 13.

³² Beschl. v. 14.2.2001 – 2Z BR 3/01, MittBayNot 2001, 480 f. (in diesem Heft).

³³ So auch schon im Beschl. v. 16.5.1991 – 2 Z 33/91, NJW-RR 1991, 165 = MittBayNot 1992, 131 zu einem normalen Dachraum; dazu *Weitmaier*, § 5 WEG Rdnr. 9.

³⁴ *Weitmaier*, § 5 WEG Rdnrn. 3, 14.

³⁵ *Bärman/Pick/Merle*, § 5 Rdnr. 25.

³⁶ Z. B. das gesamte Fenster.

³⁷ *Bärman/Pick/Merle*, § 5 WEG Rdnr. 64.

³⁸ Etwa tragender Wände in der Wohnung, Geschosdecken etc.

auch keine rechtliche Wirkung. Deswegen geschieht dies auch nie³⁹. Merkwürdigerweise wird bei Balkonen häufig anders verfahren. Aber auch hier gilt: Der Balkon(raum) ist Sondereigentum, während die Balkonkonstruktion zwingend gemeinschaftliches Eigentum ist und lediglich ein Balkonbelag und die Innenseite des Balkons Sondereigentum nach Maßgabe von § 5 Abs. 1 WEG werden. Wenn in einer Teilungserklärung der Balkon bei der Benennung des Sondereigentums der Wohnung, genauer der Sondereigentumsräume, genannt wird, entspricht dies der Konstruktion des WEG. Von daher gesehen begegnet man der Ansicht eines Rechtspflegers, der die Bezeichnung des Balkons als Sondereigentum nicht genügen lassen wollte, sondern Aussagen über die baulichen Balkonbestandteile forderte, mit mehr als Unverständnis. Das BayObLG hat die Ansicht zutreffend verworfen⁴⁰.

9. Sprachgebrauch, Literatur, Rechtsprechung

Dass es dazu gekommen ist, liegt nicht zuletzt an einem fehlgeleiteten Sprachgebrauch. Fast die gesamte Literatur und Rechtsprechung ist durch unpräzise oder falsche Formulierungen bis in viele Leitsätze hinein in der Sache des entschiedenen Falles meist richtig, in der dogmatischen Begründung aber unglücklich oder fehlerhaft verfahren. Schon der Begriff „Balkon“ ist doppeldeutig. Wenn man davon spricht, dass eine Wohnung *einen Balkon hat*, meint man den Balkonraum als Teil der Wohnung. Sagt man, dass *ein Balkon gebaut wird*, denkt man an das Bauelement Balkon als Gebäudeteil. Da die meisten Rechtsstreitigkeiten zum Bauteil Balkon, dessen Mängel und Unterhaltungskosten ergehen, wird Balkon dann in diesem Sinne gebraucht und herausgestellt und definiert, was daran Sondereigentum und was gemeinschaftliches Eigentum ist. Dass die Sondereigentumseigenschaft nur aus der Raumeigenschaft hergeleitet werden kann, kommt dann nicht mehr zum Ausdruck.

Anschaulich dazu ist die Rechtsprechung des BayObLG. Es hat zutreffend stets herausgearbeitet, was an Balkonen zwingend Gemeinschaftseigentum ist, in einem Leitsatz aber einmal ausgesagt⁴¹: „Balkone sind im wesentlichen gemeinschaftliches Eigentum; allenfalls der Bodenbelag und die Innenseiten können zu Sondereigentum erklärt werden.“ Die Aussage zeigt beispielhaft den dogmatischen Fehler: Als Balkon ist hier der Bauteil Balkon gemeint, nicht der Balkonraum, der allein zum Sondereigentum erklärt werden kann, während Bauteile des Balkons als Sondereigentum nur der Appendix des Raumeigentums sind. Das Gericht sagt aber in Leitsatz und Begründung, dass Bauteile zu Sondereigentum erklärt werden könnten. Auch die neueste Entscheidung des BGH⁴² zum Sondereigentum an Doppelhäusern, an denen

Wohnungseigentum besteht, ist von dieser Doppeldeutigkeit getragen, wenn in Leitsatz und Begründung gesagt wird, dass Balkone bei solchen Häusern nicht Sondereigentum seien. In Wahrheit sind die Balkone als Balkonräume Sondereigentum, deren Bauteile aber nur nach Maßgabe des § 5 Abs. 1 WEG. So hätte es präzise ausgedrückt und begründet werden müssen.

Diese beiden Beispiele der Rechtsprechung mögen genügen. Es würde zu weit führen, die überall verbreitete, aber mangelhafte und nicht an § 5 WEG ausgerichtete dogmatische Präzision im Einzelnen nachzuweisen. Sie ist aber typisch in der ganzen Balkonbehandlung.

10. Teilungserklärung⁴³, Aufteilungsplan

Für die Bestimmung der Räume, an denen Sondereigentum begründet werden soll, sind der Text der Teilungserklärung und der Aufteilungsplan maßgebend. In beiden werden die Wohnungen beschrieben und dargestellt und in der Regel mit einer Nummer versehen.

a) Teilungserklärung

Für die textliche Darstellung in der Teilungserklärung gibt es mehrere Methoden:⁴⁴

1. Für jede Wohnung wird der Reihe nach aufgezählt, wo sie liegt, welche Räume sie hat, zusätzlich zugehörige Nebenräume wie Keller, Dachboden etc., zusammenfassend dann die Wohnungsnummer des Aufteilungsplanes. Zu den Räumen der Wohnung zählt dann auch der mitgenannte Balkon.
2. Wie vor, aber nur Lage der Wohnung ohne Aufzählung ihrer Einzelräume, Nennung außerhalb liegender Räume, Nummer des Aufteilungsplanes. Ein Balkon zählt dabei ohne ausdrückliche Erwähnung zur Wohnung.
3. Bei Doppel- und Reihenhäusern Nennung nur der gesamten Wohnung im jeweiligen Haus, gekennzeichnet durch Nummer oder Lage. Der Balkon ist in die Hausbenennung integriert.
4. Liste aller Sondereigentumseinheiten in Spalten⁴⁵, in denen Wohnungsnummer und Lage genannt werden. Der Balkon wird dabei über die Nennung der Wohnung miterfasst. Außerhalb liegende Räume sind gesondert zu nennen, am besten durch einen Sammelsatz: „Zu jeder Wohnung gehören Boden- und Kellerabteil mit der gleichen Nummer.“

Bei der textlichen Darstellung kann es zu einem Problem nur kommen in den Fällen der Nr. 1, wenn dort allgemein der Balkon nicht genannt oder im Einzelfall vergessen wird.

b) Aufteilungsplan

Für die planerische Darstellung des Balkons als Sondereigentum im Aufteilungsplan gibt es ebenfalls mehrere Methoden:

1. Nummerierung durch Einzeichnung der Wohnungsnummer in jedem Einzelraum der Wohnung, also auch dem Balkon.
2. Nummerierung der gesamten Wohnung durch Einzeichnung der Wohnungsnummer nur einmal, z.B. am Wohnungseingang.
3. Einmalige Nummerierung der Wohnung wie vor, aber zusätzlich farbige oder auch nur deutliche schwarze Umrandung. Der Balkon muss dabei in die Umrandung einbezogen werden.

⁴³ Der Einfachheit halber wird auf die Teilungserklärung nach § 8 WEG abgestellt: Die Ausführungen dazu gelten entsprechend auch für den Teilungsvertrag nach § 3 WEG.

⁴⁴ Siehe die Muster in *Bärmann/Seuß*, Praxis des Wohnungseigentums, 4. Aufl., Muster G 12 und G 15.

⁴⁵ Vom Amtsgericht München seinerzeit vorgeschlagen und forciert. Übernommen von *Schmidt* im Münchener Vertragshandbuch, Formular zur Teilungserklärung in allen Auflagen; Einzelheiten: 4. Aufl., Band IV, 2. Halbband, Form. IX, Anm. 4, Abs. 3.

³⁹ Auch die häufig anzutreffende Aufzählung von Teilen des Sondereigentums und des gemeinschaftlichen Eigentums hat keine Rechtswirkung und sollte in Teilungserklärungen besser unterbleiben oder nur als beispielhafte Aufzählung textlich abgesetzt und vom Grundbuchantrag ausdrücklich ausgenommen werden. Dazu auch *Röll*, MittBayNot 1996, 275 Abschnitt 8.

⁴⁰ Beschl. v. 1.10.1998 – 2Z BR 144/98, MittBayNot 1999, 288, allerdings mit der merkwürdigen Begründung, die Nichtnennung einzelner Balkonteile in der Teilungserklärung verstoße nicht gegen zwingendes Recht. In Wirklichkeit sind nach dem WEG nur die Räume des Sondereigentums zu nennen, während die Begründung von Sondereigentum an Bauteilen gegen zwingendes Recht verstößt.

⁴¹ Beschl. v. 5.3.1993 – 2Z BR 29/93 – WE 1994, 184 = WM 1993, 488.

⁴² Urteil v. 25.1.2001 – VII ZR 193/99, MittBayNot 2001, 479 f. (in diesem Heft); es ist allerdings zu bedenken, dass die Entscheidung vom VII. Senat, dem Baurechtssenat, getroffen wurde, und es sich um eine Baustreitigkeit handelt, nicht um eine Wohnungseigentumsache, für die der V. Senat zuständig ist. Dennoch ist es unbefriedigend, wenn ein BGH-Senat solche zur Dogmatik des WEG nicht passende Aussagen trifft.

Zu Problemen kann es kommen bei Fall 1, wenn die Nummer beim Balkon generell oder im Einzelfall versehentlich nicht eingezeichnet wird, bei Fall 3, wenn der Balkon nicht mit umrandet wird, sei es generell oder im Einzelfall.

Meist liegen die Probleme beim Aufteilungsplan, wenn er nicht berücksichtigt, dass Balkone Sondereigentum sein müssen. Die verbreitete Auffassung, sie *können* Sondereigentum sein, hat sicher auch dazu geführt, dass man Balkone in Aufteilungsplänen bei Nummerierung oder Umrandung ausspart, Baubehörden dazu Abgeschlossenheitsbescheinigungen erteilen⁴⁶ und Grundbuchämter eingetragen⁴⁷. In der Literatur zur Erstellung von Teilungserklärungen wurde die richtige Behandlung der Balkone weitgehend vernachlässigt, sodass es nicht verwunderlich ist, was sich hier eingeschlichen hat⁴⁸.

11. Fehler bei Teilungserklärung und Aufteilungsplan

Herrschende Rechtsprechung und Meinung gehen von dem richtigen Grundsatz aus, dass Räume, die nicht ausdrücklich in Teilungserklärung und Aufteilungsplan zu Sondereigentum erklärt werden, nicht Sondereigentum werden. Dies soll sogar dann gelten, wenn ein offensichtliches Versehen vorliegt. Bei einem Widerspruch zwischen beiden kann eine Auslegung helfen. Diese Ansicht kann nicht voll und stets befriedigen. Sie setzt die Wirkungen der dinglichen Zusammengehörigkeit nach § 94 BGB außer Kraft bzw. beachtet sie nicht genügend.

Sondereigentum kann die Wohnung nur mit allen ihren Raumteilen werden, zu denen auch der Balkon gehört. Ein nur von dem Eingang der Wohnung zugänglicher Raum kann nicht gemeinschaftliches Eigentum sein, wenn er funktional ausschließlich zur Wohnung gehört. § 94 BGB verbietet es, dass von vornherein an den Räumen einer Wohnung verschiedene dingliche Eigentumsrechte bestehen können. Auch das Wohnzimmer, in das keine Nummer eingetragen ist, kann nicht Gemeinschaftseigentum bleiben, während alle anderen Räume Sondereigentum sein sollen. Alle Räume der Wohnung sind deren Bestandteile als Sondereigentum. Dies hat auch das BayObLG angedacht, wenn es im Spitzbodenfall überlegt hat, ob die einzige Zugänglichkeit von Sondereigentum nicht auch zum Sondereigentum des betreffenden Raumes führt⁴⁹, also ein zutreffender Gedankengang.

Die Zugangsfrage erweist sich hierbei in Verbindung mit der funktionalen Zugehörigkeit zur Wohnung als das zentrale Element für die Zugehörigkeit des Balkons zum Sondereigentum⁵⁰. Insofern ist *Sauren*⁵¹ zu widersprechen, der gegen *Bielefeld* argumentiert, es käme nur auf die Zuordnung in der Teilungserklärung an. Allerdings findet sich *Sauren* damit im Einklang mit der herrschenden Rechtsprechung und Literatur. Warum die sonst so intensiv behandelte Frage des Zugangs zum Sondereigentum und zum gemeinschaftlichen Eigentum beim Balkon außer Acht gelassen werden kann, wird nirgends angesprochen oder gar begründet. Der vorgenannte Beschluss des BayObLG vom 14.2.2001 zum Spitzboden wirft ein Schlaglicht auf das Problem. Der Aufteilungsplan darf daher den Balkon als Raum der Gesamtwohnung wegen fehlendem Zugang vom Gemeinschaftseigentum nicht als gemeinschaft-

liches Eigentum ausweisen. Lässt er ihn in gängiger oder fahrlässiger Praxis aus dem Sondereigentum heraus, muss der Balkon kraft Zugehörigkeit zur Gesamtwohnung dennoch als Sondereigentum eingestuft werden. Dies muss unabhängig davon gelten, ob der Text der Teilungserklärung oder ob der Aufteilungsplan hierzu nicht stimmen. Weist der eine Sondereigentum aus, der andere nicht, muss die Auslegung zu Gunsten von Sondereigentum getroffen werden. Nur bei einem ausdrücklichen und evidenten Widerspruch zwischen dem Text der Teilungserklärung und der Zeichnung des Aufteilungsplanes kann man zu dem Ergebnis kommen, dass überhaupt kein Sondereigentum (an der Wohnung selbst!) entstanden ist und die diesbezügliche BGH-Entscheidung anwenden.⁵²

12. Fehlerbehandlung durch das Grundbuchamt

Erkennt das Grundbuchamt bei der vorgelegten Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan, dass Balkone nicht dem Sondereigentum der Wohnung zugeordnet sind⁵³, sollte es jedenfalls durch eine Zwischenverfügung eine Ergänzung vornehmen lassen, die dies ausdrücklich klarstellt. Dies gilt sowohl dann, wenn im Aufteilungsplan allgemein Balkone nicht als Sondereigentum eingezeichnet sind, wie vor allem dann, wenn bei nur einer einzelnen Wohnung die Mitnummerierung oder Mitumrandung vergessen ist. Gerade im letzteren Fall kann eine Amtspflichtverletzung vorliegen, wenn die Wohnung dennoch als Sondereigentum eingetragen wird, zumal der Empfänger der Vollzugsmittelteilung nicht erkennen kann, dass der Balkon nicht zum Sondereigentum gehören soll. Auch besteht die Gefahr der Nichtigkeit der Eintragung des Sondereigentums der Wohnung, weil ein hinterliegendes gemeinschaftliches Eigentum vorhanden ist.⁵⁴

13. Fehlerbehandlung durch das Gericht

Ist eine Teilungserklärung vollzogen, in der bei der Bezeichnung einer oder mehrerer Wohnungen Balkone nicht ausdrücklich zum Sondereigentum erklärt sind, und wird das Gericht damit befasst, gibt es mehrere rechtliche Folgerungen:

1. Es nimmt gemeinschaftliches Eigentum am Balkon(raum) an und urteilt konsequent nach der Rechtsprechung, wonach Sondereigentum nicht entstehen kann, wenn durch dieses der einzige Zugang zu gemeinschaftlichem Eigentum, hier dem Balkon, führt. Die Eintragung der Wohnung als Sondereigentum wäre nichtig: dogmatisch sauber und klar, aber ein Albraum für das Wohnungseigentum.
2. Es sieht den Fall als unklar und widersprüchlich an, und urteilt, dass überhaupt kein Sondereigentum entstanden ist:⁵⁵ Albraum wie vor.
3. Es nimmt gemeinschaftliches Eigentum für den Balkon(raum) an und lässt trotzdem das Sondereigentum der sonstigen Wohnung bestehen. Das ist der Fall des OLG Frankfurt, auf den nachstehend näher eingegangen wird. Das Ergebnis des OLG Frankfurt kommt dem vorgenannten Albraum sehr nahe.

⁴⁶ M. E. fehlerhaft.

⁴⁷ M. E. auch fehlerhaft.

⁴⁸ Seit der ersten Auflage des Münchener Vertragshandbuchs habe ich das angesprochen, zuletzt 4. Aufl., Band IV, 2. Halbband, Form. IX, Anm. 4, Abs. 4.

⁴⁹ Beschl. v. 14.2.2001 – ZZ BR 3/01, MittBayNot 2001, 480 f. (in diesem Heft).

⁵⁰ So auch *Bielefeld*, Der Wohnungseigentümer, 5. Aufl., S. 30.

⁵¹ § 1 WEG Rdnr. 8.

⁵² BGH, Urt. v. 30.6.1995 – V ZR 118/94, MittBayNot 1995, 379 = DNotZ 1996, 296 mit Anm. *Röll*, der der Aussage des Urteils nur bei unlösbaren Widersprüchen zustimmt, sie für den entschiedenen Fall aber ablehnt.

⁵³ Schon bei der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung müsste beachtet werden, dass der Balkon zur abgeschlossenen Wohnung gehört. Ist er herausgenommen, ist die Bescheinigung unrichtig.

⁵⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 5.7.1991 – V ZR 222/90, MittBayNot 1992, 182.

⁵⁵ Zu dieser Widersprüchlichkeit statt aller *Palandt/Bassenge* § 5 WEG Rdnr. 1 m.w.N.

4. Es urteilt, dass der Balkon(raum) nach der hier vertretenen Meinung dennoch zum Sondereigentum der Wohnung gehört. Dies ist eine dogmatisch und mit dem Sinn und Zweck des WEG am besten vereinbare Lösung⁵⁶ und sie entspricht auch der natürlichen Betrachtungsweise.

14. Fall des OLG Frankfurt

Die einzige Rechtsprechung zu der Frage des Sondereigentums am Balkonraum, wenn er in der Teilungserklärung nicht zum Sondereigentum erklärt ist, kommt – soweit ersichtlich – aus Frankfurt/Main. 1990 hat das LG Frankfurt festgestellt⁵⁷, dass alles, was nicht ausdrücklich dem Sondereigentum zugewiesen ist, gemeinschaftliches Eigentum sei, auch der Balkon. 1997 hat das OLG Frankfurt eine Entscheidung getroffen⁵⁸, deren Leitsatz lautet:

„Wird ein Balkon, der nach der Absicht des teilenden Eigentümers Sondereigentum werden sollte, weder in der Teilungserklärung noch in dem Aufteilungsplan hinreichend als Sondereigentum bezeichnet, so entsteht durch die Eintragung des Aufteilungsplanes an ihm gemeinschaftliches Eigentum; soll es nachträglich in Sondereigentum überführt werden, so bedarf es der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und der Zustimmung aller derer, denen an den einzelnen Wohnungseigentumsrechten dingliche Rechte zustehen.“

Der Beschluss erging in einem Verfahren, in dem der Wohnungseigentümer nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher erkannt hat, dass sein Balkon bei der Aufzählung der Einzelräume der Wohnung in der Teilungserklärung und bei der Nummerierung im Aufteilungsplan der Behörde übersehen wurde. Durch einen notariellen Antrag mit behördlich gesiegelten Planunterlagen wollte er eine Richtigstellung im Grundbuch erreichen. Sie wurde ihm versagt.

In seiner Begründung hat das OLG strengste Dogmatik angewandt und ist dennoch zu einem fast absurden Ergebnis gekommen. Auf Gedanken, wie sie vorstehend entwickelt wurden, ist es nicht gestoßen, auch nicht auf die vorerwähnte Anmerkung von *Bielefeld* zum Beschluss des LG Frankfurt von 1990, auch nicht auf die Überlegungen des OLG Düsseldorf zur Einheitlichkeit eines dinglichen Eigentumsrechts von 1985⁵⁹. Vielleicht lag dies auch so ferne, weil die ganze Balkondiskussion immer dogmatisch falsche Ansatzpunkte hatte.

Für die ausschließliche Maßgabe von Teilungserklärung und Aufteilungsplan für die Entstehung von Sondereigentum werden vom OLG diesbezügliche Aussagen verschiedener Entscheidungen herangezogen, die aber mit dem Balkonfall nicht vergleichbar sind. Es sind dies:

1. BayObLG 1991⁶⁰: Bei einem Zweifamilienhaus mit Eigentumswohnungen im Erdgeschoss und Obergeschoss und einer Garage des EG-Eigentümers am Haus wurde in die Garage eine Zwischendecke eingezogen, zu der der OG-Eigentümer von seinem Balkon eine Tür anbrachte. Der Garageneigentümer verlangte die Räumung dieses Raumes, den der andere als Abstellraum nutzte, der sich auch auf Sondereigentum berief. In den Eintragungsunterlagen war davon keine Rede.

2. BayObLG 1991⁶¹: Hier ging es darum, dass ein außerhalb der Wohnung liegender Keller mit der gleichen Nummer wie die Wohnung versehen werden muss, also keine verschiedenen Nummern.

3. BayObLG 1993⁶²: Hier ging es nach eingetragener Begründung von Wohnungseigentum um Umbauten, zugelassenen Dachgeschossausbau, Flächenverschiebungen und die Frage, ob Überbaurecht analog angewandt werden kann, also eine Spezialsituation.

4. BayObLG 1993⁶³: Hier ging es um die Anforderung an den Aufteilungsplan beim Sondereigentum selbstständiger Garagenbauwerke auf dem Grundstück.

5. BayObLG 1988⁶⁴: Hier ging es darum, wie ein über einem Sondereigentum „Dachgeschoss/Speicher“ liegender weiter „Dachboden“ zum inzwischen ausgebauten Sondereigentum „Dachgeschoss/Speicher“, jetzt als Speicher der ausgebauten darunter liegenden Wohnung, werden kann. Der ursprüngliche Aufteilungsplan bot keinen Anhalt dafür, dass der „Dachboden“ von Anfang an auch Sondereigentum zu „Dachgeschoss/Speicher“ sei.

Alle diese Entscheidungen und die ganze darauf aufgebaute Literatur gründen sich darauf, dass ausschließlich Teilungserklärung und Aufteilungsplan für die Bestimmung von Sondereigentum maßgeblich sind, nirgends aber ist eine Konstellation, auch nicht annähernd, zu der des in die Wohnung integrierten Balkons gegeben. Eine bei der Begründung von Sondereigentum bereits zulässige Eigentumsaufteilung einer abgeschlossenen Wohnung in Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum ist bisher von keinem Gericht ausdrücklich zugelassen worden. Sie kann es auch nicht geben. Angenommen, im Frankfurter Fall wäre die Nennung und Nummerierung des Wohnzimmers vergessen worden: Hätte das Gericht genauso entschieden? Die Frage zu stellen, heißt, die dogmatische Begründung des Beschlusses infrage zu stellen. Die richtige Antwort kann nur nach der hier vertretenen Meinung gegeben werden.

15. Fall des OLG Köln

Was die Sicht des OLG Frankfurt bedeutet, wird in einer jüngeren Entscheidung des OLG Köln⁶⁵ offenbar. In einer Eigentumswohnanlage stand eine Sanierung der Balkonisolierungen an. Der Balkonoberbelag bestand aus keramischen Fliesen. Es wurde beschlossen, nach der Sanierung statt dieser Fliesen lose verlegte Betonplatten auf Stelzen aufzulegen. Ein Eigentümer, der am Beschlusstag in Urlaub war, wehrte sich dagegen. Das OLG stellte zutreffend fest, dass die Eigentümergemeinschaft nur über gemeinschaftliches Eigentum beschließen könne und Beschlüsse über Sondereigentum, wie Bodenbelag, mangels Beschlusskompetenz nichtig seien. Der Fall müsse aber an das LG zurückverwiesen werden, weil erst zu klären sei, ob der Bodenbelag des Balkons hier Sondereigentum oder Gemeinschaftseigentum sei. Es heißt dann wörtlich unter Berufung auf das OLG Frankfurt:

„Vorliegend erlaubt die Formulierung in § 1 der bisher nur vorgelegten Gemeinschaftsordnung (Anlage 2 zur TE), „Innerhalb der Wohnungen gehören zum Sondereigentum der Wohnungseigentümer a) der

⁵⁶ Vgl. *Weitmauer*, Vor § 1 WEG Rdnr. 24.

⁵⁷ Beschl. v. 26.3.1990 – 2/9 T 1204/89, DWE 1991, 124 mit abl. Anm. *Bielefeld*.

⁵⁸ Beschl. v. 3.4.1997 – 20 W 90/97, FGPrax 1997, 139.

⁵⁹ Dazu unten Abschnitt 16.

⁶⁰ Beschl. v. 23.5.1991 – 2Z 55/91, NJW-RR 1991, 1356.

⁶¹ Beschl. v. 1.8.1991 – 2 Z 100/91, RPflegler 1991, 414 = WE 1992, 290 = MittBayNot 1992, 134 (L).

⁶² Beschl. v. 5.5.1993 – BR 115/93, DNotZ 1993, 741 = MittBayNot 1993, 287.

⁶³ Beschl. v. 30.4.1993 – 2Z BR 35/93, NJW-RR 1993, 1040 = MittBayNot 1993, 215.

⁶⁴ Beschl. v. 4.8.1988 – 2Z BR 57/88, MittBayNot 1988, 236.

⁶⁵ Beschl. v. 5.12.2000 – 16 Wx 121/00, NZM 2001, 541.

Fußbodenbelag ...‘ noch nicht den Schluss, dass hiervon auch der Fußbodenbelag eines Balkons erfasst ist. Eine entsprechende Zuordnung wäre nur dann möglich, wenn festgestellt werden könnte, dass auch die Balkone ‚innerhalb der Wohnungen‘ liegen, etwa weil sie in weiteren Bestandteilen der TE, beispielsweise dem Aufteilungsplan eindeutig dem Sondereigentum zugeordnet worden sind.“

Angesichts von Rechtsprechung und Literatur ist dem OLG nicht zu verdenken, wie es entschieden hat. Der Beschluss kann aber weder rechtlich noch im praktischen Ergebnis gebilligt werden. In rechtlicher Sicht kann der zitierte Passus aus der Gemeinschaftsordnung nicht herangezogen werden, weil Bauteile nicht kraft Vereinbarung, sondern gemäß § 5 Abs. 1 WEG kraft Gesetzes Sondereigentum als Teile des Raumes werden⁶⁶. Darauf, dass die Teilungserklärung bzw. der Aufteilungsplan den Balkon ausdrücklich als „innerhalb der Wohnung“ kennzeichnen müssen, kommt es nicht an. Praktisch kann es wohl nicht angehen, dass sich ein Eigentümer einen fest gefliesten Balkonbelag durch lose Betonplatten ersetzen lassen muss. Das ist zumindest eine Wert- und Gebrauchsminderung der Wohnung.

16. Guter Glaube des Aufteilungsplanes, Rechtsnachfolge

Nach Rechtsprechung und Literatur nimmt der Aufteilungsplan am guten Glauben des Grundbuches teil⁶⁷. Das gilt insbesondere dafür, was Sondereigentum ist. Balkone wären danach nur Sondereigentum, wenn dies der Aufteilungsplan ausdrückt. Es kann aber nicht richtig sein, dass bei Wohnungen mit Balkon unterschieden werden muss in solche rechtlich mit und solche rechtlich ohne Balkon. Wer eine Wohnung kauft, die einen Balkon hat, geht davon aus, dass er ihn miterwirbt und nutzen kann. Er würde mehr als erstaunt sein, wenn ihm eröffnet würde, der Balkon gehöre der Eigentümergemeinschaft und er könne ihn nur über den vom OLG Frankfurt gewiesenen Weg erwerben. Häufig übergibt der Verkäufer einen Wohnungsplan, der die tatsächliche Wohnung einschließlich Balkon wiedergibt, nicht einen Auszug aus dem beim Grundbuchamt liegenden versiegelten Aufteilungsplan. Letzterer wird auch kaum eingesehen und auch der Notar ist nicht verpflichtet, ihn beim Grundbuchamt daraufhin einzusehen, ob der Balkon wirklich als Sondereigentum markiert ist⁶⁸.

Der gute Glaube des Grundbuchs soll den Rechtsverkehr schützen, und nicht verunsichern. Wenn im Aufteilungsplan ein Balkon eingezeichnet ist, zeigt er, dass es sich um eine Wohnung mit Balkon handelt. Diese ist samt Balkon dann Gegenstand des Rechtsverkehrs. Der dingliche Grundsatz der Einheit des Eigentums nach § 94 BGB kann vom Prinzip des guten Glaubens nicht außer Kraft gesetzt werden. Er geht vor. § 94 BGB will mit seiner Bestandsverbundenheit klare und sichere Rechtsverhältnisse schaffen und besonders einen Erwerber schützen, der sich darauf verlassen können soll, das Eigentum an allen Bestandteilen zu erhalten⁶⁹. Unterschiedliche dingliche Rechte an der Gesamtwohnung sind mit dem Sachenrecht des BGB nicht zu vereinbaren⁷⁰ und können nicht von den Prinzipien des guten Glaubens gedeckt sein.

⁶⁶ Zu solchen Formulierungen in Teilungserklärungen siehe Fußnote 39.

⁶⁷ BayObLG, Beschl. v. 3.4.1980 – 2Z BR 73/79, DNotZ 1980, 745.

⁶⁸ Die gleiche Verwirrung entsteht beim Mieter; siehe oben 4.

⁶⁹ MünchKomm/Holch, § 94 BGB Rdnr. 1.

⁷⁰ Nicht bestritten sei, dass nachträgliche bauliche Veränderungen schwierige dingliche Rechtsfragen aufwerfen können; hier geht es aber um die rechtsdogmatischen Fragen bei der Begründung von Wohnungseigentum.

17. Balkonerweiterung, OLG Düsseldorf

In der Rechtsprechung ist einmal die Frage aufgetaucht, wie sich eine Balkonerweiterung, die in der Teilungserklärung ausdrücklich zugelassen wurde, auf das Sondereigentum am Balkon auswirkt. Das Grundbuchamt hatte es bei der Begründung von Wohnungseigentum abgelehnt, ein Sondernutzungsrecht auf die Balkonerweiterung im Grundbuch einzutragen. Das OLG Düsseldorf⁷¹ hat die Bedenken des Grundbuchamtes nicht geteilt und sich mit der Frage befasst, was die Balkonerweiterung für eine Veränderung der Grenzen zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum bedeute. Dazu hat es zutreffend ausgeführt:

„Das Gemeinschaftseigentum wird insoweit erweitert, als die Substanz der Wände und Böden der Balkone erweitert wird. Diese Teile des Gebäudes können nach § 5 Abs. 2 WEG nur gemeinschaftliches Eigentum sein. Andererseits wird der zum Sondereigentum gehörende Balkonraum auf Kosten des Gemeinschaftseigentums am Grundstück und dem dazugehörigen Luftraum erweitert. Dass dies der Fall ist, ergibt sich aus § 94 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 WEG. Da Teile eines Raumes nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, führt die Vereinigung des früheren Balkonraums nach der Erweiterung mit dem zusätzlichen Raum innerhalb des neuen Abschlusses dazu, dass sich kraft Gesetzes Sondereigentum an dem vergrößerten Balkon bildet.“

Bemerkenswert an den Ausführungen des OLG Düsseldorf ist, dass es auch beim Balkon herausstellt, dass das eigentliche Sondereigentum der Balkonraum ist, nicht die Balkonsubstanz und dass eine Aussage über das Sondereigentum vom Balkonraum ausgehen muss. Eine bauliche Erweiterung dieses Raumes⁷² erweitert das Sondereigentum kraft Gesetzes, weil an einem Raum keine verschiedenen dinglichen Rechte bestehen können. Führt man diesen Ansatzpunkt des OLG Düsseldorf konsequent weiter, dann kann es auch innerhalb der Räume einer Wohnung keine getrennten Rechte geben, etwa ein Raum Sondereigentum, ein anderer gemeinschaftliches Eigentum. Der zu der abgeschlossenen Wohnung gehörende Balkon(raum) ist somit deren wesentlicher Bestandteil i. S. des § 94 BGB. Diese Betrachtungsweise fügt sich dogmatisch nahtlos in das WEG ein⁷³, während für die Annahme, der Balkon(raum) könne gemeinschaftliches Eigentum sein, noch niemand ein dogmatisches Fundament gefunden hat. Auch von der Interessenlage ist nicht zu erkennen, dass Interessen der Gemeinschaft nachteilig berührt werden, wenn der Balkonraum nicht gemeinschaftliches Eigentum ist. Im Gegenteil, es liegt im Interesse der Gemeinschaft, keine Miteigentumsherrschaft über die Balkone aller Wohnungen zu haben.

18. Balkonteile

Die Rechtslage zu den baulichen Balkonteilen ergibt sich nahtlos aus § 5 Abs. 1 WEG: Alle tragenden Teile, die nach außen gerichteten, Isolierschichten etc. sind zwingend gemeinschaftliches Eigentum. Für Sondereigentum bleibt nur wenig übrig (Bodenbelag, Innenanstrich). In einer reichhaltigen Rechtsprechung wurde dies alles zutreffend herausgearbeitet⁷⁴. Auf Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden. Die Kommentare und die sonstigen Werke zum Wohnungseigentum geben hier reichlich Auskunft⁷⁵.

⁷¹ MittRhNotK 1986, 169 mit Anm. Krönche.

⁷² Jedenfalls eine zulässige.

⁷³ Zum ausschließlichen Herrschaftsrecht über die Wohnung als Zweck des WEG, *Weitmayer*, Vor § 1 WEG Rdnr. 24.

⁷⁴ Allerdings mit den dargestellten dogmatischen Mängeln.

⁷⁵ Vgl. dazu die Schnittzeichnung eines Balkons nach *Deckert* mit Angabe der einzelnen Teile, die Sondereigentum sind, abgedruckt bei *Sauren*, § 1 WEG Rdnr. 8 und *Deckert*, Die Eigentumswohnung, Gruppe 3, S. 24, 25.

19. Instandhaltung, Instandsetzung

Die Instandhaltung und Instandsetzung (kurz Unterhaltung) des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt nach § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG der Gesamtheit der Wohnungseigentümer. Beim Balkon betrifft dies die zum gemeinschaftlichen Eigentum zählenden Bauteile⁷⁶. Der Wohnungseigentümer hat nur die dem Sondereigentum nach § 5 Abs. 1 WEG zuzurechnenden Teile instand zu halten und instand zu setzen. Wieviel Konfliktstoff diese einfache Regelung in sich birgt, zeigt die zahlreiche Rechtsprechung dazu. Ein allgemeine Abweichung von dieser gesetzlichen Lastenverteilung kann nur durch eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG geschehen, nicht durch Beschluss⁷⁷. Zulässig ist es z.B., die Unterhaltung des gesamten Balkons oder einzelner Teile des gemeinschaftlichen Eigentums daran den einzelnen Wohnungseigentümern zu übertragen, auch wenn dies in der Regel nicht sinnvoll ist⁷⁸. Eine Konsequenz der hier vertretenen Auffassung, dass Balkone stets zu Sondereigentum zählen, besteht darin, dass die nach § 5 Abs. 1 WEG zum Sondereigentum gehörenden Bauteile des Balkons stets vom Wohnungseigentümer zu unterhalten sind, auch wenn die Teilungserklärung dazu schweigt.

Für eine Regelung zur Instandsetzung und Instandhaltung von Balkonen in der Gemeinschaftsordnung besteht aber ein Bedürfnis bei Doppelhaus- und Reihenhäuseranlagen, auch bei Mehrhausanlagen. Rechtlich bleiben alle unter § 5 Abs. 2 WEG fallenden Teile des Gebäudes gemeinschaftliches Eigentum mit der Folge, dass auch die Unterhaltung der Gemeinschaft obliegt. Die Alleinnutzung des gesamten gemeinschaftlichen Eigentums jedes Doppelhauses oder Reihenhauses ist jedem Wohnungseigentümer durch Sondernutzungsrecht zu gewähren, die Unterhaltungspflicht für alle Bauteile, zu denen dann auch der Balkon gehört, ist ihm aufzuerlegen⁷⁹. Das Urteil des BGH vom 25.1.2001⁸⁰ ist ein beredtes Beispiel für die Notwendigkeit entsprechender Regelungen.

20. Loggien, Dachterrassen

Was für Balkon zutrifft, gilt auch für Loggien. Loggien sind laut Brockhaus bei Wohnhäusern offene überdeckte Aufenthaltsräume, die im Gegensatz zu Balkonen nicht vor der Mauer liegen, sondern hinter die Mauerflucht zurückspringen. Bei der Behandlung von Dachterrassen gilt grundsätzlich das Gleiche, sie bedürfen aber der baulichen Abgrenzung von sonstigen Dachflächen. Dies sollte der Aufteilungsplan aufzeigen, weil nur dadurch Abgeschlossenheit zum gemeinschaftlichen Eigentum gewahrt ist. Hier kann es auch Zweifelsfälle geben, die aber nach den dargestellten Prinzipien für Balkone zu lösen sind.

⁷⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.1.1998 – 3 Wx 546/97, NZM 1998, 269; dazu auch *Gottschalg*, NZM 1998, 746.

⁷⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 20.9.2000 – V ZB 58/99, ZWE 2000, 518 = MittBayNot 2000, 546.

⁷⁸ Vgl. aber OLG Hamm, Beschl. v. 13.8.1996 – 15 W 115/96, WE 1997, 152, das die Bezeichnung der Isolierschicht als Sondereigentum in der Teilungserklärung in eine Unterhaltungspflicht des Wohnungseigentümers für dieses Balkonteil umdeutete.

⁷⁹ Im Einzelnen *Schmidt* im Münchener Vertragshandbuch, 4. Aufl., Band IV, 2. Halbband, Formular IX.5.

⁸⁰ Fußnote 8.

21. Einzelräume außerhalb der Wohnung

Das Problem des Sondereigentums am Balkon darf nicht gleichgesetzt werden mit der Frage des Sondereigentums an einzelnen Räumen außerhalb der Wohnung, wie Abteilen von Dachböden oder Kellern. Sie gehören zwar zur Gesamtwohnung, können Sondereigentum aber nur durch ausdrückliche Benennung in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan werden. Wird eine solche Einbeziehung vergessen, ist zum einen die Bildung des Sondereigentums an der Wohnung selbst mit der Anlegung des Wohnungsgrundbuches problemlos möglich, zum anderen gibt es kein Zugangsproblem zu einem solchen Einzelraum, das die Zurechnung zum gemeinschaftlichen Eigentum infrage stellen könnte.

22. Ergebnis

Als Gesamtergebnis ist festzustellen:

1. Bei der Frage, ob Balkone Sondereigentum sind, ist weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ein einheitlicher Sprachgebrauch festzustellen. Es verwirrt, wenn einmal Balkon als Raum, das andere Mal als Bauteil gemeint ist.
2. Balkone sind Räume im Sinne des WEG und daher sonder-eigentumsfähig. Nach § 3 Abs. 1 WEG i. V. m. § 5 Abs. 1 WEG können nur Balkonräume zu Sondereigentum erklärt werden, nicht dagegen Bauteile des Balkons. Bauteile, für die die Definition des § 5 Abs. 1 WEG zutrifft, sind kraft Gesetzes Sondereigentum, die übrigen Bauteile kraft Gesetzes zwingend gemeinschaftliches Eigentum. Eine Möglichkeit, einzelne Bauteile rechtsgeschäftlich zu Sondereigentum zu erklären, besteht nicht.
3. Sondereigentum kann nur eine abgeschlossene Wohnung mit allen ihren Räumen sein. Einzelne Räume daraus können nicht gemeinschaftliches Eigentum sein, auch nicht der Balkon. Er gehört kraft der gesetzlichen Verbundenheit des § 94 BGB zum Sondereigentum der Wohnung⁸¹.
4. Das WEG kennt bei der Begründung von Wohnungseigentum keinen Raum, der gemeinschaftliches Eigentum ist, aber nur der Alleinnutzung eines Wohnungseigentümers dient. Gehört ein solcher Raum, wie der Balkon, zur Wohnung, wäre die Abgeschlossenheit nicht gewahrt.
5. Alles, was für gemeinschaftliches Eigentum gilt, insbesondere der Mitgebrauch des § 13 Abs. 2 WEG, müsste auf den Balkon angewandt werden, wenn er gemeinschaftliches Eigentum sein könnte. Das kann nicht sein. Es gibt keine andere dogmatische Brücke, ein Alleinnutzungsrecht des Wohnungseigentümers am Balkon zu begründen, als Sondereigentum kraft Gesetzes anzunehmen.
6. Für die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung eines Balkons und die Tragung der Kosten gelten die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 16 und 21 Abs. 5 WEG. Abweichungen davon können durch Vereinbarung getroffen werden, was bei Reihenhäusern und Doppelhäusern ratsam ist.

⁸¹ Schon *Diester* hat in „Wichtige Rechtsfragen des Wohnungseigentums“, München 1974, S. 111, Sondereigentum an Balkonen kraft Gesetzes angenommen, auch ohne deren Nennung in der Teilungserklärung.

Die Sicherung der Lastenfreistellung bei der Veräußerung von Teilflächen durch Freigabevormerkung¹

Von Notar Dr. Hans-Hermann Wörner, Kemnath

Unter dem Begriff Vormerkung wird nahezu immer die Auflassungsvormerkung, genauer die Vormerkung zur Sicherung Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums verstanden. Die Vormerkung im Sinne des § 883 BGB ist jedoch damit bei weitem nicht erschöpft. Eine noch sehr zarte Pflanze² ist die Vormerkung an einem Grundpfandrecht auf Freigabe zu Gunsten des Erwerbers, im Nachfolgenden „Freigabevormerkung“ genannt.

Bei der Sicherung der Lastenfreistellung von veräußerten, noch nicht vermessenen Teilflächen, insbesondere bei Straßengrundabtretungen, ist der Verfasser mittlerweile vom bisher üblichen System (Rangrücktritt des Gläubigers hinter die Auflassungsvormerkung des Erwerbers), vollständig zur Freigabevormerkung zu Gunsten des Erwerbers übergegangen, da dies gegenüber dem üblichen System viele, seines Erachtens entscheidende Vorteile hat.

1. Vorteile der Freigabevormerkung

Die Vorteile der Freigabevormerkung sind bereits von der Auflassungsvormerkung her bekannt. Ich möchte sie hier kurz aufzählen und anschließend anhand des Musters erläutern:

- Sofortige Verwendung der Erklärung des Gläubigers, auch wenn dieser die Lastenfreistellung von der Zahlung eines bestimmten Betrages aus der Gegenleistung abhängig macht, da die Treuhandanweisung in die Erklärung eingearbeitet wird.
- Bei brieflosen³ Grundpfandrechten ist keine Grundbuchberichtigung bei Verschmelzung von Kreditinstituten erforderlich, wenn noch die alte Gläubigerbezeichnung im Grundbuch eingetragen ist. Für den Rangrücktritt eines Grundpfandrechtes hinter die Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Gläubigers gilt genauso wie für die Freigabevormerkung der Grundsatz des § 39 GBO (Voreintragung des Betroffenen). Betroffen im Sinne des § 39 GBO ist der Gläubiger des Grundpfandrechtes. Ist also im Grundbuch z. B. die Bay. Hypotheken- und Wechselbank als Gläubigerin eingetragen, so ist § 39 GBO nur gewährt, wenn gleichzeitig ein kostenpflichtiger⁴ Antrag auf Berichtigung der Gläubigerbezeichnung gestellt wird. Die Ausnahme des § 40 GBO

greift nur bei der Freigabevormerkung als Sicherung der Aufgabe eines Rechtes, nicht jedoch beim Rangrücktritt⁵.

- Unzweifelhafte Wirkung des Freigabeanspruches gegenüber einem eventuellen Zessionar. Ein gutgläubiger Erwerb des Zessionars ist nicht möglich. Wie *Amann*⁶ meine ich, gegen die von *Jursnik*⁷ als herrschend bezeichnete Ansicht⁸, dass der Rangrücktritt des Grundpfandrechtes hinter die Auflassungsvormerkung für den Erwerber keine Sicherheit bietet:

Der Rangrücktritt gibt dem Erwerber keinen Anspruch auf Löschung oder Freigabe gegen einen Zessionar des zurückgetretenen Grundpfandrechtes. Er bewirkt nur, dass bei einer Versteigerung des Grundstückes aus dem zurückgetretenen Grundpfandrecht die Vormerkung in das geringste Gebot fällt und bestehen bleibt. In § 883 Abs. 2 BGB heißt es „Eine Verfügung, die nach Eintragung der Vormerkung über das Grundstück oder das Recht getroffen wird, ist insoweit unwirksam ...“. Voraussetzung ist daher zum einen das Vorliegen einer Verfügung, die zum anderen nach der Eintragung der Vormerkung stattfindet. Die Zession des Grundpfandrechtes ist eine Verfügung über ein Recht im Sinne des § 883 Absatz 2 BGB. Jedoch bezieht sich Absatz 2 eindeutig auf Absatz 1, woraus folgt, dass nur Verfügungen, die über ein vorgemerkttes Recht oder Grundstück erfolgen, dem Vormerkungsberechtigten gegenüber relativ unwirksam sind. Bei der Freigabevormerkung wird bei der Zession über das vorgemerktte Recht, nämlich das Grundpfandrecht, verfügt, nicht jedoch beim Rangrücktritt. Beim Rangrücktritt ist die Vormerkung am Grundstück eingetragen, über welches gerade nicht verfügt wird. Damit liegt bereits die erste Voraussetzung für die relative Unwirksamkeit, nämlich „eine Verfügung“ (über den vorgemerkten Gegenstand) nicht vor. Es fehlt aber auch noch an der zweiten Voraussetzung: „nach der Eintragung der Vormerkung“. Es heißt nicht „nach der Vormerkung“. Daraus folgt: Es wird nicht auf den Rang, sondern auf das Zeitmoment⁹ abgestellt. Dies hat im Übrigen nichts mit dem Meinungsstreit zu tun, ob der Vormerkung eine Rangfähigkeit zugesprochen werden kann oder nicht. *Bertolini*¹⁰ argumentiert in seinem Beitrag aus dem Jahre 1987 mit § 883 Absatz 3 BGB. Absatz 3 betrifft jedoch nur die Vormerkungen (halbspaltige), die in Rechte umgeschrieben werden, z. B. Vormerkungen auf die Eintragung einer Dienstbarkeit¹¹ und den Rang von mehreren Auflassungsvormerkungen untereinander. *Amann*¹² meint, dass eventuell eine analoge

¹ Statt der üblichen Sicherung durch Rangrücktritt des Grundpfandrechtes hinter die Auflassungsvormerkung.

² So erhalte ich, wenn ich die Eintragung einer Freigabevormerkung bei einem auswärtigen Grundbuchamt beantrage, immer wieder erstaunte Anrufe von Rechtspflegern, die behaupten, einen solchen Grundbuchantrag hätten noch nie verfügt zu haben und an der Zulässigkeit zweifeln.

³ Bei Grundpfandrechten mit Brief ist § 39 Abs. 2 GBO einschlägig, eine Berichtigung ist nicht erforderlich.

⁴ Die für die Gläubigerberichtigung anfallenden Kosten (⁵/₁₀-Gebühr aus dem Nennbetrag) sind wohl vom Gläubiger und nicht vom Eigentümer zu zahlen, da der Eigentümer durch die Verschmelzung keinen Nachteil erleiden sollte.

⁵ Siehe *Demharter*, Rdnr. 17 zu § 40 GBO.

⁶ *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, A I Rdnr. 103.

⁷ *Jursnik*, MittBayNot 1999, S. 125, 135.

⁸ *Bertolini* MittBayNot 1987, S. 174 und *Albrecht* in *Reithmann/Albrecht/Basty* Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rdnr. 376.

⁹ Vgl. auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Rdnr. 1521.

¹⁰ MittBayNot 1987, S. 174, 176.

¹¹ Vgl. die Beispiele in *Palandt/Bassenge*, Rdnr. 30 zu § 883 BGB.

¹² S. o.

Anwendung infrage käme. Warum eine analoge Anwendung, wenn das Gesetz eine ausdrückliche Regelung durch die Freigabevormerkung enthält¹³?

- Vermerk der Freigabevormerkung auf dem Grundschuldbrief und damit Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs. Der Rangrücktritt hinter die Auflassungsvormerkung wird nicht auf dem Grundschuldbrief eingetragen¹⁴.

2. Grundbuchverfahrensrecht und Kosten

Die Freigabevormerkung wird gemäß § 12 Abs. 1 c) GBV in der Veränderungsspalte der Abt. III eingetragen. Bei Vollzug der Freigabe nach Messungsanerkennung und Auflassung ist die Vormerkung gemäß § 17 Abs. 3 GBV zu rötten. Einer Löschung der Freigabevormerkung bedarf es daher im Gegensatz zur Auflassungsvormerkung nicht. Damit fallen auch keine Kosten für die Löschung der Freigabevormerkung an¹⁵. Die Aussage von *Jursnik*¹⁶, dass die Eintragung der Vormerkung mit hohen Kosten verbunden sei, halte ich für falsch. Für die Eintragung der Freigabevormerkung entsteht beim Grundbuchamt eine Viertelgebühr nach §§ 66 Abs. 1 Satz 2, 68 KostO. Eine weitere Viertelgebühr entsteht für die endgültige Freigabe. Beim Rangrücktritt hinter die Auflassungsvormerkung entsteht unabhängig von einer eventuellen ⁵/₁₀-Gebühr für die Berichtigung der Gläubigerbezeichnung, eine ⁵/₁₀-Gebühr für die Eintragung des Rangrücktrittes und eine weitere Viertelgebühr für die endgültige Freigabe. Die Freigabevormerkung spart damit auch Grundbuchkosten. Wobei in den für die Freigabevormerkung relevanten Fällen, auch § 11 KostO nicht übersehen werden sollte, wonach der Bund und das Land von den Grundbuchkosten befreit sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Lastenfreistellungskosten (§ 3 Abs. 1 FStrG, Art. 9 Bay-StrWG)¹⁷.

Nachfolgend ein Muster eines Freigaberversprechens mit Anmerkungen und Erläuterungen:

3. Muster

FREIGABEVERPFLICHTUNG UND PFANDFREIGABE

I.

1. Im Grundbuch des Amtsgerichts Tirschenreuth für Musterstadt Blatt 1234 ist am Grundbesitz von Hans und Emilie Maier eingetragen:

Abt III: lfd. Nr.: 1:
125.000 DM Grundschuld¹⁸ für Hans Maier

¹³ Dies räumt sogar *Albrecht*, Rdnr. 376, s. o. ein.

¹⁴ § 57 GBO wurde diesbezüglich am 1.1.1978 geändert.

¹⁵ *Lappe* in *Korintenberg*, Kostenordnung, 14. Auflage, Rdnr. 18 zu § 66.

¹⁶ *Jursnik*, MittBayNot 1999, S. 125, 135.

¹⁷ Vgl. Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 337.

¹⁸ Im Muster wurde bewusst eine private Briefgrundschuld aufgeführt, bei der die Gefahr einer Abtretung am größten ist. Ob auch bei Geschäftsbanken eine Eintragung der Vormerkung erfolgen soll, ist im Einzelfall zu entscheiden. Wird bei einem Kaufvertrag vom Käufer auf die Eintragung der Auflassungsvormerkung verzichtet, weil z. B. der Verkäufer eine Bank ist, hat der Notar kein Haftungsrisiko, weil der Käufer auf die Eintragung der Auflassungsvormerkung im Kaufvertrag explizit verzichtet hat. Die Feststellung, ob die zur Lastenfreistellung erforderlichen Erklärungen vorliegen oder nicht, geschieht dagegen vollständig in der Eigen-

2. Der Grundstückseigentümer hat mit Urkunde des Notars Dr. Wörner in Kennath vom 2.1.2001 URNr. 1/2001¹⁹ aus dem belasteten Grundbesitz, und zwar aus Fl.Nr. 12/3 eine geometrisch erst zu vermessende Teilfläche von ca. 1.234 m² an Hubert und Isolde Müller als Eigentümer je zur Hälfte veräußert. Der Wert der veräußerten Teilfläche beträgt 12.340 DM (= 6.309,34 Euro).

II.

Der Berechtigte des in Abschnitt I.1. bezeichneten Rechts verpflichtet sich hiermit unwiderruflich, die oben genannte Teilfläche, so wie sie sich nach Ausmaß, Größe und Beschreibung nach der amtlichen Vermessung aus dem künftigen Veränderungsnachweis samt Messungsanerkennung ergibt, von seinem Recht in Haupt- und Nebensache freizugeben und bewilligt bereits heute die dementsprechende Pfandfreigabe unter der Bedingung der Zahlung eines Betrages von ? DM (= ? Euro) auf das Konto Nr. ? bei der ? (Name des Kreditinstitutes) BLZ ?, Kontoinhaber ?²⁰. Er verzichtet auf sein Recht, bezüglich dieser Teilfläche die Zwangsversteigerung durchzuführen²¹.

Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn der Antrag auf Eintragung der Pfandfreigabe im Grundbuch vom Notar in Kennath

verantwortlichkeit des Notars. Als Entscheidungsargument spielt hier vor allem die Dauer bis zur Vermessung eine Rolle. Was nützt der beste Schadensersatzanspruch gegenüber einem Zedenten, der die Freigabeverpflichtung nicht an den Zessionar weitergegeben hat, wenn der Zessionar die Freigabe nicht erteilt. Es ist daher zweckmäßig, dass sich der Notar bei Erteilung des Auftrages, die Lastenfreistellungserklärungen einzuholen, vom Erwerber anweisen lässt, dass keine Vormerkung einzutragen ist (Formulierungsvorschlag: „Die Sicherung der Lastenfreistellung durch Eintragung einer Freigabevormerkung bis zur Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch wird nicht gewünscht“).

¹⁹ Aufgrund Verweisung auf die Erwerbsurkunde braucht dem Freigaberversprechen selbst kein Plan beigeheftet zu werden, was die Grundakten nicht unnötig aufbläht. Selbstverständlich erhält der Gläubiger mit dem Anschreiben auf Freigabeersuchen einen Plan, in dem die veräußerte Teilfläche markiert ist, zugesandt.

²⁰ Diese Passage ist in einem der beiden an den Gläubiger übersandten Entwürfe noch nicht enthalten. Im Anschreiben an den Gläubiger heißt es hierzu: „Sofern Sie die Erklärung der Pfandfreigabe nur unter der Auflage abgeben können, dass ein bestimmter Geldbetrag an Sie fließt, darf ich Sie bitten, diese Treuhandauflage (Betrag, Kontonummer und BLZ) am Ende von Absatz II der Pfandfreigabeerklärung einzufügen. Bei unbedingter Abgabe verwenden Sie bitte das Muster ohne Treuhandauflage.“

²¹ Die Freigabevormerkung ohne diesen Zusatz schützt nicht vor einer Verwertung des Grundpfandrechtes durch den Gläubiger. Während beim Rangrücktritt des Grundpfandrechtes hinter die Auflassungsvormerkung letztere in einem Versteigerungsverfahren bestehen bleibt, erlischt die Auflassungsvormerkung bei der Freigabevormerkung im Versteigerungsverfahren. Der Vormerkungsberechtigte muss also ein die Versteigerung verhandelndes Recht erhalten. Nachdem die Vormerkung auch den Anspruch auf Inhaltsänderung absichern kann und bei einem Grundpfandrecht im Wege der Inhaltsänderung der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung beschränkt werden kann (§ 1147 BGB) führt der Zusatz zum gewünschten Ergebnis. Die absolut sicherste Methode, der Rangrücktritt mit dem Grundpfandrecht hinter die Auflassungsvormerkung und Freigabevormerkung, ist wegen der Grundbuchkosten uninteressant. Auch die Abtretung eines Grundpfandrechtes ist wesentlich häufiger als die Verwertung eines Grundpfandrechtes. Dies gilt jedoch nicht bei Straßengrundabtretungen: hier ist § 11 KostO zu beachten – weder der Freistaat noch die Bundesrepublik zahlen Grundbuchkosten für die Lastenfreistellung.

gestellt wurde.²² Die Gläubigerin weist den Notar unwider-
rufflich an, den Antrag auf Eintragung der Pfandfreigabe erst
zu stellen, wenn ihm entweder die Zahlung nachgewiesen ist
oder er aus dem Treuhandvertrag entlassen worden ist.

Zur vorläufigen Sicherung bis zum Vollzug der oben genann-
ten Pfandfreigabe bewilligt der Berechtigte die Eintragung ei-
ner Vormerkung bei seinem oben bezeichneten Recht zu Gun-
sten von Hubert Müller, geboren am 1.1.1970 und Isolde Müll-
ler geboren 2.2.1972²³ als Berechtigte gemäß § 428 BGB.²⁴

Die Eintragung

a) der Freigabevormerkung und

b) der Pfandfreigabe nach der amtlichen Vermessung in das
Grundbuch

wird vom Berechtigten bewilligt²⁵.

III.

Der Berechtigte des in Abschnitt I.1. bezeichneten Rechts er-
mächtigt vorsorglich darüber hinaus den Notar Dr. Hans-
Hermann Wörner in Kemnath, sowie dessen Amtsnachfol-
ger, die freigegebene Teilfläche nach Vorliegen des amtli-
chen Messungsergebnisses genau zu bezeichnen und die
Pfandfreigabeerklärung zu wiederholen, wobei eine Mehr-
fläche von bis zu 10 %²⁶ als unschädlich gilt.

Er verpflichtet sich schließlich, alles zu tun, was zur endgül-
tigen Lastenfreistellung der in Abschnitt I.2. bezeichneten
Teilfläche von seiner Seite noch erforderlich sein sollte.

IV.

Die Kosten dieser Erklärung und ihres grundbuchamtlichen
Vollzugs trägt der Grundstückseigentümer.²⁷

²² Die Freigabeerklärung wäre für die notarielle Praxis unbrauchbar, wenn der Eintritt der Bedingung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsste. Durch die Fiktion, dass die Bedingung nur bei Antragstellung durch den Notar, der die Veräußerung bearbeitet (nicht der welcher die Unterschrift unter der Freigabeerklärung beglaubigt hat) eintritt, ist der Gläubiger genügend geschützt. Der Grundbuchbeamte darf die Freigabe nicht ohne gesiegelten Antrag des Notars vollziehen. Der Notar wird diesen Antrag auch erst stellen, wenn ihm die Erfüllung der Treuhandauflage nachgewiesen ist. Gegen das Büroversehen der versehentlichen Vorlage an das Grundbuchamt ist der Notar dadurch geschützt, dass der Grundbuchantrag, genauso wie die Eigenurkunde, mit welcher der Eigentumsübergang nach dem Ertl'schen Modell bewilligt wird, ausnahmsweise gesiegelt werden muss, da sonst die Form des § 29 GBO nicht gewahrt ist. Denn in der sonstigen Praxis werden Grundbuchanträge nur im Ausnahmefall gesiegelt.

²³ Die Berechtigten müssen gemäß § 15 GBV bezeichnet werden.

²⁴ Hier ist das Berechtigungsverhältnis gemäß § 47 GBO anzugeben. Obwohl die Erwerber meist in Bruchteilsgemeinschaft erwerben, ist es hier meines Erachtens sinnvoll, statt Bruchteilungsverhältnis

die Gesamtgläubigerschaft zu wählen, da jedem Berechtigten der gesamte Anspruch auf Freigabe zustehen soll. Nur falls die Berechtigten in Gesamthandsgemeinschaft, z. B. Gütergemeinschaft, erwerben, muss dieses Berechtigungsverhältnis hier gewählt werden.

²⁵ Der notwendige Grundbuchantrag, den der Gläubiger wegen der damit verbundenen Kostenhaftung für die Grundbucheintragung meist nicht stellen will, ist im Erwerbsvertrag unter dem Punkt Gewährleistung enthalten. Formulierungsvorschlag: „Allen Erklärungen Dritter, welche zur Freistellung von nicht übernommenen grundbuchmäßigen Rechten erforderlich oder zweckdienlich sind, wird von allen Vertragsteilen zugestimmt und der Vollzug bewilligt und beantragt. Dies gilt auch für die Eintragung von Freigabevormerkungen an Grundpfandrechten zu Gunsten des Käufers.“ Zu beachten ist, dass nur der Gläubiger und der Erwerber als Vormerkungsberechtigter, nicht aber der Verkäufer antragsberechtigt ist.

²⁶ Die hier eingegebene Prozentzahl ist meist 10 %, bei sehr kleinen Flächen wird ein größerer Spielraum gewählt.

²⁷ Oder alternativ der Käufer z. B. bei Straßengrundabtretungen, wegen § 11 KostO.

Das Elektronische Urkundenarchiv in Bayern – Realität

Von Notar Gerhard Weichselbaumer, Augsburg

Die Urkundenarchivierung gehört untrennbar zum Berufsbild des Notars. Indem der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes die sichere Verwahrung der Urkunden gewährleistet, erhält er ihre Beweiskraft und ermöglicht die Vollstreckbarkeit und Vorlage im Streitfall. Die gesiegelte Urkunde prägt nicht nur das Berufsbild des Notars in der Öffentlichkeit. Das Urkundenarchiv ist auch die Grundlage einer umfassenden, mandantenorientierten Beratung. Notare als Berater des Mittelstands verwahren oft die Urkunden einer Unternehmerfamilie oder Landwirtschaft über Generationen hinweg.

Erschließung, Pflege und Verwahrung der Urkunden sind beides zugleich: rechtlich verpflichtende Aufgabe des Notariats und Qualitätssicherung durch Dienstleistung für den Mandanten. Zwangsläufig entsteht dabei in Jahrzehnten ein sehr umfangreiches, schwer erschließbares, teilweise nicht mehr genutztes Archivgut. Die elektronisch gestützte Archivierung soll den Wert des Archivs für die Mandantenberatung und damit die Qualität der notariellen Beratung verbessern und zugleich den Vollzug der Urkunde erleichtern.

1. Speichern auf EDV im Notariat bisher

Zahlreiche Notare verwenden bereits EDV-gestützten Vollzug. Die bei der Vorbereitung, Beurkundung und dem Vollzug erzeugten Dateien verbleiben als elektronische Akte gespeichert und über eine gewisse Zeit lesbar. Eine rechtliche Qualität aus notarieller Sicht haben diese Dateien nicht, weil ihnen jede Beweiskraft fehlt. Urkunden sind es nicht, als tatsächliche Verhältnisse sind sie dem Augenschein nicht mit Beweiswert zugänglich, da veränderbar. Trotzdem werden diese Dateien vom Notar in der Regel nicht gelöscht. Als Muster, Erstinformation oder zur Volltextsuche erleichtern sie den Arbeitsablauf.

2. Die Probleme der derzeitigen Archivierung auf Papier

Die Archivierung umfangreichen Archivguts auf Papier erfordert besondere Räumlichkeiten. Jeder Rückgriff auf frühere Urkunden bedeutet, dass Mitarbeiter die Urkunden von Hand aussortieren und nach Gebrauch wieder einsortieren müssen.

Bei Fehlalagen kann es zu Urkundenverlusten kommen. Die Personalkosten und Raumkosten werden deutlich, wenn sie anhand einer Gemeinschaftseinrichtung etwa durch Umlage finanziert werden müssen. Für je fünfundzwanzig Urkundenjahrgänge ist mit Kosten von DM 3.000 bis 5.000 jährlich zu rechnen.

Dazu kommt der Zeitverlust bei der Bearbeitung, der zwischen Anforderung der Alturkunde und dem Eingang der Alturkunde entsteht. Zunehmend gehen Notare dazu über, Erbverträge in amtliche Verwahrung zu geben, um ihren Nachfolgern den Zugriff auf das Archiv zu ersparen.

Schließlich fällt etwa bei Teilungserklärungen mit Aufteilungsplänen die Anfertigung von beglaubigten Abschriften außerordentlich schwer. Die Urkunden, etwa die Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft, die nach der Dienstordnung mit Faden und Siegel zu verbinden sind, müssen Seite für Seite auf den Kopierer gelegt und einzeln kopiert werden.

Ferner archivieren zahlreiche staatliche Behörden und Gerichte den Vertrag parallel. Die Urkunde über die Sacheinbringung eines Grundstücks in eine GmbH liegt im Archiv des Finanzamts – Grunderwerbsteuerstelle –, des Finanzamts – Körperschaftsteuerstelle –, beim Grundbuchamt, beim Registergericht, bei den Steuerberatern eines jeden Gesellschafters, beim Wirtschaftsprüfer und beim Notar. Jeder hat dabei eigene Archivierungspflichten zu erfüllen.

Abhilfe aus der Raumnot bietet zunächst die Verringerung des Volumens beim Archivgut. Der doppelseitige Ausdruck spart nicht nur Papier, sondern auch Archivraum.

Sonst kann eine Abhilfe ohne vollständige, ausschließlich elektronische Archivierung nicht erfolgen.

3. Anforderungen an die elektronisch gestützte Archivierung im Vergleich zur Archivierung auf Papier

Dauerhaft Urkunden zu archivieren bedeutet, die Echtheit der Urkunde zu sichern, die körperliche Integrität der Urkunde zu erhalten, die Entzifferung der Zeichen, die dort festgehalten sind, sicherzustellen und die so gefundenen Zeichen inhaltlich verständlich zu machen.

Die EDV ermöglicht es, wie bei der Fälschung von Papiergeld, mittels einfacher Methoden preiswert, den Anschein notarieller Papierurkunden durch Fälschung herzustellen. Das gilt für Unterschriften und Farbdrucksiegel, derzeit nicht für Präsesiegel. Erst der Vergleich mit Urkundenrolle und Urkundensammlung beim verwahrenden Notar als Träger eines öffentlichen Amtes, der die Echtheit bezeugt, entlarvt solche Fälschungen stets. Das System des Notariats, in dessen Zentrum der Notar als Urkundsperson steht, nicht die Papierurkunde als solche, weist hohe Rechtssicherheit auf, aber nicht, weil zum Beurkunden Papier verwendet wird.

Papier ist nicht unvergänglich. Beim Begriff der Urkunde haben viele Notare die Pergamenturkunde vor Augen. Wegen der früher verwendeten Zusatzstoffe beginnt je nach Umwelteinfluss bereits Schreibpapier im Alter von etwa achtzig bis neunzig Jahren zu verfallen. Die Pflicht zur ewigen Aufbewahrung und die bisherige Archivierung auf Papier sind im Ergebnis unvereinbar. Dies ist auch dem Gesetzgeber bewusst. An anerkannten Archivierungsmethoden bot der Stand der Technik jedoch bis zum Ende der achtziger Jahre nur Papier oder Mikrofilm. Aufgrund der dezentralen Struktur der

Notariate und der hohen Kosten einer Mikroverfilmung entschieden sich Justiz und Notariate für die Speicherung auf Papier. Papierurkunden sind nach wie vor bei geringen Anfangsinvestitionen preiswert und verhältnismäßig sicher herzustellen.

Die Papierurkunde bietet dem Mandanten allerdings etwas anderes. Er hat etwas in der Hand, das er sehen und fühlen und selbst aufbewahren kann. Die Wertigkeit der Papierurkunde mag irrational sein, hat für den Mandanten aber eine erhebliche Bedeutung.

Der herkömmliche Urkundenbegriff sollte aber nicht den Blick auf die Funktion der Urkunde versperren. Dass sich Notarurkunden über Jahrhunderte hinweg als dauerhaftes, sicheres und auf lange Zeit inhaltlich rekonstruierbares Medium erwiesen haben, liegt nicht nur am Speichermedium Papier, sondern auch an der weitgehend vereinheitlichten Schrift- und Notationsart, an der technischen, präzisen Urkundssprache und am hohen Vertrauen in den Notar als Verwahrperson. Das sind Faktoren, die bei einem Übergang von der Papierurkunde zur digitalen Urkunde unverändert bleiben.

Um die analoge und digitale Speicherung zu vergleichen und die Anforderungen an ein notarielles Speichersystem zu definieren, müssen zunächst die unterschiedlichen Aufgaben von Datenspeicherung im Notariat angesprochen werden.

Die kurzfristige *Ablage* von Informationen, um sie weiterzuarbeiten, ersetzt die „Papierakte“. Die Ablage der so gewonnenen Informationen und Dokumente für einen längeren Zeitraum bedeutet *Speichern* der Daten. Die Ablage von Informationen und Dokumenten für einen längeren, zeitlich unbegrenzten Zeitraum bedeutet *Archivierung*. Diese Archivierung steht derzeit im Kern der Bemühungen um den Übergang zur digitalen Urkunde.

4. Vorbehalte gegen eine elektronische Archivierung

Der Datenverlust bei elektronischen Datenträgern, misslungene Dateikonvertierungen und die Furcht vor Computerviren erzeugen bei Notaren intensive Vorbehalte gegen die Sicherheit einer elektronisch gespeicherten Urkunde.

Dateien aus den achtziger Jahren zu konvertieren, verursacht einen so hohen Aufwand, dass die Dateieinhaber hierauf in aller Regel verzichten. Selbst in DOS abgespeicherte Textdateien weisen bei der einfachen Konvertierung mittels Standardprogrammen nach weniger als zwanzig Jahren kaum mehr behebbare Defizite in der Verständlichkeit der gespeicherten Zeichen auf.

Regelmäßig empfehlen EDV-Anbieter, ein System mit dem alten Programm so lange wie möglich lauffähig zu halten. Das verschlimmert das Problem nur, denn versagt dieses Gerät nach einigen weiteren Jahren, so gehen Fachkenntnis und Investitionsbereitschaft zur Konvertierung meistens samt den Daten verloren.

5. Der Beginn der elektronischen Archivierung in der Justiz und im Notariat

Die Justiz, zu der der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes zwingend gehört, betrachtete Risiken und Nutzen mit Umsicht. Sie führt mit Handelsregister und Grundbuch öffentliche Archive, deren Funktionsfähigkeit im öffentlichen Interesse unter allen Umständen gewährleistet sein muss.

Diese Funktionsfähigkeit geriet durch den bloßen Umfang der Archive in Gefahr. Ein rascher Zugriff auf die an Zahl und Umfang zunehmenden Informationen ist für den Rechtsverkehr unverzichtbar. Die Archive erstickten an ihrem eigenen Erfolg. Hinzu kamen steigende Personal-, Sach- und Raumkosten. Ein immer höheres Aufkommen an Papier und höhere Archivkosten, der aufwändige Transport der papiergestützten Informationen und hohe Personalkosten für die Verwaltung haben bei der Justiz die Umstellung erzwungen. Die Justiz entschloss sich zur elektronischen Archivierung ihrer wertvollsten Datenbestände.

Die Justiz bescheinigte durch die Umstellung auf EDV aufs Deutlichste, dass die elektronische Urkunde der Papierurkunde in allen relevanten Funktionen zumindest gleichwertig sein kann.

Die Umstellung auf die elektronische notarielle Urkunde und damit das elektronische Urkundenarchiv in Deutschland steht ungeachtet dessen in weiter Ferne. Zum einen fehlt es an einer zentralen Instanz im Bereich des Notariats, das ein solches Archiv entwickelt und erprobt. Divergierende Strukturen des Notariats ermöglichen auch keinen einheitlichen Einsatz des Archivs. Es verbleibt daher bis zu einer gesetzlichen Regelung nur die elektronische Archivierung auf freiwilliger Grundlage.

Das österreichische Notariat, in Tradition der elektronischen Datenverarbeitung mit hohen Qualitätsansprüchen verbunden, entschied sich für die zentrale digitale Archivierung auf gesetzlicher Grundlage.

Als erstes Notariat in Europa bieten die österreichischen Kollegen die zentrale Archivierung und die zentrale Speicherung aller notariellen Urkunden an. In einer Erprobungsphase erfolgt zunächst die parallele Speicherung der Urkunden als gescannte Dateien in einer Zentralen Archivierungsstelle. Verschlüsselt und zuordenbar liegen dort die Dateien zunächst auf „Halde“. Das erhöht die Sicherheit für den Mandanten, dass seine Urkunde rekonstruiert werden kann, auch wenn das Papier zerstört wird.

Diese zentrale Speicherung soll nur eine erste Stufe darstellen. Das Anforderungsprofil der österreichischen Notare an die elektronische Archivierung ist höchst ehrgeizig. Die gespeicherten Daten müssen unverändert auf „ewige Zeit“ erhalten werden und innerhalb einer kurzen Bearbeitungszeit entsprechend dem Arbeitsablauf eines Notariats sicher, authentisch und verständlich zur Verfügung gestellt werden können.

In einer zweiten Stufe soll die Papierurkunde zum Öffentlichen Elektronischen Dateisatz mit der vollen Beweiskraft der herkömmlichen Urkunde weiterentwickelt werden. Der Empfänger einer solchen Datei braucht die Datei nicht mehr zu archivieren, er erhält aufgrund eines Zugangscodes, den ihm der beurkundende Notar übermittelt, Zugang zur zentralen Archivstelle und hat dort jederzeit Einsichtsrecht in die Datei. Mit Übergang auf die reine elektronische Speicherung entfällt dann jede Archivierungspflicht des Notars, er kommt ihr durch die Übermittlung des Datensatzes an die Zentrale Archivstelle nach.

6. Das lokale elektronisch gestützte Urkundenarchiv

Die freiwillige und lokale elektronisch gestützte Archivierung ersetzt heute nicht das Papier. Sie schafft parallel ein elektro-

nisches Archiv. Sie soll den Inhalt von Informationen dem Notar rasch und umfassend erschließen sowie die Kosten der Informationserschließung reduzieren.

Für die tägliche Beratung, aber auch zur eigenen Qualitätskontrolle, benötigt der Notar am häufigsten die Urkunde. Die Urkunde bildet das – hoffentlich anforderungsgerechte – Endprodukt eines „Hin- und Herwandern“ des Blicks zwischen den Wünschen des Mandanten und den rechtlich sinnvollen Gestaltungsmöglichkeiten.

Benötigen der Notar oder seine Mitarbeiter in der Geschäftsstelle eine Urkunde, so ist in aller Regel zumindest der Name eines Beteiligten oder die Urkundenrollennummer bekannt. Seltener kommt die Suche nach bestimmten Grundstücken, Stichworten oder Schlagworten vor.

Die Urkunde, die der Sachbearbeiter zur Vorbereitung oder der Notar zur Verweisung in der Beurkundung benötigt, muss qualifiziert verlässlich und sicher zugänglich sein. Das folgt für die Beurkundung aus § 13a BeurkG. Die Speicherung sollte es also ermöglichen, ohne Rückgriff auf die Urschrift Ausdrucke zu erstellen, denen rechtlich die Qualität einer beglaubigten Abschrift zukommen kann.

Daraus ergibt sich für die lokale elektronische Archivierung folgendes Anforderungsprofil: Die Papierurkunde muss elektronisch sicher, dauerhaft und unveränderbar gespeichert werden. Die Speicherung muss dem Datenschutz entsprechen und darf die notarielle Schweigepflicht nicht verletzen. Berechtigte Benutzer müssen über den Namen der Beteiligten, Urkundenrollennummer oder Kostenregisternummer, bei Bedarf auch durch Volltextsuche auf die gespeicherten Daten Zugriff erhalten können. Der Ausdruck der Speicherdatei soll nach Beglaubigung durch den Notar die rechtliche Qualität einer beglaubigten Abschrift haben.

7. Die „technische Lösung“

Die technische Lösung für die notariellen Anforderungen an Sicherheit und Genauigkeit wurde bereits vor Jahren theoretisch entwickelt. Die Lösung ist äußerst einfach. Die Urkunde wird digital „fotografiert“, also gescannt. Der Notar signiert sie digital, speichert sie unveränderbar ab und ruft sie bei Bedarf über das Notarprogramm „Kostenregister“ bzw. „Namensverzeichnis“ und „Urkundenrolle“ seines Anbieters auf. Der Ausdruck entspricht einer digitalen Kopie der Urkunde. Der Notar kann aufgrund der Signatur bezeugen, dass der Ausdruck eine Ablichtung der Urschrift ist, und sie so als beglaubigte Abschrift in den Rechtsverkehr bringen.

8. Die Realisierung des digitalen Archivs im Frühjahr 2001

Die kostengünstige, sichere elektronische Urkundenarchivierung ist schon heute möglich. Das hat ein Testlauf in zwei bayerischen Notariaten mit völlig unterschiedlicher Struktur und unterschiedlicher Hardware unter Beweis gestellt.

Zunächst wurde ein digitaler Kopierer an das Netzwerk mit einem 100-MB- bzw. 11-MB-Netzwerkanschluss angeschlossen und mit einem Scanmodul auf- bzw. nachgerüstet. Dann sorgten in dem Notariat mit sehr hohem Geschäftsanfall auf dem Server zusätzliche Festplatten und Streamer für mehr Speicherplatz und Sicherung der Daten. Schließlich erfolgte die Installation der eigentlichen Archivierungssoftware ELO Version 4.5 durch die Firmen Pseudo Scheininger (Nobis) und BSM.

Die Kosten der Software lagen unter DM 800,-, diejenigen der zusätzlichen Hardware unter DM 2.500,-. Unter Berücksichtigung der Scankosten betragen die Archivierungskosten je Seite etwa 3 bis 5 Pfennig.

Da mit dieser Grundausstattung das elektronische Urkundenarchiv nur über eine Arbeitsstation zugänglich war, entwickelte die Softwarefirma unter Beachtung der Lizenzvorgaben von ELO ein Programm zum Netzzugriff auf die eingescannten Dateien. Die Kosten für fünf Arbeitsplätze liegen bei etwa DM 1.500,-. Die Software kann zusätzlich zu den gängigen Notariatssystemen installiert werden.

Wie verläuft die Archivierung? Das Archivgut wird beim ersten Kopiervorgang nach der Vergabe der URNr. in den Kopierer gelegt, die Taste „scannen“ gedrückt und der Kopierer legt das Bild der Urkunde in ein zentrales Verzeichnis auf dem Server ab.

Öffnet der Notar die Archivierungssoftware, findet er in der „Postbox“ bereits die Scandateien, klickt sie an, zieht sie per Klick in das Jahrgangsarchiv und gibt ihr die digitale Urkundennummer.

Von da an steht sie jedem Benutzer über das Netzwerk zur Einsicht über das elektronische Urkundensverzeichnis mit einem „Klick“ zur Verfügung – natürlich ohne Schreibzugriff. Die Datei kann – nur vom Notar – jederzeit ergänzt werden, etwa durch Vollzugsmitteilungen oder Genehmigungen. Sie werden der digitalen Urkunde einfach digital „beigeheftet“.

Das lokale elektronisch gestützte Urkundenarchiv funktioniert, ist preiswert, verringert die Personalkosten und beschleunigt den Vollzug. Die Urkunde steht jedem Mitarbeiter nach ihrer Eingabe über das Netz gleichzeitig zur Verfügung. Die Anfertigung von Kopien durch Hilfskräfte entfällt, weil jeder die Urkunde selbst sofort ausdrucken kann – falls gewünscht, samt Beglaubigungsvermerk und Anschreiben fertig zur Unterschrift.

Der Zeitaufwand der zusätzlichen Archivierung ist gering. Das Einscannen im „Tiff“-Format erfolgt beim ersten Kopiervorgang der Urkunde und bedeutet keinen Personalmehraufwand. Die Ablage und Prüfung übernimmt der Notar, für ihn liegt der Zeitaufwand bei etwa zehn Sekunden je Urkunde. In weniger als einer Woche wurden sechshundert vorhandene Urkunden, samt Vollzugsmitteilungen und Plänen bis zu DIN A3 in gleicher Qualität wie beim Grundbuch eingescannt und digital zugänglich gemacht. Fehleinzüge des Scanners kamen nicht vor. Farbscans sollten wegen des hohen Speicherbedarfs nicht erfolgen, sind jedoch grundsätzlich möglich.

Die Entscheidung für das „Tiff“-Format fiel nach sehr sorgfältiger Abwägung. Es komprimiert Daten nicht und hat sich so weit verbreitet, dass bei jedem Softwarewechsel Datenkonvertierungsprogramme entwickelt und preiswert verfügbar sein werden. Bei einer zentralen Lösung auf der Ebene eines künftigen Zentralen Notararchivs kann so der vorhandene Datenbestand ohne besondere Schwierigkeiten konvertiert werden. Auch die österreichischen Notare haben sich für das „Tiff“-Format entschieden.

Eine Schwachstelle in der Praxis bildet der Scanner. Jeder Notar sollte auf einer Testvorstellung vor Installation und auf umfangreichen Probeausdrucken bestehen.

9. Die ersten Schritte zum digitalen Notararchiv als Dienstleister für den Staat

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz bemüht sich in Pilotprojekten derzeit um eine Reduzierung des Anfalls von Grundakten. So ist z. B. die auszugsweise Einreichung von Urkunden und die Rückgabe von Eintragungsunterlagen nach Vollzug an den Notar angedacht. Dem stand bisher das haftungsrechtliche Interesse des Staates und des Notariats entgegen, die Grundlagen der Eintragung im Grundbuch zu Nachweiszwecken je aufzubewahren, ja möglichst oft in Umlauf zu bringen. Das digitale Archiv löst das Problem. So könnte ein lokales oder zentrales digitales Notararchiv der Justiz bei berechtigtem Interesse jederzeit Zugriff auf die Urkunden eines Notars bieten. Die Daten als Sicherungskopie können im Banksafe oder beim Landgerichtspräsidenten als Dienstaufsicht verwahrt werden. Es lassen sich beliebig viele Kopien eines Notararchivs in kürzester Zeit anfertigen und sicher verwahren. Dadurch ist den haftungsrechtlichen Bedenken gegen eine Rückgabe von Urkunden nach Vollzug im Grundbuch jede Grundlage entzogen. Allein das könnte den Umfang der Grundakten um 80 % verringern.

10. Entwicklung zum zentralen elektronischen Archiv für notarielle Urkunden in Deutschland

Der Schritt hin zum zentralen digitalen Urkundenarchiv kann nur von der Gemeinschaft der Notare geleistet werden. Das Archivierungsprogramm benötigt ein zusätzliches Modul, das die digitale Signatur durch das *Notarnetz* ermöglicht. Derzeit gewährleistet der technische Aufbau der Hardware die Sicherheit und Unveränderbarkeit der Urkunden. Da hier bei der Vielzahl von Anbietern Fehler nicht völlig auszuschließen sind, muss über die digitale Signatur der gescannten Dateien ein einheitlicher Sicherheitsstandard geschaffen werden.

Das *Notarnetz* ermöglicht dann den verschlüsselten, sicheren Versand der signierten Urkunden per E-Mail. Binnen weniger Jahre wird der Versand dieser Dateien im Verkehr mit Grundbuchamt und Behörden dominieren. Dadurch entfällt zugleich der Archivbedarf dieser Behörden und Gerichte. Das zentrale Urkundenarchiv böte dann Gericht und Behörde jederzeit Zugang zu den gespeicherten Informationen bei geringen Kosten für den Online-Zugriff.

Zu den künftigen Aufgaben des Notariats könnte es deshalb gehören, den Staat durch die zentrale Speicherung der Urkunden von Archivaufgaben zu entlasten. Die Papierurkunde bleibt zwar die dauerhafteste Art der Archivierung. Aber man braucht sie nicht mehr oft in die Hand zu nehmen. Sie wird zur Sicherungskopie der digitalen Urkunde werden. Das setzt voraus, dass das Notariat ein einheitliches, sicheres Produkt schafft, pflegt und allen Notaren zur Verfügung stellt. Gängige Marktsoftware erfüllt die Anforderungen des Notariats nicht. Nur ein rascher und unverzüglicher Ausbau des *Notarnetzes* kann in Deutschland die digitale Archivierung ermöglichen. Das bisherige Prinzip der von Notariat zu Notariat unterschiedlichen Notarsoftware endet dort, wo die Notare durch Ablieferung von Dateien einer bestimmten Sicherheitsstufe Dienstpflichten zu erfüllen haben. Denn dass es ein zentrales Urkundenarchiv in digitaler Form für Notare geben wird erscheint mir sicher, die Frage wird nur sein, ob das Notariat das als Chance begreift und selbst gestaltet oder ob der Staat es dem Notariat aufzwingt.

Ethische Dilemmata: Verhandlung als Frage der Moral

Von Notarassessor *Johannes Schwarzmann*, München

Der Titel – „Verhandlung als Frage der Moral“ – mag dem juristisch vorgeprägten, (vorgeblich) nüchternen Leser ein wenig hochgestochen erscheinen. Tatsache ist jedoch, dass die Diskussion zum Thema Verhandeln im Allgemeinen und zum Bereich der Mediation im Besonderen mit dieser Terminologie operiert.¹ Die ethischen Dilemmata, denen sich ein neutraler Mittler (Mediator) gegenüber sieht, sind vor allem in den Vereinigten Staaten Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion. Es geht vor allem um Fragen der Neutralität, der Vertraulichkeit und um drohende Interessenkonflikte. Die in der Literatur beschriebenen ethischen Dilemmata lassen sich auf folgendes Ausgangsproblem zurückführen: Wie verhalte ich mich als neutrale Person in schwierigen Verhandlungssituationen? Ein Thema, das Notaren nicht unbekannt ist.

A. Einleitung

Mediation als Form einer alternativen Streitbeilegung („Alternative Dispute Resolution – ADR“) wurde von ihren Anhängern anfänglich – metaphorisch ausgedrückt – als eine Art Insel der Seligen betrachtet, die im stürmischen Meer der staatlichen Gerichtsbarkeit Glückseligkeit verheißt. Es stellt sich die Frage, wodurch sich dieses Wundermittel der Konfliktlösung, als das es zumindest auf den ersten Blick erscheint, auszeichnet.

Mediation wird unterschiedlich definiert; der gemeinsame Nenner besteht darin, dass es ein neutraler Dritter übernimmt, in Verhandlungen zwischen anderen Parteien zu vermitteln und diese zu fördern.² Vornehmste Aufgaben des Mediators sind die Erleichterung der Gesprächsführung, die Übersetzung bzw. Übermittlung von Informationen sowie die Unterscheidung von Interessen und Positionen. Der Mediator hilft den streitenden Parteien zu einer selbstbestimmten Einigung, die nicht wie das Urteil in einem Gerichtsprozess durch Sieg oder Niederlage charakterisiert wird, sondern durch die Entstehung von Kooperationsgewinnen; es werden win-win-Situationen verheißt. Nur am Rande sei hier das unvermeidliche, in der Mediationsliteratur immer wieder gern genannte Beispiel vom Kampf zweier Schwestern um die letzte Apfelsine erwähnt.³ Anstatt um Positionen zu kämpfen („Ich will die Apfelsine“), kann durch die Ermittlung der Interessen (Ergebnis: Die eine Schwester möchte das Fruchtfleisch, die andere lediglich die Schalen, um einen Kuchen zu backen) ein Kooperationsgewinn erzielt werden: jeder erhält das, was er braucht und niemand muss verzichten. Als angenehmer Nebeneffekt wird eine dauerhafte Beziehung stabilisiert. Auch dies

ist ein Vorteil der Mediation, die nicht nur den punktuellen und aktuellen Streit ins Auge fassen muss – wie ein Gericht, das über den Streitgegenstand entscheidet –, sondern auch weitere Streitpunkte ohne formale Voraussetzungen in die Verhandlungen einführen kann, um für eine potenzielle Einigung eine größere Tauschmasse zur Verfügung zu haben (in der Terminologie der Mediationsliteratur handelt sich um eine „Vergrößerung des Kuchens“).

Mediation als Prozess zur Auslotung des Einigungspotenzials zeichnet sich insbesondere durch folgende Faktoren aus, die zum einen die wesentlichen Strukturmerkmale einer Mediation bilden, zum anderen aber auch die zugrunde liegenden Werte einer solchen außergerichtlichen Streitbeilegung offen legen:

- Neutralität bzw. Unparteilichkeit des Mediators,
- Vertraulichkeit,
- Selbstbestimmung der Parteien
- Eingriffe des Mediators je nach Rollenverständnis.

Das Problem für die Mediatoren bestand zunächst nur darin, die frohe Kunde der neuen Lehre zu verbreiten und Überzeugungsarbeit zu leisten. Sie offerierten den hilfeschuchenden Parteien die Möglichkeit, in einer vertraulichen und nicht durch Formalisierung geprägten Atmosphäre durch die professionelle Unterstützung eines neutralen Dritten selbst eine Konfliktlösung zu finden, die ihren beiderseitigen Interessen entspricht.

Doch schon bald zeigten sich Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung der theoretischen Vorgaben. Schon bei der Erfüllung der einzelnen Werte als Strukturvorgaben ergeben sich Zweifelsfragen: Welches Verhalten genau lässt sich z.B. als Neutralität bezeichnen? Daneben ist auch zu beachten, dass die zu beachtenden Prinzipien untereinander in Widerstreit geraten können. Es entstehen Zielkonflikte bzw. Spannungsfelder. Die Annäherung an einen Wert kann die Entfernung von einem anderen Wert bedeuten. Der letzte Punkt wird spätestens dann deutlich, wenn man die oben skizzierte „reine“ Lehre der Mediation, die auf dem Verhandlungskonzept der Harvard-Schule basiert, verlässt und ein breiteres Spektrum der Art und Weise, eine Verhandlung mit Unterstützung eines neutralen Dritten durchzuführen, betrachtet. Allgemein wird unterschieden zwischen folgenden Herangehensweisen des Mediators:

- facilitative approach,
- transformative approach,
- evaluative approach.

Der erstgenannte Ansatz kommt der reinen Lehre am nächsten. Der Mediator erleichtert die Verhandlung zwischen den Parteien und versucht, die Kommunikation zu verbessern. Der *transformative approach* findet sich vor allem im Bereich der Familienmediation, etwa bei Scheidungskonflikten. Ziel ist

¹ Vgl. etwa die Titel der am Ende des Beitrags aufgeführten Literatur.

² Siehe *Breidenbach*, Mediation, 1995, S. 4.

³ Vgl. nur *Kapfer*, MittBayNot 2001, 373.

hier eher – überspitzt formuliert –, therapeutisch einzuwirken, um wieder eine gemeinsame Gesprächsbasis zu finden; eine konkrete Einigung tritt dabei oft in den Hintergrund. Sobald der Mediator Tatsachen oder Meinungen der Parteien bewertet, damit also im weitesten Sinn auf die Verhandlung einwirkt, befindet er sich im Bereich des *evaluative approach*.

Es ist nicht Ziel dieses Beitrags, die vielgestaltigen Probleme der Mediation, die in der Praxis relevant werden können, einer Lösung zuzuführen. Durch die Aufzählung einiger typischer Beispiele für ethische Dilemmata des Mediators soll lediglich der Blick für schwierige Situationen und Aporien des Verhandlungsprozesses geschärft werden. Die folgende Darstellung konzentriert sich auf die 3-Personen-Konstellation mit einem neutralen Mittler einerseits und (mindestens) zwei Parteien mit verschiedenen Interessen andererseits. Es wird der Versuch einer Einordnung der kritischen Fälle unternommen, die jeweils unter einem Oberbegriff subsumiert und durch Beispiele anschaulich gemacht werden. Es wird sich zeigen, dass es immer wieder zu Überschneidungen kommt. Fast alle Dilemmata beinhalten Aspekte, die auch mit Blick auf andere Oberbegriffe untersucht werden können. Dies zeigt nicht zuletzt die Vielschichtigkeit der in der Praxis anzutreffenden Konflikte.

Kürzer wird die Zweierkonstellation behandelt, bei der sich die Verhandlungspartner direkt ohne neutralen Vermittler gegenüberstehen.

B. Vermittlung durch einen neutralen Dritten

I. Neutralität bzw. Unparteilichkeit

Obwohl die Herangehensweise der Mediatoren vielgestaltig ist, kann die Neutralität oder Unparteilichkeit des Vermittlers als Kern der Mediation bezeichnet werden. Die Frage, welches Verhalten die Neutralität ausmacht, wie sie zu definieren ist, wird jedoch oft nicht näher beleuchtet. Neutralität wird vielmehr vorausgesetzt.

Zur Konkretisierung der Unparteilichkeit können Kommentare zu Vorschriften herangezogen werden, die sich mit den Anforderungen an neutrale Personen beschäftigen. Es zeigt sich, dass eine positive Umschreibung des Begriffs Neutralität schwer fällt und auf eine Negativdefinition ausgewichen wird. Auf dem Gebiet des notariellen Berufsrechts schreiben *Eylmann/Vaasen* zur Unparteilichkeit des Notars – eher beiläufig – zum Beispiel Folgendes: „Im Bereich des Urkundenvollzugs (...) darf der Notar nicht einen Vertragsbeteiligten besser oder schlechter behandeln als die übrigen Vertragsbeteiligten (...)“.⁴ Konkrete Anforderungen an die Neutralität des Notars werden aus dieser Definition im Übrigen nicht abgeleitet und abstrakt formuliert, sondern es wird auf Einzelfälle rekurriert, die von der Rechtsprechung schon als Verletzung oder Wahrung der Neutralität entschieden worden sind. Im Rahmen dieses Beitrags kann die Frage der näheren Beschreibung der Neutralität, die auch *Sorge* bereits behandelt hat⁵, nicht vertieft werden, es werden vielmehr exemplarische Fälle geschildert, die zeigen, wie schwierig es für den Mediator sein kann, die Unparteilichkeit zu wahren.

In Konflikt mit seiner Neutralität gerät der Mediator, wenn er die Parteien schon kennt (Problem der Vorbefassung).

⁴ *Eylmann/Vaasen/Frenz*, Bundesnotarordnung/Beurkundungsgesetz, 2000, § 14 BNotO, Rdnr 11.

⁵ *Sorge*, MittBayNot 2001, S. 50 ff.

Beispiel:

Eine der Parteien ist der Vermieter der Wohnung, in der der Mediator lebt.

Der Fall weist eine relativ geringfügige Abhängigkeit des Mediators von einem Beteiligten auf, an Hand dessen gleichwohl die Handlungsalternativen des Neutralen dargestellt werden können. Die erste Reaktion des Mediators wird darin bestehen, die existierende Beziehung zu seinem Vermieter aufzudecken. Wenn die andere Partei ihr Einverständnis erklärt, mit der Verhandlung fortzufahren, und damit ein weiteres Merkmal der Mediation, nämlich die Selbstbestimmung, verwirklicht wird, ist noch nicht gesichert, dass im Laufe der Mediation keine Komplikationen in dieser Frage zu erwarten sind. Der Beteiligte ohne die besondere Beziehung zum neutralen Dritten mag sich etwa an die Tatsache der Vermietung erinnern, wenn die Verhandlung nicht nach seinen Vorstellungen verläuft, und entsprechende Vorwürfe formulieren. Die Verflechtung mit dem Vermieter wird die Verhandlung in jedem Fall ungeschwellig begleiten und kann den Mediator sogar – bewusst oder unbewusst – dazu verführen, den anderen zu bevorzugen, um einen vermuteten Nachteil auszugleichen und den Anschein der Parteilichkeit von Anfang an nicht zuzulassen.

Selbstverständlich kann sich der Neutrale auf den Standpunkt stellen, dass es jedem der Beteiligten unbenommen bleibt, die Mediation abzubrechen. Die Last des Konflikts wird dann an die Verhandelnden delegiert. Lehnt er umgekehrt die Mediation von vornherein ab, beraubt er die Beteiligten der Vermittlungstätigkeit gerade der Person, der sie Vertrauen entgegenbringen. Die Selbstbestimmung der Verhandelnden wird negiert.

Spiegelbildlich zur Vorbefassung sind auch Fälle denkbar und praxisrelevant, in denen nach der Mediation Konflikte mit der Neutralität drohen.

Beispiel:

Der Mediator ist Rechtsanwalt. Einer der Beteiligten stellt ihm ein lukratives Mandat in Aussicht, das jedoch erst einige Zeit nach der Vermittlungstätigkeit erteilt werden soll.

Der Rollentausch zwischen neutraler Vermittlung und Interessenvertretung ist nicht unproblematisch. Erfährt die andere Partei während oder nach der Mediation von den weiteren Aufträgen an den Vermittler, mag sie vermuten, dass dessen Unparteilichkeit nicht unbedingt gewährleistet ist. Muss der Mediator deshalb alle Aufträge, die ihm nachfolgend von Personen, mit denen er eine Mediation durchgeführt hat, ablehnen bzw. sich für einen konkreten Auftrag entscheiden? Soll er jeden Kontakt vermeiden, also z.B. auch eine Einladung zum Essen ablehnen? Wie wäre es, wenn der Rechtsanwalt in einer größeren Kanzlei tätig ist, sich dabei ausschließlich mit Familienmediation beschäftigt und das Mandat an die auf Gesellschaftsrecht spezialisierten Anwälte vergeben würde? Die andere Partei wird wohl keine sophistische Unterscheidung vornehmen zwischen „seinem“ Mediator und den anderen Anwälten, sondern die Kanzlei als Einheit betrachten. Als Ausweg wird vorgeschlagen, die Mediatoren einer Sozietät von den anderen Juristen abzuschotten (Bildung eines *shadow*). Die Organisation, die dazu erforderlich ist, wäre aufwändig, so dass die Praxis diese Lösung nicht annehmen würde.

Die persönlichen Reaktionen des Mediators auf die Beteiligten bergen weiteres Konfliktpotenzial.

Beispiel:

Einer der Beteiligten erscheint zum Verhandlungstermin mit einer Bomberjacke, die so geöffnet ist, dass sein Sweatshirt mit dem Aufdruck „LONSDALE“ nur mit den Buchstaben „NSDA“ erkennbar ist. Wie dem Mediator bekannt ist, werden diese Sweatshirts von Rechtsextremen als Erkennungszeichen getragen, um ihre Sympathie mit der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiter Partei (NSDAP) des Dritten Reiches zu zeigen.

Antipathie und Sympathie als Reaktion auf Verhaltensweisen, Aussehen oder Ähnliches einer Person sind nicht vernunftgesteuert und lassen sich nicht vermeiden. Wie soll man sich verhalten? Selbstverständlich bleibt es dem Mediator unbenommen, die Vermittlung in dem oben geschilderten, zugegebenermaßen drastischen Beispielfall abzulehnen. Aber auch bei geringerer Intensität der Antipathie oder Sympathie sind Eingriffe etwa in der Weise, dass der Vermittler seine persönlichen Gefühle offen legt oder auch nur entsprechende Signale sendet, nicht erfolgversprechend und werden die Situation nur verschlimmern. Der erste Schritt zur angemessenen Reaktion ist die Erkenntnis des Mediators, dass seine eigene Einstellung zu den Beteiligten Einfluss auf die Vermittlung hat. Es ist seine Aufgabe, nicht nur einen Blick für das Verhalten der Verhandlungspartner zu haben, sondern auch laufend seinen eigenen inneren Zustand zu beobachten. Letztendlich kann für das beschriebene Problem keine allgemeingültige Lösung gefunden werden; es kommt entscheidend auf die charakterliche Eignung des Mediators und sein Fingerspitzengefühl an.

II. Vertraulichkeit

Die Mediation steht und fällt mit der Wahrung der Vertraulichkeit; sie ist *conditio sine qua non*⁶. Im Bereich der Vertraulichkeit ist zu unterscheiden zwischen Dilemmata, in denen sich die Verhandlungspartner befinden, und solchen, die sich der Mediator gegenübersehen. Im Folgenden wird zunächst auf Probleme zwischen den Beteiligten und anschließend auf diejenigen des Mediators eingegangen.

Idealerweise sollten die Beteiligten ihre jeweiligen Interessen, unterstützt durch entsprechende Fragen des Mediators, aufdecken und formulieren, um die Chance auf eine Einigung auszuloten. Niemand würde sich jedoch auf eine Mediation einlassen, wenn er Gefahr liefe, wertvolle Informationen preiszugeben, die, falls die Verhandlung nicht zum Erfolg führen sollte, die andere Partei in eine günstige Position bringen könnten. Es wäre naiv, darauf zu vertrauen, dass unbedingte Offenheit belohnt wird. Seine Interessen darzulegen, bietet nicht nur Chancen, sondern kann auch eine Schwächung der eigenen Situation bedeuten. Wenn beispielsweise ein Beteiligter sein dringendes Interesse an einer Einigung zeigt, wird sich die andere Partei voraussichtlich ihre Zustimmung teuer abringen lassen.

Was offenbart wird, muss daher jede Partei für sich selbst entscheiden; dies ist auch Ausdruck der Selbstbestimmung, die ein Kerngedanke der Mediation darstellt. Hinsichtlich dieser Eigenverantwortung unterscheidet sich die Mediation nicht grundsätzlich von anderen Verhandlungsmethoden. Es ist jedoch anzumerken, dass die alternative Konfliktbewältigung auf eine strukturelle Offenheit der Verhandlungspartner ange-

legt ist, da ansonsten wieder ein Rückzug auf Positionskämpfe droht, die gerade vermieden werden sollten. In diesem Fall zeigt sich nicht ein Dilemma für den neutralen Dritten, sondern für die Beteiligten selbst: Postulat der Offenheit zur Förderung der Einigungschancen versus Gefahr der Ausnutzung der dargelegten Interessen und Informationen durch die andere Partei. Wer diesen Spagat nicht auf sich nehmen will, für den ist die Mediation möglicherweise nicht die richtige Verhandlungsmethode.

Die Parteien könnten bei einer fehlgeschlagenen Einigung auf die Idee kommen, den neutralen Dritten als Zeugen vor Gericht zu benennen. Soweit ihm nicht ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht zur Seite steht, kommt der Mediator dadurch in Konflikte. Er rückt gleichsam in das Zentrum der Auseinandersetzung, während seine Rolle vorher als außenstehender Vermittler definiert war. Da diese Gefahr bekannt ist, wird häufig der Versuch unternommen, durch Beweisverwertungsverbote die Vertraulichkeit zu sichern. Rechtlich stehen solche Wege natürlich offen, die Durchsetzbarkeit vor Gericht und damit ihre Praktikabilität sind jedoch nicht über jeden Zweifel erhaben. Auch die Vereinbarung eines Beweisverwertungsverbots, das in einem Vertrag niedergelegt sein müsste, der nicht nur die Parteien und den Mediator, sondern auch die eventuell vorhandenen Anwälte und sonstigen Interessenvertreter der Beteiligten einbezieht, bietet nicht Gewähr für eine absolute Vertraulichkeit. Ist eine Information erst mal bekannt, wird es oft nicht allzu schwer sein, diese auf eine andere Weise als durch Benennung des Neutralen als Zeugen in den nachfolgenden Prozess einzuführen. Vertragsstrafen für diesen Fall sind zwar erwägenswert, bedeuten aber nicht immer einen ausreichenden Schutz. Auch wenn ein allgemeines Verbot, jedweden Gegenstand, der in der Mediation angesprochen wurde, in ein späteres Gerichtsverfahren einzuführen, verankert wird, würde dies zu unerwünschten Ergebnissen führen, da ansonsten derjenige belohnt wird, der möglichst viele Punkte anspricht, die seine Position schwächen. Er kann sich aus den oben genannten Gründen zwar nicht sicher sein, dass er vor Gericht mit seinen Schwachstellen nicht konfrontiert wird, aber sich doch Vorteile aus einer solchen Abrede sichern, etwa bei einer Vertragsstrafe. Das hier erörterte Problem zeigt deutliche Überschneidungen mit dem Thema Missbrauch des Verhandlungsprozesses, das im Folgenden noch behandelt wird.

Der Mediator selbst kann gleichfalls in Situationen geraten, in denen es zweifelhaft ist, ob und wie er die Vertraulichkeit wahren soll. Einige Mediatoren bevorzugen es, nicht nur mit allen Beteiligten zu verhandeln, sondern auch Einzelgespräche zu führen (*caucus*). Ziel der Einzelgespräche ist es, Informationen und Interessen zu ermitteln, die bei einer Anwesenheit der anderen Partei aus den oben genannten Gründen nicht offen gelegt werden würden. Dabei muss er betonen, dass dies nicht dazu dient, mit einer der Parteien gemeinsame Sache zu machen. Der Vermittler sollte schon den Anschein der Parteilichkeit vermeiden.

Beispiel:

In Einzelgesprächen entdeckt der Vermittler, dass die Interessen der Parteien sich zu einem Kompromiss zusammenführen lassen. Beide Beteiligte bestehen jedoch darauf, die entsprechenden Informationen nicht an die andere Seite weiterzugeben und beharren auf ihren Positionen. Der Mediator ist der einzige, der weiß, dass eine gütliche Einigung möglich wäre.

⁶ Vgl. dazu auch Walz, Vertraulichkeit in der Mediation, MittBayNot 2001, S. 53 ff.

Um die Vertraulichkeit zu sichern, existieren grundsätzlich zwei Konzepte. Erstens könnte der Mediator mit beiden Parteien vereinbaren, dass er alles, was er in den Einzelgesprächen erfährt, auch der anderen Seite mitteilen wird, es sei denn eine Information wird ausdrücklich als vertraulich gekennzeichnet. Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass nur diejenigen Informationen übermittelt werden, die ausdrücklich freigegeben sind. Am Ende eines jeden Einzelgesprächs sollte immer kurz zusammenfasst werden, welche Mitteilungen „verboten“ und welche „erlaubt“ sind. Diese Vorgehensweise ist im Rahmen einer sogenannten *shuttle-diplomacy* empfehlenswert, löst aber nicht das oben beschriebene Dilemma des Mediators: Soll er einen eigenen Vorschlag unterbreiten, mit der Gefahr, die Selbstbestimmung der Beteiligten zu vernachlässigen und Zweifel an seiner Unparteilichkeit zu säen? Eine Partei mag ihn verdächtigen, er habe die vertraulichen Informationen missbraucht, um eine Lösung vorzuschlagen, die ihr Nachteile bringt. Ein Mediator, der die Verhandlung lediglich erleichtert, stößt in dem Beispielsfall an seine Grenzen. Er darf nach seinem Rollenverständnis von dem Wissen um den Einigungsbereich, die *zone of possible agreement (ZOPA)*, keinen Gebrauch machen und eine Vereinbarung, selbst wenn sie salomonisch wäre, nicht vorschlagen.

Ganz lösen lässt sich der Konflikt des Mediators nicht, aber doch mildern. Zunächst mag der Vermittler versuchen, lediglich Signale zu senden, in welcher Richtung eine Einigung zu finden wäre. Zweitens könnte er durch entsprechende Fragen, Verständnis für die Interessen der anderen Partei wecken, etwa indem er dazu auffordert, die Perspektive der Gegenseite mit eigenen Worten zu schildern. Idealerweise finden die Verhandlungspartner bei einer solchen Vorgehensweise selbst zu einer Einigung, auch wenn Puristen einwenden mögen, hier werde die eine Form der Manipulation durch eine andere, allerdings subtilere ersetzt.

III. Parteiautonomie/Selbstbestimmung

Es ist ein grundlegendes Konzept der Mediation, dass der Neutrale den Beteiligten auf dem Weg zur Einigung lediglich zur Seite steht. Er soll fördern, nicht entscheiden. Die Verhandlung ist gekennzeichnet von der Selbstbestimmung der Parteien. Sie können den Vermittlungsversuch jederzeit ohne Angabe von Gründen abbrechen und sind für das Ergebnis selbst verantwortlich. Soweit die Theorie. In der Praxis wird der Mediator immer wieder vor die Frage gestellt, ob er in das Geschehen eingreifen und Einfluss nehmen soll.

Beispiel:

Die Beteiligten einigen sich auf eine Vereinbarung, die beide befriedigt und in ihren Augen auch die Grundlage für eine rosige Zukunft bilden kann. Allein der Mediator, bei dem sich alle herzlich bedanken, ist nicht glücklich, da er vermutet, dass die Vereinbarung rechtlich nicht wirksam ist.

Selbst wenn man diesen Beispielsfall dahingehend abwandelt, dass die Einigung nicht unwirksam, sondern lediglich auslegungsbedürftig formuliert ist, künftiger Streit demnach absehbar ist, kommt der Vermittler nicht umhin, seine Prioritäten festzulegen. Ist die selbstbestimmte Einigung, die mit Mängeln behaftet ist, oder eine mit seiner Hilfe zustande gekommene Vereinbarung, die aller Voraussicht nach rechtsbefriedigend wirkt, das höhere Gut? Ein ähnlich gelagertes Problem ergibt sich, wenn lediglich eine Scheineinigung erzielt wird, die den zugrunde liegenden Konflikt nicht löst. Man sieht hier plastisch, dass die Ablehnung von zumindest gradueller Ergebnisverantwortung nicht immer hilfreich ist.

Das Grundproblem, mit dem der Mediator konfrontiert ist, besteht darin, ob und in welcher Intensität er auf die Verhandlung und die Vereinbarung Einfluss nehmen darf. Dies wiederum richtet sich danach, mit welchem Rollenverständnis er als Vermittler agiert: Ist die Herangehensweise eher *facilitative*, wird ein Eingriff in die Verhandlung schwieriger zu rechtfertigen sein, als wenn sie *evaluative* ist. Sein Rollenverständnis sollte der Mediator den Beteiligten offen legen (z.B. im Eröffnungsstatement). Gleichzeitig verliert in diesem Fall die Frage, ob der Eingriff gerechtfertigt ist oder nicht, an Dringlichkeit, da die Parteien von Anfang an wissen, was sie zu erwarten haben. Durch ihr übereinstimmendes und möglichst auch ausdrücklich formuliertes Einverständnis mit der Art der Vermittlung wird ihnen ihr Recht zur Selbstbestimmung – aber auch als Kehrseite der Medaille ihre Selbstverantwortung – deutlich vor Augen geführt. Durch ein Eröffnungsstatement werden jedoch nicht alle potenziellen Probleme gelöst. Denkbar sind Fälle, in denen die strukturelle Unterlegenheit einer Partei, die als Thema aller Voraussicht nach nicht in der Mediationsvereinbarung behandelt ist, den Mediator vor die Frage stellt, ob er die schwächere Partei schützen muss. Ist er verantwortlich für eine Balance der Kräfte? Wenn ja, wie intensiv darf oder muss er dann eingreifen?

IV. Fachliche Kompetenz

Es besteht Einigkeit darüber, dass der Mediator über Fähigkeiten im Bereich der Vermittlung verfügen muss. Es ist nicht ausreichend, intuitiv die Verhandlung zu führen. Erforderlich ist vielmehr ein Training anhand praktischer Fälle, um allmählich Erfahrungen im Umgang mit den Beteiligten zu sammeln. Trotzdem kann es zu Situationen kommen, in denen diese Spezialkenntnisse dem Vermittler nichts nützen, da die fachliche Kompetenz anderer Disziplinen gefordert ist.

Beispiel:

Während einer Scheidungsmediation scheint der Ehemann tief depressiv zu sein. Er ist desorientiert, kann dem Gespräch nicht folgen und erinnert sich nicht an Themen, die kurz vorher behandelt wurden.

Der Vermittler steht hier vor dem Problem, wie er die geistige und körperliche Verfassung des Ehemannes beurteilen soll. Eine sichere Einschätzung könnte nur ein Facharzt leisten. Die direkte Frage, ob sein Zustand die Fortsetzung der Verhandlung erlaube, könnte vom Ehemann als Affront aufgefasst werden. Auch wenn der Mediator sensibler vorgeht, droht die nächste Schwierigkeit: Wie soll er reagieren, falls der Ehemann äußert, alles sei bestens und er möchte die Verhandlung fortsetzen? Darf er den Einigungsversuch abbrechen oder muss er einen Spezialisten hinzuziehen, womit er jedoch die Selbstbestimmung des Ehemannes negiert?

Gesetzt den Fall, der Mediator ist zufällig in der Lage, den Parteien mit den geforderten Spezialkenntnissen zu dienen (es geht z.B. um rechtliche Fragen und er ist hauptberuflich Anwalt), so muss er entscheiden, ob er diesen Rollenwechsel auf sich nehmen will. Auch wenn er sich auf objektive Aussagen über die dispositive Gesetzeslage beschränkt und damit einen Standard anbietet, an dem die Beteiligten sich orientieren können, besteht die Gefahr, dass eine Partei sich dadurch benachteiligt fühlt. Der Mediator gerät in Konflikt mit seiner Pflicht zur Unparteilichkeit, obwohl er diese – von innen betrachtet – gewahrt hat, da zumindest einer der Beteiligten wegen des Rollenwechsels zum Spezialisten den Vermittler nicht mehr ausschließlich als Neutralen akzeptieren wird.

Wer an dieser Stelle dem Mediator vorwirft, er sei zu idealistisch, hat nicht ganz Unrecht. Praxisgerecht und ausreichend ist beispielsweise folgende Vorgehensweise: Der Vermittler definiert im Eröffnungsstatement seine Rolle und seine Aufgaben. Soweit Spezialkenntnisse erforderlich sind, wird er diese beantworten, soweit er dazu in der Lage ist, und andernfalls entsprechende Sachverständige hinzuziehen, beides jedoch nur, wenn alle Beteiligten mit diesem Prozedere einverstanden sind.

V. Missbrauch des Vermittlungsprozesses

Es wäre eine idealisierende Annahme, dass streitende Parteien, die vor Gericht nur ihren Vorteil suchen würden, allein durch die Mediation sich zu offenen und verhandlungsbereiten Menschen wandeln. Eine solche Katharsis wird man vergeblich suchen. Genauso wie bei einem Prozess taktiert wird, werden die Beteiligten die Vor- und Nachteile der Mediation analysieren und die gegebenen Spielregeln nutzen, um – wenn auch mit einer neuen Strategie – ihre Ziele zu fördern.

Beispiel:

Einer der Beteiligten hat augenscheinlich kein Interesse an einer Einigung. Er zeigt sich zeitweise kompromissbereit, äußert jedoch immer dann, wenn eine Lösung greifbar nahe erscheint, neue Bedenken. Der Mediator hat den Verdacht, dass die Teilnahme an der Verhandlung in erster Linie einen Zeitgewinn verschaffen soll.

Darf oder soll der Mediator hier eingreifen? Gleichgelagerte Probleme entstehen, wenn er bemerkt, dass ein Beteiligter lügt, wesentliche Punkte verschweigt, den anderen einschüchtert oder nur daran interessiert ist, an Informationen zu gelangen (*fishing for information*). Wenn dieses Verhalten offensichtlich ist, könnte er sich auf den Standpunkt stellen, er müsse die Verhandlung dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Ist diese Einstellung nur legitim, soweit sich die Parteien auf gleicher Augenhöhe begegnen, oder auch dann, wenn eine Partei der anderen erkennbar aus den verschiedensten Gründen unterlegen ist? Wie soll sich der Mediator verhalten, falls die Trennlinie zum Beispiel zwischen Einschüchterung und cholerischem Temperament nicht so leicht zu ziehen ist? Schließlich ist zu bedenken, dass der Vermittler keinen gleichsam olympischen Blick auf die Verhandlung hat. Er ist nicht allwissend und kann oft nur Vermutungen anstellen über die Motivation der Parteien, deren (auch sozialen) Hintergrund, die Verhandlungstaktik etc.

Der Vermittler sieht sich wieder dem Spannungsfeld zwischen Unparteilichkeit, Einflussnahme und Achtung der Selbstbestimmung der Parteien ausgesetzt.

VI. Interessenkonflikte

Für den Mediator stehen die Interessenkonflikte der Beteiligten im Mittelpunkt seiner Tätigkeit. Er darf jedoch nicht den Blick dafür verlieren, dass er auch selbst Interessen an einem bestimmten Gang der Verhandlung haben kann. Anders formuliert: Wenn die Beteiligten sich für eine Mediation entscheiden, finden sie keine *tabula rasa* vor, bei der ein eigennützig agierender Neutraler ihre Interessen koordiniert.

In diesem Zusammenhang ist nicht nur an das legitime Interesse des Mediators zu denken, dass die Beteiligten mit dem Vermittlungsprozess zufrieden sind und den Mediator weiterempfehlen, oder daran, eine (bedenkliche) Erfolgsprämie für den Fall der Einigung zu vereinbaren.

Beispiel:

Das Gericht nimmt den Streit nicht zur Verhandlung an, sondern verweist die Beteiligten zunächst auf den Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung vor einem bestimmten Mediator, der für die Parteien bindend ausgewählt wurde.

Angenommen, der Mediator wurde deshalb vom Gericht benannt, weil er in der Vergangenheit überdurchschnittlich viele Einigungen erzielt hat, die zu einer spürbaren Entlastung der Gerichte geführt haben, so wird der Vermittler sich dieses Geschäft erhalten wollen. Sein Interesse besteht in diesem Fall tendenziell eher darin, eine wie auch immer geartete Einigung herbeizuführen, und nicht, die Parteien bei der Suche nach einer möglichst kreativen und befriedenden Lösung zu unterstützen, auch mit dem Risiko des Scheiterns der Vermittlungsbemühungen. Überspitzt formuliert: Für den Mediator hat die Einigung einen Wert an sich – und dies nicht nur ideell, sondern durchaus materiell. Der Gedanke liegt nicht fern, dass der Mediator versuchen wird, auf die Verhandlungen der Parteien Einfluss zu nehmen, zum Beispiel indem er die schwächere oder einfach nur nachgiebigere Seite – euphemistisch ausgedrückt – an eine Lösung heranführt.

Mit der Reform des Zivilprozesses wird dieses Problem auch in Deutschland nicht mehr nur akademischer Natur sein, da die Zivilgerichte von nun an die Möglichkeit haben, zunächst eine Güteverhandlung vorzuschlagen, § 278 Absatz 5 Satz 2 ZPO neue Fassung.⁷ Auch hierzulande wird die Bedeutung sogenannter *settlement rates* wohl zunehmen.

Auch im Verhältnis zu anderen Berufen können sich für den Vermittler schwierige Situationen ergeben.

Beispiel:

Während einer Vermittlung zwischen getrennt lebenden Ehegatten stellen sich immer wieder Fragen rechtlicher (Unterhalt, Vermögensauseinandersetzung, elterliche Sorge u. ä.) und steuerlicher Natur. Die Ehegatten sind jeweils anwaltlich beraten. Der Mediator ist Diplompsychologe und hat sich seiner Meinung nach umfassend in das Familienrecht eingearbeitet, da er bereits ein Buch zum Thema gelesen hat.

⁷ § 278 ZPO, der eine deutliche Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung durch den Gesetzgeber einführt, erhält folgenden Wortlaut:

- (1) Das Gericht soll in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.
- (2) Der mündlichen Verhandlung geht zum Zweck der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint aussichtslos. Das Gericht hat in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden.
- (3) Für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche soll das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden. § 141 Abs. 1 Satz, Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.
- (4) Erscheinen beide Parteien in der Güteverhandlung nicht, ist das Ruhen des Verfahrens anzuordnen.
- (5) Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Entscheidung vorschlagen. Entscheiden sich die Parteien hierzu, gilt § 251 entsprechend.
- (6) Ein gerichtlicher Vergleich kann auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest. § 164 gilt entsprechend.

Zunächst sticht in dem Beispiel die oben behandelte Frage der (mangelnden) Kompetenz ins Auge. Abgesehen davon stellt sich ein weiteres Problem: Darf der Mediator in die vorhandene Beziehung zwischen Anwalt und Mandant eingreifen, vorausgesetzt sein Rollenverständnis erlaubt eine Beratung oder Information über rechtliche Tatsachen? Macht es einen Unterschied, wenn der Fall so gelagert ist, dass der Mediator ein erfahrener Fachanwalt für Familienrecht ist, und einer Beteiligten – für den Vermittler offensichtlich –, rechtlich falsch beraten wird? Das Prinzip der Selbstbestimmung spricht dafür, es den Beteiligten zu überlassen, ob sie sich einen Anwalt zur Unterstützung suchen und wen sie für diese Aufgabe auswählen.

Man darf zudem nicht vergessen, dass die Mediation noch eine recht junge Profession ist, die sich die Anerkennung von Personen, die bestehende, klassische Berufe ausüben, erst erwerben muss. Die Akzeptanz der Mediation durch die Berufsgruppe der Anwälte dürfte erheblich gefährdet sein, wenn der Vermittler sich in das Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsberater einmischt. Man mag daher auf den ersten Blick annehmen, dass unter ökonomischen Gesichtspunkten für den Neutralen ein Anreiz besteht, auf die Verhandlung keinen Einfluss zu nehmen. Stellt man sich jedoch eine Situation vor, bei der eine Partei nach einer gütlichen Einigung das Ergebnis von einem Anwalt überprüfen lässt und dieser erkennt, dass sein Mandant offensichtliche rechtliche Vorteile aus der Hand gegeben hat, so kann diese Annahme nicht mehr aufrechterhalten werden. Der Anwalt wird sich unter Umständen in seiner Meinung bestätigt fühlen, dass bei Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung manchmal ungünstige Ergebnisse erzielt werden, und seine Kollegen dazu anregen, die Mediation nach Möglichkeit zu vermeiden oder nur Juristen als Mediatoren zu akzeptieren. Letzteres führt zu dem äußerst umstrittenen Thema, ob neutrale Vermittlung (zumindest auf einigen Gebieten) eine Domäne der rechtsberatenden Berufe ist oder ob bestimmte Fachkenntnisse nicht erforderlich sind, solange der Neutrale die Verhandlungsführung beherrscht.

Für den Vermittler gilt gegenüber den anderen Berufen: Wie er sich auch verhält, er macht es falsch. Er befindet sich in einer *double-bind-Situation*, da er einerseits nicht in fremden Revieren wildern soll und andererseits dafür verantwortlich gemacht wird, wenn die Einigung unter Einbeziehung von Fachleuten anders ausgefallen wäre. Die Kunst des Mediators besteht letztlich darin, seine eigenen Interessen mit denen der konkurrierenden Berufe möglichst geschickt zu koordinieren. In ein theoretisches Konzept der neutralen Vermittlung eingebunden, bedeutet dies, dass zumindest drei verschiedene Verhandlungen geführt werden, sobald die Parteien von Interessenvertretern beraten werden. Im Zentrum steht die Verhandlung zwischen den Parteien selbst. Zweitens definiert der Mediator meist im Eröffnungsstatement, wie er diese Verhandlung moderiert; es wird eine Verhandlung über die Art der Verhandlung geführt, also – wenn man so will – eine Meta-Ebene gebildet. Drittens verhandeln, meist unausgesprochen, der Vermittler und die Interessenvertreter der Beteiligten darüber, wie sie miteinander umgehen und wem welche Aufgaben zugewiesen werden.

Das in diesem Abschnitt beschriebene Problem der Interessenkonflikte mit Gerichten und anderen Berufen lässt sich unter dem Begriff der Unabhängigkeit subsumieren. Dies bedeutet wiederum, dass diejenigen Personen am besten für die Rolle des Mediators geeignet sind, die im Rahmen ihrer traditionellen Tätigkeit unabhängig sind und dies aufgrund der berufsrechtlichen Vorschriften gesichert wird.

C. Lösungsansätze

Essenziell für die Erwartungen der Parteien und die Anforderungen an den Mediator ist sein Rollenverständnis. Für den Vermittler sollte Transparenz auf diesem Gebiet oberstes Gebot sein. Folgende Punkte sind zweckmäßigerweise schon vor dem Beginn der eigentlichen Verhandlung, zum Beispiel im Eröffnungsstatement, zu klären:

- Art der Vermittlung (facilitative, evaluative, transformative)
- Eingriffsmöglichkeiten bzw. Einflussnahme
- Methoden zur Sicherung der Vertraulichkeit
- Kompetenzabgrenzung
- Ergebnisverantwortung

Da über diese Fragen ohnehin eine Vereinbarung zwischen den Beteiligten und dem Vermittler geschlossen wird, bietet es sich an, diese nicht nur mündlich, sondern schriftlich in einer Mediationsvereinbarung oder im Mediatorvertrag zu fixieren. Das hat auch den Vorteil, dass in schwierigen Situationen auf diese „Spielregeln“ zurückgegriffen werden kann.

Zu denken ist weiter an ein Training für Mediatoren, durch welches das theoretische Wissen mit Hilfe von praktischen Übungen vertieft wird. Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass hierzulande schon ein florierender Markt für die Ausbildung zum Mediator existiert, die sich allerdings oft zu sehr an der Theorie orientiert und zu dessen Größe die Zahl der tatsächlich durchgeführten Mediationen in einem disproportionalen Verhältnis steht. Dies dürfte sich jedoch ändern.

Ein möglicher Baustein für die wissenschaftliche Durchdringung der Dilemmata ist die Durchführung von empirischen Studien, die die Konflikte der Praxis im einzelnen analysieren und in verschiedene Kategorien aufteilen. Daraus könnten im Weg der Induktion abstrakte Probleme isoliert und Lösungen entwickelt werden. In den Vereinigten Staaten werden bereits entsprechende Bemühungen unternommen.

Sobald diese Arbeit geleistet ist, wird es wohl erforderlich sein, für Mediatoren fakultative oder obligatorische Verhaltenscodices festzuschreiben, die, bedingt durch die Vielfalt der unterschiedlichen Mediationsschulen und deren Rollenverständnis, ausdifferenziert werden müssten. Dabei können diejenigen Berufsordnungen, die auf Interessenvertretung und nicht auf Neutralität basieren, kaum als Vorbild dienen.

D. Verhandlung ohne neutralen Dritten

Schwierige Verhandlungssituationen können auch entstehen, wenn die Parteien direkt miteinander verhandeln. Das ist zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Seite versucht, den anderen Beteiligten zu manipulieren. Es geht dabei nicht nur um plumpe Lügen, sondern auch um subtilere Vorgehensweisen. Da die sich daraus ergebenden Probleme nicht im Mittelpunkt dieses Beitrags stehen, soll hier nur eine kurze Zusammenfassung typischer Verhandlungstricks bzw. -techniken folgen. In seinem Seminar *Verhandlungstechnik und Mediation für Notare* unterscheidet Walz folgende Kategorien mit den entsprechenden Strategien:

1. Mauern:

Die eigene Position wird mit allen Mitteln und unnachgiebig verteidigt. Beispiele sind:

- *fait accompli*: Eine Entscheidung ist bereits getroffen; Veränderungen sind jetzt nicht mehr möglich.

- Letztes Angebot: Es wird gepokert und eine Situation geschaffen, in der die andere Seite nur annehmen oder die Verhandlung abbrechen kann.
- Verzögerung: Steht der Verhandlungspartner unter Zeitdruck, können auf diese Weise Zugeständnisse erreicht werden; Zermürbungstaktik.
- „Das ist nun mal so“: Das haben wir schon immer so gemacht, da könnte ja jeder kommen. Eine Partei, die für sich durchaus einen flexiblen Eindruck machen kann, versteckt sich hier hinter seinem Unternehmen, seiner Behörde oder seinen Vorgesetzten.

2. Angriffe:

Verschieben der Verhandlung auf die persönliche Ebene; das mögliche Scheitern wird der anderen Seite zur Last gelegt. Beispiele sind:

- Drohungen: „Falls Sie nicht einlenken, wird dies Konsequenzen haben – ich werde Ihren Vorgesetzten unterrichten.“
- Bezweifeln der Glaubwürdigkeit: Die vorgetragene Tatsache oder Meinungen des Verhandlungspartners werden als unseriös bezeichnet.
- Bezweifeln der Autorität oder Sachkenntnis: „Sie sind wohl noch nicht lange in diesem Geschäft.“

3. Tricks:

Die andere Seite wird gezielt in eine unterlegene Position gebracht. Beispiele sind:

- *good guy/bad guy*: Konfrontation mit zwei Gesprächspartnern. Der eine beharrt auf seinen Positionen, der andere ist flexibel und verständnisvoll, um Zugeständnisse zu erreichen.⁸
- Manipulation der Information: Verwenden von falschen, irreführenden oder verwirrenden Daten.
- *add on*: Am Ende der Verhandlung – die Einigung scheint schon erreicht – werden zusätzliche Forderungen gestellt, in der Hoffnung, der andere werde die Vereinbarung nicht an dieser letzten Hürde scheitern lassen.
- Keine Autorität: Es wird zunächst verhandelt, als hätte man die entsprechende Verhandlungsmacht. Sobald Zugeständnisse erreicht worden sind, wird mitgeteilt, man müsse die Einigung noch „von oben“ absegnen lassen. Der Vorgesetzte stellt dann weitere Forderungen.⁹
- Manipulation der Umgebung der Verhandlung: Der Verhandlungspartner wird auf einen niedrigeren Stuhl platziert oder die Sonne scheint ihm direkt ins Gesicht.

An dieser Stelle können die Gegenstrategien nicht erschöpfend behandelt werden. Es geht vor allem darum, den Blick für manipulative Verhandlungstechniken zu schärfen, denn wie so oft ist das Erkennen einer schwierigen Situation der erste Schritt, sich dagegen zu wappnen. Einige allgemeine Tipps seien in diesem Zusammenhang aber erwähnt. Bei Angriffen auf die eigene Person sollte man sich bemühen, die Verhandlung auf die Sachebene zurückzuführen. Oft hilft es auch schon, wenn man dem Verhandlungspartner deutlich macht, dass seine Strategie erkannt worden ist („Sie wollen doch hier nicht *guter Polizist* – *böser Polizist* spielen wie in schlechten Kriminalfilmen, oder?“). Natürlich kann man je

nach Situation auch subtiler vorgehen, um die andere Seite nicht vor den Kopf zu stoßen. Es ist für den Fortgang der Verhandlung häufig wichtig, dem Gegenüber die Chance einzuräumen, den Rückzug anzutreten und dabei das Gesicht zu wahren. Bei einem *add-on* oder einem Mangel in der Verhandlungsmacht besteht eine Gegenstrategie darin, das schon geschnürte Gesamtpaket wieder zur Disposition zu stellen.

E. Notare als Vermittler

Für Notare ist die Tätigkeit als Vermittler tägliche Arbeit. Der Notar ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger sowie unparteiischer Betreuer der Beteiligten (§§ 1, 14 I 2, 28 BNotO) und zur Verschwiegenheit verpflichtet, § 18 BNotO. Ihm stehen flankierend gesetzliche Zeugnisverweigerungsrechte zu (§ 53 I Nr. 3 StPO, § 383 I Nr. 6 ZPO), um die Vertraulichkeit zu gewährleisten. Das Beurkundungsgesetz normiert Mitwirkungsverbote (§§ 3, 6, 7, 26 BeurkG), um Interessenkonflikte zu vermeiden, wobei § 3 BeurkG gemäß § 16 I BNotO auch bei sonstiger Amtstätigkeit Anwendung findet. § 11 BeurkG gebietet, Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit zu treffen. Kern der Tätigkeit ist die Erforschung des Willens der Beteiligten, die Aufklärung des Sachverhalts, die Belehrung über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts und die klare sowie unzweideutige Wiedergabe des Willens in einer Niederschrift, § 17 I 1 BeurkG. Irrtümer und Zweifel sollen vermieden werden; der Notar hat darauf zu achten, dass eine unerfahrene und ungewandte Partei nicht benachteiligt wird, § 17 I 2 BeurkG.

Diese kurze Zusammenfassung der bekannten Vorschriften des Berufsrechts zeigt, in der Terminologie der Mediationsliteratur, dass die Tätigkeit des Notars eine eher evaluative Tendenz aufweist. Eingriffe und Bewertungen erfolgen insbesondere infolge von Belehrungen und Betreuungspflichten. Die Beurkundung selbst enthält zumindest dann mediative Elemente, wenn – wie so oft – Interessengegensätze zwischen den Beteiligten auftreten. *Walz* hat für diese Art der Vermittlung den Begriff der *Vertragsmediation* geprägt. Den Gegensatz dazu bildet die *Konfliktmediation*, die dadurch charakterisiert ist, dass ein Vermittler zu einem eskalierenden Konflikt hinzugezogen wird, bei dem Kommunikations- und Wahrnehmungsprobleme aufgetreten sind. Die Grenze zwischen Vertrags- und Konfliktmediation ist fließend, da sich Interessengegensätze jederzeit in Konflikte wandeln können. Während die Konfliktmediation eher in § 24 BNotO verankert ist, dürfte die Vertragsmediation ihre Normierung in § 17 I BeurkG finden – genauer: in der Pflicht zur Willenserforschung und Sachverhaltsaufklärung.¹⁰

Notare genießen das Privileg, dass den Parteien ihre Funktion als neutrale und zur Verschwiegenheit verpflichtete Vermittler bekannt ist und sie diese Rolle schätzen. Im Gegensatz dazu müssen Mediatoren aus anderen Berufsgruppen sich das Vertrauen der Beteiligten erst mühsam erwerben. Die Erfahrung, die die Tätigkeit als Notar mit sich bringt, kann auch für die Mediation genutzt werden. Dies gilt für die Konfliktmediation und erst recht für die Vertragsmediation. Der Notar ist es aus seiner täglichen Praxis gewohnt, sich im Spannungsfeld zwischen Neutralität, Belehrungs- bzw. Betreuungspflichten und Schutz der schwächeren Partei zu bewegen. Mit einem Wort: Der Notar ist auch für die neutrale Vermittlung im Rahmen der Mediation hervorragend geeignet.

⁸ *Bülow*, MittBayNot 2000, 407, 410.

⁹ *Bülow*, MittBayNot 2000, 407, 410.

¹⁰ Die in diesem Absatz zusammengefassten Gedanken beruhen auf einem Beitrag von *Walz* in „Handbuch Mediation“ (C.H. Beck), der in Kürze veröffentlicht wird.

F. Zusammenfassung

Die Mediation bietet durch die neue Art, Konflikte einer gütlichen Lösung zuzuführen, viele Vorteile, ist aber auch mit spezifischen Problemen verbunden, denen sich der Vermittler gegenübersehen muss. Es ist nicht leicht für den Mediator, den Anforderungen an seine Neutralität und Vertraulichkeit gerecht zu werden, dabei etwa erforderliche Eingriffe in die Verhandlung zu rechtfertigen, ohne gleichzeitig in Konflikt mit anderen Werten, etwa der Selbstbestimmung der Parteien, oder eigenen Interessen zu geraten.

Es zeigt sich, dass das Grundproblem, das vielen Dilemmata zugrunde liegt, in der Frage besteht, ob und in welcher Intensität der Mediator in die Verhandlung eingreifen darf oder sogar muss. Dabei ist das Rollenverständnis des Mediators entscheidend. Transparenz in diesem Bereich ist notwendig: Die Beteiligten müssen wissen, wie der Vermittler agiert und worauf sie sich einzustellen haben. Die in dem Beitrag aufgezeigten Probleme der Mediation bedeuten keinesfalls, dass diese begrüßenswerte Form der außergerichtlichen Streitbeilegung ad acta zu legen ist. Die neue Herausforderung sollte angenommen werden.

Als Schlussgedanke sei ein Aphorismus von *Everett Whyte*, einem US-amerikanischen Psychologen, zitiert, der zeigt, dass auch ein Vermittler, der die Verhandlung erleichtern will, dem Spannungsfeld zwischen Neutralität und Einflussnahme ausgesetzt ist. Die Wahl seiner Methoden kann die Verhandlung entscheidend bestimmen.

„Schaukelstühle sind hervorragend dazu geeignet, zwischen den unterschiedlichsten Verhandlungspartnern zu vermitteln. Durch ihre rhythmische Stuhlbewegung wird ein Nicken geradezu herausgefordert; eine Seitwärtsbewegung des Kopfes stört nur die Harmonie.“

Literaturhinweise:

Robert A. Baruch Bush, The dilemmas of mediation practice: A study of ethical dilemmas and policy implications, 1992;

Robert H. Mnookin, Beyond winning (chapter 11: professional and ethical dilemmas), 2000;

Carrie Menkel-Meadow, Ethics in alternative dispute resolution: new issues, no answers from the adversary conception of lawyer's responsibilities, *South Texas Law Review*, 1997, page 407 – 455

Andrick/Suerbaum, Stiftung und Aufsicht, Verlag C.H. Beck, München, 2001, 439 Seiten, DM 94,-

Passend zur anhaltenden Diskussion über die Reform des Stiftungsrechts (vgl. *Dietlein/Thiel*, Ringen um eine „Kultur des Gebens“ – Renaissance des Stiftungswesens?, ZRP 2001, 72 ff.) behandelt das vorliegende Werk unter dem Thema „Stiftung und Aufsicht“ schwerpunktmäßig öffentlich-rechtliche Fragestellungen im Bereich des Stiftungswesens. Zielrichtung der Autoren ist es, insbesondere die Beziehung von Stiftung und Staat dogmatisch und stiftungspraktisch zu erfassen.

Das Werk richtet sich vor allem an diejenigen, welche an den wissenschaftlichen Grundlagen des Stiftungsrechts in Verfassung, Bundes- und Ländergesetzgebung interessiert sind. Der sehr ausführliche Anlagenteil (S. 253 ff.) dokumentiert mit Ausnahme des Steuerrechts nahezu alle wesentlichen Rechtsvorschriften des Bundes und der Länder zum Stiftungsrecht; dies erleichtert die Betreuung von Stiftungen, die nicht dem bekannten, „heimischen“ Landesrecht unterliegen.

Nach einer kurzen geschichtlichen Einführung folgt die Einordnung der Stiftung in verschiedene Kategorien, die einerseits – wie die Stiftung des privaten bzw. des öffentlichen Rechts – vom Gesetz vorgegeben sind, andererseits nach Zweck, Vermögen oder auch Organisation von den Autoren unterschieden werden. Der wichtigste und umfangreichste Teil behandelt die staatliche Aufsicht über Stiftungen. Deren verfassungsrechtliche Grundlagen, z. B. im Bereich der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Stiftungen, werden thematisiert. Für die Praxis interessant ist vor allem die Darstellung der Beziehung von Stiftung und Staat: zum einen bei der Gründung im Rahmen der Behandlung des Konzessionssystems und der Genehmigungsvoraussetzungen, zum anderen in der Erörterung repressiver Aufsichtsmaßnahmen.

Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens wird ein subjektiv öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Genehmigung der Stiftung bejaht, sofern die materiell-rechtlichen Genehmigungsvoraussetzungen erfüllt sind (S. 105 ff.). Wenn die Verfasser hier davon ausgehen, dass nach der überwiegenden Auffassung bei Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben entweder Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung oder sogar auf die Erteilung der Genehmigung bestehe, ist dies im Hinblick auf die herrschende Ansicht in der Literatur durchaus zu begrüßen. Dennoch wird in der Praxis von Seiten der Stiftungsbehörden zum Teil immer noch ein Anspruch des Stifters verneint (vgl. z.B. *Wachter*, Stiftungen, Köln 2001, S. 56 ff. Rdnr. 86). Unter der – richtigen – Prämisse des subjektiv öffentlich-rechtlichen Genehmigungsanspruches folgen ausführliche Anmerkungen zu verschiedenen Versagungsgründen und Genehmigungsvoraussetzungen bei der Errichtung der Stiftung, immer unter Betrachtung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Grundlagen.

Im Bereich der präventiven Aufsichtsmaßnahmen gehen die Autoren weiter auf Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörden und Stiftungsorgane ein und erleichtern durch die Darstellung vielfacher Fallgruppen ein Grundverständnis der Regelungsmaterie und damit die Argumentation in Problemfällen. Auch die repressiven Möglichkeiten der Stiftungsaufsicht, wie z. B. die Beanstandung bzw. Aufhebung von Beschlüssen oder auch die Abberufung von Organmitgliedern und die Bestellung eines Sachwalters, werden unter Einordnung in bekannte verwaltungsrechtliche Zusammenhänge dargestellt.

Der gerichtliche Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Stiftungsaufsichtsbehörde ist wieder ein Kapitel, das vor allem auch für Praktiker interessant ist, da das gesamte Klageverfahren streng gegliedert nach Sachentscheidungs Voraussetzungen behandelt wird. Insoweit lesen sich die Ausführungen fast wie ein Lehrbuch zum Verwaltungsprozessrecht; selbst zum vorläufigen Rechtsschutz und zum Streitwert finden sich Ausführungen.

In einem letzten Kapitel äußern die Autoren ihre Bedenken zu den bisher eingebrachten Gesetzentwürfen und Vorschlägen zur Reform des Stiftungsrechts. Insbesondere stehen sie einer Abschaffung des Konzessionssystems ablehnend gegenüber, da dieses als „Garant eines effektiven Stiftungswesens“ zu betrachten sei. Die bisher gemachten Vorschläge brächten weder Vorteile im Bereich des Grundrechtsschutzes des Stifters, noch seien sie geeignet, das *Stiftungsshopping* zu begrenzen. Die Verlagerung des Genehmigungsverfahrens von den Stiftungsaufsichtsbehörden auf die Amtsgerichte würde weiterhin zu einer Aufspaltung von Zuständigkeiten und auch zu einem erhöhten Arbeitsaufwand der Amtsgerichte führen, da diese bisher nicht mit dem Stiftungsrecht befasst seien.

Nachdem das Stiftungsrecht wegen der derzeitigen Gesetzeslage immer noch weitgehend Praxisrecht ist und Stiftungsgründungen heute regelmäßig Verhandlungssache zwischen Stifter und Genehmigungsbehörde sind, kann man hier durchaus eine andere Ansicht vertreten; nicht nur gegen das Konzessionssystem, sondern auch gegen die Staatsaufsicht im Stiftungswesen werden schon per se Bedenken vorgebracht (z. B. *Muscheler*, Plädoyer für ein staatsfreies Stiftungsrecht, ZRP 2000, 390 ff.). Die Auseinandersetzung der Autoren mit dem Thema belebt jedoch in jedem Fall die Diskussion um die Reform des Stiftungsrechts.

Zusammenfassend lässt sich das Buch vor allem wissenschaftlich interessierten Lesern empfehlen; aber auch in der Praxis mit dem Stiftungsrecht befasste Berater werden – gerade auch aufgrund des aktuellen und ausführlichen Anhangs mit Gesetzestexten – zu vielen Fragen hilfreiche Überlegungen finden.

Notarassessor *Christian Auer*, Augsburg

Bergschneider: Verträge in Familiensachen – Eheverträge, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, 2. Auflage 2001, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 268 Seiten, DM 76,28

Das keine drei Jahre nach seinem erstmaligen Erscheinen nun in zweiter Auflage vorliegende Buch von Bergschneider behandelt mit Verträgen in Familiensachen eine Materie, deren normative Grundlage durch die jüngste Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ins Wanken geraten ist. Der Autor konnte die mit dem Urteil vom 6.2.2001 (MittBayNot 2001, 207 ff.) begonnene Entwicklung gerade noch rechtzeitig vor Erscheinen der 2. Auflage verarbeiten und urteilt völlig zutreffend, dass dieses Urteil für die Vertragsgestaltung von allergrößter Tragweite ist (Rdnr. 384 a).

Diese Einschätzung hat sich mit dem Folgebeschluss vom 29.3.2001 (MittBayNot 2001, S. 485 f. [in diesem Heft]), der über einen typischeren Sachverhalt entschied als das vorangehende Urteil, leider mehr als bestätigt. Da aus rechtlicher Sicht auch wenig dafür spricht, die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf Eheverträge zu beschränken, bei deren Abschluss die Frau bereits schwanger war, dürften nun eine Vielzahl von früher geschlossenen Eheverträgen der Überprüfung durch die Gerichte unterzogen werden. Denn hierzu scheint es bereits zu genügen, dass der Inhalt des Ehevertrages durch einseitige vertragliche Belastung einer beteiligten Person und eine unangemessene Berücksichtigung ihrer Interessen zum Ausdruck bringt, dass diese Person des nachträglichen richterlichen Schutzes bedarf. Da auch zahlreiche von Bergschneiders Musterformulierungen – entsprechend den bisher absolut üblichen Vereinbarungen – einseitig zu Lasten eines Beteiligten von den gesetzlich sonst geltenden Regeln abweichen, wird mit Spannung zu beobachten sein, wie sich diese in den folgenden Jahren angesichts der neuen Rechtsprechung bewähren werden.

Der Autor ist allerdings der letzte, den an dieser möglicherweise verringerten Halbwertszeit irgendeine Schuld trifft, da er kaum eine Gelegenheit auslässt, auf die Notwendigkeit ausgewogener Verträge hinzuweisen. Vielmehr mahnt er zu Vorsicht und Behutsamkeit und warnt an vielen Stellen davor, bewährte und vielfach judizierte gesetzliche Regelungen gegen komplexe vertragliche Gestaltungen einzutauschen. Dies ist die Perspektive eines erfahrenen Rechtsanwaltes in Familiensachen, für den es oft streitentscheidend war, ob ein Ehevertrag vor dem Richter bestand oder scheiterte.

Diese Sichtweise ist das Charakteristikum dieses Buches und auch dessen Besonderheit im Vergleich zu den zahlreichen auf dem Markt befindlichen Konkurrenzprodukten mit identischer oder ähnlicher Themenstellung. Gerade für den Notar, der diese Feuerprobe seiner Verträge nur selten miterlebt, ist diese Sichtweise bereichernd.

Das Buch ist angenehm zu lesen. Der Autor gliedert die Thematik in 13 Kapitel, von denen die ersten beiden Begriffe und Vertragstypen definieren sowie allgemeine Anforderungen an den Ehevertrag darstellen. Es folgen elf Kapitel zu einzelnen Sachthemen, beginnend mit den allgemeinen Ehwirkungen und endend mit Vereinbarungen zur Ehwohnung. Auf eine Untergliederung nach einzelnen Ehevertragstypen wird ebenso

verzichtet wie auf eine getrennte Behandlung von Eheverträgen, Trennungsvereinbarungen und Scheidungsvereinbarungen. Dies führt zu einer kompakten Darstellung der Einzelprobleme, da jede Doppelbehandlung vermieden werden kann, ohne auf Kosten der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit zu gehen. Durch insgesamt 123 Vertragsmuster werden die jeweils zuvor gegebenen Erläuterungen mit griffigen Formulierungen umgesetzt. Auf vollständige Vertragsmuster wird hingegen verzichtet.

Ein Schwerpunkt des Buches liegt ohne Frage im Kapitel des Kindes- und Ehegattenunterhalts, dem „Herzstück“ von Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen. Der Forderung des Autors, bei der Vereinbarung von Unterhalt die Berechnungsgrundlage offen zu legen, um in einem späteren Abänderungsverfahren eine ausreichende Grundlage zu haben, ist erst jüngst durch den Bundesgerichtshof Nachdruck verliehen worden (Urteil vom 3.5.2001, FamRZ 2001, Heft 15, Seite IX), der für den Fall, dass die Berechnungsgrundlage nicht nachvollziehbar ist, im Abänderungsverfahren den Unterhalt nach den gesetzlichen Vorschriften neu berechnet. Auch die durch § 1612 b Abs. 5 BGB geänderte Kindergeldanrechnung, die in der Literatur heftig diskutiert ist und in der Anwendung nicht geringe Schwierigkeiten macht, wird behandelt. Ob die in Rdnr. 275 b hierzu vorgeschlagene Musterformulierung ausreichend bestimmt ist, um zum Zwecke der Zwangsvollstreckung einen vollstreckbaren Inhalt zu haben, ist allerdings zweifelhaft.

Auch zu anderen Sachbereichen bietet das Buch einen reichhaltigen Fundus, der nicht viele Fragen offen lässt und wenig Anlass zur Kritik gibt. Zwei Punkte zu eher gängigen Problemen seien jedoch angemerkt: Die in der Praxis nicht selten gewählte Modifizierung des Zugewinnausgleichs dahin, dass dieser beschränkt auf den Todesfall gelten soll, verbaut in der gewählten Musterformulierung (Rdnr. 527) die Möglichkeit, durch eine später vereinbarte Gütertrennung Zugewinnausgleichsansprüche zu Lebzeiten zu begründen. Dies kann aber als Rechtsgrund für einen Vermögenstransfer zwischen Ehegatten gewünscht sein, sei es, um das Privileg des § 5 Abs. 2 ErbStG zu genießen, sei es, um aus dem Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 AnfG bzw. des § 134 Abs. 1 InsO herauszufallen. Zum Versorgungsausgleich wird vom Autor mehrfach mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass selbst in unverdächtig erscheinenden Gestaltungen Probleme des Supersplittings liegen können, die dann zur Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung führen. Angesichts dieser Warnung ist es unverständlich, warum der Autor bei seinen eigenen Musterformulierungen keinen Zusatz aufnimmt, der dieses Problem beseitigt.

Dennoch bleibt ein sehr positiver Gesamteindruck. Das Werk kann jedem, der gerichtsfeste Verträge in Familiensachen vorbereiten möchte, uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Dem Werk und seinen Anwendern bleibt zu wünschen, dass die angebotenen klaren, über Jahrzehnte erprobten und rechtssicheren Gestaltungsformen nicht zu sehr durch eine konturlose Billigkeitsrechtsprechung verdrängt werden, die sich in den eingangs zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts leider andeutet.

Notar Dr. Stefan Bandel, Deggendorf

Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 6. Aufl. 2001, Verlag C.H. Beck, München 2001, XLII u. 1010 Seiten, DM 118,-

Das Bundeserschließungsbeitragsrecht ist nur noch geduldetes Übergangsrecht. *Driehaus* zeigt in der um 100 Seiten dickeren Neuauflage seines Standardwerkes, wie lebendig es noch neben dem landesrechtlichen Straßenausbaubeitragsrecht ist. Das Buch besticht wiederum durch seine Praxisnähe und Lückenlosigkeit.

Nach Ansicht von *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 9) hat die Gemeinde zwei Wege zur Bewältigung der ihr auferlegten Erschließungsaufgabe: die eigene Durchführung und beitragsmäßige Abrechnung einerseits und die vertragliche Übertragung auf ein Erschließungsunternehmen andererseits. Die Entscheidung des BVerwG zur Lösung der Fremdanliegerproblematik (BVerwGE 101, 12 = MittBayNot 1996, 387 mit zust. Anm. *Grziwotz*), die beide Möglichkeiten vermengt, wird von *Driehaus* (§ 6 Rdnr. 56) entgegen seiner eigenen früheren Ansicht (5. Aufl., § 6 Rdnr. 49) nunmehr deshalb eher bezweifelt. Allerdings aktualisiert sich die Erschließungslast der Gemeinde wieder, wenn der Erschließungsunternehmer seine Verpflichtung nicht erfüllt. Dies zeigt, dass die beiden Möglichkeiten keine strengen Alternativen bilden. Konsequenz der Regime-Lösung wäre es zudem, dass die Gemeinde beim Steckenbleiben der Erschließung daran gehindert wäre, die Erschließung selbst durchzuführen und die Grundstückseigentümer zu Beiträgen heranzuziehen (so beschränkt auf den Fall des Verzichts auf eine Sicherheit *Grziwotz*, NJW 1995, 1927/1931 u. wohl auch *Driehaus*, § 6 Rdnr. 70 Fußn. 34).

Knopp/Albrecht, Bodenschutz- und Altlastenklauseln, Heidelberger Musterverträge Heft 111, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2001, 38 Seiten, DM 17,60

Die auf dem Gebiet des Bodenschutzrechts bekannten Autoren stellen in komprimierter Form Formulierungshilfen zu unterschiedlichen Fallkonstellationen vor. Die Teile A und B beschäftigen sich mit Vereinbarungen im Grundstückskaufvertrag und im Mietvertrag. Im dritten Teil ist das Beispiel eines öffentlich-rechtlichen Sanierungsvertrages zwischen der Behörde und dem Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung abgedruckt. Abgesehen von dem Sonderfall, dass die Kaufvertragsparteien im Zusammenhang mit dem Verkauf des Grundstücks zugleich einen dreiseitigen Sanierungsvertrag schließen (vgl. *Sorge*, MittBayNot 1999, 232, 240), wird der Notar mit diesem durch das Bundesbodenschutzgesetz neu eingeführten Instrument kaum unmittelbar in Berührung kommen (Verpflichtungen aus öffentlich-rechtlichen Verträgen können auch ohne notariell beurkundete Zwangsvollstreckungsunterwerfung vollstreckbar gemacht werden, vgl. Art. 62 BayVwVfG). Der Wert des Vertragsbeispiels liegt vor allem darin, eine Vorstellung zu bekommen, mit welchen Fragen der Vertragsgestalter im Rahmen eines Sanierungsvertrages konfrontiert werden kann.

Die Vertragsklauseln, insbesondere die Gewährleistungsregelungen, zielen jeweils darauf ab, die Risiken möglicher Bodenkontaminationen zu 100 % auf den anderen Vertragsteil zu verlagern. Die Autoren weisen zurecht darauf hin, dass es sich bei den Musterformulierungen in erster Linie um Checklisten

Weiterhin aktuell ist die Frage, inwieweit eine Gemeinde durch Gründung oder Beteiligung an einer Erschließungsgesellschaft und den Abschluss von Erschließungsverträgen das Beitragsrecht „leer laufen“ lassen kann (vgl. § 6 Rdnr. 13 ff.). Eng damit verbunden ist das Problem, ob § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB Rechtsgrundlage für vertragliche Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und den Grundstückseigentümern sein kann, die sodann eine bescheidsmäßige Abrechnung ersetzen (vgl. § 6 Rdnr. 4). *Driehaus* favorisiert eine enge beitragsrechtliche Sicht. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, im Falle der ganz oder teilweise im Eigentum der Gemeinde stehenden Erschließungsgesellschaft freilich nur in Missbrauchsfällen (vgl. MünchHdb. GesR III/*Grziwotz*, 2. Aufl. 2002, § 2 Rdnr. 26). Gegen die zunehmende „Privatisierung“ des Erschließungsrechtes scheint nunmehr auch der EuGH (ZfIR 2001, 666) mit seiner Ausschreibungspflicht bei bestimmten Erschließungsverträgen – freilich aus anderen Gründen – Stellung zu beziehen. Für die Vertragspraxis ist diese Diskussion allerdings mit Rechtsunsicherheit verbunden.

Driehaus weicht keiner dieser Fragen aus und zeigt, dass seine Neuauflage wiederum das Prädikat „vorzüglich“ beanspruchen kann. Dies gilt selbst dann, wenn man mitunter (wie z. B. auch bei der von *Driehaus*, § 5 Rdnr. 34 verneinten Erschließungspflicht bei der Erhebung einer Vorausleistung) anderer Ansicht ist (vgl. *Grziwotz*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 123 Rdnr. 29j). Die Neuauflage „der Bibel des Erschließungsbeitragsrechts“ hat zudem einen Hartumschlag erhalten und damit auch äußerlich gewonnen. Für den Grundstücksverkehr ist „Der Driehaus“ unverzichtbar.

Notar Dr. Dr. *Grziwotz*, Regensburg

handeln muss. Insbesondere das weite Feld eines Risikoausgleichs zwischen den Vertragspartnern kann auf Grund der Vielfalt der hier denkbaren Gestaltungen (Deckelungen, Begrenzung des Sanierungsrisikos auf eine bestimmte Nutzungsart, Rücktrittsrechte etc.) durch konkrete Klauselvorschläge kaum übersichtlich dargestellt werden (vgl. meine Checkliste, a.a.O. S. 240 f. und weitere Nachweise von Formulierungsvorschlägen).

Für eine Folgeauflage ist zu wünschen, dass die Erläuterungen der Klauseln in noch stärkerem Maße Bezüge zur Rechtsprechung des BGH herstellen. So bleibt zum Beispiel unklar, ob die vorgeschlagenen Belehrungshinweise des Notars beim Grundstückskaufvertrag vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit des „formelhaften“ Gewährleistungsausschlusses bei neu hergestellten Sachen zu sehen sind (BGH Urt. 20.2.1986 MittBayNot 1986, 119). Beim Gewährleistungsausschluss zu Lasten des Mieters eines Grundstücks wurde übersehen darauf hinzuweisen, dass dieser wegen § 536 Abs. 3 BGB (= 537 Abs. 3 a. F.) nicht im Fall der Miete zu Wohnzwecken greifen kann.

Auf eine eigene umfangreiche und in der Praxis erprobte Sammlung von „Altlastenklauseln“ dürften mangels Fallmaterials bis heute nur die wenigsten Kautelarjuristen Zugriff haben. Mit dem neuen Band der Heidelberger Musterverträge stellt der Verlag daher eine preiswerte Arbeitshilfe zur Verfügung, die den gedanklichen Einstieg in die zu lösenden Gestaltungsfragen erheblich vereinfachen kann.

Notarassessor *Hans-Ulrich Sorge*, München

Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Auflage 2001, Aschendorff-Rechtsverlag, Münster, 408 Seiten, DM 98,-

Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, RWS-Skript 279, 3. Auflage 2000, RWS-Verlag, 220 Seiten, DM 74,-

Das „klassische“ und im Umfang über die beiden anzuzeigenden Werke deutlich hinausgehende „Handbuch des Erbbaurechts“ der Kollegen *von Oefele* und *Winkler* ist zuletzt 1995 in 2. Auflage erschienen. Damit konnten zwar die grundlegenden Verbesserungen des Erbbaurechts durch das Sachenrechtsänderungsgesetz am 1.10.1994 (insbesondere der dinglich vollstreckungsfeste Erbbauzins) noch berücksichtigt werden, nicht aber die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung und begrüßenswerte gesetzgeberische Klarstellungen im Zuge des Euro-Einführungsgesetzes 1998 (Stichwort: „dinglich-dynamische Erbbauzinsgleitklausel“). In diese Lücke stoßen die beiden Neuauflagen des *Böttcher* (Stand: Frühsommer 2000) und des *Linde/Richter* (Stand: August 2000). Beide Werke erscheinen damit in 3. Auflage. Dies rechtfertigt eine kurze, kritische Durchsicht beider Titel aus der Sicht des Praktikers.

1. *Linde* (Notar a. D.) und *Richter* (der sich seit seiner Dissertation 1983 mit Fragen des Erbbauzins beschäftigt) haben mit dem Wechsel von der Haufe-Verlagsgruppe, wo vor neun Jahren die zweite Auflage erschienen ist, zum Aschendorff-Rechtsverlag, Münster (wo *Hagen*, Vizepräsident des BGH a. D., vor kurzem eine Neu-Kommentierung der Erbbauverordnung in der 10. Auflage des Erman-Handkommentars zum BGB vorgelegt hat) zugleich die Darstellungsrichtung des Buches stärker „verrechtlicht“. Gleichwohl ist dem Werk, wenn auch nicht in gleich starkem Maße wie den Voraufgaben, der „Brückenschlag“ zum interessierten Laien deutlich anzumerken: Weite Passagen sind vor allem verdeutlichender Natur; wissenschaftliche Kontroversen werden zwar erwähnt, nur vereinzelt setzen die Autoren jedoch ihren Ehrgeiz darein, den bekannten Argumenten weitere hinzuzufügen. Aus Sicht des Rezensenten sind diejenigen Stellen, an denen sich die Verfasser bewusst gegen die herrschende Meinung stellen, besonders reizvoll (beispielsweise Rdnr. 107: Kirchenaustritt oder Konfessionswechsel soll bei kirchlichen Erbbauerechten als zulässiger Heimfallgrund vereinbart werden können; Rdnr. 199: Entgegen BGH NJW 1987, 1942, könne der Grundstückseigentümer die Zustimmung zum Zuschlag bei einer Zwangsversteigerung des Erbbauerechts verweigern, wenn die Erbbauzinsreallast aufgrund durch ihn erklärten Rangrücktritts dadurch erlöschen würde und der Ersteigerer, wie regelmäßig zu erwarten, keine neuerliche schuldrechtliche Verpflichtung zur Erbbauzinsbestellung eingeht; Rdnrn. 240 f.: ein Verstoß gegen das Erstrangebot des § 10 Abs. 1 ErbbauVO führe entgegen der herrschenden Meinung nicht zur Unzulässigkeit des Erbbauerechts und damit amtswegiger Löschung gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, sondern zur bloßen Unwirksamkeit und damit zum Amtswiderspruch des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO).

Gleichwohl ist die Gesamtdarstellung ausführlich, abgerundet, erhält durch die umfangreichen Vertragsmuster sowie die Gesetzestexte Handbuch-Charakter und schließt auch Querschnittsdarstellungen mit ein, etwa zum Schicksal des Erbbauerechts in der Zwangsversteigerung (Kapitel 8), zum Erbbaurecht in den neuen Bundesländern, insbesondere im Rahmen der Sachenrechtsbereinigung (Kapitel 11), und einen sehr ausführlichen transfer- und ertragssteuerlichen Abschnitt (Kapitel 10), der von *Jaser*, Diplomfinanzwirt in Augsburg,

aktualisiert wurde. Die äußere Ausstattung ist gefällig und hochwertig.

Die Darstellung wurde – wie angesichts der tief greifenden Änderungen des Erbbauerechts seit der letzten Auflage nicht weiter verwunderlich – erheblich erweitert und im Übrigen aktualisiert. Gleichwohl stört, dass an einzelnen Stellen noch frühere Fassungen durchscheinen (Beispiel: In Fußnote 362 werden noch die Indexzahlen des Basisjahres 1991 anstelle des nunmehrigen Basisjahres 1995 erwähnt, richtig dagegen in Rdnr. 179; ferner wird in Rdnrn. 177 bis 181a zwar die mögliche Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 2 des Preisangaben- und Preisklauselgesetzes umfangreich kommentiert, jedoch fehlt ein Hinweis auf die praxiswichtige Freistellung des § 1 Abs. 4 Preisklauselverordnung, wonach Anpassungsvereinbarungen mit mindestens 30 Jahren Restlaufzeit genehmigungsfrei sind). Auch überrascht, dass einzelne Themen, die gerade in jüngerer Vergangenheit zu erheblichen Kontroversen Anlass gaben, nur kurz gestreift werden. (Besonders augenfällig ist dies hinsichtlich der nunmehr durch den Gesetzgeber in § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB entschiedenen Streitfrage der dinglich-dynamischen Erbbauzinsreallast, die nur in Rdnr. 192 behandelt wird, sowie hinsichtlich des Untererbbauerechts im letzten Absatz von Rdnr. 71; hierzu grundlegend *Habel*, MittBayNot 1998, 315.)

Der steuerliche Teil enthält eine gute und übersichtliche Gesamtdarstellung. In grunderwerbsteuerlicher Hinsicht konnte bezüglich der Behandlung des Erwerbs eines erbbaubelasteten Grundstücks (Rdnr. 282) bedauerlicherweise wohl der BFH-Beschluß vom 12. April 2000 (DStR 2000, 1225 = DNotI-Report 2000, 171) nicht mehr berücksichtigt werden: Hiernach ist im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 7 GrEStG, also beim Erwerb durch den Erbbauberechtigten, der höhere nunmehrige kapitalisierte Erbbauzins abzuziehen, nicht nur der bei Bestellung des Erbbauerechts zu Grunde gelegte damalige kapitalisierte Erbbauzins. Ferner hat der BFH entschieden, dass auch außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des § 1 Abs. 7 GrEStG beim Erwerb eines erbbaubelasteten Grundstücks, auch durch Dritte, nicht ohne weiteres der Kaufpreis als Bemessungsgrundlage anzusetzen sei. Vielmehr handelt es sich beim Erbbauzins zwar zivilrechtlich um einen Rechtsbestandteil des Grundstücks (§ 96 BGB), grunderwerbsteuerlich aber um den nicht steuerbaren Miterwerb einer Forderung, sodass der Kaufpreis um den kapitalisierten Restwert des Erbbauzins zurzeit des Grundstückskaufs zu reduzieren ist (so auch jetzt die Finanzverwaltung, DStR 2001, 622, in Aufhebung früherer OFD-Verfügungen).

Nicht immer steht bei der Darstellung in *Linde/Richter* die Perspektive des Kautelar-Juristen im Vordergrund. So wird zwar (Rdnr. 127) zutreffend unter Verweis auf OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1996, 276, die Gefahr dargestellt, die sich bei einem Grundstückseigentümerwechsel vor Beantragung der Umschreibung des veräußerten Erbbauerechts für die vom Voreigentümer erteilte Zustimmung zur Veräußerung ergibt, jedoch keine mögliche Vorkehrung behandelt (die idealerweise im Grundstückskaufvertrag, ansonsten vorsorglich im Erbbauerechtsveräußerungsvertrag durch Abwicklung über Anderkonto mit Auszahlung nach Eintritt der Bindungswirkung gemäß § 878 BGB erfolgen könnte). In Rdnrn. 139 f. wird zwar zum Schutz des Grundstückseigentümers hinsichtlich Beleihungen des Erbbauerechts die Löschungsvormerkung gemäß § 1179 Nr. 2 BGB (Heimfallberechtigung!) erörtert, nicht aber die in der Praxis ebenfalls anzutreffende Abtretung der künftigen Rückgewähransprüche des Erbbauberechtigten an den Grundstückseigentümer samt Sicherung

durch Vormerkung beim Grundpfandrecht (die allerdings dann durch den Grundpfandgläubiger zur Eintragung bewilligt werden muss, KG OLGZ 1976, 44).

Vorstehende Monita sollen jedoch nicht den Eindruck trüben, den das Werk an anderer Stelle durch umfangreiche und praxisnahe Darstellungen – ergänzt um Formulierungsvorschläge – evoziert, so beispielsweise bezüglich der Ankaufsverpflichtung (Rdnrn. 206 ff.), der überblicksartigen Darstellungen der Rechtsfolgen bei Verstößen gegen dingliche Inhalte des Erbbaurechts (Rdnr. 102) und bezüglich der Geltendmachung eines Heimfallsanspruchs nach Zwangsversteigerung gegen den Ersteigerer, Rdnr. 258, sowie hinsichtlich des Übergangs schuldrechtlicher, jedoch vormerkungsgesicherter Verpflichtungen aus einem Erbbaurechtsvertrag in der Zwangsversteigerung, Rdnrn. 259 f. Ein detailliertes Stichwortverzeichnis rundet das Werk ab.

Den ausschließlich schuldrechtlichen Vereinbarungen im Erbbaurechtsvertrag ist verdienstvollerweise ein eigenes (5.) Kapitel gewidmet; dem Mechanismus der Weitergabeverpflichtungen, Abtretungen und Schuldübernahmen wird dabei besonderes Augenmerk geschenkt. Aus der Formulierung Rdnr. 220 wird allerdings nicht ganz deutlich, ob die Verfasser bei der Veräußerung eines Erbbaurechts den Eintritt in den Erbbaurechtsvertrag im Weg einer förmlichen Verweisung gemäß § 13a BeurkG herbeiführen wollen; richtigerweise genügt eine einfache Bezugnahme zur Identifizierung des übernommenen Vertragsverhältnisses (vgl. *Stauf*, RNotZ 2001, 137 m.w.N.)

2. Das Werk von *Böttcher*, Professor an der Fachhochschule für Rechtspflege in Berlin und Mitherausgeber des *Meikel*, Groß-Kommentar zum Grundbuchrecht, wendet sich demgegenüber deutlicher an das Fachpublikum. Die besondere Darstellungsweise der RWS-Skripten, in deren Reihe das Buch in 3. Auflage als Band 279 erschienen ist, mag zwar nicht jedem liegen, erleichtert aber die Übersicht und das Begleiten der rechtlichen Argumentation aus Sicht des Rezensenten ungemein: Der Text ist in hohem Maße durchgliedert, Zitatensysteme sind hinsichtlich Schriftgröße und Einzug abgesetzt, jedoch unmittelbar bei der betreffenden Passage angesiedelt; die Satzbauteile sind eher rede- denn schreibeorientiert und damit prägnant und flüssig zu verfolgen. Fallbeispiele mit Lösung (z. B. in Rdnr. 73a zur Bestellung eines Erbbaurechts bei einem versteigerungsbefangenen Grundstück) sowie Formulierungsvorschläge im Zusammenhang der jeweiligen Thematik (z. B. in Rdnr. 293a zur „automatischen“ Erbbauszinsanpassung) runden diesen gefälligen Gesamteindruck ab.

Das Werk von *Böttcher* konzentriert sich auf die zivilrechtlichen Kernfragen des Erbbaurechts. Steuerrechtliche Ausführungen, eine Darstellung der Besonderheiten des „zwangsvertraglichen“ Erbbaurechts im Sachenrechtsbereinigungsgesetz etc.

enthält das RWS-Skript nicht. Auch die Behandlung rein schuldrechtlicher Vereinbarungen (mit Ausnahme der Kaufzwangsklausel) sowie der Übertragung von Erbbaurechten und der damit einhergehenden Gestaltungsfragen fällt sehr knapp aus.

Im Rahmen der Kernthematik, insbesondere also des notwendigen und fakultativen dinglichen Inhalts des Erbbaurechts sowie der Gestaltungsfragen rund um den Erbbauszins, schließlich der Verfügung über Erbbaurechte und deren Beendigung, ist allerdings die Darstellung geschlossen und weitgehend vollständig; alle in Rechtsprechung und Literatur diskutierten Fragen werden angesprochen, wenn auch nicht immer entschieden (so bleibt die Meinung des Verfassers z. B. zum Nachbarerbbaurecht, Rdnrn. 47 ff., offen). Die Darstellungsart ist konzise, teilweise knapp, bisweilen zu knapp (so vermisst man beispielsweise in Rdnr. 79 einen Hinweis darauf, dass trotz des grundbuchlich ersten Ranges des Erbbaurechts dessen Fortbestand gefährdet sein könnte, wenn aus vorrangigen Rangklassen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZVG die Versteigerung betrieben wird; für diesen Fall erhält § 25 ErbbauVO das Erbbaurecht im geringsten Gebot). Die angesprochenen Fragestellungen sind von ihrer Nähe zur Praxis geprägt und die Gewichtung folgt dem Bedarf des mit Vertragsgestaltung und Erbbaurechtssvollzug befassten Lesers. So sind beispielsweise die immer wieder relevanten Abgrenzungen, in welchem Umfang Inhaltsänderungen eingetragener Grundpfandrechte eine neuerliche Belastungszustimmung erforderlich machen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 ErbbauVO, so genannte „erweiternde Inhaltsänderung“), in Rdnrn. 214 ff. umfassend wiedergegeben und in Rdnrn. 284 ff. die verschiedenen Varianten einer Anpassung des Erbbauszinses (schuldrechtliche Verpflichtung zur Anpassung, schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung neuer Reallasten, dingliche Verpflichtung zur Änderung der Reallast, unmittelbare dingliche Änderung der Reallast etc.) deutlich hinsichtlich der materiell-rechtlichen Erfordernisse und des grundbuchlichen Vollzugs differenziert.

3. Zusammenfassend sind beide Werke uneingeschränkt zu begrüßen. Während die 3. Auflage von *Linde/Richter* allerdings eher den großen Wurf einer auch für den interessierten Laien geeigneten Gesamtdarstellung wagt, richtet sich die 3. Auflage des *Böttcher* an den in der Praxis stehenden Juristen, der in übersichtlicher Form eine Aufarbeitung des Rechtsstands Mitte 2000 sucht, ohne sich in die Tiefen der teilweise verbittert geführten Auseinandersetzungen begeben zu wollen. Gerade als Ergänzung zu der mittlerweile schon sechs Jahre alten zweiten Auflage des *von Oefele/Winkler* ist insbesondere das RWS-Skript von *Böttcher* gut geeignet und uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof

Odersky, Die Abwicklung deutsch-englischer Erbfälle, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001, 205 Seiten, DM 89,60

Ursprünglich eine Dissertation, zeigt das in der Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung erschienene Werk doch bereits in seiner Konzeption eine praxisnahe Ausrichtung: Die Darstellung orientiert sich an den praktischen Problemen der Nachlassabwicklung mit Schwerpunkten bei der Bestimmung der abwicklungsberechtigten Personen, deren Legitimation und der Gläubigerbefriedigung. Berücksich-

tigt werden dabei alle Konstellationen, die Anknüpfungspunkte (Staatsangehörigkeit, *domicile*, Belegenheit beweglichen und unbeweglichen Vermögens) zur deutschen und zur englischen Rechtsordnung aufweisen.

Das erste Fünftel der Arbeit enthält einen Überblick über das englische (und walisische) Erbrecht, der sich durch eine geschickte Wahl der Darstellungstiefe auszeichnet und dadurch auch für sich gesehen eine lesenswerte Einführung in die fremde Erbrechtsordnung darstellt. Selbstbeschränkungen bei den allgemeinen Instituten des englischen Zivilrechts sind

hierbei unvermeidlich, so wird man als Kontinentaleuropäer ein Restmysterium im *law of trusts* genauso hinnehmen müssen wie im Cricketspiel. Für das englische Erbrecht stützt sich *Odersky* hauptsächlich auf die Standardwerke der englischen Literatur mit dem Vorteil hoher Authentizität und Aktualität.

Dem folgt eine Darstellung des Kollisionsrechts beider Rechtsordnungen, die mit einer sehr hilfreichen Übersicht über die vielfältigen denkbaren Anknüpfungskonstellationen schließt. Damit sind auch die zwei Ursachen für die Mehrzahl der Abwicklungsprobleme identifiziert: Zum einen ist dies die in England zwingende Nachlassabwicklung durch einen *personal representative* einschließlich dessen Rechtszuständigkeit für den Nachlass und der gesonderten Schuldentilgung. Das zweite, kollisionsrechtliche Schlüsselproblem ist die in England herrschende getrennte Anknüpfung von Erbfolge und Nachlassabwicklung, der in Deutschland die grundsätzlich umfassende Maßgeblichkeit des Erbstatuts gegenübersteht. Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich bei der Rechtsverwirklichung, wenn hiernach für einen Nachlassgegenstand ein anderes Recht gilt als das seines Belegenheitsstaates.

Tröstlich ist deshalb das – größtenteils auf der herrschenden Ansicht aufbauende – Ergebnis *Oderskys*, dass das Recht des Erbgangs und damit die Berechtigung zur Nachlassabwicklung in Deutschland letztendlich doch stets parallel zum Recht der Erbfolge verläuft. Für in England belegene Nachlassanteile hingegen führt auch bei einer Erbfolge nach deutschem Recht kein Weg an der Bestellung eines *personal re-*

presentative vorbei, mag hierfür auch oft der nach deutschem Recht berufene Erbe selbst bestellt werden. Für den Praktiker von noch größerem Interesse sind die Verfahren zur Bestellung bzw. Legitimation der berechtigten Personen, die im Anschluss mit Formulierungsvorschlägen für Erbschein und „Verwalter“-Zeugnis des deutschen Nachlassgerichts dargestellt werden. Der Abschnitt zu Haftungsfragen schließlich widmet sich den Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung auf den Nachlass in beiden Rechtsordnungen sowie den Haftungsanteilen und Regressmöglichkeiten bei gespaltenen Nachlässen. *Odersky* bietet für die genannten Einzelprobleme überzeugende Lösungen an, ohne aber über die verbleibenden Schwierigkeiten hinwegzugehen, deren Linderung durch Rechtsänderungen oder internationale Abkommen nach seiner Einschätzung nicht in Sicht ist. Seine abschließenden Gestaltungshinweise, die postmortale Vollmachten und gesellschaftsrechtliche Konstruktionen ebenso umfassen wie die Errichtung getrennter letztwilliger Verfügungen für beide Rechtsordnungen, könnten somit aus Sicht des Kautelarjuristen sogar noch breiteren Raum einnehmen.

Dem (noch) relativ speziellen Gegenstand des Buchs würden stereotype Anschaffungsempfehlungen nicht gerecht. Wer aber auch nur gelegentlich mit Gestaltungs- oder Abwicklungsaufgaben für deutsch-englische Erbfälle betraut ist, findet hier eine kenntnisreiche und sehr lesbare Darstellung, deren übersichtliche Gliederung auch die schnelle Information über Einzelaspekte ermöglicht.

Notarassessor *Dr. Till Schemmann*, LL.M. (Cantab), Köln

Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht, Reihe ZNotP Schriften für die Notarpraxis, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen 2001, XXXIV und 398 Seiten, DM 128,-

Die wirtschaftliche Grundlage des Amtes des Notars wird durch die ihm zufließenden Gebühren gesichert. Dem entspricht die praktische Bedeutung der Kostenordnung. Ihre Handhabung wird durch die reichhaltige Kasuistik der Rechtsprechung erschwert, die zudem häufigen Richtungswechseln unterliegt. Umso wichtiger sind aktuelle und praxisbezogene Leitfäden. Einen solchen legt *Tiedtke* mit dem Titel *Notarkosten im Grundstücksrecht* vor, der in der Reihe ZNotP-Schriften für die Notarpraxis im Frühjahr 2001 in erster Auflage erschien. Der Autor ist als Kostenprüfer bei der Notarkasse München A. d. ö. R. tätig und durch zahlreiche Veröffentlichungen und Vortragsveranstaltungen als Experte der Materie ausgewiesen.

Der Hauptteil des Bandes ist die systematische Darstellung des Kostenrechts für Grundstücksgeschäfte. Um ihn gruppieren sich Verzeichnisse zum Nachschlagen. Der Hauptteil beginnt mit einer ausführlichen Einführung zu Grundfragen des Kostenrechts. Sie reicht von dem Anwendungsbereich der Kostenordnung über die Grundsätze des Kostenrechts, Zusatzgebühren und Auslagen bis zu verfahrensrechtlichen Fragen der Kostenberechnung, Verjährung, Vollstreckung und Kostenbeschwerde. Meinungsstreitigkeiten und offene Fragen werden klar herausgearbeitet. Beispielsweise beantwortet der Autor die aktuelle, vom Gesetzgeber nach wie vor nicht geklärte Frage, wie die Kosten für elektronische Grundbucheinsichten zu behandeln sind, mit der wohl herrschenden Meinung dahin, dass die Grundbucheinsicht gemäß § 35 KostO

gebührenfreies Nebengeschäft ist und Auslagen – mit Ausnahme der Telefongebühren – hierfür nicht berechnet werden können (Rdnr. 35). Zugleich werden aber auch die Argumente der Gegenauffassung insbesondere von *Lappe* referiert, nach der die Auslagen wie durchlaufende Posten an die Beteiligten weitergegeben werden können.

Den Schwerpunkt der Darstellung bilden Kostenfragen zu Grundstücksverträgen. Hier werden praxisrelevante Einzelfragen behandelt, wie beispielsweise Kaufverträge im „Einheimischenmodell“, die Berücksichtigung einer bereits auf Rechnung des Erwerbers erfolgten Bebauung, Belastungsvollmachten des Veräußerers für den Erwerber, Vollzugs- und Nebentätigkeiten des Notars wie Fälligkeitsteilungen (mit und ohne Anderkonto) und Einholung von Genehmigungen, Vertragsänderungen und -aufhebung.

Standardfragen werden präzise und übersichtlich beantwortet, wie z. B. nach der Gegenstandsgleichheit oder -verschiedenheit von Lastenfreistellungserklärungen beim Kaufvertrag. Diese können nicht zusätzlich bewertet werden, wenn sie vom Verkäufer stammen, während die Löschungsbewilligungen eines Dritten, selbst des Käufers, gegenstandsverschieden sind (Rdnrn. 269, 276). Bei der Bestellung von Grundpfandrechten hingegen sind Löschungserklärungen (Zustimmung und Antrag) immer gegenstandsverschieden, unabhängig davon ob sie vom Grundstückseigentümer oder einem Dritten abgegeben werden (Rdnr. 626), während die Vorrangseinräumung (Rangrücktritt) als gegenstandsgleiche Erklärung behandelt wird (Rdnr. 618). Diese Differenzierung entspricht der aktuellen Rechtslage. Wem sie kasuistisch erscheint, kann eine Harmonisierung nur vom Gesetzgeber bei einer künftigen Novelle der KostO erhoffen. Das gilt auch für die Grund-

buchgebühren der Löschung der Globalgrundschuld an der letzten Einheit einer Wohnungseigentumsanlage, die nach dem Wert dieser Einheit berechnet wird, wenn sie der Käufer dieser Einheit beantragt, aber nach dem vollen Nennbetrag, wenn sie der Bauträger beantragt (Rdnr. 271).

Stets wird die Auffassung der verschiedenen Oberlandesgerichte nachgewiesen und die unterschiedliche Rechtslage in den Bundesländern berücksichtigt, z. B. bei der Handhabung der Vollzugsgebühr nach § 146 KostO (Rdnr. 315) und der Übersicht zu den landesrechtlichen Vorkaufsrechten (Rdnr. 352). Eine Vereinheitlichung der Kostenrechtsprechung wird auch nach der Einführung der Divergenzbeschwerde zum BGH in Kostenfragen durch die jüngste ZPO-Novelle (§§ 156 Abs. 4 Satz 3 KostO, 28 Abs. 2, 3 FGG n.F. in Kraft ab 1.1.2002, BGBl. 2001 I 1887), die das Werk bei seinem Erscheinen noch nicht berücksichtigen konnte, einige Zeit auf sich warten lassen.

Zu Übertragungsverträgen wird die Bewertung wiederkehrender Leistungen und Nutzungen, vorbehalten Rechte, von Wertsicherungsklauseln etc. erörtert, die nicht nur im Grundstücksbereich von Bedeutung ist. Die hierzu häufig vereinbarten Verfügungsbeschränkungen mit Rückfallklauseln lassen sich ebenfalls, wenn auch in anderem Zusammenhang (Rdnrn. 576, 801), problemlos finden. Ausführlich erörtert wird auch das Landwirtschaftsprivileg des § 19 Abs. 4 KostO und die im ländlichen Bereich eminent wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen ein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb angenommen werden kann oder muss (Rdnrn. 535 ff.).

Eigene Abschnitte widmen sich Grundpfandrechten – hier z. B. auch mit einer übersichtlichen Zusammenstellung von Nebentätigkeiten des Notars (Rdnrn. 645 ff.) –, Erbbaurecht, Fragen des WEG und besonderen Vertragsgestaltungen wie Bauherrenmodellen. Ein weiterer Abschnitt befasst sich mit ehevertraglichen und Scheidungsvereinbarungen, erbrechtlichen Vorgängen und gesellschaftsrechtlichen Fragen. Die Darstellung knüpft hier an die Berührung dieser Sachbereiche zum Grundstücksrecht an. Sie ist dabei aber mehr als bloßer Annex zum Schwerpunkt Grundstücksrecht und behandelt

detailliert auch davon unabhängige Fragen (beispielsweise des Unterhaltsrechts, Rdnrn. 863 ff., oder der Bewertung von Gesellschaftsbeteiligungen, Rdnrn. 979 ff.).

Der Hauptteil der systematischen Darstellung wird flankiert von praktisch hilfreichen Verzeichnissen. So ist das Literaturverzeichnis thematisch gegliedert und umfasst vertiefende Aufsätze. Dementsprechend ist der Text der Darstellung von solchen Hinweisen entlastet und konzentriert sich auf die Angabe von Rechtsprechung und Fundstellen in den Standardkommentaren. Neben dem sorgfältig bearbeiteten Stichwortverzeichnis ermöglicht ein Rechtsprechungslexikon die schnelle Referenz. Nach Schlagworten sortiert liefert es auf 40 Seiten Grundregeln der Bewertung nach Art von Leitsätzen und zitiert die zu Grunde liegende Rechtsprechung. Schließlich umfasst der Band auch eine Gebärentabelle für Geschäftswerte bis zu 20 Millionen DM.

Insgesamt geht das Werk inhaltlich weit über seinen Titel hinaus. Vor allem stellt es in der Einführung die allgemein gültigen Grundlagen des Kostenrechts klar und übersichtlich dar und bezieht vielfältige Fragen ein, die über das Grundstücksrecht hinausweisen. Das Werk leistet damit auch in kostenrechtlichen Fragen ohne unmittelbaren Bezug zum Grundstücksrecht beste Hilfe. Zahlreiche Beispiele begleiten den Text und sind drucktechnisch hervorgehoben. Alle Literaturhinweise sind aktuell; die Rechtsprechung wurde bis September 2000 berücksichtigt.

Das Kostenrecht ist durch die Pläne zu einer grundlegenden Novelle in die Diskussion geraten. Nachdem nunmehr eine Neufassung der Kostenordnung aber nicht vor der nächsten oder übernächsten Legislaturperiode zu erwarten ist und die Gesetzesänderungen zum Jahreswechsel vor allem die neuen Euro-Beträge betreffen, wird die Darstellung *Tiedtkes* für einen längeren Zeitraum aktuell sein. Ihre Anschaffung kann jedem Notariat zur Ergänzung der kostenrechtlichen Standardliteratur nachdrücklich empfohlen werden.

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

Troll/Gebel/Jülicher, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand 28.2.2001 (22. Ergänzungslieferung), Verlag Franz Vahlen, München, DM 208,-

Rössler/Troll, Bewertungsgesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand 31.10.2000 (18. Auflage, 2. Ergänzungslieferung), Verlag Franz Vahlen, München, DM 189,-

Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht hat Hochkonjunktur; dies gilt nicht nur für die MittBayNot. Der *Troll/Gebel/Jülicher* ist längst nicht der einzige Kommentar zu diesem Rechtsgebiet. Zusätzlich zu den ebenfalls altbewährten Werken zum ErbStG wie dem *Kapp/Ebeling* oder dem *Meincke* (vgl. insbes. *T. Wachter*, MittBayNot 2000, 162 ff.) ist im Jahre 2000 der *Wilms* neu auf den Markt gekommen. In diesem Jahr folgte nun ein weiterer Kommentar, der *Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck*, erfreulicherweise unter notarieller Beteiligung (*Schuck*). Wie diese neuen Werke sich am Markt durch-

setzen werden, bleibt abzuwarten. Sicher ist jedoch, dass sie es angesichts der Konkurrenz nicht leicht haben werden. Denn der *Troll/Gebel/Jülicher* ist ein echtes Kronjuwel in der steuerrechtlichen Kommentarliteratur, der durch Aktualität, Zuverlässigkeit, wissenschaftliche Genauigkeit und hilfreiche Gestaltungsanregungen überzeugt. Die gesamte aktuelle Literatur ist berücksichtigt; Hinweise auf die aktuelle Rechtsprechung finden sich flächendeckend. Beiden Bearbeitern, *Gebel* und *Jülicher*, kann man zu ihrem Meisterwerk nur gratulieren.

Der *Troll/Gebel/Jülicher* wurde in letzter Zeit bereits zweimal in notarspezifischen Zeitschriften besprochen (vgl. *Ziegler*, MittBayNot 1999, 173 ff.; *Böhringer*, BWNotZ 1999, 135 ff.). Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher auf die 22. Ergänzungslieferung, die das Werk auf den Stand vom Februar 2001 bringt und einen stattlichen Umfang von ca. 650 Seiten (!) hat. Die Verfasser haben die letzte Überarbeitung in Zeiten gesetzgeberischer Ruhe dazu genutzt, an dem Kommentar weiter zu feilen, um ihm noch mehr praktischen wie wissenschaftlichen Tiefgang zu verleihen.

Die Nachlieferung enthält zunächst eine grundlegende Einführung zum ErbStG, in der das Verhältnis zu anderen Steuerarten, zum Verfassungs- und zum Europarecht dargestellt sind. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Darlegungen interessiert den Praktiker besonders die Frage, wie der *Troll/Gebel/Jülicher* sich zu den in der Rechtslehre teilweise erhobenen Bedenken stellt, die von den Verkehrswerten abweichenden Bewertungsvorgaben für Betriebsvermögen und Grundbesitz seien möglicherweise verfassungswidrig, da sie eine Belastungsgleichheit verhinderten (vgl. *Seer*, Stuw 1997, 283; *Wolf*, DStR 1997, 349; *Klein*, FS für *Flick*, 1997, 237). *Gebel* scheint die Bedenken der Rechtslehre zu teilen (Einführung Rdnrn. 42 ff.; § 12 Rdnr. 508). Er fordert den Gesetzgeber sogar auf, im Namen des Verfassungsrechts die Bewertung entsprechend anzuheben (§ 12 Rdnr. 508). Gleichzeitig findet sich dort das *credo*, die gegebenen Auslegungsspielräume seien dazu zu nutzen, die mögliche Verfassungswidrigkeit durch verfassungskonforme Auslegung zu vermeiden, wohl mit der Konsequenz, Grundbesitz und Betriebsvermögen so hoch wie möglich zu bewerten. Nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, BStBl. II 1995, 671 ff.) ist der Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Gründen dazu gezwungen (!), die Sozialgebundenheit bestimmter Vermögentypen wie des Betriebsvermögens bei der Erbschaftsteuer zu berücksichtigen. Nichts anderes kann m.E. für Grundbesitz gelten, der sich in seiner Wertrealisierbarkeit wesentlich von Barvermögen unterscheidet. Aus diesem Grunde sind die derzeit geltenden Bewertungsprivilegien für Betriebsvermögen und Grundbesitz m.E. keineswegs übermäßig und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, sondern geboten. Aus zeitlichen Gründen konnte die Nachlieferung sich nicht mehr mit dem verfassungsrechtlichen Problem befassen, inwiefern § 25 ErbStG im Hinblick auf Art. 6 GG noch zu halten ist, obwohl ein entsprechendes Abzugsverbot für gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften im Sinne des LPartG nicht gilt, diese also besser behandelt werden. Auf die Ausführungen in der nächsten Nachlieferung kann man schon jetzt gespannt sein.

In den Rdnrn. 50 ff. der Einführung schildert *Gebel* die Auswirkungen der europarechtlichen Diskriminierungsverbote (vgl. insbes. das Urteil *Schumacker*, DStR 1995, 326) auf das deutsche Erbschaftsteuerrecht und gelangt zu dem Ergebnis, der niedrige Freibetrag für beschränkt steuerpflichtige Steuerländer nach § 16 Abs. 2 ErbStG sei in einigen Fällen unverhältnismäßig und damit europarechtswidrig. Diese Beurteilung gilt nach Meinung von *Gebel* dagegen nicht für den Umstand, dass die niedrigen Grundbesitzwerte der §§ 138 ff. BewG nur für inländischen Grundbesitz gelten. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang der Hinweis (Rdnr. 54 der Einführung), dass in der Praxis der Finanzverwaltung trotz entgegenstehender Gesetzeslage wohl auch Auslandsgrundbesitz *de facto* nach den deutschen Grundbesitzwerten oder nach ausländischen Bewertungsverfahren (vgl. auch § 12 Rdnr. 939), zumindest im Regelfall nicht nach echten Verkehrswerten bewertet werden.

Aktualisiert worden sind auch die Kommentierungen zu der Besteuerung von Betriebsvermögen nach den §§ 13 a, 19 a ErbStG. Hier finden sich neben einer gut verständlichen und umfassenden Darstellung der relevanten Rechtsprobleme eine

Fülle von Ratschlägen zur steuerlich optimalen Gestaltung, die gerade dem steuerlich nicht so routinierten Leser wichtige Anregungen geben können. Die Herkunft des Verfassers dieses Teiles (*Jülicher*) als Praktiker der Steuergestaltung lässt sich nicht verbergen – was gut so ist! Gleichwohl verlässt er mit seinen Ratschlägen nie den Boden der Seriosität.

Teil der Ergänzungslieferung sind auch die neuen Ausführungen zu Trusts, § 2 Rdnrn. 111 ff. Die dankenswerterweise im *Troll/Gebel/Jülicher* abgedruckten und knapp kommentierten ErbSt-Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) sind partiell überarbeitet und erneuert worden. Auf diese Weise bleibt der Kommentar auch im internationalen Erbschaftsteuerrecht ein umfassender, aktueller und zuverlässiger Ratgeber.

Eine gründliche Überarbeitung wurde schließlich auch an den Kommentierungen zur Bewertung vorgenommen. Diese finden sich in § 12 ErbStG unter Wiedergabe der einschlägigen Normen des BewG und der einschlägigen Richtlinienexte. Erfreulich ist dort die klare, knappe und gut verständliche Darstellung insbesondere in den Rdnrn. 623 ff. zum üblichen Bewertungsverfahren nach § 146 BewG bei bebauten Grundstücken. Sehr zu begrüßen ist die deutliche Kritik (§ 12 Rdnr. 653) an der Verwaltungsmeinung nach R 177 S. 2 ErbStR, wonach für den Sachverständigenachweis eines niedrigeren Verkehrswertes nur der örtliche Gutachterausschuss oder ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger zugelassen werden könne.

Die Umstellung auf den Euro durch das Gesetz zur Umrechnung und Glättung steuerlicher Euro-Beträge vom 19.12.2000 ist in die Kommentierungen weitgehend eingearbeitet worden. Für den Praktiker lösen diese Veränderungen kaum Bedarf zum Umdenken aus.

Die Belastung der Steuerpflichtigen mit Erbschaft- und Schenkungsteuer hängt wesentlich von der Bewertung des zu versteuernden Vermögens ab. Die diesbezüglichen Fragen sind durch Verweis in § 12 ErbStG im BewG geregelt und im diesbezüglichen Kommentar *Rössler/Troll* von *Halaczinsky* und *Tess* hervorragend kommentiert. Insoweit ist der *Rössler/Troll* eine sinnvolle Ergänzung zum *Troll/Gebel/Jülicher*. Dort finden sich beispielsweise die Antworten auf alle Fragen zum Stuttgarter Verfahren (bei § 11 BewG), zur Abgrenzung und Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Betriebsvermögen sowie zur Feststellung der erbschaftsteuerlich relevanten Grundbesitzwerte, §§ 138, 145 ff. BewG.

Abschließend: Der *Troll/Gebel/Jülicher* darf m.E. in keiner Notariats-Bibliothek fehlen, die dem Erbschaftsteuerrecht nicht die kalte Schulter zuwenden will. Die Anschaffung des *Rössler/Troll* ist für den Notar dagegen insoweit nicht *zwingend*, als der *Troll/Gebel/Jülicher* bei § 12 ErbStG ebenfalls so ausgezeichnete Kommentierungen zum BewG (insges. 270 Seiten) enthält, dass ein Blick in den *Rössler/Troll* nur in besonders komplizierten Fällen notwendig sein wird. Bei derartigen Sachverhalten wird der Leser im *Rössler/Troll* jedoch stets einen überaus zuverlässigen und hilfreichen Ratgeber finden, der keine Frage unbeantwortet lässt.

Notarassessor Dr. Eckhard Wälzholz, Rosenheim

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 459 Abs. 2, 463 (*Eintritt des Käufers in ein Mietverhältnis*)

Werden bei einem Grundstückskauf weder in der Vertragsurkunde selbst konkrete Mieteinnahmen genannt, noch durch Verweis auf ein Maklerexposé, ein Inserat oder einen Mietvertrag einbezogen, so reicht allein die Vertragsklausel, die den Eintritt des Käufers in ein bestehendes Mietverhältnis regelt, nicht für die Zusicherung eines bestimmten Mietertrages aus.

BGH, Urt. v. 30.3.2001 – V ZR 461/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Beklagte verkaufte durch notarielle Urkunde vom 25.4.1997 zum Preis von 550.000,00 DM ein ihr gehörendes Hausgrundstück in A. an die Kläger zu je 1/2.

Die von der Beklagten beauftragte Maklerin hatte das Objekt als „solides großes Wohnhaus mit 2 Einliegerwohnungen“ angeboten und im Exposé neben einer Einliegerwohnung im Erdgeschoss eine zweite im Untergeschoss beschrieben. Zum Zeitpunkt der Besichtigungen des Anwesens und des Kaufvertragsschlusses war die Wohnung im Untergeschoss vermietet. Im notariellen Kaufvertrag ist unter II. 2. bestimmt, dass die Kläger in den ihnen bekannten Mietvertrag ab dem Tag der Besitzübergabe eintreten, ihnen von da an die Miete zusteht und die Mietkaution an sie herauszugeben ist.

Mit Bescheid vom 13.10.1998 teilte das Landratsamt R. den Klägern mit, dass die Nutzung der im Untergeschoss gelegenen „Kellerwohnung“ bauordnungsrechtlich unzulässig sei. Sie wurden aufgefordert, die Nutzung der Räume zu Aufenthalts- und Wohnzwecken zu unterlassen und das bestehende Mietverhältnis zu beenden.

Die Kläger haben die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung des Kaufpreises, zur Erstattung ihrer Aufwendungen für den Erwerb unter Abzug der Einnahmen (zusammen 626.668,66 DM) und zur Freistellung von allen Verbindlichkeiten infolge des Kaufvertrages Zug um Zug gegen Rückübereignung des Kaufobjekts und Leistung aller erzielten weiteren Netto-Mieterträge beantragt, ferner die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz aller weiteren Schäden. Sie fochten überdies den Kaufvertrag „vorsorglich“ wegen arglistiger Täuschung an.

Die Klage ist im ersten Rechtszug ohne Erfolg geblieben. Das Oberlandesgericht hat durch Teilgrund- und Teilendurteil die Leistungsklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Rechtsstreit zur Entscheidung über die Höhe an das Landgericht zurückverwiesen; außerdem hat das Oberlandesgericht dem Feststellungsantrag stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Zu den Gründen:

(...) III. (...)

1. Es begegnet keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht der Klage – dem Grunde nach – aus § 463 Satz 1 BGB stattgegeben hat, ohne zuvor den Erfolg der Anfechtung des Kaufvertrages durch die Kläger geprüft und verneint zu haben. Zwar setzt die vom Berufungsgericht bejahte Anspruchsgrundlage einen wirksamen Kaufvertrag voraus und ist daher ausgeschlossen, wenn eine Anfechtung des Vertrages nach § 123 BGB Erfolg hatte. Die Anfechtung wurde hier jedoch ausdrücklich nur „vorsorglich“ erklärt. Es liegt also eine

zulässige Eventualanfechtung (vgl. *Senat*, Urt. v. 22.2.1991 – V ZR 299/89 –, NJW 1991, 1673, 1674) vor, die – wie auch die Berufungsbegründung deutlich macht – erst nach dem Scheitern der vorrangig verfolgten Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche Bedeutung erlangt.

2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, ein Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 1 BGB sei dem Grunde nach gegeben, weil die Beklagte den Mietertrag aus der Wohnung im Untergeschoß zugesichert habe.

a) Der Mietertrag eines Gebäudes stellt zwar eine zusicherungsfähige Eigenschaft dar (st. Senatsrechtspr., *Senat*, Urt. v. 8.2.1980 – V ZR 174/78 –, NJW 1980, 1456, 1457; Urt. v. 19.9.1980 – V ZR 51/78 –, NJW 1981, 45, 46; Urt. v. 2.12.1988 – V ZR 91/87 –, NJW 1989, 1795; Urt. v. 3.11.1989 – V ZR 154/88, NJW 1990, 902), das Berufungsgericht hat jedoch für die Annahme einer Zusicherung keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne von §§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1 BGB liegt nur dann vor, wenn der Verkäufer vertraglich die Gewähr für den Bestand einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und somit für alle Folgen ihres Fehlens eintreten will (vgl. *Senat*, Urt. v. 3.3.1995 – V ZR 43/94 –, NJW 1995, 1549). Mit dieser gesetzlichen Regelung ist die Auslegung des Berufungsgerichts, das aus der – lediglich den Eintritt der Erwerber in das Mietverhältnis regelnden – Vertragsklausel unter II. 2. der notariellen Urkunde die Zusicherung einer Eigenschaft herleiten will, nicht zu vereinbaren.

aa) Wie das Berufungsgericht nicht verkennt, sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen, wenn der Käufer nicht aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbunden sind (*Senat*, Urt. v. 22.6.1990 – V ZR 126/89 –, NJW-RR 1990, 1161, 1162, vgl. auch *Senat*, Urt. v. 3.11.1989 – VZR 154/88 –, NJW 1990, 902; Urt. v. 26.2.1993 – V ZR 270/91 –, NJW 1993, 1385; Urt. v. 24.10.1997 – V ZR 187/96 –, NJW 1998, 534, 535; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1481; OLG Celle, NJW-RR 1999, 280, 281). Im vorliegenden Fall fehlt es aber bereits an einer Aufnahme der von der Beklagten erzielten Mieterträge in den Kaufvertrag. Es sind weder konkrete Mieteinnahmen in der Vertragsurkunde selbst genannt, noch durch Verweis auf das Exposé, das Inserat oder den Mietvertrag einbezogen. Danach ist schon die Annahme eines bestimmten Mietertrages, der Gegenstand einer Zusicherung sein könnte, nicht möglich. Vor allem jedoch enthält die Klausel unter II. 2. der notariellen Urkunde keinerlei Hinweis darauf, dass ihr die Qualität einer Zusicherung im Rechtssinne zukommen soll. Ihrem eindeutigen Wortlaut nach werden durch diese Vertragsbestimmung lediglich die Modalitäten des Eintritts der Käufer in das bestehende Mietverhältnis (§§ 571 ff. BGB) geregelt. Auch den weiteren festgestellten und vom Berufungsgericht gewürdigten Umständen ist für die Zusicherung eines bestimmten Mietertrages nichts zu entnehmen. Sie besagen nicht mehr, als dass im Exposé eine Einliegerwohnung im

Untergeschoss – ohne Mitteilung der Mieterträge – beschrieben und diese Wohnung in Anwesenheit des Mieters besichtigt worden ist. Es handelt sich lediglich um allgemeine Informationen eines Maklers bei der Anpreisung des Objekts, die allenfalls dann eine Zusicherung begründen könnten, wenn sie – was nicht geschehen ist – Niederschlag im Kaufvertrag gefunden hätten (*Senat*, Urt. v. 2.4.1982 – V ZR 54/81 –, WM 1982, 696, 697).

bb) Im Übrigen wäre ein Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 1 BGB – solange Arglist der Beklagten nicht festgestellt ist – nach § 477 Abs. 1 Satz 1 BGB verjährt. Nach dem nicht bestrittenen Vorbringen der Beklagten ist die Übergabe des Grundstücks am 13.6.1997 erfolgt, so dass schon bei Einreichung der Klageschrift am 12.11.1998 die einjährige Verjährungsfrist abgelaufen war. Selbst wenn der Beginn des Laufs der Verjährungsfrist bei Sachmängeln, die der Käufer nur schwer oder erst in Zukunft feststellen kann, hinausgeschoben sein sollte (offen gelassen im *Senatsurt. v. 22.6.1979 – V ZR 25/77 –*, NJW 1979, 2200, 2201), ist eine solche Ausnahme hier schon aus tatsächlichen Gründen nicht gerechtfertigt. Die Kläger waren durch nichts gehindert, unmittelbar nach Übergabe des Grundstücks die bauordnungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung der zu Wohnzwecken vermieteten Untergeschossräume zu überprüfen. Aus diesem Grund scheidet auch die Annahme einer nach Sinn und Zweck der Zusicherung gemäß § 477 Abs. 1 Satz 2 BGB stillschweigend verlängerten Verjährungsfrist (vgl. *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 477 Rdnr. 56 f.; *Staudinger/Honsell*, BGB [1995], § 477 Rdnr. 48; *MünchKommBGB/Westermann*, 3. Aufl., § 477 Rdnr. 14) aus.

b) Für einen Erfolg der Klage, soweit sie auf die Bauordnungswidrigkeit der „Kellerwohnung“ gestützt wird, sind Feststellungen zu einem arglistigen bzw. vorsätzlichen Handeln der Beklagten unverzichtbar.

aa) Ein Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 2 BGB scheidet nach den bisher getroffenen Feststellungen aus. Zwar kann die bauordnungsrechtliche Unzulässigkeit der Wohnraumnutzung einen Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB) des verkauften Hausgrundstücks darstellen (vgl. *Senat*, Urt. v. 2.3.1979 – V ZR 157/77 –, NJW 1979, 2243; Urt. v. 7.12.1984 – V ZR 141/83 –, WM 1985, 230, 231; Urt. v. 20.3.1987 – V ZR 27/86 –, NJW 1987, 2511 f.; Urt. v. 13.10.2000 – V ZR 430/99 –, NJW 2001, 65), der von dem Verkäufer bei einem Erwerb des Anwesens zu Wohnzwecken regelmäßig zu offenbaren ist (vgl. *Senat*, Urt. v. 2.3.1979 und Urt. v. 20.3.1987, beide a.a.O.; Urt. v. 10.6.1988 – V ZR 125/87 –, NJW-RR 1988, 1290 f.), ein arglistiges Verschweigen dieses Sachmangels durch die Beklagte lässt sich den Feststellungen des Berufungsgerichts jedoch nicht entnehmen. Auf deren Grundlage gibt es für ein auch nur bedingt vorsätzliches Handeln der Beklagten im Sinne eines „Fürmöglichhaltens und Inkaufnehmens“ (vgl. *Senat*, Urt. v. 22.11.1996 – V ZR 196/95 –, NJW-RR 1997, 270) keine hinreichenden Anhaltspunkte. Wurde ein Teil der Kellerräume von der Beklagten, wie sie behauptet, erst nach Fertigstellung des Gebäudes zu Wohnzwecken umgestaltet, die zuständige Behörde mithin nicht schon im Genehmigungsverfahren durch unrichtige Planunterlagen getäuscht, so kann nicht ohne weiteres auf bedingten Vorsatz der Beklagten geschlossen werden (vgl. *Senat*, BGHZ 114, 260, 262 f.; Urt. v. 10.6.1983 – V ZR 292/81 –, WM 1983, 990). Feststellungen zu einem etwa arglistigen Verhalten der Beklagten sind überdies wegen der dann dreißigjährigen Verjährungsfrist nach §§ 477 Abs. 1 Satz 1, 195 BGB erforderlich. Nach dem Vorbringen der Parteien sind solche Feststel-

lungen auch möglich; insbesondere haben die – insoweit beweisbelasteten (vgl. *Senat*, BGHZ 117, 260, 263) – Kläger behauptet und durch das Angebot auf Vernehmung des Zeugen K. unter Beweis gestellt, dass der Beklagten die Unzulässigkeit der Wohnraumnutzung schon bei Umbau der Kellerräume bekannt gewesen sei.

bb) Wandelung des Kaufvertrages (§§ 462, 459 Abs. 1 BGB) können die Kläger im Hinblick auf den Gewährleistungsauschluss unter III. 2. der notariellen Urkunde und wegen des Ablaufs der einjährigen Verjährungsfrist ebenfalls nur bei arglistigem Handeln der Beklagten verlangen (§§ 476, 477 Abs. 1 Satz 1 BGB).

cc) Auch ein Anspruch aus culpa in contrahendo kommt, weil der Vorwurf fehlender Aufklärung über die bauordnungsrechtlich unzulässige Nutzung einen Umstand betrifft, der einen Sachmangel (§ 459 BGB) begründet, nur bei vorsätzlichem Verschweigen des Mangels in Betracht (vgl. *Senat*, Urt. v. 22.2.1991 – V ZR 299/89 –, NJW 1991, 1673, 1674; Urt. v. 14.10.1994 – V ZR 196/93 –, NJW 1995, 45, 46).

dd) Feststellungen zu einem arglistigen oder vorsätzlichen Verhalten der Beklagten sind schließlich auch für die nachrangig im Zusammenhang mit der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) von den Klägern geltend gemachten Bereicherungsansprüche (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) und für deliktische Ansprüche nach §§ 823 Abs. 2 BGB; 263 StGB oder § 826 BGB unverzichtbar.

3. Das Berufungsgericht, das sich – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – noch nicht mit dem Vorbringen der Kläger zu einer angeblichen Täuschung über die Eigentumsverhältnisse an der Grundstückszufahrt auseinandergesetzt hat, erhält durch die Zurückverweisung auch Gelegenheit, dies ggf. nachzuholen.

2. BGB §§ 276, 434, 440 Abs. 1 (*Schadensersatz bei Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten*)

- 1. Verletzt ein Verkäufer seine vorvertraglichen Aufklärungspflichten dadurch, dass er den Käufer über einen Umstand nicht ordnungsgemäß unterrichtet, der einen Rechtsmangel darstellt, so werden auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtete Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei Vertragschluss nicht durch die Gewährleistungsansprüche wegen des Rechtsmangels ausgeschlossen.**
- 2. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann ausnahmsweise auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet werden, wenn feststeht, dass ohne das schädigende Verhalten ein Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre. Lässt sich diese Feststellung nicht treffen, so kann der Geschädigte, der an dem Vertrag festhalten will, als Ersatz des negativen Interesses verlangen, so gestellt zu werden, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen.**

BGH, Urteil vom 6.4.2001 – V ZR 394/99 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 7.9.1993 kauften die Kläger und eine GmbH vom Beklagten zwei gewerblich genutzte Grundstücke zum Preis von 4.950.000 DM. Nach vollständiger Kaufpreiszahlung wurde das Eigentum am 26.4.1994 umgeschrieben. Eine etwa 4.000 m² große Teilfläche eines der Grundstücke war durch Vertrag vom 21.12.1979 an die H-KG vermietet, die dort einen Auto- und Reifen-servicebetrieb eingerichtet hatte. Die den Klägern vor Vertragsabschluss vom Makler übergebene Mietvertragsurkunde bestimmte unter § 3 eine Befristung des Mietverhältnisses bis zum 31.12.1994, wobei der Mieterin ein „Optionsrecht auf Verlängerung des Mietverhältnisses um einmal fünf Jahre“ eingeräumt wurde.

Die Kläger hatten das Grundstück erworben, um dort ein Boardinghouse zu errichten. Im Oktober 1993 verhandelten sie mit der H-KG über eine vorzeitige Aufhebung des Mietvertrages. Nach ihrem Vortrag erfuhren die Kläger erst jetzt, dass der Beklagte der Mieterin durch eine Vereinbarung vom Mai 1993 eine weitere Option auf Verlängerung des Mietverhältnisses um nochmals fünf Jahre nach dem 31.12.1999 eingeräumt hatte. Unter dem 22./30.1.1995 einigten sich die Kläger mit der Mieterin auf einen schriftlichen Nachtrag zum Mietvertrag. Danach wurde eine Hofffläche von etwa 1.000 m² „entmietet“ und von den Klägern für den Bau des Boardinghouses genutzt. Außerdem wurde das Mietverhältnis bis zum 31.12.2009 verlängert und der Mietzins reduziert. Die Kläger begannen noch im selben Jahr mit den Bauarbeiten, so dass das Boardinghouse im Oktober 1996 eröffnet werden konnte.

Die Kläger verlangen von dem Beklagten die Zahlung von 300.000 DM als Schadensersatz, weil er mit der Option zur Verlängerung des Mietverhältnisses bis Ende 2004 einen Mangel des Grundstücks arglistig verschwiegen habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgen sie ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

I. (...)

II. 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch aus §§ 440 Abs. 1, 326 BGB verneint.

Die weitere Verlängerungsoption zugunsten der H-KG als Mieterin, von der die Kläger nach den ihnen zugänglich gemachten Vertragsunterlagen nicht ausgehen konnten, stellt einen Rechtsmangel dar. Die Verpflichtung des Verkäufers aus § 434 BGB, den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter zu verschaffen, erstreckt sich bei einem Grundstückskauf auch auf ein bestehendes Mietverhältnis (*Senat*, Urteil vom 25.10.1991 – V ZR 225/90 –, NJW-RR 1992, 201, 202; Urteil vom 8.11.1991 – V ZR 139/90 –, NJW 1992, 905; Urteil vom 24.10.1997 – V ZR 187/96 –, NJW 1998, 534). Da die Option auf Verlängerung eines Mietverhältnisses grundsätzlich als behebbarer Rechtsmangel anzusehen ist (vgl. *Senat*, Urteil vom 2.10.1987 – V ZR 105/86 –, NJW-RR 1988, 79; Urteil vom 24.10.1997 – V ZR 187/96 –, NJW 1998, 534, 535), scheidet ein Schadensersatzanspruch aus §§ 440 Abs. 1, 326 BGB aber daran, dass die Kläger dem Beklagten weder eine Frist zur Beseitigung des Rechtsmangels verbunden mit einer Ablehnungsandrohung gesetzt haben, noch besondere Umstände gegeben sind, die diese Voraussetzung entbehrlich machen. Das Berufungsgericht hat eine offensichtliche Zwecklosigkeit der Fristsetzung nicht feststellen können. Dies ist frei von Rechtsfehlern und wird mit der Revision nicht angegriffen.

2. Mit Recht wendet sich die Revision aber gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, auch die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsabschluss seien nicht erfüllt.

a) Ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss kann ausnahmsweise auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gerichtet werden, wenn ohne das schädigende Ver-

halten mit einem Dritten oder auch demselben Vertragspartner ein Vertrag zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre (BGH, Urteil vom 24.6.1998 – XII ZR 126/96 –, NJW 1998, 2900, 2901 m.w.N.). Einen solchen Anspruch haben die Kläger mit dem Vortrag verfolgt, bei Kenntnis des weiteren Optionsrechts wäre ein um 300.000 DM niedrigerer Kaufpreis vereinbart worden. Der Ersatz des Erfüllungsinteresses setzt allerdings – was das Berufungsgericht nicht verkannt hat – die Feststellung voraus, dass der Vertrag ohne das pflichtwidrige Verhalten zu anderen, für den Geschädigten günstigeren Bedingungen geschlossen worden wäre (BGH, Urteil vom 24.6.1998, a.a.O.). Dass das Berufungsgericht diese Feststellung nicht hat treffen können, wird von der Revision hingenommen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Nichts spricht dafür, dass sich der Beklagte auf einen um 300.000 DM geringeren Kaufpreis eingelassen hätte. Er hatte kein nachhaltiges Interesse an dem Grundstücksverkauf, war doch die Initiative zu diesem Geschäft nicht von ihm, sondern von dem Makler, den die Kläger beauftragt hatten, ausgegangen. Überdies erklärte der Beklagte, nachdem die Kläger ihn auf die weitere Option angesprochen hatten, sogleich seine Bereitschaft, den Kaufvertrag rückgängig zu machen. Es kann daher offen bleiben, ob ein solcher auf das Erfüllungsinteresse gerichteter Anspruch neben den Vorschriften der Rechtsmängelhaftung (§§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB) Anwendung finden kann.

b) Das Berufungsgericht hat es jedoch fehlerhaft unterlassen, das Klagebegehren unter dem Gesichtspunkt eines Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens zu prüfen. Ein solcher Anspruch ist nicht durch die Vorschriften der §§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB ausgeschlossen (vgl. BGHZ 65, 246, 253; *Senat*, Urteil vom 21.12.1984 – V ZR 206/83 –, NJW 1985, 2697, 2698; Urteil vom 17.5.1991 – V ZR 92/90 –, NJW 1991, 2700; Urteil vom 11.10.1991 – V ZR 159/90 –, NJW-RR 1992, 91, 92; Urteil vom 17.6.1994 – V ZR 204/92 –, NJW 1994, 2947, 2949; Urteil vom 19.11.1999 – V ZR 321/98 –, NJW 2000, 803, 804).

aa) Auch wenn das wegen Verschuldens bei Vertragsschluss ersetzende Vertrauensinteresse in bestimmten Fällen wirtschaftlich dem Erfüllungsinteresse entsprechen kann, liegen der Haftung aus culpa in contrahendo und der Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung nach §§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB die Verletzung unterschiedlicher Rechtspflichten zugrunde (BGH, Urteil vom 6.6.2000 – XI ZR 235/99 –, WM 2000, 1840, 1841; vgl. auch BGHZ 142, 51, 62, 64). Der Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss folgt aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis, das mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründet wird, vom tatsächlichen Zustandekommen eines Vertrages und seiner Wirksamkeit weitgehend unabhängig ist und zur verkehrüblichen Sorgfalt sowie zu loyalen und redlichem Verhalten gegenüber dem Geschäftsgegner verpflichtet (*Senat*, BGHZ 6, 30, 333; BGHZ 49, 77, 82; 66, 51, 54; BGH, Urteil vom 6.6.2000, a.a.O., 1840 f.). Deshalb richtet sich der Anspruch nicht auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung, sondern auf den Ausgleich der Nachteile, die durch die Verletzung des bei der Vertragsanbahnung in den Vertragspartner gesetzten Vertrauens entstanden sind (BGHZ 49, 77, 82; 57, 191, 197; BGH, Urt. v. 2.3.1988 – VIII ZR 380/86 –, NJW 1988, 2234, 2236; Urteil vom 6.6.2000, a.a.O., 1841). Der Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo ist nicht durch das Erfüllungsinteresse begrenzt, sondern kann dieses auch übersteigen (BGHZ 49, 77, 82; 57, 191, 193; 69, 53, 56). Dagegen knüpft der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüll-

lung nach §§ 440 Abs. 1, 325 ff. BGB an die Verletzung von vertraglichen Hauptpflichten an, die erst durch den Vertragsschluss festgelegt werden (vgl. zu § 326 BGB: *Senat*, Urteil vom 28.11.1956 – V ZR 77/55 –, NJW 1957, 217; BGH, Urteil vom 1.10.1986 – VIII ZR 132/85 –, NJW 1987, 251, 253). Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte (vgl. BGHZ 99, 182, 197; *Senat*, Urteil vom 19.9.1980 – V ZR 51/78 –, NJW 1981, 45, 46 f.; Urteil vom 21.1.2000 – V ZR 387/98 –, NJW 2000, 1256).

bb) Erfüllt – wie hier – ein Lebenssachverhalt die Tatbestandsmerkmale mehrerer Anspruchsgrundlagen, ohne dass einer der Haftungstatbestände nach seinem Sinn und Zweck oder einer ausdrücklichen Regelung den Vorrang beanspruchen kann, so ist ein Fall der Anspruchskonkurrenz gegeben, bei dem sämtliche Rechtsfolgen gleichrangig nebeneinander stehen (vgl. GSZ, BGHZ 13, 88, 95; auch BGHZ 17, 214, 217; 66, 315, 319; 100, 190, 201). Bei einem Zusammentreffen in der geschilderten Weise kommt einem Schadensersatzanspruch aus §§ 440 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB gegenüber einem solchen aus culpa in contrahendo kein Vorrang zu. Im Unterschied zu den Regelungen für Sachmängel in den §§ 459 ff. BGB (vgl. hierzu *Senat*, BGHZ 60, 319, 321 ff.) handelt es sich bei den Bestimmungen über die Rechtsmängelgewährleistung im Kaufrecht nicht um abschließende Sonderregelungen (vgl. *Senat*, Urteil vom 21.12.1984, a.a.O.). Für Rechtsmängel verweist § 440 Abs. 1 BGB lediglich pauschal auf die §§ 320 bis 327 BGB; es fehlt nicht nur an Regelungen mit einer den §§ 459 ff. BGB vergleichbaren systematischen Geschlossenheit (BGHZ 110, 196, 203), sondern auch an einer § 477 BGB entsprechenden besonderen Verjährungsbestimmung. Überdies kennt die Rechtsmängelhaftung keine dem § 463 Satz 2 BGB (vgl. hierzu *Senat* BGHZ 60, 319, 321) vergleichbare, einschränkende Sonderregelung des Verschuldens bei Vertragsschluss. § 444 BGB, der den Verkäufer zur Aufklärung über die rechtlichen Verhältnisse der Kaufsache verpflichtet, erfasst nur die vertraglichen, nicht aber auch die vorvertraglichen Hinweispflichten (vgl. RGZ 52, 167, 168; *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 444 Rdnr. 3).

cc) Dass sie dem Beklagten keine Gelegenheit zur Beseitigung des Rechtsmangels gaben, begründet keinen Verstoß der Kläger gegen die ihnen obliegende Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB). Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Annahme, die Kläger hätten mit der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragsschluss anstelle des Erfüllungsanspruchs aus § 434 BGB gegen das Gebot des eigenen Interesses verstoßen. Überdies lässt sich dem Vortrag des Beklagten nicht hinreichend entnehmen, dass es ihm durch Leistungen, deren Wert hinter den von den Klägern geforderten 300.000 DM zurückbleibt, gelungen wäre, die Mieterin zum Verzicht auf die verlängerte Mietoption zu bewegen.

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist mit dem Urteil des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 24.6.1998 (a.a.O.) keine Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zum Ersatz des Vertrauensinteresses durch Anpassung eines Vertrages nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo verbunden. Die Entscheidung bestätigt diese vielmehr mit dem Hinweis, die Vorinstanz habe in Übereinstimmung mit der – durch Zitate belegten – ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes einen Anspruch auf Vertragsanpassung unter den gegebenen Umständen in revisionsrechtlich nicht angreifbarer Weise verneint. Auch in der Literatur (vgl. *Stoll*, JZ 1999, 95 ff.; *Lorenz*, NJW 1999, 1001 f.) ist die Entscheidung nicht anders verstanden worden.

d) Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die Kläger unzutreffend über die mögliche Dauer des mit der H-KG geschlossenen Mietverhältnisses unterrichtet. Mit der Vereinbarung vom 13.5./1.7.1993 hatten der Beklagte und die Mieterin den bestehenden Mietvertrag um ein Gestaltungsrecht ergänzt, das es der Mieterin erlaubte, bis zum 31.12.1998 durch eine entsprechende Erklärung das Mietverhältnis um weitere fünf Jahre zu verlängern. Diese Vertragsverlängerung ist durch die beiderseitig unterschriebene Urkunde nach § 566 BGB formwirksam vereinbart, weil auf die ursprüngliche Vertragsurkunde Bezug genommen und der im Übrigen unveränderte Fortbestand des dort Vereinbarten zum Ausdruck gebracht wird (vgl. BGH, Urteil vom 26.2.1992 – XII ZR 129/90 –, NJW 1992, 2283, 2284).

Durch das zumindest fahrlässige Verschweigen der zweiten Verlängerungsoption verletzte der Beklagte schuldhaft seine vorvertraglichen Pflichten. Macht nämlich der Verkäufer oder eine Person, deren er sich zur Erfüllung seiner vorvertraglichen Pflichten bedient, Angaben, die für den Kaufabschluss des anderen Teils von Bedeutung sein können, so müssen diese Angaben richtig sein (BGHZ 74, 103, 110; *Senat*, Urteil vom 20.11.1987 – V ZR 66/86 –, NJW-RR 1988, 458, 459; Urteil vom 26.9.1997 – V ZR 29/96 –, NJW 1998, 302). Dies gilt bei der Unterrichtung über das bestehende Mietverhältnis selbst dann, wenn der Beklagte von der beabsichtigten Umgestaltung des Anwesens durch Errichtung eines Boardinghouses nichts wusste. Bereits im Hinblick auf § 571 Abs. 1 BGB ist die Dauer eines Mietverhältnisses wegen der damit eingeschränkten Verfügungsmöglichkeit des Erwerbers grundsätzlich für dessen Kaufabschluss von Bedeutung.

e) Der Anspruch aus culpa in contrahendo ist regelmäßig auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet (BGHZ 114, 87, 94; 142, 51, 62; BGH, Urteil vom 6.6.2000, a.a.O.). Danach sind die Kläger so zu stellen, wie sie bei Offenbarung der für ihren Kaufabschluss maßgeblichen Umstände stünden (vgl. *Senat*, Urteil vom 8.10.1993 – V ZR 146/92 –, NJW-RR 1994, 76, 77). Wenn der Geschädigte, wie hier die Kläger, an dem Vertrag festhalten will, obwohl dieser infolge der Pflichtverletzung zu für ihn ungünstigen Bedingungen zustande gekommen ist, so ist er so zu behandeln, als wäre es ihm bei Kenntnis der wahren Sachlage gelungen, den Kaufvertrag zu einem günstigeren Preis abzuschließen (BGHZ 69, 53, 58; BGH NJW 1999, 2032, 2034). Schaden ist danach der Betrag, um den die Kläger im Streitfall wegen der fehlenden Mitteilung über das weitere Optionsrecht der Mieterin das Grundstück zu teuer erworben haben (vgl. BGHZ 114, 87, 94; *Senat*, Urteil vom 10.7.1987 – V ZR 236/85 –, NJW-RR 1988, 10, 11; Urteil vom 8.10.1993, a.a.O.; BGH, Urteil vom 1.4.1981 – VIII ZR 51/80 –, NJW 1981, 2050, 2051; Urteil vom 27.9.1988 – XI ZR 4/88 –, NJW-RR 1989, 150, 151; Urteil vom 14.1.1993 – IX ZR 206/91 –, NJW 1993, 1323, 1325). Dies erfordert – im Unterschied zur Geltendmachung des Erfüllungsinteresses (vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1998, a.a.O.) – nicht den Nachweis, dass sich der Vertragsgegner auf einen Vertragsschluss zu einem niedrigeren Preis eingelassen hätte (vgl. BGHZ 69, 53, 58; 114, 87, 94; BGH, Urteil vom 27.9.1988, a.a.O.; *Senat*, Urteil vom 26.1.1996 – V ZR 42/94 –, NJW-RR 1996, 690). Entscheidend ist allein, wie sich der Getäuschte bei Kenntnis der ihm verheimlichten Umstände verhalten hätte; verbleibende Unklarheiten gehen zu Lasten des aufklärungs-pflichtigen Verkäufers (vgl. BGHZ 114, 87, 94).

3. Den Betrag, um den sie das Grundstück vom Beklagten zu teuer erwarben, haben die Kläger allerdings bislang nicht dar-

getan. Sie haben ihren Schaden vielmehr mit den Mieteinnahmen begründet, die ihnen in Höhe von 319.000 DM in der Zeit von Januar 1994 bis Dezember 1999 oder – in zweiter Linie – in Höhe von 307.501,49 DM in der Zeit von Januar 2000 bis Dezember 2004 wegen des Nachgebens gegenüber der H-KG in der Vereinbarung vom 22./25.1.1995 entgangen sein sollen. Diese Aufwendungen sind jedoch nicht zu ersetzen; denn sie unterfallen nicht dem Schutzzweck des Schadensersatzanspruchs wegen Verschuldens bei Vertragschluss. Dessen Grundlage ist enttäushtes Vertrauen (vgl. *Senat*, Urteil vom 12.12.1980 – V ZR 168/78 –, NJW 1981, 1035, 1036). Die von den Klägern mit der Mieterin getroffene Vereinbarung beruht jedoch nicht darauf, dass die Kläger weiterhin darauf vertrauten, zutreffend über die Dauer des Mietverhältnisses unterrichtet worden zu sein. Grund war vielmehr der Entschluss der Kläger, trotz der als falsch erkannten Auskunft am Vertrag festzuhalten und das beabsichtigte Boardinghouse auch unter den gegebenen Bedingungen zu errichten. Dem Verschulden des Beklagten zurechenbare Folge des Vertrauens der Kläger war nur der Abschluss des Kaufvertrages, nicht aber die Nachteile, die sich erst aus der Entscheidung der Kläger ergaben, trotz der erkannten längeren Dauer des Mietverhältnisses keine Rückabwicklung des Vertrages zu fordern (vgl. *Senat*, Urteil vom 12.12.1980, a.a.O.; auch BGH, Urteil vom 2.6.1980 – VIII ZR 64/79 –, NJW 1980, 2408, 2410).

Die Kläger können die ihnen angeblich entgangenen Mieteinnahmen auch nicht mit der Begründung als Vertrauensschaden ersetzt verlangen, sie hätten davon ausgehen dürfen, über die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises hinaus keine weiteren Investitionen tätigen zu müssen. Zwar kann das Vertrauen des Getäuschten, dass sein Gesamtaufwand für die vorgesehene Verwendung der Kaufsache den Kaufpreis nicht übersteigen werde (vgl. BGHZ 111, 75, 82), geschützt sein. Im vorliegenden Fall bestand für eine solche Annahme der Kläger indes keine dem Beklagten zurechenbare Grundlage. So behaupten die Kläger selbst nicht, den Beklagten über die von ihnen beabsichtigte Nutzung des Grundstücks informiert zu haben. Der Beklagte wusste aus dem Schreiben des von den Klägern beauftragten Maklers vom 13.7.1992 lediglich, dass „ein Investor“ an dem Erwerb interessiert war. Waren aber die Pläne der Kläger weder Basis noch Gegenstand der Vertragsverhandlungen, so konnten die Kläger aufgrund des Verhaltens des Beklagten nicht darauf vertrauen, mit dem Kaufpreis sei auch die von ihnen beabsichtigte Änderung der Nutzung des Anwesens erkaufte.

Selbst wenn sich die Kläger die Ausführungen des Sachverständigen aus dem im ersten Rechtszug eingeholten schriftlichen Gutachten zu eigen gemacht hätten, wäre auch dies kein für die Ermittlung des Vertrauensschadens erheblicher Vortrag. Der Sachverständige hat mit dem „Nachteil ... aus der nicht realisierten Investition“ nichts anderes als den Gewinn ermittelt, der den Klägern bei einer verspäteten Fertigstellung des Bauvorhabens entgangen wäre. Dieser ist aber für die Berechnung der – nicht durch eine Verzögerung verursachten – Vermögensnachteile, die die Kläger hier als Schadensersatz geltend machen können, ohne Belang.

4. Damit festgestellt werden kann, ob und ggf. in welchem Umfang den Klägern ein Schaden dadurch entstanden ist, dass sie wegen der unzutreffenden Information über die Dauer des Mietverhältnisses das Grundstück zu teuer erworben haben, werden sie – bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses – vortragen und unter Beweis stellen müssen, welcher Minderwert des Grundstücks sich gegenüber einem

Ende 1999 auslaufenden Mietverhältnis mit der H-KG durch die Verlängerungsoption bis Ende 2004 ergibt (vgl. *Senat*, Urteil vom 10.7.1987, a.a.O.; BGH, Urteil vom 27.9.1988 a.a.O.).

Das bisherige Vorbringen der Kläger reicht nicht aus, um den für die Anpassung des Kaufpreises maßgeblichen Minderwert ermitteln zu können. Zwar haben die Kläger im ersten Rechtszug behauptet, durch ein Mietverhältnis von längerer Dauer sei der Verkehrswert eines zu Ausbau- oder Neubauzwecken erworbenen Grundstücks um 10 % gemindert. Die Parteien haben indes die Nutzung des Grundstücks für die Errichtung eines Boardinghouses oder auch nur für eine bauliche Umgestaltung nicht zum Vertragszweck gemacht. Es kann daher nur maßgeblich sein, welche Bedeutung der Geschäftsverkehr gewöhnlich einer Verlängerungsoption, wie sie hier vereinbart wurde, für die Wertermittlung beilegt. Den Absichten einzelner Interessenten, auf die der vom Landgericht beauftragte Sachverständige bei der Erläuterung seines Gutachtens abgestellt hat, kommt unter den hier gegebenen Umständen keine entscheidende Bedeutung zu.

III. Das Berufungsurteil kann danach mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Da Entscheidungsreife fehlt, muss die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erfolgen.

Das Berufungsgericht hat sich dadurch, dass es nur einen auf das Erfüllungsinteresse gerichteten Schadensersatzanspruch in Betracht gezogen hat, den Blick auf die Möglichkeit des Ersatzes des Vertrauensschadens verstellt. Bei zutreffender rechtlicher Sicht hätte es – zumal der Beweisbeschluss des Landgerichts vom 12.2.1997 eine unerhebliche Behauptung zum Gegenstand hatte – Anlass gehabt, die Kläger nach § 139 ZPO im Hinblick auf den ihnen etwa entstandenen Schaden zu einem ergänzenden Vortrag anzuhalten. Dies ist ihm durch die Zurückverweisung der Sache (§ 565 ZPO) wieder zu ermöglichen (vgl. *Senat*, BGHZ 129, 112, 122; Urteil vom 2.12.1994 – V ZR 193/93 –, NJW 1995, 587, 589).

Die Kläger erhalten auf diese Weise auch Gelegenheit, ihren Klageantrag zu überdenken. Da es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass auch der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zum Gesellschaftsvermögen zählen soll, ist von Mitgläubigerschaft auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.1995 – I ZR 172/93 –, NJW 1996, 1407, 1409). Die Kläger können daher nach § 432 Abs. 1 Satz 1 BGB nur Leistung an alle Gläubiger verlangen. Zu diesen dürfte aber auch die GmbH zählen, die ebenfalls als Gesamtschuldnerin hinsichtlich des Kaufpreises an dem Kaufvertrag mit dem Beklagten beteiligt war.

3. BGB § 463 (*Keine Arglist bei fehlender Erinnerung an offenbarungspflichtigen Mangel*)

Hat der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses an das Vorhandensein eines offenbarungspflichtigen Mangels des Grundstücks keine Erinnerung mehr, begründet seine Versicherung in dem Kaufvertrag, dass ihm erhebliche Mängel nicht bekannt seien, auch unter dem Gesichtspunkt der „Erklärung ins Blaue hinein“ nicht den Vorwurf arglistigen Verhaltens.

BGH, Urteil vom 11.5.2001 – V ZR 14/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag aus dem Jahr 1977 erwarb der Beklagte eine Teilfläche von ca. 3.345 qm des Flurstücks xy der Gemarkung O. In Nr. VIII des Vertrags hieß es u.a.:

„Der Verkäufer hat den Käufer darauf hingewiesen, dass es sich beim Vertragsgrundstück um Aufschüttungsgelände handelt.“

Wegen der Aufschüttung mussten die Fundamente einer von dem Beklagten errichteten Halle tiefer gegründet werden.

Der Beklagte veräußerte im Jahre 1992 u.a. das Flurstück xy mit notariellem Vertrag an die S. GmbH. In Nr. V 3 des Vertrags heißt es:

„Der Vertragsgegenstand wird in seinem derzeitigen Zustand veräußert. Der Veräußerer haftet nicht für Sachmängel aller Art, insbesondere nicht für Bauzustand, Bodenbeschaffenheit und Tauglichkeit des Vertragsgegenstandes für Zwecke des Erwerbers. Er versichert jedoch, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt sind. Besondere Eigenschaften, insbesondere eine bestimmte Grundstücksgröße werden nicht zugesichert.“

Mit weiterem notariellen Vertrag verkaufte wenige Monate darauf die S. GmbH das Flurstück xy an die Klägerin. Nr. V dieses Vertrags enthält einen Gewährleistungsausschluss. Die S. GmbH trat ihre Gewährleistungsansprüche gegen den Beklagten an die Klägerin ab. Mit der Behauptung, das Kaufgrundstück habe Bodenverunreinigungen aufgewiesen, was der Beklagte gewusst, aber verschwiegen habe, verlangt die Klägerin von dem Beklagten Schadensersatz in Höhe eines Teilbetrags von 100.000 DM nebst Zinsen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist – bis auf einen Teil der Zinsforderung – erfolgreich gewesen. Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Mit Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht nimmt an, das verkaufte Grundstück sei fehlerhaft gewesen, was der Beklagte der S. GmbH habe offenbaren müssen. Dies sei nicht geschehen, vielmehr habe er den Umstand, dass es sich um ein Auffüllgrundstück handle, arglistig verschwiegen. Auch wenn er diesen Umstand nicht mehr in Erinnerung gehabt haben sollte, wäre ihm Arglist vorzuwerfen; er habe dann nämlich „ins Blaue hinein“ versichert, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt gewesen seien, anstatt korrekterweise anzugeben, dass er die Vorgänge aus der Vergangenheit nicht mehr in Erinnerung habe.

II. Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Allerdings sieht das Berufungsgericht zutreffend in dem Umstand, dass es sich bei dem verkauften Grundstück um ein Auffüllgrundstück handelt, einen offenbarungspflichtigen Mangel. Aufgrund dieser Beschaffenheit war das Grundstück mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem nach dem Kaufvertrag vorausgesetzten Gebrauch – nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts wurde das Grundstück als Bauland verkauft – nicht unerheblich minderte. Bei einem Auffüllgrundstück besteht nämlich nicht nur die Gefahr eines erhöhten Gründungsaufwands, worauf die Revision abstellt; vielmehr muss auch die Möglichkeit in Rechnung gestellt werden, dass das Auffüllmaterial wegen seiner Zusammensetzung eine Gefahr darstellt. Dies gilt hier in besonderem Maße, weil das Grundstück bereits vor 1977 aufgefüllt worden war, also in einer Zeit, in der die durch Bodenkontaminationen hervorgerufenen Gefahren noch nicht so in das allgemeine Bewusstsein gedrungen waren, wie dies heute der Fall ist. Insoweit ist der vorliegende Sachverhalt mit den Fällen vergleichbar, die den

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes zur früheren Nutzung verkaufter Grundstücke als Deponie zugrunde lagen (s. nur *Senat*, Urteil vom 3.3.1995 – V ZR 43/94 –, NJW 1995, 1549, 1550 m.w.N.). Hier hat sich nach dem Vorbringen der Klägerin gerade die besondere Gefahr aufgrund der Zusammensetzung des Auffüllmaterials verwirklicht.

2. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht jedoch ein arglistiges Verhalten des Beklagten an; die Feststellungen in der angefochtenen Entscheidung tragen diese Beurteilung nicht.

a) Bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfasst damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines „Für-Möglich-Haltens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (*Senat*, Urteil vom 3.3.1995, a.a.O.). Das Berufungsgericht lässt es offen, ob sich der Beklagte bei den Kaufvertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss an den Umstand, dass es sich um ein Auffüllgrundstück handelt, erinnerte oder ihn vergessen hatte. Revisionsrechtlich ist deswegen zugunsten des Beklagten davon auszugehen, dass er keine entsprechende Erinnerung besaß. Dies schließt es denkgesetzlich aus, dass er den Fehler wenigstens für möglich hielt.

b) Arglistig kann aber auch derjenige handeln, der einem anderen versichert, eine bestimmte Kenntnis von Vorgängen oder Umständen zu haben, diese Kenntnis aber in Wirklichkeit nicht hat; eine vertragliche Zusicherung kann daher den Arglistvorwurf begründen, wenn sie zwar nicht bewusst den Tatsachen widerspricht, jedoch ohne jede sachliche Grundlage abgegeben und dieser Umstand dem Vertragspartner gegenüber verschwiegen wird (vgl. BGH NJW 1980, 2460, 2461; BGH NJW 1981, 1441, 1442; *Senat*, Urteil vom 26.9.1997, NJW 1998, 302, 303 m.w.N.). Offensichtlich haben diese Grundsätze das Berufungsgericht geleitet, dem Beklagten vorzuwerfen, er habe „ins Blaue hinein“ versichert, dass ihm erhebliche verborgene Mängel nicht bekannt seien. Dieser Vorwurf ist indes unbegründet. Der Beklagte hat nämlich nicht versichert, dass das verkaufte Grundstück frei von verborgenen Mängeln gewesen sei. Seine Erklärung, dass ihm solche Mängel nicht bekannt seien, traf jedoch zu. Denn eine Kenntnis von zeitlich zurückliegenden Umständen und Vorgängen ohne Erinnerung gibt es nicht.

c) Da der Beklagte sich nicht arglistig verhalten hat, stand der S. GmbH gegen ihn auch kein Schadensersatzanspruch nach § 463 Satz 2 BGB zu. Einem Minderungsanspruch nach §§ 459 Abs. 1, 462, 472 BGB stand der vereinbarte Gewährleistungsausschluss entgegen. Deswegen ging die Abtretung von Ansprüchen der S. GmbH an die Klägerin ins Leere.

3. Da Zweifel an der fehlenden Erinnerung des Beklagten weder geltend gemacht noch angebracht und insoweit weitere Feststellungen durch das Berufungsgericht nicht erforderlich und auch nicht zu erwarten sind, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

4. AGBG §§ 9 Abs. 2 Nr. 1, 11 Nr. 2a (*Ratenplan nach MaBV und Bürgschaft*)

1. Die formularmäßige Befreiung von der Vorleistungspflicht durch einen Bauträger verstößt gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 und § 11 Nr. 2 a.

2. Auch wenn durch den Bauträger aufgrund formularmäßiger Vereinbarung eine Vorauszahlungsbürgschaft zu stellen ist, bietet dies keine ausreichende Kompensation.

Gegen das Urteil ist Revision eingelegt.

OLG Karlsruhe – Urteil vom 19.4.2001 – 4 U 83/00, mitgeteilt von Notar *Thomas Wachter*, Osterhofen

Zum Sachverhalt:

1. Die Klägerin, eine kommunale Baugesellschaft, machte die Zahlung eines Kaufpreises für einen Sammelgaragenstellplatz geltend. Nach Zahlung des Kaufpreises während des erstinstanzlichen Verfahrens erklärte die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für teilweise erledigt und fordert nur noch Verzugszinsen bis zum Zahlungszeitpunkt.

Durch notariellen Vertrag vom 5.5.1998 verkaufte die Klägerin dem beklagten Ehepaar Sondereigentum an einem Kfz-Stellplatz verbunden mit einem Miteigentumsanteil an der zu bauenden Stadtteilgarage. Als Kaufpreis wurden 33.700,00 DM vereinbart. Die Fälligkeit des Kaufpreises ist in § 5 des Vertrages u.a. wie folgt geregelt:

„§ 5 Kaufpreisfälligkeit

(1) Der gesamte Kaufpreis ist nach Übergabe einer Sicherheit gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV (Bürgschaft) nach folgender Maßgabe fällig. Die Übergabe der Bürgschaftsurkunde durch den Verkäufer erfolgt an den Käufer später. Im Gegenzug für die Vorleistung erhält der Käufer einen Preisnachlass. Der Preisnachlass orientiert sich am Fälligkeitszeitpunkt. Die Fälligkeit wird wie folgt vereinbart:

5. Fälligkeit am 30.4.1999

Der Käufer erhält keinen Kaufpreisnachlass; der Verkäufer ist dennoch verpflichtet, die Bürgschaft zu übergeben. Der gesamte Kaufpreis ist fristgemäß nach Übergabe der Bürgschaft fällig, nicht jedoch vor dem 30.4.1999.

Dem Verkäufer steht das Recht zu, die gemäß § 7 MaBV geleistete Sicherheit zurückzuverlangen, soweit die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind und das Objekt vollständig fertig gestellt ist. Gibt der Käufer die Sicherheit trotz Anforderung nicht zurück, so hat er im Verzugsfall Schadenersatz zu leisten. Verzugszinsen sind in Höhe von 4 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu leisten. (...)

(8) Kommt der Käufer mit der Zahlung in Verzug, so hat er für die Dauer des Verzugs Verzugszinsen in Höhe von 4 % über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu bezahlen.“

Der Text des Kaufvertrages wurde für sämtliche Stellplatzerwerber einheitlich verwandt.

Bei der Vertragsprotokollierung machte der Beklagte Ziff. 2, von Beruf selbst Notar, geltend, die Fälligkeitsbestimmung des Vertrages verstoße gegen § 11 Nr. 2 AGBG. Mit Schreiben vom 14.3.1999 wiederholte er diesen Einwand und setzte der Klägerin eine Frist, um seiner Frau und ihm Vorschläge mit Preisabschlag zu unterbreiten oder anzuerkennen, dass der Fälligkeitstermin unzutreffend sei.

Mit Schreiben vom 17.5.1999, den Beklagten zugegangen am 20.5.1999, übersandte die Deutsche Bank AG den Beklagten das Original der Bürgschaftsurkunde Nr. 0074 vom 14.5.1999 über eine Bürgschaft von 33.700,00 DM.

Am 21.12.1999 nahmen die Beklagten den Stellplatz ohne Beanstandungen ab. Am 23.12.1999 ging die von den Beklagten geleistete Kaufpreiszahlung auf dem Konto der Klägerin ein.

2. Das Landgericht gab dem Zahlungsanspruch in Höhe von 4 % Zinsen aus 33.700,00 DM für den Zeitraum vom 10.8.1999 bis

23.12.1999 statt. Erst mit Genehmigung des Vertrages zwischen der Klägerin und der Stadt durch den Oberbürgermeister sei gemäß § 16 des Vertrages der Parteien dieser Vertrag wirksam geworden. Die Genehmigung sei erst mit Schreiben des Oberbürgermeisters vom 9.8.1999 erteilt worden, sodass der Zinsanspruch erst ab dem 10.8.1999 berechtigt sei.

Im Übrigen stellte das Landgericht fest, dass die Klage auf Zahlung von 33.700,00 DM in der Hauptsache erledigt sei. Die vertragliche Fälligkeitsregelung in § 5 des notariellen Vertrages sei nicht wegen Verstoßes gegen die §§ 9 Abs. 2, 11 Nr. 2 AGBG unwirksam. Diese Rechtsfrage sei in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch offen. Zwar sehe § 641 BGB die Vorleistung des Werkunternehmers vor. Dieses Leitbild werde für den Teilbereich des Bauträgervertrages aber durch die §§ 3, 7 MaBV dahingehend abgewandelt, dass Teilzahlungen oder – gegen Sicherheitsleistung – eine Vorleistungspflicht des Auftraggebers gleichwertig vereinbart werden könne. Rechtsvorschriften im Sinne von § 8 AGBG seien alle Gesetzesvorschriften im materiellen Sinn und zwar unabhängig davon, ob sie auf formellem Gesetz, Rechtsverordnung oder Satzung beruhten.

Die Beklagten fechten das landgerichtliche Urteil in vollem Umfang an. Sie wiederholen und vertiefen ihre Rechtsauffassung, wonach die vertragliche Fälligkeitsregelung wegen Verstoßes gegen das AGBG unwirksam sei.

3. Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil und meint, die Interessenlage bei einem Bauträgervertrag sei regelmäßig dergestalt, dass der Bauträger Vorleistungen erhalten müsse, denn anderenfalls seien Bauträgervorhaben gar nicht durchführbar. Der Erwerber sei durch die Bürgschaft davor geschützt, seine Vorleistung zu verlieren. Der eintretende Liquiditäts- und/oder Zinsnachteil sei nicht „unangemessen“ im Sinne des § 9 AGBG.

Aus den Gründen:

1. (...)

2. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Die Klage war nämlich von Anfang an unbegründet, da frühestens durch die am 21.12.1999 erfolgte Abnahme der Kaufpreis fällig wurde und die Beklagten hierauf rechtzeitig Zahlung leisteten.

Denn entgegen der Auffassung der Klägerin ist die in § 5 des Kaufvertrages enthaltene Fälligkeitsregelung für den Kaufpreis sowohl gemäß § 11 Nr. 2 a AGBG als auch gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam. Die formularvertraglich vereinbarte Vorauszahlung schließt ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten nach § 320 BGB aus und beinhaltet zugleich eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 Abs. 2 AGBG, da sie von dem wesentlichen Grundgedanken der in § 641 BGB begründeten Vorleistungspflicht des Werkunternehmers abweicht.

a) Es ist in der Literatur heftig umstritten, ob ein Bauträger mit einer Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV im Wege einer formularmäßigen Vereinbarung nicht nur von der Vorleistungspflicht des § 3 Abs. 2 MaBV, sondern auch von seiner bürgerlich-rechtlichen Vorleistungsverpflichtung befreit werden kann. Eine Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz nehmen insbesondere *Basty*, Der Bauträgervertrag, 3. Auflage, Rdnr. 339 ff.; *Brych/Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 3. Aufl., Rdnrn. 159, 186, 193, *Erman/Hefermehl/Werner*, BGB, 10. Aufl., § 11 Nr. 2 AGBG Rdnr. 4 an. Demgegenüber bejahen eine Zulässigkeit der vereinbarten Vorauszahlung insbesondere *Marcks*, MaBV, 6. Aufl., § 7 Rdnr. 2 ff. und *Speck*, MittRhNotK 1995, 117, 133, 138 sowie *Reithmann* in NJW 1997, 1816, 1817.

Sowohl der 9. Senat als auch der 7. Senat des BGH konnten diese Rechtsfrage in ihren Entscheidungen vom 14.1.1999 (NJW 1999, 1105, 1107) und vom 20.1.2000 (NJW 2000,

1403, 1405) jeweils noch offen lassen. In seinem Urteil vom 22.12.2000 (NJW 2001, 818 = WM 2001, 482) hat der 7. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs jedoch eine Grundsatzentscheidung über die Rechtsnatur der MaBV und deren Verhältnis zu BGB und AGBG getroffen. Unter Berücksichtigung der Ermächtigungsgrundlage der MaBV sowie ihrer Entstehungsgeschichte gelangt der BGH dabei zu dem Ergebnis, dass die MaBV ausschließlich gewerberechtliche Verbote und Gebote zum Gegenstand hat. „Fragen des zivilrechtlichen Vertragsrechts regelt die MaBV nicht. Die Verordnung lässt sich nicht in dem Sinn auslegen, weil damit die Grenzen der Ermächtigung überschritten würden. Diese Beurteilung hat zur Folge, dass die MaBV weder eine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 6 Abs. 2 AGBG noch Kontrollmaßstab i. S. des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ist“ (BGH NJW 2001, 818, 820).

Aufgrund dieser Leitentscheidung ist davon auszugehen, dass formularmäßige Regelungen in Bauträgerverträgen neben den öffentlich-rechtlichen Anforderungen der MaBV immer auch denjenigen des AGB-Gesetzes genügen müssen.

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze liegt es zum einen auf der Hand, dass die vorliegende Vorauszahlungsklausel gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG verstößt. Denn nach § 641 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Vergütung des Werkunternehmers erst mit der Abnahme fällig und obliegt somit diesem nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich die Vorleistungspflicht. Wenn ein Besteller – wie vorliegend die Beklagten – nach Übergabe einer Bürgschaft die gesamte Vertragssumme im Voraus bezahlen muss und damit selbst vorleistungspflichtig wird, begründet dies eine unangemessene Benachteiligung im Sinne von § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz. In diesem Zusammenhang bietet insbesondere die von der Klägerin ausgereichte Bürgschaft keine Kompensation. Nach dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung sichert diese nämlich nur

„Ansprüche des Käufers gegen den Bauträger auf Rückgewähr oder Auszahlung des vorgenannten Kaufpreises, den der Bauträger erhalten hat oder zu dessen Verwendung er ermächtigt worden ist“,

sodass die Beklagten ohne jede Sicherung sind, wenn das Bauvorhaben Mängel aufweist; insbesondere können sie kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Dem steht nicht die Entscheidung des BGH vom 14.1.1999 (NJW 1999, 1105) entgegen, wonach eine formularmäßige Vorauszahlungsbürgschaft auch Ansprüche des Käufers auf Ersatz für Aufwendungen zur Mängelbeseitigung umfassen kann. Im Hinblick auf die Unklarheitenregel des § 5 AGBG gehen Auslegungszweifel zu Lasten der Klägerin als Verwenderin. Nach dem Wortlaut der Bürgschaftserklärung ist zumindest fraglich, ob sie über den nach § 7 Abs. 1 MaBV erforderlichen Umfang hinausgehend ausgelegt werden kann.

Zugleich begründet die hier streitige Vorauszahlungsklausel nach Auffassung des Senates einen Verstoß gegen § 11 Nr. 2 a AGBG. Aufgrund der Tatsache, dass die Beklagten nach der vereinbarten Zahlungsregelung den Kaufpreis nach Übergabe der Bürgschaft in vollem Umfang vor auszuleisten haben, ist ihnen die Ausübung jeglichen Leistungsverweigerungsrechts genommen. In seiner Entscheidung vom 11.10.1984 (NJW 1985, 852 = WM 1984, 1610) hat der BGH in der durch eine Zahlung auf ein Notaranderkonto begründeten Vorleistungspflicht ebenfalls einen Ausschluss des Leistungsverweigerungsrechts nach § 320 Abs. 1 S. 1 BGB gesehen. Mithin ist auch vorliegend aufgrund des Ausschusses des Leistungsverweigerungsrechtes eine Unwirksamkeit der Fälligkeitsklausel gegeben.

c) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt an die Stelle der nichtigen Zahlungsvereinbarung § 641 Abs. 1 BGB (BGH NJW 2001, 818). Mithin wurde der Zahlungsanspruch der Klägerin frühestens am 21.12.1999 mit Abnahme des Stellplatzes durch die Beklagten fällig. Da die Beklagten noch am gleichen Tag die Überweisung des Kaufpreises in Auftrag gaben und die Vornahme dieser Leistungshandlung ausreichend war (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, BGB, 60. Aufl., § 270 Rdnr. 7), waren die Beklagten mit ihrer Zahlungspflicht nie in Verzug. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Gegen das Urteil wurde Revision zum BGH eingelegt.

5. WEG § 5 Abs. 2 (*Bodenplatten von Balkonen als Gemeinschaftseigentum*)

Für Bestand und Sicherheit des Bauwerks notwendige Bauteile sind nicht sondereigentumsfähig. Zu diesen Bauteilen gehören unter anderem auch Bodenplatten von Balkonen und die darauf angebrachte Isolierung.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BGH, Urteil vom 25.1.2001 – VII ZR 193/99 –

Zum Sachverhalt:

Der Kläger nimmt den beklagten Architekten auf Schadensersatz in Anspruch. Im Revisionsverfahren geht es noch um Baumängel aufgrund von Planungsfehlern des Beklagten.

Der Kläger hat sich ein Zweifamilienhaus errichten lassen, das tatsächlich aus zwei aneinander angelehnten Einfamilienhäusern besteht; er hat das Anwesen in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt. Den vorderen Hausteil hat der Kläger während der Bauarbeiten verkauft. Ansprüche der Erwerber sowie ihrer Rechtsnachfolger, der gegenwärtigen Eigentümer, gegen den Beklagten hat der Kläger sich abtreten lassen.

Neben etlichen anderen Ansprüchen und Schadenspositionen, die nicht mehr Gegenstand des Verfahrens sind, hat der Kläger Schäden in Höhe von 22.000 DM geltend gemacht für Mängel der Konstruktion und Isolierung der Balkone sowie weiterer 30.000 DM für Mängel der Pultdächer mit den dazu gehörenden Regenrinnen.

Beide Vorinstanzen haben insoweit dem Kläger einen Schadensersatzanspruch zuerkannt, allerdings nur wegen der Mängel am hinteren, weiterhin im Eigentum des Klägers stehenden Hausteil und auch dort nur in geringerer als der geltend gemachten Höhe. Das Landgericht hat 5.600 DM (Balkone) und 2.300 DM (Dach) zugesprochen, das Oberlandesgericht etwas darüber hinausgehend.

Der Senat hat die Revision des Klägers angenommen, soweit der Kläger wegen Mängeln an den Balkonen und Pultdächern weitere 14.204,80 DM und 24.498,40 DM geltend macht.

Aus den Gründen:

Die Revision ist im Umfang der Annahme begründet.

1. Der Kläger ist auch hinsichtlich der Mängel an den Balkonen und am Dach des vorderen Hausteils zur Prozessführung befugt und anspruchsberechtigt.

Die Balkone und das Dach des vorderen Hausteils stehen nicht im Sondereigentum Dritter. Die Grenzen des § 5 Abs. 2 WEG für die Begründung von Sondereigentum gelten auch bei Wohnungseigentumsanlagen, die sich aus mehreren Häusern zusammensetzen (BGH, Beschluss vom 3.4.1968 – V ZB

14/67, BGHZ 50, 56, 57 ff.; *Weitnauer*, WEG, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 19, § 3 Rdnr. 72; *Niedenführ/Schulze*, WEG, 5. Aufl., § 5 Rdnr. 26). Für Bestand und Sicherheit des Bauwerks notwendige Bauteile sind nicht sondereigentumsfähig. Zu diesen Bauteilen gehören neben dem Dach unter anderem auch Bodenplatten von Balkonen und die darauf angebrachte Isolierung (BGH, Urteil vom 21.2.1985 – VII ZR 72/84 –, BauR 1985, 314 = NJW 1985, 1551).

(...)

6. GBO § 18; GrdstVG §§ 2, 5, 7; AGGrdstLPachtVG Art. 2 (*Berechtigte Zweifel an Genehmigungsfreiheit nach GrdstVG*)

Berechtigte Zweifel an der Genehmigungsfreiheit der Auflassung eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit einer Fläche von weniger als 2 ha bestehen nur dann, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verkäufer innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren aus seinem landwirtschaftlichen Grundbesitz Grundstücke im Rahmen der Freigrenze verkauft hat, und zwar mit einer so großen Fläche, dass zusammen mit der Fläche des neu verkauften Grundstücks die Freigrenze von 2 ha überschritten wird.

BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000 – 2Z BR 118/00 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1 sind als Eigentümer in Gütergemeinschaft im Grundbuch eines im Bestandsverzeichnis als „Feld, Acker“ beschriebenen Grundbesitzes mit einer Gesamtfläche von 0,1044 ha eingetragen.

Mit notarieller Urkunde vom 14.7.2000 überließen sie dieses Grundstück dem Beteiligten zu 2. Die Beteiligten erklärten die Auflassung des Grundstücks und beantragten, den Eigentumswechsel in das Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung vom 25.8.2000 hat das Grundbuchamt die Eintragung von der Vorlage eines Negativzeugnisses der Genehmigungsbehörde oder einer Erklärung der Beteiligten zu 1 darüber abhängig gemacht, dass sie innerhalb der letzten drei Jahre vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz nicht soviel veräußert hätten, dass die Freigrenze von 1 ha überschritten worden sei. Mit Beschluss vom 26.10.2000 hat das Landgericht die Beschwerde der Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich deren weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung. 1. (...)

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

Wie der Senat in einem vergleichbaren Fall (BayObLGZ 1969, 144 ff.) entschieden hat, durfte das Grundbuchamt hier den Vollzug der Auflassung nicht von der Vorlage eines Negativzeugnisses der Genehmigungsbehörde oder einer Erklärung der Beteiligten zu 1 darüber abhängig machen, dass innerhalb der letzten drei Jahre vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz nicht soviel veräußert worden ist, dass die Freigrenze von 2 ha überschritten worden ist.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit einer Fläche von 0,1044 ha. Davon geht zu Recht auch das Landgericht aus.

Die Beteiligten bestreiten dies nicht. Die Veräußerung bedarf nach Art. 2 Abs. 1 AGGrdstLPachtVG vom 21.12.1961 (BayRS 7810 – 1 – E) i. V.m. Art. 9 des Zweiten Verwaltungsreformgesetzes vom 28.3.2000 (GVBl. S. 136) grundsätzlich keiner Genehmigung. Der Genehmigung bedarf es nach Art. 2 Abs. 2 Nr. 2 AGGrdstLPachtVG jedoch dann, wenn innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz im Rahmen der Freigrenze land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke veräußert worden sind und bei Einrechnung dieser Veräußerung die Fläche von 2 ha erreicht wird.

Berechtigte Zweifel an der Genehmigungsfreiheit der Überlassung des Grundstücks und der Auflassung hätte das Grundbuchamt nur dann haben können, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorgelegen hätten, dass die Beteiligten zu 1 innerhalb des genannten Zeitraums aus ihrem landwirtschaftlichen Grundbesitz Grundstücke im Rahmen der Freigrenze verkauft hatten, und zwar mit einer so großen Fläche, dass zusammen mit der Fläche des neu verkauften Grundstücks die Freigrenze von 2 ha überschritten wurde. Konkrete Anhaltspunkte hierfür lassen sich aber den Feststellungen der Vorinstanzen nicht entnehmen. Allein die Möglichkeit, dass die Beteiligten zu 1 außerhalb des Bezirks des Grundbuchamts land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke besaßen und diese in dem einschlägigen Zeitraum veräußert haben könnten, reicht für die Annahme begründeter Zweifel nicht aus. Es handelt sich eben nur um eine Möglichkeit; bestimmte Tatsachen, die auf eine Verfügungsbeschränkung hindeuten, liegen nicht vor (BayObLG a.a.O.). Ein anderes Ergebnis würde im Übrigen dazu führen, dass dem in Art. 2 Abs. 1 AGGrdstLPachtVG niedergelegten Grundsatz, dass Kleinverkäufe der dort genannten Art genehmigungsfrei sind, jede praktische Bedeutung genommen würde. Der Zweck der Vorschrift, insoweit den Grundstücksverkehr nicht unnötig zu erschweren, würde damit regelmäßig verfehlt (BayObLG a.a.O.).

Abgesehen davon durfte das Grundbuchamt die Eintragung auch nicht von der Erklärung der Beteiligten zu 1 abhängig machen, dass die Voraussetzungen der Freigrenzenbestimmung vorliegen. Durch die Abgabe einer solchen Erklärung würde der Nachweis für ihre Richtigkeit nicht erbracht sein (BayObLG a.a.O.).

7. WEG §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 2 (*Spitzboden mit Zugang ausschließlich über Sondereigentum*)

Der Umstand, dass ein Spitzboden nur durch die darunter liegende im Sondereigentum stehende Wohnung zugänglich ist, macht ihn nicht zwingend zu Sondereigentum. Umgekehrt ist ein Raum, der der einzige Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum ist, selbst grundsätzlich Gemeinschaftseigentum.

(*Leitsatz der Schrifileitung*)

BayObLG, Beschluss vom 14.2.2001 – 2Z BR 3/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller und die Antragsgegnerin sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Der Antragsgegnerin gehören zwei Wohnungen im Dachgeschoss. Über jeder Wohnung befindet sich ein Spitzboden, dessen einziger Zugang innerhalb der Wohnung liegt.

Die Antragsteller haben beantragt, die Antragsgegnerin unter Androhung von Ordnungsmitteln für den Fall der Zuwiderhandlung zu verpflichten, den Spitzboden über ihren beiden Wohnungen sämtlichen Antragstellern zugänglich zu machen und die alleinige Nutzung zu unterlassen. Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin am 19.4.2000 verpflichtet, den Antragstellern den Mitbesitz an den beiden Spitzböden einzuräumen. Das Landgericht hat durch Beschluss vom 1.12.2000 die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren sofortige weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

3. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Gegenstand des Sondereigentums sind grundsätzlich die bei Begründung von Wohnungseigentum im Teilungsvertrag oder in der Teilungserklärung gemäß § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG bestimmten Räume (§ 5 Abs. 1, § 8 Abs. 2 WEG). Bei Anlegung des Grundbuchblatts für jeden Wohnungseigentümer kann zur näheren Bezeichnung des Gegenstands des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, der als Anlage ein Aufteilungsplan beizufügen ist. In dem Aufteilungsplan sind alle zu derselben Wohnung gehörenden Räume mit der jeweils gleichen Nummer zu versehen (§ 7 Abs. 3, 4 Nr. 1 WEG).

Rechtlich zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei den beiden Spitzböden danach nicht um Sondereigentum der Antragsgegnerin handelt, sondern um gemeinschaftliches Eigentum. Die Spitzböden sind weder in der Teilungserklärung bei der Beschreibung der beiden Wohnungen der Antragsgegnerin als zu diesen gehörendes Sondereigentum aufgeführt noch sind sie im Aufteilungsplan als Sondereigentum ausgewiesen. Vielmehr ergibt sich aus den als Schnitte I bezeichneten Plänen eindeutig, dass die Spitzböden nicht Teil der Räume der darunter liegenden Wohnungen sind. Die Spitzböden sind durch eine Decke von der darunter liegenden Wohnung getrennt und damit selbstständige Räume.

b) Der Umstand, dass die Spitzböden nur durch die darunter liegende Wohnung zugänglich sind, macht sie nicht notwendigerweise zu Sondereigentum dieser Wohnungen. Vielmehr ist umgekehrt ein Raum, der der einzige Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum ist, selbst Gemeinschaftseigentum (BayObLGZ 1986, 26; 1989, 99 f.; 1991, 165/169). Eine Ausnahme hat der Senat jedoch dann angenommen, wenn es sich um im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Räume handelt, die von ihrer Beschaffenheit her nicht zum ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer bestimmt sind. In einem solchen Fall spielt der Zugang keine maßgebende Rolle. Der Zugang braucht daher nicht zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum zu stehen (BayObLGZ 1991, 165/169 f.; BayObLG NJW-RR 1995, 908; zustimmend *Bärman/Pick* WEG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 56; *Weitnauer* WEG 8. Aufl. § 5 Rdnr. 9; *Demharter* GBO 23. Aufl. Anh. zu § 3 Rdnr. 18).

c) Ohne Rechtsfehler ist das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass es sich bei den beiden Spitzböden um solche Räume handelt. Sie stehen im gemeinschaftlichen Eigentum, ohne dass dadurch die Sondereigentumsfähigkeit der zu der darunter liegenden Wohnung gehörenden Räume in Frage gestellt wird. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage und Beschaffenheit nach der Teilungserklärung und dem Aufteilungsplan. Davon abweichende bauliche Ausgestaltungen können die rechtliche Beurteilung nicht beeinflussen.

Am gemeinschaftlichen Eigentum steht allen Wohnungseigentümern der Mitgebrauch nach Maßgabe der §§ 14, 15 WEG zu (§ 13 Abs. 2 Satz 1 WEG). Die Art des zulässigen Mitgebrauchs bestimmt die Lage und Beschaffenheit (vgl. § 15 Abs. 2 WEG) der Spitzböden, die insbesondere dadurch geprägt ist, dass ein eigener Zugang vom Gemeinschaftseigentum aus fehlt. In Betracht kommt damit ein Mitgebrauch zu Zwecken der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer insgesamt und nicht einzelner Wohnungseigentümer. Ferner ist entscheidend, dass nur ein solcher Mitgebrauch zulässig ist, der nur ein gelegentliches Betreten des Speichers notwendig macht. Dies schließt es einerseits aus, dass die Antragsgegnerin als Eigentümerin der darunter liegenden Wohnung den Spitzboden für Zwecke nutzt, die ausschließlich ihren Interessen dienen; andererseits schließt es aber auch das Recht anderer Wohnungseigentümer aus, jederzeit Zugang zu dem Spitzboden zu verlangen. Bei einer dem bestimmungsgemäßen Gebrauch durch die Gemeinschaft dienenden Nutzung der Spitzböden ist die Antragsgegnerin als Eigentümerin der darunter liegenden Wohnungen jedoch grundsätzlich verpflichtet, den Zugang zu den Spitzböden zu gewähren (vgl. § 14 Nr. 3, 4 WEG).

4. Es erscheint dem Senat angemessen, der in allen Rechtszügen unterlegenen Antragsgegnerin die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 47 WEG).

8. BGB § 1090 GBO § 53 Abs. 1 Satz 2 (*Zulässigkeit einer Energiebezugsdienstbarkeit*)

Die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die verbietet, dass das belastete Grundstück mit anderen Brennstoffen als mit Flüssiggas (ausgenommen offenes Kaminfeuer) beheizt wird, erweist sich nach ihrem Inhalt nicht als unzulässig und ist daher nicht von Amts wegen zu löschen.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 23.5.2001 – 3 W 32/01 –

Zum Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens ist die Anregung der Beteiligten zu 1) und 2), die im Grundbuch zugunsten der Beteiligten zu 3) eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit – „Verbot der Beheizung mit anderen Brennstoffen als Flüssiggas, ausgenommen offenes Kaminfeuer“ gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen (vgl. BayObLG MittBayNot 1991, 255, 256).

Aus den Gründen:

(...)

Die Auffassung der Beschwerdekammer, die – ebenso wie das Grundbuchamt – eine Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO abgelehnt und die Erstbeschwerde daher als unbegründet zurückgewiesen hat, hält der rechtlichen Überprüfung stand. Denn bei der genannten Dienstbarkeit handelt es sich um eine inhaltlich zulässige Eintragung. Inhaltlich unzulässig sind nur solche Eintragungen, die mit dem eingetragenen Inhalt aus Rechtsgründen nicht bestehen können (BGHZ 136, 283, 287 m.w.N.,.). Die inhaltliche Unzulässigkeit muss feststehen und sich aus der Grundbucheintragung und der zuläs-

sigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BayObLGZ 1987, 390, 393; BayObLG MittBayNot 1980, 203; 1991, 255, 256). Nach § 1090 BGB kann Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit jede Befugnis sein, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) bilden kann. § 1018 2. Alternative BGB sieht eine Dienstbarkeit mit dem Inhalt vor, dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, dass der Inhalt einer solchen Dienstbarkeit nur in einem Dulden oder Unterlassen des Eigentümers des belasteten Grundstücks bestehen darf, positives (aktives) Tun des Eigentümers kann dagegen nicht Hauptinhalt einer Dienstbarkeit sein (BayObLGZ 1976, 218, 222 f.; *Staudinger/Ring*, BGB 12. Aufl. § 1018 Rdnr. 64 m.w.N.). Aus dem Gesetzeswortlaut folgt des Weiteren, dass es sich bei den Handlungen, die der Eigentümer nicht vornehmen darf, im Gegensatz zu Rechtsgeschäften um Maßnahmen tatsächlicher Art handeln muss, die sich als Ausfluss des Eigentumsrechts am Grundstück darstellen. Die dem Eigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muss auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein. Sie darf nicht lediglich eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsfreiheit enthalten (BGHZ 29, 244, 248 f.; 74, 293, 297; BayObLGZ 1997, 129, 132). Hiernach hat die unter rechtswirksamer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom 17.2.1987 für die Beteiligten zu 3) eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit einen zulässigen Inhalt:

aa) Gegenstand des dinglichen Rechts ist zunächst nicht eine unmittelbare Pflicht zur Abnahme oder zum Bezug des von der Beteiligten zu 3) angebotenen Flüssiggases; eine solche positive Leistungspflicht des Eigentümers könnte, wie ausgeführt, gemäß §§ 1018, 1090 Abs. 1 BGB nicht (Haupt-)Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein (vgl. in dem hier gegebenen Zusammenhang BGHZ 74, 293, 296; BGH WM 1984, 820, 821; *Palandt/Bassenge*, BGB 60. Aufl. § 1018 Rdnr. 5). Die Grundbucheintragung und die darin in Bezug genommene Eintragungsbewilligung besagen jedoch nur, dass die Beheizung mit anderen Brennstoffen als mit Flüssiggas zu unterlassen ist; ausgenommen von diesem Verbot ist die Verwendung von offenem Kaminfeuer. Zwar trifft der Vortrag der Beteiligten zu 1) und 2) in ihrer weiteren Beschwerde insoweit zu, als sie ausführen, dass sie – von der ausdrücklich erwähnten Ausnahme abgesehen – als Folge der untersagten Maßnahmen gezwungen sind, ihr Anwesen nur und ausschließlich unter Verwendung des Brennstoffes Flüssiggas zu beheizen. Fehl geht aber ihr weiterer Vortrag, dass „dieses Flüssiggas auch noch von der X, der Beteiligten zu 3) zu beziehen ist“. Dies verkennt den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; der Senat als Gericht der weiteren Beschwerde hat die entsprechende Eintragung im Grundbuch ohne Bindung an die Auslegung des Landgerichts selbst ausulegen (vgl. BayObLGZ 1977, 226, 230; BayObLG MittBayNot 1980, 203; *Demharter* a.a.O. § 78 Rdnr. 17 m.w.N.). Hierbei ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie sich dieser für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205, 209; BayObLGZ 1978, 214, 217). Danach handelt es sich hier nicht um eine unzulässige Dienstbarkeit, die den Bezug von Waren oder Leistungen bei einem anderen Anbieter, Hersteller oder Lieferanten als dem aus dem dinglichen Recht Berechtigten verbietet (vgl. BGH Rpfleger 1975, 171; NJW 1985, 2474; BayObLGZ 1976, 218, 222; 1997, 129, 133; BayObLG DNotZ 1972, 350, 353). Vielmehr ist Gegenstand der Dienstbarkeit die Einschränkung der

tatsächlichen Herrschaftsmacht des jeweiligen Grundstückseigentümers und nicht bloß eine Beschränkung seines Rechts zur freien Auswahl der Lieferanten (vgl. BGHZ 29, 244, 246 f.). Denn das hier eingetragene Verbot wirkt sich unmittelbar auf den tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks aus (vgl. BGHZ a.a.O. S. 251); die Beteiligten zu 3) kann nämlich verlangen, dass die Beteiligten zu 1) und 2) – die Grundstückseigentümer – eine „Beheizung (ihres Anwesens) mit anderen Brennstoffen als Flüssiggas, ausgenommen offenes Kaminfeuer“, unterlassen. Eine Pflicht, den Bezug des Gases bei anderen Anbietern als der Beteiligten zu 3) zu unterlassen, ist damit jedoch nicht verbunden. Erst recht folgt aus der Dienstbarkeit keine Rechtspflicht, den Brennstoff bei der Beteiligten zu 3) zu beziehen.

bb) Für die Entscheidung des Falles kommt es nicht auf die in der Rechtsprechung unterschiedlich beurteilte Frage an, ob eine (beschränkte persönliche) Dienstbarkeit aus zwingenden tatsächlichen Gründen zur Folge haben darf, dass der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks die von ihm benötigte Wärmeenergie von dem Berechtigten beziehen muss (für die Wirksamkeit BGH WM 1984, 820, 821; OLG Düsseldorf Rpfleger 1979, 304 f.; dagegen BayObLG DNotZ 1982, 251, 254; MDR 1982, 936, 937; offen gelassen in BayObLGZ 1985, 285, 289; vgl. noch BayObLGZ 1997, 129, 133; dem BayObLG zust. *Palandt/Bassenge* a.a.O.). Aus den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Landgerichts ergeben sich nämlich keine Anhaltspunkte für einen solchen, in den tatsächlichen Gegebenheiten des Falles begründeten Kontrahierungszwang zugunsten der Beteiligten zu 3). Keinesfalls kann dies aus dem Umstand hergeleitet werden, dass die Beteiligten zu 1) und 2) ebenso wie die übrigen Grundstückseigentümer des Wohn- und Freizeitparks mit der damaligen Verkäuferin der Grundstücke vereinbart haben, der „Gaslieferungsvertrag“ werde für alle Erwerber einheitlich von der Beteiligten zu 3) abgeschlossen.

cc) Es bedarf auch keines Eingehens auf den vom Landgericht erörterten Inhalt und Umfang einer Sicherungsabrede zwischen den Beteiligten. Denn eine Dienstbarkeit wie die hier zu beurteilende ist als unbefristetes und unbedingtes dingliches Recht nach der nunmehr gefestigten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der sich der Senat anschließt, inhaltlich selbst dann zulässig, wenn sie dem Zweck dienen soll, eine Bezugsverpflichtung zu erreichen oder abzusichern (BGH NJW-RR 1992, 593, 594 m.w.N.). Dies ergibt sich aus der Abstraktheit der dinglichen Dienstbarkeitsbestellung (vgl. BGH WM 1984, 820, 821 f.; NJW 1985, 2474 f.; 1988, 2362; 2364; NJW-RR 1999, 519; BayObLGZ 1985, 290, 295; 2000, 140, 142; OLG Düsseldorf a.a.O.).

9. HGB §§ 2 Satz 2, 105 Abs. 2 Satz 2 (*Richtigstellung des Grundbuchs nach Umwandlung einer GdB in eine Personenhandelsgesellschaft*)

Die identitätswahrende Umwandlung einer BGB-Gesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft ist auch dann möglich, wenn die BGB-Gesellschaft ursprünglich kein Handelsgewerbe betrieb. Eine Übertragung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens ist in diesem Fall nicht erforderlich.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG München 1, Beschluss vom 18.6.2001 – 1 T 8299/01 –

Zum Sachverhalt:

Im Grundbuch des Amtsgerichts München für G, Band, Blatt, sind die Beteiligten zu 1) bis 3) als Gesellschafter bürgerlichen Rechts in der ersten Abteilung, als Eigentümer eingetragen. Sie beantragten am 26.6.2000 die Berichtigung des Grundbuchs, weil sie beschlossen hatten, die Gesellschaft als GmbH & Co. KG fortzuführen. Diese Gesellschaft sei seit 23.6.2000 unter der Firma xy GmbH & Co. KG unter Handelsregister A im Handelsregister des Amtsgerichts eingetragen. Durch die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister sei das Grundbuch unrichtig geworden, nunmehr sei die KG als Eigentümerin einzutragen.

Das Amtsgericht, Grundbuchamt, erließ am 21.3.2001 eine Zwischenverfügung. Es ist der Auffassung, dass das Grundbuch nicht unrichtig geworden sei; die BGB-Gesellschaft habe sich nicht automatisch in ein vollkaufmännisches Gewerbe und damit eine KG umgewandelt, da die BGB-Gesellschaft kein vollkaufmännisches Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB ausgeübt habe. Nur für diesen Fall könne das Registergericht eine Bescheinigung nach § 15 Abs. 3 Satz 2 Grundbuchverfügung erteilen. Da keine formwechselnde Umwandlung vorliege, könne die Übertragung der Immobilie nur durch Auflassung der BGB-Gesellschafter an die KG erfolgen. Diese liege nicht vor, könne jedoch nachgereicht werden. Zur Behebung des angenommenen Vollzugshindernisses setzte das Grundbuchamt eine Frist bis 30.4.2001.

Hiergegen richtet sich die „Erinnerung“ der Beteiligten zu 1) bis 3)

Zu den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet.

Die Erinnerung ist als Beschwerde gegen die Entscheidung des Rechtspflegers statthaft (§ 71 Abs. 1 GBO; vgl. *Demharter*, Grundbuchordnung, 23. Auflage, § 71, Rdnrn. 5, 3).

Die Beschwerde ist auch begründet, da das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis (fehlende Auflassung) nicht besteht.

Die Auffassung des Grundbuchamts, die Umwandlung der BGB-Gesellschaft in die KG habe sich nicht kraft Gesetzes vollzogen, ist allerdings richtig. Nach Aktenlage betrieb die BGB-Gesellschaft und nunmehr die Kommanditgesellschaft kein Gewerbe, sondern bloße Vermögensverwaltung. Die Kommanditgesellschaft erhielt daher die Kaufmannseigenschaft nicht bereits kraft Gesetzes, vielmehr war für die Umwandlung ein Grundlagengeschäft erforderlich. Die Kaufmannseigenschaft wurde dann mit der Eintragung im Handelsregister erworben. Der Handelsregisterauszug wurde von den Beteiligten mittlerweile auch vorgelegt (Schreiben vom 18.5.2001). Die Eintragungsoption der §§ 2 Satz 2, 105 Abs. 2 Satz 2 HGB führt nicht zu einer Umwandlung kraft Gesetzes, sondern nur zu einer Umwandlung kraft Rechtsgeschäfts (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 30. Auflage, § 105, Rdnr. 14). Bei einer Umwandlung kraft Rechtsgeschäfts gibt es hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens eine Universalsukzession nur in den im Gesetz zugelassenen Fällen. Hauptfall hierfür ist das Umwandlungsgesetz, vorliegend ist jedoch kein Fall des Umwandlungsgesetzes gegeben. Nach § 191 Abs. 1 UmwG kann der formwechselnde Rechtsträger ohnehin nicht eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.

Dennoch ist hier davon auszugehen, dass die frühere BGB-Gesellschaft und die nunmehrige Kommanditgesellschaft identisch sind und die Umwandlung der BGB-Gesellschaft zur KG unter Wahrung dieser Identität erfolgte. Dies hat zur Folge, dass eine Übertragung der einzelnen Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht erforderlich ist. Durch die identitätswahrende Umwandlung wird allerdings auch nicht das Grundbuch unrichtig, es bedarf aber einer Richtigstellung

der tatsächlichen Angaben im Zusammenhang mit der Eigentümerbezeichnung (*Limmer*, DStR 2000, S. 1232; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Rdnr. 984 a). Dies ist aber genau das Antragsziel der Beteiligten.

Die Kammer folgt insoweit der in der Literatur vertretenen Auffassung, wobei eine gegenteilige Auffassung der Rechtsprechung nicht ersichtlich ist, wonach aufgrund der Neufassung der §§ 1 ff. HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 (Bundesgesetzblatt I, S. 1474) die identitätswahrende Umwandlung einer BGB-Gesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft auch dann möglich ist, wenn die BGB-Gesellschaft ursprünglich kein Handelsgewerbe betrieb (*Simon*, DStR 2000, S. 578 ff.; *Limmer*, DStR 2000, S. 1230 ff.; *Karsten Schmidt*, DB 1998, S. 61 ff., vor allem 62). Es war bereits früher anerkannt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich mit dem Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma in eine oHG oder KG umwandelt, ohne dass sich damit die Identität der Gesellschaft ändert und ohne dass eine Vermögensübertragung erforderlich war (vgl. z.B. BGHZ 69, S. 95 ff., 101). Bei einer solchen Umwandlung tritt kein Rechtsübergang durch Wechsel des Eigentümers ein, sie bewirkt keine Grundbuchunrichtigkeit (BGH NJW 1982, S. 170 ff., 172). Seit der Neufassung der §§ 1 ff. HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 wird in der Literatur vertreten, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich „mit Betrieb eines Handelsgewerbes“ in eine oHG oder KG umwandelt, ohne dass die Vermögensübertragung erforderlich sei bzw. ohne dass die Identität wechsle (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Rdnr. 984 a; vgl. ferner die oben genannten Fundstellen zur Literaturauffassung). Es ist kein Grund ersichtlich, die Fälle unterschiedlich zu behandeln, in denen das Entstehen der KG kraft Gesetz geschieht, weil bereits die BGB-Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 2 HGB) und die Fälle, in denen für das Entstehen der Kaufmannseigenschaft die Eintragung ins Handelsregister erforderlich ist (§ 2 Satz 2 HGB, § 105 Abs. 2 HGB). In beiden Fällen handelt es sich um einen identitätswahrenden Rechtswechsel.

Da die Zwischenverfügung eine Auflassungserklärung als Eintragungshindernis annimmt, war sie aufzuheben.

(...)

Im Übrigen weist die Kammer darauf hin, dass allerdings in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen ist, dass ein identitätswahrender Rechtswechsel eingetreten ist. Dies kann, was auch das Grundbuchamt gesehen hat, in der Form des § 15 Abs. 3 Satz 2 Grundbuchverfügung geschehen oder aber auch z.B. durch eine entsprechende Bewilligung der BGB-Gesellschafter (*Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdnr. 984 a).

Anmerkung:

1. Der vorliegende in jeder Hinsicht zutreffende Beschluss des LG München I betrifft ein Problem im Grenzbereich zwischen UmwG und allgemeinem Handelsrecht, das besonders durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22.6.1998 neue Aktualität und Praxisbedeutung gewonnen hat: die sogenannte Umwandlung kraft Rechtsformzwang oder auch gesetzliche Umwandlung (vgl. eingehend bereits *Limmer* DStR 2000, 1230 ff.; *Simon* DStR 2000, 578 ff.). Im Zentrum der Problematik steht die BGB-Gesellschaft, die weitgehend von den Umwandlungsmöglichkeiten des UmwG ausgenommen wurde. Im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 27.9.1999 (DStR 1999, 1704), mit der der BGH die Haftungsbegrenzung bei Gesellschaften des bürgerlichen Rechts

eingeschränkt hat und eine solche Haftungsbeschränkung nur bei Vorliegen einer jeweiligen individualvertraglichen Vereinbarung gelten lässt, bestand und besteht zur Vermeidung steuerlicher Nachteile die Gestaltungsaufgabe, die BGB-Gesellschaft unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, meist in die GmbH & Co. KG umzuwandeln. Hintergrund ist – wie immer – ein steuerrechtlicher: der Verlust der gewerblichen Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG für die BGB-Gesellschaft mbH, da diese Haftungsbeschränkung voraussetzt, die nach der Grundlageneinteilung des BGH gesellschaftsrechtlich nicht mehr erreicht werden kann. Die Finanzverwaltung hatte unter Vertrauensschutzgesichtspunkten eine Zwangsbetriebsaufgabe mit allen negativen Folgen verneint, wenn die betreffende GbRmbH bis 31.12.2000 in eine GmbH & Co. KG umgewandelt wird (BMF-Schreiben vom 18.7.2000, BStBl. I S. 1198).

2. Es ist seit jeher anerkannt, dass auch außerhalb des UmwG identitätswahrende Änderungen der Unternehmensrechtsform eintreten können. Hauptfall vor dem Handelsrechtsreformgesetz war die sogenannte gesetzliche Umwandlung im Recht der Gesamthandsgesellschaften (vgl. dazu ausführlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 1300 ff.; *Müller-Laube*, FS *Wolf*, 1985, S. 501, 526 ff.). Der Wechsel zwischen diesen Personengesellschaften war kein Problem der Rechtsformwahl, sondern ein Problem des Rechtsformzwanges. Insbesondere das Verhältnis zwischen den Handelsgesellschaften und der BGB-Gesellschaft zeigt dies: Eine OHG und eine KG lag vor dem Handelsrechtsreformgesetz nur vor, wenn und solange der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens gerichtet ist. Fehlte es am Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens, so wurde eine OHG automatisch zur BGB-Gesellschaft. Umgekehrt wurde eine als BGB-Gesellschaft gegründete Gesamthand OHG oder KG, wenn und sobald ein vollkaufmännisches Unternehmen vorlag, dies sogar gegen den Willen ihrer Gesellschafter (vgl. *K. Schmidt*, S. 1301; *Neye/Limmer/Frenz/Harnacke*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, Rdnr. 1409). In all diesen Fällen änderte sich aufgrund des in § 105 HGB vorgegebenen Rechtsformzwanges (vollkaufmännisches Unternehmen) die Rechtsform identitätswahrend, ohne dass Übertragungsakte erforderlich waren (vgl. auch *Habersack*, in: *Staub* – Großkomm zum HGB, 4. Aufl. 1997, § 123 Rdnr. 5). Auch damals galt, dass die Eintragung im Handelsregister und der Betrieb eines vollkaufmännischen Gewerbebetriebes allein für den – infolge des gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwanges stattfindenden – Rechtsformwechsel von der BGB-Gesellschaft zur OHG und umgekehrt maßgebend waren (vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 121 ff.; *Habersack*, a.a.O., Rdnr. 4). In all diesen Fällen blieb die Identität des Rechtsträgers und damit auch die Vermögenszuordnung unberührt, ein Vermögensübergang fand nicht statt, bei Zugehörigkeit von Grundeigentum zum Gesellschaftsvermögen bedurfte es anstelle einer Berichtigung des Grundbuches im Sinne von §§ 894 BGB, 22 GBO lediglich einer Richtigstellung der tatsächlichen Angaben im Zusammenhang mit der Eigentümerbezeichnung (vgl. BayObLG NJW 1952, 28; BayObLG BB 1983, 333; BayObLG WM 1985, 1398; *Schlegelberger/K. Schmidt*, HGB, § 123, 13; *Habersack*, a.a.O., Rdnr. 5).

3. Das Handelsrechtsreformgesetz hat nun im Hinblick auf die Notwendigkeit eines Betriebes eines vollkaufmännischen Gewerbes eine größere Gestaltungsfreiheit geschaffen. Nach § 105 Abs. 2 HGB ist eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb

nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB Handelsgewerbe ist oder die nur ihr eigenes Vermögen verwaltet OHG, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. Der Gesetzgeber hatte damit erstmals die Möglichkeit geschaffen, dass eine BGB-Gesellschaft allein durch Handelsregistereintragung zur OHG wird und damit die privatautonome Umwandlung der BGB-Gesellschaft in eine Handelsgesellschaft anerkannt. Wird vor der Handelsregistereintragung im Gesellschaftsvertrag geregelt, dass nicht alle Gesellschafter persönlich haften, sondern soll wenigstens ein Gesellschafter beschränkt haften, so besteht auch die Möglichkeit, allein durch Handelsregistereintragung aus einer BGB-Gesellschaft eine KG zu machen (vgl. dazu *Limmer*, DStR 2000, 1230, 1233; *Giehl*, MittBayNot 1998, 293, 294; *Priester*, DNotZ 1998, 691, 701; *Gustavus*, NotBZ 1998, 121, 124; *K. Schmidt*, NJW 1998, 2161, 2164 f.).

Das bedeutet also, dass auch eine BGB-Gesellschaft durch entsprechende Änderung ihres Gesellschaftsvertrages mit anschließender Handelsregistereintragung sich in eine KG identitätswahrend umwandeln kann. Das Gesetz hat also erstmals die Möglichkeit der rechtsformbedingten Umwandlung durch bloße Anmeldung zugelassen. Während früher nur die Veränderungen der gesetzlichen Voraussetzungen zum Rechtsformwechsel führten, besteht nun die Möglichkeit durch einfache Handelsregistereintragung eine BGB-Gesellschaft in eine OHG oder KG umzuwandeln mit der Folge, dass auch die Vermögenszuordnung wie früher bei der gesetzlichen Umwandlung unverändert bleibt. Auch in diesen Fällen findet kein Vermögensübergang statt, sondern nur eine Änderung des „Rechtskleides“ bei Beibehaltung der Identität des Rechtsträgers.

Etwas anderes läge nur vor, wenn die Beteiligten eine völlig neue Kommanditgesellschaft gründen würden und anschließend in diese Gesellschaft von der BGB-Gesellschaft das Grundstück übertragen würden. Dann müsste zwischen diesen beiden unterschiedlichen Gesamthandsgesellschaften eine Übertragung durch Auflassung und Grundbucheintragung erfolgen, und zwar auch wenn die beiden Gesamthandsgesellschaften personengleich wären (BayObLGZ 1950, 430; OLG Hamm DNotZ 1983, 750; KG RPfeger 1987, 237).

Es ist erfreulich, dass das LG München diese aus der allgemeinen Dogmatik des Gesellschaftsrechts folgenden Grundsätze auch im praktischen Fall anerkannt hat, sodass für die Praxis Rechtssicherheit gegeben ist.

Notar *Dr. Peter Limmer*, Würzburg

10. GBO §§ 13, 19 (*Teilvollzug einer Löschungsbewilligung*)

Eine für das Gesamtpfandrecht erteilte Löschungsbewilligung ist dahin auszulegen, dass sie auch einen Teilvollzug ermöglicht.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

Landgericht München I, Beschluss vom 23.7.2001 – 1 T 12154/01 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Thomas Engel*, München

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligten zu 1) – 4) waren Eigentümer von insgesamt $\frac{2}{3}$ des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes; sie haben ihre Anteile an die Beteiligte zu 5) veräußert, die seit 5.7.2001 als Eigentümerin eingetragen ist.

Am Gesamtgrundstück ist in Abteilung III eine Buchschuld zu 15.000 DM zugunsten der LBS Bayerische Landesbausparkasse eingetragen. Die Gläubigerin hat am 13.10.2000 die Löschungsbewilligung erteilt. Der Urkundsnotar hat diese am 18.5.2001 zum Vollzug vorgelegt und Teilvollzug an den $\frac{2}{3}$ Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 1)–4) beantragt. Der Eigentümer des weiteren $\frac{1}{3}$ Anteils hat der Löschung widersprochen.

Mit Zwischenverfügung vom 30.5.2001 hat das Grundbuchamt die Vorlage einer Pfandfreigabeerklärung der Gläubigerin verlangt; die Auslegung der Löschungsbewilligung als Entlassung aus der Mithaft sei nicht möglich. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Urkundsnotars, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig und auch begründet; das beanstandete Eintragungshindernis liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamts kann die Grundschuld aufgrund der von der Gläubigerin erteilten Bewilligung im Wege des Teilvollzugs an den Anteilen der Beteiligten zu 1)–4) gelöscht werden, einer gesonderten Pfandfreigabeerklärung bedarf es nicht.

Eintragungsantrag und Eintragungsbewilligung müssen sich inhaltlich decken; so wenig der Antrag über die Bewilligung hinausgehen darf, so wenig darf er hinter ihr zurückbleiben, es sei denn, dass die Bewilligung dies ausdrücklich oder stillschweigend gestattet (vgl. *Demharter*, Rdnr. 19 zu § 13 GBO m.w.N.).

Letzteres ist hier der Fall: Mit der Abgabe der Löschungsbewilligung gibt der Gläubiger zu erkennen, dass er an dem weiteren rechtlichen Schicksal der Grundschuld insgesamt kein Interesse mehr hat (vgl. *Lotter*, MittBayNot 1985, 8 f.). Seine Interessensphäre wird durch die Art und Weise des Grundbuchvollzugs (sofortige Löschung des Gesamtrechts oder Löschung zunächst nur an einzelnen Pfandobjekten mit späterer Löschung am verbliebenen Belastungsobjekt) nicht berührt. Eine für das Gesamtpfandrecht erteilte Löschungsbewilligung ist deshalb dahin auszulegen, dass sie auch einen Teilvollzug ermöglicht (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1998, 511, 512; a.A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2724 a).

11. GG Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 4, BGB § 242 (*Zur richterlichen Inhaltskontrolle von Unterhaltsvereinbarungen II*)

Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrages ist nur ein Indiz für eine mögliche vertragliche Disparität, das Anlass für eine stärkere richterliche Inhaltskontrolle eines Ehevertrages gibt. Die Vermögenslage der Schwangeren sowie ihre berufliche Qualifikation und Perspektive sind weitere maßgebliche Faktoren, die ihre Situation bestimmen und bei der gerichtlichen Prüfung, ob sich die Schwangere bei Abschluss des Vertrages in einer unterlegenen Situation befunden hat, zu berücksichtigen sind.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BVerfG, Beschluss vom 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92 –

Zum Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin, die schon ein schwerbehindertes Kind zu versorgen hatte und deshalb keiner Erwerbstätigkeit nachging, lernte 1984 ihren späteren Ehemann, einen Diplom-Wirtschaftsingenieur

mit einem Monatseinkommen von 7.000 DM kennen, von dem sie erneut schwanger wurde. Vor der Eheschließung vereinbarte sie mit ihm in notariellem Ehevertrag die Gütertrennung, schloss den Versorgungsausgleich aus und verzichtete ebenso wie er auf Ehegattenunterhalt für den Fall der Scheidung. Im Dezember 1985 wurde die Ehe geschlossen, im Mai 1986 der gemeinsame Sohn geboren. 1988 trennten sich die Eheleute. Die Ehe wurde 1992 geschieden. Die Beschwerdeführerin erhielt dabei die elterliche Sorge für das gemeinsame Kind, wobei der Ehemann zur Zahlung von Kindesunterhalt verpflichtet wurde. Weitergehende Anträge der Beschwerdeführerin auf Zahlung nachehelichen Ehegattenunterhalts, Durchführung des Versorgungsausgleichs und eines Zugewinnausgleichs wies das Familiengericht unter Hinweis auf den geschlossenen Ehevertrag zurück. Mit dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil vom 12.11.1992 verurteilte das Oberlandesgericht den Ehemann zur Zahlung von nachehelichem monatlichen Unterhalt in Höhe von 300 DM. Die weitergehenden Anträge der Beschwerdeführerin wies es zurück. Der Ehevertrag sei nicht sittenwidrig. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin bei Vertragsabschluss schwanger gewesen sei und möglicherweise der Sozialhilfe zur Last fallen könne. Dennoch sei dem Ehemann gemäß § 242 BGB die Berufung auf den Unterhaltsverzicht in Höhe eines notwendigen Unterhalts versagt. Das Kindeswohl verlange, dass der Beschwerdeführerin durch ihren Ehemann ermöglicht werde, sich der Pflege und Erziehung des gemeinsamen Kindes zu widmen. Darüber hinausgehende Ansprüche seien zurückzuweisen, da sie letztlich eine Verpflichtung des Ehemannes zur Eheschließung auch ohne die Vereinbarung der Gütertrennung, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs und ohne Unterhaltsverzicht implizierten, was einen verfassungsrechtlich nicht vertretbaren Eingriff in die Lebensplanung des Ehemannes bedeutete.

Hiergegen richtet sich die fristgerecht erhobene Verfassungsbeschwerde. Zu der Verfassungsbeschwerde haben der Bundesgerichtshof, das Deutsche Institut für Vormundschaftswesen e.V., der Deutsche Juristinnenbund e.V., der Interessenverband Unterhalt und Familienrecht e.V. sowie die Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V. Stellung genommen.

Aus den Gründen:

(...) Die angegriffene Entscheidung des Oberlandesgerichts verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 GG. Das Oberlandesgericht hat das Recht der Beschwerdeführerin auf Schutz vor unangemessener Benachteiligung durch den Ehevertrag verkannt.

1. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 – ausgeführt hat (*FamRZ* 2001, S. 343 ff. [*Anm. d. Schriftleitung*: = MittBayNot 2001, S. 207 ff. mit Anmerkung *Schervier*]), gilt auch für Eheverträge, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblich ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtspositionen beider Vertragsparteien aus Art. 2 Abs. 1 GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und gegebenenfalls durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt. Eheverträgen sind dort Grenzen zu setzen, wo jene nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Die Eheschließungsfreiheit rechtfertigt keine einseitige ehevertragliche Lastenverteilung. Ist ein Ehevertrag vor der Ehe und im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft geschlossen worden, gebietet es auch Art. 6 Abs. 4 GG, die Schwangere davor zu schützen, dass sie durch ihre Situation zu Vereinbarungen gedrängt wird, die ihren Interessen massiv zuwiderlaufen.

Schwangerschaft bei Abschluss eines Ehevertrages ist allerdings nur ein Indiz für eine mögliche vertragliche Disparität, das Anlass für eine stärkere richterliche Inhaltskontrolle des Ehevertrages gibt. Die Vermögenslage der Schwangeren sowie ihre berufliche Qualifikation und Perspektive sind weitere maßgebliche Faktoren, die ihre Situation bestimmen und bei der gerichtlichen Prüfung, ob sich die Schwangere bei Abschluss des Vertrages in einer unterlegenen Situation befunden hat, zu berücksichtigen sind.

Bringt jedoch der Inhalt des Ehevertrages ebenfalls eine Unterlegenheitsposition der nicht verheirateten Schwangeren durch ihre einseitige vertragliche Belastung und eine unangemessene Berücksichtigung ihrer Interessen zum Ausdruck, wird ihre Schutzbedürftigkeit offenkundig. Für die Beurteilung, ob die vertraglichen Vereinbarungen die Frau deutlich mehr belasten als den Mann, ist auch die familiäre Konstellation maßgeblich, die die Vertragspartner anstreben und ihrem Vertrag zu Grunde legen. Ein Verzicht auf gesetzliche Ansprüche bedeutet insbesondere für den Ehegatten eine Benachteiligung, der sich unter Aufgabe einer Berufstätigkeit der Betreuung des Kindes und der Arbeit im Hause widmen soll. Je mehr im Ehevertrag gesetzliche Rechte abbedungen werden, desto mehr kann sich der Effekt einseitiger Benachteiligung verstärken.

2. Dies hat das Oberlandesgericht in der angegriffenen Entscheidung verkannt. Es hat zwar hinsichtlich des im Ehevertrag enthaltenen Unterhaltsverzichts eine auf § 242 BGB gestützte Korrektur vorgenommen und der Beschwerdeführerin einen Anspruch gegen ihren Ehemann auf den notwendigen Unterhalt zuerkannt. Dabei hat sich das Gericht allerdings allein am Kindeswohl orientiert und damit daran, was notwendig ist, um die Pflege und Erziehung des Kindes durch die Mutter sicherzustellen. Die besondere Situation, in der sich die Beschwerdeführerin als Schwangere mit schon einem, noch dazu schwerbehinderten und besonders betreuungsbedürftigen Kind bei Vertragsabschluss befunden hat und die allein schon deutliches Indiz für ihre Unterlegenheit als Vertragspartnerin gewesen ist, hat das Gericht dagegen nicht zum Anlass genommen, der Frage nachzugehen, ob der Ehevertrag die Beschwerdeführerin in unangemessener Weise belastet. So hat es auch nicht in seine Prüfung mit einbezogen, dass die Beschwerdeführerin auf sämtliche gesetzliche Ansprüche aus der Ehe verzichtet hat und dies in ihrer familiären und wirtschaftlich beengten Situation, obwohl eine einseitige vertragliche Benachteiligung der Beschwerdeführerin und damit ihre Schutzbedürftigkeit deutlich erkennbar war. Das Gericht hat diese Vertragskonstellation unter Hinweis auf die Freiheit der Lebensplanung des Ehemannes nicht zum Anlass genommen, den gesamten Vertragsinhalt einer Kontrolle zu unterziehen, und damit verkannt, dass diese Freiheit nicht die Freiheit zu einer unangemessenen einseitigen vertraglichen Interessendurchsetzung eröffnet. Das Gericht ist somit seiner aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 4 GG folgenden Schutzpflicht gegenüber der Beschwerdeführerin nicht gerecht geworden.

Die angegriffene Entscheidung ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Anmerkung:

(soweit nachfolgend Absatzziffern zitiert werden, beziehen diese sich auf die amtliche Nummerierung der Internet-Veröffentlichung unter www.bundesverfassungsgericht.de)

Der hier zu besprechende Beschluss betrifft, anders als das Urteil vom 6.2.2001 – 1BvR 12/92 –, MittBayNot 2001, 207 m. Anm. von mir, einen notariell beurkundeten Ehevertrag. In Anbetracht des Inhalts des zu beurteilenden Vertrages konnte der Beschluss nicht mehr überraschen. Die Begründung lässt allerdings wiederum viele Fragen offen.

1. Vergleich des Sachverhalts mit dem der Entscheidung vom 6.2.2001

Dieser Vertrag enthielt nicht nur einen vollständigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt, sondern auch einen vollständigen Verzicht auf die Durchführung des Versorgungsausgleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung. Er enthielt allerdings nicht die Verpflichtung der Ehefrau, den Ehemann und Vater von Ansprüchen des Kindes auf Unterhalt freizustellen, was für den Fall, der am 6.2.2001 entschieden worden war, charakteristisch schien. Klageziel der Ehefrau war nicht nur nachehelicher Unterhalt, sondern auch Zugewinn- und Versorgungsausgleich.

In beiden Fällen hatten die Frauen bereits Kinder aus anderen Verbindungen. In dem hier zu besprechenden Fall ist das voreheliche Kind zusätzlich behindert. Die neue Entscheidung erwähnt nicht, wie die Klägerin ihren Unterhalt seit der Scheidung bestritten hat. Was sie insbesondere nicht erwähnt ist, ob es sich bei dem behinderten Kind um ein eheliches oder ein nichteheliches Kind handelt und ob gegebenenfalls versucht wurde, den Vater des behinderten Kindes zu Unterhaltszahlungen heranzuziehen. Der Sozialhilfe ist sie anscheinend nicht zur Last gefallen. Andernfalls hätte der Träger der Sozialhilfe den Unterhalt geltend gemacht und der Unterhaltsverzicht wäre u.U. bereits nach der einschlägigen Rechtsprechung des BGH (erstmalig FamRZ 1983, 137) kassiert worden. Stattdessen hat das OLG einen begrenzten Unterhalt auf der Basis der Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit der Berufung auf einen Unterhaltsverzicht wegen nachträglicher Veränderung der Umstände gemäß § 242 BGB (erstmalig BGH FamRZ 1985, 788) zugesprochen.

Feststellungen betreffend die Umstände des Zustandekommens des Vertrages fehlen, anders als im Fall des Urteils vom 6.2.2001, völlig.

Die vorliegende Entscheidung ist als Kammerbeschluss durch drei Richter nach § 93c BVerfGG ergangen. Das Gericht ist also davon ausgegangen, mit der Entscheidung vom 6.2.2001 die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden zu haben.

Schließlich muss wiederum festgestellt werden, dass die Berufsverbände der Notare zu dem Fall nicht gehört worden sind.

2. Folgerungen

Notarielle Eheverträge unterliegen genauso der Inhaltskontrolle wie private Unterhaltsvereinbarungen, wenn eine strukturelle Ungleichheit der Verhandlungspartner aufgrund bestehender Schwangerschaft der Frau vorliegt und der Inhalt des Vertrages besonders belastend für die unterlegene Partei ist. Dies konnte man schon aus dem Urteil vom 6.2.2001 herauslesen. Daher ist es auch nicht überraschend, dass die vom OLG durchgeführte Ausübungskontrolle bezüglich des Unterhaltsverzichts verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht genügt hat. Lediglich die umfassende Inhaltskontrolle genügt den Anforderungen des Grundgesetzes (Ziff. 9). Das heißt aber auch, dass nicht nur der Unterhaltsverzicht, sondern auch der Ausschluss des Versorgungsausgleichs und die Gütertren-

nung zusammen auf dem Prüfstand stehen. Damit droht dem gesamten Ehevertrag Nichtigkeit. Es wäre daher besonders wichtig gewesen zu unterscheiden zwischen den Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Inhaltskontrolle durchzuführen ist, den Maßstäben, an denen sich die Inhaltskontrolle zu orientieren hat und den Folgen, welche ein Verstoß gegen die Kontrollmaßstäbe hat. Dass die Entscheidung den Zivilgerichten nicht nur eine Inhaltskontrolle als Verfahren aufgibt und aufgeben kann, ohne die Zielrichtung dieser Kontrolle vorzugeben, ist klar. Zum einen wird in Ziff. 9 klargestellt, dass die Kontrolle sich nicht nur am Kindeswohl orientieren darf. Zum anderen lässt der Beschluss erkennen, dass ein Ehevertrag wie der zu beurteilende nicht gebilligt werden kann, wenn die Schwangere nach beruflicher Qualifikation und Perspektive sowie Vermögenslage und vereinbartem Eheypus (Hausfrauenehe) „offensichtlich schutzbedürftig“ ist. Damit endet aber die Kriterienbildung. Was in diesem Zusammenhang besonders irritiert, ist die Bedeutung, welche das Gericht der Betreuungsbedürftigkeit des vorehelichen, behinderten Kindes beimisst. Soll diese Feststellung nur den Anlass für die Inhaltskontrolle herausheben oder auch das Ergebnis der Prüfung mitbestimmen? Im letzteren Fall würde das Gericht dem Ehemann eine Haftung für eine Situation auferlegen, die er vorgefunden und nicht verursacht hat. Der Beschluss schweigt auch vollständig zu den Folgen der Inhaltskontrolle, obwohl vorliegend nicht nur der nacheheliche Unterhalt geregelt wurde. Ob solch ein Ehevertrag wie der vorliegende nach § 138 BGB vollständig oder nur teilweise nichtig ist oder nach § 242 BGB an einer oder mehreren Stellen zu korrigieren ist, bleibt den Zivilgerichten überlassen.

Leider setzt die Entscheidung sich nicht mit dem notariellen Beurkundungsverfahren auseinander. Insofern ist es fraglich, ob die maßgebliche Rechtsfrage mit dem Urteil vom 6.2.2001 bereits entschieden wurde (§ 93c BVerfGG). Eine Würdigung generell und bezogen auf die Umstände des Einzelfalls hätte bei der Frage, ob eine Inhaltskontrolle überhaupt veranlasst ist, nahegelegen. Gerade weil im Beurkundungsgesetz lediglich Eckpunkte festgelegt sind, hätte es sich angeboten, die verfassungsrechtlichen Erfordernisse an das notarielle Verfahren näher zu untersuchen. So stellt sich die Frage, ob das Gericht das Beurkundungsgesetz nicht zur Kenntnis genommen hat oder ob es Schwangere für so unmündig hält, dass nicht einmal die Beachtung des § 17 BeurkG ihnen helfen kann. Es wird künftig eine wichtige Aufgabe des Berufsstandes sein, in der juristischen Öffentlichkeit viel mehr als bisher darzustellen, dass ein sachgerechtes Beurkundungsverfahren Bestandteil des „due process of law“ ist, dessen Beachtung die Richtigkeitsgewähr in sich trägt. Damit das Beurkundungsverfahren als sachgerecht gelten kann, ist die reine Befolgung der Buchstaben des Beurkundungsgesetzes allerdings nicht immer ausreichend. Meine Überlegungen hierzu, die ich an anderer Stelle angestellt habe (vgl. meine Besprechung des Urteils vom 6.2.2001), bleiben daher gültig, auch wenn derzeit nicht absehbar ist, ob das in Fällen wie dem entschiedenen einen Unterschied machen würde.

Da das BVerfG das Verfahren beim Zustandekommen des Vertrages mit keinem Wort gewürdigt hat, wäre es umso wichtiger gewesen, die Kriterien genau anzugeben, wann ehevertragliche Abreden ganz oder teilweise unwirksam sind. Die Entscheidung hat daher dem Rechtsfrieden nicht gedient. Im Gegenteil, es ist absehbar, dass in Kürze die nächsten Fälle den Weg durch die Instanzen und bis zum BVerfG nehmen.

Man könnte nun auf die Idee kommen, die Eheschließung in Frage zu stellen. Nach den Vorstellungen des Ehemannes ist

der Ehevertrag die „Geschäftsgrundlage“ für die Eheschließung gewesen. Da die Gründe für die Beseitigung der Eheschließungen in § 1314 BGB abschließend geregelt sind, scheidet § 139 BGB aus. Eheaufhebungsgründe, etwa § 1314 Nr. 3, Nr. 4 oder Nr. 5 BGB dürften kaum vorliegen. Außerdem wird die Ehe in der Regel nach § 1315 Nr. 4 BGB bestätigt worden sein.

In der nun gegebenen Rechtsunsicherheit wird der Notar, jedenfalls dann, wenn eine Frau schwanger ist, noch stärker als bisher darauf hinweisen müssen, dass die Wirksamkeit der gewünschten ehevertraglichen Vereinbarungen nicht gesichert ist (zur Notarhaftung siehe unten). Sollte dies dazu führen, dass der Mann die Eheschließung ablehnt und sich auf die Position als nichtehelicher Vater zurückzieht, wäre damit weder der Frau noch dem Gedanken des Art. 6 GG gedient. Ob dies dann zu einer weiteren Verschärfung des § 1615 I BGB oder der Begründung sogar noch weitergehender Rechte der nichtehelichen Mutter führen wird (so z.B. *Röthel*, NJW 2001, 1334) kann hier dahinstehen. Die Frau hat immerhin ein mögliches „Druckmittel“ in der Hand, nämlich das gemeinsame Sorgerecht. Seit der Kindschaftsrechtsreform kann sie dieses Sorgerecht allerdings auch dem nichtehelichen Vater einräumen. Möglicherweise erlebt der Partnerschaftsvertrag der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erst seine Blütezeit, nachdem die gleichgeschlechtlichen Paare künftig in der „Homo-Ehe“ verbunden sein werden. Dem vertragsgestaltenden Juristen gehen die Aufgaben jedenfalls so schnell nicht aus.

3. Notarhaftung wegen unwirksamer Verträge?

Naturgemäß stellt sich die Frage, ob ein Notar, der vor dem 6.2.2001 einen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sittenwidrigen Ehevertrag beurkundet hat, dem nun zur Zahlung verpflichteten Mann auf Ersatz des Schadens haftet. Das OLG Düsseldorf hat dies in einem Fall, in dem die Vereinbarung als sittenwidrig beurteilt worden war, weil sie zu Lasten des Trägers der Sozialhilfe abgeschlossen worden war, bejaht, weil der Notar auf dieses Risiko hätte hinweisen müssen (DNotZ 1997, 656, vgl. dazu auch den Aufsatz von Peters-Lange, DNotZ 1997, 595). Der Vertrag war 1987, also nachdem der BGH bereits entsprechend entschieden hatte, beurkundet worden. Seit 1985 hat der BGH in ständiger Rechtsprechung überdies festgestellt, dass eine Berufung auf einen Unterhaltsverzicht insoweit gegen Treu und Glauben verstößt, als eine Zahlung an die Mutter erforderlich ist, um die Betreuung der nach Abschluss des Unterhaltsverzichts empfangenen Kinder sicherzustellen. Eine Belehrung hierüber war also seither ebenfalls angebracht. Ob es sich allerdings in allen Fällen so verhält, dass der Ehemann die Ehe nicht geschlossen hätte, wenn er das Risiko der Unwirksamkeit der Vereinbarung gekannt hätte, was das OLG Düsseldorf in dem von ihm entschiedenen Fall zwecks Zubilligung eines Anspruchs auf Ersatz der Unterhaltsleistungen festgestellt hat, darf bezweifelt werden. Das Besondere der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fälle liegt darüber hinaus darin, dass die künftigen Ehefrauen bereits bei Abschluss des Vertrages schwanger waren und der mögliche Bedarf für den Betreuungsunterhalt bereits absehbar war. Einen solchen Fall hatte der BGH nie zu entscheiden gehabt (vgl. BVerfG v. 6.2.2001, Ziff. 24). Der BGH hat im Rahmen der von ihm entschiedenen Fälle immer ausdrücklich erklärt, dass der Verzicht auf den Kindesbetreuungsunterhalt nicht sittenwidrig sei. Ständige Rechtsprechung war es, dass die Eheschließungsfreiheit auch die Ehevertragsfreiheit umfasste, also je-

dermann befugt war, nur zu seinen Bedingungen die Ehe einzugehen. Dazu kam, dass eine Schwangere nach § 1615 I BGB in der vor dem 1.4.1998 geltenden Fassung als nichteheliche Mutter nur für 1 Jahr ab der Geburt mit eigenen Unterhaltsansprüchen rechnen konnte, so dass eine Heirat ihre Versorgung in jedem Fall deutlich verbesserte (vgl. BVerfGE v. 6.2.2001, Ziff. 5). Mit dem jetzigen Verdikt musste ein Notar daher nicht rechnen, also über die Gefahr der Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung auch nicht belehren.

Notar *Dr. Joachim Schervier*, M.C.L./
George Washington Univ., Landshut

12. BGB §§ 2216, 2219

Zu den Pflichten eines Miterben-Testamentsvollstreckers, der ein Nachlassgrundstück im Wege der Teilungsversteigerung erwirbt.

BGH, Urteil vom 23.5.2001 – IV ZR 64/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt als Miterbin vom Beklagten, ihrem Bruder, der als einziger weiterer Miterbe auch zum Testamentsvollstrecker eingesetzt worden ist, Schadensersatz. Zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft hat er ein Grundstück aus dem Nachlass zur Teilungsversteigerung gebracht, dessen Verkehrswert im Versteigerungsverfahren durch das Gutachten eines Sachverständigen vom 12.10.1995 auf 3,35 Mio. DM ermittelt wurde. Im Versteigerungstermin am 26.6.1996 war auch die Klägerin als Antragsgegnerin vertreten. Nur der Beklagte gab ein Gebot ab und erhielt den Zuschlag gegen Zahlung von 875.000 DM sowie Übernahme von Verpflichtungen in Höhe von 800.200 DM. Die Klägerin meint, dadurch habe der Beklagte eine Verschleuderung des Grundbesitzes für die Hälfte seines Wertes verschuldet. Im Wege einer Teilklage fordert sie die Zahlung von 100.000 DM zu Gunsten der Erbengemeinschaft.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin die Möglichkeit eines günstigeren Verkaufs nicht aufgezeigt habe. Mit der Berufung hat die Klägerin geltend gemacht, der Beklagte habe angesichts des vom Sachverständigen ermittelten Verkehrswerts den Antrag auf Teilungsversteigerung zurücknehmen und den Versuch einer freihändigen Veräußerung machen müssen. Dem ist der Beklagte entgegengetreten und hat mit einer Widerklage beantragt festzustellen, dass der Erbengemeinschaft keine über 100.000 DM hinausgehenden Schadensersatzansprüche zustehen. Das Berufungsgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs und über die Widerklage an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. (...)

2. (...)

Wenn der Verkehrswert des Grundstücks im Zeitpunkt der Versteigerung erst noch ermittelt werden soll, fehlt es an einer tatsächlichen Grundlage sowohl für die Feststellung einer objektiven Pflichtverletzung des Beklagten als auch seines Verschuldens und des Eintritts eines Schadens. Deshalb kommt auch ein Grundurteil nicht in Betracht. Zwar geht das Berufungsgericht mit Recht von einer Pflicht des Testamentsvoll-

streckers aus, sich um die bestmögliche Verwertung eines Nachlassgrundstücks zu bemühen, das zum Zweck der Erbauseinandersetzung veräußert werden soll. Ein Testamentsvollstrecker darf sich nicht mit einem nur mäßigen Erfolg seiner Tätigkeit begnügen, sondern muss Möglichkeiten zu besserem Erfolg wahrnehmen (Senatsurteil vom 14.12.1994 – IV ZR 184/93 –, ZEV 1995, 110 unter 2a). Diese Pflicht wird jedenfalls dann verletzt, wenn der Testamentsvollstrecker es zur Versteigerung eines Grundstücks für die Hälfte seines Verkehrswerts kommen lässt, ohne sich zuvor um eine bessere Verwertung etwa durch freihändigen Verkauf nachhaltig zu bemühen.

Für eine solche Wertung muss der Verkehrswert aber feststehen. Das Berufungsgericht zieht zwar das im Teilungsversteigerungsverfahren eingeholte Wertgutachten für die Wahrscheinlichkeit eines Schadensersatzanspruchs heran, legt den dort ermittelten Verkehrswert, der 1,675 Mio. DM über dem Preis liegt, zu dem der Beklagte das Grundstück in der Versteigerung erworben hat, seiner Würdigung aber nicht zu Grunde, sondern hält es (ohne weitere Begründung) nicht für völlig ausgeschlossen, dass sich der Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten auf einen geringeren Betrag als 100.000 DM beläuft. Darüber hinaus hält das Berufungsgericht angesichts des Umstands, dass im Versteigerungsverfahren außer dem Beklagten niemand geboten hat, ein weiteres Gutachten über den Verkehrswert für erforderlich. Dann ist aber nicht mehr ersichtlich, worauf das Berufungsgericht noch seine Annahme stützt, dass der Beklagte überhaupt Schadensersatz schulde.

3. Schon deshalb muss das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Für das weitere Verfahren ist auf Folgendes hinzuweisen:

Die Klägerin trägt bei einem Anspruch aus § 2219 BGB die Beweislast sowohl für die Pflichtverletzung wie für das Verschulden des Beklagten und den Eintritt eines Schadens (*Baumgärtel/Schmitz*, Handbuch der Beweislast, 2. Aufl., Bd. 2, § 2219 Rdnrn. 1 und 2). Anderes könnte gelten, wenn ein In-Sich-Geschäft vorliegen würde, bei dem der Testamentsvollstrecker als Amtsträger auf der einen Seite und als Privatperson auf der anderen Seite eines Vertrags tätig wird und eine Gestattung des Erblassers zum Selbstkontrahieren nachweisen muss (BGHZ 30, 67, 69 ff.; BGH, Urteil vom 28.9.1960 – V ZR 196/58 –, WM 1960, 1419, 1420 unter 1). Der Erwerb aufgrund einer Teilungsversteigerung nach §§ 180 ff. ZVG ist jedoch kein In-Sich-Geschäft. Die Klägerin hat der mithin ihr obliegenden Darlegungs- und Beweislast zunächst durch die Bezugnahme auf das im Verfahren der Teilungsversteigerung eingeholte Gutachten genügt, das als Urkunde beigezogen war. Wenn dem Tatrichter dessen Ergebnisse angesichts der tatsächlichen Entwicklung zweifelhaft erscheinen, kann er zur Klärung der Frage, ob sich tatsächlich ein wesentlich höherer Preis etwa bei freihändigem Verkauf hätte erzielen lassen, auf eine Anhörung jenes Sachverständigen hinwirken (vgl. BGH, Urteil vom 10.7.1997 – III ZR 69/96 –, NJW 1997, 3096 f. unter I 2a) oder von Amts wegen einen anderen Gutachter bestellen (§ 412 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 10.12.1991 – VI ZR 234/90 –, NJW 1992, 1459 unter 2). Im vorliegenden Fall hatte sogar der Beklagte Sachverständigenbeweis angeboten.

Im Übrigen hatte der Beklagte Sachbearbeiter zweier Banken als Zeugen dafür benannt, dass sie ihm auf Nachfrage vor dem Versteigerungstermin im Hinblick auf das im Versteigerungsverfahren eingeholte Wertgutachten erklärt hätten, dessen Er-

gebnis sei nach ihren Erfahrungen überzogen; angemessen sei allenfalls ein Verkehrswert von 1,6 Mio. DM. Wenn sich diese Auskunft nach Klärung des Verkehrswerts nicht als völlig haltlos erweisen sollte, könnte sie zumindest für das Verschulden des Beklagten von Bedeutung sein. Die Revision rügt mit Recht, dass die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich auf solche Auskünfte nicht verlassen dürfen, angesichts der Unklarheit über den Verkehrswert auf eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung hinausläuft.

Ferner wird sich das Berufungsgericht mit dem Vortrag des Beklagten auseinander zu setzen haben, die im Versteigerungstermin anwaltlich vertretene Klägerin habe keinen Antrag auf einstweilige Einstellung des Verfahrens gestellt. Hierzu wäre sie als Miterbin und Antragsgegnerin gemäß § 180 Abs. 2 ZVG berechtigt gewesen (vgl. BGHZ 79, 249, 254 ff.). Bei der Abwägung eines eventuellen Mitverschuldens der Klägerin wird allerdings zu beachten sein, dass ein Testamentsvollstrecker eigenverantwortlich und unter Umständen auch gegen den Willen der Erben zu entscheiden hat (Senatsurteil vom 4.11.1998 – IV ZR 266/97 –, ZEV 1999, 26 unter 2b).

13. BGB §§ 883 Abs. 1 Satz 2, 1939, 2174 (*Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs aus vermachtem Ankaufsrecht*)

- 1. Durch Vermächtnis kann ein Anspruch gegen den Beschwerten auch in der Weise begründet werden, dass der Bedachte die Leistung nur fordern kann, wenn er die vom Erblasser vorgesehene Gegenleistung anbietet (Ankaufsrecht).**
- 2. Ein solcher Anspruch kann, auch wenn er von weiteren Voraussetzungen in der Person des Beschwerten und anderer Beteiligten abhängt, durch Vormerkung gesichert werden.**

BGH, Urteil vom 27.6.2001 – IV ZR 120/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin macht Ansprüche gegen den Beklagten, ihren Bruder, aus dem eigenhändigen Testament der Eltern geltend. Diese hatten den Beklagten als Alleinerben nach dem letztverstorbenen Ehegatten eingesetzt. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einem Hausgrundstück. Dazu heißt es im Testament u.a.:

„Das Haus, das so viel eigene Arbeit und Initiative gekostet hat, soll mindestens 50 Jahre nach unser beider Ableben im Familienbesitz bleiben. Sollte es trotzdem vor dieser Zeit veräußert werden müssen, so haben die Blutsverwandten das uneingeschränkte Vorkaufsrecht. Es ist zuerst den Geschwistern dem Alter nach (also I., D., G. [der Klägerin] und H.) mit je einer Woche Bedenkzeit anzubieten und danach unseren Enkeln, auch dem Alter nach (also M., Ge., R., P., Ma., To., Ch. usw.), und zwar zu dem Preis von 50 % des amtlichen Schätzwerts. ... Erst wenn ein Verkauf an die Blutsverwandten nicht zu Stande kommt, kann das Haus zu dem möglichst günstigsten Angebot verkauft werden. ...“

Nachdem 1995 als letzter Elternteil die Mutter verstorben war, erklärte die Klägerin bei einem Treffen der Geschwister, dass sie das Vorkaufsrecht ausüben wolle. Ihre Verhandlungen mit dem Beklagten über den Erwerb des Hauses blieben aber ohne Erfolg. Sie nahm den vom Beklagten an seine Geschwister auf den Pflichtteil ausgezahlten Betrag an. Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin in erster Instanz beantragt, den Beklagten zu verurteilen, seine Zustimmung zur Eintragung eines Vorkaufsrechts der Klägerin an dem Nachlass-

grundstück zu erteilen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil sich aus dem Testament kein dingliches Vorkaufsrecht, sondern nur ein schuldrechtlicher Anspruch ergebe. Mit ihrer Berufung hat die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Vorkaufsrechts der Klägerin an dem Nachlassgrundstück zu bewilligen. Das Berufungsgericht hat diesem Antrag mit der Maßgabe stattgegeben, dass der Beklagte die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Ankaufsrechts der Klägerin aus dem Testament der Eltern zu bewilligen habe. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Nach Ansicht der Revision ist die Berufung der Klägerin unzulässig, weil sie den in erster Instanz erhobenen Klageanspruch nicht wenigstens zum Teil weiterverfolgt habe (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1999 – III ZR 53/98 –, NJW 1999, 1407 unter 4; Urteil vom 6.5.1999 – X ZR 250/98 –, NJW 1999, 2118 unter I 2a).

Das Berufungsgericht ist jedoch mit Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin schon in erster Instanz als Lebenssachverhalt, aus dem sie ihren prozessualen Anspruch ableitet, das auslegungsfähige und der Auslegung bedürftige Testament der Eltern vorgetragen hat. Darin ist zwar von einem „Vorkaufsrecht“ die Rede; es wird aber ein Höchstpreis für den Erwerb des Hauses festgesetzt, der bei einem dinglichen Vorkaufsrecht im Sinne von § 1094 BGB ausgeschlossen ist (*Palandt/Bassenge*, BGB, 60. Aufl., § 1098 Rdnr. 2; *Münch-Komm/Westermann*, BGB, 3. Aufl., § 1094 Rdnr. 6). Auf der Grundlage dieses Sachverhalts sollte mit dem Klageantrag die Sicherung des sich aus dem Testament ergebenden Anspruchs zum Schutz gegen eine mögliche Vereitelung durch den Beklagten erreicht werden. Die Klägerin hat das Testament in erster Instanz zwar dahin ausgelegt, dass ihr ein dingliches Vorkaufsrecht vermacht worden sei. Am Ende der Klageschrift wird aber um einen Hinweis nach § 139 ZPO gebeten.

Bei dieser Sachlage ist das erstinstanzliche Begehren der Klägerin nicht dahin zu verstehen, dass sie etwa nur den sich aus ihrer Auslegung des Testaments ergebenden Anspruch auf ein dingliches Vorkaufsrecht geltend machen wolle. Vielmehr lag in ihrem Vorbringen konkludent der Hilfsantrag auf Einräumung einer Vormerkung zur Sicherung eines sich aus dem Testament ergebenden schuldrechtlichen Anspruchs auf das Haus. Danach war ihre Berufung zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 9.5.1990 – VIII ZR 237/89 –, WM 1990, 1748 unter II).

2. Das Berufungsgericht legt die Anordnungen des Testaments über das „Vorkaufsrecht“ als Vermächtnis aus, das den Geschwistern unter bestimmten Voraussetzungen und in einer bestimmten Reihenfolge einen Rechtsanspruch gegen den Beklagten verschafft (§ 2174 BGB). Gegenstand dieses Vermächtnisses sei ein Ankaufsrecht des jeweils Bedachten, der unmittelbar die Übertragung des Grundstücks zu dem im Testament vorgesehenen, durch Auslegung bestimmbar Preis vom Beklagten fordern könne. Das lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

Die von der Revision mit Rücksicht auf die im Testament bestimmte 50-Jahres-Frist aufgeworfenen Bedenken greifen nicht durch, § 2163 Abs. 1 Nr. 1 BGB (BGH, Urteil vom 9.1.1969 – III ZR 174/66 –, NJW 1969, 1112).

Die Revision stellt weiter zur Überprüfung, ob durch Vermächtnis ein synallagmatisches Verhältnis zwischen Bedachtem und Beschwerten begründet werden könne (a. A. *Schu-*

rig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, 123, der nur einen Anspruch auf Einräumung etwa eines Vorkaufsrechts des Bedachten annimmt). Das Erbrecht eröffnet jedoch nicht nur die Möglichkeit, den Vermächtnisnehmer durch Untervermächtnis zu beschweren (§ 2186 BGB). Der Erblasser kann schon als Gegenstand des Hauptvermächtnisses alles vorsehen, was als Inhalt der Leistungspflicht eines Schuldners nach § 241 BGB vereinbart werden könnte (MünchKomm/Leipold, § 1939 Rdnr. 7; Staudinger/Otte, BGB, September 1999, § 1939 Rdnr. 6). Mithin kann er die Leistungspflicht des Beschwerten auch einschränken, indem der Bedachte den Anspruch aus dem Vermächtnis nur durchsetzen kann, wenn er sich zur Übernahme einer Gegenleistung entschließt (h. M.; Staudinger/Mader, BGB, Juni 1995, § 504 Rdnr. 1; MünchKomm/Westermann, § 504 Rdnr. 8 a. E.; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. vor § 504 Rdnr. 11). Die Klägerin kann den Anspruch aus dem Vermächtnis – sofern dessen weitere Voraussetzungen gegeben sind – also nur geltend machen, wenn sie die im Testament vorgesehene Gegenleistung anbietet. Ist sie dazu nicht bereit, steht das so eingeschränkte Vermächtnis der nächstjüngeren Schwester zu.

3. Das Berufungsgericht meint, aus dem Vermächtnisanspruch ergebe sich ohne weiteres das Recht, zur Sicherung dieses Anspruchs die Bewilligung einer Vormerkung zu verlangen (so auch MünchKomm/Wacke, § 885 Rdnr. 3 m.w.N.). Dieser Auffassung folgt der Senat nicht. Wenn der Anspruch nicht durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert wird, kommt es für den Anspruch auf Bewilligung der Vormerkung darauf an, dass dem Bedachten eine solche Sicherung im Testament zugewendet worden ist (h. M.; RG DNotZ 1932, 539 Nr. 20; MünchKomm/Schlichting, § 2174 Rdnr. 23; Staudinger/Otte, BGB, Januar 1996, § 2174 Rdnr. 20; Soergel/M. Wolf, § 2179 Rdnr. 3; Zavar, DNotZ 1986, 515, 525 f.).

Das ergibt sich hier im Wege der Auslegung des Testaments. Die Klägerin kann den Anspruch auf das Grundstück erst geltend machen, wenn der Beklagte es veräußern will. Bis dahin kann viel Zeit vergehen. Damit ist die Gefahr verbunden, dass das Recht der Klägerin etwa durch Maßnahmen der Zwangsvollstreckung von Gläubigern des Beklagten vereitelt wird. Da weitere Anhaltspunkte für die Auslegung des Testaments insoweit weder vorgetragen noch ersichtlich sind, kann der Senat das Testament selbst auslegen. Gerade der Zweck des Testaments, das Haus noch mindestens 50 Jahre nach dem Ableben der Eltern im Familienbesitz zu erhalten, spricht entscheidend dafür, dass den Bedachten nicht nur ein Anspruch auf das Grundstück, sondern auch das Recht vermacht worden ist, diesen Anspruch durch Vormerkung sichern zu lassen. Damit hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht einen Anspruch der Klägerin auf eine Vormerkung angenommen.

4. Weiter geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klägerin das Vermächtnis angenommen habe und daher später nicht mehr wirksam habe ausschlagen können (§ 2180 BGB). Dass die Klägerin den Pflichtteil verlangt und erhalten habe, stehe ihrem Anspruch aus dem Vermächtnis nicht entgegen (§ 2307 BGB). Die Klägerin habe diesen Anspruch auch nicht erlassen (§ 397 BGB).

Das wird von der Revision nicht angegriffen und ist auch nicht zu beanstanden. Wenn die Klägerin das Vermächtnis bei Eintritt der Bedingungen geltend macht, kann der Beklagte zwar eine (teilweise) Erstattung des Pflichtteils verlangen (vgl. Senatsurteil vom 18.10.2000 – IV ZR 99/99 –, NJW 2001, 520 unter 2a). Das ändert aber an dem Anspruch der Klägerin aus dem Vermächtnis nichts.

5. Die Revision wendet sich hauptsächlich dagegen, dass ein Ankaufsrecht, wie es der Tatrichter hier dem Testament entnommen hat, überhaupt durch Vormerkung gesichert werden könne. Denn der Anspruch hänge außer von der Geltendmachung durch die Klägerin, die eine Gegenleistung anzubieten habe, in erster Linie davon ab, dass der Beklagte das Grundstück veräußern wolle und die älteren Geschwister an einem Erwerb nicht interessiert seien. Mithin hänge der Anspruch nicht allein vom Willen des Berechtigten ab. Nur dann sei aber nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Rechtsboden für die Entstehung des Anspruchs soweit vorbereitet, dass er vormerkungsfähig sei (vgl. BGHZ 54, 56, 64).

Anerkannt ist jedoch, dass ein Ankaufsrecht, wenn es – wie hier – in einem aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch besteht, der durch eine spätere Ausübungserklärung des Berechtigten zu Stande kommt, durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden kann (so für den Fall des bedingten Grundstückskaufvertrages BGH, Urteil vom 28.9.1962 – V ZR 8/61 –, LM BGB § 433 Nr. 16 unter 3; Urteil vom 31.5.1974 – V ZR 190/72 –, LM BGB § 883 Nr. 13 unter B 1; Staudinger/Gursky, BGB, Januar 1996, § 883 Rdnr. 77). Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung auch für einen Rückübereignungsanspruch bejaht, den sich Eltern in einem Grundstücksübertragungsvertrag für den Fall vorbehalten hatten, dass ihre Töchter über den ihnen übertragenen Grundstücksanteil ohne Zustimmung der Eltern verfügen und die Eltern deshalb vom Vertrag zurücktreten. Zwar sei die Vormerkbarkeit eines Anspruchs zu verneinen, dessen Entstehung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängt. Bedingte Ansprüche böten aber von Anfang an eine gesicherte Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies gelte auch dann, wenn eine der Bedingungen in einem künftigen Verhalten des Verpflichteten liege (Potestativbedingung; BGHZ 134, 182, 184 f., 187 f.).

Danach bestehen gegen die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung im vorliegenden Fall keine Bedenken. Der zu sichernde Anspruch ist zum einen davon abhängig, dass der Beklagte das Haus veräußern will. Insoweit handelt es sich um eine Potestativbedingung, die ähnlich wie im Fall BGHZ 134, 182 ff. an ein künftiges Verhalten des Schuldners anknüpft. Der Anspruch hängt weiter davon ab, dass die älteren Geschwister das Haus nicht, jedenfalls nicht für die im Testament vorgesehene Gegenleistung, erwerben wollen. Auch diese, nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB zulässige Bedingung hebt auf das Verhalten eines Dritten ab. Schließlich setzt der Anspruch voraus, dass die Klägerin die Gegenleistung anbietet. Eine solche Einschränkung steht der Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs nach den genannten Urteilen vom 28.9.1962 und 31.5.1974 nicht entgegen. Die Kumulation aller dieser Voraussetzungen ändert an der rechtlichen Verbindlichkeit des Anspruchs und der damit von Anfang gegebenen sicheren Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung nichts. Die Entstehung des Anspruchs hängt auch nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners ab. Das Berufungsgericht hat also auch insoweit richtig entschieden.

6. Schließlich greifen die Rügen der Revision gegen die Vollstreckungsfähigkeit des Urteilstenors nicht durch. Soweit die Revision rügt, es sei nicht zu erkennen, auf welchen Zeitpunkt sich die Schätzung des als Gegenleistung zu zahlenden Preises beziehen solle, kommt dafür nach dem Sinn des auch insoweit vom Senat auszulegenden Testaments nur der Zeitpunkt der Erfüllung des Vermächtnisses in Betracht, d. h. der Auflassung des Hausgrundstücks an die Klägerin. Das war im Tenor klarzustellen ebenso wie die sich im Wege der Ausle-

gung des Testaments ergebenden wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen. Soweit die Revision auf Verwendungen des Beklagten hinweist, die in den Tatsacheninstanzen nicht vorgebracht worden sind, bleibt dem Beklagten unbenommen, bei der Erfüllung des Vermächtnisses einen Gegenanspruch aus §§ 2185, 994 Abs. 2, 684 BGB geltend zu machen (vgl. BGHZ 114, 16, 18, 28). Davon hängen der zu sichernde Vermächtnisanspruch und die Eintragung der Vormerkung jedoch ebenso wenig ab wie von einer eventuellen Rückforderung des bereits ausgezahlten Pflichtteils (s. o. unter 4).

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. GG Art. 14 Abs. 1; AktG §§ 304, 305 (*Höhe der Barabfindung, Ermittlung des Umtauschverhältnisses – DAT/Atlanta*)

a) **Das Recht der außenstehenden Aktionäre auf Festsetzung eines angemessenen Ausgleichs bzw. einer angemessenen Abfindung gemäß §§ 304, 305 AktG bleibt auch dann bestehen, wenn die abhängige AG während des Spruchstellenverfahrens in die herrschende AG eingegliedert wird (Ergänzung zu BGHZ 135, 374 – Guano).**

b) **Der außenstehende Aktionär der beherrschten AG ist grundsätzlich unter Berücksichtigung des an der Börse gebildeten Verkehrswertes der Aktie abzufinden. Ihm ist jedoch der Betrag des quotale auf die Aktie bezogenen Unternehmenswertes (Schätzwertes) zuzubilligen, wenn dieser höher ist als der Börsenwert.**

Dieser Grundsatz ist auch für die Bemessung des variablen Ausgleichs maßgebend.

c) **Der Festsetzung der angemessenen Barabfindung bzw. der Ermittlung der Verschmelzungwertrelation (Abfindung) und des angemessenen Umtauschverhältnisses (variabler Ausgleich) ist ein Referenzkurs zugrunde zu legen, der – unter Ausschluss außergewöhnlicher Tagesausschläge oder kurzfristiger sich nicht verfestigender sprunghafter Entwicklungen – aus dem Mittel der Börsenkurse der letzten drei Monate vor dem Stichtag gebildet wird.**

d) **Der Bewertung der Aktien sowohl der beherrschten als auch der herrschenden AG ist grundsätzlich der Börsenkurs zugrunde zu legen, damit möglichst gleiche Ausgangsvoraussetzungen für die Bestimmung der Wertrelation vorliegen. Auf den Schätzwert kann nur ausnahmsweise bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ausgewichen werden.**

BGH, Beschluss vom 12.3.2001 – II ZB 15/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

15. GmbHG §§ 5 Abs. 1; 17 Abs. 4 (*Wirksamkeit der Abtretung eines unter dem Mindestnennbetrag liegenden Teilgeschäftsanteils*)

Die Bildung und Abtretung eines Teilgeschäftsanteils unter einem gesetzlich bestimmten Mindestnennbetrag ist nicht wegen Verstoßes gegen §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 1 GmbHG n.F.

(bzw. 5 Abs. 3 GmbHG a.F.) nichtig, wenn der Anteil unmittelbar anschließend in einem einheitlichen Beurkundungsvorgang mit anderen Anteilen zu einem den Mindestnennbetrag erreichenden Geschäftsanteil zusammengelegt wird.

Kammergericht, Beschluss vom 3.5. 2001 – I W 9272/00 –

Zum Sachverhalt:

Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens ist die im Eintragungsverfahren auf die Anmeldung betreffend die Umstellung und Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft auf 70.500 Euro und weitere Änderungen des Gesellschaftsvertrages ergangene Zwischenverfügung des Registergerichts, mit der die Bildung und nachfolgende Abtretung der Teilgeschäftsanteile eines Gesellschafters von 3.600 DM und 100 DM wegen Verstoßes gegen §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 3 GmbHG als nichtig beanstandet worden sind.

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Aufhebung dieser Zwischenverfügung und zur Anweisung an das Amtsgericht, von den erhobenen Bedenken Abstand zu nehmen (*Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 129 Rdnr. 37 m.w.N.).

Aus den Gründen:

Verfahrensrechtlich richtig ist das Landgericht von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen. Gegen eine auf Beseitigung behebbarer Mängel einer Anmeldung zum Handelsregister gerichtete Zwischenprüfung nach § 26 Satz 2 HRV ist die unbefristete Beschwerde gegeben und die Gesellschaft als Anmeldende gemäß § 20 Abs. 2 FGG beschwerdebefugt (vgl. *Senat NJW-RR 2000, 1704 m.w.N.*)

In der Sache hält der angefochtene Beschluss des Landgerichts der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(...)

Das Landgericht hat – übereinstimmend mit dem Amtsgericht – angenommen, dass die Teilung eines Geschäftsanteils von 3.700 DM in Teilgeschäftsanteile von 3.600 DM und 100 DM sowie die nachfolgende Abtretung des Anteils von 100 DM an den neu eintretenden Gesellschafter wegen Verstoßes gegen §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 3 GmbHG nichtig gewesen sei. Hiergegen bestehen durchgreifende rechtliche Bedenken. Denn das Landgericht hat nicht berücksichtigt, dass die genannten Vorschriften nach ihrem Zweck, die Bildung von Kleinstgeschäftsanteilen mit einem Nennbetrag von unter 500 DM zu verhindern, vorliegend im Hinblick darauf nicht eingreifen, dass die Bildung des Anteils von 100 DM nur ein Zwischenstadium auf dem Weg zur in derselben Urkundsverhandlung vorgenommenen Neuverteilung der Geschäftsanteile unter den bisherigen sowie dem neu eintretenden Gesellschafter war, und zwar in § 5 GmbHG entsprechender Weise.

1. Gemäß § 86 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bleiben in Bezug auf Gesellschaften, die – wie hier – vor dem 1.1.1999 in das Handelsregister eingetragen wurden, für Mindestbetrag und Teilbarkeit von Kapital, Einlagen und Geschäftsanteilen die bis dahin gültigen Beträge weiter maßgebend, solange die Nennbeträge nicht an die gesetzliche Neuregelung angepasst sind; die durch Teilung gebildeten Geschäftsanteile dürfen daher nicht auf einen niedrigeren als den Mindestnennbetrag von 500 DM lauten und müssen durch 100 DM teilbar sein (vgl. *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 17 Rdnr. 11 a). Die Bildung und Abtretung eines Teilgeschäftsanteils ist gemäß § 134 BGB nichtig, wenn dieser und der verbleibende Restteil diese Erfordernisse nicht erfüllen (vgl. BGHZ 14, 25/33; OLG Schleswig NJW-RR 1995, 554; *Scholz/Winter* a.a.O. Rdnr. 11).

Sinn und Zweck der Vorschriften des § 17 GmbHG – wie auch des § 5 GmbHG – ist es, die Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteils zu erschweren. Es soll vermieden werden, dass die bei der GmbH vorausgesetzte verhältnismäßig geringe Zahl von Mitgliedern unangemessen erweitert wird; eine Vervielfältigung der Geschäftsanteile und der Handel mit ihnen sollen erschwert werden (vgl. RGZ 105, 152/154; BGHZ 11, 124/126; BGH WM 1966, 472/473; OLG Hamm DB 1976, 907/908; OLG Frankfurt/Main DB 1977, 2180; *Scholz/Winter* a.a.O. Rdnr. 1; *Knoob/Seefeldt*, GmbHR 1961, 140). Insbesondere durch die Normierung eines Mindestnennbetrages von 500 DM wird die Bildung von Kleinstgeschäftsanteilen und eine damit einhergehende Vervielfältigung der Zahl von Gesellschaftern verhindert.

2. Der vorgenannte Zweck der §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 3 GmbHG, die Bildung von Geschäftsanteilen mit einem Nennbetrag von unter 500 DM zu verhindern, wird jedoch durch die im vorliegenden Fall vorgenommene Bildung und Abtretung eines Teilgeschäftsanteils von 100 DM nicht verletzt. Zwar behielten die gebildeten mehreren Geschäftsanteile gemäß § 15 Abs. 2 GmbHG zunächst ihre rechtliche Selbstständigkeit, nachdem sie auf den neu eintretenden Gesellschafter übergegangen waren. Die Gesellschafter haben jedoch unmittelbar im Anschluss an die Übertragung des Teilgeschäftsanteils von 100 DM sowie der weiteren Teilgeschäftsanteile auf den Neugesellschafter unter dessen Beteiligung die Vereinigung der jeweils von ihnen innegehaltenen Geschäftsanteile beschlossen. Eine solche Vereinigung bzw. Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile ist nach allgemeiner Meinung zulässig, wenn die Geschäftsanteile voll eingezahlt sind und nach dem Gesellschaftsvertrag keine Nachschusspflicht besteht (vgl. RGZ 142, 36; BGHZ 42, 89/92; *Priester* GmbHR 1976, 130; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 18 m.w.N.). Dies war vorliegend ausweislich der Beurkundungsniederschrift der Fall. Infolge der danach wirksam vorgenommenen Zusammenlegung der auf einen Gesellschafter entfallenden Teilgeschäftsanteile ging auch der dem Neugesellschafter übertragene Teilgeschäftsanteil von 100 DM in dem entstandenen einheitlichen Geschäftsanteil von 13.600 DM auf. Damit war er nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs nicht mehr als selbstständiger Geschäftsanteil rechtlich existent und seine selbstständige erneute Abtretung ausgeschlossen (vgl. *Scholz/Winter* a.a.O. § 15 Rdnr. 1 m.w.N.). Der genannte Gesetzeszweck, eine Vervielfältigung der Zahl von Gesellschaftern durch Bildung und Abtretung von Kleinstgeschäftsanteilen zu verhindern, wird daher durch das gewählte Vorgehen nicht berührt.

3. In der obergerichtlichen Rechtsprechung gerade auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist mit Recht anerkannt, dass für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes nicht allein dessen Wortlaut maßgebend ist, es vielmehr wesentlich auf dessen Zweck ankommt. Daher ist der Zweck des Gesetzes bei seiner Auslegung und Anwendung zu berücksichtigen mit der Folge, dass bestimmte Sachverhalte bzw. Fallgruppen, die zwar nach dem Wortlaut des Gesetzes, nicht aber nach seinem Zweck seinem Anwendungsbereich unterfallen, im Wege teleologischer Reduktion aus diesem herauszunehmen sein können. So hat der Bundesgerichtshof in seiner die Vergleichbare Problematik der Auslegung des Begriffs der „Gleichzeitigkeit“ in § 17 Abs. 5 GmbHG betreffenden Entscheidung auf den Zweck der Vorschrift abgestellt, eine willkürliche Vervielfältigung der Geschäftsanteile zu vermeiden, und einen Verstoß dann nicht angenommen, wenn die Aufteilung des Geschäftsanteils geschäftlich bedingt und wirtschaftlich ge-

rechtfertigt ist und dieser Zweck daher nicht berührt wird (BGHZ 11, 124/126 ff.; vgl. a. zu § 15 Abs. 2 GmbHG RGZ 142, 36/40 f.; zu § 181 BGB BGHZ 56, 97/101 f.).

Auch für die vorliegende Fallgestaltung der Bildung und Abtretung eines nicht den Mindestnennbetrag der §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 3 GmbHG erreichenden Teilgeschäftsanteils, der unmittelbar anschließend in einem einheitlichen Beurkundungsvorgang mit anderen Teilgeschäftsanteilen zu einem § 5 GmbHG genügenden Geschäftsanteil zusammengelegt wird, gebietet es die teleologische Auslegung, einen Verstoß gegen die genannten Vorschriften zu verneinen, da deren Sinn und Zweck nicht berührt werden, wenn der unzulässige Teilgeschäftsanteil nur vorübergehend zur Neuaufteilung des Stammkapitals gebildet worden ist und im Rechtsverkehr keine selbstständige Bedeutung erlangen kann.

Nach alledem ist unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und der Zwischenverfügung das Amtsgericht anzuweisen, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen.

16. BGB §§ 126, 129 Abs.1 S. 2; HGB § 12, GmbHG § 8 Abs. 5, BeurkG §§ 39, 40 (*Anmeldung einer Gesellschaft und Zeichnung der Unterschrift*)

1. Die Eintragung der Gesellschaft darf nicht von der Erfüllung der Zeichnungspflichten nach § 8 Abs. 5 GmbHG abhängig gemacht werden; diese Pflichten können vielmehr vom Registergericht selbstständig gefordert und nötigenfalls nach § 14 HGB in Verbindung mit § 132 FGG erzwungen werden. Dabei ist die Beglaubigung der Zeichnung einer Namensunterschrift keine bloße Unterschriftsbeglaubigung, weil das Unterschriftsbild zur Aufbewahrung bei Gericht festgehalten werden soll.

2. Für die nach § 12 Abs. 1 HGB einzureichende Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister ist eine von einem Notar beglaubigte Unterzeichnung durch Handzeichen ausreichend, und zwar auch dann, wenn der Aussteller schreiben und lesen kann. Insoweit ist es ohne Bedeutung, wenn der Notar eine nicht mehr als solche erkennbare Unterschrift im Wege der Beglaubigung nicht als Handzeichen beglaubigt hat.

OLG Hamm, Beschluss vom 5.5.2001 – 15 W 21/01 –, mitgeteilt von RiOLG *Helmut Engelhardt*

Zum Sachverhalt:

Die beteiligte Verwaltungsgesellschaft ist durch notarielle Urkunde von der Betriebs-Gesellschaft mbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer, gegründet worden. Im Anschluss an die Errichtung, bestimmte dieser sich auch zum alleinigen Geschäftsführer der Beteiligten. Diese hat durch ihren Geschäftsführer ihre Gesellschaft und deren Vertretung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. In der Anmeldung hat der Geschäftsführer seine Unterschriften nach den Feststellungen des Landgerichts jeweils mit den Buchstaben „tt“ und einen durch die Buchstaben geführten Querstrich gezeichnet. Darunter befindet sich der Beglaubigungsvermerk des Notars, der bestätigt, dass die Namensunterschriften des ihm persönlich bekannten Herrn im Text und unter dem Text vor ihm vollzogen worden seien.

Das Amtsgericht hat durch Zwischenverfügung unter Ziffer 3. die Unterschrift und Zeichnung des Geschäftsführers beanstandet und die Beteiligte aufgefordert, die Unterschrift oder Zeichnung ordnungsgemäß nachzuholen. Hiergegen hat die Beteiligte Beschwerde

eingelegt. Der Urkundsnotar und Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hat geltend gemacht, ihm sei der Geschäftsführer seit mehr als 15 Jahren bekannt; dieser habe in der Vergangenheit stets in der Form seine Unterschrift geleistet, wie sie sich in der von ihm beurkundeten Anmeldung befinde. Die Zeichnung stelle sich nicht als Paraphe dar.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

(...)

In der Sache selbst führt die weitere Beschwerde zur Aufhebung der angefochtenen Beschwerdeentscheidung und der erstinstanzlichen Zwischenprüfung, weil beide Entscheidungen auf einer Verletzung des Gesetzes beruhen, § 27 FGG. Das Amts- und das Landgericht haben nämlich nicht hinreichend unterschieden zwischen den Anforderungen, die das Gesetz an die Unterschrift unter die Anmeldung einer Gesellschaft und an die Zeichnung der Unterschrift stellt, und ferner nicht beachtet, dass die Eintragung der Gesellschaft nicht von der Erfüllung der Zeichnungspflichten nach § 8 Abs. 5 GmbHG abhängig gemacht werden darf.

(...)

Nach § 12 Abs. 1 HGB ist die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Ist durch Gesetz für eine Erklärung eine öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung schriftlich abgefasst und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden (§ 129 Abs. 1 Satz 1 BGB); wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die in § 126 Abs. 1 BGB vorgeschriebene Beglaubigung erforderlich und genügend (§ 129 Abs. 1 Satz 2 BGB); nach § 129 Abs. 2 BGB wird die öffentliche Beglaubigung durch die notarielle Beurkundung der Erklärung (§ 128 BGB) ersetzt.

Nach Auffassung der Vorinstanzen ist die schriftlich abgefasste Anmeldung von dem Geschäftsführer der beteiligten Vorgesellschaft nicht durch eine Unterschrift, sondern nur durch ein Handzeichen unterzeichnet worden. Dies ist aber nach § 129 Abs. 1 Satz 2 BGB zulässig und ausreichend, und zwar auch dann, wenn der Aussteller schreiben und lesen kann (*Keidel/Winkler*), BeurkG, 14. Aufl., § 40 Rdnr. 74; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 60. Aufl., § 126 Rdnr. 10). Sie bedarf zum Beweis für die Echtheit des Handzeichens der notariellen Beglaubigung (§§ 39, 40 BeurkG), die hier vorliegt. Dabei ist es ohne Bedeutung, wenn der Notar etwa eine nicht mehr als solche erkennbare Unterschrift im Wege der Beglaubigung nicht als Handzeichen beglaubigt hat (*Keidel/Winkler*, a.a.O., § 40 Rdnr. 75).

Auf die Frage, ob der Geschäftsführer der Beteiligten die Anmeldung mit seiner vollständigen Unterschrift unterzeichnet hat, kommt es somit nicht entscheidend an, weil er sie wirksam zumindest abgekürzt mit seinem notariell beglaubigten Handzeichen unterzeichnet hat. Die Zwischenverfügung kann daher schon insoweit keinen Bestand haben.

2) Soweit das Registergericht die Zeichnung der Unterschrift beanstandet hat, verlangt es mit der Zwischenverfügung die Behebung eines Hindernisses, das der Eintragung der Gesellschaft gar nicht entgegensteht, sondern lediglich die – selbstständig zu beurteilende – Zeichnungspflicht nach § 8 Abs. 5 GmbHG betrifft. Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist aber keine Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft; sie

kann vielmehr vom Registergericht selbstständig gefordert und nötigenfalls nach § 14 HGB in Verbindung mit § 132 FGG erzwungen werden (KG in OLG R 19, 309, 310; *Senat OLGZ* 1983, 1; *Keidel/Winkler*, a.a.O., § 41 Rdnr. 5). Als einleitende Verfügung für ein Erzwingungsverfahren nach §§ 14 HGB, 132 FGG, gegen die der Einspruch zulässig gewesen wäre, kann die Zwischenverfügung schon deshalb nicht gewertet werden, weil ihr die wesentlichen Erfordernisse einer derartigen Verfügung fehlen, und zwar die Androhung eines Zwangsgeldes und der Hinweis, dass innerhalb einer bestimmten Frist entweder der Verpflichtung (zur Namenszeichnung) nachzukommen oder die Unterlassung mittels Einspruchs gegen die Verfügung zu rechtfertigen sei.

Da die Beanstandung der Namenszeichnung nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung für eine beantragte Eintragung sein kann und der Eintragungsantrag ordnungsgemäß unterzeichnet ist, muss der Senat die angefochtene Beschwerdeentscheidung und – auf die Erstbeschwerde – die Zwischenverfügung des Registerrichters aufheben. Das Amtsgericht wird nunmehr über die Anmeldung neu zu entscheiden haben.

III. Hinsichtlich der Namenszeichnung weist der *Senat* wegweisend und ohne Bindungswirkung auf Folgendes hin:

Nach § 8 Abs. 5 GmbHG haben die Geschäftsführer ihre (Namens-)Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen. Diese Zeichnungen sind nach § 12 Abs. 1 HGB in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Die Beglaubigung der Zeichnung einer Namensunterschrift ist keine bloße Unterschriftsbeglaubigung; es kommt nämlich nicht nur darauf an, die Echtheit der Unterschrift zu bezeugen, sondern zur Aufbewahrung bei Gericht auch das Unterschriftsbild festzuhalten, um die Prüfung der Echtheit einer Unterschrift im Handelsverkehr zu erleichtern (*Keidel/Winkler*, a.a.O., § 41 Rdnr. 1). Das dabei zu beachtende Verfahren regelt § 41 BeurkG. Danach muss die Zeichnung in Gegenwart des Notars vollzogen werden, was der Notar in einem unter die Zeichnung gesetzten Beglaubigungsvermerk im Sinne des § 39 BeurkG zu bezeugen hat (*Keidel/Winkler*, a.a.O., Rdnr. 16).

Was unter einer *Unterschrift* zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Sprachgebrauch und dem Zweck der Formvorschrift. Eine Unterschrift setzt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ein aus Buchstaben einer üblichen Schrift bestehendes Gebilde voraus, das nicht lesbar zu sein braucht. Erforderlich, aber auch genügend, ist das Vorliegen eines die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnenden individuellen Schriftzuges, der einmalig ist, entsprechende charakteristische Merkmale aufweist, sich als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschriftsleistung erkennen lässt; Handzeichen, die allenfalls einen Buchstaben verdeutlichen, sowie Unterzeichnungen mit einer Buchstabenfolge, die erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheinen, stellen demgegenüber keine formgültige Unterschrift dar (vgl. BGH NJW 1985, 1227 = LM § 130 ZPO Nr. 11; NJW 1987, 1333 = BGHR ZPO § 130 Nr. 6 – Unterschrift 2; NJW 1989, 588 = LM § 130 ZPO Nr. 14; NJW 1992, 243 = LM H. 3/1992 § 130 ZPO Nr. 17; NJW 1994, 55 = LM § 130 ZPO Nr. 19 = BB 1994, 539 = MDR 1994, 91 jeweils m.w.N.).

Die Frage, ob es sich bei der Namenszeichnung um eine Unterzeichnung mit einer Buchstabenfolge handelt, die sich als eine Unterschrift oder lediglich als eine bewusste und gewollte Namensabkürzung (Handzeichen, Paraphe) darstellt und deswegen dem Formerfordernis nicht genügt, ist eine Tat-

frage, die sich nach dem äußeren Erscheinungsbild beurteilt (BGH, NJW 1982, 1467; NJW 1987, 957; NJW 1994, 55), wobei der Wille des Unterzeichnenden nur insoweit von Bedeutung ist, als er in dem Schriftzug seinen Ausdruck gefunden hat (BGH NJW 1994, 55). Die Entscheidung dieser Frage obliegt den Tatsacheninstanzen, die das Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich bindet (§ 561 ZPO) und nur eingeschränkt dahin überprüft werden kann, ob der Tatsachenrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht, bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze oder den allgemeinen Sprachgebrauch verstoßen hat (vgl. *Keidel/Kahl*, FG, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 42).

17. HGB § 29 (*Keine neue Unterschriftszeichnung des Einzelkaufmanns bei bloßer Firmenänderung*)

Bei bloßer Änderung seiner Firma muss der Einzelkaufmann seine Namensunterschrift nicht neu „unter Angabe der Firma“ zeichnen.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Amberg, Beschluss vom 31.1.2001 – 41 HK T 938/00 –, mitgeteilt von Notar *Dr. Johann Frank*, Amberg

Aus den Gründen:

(...)

Streitig im Zusammenhang mit dieser Neufassung von § 29 HGB (durch das HRefG vom 22.6.1998, *Anm. der Schriftleitung*) ist, ob der Einzelkaufmann bei bloßer Änderung seiner Firma seine Namensunterschrift „unter Angabe der Firma“ neu zeichnen muss. Die Rechtsauffassung der Rechtspflegerin findet ihre Stütze bei Gustavus „Handelsregister-Anmeldungen“ (4. Auflage 1999, S. 21) (...). Demgegenüber vertreten *Priester* (DNotZ 1998, 710) und *Schmidt* (ZNotP 1998, 483) die Ansicht, dass in einem Falle wie dem vorliegenden die Namenszeichnung nicht wiederholt zu werden braucht. Die Kammer schließt sich dieser Auffassung an: Da es für den Fall der erstmaligen Eintragung bezüglich der Zeichnung der Namensunterschrift „unter Angabe der Firma“ ausreicht, wenn aus dem eingereichten Schriftstück klar ist, für welche Firma die Unterschrift geleistet wird, hat dies auch im Falle der Firmenänderung zu gelten, da es nach der neuen Rechtslage nur noch um die Namenszeichnung einer bestimmten Person geht. Die Anmeldung der Firmenänderung zur Eintragung (...) ist infolgedessen nicht zu beanstanden.

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

18. GVG § 17 a; BNotO § 15 Abs. 2; ZPO § 935; FGG § 24 Abs. 3 (*Zuständigkeit für Beschwerde nach § 15 BNotO*)

Nimmt ein Grundstückskäufer den Urkundsnotar vor der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit auf Vornahme einer Amtshandlung in Anspruch, so ist die Streitigkeit entsprechend § 17 a Abs. 2 GVG an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verweisen, das zur Entscheidung über die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zu-

ständig ist. Wird das Begehren im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO geltend gemacht, so steht einer Verweisung nicht entgegen, dass das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein selbstständiges Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht kennt.

BGH, Beschluss vom 5.4.2001 – III ZB 48/00 –, mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Kostenrecht

19. KostO § 8 Abs. 2

Keine weitere Beschwerde bei Anforderung eines Kostenvorschusses.

BayObLG, Beschluss vom 21.2.2001 – 3Z BR 63/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 12.9.2000 die Beteiligten aufgefordert, bis spätestens 12.10.2000 einen Kostenvorschuss von 18.182 DM zu zahlen. Sollte die Zahlung nicht fristgerecht eingehen, werde der Antrag auf Löschung von Grundpfandrechten zurückgewiesen. Der hiergegen eingelegten Erinnerung der Beteiligten hat das Grundbuchamt gemäß Beschluss vom 14.11.2000 nicht abgeholfen, das Landgericht hat durch Beschluss vom 11.12.2000 das Rechtsmittel zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

1. Das Rechtsmittel ist zu verwerfen.

Gegen den Beschluss des Landgerichts ist eine weitere Beschwerde nicht statthaft.

a) Gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts, das die Vornahme einer Eintragung von der Einzahlung eines Vorschusses abhängig macht (§ 8 Abs. 2 Satz 1 KostO, § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO), ist nach § 8 Abs. 3 KostO, § 71 Abs. 1 GBO, § 11 Abs. 1 RPflG die unbefristete Beschwerde statthaft. Dies gilt auch, wenn lediglich die Höhe des Vorschusses beanstandet wird. Eine weitere Beschwerde ist ausgeschlossen, weil § 8 Abs. 3 KostO nicht auf §§ 26 bis 29 FGG bzw. §§ 78 bis 80 GBO verweist (vgl. BayObLG JurBüro 1994, 166/167 m.w.N.).

b) Die Erstbeschwerde kann nicht in eine Geschäftwertbeschwerde gemäß § 31 Abs. 3 Satz 1 KostO umgedeutet werden. Es fehlt bereits ein entsprechender Beschluss des Amtsgerichts gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 KostO (vgl. BayObLGZ 1970, 25/27). Im Übrigen wäre die weitere Beschwerde nach einer Geschäftwertfestsetzung hier ebenfalls nicht statthaft, da sie vom Landgericht nicht zugelassen wurde (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO).

c) Das Rechtsmittel kann auch im Hinblick auf die Grundsätze zur Anfechtbarkeit greifbar gesetzwidriger Entscheidungen (vgl. *Keidel/Kahl* FGG 14. Aufl. § 19 Rdnr. 39) nicht als zulässig erachtet werden. Die Auffassung des Landgerichts entspricht dem Gesetzeswortlaut. Die Rechtsprechung des *Senats*, wonach in bestimmten Fällen auf die Löschung eines Globalgrundpfandrechts die Gebührenvorschriften für die Entlassung aus der Mithaft entsprechend anzuwenden sind (vgl. BayObLGZ 1992, 247 und 1993, 285), ist umstritten.

ten (vgl. OLG Düsseldorf RPfleger 1999, 414/415). Außerdem ist zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung auch dann anzuwenden ist, wenn wie hier das Globalgrundpfandrecht nur auf dem erworbenen Gegenstand lastet und der Erwerber die persönliche Haftung ausdrücklich übernommen hat. Von einer greifbaren Gesetzeswidrigkeit kann daher nicht die Rede sein.

20. KostO § 19 Abs. 4 (*Landwirtschaftsprivileg I – Betriebsgröße*)

Soll das Landwirtschaftsprivileg auf die Übertragung eines landwirtschaftlichen Betriebs angewendet werden, der so klein ist, dass nach objektiven Kriterien ein Grenzfall vorliegt, so ist zu ermitteln, ob der Erwerber zumindest einen nicht unerheblichen Teil seines Familieneinkommens aus dem Betrieb erzielen kann.

BayObLG, Beschluss vom 16.5.2001 – 3Z BR 131/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Der beteiligte Notar beurkundete am 30.4.1999 die Übergabe mehrerer Grundstücke von insgesamt 4,5459 ha Fläche, beschrieben als Wohnhaus, Wirtschaftsgebäude, Gebäude- und Freifläche, Grünland und Acker-Grünland, von den Eltern des Beteiligten an diesen. In der Urkunde wurde die Auflassung der Grundstücke an den Beteiligten und die Bestellung eines Leibgedings für die Eltern des Beteiligten erklärt, dessen wesentlicher Inhalt in einem Wohnungsrecht, der Gewährung täglicher Kost und jederzeitiger Wart und Pflege, jeweils lebenslang, besteht.

In der Kostenrechnung, die der beteiligte Notar dem Beteiligten am 3.5.1999 übersandte, wurde, ausgehend vom Verkehrswert der Grundstücke, ein Geschäftswert von 667.000 DM angenommen.

Mit seiner Beschwerde hiergegen begehrte der Beteiligte die Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs und damit die Heranziehung des vierfachen Einheitswertes der Grundstücke.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 12.3.2001 die Kostenrechnung des beteiligten Notars aufgehoben, den Notar angewiesen, unter Anwendung der Bewertungsvorschrift des § 19 Abs. 4 KostO eine neue Kostenrechnung zu erstellen und die weitere Beschwerde zugelassen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde des beteiligten Notars vom 10.4.2001.

Aus den Gründen:

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 Satz 1 KostO). Sie ist in der Sache begründet.

1. Das Landgericht ist der Auffassung, dass das Kostenprivileg des § 19 Abs. 4 KostO zur Anwendung gelange und daher das Vierfache des letzten Einheitswertes für die Bewertung maßgeblich sei. Grundsätzlich müsse zwar hierfür eine gewisse Mindestgröße des übertragenen Betriebs vorliegen. Aus der Größe der Betriebsfläche mit 4,1618 ha allein könne jedoch kein sicherer Rückschluss gezogen werden, ob der Betrieb noch leistungsfähig genug sei. In solchen Grenzfällen, in denen eine Unterschreitung der Leistungsfähigkeit nicht festgestellt werden könne, müsse das Landwirtschaftsprivileg angewendet werden.

2. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO, § 550 ZPO).

a) Durch die Einführung der Privilegierung in § 19 Abs. 4 KostO wollte der Gesetzgeber unter ausdrücklicher Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 67, 348/367 f.; vgl. auch BVerfGE 15, 337/342) die Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe fördern, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt wurden (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 6 f.). Daraus folgt, dass unter die Privilegierung nur solche landwirtschaftliche oder forstwirtschaftliche Betriebe fallen, die den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern können (BayObLGZ 1992, 231/233; BayObLG AgrarR 1997, 293; FamRZ 1997, 831). Eine bezifferte Mindestgröße sieht das Gesetz selbst zwar nicht vor. Auch in der Gesetzesbegründung wird betont, dass eine bestimmte Betriebsgröße nicht vorausgesetzt werde und der Betrieb demnach auch nebenberuflich geführt werden könne (BT-Drucks. 11/2343 S. 7). In Rechtsprechung und Literatur ist jedoch anerkannt, dass ein leistungsfähiger Hof nur bei einer gewissen Mindestgröße vorliegt (vgl. BayObLGZ 1992, 231/233 f. m.w.N.) Sie ist jeweils nach den Umständen des Einzelfalles gesondert festzustellen (LG Bamberg MittBayNot 1990, 327). Zu ihrer Ermittlung bietet sich (vgl. LG Bamberg a.a.O.; *Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 75) ein Rückgriff auf die einschlägigen landwirtschaftlichen Gesetze gleicher Zielsetzung an, z.B. das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft – LaFG – vom 12.7.1989 BGBl. I, 1435 (mindestens 5 ha landwirtschaftlich genutzte Fläche) und das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte – GAL – vom 14.9.1965, BGBl. I, 1449. Diese Gesetze schaffen allerdings nur Anhaltspunkte für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO, nicht aber eine strikte Bindung an die in ihnen vorgesehenen Mindestgrößen, wenn diese – wie hier – annähernd erreicht werden (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 831).

b) Der Ausgangspunkt des Landgerichts, dass in Ansehung der Mindestgröße des landwirtschaftlichen Betriebs hier ein Grenzfall vorliege und aus der Größe der vorliegenden Betriebsfläche allein kein sicherer Rückschluss auf die ausreichende Leistungsfähigkeit des Betriebs gezogen werden könne, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, warum nicht von der Gesamtfläche des übergebenen Betriebes, also 4,5459 ha, auszugehen sein sollte. Das Landgericht hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, in welchem Umfang der Beteiligte aus der Bewirtschaftung des übergebenen landwirtschaftlichen Betriebes Einkommen erzielt. Solche Feststellungen sind jedoch für eine abschließende Beurteilung nicht entbehrlich. Die Privilegierung kommt nur dann in Betracht, wenn der Betrieb den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern kann. Die Einkünfte aus dem Betrieb müssen jedenfalls den Grundstock des Familienunterhalts bilden (BayObLGZ 1992, 231). So hat der Senat in einem vergleichbaren Grenzfall, der seinem Beschluss vom 22.1.1997 (FamRZ 1997, 831) zugrunde lag, die Anwendung des Landwirtschaftsprivilegs bejaht, weil der Beteiligte dort den landwirtschaftlichen Betrieb vollschichtig führte und einen nicht unerheblichen Teil des Familieneinkommens aus dem Betrieb erzielte. In einem anderen Fall (vgl. Senatsbeschluss vom 22.1.1997, AgrarR 1997, 293) hat er die Privilegierung versagt, weil der landwirtschaftliche Betrieb dort auch nicht teilweise aus eigener Kraft lebte, dem Beteiligten dort mithin nicht die Bewirtschaftung des Hofes als Existenzgrundlage diene, sondern – neben anderer Erwerbstätigkeit – wesentlich der Erhalt staatlicher Subventionen.

3. Der Senat kann nicht endgültig entscheiden, weil er die erforderlichen weiteren Feststellungen nicht selbst treffen kann. Dies führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

21. KostO § 19 Abs. 4 (*Landwirtschaftsprivileg II – Einbringung in KG zur Nutzung*)

Ist der dem Erwerber überlassene landwirtschaftliche Betrieb zur Nutzung in eine Kommanditgesellschaft eingebracht, an der Veräußerer und Erwerber beteiligt sind, so fällt die Übereignung der Grundstücke dieses Betriebs jedenfalls dann nicht unter § 19 Abs. 4 KostO, wenn nicht sichergestellt ist, dass der Erwerber den Betrieb später selbst eigenverantwortlich fortführt.

BayObLG, Beschluss vom 23.5.2001 – 3Z BR 54/01 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die Beteiligte zu 2 überließ ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 1, durch notariell beurkundeten Vertrag vom 29.6.1999 mehrere Grundstücke von insgesamt rd. 54 ha Fläche, beschrieben als landwirtschaftliche Nutzflächen, Wohnhaus, Hofraum, Lagerplatz, Hof- und Gebäudeflächen. In der notariellen Urkunde heißt es unter Ziff. IV:

Der Vertragsgrundbesitz wurde aufgrund eines Gesellschaftsvertrages der Saatzucht A. GmbH & Co. KG entgeltlich zur Nutzung überlassen. Der Erwerber hat Kenntnis vom Inhalt dieses Vertrages und tritt insofern in den Vertrag ein. Er ist bereits Mitgesellschafter.

Alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der genannten KG ist eine GmbH. Kommanditisten mit jeweils gleich hoher Einlage sind die beiden Beteiligten, der Ehemann der Beteiligten zu 2 und Vater des Beteiligten zu 1 sowie eine weitere Familienangehörige. Gesellschafter der GmbH sind, wiederum mit jeweils gleich hoher Einlage, die vier Kommanditisten, Geschäftsführer ist der Ehemann der Beteiligten zu 2. Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ist der Betrieb einer Landwirtschaft mit Saatzucht. Neben dem vertragsgegenständlichen Betrieb ist von der Beteiligten zu 2 ein weiterer Betrieb zur Nutzung in die KG eingebracht.

Der Eigentumswechsel sowie eine Rückauflassungsvormerkung wurden am 20.9.1999 im Grundbuch eingetragen. In der hierfür erstellten Kostenrechnung vom 20.9.1999 ging der Kostenbeamte für den Geschäftswert unter Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO vom vierfachen Einheitswert der Grundstücke aus. Auf Beanstandung des Bezirksrevisors wurde am 22.8.2000 eine neue Kostenrechnung erstellt, mit der von dem Beteiligten zu 1 unter Zugrundelegung des Verkehrswerts der Grundstücke die Zahlung weiterer 3.799,50 DM verlangt wurde.

Hiergegen legte der Beteiligte zu 1 Erinnerung ein. Er ist der Auffassung, die ursprüngliche Kostenrechnung sei zutreffend gewesen.

Die Erinnerung wurde zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Beteiligten zu 1, der sich die Beteiligte zu 2 anschloss, hat das Landgericht zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

Die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) ist unbegründet.

1. (...)

2. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich als richtig. Sie geht zwar auf die Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 KostO

nicht detailliert ein, nimmt aber im Ergebnis zutreffend an, dass der Überlassungsvertrag vom 29.6.1999 diese Voraussetzungen nicht erfüllt.

a) Die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO sieht für Geschäfte, welche die Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle betreffen, die Bewertung des land- oder forstwirtschaftlichen Vermögens nach dem vierfachen des letzten Einheitswerts vor. Sie soll aus agrarpolitischen Gründen eine frühzeitige Regelung der Hofnachfolge fördern und der Erhaltung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe dienen, die vielfach seit Generationen in der Hand bäuerlicher Familien geführt werden (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates BT-Drucks. 11/2343 S. 6 re. Sp. u.; BayObLG FGPrax 2000, 210; OLG Stuttgart Die Justiz 1998, 34).

b) Es ist bereits zweifelhaft, ob die überlassenen Grundstücke hier noch einen landwirtschaftlichen Betrieb bilden. Dies setzt, wie sich aus der Zielsetzung des § 19 Abs. 4 KostO ergibt, das Vorhandensein einer Hofstelle voraus, die in aller Regel der bäuerlichen Familie auch Wohnung bietet (BayObLGZ 1992, 231/233). Von der Hofstelle aus muss der Grund und Boden bewirtschaftet werden (vgl. auch *Wöhrmann/Stöcker* Das Landwirtschaftserbrecht 5. Aufl. § 1 Rdnr. 39). Grundbesitz und Hofstelle müssen eine wirtschaftliche und organisatorische Einheit bilden (*Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 76 und 77).

Vom Vorliegen dieser Voraussetzung kann hier nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Die Grundstücke werden offenbar seit längerer Zeit zusammen mit anderen Grundstücken gemeinschaftlich durch eine Handelsgesellschaft bewirtschaftet. Ob dies von einer zum übergebenen Grundbesitz gehörenden Hofstelle aus geschieht, ist nicht geklärt. Die beiden Beteiligten wohnten, soweit dies den Akten zu entnehmen ist, weder unmittelbar vor noch nach der Überlassung des Grundbesitzes auf dieser Hofstelle.

c) Die Frage, ob noch ein landwirtschaftlicher Betrieb im Sinn von § 19 Abs. 4 KostO gegeben ist, bedarf jedoch keiner abschließenden Klärung. Denn die Anwendung dieser Vorschrift setzt außerdem, wie aus der Formulierung des Gesetzgebers („oder die Fortführung des Betriebs in sonstiger Weise“) zu erkennen ist, auch bei der Überlassung durch Übergabevertrag voraus, dass diese der Betriebsfortführung durch den Erwerber dient (vgl. BayObLGZ 1994, 110/111 m.w.N.; *Göttlich/Mümmeler* KostO 14. Aufl. S. 505). Der überlassene Betrieb muss hierbei nicht objektiv fortführbar sein, vielmehr muss auch beabsichtigt sein, dass er durch den Erwerber in eigener Verantwortung oder zumindest unter seiner fachlichen Oberaufsicht fortgeführt wird (BayObLGZ 1994, 110/112). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

aa) Eine Fortführung durch den Beteiligten zu 1 kann nicht schon darin gesehen werden, dass der überlassene Grundbesitz in eine KG zur Nutzung eingebracht und der Beteiligte zu 1 an dieser KG beteiligt ist.

Der Erwerber, dem das Privileg zugute kommen soll, muss eine natürliche Person sein (*Korintenberg/Bengel* KostO 14. Aufl. § 19 Rdnr. 80), er muss den Betrieb fortführen. Demgegenüber ist die GmbH & Co. KG, die hier den übergebenen Grundbesitz bewirtschaftet, damit einen allenfalls vorhandenen Betrieb führt und nach dem Gesellschaftsvertrag auch auf absehbare Zeit führen soll, nach ihrer konkreten Ausgestaltung eine die Haftung des Erwerbers weitgehend ausschließende Handelsgesellschaft, wie das Landgericht zutreffend ausführt. Es kann dahinstehen, ob, wofür manches

spricht und wie das Landgericht offenbar meint, in einem solchen Fall die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO generell ausscheidet. Denn jedenfalls ist zu fordern, dass die an dem privilegierten Geschäft als Übernehmer beteiligte Person zumindest bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise den Betrieb allein verantwortlich fortführen soll.

Dies ist hier nicht der Fall. Insbesondere hat der Beteiligte zu 1 nicht die Unternehmensführung der KG inne (vgl. zu dem ähnlichen Fall der BGB-Gesellschaft BayObLG JurBüro 1999, 600). Vielmehr liegen Vertretung und Geschäftsführung der KG bei der Komplementär-GmbH, deren Geschäftsführer und damit auch Vertreter der Vater des Beteiligten zu 1 ist (§ 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags, im Folgenden GV). In der Gesellschafterversammlung, welche die grundsätzlichen Entscheidungen zur Geschäftsführung trifft, hat der Beteiligte zu 1 nur eine von vier Stimmen (§ 8 Abs. 4 GV), d.h. er kann von den anderen Gesellschaftern ohne weiteres überstimmt werden.

bb) Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beteiligte zu 1 als Erwerber beabsichtigt, den überlassenen Grundbesitz im Zusammenhang mit der Überlassung zu einem späteren Zeitpunkt eigenverantwortlich und als eigenen landwirtschaftlichen Betrieb zu bewirtschaften.

Der Senat hat mehrfach entschieden, dass die Betriebsfortführung durch den Erwerber nicht notwendigerweise dem Erwerbsgeschäft zeitlich unmittelbar nachfolgen muss. So ist es für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO unschädlich, wenn der Betrieb zunächst in eine BGB-Gesellschaft eingebracht wird, gleichzeitig aber eine vollständige Nachfolgeregelung getroffen ist, durch welche die spätere Betriebsfortführung durch den Erwerber sichergestellt ist (vgl. BayObLG JurBüro 1999, 600). Gleiches gilt für die Übergabe eines verpachteten Betriebs an den fortführungsbereiten Sohn bei gleichzeitiger Kündigung des Pachtverhältnisses (vgl. BayObLG MittBay-Not 1997, 382), weil bei dieser Sachlage der Sohn nach Beendigung des Pachtverhältnisses den Betrieb übernehmen und fortführen kann. Auch in den Fällen, in denen sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem landwirtschaftlichen Grundstück vorbehält, ist die Anwendung von § 19 Abs. 4 KostO nicht ausgeschlossen (für einen Nießbrauch von zweijähriger Dauer vgl. BayObLG NJW-RR 1999, 224; für einen lebenslangen Nießbrauch vgl. BayObLGZ 1997, 240). Schließlich sind Fälle denkbar, in denen die Betriebsfortführung durch den Erwerber wegen seines geringen Alters oder wegen seiner Berufsausbildung auf längere Zeit noch nicht möglich ist, jedoch für später fest vorgesehen ist (vgl. BayObLGZ 1991, 200).

Erforderlich ist aber ein Zusammenhang zwischen der Übergabe und der Fortführung. Deshalb kann die bloße theoretische Möglichkeit, irgendwann den Betrieb selbst zu führen, die Privilegierung nicht begründen. So hat der Senat die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO abgelehnt, wenn der Betrieb zur Zeit des Abschlusses des Überlassungsvertrags verpachtet ist und von dem Pächter unverändert fortgeführt wird, sodass der Überlassungsvertrag die Fortführung des Betriebes nicht berührt (vgl. BayObLGZ 1994, 110).

Dem ist der vorliegende Fall vergleichbar. Zwar ist die Einbringung der Nutzung des landwirtschaftlichen Betriebes in die KG keine Pacht (§§ 581 Abs. 1, 585 Abs. 1 BGB). Entscheidend ist jedoch, dass hier wie dort der Betrieb unverändert durch einen Dritten (hier die GmbH & Co. KG) fortgeführt wird und auch fortgeführt werden soll. Weder nach dem Vorbringen der Beteiligten noch nach dem Akteninhalt ist zweifelsfrei (vgl. BayObLG JurBüro 1999, 600) eine spätere

Betriebsfortführung allein durch den Beteiligten zu 1 in der Weise beabsichtigt, dass ihm der Betrieb Wohnung und Existenzgrundlage böte (vgl. BayObLGZ 1992, 231/233 f.). Weder der Überlassungsvertrag noch der Gesellschaftsvertrag enthalten Hinweise darauf, dass der übergebene Grundbesitz in absehbarer Zeit wieder aus der Nutzung durch die KG ausscheiden und dann vom Beteiligten zu 1 allein bewirtschaftet werden könnte. Die Bindung durch den Gesellschaftsvertrag ist von langer Dauer, da dieser frühestens zum 30.6.2009 gekündigt werden kann (§ 12 Abs. 2 GV). Es ist auch nicht sicher, dass der Beteiligte zu 1 im Rahmen der KG die wirtschaftliche Alleinverantwortung für die Betriebsfortführung übernehmen wird. Beide Verträge sehen sogar Fallgestaltungen vor, bei deren Eintritt der Beteiligte zu 1 die Nutzung, unter Umständen sogar das Eigentum an den übergebenen Grundstücken auf Dauer verlieren könnte. So kann der Betrieb durch Mehrheitsbeschluss gegen den Willen des Beteiligten zu 1 anderweitig verpachtet werden (§ 2 Abs. 3 GV). Der Beteiligte zu 1 kann unter Umständen aus der KG ausscheiden oder ausgeschlossen werden (§ 12 Abs. 7 GV). Die KG kann nach Kündigung ohne ihn fortgesetzt werden (§ 12 Abs. 6 GV). Schließlich können die Voraussetzungen des Rückfalls eintreten (Ziff. IX des Überlassungsvertrags).

d) Da § 19 Abs. 4 KostO die vorliegende Ausgestaltung eines Überlassungsvertrages nicht erfasst, war der Grundbesitz nach § 19 Abs. 2 KostO zu bewerten. Der vom Amtsgericht angenommene Verkehrswert der übertragenen Grundstücke ist von keiner Seite beanstandet worden und durfte daher der Geschäftswertfestsetzung zugrunde gelegt werden. Die angegriffene Gebührennachforderung ist somit nicht zu beanstanden.

Steuerrecht

22. ErbStG 1974 § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 5 Nr. 3 (*Übernahme von GmbH-Anteilen bei Kapitalerhöhung unter dem gemeinen Wert als Schenkung*)

- 1. Werden im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH Dritte zur Übernahme neuer Geschäftsanteile, deren gemeiner Wert die jeweils zu leistenden Einlagen übersteigt, zugelassen, ohne weitere Verpflichtungen eingehen zu müssen, sind sie mit der Eintragung im Handelsregister auf Kosten der Altgesellschafter bereichert. Die Bereicherung beruht auf einer Zuwendung der Altgesellschafter. Die Leistung der Einlagen stellt Erwerbsaufwand dar.**
- 2. Zu den Voraussetzungen eines beachtlichen Irrtums des Schenkers über die Freigebigkeit der Zuwendung.**

BFH, Urteil vom 20.12.2000 – II R 42/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Ehefrau des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) errichtete mit einer weiteren Gesellschafterin im Dezember 1983 eine GmbH, deren Stammkapital von 50.000 DM auf beide Gesellschafterinnen je zur Hälfte entfiel. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom gleichen Tag gaben die Gesellschafterinnen jeweils zu Gunsten ihrer Ehemänner ein unbefristetes Angebot über den Verkauf ihrer Geschäftsanteile zum Preis von 12.500 DM ab. Dazu hieß es, der Preis sei an der Höhe der derzeit auf die Stammeinlage geleisteten Zahlung ausgerichtet; sollte auf die Einlage ein höherer Betrag eingezahlt werden, erhöhe sich der Preis entsprechend.

Im Dezember 1989 beschlossen die Gesellschafterinnen eine Kapitalerhöhung von 150.000 DM, von denen sie jeweils 26.000 DM selbst übernahmen. Darüber hinaus ließen sie ihre Ehemänner zur Übernahme neuer Einlagen von jeweils 49.000 DM zu. Zum 31.12.1989 hatten die Anteile einen Wert von 4.119 DM je 100 DM des Stammkapitals.

In der Übernahme neuer Stammeinlagen durch die Ehemänner sah der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) gemischte Schenkungen, deren Wert er jeweils mit $(490 \times 4.119 \text{ DM} \div 49.000 \text{ DM}) = 1.969.310 \text{ DM}$ ermittelte. Daraus ergab sich unter Berücksichtigung eines Freibetrages von 250.000 DM eine Steuer von 189.123 DM, die das FA mit Bescheid vom 20.9.1993 gegen den Kläger festsetzte.

Einspruch und Klage, die der Kläger damit begründet hatte, die Ehemänner hätten auch die Verkaufsangebote der Altgesellschafterinnen annehmen und sodann die Kapitalerhöhung beschließen können und demzufolge nur etwas erhalten, was sie ohnehin hätten beanspruchen können, zumal sie den Altgesellschafterinnen die Mittel zur Leistung der ursprünglichen Stammeinlagen zur Verfügung gestellt hätten, blieben erfolglos.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 6.12.1994 sowie den Steuerbescheid vom 20.9.1993 aufzuheben.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Der Erwerb des neuen Geschäftsanteils durch den Kläger zum Nennwert stellt nur dann eine Schenkung u. a. seitens der Ehefrau dar, wenn diese mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit gehandelt hat. Da das FG dazu keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben und die Sache an das FG zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Sollte sich der Wille zur Unentgeltlichkeit ergeben, läge keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist. Im Streitfall ist der Kläger u. a. auf Kosten seiner Ehefrau bereichert.

a) Mit der Eintragung der Kapitalerhöhung ins Handelsregister (§ 57 Abs. 1 GmbHG) hat der Kläger einen Geschäftsanteil originär erworben, dessen Wert von Anfang an den Nennwert überstieg. Insofern ist der Kläger bereichert. Die Entstehung des neuen Geschäftsanteils in der Hand des Klägers geht auch mit einer Entreicherung der bisherigen Gesellschafterinnen – nicht allein der Ehefrau – einher. Ihre Geschäftsanteile vermitteln als Folge der Entstehung neuer Anteile eine geringere quotale Beteiligung (vgl. *Wegmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3 – GmbH –, 1996, § 54 Rdnr. 22) und erfuhren darüber hinaus eine Wertminderung dadurch, dass der neue Geschäftsanteil des Klägers proportional am bisherigen Vermögen der GmbH teilhat (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl. 1997, § 55 Anm. 21), ohne dass dies durch den ebenfalls proportionalen Anteil der Altgesellschafterinnen an dem vom Kläger eingezahlten frischen Kapital der GmbH ausgeglichen wird (vgl. dazu auch *Gottschalk*, DStR 2000, 1798, unter 4.2.2.). Somit erfolgte die Bereicherung des Klägers zur Hälfte auf Kosten seiner Ehefrau.

b) Die Bereicherung des Klägers beruht insoweit auch auf einer Zuwendung seitens seiner Ehefrau. Die von den Geschäftsanteilen der Altgesellschafterinnen abgespaltenen und

auf den Kläger als Neugesellschafter übergegangenen Vermögensteile können als solche nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Übertragungsgeschäfts sein. Die Vorschriften des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung über die Kapitalerhöhung bewirken aber einen derartigen Vermögensübergang, der auf die Altgesellschafterinnen zurückzuführen ist. Die §§ 55 ff. GmbHG sehen für die Kapitalerhöhung ein mehrstufiges Verfahren vor. Nach außen gegenüber dem Neugesellschafter tritt dabei nur die GmbH auf, und zwar beim Abschluss des Übernahmevertrages. Er begründet für den Neugesellschafter die Verpflichtung, die übernommene Einlage zu leisten, und für die GmbH die Verpflichtung, die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister als das Ereignis, mit dem der neue Geschäftsanteil zur Entstehung gelangt, herbeizuführen. Soweit die GmbH damit über Vermögen disponiert, betrifft dies nicht ihr eigenes Vermögen, sondern das Vermögen der Altgesellschafterinnen. Dazu aber haben diese die Gesellschaft durch den Zulassungsbeschluss ermächtigt, der als notwendiger Teilschritt des mehrstufigen Verfahrens der Kapitalerhöhung dem Abschluss des Übernahmevertrages vorauszugehen hat. Diese Ermächtigung stellt den Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung dar. Durch den Zulassungsbeschluss haben die Altgesellschafterinnen nämlich nicht nur ihren Willen zum Ausdruck gebracht, dass der Kläger als Neugesellschafter Empfänger des bei ihren Geschäftsanteilen abgespaltenen Vermögens werden soll, sondern zugleich die Gesellschaft befugt, diesen Willen mit dem dafür vorgegebenen (rechtstechnischen) Institut des Übernahmevertrages zu ihren Lasten in die Wirklichkeit umzusetzen.

c) Eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 erfordert darüber hinaus, dass die Ehefrau mit dem Willen zur Unentgeltlichkeit handelte. Der Wille zur Unentgeltlichkeit oder auch Wille zur Freigebigkeit wird aufgrund der dem Zuwendenden bekannten Umstände nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen bestimmt (Urteil des BFH vom 12.7.1979 – II R 26/78 –, BFHE 128, 266, BStBl. II 1979, 631). Zu den Umständen, die der Ehefrau des Klägers bekannt gewesen sein müssen, um nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen einen Willen zur Unentgeltlichkeit annehmen zu können, gehört die Tatsache, dass der Wert des neuen Geschäftsanteils des Klägers dessen Einlage erheblich überstieg. Dies war der Ehefrau bekannt. Sie kannte auch die weiteren Umstände, aufgrund derer der Erwerb des neuen Geschäftsanteils durch den Kläger als schenkweise erfolgt zu beurteilen ist. Gleichwohl handelte die Ehefrau in der Vorstellung, wegen des bindenden Angebots sogar zur Übertragung ihres gesamten Geschäftsanteils und damit erst recht zu einer Minderleistung in Gestalt eines von ihrem Geschäftsanteil abgespaltenen Vermögenswerts verpflichtet zu sein. Darin unterlag sie einem Irrtum, der unter der noch festzustellenden Voraussetzung beachtlich wäre, dass die mit dem Angebot eingetretene Bindung nicht ihrerseits freigebig begründet worden ist.

aa) Die Übernahme des neuen Geschäftsanteils durch den Kläger kann nicht als teilweise Annahme des Verkaufsangebots angesehen werden. Abgesehen davon, dass es sich bei dem Übernahmevertrag zwischen dem Kläger und der GmbH nicht wie bei der Anteilsveräußerung um ein Rechtsgeschäft zwischen den Eheleuten, sondern um einen Sozialakt gehandelt hat, ist der erworbene Geschäftsanteil des Klägers auch nicht teilweise identisch mit dem Gegenstand des Verkaufsangebots. Das Verkaufsangebot bezog sich gemäß Abschn. III.1. der Angebotsurkunde auf den mit der Gesellschaftsgründung

entstandenen Geschäftsanteil der Ehefrau. Dort ist nämlich von dem „vorgenannten Geschäftsanteil“ die Rede, womit auf Abschn. I. 2. und 3. verwiesen wird, der den bei Begründung der Gesellschaft übernommenen Anteil betrifft. Durch die Kapitalerhöhung hat der Kläger aber einen neuen Geschäftsanteil erworben, der gemäß § 15 Abs. 2 GmbHG auch dann seine Selbstständigkeit behalten hätte, wenn er von der Ehefrau als Altgesellschafterin übernommen worden wäre (vgl. *Roth/Altmeppen*, a.a.O., § 55 Anm. 31).

bb) Nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen aber kann die solchermaßen fehlerhafte Vorstellung der Ehefrau, zur Leistung an den Kläger verpflichtet gewesen zu sein, anders als in dem Fall, über den der BFH mit Urteil vom 2.3.1994 – II R 59/92 – (BFHE 173, 432, BStBl. II 1994, 366, 369) zu entscheiden hatte, ohne weitere Sachaufklärung nicht als unbeachtlicher Subsumtionsirrtum gewertet werden. Der Irrtum hat nämlich in dem bindenden Übertragungsangebot (§ 145 BGB) einen realen Bezug, der diese Vorstellung auch nach den objektivierenden Maßstäben des Verkehrsüblichen im Zeitpunkt der Zuwendung beurteilt als vertretbar erscheinen lässt (vgl. dazu *Schulze-Osterloh* in *Steuer und Wirtschaft* 1977, 122, 133, 134). Nach verkehrsüblicher Einsichtsfähigkeit durfte sich die Ehefrau als zur Leistung verpflichtet halten. Beachtlich ist dieser Irrtum aber nur dann, wenn die Verpflichtung, zu deren Erfüllung die Ehefrau zu handeln glaubte, nicht ihrerseits freigebig (schenkweise) eingegangen worden war. Denn wäre die Verpflichtung schenkweise eingegangen worden, stellte deren Erfüllung eine freigebige Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 dar. Dieser Umstand wäre in die Prüfung des Willens zur Unentgeltlichkeit nach den Maßstäben des allgemein Verkehrsüblichen einzubeziehen. Da das FG keine Feststellungen dazu getroffen hat, wie es zur Abgabe der Angebote auf Übertragung der Geschäftsanteile durch die Altgesellschafterinnen gekommen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist nicht spruchreif. Sollte sich im Zuge der weiteren Sachaufklärung ergeben, dass die Übertragungsangebote in synallagmatischem, konditionalem oder kausalem Zusammenhang mit der Finanzierung der Gründungseinlagen der Altgesellschafterinnen durch ihre Ehemänner standen oder dass zwischen den Eheleuten jeweils ein Treuhandverhältnis mit den Ehefrauen als Treuhändern des Inhalts bestand, dass die Ehefrauen mit der Gründung einer GmbH sowie der Übernahme der Stammeinlagen beauftragt waren und es sich bei der Finanzierung der Einlagen um Vorschüsse auf die Aufwendungen gemäß § 669 BGB sowie bei der Abgabe der Übertragungsangebote um eine Ergänzung oder Ersetzung der Herausgabepflicht nach § 667 BGB handelte, wäre die von der Ehefrau des Klägers eingegangene Bindung/Verpflichtung nicht freigebig begründet und der Irrtum, zu deren Erfüllung zu handeln, beachtlich. Sollte sich dagegen ergeben, dass die Übertragungsangebote schenkweise abgegeben wurden, oder sollte sich weder das eine noch das andere feststellen lassen, läge ein unbeachtlicher Irrtum und damit der Wille der Ehefrau des Klägers zur Unentgeltlichkeit vor. Allerdings wäre dann, weil die Bereicherung des Klägers nur zur Hälfte auf Kosten seiner Ehefrau erfolgt ist – im Übrigen erfolgte sie auf Kosten der anderen Altgesellschafterin –, die Steuer auf die Hälfte herabzusetzen. Insoweit läge zudem keine gemischte, sondern eine reine Schenkung vor. Die Leistung der Einlage durch den Kläger stellte keine teilweise Gegenleistung, sondern Erwerbssaufwand gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG 1974 dar.

23. GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1; BauGB § 123, § 124 (*Grunderwerbsteuer bei Übernahme von Erschließungskosten*)

Wird ein im Zeitpunkt des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages noch unerschlossenes Grundstück als solches („unerschlossen“) zum Gegenstand der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung gemacht und übernimmt der Erwerber gleichzeitig mit dem Abschluss des Kaufvertrages gegenüber der Gemeinde oder einem von ihr nach § 124 Abs. 1 BauGB beauftragten Erschließungsträger die Verpflichtung, für die zukünftige Erschließung des Grundstücks einen bestimmten Betrag zu zahlen, liegt hierin kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks.

BFH, Urteil vom 15.3.2001 – II R 39/99 –

Zum Sachverhalt:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) erwarben durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 26.7.1996 von den Eheleuten M. ein (nach Vermessung) 828 m² großes unbebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von ... DM. Das Grundstück wurde als „derzeit nicht erschlossen“ verkauft.

Die Kläger schlossen ferner in Teil B der Urkunde mit einem von der Gemeinde beauftragten privaten Erschließungsträger einen Erschließungsvertrag, in dem dieser sich verpflichtete, die Erschließung bis zum 30.11.1997 vollständig durchzuführen. Die Erschließungskosten betragen 70.000 DM. Den Klägern stand u. a. dann ein Rücktrittsrecht bezüglich dieses Vertrages zu, wenn der Kaufvertrag aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen aufgehoben oder nicht durchgeführt werden sollte. Nach § 15 Nr. 2 Buchst. d des Kaufvertrags waren sie berechtigt, vom Kaufvertrag zurückzutreten, wenn der Erschließungsvertrag aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen aufgehoben oder nicht vollzogen werden sollte oder sie den Rücktritt vom Erschließungsvertrag erklärten.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte die Grunderwerbsteuer für die Erwerbe der Kläger fest. Als Gegenleistung legte er jeweils 50 v.H. des Kaufpreises einschließlich der Erschließungskosten zu Grunde.

Die Einsprüche der Kläger hatten nur insoweit Erfolg, als das FA im Hinblick auf den von den Klägern zwischenzeitlich mitgeteilten endgültigen Kaufpreis die Grunderwerbsteuer jeweils auf ... DM herabsetzte. Die weiter gehenden Einsprüche, die sich gegen die Einbeziehung der Erschließungskosten in die Bemessungsgrundlage richteten, wies das FA als unbegründet zurück.

Das Finanzgericht (FG) wies die Klage mit dem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1999, 793 veröffentlichten Urteil ab, weil die von den Klägern zu tragenden Erschließungskosten als sonstige Leistung i. S. von § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) 1983 Teil der Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung seien.

Mit der Revision machen die Kläger eine Verletzung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 geltend.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Herabsetzung der Steuer (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Zu Unrecht hat das FG in der Verpflichtung der Kläger gegenüber dem Erschließungsträger, die auf das erworbene Grundstück entfallenden (künftigen) Erschließungskosten zu übernehmen, eine Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks gesehen.

1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 unterliegt der Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG 1983 die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 als

Gegenleistung u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben. Entscheidend für den Umfang der Bemessungsgrundlage ist dabei, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht wurde (vgl. z. B. Urteile des Bundesfinanzhofs vom 11.3.1981 – II R 77/78 –, BFHE 133, 230, BStBl II 1981, 537; vom 24.1.1990 – II R 94/87 –, BFHE 160, 284, BStBl II 1990, 590; vom 27.10.1999 – II R 17/99 –, BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34).

a) Sind die öffentlichen Erschließungsanlagen i. S. des Baugesetzbuches (BauGB), die ein Grundstück zu einem „erschlossenen Grundstück“ machen, im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages bereits vorhanden, kann Gegenstand eines solchen Vertrages nur das „erschlossene“ Grundstück sein, selbst wenn nach den Vertragserklärungen das Grundstück als „unerschlossen“ erworben werden soll. Denn es liegt nicht in der Willensmacht der Beteiligten, ein Grundstück in einem Zustand zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs zu machen, den es nicht mehr hat und auch nicht mehr erhalten soll. In diesen Fällen ist deshalb nicht nur der auf die Erschließung entfallende Kaufpreisanteil, sondern auch ein neben dem eigentlichen Grundstückskaufpreis gesondert ausgewiesener Betrag, mit dem die bereits vorhandene Erschließung des Grundstücks abgegolten werden soll, Entgelt für den Erwerb des Grundstücks. Zu den Erschließungsanlagen gehören im Wesentlichen die Verkehrs- und Grünanlagen, sowie die Anlagen zur Ableitung von Abwässern sowie zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser (vgl. *Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, Baugesetzbuch, Kommentar, Stand 1.9.2000, § 123 Rdnr. 3 f.; *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 5. Aufl. 1999, § 5 Rdnr. 1 ff.). Nicht zu den Erschließungsanlagen i. S. des BauGB gehören die auf den (Privat-)Grundstücken selbst notwendigen Anschlüsse, wie die Zufahrtswege und die Anschlüsse an die Ver- und Entsorgungseinrichtungen (*Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, a.a.O., § 123 Rdnr. 4 a. E.; vgl. *Quaas*, Erschließungs- und Erschließungsbeitragsrecht, 1985, S. 4).

b) Ist das Grundstück im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages noch nicht „erschlossen“, verpflichtet sich jedoch der Veräußerer, das Grundstück dem Erwerber in erschlossenem Zustand zu verschaffen, so ist das Grundstück in diesem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs i. S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983. Der auf die Erschließung entfallende Teil des Kaufpreises ist Entgelt für den Grundstückserwerb (vgl. BFH-Urteil vom 9.5.1979 – II R 56/74 –, BFHE 128, 92, BStBl II 1979, 577).

c) Wird ein im Zeitpunkt des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrages noch unerschlossenes Grundstück als solches („unerschlossen“) zum Gegenstand der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung gemacht und übernimmt der Erwerber gleichzeitig mit dem Abschluss des Kaufvertrages gegenüber der Gemeinde oder einem von ihr nach § 124 Abs. 1 BauGB beauftragten Erschließungsträger die Verpflichtung, für die zukünftige Erschließung des Grundstücks einen bestimmten Betrag zu zahlen, liegt hierin kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks. Denn Gegenstand eines solchen Erwerbsvorgangs ist nach dem Inhalt der hier allein maßgeblichen zivilrechtlichen Übereignungspflicht nur das „unerschlossene“ Grundstück (BFH in BFHE 128, 92, BStBl II 1979, 577).

Nach der Rechtsprechung des BFH zum (einheitlichen), für die Grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs (vgl. zuletzt Urteil in BFHE 189, 550, BStBl II 2000, 34), die das FG seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat, ist zwar für die Frage, ob Gegenstand eines Erwerbsvorgangs das zukünftig bebaute Grundstück anzusehen ist, nicht nur auf das tatbestandserfüllende Rechtsgeschäft, d. h. auf den Inhalt der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung des Veräußerers, sondern auch auf mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehenden Vereinbarungen oder solche Umstände abzustellen, die insgesamt zu dem Erfolg führen, dass der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erhält. Ein derartiger rechtlicher oder objektiv sachlicher Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Vertrag über die Entrichtung der Erschließungskosten scheidet aber wegen des sich aus der öffentlich-rechtlichen Erschließungslast der Gemeinde (vgl. § 123 BauGB) ergebenden besonderen Charakters der Grundstückserschließung regelmäßig aus. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Erwerb eines Grundstücks im zukünftig bebauten Zustand sind hier nicht anwendbar.

Nach § 123 BauGB ist die Erschließung Aufgabe der Gemeinde. Es liegt in deren kommunalpolitischem Ermessen, „ob“, „wie“ und „wann“ eine Erschließung vorgenommen wird (vgl. hierzu Urteil des BVerwG vom 4.10.1974 – IV C 59.72 –, NJW 1975, 402). Die Verpflichtung zur Erschließung besteht der Allgemeinheit und nicht dem einzelnen Bürger (Grundstückseigentümer) gegenüber (vgl. *Quaas*, a.a.O., S. 5; *Driehaus*, a.a.O., § 5 Rdnr. 9). Ein Rechtsanspruch auf Erschließung besteht nicht (§ 123 Abs. 3 BauGB). Errichtet die Gemeinde als Trägerin der Erschließungslast die Erschließungsanlagen (u. U. unter Beauftragung entsprechender Unternehmer), erbringt sie keine Leistung an diejenigen Grundstückseigentümer, deren Grundstücke durch diese Maßnahmen erschlossen werden, sondern erfüllt nur eine allgemeine öffentliche Aufgabe. Dies hindert die Annahme eines objektiv sachlichen Zusammenhangs der Erschließung des Grundstücks mit der Verpflichtung des Grundstücksveräußerers zur Verschaffung des Eigentums an dem Grundstück und schließt es aus, die im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde liegende Erschließung dem Verkäufer eines Grundstücks bzw. einer (durch Absprachen verbundenen) Verkäuferseite zuzurechnen. Soweit sich der Erwerber eines Grundstücks im Grundstückskaufvertrag gegenüber der Gemeinde zur Tragung der Erschließungskosten verpflichtet, übernimmt er nur eine ihn ohnehin als Folge der Erschließung treffende zukünftige Beitragsschuld (vgl. im Ergebnis schon BFH-Urteil vom 27.6.1968 – II 112/64 –, BFHE 93, 183, BStBl II 1968, 690).

Nichts anderes gilt, wenn anstelle der Gemeinde die Erschließung von einem privaten Erschließungsträger vorgenommen wird. Auch in diesem Fall stellt die gegenüber dem privaten Erschließungsträger im Zusammenhang mit dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages eingegangene Verpflichtung des Grundstückserwerbers, für die Durchführung der Erschließung einen bestimmten Betrag zu zahlen, kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks dar. Denn es liegt auch bei der Einschaltung eines Erschließungsträgers im pflichtgemäßen Ermessen der Gemeinde, ob, wie und wann eine Erschließung vorgenommen wird. Diese bleibt öffentliche Aufgabe und stellt keine mit der zivilrechtlichen Übereignungspflicht objektiv zusammenhängende Leistung an einen bestimmten Grundstückserwerber dar. Denn die Gemeinde kann nach § 124 Abs. 1 BauGB nur die technische Durch-

führung und kostenmäßige Abwicklung der Erschließung auf den privaten Erschließungsträger übertragen, nicht aber die ihr gemäß § 123 Abs. 1 BauGB obliegende Erschließungslast. Der Abschluss des Erschließungsvertrages mit dem privaten Erschließungsträger erfolgt grundsätzlich nicht zu Gunsten der Eigentümer der zu erschließenden Grundstücke (vgl. *Ernst-Zinkahn-Bielenberg*, a.a.O., § 124 Rdnr. 16 unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG), sondern ausschließlich im öffentlichen Interesse. Der Erschließungsträger ist aufgrund öffentlich-rechtlichen Vertrages der Gemeinde gegenüber zur Herstellung der Erschließungsanlagen verpflichtet. Kommt er seinen Verpflichtungen nicht nach, aktualisiert sich die Erschließungsaufgabe der Gemeinde mit der Folge, dass sie die Erschließung (wieder) selbst übernehmen bzw. vollenden muss (Urteil des BVerwG vom 22.8.1975 – IV C 7.73 –, BVerwGE 49, 125, 127 f., NJW 1976, 341; Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen vom 15.3.1989 – 3 A 919/86 –, *Kommunale Steuerzeitschrift* 1989, 195; *Driehaus*, a.a.O., § 6 Rdnrn. 7, 9, m.w.N.).

Soweit der Erschließungsträger im Rahmen der von ihm durchzuführenden kostenmäßigen Abwicklung privatrechtliche Vereinbarungen mit den Erwerbern über die Höhe ihrer Kostenbeteiligung trifft, – weil er Aufwendungsersatz weder durch öffentlich-rechtlichen Beitragsbescheid (vgl. Urteil des BVerwG in BVerwGE 49, 125) noch kraft zivilrechtlicher Ansprüche nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) bzw. wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB (vgl. Urteil des BGH vom 8.11.1973 – VII ZR 246/72 –, BGHZ 61, 359) erlangen kann – ändert dies an dem öffentlichen Charakter der Erschließung nichts. Die rechtliche Wirkung der Vereinbarung erschöpft sich in der Regelung der Kostenbeteiligung; sie macht die Erschließung nicht zu einer Leistung an den Zahlungsverpflichteten.

Das auf einer hiervon abweichenden Rechtsauffassung beruhende Urteil des FG ist aufzuheben. Soweit sich aus dem BFH-Urteil in BFHE 133, 230, BStBl II 1981, 537 etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat daran nicht mehr fest.

2. Die Sache ist spruchreif. Die Grunderwerbsteuerbescheide (...) sind rechtswidrig, soweit das FA in die Grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung auch die Erschließungskosten einbezogen hat. Die angefochtenen Verwaltungsakten sind gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO entsprechend zu ändern.

Das von den Klägern erworbene Grundstück war im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages noch unerschlossen. Nach dem Inhalt des Grundstückskaufvertrages sollte das Grundstück in diesem (unerschlossenen) Zustand Gegenstand der Übereignungsverpflichtung sein. Die Verkäufer des Grundstücks haben sich somit nicht verpflichtet, das Grundstück in erschlossenem Zustand zu übereignen. Die Annahme eines objektiv sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem „Erschließungsvertrag“ scheidet wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters der Erschließung aus. Etwas anderes ergibt sich weder daraus, dass beide Vereinbarungen in einer einzigen Urkunde getroffen wurden, noch erfordert der Umstand, dass (ausschließlich zu Gunsten der Kläger) Rücktrittsrechte vereinbart wurden, eine andere Beurteilung. Die in dem Kaufvertrag (Teil B) im Rahmen des „Erschließungsvertrages“ von den Klägern gegenüber dem privaten, von der Gemeinde beauftragten Erschließungsträger übernommene Verpflichtung, Erschließungskosten in Höhe von 70.000 DM zu zahlen, stellt kein Entgelt für den Erwerb des Grundstücks dar.

24. GrEStG 1983 § 6 Abs. 3 und 4 Satz 1, UmwG 1995 § 202 Abs. 1, § 235 Abs. 1 (*Grunderwerbsteuer bei Übergang eines Grundstücks von einer durch Formwechsel einer GmbH entstandenen GbR auf eine KG*)

Wird eine GmbH mit Grundbesitz in eine GbR umgewandelt und nachfolgend ein Grundstück auf eine mit der GbR gesellschafteridentische KG übertragen, ist die Grunderwerbsteuerbegünstigung des § 6 Abs. 3 gemäß Abs. 4 Satz 1 GrEStG ausgeschlossen, wenn die Gesellschafter der GbR ihre durch Umwandlung erlangten Anteile innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang erhalten haben. Die Zeit ihrer Beteiligung an der GmbH kann den Gesellschaftern nicht fiktiv als Beteiligung an der GbR angerechnet werden; die Fünfjahresfrist des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG beginnt erst mit Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister.

BFH, Urteil vom 4.4.2001 – II R 57/98 –

Zum Sachverhalt:

Die A und B GmbH, deren Stammkapital die Gesellschafter A und B zu jeweils 50 v.H. hielten, war Eigentümerin eines Grundstücks. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 21.12.1995 wurde die GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) umgewandelt, an deren Vermögen bzw. Gewinn und Verlust die Gesellschafter A und B zu jeweils 50 v.H. beteiligt sein sollten. Die formwechselnde Umwandlung sollte im Innenverhältnis rückwirkend zum 30.6.1995 als erfolgt gelten. Am 19.1.1996 wurde die Umwandlung in das Handelsregister eingetragen. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) beurteilte diesen Vorgang mangels Rechtsträgerwechsels als nicht steuerbar. In einem weiteren Vertrag vom 21.12.1995 erklärten A und B als Eigentümer in GbR die Einbringung des Grundstücks in die bereits bestehende Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH und Co. KG. Kommanditisten der Klägerin waren A und B mit einer Beteiligung von jeweils 50 v.H. Die Komplementär-GmbH war am Vermögen der KG nicht beteiligt.

Das FA setzte gegen die Klägerin wegen der Grundstückseinbringung Grunderwerbsteuer fest. Der Einspruch der Klägerin blieb erfolglos.

Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab und führte zur Begründung aus: Die Steuerbefreiung des § 6 Abs. 3 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) greife infolge von Abs. 4 der Vorschrift nicht ein, weil A und B ihre Anteile an der GbR innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang durch die Umwandlung erworben hätten. Da die formwechselnde Umwandlung der GmbH in die GbR nicht der Grunderwerbsteuer unterliege, sei kein Grund für eine einschränkende Auslegung des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG gegeben. Weder könne der Erwerb des Grundstücks durch die GmbH noch der Umstand der Steuerbarkeit dieses Erwerbs der GbR als Rechtsnachfolgerin der GmbH zugerechnet werden. Auch seien die Zeiten der Beteiligung von A und B an der GmbH nicht fiktiv als solche der Beteiligung an der GbR zu beurteilen. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 1999, 135 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG. Die Vorschrift sei einschränkend auszulegen, weil die GmbH bei Erwerb des Grundstücks Grunderwerbsteuer entrichtet habe und dieser Umstand wegen der Rechtsträgeridentität zwischen der (formwechselnd umgewandelten) GmbH und der GbR zugunsten der GbR zu berücksichtigen sei. Da § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG nur den Zweck habe, Steuerumgehungen vorzubeugen, gehöre der Streitfall nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift. Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil sowie den Grunderwerbsteuerbescheid aufzuheben. Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

Das FG hat zutreffend dahin erkannt, dass die Bestimmung des § 6 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GrEStG über die Nichterhebung der Grunderwerbsteuer beim Übergang eines Grundstücks

von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand im Streitfall gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG nicht gilt.

1. Der Vertrag vom 21.12.1995 erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG, wonach der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft unterliegt, das den Anspruch auf Übereignung begründet. Gegenleistung für die Übertragung des Grundstücks von der GbR auf die Klägerin waren die Erhöhung des Werts der Gesellschaftsrechte von A und B an der Klägerin sowie die Übernahme von Verbindlichkeiten durch die Klägerin.

Zwar existierte die GbR im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht, da die Umwandlung von der GmbH auf die GbR gemäß § 202 Abs. 1 des Umwandlungsgesetzes (UmwG) erst mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister (§ 235 Abs. 1 UmwG) wirksam wurde. Dieser Umstand hindert jedoch nicht die vertragliche Vereinbarung, das Grundstück von der künftig erst noch entstehenden GbR auf die Klägerin zu übertragen; der Vertrag war bis zur Entstehung der GbR schwebend unwirksam (vgl. Urteil des BFH vom 17.7.1974 – II R 18/69 –, BFHE 114, 271, BStBl. II 1975, 242). Mit Entstehung der GbR verwirklichte sich der Erwerbstatbestand, der sich auf den Übergang des Grundstücks von der GbR auf die Klägerin richtete.

2. Beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand wird die Steuer gemäß § 6 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 GrEStG nicht erhoben, soweit die Berechtigung der Gesamthänder am gesamthänderisch verbundenen Vermögen der veräußernden und der erwerbenden Gesamthandsgemeinschaft übereinstimmt. Gemäß Abs. 4 Satz 1 der Vorschrift gelten die Abs. 1 und 3 aber insoweit nicht, als ein Gesamthänder – im Falle der Erbfolge sein Rechtsvorgänger – innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Rechtsstreit gegeben.

a) A und B haben Ihre Anteile an der GbR durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben. Hierfür reicht es aus, wenn rechtsgeschäftliches Handeln dazu führt, dass es zu einem Rechtsübergang (Anteilsverkauf) kommt bzw. der Rechtsübergang als solcher ein rechtsgeschäftliches Fundament hat (BFH-Urteil vom 29.1.1997 – II R 15/96 –, BFHE 181, 524, BStBl. II 1997, 296, 298).

Der Erwerb der Beteiligung an der GbR durch A und B im Zuge der formwechselnden Umwandlung erfolgte danach „durch Rechtsgeschäft“. Nach den für diesen Vorgang maßgeblichen Regeln (vgl. §§ 228 ff. UmwG) war rechtsgeschäftliche Grundlage der Umwandlung der Umwandlungsbeschluss der Gesellschafterversammlung. Der Beschluss führte als rechtsgeschäftliches Handeln der Gesellschafter der GmbH dazu, dass mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister die Anteilsinhaber der GmbH an der GbR beteiligt waren (§ 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG). Der Umwandlungsbeschluss bewirkte somit den Erwerb der Anteile an der GbR durch A und B.

b) Die Gesellschafter A und B haben ihre Anteile an der GbR nicht vor Beginn des Zeitraums von fünf Jahren vor dem Erwerb des Grundstücks durch die Klägerin erworben. Denn der Erwerb der Anteile an der GbR wurde erst zum Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister am 19.1.1996 wirksam.

Die Zeit ihrer Beteiligung an der GmbH kann den Gesellschaftern A und B nicht fiktiv als Beteiligung an der GbR

angerechnet werden; die Fünfjahresfrist beginnt erst mit Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister (vgl. *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 7. Aufl., § 6 Rdnr. 22; *Franz* in *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 2. Aufl., § 6 Rdnr. 26). Zwar besteht zwischen der GmbH und der GbR Rechtsträgeridentität und Kontinuität des Vermögens (vgl. dazu BFH-Beschluss vom 4.12.1996 II B 116/96, BFHE 181, 349, BStBl. II 1997, 661). Jedoch hält, wie das FG zutreffend ausgeführt hat, eine Person einen „Anteil“ i.S. des § 6 GrEStG an einer grundbesitzenden Gesamthand nur, wenn sie am Vermögen der Gesamthand unmittelbar beteiligt ist (vgl. auch Niedersächsisches FG, Urteil vom 20.7.1989, EFG 1990, 73). Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sind aber nicht am Vermögen der Gesellschaft, sondern nur an dieser selbst beteiligt. Dadurch kann der Zweck des § 6 GrEStG nicht erreicht werden. Denn die Vorschrift bezweckt, den Grundstückserwerb von einer Gesamthand insoweit von der Grunderwerbsteuer zu befreien, als aufgrund der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter das Grundstück trotz Rechtsträgerwechsels in demselben Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich verbleibt (vgl. BFH-Urteil vom 24.9.1985 – II R 65/83 –, BFHE 144, 473, BStBl. II 1985, 714).

c) Die Klägerin kann sich zur Begründung ihrer Ansicht, die Regelung des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG sei im Streitfall einschränkend auszulegen, nicht auf die Urteile des Senats vom 25.2.1969 – II 142/63 – (BFHE 95, 292, BStBl. II 1969, 400), vom 24.6.1969 – II 169/64 – (BFHE 96, 370) und vom 14.6.1973 – II R 37/92 – (BFHE 110, 142, BStBl. II 1973, 802) berufen (vgl. auch FG Köln, Urteil vom 12.12.1996, EFG 1997, 555). Wie der BFH in diesen Entscheidungen ausgeführt hat, ist die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 2 GrEStG, soweit der Anteil des das Grundstück erwerbenden Gesellschafters im Zeitpunkt des Erwerbs unverändert seinem Anteil in dem Zeitpunkt entspricht, in dem die Gesellschaft das Grundstück erworben hatte, trotz § 6 Abs. 4 GrEStG nicht deshalb zu versagen, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbsvorgangs noch keine fünf Jahre bestanden hat, wenn und soweit der Übergang des Grundstücks in den Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnungsbereich des Gesellschafters schon beim Erwerb des Grundstücks durch die Gesellschaft der Grunderwerbsteuer unterlag. Im Streitfall kommt dieser Gedanke nicht zum Tragen, weil die Umwandlung der GmbH in die GbR mangels Rechtsträgerwechsels keine Grunderwerbsteuer ausgelöst hat (vgl. BFH-Beschluss in BFHE 181, 349, BStBl. II 1997, 661).

Der GbR kann trotz Rechtsträgeridentität mit der GmbH die Zahlung von Grunderwerbsteuer bei Erwerb des Grundstücks durch die GmbH nicht zugerechnet werden. Die sich aus dem Umwandlungsgesetz (§ 202 Abs. 1 Nr. 1) ergebende Identität der beiden Rechtsträger hat lediglich zur Folge, dass die Umwandlung nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt. Darüber hinaus strahlt sie nicht in den Anwendungsbereich des § 6 Abs. 4 GrEStG aus. Diese Vorschrift will objektiven Steuerumgehungen vorbeugen. Die Zurechnung von durch die GmbH verwirklichten Merkmalen auf die GbR mit der Folge der Befreiung der Grundstücksübertragung auf die KG würde die Möglichkeit eröffnen, den nicht befreiten unmittelbaren Erwerb der KG von der GmbH durch eine vorgeschaltete Umwandlung der GmbH auf eine GbR und die anschließende Übertragung des Grundbesitzes auf die KG zu umgehen (vgl. *Franz* in *Pahlke/Franz*, a.a.O., 2. Aufl., § 6 Rdnr. 26). Unter diesen Umständen besteht keine Rechtfertigung für eine den Wortlaut des § 6 Abs. 4 GrEStG einschränkende Anwendung dieser Vorschrift.

1. Einkommensteuer:

Anwendbarkeit der Drei-Objekt-Grenze auf Mehrfamilienhäuser und Veräußerung im Erbfall

(BMF-Schreiben vom 9.7.2001 – IV A 6 – S 2240 – 35/01)

Der BFH hat mit Urteil v. 18.5.1999 – I R 118/97 – (BStBl. 2000 II S. 28) und v. 15.3.2000 – X R 130/97 – (NWB EN-Nr. 851/2000) – abweichend von Rdnr. 9 des BMF-Schreibens v. 20.12.1990 (BStBl. 1990 I S. 884) – für den Fall des An- und Verkaufs von Grundstücken entschieden, dass Objekt i. S. der von der Rechtsprechung entwickelten sog. „Drei-Objekt-Grenze“ zur Abgrenzung der privaten Vermögensverwaltung vom gewerblichen Grundstückshandel nicht nur Ein- und Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen, sondern auch Mehrfamilienhäuser und Gewerbebauten sein können. Der X. Senat des BFH hat außerdem entschieden, dass dann, wenn das verkaufte Grundstück im Wege der Erbfolge auf den Veräußerer übergegangen ist, hinsichtlich der Frage des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen Anschaffung und Veräußerung die Besitzdauer des Erblassers grundsätzlich nicht wie eine eigene Besitzzeit des Veräußerers zu werten ist. Die Entscheidung weicht ausdrücklich von Rdnr. 2 des BMF-Schreibens v. 20.12.1990 (a.a.O.) ab. Zur Anwendung der o. g. BFH-Urteile nimmt das BMF mit Schreiben v. 9.7.2001 – IV A 6 – S 2240 – 35/01 wie folgt Stellung: Die Rdnrn. 2, 9 und 10 des BMF-Schreibens v. 20.12.1990 (a.a.O.) sind aufgrund der o. g. Rechtsprechungsgrundsätze künftig mit der Maßgabe folgender Änderungen anzuwenden:

(1) In Rdnr. 2 letzter Satz werden bei der Regelung der Besitzzeitanrechnung die Worte „Erbfolge oder“ gestrichen.

(2) Rdnr. 9 wird wie folgt gefasst: „Objekte i. S. der genannten „Drei-Objekt-Grenze“ sind Grundstücke jeglicher Art. Auf die Größe, den Wert oder die Nutzungsart des einzelnen Objekts kommt es nicht an (vgl. BFH-Urteile v. 18.5.1999, BStBl. 2000 II S. 28, und v. 15.3.2000 – X R 130/97). Im

Falle der Errichtung durch den Steuerpflichtigen und anschließendem Verkauf von anderen bebauten Grundstücken als Einfamilienhäusern, Zweifamilienhäusern und Eigentumswohnungen (z. B. Mehrfamilienhäusern, Büro-, Hotel-, Fabrik- oder Lagergrundstücken [Großobjekte]) kann ein gewerblicher Grundstückshandel allerdings auch bei der Veräußerung von weniger als vier Objekten vorliegen (vgl. z. B. BFH-Urteil v. 24.1.1996, BStBl. 1996 II S. 303: Errichtung und Verkauf von zwei Supermärkten; BFH-Urteil v. 14.1.1998, BStBl. 1998 II S. 346: Errichtung und Veräußerung nur eines Sechsfamilienhauses); diese Rechtsprechung hat durch die BFH-Urteile v. 18.5.1999 (a.a.O.) und v. 15.3.2000 (a.a.O.) keine Änderung erfahren.“

(3) In Rdnr. 10 werden nach Satz 4 folgende Sätze angefügt: „In die Prüfung des gewerblichen Grundstückshandels und damit der „Drei-Objekt-Grenze“ sind Grundstücke, die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übergegangen sind, mit einzubeziehen. Nicht einzubeziehen sind Grundstücke, die durch Erbfolge übergegangen sind, und zwar auch dann nicht, wenn der ererbte Grundbesitz sehr umfangreich ist. Denn der Erwerb kraft Gesamtrechtsnachfolge ist kein Erwerb eines Objekts i. S. der Rechtsprechung zum gewerblichen Grundstückshandel und es ist außerdem i. d. R. keine bedingte Veräußerungsabsicht in der Person des Erben gegeben. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn bereits der Erblasser in seiner Person einen gewerblichen Grundstückshandel begründet hat und der Erbe einen unternehmerischen Gesamtplan fortführt.“ – Die Grundsätze dieses Schreibens sind in allen noch offenen Fällen anzuwenden.

Das BMF-Schreiben v. 21.1.2000 (BStBl. 2000 I S. 133) zur Nichtanwendung des BFH-Urteils v. 18.5.1999 wird aufgehoben. Die Rechtsgrundsätze der BFH-Rechtsprechung zur Frage der Objekte i. S. der sog. „Drei-Objekt-Grenze“ sind über den entschiedenen Einzelfall hinaus allgemein anzuwenden.

2. Einkommensteuer:

Einkommensteuerliche Behandlung von Eigentumsübertragungen bei Ehescheidungen im Rahmen des Zugewinnausgleichs unter Berücksichtigung von § 23 EStG

(OFD München, Verfügung vom 26.6.2001 – S 2256 – 17 St 41 –; OFD Nürnberg, Verfügung vom 26.6.2001 – S 2256 – 53/St 32 –)

In letzter Zeit werden vermehrt Fragen zur einkommensteuerlichen Behandlung von Eigentumsübertragungen bei Ehescheidungen im Rahmen des **Zugewinnausgleichs** unter Berücksichtigung von § 23 EStG gestellt.

Diesen Fragen liegt regelmäßig folgender **Beispielsachverhalt** zu Grunde:

Das Ehepaar A und B lebt im gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** (§ 1363 ff. BGB). Ehemann A erwarb im Jahr 1994 für 100.000 DM ein Grundstück zum alleinigen Eigentum, das von ihm seither vermietet wurde. Die Ehe wurde im Jahr 2000 geschieden. Der geschiedenen Ehefrau B stand daraufhin ein Zugewinnausgleichsanspruch gegen A in Höhe von 250.000 DM zu. Zur Abgeltung dieses Anspruchs übertrug ihr A das Grundstück, das im Übertragungszeitpunkt einen Verkehrswert von 250.000 DM hatte.

Hierzu bitte ich folgende Auffassung zu vertreten:

Der Zugewinnausgleichsanspruch i. S. von § 1378 BGB ist eine auf Geld gerichtete persönliche Forderung an den geschiedenen Ehegatten. Im oben genannten Beispielsfall erfüllte A diese (Geld-)Forderung der B, indem er ihr an Erfüllung Statt (§ 364 BGB) das Grundstück übertrug.

Wird ein Grundstück vom Eigentümer (= Steuerpflichtiger) an einen Dritten zur Tilgung einer dem Dritten – gleich aus welchem Rechtsgrund – zustehenden Geldforderung an Erfüllung Statt übereignet, handelt es sich dabei um ein Veräußerungsgeschäft durch den Steuerpflichtigen; bei dem Dritten liegt ein entsprechendes Anschaffungsgeschäft vor. Veräußerungserlös bzw. Anschaffungskosten (AK) ist der Forderungsbetrag, der mit der Übertragung des Grundstücks an Erfüllung Statt abgegolten wurde.

Damit hat A das Grundstück innerhalb von zehn Jahren nach dessen Erwerb im Jahr 1994 wieder veräußert, sodass ein privates Veräußerungsgeschäft im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG vorliegt. Gründe für ein Absehen von der Besteuerung gibt es nicht (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG).

Der von A zu versteuernde Gewinn beträgt:

Veräußerungserlös:	250.000 DM
Anschaffungskosten:	<u>∕. 100.000 DM</u>
Gewinn aus § 23 EStG:	= 150.000 DM

Abwandlung I des Beispielsachverhalts:

Die geschiedene Ehefrau B hat einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 DM. Das von A im Jahr 1994 für 100.000 DM angeschaffte Grundstück hat im Jahr 2000 einen Verkehrswert von 300.000 DM. A und B vereinbaren deshalb neben der Grundstücksübertragung, dass die 50.000 DM, um die der Grundstückswert den Zugewinnausgleichsanspruch übersteigt, mit Unterhaltsforderungen der B an A verrechnet werden.

Lösung:

Es werden **zwei unterschiedliche Forderungen** der B erfüllt: Zum einen der **Zugewinnausgleichsanspruch** in Höhe von 250.000 DM und zum anderen eine **Unterhaltsforderung** in Höhe von 50.000 DM. A veräußert damit das Grundstück für 300.000 DM.

Der von A zu versteuernde Gewinn beträgt:

Veräußerungserlös:	300.000 DM
Anschaffungskosten:	<u>∕. 100.000 DM</u>
Gewinn aus § 23 EStG:	= 200.000 DM

Gleichzeitig kann A die durch die Grundstücksübertragung abgegoltenen Unterhaltsforderungen der B im VZ der Grundstücksübertragung grundsätzlich als Sonderausgaben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG abziehen, wenn die rechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Hierbei ist zu beachten, dass ein Abzug nur in Höhe des in § 10 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG

genannten Höchstbetrages möglich ist. Dies gilt auch dann, wenn Unterhaltsforderungen mehrerer Jahre verrechnet wurden. Wegen § 11 Abs. 2 EStG ist ein Sonderausgabenabzug nur im Verrechnungsjahr mit dem in § 10 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG genannten Höchstbetrag möglich.

Abwandlung II des Beispielsachverhalts:

Die geschiedene Ehefrau B hat einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von 250.000 DM. Das von A im Jahr 1994 für 100.000 DM angeschaffte Grundstück hat im Jahr 2000 einen Verkehrswert von 300.000 DM. A überträgt das Grundstück an B an Erfüllung Statt. Eine Verrechnung der 50.000 DM, um die der Grundstückswert den Zugewinnausgleichsanspruch übersteigt, mit Unterhaltsforderungen der B an A, findet nicht statt.

Lösung:

Um eine Forderung der B in Höhe von 250.000 DM zu erfüllen, überträgt ihr A ein Grundstück im Wert von 300.000 DM an Erfüllung Statt. Da die ausgeglichene Forderung wertmäßig unterhalb des Grundstückswertes liegt, handelt es sich um ein **teilentgeltliches Geschäft**. A hat an B insgesamt $\frac{5}{6}$ (= $\frac{250}{300}$) des Grundstücks **entgeltlich** veräußert, da er insofern das Grundstück an Erfüllung Statt an B übertragen hat (Abgeltung des Zugewinnausgleichsanspruchs in Höhe von 250.000 DM). In Höhe der übersteigenden 50.000 DM (= $\frac{1}{6}$ des Grundstücks) hat A das Grundstück **unentgeltlich** an B übertragen.

Der von A zu versteuernde Gewinn beträgt:

Veräußerungserlös:	$300.000 \text{ DM} \times \frac{5}{6} =$	250.000 DM
Anschaffungskosten:	$100.000 \text{ DM} \times \frac{5}{6} =$	<u>∕. 83.333 DM</u>
Gewinn aus § 23 EStG:		= 166.667 DM

Im Gegenzug schafft B das Grundstück zu $\frac{5}{6}$ entgeltlich an (AK in Höhe von 250.000 DM) und übernimmt das Grundstück zu $\frac{1}{6}$ unentgeltlich von A (Fortführung der AK des A in Höhe von $100.000 \text{ DM} \times \frac{1}{6} = 16.667 \text{ DM}$). Nur in Höhe des entgeltlich erworbenen Anteils beginnt für B eine neue zehnjährige Veräußerungsfrist im Sinne von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG. Bezüglich des unentgeltlich erworbenen Grundstücksanteils gilt § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG.

Die Verfügung entspricht inhaltlich der Verfügung der OFD Frankfurt vom 5.2.2001, S-2256 A – 16 – St II 27 (FR 2001 S. 322).

3. Einkommensteuer:

Ertragsteuerliche Beurteilung der Mitunternehmern gehörenden Anteile an Kapitalgesellschaften

(OFD München, Verfügung vom 2.4.2001 – S 2134 – 4/6 St 41 –; OFD Nürnberg, Verfügung vom 2.4.2001 – S 2134 – 74/St 31)

Zum notwendigen Betriebsvermögen (BV) einer gewerblich tätigen Personengesellschaft gehören nicht nur die Wirtschaftsgüter des Gesamthandvermögens, sondern auch die im

Alleineigentum eines Mitunternehmers stehenden Wirtschaftsgüter, die unmittelbar dem Betrieb der Personengesellschaft (Sonder-BV I) oder seiner Beteiligung an der Personengesellschaft (Sonder-BV II) dienen oder zu dienen bestimmt sind.

Zum Sonder-BV II zählt bei einem Kommanditisten einer GmbH & Co. KG grundsätzlich auch sein Anteil an der Komplementär-GmbH, weil dieser Anteil es dem Kommanditisten ermöglicht, über seine Stellung in der Komplementär-GmbH Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH & Co. KG auszuüben. Hierdurch wird die Stellung des Kommanditisten, die ihm aufgrund seiner unmittelbaren Beteiligung an der KG

zukommt, verstärkt (BFH-Urteil vom 5.12.1979, BStBl. II 1980, 119).

Im Einzelfall sind jedoch folgende Unterscheidungen zu treffen:

1. Einkommensteuerrechtliche Zurechnung der einem Kommanditisten gehörenden Anteile an der Komplementär-GmbH

Der Anteil des Kommanditisten an der Komplementär-GmbH gehört dann uneingeschränkt zum notwendigen Sonder-BV II, wenn der Kommanditist seine Gesellschafterstellung in der Komplementär-GmbH ausschließlich in den Dienst des Unternehmens der Personengesellschaft stellt. Davon ist auszugehen, wenn die GmbH neben ihrer Geschäftsführertätigkeit bei der GmbH u. Co. KG keine andere gewerbliche Tätigkeit oder nur eine von ganz untergeordneter Bedeutung ausübt.

Unterhält die GmbH – neben ihrer Geschäftsführertätigkeit für die GmbH & Co. KG – einen Geschäftsbetrieb von nicht ganz untergeordneter Bedeutung, ist davon auszugehen, dass beide Gesellschaften – und damit auch die Interessen der Gesellschafter – gleichrangig nebeneinander stehen. In diesem Fall gehören die Anteile der Kommanditisten an der Komplementär-GmbH nicht zu deren notwendigem Sonder-BV II (BFH-Urteil vom 12.11.1985, BStBl. II 1986, 55, vom 11.12.1990, BStBl. II 1991, 510 und vom 7.7.1992, BStBl. II 1993, 328).

Eine Abweichung von dieser Regelbeurteilung ist allerdings dann erforderlich, wenn die GmbH aufgrund von Geschäftsbeziehungen – über ihre gesellschaftsrechtliche Beteiligung als Komplementärin und ihre Geschäftsführertätigkeit hinaus – auch wirtschaftlich mit der GmbH & Co. KG verflochten ist. Trotz der Tatsache, dass die GmbH einen eigenen Geschäftsbetrieb von nicht ganz untergeordneter Bedeutung unterhält, gehören die GmbH-Anteile – in diesem Fall dann zum notwendigen Sonder-BV II bei der GmbH & Co. KG, wenn aus Sicht der GmbH & Co. KG die Geschäftsbeziehung zur GmbH von nicht geringer Bedeutung ist.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die GmbH über die Geschäftsführung für die GmbH u. Co. KG hinaus auch den Alleinvertrieb für die Produkte der GmbH & Co. KG übernommen hat.

2. Bilanzierung der den Kommanditisten gehörenden Anteile an der Komplementär-GmbH, wenn diese Komplementärin mehrerer Kommanditgesellschaften ist

Ist die GmbH Komplementärin mehrerer Kommanditgesellschaften und beschränkt sich ihre Tätigkeit auf die Geschäftsführung dieser GmbH & Co. KGen, so sind die GmbH-Anteile dem notwendigen Sonder-BV II der Kommanditisten der zuerst gegründeten GmbH & Co. KG zuzurechnen. Diese bilanzmäßige Behandlung ist eine zwingende Folge des zeitlichen Ablaufs, da die GmbH-Anteile bereits bei der zuerst gegründeten GmbH & Co. KG in vollem Umfang notwendiges (Sonder-)Betriebsvermögen darstellen. Für eine Bilanzierung der GmbH-Anteile im Rahmen einer später gegründeten GmbH & Co. KG bleibt daher kein Raum.

Unterhält die GmbH als Komplementärin mehrerer GmbH & Co. KGen dagegen einen eigenen Geschäftsbetrieb von nicht ganz untergeordneter Bedeutung, gilt Folgendes:

Bestehen Geschäftsbeziehungen der GmbH nur zu einer GmbH & Co. KG und sind diese aus Sicht der GmbH & Co. KG von nicht geringer Bedeutung, so sind die GmbH-Anteile

im Sonder-BV der Kommanditisten dieser GmbH & Co. KG zu bilanzieren.

Bestehen dagegen Geschäftsbeziehungen zu mehreren GmbH & Co. KGen, die für diese jeweils von nicht geringer Bedeutung sind, so sind die GmbH-Anteile dem Sonder-BV der Kommanditisten der zuerst gegründeten GmbH & Co. KG, mit der Geschäftsbeziehungen im obigen Sinne unterhalten werden, zuzuordnen.

3. Einkommensteuerrechtliche Zurechnung der einem Personengeschafter gehörenden Anteile an einer Kapitalgesellschaft bei nur wirtschaftlicher Verflechtung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft

Halten Gesellschafter einer Personengesellschaft Anteile an einer Kapitalgesellschaft, ohne dass eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Kapitalgesellschaft besteht, so kommt eine Zuordnung dieser Anteile zum notwendigen Sonder-BV in der Regel nicht in Betracht.

Im Einzelfall ist eine Zuordnung zum notwendigen Sonder-BV jedoch dann vorzunehmen, wenn eine besonders enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft derart besteht, dass die eine Gesellschaft eine wesentliche wirtschaftliche Funktion der anderen erfüllt (vgl. BFH-Urteil vom 31.1.1991, BStBl. II 786). In diesem Fall kommt es für die Annahme der Sonderbetriebsvermögenseigenschaft der Kapitalgesellschaftsanteile nicht mehr auf die zusätzliche Frage an, in welchem Umfang die Kapitalgesellschaft noch anderweitig geschäftlich tätig ist.

Vielmehr ist in diesen Fällen regelmäßig dann die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft dem notwendigen Sonder-BV innerhalb der Personengesellschaft zuzuordnen, wenn der Mitunternehmer – ggf. zusammen mit anderen Mitunternehmern – die Kapitalgesellschaft beherrscht (BFH-Urteile, vom 16.9.1994, BStBl. II 1995, 75 und vom 27.9.1994, BFH/NV 1995, 678).

Jedoch kann die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft auch dann notwendiges Sonder-BV des Gesellschafters einer Personengesellschaft sein, wenn die Beteiligung keinen beherrschenden Einfluss vermittelt (vgl. BFH-Urteil vom 3.3.1998, BStBl. II 383). In seinem Urteil führt der BFH insoweit aus, dass die Entscheidung der Frage, ob die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft zur Stärkung der Beteiligung der Mitunternehmer der Personengesellschaft dient, anhand von Indizien zu treffen ist, die nicht ausschließlich in der Beherrschung der Kapitalgesellschaft zu suchen sind, sondern allgemein auf Möglichkeiten der Einflussnahme der Mitunternehmer auf die Geschäftsführung in der Kapitalgesellschaft im wirtschaftlichen Interesse der Personengesellschaften abstellen.

4. Behandlung des Anteils eines stillen Gesellschafters einer GmbH und atypisch stillen Gesellschaft (GmbH & atypisch Still) an der GmbH

Der Anteil eines stillen Gesellschafters einer GmbH & atypisch Still stellt stets notwendiges Sonder-BV II dar, sofern nicht die GmbH noch einer anderen Geschäftstätigkeit von nicht ganz untergeordneter Bedeutung nachgeht.

Die stille Gesellschaft tritt zwar, anders als eine KG, zivilrechtlich nicht nach außen auf. Vielmehr wird aus den im Betrieb des Handelsgewerbes geschlossenen Geschäften allein der Inhaber des Handelsgeschäfts berechtigt und verpflichtet. Zivilrechtlich gibt es daher keine Tätigkeit der stillen Gesellschaft.

Zu den Merkmalen für die Beurteilung als Mitunternehmerschaft vgl. H 138 (1) „Stiller Gesellschafter“ EStH 1999.

Der Inhaber des Handelsgeschäfts wird, soweit seine Tätigkeit der Erreichung des im Vertrag über die stille Gesellschaft vereinbarten Gesellschaftszwecks dient, wie ein Organ für die stille Gesellschaft tätig; sein Auftreten ist der Gesellschaft zuzurechnen und führt zur gemeinschaftlichen Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale einer Einkunftsart. Steuerrechtlich gilt deshalb die der atypisch stillen Gesellschaft zuzurechnende Tätigkeit des Inhabers des Handelsgeschäfts als Gewerbebetrieb der Gesellschaft. Der Inhaber des Handelsgeschäfts erbringt, soweit er zur Erreichung des Gesellschafts-

zwecks der stillen Gesellschaft tätig wird, einen im Gesellschaftsinteresse liegenden Beitrag; der der Geschäftsführung einer Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG vergleichbar ist.

Der stille Gesellschafter kann folglich über seine Beteiligung an der GmbH auf deren geschäftliches Verhalten Einfluss nehmen und so zugleich seine Stellung in der stillen Gesellschaft verstärken. Damit dient die Beteiligung an der GmbH der Beteiligung an der „Personengesellschaft GmbH & atypisch Still“ und erfüllt mithin die Voraussetzungen für eine Behandlung als notwendiges Sonder-BV II, (BFH vom 15.10.1998, BStBl. II 1999, 286).

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Tilman Götte, München, wurde am 12.10.2001 zum Präsidenten der Bundesnotarkammer gewählt und mit Wirkung zum 10.10.2001 zum weiteren Vizepräsident der Landesnotarkammer Bayern bestellt.

2. Verstorben:

Notar Reinhard Konrad, Dachau, verst. am 3.10.2001

AR i. N. Manfred Paech, Erding (Notarstellen Böck/Koch), verst. am 13.09.2001

3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.11.2002:

Notar Hans-Ulrich Sorge
(Geschäftsführer der Landesnotarkammer Bayern,
vgl. a. 4.)

Mit Wirkung vom 16.2.2002:

Notar Siegfried Altinger, Bad Aibling

Mit Wirkung vom 1.4.2002:

Notar Klaus Dieter Dubon, Immenstadt

Notar Tilmann Herbolzheimer, Amberg

Notar Dr. Günter Winkler, Vilsbiburg

Mit Wirkung vom 1.5.2002:

Notar Egbert Megies, Regensburg

4. Es wurde verliehen :

Mit Wirkung vom 1.9.2001:

Bad Dürkheim (in Sozietät mit Notar Unkrich)	dem Notarassessor Gerd Holland (bisher in Lauterecken Notarstelle Rohr)
--	--

Mit Wirkung vom 1.11.2001:

Burghausen	dem Notar Wolfgang Pürschel (bisher in Donauwörth)
------------	--

Eschenbach i. d. Opf.	dem Notarassessor Michael Trautner (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)
-----------------------	--

Höchstadt a. d. Aisch	dem Notarassessor Hans-Ulrich Sorge (bisher in München Landesnotarkammer Bayern, vgl. a. 3.)
-----------------------	--

Höchstadt a. d. Aisch	dem Notarassessor Christian Lisch (bisher in Coburg Notarstelle Dannecker/Dr. Heil)
-----------------------	--

Memmingen (in Sozietät mit Notarin Erber-Faller)	dem Notarassessor Arnold Voran (bisher in München Notarstelle Dr. Winkler)
--	--

Osterhofen	dem Notarassessor Thomas Wachter (bisher in München Notarstellen Dr. Keidel/Dr. Korte)
------------	--

Schwabmünchen (in Sozietät mit Notar Thumerer)	dem Notarassessor Dr. Michael Fronhöfer (bisher in München Notarstellen Höfling/Dr. Mayer)
--	--

Straubing	dem Notarassessor Konrad Lautner (bisher in München Notarstellen Kelch/Dr. Keller)
-----------	--

Mit Wirkung vom 1.1.2002:

Obernburg a. Main (in Sozietät mit Notarassessor Michael Volmer)	dem Notarassessor Martin Herrmann (bisher in Aschaffenburg Notarstellen Klotz/ Dr. Morhard)
---	---

Obernburg a. Main (neuerrichtete Notarstelle in Sozietät mit Notarassessor Herrmann)	dem Notarassessor Michael Volmer (bisher in Vilshofen Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)
--	---

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.2001:

Dr. Marcus Bischoff, Uffenheim (Notarstelle Thiede)
Dr. Robert Maurer, Türkheim (Notarstelle Elstner)
Nicola Prowald, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)
Sylvia Rundel, Deggendorf (Notarstelle Dr. Kurz)
Birgit Stahl, Deggendorf (Erziehungsurlaub)

Mit Wirkung vom 1.10.2001:

Dr. Hartmut Wicke, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Marcus Bergerhoff, Pfarrkirchen (Notarstelle Dr. Mayer), ab 1.8.2001 in München (Notarstellen Pölsterl/Dr. Asam)

Notarassessor Til Schemmann, Köln (Bundesnotarkammer), wurde mit Wirkung vom 10.9.2001 promoviert

Notarassessor Andreas Nachreiner, Mühlendorf am Inn (Notarstellen Dr. Döhner/Buchmaier), wurde mit Wirkung vom 10.9.2001 promoviert

Notarassessor Paul Baumeister, Hof (Notarstelle Dr. Krauß), ab 1.10.2001 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Rotenfuß/Dr. Brückner)

Notarassessor Michael Inninger, Landshut (Notarstelle Häusler), ab 29.10.2001 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessorin Dr. Andrea Schmucker, Weilheim (Notarstelle Dr. Basty), ab 1.11.2001 in München (Notarstelle Dr. Bohrer)

Oberinspektor i. N. Thomas Bauer, München (Notarstellen Höfling/Dr. Mayer), ab 1.8.2001 in Rosenheim (Notarstellen Richter/Karl)

Amtmann i. N. Achim Gregor, München (Notarstellen Bender/Dr. Brachvogel), ab 1.11.2001 in München (Notarstellen Dr. Bader/Uhlig)

Oberinspektor i. N. Matthias Wiedemann, Schwabmünchen (Notarstellen Thumerer/Thallinger), ab 1.1.2002 in München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger)

Oberinspektor i. N. Christoph Frey, Marktobendorf (Notarstelle Dr. Perret), ab 1.1.2002 in Mindelheim (Notarstelle Dr. Friederich)

Inspektorin i. N. Kerstin Rinderer, Ebersberg (Notarstellen Zetzl/Griebel), ab 1.4.2002 in Hengersberg (Notarstelle Dr. Heller)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Ludwig Amer, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Sommerhäuser), ab 1.9.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Manfred Heimann, Lauterecken (Notarstellenverwaltung Rohr), ab 1.10.2001 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Wolfram Moosrainer, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Dr. Keller), ab 1.10.2001 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Johann Lederle, Kempten (Notarstelle Dr. Reuter), ab 1.11.2001 im Ruhestand

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Lorenz Bülow, Ottostraße 10, 80333 München

ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Tel.: 089/5 51 66-0, Telefax: 089/55 16 62 34, E-Mail: MittBayNot@notarkasse.de bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 90,- DM zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 20,- DM einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstr. 16, 80999 München-Allach.

Sonstiges

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Miesbach, Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner, Rosenheimer Straße 14, 83714 Miesbach

Kaufbeuren, Notarstelle Lang, Josef-Landes-Str. 3, 87600 Kaufbeuren, Telefon: 0 83 41/96 62 85-0, Fax: 0 83 41/9 66 28 55

Kempten, Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle, Königstraße 17, 87435 Kempten, E-Mail: notare.zm@freenet.de

Veranstaltungen des DAI 5/2001

1. Intensivkurs Gesellschaftsrecht
8. bis 10. November 2001 in Bad Kissingen
2. Internationales Erbrecht
10. November 2001 in Wiesbaden
3. Erbrecht in der Kautelarpraxis
12. bis 13. November 2001 in München
4. Rechtsformwechsel aufgrund der Unternehmenssteuerreform
16. bis 17. November 2001 in München
5. Unternehmensnachfolge – Zivil- und Steuerrecht –
(*Fachinstitut für Steuerrecht*)
19. bis 21. November 2001 in Berlin
6. Praxis der Hauptversammlung
24. November 2001 in Frankfurt a.M.
7. Modernisierung des Schuldrechts
3. November 2001 in Berlin
9. November 2001 in Düsseldorf
10. November 2001 in München
6. Dezember 2001 in Bochum
7. Dezember 2001 in Bremen
8. Die notarielle Vertragsgestaltung nach der
Schuldrechtsmodernisierung
11. Januar 2002 in Gelsenkirchen
12. Januar 2002 in Frankfurt
18. Januar 2002 in Hamburg
19. Januar 2002 in Berlin
9. Notare als Mediatoren, Schlichter und Schiedsrichter
19. Januar 2002 in Frankfurt a.M.

Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. – Fachinstitut für Notare (bzw. soweit vermerkt: Fachinstitut für Steuerrecht) –, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 02 34/9 70 64 18, Telefax 02 34/70 35 07, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de (bzw. steuerrecht@anwaltsinstitut.de)

NEUERSCHEINUNGEN

1. Funke, Checkbuch Umwandlungen – 18 Checklisten, 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 164 Seiten, DM 68,- (ab 1.1.2002 € 34,-).
2. Hopt/Reuter (Hrsg.), Stiftungsrecht in Europa, 2001, Schriftenreihe des Instituts für Stiftungsrecht der Bucerius Law School, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1010 Seiten, DM 234,- (ab 1.1.2002 € 120,-).
3. Kallmeyer, Umwandlungsgesetz – Kommentar, 2. Auflage 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1239 Seiten, DM 236,- (ab 1.1.2002 € 118,-).
4. Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage 2001, Carl Heymanns Verlag, X und 849 Seiten, DM 219,-.
5. Weingärtner, Vermeidbare Fehler im Notariat, 6. Auflage 2001, Carl Heymanns Verlag, Köln, XIII u. 197 Seiten, DM 68,- (ab 1.1.2002 € 35,-).

1. BGH: Durchbruch durch eine im Gemeinschaftseigentum stehende Wand

(§§ 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 WEG)

1. Wanddurchbrüche zwischen zwei Wohnungen, die zum Verlust der Abgeschlossenheit (§ 3 Abs. 2 WEG) oder einem der Teilungserklärung widersprechenden Zustand führen, stellen nicht schon deshalb einen für die anderen Wohnungseigentümer nicht hinnehmbaren Nachteil dar.
2. Wird eine tragende, im Gemeinschaftseigentum stehende Wand durchbrochen, so ist ein nicht hinnehmbarer Nachteil allerdings erst dann ausgeschlossen, wenn kein wesentlicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums erfolgt, insbesondere keine Gefahr für die konstruktive Stabilität des Gebäudes und dessen Brand-sicherheit geschaffen worden ist.
3. (...)

(Beschluss vom 21.12.2001 – V ZB 45/00 –)

2. BGH: Kaufvertrag über Rechtsanwaltskanzlei und Verletzung der Verschwiegenheitspflicht

(§ 134 BGB, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB)

Der Vertrag über den Verkauf einer Rechtsanwaltskanzlei, nach welchem der Erwerber in die bisher bestehende (Außen-)Sozietät eintritt, während der Veräußerer als freier Mitarbeiter für eine Übergangszeit weiterhin tätig sein soll, ist nicht wegen Verstoßes gegen § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Verbindung mit § 134 BGB nichtig.

(Urteil vom 13.6.2001 – VIII ZR 176/00 –)

3. BGH: GbR als Kommanditistin

(§ 705 BGB, §§ 162 Abs. 3, 106 Abs. 2 HGB)

1. Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein.
2. In einem solchen Falle sind neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts zu der Kommanditgesellschaft angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort (entspr. § 106 Abs. 2 BGB) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; Entsprechendes gilt für jeden

späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

(Beschluss vom 16.7.2001 – II ZB 23/00 –)

4. BayObLG: Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs aus § 530 BGB

(§§ 530, 883 BGB)

Eine Vormerkung, die den Rücküberweisungsanspruch des Veräußerers im Fall groben Undanks des Erwerbers sichern soll, kann im Grundbuch eingetragen werden (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Hamm Rpfleger 2000, S. 449).

(Beschluss vom 2.8.2001 – ZZ BR 71/01 und 72/01 –)

5. OLG Düsseldorf: Verzicht auf Trennungsunterhalt

(§§ 1614 Abs. 1, 1361 Abs. 4 Satz 4, 1360a Abs. 3 BGB)

In einer Vereinbarung zum Trennungsunterhalt liegt jedenfalls dann kein gemäß §§ 1614 Abs. 1, 1361 Abs. 4 Satz 4, 1360a Abs. 3 BGB unzulässiger Verzicht, wenn die Verkürzung des rechnerisch sich ergebenden Unterhalts nur etwa 20% beträgt.

(Beschluss vom 19.6.2000 – 5 WF 114/00 –)

6. OLG Hamm: Prüfungspflicht des Registergerichts bzgl. Gesellschafterstellung bei GmbH

(§§ 16, 39 GmbHG)

Das Registergericht hat sowohl bei deklaratorischen (z.B. Änderung in der Person des Geschäftsführers einer GmbH) als auch bei konstitutiven Eintragungen (z.B. Sitzverlegung der Gesellschaft) eine Prüfungspflicht, ob der entsprechende Gesellschafterbeschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist, insbesondere ob die beschlussfassende Person GmbH-Gesellschafter oder zur Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters befugt war.

Ist allerdings ein Erwerb des Geschäftsanteils i.S.d. § 16 GmbHG ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet, so dass der Anmeldende gegenüber der Gesellschaft als Gesellschafter gilt, ist hieran auch das Registergericht gebunden. Die Fiktion des § 16 GmbHG hat insoweit materielle Wirkung.

(Beschluss vom 10.7.2001 – 15 W 81/01 –)

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F