

# 2 MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2007

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,  
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

## Schriftleitung:

Andrea Lichtenwimmer,  
Notarassessorin

Dr. Martin T. Schwab,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Pöppel*: Grundstücksnießbrauch in der notariellen Praxis 85

*Ruhwinkel*: Erwerb von Grundstückseigentum durch  
Gesellschaften bürgerlichen Rechts 92

*Keller*: Erbteilsveräußerung beim Tod eines Personen-  
gesellschafters 96

*Wimmer*: Die Kostenrechtsprechung des OLG München  
im Jahr 2006 100

*Gottwald*: Grunderwerbsteuer und Immobilienleasing 103

## Tagungsbericht

*Müller-Teckhof*: Vertragsfreiheit im Ehevertrag? –  
Der aktuelle Stand der Rechtsprechung zur Inhalts-  
kontrolle von Eheverträgen 105

## Rechtsprechung

Nachträgliche Unmöglichkeit bei Versagung  
der Teilungsgenehmigung  
(Brandenburgisches OLG, 7.9.2006, 5 U 162/05) 120  
mit Anmerkung *Kilian* 122

Haftung des Veräußerers für Erschließungsbeiträge  
(Saarländisches OLG, Urteil vom 4.4.2006, 4 U 377/05) 123  
mit Anmerkung *Bauer* 124

Kündigung eines Pachtvertrags als Verfügung über  
Nachlassgegenstand  
(BGH, Urteil vom 28.4.2006, LwZR 10/05) 131  
mit Anmerkung *Ann* 133

Beratungsvertrag mit Aufsichtsratsmitglied  
(BGH, Urteil vom 20.11.2006, II ZR 279/05) 138

„AKDV“ keine zulässige Firma  
(OLG Celle, Beschluss/Urteil vom 6.7.2006, 9 W 61/06) 140  
mit Anmerkung *Kanzleiter* 140

Erbschaftsteuerrecht in derzeitiger Ausgestaltung  
verfassungswidrig  
(BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02)  
(nur Leitsatz) 161  
mit Anmerkung *Wälzholz* 161

## Inhalt

### Aufsätze

- Pöppel*: Grundstücksnießbrauch in der notariellen Praxis **85**  
*Ruhwinkel*: Erwerb von Grundstückseigentum durch Gesellschaften bürgerlichen Rechts **92**  
*Keller*: Erbteilsveräußerung beim Tod eines Personengeschafters **96**  
*Wimmer*: Die Kostenrechtsprechung des OLG München im Jahr 2006 **100**  
*Gottwald*: Grunderwerbsteuer und Immobilienleasing **103**

### Tagungsbericht

- Müller-Teckhof*: Vertragsfreiheit im Ehevertrag? – Der aktuelle Stand der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen **105**

### Buchbesprechungen

- Hoffmann-Becking/Rawert: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht (*Selbherr*) **107**  
Burbulla: Der Vorkaufsfall im Zivilrecht (*Kreuzer*) **108**  
Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis (*Mayr/Raab*) **108**  
Coeppicus: Sterbehilfe, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht (*Volmer*) **110**  
Lutter/Hommelhoff: Europäisches Gesellschaftsrecht (*Barth*) **111**  
Fleischhauer/Preuß: Handelsregisterrecht (*Sikora*) **112**  
Walz: Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung (*Dendorfer*) **113**  
Busse/Grziwotz: VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan (*Krautzberger*) **115**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

- Schallschutz im Doppelhaus bei Aufteilung in Wohnungseigentum (*nur Leitsatz*) (OLG München, Urteil vom 14.6.2005, 28 U 1921/05) **116**
- Keine unzulässige Rechtsberatung bei Bauträgervollbetreuung – „Rundum-sorglos-Paket“ (OLG München, Urteil vom 3.8.2006, 19 U 5567/05) **116**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

- GbR als Grundstückseigentümerin (BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05) **118**

## Inhalt (Fortsetzung)

4. Nachträgliche Unmöglichkeit bei Versagung der Teilungsgenehmigung  
(Brandenburgisches OLG, 7.9.2006, 5 U 162/05) **120**  
mit Anmerkung *Kilian* **122**
5. Haftung des Veräußerers für Erschließungsbeiträge  
(Saarländisches OLG, Urteil vom 4.4.2006, 4 U 377/05) **123**  
mit Anmerkung *Bauer* **124**

### Familienrecht

6. Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters bei Stiefkindadoption (*nur Leitsatz*)  
(BVerfG, Beschluss vom 29.11.2005, 1 BvR 1444/01) **128**
7. Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils  
(BGH, Beschluss vom 23.3.2005, XII ZB 10/03) **128**
8. Grundsätzliche Befristung des Unterhalts der nichtehelichen Mutter (*nur Leitsatz*)  
(BGH, Urteil vom 5.7.2006, XII ZR 11/04) **130**
9. Zulässige Vereinbarung zur „Verkürzung“ der Elternzeit  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.7.2006, 2 UF 69/06) **130**

### Erbrecht

10. Kündigung eines Pachtvertrags als Verfügung über Nachlassgegenstand  
(BGH, Urteil vom 28.4.2006, LwZR 10/05) **131**  
mit Anmerkung *Ann* **133**
11. Einschränkung Pflichtteilsrecht zur Absicherung des überlebenden Ehegatten  
(OLG Koblenz, Urteil vom 13.7.2006, 7 U 1801/05) **135**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Beratungsvertrag mit Aufsichtsratsmitglied  
(BGH, Urteil vom 20.11.2006, II ZR 279/05) **138**
13. „AKDV“ keine zulässige Firma  
(OLG Celle, Beschluss vom 6.7.2006, 9 W 61/06) **140**  
mit Anmerkung *Kanzleiter* **140**
14. Satzungsregelung zur ausschließlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte  
(LG München I, Urteil vom 13.4.2006, 5HK O 4326/05) **142**
15. Fristbeginn bei § 67 Abs. 1 UmwG  
(AG Memmingen, Beschluss vom 16.11.2006, HRB 1597) **147**
16. Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht in der IHK für englische „Limited“  
(VG Darmstadt, Urteil vom 7.11.2006, 9 E 793/05) **149**

### Internationales Privatrecht

17. Keine Anwendung deutschen Sachrechts, wenn die Ehe nach dem primär berufenen ausländischen Recht noch nicht geschieden werden kann  
(BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 5/04) **151**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. Notarielle Pflichten beim Vollzug eines Kaufvertrags  
(LG Ingolstadt, Beschluss vom 25.10.2006, 1 T 1449/06) **155**

### Kostenrecht

19. Berechnung der Dokumentenpauschale bei Gesamtschuldnerschaft  
(BGH, Beschluss vom 28.9.2006, V ZB 45/06) **155**
20. Zitiergebot für Auslagen  
(BGH, Beschluss vom 14.12.2006, V ZB 115/06) **157**
21. Geschäftswert bei Eintragung in Vereinsregister  
(OLG München, Beschluss vom 13.1.2006, 32 Wx 137/05) **158**
22. Ermittlungspflicht zur Fortführung nach § 19 Abs. 4 KostO  
(OLG München, Beschluss vom 6.6.2006, 32 Wx 074/06) **159**

### Steuerrecht

23. Erbschaftsteuerrecht in derzeitiger Ausgestaltung verfassungswidrig  
(BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02) (*nur Leitsatz*) **161**  
mit Anmerkung *Wälzholz* **161**
24. Leasingvertrag ohne jederzeitige Verwertungsbefugnis nicht grunderwerbsteuerpflichtig  
(BFH, Urteil vom 11.4.2006, II R 28/05) **163**
25. Keine Rückgängigmachung einer Entnahme durch nachträgliche Treuhandvereinbarung (*nur Leitsatz*)  
(BFH, Urteil vom 25.4.2006, X R 57/04) **164**
26. Ablösung eines Nießbrauchs gegen dauernde Last  
(BFH, Urteil vom 17.5.2006, X R 2/05) **165**
27. Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäfts kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft  
(BFH, Urteil vom 27.6.2006, IX R 47/04) **166**

### Hinweis für die Praxis

- Erbschaftsteuer; Berechnung des nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerfreien Betrages bei der Zugewinnngemeinschaft (Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 25.9.2006, 34 – S 3804 – 012 – 37 030/06) **168**

### Standesnachrichten 169

### Sonstiges III

# 2 | MittBayNot

Begründet 1864

März/April 2007 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

Herausgeberbeirat: Notar a. D.  
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz

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

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

## AUFSÄTZE

### Der Grundstücksnießbrauch in der notariellen Praxis

Von Notarassessorin *Monika Pöppel*, München\*

Das Thema Nießbrauch ist, selbst wenn man sich dabei auf den Grundstücksnießbrauch beschränkt, so umfangreich, dass ein Aufsatz alleine sicher nicht ausreicht, um die Thematik erschöpfend zu bearbeiten.

Dieser Aufsatz spannt einen Bogen von der Begründung des Nießbrauchs bis zu dessen Erlöschen mit einem Hauptaugenmerk darauf, welche inhaltlichen Regelungen von der Rechtsprechung anerkannt werden oder eben auch nicht. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Frage, welche Konsequenzen sich aus der Nießbrauchsbestellung für andere Rechtsverhältnisse ergeben.

#### 1. Der Umfang des Nießbrauchs

Der Nießbrauch ist das nach § 1061 BGB unvererbliche, in der Regel aufgrund § 1059 Satz 1 BGB nicht übertragbare, umfassende Recht, die Nutzungen eines Gegenstandes zu ziehen. Er entsteht gemäß § 873 BGB durch formlose Einigung und Eintragung im Grundbuch. Der Umfang des Nutzungsrechtes bestimmt sich dabei wie folgt:<sup>1</sup>

Nach § 1031 BGB i. V. m. § 926 BGB ist bei einem Grundstücksnießbrauch *Zubehör* im Zweifel vom Nießbrauch umfasst. Im Übrigen erstreckt sich der Nießbrauch auf die *wesentlichen Bestandteile* des Grundstücks. Nicht wesentliche Bestandteile unterliegen in der Regel ebenfalls dem Nießbrauch, es sei denn, sie wurden ausdrücklich oder stillschweigend ausgenommen. *Scheinbestandteile* werden vom Nießbrauch an einem Grundstück nicht automatisch erfasst, der Nießbrauch an ihnen muss zusätzlich bestellt werden, nach den jeweils dafür geltenden Regeln. Aus der Tatsache, dass beim Nießbrauch eine § 1131 BGB entsprechende Regelung fehlt, wird geschlossen, dass sich der Nießbrauch nicht von selbst auf ein Grundstück bezieht, welches mit dem zunächst belasteten Grundstück vereinigt oder diesem als Bestandteil zugeschrieben wird.<sup>2</sup>

Eine Grenze der Berechtigung zur umfassenden Nutzungsziehung liegt darin, dass es dem Nießbraucher nach § 1037 BGB verwehrt ist, den Nießbrauchsgegenstand umzugestalten oder wesentlich zu verändern. Hieraus folgt bei einem Grundstück, dass der Nießbraucher nicht zu umfassenden Eingriffen in die bestehende Bausubstanz berechtigt ist und ihm beispielsweise eine Aufstockung eines bestehenden Gebäudes verboten ist;<sup>3</sup> Gleiches gilt zumindest bei fehlender ausdrücklicher Regelung für die erstmalige Bebauung.<sup>4</sup> Außerdem beschränkt § 1036 Abs. 2 BGB das Recht zur umfassenden Nutzungsziehung, da der Nießbraucher hiernach die bisherige wirtschaftliche Bestimmung des Nießbrauchsgegenstandes aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren hat.

#### 2. Nutzungsbeschränkung und Abgrenzung zur Dienstbarkeit

##### a) Möglichkeit der Nutzungsbeschränkung

§ 1030 Abs. 2 BGB eröffnet die Möglichkeit, den Nießbrauch als umfassendes Nutzungsrecht durch den Ausschluss einzelner Nutzungen zu beschränken, solange dadurch der Charakter des Nießbrauchs als grundsätzlich umfassendes Nutzungsrecht nicht verloren geht.<sup>5</sup>

\* Sehr herzlich bedanke ich mich bei Herrn Notar a. D. Dr. *Hermann Amann*, von dem alle in diesem Aufsatz aufgeführten Formulierungsvorschläge stammen.

<sup>1</sup> Vgl. zum Nachfolgenden *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 1030 Rdnr. 2.

<sup>2</sup> *Staudinger/Frank*, BGB, 2002, § 1030 Rdnr. 6.

<sup>3</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, 4. Aufl. 2004, § 1037 Rdnr. 5; *Staudinger/Frank*, § 1037 BGB Rdnr. 2.

<sup>4</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1037 Rdnr. 6; *Staudinger/Frank*, § 1037 BGB Rdnr. 5.

<sup>5</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 54.

Nach § 1030 Abs. 2 BGB ist der Ausschluss des Rechts auf unmittelbaren Besitz oder auf den persönlichen Gebrauch des Gegenstandes zulässig, wenn dem Nießbraucher dafür der mittelbare Besitz und die Nutzungen zustehen;<sup>6</sup> das Gleiche gilt für eine Beschränkung, z. B. durch Zustimmungsvorbehalte für den Eigentümer oder ein Ausschluss des Vermietungsrechtes.<sup>7</sup>

Unzulässig ist dagegen eine Beschränkung des Nießbrauchs an einem Waldgrundstück auf ein reines Holznutzungsrecht<sup>8</sup> oder auf die Mieterträge eines Grundstücks.<sup>9</sup>

#### b) Abgrenzung zur Dienstbarkeit

§§ 1018, 1090 BGB gestatten dem Dienstbarkeitsberechtigten die Benutzung des Grundstücks in einzelnen Beziehungen. Daher stellt sich im Hinblick auf die Möglichkeiten der Beschränkung des Nießbrauchs nach § 1030 Abs. 2 BGB die Frage, wie genau Dienstbarkeit und Nießbrauch voneinander abgegrenzt werden können. Im Einzelnen ist hier vieles umstritten.<sup>10</sup>

Sinnvoll ist hier nur eine einheitliche Auslegung, so dass ein Nutzungsrecht entweder durch Dienstbarkeit oder durch Nießbrauch abgesichert werden kann,<sup>11</sup> wobei die Abgrenzung schon aus Gründen des sachenrechtlichen Typenzwanges und der Sicherheit im Grundbuchverfahren nach formellen Gesichtspunkten erfolgen sollte, so dass ein Nießbrauch bestellt werden kann, bei dem eine Vielzahl von Nutzungen ausgeschlossen ist, nicht aber ein Nießbrauch, bei dem die Nutzungsbefugnisse abschließend aufgezählt sind.<sup>12</sup>

### 3. Belastungsgegenstand

Als Belastungsgegenstand des Nießbrauchs kommen neben dem Grundstück selbst beispielsweise auch ein Miteigentumsanteil hieran, Wohnungs- bzw. Teileigentum, ein Dauerwohnrecht nach dem WEG und Erbbaurechte sowie weitere grundstücksgleiche Rechte in Betracht. Reale Teile eines Grundstücks können Gegenstand des Nießbrauchs sein, soweit es sich nicht um wesentliche Bestandteile des Grundstücks nach § 93 BGB handelt<sup>13</sup> und die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GBO erfüllt sind. Daher kann z. B. eine abgrenzbare Gartenfläche mit einem Nießbrauch belastet werden. Ebenso gut möglich ist jedoch die Belastung des vollständigen Grundstücks mit dem Nießbrauch unter gleichzeitiger Beschränkung des Ausübungsbereichs auf eine reale Teilfläche.<sup>14</sup> Unzulässig nach dem Vorgesagten ist jedoch die Nießbrauchbestellung an einem Gebäude oder Gebäudeteil, da es sich insoweit um wesentliche Bestandteile handelt.<sup>15</sup> Als Alternative käme hier eine vorrangige Wohnungsrechtsbestellung oder die Vereinbarung eines Quotennießbrauchs mit Aufteilungsvereinbarung<sup>16</sup> in Betracht. Unzulässig ist darüber

hinaus die Nießbrauchbestellung an der Teilfläche eines Sondereigentums.<sup>17</sup>

Wird an mehreren möglichen Belastungsgegenständen ein Nießbrauch bestellt, so handelt es sich auch rechtlich um mehrere selbständige Nießbrauchsrechte, weswegen auch keine Mithaftvermerke im Grundbuch eingetragen werden.<sup>18</sup>

### 4. Berechtigte

Berechtigter eines Nießbrauchs kann jede natürliche und juristische Person einschließlich rechtsfähiger Personengesellschaften sein.

Die Bestellung des Nießbrauchs für den Eigentümer selbst ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Eigentümer ein begründetes schutzwürdiges Interesse daran hat, welches in der Eintragungsbewilligung dargelegt wird,<sup>19</sup> z. B. Rangwahrung im Hinblick auf eine nachfolgende Veräußerung. Die nachträgliche Vereinigung des Nießbrauchs mit dem Eigentum in einer Person führt nach § 889 BGB nicht zum Wegfall des Nießbrauchs.

Aus einem Vergleich zwischen § 1018 BGB und § 1030 BGB ergibt sich die Unzulässigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs für den jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks<sup>20</sup> oder den jeweiligen Inhaber eines Unternehmens.<sup>21</sup>

Der Nießbrauch für mehrere Berechtigte kann in Form eines Nießbrauchs in Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB bestellt werden. Infolge der Unvererblichkeit des Nießbrauchs nach § 1061 BGB erlischt beim Tode eines der Berechtigten dessen Nießbrauch, so dass der Nießbrauch nun den übrigen Berechtigten gemeinsam mit dem Eigentümer zusteht.<sup>22</sup> Nach § 47 GBO sind in diesem Fall die bruchteilberechtigten Nießbraucher vollzählig namentlich unter Angabe der einzelnen Bruchteile einzutragen.<sup>23</sup> In Betracht kommt auch ein Nießbrauch für mehrere Berechtigte als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB. Nach umstrittener, aber herrschender Meinung besteht beim Tode eines der gesamtberechtigten Nießbraucher der Nießbrauch der übrigen Berechtigten ungeschmälert fort, der Eigentümer bleibt von der Nutzung ausgeschlossen.<sup>24</sup>

#### Formulierungsvorschlag:

Die Beteiligten bewilligen und beantragen den Nießbrauch für die Eheleute ... als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB mit der Maßgabe, dass der überlebende Ehepartner alleinberechtigt ist, am Vertragsgegenstand im Grundbuch an nächstfolgender Rangstelle einzutragen mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des/der betreffenden Berechtigten genügt.

Die Nießbrauchsberechtigten vereinbaren, dass im Verhältnis zwischen ihnen die Rechte und Pflichten aus diesem Vorbehaltsnießbrauch entsprechend den überlassenen Miteigentumsanteilen zu gleichen Teilen verteilt sind und nach dem Tod eines Berechtigten dem überlebenden Berechtigten allein zustehen.

<sup>6</sup> OLG Hamm, Rpfleger 1983, 144; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1362.

<sup>7</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 57.

<sup>8</sup> *Schöner*, DNotZ 1982, 419.

<sup>9</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 56.

<sup>10</sup> Zum Ganzen *Schöner*, DNotZ 1982, 417 f.

<sup>11</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1362.

<sup>12</sup> *Schöner*, DNotZ 1982, 421; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 63; *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 55.

<sup>13</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 3 f.; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 30 ff.

<sup>14</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 3 f.; *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 30 ff.

<sup>15</sup> BGH, NJW 2006, 1991.

<sup>16</sup> *Schippers*, MittRhNotK 1996, 199.

<sup>17</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 30.

<sup>18</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 45.

<sup>19</sup> *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1373.

<sup>20</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 4.

<sup>21</sup> *Staudinger/Frank*, § 1030 BGB Rdnr. 25.

<sup>22</sup> *Schippers*, MittRhNotK 1996, 207.

<sup>23</sup> *MünchKommBGB/Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 9.

<sup>24</sup> *Schippers*, MittRhNotK 1996, 207 f. auch mit Nachweisen zur anderen Auffassung.

Der Nießbrauch kann auch für Ehegatten zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft bestellt werden. Ob für den Fall, dass der Nießbrauch den Ehegatten in Gütergemeinschaft zusteht, er beim Tode eines der Berechtigten dem Überlebenden aufgrund Auslegung im Zweifel allein zusteht, eine inhaltlich dem entsprechende Regelung vereinbart werden muss bzw. eine derartige Vereinbarung zumindest in Form der Sukzessivberechtigung unzulässig ist, ist umstritten.<sup>25</sup> Letzterer Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Dort, wo ein Recht für die Ehegatten in Gütergemeinschaft mit der Maßgabe besteht, dass es bei dem Tode des ersten dem Überlebenden alleine zusteht, ist wegen der darin liegenden materiellrechtlichen Vereinbarung einer Gesamtläubigerschaft die Eintragung eines Rechts für die Ehegatten zulässig und wirksam.<sup>26</sup> Dass eine derartige Gesamtläubigerschaft auch bei der Gütergemeinschaft vereinbart werden kann, folgt schon daraus, dass der Wechsel des Güterstandes in die Gütergemeinschaft nach Nießbrauchsbestellung keinen Einfluss auf das Bestehen eines dinglichen Rechts haben kann.<sup>27</sup> Andernfalls bliebe noch – trotz des Kostennachteils für die Beteiligten – die Bestellung mehrerer gleichrangiger und selbständiger Rechte, die sich, solange sie nebeneinander bestehen, ohne weiteres gegenseitig in der Ausübung beschränken, vgl. § 1060 BGB.

## 5. Nießbrauchsarten

Bei Nießbrauchsbestellung können verschiedene „Nießbrauchsarten“ unterschieden werden.

Eine Unterscheidung mit v. a. steuerrechtlicher Bedeutung ist die zwischen Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch. Bei letzterem wird ein Nießbrauch eingeräumt, ohne dass sich i. d. R. am Eigentum selbst eine Änderung ergibt. Beim Vorbehaltsnießbrauch dagegen wird das Eigentum übertragen und der alte Eigentümer behält sich im Rahmen der Eigentumsumschreibung das Nutzungsrecht zurück.

Eine Differenzierung nach dem Belastungsgegenstand ist die zwischen Bruchteils- und Quotennießbrauch. Bei einem Nießbrauch an einem ideellen Bruchteil einer Sache spricht man vom Bruchteilsnießbrauch, und zwar unabhängig davon, ob ein bestehender Miteigentumsanteil belastet wird oder ob der Eigentümer nur einen Bruchteil seines Eigentumsanteils mit dem Nießbrauch belastet.<sup>28</sup> In ersterem Fall gilt dann § 1066 BGB, wonach der Nießbraucher die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben, d. h. dem Nießbraucher stehen die Rechte nach §§ 743–745 BGB zu. Die Aufhebung der Gemeinschaft kann nur vom Miteigentümer und Nießbraucher gemeinsam verlangt werden, § 1066 Abs. 2 BGB. Beim Quotennießbrauch hingegen wird der Nießbrauch am ganzen Gegenstand bestellt und dem Nießbraucher steht eine bestimmte Quote der Nutzungen zu,<sup>29</sup> wobei ihn zu dieser Quote auch die Lasten treffen und im Innenverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher die §§ 741 ff. BGB gelten.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rdnr. 13; Staudinger/Frank, § 1030 BGB Rdnr. 47; Schöner/Stöber, Rdnr. 1370, 261 h.

<sup>26</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 261 h; im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung auch Wegmann in Bauer/von Oefele, GBO, § 47 Rdnr. 149.

<sup>27</sup> Vgl. zum Ganzen auch Amann, MittBayNot 1990, 228.

<sup>28</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rdnr. 33, 34; Staudinger/Frank, § 1030 BGB Rdnr. 21.

<sup>29</sup> Palandt/Bassenge, § 1030 BGB Rdnr. 5.

<sup>30</sup> LG Aachen, RNotZ 2001, 587.

Eine Unterscheidung nach der vereinbarten Art der Lastentragung liegt schließlich in der Differenzierung Brutto- und Nettonießbrauch, wobei der Bruttonießbrauch auf eine weitgehende Entlastung des Nießbrauchers und der Nettonießbrauch auf eine weitgehende Belastung des Nießbrauchers abzielt.<sup>31</sup>

## 6. Genehmigungserfordernisse

### a) Allgemeine Genehmigungserfordernisse

Die rechtsgeschäftliche Bestellung des Nießbrauchs kann in den nachfolgenden Fällen nach den jeweils dafür geltenden allgemeinen Regeln genehmigungsbedürftig sein:

- nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 GrStVG bei Nießbrauchsbestellung an land- bzw. forstwirtschaftlichen Grundstücken;
- nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BauGB im Umlegungsgebiet, nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 BauGB im Sanierungsgebiet und nach § 169 Abs. 1 Nr. 3 BauGB i. V. m. § 144 BauGB im städtebaulichen Entwicklungsbereich;
- nach §§ 1365, 1423 BGB – nur im Einzelfall denkbar.<sup>32</sup>

### b) Beteiligung Minderjähriger

Im Fall der Beteiligung Minderjähriger ist bei der Genehmigungserfordernis zu unterscheiden:

Nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 4 BGB ggf. i. V. m. § 1643 BGB ist eine vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Genehmigung erforderlich für die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Grundstück des Minderjährigen bzw. für das Verpflichtungsgeschäft hierzu.

Der reine Vorbehalt des Nießbrauchs an einer im Übrigen für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaften Überlassung löst keine Genehmigungserfordernis aus, da insoweit nur der Wert der Zuwendung gemindert wird,<sup>33</sup> jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat.<sup>34</sup> In diesem Zusammenhang hat der BGH entschieden, dass der Erwerb eines vermieteten bzw. verpachteten Grundstücks für den Minderjährigen selbst dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch hieran zurückbehalten hat.<sup>35</sup>

Für die Bestellung eines Nießbrauchs entsprechend den gesetzlichen Regelungen zugunsten eines Minderjährigen als Berechtigten gilt in der Regel kein Genehmigungserfordernis. Eine Genehmigung ist aber beispielsweise dann erforderlich, wenn zugleich eine Verpflichtung zu späteren Verfügungen über den Nießbrauch begründet wird.<sup>36</sup>

## 7. Übertragbarkeit

### a) Überlassung zur Ausübung

Nach § 1059 Satz 1 BGB ist der Nießbrauch nicht übertragbar. Seine Ausübung kann aber einem anderen überlassen werden, § 1059 Satz 2 BGB. Letztere Regelung ist mit ding-

<sup>31</sup> Jerschke in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., 2006, A V Rdnr. 142 ff.

<sup>32</sup> BGH, NJW 1990, 112, 113.

<sup>33</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rdnr. 103.

<sup>34</sup> BGH, NJW 2005, 415.

<sup>35</sup> BGH, DNotZ 2005, 625 ff.

<sup>36</sup> Staudinger/Frank, vor § 1030 BGB Rdnr. 50; MünchKommBGB/Pohlmann § 1030 Rdnr. 104.

licher Wirkung abdingbar.<sup>37</sup> Im Übrigen ist die Überlassung zur Ausübung ohne Gestattung des Eigentümers für einzelne oder alle Nutzungen durch formlosen Vertrag vereinbar. Eine eintragungsfähige Änderung des Rechtsinhalts des Nießbrauchs liegt hierin aber nicht.<sup>38</sup>

Die überlassene Befugnis zur Ausübung des Nießbrauchs ist akzessorisch zum Nießbrauch selbst, so dass mit dessen Erlöschen auch die überlassene Ausübungsbefugnis erlischt.<sup>39</sup> Das Ausübungsrecht seinerseits ist vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarungen vererblich und übertragbar.<sup>40</sup>

Eine an sich unzulässige Übertragung des Nießbrauchs kann gegebenenfalls in eine zulässige Überlassung der Ausübungsbefugnis umgedeutet werden.

Kein Fall der Nießbrauchüberlassung liegt dagegen vor, wenn im Wege der Inhaltsänderung des Rechts des bisherigen alleinigen Nießbrauchers in Verbindung mit einer Neubestellung für einen weiteren Berechtigten zwischen Eigentümer und Einzelnießbraucher vereinbart wird, dass der Nießbrauch künftig dem Nießbraucher und einem weiteren Berechtigten zustehen soll.<sup>41</sup>

#### b) Übertragbarkeit des Nießbrauchs kraft Gesetz

Vom Grundsatz der Unübertragbarkeit sieht das Gesetz in § 1059 a BGB eine Ausnahme vor: Steht ein Nießbrauch hier nach einer juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zu, so geht der Nießbrauch nach § 1059 a Abs. 1 Nr. 1 BGB im Falle der Gesamtrechtsnachfolge auf den Rechtsnachfolger über, es sei denn, der Übergang wurde ausdrücklich ausgeschlossen. § 1059 a Abs. 1 Nr. 2 BGB sieht eine Übertragbarkeit des Nießbrauchs im Falle der ganzen oder teilweisen Unternehmensübertragung vor, sofern der Nießbrauch den Zwecken des Unternehmens oder des Teils des Unternehmens zu dienen geeignet ist. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird durch behördliche Feststellungserklärung nachgewiesen.

Im Fall der Übertragbarkeit des Nießbrauchs sieht § 1059 c BGB den Eintritt des Rechtsnachfolgers in alle Rechte und Pflichten aus dem Nießbrauch vor. Das Grundbuch ist nach den allgemeinen Regeln zu berichtigen.

Bereits bei Bestellung des Nießbrauchs kann die Möglichkeit der Übertragung nach § 1059 a Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen werden. Der Nießbrauch ist dann auflösend bedingt für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge vereinbart.<sup>42</sup>

### 8. Nießbrauch und Wohnungs- bzw. Teileigentum

Die Belastung eines Wohnungs- bzw. Teileigentums mit einem Nießbrauch lässt das Stimmrecht des Wohnungseigentümers unberührt. Allenfalls aus dem Begleitschuldverhältnis kann der Eigentümer im Einzelfall verpflichtet sein, bei der Beschlussfassung die Interessen des Nießbrauchers zu berücksichtigen bzw. nach dessen Weisungen zu handeln oder ihm eine Stimmrechtsvollmacht zu erteilen. Fehlt es an einer ausdrücklichen schuldrechtlichen Vereinbarung, so ist sowohl für das Entstehen als auch für den Umfang derartiger Ver-

pflichtungen insbesondere die Regelung zur Lastentragung entscheidend. Eine Verpflichtung des Wohnungseigentümers kommt daher v. a. dann in Betracht, wenn der Nießbraucher auch die außergewöhnlichen Lasten und Kosten zu tragen hat, selbst wenn der Eigentümer auch in diesem Fall nach § 16 Abs. 2 WEG den anderen Wohnungseigentümern gegenüber haftet. Vorstehende Verpflichtungen betreffen nur das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer. Sie stehen der Wirksamkeit der Stimmabgabe durch den Eigentümer nicht entgegen.<sup>43</sup>

Aufgrund der hiernach herrschenden Unsicherheiten empfiehlt sich eine ausdrückliche Regelung.

#### Formulierungsvorschlag:

Der Erwerber bevollmächtigt den Nießbraucher, ihn während der Dauer des Nießbrauchs gegenüber Eigentümergemeinschaft und Verwalter zu vertreten, insbesondere in der Eigentümerversammlung abzustimmen. Er wird dem Nießbraucher auf dessen Verlangen gesonderte Vollmachtsurkunde/n aushändigen.

Dabei sollen nach umstrittener Ansicht Vollmachtsbeschränkungen in der Gemeinschaftsordnung in Bezug auf den Nießbraucher als dinglich Berechtigten unbeachtlich sein.<sup>44</sup>

Bei einer der gesetzlichen Regelung entsprechenden Vereinbarung der Lastentragung wäre das zu entrichtende Wohngeld mit Instandhaltungsrücklage zwischen Eigentümer und Nießbraucher aufzuteilen. Praktikabler ist daher eine einheitliche Regelung, bei der i. d. R. der Nießbraucher alle Lasten trägt und darüber hinaus zum Wohngeld nachfolgende Zusatzregelungen aufgenommen wird:

#### Formulierungsvorschlag:

Der Berechtigte hat für die Dauer des Nießbrauchs auch das an den Verwalter zu entrichtende Wohngeld einschließlich der Zuführung zur Instandhaltungsrücklage zu tragen, ohne dass ihm dafür bei Erlöschen des Nießbrauchs ein Ersatzanspruch zusteht.

### 9. Nießbrauch und Vermietung

Die Vermietung durch den Nießbraucher ist eine typische Selbstausübung des Nießbrauchs und kein Fall der Überlassung zur Ausübung nach § 1059 Satz 2 BGB.<sup>45</sup>

Nach § 1056 Abs. 1 BGB erlöschen Mietverträge zwischen dem Nießbraucher und dem Mieter nicht, wenn der Nießbraucher diese über die Dauer des Nießbrauchs hinaus abgeschlossen hat. §§ 566, 566 a, 566 b, 566 c–e BGB und § 567 b BGB finden Anwendung, auch wenn die Vermietung nur einen Teil des nießbrauchsbelasteten Grundstücks oder Raumeigentums betrifft.<sup>46</sup> Allerdings sieht § 1056 Abs. 2 BGB ein Sonderkündigungsrecht für den Eigentümer vor.

Wird im umgekehrten Fall ein Nießbrauch an einem Grundstück bestellt, nachdem dieses bereits vorher vom Eigentümer selbst vermietet und an den Mieter überlassen wurde, so gilt § 567 BGB. Der Nießbraucher tritt für die Dauer des Nießbrauchs kraft Gesetzes in den Mietvertrag ein, bei Nieß-

<sup>37</sup> BGH, NJW 1985, 2825.

<sup>38</sup> Palandt/Bassenge, § 1059 BGB Rdnr. 2, 3.

<sup>39</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rdnr. 17.

<sup>40</sup> Staudinger/Frank, § 1059 BGB Rdnr. 16.

<sup>41</sup> Staudinger/Frank, § 1059 BGB Rdnr. 3 ff.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Nr. 3 ff.

<sup>42</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 a Rdnr. 7.

<sup>43</sup> BGH, NJW 2002, 1647 ff.

<sup>44</sup> Jerschke in Beck'sches Notar-Handbuch, A V Rdnr. 133; Schmidt, MittBayNot 1997, 71.

<sup>45</sup> BGH, NJW 1990, 443 ff.

<sup>46</sup> Palandt/Bassenge, § 1056 BGB Rdnr. 1.

brauchsende besteht der Mietvertrag kraft ursprünglichen Vertragsschlusses wieder mit dem Eigentümer.<sup>47</sup> Der Anspruch des Nießbrauchers auf den Mietzins ergibt sich kraft Gesetzes automatisch aus der Rechtsnatur des Nießbrauchs, da dem Nießbraucher auch die mittelbaren Sachfrüchte zustehen. Veräußert der Eigentümer ein von ihm vermietetes Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt für sich selbst, so bleibt er Vermieter.<sup>48</sup>

## 10. Inhaltliche Ausgestaltungsmöglichkeiten des Nießbrauchs

### a) Erhaltung

Nach § 1041 Satz 1 BGB hat der Nießbraucher für die Erhaltung des Gegenstandes in seinem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Ausbesserungen und Erneuerungen obliegen ihm nach § 1042 Satz 2 BGB nur insoweit, als sie zu der gewöhnlichen Unterhaltung des Gegenstandes gehören.

Beispiele für dem Nießbraucher obliegende Pflichten sind das Einsetzen von zerbrochenen Fensterscheiben, laufende Anstricharbeiten, normale Verschleiß- und Schönheitsreparaturen; Gegenbeispiele sind umfangreiche Innen- und Außenputzarbeiten, der Einbau einer modernen Heizungsanlage oder der Wiederaufbau eines zerstörten Hauses.<sup>49</sup>

§ 1042 BGB normiert eine Anzeigepflicht gegenüber dem Eigentümer für den Fall, dass eine außergewöhnliche Ausbesserung und Erneuerung nötig wird. § 1044 regelt, dass der Nießbraucher im Falle der Durchführung derartiger Maßnahmen zur Duldung verpflichtet ist, und § 1043 BGB ein Selbstvornahmerecht des Nießbrauchers. Eine Vornahmepflicht trifft den Nießbraucher nach dem Gesetz jedoch nicht. Eine Vornahmepflicht des Eigentümers besteht nicht und ist auch nicht als dinglicher Rechtsinhalt vereinbar.<sup>50</sup>

§§ 1041 Satz 2, 1042, 1043 BGB sind mit dinglicher Wirkung abdingbar, nicht aber §§ 1041 Satz 1, 1044 BGB.<sup>51</sup>

### b) Versicherungspflicht

Nach der mit dinglicher Wirkung abdingbaren<sup>52</sup> Regelung des § 1045 BGB trifft den Nießbraucher für den Nießbrauchszeitraum die Pflicht zur Versicherung des belasteten Gegenstandes gegen Brandschäden und sonstige Unfälle.

### c) Lastentragung

Nach § 1047 BGB ist der Nießbraucher verpflichtet, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen Lasten mit Ausschluss der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, zu tragen. Gleiches gilt für diejenigen privatrechtlichen Lasten, die schon bei Nießbrauchsbestellung auf der Sache ruhen, insbesondere die Zinsen von Hypothekenforderungen und Grundschulden sowie die aufgrund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen.

Beispiele für hiernach vom Nießbraucher zu erbringende Lasten sind die Grundsteuer, Gebühren für Straßenreinigung, Müllabfuhr, Kanalisation und Schornsteinfeger, nicht aber

Erschließungs-, Anlieger- und Flurbereinigungsbeiträge sowie Tilgungsleistungen für Grundpfandrechte und Verzugszinsen hierfür.<sup>53</sup>

Somit trägt der Nießbraucher die Zinslast für die Hypotheken- und Grundschuldzinsen, die zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung bereits auf dem Grundstück lasteten, nicht aber die Tilgungsleistungen hierfür. Eine zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung bestehende Vormerkung auf Eintragung eines Grundpfandrechts und – nach umstrittener Ansicht – auch ein bei Nießbrauchsbestellung bestehender Rangvorbehalt reichen dafür aus, dass der Nießbraucher die Zinslasten der zur Eintragung gelangenden Grundpfandrechte zu tragen hat.<sup>54</sup> Der Nießbraucher ist nicht zur Tragung von Lasten verpflichtet, die zeitlich erst nach seinem Nießbrauchsrecht entstehen. Gleiches gilt für die nachträgliche Erweiterung bestehender Lasten, wobei umstritten ist, ob für nachträgliche, wirtschaftlich gebotene Zinserhöhungen eine Ausnahme zu machen ist.<sup>55</sup> Tritt der Nießbraucher nach Nießbrauchsbestellung im Rang hinter neu zur Eintragung gelangende Grundpfandrechte zurück, so hat der Nießbraucher die Zinslasten für dieses neue, seinem Nießbrauch im Rang vorgehende Grundpfandrecht nicht zu tragen.<sup>56</sup>

§ 1047 BGB regelt bzgl. der Grundpfandrechte nur das Innenverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher; dem Gläubiger haftet letzterer nicht persönlich.<sup>57</sup>

§ 1047 BGB ist mit dinglicher Wirkung abdingbar.<sup>58</sup>

Eine Regelung mit umfassender Lastentragung des Nießbrauchers kann z. B. lauten:

#### Formulierungsvorschlag:

Der Berechtigte hat für die Dauer des Nießbrauchs alle Lasten der Nießbrauchsgegenstände zu tragen, also auch außerordentliche Lasten und solche Lasten, die als auf den Stammwert gelegt anzusehen sind, wie insbesondere Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch und nach anderen Rechtsvorschriften und außerordentliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen.

Eine derartige Regelung empfiehlt sich auch aus steuerlichen Gründen, da der Nießbraucher im Gegensatz zum Eigentümer zum Werbungskostenabzug berechtigt sein kann.<sup>59</sup>

### d) Haftungsmaßstab

Nach § 1050 BGB hat der Nießbraucher Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache, welche durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs herbeigeführt werden, nicht zu vertreten. Im Übrigen gilt aber für den Nießbraucher der normale Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB, nicht aber die eigenübliche Sorgfalt des § 277 BGB. Ob ein derartiger Sorgfaltsmaßstab nicht nur schuldrechtlich, sondern auch mit dinglicher Wirkung bei Nießbrauchsbestellung vereinbart werden kann oder nicht, ist umstritten.

<sup>47</sup> Staudinger/Frank, § 1056 BGB Rdnr. 3.

<sup>48</sup> Palandt/Bassenge, § 1030 BGB Rdnr. 4; vgl. auch BGH, NJW 2006, 51.

<sup>49</sup> Staudinger/Frank, § 1041 BGB Rdnr. 10, 11.

<sup>50</sup> Palandt/Bassenge, § 1041 BGB Rdnr. 4.

<sup>51</sup> Palandt/Bassenge, § 1041 BGB Rdnr. 2, 4; § 1042 Rdnr. 1; § 1043 Rdnr. 1; § 1044 Rdnr. 1.

<sup>52</sup> Palandt/Bassenge, § 1045 BGB Rdnr. 1.

<sup>53</sup> Langenfeld, Testamentsgestaltung, 3. Aufl., Rdnr. 245; Palandt/Bassenge, § 1047 BGB Rdnr. 2 f.

<sup>54</sup> Vgl. dazu Palandt/Bassenge, § 1047 BGB Rdnr. 3.

<sup>55</sup> Dafür: Palandt/Bassenge, § 1047 BGB Rdnr. 3, dagegen: Staudinger/Frank, § 1047 BGB Rdnr. 14.

<sup>56</sup> Staudinger/Frank, § 1047 BGB Rdnr. 14.

<sup>57</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1047 Rdnr. 2.

<sup>58</sup> Staudinger/Frank, § 1047 BGB Rdnr. 31.

<sup>59</sup> Vgl. dazu auch die nachfolgenden Ausführungen zum Steuerrecht.

Eine derartige Formulierung könnte lauten, wie folgt:

**Formulierungsvorschlag:**

Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt.

Gegen die Möglichkeit der Vereinbarung mit dinglicher Wirkung spricht, dass §§ 1036 Abs. 2, 1037 Abs. 1, 1041 Satz 1 BGB nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar sind.<sup>60</sup> Der pauschale Hinweis auf die Unabdingbarkeit der vorbezeichneten Vorschriften reicht aber nicht aus, um das Verbot der dinglichen Abänderung des Sorgfaltsmaßstabes zu rechtfertigen. Argument für die Unabdingbarkeit der vorbezeichneten Vorschriften ist, dass andernfalls in den Wesenskern des Nießbrauchs eingegriffen würde. Bei Vereinbarung des Haftungsmaßstabes nach § 277 BGB bleiben die Verpflichtungen des Nießbrauchers jedoch gerade bestehen. Für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet der Nießbraucher weiterhin. Damit bleiben die wesensbestimmenden Verpflichtungen des Nießbrauchs aber unangetastet, die Verpflichtungen des Nießbrauchers bestehen weiterhin, so dass eine derartige Vereinbarung zulässig ist.

**11. Nießbrauch an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken**

**a) Wirtschaftsplan**

Nach § 1038 BGB kann sowohl der Eigentümer als auch der Nießbraucher in dem Fall, dass ein Wald den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, verlangen, dass das Maß der Nutzung und die Art der wirtschaftlichen Behandlung durch einen Wirtschaftsplan festgestellt werden. Bei Eintritt einer erheblichen Änderung der Umstände kann jeder Teil die entsprechende Änderung des Wirtschaftsplanes verlangen. Die Kosten werden geteilt.

Der Anwendungsbereich von § 1038 BGB kann auch schon bei einer kleinen Waldung auf einem größeren Grundstück eröffnet sein.<sup>61</sup> Der Wirtschaftsplan selbst dient mit seinen Regelungen, z. B. zur Abholzung und zur Wiederaufforstung, der Streitvermeidung; die Beteiligten sind an ihn gebunden, notfalls kann die Einhaltung des Wirtschaftsplans im Klageweg durchgesetzt werden; bei einem Verstoß gegen den Wirtschaftsplan bestehen Schadenersatzpflichten und es kann nach den §§ 1051–1054 BGB (Sicherheitsleistung/gerichtliche Verwaltung) vorgegangen werden.<sup>62</sup>

§ 1038 BGB ist mit dinglicher Wirkung abdingbar.<sup>63</sup> Aber auch in diesem Fall gilt die mit dinglicher Wirkung unabdingbare<sup>64</sup> Regelung des § 1036 Abs. 2 BGB, wonach der Nießbraucher bei Ausübung seines Nutzungsrechtes die bisherige Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren hat. Auch § 1037 BGB mit dem Verbot der Umgestaltung oder wesentlichen Änderung ist nicht dinglich abdingbar.<sup>65</sup> Beide Vorschriften sind jedoch i. d. R. weiter als ein Wirtschaftsplan: So ist zwar grundsätzlich die Umwandlung von Ackerland zu Wald oder Wiesen zu Feldern verboten, kann aber im

Einzelfall zulässig sein, wenn eine derartige neue wirtschaftliche Bestimmung schon bei Nießbrauchsbestellung vorgesehen ist oder der Gesamtcharakter bei einer nur teilweisen Umgestaltung nicht berührt wird.<sup>66</sup>

**b) Sonderregelung zur Nießbrauchsbeendigung**

Nach § 1055 Abs. 1 BGB ist der Nießbraucher verpflichtet, die Sache nach Nießbrauchsbeendigung zurückzugeben, wobei § 1055 Abs. 2 BGB für einen Nießbrauch an landwirtschaftlichen Grundstücken auf §§ 596 Abs. 1, 596 a BGB und bei einem Landgut zusätzlich noch auf § 596 b BGB verweist. Das bedeutet im Wesentlichen, dass der Nießbrauchsgegenstand in dem Zustand zurückzugeben ist, in dem er sich bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung befinden würde. Wurden dabei Früchte noch nicht abgetrennt, obwohl sie es bei ordnungsgemäßer Wirtschaft geworden wären, so hat der Nießbraucher gegen den Eigentümer bei Nießbrauchsbeendigung im Laufe eines Wirtschaftsjahres – nicht Nießbrauchjahres ab Nießbrauchsbestellung –<sup>67</sup> Anspruch auf Wertersatz.

**c) Steuerrechtliche Entnahmeproblematik**

Im Übrigen ist allgemein beim Vorbehalt eines Nießbrauchs im Rahmen landwirtschaftlicher Hofübergaben Zurückhaltung geboten, da darin steuerlich in der Regel ein Entnahmetatbestand liegen wird.

**12. Nießbrauch und Pfändung**

Der Nießbrauch selbst kann gepfändet werden, arg. § 857 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 1059 Satz 2 BGB, und nicht nur der schuldrechtliche Anspruch auf dessen Ausübung.<sup>68</sup> Der Regelungsgehalt des § 1059 b BGB, wonach der Nießbrauch aufgrund der Vorschrift des § 1059 a BGB nicht gepfändet werden kann, steht dem nicht entgegen, da Sinn des § 1059 b BGB nur die Klarstellung der Tatsache ist, dass § 1059 a BGB keine weitergehende Pfändungsmöglichkeit eröffnet.<sup>69</sup> Auch wenn die Befugnis zur Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs an einen anderen mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen wurde, ist der Nießbrauch pfändbar.<sup>70</sup> Daher hat der Nießbraucher nicht im Zusammenwirken mit dem Eigentümer die Möglichkeit, die Pfändbarkeit des Nießbrauchs auszuschließen.

Die Eintragung der Pfändung im Grundbuch ist keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Pfändung. Die Eintragung der Pfändung des Nießbrauchs im Grundbuch ist jedoch auf Antrag des Pfändungsgläubigers bei entsprechendem Nachweis der wirksam erfolgten Pfändung möglich, hat jedoch zur Konsequenz, dass für eine Löschung des Nießbrauchs die Zustimmung des Pfändungsgläubigers erforderlich ist.<sup>71</sup>

Im Übrigen kann der Nießbraucher nach erfolgter Pfändung ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers über den Nießbrauch nicht verfügen. Der Pfändungsgläubiger kann den Nießbrauchsgegenstand durch Verwaltung nach § 857 Abs. 4 ZPO verwerten, er hat aber auch die mit dem Nießbrauch verbundenen Lasten zu tragen.<sup>72</sup> Die Pfändung des Nießbrauchs gibt

<sup>60</sup> Mayer, Der Übergabevertrag, Rdnr. 419.

<sup>61</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1038 Rdnr. 3.

<sup>62</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1038 Rdnr. 1, 6.

<sup>63</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1038 Rdnr. 1.

<sup>64</sup> Palandt/Bassenge, § 1036 BGB Rdnr. 2.

<sup>65</sup> Palandt/Bassenge, § 1037 BGB Rdnr. 1.

<sup>66</sup> Staudinger/Frank, § 1036 BGB Rdnr. 13.

<sup>67</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1055 Rdnr. 9; Staudinger/Frank, § 1055 BGB Rdnr. 15.

<sup>68</sup> BGH, NJW 2006, 1124.

<sup>69</sup> Staudinger/Frank, § 1059 b BGB Rdnr. 1, 2.

<sup>70</sup> MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rdnr. 8.

<sup>71</sup> Vgl. zum Ganzen *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1389.

<sup>72</sup> Palandt/Bassenge, § 1059 BGB Rdnr. 5; BGH, NJW 2006, 1124.

dem Pfändungsgläubiger gegen den Nießbraucher jedoch keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks.<sup>73</sup>

### 13. Nießbrauch in Insolvenz und bei Zwangsversteigerung

Im Falle der Insolvenz gehört der Nießbrauch – jedenfalls hinsichtlich seiner Ausübung – zur Masse, dem Nießbraucher steht kein Recht mehr zu, über den Nießbrauch zu verfügen, vgl. auch § 81 InsO.

Hat der Nießbrauch im Grundbuch Rang vor dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger, so wird der Nießbrauch in das geringste Gebot aufgenommen und bleibt auch nach dem Zuschlag bestehen. Ist die Rangfolge umgekehrt, so erlischt der Nießbrauch mit dem Zuschlag. Nach § 92 Abs. 2 ZVG ist für einen Nießbrauch in diesem Fall Ersatz durch Zahlung einer Geldrente zu leisten, wobei der Ersatzanspruch nach § 121 ZVG maximal den 25-fachen Jahreswert erreichen kann. Eine vorzeitige Auszahlung des Gesamtkapitals ist – auch bei Erhebung des Grundstücks durch den Nießbraucher selbst – nicht möglich.<sup>74</sup>

### 14. Nießbrauch und Erbrecht

#### a) Pflichtteilergänzung

Die bei Berechnung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs nach § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB maßgebliche Zehnjahresfrist beginnt im Falle des Nießbrauchsvorbehalts mangels Leistung nicht zu laufen.<sup>75</sup>

Unter Beachtung des Niederstwertprinzips in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt lediglich in dem Umfang ergänzungspflichtig, in dem der Grundstückswert den Wert des dem Erblasser verbliebenen Nießbrauchswerts übersteigt. Kommt es danach auf den Stichtag der Grundstücksübertragung an, weil der für den Zeitpunkt des Schenkungsvollzuges ermittelte Wert des Grundstücks unter dessen Wert im Zeitpunkt des Erbfalls liegt, ist der Wert des Nießbrauchs bei der Ermittlung des ergänzungspflichtigen Schenkungswertes in Abzug zu bringen. Ist dagegen der Grundstückswert zum Zeitpunkt des Erbfalls der maßgebliche Wert, kommt ein Abzug des Nießbrauchswertes nicht mehr in Betracht, da er in diesem Zeitpunkt aufgrund seines Erlöschens nicht mehr werthaltig ist.<sup>76</sup>

#### b) Nießbrauchsvermächtnis

Beim Nießbrauchsvermächtnis im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen liegt eine Verpflichtung des Erben vor, das dingliche Recht durch Einigung und Eintragung zu begründen, wobei in der Verpflichtung schon auch eine Pflicht zur schuldrechtlichen Nutzungsgewährung enthalten sein kann.<sup>77</sup> Im Übrigen gelten für das Nießbrauchsvermächtnis die gleichen Regelungen wie unter Lebenden.

### 15. Erlöschen

Die wichtigsten Gründe für das Erlöschen des Nießbrauchs können der Tod des Nießbrauchers (§ 1061 BGB), der Eintritt einer auflösenden Bedingung, Fristablauf, die rechtsgeschäft-

liche Aufgabeerklärung des Berechtigten nach §§ 875, 876 BGB und die Zwangsversteigerung aus einem vorrangigen Grundpfandrecht sein.

Da bei Erlöschen des Nießbrauchs rückständige Leistungen nicht ausgeschlossen sind, empfiehlt sich immer die Vereinbarung einer Löschungserleichterungsklausel nach § 23 Abs. 2 GBO.<sup>78</sup> Aus Gründen der Rechtsklarheit kann zwischen den Beteiligten auch geregelt werden, dass der Nießbraucher seinen Nießbrauch jederzeit aufgeben darf, da er so von der Verpflichtung zur Tragung drohender außergewöhnlicher Lasten frei werden kann.

### 16. Umfassender Formulierungsvorschlag

Eine umfassende Vereinbarung eines Vorbehaltsnießbrauchs unter Berücksichtigung vorstehender Ausführungen – aus Gründen der Rechtssicherheit allerdings ohne Modifizierung des gesetzlichen Haftungsmaßstabes – kann daher so lauten:

Der Veräußerer behält sich auf seine Lebensdauer einen Nießbrauch am Vertragsgegenstand vor, kraft dessen Nutzungen und Lasten grundsätzlich bei ihm verbleiben. Für diesen Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen mit folgenden Besonderheiten:

Der Berechtigte hat für die Dauer des Nießbrauchs alle Lasten der Nießbrauchsgegenstände zu tragen, also auch außerordentliche Lasten und solche Lasten, die als auf den Stammwert gelegt anzusehen sind, wie insbesondere Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch und nach anderen Rechtsvorschriften und außerordentliche Instandsetzungs- und Instandhaltungsmaßnahmen.

Die Beteiligten bewilligen und beantragen den Nießbrauch am Vertragsgegenstand im Grundbuch an nächstöffener Rangstelle einzutragen mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt.

Der Berechtigte darf den Nießbrauch jederzeit einseitig aufgeben, indem er seine Löschung im Grundbuch bewirkt.

### 17. Nießbrauch und Steuerrecht

#### a) AfA-Problematik

Beim unentgeltlichen bestellten Zuwendungsnießbrauch hat der Eigentümer i. d. R. keine Einkünfte aus dem nießbrauchsbelasteten Grundstück und kann daher auch keine AfA absetzen. Der Nießbraucher seinerseits hat zwar die Einnahmen, erleidet aber keinen Wertverzehr und kann daher die AfA ebenfalls nicht geltend machen. D. h. beim unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch geht die AfA i. d. R. verloren. Dem Vorbehaltsnießbraucher steht die AfA-Befugnis dagegen auch nach der Übertragung des Eigentums zu.<sup>79</sup>

Daraus folgt, dass die Einräumung eines Nießbrauchs für beide Ehegatten an einem Grundstück, an welchem ursprünglich nur einer der beiden Eigentümer war, für den anderen Ehegatten einen Zuwendungsnießbrauch darstellt und damit zum hälftigen AfA-Verlust führt. Dieses unerwünschte Ergebnis kann durch eine im Vorfeld erfolgende Übertragung eines 1/2-Miteigentumsanteils an den anderen Ehegatten vermieden werden, sofern diese Gestaltung nicht aus schenkungsteuerlichen Gründen ausscheidet. Eine andere Gestaltungsmöglichkeit, welche die negativen steuerlichen Folgen minimiert,

<sup>73</sup> BGH, NJW 2006, 1124.

<sup>74</sup> Jerschke in Beck'sches Notar-Handbuch, A V Rdnr. 136.

<sup>75</sup> Jerschke in Beck'sches Notar-Handbuch, A V Rdnr. 147.

<sup>76</sup> BGH, MittBayNot 2006, 249.

<sup>77</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 1360.

<sup>78</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 1391.

<sup>79</sup> Vgl. zum Ganzen *Schaumburg* in Formularbuch Recht und Steuern, 5. Aufl. 2004, B 14 Rdnr. 12 ff.

liegt darin, ein Nießbrauchsrecht dem bisherigen Eigentümer als Alleinberechtigten einzuräumen und ein weiteres Nießbrauchsrecht bedingt auf dessen Tod für den anderen Ehegatten. Damit ist der bisherige Eigentümer auf Lebzeit immerhin zur vollständigen Geltendmachung der AfA berechtigt; nach seinem Tod handelt es sich beim Ehegatten jedoch um einen Zuwendungsnießbrauch mit verlorener AfA.

#### Formulierungsvorschlag:

Für die Zeit ab Erlöschen des in Ziff. ... bestellten Nießbrauchs erhält Frau/Herr ... auf ihre/seine Lebensdauer einen Nießbrauch, der denselben Inhalt hat wie der in Ziff. ... vorbehaltene Nießbrauch.

Die Beteiligten bewilligen und beantragen diesen aufschiebend bedingten Nießbrauch am Vertragsgegenstand im Range nach dem in Abs. 1 bestellten Nießbrauch im Grundbuch einzutragen mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des/der Berechtigten genügt.

Der/Die Berechtigte darf den Nießbrauch jederzeit einseitig aufgeben, indem sie/er seine Löschung im Grundbuch bewirkt.

#### b) ErbStG

Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG wird der Erwerb von Vermögen, dessen Nutzungen dem Schenker oder dessen Ehegatten zustehen, ohne Berücksichtigung dieser Belastung besteuert, d. h., dass als Bereicherung der gesamte Vermögensanfall gilt. Nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG ist die Steuer, die auf den Kapitalwert dieser Belastung entfällt, jedoch bis zu deren Erlöschen zinslos zu stunden. Die gestundete Steuer kann dabei auf Antrag des Erwerbers jederzeit mit ihrem Barwert abgelöst werden, § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG.

Die unentgeltliche Aufgabe eines Nießbrauchs kann Schenkungsteuer auslösen, insbesondere wenn eine Werterhöhung des Nießbrauchs zwischen ursprünglicher Schenkung und Verzicht eingetreten ist, obwohl der Nießbrauchsvorbehalt selbst zu keiner Minderung der Bereicherung geführt hat.<sup>80</sup>

#### 18. Exkurs zum Nießbrauch und der Ein-Mann-Personengesellschaft

An dieser Stelle soll noch kurz auf zwei im Ergebnis unterschiedliche Entscheidungen zum Nießbrauch im Personen-gesellschaftsrecht hingewiesen werden, denen jeweils ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde liegt:

Zwei Personen – A und B – sind als Gesellschafter einer GbR im Grundbuch als Eigentümer eines Grundbesitzes eingetragen. Mit notariellem Vertrag wird die Gesellschaftsbeteiligung von B auf A übertragen, wobei sich B an seinem Gesellschaftsanteil das lebenslängliche und unentgeltliche Nießbrauchsrecht vorbehält.

Nach Ansicht des LG Hamburg erlischt die GbR nicht, wenn an einem der Geschäftsanteile ein Vorbehaltsnießbrauch bestellt ist, auch wenn sich alle Geschäftsanteile danach auf einen Gesellschafter vereinigen.<sup>81</sup> Eine generelle Anerkennung der Ein-Mann-Personengesellschaft soll damit aber nicht verbunden sein. Das OLG Schleswig hat den entsprechenden Sachverhalt gegenläufig entschieden, eine Ein-Mann-Personengesellschaft komme auch in diesem Fall nicht in Betracht.<sup>82</sup> Die weitere Entwicklung in diesem Bereich bleibt mit Spannung abzuwarten.

<sup>80</sup> Jerschke in Beck'sches Notar-Handbuch, A V Rdnr. 150.

<sup>81</sup> NZG 2005, 926 f.

<sup>82</sup> ZIP 2006, 615 f.

## Erwerb von Grundstückseigentum durch Gesellschaften bürgerlichen Rechts oder: partes pro toto

Von Notar *Sebastian Ruhwinkel*, Deggendorf

Ob es wirklich eine gute Idee des BGH war, den Rufen in Teilen der Literatur nachzugeben und der GbR die Rechtsfähigkeit zuzuerkennen,<sup>1</sup> ist durchaus zweifelhaft.<sup>2</sup> Denjenigen, die eine rechtsfähige vermögensverwaltende Gesellschaft gründen möchten, genügt in der Regel eine OHG ebenso gut wie eine GbR.<sup>3</sup> Und im Rechtsverkehr ist die OHG wegen der Registerpublizität tauglicher. Dass allerdings der BGH von seiner Auffassung wohl nicht lassen will, konnte man schon bei der Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft erahnen.<sup>4</sup> Denn mit dieser Entscheidung wurde das nächste Gespenst einer nicht greifbaren – weil

nicht in einem Register eingetragen<sup>5</sup> – aber rechtsfähigen Gemeinschaft im deutschen Rechtsverkehr freigelassen.<sup>6</sup> Zum Glück endet hier derzeit aber der Mut des BGH; so hat er kürzlich entschieden, dass die Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig ist.<sup>7</sup> Bei der GbR macht der BGH allerdings immer noch ernst. Schon nebenbei in einem Beschluss vom

<sup>1</sup> MittBayNot 2001, 192.

<sup>2</sup> Kritisch beispielsweise *Heil*, DNotZ 2004, 379 m. w. N.; *Weigl*, MittBayNot 2004, 203 („contra legem“); *Schemmann*, DNotZ 2001, 244; *G. Wagner*, ZIP 2005, 637 ff. gibt einen Überblick über die Befürworter und Gegner der Entscheidung.

<sup>3</sup> Und den Freiberuflern die PartG.

<sup>4</sup> BGH, MittBayNot 2005, 495.

<sup>5</sup> Im Grundbuch sind nur die Wohnungs- und Teileigentümer und nicht die Wohnungseigentümergeinschaften eingetragen. Und selbst das gibt z. B. wegen der Rechtsprechung des BGH zur faktischen Wohnungseigentümergeinschaft nicht zuverlässig Aufschluss darüber, wer tatsächlich Mitglied der Gemeinschaft ist. Und wer welche Rechte aus dem Wohnungseigentum ausüben kann, ist aus dem Grundbuch genauso wenig immer zuverlässig ersichtlich, vgl. z. B. *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, § 25 Rdnr. 9 ff. zum Stimmrecht. Die Auffassung, man könne die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft „zuverlässig“ aus dem Grundbuch ermitteln, teile ich daher nicht; so aber *Bauer/v. Oefele/Wilke*, GBO, § 13 Rdnr. 34.

<sup>6</sup> Kritisch auch *Rapp*, MittBayNot 2005, 449.

<sup>7</sup> DNotZ 2007, 134.

6.4.2006<sup>8</sup> und jetzt mit der Entscheidung vom 25.9.2006<sup>9</sup> hat der BGH festgestellt, eine GbR könne auch Eigentümerin eines Grundstücks sein.<sup>10</sup>

## 1. Das Problem

Betrachtet man den Leitsatz der Entscheidung vom 29.1.2001,<sup>11</sup> war diese Feststellung auch erforderlich, denn die GbR ist ja nur rechtsfähig, „soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr Rechte und Pflichten begründen kann“.<sup>12</sup> Und ob und inwieweit die GbR am Rechtsverkehr Rechte und Pflichten begründen kann, entscheidet wiederum die Rechtsprechung – der Gesetzgeber hat dies offen gelassen.<sup>13</sup>

## 2. Die Auffassung des BayObLG

Allen voran das BayObLG hat mit Blick auf die fehlende Eintragung der GbR in ein öffentliches Register und auf die derzeit geltenden Regelungen des Grundbuchrechts die Grundbuchfähigkeit der GbR abgelehnt.<sup>14</sup> Kann jemand nicht in das Grundbuch eingetragen werden, kann er nach § 873 BGB auch nicht Eigentum an einem Grundstück erwerben. Hat das BayObLG dies zunächst nur als nahe liegend angesehen, hat es in einer weiteren Entscheidung festgestellt, dass nicht die GbR, sondern die Gesellschafter Eigentümer des Grundstücks werden.<sup>15</sup> Dabei hat es eine Auffassung an die Gesellschaft selbst als nichtig angesehen. Das ist, mag man auch anderer Auffassung sein, konsequent. Problematisch an dieser Entscheidung und im Folgenden noch von Interesse ist vor allem, dass eine Auffassung „an die GbR ... bestehend aus ...“ nach dem BayObLG angeblich nicht als Auffassung an die Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgelegt werden kann.<sup>16</sup>

## 3. Die Entscheidung des BGH

Der BGH ist dagegen der Auffassung, dass bei Eintragung der einzelnen Gesellschafter im Grundbuch mit dem Zusatz „als GbR“, „die ... GbR“ [sic!] gemeint sei, und zwar „unzweifelhaft“.<sup>17</sup> Materiell-rechtlich sei Eigentümer die Gesellschaft selbst und nicht die Gesellschafter. Die Alternativen – eine Form des Gesamthand Eigentums oder eine Bruchteilsgemeinschaft – neben dem Gesellschaftsvermögen kämen „nicht ernsthaft in Betracht“. Damit ist die Ansicht des BayObLG,

die GbR könne kein Eigentum an Grundstücken erwerben, erledigt. Bemerkenswert ist noch, dass das BayObLG in der Entscheidung nicht erwähnt wird und eine Auseinandersetzung mit seiner Argumentation nicht stattfindet.<sup>18</sup>

Offen lässt der BGH, ob die GbR selbst in das Grundbuch eingetragen werden könnte. Erforderlich scheint dies allerdings nicht zu sein. Das verwundert etwas, denn natürlich gilt im Grundbuchverfahren der Bestimmtheitsgrundsatz.<sup>19</sup> Daher muss auch die Person des Berechtigten genau bezeichnet werden. Die Gesellschafter sind aber nach Auffassung des BGH sonst eben nicht die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Und nur weil alle Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden, ist damit nicht ihre Gesellschaft bestimmt bezeichnet. So könnten dieselben Gesellschafter ja mehrere Gesellschaften haben, so dass aus der Grundbucheintragung eben nicht klar wird, wer Berechtigter ist. Bei anderen Gesellschaften ist für eine bestimmte Bezeichnung jedenfalls die Angabe von Name und Sitz erforderlich.<sup>20</sup> Zwar muss die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keinen Namen haben. An seiner Stelle könnte man allerdings das Datum des Gesellschaftsvertrages als Identifizierungsmerkmal heranziehen.<sup>21</sup>

Die Frage nach der bestimmten Bezeichnung hat der BGH im entschiedenen Fall aber vielleicht nur deshalb nicht gestellt, weil hier 22 Personen als Gesellschafter im Grundbuch eingetragen waren und die Annahme einer zweiten Gesellschaft mit identischer Beteiligungsstruktur zu fern liegend war.<sup>22</sup> Vielleicht erklärt sich dieser logische Bruch auch dadurch, dass durch die Eintragung der Gesellschafter die Probleme, die im Rechtsverkehr dadurch entstehen, dass die GbR nicht in ein Register eingetragen ist, vermieden werden; dies gilt besonders für die Frage des gutgläubigen Erwerbs, die in Abs. 4 lit. f) noch erörtert wird. Möglicherweise wollte der BGH hier schon die Weichen in die richtige Richtung stellen. Festlegen musste er sich aber im entschiedenen Fall nicht und hat dies daher auch nicht getan.

Fazit ist allerdings: Da also die GbR im Grundbuch nicht bezeichnet sein muss, steht fest, dass der BGH seine Rechtsprechung dahin erweitert hat, dass die GbR nicht nur durch „Teilnahme am Rechtsverkehr“ Rechte und Pflichten erwerben kann,<sup>23</sup> sondern auch, wenn sie am Grundbuchverkehr als einer Form des Rechtsverkehrs nicht unter ihrem Namen teilnimmt.

## 4. Konsequenzen für die Praxis

Welche Konsequenzen soll man nun daraus ziehen, wenn Beteiligte ein Recht – als Beispiel soll im Folgenden weiterhin ein Grundstück dienen – durch ihre Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwerben wollen?

### a) Wirksamkeit der Gesellschaft prüfen?

Da die Gesellschaft selbst Rechtsträger ist, muss sie zunächst wirksam bestehen, damit sie überhaupt Rechte erwerben kann. Daher könnte man durchaus die Frage stellen, ob und

<sup>8</sup> DNotZ 2006, 777.

<sup>9</sup> MittBayNot 2007, 118 (in diesem Heft).

<sup>10</sup> Dies ist mit Blick auf die ablehnenden Entscheidungen des BayObLG, MittBayNot 2003, 60 und MittBayNot 2004, 201 und des OLG München, MittBayNot 2006, 496 diskutiert worden; vgl. zum Streitstand zuletzt *Lautner*, MittBayNot 2006, 497 und *K. Wagner*, ZNotP 2006, 408.

<sup>11</sup> MittBayNot 2001, 192.

<sup>12</sup> Die Feststellung: „Die GbR ist rechtsfähig“ ist also so pauschal nicht richtig.

<sup>13</sup> Jüngeres Beispiel: Verwalter in einer Wohnungseigentümergemeinschaft kann die GbR nicht sein – insoweit kann sie also keine Rechte und Pflichten erwerben, BGH, DNotZ 2006, 523.

<sup>14</sup> A. a. O.

<sup>15</sup> MittBayNot 2004, 201; dem folgend OLG München, MittBayNot 2006, 35 und MittBayNot 2006, 496.

<sup>16</sup> Zu Recht kritisiert *Heil*, DNotZ 2004, 379, in seiner Besprechung dieser Entscheidung, dass das BayObLG die dogmatischen Streitigkeiten, die durch die Rechtsfähigkeit der GbR entstehen, auf dem Rücken des rechtsuchenden Publikums austrägt.

<sup>17</sup> MittBayNot 2007, 118 (in diesem Heft).

<sup>18</sup> Abgesehen natürlich von der Feststellung, man könne das Ergebnis wohl nicht ernsthaft in Betracht ziehen.

<sup>19</sup> Vgl. nur *Demharter*, GBO, Anh. § 13 Rdnr. 5.

<sup>20</sup> *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, AT II Rdnr. 24.

<sup>21</sup> A. a. O.

<sup>22</sup> Natürlich ist aber auch eine hohe Anzahl von Gesellschaftern keine Gewähr dafür, dass es nicht eine weitere Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit gleicher Gesellschafterstruktur gibt.

<sup>23</sup> MittBayNot 2001, 192.

wie die Gesellschaft errichtet wurde. Würden sich dabei Zweifel an der wirksamen Errichtung der Gesellschaft ergeben, würde man diesen nachgehen. Mir scheint es zu gefährlich, sich darauf zu verlassen, im Streitfall werde ein Gericht schon eine fehlerhafte Gesellschaft annehmen. Und ob die Umdeutung einer Auffassung an die Gesellschaft in eine Auffassung an die Gesellschafter möglich ist, halte ich für zweifelhaft. Zu betonen ist allerdings, dass sich auch hier der Notar im Regelfall auf die Angaben der Beteiligten verlassen kann und sie nicht auf ihre Richtigkeit überprüfen muss.<sup>24</sup>

#### b) Bestimmtheitsgrundsatz

Bei der Auflassung ist die Gesellschaft – die ja nach Auffassung des BGH Eigentümer werden soll – so bestimmt zu bezeichnen, dass die Angaben dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachenrechts genügen.<sup>25</sup> Wie oben schon gesagt, ist die Gesellschaft am besten mit ihrem Namen und ihrem Sitz, jedenfalls aber mit dem Gründungsdatum und den Gesellschaftern zu bezeichnen. Schon um sich im Grundbuchverfahren nicht der Diskussion zu stellen, ob nun die GbR selbst in das Grundbuch eingetragen werden kann<sup>26</sup> oder nicht, wird man wie bisher in jedem Fall auch die Gesellschafter bezeichnen.<sup>27</sup>

#### c) Organisationsgrad der Gesellschaft

Ob der BGH wirklich entscheiden würde, dass die Auflassung an zwei Gesellschafter „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ ohne weitere Angaben unwirksam ist,<sup>28</sup> scheint mir zweifelhaft. Nach der vorliegenden Entscheidung vermute ich vielmehr, dass er diesen Gesellschaftern anders als das BayObLG durch Auslegung helfen würde. Aber der BGH hat in seiner Entscheidung auch offen gelassen, ob eine GbR einen „gewissen“<sup>29</sup> Organisationsgrad aufweisen muss, damit sie Grundbesitz erwerben kann. Legt man die Verhältnisse der Gesellschaft offen oder veranlasst die Gesellschafter gar erst dazu, die Verhältnisse zu ordnen, wird man einen Organisationsgrad feststellen oder schaffen, der genügt, damit ein Gericht – ebenfalls ohne auf diese Differenzierung einzugehen –, Grunderwerb durch diese Gesellschaft zulässt.

<sup>24</sup> Vgl. statt aller *Winkler*, BeurKG, 15. Aufl. § 17 Rdnr. 213.

<sup>25</sup> Dieser Grundsatz wird zwar vor allem im Zusammenhang mit der genauen Bezeichnung des Gegenstandes, über den verfügt wird gebraucht. Selbstverständlich müssen aber auch die Parteien der Verfügung genau bestimmt sein.

<sup>26</sup> Zuletzt *Wagner*, a. a. O.; bejahend OLG Stuttgart, Beschl. v. 9.1.2007, 8 W 223/06, ZIP 2007, 421; zum weiteren Sinn dieser Verfahrensweise s. u. lit. f).

<sup>27</sup> Also jedenfalls mit Namen und Geburtsdatum; vgl. auch § 15 GBV.

<sup>28</sup> *Weigl*, MittBayNot 2004, 203, hält dies für ausreichend, weil damit klar sei, dass die Bildung von Gesellschaftsvermögen gewollt ist.

<sup>29</sup> *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330 ff. stellen auf das Vorhandensein eines Gesamtnamens und auf das Vorhandensein von Geschäftsführern (die allerdings nach § 709 BGB jede GbR haben dürfte) ab; *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001 auf eine nicht genauer definierte „Außenorganisation“; *MünchKommBGB/Ulmer*, § 705 Rdnr. 306 auf eine „Identitätsausstattung“ unter Aufführung verschiedener Merkmale, die – mit Ausnahme des Namens – entweder im Gesetz geregelt sind, aber im Gesellschaftsvertrag abweichend vereinbart werden können oder die Betätigung der Gesellschaft betreffen. Insgesamt helfen diese Abgrenzungsmerkmale nicht weiter; eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den Vorschriften des BGB ohne weitere Vereinbarungen zu gründen, scheint offenbar nicht zu genügen. Warum, ist sachlich nicht zu begründen, da das BGB selbst eine Organisationsstruktur vorgibt, die zudem in dem einen oder anderen Fall sogar ohne Änderungen sachgerecht ist. Offenbar ist sogar den Befürwortern der Rechtsfähigkeit unwohl bei den Geistern, die sie – die Massengesellschaft vor Augen – gerufen haben. *K. Schmidt*, NJW 2001, 993, 1001, 1002 findet die Konsequenzen zum Teil „beklemmend“.

#### d) Formulierungsvorschläge

Im entschiedenen Fall hat der BGH eine Formulierung mit dem Wortlaut „zusammen in GbR K-Str. 11“ als ausreichend für die Zurechnung zur GbR angesehen. Leider stammt sie aber aus einem Darlehensvertrag und nicht aus der Bestellungsurkunde der Grundschuld, die ebenfalls Streitgegenstand war; wie diese formuliert ist, ist dem Tatbestand der Entscheidung leider nicht zu entnehmen. Bemerkenswert ist dabei, dass die „GbR K-Str. 11“ schon im Jahr 1995 von den Gesellschaftern P. und Z. gegründet wurde, die Grundschuld aber erst im Jahr 1996 von „P und Z als damaligen Eigentümern des Grundstücks K-Straße 11“ bestellt wurde, und zwar zur Sicherung der Finanzierung des Bauvorhabens der GbR. Wurde das Grundstück wirklich erst später in die GbR eingebracht und an diese aufgelassen?<sup>30</sup> Oder konnten Gesellschaften bürgerlichen Rechts vor 2001 noch kein Eigentum erwerben? Und ist automatisch Eigentumserwerb mit der BGH-Entscheidung eingetreten? Oder hatte der BGH bei Abfassung des Tatbestands seine Entscheidung, dass wirklich die GbR Eigentümer ist und nicht die Gesellschafter, noch nicht verinnerlicht?

Betrachtet man die Formulierung, die der BGH für ausreichend gehalten hat, könnte eine Auflassung wie folgt lauten:

*„Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das Eigentum von A auf B und C in Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter dem Namen D mit dem Sitz in X, errichtet mit Vertrag vom ... übergeht. Sie bewilligen und beantragen, diesen Rechtsübergang in das Grundbuch einzutragen.“*

Puristen mögen bemängeln, bei diesem Vorschlag komme nicht genügend zum Ausdruck, dass an die GbR aufgelassen wird und nicht an die Gesellschafter. Allerdings hat der BGH eben eine vergleichbare Formulierung akzeptiert und würde sie wohl selbst beim BayObLG Gnade finden.<sup>31</sup> Daher mag der Vorschlag sachlich nicht ganz richtig sein, er wird aber funktionieren.

Wer mutiger ist und genau formulieren will, könnte dies so tun:

*„Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das Eigentum von A auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter dem Namen D mit dem Sitz in X, bestehend aus den Gesellschaftern B und C, errichtet mit Vertrag vom ... übergeht. Sie bewilligen und beantragen, diesen Rechtsübergang in das Grundbuch einzutragen.“*

Das entspricht jedoch genau der Formulierung, die das BayObLG für unwirksam gehalten hat; daher übernehme ich auch keine Gewähr dafür, dass diese Formulierung bei Grundbuchämtern, die trotz seiner Abschaffung loyal zum BayObLG stehen, keine Schwierigkeiten provoziert.<sup>32</sup> Das OLG Stuttgart<sup>32a</sup> würde diese Formulierung dagegen ohne Zweifel akzeptieren.

<sup>30</sup> Diese Reihenfolge scheint mir ungewöhnlich, wenn ich nach den Fällen urteile, die ich in der Praxis gesehen habe.

<sup>31</sup> Das BayObLG wünscht in MittBayNot 2004, 201, 202 die Auflassung an die Gesellschafter „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“; die Formulierung „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ ließe sich auch so verstehen.

<sup>32</sup> Damit hier keine Missverständnisse aufkommen: Natürlich ist durch die Entscheidung des BGH die des BayObLG in dem Sinne hinfällig, dass das jetzt zuständige OLG München nicht erneut so entscheiden dürfte, ohne dem BGH die Frage vorzulegen, § 28 Abs. 2 FGG.

<sup>32a</sup> ZIP 2007, 421.

Bei beiden Formulierungsvorschlägen gilt, dass man nur die Identifizierungsmerkmale nennt, die die konkrete Gesellschaft tatsächlich hat. Weiter sollte man nur die Merkmale angeben, für die belastbare Nachweise (und sei es durch glaubwürdigen mündlichen Sachvortrag) vorliegen. Die Identifizierung der Gesellschaft soll den Rechtsverkehr erleichtern; mit unsicheren Angaben ist das nicht möglich. Da die Nennung der Gesellschaft nach Auffassung des BGH nicht nötig ist, erwirbt sie – nennt man nur die Gesellschafter – wohl in jedem Fall Eigentum. Die Zuordnung zu einer bestimmten Gesellschaft ist nach Auffassung des BGH unerheblich. Ich würde daher auch erwarten, dass die Gerichte – zumindest diejenigen, die der Auffassung des BGH folgen – den Beteiligten bei Fehlern der Zuordnung durch richtige Auslegung helfen werden.

#### e) Grundbucheintragung

Da der BGH offen lässt, ob die Gesellschaft im Grundbuch eingetragen werden kann, werden die Diskussionen darüber sicher weiter gehen. Das OLG Stuttgart vertritt in seiner schon genannten Entscheidung die Auffassung, die Eintragung nur der Gesellschaft sei möglich und ausreichend. Wer kein Freund der Rechtsfähigkeit der GbR ist, den werden die Argumente derer mehr überzeugen, die es ablehnen, nur die Gesellschaft in das Grundbuch einzutragen.<sup>33</sup> So lange die Praxis aber mit einer rechtsfähigen GbR leben muss, scheint es mir konsequent, die Identifizierungsmerkmale der Gesellschaft – jedenfalls soweit sie auch in der Auflassung offen gelegt werden – auch im Grundbuch zu vermerken.<sup>34</sup> Es würden also die Gesellschafter eingetragen, und zwar „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen D und dem Sitz in Y, gegründet mit Vertrag vom ...“, wenn diese Identifizierungsmerkmale vorliegen. Dieses Verfahren wird schon seit längerem für zulässig gehalten.<sup>35</sup> Es vermeidet die Probleme, die eine Eintragung nur der Gesellschaft mit sich bringen würde und ermöglicht auch eine Bestimmung der Gesellschaft.<sup>36</sup>

Ist die Zuordnung falsch, wird dies, denkt man den Ansatz des BGH zu Ende, ebenfalls nicht schaden, wenn jedenfalls die Gesellschafter, die auch in der Auflassung genannt sind, im Grundbuch eingetragen werden.

#### f) Guter Glaube

Im Zusammenhang mit der Grundbuchfähigkeit der GbR ist schließlich noch zu fragen, ob und wie gutgläubiger Erwerb von einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die im Grundbuch eingetragen ist, erfolgen soll. Zunächst: Der gutgläubige Erwerb von einer im Grundbuch eingetragenen GbR wäre natürlich möglich. Verfügt die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft ohne Berechtigung oder Verfügungsbefugnis

über ein Grundstück, kann jeder gutgläubig von ihr erwerben. Problematisch ist allerdings, dass für den gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB eine Verfügung genau desjenigen erforderlich ist, der im Grundbuch eingetragen ist. Bei im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften ist Verwechslung ausgeschlossen. Gesellschaften, die ihren Sitz am selben Ort haben, müssen nach § 30 Abs. 1 HGB Firmen haben, die sich deutlich unterscheiden. Ob es eine GbR gibt oder nicht – und sei es nur als fehlerhafte Gesellschaft – ist nur schwer nachzuprüfen. Selbst wenn eine scheinbar lückenlose Sammlung über Entstehung und weiteres Schicksal der Gesellschaft vorliegt, kann sich diese als unvollständig erweisen. Besteht die Gesellschaft doch nicht oder nicht mehr, kann gutgläubiger Erwerb nicht erfolgen. Und verfügt eine existierende Gesellschaft, die den gleichen Namen trägt, aber nicht identisch mit der im Grundbuch eingetragenen ist, ebenfalls nicht.<sup>37</sup>

Das Handelsregister vermittelt auch den Rechtsschein, dass die dort eingetragenen Organe (noch) vertreten können. Bei der GbR gibt es kein Mittel, um den Rechtsschein einer Vertretungsbefugnis zu erzeugen. Mit dem guten Glauben an Vollmachten kann man diese Lücke *de lege lata* nicht schließen. § 172 BGB gilt für die Vollmachtsurkunde, die vom Vollmachtgeber ausgestellt wurde. Erteilen alle Gesellschafter Vollmachten, hat deswegen noch nicht die Gesellschaft eine Vollmacht erteilt. Der Gesellschaftsvertrag kann über die Vertretungsverhältnisse schon deshalb nicht zuverlässig Auskunft geben, weil nie sicher feststeht, dass es sich um die letzte Fassung handelt.<sup>38</sup> Das Problem mit einer Art Vertretungsbescheinigung,<sup>39</sup> auf die § 172 BGB analog anzuwenden ist, zu lösen, ist ein Umgehungs-konstrukt, bei dem die Voraussetzungen des § 172 BGB verkannt werden. Die mit dem guten Glauben des Verkehrs an das Bestehen der Vollmacht verbundene Einschränkung des Bestandsschutzes rechtfertigt sich bei § 172 BGB daraus, dass der Vollmachtgeber selbst die Erklärung in Verkehr gebracht hat.<sup>40</sup> Bei der „Vertretungsbescheinigung“ bringen das Dokument aber gerade die zur Vertretung befugten Personen, zusammen mit – möglicherweise – Mitgesellschaftern in Verkehr. Hier hat ein an der Nachweiserstellung unbeteiligter Gesellschafter, der die Bescheinigung nicht unterzeichnet hat, durch eine falsche Gesellschaftsliste aber auch nicht als Gesellschafter ausgewiesen ist, nichts unternommen, das es rechtfertigen würde, seine Bestandsinteressen dadurch zu beeinträchtigen, dass Gesellschaftsvermögen veräußert wird. Es fehlt insoweit schon an einem zurechenbaren Rechtsschein.

Das OLG Stuttgart<sup>40a</sup> nimmt zwar an, die GbR selbst könne ohne Erwähnung der Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen werden. Wie das (Fort-)Bestehen der Gesellschaft oder

<sup>33</sup> Z. B. *Lautner*, MittBayNot 2005, 93; *Bauer/v. Oefele/Wilke*, § 13 GBO Rdnr. 34 jew. m. w. N.

<sup>34</sup> Für die Eintragung der Gesellschafter unter Nennung der Gesellschaft auch *Lautner*, a. a. O., 99, *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329.

<sup>35</sup> *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, AT II Rdnr. 32; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 241.

<sup>36</sup> Diese Lösung wird denen, die bei ihren Erwägungen vor allem große Publikums-gesellschaften, vielleicht mit über 1500 Gesellschaftern im Blick haben, nicht genügen. Wer allerdings mit einer Vielzahl von Personen, die die persönliche Haftung nicht scheuen, ein Geschäft betreibt, sollte die eingangs erwähnte OHG wählen. Auch bei Alt-fällen könnte man eine Umwandlung in eine OHG vornehmen. Hat man diesen – zugegeben großen – Aufwand einmal bewältigt, ist der Umgang mit der Gesellschaft im Grundbuchverkehr ab dann einfacher; der beim Registergericht entstehende Aufwand scheint – so zeigen jedenfalls die in Teilen der Bevölkerung als Anlagemodell beliebten Fonds in Kommanditgesellschaftsform – mit entsprechenden Vollmachten beherrschbar.

<sup>37</sup> Deswegen ist der Vorschlag von *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330, 336 aus meiner Sicht untauglich; ebenso *Heil*, DNotZ 2004, 380. Ob diese Unterlagen öffentlich beglaubigte oder öffentliche Urkunden sind, hat keine unterschiedlichen Auswirkungen – so aber *G. Wagner*, ZIP 2005, 637, 645.

<sup>38</sup> Trotzdem hört man immer wieder, die Vorlage des Gesellschaftsvertrages reiche aus; z. B. *Langenfeld*, Skript zur 6. ZEV-Jahrestagung Erbrecht und Vermögensnachfolge, S. 11.

<sup>39</sup> So *Lautner*, MittBayNot 2005, 93, 96, der sich auf BGH, DNotZ 2002, 332, 335 beruft; dort allerdings wurde § 174 BGB angewendet, weil die Vertretungsbefugnis für die Gesellschaft gerade nicht nachgewiesen war; ob und inwieweit mit den in dem Urteil erwähnten Unterlagen die Wirkung des § 172 BGB erzielt worden wäre, war nicht Gegenstand der Erwägungen des BGH; ablehnend auch *Heil*, NJW 2002, 2158; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3635.

<sup>40</sup> Denn der Fälschungseinwand ist zulässig, vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 171–173 Rdnr. 5.

<sup>40a</sup> ZIP 2007, 421.

der Vertretungsbefugnis der für sie handelnden Person nachgewiesen werden kann und ob ein solcher Nachweis dann auch einen Verkehrsschutz vermittelt, erörtert es aber nicht. Vielmehr begnügt es sich mit der Feststellung, die Gesellschaft müsse eben „den Nachweis der Eintragungunterlagen gem. § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden [...] erbringen“. Durch die damit verbundenen praktischen Erschwernisse sei die Eintragung zwar umständlicher, aber nicht ausgeschlossen. Offensichtlich hat das OLG Stuttgart im entscheidenden Punkt die praktischen Konsequenzen seiner Entscheidung nicht bedacht. Das ist um so kritikwürdiger als die Ausführungen zur Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch nur *obiter dictum* erfolgt sind. Gerade weil die Ausführungen nicht nötig waren, steht es einem Obergericht nicht gut an, Probleme in den Rechtsverkehr zu tragen, für die es in der Praxis keine brauchbare Lösung anbieten kann. Jedenfalls de lege ferenda kann man diese Probleme lösen. Ein richtiger Schritt wäre – will man die Rechtsfähigkeit der GbR beibehalten – das schon von anderen geforderte Register auch für die GbR.<sup>41</sup>

Um die Sicherheit, die durch die in Deutschland derzeit bestehenden Register- und Grundbuchverfahren besteht, nicht zu beeinträchtigen,<sup>42</sup> scheint es mir bei der momentanen Rechtslage und im Einklang mit dem BGH nur eine praktikable Lösung zur Beibehaltung unseres Standards zu geben. Zieht man – dogmatisch zugegeben problematisch – wie der BGH den Schluss, mit der Eintragung der Gesellschafter sei die GbR gemeint, muss dies in der Parallelwertung bei § 892 BGB bedeuten, dass eine Verfügung durch die eingetragenen Personen eine Verfügung der damit eingetragenen GbR ist.

<sup>41</sup> *Münch*, DNotZ 2001, 535, 549; zum Teil dürften allerdings diejenigen, die die Publizität gerade nicht wollen und deshalb eine GbR als Rechtsform wählen, dann in andere Rechts- bzw. Beteiligungsformen ausweichen.

<sup>42</sup> Leider ist bei vielen Autoren das Bewusstsein um den Wert dieser Verfahren mit Blick auf Rechtssicherheit, Transaktionssicherheit, Störungsunanfälligkeit, Schnelligkeit, Einfachheit, geringerer Streitgefahr und geringer Transaktionskosten (man vergleiche nur die Maklerprovisionen mit den Notar- und Grundbuchkosten) nicht entwickelt. Die Sicherheit mit dem Argument, es gebe sie auch in anderen Bereichen nicht und daher sei es nicht angezeigt, sie allein im Bereich des Grundstücksrechts zur Geltung zu bringen, aufzugeben, ist absurd – so aber *G. Wagner*, ZIP 2005, 637, 641, der zudem noch den etwas unglücklichen Vergleich zum Mobilienvermögen macht (a. a. O., 642), wo der gute Glaube – wenn es ihn überhaupt gibt – an andere Umstände anknüpft als im Grundbuchverkehr, z. B. den Besitz bei beweglichen Sachen.

Erwirbt man von diesen Personen, erwirbt man vom Buchberechtigten – und damit ausreichend für den gutgläubigen Erwerb. Eine Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch ist dann aber nötig.<sup>43</sup> Das gilt im Übrigen unabhängig davon, ob die Gesellschaft im Grundbuch auch genauer bezeichnet ist, denn diese Bezeichnung spielt nach der Entscheidung des BGH beim Rechtserwerb gerade keine Rolle.

## 5. Fazit

Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR schafft mehr Probleme, als sie löst.<sup>44</sup> Der Gesetzgeber wollte zwar möglicherweise über die Rechtsfähigkeit der GbR nicht entscheiden. Instrumente, um den Rechtsverkehr mit der GbR sicher zu gestalten, hat er aber auch nicht entwickelt.

Nimmt man die Rechtsfähigkeit als solche hin, ist die Entscheidung des BGH konsequent. Die gegenteilige Auffassung des BayObLG war nicht zu halten. Der Ruf nach der Eintragung der GbR im Grundbuch kann man folgen oder nicht – jedenfalls ist ohne Eintragung der Gesellschafter ein gutgläubiger Erwerb von bloßen Buchpositionen einer GbR Glückssache. Daher sollte man an der Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch festhalten. Konsequenz der von mir vertretenen Auffassung ist damit letztlich, dass die GbR im Grundbuchverkehr behandelt wird wie ein bloßes Berechtigungsverhältnis. Ob eine GbR vorliegt, ob diese richtig bezeichnet ist und ob die richtigen Gesellschafter genannt sind, ist nur zwischen den beteiligten Gesellschaftern relevant. Maßgeblich für den Rechtsverkehr ist nur die Eintragung der Gesellschafter. Diejenigen, denen dies aus dem Blickwinkel von Gesellschaften mit vielen Gesellschaftern unbequem ist, müssen sich fragen lassen, wie sie – ganz allgemein – auf die Idee kommen, man könne an einer Personengesellschaft 1 500 Gesellschafter beteiligen, ohne dass die weitere Behandlung der Gesellschaft Probleme bereitet.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Das ist allerdings ein angemessener Preis, um die Verkehrsfähigkeit des Grundbuchs zu erhalten. An dieser Stelle lohnt es sich, die Frage von *Heil*, DNotZ 2003, 379 zu wiederholen, ob diejenigen, die mit Listen und Bescheinigungen arbeiten wollen, einer GbR nach Vorlage dieser Unterlagen einen sechsstelligen Kaufpreis aushändigen würden, mit ihrer Lage nach Kaufpreiszahlung wirklich glücklich wären ohne die dauerhafte Sicherheit, das gekaufte Grundstück zu erhalten (bzw. eine bloße Buchposition dauerhaft zu behalten).

<sup>44</sup> Ebenso *Schemmann*, DNotZ 2001, 244.

<sup>45</sup> Diese Zahl kursiert in der Literatur immer wieder wegen des Urteils des LG Stuttgart, MittRhNotK 1999, 244.

# Erbteilsveräußerung beim Tod eines Personengesellschafters

Von Notar Dr. Hilmar Keller, Roth

## I. Einleitung

Nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Miterbe über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen. Aus der Vorschrift des § 2032 Abs. 2 BGB, wonach die §§ 2033–2041 BGB bis zur Auseinandersetzung gelten, ergibt sich, dass der Miterbe nur über seine ideelle Quotalberechtigung am Gesamthandsvermögen verfügen kann. Nur solange eine Erbengemeinschaft besteht und Gesamthandsvermögen existiert, ist eine Übertragung des Erbteils möglich. Hierbei genügt es, wenn nur

(noch) ein einziger Nachlassgegenstand vorhanden ist.<sup>1</sup> Wurde der Nachlass schon vollständig auseinandergesetzt, ist eine Erbteilsübertragung mangels Gesamthandsvermögens nicht mehr möglich. Im Falle einer teilweisen Erbauseinandersetzung kann nur noch der Anteil an dem gesamthänderisch gebundenen Restvermögen gemäß § 2033 Abs. 1 BGB abgetre-

<sup>1</sup> *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2033 Rdnr. 1; *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2033 Rdnr. 7.

ten werden. Die schon auseinandergesetzten Nachlassgegenstände werden von der Anteilsübertragung nicht erfasst.

Maßgebend für die Frage, welche Gegenstände von der dinglichen Erbteilsübertragung erfasst werden, ist also nicht nur die Nachlasseigenschaft, sondern auch die Zugehörigkeit zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft. Anteile bzw. Rechte des Erblassers an einer Personengesellschaft werden demgemäß nur dann von der Abtretung eines Miterbenanteils erfasst, wenn und soweit sie Bestandteil des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses sind.

## II. Die Erbteilsveräußerung bei einer Sondererbfolge

### 1. Die Sondererbfolge

Bei der KG wird beim Tod eines Kommanditisten die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt (§ 177 HGB), falls nicht etwas anderes gesellschaftsvertraglich vereinbart ist. Gleiches gilt auch beim Tod des persönlich haftenden Gesellschafter einer KG oder von Gesellschaftern einer OHG oder Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, falls dies im Gesellschaftsvertrag so geregelt wurde (erbrechtliche Nachfolgeklausel). Der vererbliche Anteil an der Personengesellschaft geht im Wege der Sondererbfolge unmittelbar und geteilt auf die Miterben über. Er wird demgemäß nicht Bestandteil des Gesamthandsvermögens.<sup>2</sup>

Bei der einfachen Nachfolgeklausel, wonach der Gesellschaftsanteil generell vererblich gestellt wird, wird der Gesellschaftsanteil entsprechend den Erbquoten automatisch geteilt. Enthält der Gesellschaftsvertrag eine qualifizierte Nachfolgeklausel, sind nur bestimmte Personen als Nachfolger vorgesehen. Sollte einer oder mehrere dieser gesellschaftsvertraglich zugelassenen Nachfolger auch Erbe werden, geht der Anteil auf den oder die qualifizierten Erben über. Sind nicht alle Miterben nach dem Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigt, geht dennoch der Gesellschaftsanteil in vollem Umfang im Wege der Sondererbfolge auf den oder die nachfolgeberechtigten Miterben über (Grundsatz der unmittelbaren Vollnachfolge). Dogmatisch lässt sich die qualifizierte Nachfolgeklausel als mit dem Erbfall vollzogene Teilungsanordnung begreifen, die unmittelbare dingliche Wirkung entfaltet.<sup>3</sup>

### 2. Die dingliche Erbteilsübertragung im Falle einer Sondererbfolge

Da der Gesellschaftsanteil nicht Bestandteil des gesamthänderisch gebundenen Nachlasses ist, wird er von der Erbteilsübertragung nicht erfasst. Hierüber ist man sich im Grundsatz einig.<sup>4</sup> Der veräußernde Miterbe bleibt also trotz der Abtretung seines Erbteils Gesellschafter der Personengesellschaft. Bisher nicht erörtert wurde jedoch die Frage, ob die Übertragung des Erbteils nicht die aus der Beteiligung abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte, insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben erfasst. Sowohl der Gesellschaftsrechtssenat des BGH<sup>5</sup> als auch das

KG<sup>6</sup> haben die Auffassung vertreten, dass diese übertragbaren Vermögensrechte (vgl. § 717 Satz 2 BGB) im Falle der Sondererbfolge nicht aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlass ausgegliedert werden.<sup>7</sup> Diese Auffassung scheint auch der IX. Senat des BGH zu vertreten,<sup>8</sup> wenn er ausführt, dass die von der Mitgliedschaft nach § 717 Satz 2 BGB trennbaren Ansprüche „uneingeschränkt der Vererbung“ unterliegen. In diesem Sinne interpretiert auch *Weidlich* in seiner kritischen Anmerkung dieses Urteil.<sup>9</sup> Folgt man dieser Ansicht, umfasst die Abtretung des Erbteils immerhin die aus der Gesellschaftsbeteiligung ableitbaren übertragbaren Vermögensrechte, da diese dann dem Gesamthandsvermögen der Miterben in Erbengemeinschaft zuzuordnen wären.

Der Erbrechtssenat des BGH hat sich bisher nicht ausdrücklich zu der Problematik einer Abtrennung der übertragbaren Vermögensrechte vom übrigen Gesellschaftsanteil und der Zuordnung dieser Rechte zum gesamthänderisch gebundenen Nachlass geäußert.<sup>10</sup> Der Erbrechtssenat hat in seinem Beschluss vom 10.1.1996<sup>11</sup> jedoch nochmals betont, dass der Anteil an einer Personengesellschaft nicht gemeinschaftliches Gesamthandsvermögen werden kann, sondern im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf den oder die Nachfolgererben übergeht, und die so aufgeteilten Gesellschaftsanteile gleichwohl zum Nachlass gehören. Der Erbrechtssenat hat – anders als der Gesellschaftsrechtssenat – die selbstständig abtretbaren Vermögensrechte nicht von der Sondererbfolge ausgenommen. Dies kann als Indiz dafür gesehen werden, dass der Erbrechtssenat auch die abtretbaren Vermögensrechte und somit den Gesellschaftsanteil als Ganzes einheitlich der Sondererbfolge unterstellen will.<sup>12</sup> Diese einheitliche Behandlung des Gesellschaftsanteils insgesamt entspricht auch der gesellschaftsrechtlichen Grundvorstellung, dass die Mitgliedschaft eine aus Vermögens- und Verwaltungsrechten bestehende Einheit darstellt und als solche auch vererbt wird.<sup>13</sup> Die Wahrung der Einheit der Mitgliedschaft entspricht auch dem Bestreben, die durch die Sondererbfolge entstandene Rechtslage nicht weiter zu komplizieren und die Zahl der noch ungeklärten Folgeprobleme nicht unnötig zu vermehren.<sup>14</sup> Auf der Grundlage dieser überzeugenden Auffassung, dass die Singularsukzession den gesamten Gesellschaftsanteil einschließlich der selbstständig abtretbaren Vermögensrechte umfasst, berührt eine Erbteilsabtretung den Gesellschaftsanteil überhaupt nicht, auch nicht die abtretbaren Vermögensrechte, da die Gesellschaftsbeteiligung insgesamt nicht in das gesamthänderisch gebundene Nachlassvermögen fällt. Der Veräußerer bleibt trotz Übertragung des Erbteils in vollem Umfang Gesellschafter. Er kann den Gesellschaftsanteil nur nach den Vorschriften über die Übertragung von Gesellschaftsanteilen abtreten, also nur dann, wenn alle Gesellschafter zustimmen oder der Gesellschaftsvertrag die Übertragung zulässt, wobei Vinkulierungsklauseln zu beachten sind.<sup>15</sup> Gegebenenfalls kann die Auslegung ergeben, dass die Vertragspartner nicht

<sup>2</sup> BGH, NJW 1983, 2376, 2377.

<sup>3</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., § 45 V 3 a, 4 b; Reimann, FamRZ 1992, 117; Keller, ZEV 2001, 297, 298.

<sup>4</sup> Dietrich, Die Erbteilsveräußerung, 2006, S. 168; Ivo, ZEV 2004, 499, 500; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., Rdnr. 1238; Schmidt, BWNNotZ 1983, 102, 104; Soergel/Wolf, BGB, § 2033 Rdnr. 12.

<sup>5</sup> BGHZ 108, 187, 192 = NJW 1989, 3152, 3154.

<sup>6</sup> BB 1991, 1283, 1284.

<sup>7</sup> Ebenso MünchKommBGB/Heldrich, § 2032 Rdnr. 60.

<sup>8</sup> BGH, MittBayNot 1995, 397, 398.

<sup>9</sup> MittBayNot 1995, 399.

<sup>10</sup> BGH, NJW 1983, 2376 und NJW 1986, 2431.

<sup>11</sup> MittBayNot, 1996, 118, 119.

<sup>12</sup> Weidlich, MittBayNot 1996, 121.

<sup>13</sup> Weidlich, Die Testamentsvollstreckung im Recht der Personengesellschaften, S. 30.

<sup>14</sup> Staudinger/Marotzke, BGB, § 1922 Rdnr. 187; Weidlich, S. 30.

<sup>15</sup> Dietrich, S. 168; Ivo, ZEV 2004, 499, 501; Schmidt, BWNNotZ 1983, 102, 104.

nur den Erbteil, sondern auch den Gesellschaftsanteil übertragen wollten. Ein Formproblem besteht dabei für das dingliche Rechtsgeschäft nicht, da die Formvorschrift des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB nur für die Verfügung über den Erbteil gilt, nicht aber für die Verfügung über die Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft, die grundsätzlich formfrei möglich ist.<sup>16</sup> Die Abtretung des Gesellschaftsanteils wird aber erst wirksam, wenn alle etwa erforderlichen Zustimmungen der Mitgesellschafter vorliegen, bis dahin ist sie schwebend unwirksam.<sup>17</sup>

### 3. Erbteilsveräußerung und Ausgleichspflichten bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel

Sind im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel nicht alle Miterben nach dem Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigt, kann ein Miterbe einen Teil des Gesellschaftsanteils erwerben, der über seine Erbquote hinausgeht. Die Erbquote behält in diesem Fall aber ihre erbrechtliche Bedeutung für die Ansprüche der Miterben untereinander auf Wertausgleich.<sup>18</sup> Der Nachfolgererbe muss seinen Mehrerwerb im Verhältnis zu den anderen Miterben ausgleichen. Fraglich ist, ob diese Ausgleichspflicht zusammen mit dem Erbteil auf den Erbteilerwerber übergeht. Die dogmatische Grundlage der Ausgleichspflicht ist umstritten. Der BGH<sup>19</sup> hat die Ausgleichspflicht zunächst auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützt. In seiner neueren Rechtsprechung<sup>20</sup> zur qualifizierten Nachfolgeklausel, wonach der Gesellschaftsanteil in vollem Umfang – also auch über die Erbquote hinaus – im Wege der Singularsukzession unmittelbar vom Erblasser auf den nachfolgeberechtigten Miterben übergeht (Grundsatz der unmittelbaren Vollnachfolge), hat der BGH die Ausgleichspflicht nicht mehr aus § 242 BGB abgeleitet, sondern allein mit der erbrechtlichen Bedeutung der Erbquote begründet. Diese bestimme zwingend den Anteil am Wert des Gesamtnachlasses, der dem Miterben im Endergebnis zufließen darf und soll. Hier drängt sich der Vergleich mit der Teilungsanordnung nach § 2048 BGB auf. Die Zuweisung eines Nachlassgegenstandes an einen Miterben führt nicht zu einer Wertverschiebung, der Wert des Erbteils bleibt vielmehr unberührt. Der Wert des zugewiesenen Nachlassgegenstandes ist auf den Erbteil des erwerbenden Miterben anzurechnen. Ist der Wert höher, als dem Miterben nach seiner Quote zukommt, ist er zur Zahlung eines entsprechenden Ausgleichs gegenüber den übrigen Miterben verpflichtet.<sup>21</sup> Hiermit ist die Rechtslage bei der qualifizierten Nachfolge vergleichbar.<sup>22</sup> Der Nachfolgererbe soll aufgrund der Sondererbfolge wertmäßig nicht begünstigt werden. Der einzige Unterschied besteht darin, dass die Sondererbfolge – anders als die Teilungsanordnung – unmittelbar dinglich wirkt und auf einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel, nicht auf einer einseitigen testamentarischen Anordnung des Erblassers beruht. Die Bedeutung der Erbquote für den Anteil am Wert des Gesamtnachlasses ist aber in beiden Fällen die gleiche. Die Anrechnungs- bzw. Ausgleichspflicht aufgrund einer Sondererbfolge im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel ist demgemäß bei der

Erbteilsübertragung genauso zu behandeln wie eine Anrechnungs- bzw. Ausgleichspflicht aufgrund einer Teilungsanordnung. Bei letzterer ist anerkannt, dass sie als Beschränkung des Erbteils auf den Erwerber übergeht.<sup>23</sup> Dies folgt auch aus der Vorschrift des § 2376 Abs. 1 BGB, wonach der Erbteilsverkäufer dafür haftet, dass keine Ausgleichspflichten bestehen.<sup>24</sup> Dasselbe muss aufgrund der gleichen Interessenlage auch bei der Sondererbfolge gelten. Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn man die Ausgleichspflicht aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel auf eine Analogie zu §§ 2050 ff. BGB stützt.<sup>25</sup> Denn auch Ausgleichspflichten gemäß §§ 2050 ff. BGB gehen mit dem Erbteil auf den Erwerber über.<sup>26</sup> Den Erwerber eines Erbteils treffen demgemäß Anrechnungs- und Ausgleichspflichten aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel, obwohl die Erbteilsübertragung den Gesellschaftsanteil unberührt lässt und dieser beim veräußernden Miterben verbleibt.<sup>27</sup> Dies ist gerechtfertigt, da die übrigen Miterben durch die Abtretung des Erbteils keinen Nachteil erleiden sollen.

### 4. Verpflichtung zur Übertragung des Gesellschaftsanteils aufgrund schuldrechtlicher Surrogation?

Auch wenn die dingliche Abtretung des Erbteils den Gesellschaftsanteil nicht erfasst, könnte der Veräußerer aufgrund der Surrogationsvorschrift des § 2374 BGB, die nur schuldrechtliche Wirkung entfaltet,<sup>28</sup> verpflichtet sein, seinen Gesellschaftsanteil auf den Erwerber zu übertragen.

§ 2374 BGB ist nach § 1922 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch auf den Kaufvertrag über einen Erbteil oder auf einen ähnlichen Vertrag, der auf eine Erbteilsveräußerung gerichtet ist (§ 2385 BGB), anwendbar. So ist z. B. anerkannt, dass der Erbteilsverkäufer nach einer erfolgten Teileauseinandersetzung des Nachlasses nicht nur seinen Erbteil, sondern auch die ihm bereits zugeteilten Gegenstände wie ein Alleinerbe durch Einzelübertragung auf den Käufer übertragen muss.<sup>29</sup> Ob § 2374 BGB auch im Falle einer Sondererbfolge auf den Erbteilskaufvertrag anwendbar ist, ist jedoch umstritten. Nach *Ivo* sprechen die besseren Gründe für eine Anwendung der Surrogationsvorschrift, was ein Vergleich mit dem Alleinerben ergebe. Bei diesem sei die im Erbgang erworbene Gesellschaftsbeteiligung ein Erbschaftsgegenstand im Sinne von § 2374 BGB, der von der Leistungspflicht des Veräußerers erfasst sei. Demgegenüber will *Dietrich* bei der Sondererbfolge § 2374 BGB auf den Erbteilskauf nicht anwenden, weil § 2374 BGB bei der Erbteilsveräußerung nur gelte, wenn die Erbengemeinschaft ganz oder teilweise vor der Erbteilsübertragung auseinandergesetzt wird. Die Vorschrift sei dagegen nicht anwendbar im Falle der Sondererbfolge, da die Gesellschaftsanteile von Anfang an nicht der gesamthänderischen Bindung unterliegen. Selbst bei einer Erbteilsübertragung unmittelbar nach dem Erbfall gehe eine Berechtigung an Gesell-

<sup>16</sup> MünchKommBGB/Ulmer, § 719 Rdnr. 33.

<sup>17</sup> MünchKommBGB/Ulmer, § 719 Rdnr. 29; Palandt/Sprau, § 719 BGB Rdnr. 6.

<sup>18</sup> BGHZ 68, 225, 238.

<sup>19</sup> BGHZ 22, 186, 196, 197.

<sup>20</sup> BGHZ 68, 225, 238.

<sup>21</sup> Palandt/Edenhofer, § 2048 BGB Rdnr. 1.

<sup>22</sup> Auch MünchKommBGB/Heldrich, § 2032 Rdnr. 60 m. w. N. will die Ausgleichung nach den Grundsätzen der Teilungsanordnung vornehmen.

<sup>23</sup> MünchKommBGB/Heldrich, § 2033 Rdnr. 26; Staudinger/Werner, § 2033 BGB Rdnr. 23.

<sup>24</sup> Dietrich, S. 136.

<sup>25</sup> Palandt/Edenhofer, § 2050 BGB Rdnr. 18; Soergel/Wolf, § 2032 BGB Rdnr. 25.

<sup>26</sup> MünchKommBGB/Heldrich, § 2033 Rdnr. 26; Staudinger/Werner, § 2033 BGB Rdnr. 23.

<sup>27</sup> Dietrich, S. 168.

<sup>28</sup> Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, § 2374 Rdnr. 6; Stiebitz, Die Surrogation im Erbrecht, 2006, S. 137 ff.

<sup>29</sup> Bamberger/Roth/J. Mayer, § 2374 BGB Rdnr. 5; MünchKommBGB/Musielak, vor § 2371 Rdnr. 5, 8; Staudinger/Olshausen, Einl. zu §§ 2371 Rdnr. 22, 61.

schaftsanteilen nicht auf den Erbteilerwerber über, da von Anfang an keine gesamthänderische Bindung bestehe. Zumindest im Falle einer Erbteilsveräußerung sofort nach dem Erbfall müsse aber die Erfüllung durch bloße Erbteilsübertragung ausreichend sein, da Gegenstand des Erbteilsveräußerungsvertrages der Erbteil sei.<sup>30</sup>

Bei der Lösung des Problems muss berücksichtigt werden, dass die Sondererbfolge im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelt wurde, um den gesetzlich nicht geregelten Konflikt zwischen Erbrecht (Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge) und Gesellschaftsrecht (persönliche Verbundenheit der Gesellschafter) zu lösen.<sup>31</sup> Im Ergebnis wirkt die Sondererbfolge wie eine mit dem Erbfall vollzogene Erbaueinandersetzung. Wertungsmäßig ist die Rechtslage vergleichbar mit der Situation bei einer teilweisen Erbaueinandersetzung, die die Miterben nach dem Erbfall vollzogen haben. Aus diesem Grund ist § 2374 BGB anzuwenden. Im Konflikt zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht muss das Erbrecht nur insoweit weichen, als dies gesellschaftsrechtlich notwendig ist. Einer schuldrechtlichen Surrogation bei der Erbteilsveräußerung steht das Gesellschaftsrecht aber nicht entgegen, zumal die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Abtretung des Gesellschaftsanteils uneingeschränkt gelten. Für eine Surrogation spricht auch, dass es sich bei der Sondererbfolge um einen erbrechtlichen Erwerb handelt, und der Erbteilerwerber beim Erbteilskauf so gestellt werden soll, als wäre er anstelle des Verkäufers Miterbe geworden.<sup>32</sup> Da der Erbteilerwerber sich den Wert des Gesellschaftsanteils, obwohl dieser beim Veräußerer verbleibt, auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss und im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel sogar zu einer Ausgleichsleistung verpflichtet sein kann, erscheint es interessengerecht, dem Käufer wenigstens gemäß § 2374 BGB einen obligatorischen Anspruch auf Übertragung des Gesellschaftsanteils zu gewähren. Der Vollzug setzt gegebenenfalls die Zustimmung der Mitgesellschafter voraus. Sollten diese ihre Zustimmung nicht erteilen, ist dem Erwerber der Wert des Gesellschaftsanteils zu vergüten.<sup>33</sup> Hält man die Surrogationsvorschrift des § 2374 BGB entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht für anwendbar, kann eine Pflicht zur Übertragung des Gesellschaftsanteils nur im Wege der Auslegung des Veräußerungsvertrages begründet werden. Für das schuldrechtliche Rechtsgeschäft gilt allerdings die Formvorschrift des § 2371 BGB, wonach alle Vereinbarungen vollständig beurkundet werden müssen.<sup>34</sup> Der Wille, eine Verpflichtung zur Übertragung des Gesellschaftsanteils zu begründen, muss nach der Andeutungstheorie im Text der Urkunde wenigstens andeutungsweise seinen Niederschlag gefunden haben.<sup>35</sup> da die Übertragungspflicht unmittelbar aus dem Vertrag folgt, wenn man § 2374 BGB nicht anwendet. Dies führt zu einer doppelten Rechtsunsicherheit, einmal im Hinblick auf das Ergebnis der Auslegung und einmal im Hinblick auf die Frage, welche Anforderungen an das Erfordernis der „Andeutung“ zu stellen sind.<sup>36</sup> Das Bedürfnis nach Rechtssicherheit spricht somit auch für eine Anwendung des § 2374 BGB.

<sup>30</sup> Dietrich, S. 168, 169.

<sup>31</sup> BGHZ 68, 225, 230.

<sup>32</sup> MünchKommBGB/Musielak, § 2374 Rdnr. 3 zur Grundkonzeption des Erbschaftskaufes.

<sup>33</sup> Staudinger/Olshausen, Einl. zu §§ 2371 BGB Rdnr. 53.

<sup>34</sup> BGH, NJW 1967, 1128, 1129; Keller, Formproblematik der Erbteilsveräußerung, 1995, Rdnr. 9.

<sup>35</sup> MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311 b Rdnr. 64.

<sup>36</sup> Vgl. dazu MünchKommBGB/Kanzleiter, § 311 b Rdnr. 64.

### III. Erbteilsveräußerung, wenn keine Sondererbfolge eintritt

#### 1. Auflösung der Gesellschaft

Nach § 727 Abs. 1 BGB wird durch den Tod eines Gesellschafters die GbR aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt. Eine OHG oder KG wird durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, falls dies gesellschaftsvertraglich vereinbart ist. Durch die Auflösung wandelt sich die Gesellschaft in eine Abwicklungsgesellschaft um. Anders als bei der werbenden Gesellschaft vollzieht sich die Vererbung von Anteilen an einer Liquidationsgesellschaft nach rein erbrechtlichen Regeln. Die Miterben werden demgemäß in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erben-gemeinschaft Gesellschafter der Abwicklungsgesellschaft.<sup>37</sup> Bei einer Erbteilsübertragung geht demgemäß die gesamthänderische Beteiligung des Veräußerers am Anteil an der Liquidationsgesellschaft auf den Erbteilerwerber über.<sup>38</sup>

#### 2. Fortsetzung der Gesellschaft ohne Erben

Stirbt der Gesellschafter einer OHG oder der Komplementär einer KG, scheidet nach der dispositiven gesetzlichen Regelung der §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 161 Abs. 2 HGB der Verstorbene aus der Gesellschaft aus, die von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird. Der Anteil des Erblassers am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 105 Abs. 3 HGB). Die Erben des Gesellschafters erhalten dafür einen Abfindungsanspruch (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 105 Abs. 3 HGB), der in den gesamthänderisch gebundenen Nachlass fällt. Die gleiche Rechtslage tritt ein, wenn dies bei der GbR oder beim Tod eines Kommanditisten gesellschaftsvertraglich vereinbart wird (§ 736 Abs. 1 BGB). Im Falle der Erbteilsübertragung umfasst diese auch die Berechtigung des Veräußerers an dem Abfindungsanspruch, der Bestandteil des Gesamthandsvermögens ist. Zu beachten ist jedoch, dass der Abfindungsanspruch im Gesellschaftsvertrag eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.<sup>39</sup>

#### 3. Eintrittsrecht

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag auch ein Eintrittsrecht zugunsten der Erben, einzelner Erben oder eines Dritten vereinbaren.<sup>40</sup> Dieses bewirkt keine unmittelbare erbrechtliche Nachfolge. Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters fällt nicht in den Nachlass, sondern wächst den übrigen Gesellschaftern zu, unter denen die Gesellschaft fortgesetzt wird. Übt der Berechtigte sein Eintrittsrecht aus, wird für ihn eine neue Mitgliedschaft in der Gesellschaft begründet. Da das Eintrittsrecht im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (§§ 328, 331 BGB) vereinbart wird, fällt es nicht in den Nachlass. In den (gesamthänderisch gebundenen) Nachlass fällt allenfalls ein Abfindungsanspruch, falls dieser nicht ausgeschlossen oder dem Eintrittsberechtigten durch Vorausabtretung zugewendet wurde.<sup>41</sup> Die Erbteilsabtretung erfasst demgemäß allenfalls die gesamthänderische Beteiligung an einem Abfindungsanspruch, der aber jedenfalls für den Fall der Ausübung

<sup>37</sup> BGH, NJW 1982, 170, 171; BGH NJW 1995, 3314, 3315; MünchKommBGB/Heldrich, § 2032 Rdnr. 50.

<sup>38</sup> Dietrich, S. 164.

<sup>39</sup> Dietrich, S. 164.

<sup>40</sup> Palandt/Edenhofer, § 1922 BGB Rdnr. 16.

<sup>41</sup> MünchKommBGB/Ulmer, § 727 Rdnr. 59.

des Eintrittsrechtes häufig – ggf. stillschweigend – ausgeschlossen sein dürfte.<sup>42</sup> Wurde der Abfindungsanspruch durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder dem Eintrittsberechtigten durch Vorausabtretung zugewendet, können allenfalls Ausgleichsansprüche weichender Erben nach den Grundsätzen über unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden nach §§ 2050 ff. BGB bestehen.<sup>43</sup> Eine etwaige Ausgleichspflicht des veräußernden Miterben würde mit dem Erbteil auf den Erbteilserwerber übergehen (vgl. § 2376 BGB).

#### 4. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln sollen auf rechtsgeschäftlichem Wege, durch Verfügungsvertrag und ohne Rückgriff auf die erbrechtliche Rechtsnachfolge, den Anteilsübergang im Todeszeitpunkt auf die begünstigten Personen bewirken. Es handelt sich um eine Anteilsübertragung unter Lebenden, aufschiebend bedingt durch den Tod des Verfügenden. Die erforderliche Zustimmung der übrigen Gesellschafter liegt in der Regel in den Nachfolgeklauseln als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages.<sup>44</sup> Da Verfügungen zugunsten Dritter und Verträge zu Lasten Dritter verboten sind, sind rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln nur zulässig, wenn die begünstigten Personen selbst an der Vereinbarung beteiligt sind, insbesondere wenn Mitgesellschafter als Nachfolger bestimmt sind.<sup>45</sup> Wegen des Übergangs des Gesellschaftsanteils entsteht kein Abfindungsanspruch für die Erben des verstorbenen Gesellschafters.<sup>46</sup> Da der Gesellschaftsanteil bei einer aufschiebend bedingten Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall weder in den gesamthänderisch gebundenen Nachlass fällt, noch ein Abfindungsanspruch entsteht, wird die Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers von der Abtretung des Erbteils nicht umfasst. Der Gesellschaftsanteil gehört auch nicht zum

<sup>42</sup> MünchKommBGB/Leipold, § 1922 Rdnr. 70; Weidlich in Schlecht & Partner/Taylor Wessing, Unternehmensnachfolge, S. 283, 291.

<sup>43</sup> MünchKommBGB/Ulmer, § 727 Rdnr. 56 i. V. m. 52; kritisch Marotzke, AcP 184 (1984), 541, 576.

<sup>44</sup> Marotzke, AcP 184 (1984), 541, 557, 558; MünchKommBGB/Ulmer, § 727 Rdnr. 51.

<sup>45</sup> BGHZ 68, 225, 234.

<sup>46</sup> Crezelius, Unternehmenserbrecht, Rdnr. 262; MünchKommBGB/Ulmer, § 727 Rdnr. 52; R. Rapp, MittBayNot 1987, 70, 71; Marotzke, AcP 184 (1984), 541, 561, 562 stellt einen Abfindungsanspruch in Analogie zu §§ 138, 105 Abs. 2 HGB, § 738 Abs. 1 BGB lediglich zur Diskussion.

sonstigen (nicht gesamthänderisch gebundenen) Nachlass. Wertausgleichsansprüche weichender Erben lassen sich demgemäß – anders als bei der erbrechtlichen Nachfolgeklausel – nicht unter dem Gesichtspunkt der Nachlasszugehörigkeit des Gesellschaftsanteils (bzw. den Regeln der Teilungsanordnung) begründen.<sup>47</sup> Bei einer lebzeitigen Zuwendung des Gesellschaftsanteils an den veräußernden Miterben können allenfalls Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB bestehen<sup>48</sup> und mit dem Erbteil auf den Erbteilserwerber übergehen.

#### IV. Zusammenfassung

Bei der Veräußerung eines Erbteils ist anhand des Gesellschaftsvertrages zunächst zu prüfen, ob eine Sondererfolge eintritt. Wenn dies der Fall ist, sollte im Hinblick auf den Meinungsstreit bezüglich der Geltung des § 2374 BGB im Vertrag ausdrücklich geregelt werden, ob der Vertrag zur Übertragung des Gesellschaftsanteils verpflichtet oder nicht.<sup>49</sup> Bejahendenfalls ist die dingliche Abtretung der Gesellschaftsbeteiligung zu vereinbaren unter Beachtung etwaiger gesellschaftsrechtlicher Zustimmungserfordernisse, da die Erbteilsübertragung den Gesellschaftsanteil mangels gesamthänderischer Bindung nicht umfasst. Im Vertrag sollten auch die Folgen geregelt werden, falls erforderliche Zustimmungen von Mitgesellschaftern oder der Gesellschaft nicht erteilt werden (z. B. Reduzierung des Kaufpreises oder Rücktrittsrechte). Der Erwerber sollte darauf hingewiesen werden, dass der Wert des Gesellschaftsanteils, der im Wege der Sondererfolge unmittelbar auf den Miterben übergeht, auf dessen Erbteil angerechnet wird und bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel sogar Ausgleichspflichten bestehen können und diese Anrechnungs- bzw. Ausgleichspflichten mit dem Erbteil auf den Erwerber übergehen. Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB können gegebenenfalls auch bei Eintritts- oder rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklauseln bestehen und auf den Erbteilserwerber übergehen. Aufgrund der analogen Anwendung des § 2376 BGB bei der Sondererfolge bzw. unmittelbaren Anwendung bei Eintritts- und rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklauseln empfiehlt sich auch eine ausdrückliche Regelung, ob der Veräußerer dafür haften soll oder nicht.

<sup>47</sup> Marotzke, AcP 184 (1984), 541, 560.

<sup>48</sup> Crezelius, Unternehmenserbrecht, Rdnr. 262; MünchKommBGB/Ulmer, § 727 Rdnr. 52; Marotzke, AcP 184 (1984), 541, 562 ff. unter Hinweis auf die Voraussetzungen der §§ 2050 ff.

<sup>49</sup> Ivo, ZEV 2004, 499, 500.

## Die Kostenrechtsprechung des OLG München im Jahr 2006

### – Überblick über die für den Notar bedeutsamen Entscheidungen –

Von Richter am OLG München *Richard Wimmer*, Haar bei München

Der Überblick umfasst Entscheidungen des 32. Zivilsenats des OLG München zum Notarkostenrecht, aber auch zu den Gerichtskosten nach der Kostenordnung, soweit diese für den Notar bedeutsam sind. Der Verfasser gehört als Berichtersteller für Kostensachen dem für Notarkostensachen zuständigen 32. Zivilsenat an. Daneben werden zuweilen kleine Hinweise gegeben, die über den bloßen Wortlaut hinausgehen.

#### 1. Beschluss vom 13.1.2006, 32 Wx 137/05

Fundstellen: MittBayNot 2007, 158 (in diesem Heft); Rpfleger 2006, 287; FGPrax 2006, 86; OLG-Report München 2006, 459; ZNotP 2006, 359

#### Geschäftswert für Eintragungen im Vereinsregister

Für Eintragungen in das Vereinsregister ist der Geschäftswert nicht nach einem bestimmten Vomhundertsatz des Vereinsvermögens festzusetzen. Vielmehr ist unter Berücksichtigung

aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Sache, der Vermögenslage des Vereins und der Mitgliederzahl über eine angemessene Ermäßigung bzw. Erhöhung des Regelwertes des § 30 Abs. 2 KostO zu entscheiden. Bei der Vermögenslage des Vereins darf nicht unberücksichtigt bleiben, welchen Nutzen der Verein aus dem Vermögen zieht. Die Entscheidung ist in einer Registersache ergangen.

## 2. Beschluss vom 2.2.2006, 32 Wx 142/05

Fundstellen: MittBayNot 2007, 75; Rpfleger 2006, 288; NJW-RR 2006, 648; OLG-Report München 2006, 365; RNotZ 2006, 253

### Grundbuchgebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO

Die Eintragung eines Miterben ist auch dann nach § 60 Abs. 4 KostO gebührenfrei, wenn er ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft erst aufgrund eines Erbauseinandersetzungsvertrages als Eigentümer eingetragen wird. Dies gilt auch dann, wenn die Auseinandersetzung des Nachlasses dadurch erfolgt, dass ein Miterbe seinen Erbanteil an andere Miterben abtritt und er als Ausgleich ein Grundstück aus dem Nachlass erhält. Unerheblich ist, ob die Auseinandersetzung insgesamt durch einen oder mehrere Verträge geschieht, sofern nur die Zweijahresfrist eingehalten wird.

## 3. Beschluss vom 7.2.2006, 32 Wx 10/06

Fundstellen: MittBayNot 2006, 531 mit Anm. *Prüfungsabteilung der Notarkasse*; RNotZ 2006, 198; OLG-Report München 2006, 328; FGPrax 2006, 134

### Zur Bewertung von Wertsicherungsklauseln und des Vorkaufsrechts sowie zur Bedeutung der Erklärungen der Vertragsparteien über den Grundstückswert

Ein Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts für mehr als 25 Jahre enthielt folgende echte Wertsicherungsklausel: „Verändert sich der vom statistischen Bundesamt festgestellte Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in der Bundesrepublik Deutschland (Basis 1995 = 100 Punkte) im Vergleich zum Index des 25. Monats nach Zustandekommen dieses Vertrags oder im Vergleich zur letzten Änderung um mehr als 10 % (unten als Schwellenwert bezeichnet), so ändert sich die Höhe des jährlichen Erbbauzinses um 67 % der Indexveränderung nach oben oder unten. Eine Angleichung erfolgt jedoch frühestens zwei Jahre nach der Anpassung.“ Bei der Bewertung des Erbbaurechts rechtete das Grundbuchamt zum 25-fachen des jährlichen Erbbauzinses einen Zuschlag von pauschal 20 % wegen der Wertsicherungsklausel hinzu. Der Senat billigte im Ergebnis diesen Zuschlag, da sich dieser an den voraussichtlichen Erhöhungen nach dem Vertrag des jährlichen Erbbauzinses während 25 Jahren orientierte. Unter Berücksichtigung des Inhalts der Wertsicherungsklausel ergibt sich der Zuschlag von 20 % bei einer jährlichen Inflationsrate von ca. 2,19 %. Die Zugrundelegung einer jährlichen Teuerung zwischen 1,4 % und 2,3 % ist aber aus Rechtsgründen derzeit nicht zu beanstanden. Zu diesem Ergebnis kam der Senat unter Zugrundelegung der Inflationsraten während der letzten 25 Jahre. Zur Berechnung des Zuschlags ist von der konkreten Wertsicherungsklausel auszugehen und die Erhöhungen bei einer jährlichen Inflationsrate zwischen 1,4 % und 2,3 % auch unter Berücksichtigung etwaiger Schwellenwerte (d. h. der Betrag der Preissteigerung, der vorliegen muss, damit eine Anpassung überhaupt stattfindet) hinzuzurechnen.

Damit ergeben sich ungefähr folgende aus Rechtsgründen nicht zu beanstandende Zuschläge zum 25-fachen des jährlichen Zahlungsbetrages:

Schwellenwert: 5 %; volle Anpassung an Inflation	16 % – 30 %
Schwellenwert: 10 %; volle Anpassung an Inflation	14 % – 27 %
Ohne Schwellenwert; volle Anpassung an Inflation	19 % – 33 %
Ohne Schwellenwert; volle Anpassung an Inflation, aber berechnet nach § 9 a Abs. 1 Satz 5 ErbbauVO (Bauwerk für Wohnzwecke)	17 % – 30 %

Der Notar wird sich daher bei der Bemessung des Zuschlags in Höhe von 20 % für die allermeisten Fälle auf der sicheren Seite befinden.

Gleichzeitig entschied der Senat Folgendes:

– Ist der Grundstückseigentümer mit dem Vorkaufsberechtigten am Erbbaurecht identisch, ist die Wahrscheinlichkeit einer Ausübung des Vorkaufsrechtes nach den getroffenen vertraglichen Regelungen und den tatsächlichen Umständen gegenüber durchschnittlichen Fällen nicht so deutlich verringert, dass aus Rechtsgründen ein Abweichen vom Regelgeschäftswert des § 20 Abs. 2 KostO geboten ist. Zu ergänzen ist hierzu, dass im Einzelfall auch ein Abschlag vom Regelwert aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts unwahrscheinlich ist.

– Geben die Vertragsparteien im Vertrag einen höheren Grundstückswert an, als sich aus den Bodenrichtwerten ergeben würde, ist dieser bei der Bewertung in der Regel maßgebend.

## 4. Beschluss vom 14.3.2006, 32 Wx 6/06 und 32 Wx 7/06 (nicht veröffentlicht)

### Bedeutung der Beleihung mit Grundpfandrechten für den Grundstückswert

Bei Kaufverträgen zwischen verbundenen Unternehmen (vgl. § 15 AktG) ist es nicht ungewöhnlich, dass sich der Kaufpreis nicht nach dem objektiven Wert bemisst. Bei der Bemessung des Geschäftswerts sind nach der in einer Grundbuchsache ergangenen Entscheidung Anhaltspunkte für die Schätzung heranzuziehen, die sich insbesondere dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Beteiligten, Grundstücksbelastungen, amtlich bekannten oder aus den Grundakten ersichtlichen Tatsachen oder Vergleichswerten (z. B. Brandversicherungswerte) usw. ergeben. Die Grundstücksbelastungen mit Grundpfandrechten zugunsten von Realkreditinstituten sind regelmäßig in Höhe ihres Nennwerts ausreichende Anhaltspunkte für die Bewertung (vgl. auch OLG Hamm, Rpfleger 1980, 243; BayObLG, Rpfleger 1978, 70). Dies gilt auch für sonstige Kreditinstitute und ausländische Kreditinstitute, da üblicherweise Banken in der Regel keine überhöhten Kredite geben und der Eigentümer regelmäßig schon wegen der Gebührenberechnung für die Grundschulden nicht bereit ist, deutlich überhöhte Grundschulden eintragen zu lassen. Etwaige Unsicherheiten sind durch Sicherheitsabschläge zu berücksichtigen. Bei Beleihungen durch ausländische Banken ist ein Sicherheitsabschlag von 50 % aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

## 5. Beschluss vom 6.6.2006, 32 Wx 74/06

Fundstellen: MittBayNot 2007, 159 (in diesem Heft); FGPrax 2006, 180; OLG-Report München 2006, 807

### Zur Berücksichtigung einer im Verfahren der weiteren Beschwerde eingereichten Kostenrechnung und zu Aufklärungspflichten des Notars und des LG zu den Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 KostO

Ein Notar beurkundete einen landwirtschaftlichen Übergabevertrag. Wegen Unkenntnis des § 19 Abs. 4 KostO machte der Übernehmer keine Angaben zur Fortführungsabsicht. Eine Nachfrage zur Fortführungsabsicht durch den Notar erfolgte nicht. In der Kostenrechnung ist der Notar dem Zitiergebot hinsichtlich der Auslagen nicht nachgekommen, hat jedoch im Verfahren der weiteren Beschwerde auf Hinweis des Berichterstatters des Senats eine erneute dem Zitiergebot genügende Rechnung eingereicht. Der Senat hat den die Kostenbeschwerde des Hofübernehmers zurückweisenden Beschluss des LG und die Kostenrechnung nicht schon wegen Verletzung des Zitiergebots aufgehoben, da eine vom Notar im Rechtsbeschwerdeverfahren zu den Akten gegebene Kostenrechnung aus Gründen der Verfahrensökonomie ausnahmsweise auch im Verfahren der weiteren Beschwerde berücksichtigt werden kann. Gleichwohl wurde der Beschluss mangels ausreichender Klärung der Fortführungsabsicht aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen. Gibt nämlich der Übernehmer eines landwirtschaftlichen Betriebs mangels Kenntnis des § 19 Abs. 4 KostO keine Erklärung zu seiner Fortführungsabsicht ab und ist das Fehlen derselben nicht schon aus dem Vertragsinhalt offensichtlich, hat der Notar bei der Beurkundung und das Gericht im Beschwerdeverfahren nachzufragen.

Zur Fortführungsabsicht hat der Senat entschieden: Maßgebend ist die Absicht des Übernehmers im Zeitpunkt der Übergabe. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei den Erklärungen des Übernehmers zu. Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit dieser Angaben und bei der Klärung der Frage, welche Angaben der Übernehmer bei gehöriger Aufklärung durch den Notar gemacht hätte, dürfen nachträgliche Entwicklungen nicht außer Betracht bleiben. Im Übrigen hat der Senat seine im Beschluss vom 24.10.2005 (MittBayNot 2006, 353 = ZNotP 2006, 119) dargelegte Auffassung bestätigt.

## 6. Beschluss vom 13.6.2006, 32 Wx 78/06

Fundstellen: MittBayNot 2007, 76 (nur Leitsatz); OLG-Report München 2006, 627; ZIP 2006, 1795; Rpfleger 2006, 573

### Vereinbarkeit der Handelsregistergebührenverordnung (HRegGebV) mit Europarecht bei einer Vielzahl von inhaltsgleichen Eintragungen

An einer Aktiengesellschaft beteiligte sich eine Vielzahl von Personen mit einzelnen Verträgen als atypische stille Gesellschafter; diese Verträge waren als Teilgewinnabführungsverträge im Handelsregister einzutragen. Gegen die Kostenrechnung wandte die beschwerdeführende Aktiengesellschaft ein, dass die Berechnung der Eintragungsgebühr für jeden einzelnen Gesellschaftsvertrag nach § 2 Abs. 2 HRegGebV gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 geänderten Fassung) wegen der Synergie-

effekte verstöße. Während das LG dieser Auffassung noch gefolgt war, entschied der Senat, dass die Anwendung des § 2 Abs. 2 HRegGebV für die Eintragung einer Vielzahl von inhaltsgleichen Tatsachen jedenfalls dann nicht gegen die oben genannte Richtlinie verstöße, wenn das Registergericht nicht nur die formellen, sondern auch – wie hier – die materiellen Eintragungsvoraussetzungen zu prüfen hat.

## 7. Beschluss vom 27.6.2006, 32 Wx 102/06

Fundstellen: OLG-Report München 2006, 646 (nur Leitsatz)

### Geschäftswert bei Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO

Der Geschäftswert für ein Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO hat sich am Interesse des beschwerdeführenden Beteiligten an der Vornahme der Amtshandlung zu orientieren. Geht es um die Löschung eines Grundpfandrechts, so ist in der Regel der dem Pfandrecht nach Vorbringen des Gläubigers noch zugrundeliegende valutierte Darlehensbetrag und nicht der im Grundbuch eingetragene Nennbetrag maßgebend.

## 8. Beschluss vom 23.8.2006, 32 Wx 127/06

Fundstelle: OLG-Report München 2006, 871

### Rechtsmittel gegen eine die Prozesskostenhilfe versagende Entscheidung des LG in Notarkostensachen

Gegen eine die Prozesskostenhilfe versagende Entscheidung des LG in einer Notarkostensache nach § 156 KostO ist das dagegen erhobene Rechtsmittel eine sofortige weitere Beschwerde und nur zulässig, wenn das LG sie zugelassen hat.

## 9. Beschluss vom 21.8.2006, 32 Wx 135/06

Fundstelle: MittBayNot 2007, 76 (nur Leitsatz); OLG-Report München 2006, 845

### Zulässigkeit der Erhebung von Grundbuchgebühren in Folge der Durchführung einer Ausgliederung

Eine Kommanditgesellschaft gliederte verfahrensgegenständliche Grundstücke mit Ausgliederungsplan in die neu gegründete Tochtergesellschaft aus. Etwas später verkaufte diese den gesamten verfahrensgegenständlichen Grundbesitz einem anderen mit ihr verbundenen Unternehmen, und erklärte die Auflassung. Das Grundbuchamt berechnete sowohl für die Berichtigung des Grundbuchs wegen der Ausgliederung als auch für die Eintragung des neuen Eigentümers wegen der Auflassung jeweils eine Gebühr nach § 60 Abs. 1 KostO. Gegen die Kostenrechnung wandte die Beschwerdeführerin ein, dass die Erhebung der Gebühren nach dem Geschäftswert verfassungswidrig sei und gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985 geänderten Fassung) verstöße. Dieser Auffassung folgte der Senat nicht. Ein Verfassungsverstoß ist nicht ersichtlich. Da der EuGH in seinem Urteil vom 15.6.2006 (C-264/04) entschieden hatte, die Einordnung der Eintragungsgebühr als zulässige Besitzwechselsteuer nach Artikel 12 Abs. 1 Buchstabe b der Richtlinie 69/335 in der Fassung der Richtlinie 85/303 in Ausnahme vom Verbot des Artikel 10 Buchstabe c der Richtlinie 69/335 sei möglich, liege auch kein Verstoß gegen Rechtsnormen der Europäischen Gemeinschaft vor.

## Grunderwerbsteuer und Immobilienleasing

– zugleich Anmerkung zu den BFH-Urteilen vom 11.4.2006, II R 28/05\*  
und vom 15.3.2006, II R 29/04, II R 11/05 und II R 28/04 –

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

Bislang hatte der BFH keine Gelegenheit gehabt, sich dazu zu äußern, unter welchen Voraussetzungen die Vereinbarung eines Leasingvertrages mit Ankaufsrecht eine Verwertungsbefugnis im Sinn des § 1 Abs. 2 GrEStG darstellt. Es lagen lediglich einzelne rechtskräftige, jedoch divergierende Urteile der Finanzgerichte<sup>1</sup> vor. Nunmehr hat der BFH die in der Literatur bisher überwiegend vertretene Rechtsauffassung bestätigt.<sup>2</sup>

Mit den vier Urteilen zum Immobilienleasing hatte der BFH kurz hintereinander gleich mehrmals die Gelegenheit, eine Trennungslinie zwischen grunderwerbsteuerfreier und grunderwerbsteuerbarer Vertragsgestaltung aufzuzeigen. Wenngleich in allen Fällen eine Grunderwerbsteuerpflicht abgelehnt wurde, muss beachtet werden, dass bestimmte Leasinggestaltungen weiterhin grunderwerbsteuerliche Folgen nach sich ziehen können.

### I. Die Steuertatbestände des § 1 Abs. 1 GrEStG und § 1 Abs. 2 GrEStG

Der Grunderwerbsteuer unterliegen gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG auch Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Die Vorschrift hat den Charakter eines sog. Ersatztatbestandes. Während durch die in § 1 Abs. 1 GrEStG geregelten Tatbestände die üblichen Rechtsvorgänge erfasst werden, die auf die Übereignung des bürgerlich-rechtlichen Eigentums abzielen, sollen über § 1 Abs. 2 GrEStG diejenigen Grundstücksgeschäfte erfasst werden, die zwar nicht auf den Erwerb des Eigentums selbst gerichtet sind, in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis jenen aber im Wesentlichen gleich kommen. Es werden Fälle erfasst, die vom Wechsel im Eigentum abgesehen, den in § 1 Abs. 1 GrEStG beschriebenen Erwerbsvorgängen so nahe kommen, dass sie es dem Erwerber ermöglichen, sich den Wert des Grundstücks für eigene Rechnung nutzbar zu machen.<sup>3</sup>

Grundsätzlich setzt der Erwerb der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis voraus, dass der Berechtigte nicht nur besitz- und nutzungsberechtigt ist, sondern auch an der Substanz des Grundstücks seinem Wert nach teil hat, gegebenenfalls also die Substanz angreifen kann.<sup>4</sup> Es ist ausreichend, dass der Berechtigte etwaige Wertsteigerungen gesichert realisieren kann. Nicht erforderlich ist dagegen, dass ihn auch Wertverluste belasten, weil § 1 Abs. 2 GrEStG den Erwerb einer Machtstellung der Grunderwerbsteuer unterwirft. Diese Stellung wird jedoch nicht dadurch geschmälert, dass dem Eigentümer des Grundstücks immer noch ein kleinerer oder größerer Teil der Risiken oder möglichen Nachteile seines Eigentums verbleibt.<sup>5</sup>

### II. Verwertungsbefugnis beim Immobilienleasing

Im vorgenannten Sinne ist § 1 Abs. 2 GrEStG (sofern nicht bereits ein Eigentumsverschaffungsanspruch im Sinn des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begründet wird) häufig bei den üblichen Verträgen zum Immobilienleasing erfüllt: Der Leasinggeber verpflichtet sich, auf einem von ihm zu erwerbenden (oder gleichzeitig erworbenen) Grundstück nach den Wünschen und Vorstellungen des Leasingnehmers ein Gebäude zu errichten und übernimmt die Aufgaben des Bauherren. Während der Laufzeit des unkündbaren Leasingvertrages hat er das Leasingobjekt uneingeschränkt dem Leasingnehmer zu Besitz und Nutzung zu überlassen. Der Leasingnehmer soll „wirtschaftlicher Eigentümer“ sein und hat Lasten und Gefahr sowie Instandhaltung, Unterhaltung und Erneuerung zu tragen. Dem Leasingnehmer wird nicht nur das Recht eingeräumt, die Übereignung des Grundstücks nach Ablauf des Leasingvertrages zu verlangen; er ist regelmäßig auch berechtigt, jederzeit während der Laufzeit des Vertrages durch Zahlung der Investitionskosten (abzüglich geleisteter Tilgungsraten) die Übertragung des (bebauten) Grundstücks zu fordern.<sup>6</sup> In diesen Fällen kann der Leasingnehmer letztlich uneingeschränkt nach seinem Belieben über das Grundstück verfügen, so dass § 1 Abs. 2 GrEStG tatbestandsmäßig erfüllt ist.<sup>7</sup> Zu beachten ist allerdings, dass dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums im Sinn des Ertragsteuerrechtes nach bisheriger Rechtsprechung zumindest indizielle Bedeutung zukam<sup>8</sup>, während der BFH nunmehr die ertragsteuerliche Behandlung der Leasingverträge für unbeachtlich hält.<sup>9</sup>

Ist demgegenüber der Leasingvertrag (wenn auch möglicherweise eingeschränkt) kündbar, verbleibt die Gefahr der zufälligen sowie der vom Leasingnehmer nicht zu vertretenden ganzen oder teilweisen Zerstörung des Leasingobjektes mit Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Leasingnehmers beim Leasinggeber und ist dem Leasingnehmer nicht jederzeit, sondern nur zu zwei unterschiedlichen Zeitpunkten das Recht gewährt, jeweils einmalig den Abschluss eines Kaufvertrages zu verlangen, so hat der Leasinggeber dem Leasingnehmer noch nicht die Verwertungsbefugnis im Sinn § 1 Abs. 2 GrEStG verschafft. Hat gar noch bei Nichtausübung des Rechts, das Leasingobjekt zu kaufen, der Leasingnehmer bezüglich ihm von vornherein oder von Fall zu Fall gestatteter baulicher Veränderungen den ursprünglichen Zustand wieder

\* MittBayNot 2007, 163 (in diesem Heft).

1 FG Köln, DStRE 2003, 1248.

2 Vgl. Hofmann, GrEStG, § 1 Rdnr. 75 ff.; Boruttau/Fischer, GrEStG, § 1 Rdnr. 669 a; Pahlke/Franz, GrEStG, § 1 Rdnr. 246.

3 Vgl. bereits BFH, BStBl II 1973, 709; BStBl II 2000, 627; vgl. ferner Hofmann, § 1 GrEStG Rdnr. 71.

4 BFH/NV 1991, 556.

5 BFH, BStBl II 1974, 251.

6 Hierzu ausführlich Hofmann, § 1 GrEStG Rdnr. 75.

7 BFH/NV 1996, 579 ff.

8 BFH, BStBl II 1970, 522 und BStBl II 1974, 773.

9 Vgl. BFH, MittBayNot 2007, 163 (in diesem Heft); BFH/NV 2006, 1702; 2006, 1704; DStR 2006, 1279 = ZNtP 2006, 340; sowie Boruttau/Fischer, § 1 GrEStG Rdnr. 688.

herzustellen, so erweist sich dieses Leasingverhältnis lediglich als besonderes Miet- bzw. Pachtverhältnis, das dem Nutzenden ebenfalls keine Substanzberechtigung dem Wert nach gewährt.<sup>10</sup>

Im Sinne dieser bisherigen Trennungslinie bewegen sich auch die vier Urteile des BFH vom 15.3.1006 bzw. 11.4.2006 (die teilweise auch wortgleiche Urteilsbegründungen aufweisen). Klargestellt wird, dass ein Leasingvertrag dann keine Verwertungsbefugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG begründet, wenn dem Leasingnehmer lediglich das Recht eingeräumt wird, zum Ablauf des Leasingvertrages den Abschluss eines Kaufvertrages über das Leasingobjekt herbeizuführen. Eine maßgebliche Verwertungsbefugnis besteht in der Regel nur, wenn der Leasingnehmer *jederzeit* die Übereignung des Grundstücks herbeiführen und sich dadurch den etwaigen Zuwachs des Grundstücks verschaffen kann. Keine Verwertungsbefugnis besteht somit auch dann, wenn dem Leasingnehmer lediglich ein außerordentliches Ankaufsrecht zusteht, das er nur unter im Vertrag näher bestimmten Voraussetzungen ausüben kann. In einer solchen Konstellation kann der Leasingnehmer nicht nach seinem Belieben wie ein Eigentümer über das Grundstück verfügen. Es fehlt ihm an der Möglichkeit, auch die Substanz des Grundstücks verwerten zu können. Der Grunderwerbsteuer unterliegt in derartigen Fällen vielmehr erst der durch das Ausüben des Ankaufsrechts herbeigeführte Kaufvertrag gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Sofern jedoch später das Ankaufsrecht ausgeübt und damit ein grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang ausgelöst wird, ist bei der Ermittlung der *Gegenleistung* für diesen späteren Erwerb neben dem vereinbarten Kaufpreis unter Umständen

auch der Teil des Nutzungsentgelts (Leasingraten) als „sonstige Leistung“ im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu berücksichtigen, soweit dieses Nutzungsentgelt den Rahmen der *Angemessenheit* und *Verkehrsüblichkeit* übersteigt und als Vorauszahlung auf den Kaufpreis in Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks anzusehen ist. Denn für die Annahme, dass die Leasingraten auch Vorauszahlungen auf die Substanz des Leasingobjekts enthalten, spricht der Umstand, dass die Höhe des vereinbarten Nutzungsentgeltes von der Höhe der Gesamtherstellungskosten abhängig ist.<sup>11</sup>

### III. Zusammenfassung

Der Abschluss eines Leasingvertrages begründet nur dann eine grunderwerbsteuerlich relevante Verwertungsbefugnis des Leasingnehmers im Sinn des § 1 Abs. 2 GrEStG, wenn der Leasingnehmer nach den Vertragsbestimmungen letztlich uneingeschränkt und beliebig über das Grundstück verfügen, also insbesondere jederzeit die Übereignung des Grundstücks herbeiführen kann. Hierdurch ist es ihm möglich, sich den etwaigen Wertzuwachs des Grundstücks zu verschaffen. Ein lediglich außerordentliches Ankaufsrecht für bestimmte Fälle reicht nicht aus für die Verwertungsbefugnis an der Substanz des Grundstücks. Vielmehr kommt dann erst durch die Ausübung eines etwaigen Ankaufsrechts ein Grunderwerbsteuerstatbestand, nämlich § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zur Anwendung. Für diesen späteren Grunderwerbsteuerstatbestand sind jedoch die Warnhinweise des BFH hinsichtlich der Bemessungsgrundlage (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG) zu beachten.

<sup>10</sup> Hofmann, § 1 GrEStG Rdnr. 75; a. A. offenbar FG Köln, EFG 2003, 1113 unter Einbeziehung von Wahrscheinlichkeitserwägungen.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Bruschke*, UVR 2002, 122 ff. zur Bemessung der Gegenleistung; ferner *Schneck/Pirkl/Erhardt*, BB 2004, 1658 ff. zu weiteren grunderwerbsteuerlichen Gestaltungsmöglichkeiten beim Immobilienleasing.

## TAGUNGSBERICHT

**Vertragsfreiheit im Ehevertrag? – Der aktuelle Stand der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen****Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 18.1.2007**Von Wiss. Mitarbeiter *Alexander Müller-Teckhof*, München

Am 18.1.2007 fand an der Ludwig-Maximilians-Universität München eine Veranstaltung zum aktuellen Stand der Inhaltskontrolle von Eheverträgen statt. Zielsetzung der Tagung, welche von der Forschungsstelle für Notarrecht in Kooperation mit der Landesnotarkammer Bayern, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. und der Universität München organisiert wurde, war es, der Zuhörerschaft aus Richtern, Notaren und Rechtsanwälten Arbeitshilfen für die Praxis und ein Diskussionsforum zu bieten, auf dem sich die verschiedenen Berufsgruppen über den aktuellen Stand der richterlichen Kontrolle von Eheverträgen und den Folgerungen für eine sachgerechte und beständige Vertragsgestaltung austauschen konnten.

Nach der Begrüßung durch den geschäftsführenden Leiter der Forschungsstelle, Professor Dr. *Johannes Hager*, der die überaus zahlreich erschienenen Teilnehmer in die Thematik einführte und die einzelnen Referenten vorstellte, sprach der Dekan der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, Professor Dr. *Rudolf Streinz*, ein Grußwort. Er hob die Arbeit der Forschungsstelle als verbindendes Glied von Wissenschaft und Praxis im Bereich der Universität hervor, und wies auf die Bedeutung der Vertragsgestaltung schon in der juristischen Ausbildung hin. Mit Genugtuung konnte der Dekan auch bekannt geben, dass der aktuelle Helmut-Schippel-Preis 2006 an ein Mitglied der Juristischen Fakultät der Universität München vergeben wurde.

Als erste Referentin sprach dann die Vorsitzende Richterin des für das Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs, Dr. *Meo-Micaela Hahne*, zur aktuellen Rechtsprechung des BGH im Bereich der Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Dr. *Hahne* stellte zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung bis zur wegweisenden Entscheidung des BGH vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270) dar. Unter breiter Zustimmung durch das Auditorium stellte die Referentin als Grundsatz fest, dass auch in Zukunft die Vertragsfreiheit der Beteiligten Grundsatz und Ausgangspunkt jeder richterlichen Beurteilung sei, gab aber zu bedenken, dass auf der anderen Seite auch die Vertragsparität der Beteiligten gewahrt bleiben müsse. Dies erfordere im Rahmen einer gerichtlichen Kontrolle von Vereinbarungen eine Würdigung der Gesamtumstände, eine Statusbestimmung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie eine Betrachtung der Verhältnisse zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung. Man habe als Richter im Rahmen der Inhaltskontrolle zu prüfen, welcher Eheschnittchnitt beabsichtigt gewesen sei, und wie er sich zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung tatsächlich darstelle. Festzuhalten sei, dass es keinen Mindeststandard an Scheidungsfolgen gebe, was sich aus §§ 1408, 1585 c und 1587 o BGB herleiten lasse.

Danach referierte *Hahne* die Grundaussagen des Urteils vom 11.2.2004 mit der richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen in zwei Stufen, zum einen durch eine Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB, zum anderen durch eine Ausübungskontrolle der vertraglichen Vereinbarungen nach

Maßgabe des § 242 BGB. Die Referentin stellte heraus, dass es im Rahmen der Gesamtwürdigung häufig um die Beweisbarkeit von beiderseitigen Vorstellungen gehe, und betonte eine sorgfältige Aufklärung und Dokumentation. Die im Einzelfall festgestellte Sittenwidrigkeit einzelner Klauseln nach § 138 Abs. 1 BGB führe nach § 139 BGB in der Regel zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Eine salvatorische Klausel könne nicht schablonenartig verwendet werden, sondern sollte die Zielsetzungen und gedanklichen Verknüpfungen im Willen der Beteiligten im Vertrag offen legen. Auch das Vertrauen der Beteiligten in den Bestand der Vereinbarung müsse Berücksichtigung finden. Man komme in der Regel aber dann zur Gesamtnichtigkeit, wenn keine Belange ersichtlich seien, die für die Aufrechterhaltung des Restvertrages ohne die unwirksame Klausel sprächen. Im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB solle grundsätzlich nicht der ganze Vertrag wegfallen, sondern vorrangig eine Auslegung anhand des hypothetischen Parteiwillens stattfinden. In diesem Rahmen seien durch die richterliche Ausübungskontrolle ehebedingte Nachteile auszugleichen.

*Hahne* erläuterte die methodische Vorgehensweise des Gerichts an verschiedenen Entscheidungen des Senats aus jüngster Zeit. Nach welchen Maßstäben eine naheheuliche Versorgung vertragsgestalterisch zu bemessen sei, um nicht dem Risiko einer späteren richterlichen Ausübungskontrolle ausgesetzt zu sein, habe man noch nicht lückenlos ausdifferenziert, die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB komme jedoch in Betracht, wenn der Unterhalt nicht annähernd geeignet sei, die ehebedingten Nachteile auszugleichen. Nähere Konkretisierungen, wie auch eine Abgrenzung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage von der richterlichen Ausübungskontrolle, seien folgenden Entscheidungen vorbehalten. Eine Anpassung nach § 242 BGB solle beispielsweise nur dann stattfinden, wenn die Beteiligten von einer Relation der jeweiligen finanziellen Verhältnisse ausgingen und sich diese Relation nachträglich verändere. Eine Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB sei hingegen in einem Fall angenommen worden, in dem ein fester Betreuungsunterhalt vereinbart worden war, und schon bei Vertragsschluss absehbar war, dass durch die Geldentwertung der notwendige Eigenbedarf nicht dauerhaft gesichert sein werde, und keine Wertsicherungsklausel vereinbart worden sei, die dem Parteivortrag auch nicht im Wege der Aus-

legung habe entnommen werden können. Eine Sittenwidrigkeit sei hingegen beispielsweise dann zu verneinen gewesen, wenn nicht eine einseitige Lastenverteilung zwischen den Ehegatten vorliege, vielmehr jeder dasjenige behalten und bewahren wollte, was er zu Beginn der Ehe bereits hatte.

Als zweiter Referent sprach Notar Dr. *Christof Münch* aus Kitzingen zum Thema „Inhaltskontrolle von Eheverträgen – Auswirkungen auf die notarielle Vertragsgestaltung“. Er stelle als Erstes heraus, dass auch nach der Rechtsprechung des BGH kein Halbteilungsgrundsatz für das Vermögen der Ehegatten gelte. Das Bundesverfassungsgericht habe nur das vollständige Fehlen einer Inhaltskontrolle bemängelt. Der Referent merkte kritisch an, dass die richterliche Ausübungskontrolle von Eheverträgen überhand nehme und betonte, dass eine privatautonome Vereinbarung aufgrund der Willensübereinstimmung der Beteiligten nicht ohne weiteres durch den Richter modifiziert werden dürfe. So begründe auch eine unmittelbar bevorstehende Hochzeit trotz möglicherweise bereits getroffener Vorkehrungen keine Pflicht zur Eheschließung.

Im verfahrensrechtlichen Zusammenhang sei gegebenenfalls bei ausländischen Beteiligten eine schriftliche Übersetzung auch schon des Entwurfes durch einen öffentlich beeidigten Dolmetscher vorzunehmen und zur Dokumentation eine ausreichende Aufbewahrungsfrist der Nebenakten zu verfügen. Im Hinblick auf die inhaltliche Ausgestaltung des Ehevertrages biete sich die Beifügung einer ausführlichen Präambel an, in der die grundsätzlichen Voraussetzungen der Abreden und Vorstellungen der Beteiligten festzuhalten seien. Auch eine Frage nach einer möglichen Schwangerschaft erlange hier Bedeutung; der Notar habe mit Fingerspitzengefühl und Einfühlungsvermögen aufzuklären und gegebenenfalls eine großzügige Zeitplanung anzuregen. Dann erörterte *Münch* die bereits aufgeworfene Fragestellung einer salvatorischen Klausel und vertrat die Auffassung, dass eine sogenannte Reduktionskaskade aus gestuften, gerade noch zulässigen Vereinbarungen das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion umgehe, eine zweite Regelungsstufe aber durchaus möglich und sinnvoll sei. Auch eine allgemeine Klausel des Ausgleichs aller ehebedingten Nachteile komme in Frage. Belehrungsvermerke der Urkundsperson seien zu intensivieren. Anzuraten sei, bei der Vertragsgestaltung verschiedene in der Zukunft mögliche Ehekonstellationen bereits bei Vertragsschluss zu berücksichtigen. Ein Totalverzicht erscheine nur noch in Ausnahmefällen und bei einzelnen Ehetypen möglich und sinnvoll. Die Vereinbarung fester Unterhaltsgrenzen als Kompensationsleistung solle vermieden werden.

Ungeklärt sei, wie sich die neue Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen zur geplanten Reform des Unterhaltsrechts verhalte. Der Referent wies ergänzend kritisch auf die Problematik der Unwirksamkeit von Pflichtteilsverzichteten seit der Hohenzollern-Entscheidung des BVerfG hin. Zudem sei das Verhältnis der richterlichen Ausübungskontrolle zum Wegfall der Geschäftsgrundlage klärungsbedürftig. Bei einer Scheidungsvereinbarung fehle zudem typischerweise eine

Unterlegenheit eines Beteiligten. Es stelle sich die Frage, ob eine Unwirksamkeit des Ehevertrages zu einer Statusänderung mit rückwirkender Anwendung der Regelungen des gesetzlichen Güterstandes wie § 1365 BGB führe und ob die Rechtsprechung vertragsgestalterisch zur steuerneutralen Ausgleichung des Zugewinns Verwendung finden könnte.

Als dritter Referent sprach Rechtsanwalt und Notar Dr. *Enno Popp* aus Celle zum Thema „Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen aus anwaltlicher Sicht“. Er setzte sich kritisch mit der Rechtsprechung des BGH auseinander und stellte die praktischen Auswirkungen eines Streits über die Wirksamkeit eines Ehevertrages in der anwaltlichen Beratung in den Vordergrund. Festzuhalten sei, dass durch die neue Rechtsprechung bei den Beteiligten und auch bei ihren Beratern eine große Rechtsunsicherheit entstanden sei. Das Problem sei, dass eine widerlegbare Vermutung für die Unwirksamkeit begründet werde, wenn in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingegriffen werde. Die richterliche Inhaltskontrolle mit dem Damoklesschwert der Unwirksamkeit der Vereinbarung beinhalte ein großes Streitpotential für die Parteien und der auf Sicherheit bedachte Berater werde gegebenenfalls prozessual zu einer gerichts- und anwaltsgebührenintensiven Zwischenfeststellungsklage auf Feststellung der Wirksamkeit des Ehevertrages gezwungen. *Popp* sprach sich daher dafür aus, im Zweifel eher eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB anzunehmen, als den Vertrag dem strengen Verdikt der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB zu unterwerfen. Die vom BVerfG entschiedenen Fälle seien zwar klare Fälle der Unwirksamkeit nach § 138 Abs. 1 BGB gewesen, andererseits müsse eine richterliche Kontrolle der Vereinbarung wohlüberlegt und besonnen geschehen. Der Referent betonte, eine schonend vorgenommene Ausübungskontrolle nach § 242 BGB müsse das richtigere Instrument einer Ehevertragskontrolle sein, und führte dies an den bereits im Vortrag von *Hahne* behandelten Entscheidungen näher aus.

In der anschließenden Diskussion ergab sich, dass die verschiedenen Blickwinkel der auf der Tagung vertretenen Berufsgruppen durchaus zu verschiedenen Präferenzen hinsichtlich einer Wirksamkeitskontrolle nach § 138 Abs. 1 BGB oder einer Ausübungskontrolle nach § 242 BGB führen. Einerseits wurde vorgebracht, dass eine Ausübungskontrolle der geringere Eingriff in den Vertrag sei, angeführt wurde aber auch, dass eine nur unter strengen Voraussetzungen stattfindende Wirksamkeitskontrolle in die Privatautonomie der Beteiligten letztlich weniger eingreife.

Ein anschließender Empfang bot für Referenten und die zahlreichen Teilnehmer der Tagung die Möglichkeit, die Diskussion in persönlichen Gesprächen fortzusetzen. Die weiteren richterlichen Ausdifferenzierungen der Rechtsprechung werden mit Spannung erwartet. Ein Tagungsband ist in Vorbereitung. Der interdisziplinäre Ansatz der Betrachtung aus richterlicher, notarieller und anwaltlicher Sicht soll im Zuge der nächsten Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht noch in diesem Jahr fortgesetzt werden.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Hoffmann-Becking/Rawert (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. 9., neubearb. und erg. Aufl., Beck, 2006. 1 967 S. 98 € + CD-ROM**

In einem lesenswerten Beitrag in der Festschrift für *Wilhelm Happ* (*Liber amicorum Wilhelm Happ*, 2006, S. 231 ff.) zur Bedeutung des Formularbuchs spricht Mitherausgeber *Rawert* davon, dass Formularbücher „sich auf dem Weg zur Hochkultur“ befinden. Das hier zu besprechende Beck'sche Formularbuch ist ein Beleg für die Richtigkeit dieser These. In nunmehr 9. Auflage seit 1978 und drei Jahre nach der Voraufgabe erschienen, wird es – soviel ist sicher – seine Stellung als aktuelles Pionier- und Standardformularbuch zum Wirtschaftsrecht am Markt behaupten. Eine der größten Stärken des Werks bleibt die Beschränkung auf einen Band, in dem Herausgeber und Autoren in erstaunlicher Dichte zahlreiche gerade auch für den Notar relevante Rechtsgebiete abdecken. Die inhaltliche Konzeption des Formularbuchs ist in der 9. Auflage, die sich auf dem Rechtsstand Juli 2006 befindet, im Wesentlichen unverändert. Das Werk wurde jedoch wie gewohnt zuverlässig aktualisiert. Vollständig neu bearbeitet wurden die Abschnitte allgemeines Schuldrecht und Kauf von beweglichen Sachen und Unternehmen (von *Meyer-Sparenberg*, Rechtsanwalt in Düsseldorf) sowie – für den Notar besonders interessant – der erbrechtliche Teil (von *Fenner*, Notarassessorin in Hamburg); neu aufgenommen ist der von *Risse* (Rechtsanwalt in Frankfurt/M.) verfasste Abschnitt zu Schiedsverfahren und alternativer Streitbeilegung. Der Umfang des Formularbuchs hat um gut 10 % zugenommen, der Preis ist nahezu unverändert, das Preis-Leistungs-Verhältnis damit nach wie vor erfreulich.

Inhaltliche Neuausrichtungen in den für den Notar interessantesten Formularen waren für diese Auflage insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH zu Inhaltskontrolle von Eheverträgen und im Gesellschaftsrecht durch die Rechtsprechung zu Mantel- und Vorratsgesellschaft veranlasst. Gut gelungen ist die knappe und instruktive Zusammenfassung der Rechtsgrundsätze zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen durch *Brambring* (S. 985 ff.), deren souveräne Umsetzung in die ehevertraglichen Vertragsmuster überzeugt. Beispielhaft erwähnt sei die moderate, wenngleich aussagekräftige Präambel für einen Ehevertrag junger Eheleute (S. 1005). Für die Praxis hilfreich ist auch das neue Formular IX. 3 zur Anmeldung der Verwendung einer Vorrats-GmbH, das auch zur Anmeldung der Verwendung eines gebrauchten GmbH-Mantels umgearbeitet werden kann. Die Erläuterungen von *Stephan* sind – der Natur des Formularbuchs geschuldet – knapp, wenngleich mit klug ausgewählten weiterführenden Literaturhinweisen versehen.

Dass es sich bei Mustertexten in der Tat um „geronnene Erfahrung der Fachleute“ (*Rawert*, a. a. O., S. 236) handelt, die sich gleichzeitig an die stets im Wandel befindlichen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs anzupassen haben, wird dem Benutzer vor allem beim Studium der neubearbeiteten Teile zum allgemeinen Schuldrecht samt Kauf, insbesondere Unternehmenskauf exemplarisch verdeutlicht. So bietet *Meyer-Sparenberg* in seinem Bearbeitungsteil neue Formulare, die den praktischen Bedürfnissen bei der Gestaltung von Unternehmenstransaktionen moderner Prägung geschuldet sind (z. B. II. 6:

Haftungsausschluss in Informationsmemorandum, II. 7: Vertraulichkeitsvereinbarung, III. A. 3: Absichtserklärung, III A. 4: Fragebogen zur rechtlichen Due Diligence, III. A. 11: Closing Memorandum). Auch das Formular zum Unternehmenskauf (GmbH-Anteile) unter III. A. 5 ist vollständig neu gefasst. Struktur und der deutlich erweiterte Umfang des Vertragstextes machen den Einfluss anglo-amerikanisch geprägter Vertragsgestaltung auf den modernen Unternehmenskauf deutlich. Allerdings verwendet *Meyer-Sparenberg* englische Begriffe angenehm zurückhaltend, was vor dem Hintergrund der Gepflogenheit der Praxis, zunehmend auch Transaktionen zwischen deutschen Parteien in englischer Sprache zu verfassen, nicht immer einfach scheint, dem Bearbeiter indes gut gelingt. Den wachsenden Einfluss des Englischen auf die Kautelarpraxis berücksichtigen auch die neuen zweisprachigen Formulare III. A. 10 (Kauf- und Übertragungsvertrag über Geschäftanteile [Kurzform]) und III. A. 12 (Kaufvertrag nach UN-Kaufrecht). Die Mustertexte Schiedsgutachtenvereinbarung und Schiedsklausel (II. 10) und Vergleich mit Rücktrittsvorbehalt (II. 14) hätte man systematisch durchaus auch dem (neuen) Abschnitt Schiedsverfahren und alternative Streitbeilegung zuordnen können.

Für den Notar von besonderem Interesse ist die vollständige Neubearbeitung des erbrechtlichen Teils durch *Fenner*. Der wachsenden Bedeutung des Erbrechts in der Praxis entsprechend hat der Umfang dieses Abschnitts um gute 33 % im Vergleich zur Voraufgabe zugenommen. Zum Teil ist der größere Umfang indes auch der größeren Ausführlichkeit der Mustertexte geschuldet, insbesondere recht umfangreichen Belehrungen. Reizvoll bleibt an diesen Mustertexten – wie bei der Bearbeitung in den Voraufgaben durch *Graf zu Castell* – die „notarielle Perspektive“ der Bearbeiterin. Anders als in den Voraufgaben sieht die Neubearbeitung von einer eher formal ausgerichteten Untergliederung ab, sondern orientiert sich primär an typischen materiellen Gestaltungsfragen. Auch komplexe Gestaltungen wie das Unternehmertestament oder das Testament bei behinderten Abkömmlingen werden nicht ausgespart, sondern zwar dicht, aber instruktiv anhand lebensnaher Sachverhalte erläutert. Von Praxisnähe und erbrechtlichem Augenmaß geprägt ist auch manche Anmerkung zu in der Praxis durchaus verbreiteten Gestaltungen, so eine gewisse Zurückhaltung gegenüber dem „klassischen“ Geschiedentestament (VI. 4 Anm. 1, mit dem berechtigten Hinweis auf Befristungen oder Herausgabevermächtnisse als Ausweichgestaltungen) und gegenüber Pflichtteilklauseln (VI. 8 Anm. 6) oder die kritische Haltung zu Wiederverheirungsklauseln (VI. 10 Anm. 1 a. E.). Wie die Voraufgabe beschränkt sich auch die Neubearbeitung nicht auf Formulare zur Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen, sondern bietet auch Mustertexte für die erbrechtliche Praxis nach Eintritt des Erbfalls und arrondierende Gestaltungen wie z. B. das Schenkungsversprechen von Todes wegen gem. § 2301 Abs. 1 BGB, usw. Der in Mustertext VI. 29 behandelte Grundfall einer Grundstücksüberlassung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge ist zwar einerseits durch die Schenkungsformulare unter III. C. bereits bearbeitet, andererseits in den Anmerkungen ausführlicher als diese. Die erbschaftsteuerrechtlichen Hinweise in den Anmerkungen wurden allgemein deutlich erweitert.

Der Neubearbeitungsteil von *Risse* zu Schiedsverfahren und alternativer Streitbeilegung ist knapp gehalten, mag indes

einen guten Einstieg in die Materie ermöglichen. Aus der Fülle der in dem Formularbuch angebotenen Arbeitshilfen verdienen noch die bereits in der Voraufgabe enthaltenen, vorzüglichen Vollmachtsformulare von *Rawert* Erwähnung, insbesondere die zweisprachigen internationalen Vollmachten (I. 41–45).

Vor allem wegen seiner Kompaktheit, seiner Aktualität und seiner Qualität ist auch die 9. Auflage des Beck'schen Formularbuchs ohne Vorbehalt zur Anschaffung zu empfehlen, auch Notarassessoren als zuverlässiger Begleiter bei Auswärtsvertretungen oder Verwaltungen.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Hof

### **Burbulla: Der Vorkaufsfall im Zivilrecht. Heymanns, 2006. 170 S., 42 €**

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung hat ihre junge Schriftreihe in Band 23 um die Promotionsarbeit von *Rainer Burbulla*, *Der Vorkaufsfall im Zivilrecht*, Diss. Bochum 2005, erweitert. Die Arbeit erfreut durch klare Sprache, saubere Gliederung und ein gutes Inhaltsverzeichnis. Inhaltlich fällt sie durch ein enges Verständnis der Vorkaufssituationen auf, die aus sich heraus zwar stimmig ist. Für die Praxis bedeutsam aber ist, dass sie nicht an die Rechtsprechung des BGH anknüpft. Typisch für eine Promotionsarbeit behandelt der Autor die Begründung des BGH wie (irgend-)eine Kommentarmeinung und kommt zu einem – nicht unsympathischen, aber zu engen – Vorkaufsbegriff. Seine Argumentation stützt er im Wesentlichen auf den Gesetzeswortlaut und historische Recherchen sowie die Erwägung, dass der Gesetzgeber mehrfach den Gesetzeswortlaut über Verkaufsfälle hinaus hätte ausdehnen können (S. 30), wenn er das gewollt hätte. Das zieht gerade nicht. Indem der Gesetzgeber zuletzt bei der Schuldrechtsreform 2002 die Vorkaufsvorschriften inhaltlich unverändert übernahm, bestätigte er gerade die BGH-Rechtsprechung. Nur so kann die richterliche Praxis die ihr vorgelegten Fälle auch entscheiden, die eine etwaige Umgehungsabsicht bekanntlich gerade verbergen. Zwar wird dem Verkäufer in der Regel jedenfalls nach Überlegung gleich sein, ob ihm der Vorkaufsberechtigte oder „sein Käufer“ den Kaufpreis zahlt. Die Situation ist aber regelmäßig anders geprägt, nämlich durch das Interesse des Käufers am Erwerb. Der Käufer wendet Kraft, Zeit und Geld auf den Kauf auf, will diesen Aufwand nicht durch den Vorkaufsberechtigten frustriert sehen und drängt darum auf fantasievolle Gestaltung. Der Richter steht genau vor dem Problem, nicht erkennen zu können, was der Befriedigung dieses Interesses und was der Besonderheit des individuellen Falls zuzuschreiben ist.

Für die notarielle Tätigkeit ist das Buch gleichwohl ein Gewinn, hebt es doch genau die Problematik der grundsätzlichen engen Tatbestandlichkeit heraus, in der ein Vorkaufsrecht ausübbar ist. Soweit die Beteiligten und die Umstände dem Notar also eine Gestaltung erlauben, wird er die teilweise Verfehltheit der gesetzlichen Regelung durch erweiterte Vertragsgestaltung ausgleichen und ein Ankaufsrecht vorschlagen. Danach wird der Begünstigte zum Ankauf regelmäßig dann berechtigt sein, wenn eine Veräußerung oder sonstige zu beschreibende Änderung der Situation – bei einer Gesellschaft als Eigentümer etwa Änderungen im Gesellschafterbestand – eintritt, die wirtschaftlich einem Verkauf nahe kommt. Ankaufspreis mag in Verkaufssituationen der vom Dritten gebotene Kaufpreis sein, sonst ein gutachterlich oder wie auch immer zu bestimmender Verkehrswert. Solche Rechte lassen sich grundbuchlich vormerken.

Verdienstvoll auch die Hervorhebung *Burbullas*, dass diese Überlegungen nur beim grundbuchlich gesicherten Vorkaufsrecht gelten. In allen anderen Fällen sind der juristische Gestalter und der Vorkaufsberechtigte auf die Mittel des Schadensersatzes oder/und der Vertragsstrafe angewiesen, die vor allem in einem vernünftigen Mix eine klare und einfache Regelung ermöglichen. Sehr verdienstvoll auch *Burbullas* Schlussbemerkung, dass das Vorkaufsrecht eine echte Belastung darstellt. Bekanntlich kann das Vorkaufsrecht eine Zeitspanne der Ungewissheit und Verzögerung bedeuten, die manchen Käufer abschreckt, denn der Vorkaufsberechtigte hat zwei Monate Überlegenszeit. Das Vorkaufsrecht kann auch bei Belastungen ein Hindernis darstellen, da ein Gläubiger häufig den Rangrücktritt des Vorkaufsrechts hinter sein Grundpfandrecht zur Auszahlungsvoraussetzung macht; das dingliche Vorkaufsrecht wirkt bekanntlich wie eine Vormerkung. Schließlich lösen Begründung, Eintragung und Löschung nicht unerhebliche Kosten aus. Für den lesenden Notar folgt: Lasst uns sehr vorsichtig sein, ein Vorkaufsrecht anzuraten.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

### **Reul/Heckschen/Wienberg: Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis. Beck, 2006. 367 S., 38 €**

Allein für das Jahr 2005 verzeichnete das Statistische Bundesamt 136 554 Insolvenzen in Deutschland, für das Jahr 2004 118 274 ([www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php](http://www.destatis.de/basis/d/insol/insoltab1.php) [10.12.2006]). Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen ist zwar 2005 und 2006 zurückgegangen. Gründe dafür könnten die bessere Konjunktur und eine gewisse Marktberuhigung durch die Vielzahl der Fälle in den davor liegenden Jahren

sein. Dafür sind die Verbraucherinsolvenzverfahren und die sog. Kleinverfahren exponentiell gestiegen. Aber auch die (Firmen-)Regelinsolvenzen bewegen sich trotz des beschriebenen Rückgangs noch immer auf einem sehr hohen Niveau. Angesichts dieser andauernden Insolvenzwelle haben die Bezüge zum Insolvenzrecht in der alltäglichen Arbeit der Notare an Bedeutung gewonnen. In dem nunmehr soeben als 15. Band in der Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts erschienenen Werk „Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis“ gehen *Reul*, *Heckschen* und *Wienberg* auf die spezifischen

Bedürfnisse des Vertragsjuristen ein. Das Buch versteht sich weder als Kommentar noch als eine systematische Darstellung des gesamten Insolvenzrechts nach Art eines Lehrbuchs. Vielmehr werden, einer sehr übersichtlichen Gliederung folgend, praxisorientierte typische Fragestellungen bündig dargestellt, wie sie in der alltäglichen Arbeit des Kautelarjuristen auftreten.

Insgesamt besteht das Werk aus 17 Teilen: Teil A gibt einen allgemeinen Überblick über das deutsche Insolvenzrecht, in dem kurzgefasst der Gang eines Insolvenzverfahrens geschildert wird. Mit der Einführung der Insolvenzordnung verfolgte der Gesetzgeber das erklärte Ziel, mehr Sanierungen zu ermöglichen als unter der Geltung der Konkursordnung. Letztlich war beabsichtigt, durch den vermehrten Erhalt von Unternehmen oder Unternehmensteilen die Vernichtung von Vermögen zu reduzieren und Arbeitsplätze zu erhalten. Hierbei hatte man vor allem das US-amerikanische Vorbild im Auge und kreierte als Kernstück der Reform den auf S. 11 ff. behandelten Insolvenzplan. In der Praxis hat sich dieser jedoch so gut wie nicht durchgesetzt. Das ist wohl auf die Komplexität der Bestimmungen und darauf zurückzuführen, dass die Mentalität der deutschen Unternehmer nicht mit der im anglo-amerikanischen Bereich bestehenden Einstellung vergleichbar ist. Hierzulande wird es – anders vielleicht als in den USA – nach den Erfahrungen der Insolvenzverwalter überwiegend als „Schande“ betrachtet, zahlungsunfähig zu werden. Es wird in der Hoffnung auf Besserung vielfach versucht, den Betrieb möglichst lange fortzuführen mit der Folge, dass keine ausreichende Substanz für einen Insolvenzplan mehr vorhanden ist.

Teil B behandelt vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten mit Rücksicht auf eine potenzielle Insolvenz. Der Abschnitt „Schutz im Fall der eigenen Insolvenz“ gibt ausführliche und für die Praxis sehr hilfreiche Hinweise zur Störfallvorsorge vor der eigenen Insolvenz unter Berücksichtigung des Anfechtungs- und Strafrechts. Dort findet der Leser beispielsweise Ausführungen zu Themen wie Vermögensübertragung mit Rückforderungsrechten und mit vorbehaltenen Nutzungsrechten sowie Pfändbarkeit derartiger Rechte. Im Abschnitt „Schutz im Falle der künftigen Insolvenz des Vertragspartners“ werden u. a. Inhalte erörtert wie die dingliche Sicherung schuldrechtlicher Leistungspflichten für den Fall der Insolvenz des anderen Vertragsteils (durch Grundpfandrechte, Dienstbarkeiten, Sicherungsnießbrauch, Dauernutzungsrecht), das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und die Eintragung einer Vormerkung (auch Details wie auf S. 53 die in dieser Zeitschrift kontrovers diskutierte Frage nach der Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Tragung der Lastenfreistellungskosten aus der Masse im Fall der Freigabe, vgl. *Kesseler MittBayNot 2005, 108*, *Amann MittBayNot 2005, 111*), die Folgen der Insolvenz des Erst- und des Zweitverkäufers bei der Kettenauflassung sowie Lösungsklauseln für den Fall der Insolvenz des Vertragspartners.

Teil C beschäftigt sich mit dem Schicksal von Vollmachten im Fall der Insolvenz, d. h. dem Erlöschen der vom Insolvenzschuldner erteilten Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO, dem Einfluss der Insolvenz auf die dem Notar erteilten Vollzugsvollmachten nach § 24 BNotO, § 53 BeurkG sowie die Erteilung von Vollmachten durch den Insolvenzverwalter und deren Erlöschen. Nach Erörterungen zur Freigabe durch den Insolvenzverwalter in Teil D werden in Teil E verschiedene Fallgruppen der Umschreibung von Vollstreckungsklauseln behandelt, so die Umschreibung für und gegen den Insolvenzverwalter, bei Wechsel des Insolvenzverwalters, für und gegen den vorläufigen Verwalter, im Verbraucherinsolvenzver-

fahren, im Restschuldbefreiungsverfahren und nach Beendigung des Insolvenzverfahrens.

Die Teile F bis I befassen sich mit berufsrechtlichen Aspekten des Insolvenzrechts, nämlich der notariellen Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter, der Verweigerung der Amtstätigkeit durch den Notar, strafrechtlichen Fragen, insbesondere der Problematik der möglichen Beihilfe des Beraters zur Insolvenzstraftat, und notariellen Belehrungspflichten über Anfechtungsvorschriften, Restschuldbefreiung und wirtschaftliche Schwierigkeiten. Teil J geht auf die Insolvenzanfechtung ein, deren allgemeine Voraussetzungen, die einzelnen Anfechtungstatbestände, die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger und die Rückschlagsperre nach § 88 InsO. Die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung bilden einen zentralen Komplex der Insolvenzordnung und wurden im Vergleich zur Konkursordnung beträchtlich ausgeweitet und präzisiert. Mit den §§ 129 bis 147 InsO ist dem Insolvenzverwalter ein umfangreiches Instrumentarium für die Anfechtung von Rechtshandlungen an die Hand gegeben. Auf diese Anfechtungsproblematik geht das Buch ausführlich und in sehr kompetenter Weise ein. Der Notar ist immer wieder mit solchen potentiell anfechtbaren Handlungen befasst, mit denen noch dazu oft hohe Vermögenswerte übertragen oder als Sicherheiten entgegengenommen werden sollen. Man denke z. B. an Grundschuldbestellungen im Zeitraum der Krise oder die Schenkung von Grundstücken oder Übertragung unter Preis an nahe Verwandte. Die Lektüre des Buches schärft den Blick des Notars für solche Vorgänge und hilft ihm, seiner Belehrungspflicht über die Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung nachzukommen.

In Teil K wird der Einfluss der Insolvenz auf die Abwicklung eines bestehenden Grundstückskaufvertrags geschildert, differenzierend nach den Fallgruppen Insolvenz des Verkäufers und des Käufers sowie verschiedenen Zeitpunkten der Insolvenzeröffnung. Dabei werden Fragen der Sicherung der Lastenfreistellung ebenso behandelt wie Vollzugsprobleme für den Notar. Teil L ergänzt diese Ausführungen mit Hinweisen zu den Besonderheiten beim Bauträgervertrag. Teil M widmet sich dem Abschluss neuer Kaufverträge durch den Insolvenzverwalter. Auf allgemeine Ausführungen wie z. B. zum Umfang der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, auch des vorläufigen Insolvenzverwalters und des Treuhänders, zum Zustimmungsvorbehalt der Gläubigerversammlung, zur Unternehmereigenschaft des Insolvenzverwalters nach § 14 BGB und zum Ausschluss des Vorkaufsrechts beim Verkauf durch den Insolvenzverwalter folgen hier detaillierte Erörterungen über den Gewährleistungsausschluss, insbesondere im Bauträgervertrag, die Haftung für öffentliche Lasten, die Haftung des Insolvenzverwalters und den fehlenden Schutz des guten Glaubens an den Insolvenzvermerk und die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters.

In Teil N wird das Thema Gesellschaftsrecht und Insolvenz abgehandelt, und zwar sowohl der Gesellschaft als des Gesellschafters, in Teil O der Unternehmenskauf in der Insolvenz. Erbrechtliche Aspekte behandelt Teil P in den Abschnitten „Haftung und Haftungsbeschränkungen beim überschuldeten Erblasser“, „Testamentsgestaltung beim überschuldeten Erben“, „Regelungen für den Fall des Wegfalls der Überschuldung“ und „Verzicht auf erbrechtliche Positionen“. Der letzte Teil Q geht schließlich auf familienrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Insolvenz ein.

Als Fazit lässt sich ziehen: Das Buch eignet sich für den Kautelarjuristen hervorragend sowohl als allgemeiner Einstieg in die speziell für seine Arbeit interessierenden Fragen des Insolvenzrechts als auch als Nachschlagewerk im beruflichen

Alltag. Bei dem von den Autoren gewählten Gang der Darstellung und dem übersichtlichen Inhaltsverzeichnis stößt der Benutzer schnell auf die Fallkonstellation, mit der er gerade befasst ist. Wer vertieft nachlesen möchte, findet aktuelle Rechtsprechungsätze und weiterführende Literatur im Fußnotenapparat. Musterformulierungen enthält das Werk allerdings nicht. Angesichts der wertvollen Arbeitshilfen, die die-

ses Buch in der alltäglichen Praxis des Kautelarjuristen bietet, und einem Preis von nur 38 € macht sich die Anschaffung auf jeden Fall schnell bezahlt.

Notar Dr. *Johann Mayr*, Neustadt a. d. Aisch, und Rechtsanwalt und vereidigter Buchprüfer *Hans Raab*, Fachanwalt für Insolvenzrecht, Emskirchen

### **Coeppicus: Sterbehilfe, Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht. Klartext, 2006. 183 S., 15,90 €**

1. Der Autor *Rolf Coeppicus* war vor seinem Ruhestand Amtsrichter im Dezernat Vormundschaftsrecht/Betreuungsrecht. Er hat mit dem hier zu besprechenden Buch seine berufliche Erfahrung in Empfehlungen für juristische Laien zusammengefasst. Anschaulich schildert er Anhörungen mit Betroffenen oder dem Pflegepersonal, etwa auf S. 80 f. Den größten Raum widmet *Coeppicus* dabei der Patientenverfügung (S. 7–110), mit insgesamt elf Unterkapiteln, wobei die Verfügung zum Abbruch lebenshaltender Maßnahmen im Vordergrund steht. Es schließen sich kürzere Erörterungen zur Vorsorgevollmacht (S. 111–129), Betreuungsverfügung (S. 130–135) und Pflegeverfügung (S. 136–140) an. Sodann geht er auf Nebenaspekte zur Patientenverfügung ein, indem er etwa Hinweise zur Urkundsaufbewahrung oder zu (Notar-)Kosten gibt. *Coeppicus* diskutiert schließlich anderweitig veröffentlichte Muster von Patientenverfügungen, was in einen eigenen Formulierungsvorschlag mündet. Ein ausführliches Stichwortverzeichnis rundet das Werk ab.

2. Aus seiner eigenen Auffassung macht *Coeppicus* dabei keinen Hehl: Die durch die PEG-Sonde ermöglichte langjährige künstliche Ernährung (zum medizinisch-technischen Hintergrund etwa S. 9 f.) und das daraus folgende Siechtum bei regelmäßig eingeschränkter bis nicht vorhandener Ausdrucksfähigkeit lehnt er für sich als menschenunwürdig ab, wobei er sich hier aber im Konsens mit einer weitverbreiteten Wertvorstellung in unserer Gesellschaft sieht (S. 76–81). Daran hält er fest trotz der Tatsache, dass der Demenzkranke dem Außenstehenden oftmals innerlich zufrieden erscheint (S. 107 f., S. 78). Um in diesen Fällen gegenüber Ärzten und medizinischem Personal eine Beendigung des auf unabsehbare Zeit drohenden Siechtums durchsetzen zu können, aber auch, um die Angehörigen bei der Entscheidung zum Behandlungsabbruch zu entlasten (S. 11), rät er dringend zu einer Patientenverfügung. So stellt er auf S. 106 fest, dass die Weigerung von Ärzten, Pflegenden und Heimen, Patientenverfügungen und Patientenwillen umzusetzen, nicht hingenommen werden muss. Es könnten – oft erfolgreich – verschiedene Maßnahmen ergriffen werden. Er betont dabei, dass diese Patientenverfügung keine Bedeutung habe, solange der Patient bei der Behandlung einsichts- und äusserungsfähig sei (S. 52).

3. Nach einer Darstellung der verschiedenen Kategorien der Sterbehilfe (aktive/passive/indirekte Sterbehilfe, „Hilfe zum Sterben“ und Behandlungsabbruch, S. 22–42, wo er auch auf die medizinische Begrifflichkeit, also die häufigsten Behandlungsmethoden eingeht) stellt *Coeppicus* die Entscheidung des BGH vom 17.3.2003 in den Mittelpunkt und betont die Bindung der Patientenverfügung bis zu ihrem Widerruf, und zwar auch dann, wenn sie „abstrakt“, d. h. außerhalb eines

konkreten Krankheitsbildes errichtet wurde (S. 58). Die Bindung könne bei der Entwicklung neuer, nicht vorhersehbarer Heilmethoden entfallen (S. 67), nicht aber schon im Falle der Demenz aufgrund der allgemeinen Annahme des Lebenswillens jeder Kreatur (S. 107 f.).

4. In einzelnen Punkten stimme ich *Coeppicus* nicht zu.

a) So halte ich die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung des Behandlungsabbruches mit dem BGH im „Kemptener Fall“ (Urteil vom 13.9.1994, 1 StR 357/94, NJW 1995, 204) aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses aus § 1904 BGB immer für erforderlich, nicht nur in Konfliktfällen (S. 89 ff.). Damit würde u. a. ein etwaiger familieninterner Streit über den Behandlungsabbruch wie im Fall der Terri Schiavo kanalisiert.

b) *Coeppicus* reflektiert vielleicht zu wenig den Einfluss allgemeiner Wertvorstellungen auf die Verfügung des Behandlungsabbruchs. Aus der medizinischen Praxis heraus zu Recht betont er eingangs (Rdnr. 3–5), dass derzeit ein Behandlungsabbruch nicht unter Berufung auf allgemein-gesellschaftliche Wertvorstellungen in Betracht komme. Dabei hatte der BGH gerade im „Kemptener Fall“ diese Möglichkeit durchaus in den Raum gestellt, allerdings natürlich unter prozesssituativ anderem Vorzeichen: Damals ging es ja um die Verurteilung eines Arztes, der einen Behandlungsabbruch veranlasst hatte. Immerhin hat aber der BGH seinerzeit noch im dritten Leitsatz auf allgemeine Wertvorstellungen zurückgegriffen. („Lassen sich [...] konkrete Umstände für die Feststellung des individuellen mutmaßlichen Willens des Kranken nicht finden, so kann und muss [...] auf Kriterien zurückgegriffen werden, die allgemeinen Wertvorstellungen entsprechen [...]“ [*Hervorhebung durch Autor*]). Hier besteht doch augenscheinlich eine Diskrepanz zwischen der Rechtsprechung und der medizinischen Praxis.

c) Und natürlich behält sich auch *Coeppicus* beim Bestand der Patientenverfügung einen Notausgang vor. Er beruft sich auf die Einwilligungsunfähigkeit eines Patienten. So zitiert er den Fall eines Unfallpatienten (S. 62), der vor der medizinisch notwendigen Unterschenkelamputation geäußert hatte, lieber sterben zu wollen, denn als Krüppel zu leben. Die Amputation wurde trotzdem durchgeführt, und der Patient lebte zufrieden weiter und wurde sogar voll in den Beruf reintegriert. Zu Recht, so *Coeppicus*, habe sich der Arzt über die Äußerungen des Patienten hinweggesetzt; dieser habe das Geschehen nicht rational verarbeitet und sei deswegen einwilligungsunfähig gewesen. Andererseits schildert *Coeppicus* an anderer Stelle – und aus dem Sachzusammenhang heraus wieder zustimmend – den Fall einer schwangeren Zeugin Jehovas, die trotz einer Geburtskomplikation eine Bluttransfusion ablehnte und – verblutete (S. 36). Wenn einem Patienten die medizinischen Alternativmöglichkeiten konkret vor Augen geführt werden können, wenn also der Patient bestmöglich aufgeklärt wird, wenn all das geleistet ist, was Kritiker einer pauschalen

Patientenverfügung immer verlangen (vgl. S. 58) und der geäußerte Wille des Patienten trotzdem als irrational beiseite geschoben werden kann, sind weder fester rechtsdogmatischer Grund und noch die Rechtssicherheit, von der *Coeppicus* im Untertitel spricht, auch nur ansatzweise vorhanden.

5. Gleichwohl habe ich das Werk mit Interesse und, soweit man dies bei Patientenverfügungen sagen kann: mit Gewinn, gelesen. Die offenen Fragen zeigen mir, was ich von den

Menschen, die meinen Rat suchen, verlangen muss, um eine Patientenverfügung handhabbar, durchsetzbar gegenüber der Medizin zu gestalten. Und, allem anderen voran: Es ist das erste Werk zur Frage der Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, nach dessen Lektüre ich für mich persönlich ein Gefühl dafür bekommen habe, was richtig ist.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

### **Lutter/Hommelhoff: Die Europäische Gesellschaft. O. Schmidt, 2005. 366 S., 99 €**

Das hier anzuzeigende Buch ist eine Dokumentation der Referate zum Thema der Europäischen Gesellschaft, die im November 2004 auf einem zweitägigen Symposium in Bonn gehalten und diskutiert wurden. Hierin ist zugleich eine kleine Schwäche des Buches begründet. Es handelt sich nicht um ein Werk „aus einem Guss“. Die Aufteilung in zahlreiche Einzeldarstellungen durch verschiedene Autoren führt zu gelegentlichen Wiederholungen und bedingt eine gewisse Unübersichtlichkeit, die das schnelle Nachschlagen von Ausführungen zu Einzelproblemen erschwert. Das Inhaltsverzeichnis zu Beginn des Buches enthält nur eine Auflistung der dreizehn Referate. Ausführliche Gliederungen finden sich nur zu Beginn der einzelnen Kapitel. Leider verfügt das Werk über ein zu knappes Stichwortverzeichnis.

Das Buch will aber weder Kommentar noch Lehrbuch zur SE sein, erst recht kein Formularhandbuch. Musterformulierungen finden sich keine. Es ist vielmehr ein Werk der ersten Stunde – das SEAG ist als nationales Begleitgesetz am 23.12.2004 in Kraft getreten –, das einem sowohl das notwendige Strukturwissen vermittelt als auch bereits zahlreiche Einzelfragen aufwirft und hierzu Lösungsvorschläge entwickelt. Das Werk ist daher bestens für denjenigen geeignet, der eine ausführliche Darstellung zum ersten intensiven Studium der SE sucht. Dass dies gelingt, wird durch einen namhaften Autorenkreis sichergestellt.

*Hommelhoff* erläutert zu Beginn die komplexe Normenhierarchie, deren Verständnis für den Umgang mit der SE unerlässlich ist. Die vier Gründungsformen der SE – Verschmelzungs-SE, Holding-SE, Tochter-SE und Umwandlungs-SE – werden von *Bayer* behandelt. *Seibt* stellt im Anschluss mit guten tabellarischen Übersichten die verschiedenen Möglichkeiten der Satzungsgestaltung dar. *Kleindiek* widmet dem Themenbereich der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ein eigenes Kapitel. Der Minderheitenschutz, der vor allem der nationalen Gesetzgebung vorbehalten war, wird von *Vetter* untersucht. *Fleischer* beschreibt die Finanzverfassung der SE, *Merkt* die Besonderheiten der SE als börsennotierte Gesellschaft. *Teichmann* stellt dem deutschen Gesellschaftsrechtler ausführlich die Strukturen einer monistisch verfassten SE vor. Die Hauptversammlung der SE und die Anfechtungsklage gegen ihre Beschlüsse werden von *Spindler* behandelt. *Maul* und *Wenz* beschäftigen sich mit den konzernrechtlichen Bezügen. Die beiden letzten Referate sind der Mitbestimmung der Arbeitnehmer (*Oetker*) und der steuerlichen Beurteilung (*Schaumburg*) gewidmet. Den Notar dürften vor allem die Abschnitte über die Gründung, die Satzung und die Hauptversammlung interessieren.

Soll eine SE durch Verschmelzung gegründet werden, haben die Leitungsorgane der beteiligten Gesellschaften zunächst einen Verschmelzungsplan aufzustellen. Zwar findet sich in der SE-VO selbst keine Vorschrift über die dabei einzuhaltende Form. Zutreffend vertritt *Bayer* jedoch die Auffassung, dass bei der Beteiligung einer deutschen Gesellschaft nach Art. 18 SE-VO i. V. m. § 6 UmwG eine notarielle Beurkundung erforderlich ist. Dem Autor kann jedoch nicht gefolgt werden, soweit er die Beurkundung in dem Mitgliedsstaat des nichtdeutschen Verschmelzungspartners für ausreichend hält. Die deutsche Rechtsprechung verlangt bei statusrelevanten Vorgängen unabhängig von der Frage einer Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung die Beurkundung vor einem deutschen Notar. Dies muss erst recht für die Verschmelzung zu einer SE gelten, bei der zahlreiche nationale, Drittinteressen dienende Vorschriften, etwa § 7 SEAG (Schutz der Minderheitsaktionäre) und § 8 SEAG (Gläubigerschutz), zu beachten sind. Wollen die Aktionäre auf einen Verschmelzungsbericht verzichten, sind die Verzichtserklärungen nach § 8 Abs. 3 UmwG notariell zu beurkunden. Dabei reicht nach *Bayer* die Verzichtserklärung der Aktionäre der deutschen Aktiengesellschaft; die Erklärung der Anteilshaber der ausländischen Gründungsgesellschaft ist nicht erforderlich.

Bei der Ausarbeitung einer Satzung ist neben § 23 Abs. 5 AktG vor allem Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO zu beachten. Satzungsbestimmungen sind nur bei ausdrücklicher Zulassung durch die SE-VO möglich. *Seibt* will entgegen anderer Literaturstimmen (vgl. etwa *Wicke*, MittBayNot 2006, 196) ergänzende Satzungsbestimmungen dann zulassen, wenn weder die SE-VO noch das AktG eine abschließende Regelung enthalten. Unklarheiten bestehen derzeit auch bei der Frage, auf welcher Ebene Kataloge für zustimmungsbedürftige Geschäfte des Leitungsorgans festgelegt werden müssen. Art. 48 Abs. 1 SE-VO bestimmt hierfür die Satzung. Art. 48 Abs. 2 SE-VO i. V. m. § 19 SEAG eröffnet in Anlehnung an § 111 Abs. 4 AktG aber die Möglichkeit, dass das Aufsichtsorgan selbst solche Zustimmungsvorbehalte regelt. Hierzu wird richtig die Auffassung vertreten, dass eine solche Festsetzung allein durch das Aufsichtsorgan ausreicht und die Satzung daneben keinen weiteren Katalog enthalten muss.

Nach Art. 54 Abs. 2 SE-VO kann die Hauptversammlung von den Leitungsorganen und allen anderen Organ sowie von jeder zuständigen Behörde nach den Vorschriften für nationale Aktiengesellschaften einberufen werden. *Spindler* versteht diesen Verweis auf das AktG nur als Verweis auf das Verfahren der Einberufung. Anders als es zum Teil sonst in der Literatur vertreten wird, sind die genannten Stellen also nicht nur dann einberufungsberechtigt, wenn es das nationale Aktiengesetz zulässt, sondern die SE-VO selbst begründet eine entsprechende Kompetenz. Art. 59 SE-VO verlangt für satzungsändernde Beschlüsse eine Mehrheit von  $\frac{2}{3}$  der abgegebenen

Stimmen. Mit der herrschenden Auffassung lässt *Spindler* Satzungsbestimmungen zu, die für diesen Fall größere Mehrheiten vorsehen. Im Unterschied zu § 133 Abs. 1 AktG kann die Satzung aber keine weiteren Fälle bestimmen, die eine qualifizierte Mehrheit erfordern, sofern diese Mehrheiten nicht neben Art. 59 SE-VO durch das nationale Aktiengesetz vorgeschrieben sind. Weiter wird vertreten, dass über bedeutende Unternehmensstrukturänderungen die Hauptversammlung entscheiden muss, auch wenn die gesetzlichen Vorschriften hierfür keine ausdrückliche Zuständigkeit vorsehen. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Zuständigkeitszuweisung durch nationale Rechtsprechungsgrundsätze (*Holz Müller/*

*Gelatine*), sondern die ungeschriebene Kompetenz muss und kann gemeinschaftsrechtlich begründet werden.

Das Zusammenspiel der verschiedenen Normenebenen, die unterschiedliche Behandlung der europäischen Gesellschaft in den einzelnen Mitgliedsstaaten – nach Einschätzung der Herausgeber sind 40 % des Rechts einer SE durch Gemeinschaftsrecht und 60 % durch nationales Recht bestimmt – sowie das Ausstehen klärender Rechtsprechung zu Einzelfragen stellen an die beteiligten Berater höchste Anforderungen. Hierzu wird der vorliegende Band eine wertvolle Hilfe sein.

Notarassessor Dr. *Wolfgang Barth*, Weilheim i. OB

### **Fleischhauer/Preuß (Hrsg.): Handelsregisterrecht. Erich Schmidt, 2006. 1 051 S., 98 €**

Als „Verbindung von klassischem Handbuch und Formularbuch für die Praxis“ (Vorwort, S. 5) versteht sich das von *Fleischhauer/Preuß* herausgegebene und von einem Autorenteam aus der notariellen Praxis verfasste neue Werk „Handelsregisterrecht“. 2006 erschienen, stellt es eine wertvolle Ergänzung der beiden Standardwerke (Registerrecht von *Keidel/Krafka/Willer* und Handelsregister-Anmeldungen von *Gustavus*) in diesem Bereich dar. Neben der Pflichtaufgabe, dem Praktiker in übersichtlicher Form Formulierungsvorschläge für Registeranmeldungen zu unterbreiten, schärft es gewissermaßen als Kür den Blick für die internationalen und vor allem europarechtlichen Bezüge des Registerrechts.

Das Buch gliedert sich in zwei Teile und behandelt zunächst in Teil 1 die Grundlagen des Handelsregisterrechts und des Registerverfahrens. Mitherausgeberin *Preuß*, die Dozentin an der Ruhr-Universität Bochum ist und sich mit ihrer Schrift „Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger“ (besprochen von *Rossak*, MittBayNot 2006, 31) unter anderem mit Fragen zum notariellen Berufsrecht habilitiert hat, ordnet zunächst das Handelsregisterrecht als Teil der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ein, um anschließend den Ablauf verschiedener Verfahrensarten (Eintragungs-, Zwangs-, Ordnungsgeld-, Löschungs- und Mängelfeststellungsverfahren) näher zu erläutern. Zu Recht macht sie hierbei im Registerverfahren eine funktionale Aufgabenteilung von Notaren und Gerichten aus und betont, dass sich die notarielle Mitwirkung bei der Registeranmeldung in der Regel nicht auf eine reine Beglaubigungstätigkeit beschränkt (S. 34). Anders als der *Keidel/Krafka/Willer* aber, der stets den Registerrichter bzw. Rechtspfleger und den Notar gleichermaßen im Blick hat, beschränkt sich das von *Fleischhauer/Preuß* herausgegebene Werk im Wesentlichen auf die Praxis der Registeranmeldungen und damit auf die Notarperspektive. Damit derjenige, der sich hierbei „schnell und zuverlässig über die rechtlichen Anforderungen und Probleme informieren möchte“ (Vorwort, S. 5) rasch fündig wird, werden allgemeine Ausführungen zum Handelsregister (Aufbau, Publizität und Verfahrensabläufe) vergleichsweise knapp behandelt. Lediglich das Eintragungsverfahren wird auf 58 Seiten erläutert, wobei auch hier schwerpunktmäßig der Blickwinkel des Notars und nicht zugleich der des Richters oder Rechtspflegers eingenommen wird. Gleiches gilt für die Ausführungen zu den Entscheidungen des Registergerichts (S. 105 ff.). Zwar findet die notarielle Praxis auf diese Weise rasch fundierte Antworten etwa auf Fragen im Zusammenhang mit der Zurückweisung von

Eintragungsanträgen (S. 105), Zwischenverfügungen (S. 106) und dem Beschwerdeverfahren (S. 117 ff.). Weil jedoch gewissermaßen die registergerichtliche Perspektive vergleichsweise stiefmütterlich behandelt wird, fehlt die Gewissheit, dass das zu besprechende Werk auch auf dem Schreibtisch jedes Registerrichters und Rechtspflegers steht. Im Hinblick auf die enge Verzahnung registergerichtlicher und notarieller Tätigkeit ist es jedoch in besonderem Maße erforderlich, dass entsprechende Ausführungen gemeinsamer Standard beider Teilbereiche des Registerverfahrens sind. Für eine Neuauflage erscheint daher eine entsprechende Erweiterung des Autorenkreises überlegenswert.

Einen Schwerpunkt des Buchs bilden die europarechtlichen Vorgaben für das Registerrecht. Weil sich der Rechtsanwender diesen wegen ihrer „immensen Bedeutung“ (Vorwort, S. 5) nicht mehr verschließen kann, ist zunächst ein ganzer Abschnitt (C.) des 1. Teils den „Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts“ gewidmet. Kollege *Schemmann* aus München zeigt Entwicklungstendenzen beginnend bei der ersten Publizitätsrichtlinie von 1968 auf und gibt einen Überblick über europäische Sekundärrechtsakte mit Bezug zum Registerrecht. Auch das Primärrecht (Art. 43, 48 EG) wird vor dem Hintergrund von Briefkastenfirmen, Sitzverlegungen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen behandelt. Zu Recht wird auch der elektronischen Registerführung und -anmeldung als Folge eines verstärkten Publizitätsdrucks aus Europa ein eigener Abschnitt (B.) gewidmet. Die insoweit gemachten Ausführungen leiden jedoch unter dem Mangel, dass das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) bei Drucklegung weder verabschiedet noch inhaltlich vollumfänglich abzusehen war. Naturgemäß enthält der entsprechende Abschnitt „Das elektronische Handelsregister“ somit lediglich allgemein gehaltene Ausführungen über die seit 1.1.2007 geltenden Neuregelungen. Für eine Neuauflage wünschenswert und sicherlich von den Autoren bereits vorgesehen ist die vertiefte Behandlung der elektronischen Registeranmeldung.

Die internationale und europarechtliche Perspektive wird auch im 2. Teil des Buches durchgehalten, der mit „Muster für Anmeldungen“ überschrieben ist. So finden sich neben entsprechenden Anmerkungen bei einzelnen Formulierungsvorschlägen (vgl. etwa S. 389 oder S. 871 ff.) umfangreiche Muster zur EWIV, zur Societas Europaea (SE) und zur österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bemerkenswert ist auch die stattliche Zahl von Formulierungsvorschlägen für (deutsche) Registeranmeldungen in englischer

Sprache. Hierbei haben es die Autoren mit der Internationalität auch keineswegs übertrieben (so aber *H. Schmidt*, RNotZ 2006, 559), weil gerade in diesem Bereich in vergleichbaren Werken umfangreiche Ausführungen fehlen. Grenzüberschreitende Unternehmenstätigkeit verlangt auch von deutschen Notaren kompetente Beratung und Gestaltung im supranationalen Handels- und Gesellschaftsrecht. Gerade die englischsprachigen Muster sowie die ebenfalls in englischer Sprache gehaltenen Erläuterungen sind hierbei ein wertvoller Fundus an Formulierungshilfen bei der Konzeption zweisprachiger Registeranmeldungen, wie sie ausländische Beteiligte zu schätzen wissen und § 11 HGB seit 1.1.2007 vorsieht. Wer – etwa in bayerischen Grenzregionen – bereits in die Verlegenheit kam, eine Anmeldung zum österreichischen Firmenbuch vorzunehmen, findet in Abschnitt K., den der österreichische Notariatskandidat *Knechtel* verfasst hat, Gestaltungshilfen. Neben allgemeinen Ausführungen zum Firmenbuch, zur Form von Registeranmeldungen, zu den entsprechenden Gebühren und zur Gesellschaftsteuer in Österreich, enthält das Kapitel auf etwa 80 Seiten als *pars pro toto* zahlreiche Muster zur österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Im Übrigen folgt der Aufbau des 2. Teils dem herkömmlichen Schema von Formularbüchern: Formulierungsvorschlägen folgen Erläuterungshinweise, die neben rechtlichen Ausführungen zur Anmeldung auch die Kosten bei Notar und Gericht behandeln. Die Gliederung ist eingängig, beginnend beim Einzelkaufmann, weiter über Personengesellschaften (oHG, KG – mit einem gesonderten Abschnitt über die GmbH & Co. KG – Partnerschaftsgesellschaft und EWIV) und juristische Personen (GmbH, öGesmbH, AG, SE) bis hin zu Umwandlungsvorgängen und einem Abschnitt über Zweigniederlassungen in- und ausländischer Gesellschaften. Die Vorbemerkungen zu den einzelnen Gesellschaftsformen sind umso ausführlicher je (vermeintlich) unbekannter die Unternehmensart im Einzelfall ist. Während zu Recht alles Notwendige zur GmbH auf zwei Seiten gesagt ist, enthalten die Vorbemerkungen zur SE, die von *Heckschen* stammen, einen fundierten Überblick über diese Rechtsform. Gleiches gilt für allgemeine Hinweise zu Umwandlungsvorgängen (Abschnitt N. I.–VI.)

An einigen Stellen wünscht man sich, dass bestimmte Ausführungen nicht nur als Erläuterungen zu einzelnen Mustern gegeben werden, sondern vor die Klammer gezogen wären. So erläutert etwa *Preuß* bei der Erstanmeldung einer GmbH (S. 398 f.), dass die von § 12 Abs. 1 HGB geforderte öffentliche Beglaubigung der Unterschriften unter der Registeranmeldung nicht nur von einem inländischen Notar, sondern auch durch einen Konsularbeamten oder unter gewissen Voraussetzungen sogar durch eine ausländische Urkundsperson erfolgen kann. Die sich anschließenden Hinweise zur Apostille und zur Legalisation betreffen jedoch sämtliche Registeranmeldungen und nicht nur die GmbH-Neugründung. Allenfalls das ausführliche Sachregister (110 Seiten) rechtfertigt es, die entsprechenden Informationen bei der GmbH-Neugründung gewissermaßen zu verstecken. Erfreulich ist hingegen, dass sich im *Fleischhauer/Preuß* auch wenig verbreitete Muster finden. Hierzu zählen die Registeranmeldung bei der Verwendung einer Vorrats-GmbH bzw. eines GmbH-Mantels (S. 414 ff.) ebenso wie die bereits erwähnten Muster zur Partnerschaftsgesellschaft, EWIV und SE.

Dem Buch liegt keine CD-ROM bei. Vielmehr stehen sämtliche Muster im Internet zum Download in einem passwortgeschützten und für Besitzer des Werkes ohne Zusatzkosten zugänglichen Bereich zur Verfügung. Soweit ersichtlich, bieten die Internetmuster jedoch keine höhere Aktualität als das Buch selbst.

Insgesamt ist die Anschaffung des *Fleischhauer/Preuß* wegen seiner großen Fülle an Mustern, klaren Gliederung und vor allem im Hinblick auf seine internationale Ausrichtung auch für diejenigen zu empfehlen, der bereits eines oder gar mehrere der üblichen Standardwerke für Registeranmeldungen besitzt. Gerade die europarechtlichen Bezüge des Registerverfahrens, deren Bedeutung weiter zunehmen wird, lohnen bei Anmeldevorgängen einen Blick in das Werk. Spätestens wenn der durch das EHUG eingeführte elektronische Rechtsverkehr zwischen Notaren und Registergerichten angemessene Berücksichtigung findet, sollte das Buch in keinem Amt (mehr) fehlen.

Notarassessor *Markus Sikora*, München

### **Walz (Hrsg.): Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung. O. Schmidt, 2006. 1 020 S., 89,80 €**

*Robert Walz* hat zusammen mit seinem Autorenteam das Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung herausgegeben. Dieses Werk füllt eine Lücke im Bereich der vorhandenen Literatur zur Alternative Dispute Resolution, zur Mediation und zum Schiedsgerichtsverfahren, ohne auch nur ansatzweise ein „Lückenbüßer“ zu sein. Vielmehr ist das Werk ein „Muss“ für Rechtsanwälte, Notare, Schiedsrichter, Mediatoren und für all diejenigen, die sich mit dem Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung in der Praxis beschäftigen.

Die Bezeichnung „Formularbuch“ greift insoweit zu kurz, als *Walz* und seine Mitautoren nicht nur Mustertexte und Musterklauseln mit den üblicherweise knappen Erläuterungen zur Verfügung stellen, sondern zu jedem der besprochenen Verfahren eine informative Kurzdarstellung der wesentlichen Inhalte und Charakteristika voranstellen.

*Walz* weist in seinem Vorwort darauf hin, dass es im Rahmen der jahrelangen Arbeiten regelmäßige Sitzungen der Autoren gegeben habe. Die daraus resultierende sorgfältige Abstimmung zwischen den Autoren kennzeichnet dieses Werk ebenso im positiven Sinne, wie die wertvollen, nicht zu umfangreichen Literaturhinweise, die auch ausländische Literatur mit einbeziehen.

Der Umfang des Formularbuchs ist daher nicht mit Redundanzen oder Überschneidungen im Text zu erklären, sondern damit, dass *Walz* und sein Autorenteam sogar entfernt liegende Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung, wie z. B. die zu den hybriden Mediationsverfahren zählenden „Med-Arb-“ oder „Arb-Med-Verfahren“, das „Mini-Trial“, die „Early Neutral Evaluation“ oder die Verfahren für Verteilungskonflikte (z. B. Adjusted-Winner-Verfahren, Auktions- oder Losverfahren), aber auch die „Final-Offer-Arbitration“ und das „Shoot-out“ behandelt haben.

Das Werk gliedert sich in zehn Kapitel und beginnt mit einer von *Walz* verfassten Einführung, die sowohl die Arbeitsfelder als auch die Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung in einem Überblick darstellt. In diesem Kapitel wird insbesondere herausgearbeitet, dass Einigungshindernisse häufig Rückschlüsse darauf erlauben, welche Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung den Interessen der Parteien gerecht werden. *Walz* kommt dabei zu dem Schluss, dass das Verfahren der Mediation die besten Möglichkeiten zur Überwindung von Einigungshindernissen bietet. Gerade die Mediation eröffnet die Chance, auf das Verhalten der Beteiligten innerhalb von Verhandlungen Einfluss zu nehmen sowie Kommunikation und Kooperation zu optimieren.

Dem Spektrum der Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung entsprechend folgt im Anschluss daran eine – notwendigerweise selektive – Darstellung von Regelungen zur Verhandlungsführung mit einer Schwerpunktsetzung auf Neuverhandlungsklauseln und Vertraulichkeitsabreden.

Kapitel 3 beschäftigt sich dann mit dem Bereich der Mediation sowie mit hybriden Mediationsverfahren. Zunächst haben die Autoren *Bülow* und *Schwarzmann* das Kunststück vollbracht, auf wenigen Seiten in die Grundlagen der Mediation einzuführen. Mit den in diesem Kapitel vorgeschlagenen Mustertexten, angefangen von einer Mediationsvereinbarung, über eine Mediationsklausel (auch für letztwillige Verfügungen) sowie über den Mediatorenvertrag, bis hin zu einer kombinierten Mediations- und Schiedsvereinbarung und zu Klauseln für die hybriden Mediationsverfahren, wird ein vollständiges Spektrum von Mustertexten für die Mediationspraxis zur Verfügung gestellt. Dies alleine zeichnet das Werk von *Walz* bereits aus, denn in dieser Vollständigkeit sind Mustertexte bisher in der Mediationsliteratur nicht verfügbar.

Nicht vergessen wurden dabei das Schlichtungsverfahren nach § 15 a EGZPO sowie das Schlichtungsverfahren nach der SOBau, welche von *Schwarzmann* und *Jung* bearbeitet worden sind.

Die Beschreibung der in Deutschland weniger genutzten Verfahren des *Mini Trial* und der *Early Neutral Evaluation* gibt innovative Anstöße für die praktische Bewertung von Konfliktsituationen. *Kapfer* verweist darauf, dass es sich bei diesen Verfahren um äußerst effektive Modelle der außergerichtlichen Streitbeilegung handelt, die zu Unrecht bisher im europäischen Rechtsraum kaum Berücksichtigung gefunden haben.

Das überaus sinnvolle Vermittlungsverfahren für Erbasein- und andersetzungen nach §§ 86 ff. FGG führt in der Beratungs- und Gerichtspraxis ein Schattendasein. *Sorge* arbeitet nicht nur die Vorteile dieses Vermittlungsverfahrens heraus, sondern stellt durch einen Überblick über den Verfahrensablauf sowie durch die im Kapitel 6 enthaltenen Mustertexte ein unmittelbar anwendbares „Werkzeug“ für den Einsatz dieses Verfahrens zur Verfügung.

Das Autorenteam scheute nicht, auch durchaus umstrittene Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung, wie sie insbesondere in Verteilungskonflikten Anwendung finden können, zu beschreiben und dafür Praxisanleitungen zu geben.

Beginnend mit dem noch häufiger praktizierten Modell der Aufteilung mit alternierendem Wahlrecht, geht *Schneeweiß* ebenso auf das Losverfahren ein, welches in § 94 FGG für das gerichtlich vermittelte Verfahren zur Nachlassauseinandersetzung vorgesehen ist, wie auch auf das sog. Adjusted-Winner-Verfahren, als ein mathematisches Verfahren zur Verteilung einer Sachgesamtheit auf zwei Personen, sowie auf die Auktions-, Aufteilungs- und Auswahlverfahren.

Abgerundet wird Kapitel 7, welches diese Verfahren beschreibt, mit den von *Walz* bearbeiteten Hinweisen zur Final-Offer-Arbitration und zu den „Shoot-out“-Regelungen für Gesellschaften mit zwei Gesellschaftern und gleich großer Beteiligung. Die praktische Relevanz solcher Regelungen erschließt sich unmittelbar all denjenigen, die Gesellschafterstreitigkeiten in zweigliedrigen Gesellschaften bereits einmal betreut haben.

Mit Kapitel 8 wird der zweite große Komplex des Formularbuchs eingeleitet, nämlich der Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit und der Schiedsgutachten. Dort wird das gesamte Spektrum der Schiedspraxis abgedeckt, angefangen von ausführlichen Schiedsgutachtervereinbarungen, über Ad-hoc-Schiedsvereinbarungen und umfangreichen Mustertexten zu Schiedsrichterverträgen. Enthalten sind auch Kommentierungen von Mustertexten in- und ausländischer Institutionen, zu Schiedsvereinbarungen in Testamenten und Erbverträgen sowie zur Schiedsgerichtsbarkeit im Gesellschafts- und Vereinsrecht.

Ein eindeutiger Schwerpunkt des Werkes liegt dann im Bereich der Vergleichsvereinbarungen. Hier haben sich die Autoren die Mühe gemacht, Erläuterungen und Mustertexte zu Vergleichsvereinbarungen aus verschiedenen Rechtsbereichen zur Verfügung zu stellen. Dadurch erlangt das Formularbuch nicht nur für die im Bereich der Mediation oder des Schiedsverfahrens tätigen Praktiker Relevanz, sondern ebenso für Berater im Bereich des Mietrechts, des Werkvertragsrechts, des Arbeitsrechts, des Familienrechts, des Erbrechts und des Gesellschaftsrechts. Das den Vergleichsvereinbarungen gewidmete Kapitel 9 umfasst mehr als 400 Seiten und stellt eine „Schatztruhe“ für die praktische anwaltliche, notarielle und beratende Tätigkeit dar. Auf die Einzelheiten dieses Kapitels einzugehen würde diese Buchbesprechung sprengen, so dass nur die Empfehlung gegeben werden kann, in jeder konkreten Beratungssituation mit Bezug zu einer vergleichswisen Regelung das Formularbuch zur Hand zu nehmen.

Abgerundet wird das Werk durch die wertvollen Hinweise von *Schneeweiß* in Kapitel 10, die sich auf den Vollzug der Einigungsvereinbarungen beziehen. Es werden die erforderlichen Vollzugsschritte ebenso analysiert, wie notwendige Vollzugshandlungen und mögliche Vollzugshindernisse.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass *Walz* und seinem Autorenteam ein hervorragendes Werk zur alternativen Streitbeilegung gelungen ist, zu dessen Anschaffung jedem rechtsberatenden Praktiker nur dringend geraten werden kann.

Rechtsanwältin und Wirtschaftsmediatorin  
Prof. Dr. Renate Dendorfer, LL.M. MBA

**Busse/Grziwotz: VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan. 2., überarb. Aufl., Rehm, 2006. 276 S., 29,80 € + CD-ROM**

Der Vorhaben- und Erschließungsplan ist ein eher „junges“ Instrument des Städtebaurechts. Es ist erstmals kurz vor der Wiedervereinigung in § 55 BauZVO der DDR eingeführt worden – damals gedacht als Beitrag für die Überbrückung von weithin fehlenden Verwaltungsstrukturen und Investitionsnotwendigkeiten. Schon 1993 wurden diese neuen Regelungen auch in den „alten“ Ländern übernommen, erst als befristete Regelung, sozusagen zum Gesetzestest. 1998 ist die Regelung als § 12 BauGB in das allgemeine Städtebaurecht integriert und als zeitlich nunmehr unbegrenzt geltende Regelung fortentwickelt worden. Die Einführung des Vorhaben- und Erschließungsplans in das moderne Städtebaurecht kann man als „Erfolgsstory“ bezeichnen, traf dies doch zusammen mit einem Paradigmenwechsel hin zu Offenheit gegenüber Public Private Partnership und einer Neubewertung städtebaulicher Verträge – heraus aus einem Dunstkreis der gemeindlich-privaten Absprachen und Geschäfte hinaus in das Licht der öffentlichen Behandlung in Bebauungsplänen, der öffentlichen Erörterung und damit auch hin zu einer intensiven gerichtlichen Klärung.

Die Vorschrift in § 12 BauGB ist recht knapp gehalten. Aber die sich dabei stellenden Fragen sind umso mehr – um nur einige zu nennen: Verhältnis zum städtebaulichen Vertrag? Verhältnis zu anderen städtebaulichen Instrumenten? Wie kommt man zur rechtssicheren Planung? Wie steuert man den Ablauf? Was kann und was muss und was darf nicht im Durchführungsvertrag stehen? Muss man das Vorhaben ausschreiben? Welche Kostenregelungen dürfen getroffen werden? Und wie ist es bei Leistungsstörungen? Wie kann man

einen Wechsel beim Vorhabenträger gestalten? Vor allem auch: Wie gestaltet man rechtssichere Verträge? Gibt es gute „Musterverträge“, Vertragsmuster?

Einige wichtige Fragen sind höchststrichlich geklärt – aber die große Herausforderung, ja auch die Kunst der Gestaltung liegt hier bei der Kreativität der Gemeinden und der Beratung der Gemeinden durch die Notare – denn beide sind hier unersetzbare Partner des Investors. Das hier angezeigte Buch von *Busse* und *Grziwotz* trifft dazu ins Schwarze. Die Autoren sind bestens ausgewiesen – der eine umfassend in das kommunale Geschehen und seine rechtlichen Bindungen eingebunden, der andere bewandert und publizistisch dominant – auch im Felde der städtebaulichen Verträge. Das Buch kann man daher nur uneingeschränkt allen empfehlen, die mit dem Vorhaben- und Erschließungsplan zu tun haben. Das Buch ist klar und übersichtlich aufgebaut – man findet rasch zu dem Problem, zu dem man Rat sucht. Die Rechtsfragen sind umfassend dargestellt. Und – ein besonderes Markenzeichen dieses Buches – es enthält eine Fülle von Beispielen, Checklisten und Vertragsmustern. Hilfreich ist dabei auch die dem Buch beigelegte CD-ROM, die das Muster eines Durchführungsvertrags sowie Planungsunterlagen in elektronischer Form zur Verfügung stellt.

Dass § 12 BauGB zum 1.1.2007 geändert wurde – der neue § 12 Abs. 3 a BauGB erleichtert das Zusammenspiel von Festsetzungen im Plan und Detailregelung im Durchführungsvertrag – ist bei *Busse/Grziwotz* auch schon berücksichtigt, so dass das Buch auch in dieser Beziehung das aktuellste auf dem Markt ist. Man kann dem Buch nur weite Verbreitung, namentlich auch in der gemeindlichen, anwaltlichen und notariellen Praxis und bei den Architekten und Investoren wünschen.

Prof. Dr. *Michael Krautzberger*, Bonn/Berlin

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB a. F. §§ 633 Abs. 3, 634 (*Schallschutz im Doppelhaus bei Aufteilung in Wohnungseigentum*)

**Wird ein Doppelhaus errichtet, sind hinsichtlich des Schallschutzes die für Doppelhäuser geltenden Normen einzuhalten, auch wenn es sich bei dem Doppelhaus rechtlich um Wohnungseigentum handelt und die Baubeschreibung eine einschalige Trennwand vorsieht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Urteil vom 14.6.2005, 28 U 1921/05

## Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW-RR 2006, 1163.

2. RBerG Art. 1 §§ 1, 5 Nr. 1 (*Keine unzulässige Rechtsberatung bei Bauträgervollbetreuung – „Rundum-sorglos-Paket“*)

**Ein Geschäftsbesorgungsvertrag mit umfassender Vollmacht für alle Nebengeschäfte (Motto: „rundum-sorglos“) verstößt nicht gegen das RBerG, wenn sich der Geschäftsbesorger primär als Bauträger und Verkäufer zur Errichtung und Übereignung einer Immobilie verpflichtet (im Anschluss an BGH, NJW 2001, 70 = DNotZ 2001, 49).**

OLG München, Urteil vom 3.8.2006, 19 U 5567/05; nicht rechtskräftig

Die klagende Landesbank begehrt festzustellen, dass ein zwischen den Parteien bzw. ihren Rechtsvorgängern geschlossener Darlehensvertrag zur Finanzierung einer Eigentumswohnung und die im Hinblick auf diesen Vertrag abgegebene notarielle Vollstreckungsunterwerfungserklärung der Beklagten wirksam sind.

Mit notarieller Urkunde vom 12.4.1994 unterbreitete die inzwischen insolvente B-GmbH den Beklagten ein notarielles Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages hinsichtlich der zum Jahresende fertig zu stellenden Eigentumswohnung nebst Pkw-Stellplatz. In dem Geschäftsbesorgungsvertrag war u. a. vorgesehen, dass die Beklagten die B-GmbH zum Abschluss des Kaufvertrags, von Darlehensverträgen zur Finanzierung des Erwerbs, zur Bestellung von Grundpfandrechten, zur Abgabe von Schuldanerkenntnissen und Abgabe von Erklärungen zur persönlichen und dinglichen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung sowie zur Abgabe objektbezogener steuerlicher Erklärungen bevollmächtigen. Dieses Angebot wurde von den Beklagten durch notarielle Urkunde vom 14.4.1994 angenommen. Aufgrund dieser Vollmacht schloss ein Vertreter im Namen der Beklagten mit der Firma B-GmbH am 28.4.1994 einen notariellen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung nebst Pkw-Stellplatz. Die B-GmbH verpflichtete sich dort als Verkäuferin u. a., den Kaufgegenstand zum Jahresende bezugsfertig zu erstellen und zu übereignen. Für die Zahlungen der Beklagten sollte die MaBV gelten. Am 12./25.8.1994 schloss die Firma B-GmbH im Namen der Beklagten den Darlehensvertrag über einen Darlehensbetrag in Höhe von DM 293.000 bzw. einen Nettokreditbetrag von DM 263.700 ab, der später einige Male abgeändert wurde. Zur Vertragsabwicklung richtete sie auf den Namen der Beklagten bei der Landesbank ein Konto ein und gab Auszahlungsanweisungen gegenüber der Klägerin im Namen der Beklagten ab.

Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Darlehensvertrages lag der Klägerin eine von den Beklagten persönlich unterzeichnete Selbstauskunft vom 8.4.1994 vor, nicht jedoch die Vollmachtsurkunde in Original oder Ausfertigung.

Gemäß weiterer notarieller Urkunden vom 15.9.1994 bestellte der damalige Grundstückseigentümer eine Grundschuld über 293.000 DM nebst Zinsen und erklärte die dingliche Unterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer. Die B-GmbH erklärte in dieser Urkunde namens der Beklagten die Übernahme der persönlichen Haftung. Sie unterwarf die Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung in deren gesamtes Vermögen. Bei der Beurkundung lag ausweislich der Urkunde die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde sowie die Annahmeerklärung der Beklagten vor.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

*Aus den Gründen:*

## I.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist bereits in den Hauptanträgen begründet. Daher war das angefochtene Urteil, auf das Bezug genommen wird, aufzuheben und die von der Klägerin hauptsächlich begehrten Feststellungen zu treffen.

An den begehrten Feststellungen hat die Klägerin ein schutzwürdiges Interesse, weil zwischen den Parteien die Wirksamkeit des Darlehensvertrags und der Vollstreckungsunterwerfung in Streit stehen und das Urteil damit geeignet ist, diese Unsicherheiten zu beseitigen (vgl. z. B. *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 256 Rdnr. 16). Die Klägerin musste auch nicht etwa die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde betreiben und damit den Beklagten den Weg zur Vollstreckungsgegenklage (§ 767 ZPO) eröffnen (vgl. BGH, NJW 1997, 2320 = DNotZ 1998, 575), zumal das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen nicht vorgetragen wurde.

1. Der Senat teilt nicht die Auffassung des LG, dass der Geschäftsbesorgungsvertrag und die darin enthaltene umfassende Vollmacht ebenso wie Vollstreckungsunterwerfung wegen Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG nichtig wären.

Dem landgerichtlichen Urteil ist die Besonderheit zu entnehmen, dass die B-GmbH hier nicht nur als Geschäftsbesorgerin, sondern zugleich auch als Verkäufer und Bauträger der Immobilie vorgesehen war. Daher war, auch wenn eine entsprechende Berufungsrüge nicht ersichtlich ist, von Amts wegen zu prüfen (§ 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO), ob hier nicht zumindest der Ausnahmetatbestand des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG eingreift (sog. Nebenzweckprivileg). Dies ist nach Auffassung des Senats zu bejahen:

a) Nach neuerer Rechtsprechung des BGH erfolgt bei der rechtlichen Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells durch Abschluss von Kauf-, Finanzierungs- und Mietgarantieverträgen, einer dinglichen Belastung des Eigentums sowie der Geschäfte zur Bildung der Wohnungseigentümergeinschaft eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i. S. v. Art. 1 § 1 RBerG. Allerdings wird dies vom BGH dahingehend eingeschränkt, dass der Genehmigung nach Art. 1 § 1 RBerG nur bedarf, wer „*ausschließlich oder hauptsächlich* die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt“ (z. B. BGH, NJW 2001, 70 = DNotZ 2001, 49; NJW 2004, 839 = ZNotP 2004, 192), wobei unklar ist, ob sich diese Einschränkung bereits aus Art. 1 § 1 RBerG oder erst aus dem Nebenzweckprivileg des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBerG ergeben soll.

Wie eine Zusammenschau der hier einschlägigen Verträge K 3 und K 21 zeigt, sollte die B-GmbH in erster Linie als Bau-

träger das Grundstück bebauen und sodann als Verkäufer den Beklagten die gekaufte Wohnung übereignen. Trotz der umfangreichen sonstigen Dienstleistungen und Rechtsbesorgungen, die die B-GmbH im Zusammenhang damit übernommen hat, ist und bleibt die Errichtung und Übereignung der gekauften Wohnung die prägende Hauptleistung des Geschäftsbesorgungsvertrags. Die B-GmbH hat deshalb schon nicht hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für die Beklagten besorgt. Hauptsächlich hat sie sich zur rein tatsächlichen Errichtung der Wohnung nebst Stellplatz verpflichtet, so dass Art. 1 § 1 RBERG von vornherein nicht eingreift. So hat der Senat auch in einem vergleichbaren Fall eines anderen Bauträgers bereits entschieden (OLG München, WM 2005, 2089).

b) Selbst wenn Art. 1 § 1 RBERG hier einschlägig wäre, würde aber jedenfalls das Nebenzweckprivileg des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG eingreifen.

aa) Nach Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG stehen die Vorschriften des RBERG dem nicht entgegen, dass kaufmännische oder sonstige gewerbliche Unternehmer für ihre Kunden rechtliche Angelegenheiten erledigen, die mit einem Geschäft ihres Gewerbebetriebs in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Dieser vom Gesetz geforderte unmittelbare Zusammenhang besteht bei jeder Hilfs- oder Nebentätigkeit, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie untergeordnet zu sein braucht (vgl. z. B. *Chemnitz/Johnigk*, RBERG, 11. Aufl. 2003, Art. 1 § 5 Rdnr. 513 m. w. N.).

Das ist hier offensichtlich erfüllt. Alle von der B-GmbH übernommenen Nebenleistungen, sei es die Finanzierungsbetreuung oder die objektbezogene steuerrechtliche Betreuung, stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft der B-GmbH, nämlich der Errichtung und Veräußerung des Gebäudes.

bb) Dementsprechend hat der I. Zivilsenat des BGH bereits in NJW 1976, 1635 entschieden, dass zwar ein „Sonderberater in Bausachen“, der seine Auftraggeber nicht nur bautechnisch und wirtschaftlich berät, sondern ihnen auch Rechtsrat in allen mit der Vorbereitung und Durchführung des Bauvorhabens zusammenhängenden Fragen erteilt, gegen Art. 1 § 1 RBERG verstößt, dass aber bei Übernahme einer Baubetreuung mit der Verpflichtung, das Bauwerk im Namen und in Vollmacht des Betreuten sowie auf dessen Rechnung zu errichten, die hierzu erforderliche Wahrnehmung fremder Rechtsangelegenheiten nach Art. 1 § 5 RBERG erlaubnisfrei ist.

Dies hat der IX. Zivilsenat des BGH in einer der grundlegenden neueren Entscheidungen zum RBERG bestätigt (NJW 2001, 70 = DNotZ 2001, 49). (*wird ausgeführt*)

Zu dieser Entscheidung hat der XI. Zivilsenat des BGH in WM 2004, 372 im Falle einer Geschäftsbesorgung für die Gesellschafter einer GbR durch den Geschäftsführer der GbR darauf hingewiesen, dass die Ausnahmeregelung des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG grundsätzlich nur bei einem gewerblichen „Baubetreuer im engeren Sinne“ eingreife, der im Namen, in Vollmacht und für Rechnung des Betreuten das Bauvorhaben durchführe und die Verträge mit den am Bau Beteiligten abschließe. Da bei einer derartigen „Vollbetreuung“ des Bauvorhabens die Wahrnehmung wirtschaftlicher Interessen des Auftraggebers im Vordergrund stehe, sei es sachlich gerechtfertigt, die daneben üblicherweise anfallende Rechtsbesorgung als bloßen Nebenzweck anzusehen. Dagegen solle die Geschäftsbesorgerin hier für die Anlagegesellschafter der GbR in einem wesentlich größeren Aufgabenkreis tätig werden und alle zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen

oder zweckmäßig erscheinenden Verträge abschließen. Diese sogar Vollstreckungsunterwerfungserklärungen gegenüber der kreditgebenden Bank einschließende Tätigkeit gehe weit über das hinaus, was von einem „Baubetreuer im engeren Sinne“ normalerweise erwartet werde, und erfordere eine Rechtsbetreuung erheblichen Ausmaßes. Von einer Rechtsbesorgung, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe als bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit vollziehe und daher von dem Erlaubniszwang des Art. 1 § 1 RBERG freigestellt sei, könne unter solchen Umständen keine Rede sein.

cc) Wie oben bereits dargelegt, sollte die B-GmbH hier eine „Vollbetreuung“ im Sinne der Rechtsprechung des I. und des IX. Zivilsenats des BGH und nicht nur eine isolierte Rechtsbesorgung – wie in den Treuhänderfällen – übernehmen. Sie sollte primär das Grundstück bebauen und sodann als Verkäuferin den Beklagten die gekaufte Wohnung übereignen. Daher ist auch hier die Bauerrichtung als Hauptzweck und die hiermit sämtlich in unmittelbarem Zusammenhang stehenden – wenn auch umfangreichen – Rechtsbesorgungen für den Erwerber noch als Nebenzweck des Vertrags anzusehen.

Die Entscheidung des XI. Zivilsenats des BGH in WM 2004, 372 betraf dagegen den schon im Ausgangspunkt anders gelagerten Fall einer Geschäftsbesorgung durch den Geschäftsführer einer GbR für die Gesellschafter dieser GbR (wobei allerdings derselbe Senat inzwischen in ZIP 2005, 1361 entschieden hat, dass keine fremden Rechtsangelegenheiten i. S. v. Art. 1 § 1 S. 1 RBERG besorgt, wer von einer GbR als Fremd-Geschäftsführer eingesetzt wird, was die Frage aufwirft, warum dann die Betreuung der Gesellschafter bei der persönlichen Anteilsfinanzierung keinen gem. Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG privilegierten Nebenzweck darstellen können soll).

Soweit der Entscheidung des XI. Zivilsenats zu entnehmen sein sollte, dass kein privilegierter Nebenzweck mehr vorliegen kann, wenn zum Abschluss aller zur Erreichung des Hauptzwecks erforderlichen oder zweckmäßig erscheinenden Verträge einschließlich der Vollstreckungsunterwerfungserklärung bevollmächtigt wird, würde sich der Senat dem allerdings schon mit Blick auf den Wortlaut von Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG, der nur einen unmittelbaren Zusammenhang mit einem Geschäft des Gewerbebetriebs verlangt, nicht anschließen können.

Der I. und der IX. Zivilsenat haben insoweit bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass es sich für Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG um eine Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln muss, die sich im Rahmen der eigentlichen Berufsaufgabe vollzieht und deren Zweck dient, ohne dass sie deshalb untergeordnet zu sein braucht. Auch die „Regelung der Finanzierung“ hat der IX. Zivilsenat in diesem Zusammenhang ausdrücklich als möglichen und zulässigen Nebenzweck erwähnt. Sowohl der Abschluss von Darlehensverträgen zur Finanzierung des Erwerbs, die hierfür erforderliche Bestellung von Grundpfandrechten, die hierbei seit Jahrzehnten übliche Abgabe von Schuldanerkennnissen sowie von Erklärungen zur persönlichen und dinglichen Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung (vgl. z. B. BGH, NJW 2004, 839, 840 a. E. = ZNotP 2004, 192), sind deshalb nach Auffassung des Senats samt und sonders unselbständige Hilfsgeschäfte, mit denen den Beklagten das Hauptgeschäft Errichtung des Bauwerks und Erwerb der Wohnung ermöglicht bzw. erleichtert werden sollte und ohne Verstoß gegen das RBERG auch erleichtert werden durfte.

dd) Eine restriktivere Auslegung von Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG würde nach Auffassung des Senats auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Das – insbesondere, aber nicht nur – von der B-Gruppe gerichtsbekanntermaßen über Jahrzehnte hinweg praktizierte Geschäftsmodell sah vor, den Erwerb von Immobilieneigentum alle hiermit zusammenhängenden Fragen und Probleme abzunehmen, also die Vollbetreuung und Vollvertretung aus einer Hand anzubieten. Hierfür hat die B-Gruppe noch in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts gerichtsbekanntermaßen ständig bundesweit Werbung betrieben (z. B. auch in der Süddeutschen Zeitung), ohne dass, soweit bekannt, deswegen Ordnungswidrigkeitenverfahren gem. Art. 1 § 8 RBERG oder Untersagungsverfahren nach dem UWG eingeleitet worden wären. Dieses Geschäftsmodell nachträglich mit Blick auf das RBERG in Frage zu stellen, hieße letztlich, der B-Gruppe unter Missachtung ihres berechtigten Vertrauensschutzes nachträglich ein weitgehendes Berufsverbot aufzuerlegen (ähnlich *Kleine-Cosak*, BB 2003, 1737).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kann angesichts der rechtlichen Durchdringung aller Lebensbereiche keine beratende Unterstützung fremder Tätigkeit ohne entsprechende Rechtskenntnisse erfolgreich sein. Wann es sich hierbei um Rechtsberatung handelt, die der Gewerbetreibende außer von Rechtsanwälten nur durch eigene Angestellte (Art. 1 § 6 RBERG) erhalten darf, oder wann spezialisierte Selbständige den Überwachungs- und Handlungsbedarf erfüllen können, ohne dass die Qualität der Dienstleistung oder die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und die zu ihrer Aufrechterhaltung benötigten Rechtsberater beeinträchtigt werden, kann nur Ergebnis einer Abwägung sein, die einerseits diese Belange und andererseits die Berufsfreiheit des Einzelnen berücksichtigt und dabei auch den Veränderungen der Lebenswirklichkeit Rechnung trägt. Art. 12 Abs. 1 GG erlaubt deshalb Beschränkungen zur Wahl eines Spezialberufs, der sich aus einer Tätigkeit mit festgelegtem Berufsbild für einen einfach zu beherrschenden Teilbereich entwickelt hat, nur zur Abwehr schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut (NJW 1998, 3481 für „Patengebührenüberwacher“).

Um einen derartigen Spezialberuf handelt es sich auch bei der von der B-GmbH angebotenen „Bauträgervollbetreuung“, die den üblichen Bauträgervertrag noch um die im Zusammenhang damit anfallenden Nebengeschäfte ergänzt. Diese Nebengeschäfte stellen in der Konzeptionsphase zunächst eine rein wirtschaftliche Betätigung dar, so z. B. bei der Erwerbsfinanzierung die Ermittlung des Kapitalbedarfs und der Vergleich von Finanzierungskonditionen (ebenso nunmehr BGH, NZM 2006, 473, 474 li. Sp. unten = DNotZ 2006, 759). Die zur Umsetzung des so erstellten wirtschaftlichen Finanzierungskonzepts erforderliche Rechtsbesorgung mit Abschluss des Darlehensvertrags und Beurkundung von Grundpfandrechten einschließlich der Vollstreckungsunterwerfung folgt dagegen seit Jahrzehnten bekannten und üblichen Regeln (vgl. z. B. BGH, NJW 2004, 839, 840 a. E. = ZNotP 2004, 192) und wird zudem noch maßgeblich vom Urkundsnotar begleitet. Daher handelt es sich auch beim rechtlichen Vollzug der Erwerbsfinanzierung von Eigentumswohnungen um einen einfach zu beherrschenden Teilbereich des Rechts. Nichts anderes würde für die – hier allerdings nicht vereinbarte – Erstvermietung einer nicht zu eigenen Wohnzwecken erworbenen Wohnung durch den Bauträger gelten.

ee) Die von den Beklagten gegen diese Auffassung ins Feld geführten anderen Entscheidungen des BGH betrafen sämtlich Fälle, in denen die Rechtsbesorgung verselbständigt und auf einen der Beteiligten, den „Treuhand“, konzentriert war (vgl. BGH, NJW 2002, 66 = DNotZ 2002, 51; NJW 2002, 2325 = DNotZ 2003, 40; NJW 2001, 70 = DNotZ 2001, 49). Warum – entgegen der vertraglichen Vereinbarungen – hier

nicht die Bauerrichtung als Hauptzweck geschuldet gewesen sein soll, haben die Beklagten nicht nachvollziehbar dargelegt. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist es deshalb sehr wohl entscheidend, dass die Firma B-GmbH hier nicht nur als Geschäftsbesorger, sondern primär als Bauträger und Verkäufer aufgetreten ist.

Auch die von den Beklagten – zum Teil erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung – vorgelegten abweichenden obergerichtlichen Entscheidungen überzeugen den Senat nicht:

Das OLG Köln, das in einer Entscheidung vom 5.4.2006 (13 U 162/05, ZBB 2006, 315) in einem vergleichbaren Fall zu einem anderen Ergebnis gekommen ist, ohne selbst die Revision zuzulassen, hat sich mit dem Nebenzweckprivileg des Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG überhaupt nicht befasst. Daher liegt insoweit schon keine Divergenz vor.

Das OLG Hamm hat dagegen in einem ebenfalls vergleichbaren Fall mit Urteil vom 10.7.2006 (31 U 200/05, n. v.) die Auffassung vertreten, dass Art. 1 § 5 RBERG nicht eingreife, weil es sich angesichts des Umfangs der übernommenen Rechtsbesorgungen nicht mehr um eine bloße Hilfs- oder Nebentätigkeit handle, ohne die Revision zuzulassen. Es hat sich hierzu insbesondere auf die oben bereits angesprochene Entscheidung BGH, WM 2004, 372 berufen. Dies widerspricht nach Auffassung des Senats der Rechtsprechung des I. und des IX. Zivilsenats, wonach es sich für Art. 1 § 5 Nr. 1 RBERG nicht um eine untergeordnete Hilfs- oder Nebentätigkeit handeln muss.

Soweit das OLG Karlsruhe in mehreren Entscheidungen vom 18.7.2006 (z. B. 17 U 228/05, n. v.) die Anwendung von Art. 1 § 5 RBERG allein mit der Begründung abgelehnt hat, dass Hauptzweck der Geschäftsbesorgung hier nicht die Errichtung des Bauwerks und der Erwerb des Grundstücks, sondern die Vertretung der Anleger bei der Finanzierung und beim Abschluss von Mietverträgen sei, trifft dies offensichtlich nicht zu und widerspricht auch der oben zitierten Rechtsprechung des I. und des IX. Zivilsenats. (...)

3. BGB § 705; GBO § 47; ZPO § 736 (*GbR als Grundstückseigentümerin*)

**Sind im Grundbuch die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eingetragen, so ist die Gesellschaft Eigentümerin des Grundstücks. Auf die Frage, ob die Gesellschaft auch selbst in das Grundbuch eingetragen werden könnte, kommt es dabei nicht an.**

BGH, Urteil vom 25.9.2006, II ZR 218/05

Die Klägerin, ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, schloss am 27.7./9.8.1995 zur Finanzierung des von ihr betriebenen Bauvorhabens K. Straße 11 in B. einen Darlehensvertrag mit der beklagten Bank. Dabei wurde sie von ihren Gründungsgesellschaftern P. und Z. vertreten. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 13.8.1996 bestellten P. und Z. als damalige Eigentümer des Grundstücks K. Straße 11 zugunsten der Beklagten an vier noch zu bildenden Wohnungseigentumseinheiten eine Gesamtgrundschuld über 728.300 DM und unterwarfen sich und den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in die Liegenschaft.

Zu der Auszahlung des Darlehens kam es nicht, weil die Beklagte auf einer gesamtschuldnerischen Mithaftung aller Gesellschafter in voller Höhe – wie in dem Darlehensvertrag vorgesehen – bestand,

während die Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag nur zur anteiligen Haftung verpflichtet waren und eine weitergehende Haftungsübernahme ablehnten. Die Beklagte macht deshalb einen Anspruch gegen die Klägerin auf Zahlung von Bereitstellungszinsen und Nichtabnahmeentschädigung i. H. v. 72.878,57 € geltend und will wegen dieses Anspruchs die Zwangsvollstreckung in die von der Grundschuld erfassten Miteigentumsanteile an dem Grundstück betreiben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Vollstreckungsabwehrklage. Hilfsweise hat sie beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde wegen Unwirksamkeit der Vollstreckungsunterwerfung für unzulässig zu erklären.

Weiter begehrt die Klägerin Freistellung von Ansprüchen der H. AG (im Folgenden: H.) auf Zahlung von Bereitstellungszinsen und Nichtabnahmeentschädigung i. H. v. zuletzt noch 21.115,75 €. Dem liegt zugrunde, dass die Gesellschafter der Klägerin wegen der Weigerung der Beklagten, das vereinbarte Darlehen auszuzahlen, einen neuen Darlehensvertrag mit der H. geschlossen haben, der aber nach dem Vortrag der Klägerin nicht durchgeführt werden konnte, weil sich die Beklagte weigert, auf die Rechte aus der – erstrangigen – Grundschuld zu verzichten.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die von dem Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

#### Aus den Gründen:

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

#### 2. Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Klägerin Eigentümerin des von der Vollstreckung betroffenen Grundstücks.

Die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO (i. V. m. § 794 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2, § 795 ZPO) ist von „dem Schuldner“ zu erheben (BAG, NJW 1964, 687, 689). Das ist derjenige, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, der also in dem für vollstreckbar erklärten Titel oder in der gegen den Rechtsnachfolger erteilten Vollstreckungsklausel aufgeführt ist (MünchKommZPO/K. Schmidt, 2. Aufl., § 767 Rdnr. 44). Erklärt – wie hier – der Eigentümer eines Grundstücks in einer notariellen Urkunde, dass er sich und den jeweiligen künftigen Eigentümer wegen des Anspruchs auf Zahlung aus dem Grundstück (§§ 1191 f., 1147 BGB) der Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterwerfe, so ist er oder der zum Zeitpunkt des Vollstreckungsbeginns im Grundbuch eingetragene (Nachfolge-)Eigentümer Vollstreckungsschuldner. Das Gleiche gilt bei einer Zwangsvollstreckung in einen in einem Wohnungsgrundbuch eingetragenen Miteigentumsanteil.

Als Wohnungseigentümer sind in den Wohnungsgrundbüchern betreffend der mit der Grundschuld belasteten Miteigentumsanteile mittlerweile die 22 derzeitigen Gesellschafter der Klägerin mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Diese Eintragung entspricht der Regelung des § 47 Alt. 2 GBO. Ob nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch die Senatsentscheidung BGHZ 146, 341 auch die Gesellschaft selbst als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen werden kann, ist streitig (siehe statt aller Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330), bedarf hier aber keiner Entscheidung. Klar ist nach der neueren Rechtsprechung des BGH jedenfalls, dass materiell-rechtlich das Eigentum an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Liegenschaft nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft selbst zusteht (BGH vom 6.4.2006, V ZB 158/05, DNotZ 2006, 777; OVG Nordrhein-Westfalen, DB 2002, 1545; Wiedemann, Ge-

sellschaftsrecht II, § 7 III 2 a). Ob dafür – wie im Schrifttum vorgeschlagen – ein bestimmter Organisationsgrad erforderlich ist (so MünchKommBGB/Ulmer, 4. Aufl., § 705 Rdnr. 306; K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1001 f.; Wiedemann, ZGR 1996, 286, 290 f., 298 f.), kann offen bleiben. Die Klägerin erfüllt jedenfalls diese Voraussetzung.

Wenn dann im Grundbuch die einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz „als GbR“ eingetragen sind, wird damit für den Rechtsverkehr – unabhängig von der Frage, ob auch die GbR selbst eingetragen werden könnte – unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass Eigentümerin der Liegenschaft die GbR ist (ebenso schon Flume, ZHR 136 [1972], 177, 195). Ansonsten müsste es eine Form des Gesamthandseigentums neben dem Gesellschaftsvermögen geben, oder die Gesellschafter müssten Bruchteilseigentümer sein. Beides kommt nicht ernsthaft in Betracht.

#### II.

Auch der weiteren Annahme des Berufungsgerichts, ein Anspruch der Klägerin auf Freistellung von den Zahlungspflichten gegenüber der H. scheide schon deshalb aus, weil der Darlehensvertrag mit dieser Bank nicht von der Klägerin, sondern von deren Gesellschaftern geschlossen worden sei, so dass die Klägerin daraus nicht verpflichtet sei, kann nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht hat dabei unterstellt, dass die Beklagte verpflichtet war, die Rechte aus der Grundschuld an die von der Klägerin bezeichnete Bank abzutreten, und dass sie mit dieser Pflicht in Verzug gekommen ist. Damit ist sie der Klägerin gemäß § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB zum Ersatz des Verzögerungsschadens verpflichtet. Nach dem – für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden – Vortrag der Klägerin sind die von der H. geltend gemachten Ansprüche auf Bereitstellungszinsen und Nichtabnahmeentschädigung durch den Verzug der Beklagten verursacht worden. Entscheidend ist damit, ob sich die Ansprüche der H. gegen die Klägerin richten und damit einen Schaden der Klägerin darstellen.

Das ist der Fall. Der zugrundeliegende Darlehensvertrag ist zwischen dieser Bank und der Klägerin zustande gekommen. Die Gesellschafter der Klägerin haben den Vertrag mit dem Zusatz „zusammen in GbR K. str. 11“ geschlossen. Damit haben sie zum Ausdruck gebracht, dass sie in ihrer gesamthänderischen Verbindung als GbR berechtigt und verpflichtet werden wollten. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch die neuere Senatsrechtsprechung ist damit die GbR selbst berechtigt und verpflichtet. Dem steht – anders als das Berufungsgericht meint – nicht entgegen, dass unter Nr. 2.1.8 und 4.1. des Darlehensvertrages „jeder einzelne Darlehensnehmer“ in Bezug auf den seinem Gesellschaftsanteil entsprechenden Teil der Darlehenssumme die persönliche Haftung übernommen hat. Damit ist lediglich klargestellt, dass die Gesellschafter – entgegen § 128 HGB – nicht unbeschränkt haften (siehe dazu BGHZ 142, 315, 318 ff.; 150, 1).

#### III.

Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die noch erforderlichen Feststellungen getroffen werden können.

1. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Grundschuld, aus der die Beklagte die Zwangsvollstreckung betreibt, durch Einigung der damaligen Grundstückseigentümer Z. und P. mit der Beklagten und Eintragung in die anschließend gebildeten Wohnungsgrundbücher gemäß § 873 Abs. 1 BGB wirksam bestellt worden.

2. Damit kommt es für den Erfolg der Vollstreckungsabwehrklage darauf an, ob den Rechten der Beklagten aus der Grundschild der Einwand der ungerechtfertigten Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB entgegensteht, weil der Darlehensvertrag – wie das LG angenommen hat – unwirksam ist.

Das LG hat gemeint, die Gesellschafter Z. und P. seien aufgrund des Gesellschaftsvertrages nicht berechtigt gewesen, die Mitgesellschafter einer unbeschränkten Haftung für die Darlehensverbindlichkeit zu unterwerfen, wie es in dem Darlehensvertrag geschehen sei, und deshalb sei der Darlehensvertrag – da die Mitgesellschafter die Genehmigung verweigert hätten – unwirksam.

a) Daran ist richtig, dass die Gesellschafter der Klägerin nicht schon analog § 128 HGB für die Gesellschaftsschulden unbeschränkt haften – so dass es auf den Umfang der Vollmacht nicht ankäme. Aus Gründen des Vertrauensschutzes hat der Senat angenommen, dass sich die Anleger bereits existierender Immobilienfonds für die von ihnen vor der Rechtsprechungsänderung zu der Haftung der GbR-Gesellschafter durch die Urteile vom 27.9.1999 und 29.1.2001 (BGHZ 142, 315; 146, 341) abgeschlossenen Verträge unter den bis zur Aufgabe der früher gegenteiligen Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzungen (Urteil vom 12.5.1990, II ZR 312/88, ZIP 1990, 715, 716 m. w. N.) auf die in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung berufen dürfen (BGHZ 150, 1, 5). Davon ist auch hier nach den bisherigen Feststellungen auszugehen.

b) Das Berufungsgericht wird aber durch Auslegung des Darlehensvertrages zu klären haben, ob die Mitgesellschafter tatsächlich zu einer unbeschränkten Haftung verpflichtet werden sollten, obwohl nach dem Wortlaut des Vertrages die Annahme näher liegt, es solle sich nur um eine Auszahlungsvoraussetzung handeln. Wenn aufgrund der Vertragsauslegung eine solche Pflicht anzunehmen und damit die entsprechende Klausel mangels einer darauf gerichteten Vollmacht der geschäftsführenden Gesellschafter und mangels Genehmigung der Mitgesellschafter unwirksam sein sollte, ist weiter zu prüfen, ob diese Teilunwirksamkeit gemäß § 139 BGB zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrages führt. Nur dann steht den Rechten der Beklagten aus der Grundschild die Bereicherungseinrede entgegen.

3. Sollte danach die Beklagte aus § 812 BGB verpflichtet sein, die Rechte aus der Grundschild an die von der Klägerin benannte Bank abzutreten, kommt eine Haftung der Beklagten wegen Verzugs im Hinblick auf die Ansprüche der H. auf Bereitstellungszinsen und Nichtabnahmeentschädigung in Betracht. Dazu muss geklärt werden, ob die H. – wie die Klägerin behauptet – das von ihr zu gewährende Darlehen nur deshalb nicht ausgezahlt hat, weil die Klägerin wegen der Weigerung der Beklagten keine erstrangige Grundschild bereitstellen konnte, oder ob das – wie die Beklagte geltend macht – auf einem davon unabhängigen Wunsch der Klägerin beruhte und somit nicht Folge des Verzugs der Beklagten war.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von *Ruhwinkel*, MittBayNot 2007, 92 (in diesem Heft).

4. BGB § 324 Abs. 1 a. F.; § 903; BauGB § 19 Abs. 3 Satz 6 (*Nachträgliche Unmöglichkeit bei Versagung der Teilungsgenehmigung*)

**Der Käufer eines Grundstücks hat die nachträgliche Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung zu vertreten, wenn er diese durch eine schuldhaft Verletzung einer des Verkäufers gegenüber bestehenden Verpflichtung verursacht hat. Die gleiche Rechtsfolge tritt aber auch dann ein, wenn er das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hat. Aus den Umständen des Einzelfalls kann sich ergeben, dass dem Käufer das Risiko eines Leistungshindernisses, nämlich die Versagung der Baugenehmigung, aufzuerlegen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Brandenburgisches OLG, Urteil vom 7.9.2006, 5 U 162/05

Die Klägerin verlangt nach einer rechtskräftigen Versagung einer damals notwendigen Teilungsgenehmigung mit der Klage Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages. Die Beklagte wollte einen Teil ihres Grundbesitzes verkaufen. Auf ihre Baunutzungsanfrage wurde ihr mit Schreiben des Gemeindeamts S vom 12.1.1993 mitgeteilt, dass der Flächennutzungsplan der Gemeinde S vom Landesamt für Bauen, Bautechnik und Wohnen des Landes Brandenburg genehmigt worden sei und der Plan die Ausweisung der Flächen Flur 1, Flurstücke 305 für eine zukünftige Wohnbebauung beinhalte.

Mit notarieller Urkunde vom 20.2.1992 erteilte die Beklagte der Fa. R GmbH bzw. einem von dieser zu bestimmenden Dritten das Angebot zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages über ein noch nicht vermessenes in der Anlage zum Angebot näher gekennzeichnetes unbebautes Teilgrundstück von 5000 qm des Grundstücks S Flur 1, Flurstück 305. In § 3 des Vertragsangebotes ist der Kaufpreis mit 70 DM pro qm, insgesamt 350.000 DM angegeben und war bis zum 30.4.1992 auf Notaranderkonto einzuzahlen. § 5 des Angebotes enthält einen Gewährleistungsausschluss. Mit notarieller Urkunde vom 31.3.1992 benannte die R den Immobilienmakler W, die Bauingenieure Fa und F sowie den Rechtsanwalt K als Käufer, die ihrerseits das Vertragsangebot als Gesamthandseigentümer für sich und als Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Wohnungsbau-Gesellschaft S annahm. Der Notar zahlte der Beklagten den bei ihm hinterlegten Kaufpreis von 350.000 DM in zwei Teilbeträgen nach Eintragung der Auflassungsvormerkung am 3.2.1994 und, nachdem der Kaufvertrag insoweit von den Vertragsparteien geändert worden war, im Sommer 1995 aus. Die Sparkasse kündigte der Klägerin die von ihr u. a. zur Finanzierung des Kaufpreises aufgenommenen Kredite mit Schreiben vom 15.8.1995 und stellte Hauptforderung und Zinsen zum 30.8.1995 fällig. Unter dem 29.9.1995 beantragte die Klägerin gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 3 BauGB 1986 die Teilung des Grundstücks zum Zwecke der Bebauung mit Wohnhäusern. Mit Bescheid vom 15.11.1995 wurde der Antrag unter Hinweis auf die entgegenstehenden Vorschriften des § 20 BauGB 1986 abgelehnt. Der dagegen gerichtete Widerspruch der Klägerin wurde mit bestandskräftigem Bescheid vom 28.1.1997 zurückgewiesen, weil die Trennfläche weder im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplanes noch innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liege.

Unter dem 26.4.2000 erging ein Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des AG K, wonach der Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung des Kaufpreises durch die Sparkasse D gepfändet und dieser zur Einziehung überwiesen wurde. Die Sparkasse forderte die Beklagte mit Anwaltschreiben vom 21.12.2001 unter Hinweis auf die Pfändung auf, den Kaufpreis zurückzuzahlen, weil der Vertrag wegen Versagung der Teilungsgenehmigung nach §§ 275, 323 BGB rückabzuwickeln sei. Mit der Klage verlangt die Klägerin gestützt auf eine Erklärung zur Prozessführung der Sparkasse Rückzahlung des Kaufpreises an die Sparkasse.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Die Berufung ist statthaft und zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 511 Abs. 1 und 2, 513, 517, 519, 520 ZPO).

In der Sache hat die Berufung nur geringfügig Erfolg.

Dass der Klägerin wegen Vorliegens eines wucherähnlichen Geschäfts ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises an

ihre Gläubigerin aus §§ 812, 818, 142, 138 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 835, 836 ZPO zusteht, vermag der Senat nicht festzustellen. Die Parteien haben zwar das Grundstück zu einem Quadratmeterpreis von 70 DM ver- bzw. gekauft, also einem Preis, der Bauland entspricht. Tatsächlich sollte der Klägerin hierfür auch nur Ackerland übergeben werden. Um ein wucherähnliches Geschäft würde es sich jedoch nur dann handeln, wenn die Parteien tatsächlich Ackerland hätten kaufen bzw. verkaufen wollen. Dies war jedoch schon nach dem eigenen Vortrag der Klägerin nicht der Fall. Danach waren bei Vertragsabschluss beide Parteien davon ausgegangen, dass das Grundstück zukünftig bebaubar sein werde. Es lag auch eine Erklärung der Gemeinde vor, wonach der Flächennutzungsplan eine Bebaubarkeit des Grundstücks vorsah. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass schon wegen der berufsbedingten Sachkunde der Gesellschafter der Klägerin ein Informationsgefälle, welches die Beklagte hätte ausnutzen können, nicht bestand. Zudem wohnte dem Geschäft für die Kläger ein spekulativer Charakter inne. Denn für die sachkundigen Gesellschafter der Klägerin war aufgrund der Auskunft der Gemeinde, wonach nur ein Flächennutzungsplan vorlag, klar, dass es sich bei dem veräußerten Trennstück allenfalls um zukünftiges Bauland handeln konnte.

Der Anspruch der Beklagten auf Zahlung des Kaufpreises ist auch nicht nach dem kaufvertraglichen Gewährleistungsrecht in der gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB maßgeblichen Fassung der §§ 462, 459 Abs. 1, 465 BGB untergegangen.

Ansatzpunkt für einen derartigen Anspruch wäre die mangelnde Baulandqualität des Grundstücks. Die Voraussetzungen des § 459 BGB a. F. mögen zwar ungeachtet des Gewährleistungsausschlusses nach Übergabe des Kaufgeländes gegeben sein. Das lagebedingte rechtliche Bebauungshindernis mag auch einen Sachmangel darstellen. In seiner Bedeutung geht es jedoch über die eines Sachmangels entscheidend hinaus. Denn es hindert nicht nur die Bebaubarkeit, sondern den Eigentumserwerb der Klägerin und damit die Erfüllung einer Hauptverpflichtung der Beklagten nach § 433 Abs. 2 Satz 1 BGB.

Bis zum 31.12.1997 bedurfte gemäß § 19 Abs. 1 Ziff. 3 BauGB 1986 die Teilung zum Zwecke der Bebauung eines im Außenbereich liegenden Grundstücks der Genehmigung.

Die Beklagte hatte als Eigentümerin des zu teilenden Grundstücks gemäß § 19 Abs. 2 BauGB 1986 die Teilungserklärung abgegeben. Zur Umschreibung im Grundbuch war im Hinblick auf § 7 Abs. 1 GBO und § 23 Abs. 1 BauGB 1986 die Teilungsgenehmigung erforderlich. Das heißt, eine ohne diese Genehmigung vorgenommene Eintragung im Grundbuch hätte nicht zum Eigentumsübergang geführt, das Grundbuch wäre unrichtig (*Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 4). Die Beklagte hat deshalb nicht schlecht erfüllt, sondern ist zu einer Erfüllung überhaupt nicht in der Lage. Kommt der Verkäufer seiner Eigentumsverschaffungspflicht nicht nach, greifen aber nicht die Gewährleistungsvorschriften nach §§ 459 BGB a. F. ein, sondern über § 440 Abs. 1 BGB die allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. BGB über gegenseitige Verträge.

Die Frage, ob die Sondervorschriften der §§ 459 ff. BGB a. F. auch dann ausgeschlossen sind, wenn der Verkäufer bei Vertragsabschluss die Bebaubarkeit zusichert, kann dahinstehen. Vorliegend könnte der Vereinbarung eines Baulandpreises bei Vorliegen eines Flächennutzungsplanes allenfalls entnommen werden, dass die zukünftige Bebaubarkeit Vertragsgrundlage war. Die zukünftige Bebaubarkeit stellt jedoch keine zusicherungsfähige Eigenschaft dar, über sie kann man lediglich spekulieren.

Schließlich ist der Kaufpreiszahlungsanspruch der Beklagten auch nicht gemäß § 323 BGB a. F. untergegangen.

Wie ausgeführt, ist von einer Unmöglichkeit der Leistung der Beklagten auszugehen. Dabei war die Leistung der Beklagten nicht deswegen von Anfang an unmöglich, weil die zum Zwecke der Bebauung vorzunehmende Teilung der behördlichen Genehmigung bedurfte. Sie wurde es vielmehr erst nachträglich mit endgültiger Versagung der Teilungsgenehmigung. Bis zu diesem Zeitpunkt war sie schon im Hinblick auf die fiktive Genehmigung gemäß § 19 Abs. 3 Satz 6 BauGB als möglich anzusehen (BGHZ 37, 240). Und zwar dies auch dann, wenn die Aussichten für die Erteilung der Genehmigung bereits bei Vertragsabschluss äußerst gering gewesen wäre.

Nach endgültiger Versagung der Genehmigung verliert der Verkäufer nach §§ 440 Abs. 1, 323 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf den Kaufpreis, wenn weder er noch der Käufer die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Hat aber der Käufer die Unmöglichkeit zu vertreten, so behält der Verkäufer gemäß § 324 Abs. 1 BGB den Anspruch auf den Kaufpreis.

Die Klägerin hat als Käuferin die Unmöglichkeit zu vertreten, wenn sie diese durch eine schuldhaft Verletzung einer der Beklagten als Verkäuferin gegenüber bestehenden Verpflichtung verursacht hat. Die gleiche Rechtsfolge tritt aber auch dann ein, wenn sie das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hat (BGH, NJW 1980, 700). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Klägerin das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hat, auch wenn der Vertrag eine ausdrückliche Risikoübernahme nicht enthält. Letzteres geht nicht etwa deswegen zu Lasten der Beklagten, weil es zur Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht erforderlich gewesen wäre, den Kaufgegenstand erst noch herzustellen. Dass sie hierzu nicht in der Lage war, scheiterte im vorliegenden Fall allein daran, dass die Teilung der Genehmigung nach § 19 BauGB 1986 bedurfte. Denn grundsätzlich entspricht es dem Recht des Eigentümers eines Grundstücks aus § 903 BGB, sein aus einem Flurstück bestehendes Grundstück in zwei Grundstücke aufzuteilen. Erforderlich hierfür sind lediglich die Teilungserklärung des Eigentümers, die Eintragungsbewilligung und die Eintragung im Grundbuch, es sei denn, er will das Grundstück bebauen. Dann war seinerzeit für die Herstellung des Trennstücks die Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB 1986 erforderlich. Nicht die Beklagte, sondern die Klägerin wollte jedoch das Grundstück bebauen. Im Ergebnis geht es also um die Frage der Verwendung des Kaufgegenstandes. Dieser Umstand führt mit dem Ergebnis der Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB dazu, der Klägerin das Risiko des Leistungshindernisses, nämlich die Versagung der Baugenehmigung, aufzuerlegen. Bei dieser Auslegung hat der Senat zunächst den Grundsatz berücksichtigt, dass nach der gesetzlichen Interessenbewertung beim Kaufvertrag in der Regel der Käufer das Risiko dafür trägt, ob er den Kaufgegenstand wie besichtigt verwenden kann. Vorliegend hat die Klägerin Bauerwartungsland gekauft.

Ein solches Geschäft schließt typischerweise ein Element der Unsicherheit hinsichtlich der Bebaubarkeit des Grundstücks ein. Hinzukommt vor allem der Gewährleistungsausschluss für fehlende Bebaubarkeit, der nicht danach unterscheidet, ob diese auf fehlender Baulandqualität oder auf anderen Gründen beruht. Dafür, dass die Klägerin das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hat, spricht schließlich, dass der Kaufpreis bereits einen Monat nach Annahme des Vertragsangebotes durch die Klägerin auf Notaranderkonto zu hinterlegen und die erste Hälfte unabhängig von dem Vorliegen der Teilungsgenehmigung nach Eintragung der Auf-

lassungsvormerkung auszuzahlen war. Letztlich wird die Übernahme des Leistungsrisikos durch die Klägerin auch durch das Verhalten der Parteien nach Abschluss des Vertrages bestätigt.

Denn die Parteien haben die Fälligkeitsregelung im Kaufvertrag für die Auskehrung der zweiten Kaufpreishälfte übereinstimmend dahin geändert, dass diese bereits im Sommer 1995, also bevor die Teilungsgenehmigung von der Klägerin beantragt worden war, ausgezahlt wurde. Diesem Ergebnis der Übernahme des Vertragsrisikos durch die Klägerin steht die Regelung in § 10 Abs. 2 des Vertrages, wonach bei Versagung einer Genehmigung der dadurch belastete Beteiligte zum Rücktritt vom Vertrag berechtigt ist, nicht entgegen. Denn wegen des Gewährleistungsausschlusses und der Übernahme des Leistungsrisikos ist nicht die Beklagte, sondern die Klägerin als belastete und damit rücktrittsberechtigte Beteiligte anzusehen.

Mit rechtskräftiger Versagung der Teilungsgenehmigung ist die Beklagte nach alledem gemäß § 275 BGB a. F. von ihrer Leistungspflicht frei geworden. Diese lebte auch nicht mehr auf, nachdem wegen Veränderung der baurechtlichen Vorschriften die Teilungsgenehmigung erteilt wurde. Allerdings muss sich die Beklagte gemäß § 275 Abs. 1 Satz 2 BGB a. F. die durch den Wegfall der eigenen Leistungspflicht entstehenden Vorteile, das ist der Verkehrswert des verkauften Trennstücks, anrechnen lassen. Diese Anrechnung findet von Amts wegen statt, ohne dass es einer entsprechenden Parteierklärung bedurft hätte (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., § 324 Rdnr. 7; § 387 Rdnr. 2). (...)

Soweit das LG der Widerklage stattgegeben hat, hat die Berufung aus den im erstinstanzlichen Urteil ausgeführten Gründen keinen Erfolg. Da die Beklagte gemäß § 275 BGB a. F. von ihrer Leistungspflicht frei geworden ist, schuldet sie nicht mehr die Übereignung des Grundstücks, zu deren Sicherung die Vormerkung diente.

### Anmerkung:

In seinem vorstehend abgedruckten Urteil beschäftigt sich das OLG Brandenburg mit der Risikoverteilung bei der Durchführung eines Grundstückskaufvertrages. Im entschiedenen Fall war dem Verkäufer eines Grundstücks wegen der Versagung einer Teilungsgenehmigung gemäß § 19 BauGB a. F. die Herstellung des Kaufgegenstandes unmöglich geworden. Obwohl sich die Versagung nicht auf eine Verletzung von Käuferpflichten im Genehmigungsverfahren zurückführen ließ,<sup>1</sup> verweigerte der Verkäufer die Rückzahlung des vorgeleisteten Kaufpreises. Das Gericht gelangte im Wege der Vertragsauslegung zu der Annahme, dass der Käufer zumindest stillschweigend das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hatte und wies dessen Klage ab. Auch nach der Abschaffung des Erfordernisses der Teilungsgenehmigung durch das EAG Bau<sup>2</sup> bleibt diese Entscheidung für die notarielle Praxis von hoher Bedeutung. So bestehen ähnliche Verfügungsbeschränkungen für den Grundstückseigentümer im Umlegungs-

verfahren (§ 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB) sowie in Sanierungsgebieten (§ 144 Abs. 2 Nr. 5 BauGB) fort und können in Fremdenverkehrsgemeinden (§ 22 Abs. 1 Satz 1 BauGB) oder aus bevölkerungspolitischen Gründen satzungsmäßig angeordnet werden (§ 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB). Auch das Bauordnungsrecht einzelner Bundesländer sieht für die Teilung bebauter Grundstücke ein Genehmigungserfordernis vor.<sup>3</sup> Im Folgenden wird das vorstehende Urteil daher zunächst einer kritischen Analyse unterzogen. Sodann wird aufgezeigt, wie der Fall unter Geltung des modernisierten Schuldrechts zu entscheiden wäre. Schließlich wird skizziert, welche Möglichkeiten dem Vertragsgestalter zur Verfügung stehen, um in der geschilderten Fallkonstellation einen gerechten Interessenausgleich sicherzustellen.

### 1. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts

Zuzustimmen ist dem Gericht zunächst hinsichtlich der Verortung des Problembereiches im allgemeinen Leistungsstörungenrecht. Die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff. BGB a. F. muss ausscheiden, wenn der Verkäufer nicht schlecht erfüllt hat, sondern zur Erfüllung des Vertrages überhaupt nicht in der Lage ist.<sup>4</sup> Ebenso wird die Versagung der Teilungsgenehmigung richtigerweise als nachträgliche und nicht als anfängliche Unmöglichkeit qualifiziert.<sup>5</sup> Schließlich hätte auch eine rechtswidrige Genehmigung den Vertrag vollzugsfähig machen und hätte infolge Zeitablaufs die Genehmigungsfiktion gemäß § 19 Abs. 3 Satz 6 BauGB a. F. eintreten können. Nach §§ 440 Abs. 1 Satz 1, 323 Abs. 1, 324 Abs. 1 BGB a. F. kam es sonach für das Fortbestehen des Kaufpreisanspruchs darauf an, ob der Käufer das Unmöglichwerden der Eigentumsverschaffung zu vertreten hat. Ein Verschulden im Sinne des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. war nicht feststellbar. Nach Auffassung des BGH hat der Käufer die Unmöglichkeit der Eigentumsverschaffung aber auch dann zu vertreten, wenn er das Risiko des Leistungshindernisses übernommen hat.<sup>6</sup>

Das OLG Brandenburg führt drei Gesichtspunkte ins Feld, aus denen sich das Vorliegen einer derartigen Risikoübernahme ergebe. Zum einen knüpft es an die Fälligkeitsregelung im Kaufvertrag an. Wenn der Käufer den Kaufpreis unabhängig vom Vorliegen der Teilungsgenehmigung an den Verkäufer auszahle, gebe er seinen Willen zu erkennen, die Gefahr eines Leistungshindernisses zu tragen. Dies gelte umso mehr, wenn eine käufergünstige Fälligkeitsbestimmung entsprechend nachträglich übereinstimmend geändert werde. Zum anderen knüpft es daran an, dass die Genehmigung nach § 19 BauGB a. F. nur deshalb erforderlich war, weil die gekaufte Außenbereichsteilfläche bebaut werden sollte. Wenn aber nach der gesetzlichen Interessenbewertung beim Kauf grundsätzlich der Käufer das Risiko der Verwendbarkeit für die Vertragszwecke trage, so das Gericht, müsse dies auch im Falle des Eintritts eines verwendbarkeitsbezogenen Leis-

<sup>3</sup> So die Bauordnungen der Länder Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, Gutachten DNotI-Report 2004, 173.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung kodifizierte klare Trennung in § 433 Abs. 1 BGB n. F. und *Staudinger/Matusche-Beckmann*, BGB, 2004, § 437 Rdnr. 19; *MünchKommBGB/Westermann*, § 433 Rdnr. 1 ff.; *Palandt/Heinrichs*, § 434 BGB Rdnr. 5.

<sup>5</sup> BGHZ 37, 240; *Amann/Kallrath*, Die Schuldrechtsreform in der Vertragspraxis, 2002, S. 24. A. A. ohne Begründung *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 397; *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509, 510; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 891.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1980, 700.

<sup>1</sup> Zur Mitwirkungspflicht der Parteien eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts: *Staudinger/Olzen*, BGB, Neubearbeitung 2005, § 241 Rdnr. 181 ff.; *MünchKommBGB/Roth*, 4. Aufl. 2003, § 241 Rdnr. 49 ff.; *Erman/Werner*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 242 Rdnr. 67 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 242 Rdnr. 32 f.

<sup>2</sup> Art. 1 Nr. 18 Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau) vom 24.6.2004, BGBI I, S. 1359, in Kraft seit 20.7.2004. Vgl. dazu *Grziwotz*, DNotZ 2004, 674, 680 ff.; *Finkelnburg*, NVwZ 2004, 897 ff.

tungshindernisses gelten. Schließlich stützt das Gericht seine Auslegung auf eine Vertragsbestimmung, nach welcher bei Versagung einer Genehmigung der dadurch belasteten Partei ein Rücktrittsrecht zustehe.

Von den drei Argumenten des Gerichts vermag einzig der Hinweis auf die Fälligkeitsregelung das gefundene Ergebnis im Ansatz zu begründen. Derjenige, der trotz notarieller Belehrung über die damit verbundenen Gefahren vorleistet, kann grundsätzlich nicht ohne Widerspruch behaupten, er habe das Risiko des Scheiterns des Vertrages nicht übernehmen wollen. Keine ausreichende Beachtung hat das OLG allerdings der Tatsache geschenkt, dass die Parteien bei Vertragsschluss übereinstimmend von der Teilbarkeit des Grundstücks ausgingen. Möglicherweise war sich daher der Käufer bei seiner Vorleistung nicht vollumfänglich über das eingegangene Risiko bewusst. Schwer nachzuvollziehen ist dagegen der Schluss vom Verwendbarkeits- auf das Vertragsrisiko. Die Tatsache, dass der Käufer die Gefahr der Versagung der Baugenehmigung übernommen hat, sagt nichts darüber aus, ob er auch gewillt war, das Risiko des Scheiterns des Vertrages infolge der Verweigerung der *Teilungsgenehmigung* zu übernehmen. Schließlich geht auch das finale Argument des OLG ins Leere. Der Vorbehalt des Rücktritts im Falle der Versagung einer Genehmigung spricht nicht für, sondern gerade gegen eine Übernahme des Vertragsrisikos. Eine solche Klausel wird nur dann in den Vertrag aufgenommen, wenn die Erteilung der erforderlichen Genehmigung unsicher ist und keine der Parteien das Risiko ihrer Versagung zu tragen bereit ist.<sup>7</sup> Die Entscheidung des OLG Brandenburg ist nach alledem verfehlt.

## 2. Die Rechtslage nach der Schuldrechtsmodernisierung

Auch unter der Geltung des modernisierten Schuldrechts wäre dem Käufer in der entschiedenen Fallkonstellation ein Rückzahlungsanspruch zuzuerkennen gewesen. Nach §§ 326 Abs. 1 Satz 1, 275 Abs. 1 BGB wird der Käufer nunmehr von seiner Zahlungspflicht frei, wenn dem Verkäufer die Eigentumsverschaffung unmöglich wird. Dies gilt gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB nur dann nicht, wenn der Käufer für den Eintritt des Leistungshindernisses allein oder weit überwiegend verantwortlich ist bzw. wenn er sich beim Unmöglichwerden im Annahmeverzug befindet. Bei fehlendem Verschulden kommt es gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB darauf an, ob der Kaufvertrag eine strengere Haftung des Käufers, insbesondere eine Risikoubernahme vorsieht. Mangelt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung im Vertrag, käme es auch nach der Schuldrechtsmodernisierung auf die Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB an. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch das in § 326 Abs. 5 BGB vorgesehene gesetzliche Rücktrittsrecht im Falle der Unmöglichkeit der Leistungserbringung. Dieses Rücktrittsrecht ist nämlich gemäß § 323 Abs. 6 BGB unter denselben Voraussetzungen ausgeschlossen, von denen § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB den Bestand des Zahlungsanspruches im Falle der Unmöglichkeit abhängig macht.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Unklar bleibt nach dem vom OLG mitgeteilten Sachverhalt, warum der Käufer nicht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machte. Da der Rücktritt häufig termingebunden vereinbart wird, *Amann/Kallrath*, S. 24, spricht viel dafür, dass der Käufer mit seinem Recht verfristet war.

<sup>8</sup> *Staudinger/Otto*, BGB, 2004, § 323 Rdnr. E 3; *MünchKomm-BGB/Ernst*, § 323 Rdnr. 257; *Palandt/Heinrichs*, § 323 BGB Rdnr. 28.

## 3. Die Möglichkeiten des Vertragsgestalters

Im Schrifttum zur Vertragsgestaltung werden drei Wege vorgeschlagen, um die im entschiedenen Fall entstandenen Probleme zu vermeiden. Zum einen kann der Kaufvertrag unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigungserteilung abgeschlossen werden.<sup>9</sup> Wird die Genehmigung verweigert, entstehen in der Folge keinerlei vertragliche Pflichten. Eine andere Gestaltungsmöglichkeit besteht darin, den Vertrag zwar unbedingt abzuschließen, aber die Kaufpreisfälligkeit an die Genehmigungserteilung zu knüpfen.<sup>10</sup> Schließlich wird die von den Parteien im hier besprochenen Fall gewählte Lösung vorgeschlagen, ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichterteilung der Genehmigung zu vereinbaren.<sup>11</sup> Bei Wahl dieser Gestaltung wird empfohlen, im Vertragstext klarzustellen, dass der Käufer im Falle der Versagung der Genehmigung neben dem Rücktritt keine weitergehenden Rechte geltend machen, insbesondere nicht Schadensersatz vom Verkäufer verlangen kann.<sup>12</sup> In Konsequenz der Entscheidung des OLG Brandenburg erscheint es künftig ratsam, in der Rücktrittsklausel zusätzlich den fehlenden Willen des Käufers zur Übernahme des Leistungsrisikos zu dokumentieren.

Notarassessor *Thomas Kilian*, Amberg

<sup>9</sup> *Amann/Kallrath*, S. 24; Formulierungsmuster in *Bambring*, Beck'sches Notarhandbuch, 3. Aufl. 2000, A I Rdnr. 266; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 891; *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509, 510; *Krauß*, Rdnr. 398.

<sup>10</sup> *Limmer/Kersten*, Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 1, Kapitel 4, Rdnr. 830; *Amann/Kallrath*, S. 24; *Möhrle*, Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2002, III. B. 2, S. 212; *Wurm/Wagner/Götte*, Das Rechtsformularbuch, 14. Aufl. 1998, S. 596 ff.

<sup>11</sup> *Amann/Kallrath*, S. 24; *Grziwotz*, Baulanderschließung, 1993, S. 240 ff.; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 891; *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509, 510; *Krauß*, Rdnr. 397.

<sup>12</sup> *Amann/Kallrath*, S. 24; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 891; *Wälzholz/Bülow*, MittBayNot 2001, 509, 510; *Krauß*, Rdnr. 397.

### 5. BGB § 242; BauGB § 127 (Haftung des Veräußerers für Erschließungsbeiträge)

**Verpflichtet sich ein Grundstücksveräußerer zur Tragung aller Erschließungs- und Anliegerbeiträge aufgrund bereits durchgeführter Maßnahmen, so hat er den Erwerber auch dann von der Zahlungspflicht gegenüber der Kommune freizustellen, wenn die Beitragserhebung wegen nachträglicher Satzungsänderung erst viele Jahre nach Vertragsschluss erfolgt. Der Veräußerer kann sich weder auf § 242 BGB berufen, noch auf den Umstand, dass gegen den Beitragsbescheid Widerspruch eingelegt wurde.**

OLG Saarbrücken, Urteil vom 4.4.2006, 4 U 377/05

I. Die Beklagten verkauften den Klägern mit notariellem Kaufvertrag vom 30.10.1991 ihr Hausanwesen in P. In Ziffer IV. 5. des Vertrages ist folgende Vereinbarung enthalten:

„Der Veräußerer trägt alle Erschließungskosten gemäß § 127 Abs. 2 BauGB und Anliegerbeiträge einschließlich der Kostenersatzungsansprüche der Gemeinde nach dem Kommunalabgabengesetz und den entsprechenden Gemeindegesetzen für Maßnahmen, die bis zum heutigen Tage ausgeführt wurden, auch wenn diese Arbeiten noch nicht in Rechnung gestellt wurden. Alle Maßnahmen, die nach dem genannten Zeitpunkt ausgeführt werden, gehen zu Lasten des Erwerbers. Vorstehende Regelung erfolgt unabhängig davon, wann diese Arbeiten in Rechnung und entsprechende Leistungsbescheide zugestellt wurden.“

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses lag ein Gebührenbescheid für Erschließungskosten bzw. Anliegerbeiträge nicht vor. Mit Bescheid der Stadt P. vom 25.6.2003 wurden die Kläger zur Zahlung eines Kanalbaubeitrages für das Grundstück in Höhe von 7.144,50 € herangezogen. Ausweislich der Begründung des Bescheides basiert dieser auf einer Satzung vom 28.11.2001, die am 1.1.2002 in Kraft trat und die vom OVG Saarland für nichtig erklärte Satzung vom 15.6.1990 ersetzte. Gegen den Bescheid wurde Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist, der jedoch keine aufschiebende Wirkung hat. Der Straßenkanal, für dessen Herstellung der mit Bescheid vom 25.3.2003 festgesetzte Kanalbaubeitrag gefordert wird, wurde schon lange vor dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages fertig gestellt.

Die Klage, gerichtet auf die Freistellung der Kläger von der Verpflichtung zur Zahlung von Kanalbaubeiträgen für die Grundstücke, die die Beklagte an die Klägerin veräußert hat, hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. (...)

1. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Kläger gegen die Beklagten einen Anspruch auf Freistellung aus Ziffer IV. 5. des notariellen Kaufvertrages vom 30.10.1991 haben. Denn unstreitig betrifft der Bescheid über die Erhebung eines Kanalbaubeitrages vom 25.6.2003 einen Beitrag gemäß § 127 Abs. 4 BauGB, der für eine Maßnahme erhoben wurde, die unstreitig vor dem Vertragsschluss durchgeführt wurde. Einer Beweiserhebung oder der Entscheidung nach Beweislastregeln bedarf es insoweit nicht. Das LG hat diesen Beitrag zutreffend als „Anliegerbeitrag“ i. S. d. der Vertragsklausel angesehen, da gemäß § 127 Abs. 4 Satz 2 BauGB die Kosten für Abwasseranlagen von den Eigentümern der „anliegenden“ Grundstücke, deren Entwässerung die Leitung dient, zu tragen sind. Dass der Beitrag erst nach dem Vertragsschluss erhoben wurde, steht nach dem ausdrücklichen Wortlaut der vertraglichen Regelung der Verpflichtung der Beklagten, diesen im Innenverhältnis zu tragen, nicht entgegen.

2. In der Vertragsklausel ist im Übrigen zwar nicht von „Freistellung“ die Rede. Jedoch kann diese nach ihrem Sinn und Zweck nur dahingehend ausgelegt werden, dass die Beklagten verpflichtet sind, die Kläger von der Erhebung entsprechender Beiträge freizustellen. Durch die vertragliche Vereinbarung sollte nämlich sichergestellt werden, dass die Kläger unter keinen Umständen Gefahr laufen würden, zur Zahlung von Beiträgen für bereits vor Vertragsschluss durchgeführte Erschließungs- oder Kanalbaumaßnahmen herangezogen zu werden. Vielmehr sollten die entsprechenden, dem Grundstückswert zugute kommenden Aufwendungen durch den Kaufpreis pauschal abgegolten sein und daher – sofern sie nicht bereits in der Vergangenheit erhoben und gezahlt wurden – auch nach Vertragsschluss noch ausschließlich den Beklagten zur Last fallen. Lediglich für Maßnahmen nach Vertragsschluss sollten die Kläger als Erwerber aufkommen müssen, da diese ja bei der Berechnung des Kaufpreises nicht berücksichtigt werden konnten.

Um den Klägern bezüglich bereits durchgeführter Maßnahmen jegliches Risiko abzunehmen, sind daher die Beklagten verpflichtet, es gar nicht erst dazu kommen zu lassen, dass die Kläger im Außenverhältnis gegenüber der Gemeinde zahlen müssen, sondern diese freizustellen, also ihre Zahlungspflicht zu erfüllen. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Kläger Widerspruch gegen den Beitragsbescheid eingelegt haben, denn dieser hat gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung. Die Kläger müssen unabhängig vom Ausgang des Widerspruchsverfahrens sowie einer eventuell sich hieran anschließenden Klage zunächst einmal zahlen. Auch dieses Risiko soll ihnen nach Sinn und Zweck der ver-

traglichen Vereinbarung abgenommen werden. Sollte sich nach Abschluss aller Rechtsbehelfs- und ggf. Rechtsmittelverfahren herausstellen, dass die Kläger nicht oder nur in einer geringeren Höhe zur Zahlung des Beitrags verpflichtet sind, so besteht ggf. ein Rückerstattungsanspruch der Beklagten. Zunächst aber haben diese die Kläger von ihrer Verpflichtung freizustellen.

3. Dieser Anspruch steht auch beiden Klägern zu. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen unter Ziffer 4) des angefochtenen Urteils Bezug genommen werden, die im Rahmen der Berufung auch nicht angegriffen werden.

4. Ferner können die Beklagten auch nicht im Hinblick auf den seit Vertragsschluss verstrichenen längeren Zeitraum den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung oder der Verwirkung gemäß § 242 BGB erheben.

Dies folgt daraus, dass gerade der Fall eingetreten ist, vor dem die vertragliche Vereinbarung die Kläger schützen sollte. Es ist nämlich typisch für das Beitragsrecht, dass für bereits längst abgeschlossene Maßnahmen erst viele Jahre später Beiträge erhoben werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn – wie hier – eine zunächst erlassene Beitragssatzung vom OVG nach einem u. U. viele Jahre dauernden Verfahren gemäß § 47 VwGO für nichtig erklärt wird und dann die Gemeinde zulässigerweise eine neue, den vom Gericht postulierten rechtlichen Anforderungen entsprechende Satzung für die in der Vergangenheit liegende Maßnahme nachschiebt (vgl. *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl., § 11 Rdnr. 59–64). Dabei ist es keine Seltenheit, dass dies wie im vorliegenden Fall noch nach Jahrzehnten geschieht.

Sinn und Zweck der Vereinbarung unter Ziffer IV. 5. des Kaufvertrages ist es aber auch und gerade, die Kläger vor einer derartigen nach sehr langer Zeit erfolgenden und nicht vorhersehbaren Inanspruchnahme zu schützen. Jedes diesbezügliche Risiko sollte den Klägern für alle Zeiten genommen werden. Daher bleiben die Beklagten nach den vertraglichen Vereinbarungen auf unbegrenzte Zeit zur Freistellung bezüglich vor Vertragsschluss faktisch durchgeführter Maßnahmen verpflichtet, ohne sich hiergegen unter Berufung auf § 242 BGB wehren zu können. Die Geltendmachung des Freistellungsanspruchs nach sehr langer Zeit stellt keine unzulässige Rechtsausübung dar, sondern ist in der vertraglichen Vereinbarung bereits angelegt.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beklagten von der Möglichkeit der späteren Beitragserhebung wussten oder hätten wissen müssen. Gerade wegen des Umstands, dass keine der Parteien auch bei noch so guter Kenntnis der in der Vergangenheit durchgeführten Baumaßnahmen sicher wissen konnte, ob noch mit Beiträgen auf irgendeiner Rechtsgrundlage zu rechnen war, wurde die streitgegenständliche Vertragsklausel geschaffen. (...)

### Anmerkung:

Mit Urteil vom 4.4.2006 hatte das Saarländische OLG über eine Regelung zur Verteilung der Erschließungskosten und Anliegerbeiträge zu entscheiden, die in einem notariellen Kaufvertrag über ein bereits erschlossenes Hausgrundstück getroffen worden war. Die Frage der Kostentragung für bereits vorgenommene, aber noch nicht abgerechnete Erschließungsmaßnahmen ist bei der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages mit den Vertragsparteien zu erörtern und der gewünschten Regelung zuzuführen.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH, DNotZ 1995, 403 = NJW 1994, 2283 mit Anm. *Grziwotz*, NJW 1995, 641.

## 1. Öffentlich-rechtliche Beitragsschuld und vertragliche Übernahme

Die Erschließungskostenverteilung im notariellen Kaufvertrag ändert zwar nichts an der öffentlich-rechtlichen Beitragsschuldnerschaft, kann aber die Kostenlast im Innenverhältnis abweichend von der öffentlich-rechtlichen Regelung verteilen. Dies führt zu einem Ausgleichsanspruch, wenn der öffentlich-rechtliche Beitragsschuldner nach Zugang eines entsprechenden Bescheides zahlt, obwohl er im Innenverhältnis zu seinem Vertragspartner von der Kostenlast befreit werden soll. Ziel der vertraglichen Vereinbarung ist aber nicht nur die Einräumung einer Rückgriffsmöglichkeit nach erfolgter Zahlung. Vielmehr soll der Beitragsschuldner durch eine vom öffentlichen Recht abweichende Kostenverteilungsvereinbarung von vornherein entlastet werden und kann daher – wie in der vorliegenden Konstellation – auch sofort einen Freistellungsanspruch gegenüber seinem Vertragspartner geltend machen.<sup>2</sup>

## 2. Unklarheit über die Fakten

Der Sachverhalt, der einer solchen Vereinbarung über die Kostentragung zu Grunde liegt, ist in vielen Fällen unklar. Die Vertragsparteien wissen zumeist weder welche Erschließungsmaßnahmen in der Vergangenheit vorgenommen wurden, noch, ob sämtliche dieser Maßnahmen bereits abgerechnet wurden. Erschließungsmaßnahmen werden häufig zeitlich verzögert abgerechnet. Ist die Satzung, die die Rechtsgrundlage der Beitragsbescheide bildet, nichtig, so kann sich der Erlass von rechtmäßigen Bescheiden – wie im vorliegenden Sachverhalt – sogar um Jahre nach hinten verschieben.<sup>3</sup> Die vertragliche Vereinbarung über die Erschließungskostentragung verteilt demzufolge das Risiko unerwarteter finanzieller Belastungen aufgrund verspäteter Abrechnung bereits vorgenommener Erschließungsmaßnahmen zwischen Verkäufer und Käufer.

## 3. Die Ausbaurzustandslösung

Durch die streitgegenständliche Vereinbarung wurde dieses Risiko im Sinne der sog. Ausbaurzustandslösung nicht dem Käufer auferlegt, sondern dem Verkäufer zugewiesen. Die Parteien hatten im Kaufvertrag vereinbart, dass der Verkäufer die Erschließungskosten und Anliegerbeiträge für sämtliche Maßnahmen zu tragen hat, die bis zum Tag der Beurkundung ausgeführt wurden, unabhängig davon, wann diese Kosten in Rechnung gestellt werden.

Nach der „Ausbaurzustandslösung“ ist der tatsächliche Erschließungszustand zum Beurkundungstag für die Verteilung der Erschließungskosten und Anliegerbeiträge maßgebend.<sup>4</sup> Die Kostenverteilung nach der Ausbaurzustandslösung ist unabhängig davon, wann und wem die Kostenbescheide für die

entsprechenden Maßnahmen zugehen. Der Käufer soll dadurch im Innenverhältnis zum Verkäufer von der finanziellen Belastung durch bereits vorgenommene Erschließungsmaßnahmen entbunden werden und bekommt – wie das saarländische OLG zu Recht feststellt – eine zeitlich unbeschränkte Rückgriffsmöglichkeit auf den Verkäufer. Die Ausbaurzustandslösung scheint daher vor allem für den Käufer eine sachgerechte Gestaltungsvariante zu sein, da mit dem Kaufpreis auch die gesamten bis zum Stichtag aufgelaufenen, ggf. noch nicht abgerechneten Erschließungskosten und Anliegerbeiträge, unabhängig von deren Höhe und dem Zeitpunkt der Geltendmachung, abgegolten werden.<sup>5</sup>

### a) Feststellung des Ausbaurzustandes

Ein Nachteil der Ausbaurzustandslösung liegt darin, dass der tatsächliche Ausbaurzustand zum Stichtag der Beurkundung häufig schwer feststellbar ist und daher diese Gestaltung nicht immer die gewünschte Rechtssicherheit bieten kann.<sup>6</sup>

### b) Problematik des Sachverhalts

Die Problematik des vorliegenden Sachverhalts bestand aber nicht in Unsicherheiten bei der Ermittlung des Ausbaurzustandes, denn insoweit stand zweifelsohne fest, dass die Kanalarbeiten lange vor dem Beurkundungstag stattgefunden hatten. Die Besonderheit des Sachverhalts lag vielmehr darin, dass sich die Frage der Verteilung der Anliegerbeiträge zwischen den Vertragsparteien erst zwölf Jahre nach der Beurkundung des Kaufvertrages stellte. Zu diesem Zeitpunkt rechneten weder Käufer noch Verkäufer mit einer Inanspruchnahme wegen Kanal-anliegerbeiträgen. Der Käufer wurde als öffentlich-rechtlicher Abgabenschuldner von der Stadt durch Bescheid in Anspruch genommen und verklagte den Verkäufer sodann auf Freistellung unter Berufung auf die Vereinbarung im Kaufvertrag.

Subsumiert man den vorliegenden Sachverhalt unter die privatrechtliche Kostenverteilungsregelung im Kaufvertrag, so hat im Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien der Verkäufer die in Rechnung gestellten Anliegerbeiträge zu tragen. Die zugrundeliegenden Arbeiten wurden lange vor dem Beurkundungstag vorgenommen und es handelte sich bei den Kosten um Anliegerbeiträge im Sinne der Vertragsklausel. Während der Käufer zum Zeitpunkt des Zugangs des Kostenbescheides aber Eigentümer des Hausgrundstücks war, glaubte der Verkäufer mit dem Grundstück schon lange nichts mehr zu tun zu haben.

### c) Einwand unzulässiger Rechtsausübung

Vor diesem Hintergrund ist der Einwand des Verkäufers zu sehen, dass das Freistellungsbegehren des Käufers in Anbetracht des Alters und der finanziellen Lage des Verkäufers eine unzulässige Rechtsausübung nach § 242 BGB darstelle. Eine unzulässige Rechtsausübung kann im vorliegenden Sachverhalt nur unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung angedacht werden, da dem Käufer keine Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt.<sup>7</sup>

Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es über längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete

<sup>2</sup> Grziwotz, Baulanderschließung, 1993, S. 372.

<sup>3</sup> Hierzu, wie im Urteil zitiert: *Driehaus*, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 7. Aufl., § 11 Rdnr. 59–64; Bei einer rückwirkend in Kraft tretenden Beitragssatzung, die an die Stelle einer nichtigen Beitragssatzung tritt, handelt es sich lediglich um einen Fall einer unechten Rückwirkung, welche als grundsätzlich zulässig anerkannt ist. Es wird in keinen bereits abgeschlossenen Tatbestand eingegriffen, da die Beitragspflicht erst durch eine wirksame Satzung entsteht. Ein schutzwürdiges Vertrauen, dass die Beitragserhebung unterbleibt, wird in der Regel nicht anerkannt.

<sup>4</sup> Grziwotz in Beck'sches Notar-Handbuch, 4. Aufl., A I Rdnr. 152; *Brambring* in Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl., S. 140–142; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 338, 344; *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 36 Rdnr. 138–140.

<sup>5</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 3183.

<sup>6</sup> Grziwotz, Baulanderschließung, S. 367; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3183.

<sup>7</sup> Die Verletzung eigener Pflichten kann unabhängig von der Fallgruppe der Verwirkung zu einer unzulässigen Rechtsausübung führen, wofür der vorliegende Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte liefert, siehe hierzu *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 242 Rdnr. 46.

sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass der Berechtigte das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde.<sup>8</sup> Die Verwirkung ist ein Fall der illoyalen Verspätung der Rechtsausübung, durch welche sich der Berechtigte in Widerspruch zu einem vom ihm selbst geschaffenen Vertrauenstatbestand setzt.<sup>9</sup> Der für eine Verwirkung erforderliche Vertrauenstatbestand setzt ein Zeitmoment und ein Umstandsmoment voraus.<sup>10</sup>

Das Zeitmoment ist erfüllt, wenn seit der Möglichkeit das Recht geltend zu machen eine nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessende längere Zeitspanne verstrichen ist.<sup>11</sup> Das Umstandsmoment setzt voraus, dass der Verpflichtete sich aufgrund des Verhaltens des Berechtigten darauf einrichtet hat, dass der Berechtigte sein (vermeintliches) Recht nicht mehr geltend machen werde. Gerade dieser vom Berechtigten selbst geschaffene Vertrauenstatbestand muss die verspätete Geltendmachung des Rechts als eine mit Treu und Glauben unvereinbare Härte erscheinen lassen.<sup>12</sup>

Demnach fehlt es im vorliegenden Fall sowohl am Zeitmoment als auch am Umstandsmoment. Der Käufer hatte erst, nachdem ihm selbst der Bescheid zugegangen war, die Möglichkeit, den Freistellungsanspruch geltend zu machen. Dies hat er dann auch ohne längere Verzögerung getan, da er sofort Freistellung verlangt und sich nicht auf einen Ausgleichsanspruch nach Zahlung des Anliegerbeitrages verlassen hat. Daher hat der Käufer keinen ihm zurechenbaren Vertrauenstatbestand geschaffen, wonach er seine Rechte aus der streitgegenständlichen Vertragsklausel nicht geltend machen werde. Die zeitliche Verzögerung stammt nicht aus der Sphäre des Käufers, sondern aus der Sphäre der Gemeinde. Demzufolge kann dem Käufer diese Verzögerung nicht zu seinem Nachteil gereichen.

Der Verkäufer ist – wie das saarländische OLG richtigerweise ausführt – das Risiko der finanziellen Inanspruchnahme auch lange Zeit nach Kaufvertragsabschluss durch seine Entscheidung für die Ausbauzustandslösung eingegangen. Es stellt keine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn sich der Käufer auf eine Vertragsklausel beruft, die gerade für entsprechende Konstellationen geschaffen wurde. Dass sich dieses Kostenrisiko erst nach so vielen Jahren realisiert hat, mag für den Verkäufer überraschend sein, ist jedoch kein Argument für ein treuwidriges Verhalten seitens des Käufers. Dem Urteil des saarländischen OLG ist daher zuzustimmen.

#### 4. Die Beginnlösung

Die vertragliche Erschließungskostenverteilung führte in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation zu dem gleichen Ergebnis, das seit der Schuldrechtsreform – mangels abweichender Vertragsgestaltung – bereits das Gesetz in § 436 Abs. 1 BGB bewirkt.<sup>13</sup> Danach hat der Verkäufer die Erschließungskosten für alle Maßnahmen zu tragen, die bis zum

Tag der Beurkundung des Kaufvertrages bautechnisch begonnen wurden. Der bautechnische Beginn ist den Gesetzesmaterialien zufolge der tatsächliche Beginn der Maßnahme, was durch äußerlich erkennbare Arbeiten sichtbar geworden sein muss.<sup>14</sup> Überwiegend wird insoweit auf den „ersten Spatenstich“ hinsichtlich der konkreten, die Beitragspflicht auslösenden Maßnahme abgestellt.<sup>15</sup> Nach anderer Ansicht sollen dagegen schon die Vermessungsarbeiten den bautechnischen Beginn einer Maßnahme darstellen, da ab diesem Zeitpunkt ein Hinweis des Verkäufers erwartet werden könne, wenn er die Kosten nicht tragen will.<sup>16</sup> Zu einer ausgewogenen Kostenverteilung kann diese Regelung nur führen, wenn Vertragsgegenstand ein Grundstück in dem Erschließungszustand ist, in dem es sich nach Vollendung der Maßnahmen befindet, die vor Vertragsschluss bautechnisch begonnen wurden. Nur dann bekommt der Verkäufer durch den Kaufpreis einen finanziellen Ausgleich für die Maßnahmen, für die er später im Innenverhältnis die Kosten tragen muss.

Wird eine Erschließungsmaßnahme, die erst kurz vor Vertragsschluss bautechnisch begonnen wurde, erst nach Vollzug des Kaufvertrages abgerechnet, so kann zu diesem Zeitpunkt der Käufer als neuer Eigentümer öffentlich-rechtlicher Beitragsschuldner sein. Der Käufer kann in diesem Fall nach Zugang eines Kostenbescheides über § 436 Abs. 1 BGB auf den Verkäufer Rückgriff nehmen, um sich den Aufpreis, den er für den nun vollendeten Erschließungszustand bereits vorab an den Verkäufer bezahlt hat, wieder zurückzuholen. Ist der Verkäufer zu diesem Zeitpunkt insolvent, so wird der Käufer durch die Erschließungskosten im Ergebnis wirtschaftlich doppelt belastet.<sup>17</sup>

Andererseits muss der Verkäufer bautechnisch begonnene Erschließungsmaßnahmen, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch lange nicht fertig gestellt sind, in seine Preiskalkulation mit einbeziehen, da er später wegen dieser Maßnahmen vom Käufer in Anspruch genommen werden kann. Die gesetzliche Lösung passt daher überhaupt nicht auf den Verkauf eines unerschlossenen und unbebauten Grundstücks, welches zu einem entsprechend niedrigen Preis verkauft wird.<sup>18</sup> Eine sachgerechte Regelung kann die Beginnlösung allenfalls beim Bauträgervertrag darstellen.<sup>19</sup> Beim Bauträgervertrag ist Vertragsgegenstand in der Regel eine schlüsselfertige Immobilie zu einem bestimmten Festpreis, so dass der Käufer darüber hinausgehend mit keinen Erschließungskosten belastet werden soll. Will man es beim Bauträgervertrag bei der gesetzlichen Regelung belassen, so müsste allerdings am Beurkundungstag feststehen, dass tatsächlich bereits alle Erschlie-

<sup>8</sup> BGHZ 43, 292; 84, 281; 105, 298; NJW 1982, 1999; *Palandt/Heinrichs*, § 242 BGB Rdnr. 87.

<sup>9</sup> BGHZ 25, 47, 52; NJW 1984, 1684; *MünchKommBGB/Roth*, 4. Aufl., § 242 Rdnr. 296, 297.

<sup>10</sup> *Palandt/Heinrichs*, § 242 BGB Rdnr. 93–95; *MünchKommBGB/Roth*, § 242 Rdnr. 301.

<sup>11</sup> *MünchKommBGB/Roth*, § 242 Rdnr. 302.

<sup>12</sup> BGHZ 25, 52; 67, 68; NJW 2003, 824; BAG, NJW 2001, 2907; BVerwG, NVwZ 1990, 554; *Palandt/Heinrichs*, § 242 BGB Rdnr. 95; *MünchKommBGB/Roth*, § 242 Rdnr. 305, 306.

<sup>13</sup> *Grziwotz* in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 149; *Brambring* in Amann/Brambring/Hertel, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, S. 139 ff.; *Wilhelms*, NJW 2003, 1420.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 14/6040, S. 219; so auch *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, § 436 Rdnr. 8, 9.

<sup>15</sup> *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Rdnr. 336; *Palandt/Putzo*, § 436 BGB Rdnr. 8; *Wilhelms*, NJW 2003, 1420, 1423; *MünchKommBGB/Westermann*, § 436 Rdnr. 3; *AnwK-BGB/Büchenbender*, § 436 Rdnr. 8.

<sup>16</sup> *Erman/Grünwald*, BGB, 11. Aufl., § 436 Rdnr. 3; *Grziwotz*, NotBZ 2001, 383 f.

<sup>17</sup> Das Problem, dass der Käufer eine ungesicherte Vorausleistung erbringt, stellt sich auch bei der Ausbauzustandslösung, wird aber durch die Beginnlösung noch ausgedehnt, da sich der Vorschuss des Käufers an den Verkäufer auf einen Erschließungszustand erstreckt, der noch nicht besteht, sondern gerade erst begonnen wurde.

<sup>18</sup> *MünchKommBGB/Westermann*, § 436 Rdnr. 3; *Brambring* in Amann/Brambring/Hertel, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, S. 140, 141.

<sup>19</sup> *Brambring*, DNotZ 2001, 590, 593; *Brambring* in Amann/Brambring/Hertel, Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform, S. 140, 141; *Hertel*, DNotZ 2002, 6, 22; zur Anwendbarkeit des § 436 BGB auf Bauträgerverträge *Pauly*, MDR 2004, 16, 18.

Bungsmaßnahmen, die mit dem Festpreis abgegolten sein sollen, bautechnisch begonnen wurden.<sup>20</sup> Dies kann – wie obige Ausführungen zeigen – schwer feststellbar sein.<sup>21</sup> Die gesetzliche Lösung bietet daher noch weniger Rechtssicherheit als die Ausbauzustandslösung.<sup>22</sup> Die Ausbauzustandslösung scheint sich durch die Vorstellung „gekauft wie besichtigt“ rechtfertigen zu lassen. Dies kann zu einer Fehlvorstellung führen, da man eben gerade nicht alle Erschließungsmaßnahmen sieht. Noch weniger offensichtlich sind aber Maßnahmen, die noch nicht fertig gestellt sind, sondern erst bautechnisch begonnen wurden.<sup>23</sup>

Demzufolge wird von der Beginnlösung regelmäßig durch vertragliche Gestaltung abgewichen. Dies legt auch der Wortlaut der gesetzlichen Regelung nahe, da durch den ersten Halbsatz „Soweit nicht anders vereinbart“ zum Ausdruck gebracht wird, dass § 436 Abs. 1 BGB kein gesetzliches Leitbild für die Erschließungskostenverteilung aufstellt.<sup>24</sup>

## 5. Die Bescheidslösung

Eine vertragliche Gestaltung, die im vorliegenden Fall zu einem abweichenden Ergebnis geführt hätte, wäre die sog. „Bescheidslösung“ gewesen.<sup>25</sup> Danach hat der Verkäufer diejenigen Erschließungskosten zu tragen, für die ihm Bescheide vor dem Beurkundungstag zugegangen sind. Der Käufer hat dagegen sämtliche Erschließungskosten zu tragen, die ab dem Tag der Beurkundung in Rechnung gestellt werden. Die Bescheidslösung bringt zwar Rechtssicherheit mit sich, da das Zugangsdatum der Kostenbescheide leicht nachvollziehbar ist. Allerdings geht mit dieser Verteilungsvariante im Gegensatz zur Ausbauzustandslösung für den Käufer die Gefahr einher, als Beitragsschuldner für bereits vor der Beurkundung des Kaufvertrages vorgenommene Erschließungsmaßnahmen ohne Rückgriffsmöglichkeit auf den Verkäufer in Anspruch genommen zu werden.<sup>26</sup> Die Bescheidslösung scheint daher für den Verkäufer die günstigere Gestaltungsvariante zu sein, während dem Käufer das Risiko auferlegt wird, über den Kaufpreis hinausgehend für den bei Vertragsschluss bestehenden Ausbauzustand finanziell belastet zu werden.

## 6. Vorzüge und Nachteile der einzelnen Lösungen

Fraglich ist, welche vertragliche Erschließungskostenverteilung vorliegend das sachgerechtere Ergebnis mit sich gebracht hätte. Ex post betrachtet lassen sich hierzu folgende wirtschaftlichen Erwägungen anstellen:

Käufer und Verkäufer haben sich auf einen bestimmten Kaufpreis unter Einbeziehung aller ihnen bekannten wertbildenden Faktoren geeinigt. Wäre den Vertragsparteien die Beitragslast bei Vertragsschluss bekannt gewesen, so wäre dies in ihre wirtschaftlichen Erwägungen bei der Kaufpreisbildung eingeflossen. Der Verkäufer war Eigentümer eines Hauses, auf dem eine öffentlich-rechtliche Kostenlast ruhte. Diese Last hätte bei entsprechender Kenntnis zu einem geringeren Kaufpreis geführt, wenn der Vertrag im Sinne der Bescheidslösung keine Rückgriffsmöglichkeit auf den Verkäufer vorge-

sehen hätte. Die Unkenntnis der Parteien hat dem Verkäufer einen höheren, wirtschaftlich für ein Hausgrundstück mit dieser Beitragslast nicht gerechtfertigten Kaufpreis verschafft. Die Ausbauzustandslösung bewirkte in der vorliegenden Konstellation den wirtschaftlichen Ausgleich, da der Verkäufer den überhöhten Kaufpreisteil nun zu einem späteren Zeitpunkt, als er nicht mehr damit rechnete, abführen muss. Damit hat sich die aus der Zeit seiner Eigentümerstellung stammende öffentliche Last zu seinen Lasten realisiert. Der Verkäufer hat den Betrag, den er nun an den Erschließungsträger zahlen muss, bereits mit der Kaufpreiszahlung erhalten, da der Kaufpreis bei Kenntnis der Sachlage wohl niedriger gewesen wäre. Überraschend ist für den Verkäufer nur, dass er nicht wusste, dass er den Betrag sparen muss und ihm der Kaufpreis insoweit nicht zur freien Verfügung stand.<sup>27</sup>

Rein wirtschaftlich betrachtet erscheint daher die Ausbauzustandslösung als sachgerechtere Gestaltungsvariante, da sie die Vertragsparteien so stellt, als wäre ihnen die öffentliche Last bei Vertragsschluss bekannt gewesen. Dagegen steht jedoch das Bedürfnis des Verkäufers mit dem Grundstück nach dem Verkauf nichts mehr zu tun zu haben und damit abschließen zu können. In diesem Sinne spricht für die Zuweisung des Risikos bestehender Erschließungskostenlasten an den Käufer die Tatsache, dass der Käufer zum Zeitpunkt des Zugangs späterer Kostenbescheide der einzige sein wird, der Vorteile aus dem bestehenden Erschließungszustand ziehen kann.<sup>28</sup> Insbesondere im Falle des Zugangs eines Kostenbescheides lange Jahre nach dem Kaufvertrag – wie im vorliegenden Fall – steht der Käufer als Grundstückseigentümer den Anliegerbeiträgen trotz Vornahme der Maßnahme vor der Beurkundung des Kaufvertrages sachnäher gegenüber. Daran knüpft auch die öffentlich-rechtliche Beitragsschuldnerschaft an. Weiß der Verkäufer weder von den zurückliegenden Erschließungsmaßnahmen und ist ihm auch das durch die Ausbauzustandslösung bei ihm verbliebene Rückgriffsrisiko nicht bewusst, so rechnet er nicht damit, dass er einen Teil des erhaltenen Kaufpreises für die Abrechnung vergangener Erschließungsmaßnahmen sparen muss.

Gerade deshalb mag die Bescheidslösung aufgrund der erhöhten Befriedungsfunktion zwischen den Parteien tatsächlich sachgerechter erscheinen. Dies setzt voraus, dass die Wahl zwischen der Ausbauzustands- und der Bescheidslösung zum Thema der Vertragsverhandlungen gemacht wurde. Nur dann haben die Parteien die Möglichkeit bei der Gemeinde auf Sachverhaltsaufklärung hinzuwirken. Und in Anbetracht des Ergebnisses dieser Sachverhaltsermittlung, müssen die Parteien dann die Verteilung des Risikos verspäteter Erschließungskostenbescheide als wirtschaftlichen Faktor in die Vertragsverhandlungen einfließen lassen.

Lässt sich die Frage noch nicht abgerechneter Erschließungsmaßnahmen nicht klären, so gibt es zum Zeitpunkt der Beurkundung keine grundsätzlich sachgerechte Gestaltungsvariante. Vielmehr wird sich der Verkäufer die Abwälzung des den Parteien bewussten Kostenrisikos vergangener Erschließungsmaßnahmen auf den Käufer im Zweifel auch etwas kosten lassen müssen, so dass den oben angeführten wirtschaftlichen Erwägungen im Zuge der Vertragsverhandlungen automatisch Rechnung getragen wird.

Notarassessorin *Brigitte Bauer* LL. M. EUR., München

<sup>20</sup> Hertel, DNotZ 2002, 6, 22.

<sup>21</sup> Grziwotz, NotBZ, 2001, 383 f.

<sup>22</sup> Schöner/Stöber, Rdnr. 3182; Palandt/Putzo, § 436 BGB Rdnr. 8.

<sup>23</sup> Wilhelms, NJW 2003, 1420, 1423.

<sup>24</sup> Brambring, DNotZ 2001, 590, 593.

<sup>25</sup> Grziwotz in Beck'sches Notar-Handbuch, A I Rdnr. 152 a. E.; Hertel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 342, 343; Brambring, S. 140, 142; Kersten/Bühling/Basty, § 36 Rdnr. 138, 141, 142.

<sup>26</sup> Grziwotz, Baulanderschließung, S. 369.

<sup>27</sup> Insofern gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass man für seine finanzielle Leistungsfähigkeit unabhängig von einem Verschulden einzustehen hat; Palandt/Heinrichs, § 275 BGB Rdnr. 3.

<sup>28</sup> Grziwotz, NJW 1995, 641, 642.

6. GG Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2; BGB § 1626 a Abs. 2, § 1748 Abs. 4 (*Ersetzung der Einwilligung des leiblichen Vaters bei Stiefkindadoption*)

1. **Nach der verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung der Interessen von Vater und Kind soll das Unterbleiben der Adoption nur dann dem Kind zum unverhältnismäßigen Nachteil gereichen, wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde.**
2. **Die in § 1748 Abs. 1 und Abs. 4 BGB vorgenommene Unterscheidung zwischen ehemals sorgeberechtigten Vätern und nichtsorgeberechtigten Vätern bei den Voraussetzungen für die Ersetzung der Einwilligung in die Adoption ist verfassungsgemäß. (Leitsätze der Schriftleitung)**

BVerfG, Beschluss vom 29.11.2005, 1 BvR 1444/01

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in NJW 2006, 827.

Siehe hierzu auch den nachfolgend abgedruckten Beschluss des BGH vom 25.3.2005, XII ZB 10/03.

7. BGB § 1748 (*Ersetzung der Einwilligung des anderen Elternteils*)

**Bei der Prüfung, ob ein Unterbleiben der Adoption einen unverhältnismäßigen Nachteil im Sinne des § 1748 Abs. 4 BGB für das Kind mit sich brächte, sind die Interessen des Kindes an der Adoption gegenüber den Interessen des Vaters am Fortbestand seines Elternrechts abzuwägen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Beschluss vom 23.3.2005, XII ZB 10/03

Der Antragsteller wurde am 27.10.1995 als Kind der nicht miteinander verheirateten Beteiligten zu 1 (Antragsgegner, im Folgenden Vater) und 2 geboren. Die Beteiligten zu 2 und 3 haben im September 1999 die Ehe geschlossen. Der Beteiligte zu 3 will den Antragsteller als Kind annehmen; der Vater verweigert seine Einwilligung hierzu. Das AG hat den Antrag, die Einwilligung des Vaters zu ersetzen, zurückgewiesen. Das LG hat die Einwilligung ersetzt. Es hat dazu ausgeführt, dass das Unterbleiben der Annahme dem Antragsteller zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde; diese Voraussetzung liege entsprechend einer auch vom OLG Karlsruhe vertretenen Rechtsauffassung bereits dann vor, wenn das Unterbleiben der Annahme für das Kind nachteilig sei und bei Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters die Interessen des Kindes überwiegen. Das sei hier der Fall. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde des Vaters.

Nach Auffassung des OLG ist die sofortige weitere Beschwerde begründet. Ein unverhältnismäßiger Nachteil für das Kind, der nach § 1748 Abs. 4 BGB die Ersetzung der Einwilligung des nichtsorgeberechtigten Vaters rechtfertigen könne, liege entgegen der Auffassung des LG nicht immer schon dann vor, wenn der dem Vater drohende Nachteil als geringer eingestuft würde; vielmehr müsse dem Kind nicht anders als in den in § 1748 Abs. 1, 2 BGB geregelten Fällen ein besonders großer Nachteil drohen, wenn die Adoption unterbliebe. Einen in diesem Sinne unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind habe das LG nicht festgestellt.

Das OLG möchte deshalb der sofortigen weiteren Beschwerde stattgeben. Es sieht sich daran durch den vom LG zitierten Beschluss des OLG Karlsruhe vom 26.5.2000 (FamRZ 2001, 573) gehindert. In

dieser Entscheidung hat das OLG Karlsruhe ausgeführt, dass ein unverhältnismäßiger Nachteil im Sinne des § 1748 Abs. 4 BGB immer schon dann vorliege, wenn das Unterbleiben der Adoption für das Kind nachteilig sei und wenn die Abwägung der Interessen des Kindes mit denen des Vaters zu dem Ergebnis führe, dass das Interesse des Kindes an der Adoption überwiege.

Das OLG hat die Sache deshalb gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem BGH vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

Die Vorlage ist zulässig. (*wird ausgeführt*)

#### III.

Da somit die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG erfüllt sind, hat der Senat gemäß § 28 Abs. 3 FGG anstelle des vorlegenden Gerichts über die sofortige weitere Beschwerde zu entscheiden.

Die sofortige weitere Beschwerde ist fristgerecht eingelegt und auch sonst zulässig (§ 53 Abs. 1 Satz 2, § 60 Abs. 1 Nr. 6 FGG). Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des LG und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses.

1. Nach § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Annahme als Kind nur zulässig, wenn sie dem Wohl des Kindes dient. Sie setzt nach § 1747 Abs. 1 BGB die Einwilligung beider Elternteile voraus. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet und steht die Sorge für das Kind nach § 1626 a Abs. 2 BGB allein der Mutter zu, so kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 1748 Abs. 4 BGB die Einwilligung des Vaters in die Adoption seines Kindes ersetzen, wenn das Unterbleiben der Annahme dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil gereichen würde.

a) Mit dieser durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz eingefügten Regelung soll den Vorgaben in der Entscheidung des BVerfG vom 7.3.1995 (FamRZ 1995, 789) Rechnung getragen werden. In dieser Entscheidung hat das BVerfG die bis dahin bestehende Rechtslage für mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar erklärt, soweit danach für die Adoption eines nichtehelichen Kindes durch den Ehemann der Mutter weder eine Einwilligung des Vaters noch eine Abwägung mit dessen Belangen vorgesehen war. Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG beziehe auch die Väter nichtehelicher Kinder ein. Diese Einbeziehung schließe zwar eine differenzierende Ausgestaltung der Rechtsstellung dieser Väter unter Berücksichtigung der unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse nicht aus.

Die beanstandete Regelung gehe jedoch über die bloße Ausgestaltung der elterlichen Befugnisse hinaus und stelle sich als ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Elternrecht des Vaters dar. Es könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Adoption durch den Stiefvater in aller Regel dem Wohl des Kindes diene. Außerdem reiche es für die Wahrung des Kindeswohls aus, wenn die Adoption durch den Ehemann der Mutter nur in den Fällen ermöglicht werde, in denen die Abwägung mit den Belangen des Vaters ergebe, dass das Interesse des Kindes am Ausspruch der Adoption überwiege. Da der Gesetzgeber dem Vater nicht einmal die Möglichkeit einräume, durch Geltendmachung seiner Belange eine solche Abwägung zu erreichen, sei die Regelung unverhältnismäßig.

Die mit der Kindschaftsrechtsreform Gesetz gewordene Fassung des § 1748 Abs. 4 BGB („unverhältnismäßiger Nachteil“ für das Kind) weicht allerdings von der vom BVerfG als Mindestvoraussetzung für die Berücksichtigung der Vaterbelange verwandten Formulierung (die Belange des Vaters überwie-

gendes Kindesinteresse) ab. Der Gesetzgeber war sich, wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt, dieses Unterschiedes indes durchaus bewusst: Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren zum Kindschaftsrechtsreformgesetz vorgeschlagen, die Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption immer schon dann zuzulassen, wenn „der Annahme überwiegende Belange des Vaters nicht entgegenstehen“ (BT-Drucks. 13/4899, S. 157). Damit sollte dem Eindruck begegnet werden, dass die Einwilligung des Vaters nur bei einem besonders großen Nachteil für das Kindeswohl ersetzt werden dürfe und die Interessen des Vaters tendenziell höher als die des Kindes bewertet würden. Die Bundesregierung ist in ihrer Gegenäußerung diesem Vorschlag des Bundesrates entgegengetreten (BT-Drucks. 13/4899, S. 170). Das in § 1748 Abs. 4 BGB-RegE vorgesehene Kriterium eines unverhältnismäßigen Nachteils ermögliche es in umfassender Weise, sowohl die Belange des Kindes als auch die des Vaters zu berücksichtigen. Eine am Kindeswohl ausgerichtete Interpretation der Vorschrift werde zudem bereits dadurch unterstützt, dass § 1748 Abs. 4 BGB-RegE jegliche Bezugnahme auf ein Fehlverhalten oder auf eine Erziehungsunfähigkeit des betroffenen Vaters als Voraussetzung für die Ersetzung seiner Einwilligung in die Adoption vermeide. Diese Auffassung hat sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt.

b) Wie die geschilderte Entstehungsgeschichte der Vorschrift belegt, sind bei der Prüfung, ob ein Unterbleiben der Adoption einen unverhältnismäßigen Nachteil für das Kind mit sich brächte, die Interessen des Kindes an der Adoption gegenüber den Interessen des Vaters am Fortbestand seines Elternrechts abzuwägen. Das liegt auch deshalb nahe, weil es andernfalls für die vom Wortlaut der Norm geforderte „Unverhältnismäßigkeit“ an einem Maßstab fehlte. Defizite an Zuwendung und Erziehung, wie sie § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB für die Ersetzung der elterlichen Einwilligung verlangt, werden für die sich aus § 1748 Abs. 4 BGB ergebende Ersetzungsbefugnis gerade nicht gefordert; Art und Ausmaß solcher Defizite können deshalb auch nicht die Verhältnismäßigkeit oder Unverhältnismäßigkeit des in der Ersetzung liegenden Eingriffs in das Elternrecht begründen.

Bei der somit gebotenen Abwägung der Interessen von Vater und Kind geht es nach Auffassung des Senats einerseits nicht an, das Erfordernis eines unverhältnismäßigen Nachteils auf ein bloßes Überwiegen des Kindesinteresses zu reduzieren. Das Unterbleiben der Adoption gereicht vielmehr nur dann dem Kind zu unverhältnismäßigem Nachteil, wenn die Adoption einen so erheblichen Vorteil für das Kind bieten würde, dass ein sich verständlich um sein Kind sorgender Elternteil auf der Erhaltung des Verwandtschaftsbandes nicht bestehen würde (vgl. BGH, FamRZ 2002, 94, 95 betr. § 1618 BGB = DNotZ 2002, 545).

Bei der solchermaßen am Einzelfall ausgerichteten Interessenabwägung wird zu berücksichtigen sein, dass es in der Regel nicht dem Wohl des Kindes dient, wenn die Adoption womöglich gar vorrangig darauf zielt, Umgangsmöglichkeiten des Vaters für die Zukunft völlig auszuschließen (BVerfG, FamRZ 1995, 789, 793). Ebenso wird zu bedenken sein, dass sich bei einer Adoption durch den Ehemann der Mutter im Regelfall an der tatsächlichen Situation des Kindes wenig ändert, insbesondere dem Kind nicht erst durch die Adoption die Möglichkeit gegeben wird, in einer Familie aufzuwachsen, die ihm gute Chancen für seine Entwicklung bietet. Die Adoption soll in solchen Fällen einer rechtlichen Absicherung der schon bestehenden tatsächlichen Situation dienen; eine solche Absicherung kann im Interesse des Kindes liegen, wird aber worauf auch das BVerfG hingewiesen hat (a. a. O.) als

häufig nicht unproblematisch angesehen. Auf Seiten des Vaters wird u. a. zu erwägen sein, ob und inwieweit ein geliebtes Vater-Kind-Verhältnis besteht oder bestanden hat oder welche Gründe den Vater am Aufbau oder an der Aufrechterhaltung eines solchen Verhältnisses gehindert haben.

Außerdem ist zwischen den Fällen der Adoption durch Dritte und der Adoption durch den Ehemann der Mutter (sog. Stiefkindadoption) grundsätzlich zu unterscheiden: Bei der Drittadoption wird nicht unberücksichtigt bleiben können, dass der Vater die Übertragung der elterlichen Sorge auf sich beantragen kann, dieser Antrag keiner Zustimmung der Mutter bedarf und eine Annahme des Kindes erst möglich ist, wenn zuvor über den Antrag des Vaters (abschlägig) entschieden ist (§ 1672 Abs. 1, § 1747 Abs. 3 Nr. 2, § 1751 Abs. 1 Satz 6 BGB). Diese Möglichkeit des Vaters wird von Teilen der Literatur sogar als ein tragender Grund für die Regelung des § 1748 Abs. 4 BGB angesehen: Ein Vater, der von der ihm eröffneten Chance, sich sein Elternrecht im Wege der Sorgeübergabe zu bewahren, keinen Gebrauch macht, soll eine dem Kindeswohl dienliche Annahme seines Kindes durch Dritte nicht allein durch seine Weigerung verhindern können; § 1748 Abs. 4 BGB stelle deshalb für diesen Fall die Ersetzung seiner Einwilligung unter im Vergleich zu § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB erleichterte Voraussetzungen (vgl. etwa *Lipp/Wagenitz*, Das neue Kindschaftsrecht 1999, § 1748 BGB Rdnr. 5). Dagegen besteht bei der Adoption durch einen Stiefelternanteil diese Möglichkeit der Sorgerechterlangung für den Vater realistischere nicht. Denn sein Antrag auf Übertragung des Sorgerechts setzt hier die Einwilligung der Mutter voraus (§ 1751 Abs. 2 i. V. mit Abs. 1 Satz 6 BGB). Er ist deshalb bei einer vom Ehemann der Mutter mit deren Einwilligung beantragten Adoption des Kindes chancenlos. Dieser Unterschied rechtfertigt es, die Einwilligung des Vaters in die Annahme seines Kindes in den Fällen der Stiefkindadoption nur unter strengeren Voraussetzungen als in Fällen der Drittadoption zu ersetzen. So liegen die Dinge auch hier.

c) In der Literatur wird die Verfassungsmäßigkeit des § 1748 Abs. 4 BGB in Zweifel gezogen (vgl. etwa *Staudinger/Frank*, BGB, 13. Bearb. 2001, § 1748 Rdnr. 59; *Erman/Saar*, BGB, 11. Aufl., § 1748 Rdnr. 27). § 1748 Abs. 4 BGB knüpfe die gegenüber § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB erleichterte Ersetzbarkeit der Einwilligung des Vaters in die Adoption seines Kindes an den Umstand, dass der Vater mit der Mutter nicht verheiratet ist und die Eltern keine Sorgerechtsklärungen abgegeben haben. Dieser Umstand sei kein Grund, der für sich allein den mit der Ersetzung der Einwilligung verbundenen Eingriff in das Elternrecht des Vaters rechtfertige. Auch sei die Möglichkeit des Vaters, im Wege der Sorgerechtsübertragung nach § 1672 Abs. 1 BGB die elterliche Sorge für das Kind zu erlangen und so dessen Adoption zu verhindern, in den Fällen der Stiefkindadoption nicht gegeben; sie könne es schon deshalb nicht rechtfertigen, die Einwilligung des Vaters unter erleichterten Voraussetzungen zu ersetzen.

Diese Einwände sind zwar richtig, tragen den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit aber nicht. Denn ein verfassungskonformes Ergebnis wird durch das Erfordernis der Unverhältnismäßigkeit der Nachteile ermöglicht, das eine umfassende Interessenabwägung gewährleistet (vgl. *Soergel/Liermann*, BGB, 13. Aufl., § 1748 Rdnr. 40; ebenso mit rechtspolitischer Kritik MünchKommBGB/*Maurer*, 4. Aufl., § 1748 Rdnr. 24).

Zum Teil wird gegen die Verfassungsmäßigkeit ferner angeführt, dass nur die Einwilligung des Vaters, nicht auch die der Mutter unter den erleichterten Voraussetzungen des § 1748 Abs. 4 BGB ersetzbar sei; die Einwilligung der Mutter könne deshalb nur gemäß § 1748 Abs. 1 bis 3 BGB ersetzt werden.

Das gelte auch dann, wenn die elterliche Sorge dem Vater allein zustehe.

Diese Differenzierung zwischen Vätern und Müttern begründet indes keine Verfassungswidrigkeit der Regelung. Sie rechtfertigt sich letztlich aus der Schutzbedürftigkeit der Mutter, die anderenfalls an einer Freigabe zur Adoption gehindert und so mit dem Kind „alleingelassen“ werden könnte. Ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht für den Vater auch in den Fällen des § 1672 Abs. 1 BGB nicht (BT-Drucks. 13/4899, S. 114).

2. Im vorliegenden Fall war danach anhand einer umfassenden Abwägung aller Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob ein Unterbleiben der Annahme durch den Beteiligten zu 3 für das Kind einen so großen Nachteil begründen würde, dass dieser zum Interesse des Vaters an der Aufrechterhaltung der rechtlichen Verwandtschaft zu seinem Sohn im oben beschriebenen Sinn außer Verhältnis stünde. Diese Prüfung hat das LG, wie im Vorlagebeschluss des OLG im Einzelnen zutreffend dargestellt ist, nicht rechtsfehlerfrei vorgenommen.

Das im Vordergrund der landgerichtlichen Argumentation stehende und von der Beteiligten zu 2 wohl auch primär verfolgte Ziel, das Umgangsrecht des Vaters im Wege der Adoption zu vereiteln, trägt, wie dargelegt, eine Ersetzung der Einwilligung im Regelfall nicht. Gründe, die im vorliegenden Fall eine andere Folgerung rechtfertigen, sind weder festgestellt noch sonst ersichtlich. Die Beteiligte zu 2 hat die Aufgabe, ihrem Kind seinen Vater als weitere Bezugsperson nahe zu bringen und die Verbundenheit beider angemessen zu fördern. Soweit die Beteiligte zu 2 ihre Trennung vom Vater ihres Kindes bis heute nicht verarbeitet hat und das Kind als Reaktion darauf angeblich Angst davor empfindet, von seinem Vater besucht zu werden, spricht dies nicht für die Notwendigkeit, die Integration des Kindes in die neue Familie der Mutter rechtlich weiter abzusichern; dieser Umstand offenbart vielmehr ein tief greifendes Erziehungsversagen der Mutter, dem jedenfalls nicht mittels einer Adoption des Kindes durch ihren Ehemann abgeholfen werden kann. Das gilt auch für die auch nach Einschätzung des LG möglicherweise nicht begründeten, jedenfalls aber nicht nachvollziehbar dargelegten Ängste der Beteiligten zu 2, das Kind auch nur besuchsweise dem Vater zu überlassen. Dessen Belange werden in der Entscheidung des LG nur kurz und im Ganzen nur formelhaft, alles in allem aber keinesfalls hinreichend gewürdigt. Seine in der persönlichen Anhörung und in eindringlichen schriftlichen Stellungnahmen vorgetragene Beweggründe und Belange finden in dem angefochtenen Beschluss keine erkennbare Berücksichtigung. Der Hinweis des LG, dass eine Vater-Kind-Beziehung nie bestanden habe, wird dem Akteninhalt nicht gerecht und kann die vom LG ausgesprochene Ersetzung der Einwilligung nicht tragen. Auf die ausführliche Würdigung des angefochtenen Beschlusses durch das OLG wird insoweit Bezug genommen.

3. Nach allem kann die angefochtene Entscheidung nicht bestehen bleiben. Da das LG die Beteiligten ausführlich auch persönlich gehört hat und nach dem Akteninhalt Feststellungen, die über die vom LG aufgeführten Umstände hinausgehen, nicht zu erwarten sind, vermag der Senat in der Sache abschließend zu entscheiden. Die vom LG getroffenen Feststellungen tragen wie dargelegt eine Ersetzung der Einwilligung des Vaters in die Adoption des Kindes durch den Beteiligten zu 3 nicht; weitere Gesichtspunkte, die das Begehren des Kindes stützen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Seine Beschwerde gegen den eine Ersetzung der Einwilligung des Vaters ablehnenden Beschluss des AG Vormundschaftsgericht war dementsprechend zurückzuweisen.

8. BGB § 1615 I Abs. 2; GG Art. 6 Abs. 1, 2 und 5, Art. 3 Abs. 1 (*Grundsätzliche Befristung des Unterhalts der nichtehelichen Mutter*)

- a) **Die grundsätzliche Befristung des Unterhaltsanspruchs der nichtehelichen Mutter auf die Dauer von drei Jahren ab Geburt des Kindes bewirkt keine verfassungswidrige Schlechterstellung des nichtehelich geborenen Kindes gegenüber ehelich geborenen Kindern.**
- b) **Ob es, insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes, grob unbillig ist, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf von drei Jahren nach der Geburt zu versagen, ist in verfassungskonformer Auslegung unter Berücksichtigung kindbezogener wie elternbezogener Gründe zu entscheiden.**

BGH, Urteil vom 5.7.2006, XII ZR 11/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

#### Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen in NJW 2006, 2687 abgedruckt.

9. BGB §§ 1404 Abs. 2, 1587 Abs. 2, § 1587 o Abs. 1 Satz 2 (*Zulässige Vereinbarung zur „Verkürzung“ der Elternzeit*)

**Eine Vereinbarung, mit der die beteiligten Eheleute die während eines Teils der Ehezeit erworbenen Anrechte vom Versorgungsausgleich ausnehmen wollen, ist wirksam, wenn der sich danach zugunsten des Berechtigten ergebende Ausgleich geringer ist, als der auf die gesamte Ehezeit entfallende Ausgleichsbetrag.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.7.2006, 2 UF 69/06

#### Aus den Gründen:

Die befristete Beschwerde der Deutschen Rentenversicherung Bund ist verfahrensrechtlich bedenkenfrei und führt in der Sache zur anderweitigen Regelung des Versorgungsausgleichs mit dem aus dem Entscheidungssatz ersichtlichen Inhalt.

Die Beschwerdeführerin rügt zu Recht, dass das Familiengericht bei seiner Entscheidung über den Versorgungsausgleich die höchstrichterliche, vom Senat geteilte Rechtsprechung zur Durchführung des Versorgungsausgleichs bei Vereinbarungen der beteiligten Ehegatten über einen Teilverzicht durch Herausnehmen bestimmter, vor dem Ehezeitende beiderseits erworbener Anwartschaften aus dem Versorgungsausgleich (grundlegend: BGH, FamRZ 1990, 273 ff.) nicht beachtet hat.

1. Zwar können Ehegatten gemäß § 1404 Abs. 2 BGB in einem Ehevertrag oder im Rahmen von Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Ehescheidung den Versorgungsausgleich – auch teilweise – ausschließen. Dies kann auch in der hier gewählten Weise erfolgen, dass die von den Ehegatten in einem bestimmten Zeitraum während der gesetzlich festgelegten und nicht disponiblen Ehezeit (§ 1587 Abs. 2 BGB) erworbenen Versorgungsanwartschaften nicht in den Ausgleich einbezogen werden sollen.

Die Dispositionsbefugnis der Ehegatten wird jedoch gemäß § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB dadurch begrenzt, dass durch die Parteivereinbarung Anwartschaftsrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1587 b Nr. 1 oder 2 BGB – und

über die allgemeine Verweisungsvorschrift des § 3 VAHRG auch nach § 1 Abs. 3 VAHRG (vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne*, Eherecht, 4. Aufl., § 1587 o BGB Rdnr. 19) – nicht übertragen oder begründet werden können. Vereinbarungen, die zur Folge haben, dass zu Lasten des ausgleichspflichtigen Ehegatten mehr Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung übertragen oder begründet würden als dies bei Einbeziehung aller von den Parteien in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften der Fall wäre, sind daher gemäß § 1587 o Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 134 BGB nichtig (BGH, FamRZ 1988, 153, 154).

Um die durch § 1587 o Abs. 1 Satz 2 BGB gezogene Grenze festzustellen, ist daher zunächst der Ausgleichsbetrag zu ermitteln, der bei unveränderter Anwendung der gesetzlichen Regelung in der gesetzlichen Rentenversicherung zu übertragen oder zu begründen wäre und durch die vertraglichen Vereinbarungen nicht überschritten werden darf.

In einem zweiten Schritt sind sodann die auf die gesamte Ehezeit entfallenen Rentenanwartschaften beider Ehegatten um diejenigen zu bereinigen, die nach der getroffenen Vereinbarung nicht ausgeglichen werden sollen. Nur wenn der danach sich zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten ergebende Betrag der zu übertragenden oder zu begründenden Rentenanwartschaften geringer ist als der auf die gesamte Ehezeit entfallende Ausgleichsbetrag, ist die vertragliche Vereinbarung gültig. Führt sie dagegen zu einem höheren Ausgleichsbetrag, so hat es bei der gesetzlichen Regelung zu verbleiben.

2. Gemessen hieran ist die von den Parteien im Rahmen des Scheidungsverfahrens am 23.3.2006 getroffene und vom Familiengericht genehmigte Vereinbarung wirksam. Sie ist dahin auszulegen, dass die von beiden in der Zeit zwischen dem 1.6.1999 und dem 30.9.2005 (= Ehezeitende im Sinne des § 1587 Abs. 2 BGB) erworbenen Anrechte nicht in den Versorgungsausgleich einbezogen werden sollen. Der sich danach zugunsten der ausgleichsberechtigten Antragstellerin ergebende Ausgleichsbetrag der zu übertragenden und zu begründenden gesetzlichen Rentenanwartschaften ist geringer als der auf die Ehezeit (1.6.1981–30.9.2005) entfallende Ausgleichsbetrag: (*wird ausgeführt*).

3. Die Anordnung der Umrechnung der zu übertragenden und zu begründenden Rentenanwartschaften in Entgeltpunkte beruht auf § 1587 b Abs. 6 BGB.

10. BGB § 2040 Abs. 1 (*Kündigung eines Pachtvertrags als Verfügung über Nachlassgegenstand*)

**Die Kündigung eines Pachtvertrags über zu einem Nachlass gehörende landwirtschaftliche Flächen ist eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand (Aufgabe von Senat, Beschluss vom 30.1.1951, V BLw 36/50, LM BGB § 2038 Nr. 1).**

BGH, Urteil vom 28.4.2006, LwZR 10/05

Die Kläger sind zusammen mit der unter Betreuung stehenden M. W., deren Betreuerin u. a. für den Bereich „Immobilienangelegenheiten“ die Klägerin zu 1 ist, Miterben des im Mai 1994 verstorbenen W. W. (Erblasser). Dieser verpachtete dem Beklagten mit schriftlichem Vertrag vom 24.1.1991, geändert am 10.1.1993, ab dem 1.10.1991 landwirtschaftlich genutzte Flächen für die Dauer von zwölf Jahren. Nach § 2 Abs. 2 verlängert sich das Pachtverhältnis um zwölf Jahre, wenn es nicht mit einer Frist von zwölf Monaten zum Pachtablauf gekündigt wird.

Am 6.9.2002 erhielt der Beklagte ein von den Klägern unterzeichnetes und mit dem Absender „Erbengemeinschaft W.“ versehenes Schriftstück vom 15.8.2002 zugestellt, in welchem die Kündigung des Pachtvertrags zum 30.9.2003 ausgesprochen wird. Mit Schreiben vom 15.7.2003 forderten die Kläger den Beklagten – vergeblich – zur Herausgabe der Pachtflächen zum 30.9.2003 auf.

Das AG – Landwirtschaftsgericht – hat der auf Herausgabe der Flächen an sämtliche Miterben gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

I.

Zum einen hält das Berufungsgericht die Kündigung des Pachtvertrags durch die Kläger für wirksam, obwohl sie nicht von allen Miterben ausgesprochen worden sei. Zwar sei die Kündigung eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, die grundsätzlich von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden müsse. Aber als Geschäft der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses habe sie wirksam von den Klägern ohne Mitwirkung der weiteren Miterbin erklärt werden können. Zum anderen meint das Berufungsgericht, dass die Kündigungserklärung für sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft abgegeben worden sei. Deshalb habe das Pachtverhältnis am 30.9.2003 geendet; der Beklagte sei zu der Herausgabe sämtlicher Pachtflächen verpflichtet.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

II.

1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Kläger berechtigt seien, mit der Klage von dem Beklagten die Herausgabe der Pachtflächen an sämtliche Miterben zu verlangen. Denn nach § 2039 Satz 1 Alt. 2 BGB kann jeder Miterbe die Leistung an alle Erben fordern. Dagegen erhebt die Revision auch keine Einwände.

2. Ebenfalls zu Recht sieht das Berufungsgericht die von den Klägern ausgesprochene Vertragskündigung als Verfügung über einen Nachlassgegenstand im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB an.

a) In der Praxis sind Pachtverträge über landwirtschaftliche Flächen – ebenso wie Mietverträge über Grundstücke und Räume – mit Verlängerungsklausel häufig anzutreffen. Diese Verträge verlängern sich automatisch auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, wenn sie nicht zu dem vereinbarten Vertragsende gekündigt werden. Unterbleibt die Kündigung, wird das Vertragsverhältnis mit demselben Inhalt fortgesetzt; lediglich die Laufzeit verändert sich. Die Identität des damit in die Zukunft verlängerten Vertrags bleibt erhalten (BGHZ 150, 373, 375 m. w. N. für einen Mietvertrag). Die von den Klägern in der Revisionserwiderung vertretene Auffassung, ihre Kündigungserklärung sei rechtlich als Ablehnung des in dem ursprünglichen Vertrag enthaltenen befristeten Angebots zu werten, den als möglich vorgesehenen neuen Vertrag abzuschließen, ist somit unzutreffend. Daraus folgt, dass die Vertragsbeendigung zum Ende der – noch nicht verlängerten – Laufzeit nur durch eine rechtzeitige Kündigung herbeigeführt werden kann (a. A. RGZ 86, 60, 62).

b) Diese Kündigung ist eine Verfügung im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB. Denn der allgemeine Verfügungsbegriff, nach welchem Verfügungen Rechtsgeschäfte sind, durch die bestehende Rechte mit unmittelbarer Wirkung aufgehoben, übertragen, belastet oder inhaltlich verändert werden (siehe nur BGHZ 101, 24, 26), gilt auch für diese Vorschrift (AnwK-BGB/Ann., § 2040 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Lohmann*, BGB, § 2040 Rdnr. 3; *Erman/W. Schlüter*, BGB, 11. Aufl., § 2040

Rdnr. 1; MünchKommBGB/Heldrich, 4. Aufl., § 2040 Rdnr. 4; *Soergel/M. Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2040 Rdnr. 2; *Staudinger/Werner*, BGB, § 2040 Rdnr. 5). Deshalb ist u. a. die Ausübung von Gestaltungsrechten wie die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses eine Verfügung (AnwK-BGB/Ann, § 2040 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/Lohmann*, a. a. O.; MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 8; *Soergel/M. Wolf*, § 2040 BGB Rdnr. 3). Das gilt auch für die Kündigung eines Pachtvertrags über ein Nachlassgrundstück durch eine Erbengemeinschaft als Verpächterin (*Staudinger/Werner*, § 2040 BGB Rdnr. 6 m. w. N.). An seiner in dem Beschluss vom 30.1.1951 (V BLw 36/50, LM BGB § 2038 Nr. 1) vertretenen gegenteiligen Auffassung hält der Senat nicht fest. Denn eine solche Kündigung ist zwar keine Verfügung über das verpachtete Grundstück, wie der Senat dort richtig ausgeführt hat, wohl aber eine Verfügung über die Rechte aus dem Pachtvertrag wie die ebenfalls zu dem Nachlass gehörende Pachtzinsforderung (*Soergel/M. Wolf*, § 2040 BGB Rdnr. 3). Auch sie gehört zu den Rechten, auf die sich eine Verfügung im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB beziehen kann (MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 4). Durch die Kündigung des Vertrags wird das Recht aufgehoben, denn der Anspruch der Erbengemeinschaft auf Zahlung des Pachtzinses erlischt.

3. Offen bleiben kann, ob das Berufungsgericht – wie die Revision meint – rechtsfehlerhaft davon ausgeht, dass die Kündigung eines Pachtvertrags als Maßnahme der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung auch ohne Mitwirkung sämtlicher Miterben wirksam sei.

a) Nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB ist jeder Miterben den anderen gegenüber verpflichtet, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind. Solche Maßregeln können mit Stimmenmehrheit beschlossen werden (§ 2038 Abs. 2 BGB i. V. m. § 745 Abs. 1 BGB), bedürfen also nicht der Zustimmung sämtlicher Miterben. Ob daraus folgt, dass eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand, die zugleich eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 28.9.2005, IV ZR 82/04, MittBayNot 2006, 245 m. Anm. Ann), entgegen dem in § 2040 Abs. 1 BGB enthaltenen Erfordernis der Einstimmigkeit wirksam ist, wenn sie nicht von sämtlichen Mitgliedern der Erbengemeinschaft vorgenommen wird, ist umstritten.

aa) Das Schrifttum spricht sich teilweise für einen Vorrang der Regelung des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB vor der des § 2040 Abs. 1 BGB aus; danach sollen mehrheitlich beschlossene Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses auch Verfügungsgeschäfte darüber ohne Beachtung des Einstimmigkeitsprinzips erlauben (AnwK-BGB/Ann, § 2040 Rdnr. 13; *Jauernig/Stürner*, BGB, 11. Aufl., § 2040 Rdnr. 2; *Soergel/M. Wolf*, § 2038 BGB Rdnr. 5; *Frank*, Erbrecht, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 19; *Leipold*, Erbrecht, 15. Aufl., Rdnr. 736; *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 230 f.; *Schopp*, ZMR 1967, 193).

bb) Überwiegend wird jedoch angenommen, dass auch für Verfügungen über einen Nachlassgegenstand, die zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung sind, die Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB gilt; danach müssen solche Verfügungen von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden (*Bamberger/Roth/Lohmann*, § 2040 BGB Rdnr. 2; *Erman/Schlüter*, § 2040 BGB Rdnr. 3; MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 3; *Palandt/Edenhofer*, § 2040 BGB Rdnr. 1; *Staudinger/Werner*, § 2038 BGB Rdnr. 40 und § 2040 BGB Rdnr. 1, 18; *Bartholomeyczik* in FS Reinhardt, 1972, S. 13, 30 ff.; *Brox*, Erbrecht, 21. Aufl., Rdnr. 507; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 IV 1; *Olzen*, Erbrecht, 2. Aufl., Rdnr. 986; *Schlüter*, Erbrecht, 15. Aufl., Rdnr. 685).

cc) Vereinzelt wird die Ansicht vertreten, dass Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung mit Stimmenmehrheit vorgenommen werden können, wenn dadurch das nach § 2040 Abs. 1 BGB geschützte Recht der anderen Miterben nicht wesentlich beeinträchtigt wird (BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2040 Rdnr. 2; *Johannsen*, WM 1970, 573, 576).

dd) Nach der Rechtsprechung des BGH bezieht sich die Vorschrift des § 2038 BGB insgesamt nicht auf Verfügungen; für die gilt vielmehr die Sonderregelung des § 2040 Abs. 1 BGB (BGHZ 38, 122, 124). Danach müssen Verfügungen über einen Nachlassgegenstand, auch wenn sie zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB sind, von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden.

b) Gegen die Richtigkeit der zuerst genannten Auffassung, die generell von einem Vorrang der Regelung des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB vor der des § 2040 Abs. 1 BGB ausgeht, bestehen Bedenken. Gibt man nämlich das Einstimmigkeitsprinzip für jede einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechende Verfügung über einen Nachlassgegenstand auf, beschränkt das den Anwendungsbereich der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB auf die wenigen Fälle einer nicht ordnungsmäßigen Nachlassverwaltung. Allein die Ordnungsmäßigkeit scheint jedoch kein geeignetes Kriterium für die Entscheidung darüber zu sein, ob eine Verfügung über einen Nachlassgegenstand – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht von allen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden muss. Maßgeblich erscheint vielmehr, ob die mit Stimmenmehrheit vorgenommene Verfügung den mit dem Einstimmigkeitsprinzip verfolgten Zweck wahr.

c) Deshalb ist es ebenfalls zweifelhaft, ob die von dem überwiegenden Teil des Schrifttums und vom BGH vertretene Ansicht zutrifft, auch Verfügungen im Rahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung müssten immer von sämtlichen Miterben gemeinschaftlich vorgenommen werden. Auch sie berücksichtigt nicht ausreichend den mit der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB verfolgten Zweck. Im Übrigen hat der V. Zivilsenat des BGH auf Anfrage mitgeteilt, dass er an seiner in BGHZ 38, 122, 124 veröffentlichten Entscheidung, in der er generell die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 2038 BGB auf Verfügungen über Nachlassgegenstände verneint hat, nicht mehr festhält.

d) Viel spricht deshalb für die Auffassung, dass Verfügungen über einen Nachlassgegenstand als Maßnahmen ordnungsmäßiger Nachlassverwaltung wirksam mit Stimmenmehrheit vorgenommen werden können, wenn dadurch die auf den Erhalt des Nachlassbestands gerichteten Interessen der anderen Miterben nicht beeinträchtigt werden (ähnlich BGB-RGRK/Kregel, a. a. O.; *Johannsen*, a. a. O.). Denn sie steht in Einklang mit dem Zweck der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB.

aa) Er besteht darin, jeden Miterben (und die Nachlassgläubiger) vor einer Entwertung des Nachlasses zu schützen (AnwK-BGB/Ann, § 2040 Rdnr. 1; *Bamberger/Roth/Lohmann*, § 2040 BGB Rdnr. 1; MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 1, jeweils m. w. N.). Dem widerspricht es zum einen, das Einstimmigkeitsprinzip für Verfügungen aufzugeben, mit denen eine Entwertung des Nachlasses verbunden ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob solche Verfügungen zugleich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung sind (verneinend *Soergel/M. Wolf*, § 2040 BGB Rdnr. 1), die nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB mit Stimmenmehrheit beschlossen werden können. Entscheidend ist allein, dass diese Verfügungen

gen die Interessen der anderen Miterben an der Sicherung des Nachlassbestands beeinträchtigen. Dem Zweck der Vorschrift widerspricht es aber zum anderen auch, für jede Verfügung das Einstimmigkeitsprinzip zu verlangen, selbst wenn sie nicht zu einer Nachlassentwertung führt. Denn in diesem Fall wird das Sicherungsinteresse der Miterben nicht nachteilig berührt.

bb) Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass Praktikabilitätsgründe wie das Interesse an einer zügigen Verwaltungsführung und an einer größeren Beweglichkeit der Erbengemeinschaft im Geschäftsverkehr es generell erforderten, der Regelung in § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB den Vorrang vor der in § 2040 Abs. 1 BGB einzuräumen (anders *Soergel/M. Wolf*, § 2040 BGB Rdnr. 1; *Muscheler*, ZEV 1997, 220, 330 f.). Diese Auffassung mag im Einzelfall zutreffen, etwa für Verfügungen, die im Rahmen der Nachlassverwaltung als Geschäfte des täglichen Lebens anzusehen sind und sich nicht nachteilig auf die Werthaltigkeit des Nachlasses auswirken. Führen sie jedoch zu einer Verminderung des Nachlassbestands, müssen Praktikabilitätsgründe hinter den Schutzzweck der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB zurücktreten.

cc) Auch der Gesichtspunkt, dass die Erbengemeinschaft nicht unnötig in einen Rechtsstreit mit ihren Gläubigern hineingezogen werden sollte, die aus mit Stimmenmehrheit wirksam geschlossenen Verträgen auf Leistung klagen könnten (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15.10.1997, IV ZR 327/96, WM 1998, 659, 660), spricht nicht generell für den Vorrang der Regelung in § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB vor dem Einstimmigkeitsprinzip nach § 2040 Abs. 1 BGB (anders *AnwK-BGB/Ann*, § 2040 Rdnr. 13). Für den vorliegenden Fall erlangt er bereits deshalb keine Bedeutung, weil der Kündigung des Pachtvertrags kein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt, aus dem ein Dritter Erfüllung verlangen kann.

dd) Die in der Vorschrift des § 2040 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende gesamthänderische Bindung der Miterben spricht andererseits nicht zwingend für die Notwendigkeit, Verfügungen über Nachlassgegenstände immer gemeinschaftlich vorzunehmen (anders *Staudinger/Werner*, § 2040 BGB Rdnr. 1). Die Regelungen in § 2038 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 i. V. m. § 745 BGB zeigen, dass der Gesetzgeber das Gesamthandsprinzip nicht strikt durchgehalten, sondern für die Fälle der ordnungsmäßigen und der dringend notwendigen Nachlassverwaltung Ausnahmen davon zugelassen hat. Dass diese nur bei Verpflichtungsgeschäften, nicht aber bei Verfügungen zum Tragen kommen sollen, ist jedenfalls dann nicht einsichtig, wenn sich die Verfügungen nicht nachteilig auf den Nachlassbestand auswirken.

e) Für die Entscheidung dieses Rechtsstreits kommt es indes nicht darauf an, welcher der genannten Auffassungen letztlich der Vorzug zu geben ist. Denn nach der Auslegung des Schreibens der Kläger vom 15.8.2002 durch das Berufungsgericht, gegen die die Revision keine erheblichen Rügen erhebt und an die der Senat deshalb gebunden ist, wurde die Kündigungserklärung für sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft abgegeben; die Kläger hätten durch die Bezeichnung „Erbengemeinschaft W.“ hinreichend deutlich und für den Beklagten erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass die Erklärung für sämtliche hinter der Gemeinschaftsbezeichnung stehende Personen abgegeben werden sollte. Somit haben alle Miterben, wobei M. W. von der Klägerin zu 1 vertreten wurde, gemeinschaftlich über die zu dem Nachlass gehörende Pachtzinsforderung verfügt, indem sie sie zum Erlöschen gebracht haben. Diese Verfügung ist nach § 2040 Abs. 1 BGB wirksam.

4. Der Pachtvertrag mit dem Beklagten endete deshalb am 30.9.2003. Der Beklagte ist nach §§ 596 Abs. 1, 985 BGB zur Herausgabe der Pachtflächen an sämtliche Mitglieder der Erbengemeinschaft verpflichtet.

#### Anmerkung:

Die anzuzeigende Entscheidung des BGH-Landwirtschaftssenats verdient größtenteils Zustimmung, geht aber nicht weit genug.<sup>1</sup> Ihr Gegenstand ist die Nachlassverwaltung durch Miterben. Zu diesem, in Relation zu seiner großen Praxisrelevanz im Grunde vernachlässigten Thema hatte erst unlängst auch der BGH-Erbrechtssenat eine Entscheidung vorgelegt.<sup>2</sup> War es dort um die Möglichkeiten eines einzelnen Miterben zur Blockade seiner Erbengemeinschaft und um korrespondierende Schadenersatzansprüche der handlungswilligen Miterben gegangen, stand hier der Tatbestand des § 2040 Abs. 1 BGB und dessen Verhältnis zu § 2038 Abs. 1 BGB in Rede. Zugrundegelegen hatte die Kündigung eines kurz nach der Wende über zwölf Jahre abgeschlossenen landwirtschaftlichen Pachtvertrags, der sich um weitere zwölf Jahre verlängert hätte, wäre er nicht rechtzeitig wirksam gekündigt worden. Hier war eine schriftliche Kündigung erfolgt, doch hatte eine Miterbin das entsprechende Schreiben nicht unterzeichnet. Mit Blick auf § 2040 Abs. 1 BGB hatte das der beklagten Landpächterin Anlass geboten, die Wirksamkeit der Kündigung und damit auch den Anspruch auf Herausgabe der Fläche zu bestreiten, den die klagenden Miterben auf die erklärte Kündigung gestützt hatten.

Kern der Entscheidung sind zwei Fragen, die der Senat eingehend diskutiert. Zunächst klärt er, ob die vorliegende Kündigung eines Pachtvertrags § 2040 Abs. 1 BGB unterfällt. Dazu hätte die Vertragskündigung „Verfügung über einen Nachlassgegenstand“ im Sinne der Vorschrift sein müssen. Eine Rechtsprechung aus dem Jahr 1951,<sup>3</sup> die dies noch verneint hatte, gibt der Senat mit der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich auf. Im zweiten Schritt wendet sich der Senat der damit aufgeworfenen Folgefrage zu, ob die vorliegende Kündigung gemeinschaftspflichtig ist, so wie vom Wortlaut des § 2040 Abs. 1 BGB nahe gelegt. Hinter dieser Frage steht als zentrales Problem der Nachlassverwaltung durch Miterben, soweit diese Verfügungen über Nachlassgegenstände erfordert, der Parallelitätsmangel zwischen Entscheidungsfindung einerseits und Entscheidungsvollzug andererseits. Dieser Parallelitätsmangel stellt Erbengemeinschaften immer wieder vor unangenehme Probleme, weil er ihre Handlungsfähigkeit stark einschränkt. Im vorliegenden Fall zeigt das beispielhaft der Beklagtenvortrag.

Dass die Kündigung eines Vertrags grundsätzlich als Verfügung gelten darf, ist zumindest nach herrschendem Verständnis kein Problem.<sup>4</sup> Dabei ließe sich durchaus fragen, ob über *inter omnes* wirkende Rechte hinaus wirklich auch schuldrechtliche Rechtspositionen, z. B. der nur *inter partes* wirkende Mietzinsanspruch, als Rechte im Sinne der Verfügungsdefinition gelten können. Nach allgemeiner Ansicht ist dies der Fall, können also nicht nur dingliche Rechtspositionen als

<sup>1</sup> Für zu weitgehend hält die Entscheidung demgegenüber *Werner*, ZEV 2006, 358.

<sup>2</sup> Urteil vom 28.9.2005, IV ZR 82/04, MittBayNot 2006, 245 m. Anm. *Ann*.

<sup>3</sup> Beschluss vom 30.1.1951, V BLw 36/50, LM § 2038 Nr. 1.

<sup>4</sup> Vgl. etwa *MünchKommBGB/Heldrich*, § 2040 Rdnr. 4 ff.

Rechte in diesem Sinne gelten, sondern ist auch die „unmittelbare Veräußerung, Aufgabe, Belastung oder Inhaltsänderung“ schuldrechtlicher Ansprüche Verfügung. Auch Vertragskündigungen durch Vermieter- oder Verpächtererbengemeinschaften sind danach Verfügung und unterstehen als solche grundsätzlich § 2040 Abs. 1 BGB. Das stellt auch der BGH vorliegend fest – völlig zu Recht.

Ein Problem jenseits des Verfügungsbegriffs liegt freilich in den Anforderungen, die nach § 2040 Abs. 1 BGB an den Verfügungsgegenstand zu stellen sind. Worüber genau muss, anders gewendet, verfügt werden, damit § 2040 I BGB eingreift? Diese Frage stellt sich, weil § 2040 Abs. 1 BGB nur Verfügungen „über einen Nachlassgegenstand“ gemeinschaftspflichtig stellt. Das hier liegende Problem zeigt die in casu aufgetretene typische Kündigung. Ein ganz ähnlicher Fall hatte auch dem bereits erwähnten BGH-Beschluss aus 1951 zugrunde gelegen. Dazu hatte der Senat seinerzeit ausgeführt, die Kündigung durch die Erbengemeinschaft sei deshalb keine Verfügung gewesen, weil „hier nicht über den Hof als einen Teil des Nachlasses verfügt [wurde], vielmehr sollte lediglich ein bezüglich dieses Nachlassgegenstandes bestehendes Pachtverhältnis beendet werden“. 1951 hatte der Senat also zwischen dem Nachlassgegenstand einerseits und daran begründeten Rechten andererseits unterschieden. Im Sinne auch der vorliegenden Entscheidung zutreffend hatte der Senat 1951 festgestellt, dass durch die Kündigung des Pachtvertrags nicht über das Grundstück verfügt worden war, an dem der Pachtvertrag bestanden hatte. Freilich hätte der Senat damals an diesem Punkt nicht stehen bleiben dürfen. Er hätte vielmehr weiterprüfen müssen, ob in besagter Kündigung nicht möglicherweise eine Verfügung über den Pachtzinsanspruch der Miterben gelegen hatte. Dies hat der Senat heute getan und zu Recht die in der Kündigung liegende Aufgabe des den Miterben zustehenden Pachtzinsanspruchs als Verfügung im Sinne von § 2040 Abs. 1 BGB qualifiziert. Damit bringt der BGH seine Rechtsprechung in eine Linie mit der allgemeinen Ansicht zu dieser Frage.<sup>5</sup> Auch das überzeugt vollständig!

Anschließend wendet sich der Senat der Behandlung dieser Verfügung zu und adressiert in diesem Zusammenhang die problematische Frage nach deren Gemeinschaftspflichtigkeit. Diese Frage berührt das schwierige Verhältnis von Nachlassverwaltung nach § 2038 Abs. 1 BGB einerseits und der Verfügung über Nachlassgegenstände nach § 2040 BGB andererseits. Hier liegt ein Grundproblem der Nachlassverwaltung durch Miterben, denn Wortlaut und Systematik beider Vorschriften lassen nicht klar erkennen, ob § 2040 Abs. 1 BGB jedwede Verfügung über Nachlassgegenstände erfassen soll oder nur Verfügungen, die nicht auch Verwaltungsmaßregeln i. S. v. § 2038 BGB sind. Der Unterschied zwischen beiden Ansätzen ist dabei kein dogmatisches Glasperlenspiel, sondern praktisch hochrelevant: Würde § 2040 Abs. 1 BGB alle Verfügungen über Nachlassgegenstände erfassen, würde die Unterscheidung nach Entscheidungszonen<sup>6</sup>, die § 2038 BGB mit guten Gründen zugrunde liegt, auf der Vollzugsebene der Nachlassverwaltung nur höchst unvollkommen abgebildet. Was vorher fein und durchaus realitätsnah unterschieden wird, würde dann gewissermaßen doch wieder über einen gemeinsamen Leisten geschlagen und ohne Differenzierung für gemeinschaftspflichtig erklärt. Die Argumente, die gegen

eine allzu sehr auf den Wortlaut von § 2040 Abs. 1 BGB fixierte Anwendung der Vorschrift sprechen, sind bekannt. Auch der BGH-Erbrechtssenat hat sie implizit anerkannt, als er in seinem bereits erwähnten Urteil IV ZR 82/04 vom 28.9.2005 unter Verweis auf die Materialien das Verhältnis des – als enger bezeichneten – § 2040 Abs. 1 BGB zum – als weitergehend bezeichneten – § 2038 Abs. 1 BGB untersucht und dazu Stellung nimmt.<sup>7</sup>

Nun anerkennt auch der Landwirtschaftssenat nach Absprache mit dem für Grundstücksrecht zuständigen 5. Zivilsenat, dass dieses Verhältnis subtiler beschaffen sein muss, als vom Wortlaut des § 2040 Abs. 1 BGB nahe gelegt. Das ist richtig, denn das weite Verständnis der herrschenden Meinung,<sup>8</sup> wonach § 2040 Abs. 1 BGB selbst Verfügungen über Nachlassgegenstände gemeinschaftspflichtig stellt, die zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung erforderlich sind, zu denen also eine Zustimmungspflicht aller Miterben besteht, mag zwar dem Wortlaut der Vorschrift entsprechen, ist aber nicht sachgerecht. Zum Ersten erzeugt es Konsistenzmängel,<sup>9</sup> weil es die Miterbengemeinschaft angreifbar macht und ordnungsgemäße Beschlüsse der Miterben zu besseren „Meinungsfragen“<sup>10</sup> herunterstuft. Zweitens erfüllt dieses Verständnis auch den Schutzzweck der Vorschrift nicht hinreichend. Dem Grunde nach ist darum sehr zu begrüßen, dass der Senat sich nun gegen diese bis dato herrschende Meinung gestellt hat.

Nicht vollständig angeschlossen haben sich die Richter dennoch der im Vordringen begriffenen Gegenansicht, die § 2040 Abs. 1 BGB aus den genannten Gründen eng auffasst. Diese Ansicht will die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Miterben gleichsam „synchronisieren“. Was in der Mehrheitsverwaltung ordnungsgemäß beschlossen worden ist, soll von der beschließenden Mehrheit auch verfügungsseitig vollzogen werden können,<sup>11</sup> weil das den Richtern zu weit ging, brachten sie einen wesentlichen Vorbehalt an: Vornehmen dürfen soll eine Miterbenmehrheit Verfügungen über Nachlassgegenstände nur, „wenn dadurch die auf den Erhalt des Nachlassbestands gerichteten Interessen der anderen Miterben nicht beeinträchtigt werden“. Auf den ersten Blick klingt das nach einem klugen Mittelweg. Auf den zweiten Blick werden freilich Mängel im Schutz der Miterbengemeinschaft als Ganzer deutlich, die der Senat durch sein Bemühen um den Schutz (pflichtwidrig!) nicht mitwirkender Miterben erst schafft.

Weil der Senat eigens auf den Schutzzweck des § 2040 Abs. 1 BGB abhebt, ist darauf hinzuweisen, dass dieser Schutzzweck – Schutz aller Miterben gegen Nachlassauszehrungen, die einige Miterben zu ihrem Vorteil organisieren – zwar hinsichtlich seines Ziels unverändert besteht, dass sich sein nicht minder wichtiger Ansatzpunkt aber sehr wohl verändert hat. Was ist damit gemeint? – § 2040 Abs. 1 BGB fußt erkennbar auf der ökonomischen Realität des ausgehenden 19. Jahrhunderts, die geprägt war von Stabilität. In diesem nachgerade

<sup>5</sup> Allg. A.; vgl. statt aller MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 6; Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 62 ff. m. w. N.; Werner, ZEV 2006, 358.

<sup>6</sup> Wiedemann, GmbHR 1969, 247.

<sup>7</sup> MittBayNot 2006, 245.

<sup>8</sup> BGHZ 38, 122, 124 = NJW 1963, 244; MünchKommBGB/Heldrich, § 2040 Rdnr. 5–7; Staudinger/Werner, BGB, Rdnr. 5; Erman/Schlüter, BGB, Rdnr. 1 u. 3; Bamberger/Roth/Lohmann, BGB, Rdnr. 2; Palandt/Edenhofer, BGB, Rdnr. 1; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, S. 1130.

<sup>9</sup> Dazu eingehend Muscheler, ZEV 1997, 222, 230.

<sup>10</sup> Wiedemann, GmbHR 1969, 248.

<sup>11</sup> AnwK-BGB/Ann, § 2040 Rdnr. 13; Jauernig/Stürmer, BGB, § 2040 Rdnr. 2; Soergel/Wolf, BGB, § 2038 Rdnr. 5; Frank, Erbrecht, 3. Aufl. 2005, S. 259 f.; Leipold, Erbrecht, 16. Aufl. 2006, S. 282 f.; Ann, Die Erbengemeinschaft, S. 48 ff.

statischen Kontext hatte sich Bestandssicherung als Königsweg zur Wertsicherung begreifen lassen: Was sistiert war, konnte nicht weggeschafft werden, und war damit sicher. Andere Bedrohungen, z. B. durch die Schnellebigkeit volatiler Märkte, gab es damals kaum. Heute, ein gutes Jahrhundert später, liegen die Dinge anders, weil die wirtschaftliche Realität sich verändert hat. Entwertungsrisiken drohen heute – relativ gesehen – weniger durch Miterbenverfügungen als vielmehr durch Marktveränderungen. Das Platzen der „Dot.com-Blase“ im Frühjahr 2000 ist dafür ein Beispiel.<sup>12</sup> Marktinduzierte Entwertungsrisiken sind durch Sistierung aber nicht aufzufangen, im Gegenteil! Die Verwendbarkeit von Vermögen durch derartige, gleichsam „moderne“ Risiken wird durch Sistierung eher noch gesteigert. Dies anerkannte bereits 1974 das BayObLG, als es feststellte, dass dem Recht der Miterbengemeinschaft einmal zugrunde gelegte Verständnis trage „heutigen“ – gemeint war das Jahr 1974 – Bedürfnissen nach Mobilität und Handlungsfähigkeit nicht ausreichend Rechnung. Das Gesetz gehe „entsprechend den um 1900 bestehenden Verhältnissen von einem stabilen Geldwert und damit von dem selbstverständlichen Grundsatz aus, dass jeder Miterbe bei Teilung des Verwertungserlöses eines Nachlassgegenstands den realen Wert seines Miterbenanteils daran in Geld erhält“<sup>13</sup>. An diesem Punkt liegt auch hier das Problem: Nach ihrem Wortlaut reflektieren die §§ 2038 und 2040 BGB eine wirtschaftliche Realität, in der es möglich war, die Sicherung eines (die Miterben vorrangig interessierenden) Nachlasswerts durch Sistierung des entsprechenden Nachlassbestands zu gewährleisten. Heute muss dieser Nachlasswert anders gesichert werden, denn Markt- und Vermögenspositionen sind durch bloßes Zuwarten nicht mehr zu gewährleisten. Auch im Bereich der Mehrheitsverwaltung muss Wertsicherung darum anders ansetzen als durch (bloße) Sistierung des Nachlassbestands. Wenn der Senat hier erst (zu Recht) darauf abstellt, dass nur solche Verfügungen mit Mehrheit zulässig sein sollen, die nicht mit Nachlassentwertungen verbunden sind, dafür dann aber (nicht zu Recht) doch für entscheidend erklärt, dass vor allem die Interessen auch der Übrigen am Nachlassbestand gewährleistet sein müssten, erklärt der Senat am Ende eben doch den Nachlassbestand zur entscheidenden Größe. Das ist aus den besagten Gründen nicht mehr zeitgemäß, und darum geht die vorliegende Entscheidung nicht weit genug.

Offen lässt der vom BGH nun vorgeschlagene Ansatz, Wertsicherung am Ende doch durch Bestandssicherung zu erreichen, wenigstens zwei Fragen: Wie sollen erstens Fälle aussehen, in denen eine Miterbenmehrheit einerseits innerhalb des von § 2038 Abs. 1 BGB vorgegebenen Rahmens handelt (der Zustimmungspflichten der übrigen Miterben begründet!), in denen andererseits aber trotzdem Nachlassentwertungen drohen, vor denen eine pauschale Bestandssicherung die übrigen (pflichtwidrig obstruierenden) Miterben am besten schützt? Oder anders gefragt: Darf eine Miterbenmehrheit ihre (ordnungsgemäßen) Beschlüsse erst umsetzen, wenn der Notfall eingetreten ist, der als Teil der Einzelverwaltung auch Verfügungen mitgestattet?

Und was genau kommt zweitens als „Beeinträchtigung der auf den Erhalt des Nachlassbestands gerichteten Interessen der anderen Miterben“, auf die der BGH abstellen will, in Be-

tracht? Welche Interessen hat der Senat hier im Auge? Wann sollten sie beeinträchtigt sein? Kriterien, die über die bloße Integrität des Nachlassbestands hinausgehen, bleibt der Senat schuldig. Auch darum geht die vorliegende Entscheidung nicht weit genug.

Beruhigend stimmt immerhin deren Ende: Darauf, ob nur die Miterbenmehrheit hatte verfügen dürfen, war es vorliegend nämlich gar nicht angekommen, denn alle Miterben hatten verfügt. Die Miterbin, deren Unterschrift gefehlt hatte, war wirksam vertreten worden.

Prof. Dr. jur. *Christoph Ann* LL.M. (Duke Univ.),  
Technische Universität München,  
Munich Intellectual Property Law Center,  
vormals Richter am Landgericht Mannheim

11. BGB §§ 362, 2325, 2330 (*Einschränkung Pflichtteilsrecht zur Absicherung des überlebenden Ehegatten*)

1. **Die Absicherung des überlebenden Ehegatten rechtfertigt nur dann die Einschränkung des Pflichtteilsrechts naher Angehöriger im Sinne des § 2330 BGB, wenn diese in einer Weise sittlich geboten war, dass ein Unterlassen der Zuwendung dem Erblasser als Verletzung einer für ihn bestehenden sittlichen Pflicht zur Last zu legen wäre. Hierbei ist maßgeblich auf die Sichtweise abzustellen, die der Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung bei einer vorausschauenden Betrachtung haben musste, welche sämtliche Umstände in Erwägung zieht, die seiner Kenntnisnahme auch nur möglicherweise zugänglich waren.**
2. **Verschenkt der Erblasser eine Immobilie und behält sich ein lebenslanges (dingliches oder schuldrechtliches) Nutzungsrecht vor, bleibt bei dem nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB vorzunehmenden Wertvergleich das vorbehaltene Nutzungsrecht zunächst unberücksichtigt. Um die beiden Werte unter Berücksichtigung des Kaufpreisschwundes vergleichbar zu machen, ist der Wert im Zeitpunkt der Zuwendung mit Hilfe des allgemeinen Verbraucherindex auf die Wertverhältnisse zur Zeit des Erbfalls umzurechnen. Nur wenn nach diesem Wertvergleich der Wert zur Zeit der Schenkung für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs maßgeblich ist, weil dieser geringer ist als derjenige zur Zeit des Erbfalls, ist das Nutzungsrecht wertmindernd zu berücksichtigen. Ist nach dem (ohne Berücksichtigung des Nutzungsrechts vorgenommenen) Wertvergleich hingegen der Wert zur Zeit des Erbfalls maßgeblich, bleibt das Nutzungsrecht unberücksichtigt, weil es zu diesem Zeitpunkt nicht mehr besteht.**

OLG Koblenz, Urteil vom 13.7.2006, 7 U 1801/05

*Aus den Gründen:*

I.

Der am 6.1.1981 nichtehelich geborene Kläger ist das einzige Kind des am 14.10.1992 mit 42 Jahren verstorbenen R. Die Beklagte war mit dem Erblasser seit dem 13.10.1989 verheiratet und ist dessen gesetzliche Alleinerbin. Durch Ehevertrag vom 22.6.1990 hatte sie mit dem Erblasser Gütertrennung und einen gegenseitigen Verzicht auf Zugewinnausgleich, nahehelichen Unterhalt sowie Versorgungsausgleich verein-

<sup>12</sup> Zu konzidieren ist freilich, dass hier selbst die herrschende Meinung Einzelverfügungen im Wege der – konzeptionell freilich ebenfalls nicht unproblematischen – Notverwaltung zugelassen hätte.

<sup>13</sup> BayObLG NJW 1974, 1908; dazu auch *Ann*, Die Erbengemeinschaft, S. 52 ff. und 121 ff.

bart. Im vorliegenden Rechtsstreit macht der Kläger Erbsatz- und Pflichtteilergänzungsansprüche nach seinem Vater geltend. Die Parteien streiten um den Umfang ausgleichspflichtiger Schenkungen an die Beklagte und an Dritte.

Hierbei handelt es sich insbesondere um die Schenkung des Forstgutes B, das der Erblasser zur alleinigen Nutzung auf Lebenszeit zurückgepachtet hat, Zuwendung der Bezugsberechtigung einer Lebensversicherung und Beteiligung an den Baukosten eines Wohnhauses auf dem der Beklagten von ihren Eltern übertragenen Hofgut.

## II.

(...) Der Kläger hat gegen die Beklagte nach §§ 2338 a, 2326 BGB in der bis zum 1.4.1998 geltenden Fassung (Art. 227 Abs. 1 EGBGB) einen Anspruch auf Pflichtteilergänzung in Höhe von 428.113,82 € nebst Zinsen hieraus gemäß §§ 291, 288 BGB in der bis zum 30.4.2000 geltenden Fassung (Art. 229 § 1 Abs. 1 EGBGB) in Höhe von 4 % ab 21.5.1994, aus einem Teilbetrag von 227.594,03 € allerdings begrenzt bis zum 30.11.2005.

### A.

Abweichend von der Entscheidung des LG sind die Zahlungen des Erblassers für den Hausbau auf dem Hofgut Sch. in Höhe von 405.750,40 DM (207.456,89 €) sowie die Prämienzahlungen der letzten zehn Jahre auf die der Beklagten zugewandte Lebensversicherung in Höhe von 136.688,64 DM (69.887,79 €) in vollem Umfang als Schenkungen in die Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs einzubeziehen, weil die Parteien sich in der Teilvergleichsvereinbarung vom 20./27.11.1998 verbindlich hierauf geeinigt haben. Diese Vereinbarung diene ausweislich der Vorbemerkungen der Erfüllung des Teilurteils des LG Koblenz vom 16.3.1995, durch welches die Beklagte u. a. verurteilt worden war, Auskunft über die vom Erblasser in den letzten zehn Jahren vor dem 14.10.1992 erhaltenen Schenkungen sowie alle sonstigen Schenkungen zu erteilen, die der Erblasser innerhalb dieser Zeit getätigt hatte. (...)

Dementsprechend fertigte die Beklagte den Entwurf einer Teilvergleichsvereinbarung, in dessen Ziff. II 2 es (wie später auch im endgültigen Text) heißt:

„Entsprechend Ziffer 2 des Tenors des Teilurteils des LG Koblenz vom 16.3.1995 hat Frau Dr. A. R. [Beklagte] ein Verzeichnis der Schenkungen des Erblassers A. R. an Frau Dr. R. sowie an Dritte erstellt. Dieses Verzeichnis wird der vorliegenden Vergleichsvereinbarung als Anlage 2 beigefügt. Soweit in diesem Verzeichnis Schenkungen an Dritte aufgelistet werden, ist der Inhalt dieses Verzeichnisses nicht Gegenstand des Teilvergleichs.“

Beigefügt war eine mit „Schenkungen des Erblassers K.-A. R.“ überschriebene Anlage 2, in der unter „I. Schenkungen an Frau Dr. A. R.“ die zwischen dem 14.10.1982 und dem 14.10.1992 gezahlten Lebensversicherungsbeiträge mit 136.688,64 DM und Beiträge zum Bau des Wohnhauses in O. in Höhe von 436.750,40 DM aufgeführt waren, von denen für unbrauchbare Elektrotechnik 25.000 DM und für die Wohnnutzung des Erblassers bis zu seinem Tod 21.000 DM in Abzug gebracht waren.

Aus diesem Hergang folgt, dass die Parteien die Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte mit den vereinbarten Beiträgen verbindlich als Schenkungen im Sinne der Auskunftsverpflichtung nach dem Teilurteil vom 16.3.1995 festlegen wollten. Durch die Berücksichtigung einer Unterhaltsverpflichtung des Erblassers würden die Unentgeltlichkeit der Zuwendungen und damit deren Schenkungscharakter wieder

in Frage gestellt. Wenn die Beklagte „die Abrechnungspositionen möglichst weitgehend außer Streit“ stellen wollte, „beispielsweise die Abrechnungsweise der geschenkten Lebensversicherungsbeiträge sowie der Beiträge zum Bau des Wohnhauses“ und sodann anwaltlich vertreten in Kenntnis der Ausführungen im Teilurteil des LG über die Unentgeltlichkeit der Zuwendungen und des Hinweises des Klägers, die Höhe der Schenkungen an sie würde ebenfalls damit Gegenstand des Teilvergleichs, diese Zuwendungen unter der Überschrift „Schenkungen“ beziffert, ohne eine unterhaltsrechtliche Verpflichtung zu berücksichtigen, während andere ebenfalls den Schenkungscharakter der Zuwendung mindernde – Abzüge (Elektroarbeiten, Wohnnutzung des Erblassers) ausdrücklich vorgenommen werden, kann dies aus objektivem Empfängerhorizont nur dahingehend zu verstehen sein, dass die aufgeführten Beträge verbindlich als Schenkungen des Erblassers festgelegt werden sollten.

Die von der Beklagten gegen diese Auslegung vorgebrachten Argumente verfangen nicht. (...)

Diese Schenkungen sind nicht als einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechend nach § 2330 BGB der Pflichtteilergänzung entzogen.

„Anstandsschenkungen“ in diesem Sinne sind lediglich kleinere Zuwendungen, wie übliche Gelegenheitsgaben zu besonderen Tagen oder Anlässen (BGH, NJW 1981, 111; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., § 2330 Rdnr. 2). Hierunter fallen die in der Anlage 2 zur Teilvergleichsvereinbarung ebenfalls aufgeführten Schmuckstücke, die deshalb vom Landgericht auch zutreffend (und von den Parteien in der Berufung nicht angegriffen) außer Ansatz gelassen wurden. Die Beteiligung an den Baukosten eines Wohnhauses in Höhe von über 200.000 € und die mit fast 70.000 € zu bewertende Zuwendung einer Bezugsberechtigung aus einer Lebensversicherung übersteigen diesen Rahmen bei weitem.

Diese Schenkungen waren aber auch nicht aus sittlicher Pflicht geboten. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1984, 2939; WM 1982, 100) erfolgt eine Schenkung nicht schon dann aus sittlicher Pflicht, wenn sie im Rahmen des sittlich noch zu Rechtfertigenden bleibt, sondern nur, wenn sie in der Weise sittlich geboten war, dass ein Unterlassen der Zuwendung dem Erblasser als Verletzung der für ihn bestehenden sittlichen Pflicht zur Last zu legen wäre. Zu berücksichtigen ist insoweit, dass wie schon der Begriff „Pflichtteil“ ausweist trotz der grundsätzlichen Testierfreiheit auch dem pflichtteilsberechtigten Kind gegenüber eine sittliche Pflicht besteht, den Pflichtteil nicht durch rechtlich noch im Rahmen des Zulässigen bleibende Maßnahmen zu entwerten, wobei das Pflichtteilsrecht entschiedenen Schutz verdient (vgl. auch BGHZ 88, 102 und OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 512). Daher ist im Einzelfall abzuwägen, in welchem Maße die Belange von Schenker und Beschenkten es unabweisbar erscheinen lassen, die gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass einzuschränken. Hierbei ist maßgeblich auf die Sichtweise abzustellen, die der Erblasser im Zeitpunkt der Schenkung bei einer vorausschauenden Betrachtung haben musste, welche sämtliche Umstände in Erwägung zieht, die seiner Kenntnisnahme auch nur möglicherweise zugänglich waren (so BGH, NJW 1984, 2939; ebenso OLG Koblenz, a. a. O.). Nach diesen Maßstäben waren die Schenkungen des Erblassers an die Beklagte nicht sittlich geboten.

Zwar verfügte die Beklagte im Verhältnis zum Erblasser, wie im Urteil des LG zutreffend näher ausgeführt ist, nur über bescheidene Einkünfte und eine unzureichende Alterssicherung. Jedoch stand in dem auf dem Hofgut vorhandenen Gutshaus

Wohnraum bereit, so dass der Erblasser nicht gehalten war, der Beklagten Wohnraum in Form des Neubaus zur Verfügung zu stellen; nach der ursprünglichen Planung sollte der Neubau nämlich durch die Eltern der Beklagten als Altenteilwohnhaus errichtet und der Beklagten und ihrem Ehemann die bisherige Wohnung der Eltern im Gutshaus überlassen werden. Die Schaffung neuen Wohnraums war daher weder für die Lebzeiten des Erblassers noch zur Absicherung des Wohnbedarfs der Beklagten im Alter erforderlich.

Die Leistungen aus der Lebensversicherung wären nach § 7 (2) des Anstellungsvertrages des Erblassers der Beklagten als gesetzlicher Erbin auch ohne ausdrückliche Zuwendung des Bezugsrechts zugefallen, zumal der Erblasser davon ausgehen konnte, dass die Beklagte im Falle seines Todes sein nicht unerhebliches sonstiges Vermögen erben würde, das ihr neben dem von ihren Eltern übertragenen Hofgut zumindest in Höhe ihres Pflichtteils und eigener Pflichtteilsergänzungsansprüche zur Altersabsicherung erhalten bliebe.

Soweit die Beklagte behauptet, sich auf den Ehevertrag mit dem Erblasser nur unter der Voraussetzung eingelassen zu haben, dass der Ausschluss des Zugewinnausgleichs, Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich durch die Zuwendungen zum Bau des Hauses und Einräumung des Bezugsrechts der Lebensversicherung kompensiert würden, worüber sie sich auch mit dem Erblasser einig gewesen sei, fehlt es an einem tauglichen Beweisangebot. Die in erster Instanz insoweit angebotene eigene Parteivernehmung, kommt nicht in Betracht, weil weder der Kläger sein Einverständnis hiermit erklärt hat (§ 447 ZPO) – er hat im Gegenteil im Schriftsatz vom 5.7.2004 ausdrücklich widersprochen, noch der nach § 448 ZPO erforderliche „Anbeweis“ (vgl. hierzu *Zöller/Greger*, ZPO, 35. Aufl., § 448 Rdnr. 4 m. w. N.) für die Behauptung der Beklagten geführt ist; im Gegenteil spricht der Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit notarieller Urkunden eher gegen die behauptete Zusatzvereinbarung zum Ehevertrag.

#### B.

Zu Recht hat das LG bei der Bewertung des Forstgutes B. die mit Vertrag vom 29.3.1984 erfolgte Rückpacht durch den Erblasser nicht wertmindernd berücksichtigt. Als nicht verbrauchbare Sache ist das aus einer Vielzahl von Grundstücken bestehende Forstgut nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Wert in Ansatz zu bringen, den es zur Zeit des Erbfalls hatte, es sei denn, es hätte zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert gehabt; dann wäre nur dieser anzusetzen (sog. Niederwertprinzip). Bei dem insoweit vorzunehmenden Wertvergleich bleibt ein vorbehaltenes Nutzungsrecht zunächst unberücksichtigt (ständige Rechtsprechung des BGH; vgl. BGHZ 118, 49; BGHZ 125, 395; BGH, FamRZ 2003, 1552; jüngst erneut bestätigt durch BGH, FamRZ 2006, 777; auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1236; zustimmend *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl., § 2325 Rdnr. 38; *Palandt/Edenhofer*, jeweils m. w. N.). Soweit in der Literatur (zum Meinungsstand vgl. *Staudinger/Olshausen*, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2325 Rdnr. 102 ff.) teilweise anderes vertreten wird, vermag der Senat sich dem nicht anzuschließen. Denn der Vorteil beim Beschenken, der darin liegt, dass der Nießbrauch mit dem Tode des Erblassers endet, beruht auf einem substantiellen Zuwachs des Geschenks. Er fällt damit nicht unter diejenigen Wertsteigerungen, die § 2325 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB dem Erben vorbehalten will und die dem Pflichtteilsberechtigten daher nicht zugute kommen (BGHZ 118, 49). Hiernach ist das Forstgut B. allerdings ohne Auswirkung auf das Ergebnis des Rechtsstreits nicht nur mit dem vom LG angenommenen Wert von 6.078.098,60 € (rechnerisch richtig: 6.078.098,80) im

Zeitpunkt der Übertragung, sondern sogar mit dem mit 6.400.040,88 € ermittelten Wert im Zeitpunkt des Erbfalls in die Berechnung einzustellen.

Das LG hat nämlich übersehen, dass für den insoweit anzustellenden Wertvergleich der Wert im Zeitpunkt der Zuwendung zunächst unter Berücksichtigung des Kaufpreisschwundes auf die Wertverhältnisse zur Zeit des Erbfalls umzurechnen ist (allgemeine Meinung, vgl. BGHZ 118, 49; BGHZ 125, 395; NJW-RR 1996, 705; auch *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl., § 2325 Rdnr. 34 i. V. m. Rdnr. 35 mit vielen w. N.). Hieran ist auch unter Berücksichtigung der Einwendungen der Beklagten festzuhalten. Soweit sie meint, für Grundstücke führe die Multiplikation des ursprünglichen Wertes mit der Indexveränderung zu „abstrusen“ Ergebnissen, vermag der Senat sich dem nicht anzuschließen. Steigt der Wert eines Gegenstandes in geringerem Maße als die allgemeinen Lebenshaltungskosten, führt dies dazu, dass trotz nomineller Wertsteigerung tatsächlich ein Wertverlust vorliegt, weil der in Geld ausgedrückte Gegenwert im späteren Bewertungszeitpunkt eine geringere Kaufkraft aufweist als im früheren Vergleichszeitpunkt. Das ist bei Grundstücken nicht anders als bei jeder anderen nicht verbrauchbaren Sache. Dementsprechend hat der BGH seine Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes auch gerade an Fällen entwickelt, in denen es um Grundstücksübertragungen ging (BGHZ 118, 49; BGHZ 125, 395; NJW-RR 1996, 705). Entgegen den Ausführungen der Beklagten lag auch der Entscheidung des BGH in FamRZ 2003, 1552 eine solche Umrechnung zugrunde; das ergibt sich aus der Sachverhaltsdarstellung. In der Entscheidung des OLG Düsseldorf (FamRZ 1995, 1236) ist ein Wertvergleich nicht erfolgt, weil nicht der Pflichtteilsergänzungsanspruch als solcher zur Entscheidung stand, sondern der erst vorbereitende Anspruch auf Wertermittlung; daher bestand kein Anlass, auf die Durchführung des Wertvergleichs näher einzugehen.

Maßgebender Stichtag für den Wert im Zeitpunkt der Schenkung ist deren Vollzug; das ist bei der Übertragung von Grundstücken der Tag der Umschreibung im Grundbuch (BGH, NJW-RR 1996, 705; BGHZ 125, 395). Wann die dem Forstgut zugehörigen Grundstücke im Grundbuch umgeschrieben wurden, haben die Parteien nicht mitgeteilt. Dies kann jedoch frühestens nach Erteilung der letzten Genehmigung durch den Ergänzungspfleger Dr. K. am 10.4.1984 erfolgt sein, und die Parteien gehen auf Befragen des Senats übereinstimmend davon aus, dass die Umschreibung sich bis in das Jahr 1985 hingezogen haben kann. Demgegenüber beziehen sich die von den Parteien vorgelegten und vom LG seiner Entscheidung zugrunde gelegten Wertgutachten auf den 1.10.1983; das ist der Zeitpunkt, zu dem nach dem notariellen Schenkungsvertrag Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahren auf die Beschenkten übergehen sollten. Dennoch können die Wertgutachten der Entscheidung zugrunde gelegt werden, weil für eine ausschlaggebende Veränderung der Werte zwischen Oktober 1983 und dem Jahr 1985 nichts ersichtlich ist, zumal die Parteien die Wertansätze des LG insoweit nicht angegreifen. Das gilt auch für den Wert des im Jahr 1996 veräußerten Grundstücks, den das LG von den Parteien unbeanstandet sowohl für den Zeitpunkt der Schenkung wie auch für den Zeitpunkt des Erbfalls unverändert mit dem erzielten Kaufpreis von 127.822,97 € angesetzt hat. Zugunsten der Beklagten stellt der Senat aber den für das Jahr 1985 maßgeblichen Index (allgemeiner Verbraucherpreisindex, bezogen auf das Jahr 2000) in die Berechnung ein und nimmt das ebenfalls übertragene Barvermögen als verbrauchbare Sachen im Sinne des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB von der Indexierung aus (vgl. zu der insoweit bestehenden Streitfrage *MünchKommBGB/*

Lange, § 2325 Rdnr. 30 m. w. N.). Dies führt hier zu einem hochgerechneten Wert von 7.000.893,17 € (Index: 86,9/75,3). (...) Daher ist für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der mit 6.400.040,88 € ermittelte niedrigere Wert im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend. Dann aber bleibt der Wert der vorbehaltenen Pachtnutzung, selbst wenn es sich insoweit um ein verbundenes Geschäft gehandelt haben sollte, unberücksichtigt, weil sie mit dem Tod des Erblassers erloschen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 705 und FamRZ 2003, 1552; auch OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1236; Münch-Komm/Lange, § 2325 Rdnr. 34; Bamberger/Roth, BGB, § 2325 Rdnr. 24; Palandt/Edenhofer, BGB, 65. Aufl., § 2325 Rdnr. 20). Hieran hält der BGH mit Urteil vom 8.3.2006 (FamRZ 2006, 777) ausdrücklich fest. Die von der Beklagten mit der Anschlussberufung aufgeworfenen Fragen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Schenkung und dem Pachtvertrag bedürfen daher keiner Entscheidung.

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. AktG §§ 113, 114 (Beratungsvertrag mit Aufsichtsratsmitglied)

- a) **§§ 113, 114 AktG betreffen auch den Fall, dass die Aktiengesellschaft mit einem Unternehmen einen (Beratungs-)Vertrag schließt, an dem ein Aufsichtsratsmitglied – nicht notwendig beherrschend – beteiligt ist; § 115 AktG entfaltet gegenüber einer solchen erweiternden Anwendung keine Sperrwirkung (Bestätigung von Senatsurteil vom 3.7.2006, II ZR 151/04, ZIP 2006, 1529).**
- b) **Der von §§ 113, 114 AktG verfolgte Zweck, die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gewährleisten, ist auch dann betroffen, wenn dem Aufsichtsratsmitglied mittelbar Zuwendungen über die Vergütung für den (Beratungs-)Vertrag zufließen und diese nicht – abstrakt betrachtet – geringfügig sind oder im Vergleich zu der Aufsichtsratsvergütung einen nur vernachlässigswerten Umfang haben.**
- c) **Grundlage für die Rückgewähr einer aufgrund eines gegen §§ 113, 114 AktG verstoßenden Beratungsvertrages zwischen der Aktiengesellschaft und einer Gesellschaft, der ein Aufsichtsratsmitglied angehört, gezahlten Vergütung ist auch im Verhältnis zu dem Beratungsunternehmen § 114 Abs. 2 AktG.**

BGH, Urteil vom 20.11.2006, II ZR 279/05; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Der Kläger ist Insolvenzverwalter der B. AG (im Folgenden: Schuldnerin). Bis zum Beginn des Insolvenzverfahrens war Rechtsanwalt K. Vorsitzender des Aufsichtsrats der Schuldnerin. K. war zugleich mit einer Beteiligung von 50 % Gesellschafter der beklagten GmbH. Diese erbrachte für die Schuldnerin aufgrund eines schriftlichen Rahmenvertrages und nachfolgender, mündlich geschlossener Einzelverträge Unternehmensberatungsleistungen, für die sie Honorare i. H. v. zusammen 125.997,21 € erhielt.

Der Kläger hält die zugrundeliegenden Verträge gemäß §§ 113 f. AktG für unwirksam und verlangt Rückzahlung der Honorare. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung der Beklagten – unter Abweisung eines geringfügigen Teils der Klageforderung von 296,55 € – zurückgewiesen (ZIP 2005, 2322). Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. (...)

#### II.

Dies hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge in den Anwendungsbereich der §§ 113 und 114 AktG fallen.

a) Der Senat hat bereits mit Urteil vom 3.7.2006 (II ZR 151/04, ZIP 2006, 1529) entschieden, dass die §§ 113, 114 AktG über ihren zu engen Wortlaut hinaus auch dann anzuwenden sind, wenn die Aktiengesellschaft einen (Beratungs-)Vertrag nicht mit einem Mitglied ihres Aufsichtsrats selbst, sondern mit einer Gesellschaft schließt, deren alleiniger Gesellschafter dieses Aufsichtsratsmitglied ist, und dass die besonderen, für Kreditgewährungen geltenden Regeln des § 115 AktG gegen eine solche erweiternde Anwendung der §§ 113, 114 AktG keine Sperrwirkung entfalten.

Anders als die Revision meint, beschränkt sich die zum Schutz vor Umgehungen der gesetzlichen Regelungen erforderliche erweiternde Auslegung der §§ 113, 114 AktG nicht auf den seinerzeit entschiedenen Fall, in dem das Aufsichtsratsmitglied der alleinige Gesellschafter des beratenden Unternehmens war. Vielmehr ist die Heranziehung dieser Vorschriften schon dann geboten, wenn die Aktiengesellschaft mit dem dritten Unternehmen, an welchem das Mitglied des Aufsichtsrates – nicht notwendig beherrschend – beteiligt ist, einen (Beratungs-)Vertrag schließt und wenn dem Aufsichtsratsmitglied auf diesem Wege mittelbar Leistungen der Aktiengesellschaft zufließen, die geeignet sind, in Widerspruch zu den mit den §§ 113, 114 AktG verfolgten Zielen die unabhängige Wahrnehmung der organschaftlichen Überwachungstätigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds zu gefährden. Eine solche Gefahr kann allenfalls dann verneint werden, wenn es sich bei den mittelbaren Zuwendungen um – abstrakt betrachtet – ganz geringfügige Leistungen handelt oder wenn sie im Vergleich zu der von der Hauptversammlung durch Satzungsbestimmung oder durch Einzelbeschluss festgesetzten Aufsichtsratsvergütung einen vernachlässigswerten Umfang haben (vgl. E. Vetter, AG 2006, 173, 176 f.; Rellermeyer, ZGR 1993, 77, 86 f.; Müller, NZG 2002, 797, 798; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. Aufl. 2002, Rdnr. 749; Werner, DB 2006, 935, 936; a. A. – nur bei beherrschendem Einfluss des Aufsichtsratsmitglieds: Lutter/Kremer, ZGR 1992, 87, 106; Lutter/Drygala, FS Ulmer 2003, S. 381, 383 ff.; Krüger/Thonfeld, EWiR 2006, 385; Münch-HdBGesR IV/Hoffmann-Becking, 2. Aufl., § 33 Rdnr. 29; Hopt/Roth in GroßkommAktG, 4. Aufl., § 114 Rdnr. 42; ähnlich MünchKommAktG/Semler, 2. Aufl., § 114 Rdnr. 43 – analoge Anwendung des § 115 Abs. 3 AktG).

Wie der Senat bereits mehrfach ausgeführt hat, ist der Regelungszweck des § 114 AktG in Zusammenhang mit demjenigen des § 113 AktG zu sehen (BGHZ 126, 340, 346 f.; BGH, ZIP 2006, 1529, 1531, Tz. 9). § 113 AktG will sicherstellen, dass die Hauptversammlung über die Höhe der Aufsichtsratsvergütung befindet und weder die Aufsichtsratsmitglieder selbst ihre Vergütung festsetzen können, noch dass der Vorstand mit dieser Aufgabe befasst wird und so in die Lage kommt, über die Vergütung derjenigen zu entscheiden, die ihn kontrollieren sollen. Durch die Regelungen des § 114 AktG soll sichergestellt werden, dass dieses Schutzsystem nicht dadurch unterlaufen wird, dass der Vorstand – ohne Wissen von Hauptversammlung und Aufsichtsrat – auf dem Wege des Abschlusses von Beratungs- oder ähnlichen Verträgen den Aufsichtsratsmitgliedern Sondervorteile zuwendet, die zu

einer Gefährdung der unabhängigen Wahrnehmung der organschaftlichen Pflichten des Empfängers führen können. Die un schwer zu erfüllende Offenlegung des Vertragsschlusses gegenüber dem gesamten Aufsichtsrat und das Erfordernis der Zustimmung dieses Gesellschaftsorgans sind der Preis, den das Aufsichtsratsmitglied entrichten muss, wenn es über die organschaftliche Tätigkeit hinaus gegen Entgelt für die Gesellschaft tätig werden und sich nicht der Gefahr aussetzen will, die Vergütung nach § 114 Abs. 2 AktG zurückgewähren zu müssen.

Im Hinblick auf diesen Schutzzweck ist es unerheblich, ob eine ungerechtfertigte Sonderleistung unmittelbar oder nur mittelbar über die Beteiligung an einem Beratungsunternehmen an das Aufsichtsratsmitglied fließt, weil aus der Sicht der Gesellschaft die Gefahrenlage dieselbe ist. Deswegen muss auch ein Vertrag über Dienst- oder Werkleistungen höherer Art zwischen der Aktiengesellschaft und einem Unternehmen, an dem das Aufsichtsratsmitglied beteiligt ist, demselben Kontrollmechanismus unterworfen werden. Auf die Fragen, in welcher Höhe das Aufsichtsratsmitglied an der Vertragspartnerin der Aktiengesellschaft beteiligt ist oder ob es die geschuldeten Vertragsleistungen selbst zu erbringen hat, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an (a. A. *Wissmann/Ost*, BB 1998, 1957, 1960; *KölnKommAktG/Mertens*, 2. Aufl., § 114 Rdnr. 7), weil es allein um die Sicherstellung der im Interesse der Gesellschaft unerlässlichen Wahrnehmung der von – auch mittelbaren – Einflussnahmen des Vorstandes unabhängigen Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats geht. So wie sie in dem unmittelbar in § 114 AktG gesetzlich geregelten Fall einer solchen Vertragsbeziehung zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft gefährdet sein kann, so kann sie in gleicher Weise beeinträchtigt werden, wenn dem Aufsichtsratsmitglied eine nach den oben genannten Maßstäben nicht nur vernachlässigungswerte Vergütung mittelbar zufließt.

b) Gemessen an diesen Grundsätzen besteht hier kein Zweifel, dass die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge dem Anwendungsbereich der §§ 113 f. AktG unterworfen sind. Bei einer Beteiligung des Aufsichtsratsvorsitzenden K. an der Beklagten i. H. v. 50 % und Beratungshonoraren in einer Gesamthöhe von mehr als 125.000 € kann nicht mehr von einem – bei abstrakter Betrachtung – nur unbedeutenden und damit vernachlässigungswertem, mittelbar zukommenden Vermögensvorteil des Rechtsanwalts K. gesprochen werden; auf die Frage des Verhältnisses von Aufsichtsratsvergütung und aus dem Beratungsvertrag fließenden Sondervorteil kommt es danach hier nicht an.

2. Die Beratungsverträge sind – wie das Berufungsgericht weiter zutreffend angenommen hat – wegen Verstoßes gegen § 113 AktG nicht genehmigungsfähig und damit gemäß § 134 BGB nichtig.

a) Beratungsverträge einer Aktiengesellschaft mit einem Aufsichtsratsmitglied oder mit einer ihm – wie hier – zuzurechnenden Gesellschaft über Tätigkeiten, die das Aufsichtsratsmitglied schon aufgrund seiner Organstellung im Rahmen der auch die vorsorgende Beratung einschließenden Überwachung erbringen muss, sind nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nicht nach § 114 AktG genehmigungsfähig. Sie stellen vielmehr eine nach § 113 AktG unzulässige Vergütungsvereinbarung dar und sind daher – sofern nicht die Hauptversammlung dem Vertrag zugestimmt hat – gemäß § 134 BGB nichtig (BGHZ 114, 127 ff.; 126, 340, 344 f.; Sen. Ur. v. 3.7.2006, ZIP 2006, 1529, 1533, Tz. 16). Zulässig nach § 114 AktG sind nur Verträge über Dienst- oder Werkleistungen, die nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen. Um Umgehungen des § 113 AktG zu verhindern, muss

der Beratungsvertrag eindeutige Feststellungen darüber ermöglichen, ob die zu erbringende Leistung außer- oder innerhalb des organschaftlichen Pflichtenkreises des Aufsichtsratsmitglieds liegt und ob der Vertrag darüber hinaus keine verdeckten Sonderzuwendungen – etwa in Form einer überhöhten Vergütung – enthält. Dazu gehört, dass die speziellen Beratungsgegenstände und das dafür zu entrichtende Entgelt so konkret bezeichnet werden, dass sich der Aufsichtsrat ein eigenständiges Urteil über die Art und den Umfang der Leistung sowie über die Höhe und die Angemessenheit der Vergütung bilden kann. Verträge, die diese Anforderungen nicht erfüllen, sind nicht nach § 114 Abs. 1 AktG genehmigungsfähig, sondern nichtig (§ 134 BGB i. V. m. § 113 AktG).

b) Die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Beratungsverträge sind danach nichtig. Der Rahmenvertrag ist schon deshalb nicht genehmigungsfähig, weil er die Aufgaben der Beklagten nicht abschließend bezeichnet, sondern nur beispielhaft aufzählt („Die N. berät den Auftraggeber in wirtschaftlichen und strategischen Angelegenheiten. Die N. wird hierbei insbesondere folgende Aufgaben erbringen: ...“). Darüber hinaus betreffen jedenfalls eine Reihe der beispielhaft aufgezählten Vertragsgegenstände – das gilt etwa für die „Beratung der Gesellschaft bei dem Abschluss von Unternehmens- und Beteiligungskaufverträgen und bei der Eingehung strategischer Allianzen (Joint Ventures)“, für die „Beratung zu Finanzierungsmodellen zur Ausstattung mit liquiden Mitteln (Kapitalerhöhungen, Inhaber- und Wandelschuldverschreibungen, Kreditverträge)“, für die „Beratung bei sonstigen Kapitalmaßnahmen, z. B. Aktiensplits“ und für die „Beratung bei internen Strukturierungen“ – den bereits von den Pflichten des Aufsichtsratsmitglieds erfassten Aufgabenbereich. Im Ergebnis das Gleiche gilt für die Vertragsgegenstände der – zudem nur mündlich geschlossenen – Einzelverträge; auch hier genügen die stichwortartigen Angaben nicht, um dem Aufsichtsrat die erforderliche eigene Prüfung zu eröffnen, ob die vertraglich vereinbarte Beratungsleistung bereits von der Organtätigkeit des Aufsichtsratsmitglieds erfasst ist und ob die dafür versprochene Vergütung sich im Rahmen des Angemessenen hält.

3. Ob ein wegen ungenauer Bezeichnung der Vertragspflichten gegen §§ 113 f. AktG verstoßender Beratungsvertrag nachträglich konkretisiert und dann durch den Aufsichtsrat genehmigt werden kann (so *Wissmann/Ost*, BB 1998, 1957, 1958; *Müller*, NZG 2002, 797, 801; *Lutter/Drygala* in FS Ulmer 2003, S. 381, 395 f.; *E. Vetter*, AG 2006, 173, 178; *Krüger/Thorfeld*, EWIR 2006, 385, 386), bedarf keiner Entscheidung. Eine derartige Genehmigung hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dabei kann offen bleiben, ob das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten, bei der Beschlussfassung des Aufsichtsrats seien sämtliche Einzelrechnungen – mit den daraus ersichtlichen Beratungsgegenständen – und die „Time-Sheets“ vorgelegt worden, zu Recht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen hat. Denn die Revision zeigt schon nicht auf, dass sich aus den Rechnungen die erforderliche Klarheit hätte gewinnen lassen können. So sind etwa die Formulierungen „B. allgemeine Beratung: Beratung zu Kapitalmarkttransaktionen“ und „B. allgemeine Beratung: wirtschaftliche Stellungnahme zum Aktienoptionsplan“ keineswegs geeignet, die Möglichkeit auszuschließen, dass die Beratungstätigkeit der Beklagten auch den organschaftlichen Aufgabenbereich von Rechtsanwalt K. als Aufsichtsratsmitglied erfasst hat. Der Senat hat deswegen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht zu entscheiden, ob die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts zutrifft, der Genehmigungsbeschluss sei auch aus formellen Gründen – Beschlussunfähigkeit des dreiköpfigen Aufsichtsrats – unwirksam.

4. Folge der Nichtigkeit der Beratungsverträge ist die Verpflichtung der Beklagten, die ihr von der Schuldnerin gewährte Vergütung zurückzuzahlen. Grundlage dafür ist – wie der Senat bereits in dem Urteil vom 3.7.2006 (ZIP 2006, 1529, 1533 Tz. 20) näher ausgeführt hat – die auch hinsichtlich der Rechtsfolgen entsprechend heranzuziehende Vorschrift des § 114 Abs. 2 AktG, die einen effektiven, von Verrechnungen mit Gegenansprüchen freien Rückgewähranspruch gewährleistet.

13. HGB § 17 Abs. 1 („AKDV“ keine zulässige Firma)

**Der Firma einer Gesellschaft muss nach § 17 Abs. 1 HGB – neben einer hinreichenden Unterscheidungskraft – eine Namensfunktion zukommen. Diese Funktion fehlt bei nicht aussprechbaren Buchstabenkombinationen, die lediglich aus den Anfangsbuchstaben einzelner Worte bestehen, sofern es sich nicht um Worte der deutschen Sprache, nicht einmal um „Phantasieworte“, handelt.**

OLG Celle, Beschluss vom 6.7.2006, 9 W 61/06

*Gründe:*

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Zu Recht hat das Registergericht in seiner Zwischenverfügung die Eintragung der neu gegründeten GmbH unter der Firma „AKDV GmbH“ beanstandet; die dagegen gerichtete Beschwerde hat das LG mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen.

Auch unter Berücksichtigung der Entwicklung des Markenrechts (das hier nicht einschlägig ist, soweit es die Unterscheidbarkeit von Waren und Dienstleistungen zum Gegenstand hat, vgl. § 3 Abs. 1 MarkenG) verbleibt es dabei, dass die Firma einer Gesellschaft nach § 17 Abs. 1 HGB weiterhin ihr „Name“ ist, so dass der Bezeichnung – neben einer hinreichenden Unterscheidungskraft – wenigstens eine Namensfunktion zukommen muss. Wie der Senat bereits entschieden hat (Beschluss vom 19.11.1998, 9 W 150/98, DB 1999, 40), kommt nicht aussprechbaren Buchstabenaneinanderreihungen, die im Verkehr keine Kennzeichnungsfunktion haben, diese Namensfunktion nicht zu (vgl. auch OLG Frankfurt, NJW 2002, 2400; zustimmend *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 18 Rdnr. 4). Als eine solche Buchstabenkombination stellt sich die hier erstrebte Bezeichnung „AKDV“ dar. Diese Buchstabenkombination ist nicht aussprechbar. Zu Unrecht machen die Beschwerdeführer geltend, dass auch die Konsonanten dieser Firmenbezeichnung – nämlich mit entsprechenden Vokalen – ausgesprochen werden könnten. Dies dürfte für alle Buchstabenkombinationen der Fall sein, ändert aber nichts daran, dass es sich gerade nicht um Worte der deutschen Sprache handelt, nicht einmal um „Phantasieworte“. Soweit die Beschwerdeführer darauf hinweisen, dass die Aussprache von vokalfreien Abkürzungen allgemein üblich sei, mag dies zutreffen. Dies gilt aber nur faktisch, wenn – um der leichteren Verständigung willen – in der Kommunikation der volle Firmenname eben nicht genannt wird, sondern nur eine Abkürzung. Auf die Namens Kürzel „VW“, „ESSO“, „DEA“ und „BMW“ können sich die Beschwerdeführer – gerade im Hinblick auf den handelsrechtlichen Firmenbegriff – nicht berufen. Es handelt sich dabei um im Sprachgebrauch übliche Abkürzungen der Firmen „Volkswagen AG“, „Bayerische Motorenwerke Aktiengesellschaft“, „ESSO Deutschland GmbH“ sowie „Shell & DEA Oil GmbH“. In der „Firma“ tauchen also die Abkürzungen gerade nicht auf – zumindest teilweise enthält der Firmenname auch zusätzliche, ausgeschriebene Worte.

Auf eine „Unterscheidungskraft“ kommt es deshalb nicht an; diese müsste – über die Aussprechbarkeit als Name hinaus – zusätzlich gegeben sein, so dass unentschieden bleiben kann, insoweit sich die Kürzel „VW“ oder „BMW“ bereits im Rechtsverkehr durchgesetzt haben, was für die Firma der Beschwerdeführer nicht gilt. Die von den Beschwerdeführern herangezogene Entscheidung des BGH vom 5.10.2000 (WRP 2001, 273) bezieht sich auf markenrechtliche Vorschriften. Gegenstand war die Bezeichnung „DB Immobilienfonds“, die im Übrigen wenigstens neben der Abkürzung noch ein aussprechbares Wort enthält. Dass eine Firma als Unternehmenskennzeichen übernommen werden kann (§ 5 Abs. 2 MarkenG), ändert insoweit nichts an Vorrang und Eigenständigkeit des Firmenrechts und besagt nicht etwa umgekehrt, dass ein vorstellbares (z. B. markenähnliches) Kennzeichen auch ohne Namensfunktion als Firma verwendet werden dürfte.

**Anmerkung:**

Die Entscheidung ist abzulehnen. Sie trifft Unterscheidungen, die im Gesetz keine Grundlage haben und sinnlos sind.

1. Zu Recht stellt das Gericht fest, dass die Entwicklung des Markenrechts für die zu entscheidende Frage keine direkte Bedeutung hat. Parallelen zur Entwicklung des Firmenrechts – beide übrigens unter Einfluss der internationalen Praxis – und Parallelen der Problematik sind aber nicht zu übersehen.<sup>1</sup> Wie die Marke zur Kennzeichnung der Ware oder Dienstleistung, dient die Firma zur Kennzeichnung des Kaufmanns oder der Handelsgesellschaft, beide fordern Unterscheidungskraft (s. §§ 3, 8 MarkenG) und bei beiden besteht die durch das Freihaltebedürfnis gezogene Schranke und die allgemeine Missbrauchsschranke.

Dem Gericht ist auch darin zu folgen, dass die Firma als „Name“ aussprechbar sein muss,<sup>2</sup> weil der Name den Träger nicht nur optisch – durch Lesen –, sondern auch akustisch – durch Hören, etwa am Telefon – kennzeichnen soll.

Nicht erst wegen Missbrauchs, sondern schon aus diesem Grund unzulässig ist die Firmenbildung mit „A-Ketten“, um vorne im Telefonbuch eingetragen zu werden.<sup>3</sup>

2. Alles Weitere entbehrt aber meines Erachtens der gesetzlichen Grundlage:

Der Firmenrechtsreform 1998 lag die Überzeugung zugrunde, dass es nur drei legitime Anforderungen gibt, die der Rechtsverkehr an die Bildung der Firma des Kaufmanns stellt: Eignung zur Kennzeichnung und Unterscheidungskraft (§ 18

<sup>1</sup> Vgl. nur *Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer*, HGB, 2001, § 18 Rdnr. 37 ff.

<sup>2</sup> Verstanden i. S. von „Artikulierbarkeit“, s. *Kögel*, Rpfleger 2000, 255, 257; *MünchKommHGB/Heidinger*, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 17; zum Erfordernis der „Aussprechbarkeit“ s. nur *MünchKommBGB/Bayerleuther*, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 46; (wohl nur in der Formulierung) großzügiger *Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer*, HGB, § 18 Rdnr. 28; a. A. gegen das Erfordernis der Aussprechbarkeit *Heckschen*, NotBZ 2006, 346.

<sup>3</sup> An der Kennzeichnungseignung lässt OLG Frankfurt, NJW 2002, 2400 die Zulässigkeit der „A-Kette“ als Firma scheitern; ähnlich *Lettl*, Handelsrecht, § 4 Rdnr. 33. An der Kennzeichnungseignung fehlt es nur, wenn die Firma nicht noch einen individualisierenden Zusatz enthält; die „A-Kette“ ist aber – m. E. ab dem dritten „A“, jedenfalls ab dem vierten „A“ – generell – auch als Firmenbestandteil – unzulässig; so im Ergebnis zu Recht die allg. M., s. außer OLG Celle, DB 1999, 40 nur *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., § 10 Rdnr. 16; *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073, 1078.

Abs. 1 HGB),<sup>4</sup> Verbot der Irreführung (§ 18 Abs. 2 HGB) und Information über die Rechtsform (§ 19 HGB).<sup>5</sup>

3. Richtig ist, dass eine bloße Buchstabenreihe als Firma wenig attraktiv erscheinen mag (aber das ist das Problem des Firmeninhabers), und dass man unter zwei Gesichtspunkten darüber nachdenken kann, ob die Buchstabenreihe zur Kennzeichnung geeignet ist und Unterscheidungskraft besitzt:

a) Einerseits sind die Kombinationsmöglichkeiten begrenzt, ließe man Firmen unter Verwendung nur eines Buchstabens zu, so gäbe es nur 26 Varianten und eine solche Firma besäße sicherlich keine Unterscheidungskraft und wäre missbräuchlich als Verstoß gegen das Freihaltebedürfnis.<sup>6</sup> Bei Verwendung von zwei Buchstaben gibt es 676 Varianten, die Eignung, den Kaufmann zu kennzeichnen, ist also begrenzt, aber sicherlich nicht geringer als die einer (auch nach altem Recht zulässigen) Namensfirma mit einem Sammelnamen wie „Hans Müller GmbH“. Außerdem müsste sich eine solche Firma nach § 30 HGB von einer anderen Firma am Ort deutlich unterscheiden und überörtlich verstieße das Heraufbeschwören einer Verwechslungsgefahr – unter den allgemeinen Voraussetzungen – gegen Namensrecht und UWG.<sup>7</sup> Bei Verwendung von drei Buchstaben gibt es 17 576, bei vier Buchstaben – so der Fall des OLG Celle – 456 976 Varianten.

b) Mit der Zahl der Differenzierungsmöglichkeiten steigt andererseits die Gefahr von Verwechslungen bei geringen Abweichungen. Auch hier gelten wieder § 30 HGB („deutlicher“ Unterschied), der Namensschutz und das UWG. Eine längere Buchstabenkette stieße schließlich auch an die Grenze fehlender Einprägsamkeit (s. unter 6.).

4. Dass die Buchstabenreihe „AKDV“ aussprechbar ist, bezweifelt das OLG Celle letztlich nicht<sup>8</sup> und erkennt sogar an, dass Abkürzungen in der Kommunikation „um der leichteren Verständigung willen“ verwendet werden. Wie locker gehen uns Abkürzungen wie „e. K.“, „GmbH“, „AG“ oder – je nach Region – „HSV“, „1. FC“ oder „VfB“ von den Lippen? Wollte das OLG Celle die Firma im Handelsregister als unzulässig löschen, wenn die „Bayerische Motorenwerke Aktiengesellschaft“ ihren Sitz unter Änderung der Firma in „BMW AG“ von München nach Hannover verlegen sollte?

5. Kann die Zulässigkeit der Firma nicht daran scheitern, dass sie nicht aussprechbar wäre, dann soll es nach Auffassung des Gerichts an „Worten“ fehlen: Es handle sich nicht um „Worte der deutschen Sprache“, nicht einmal um „Phantasiaworte“ (gemeint sind offensichtlich nicht „Worte“, sondern „Wörter“).

Ein Geheimnis bleibt für mich schon, warum dieses Verdikt nicht zur Konsequenz hat, dass zur Firmenbildung *ausschließlich* Wörter (in dem vom OLG Celle verstandenen Sinn) verwendet werden dürfen, also auch die außerordentlich beliebten Sachfirmen mit einer Buchstabenkombination zur

Individualisierung bei der GmbH („AZ Autohandel GmbH“) unzulässig wären?

6. Jedenfalls sehe ich nicht, mit welchem Kriterium zwischen „Phantasie-Wörtern“ und „Nichtwörtern“ oder zwischen sinnlosen Buchstabenkombinationen, die im Verkehr nicht als Name verstanden werden,<sup>9</sup> und sinnvollen, als Name verstehbaren Wörtern differenziert werden könnte,<sup>10</sup> zumal man sich darüber einig ist, dass auch sinnlose „Wortgebilde“ durch Verkehrsgeltung als Bezeichnung Unterscheidungskraft gewinnen können. Wenn das so ist, haben sie die Unterscheidungskraft aber von Anfang an.

„Phantasie“, schöpferischer Geist, Erfindungsgabe, kennt doch keine Grenze: Je ungewöhnlicher die Wortwahl, desto größer ist die Unterscheidungskraft; dass die Einprägsamkeit, die Möglichkeit, ein ungewöhnliches Wortgebilde zur Kenntnis und in das Gedächtnis aufzunehmen, erschwert ist, kann angesichts der Entwicklung in den internationalen Beziehungen kaum Bedeutung haben, da niemand gehindert ist, für den deutschen Adressaten schwer aufzunehmende und schwer merkfähige Wörter aus seiner Heimatsprache (unter Transkription in die lateinische Schrift) zu verwenden. Die Gefahr, dass dadurch der Rechtsverkehr nennenswert erschwert werden könnte, besteht nicht, weil der Firmeninhaber in aller Regel ein Interesse daran hat, dass seine Firma „schlagkräftig“, leicht zu merken ist. Und Extremfälle kann man ausscheiden, indem man zu Recht feststellt, dass zur Kennzeichnungseignung ein Mindestmaß an Einprägsamkeit gehört.<sup>11</sup>

Danach sehe ich nicht, was gegen die außerordentlich phantasievollen „Akadevau GmbH“ einzuwenden wäre, wo soll der Unterschied zu „Ramba-Zamba e. k.“ (für einen „Event-Manager“), „Abrakadabra GmbH“ (für einen Zaubergarten) oder „Kikeriki GmbH“ (für eine Hühnerfarm) liegen?

Wer „Akadevau GmbH“ seltsam findet, gewöhnt sich an die ungewöhnliche Firmenbildung leichter, wenn er sich daran erinnert, dass solche Firmen mit „ausgeschriebenen“ Abkürzungen in Italien weit verbreitet sind.

7. Der Kreis schließt sich: Wenn gegen die ausgeschriebene Abkürzung als Firma nichts einzuwenden ist, gibt es keinen Grund, nicht auch die (aussprechbare) Abkürzung selbst als Firma zu verwenden. Im Gegenteil ist eine solche Firmenbildung in Deutschland transparenter, wo Abkürzungen üblicherweise in Einzelbuchstaben und nicht – wie regelmäßig im Italienischen – als zusammenhängendes Wort ausgesprochen werden.

8. Insgesamt sehe ich in den Bemühungen, aussprechbare Abkürzungen nur im Zusammenhang mit anderen Wörtern für die Firmenbildung zuzulassen, einen Widerspruch zu der Liberalisierung des Firmenrechts und zu dessen Anpassung an internationale Standards durch die Reform 1998.<sup>12</sup>

Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

<sup>4</sup> Eignung zur Kennzeichnung und Unterscheidungskraft sind nicht selbständige Rechtsbegriffe, sondern bedingen sich gegenseitig, *Lettl*, Handelsrecht, § 4 Rdnr. 29.

<sup>5</sup> S. die Begr. des Gesetzentwurfs, BR-Drucks. 340/97, S. 35 ff., 52 ff.

<sup>6</sup> Gleiches würde auch für eine nur aus Zahlen bestehende Firma gelten (hier führt Verkehrsgeltung tatsächlich zur Ausnahme: „4711“), eine Kombination aus Zahlen und Buchstaben wäre dagegen unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig.

<sup>7</sup> MünchKommBGB/Bayreuther, 5. Aufl., § 12 Rdnr. 34, 157 ff.; BGHZ 11, 214.

<sup>8</sup> Die zunächst getroffene Feststellung, „AKDV“ sei nicht aussprechbar (so auch OLG München vom 11.10.2006, 31 Wx 074/06, NJW-RR 2007, 187 für K.S.S. als Vereinsnamen), erweist sich als vom Gericht selbst widerlegte Behauptung.

<sup>9</sup> OLG Celle, DB 1999, 40; *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl., § 19 Rdnr. 10.

<sup>10</sup> In der Substanz so überzeugend *Canaris*, Handelsrecht, § 10 Rdnr. 15.

<sup>11</sup> *Lettl*, Handelsrecht, § 4 Rdnr. 33; s. auch *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073, 1078 und *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl., § 10 Rdnr. 16 zur „A-Kette“.

<sup>12</sup> Vgl. die Begr. des Gesetzentwurfs, BR-Drucks. 340/97, S. 35 ff.; *Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073; *Canaris*, Handelsrecht, § 10 Rdnr. 11 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 5. Aufl., S. 362 ff.; *Ebenroth/Boujong/Joost/Zimmer*, HGB, § 18 Rdnr. 1, 28 f.; MünchKommHGB/*Heidinger*, § 18 Rdnr. 17.

14. EuGVVO Art. 23 Abs. 1; AktG § 53 a (*Satzungsregelung zur ausschließlichen Zuständigkeit deutscher Gerichte*)

1. **Eine Satzungsregelung, die eine Verpflichtung von Aktionären enthält, die Interessen von Mitaktionären angemessen zu beachten, auch im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung mit der Gesellschaft, ist rechtmäßig.**
2. **Eine Satzungsregelung über die Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit der deutschen Gerichte für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehen, soweit nicht jeweils in Deutschland geltende zwingende gesetzliche Vorschriften, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften, entgegenstehen, ist mit Art. 23 Abs. 1 EuGVVO vereinbar und verstößt auch nicht gegen § 53 a AktG. (Leitsätze des Gerichts)**

LG München I, Urteil vom 13.4.2006, 5HK O 4326/05; mitgeteilt von Dr. *Helmut Krenek*, Vorsitzender Richter am LG

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit eines Beschlusses mit zwei Satzungsänderungen, der auf der Hauptversammlung der Beklagten gefasst wurde.

1. Am 25.1.2005 fand die Hauptversammlung der Beklagten statt. Der Vorstand der Beklagten lud im Dezember 2004 die Aktionäre der Beklagten zur ordentlichen Hauptversammlung am 25.1.2005 in München ein. Die Einladung wurde auf den Internetseiten der Beklagten unter dem Veröffentlichungsdatum 9.12.2004 sowie im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht. Dabei wurde für TOP 7 folgender Beschlussvorschlag zur Neufassung des § 3 sowie zur Ergänzung des § 1 Abs. 4 der Satzung der Beklagten unterbreitet:

„Aufsichtsrat und Vorstand schlagen daher vor, folgende Beschlüsse zu fassen:

a. Der bisherige § 3 („Bekanntmachungen“) wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

„§ 3 Treuepflicht, Gerichtsstand

(1) Jeder Aktionär ist kraft seiner Mitgliedschaft gegenüber der Gesellschaft und seinen Mitaktionären verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft zu beachten und eine willkürliche oder unverhältnismäßige Rechtsausübung zu unterlassen. Er hat insbesondere im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung mit der Gesellschaft angemessene Rücksicht auf deren Belange zu nehmen.

(2) Verletzt ein Aktionär leichtfertig, bei der Stimmrechtsausübung vorsätzlich, seine Treuepflicht, so ist er zum Schadensersatz verpflichtet. Soweit ein Mitaktionär durch eine Verletzung der Treuepflicht einen Schaden dadurch erleidet, dass der Wert seiner Beteiligung durch einen der Gesellschaft zugefügten Schaden gemindert wird, kann er Schadensersatz nur durch Ausgleich des der Gesellschaft zugefügten Schadens in das Gesellschaftsvermögen verlangen; einen Ausgleich des Wertverlusts seiner Beteiligung durch Leistung in sein Privatvermögen kann er nur verlangen, falls die Gesellschaft insolvent ist oder liquidiert wird und die Ausgleichsleistung nicht zur anderweitigen Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern benötigt wird.

(3) Durch Zeichnung oder Erwerb von Aktien oder Zwischenscheinen unterwirft sich der Aktionär für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehen, ausschließlich dem ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaft, soweit dem nicht am Sitz der Gesellschaft jeweils geltende zwingende gesetzliche Vorschriften, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften, entgegenstehen. Satz 1 gilt auch für Streitigkeiten, die aus der Beteiligung des Aktionärs, ihrem Erwerb, ihrem Halten oder ihrer Aufgabe entstehen.“

b. § 1 der Satzung wird um einen neuen Absatz 4 ergänzt. Infolgedessen ändert sich auch die Überschrift von § 1. Im Übrigen bleibt § 1 unverändert. Die geänderten Teile von § 1 lauten wie folgt:

„§ 1 Firma, Sitz, Geschäftsjahr, Bekanntmachungen“

(...)

„(4) Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen im elektronischen Teil des Bundesanzeigers (elektronischer Bundesanzeiger), soweit sie nicht nach zwingenden gesetzlichen Bestimmungen in dessen gedrucktem Teil oder in anderen Medien erfolgen müssen.“

Die Einladung zur Hauptversammlung der Beklagten enthielt eine Begründung des Vorschlags zur Änderung der Satzung.

In der Folgezeit unterbreitete die D e. V., Landesverband Bayern, folgenden Gegenantrag zu Tagesordnungspunkt 7 a:

„Der bisherige § 3 („Bekanntmachungen“) wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

„§ 3

Aktionärsinteresse, Gerichtsstand

(1) Jeder Aktionär ist kraft seiner Mitgliedschaft gegenüber seinen Mitaktionären verpflichtet, deren Interessen angemessen zu beachten, auch im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung mit der Gesellschaft.

(2) Für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehen, sind ausschließlich die deutschen Gerichte zuständig, soweit dem nicht jeweils in Deutschland geltende zwingende gesetzliche Vorschriften, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften, entgegenstehen; dem stimmt ein Aktionär durch Erwerb oder Zeichnung von Aktien zu. Satz 1 gilt auch für solche Streitigkeiten der Aktionäre gegen die Gesellschaft, die aus dem Erwerb, dem Halten oder der Aufgabe der Beteiligung des Aktionärs entstehen.“

Einen inhaltsgleichen Gegenantrag stellte auch Herr B, wobei beide Anträge auf den Internetseiten der Beklagten veröffentlicht wurden. Ebenso veröffentlichte die Beklagte eine Stellungnahme, in der u. a. Folgendes ausgeführt wurde:

„Wir begrüßen die Anträge. Sie gehen zurück auf Gespräche, die wir mit Investoren und Aktionärsvereinigungen geführt haben. Auch der Vorstand hat beschlossen, der Hauptversammlung unter Tagesordnungspunkt 7 einen geänderten Vorschlag vorzulegen, der so begründet wird:

Der Vorstand schlägt daher nunmehr vor, folgende Beschlüsse zu fassen:

„a. Die Bekanntmachungen werden zukünftig in § 1 Abs. 4 der Satzung geregelt. Der bisherige § 3 („Bekanntmachungen“) wird aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

„§ 3 Aktionärsinteresse, Gerichtsstand

(1) Jeder Aktionär ist kraft seiner Mitgliedschaft gegenüber seinen Mitaktionären verpflichtet, deren Interessen angemessen zu beachten, auch im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung mit der Gesellschaft.

(2) Für alle Streitigkeiten mit der Gesellschaft oder deren Organen, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehen, sind ausschließlich die deutschen Gerichte zuständig, soweit dem nicht jeweils in Deutschland geltende zwingende gesetzliche Vorschriften, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften, entgegenstehen; dem stimmt ein Aktionär durch Erwerb oder Zeichnung von Aktien zu. Satz 1 gilt auch für solche Streitigkeiten der Aktionäre gegen die Gesellschaft, die aus dem Erwerb, dem Halten oder der Aufgabe der Beteiligung des Aktionärs entstehen.“ (...)

3. Im Rahmen der Generalaussprache während der Hauptversammlung stellte Herr B Fragen nach der regionalen Verteilung der Aktionäre der Beklagten; der Vorstand der Beklagten gab hierzu keine Auskunft. Die Vertreter der Klägerin (zu 2) fragten danach, was unter dem Begriff der „angemessenen Beachtung von Interessen der Mitaktionäre“ zu verstehen sei und welche Personen im Vorstand und Aufsichtsrat den Vorschlag zu dieser Änderung der Satzung gemacht hätten. Auf diese Fragen wurden in der Hauptversammlung folgende Antworten gegeben und Erläuterungen gemacht:

„Wir nehmen mit dieser Formulierung die Vorgaben der Rechtsprechung auf. Der Begriff ist in der Tat auslegungsbedürftig. Es geht dabei um eine Abwägung. Wir glauben, dass ein objektiver Aktionär bei seinen Entscheidungen die Interessen seiner Mitaktionäre beachten wird. Wenn er diese berücksichtigt, dürfte das in der Regel angemessen sein.“

„Der Begriff der Angemessenheit hat keinen für alle Fälle einheitlichen Inhalt. Was jeweils angemessen ist, richtet sich vielmehr nach einer Abwägung der beteiligten Interessen, also der Interessen des betroffenen Aktionärs und seiner Mitaktionäre, im Einzelfall.“

„In die Satzung soll ein Hinweis auf die allgemeine Pflicht zur Rücksichtnahme der Eigentümer untereinander aufgenommen werden. Das bedeutet, dass ein Aktionär bei Ausübung seiner Rechte auf seine Mitaktionäre Rücksicht nehmen muss. Dabei geht es um ein Grundprinzip der Aktiengesellschaft: Die Eigentümer schließen sich zusammen, um gemeinsam unternehmerische Ziele zu erreichen. Der Wert ihrer Beteiligung wird dabei bestimmt durch den Wert der Gesellschaft und die Interessen der Gesellschaft sind deckungsgleich mit denen der Eigentümer. Es gibt keinen Unterschied zwischen Gesellschafts- und Aktionärsinteresse. Alle Aktionäre haben die gleichen Rechte; kein Aktionär darf sich zu Lasten der anderen oder des Unternehmens bereichern oder rücksichtslos Sonderinteressen verfolgen. Beispielfähig erwähnen wir dabei die rechtlichen Auseinandersetzungen mit der Gesellschaft. Mit der neuen Satzungsregel wollen wir dieses Prinzip transparenter machen, insbesondere für unsere ausländischen Eigentümer. Wird dieses Prinzip missachtet, regelt das allgemein anwendbare Recht die Folgen, z. B. die Frage, ob daraus eine Schadensersatzpflicht entstehen kann. Dies können und wollen wir durch eine Satzungsregel nicht ändern.“

„Wir wollten mit unserem ursprünglichen Vorschlag die Rechte unserer Aktionäre nicht einschränken oder ihnen drohen. Wir wollten einen allgemein anerkannten Aspekt der Gesellschafterstellung nur klarer herausarbeiten, insbesondere für unsere ausländischen Aktionäre. Dieser Aspekt wird von der Rechtsprechung ‚Treuepflicht‘ genannt, wir finden diesen Begriff aber auch nicht glücklich. In der Sache geht es um die Beachtung der Interessen der Mitaktionäre, daher haben wir den neuen Vorschlag auch so überschrieben.“

„Wir wollten auch keine Schadensersatzpflicht der Aktionäre gegenüber der Gesellschaft begründen. Die Klausel sollte nur ein Hinweis auf die allgemein geltenden Folgen sein, wenn ein Aktionär die Interessen seiner Mitaktionäre gröblichst missachtet. Das haben wir im Neuvorschlag aber gestrichen, weil es falsch verstanden wurde. Es bleibt natürlich bei den allgemeinen Rechtsfolgen.“

„Der neue Vorschlag ist das Ergebnis unserer Gespräche mit verschiedenen Aktionären und Schutzvereinigungen. Ich möchte allen unseren Gesprächspartnern für die konstruktiven Gespräche auch hier noch einmal danken.“

„In der Sache haben wir mit dem neuen Text klar herausgearbeitet, dass es um die Interessen der Eigentümer an dem Wert ihrer Beteiligung geht. Dieser Wert ist das Gleiche wie der Unternehmenswert und damit auch gleichbedeutend mit dem Gesellschaftsinteresse. Wer das Unternehmen durch rücksichtsloses Vorgehen schädigt, schadet auch dem Wert der Beteiligung aller anderen Aktionäre.“

Auf die zweite Frage der Klägerin zu 2) wurde geantwortet, dass es sich um eine gemeinsame Initiative von Vorstand und Aufsichtsrat handele und dass über den gemeinsamen Vorschlag des Vorstandes und des Aufsichtsrates über Monate diskutiert worden sei.

In der notariellen Niederschrift wurde auf S. 16 f. Folgendes vermerkt:

„Nachdem keine Wortmeldungen mehr vorlagen, fragte der Herr Vorsitzende, ob noch jemand das Wort zu einem Punkt der Tagesordnung wünsche. Da dies – abgesehen von einer Ankündigung von Herrn M, im Falle der Nichtentlastung des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden Dr. St eine Sonderprüfung nach § 142 AktG zu beantragen – nicht der Fall war, erklärte der Herr Vorsitzende schließlich, er gehe davon aus, dass alle Aktionäre ausreichend Zeit gehabt hätten, ihre Anträge und Fragen zu stellen und diese vom Vorstand ausreichend beantwortet worden seien. Wenn gleichwohl jemand der Auffassung sei, die von ihm gestellten Fragen seien nicht beantwortet worden, oder noch jemand einen Antrag stellen wolle, so möge er sich bitte jetzt melden. Dies war nicht der Fall.“

Darauf stellte der Herr Vorsitzende um 17.10 Uhr fest, dass keine Wortmeldungen mehr vorlägen und mit der von ihm soeben gemachten Einschränkung alle Fragen beantwortet worden seien ...“

Die Vertreter der Klägerinnen und der Nebenintervenientin stimmten gegen den Beschlussvorschlag und legten Widerspruch zur Niederschrift ein, wobei dies jedenfalls bezüglich der Klägerin zu 1) bereits vor der Beschlussfassung geschah.

Die Hauptversammlung, in der 360.272.828 Aktien und damit 48,19 % des stimmberechtigten Grundkapitals der Beklagten vertreten waren, stimmte dem Antrag zum Tagesordnungspunkt zu; von 359.320.360 gültigen Stimmen entfielen auf Nein-Stimmen 52.006.834, also 14,474 % und auf Ja-Stimmen 307.313.526, also 85,526 %. (...)

#### Aus den Gründen:

Die Klagen sind zulässig, insbesondere sind die Parteifähigkeit sowie die Prozessfähigkeit der Klägerin zu 1) zu bejahen. (...)

Die Klagen sind jedoch sowohl in ihren Hauptanträgen als auch in den Hilfsanträgen der Klägerin zu 2) unbegründet, weil weder Anfechtungs- noch Nichtigkeits- oder sonstige Unwirksamkeitsgründe vorliegen.

1. Der Beschluss zu Tagesordnungspunkt 7 ist formell ordnungsgemäß zustande gekommen; er verletzt weder die Vorschriften über die Einladung und Bekanntmachung noch das Fragerecht von Aktionären.

a) Der angegriffene Beschluss verstößt nicht gegen § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG. Nach dieser Vorschrift haben zwar der Vorstand- und der Aufsichtsrat zu jedem Gegenstand der Tagesordnung, über den die Hauptversammlung beschließen soll, in der Bekanntmachung der Tagesordnung Vorschläge zur Beschlussfassung zu machen. Hiergegen wurde nicht verstoßen, auch wenn die Hauptversammlung über einen im Vergleich zur ursprünglichen Bekanntmachung inhaltlich geänderten Beschlussvorschlag abstimmte und diesen mehrheitlich annahm.

(1) Die Bekanntmachung, die unter Wahrung der in § 123 Abs. 1 AktG normierten Frist erfolgte, enthielt ordnungsgemäße Beschlussvorschläge von Vorstand und Aufsichtsrat, was auch von den Klägerinnen nicht in Frage gestellt wird. Der Umstand, dass die Hauptversammlung dann über einen inhaltlich geänderten Vorschlag abstimmte und einen entsprechenden Beschluss fasste, führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Einladung war ordnungsgemäß vom Vorstand der Beklagten unterzeichnet, dessen Kompetenz sich hierzu aus der Regelung in § 121 Abs. 2 Satz 1 AktG ergibt. Davon zu unterscheiden sind die Beschlussvorschläge, die in der Bekanntmachung der Tagesordnung enthalten sein müssen. Vorstand und Aufsichtsrat müssen hierzu einen Beschluss fassen, was auch beachtet wurde.

Aufgrund von § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG enthielt die Bekanntmachung auch den Wortlaut der vorgeschlagenen Satzungsänderung.

(2) Die Beschlussfassung verstößt nicht gegen § 124 Abs. 4 AktG. Der Vorschlag, über den abgestimmt wurde und dem nach dem Vortrag der Beklagten auch ein im Umlaufverfahren gefasster wirksamer Beschluss des Aufsichtsrates vom 18.1.2005 zugrunde lag, stimmt inhaltlich wörtlich mit den Gegenanträgen der D e. V. und von Herrn B überein, die diese beiden Aktionäre auf der Hauptversammlung gestellt haben. Bei dieser Ausgangssituation kommt es auf die von den Klägern bestrittene wirksame Beschlussfassung des Aufsichtsrates der Beklagten in Bezug auf den geänderten Vorschlag nicht an, weshalb auch eine Beweisaufnahme hierzu mangels

Entscheidungserheblichkeit entbehrlich ist. Wenn nämlich in gleicher Weise über den wortgleichen Gegenantrag von Aktionären hätte abgestimmt werden können, kann es nicht darauf ankommen, ob der Aufsichtsrat am Tag vor der Hauptversammlung einen wirksamen Beschluss gefasst hat oder nicht. Hierfür sind folgende Gesichtspunkte maßgeblich. Die genannten Aktionäre haben einen wirksamen Gegenantrag im Sinne des § 126 AktG gestellt, zu dem jedenfalls der Vorstand der Beklagten Stellung nahm und diese Stellungnahme auch auf den Internetseiten der Beklagten veröffentlichte. Zu den Gegenanträgen kann der Vorstand eine Stellungnahme abgeben, die jedoch nach dem Wortlaut von § 126 Abs. 1 Satz 1 AktG freiwillig ist (vgl. MünchKommAktG/*Kubis*, 2. Aufl., § 126 Rdnr. 21). Wenn der Vorstand ausführt, der Vorschlag gehe auf die Anregungen und Erörterungen mit den Autoren der Gegenanträge zurück, muss darin eine hinreichende Stellungnahme gesehen werden. Wenn nun in der Hauptversammlung inhaltlich über den Gegenantrag hätte abgestimmt werden können und ein inhaltlich identischer Beschluss möglich gewesen wäre, der auch aufgrund von § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG bekanntmachungsfrei gewesen wäre, konnte die Verwaltung auch ihren geänderten Beschlussvorschlag statt des ursprünglichen Beschlussvorschlages zur Abstimmung stellen. Der mit der Bekanntmachung primär verfolgte Schutzzweck, die Aktionäre in die Lage zu versetzen, sachgerecht über eine Teilnahme an der Hauptversammlung zu entscheiden und sich gegebenenfalls auf die Beschlussfassung ordnungsgemäß vorbereiten zu können, wäre auch bei Stellung des Gegenantrages durch Herrn S und die X nicht in höherem Maße verwirklicht (vgl. OLG Hamm, Der Konzern 2005, 374, 378).

Der Gegenantrag war gem. § 124 Abs. 4 Satz 2 AktG bekanntmachungsfrei. Als Tagesordnungspunkt 7 waren angekündigt „Satzungsänderungen“ – danach ist jeder abweichende Antrag innerhalb der bekannt gemachten Änderungsmaterie nach § 124 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AktG zulässig. Mit der Bekanntmachungspflicht geht nicht einher eine Bindung der Hauptversammlung an den bekannt gegebenen Wortlaut dergestalt, dass nur dieser Wortlaut und kein anderer beschlossen werden könne. Der Antrag der D und von Herrn B wurde „zu diesem Tagesordnungspunkt“ gestellt. Der gefasste Änderungsbeschluss hält sich in dem durch die Ankündigung gezogenen Rahmen. § 124 Abs. 2 Satz 2 AktG will gerade nicht das Recht der Hauptversammlung beschneiden, im Rahmen des durch die Ankündigung eingegrenzten Gegenstandes Beschlüsse über eine Satzungsänderung mit einem geänderten Wortlaut zu fassen – andernfalls wäre das Recht zur Stellung von Gegenanträgen gerade hinsichtlich von Satzungsänderungen obsolet. Im Vergleich zum ursprünglichen Vorschlag enthält der Beschluss der Hauptversammlung zur Treuepflicht inhaltlich eine Beschränkung der Treuepflicht dergestalt, dass diese nur im Verhältnis zu den Mitaktionären in die Satzung aufgenommen wird. Bezüglich der Zuständigkeitsregelung beschränkt sich die beschlossene Änderung vor allem auf die Regelung der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte, während die erste Vorlage auch die örtliche Zuständigkeit regeln sollte durch den Verweis auf den Sitz der Gesellschaft. Damit aber hält sich der geänderte Vorschlag im Rahmen des von der Verwaltung zunächst in der Bekanntmachung der Einladung mitgeteilten Vorschlages (vgl. OLG Celle, DB 1992, 1921 f.; MünchKommAktG/*Kubis*, § 12 Rdnr. 71).

b) Das sich aus § 131 Abs. 1 AktG ergebende Fragerecht der Aktionäre wurde nicht verletzt und kann deshalb die Anfechtbarkeit nicht begründen. Danach ist jedem Aktionär auf Verlangen in der Hauptversammlung vom Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben, soweit sie

zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist. Hiergegen wurde nicht verstoßen.

(1) Die vom Vertreter der Klägerin zu 2) und der Nebenintervenientin gestellten Fragen wurden beantwortet, soweit der Vorstand hierzu verpflichtet war.

(a) Dies gilt zunächst für die Frage, was unter dem Begriff der „angemessenen Beachtung von Interessen der Mitaktionäre“ zu verstehen sei. Ausweislich des Protokolls der Hauptversammlung, dessen Inhalt unstreitig ist und das daher der Beurteilung zugrunde gelegt werden kann, verwies der Vorstand auf die Auslegungsbedürftigkeit des Begriffs und das Erfordernis einer Abwägung im Einzelfall. Zudem erläuterte er, dass es in der Regel angemessen sein dürfte, wenn ein Aktionär bei seinen Entscheidungen die Interessen seiner Mitaktionäre beachten wird. Diese Antwort muss als ausreichend angesehen werden. Wann die Treuepflicht verletzt wird, hängt immer von den Umständen des Einzelfalles ab – angesichts dessen kann ein Aktionär auf seine durchaus nachvollziehbare Frage aber nicht erwarten, dass ein alle Fälle regelndes klares Bild gezeichnet wird, wenn es um einen unbestimmten Rechtsbegriff geht.

(b) Soweit der Vertreter der Klägerin zu 2) und der Nebenintervenientin danach fragte, welche Personen im Aufsichtsrat oder Vorstand die Satzungsänderung zu Tagesordnungspunkt 7 erstmals in Vorschlag gebracht hätten, musste der Vorstand nicht mehr antworten als mit dem Hinweis auf eine gemeinsame Initiative von Vorstand und Aufsichtsrat. Der weitergehenden Beantwortung nach der Beurteilung des Vorhabens durch einzelne Mitglieder der Organe der Beklagten und deren Initiative steht nämlich die Verschwiegenheitspflicht entgegen, wie sie in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG für den Vorstand und in § 116 Satz 2 AktG für den Aufsichtsrat normiert ist.

Der Aufsichtsrat ist gegenüber der Hauptversammlung nur gem. § 171 Abs. 2 AktG berichtspflichtig; dieser Bericht bildet für die Aktionäre die Grundlage für den Entlastungsbeschluss. Die Vertraulichkeit, auf die der Aufsichtsrat für die effektive Aufgabenwahrnehmung angewiesen ist, erlaubt es dann aber nicht, Auffassungen, Überlegungen und Motive einzelner Aufsichtsratsmitglieder als „Angelegenheiten der Gesellschaft“ im Sinne des § 131 AktG einzustufen. Eine allumfassende Kontrollbefugnis über die Angelegenheiten der Gesellschaft kommt der Hauptversammlung nicht zu (vgl. BVerfG, NJW 2000, 349, 351). Deshalb mussten diese Fragen nicht beantwortet werden. Nichts anderes kann für den Vorstand gelten, weil auch hier die vertrauliche Behandlung der Einschätzung bestimmter Maßnahmen durch einzelne Vorstandsmitglieder zur sachgerechten Wahrnehmung der Leitungsaufgaben einer Aktiengesellschaft notwendig ist.

(2) Die Frage der Klägerin zu 1) nach der Staatsangehörigkeit und damit der regionalen Struktur der Aktionäre musste nicht beantwortet werden. Das Fragerecht nach § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG bezieht sich auf Angelegenheiten der Gesellschaft. Indes ist die Frage nach der Staatsangehörigkeit und der regionalen Struktur der Aktionäre eine Frage nach der Angelegenheit der Aktionäre. Für derartige Fragen in Bezug auf Einzelheiten der Identität von Aktionären besteht über das gem. § 129 Abs. 4 AktG zur Einsicht ausliegende Teilnehmerverzeichnis keine Auskunftspflicht (vgl. KG, WM 1994, 1479, 1487; LG Berlin, WM 1994, 27, 32; LG Frankfurt a. M., WM 1994, 1931, 1933; GroßkommAktG/*Decker*, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 411 „Aktionäre“). Die Auskunft über die Staatsangehörigkeit und die regionale Struktur von Aktionären betrifft zudem deren Recht auf informationelle Selbst-

bestimmung. Bei Namensaktien entspricht dies auch der Wertung von § 67 Abs. 5 AktG, der die vor Inkrafttreten der Änderung durch Art. 1 Nr. 5 NaStraG bestehende umfassende Befugnis zur Einsichtnahme abgeschafft hat.

Da somit bereits kein Anspruch aus § 131 Abs. 1 AktG besteht, kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, ob der Vortrag zu dem Ablauf und zur Aufnahme der Passage „und mit der von ihm soeben gemachten Einschränkung“ überhaupt von der gewährten Schriftsatzfrist erfasst ist oder nicht. In keinem Fall besteht dann aber wegen dieses Vortrages Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Sinne des § 156 ZPO.

(3) Soweit es um die Frage nach der Börsennotiz (heute und geplant) der Beklagten geht, liegt gleichfalls keine Verletzung von § 131 Abs. 1 AktG vor, weil von einer Verwirkung des Fragerechts ausgegangen werden muss – was im Übrigen auch für die sonstigen Fragen gilt. Angesichts dessen kommt es auf den zwischen den Parteien strittigen Sachvortrag, ob diese Frage überhaupt gestellt wurde, nicht entscheidungserheblich an. Der vorgelegte Zettel der von Herrn B gestellten Fragen enthält allerdings hierzu nichts.

Die Verwirkung des Fragerechts und auch des darauf gestützten Anfechtungsrechts ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Der Vertreter der Klägerin zu 1) hat jedenfalls auf die Nachfrage des Versammlungsleiters, ob jemand der Auffassung sei, die von ihm gestellten Fragen seien nicht beantwortet worden und die Bitte, sich jetzt zu melden, auch nach seinem Vortrag die Nichtbeantwortung der Frage nach der Börsennotiz nicht reklamiert. Dann aber kann darauf die Anfechtungsklage nicht gestützt werden. Schweigt nämlich der Aktionär trotz Anwesenheit hierzu, so setzt er sich dem Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens aus und verwirkt somit das Anfechtungsrecht. Dies gilt auch für alle anderen Aktionäre, die eine Beschlussanfechtung auf die Nichtbeantwortung solcher Fragen stützen wollen, deren Beantwortung sie nach entsprechender Aufforderungen hätten anmahnen können (vgl. LG Braunschweig, BB 1991, 856, 858; LG Mainz, WM 1987, 1129, 1130; LG München I, Beschluss vom 9.3.2006, 5HK O 1971/06, S. 20, n. v.; MünchKommAktG/Kubis, § 13 Rdnr. 71; GroßkommAktG/Decker, § 131 Rdnr. 395). Daran ändert sich auch nichts aufgrund des Vortrages der Klägerin zu 1), Herr B habe die Beantwortung mehrfach vor der Frage des Versammlungsleiters vergeblich angemahnt. Wenn ein Aktionär der Auffassung ist, eine bestimmte Frage sei nicht beantwortet, hat er namentlich die von § 131 Abs. 5 AktG eingeräumte Möglichkeit, zu verlangen, dass seine Frage und der Grund, aus dem die Auskunft verweigert worden ist, in die Niederschrift über die Verhandlung aufgenommen wird; hiervon hat Herr B keinen Gebrauch gemacht, so dass es zur Verwirkung des Frage- und damit des Anfechtungsrechts gekommen ist.

2. Der von der Hauptversammlung der Beklagten gefasste Beschluss beinhaltet auch materiell keinen Verstoß gegen das Gesetz.

a) Die Regelung der Treuepflicht in § 3 Abs. 1 der Satzung neu ist mit dem Aktienrecht vereinbar.

(1) Es ist in Rechtsprechung und Literatur weithin anerkannt, dass unter den Aktionären als Ausfluss ihrer mitgliederschaftlichen Beteiligung eine Treuepflicht existiert. Diese Treuepflicht verpflichtet den Aktionär, seine Mitverwaltungs- und Kontrollrechte unter angemessener Berücksichtigung der gesellschaftsbezogenen Interessen der anderen Aktionäre auszuüben. Das Verhältnis der Mitglieder einer Kooperation untereinander kann nämlich den Charakter einer Sonderverbindung haben, weil jeder Aktionär die Möglichkeit hat,

durch Einflussnahme auf die Geschäftsführung die gesellschaftsbezogenen Interessen der Mitgesellschafter zu beeinträchtigen, was wiederum zur Folge hat, dass als Gegengewicht die gesellschaftsrechtliche Pflicht zu fordern ist, auf diese Interessen Rücksicht zu nehmen (vgl. BGH, NJW 1988, 1579, 1551 f., Linotype, m. zust. Anm. Timm; BGH, NJW 1995, 1739, 1740 ff., Girmes; GroßkommAktG/Henze/Notz, vor §§ 53 a–75 Rdnr. 48 und Anh. § 53 a Rdnr. 13 ff., insb. 19 und 21; Hüffer, AktG, 6. Aufl., § 53 a Rdnr. 20; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., § 12 Rdnr. 41 ff., insb. 44; Wastl, NZG 2005, 17, 19; Waclawik, DB 2005, 1151 ff.).

Angesichts dessen gibt die angegriffene Klausel die Rechtslage wieder, wie sie sich in Rechtsprechung und Literatur entwickelt hat. Dann aber bestehen auch mit Blick auf § 23 Abs. 5 AktG mit dem dort normierten Grundsatz der Satzungsstrenge keine Bedenken, eine derartige Satzungsregelung zuzulassen.

(2) Die Klausel verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot, indem von einer Verpflichtung gesprochen wird, die Interessen [der Mitaktionäre] angemessen zu beachten. Zwar handelt es sich bei der Formulierung „angemessene Beachtung“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dies führt aber nicht zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Satzung einer Aktiengesellschaft als Schuld- und Organisationsvertrag, der mit dem Entstehen der Aktiengesellschaft auch gegenüber neuen Aktionären gilt und dem damit die Funktion objektiven Rechts zukommt, ist zulässig. Das Bestimmtheitsgebot ist erst dann verletzt, wenn den Tatbestandsvoraussetzungen unter Beachtung der herkömmlichen juristischen Auslegungsmethoden keine konkreten Beurteilungsgrundsätze entnommen werden könnten (vgl. BVerfGE 83, 130, 145; 90, 1, 18 f.; BVerfG, NJW 2004, 1371, 1373). Davon kann nicht ausgegangen werden. Ausschlaggebend für die Auslegung einer Satzungsregelung, sind Wortlaut, Sinn und Zweck der Regelung sowie gegebenenfalls der systematische Zusammenhang zu anderen Satzungsregelungen. Damit aber ist insbesondere auch unter Berücksichtigung der zu der Frage der Treuepflicht ergangenen Rechtsprechung ein hinreichend klarer Maßstab vorhanden, um im Einzelfall feststellen zu können, ob ein Aktionär gegenüber seinen Mitaktionären die Treuepflicht verletzt hat oder nicht. Da diese Grundsätze zur Treuepflicht durch die höchstrichterliche Rechtsprechung konkretisiert worden sind, kann von einer mangelnden Bestimmtheit nicht ausgegangen werden.

b) Die Regelung über den Gerichtsstand ist wirksam. Es liegt weder eine Verletzung der Vorschriften des EuGVVO noch der maßgeblichen Bestimmungen der ZPO oder des aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes vor.

Art. 23 Abs. 1 EuGVVO wird durch diese Satzungsregelung nicht verletzt. Aufgrund dieser Vorschrift ist das Gericht eines der Vertragsstaaten zuständig, wenn die Parteien eine Vereinbarung darüber getroffen haben, dass dieses Gericht u. a. über eine künftige aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit entscheiden soll. Eine in einer Satzung einer Aktiengesellschaft enthaltene, in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht zustande gekommene Gerichtsstandsklausel, nach der ein bestimmtes Gericht eines der Vertragsstaaten über Rechtsstreitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Aktionären entscheiden soll, ist als Vereinbarung im Sinne des Art. 23 Abs. 1 EuGVVO anzusehen. Ausschlaggebend hierfür ist die Überlegung, dass die Errichtung einer Gesellschaft zum Ausdruck bringt, dass zwischen den Aktionären eine Gemeinschaft von Interessen im Hinblick auf die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks besteht.

Um diesen Zweck zu erreichen, hat jeder Aktionär gegenüber den anderen Aktionären und gegenüber den Organen der Gesellschaft Rechte und Pflichten, die in der Satzung der Gesellschaft niedergelegt sind. Für die Zwecke der Anwendung des Übereinkommens ist entsprechend der autonom vorzunehmenden Auslegung die Satzung als Vertrag anzusehen, der sowohl die Beziehungen zwischen den Aktionären als auch die Beziehungen zwischen diesen und der Gesellschaft regelt. Eine in der Satzung der Gesellschaft enthaltene Gerichtsstandsklausel stellt demzufolge eine Vereinbarung im Sinne des Art. 23 Abs. 1 EuGVVO dar, die sämtliche Aktionäre bindet (vgl. EuGH, NJW 1992, 1671, 1672, *Powell Duffry/Petereit*; BGH, NJW 1994, 51, 52, IBH; *Zöller/Geimer*, ZPO, 25. Aufl., Anh. I Art. 23 EuGVVO Rdnr. 54). Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn nur ein Vertragsteil – hier also die Gesellschaft – ihren Sitz in einem Vertragsstaat hat.

Das in Art. 23 Abs. 1 Satz 3 Buchst. a EuGVVO enthaltene Schriftlichkeitserfordernis ist erfüllt, nachdem die Satzung den Aktionären u. a. im Handelsregister als einem öffentlichen Register zugänglich ist. Die Satzung und ihre Änderungen sind zum Handelsregister anzumelden, werden dort aufbewahrt und können von jedermann eingesehen werden (vgl. BGH, NJW 1994, 51, 52). Der Grundsatz der Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG steht dieser Regelung nicht entgegen, weil das Gesetz derartige Vereinbarungen zulässt und daher eine ergänzende Satzungsbestimmung im Sinne des § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG vorliegt (vgl. *MünchKommAktG/Pentz*, § 23 Rdnr. 161; *GroßkommAktG/Röhrich*, § 23 Rdnr. 190).

Die Klausel ist auch hinreichend bestimmt. Die hier Streitgegenständliche Satzungsbestimmung enthält eine klarstellende Erläuterung, dass diese Klausel sich auf alle aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehenden Streitigkeiten bezieht und dass die Zuständigkeit der deutschen Gerichte auch für solche Streitigkeiten gilt, die aus dem Erwerb, dem Halten oder der Aufgabe der Beteiligung des Aktionärs entstehen. Damit ist nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen für eine Satzungsbestimmung zu ermitteln, welche Art von Streitigkeiten von der Klausel erfasst ist. Die Formulierung „soweit dem nicht jeweils in Deutschland geltende zwingende gesetzliche Vorschriften, insbesondere Zuständigkeitsvorschriften, entgegenstehen“, ist nicht unbestimmt. Die gesetzlichen Vorschriften stehen fest und können im Einzelfall ermittelt werden. Der Umstand, dass damit gegebenenfalls ein gewisser Prüfungsaufwand in Bezug auf die Zuständigkeit eines Gerichts erforderlich werden kann, ist nicht außergewöhnlich, nachdem Zweifelsfragen in Bezug auf die Zuständigkeit der Gerichte immer wieder auftreten, diese jedoch durch Gesetzesauslegung gelöst werden können.

Die Überlegung, dass auch Streitigkeiten aus dem Erwerb, dem Halten oder der Aufgabe der Beteiligung geregelt sind, führt nicht zur Unwirksamkeit der Bestimmung. Die Klage eines Aktionärs bildet in diesem Zusammenhang eine aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft als solchen entspringende Rechtsstreitigkeit. Es wird an die gesellschaftsrechtliche Bindung angeknüpft, wenn es um Streitigkeiten der Aktionäre gegen die Gesellschaft geht, die aus dem Erwerb, dem Halten oder der Aufgabe der Beteiligung des Aktionärs abgeleitet werden. Der gesellschaftsspezifische Bezug zeigt sich gerade hier bei Ansprüchen wegen kapitalmarktlicher Fehlinformationen, wo die Bindung des Gesellschaftsvermögens eine zentrale Frage bei der Beurteilung spielt, ob dies einer Schadensersatzpflicht der Gesellschaft entgegensteht (vgl. hierzu BGH, NJW 2005, 2450, 2452 f.; OLG München, NZG 2005, 518, 520; OLG Frankfurt a. M., NZG 2005, 516, 518).

(2) Ein Verstoß dieser Satzungsbestimmung gegen das innerstaatliche Recht der ZPO für die Fälle des Fehlens einer Auslandsberührung kann nicht angenommen werden. Die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen muss in entsprechender Anwendung von § 1066 ZPO möglich sein. Diese Vorschrift lässt es zu, Schiedsklauseln in eine Satzung aufzunehmen, durch die der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zugunsten eines schiedsgerichtlichen Verfahrens ganz ausgeschlossen wird. Dann aber muss eine satzungsmäßige Gerichtsstandsbestimmung, die den Zugang zu den staatlichen Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit nur bezüglich des anzurufenden Gerichts einschränkt, erst recht möglich sein (vgl. *Waclawik*, DB 2005, 1151, 1156; *Bork*, ZHR 157 [1993], 48, 58 ff.).

(3) Ein Verstoß gegen den aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, wie er in § 53 a AktG normiert ist, lässt sich nicht behaupten. Nach dieser Vorschrift sind Aktionäre unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln. Die mangelnde Verletzung von § 53 a AktG zeigt sich bereits daran, dass sich die Mitgliedschaftsrechte aller Aktionäre gleichermaßen ändern (vgl. *Mülbert*, ZZZ 118 [2005], 313, 354).

Eine unzulässige Ungleichbehandlung kann aber auch nicht mit Blick auf Aktionäre gesehen werden, die ihren Wohnsitz außerhalb der Bundesrepublik Deutschland und außerhalb eines Vertragsstaates des EuGVVO haben und deshalb möglicherweise gegenüber Aktionären mit Sitz innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und eines der Vertragsstaaten des EuGVVO und letztere im Vergleich zu ersteren schlechter gestellt werden. Umstände, die zur materiellen Ungleichbehandlung führen, müssen nämlich in der Mitgliedschaft angelegt sein. Eine unter dem Blickwinkel des § 53 a AktG erhebliche materielle Ungleichbehandlung kann dagegen dann nicht angenommen werden, wenn eine gegen alle Aktionäre gleichgerichtete Maßnahme in ihrer Wirkung einen Teil der Aktionäre aufgrund von Begebenheiten ungleich trifft, die keinen Bezug zur Mitgliedschaft haben, sondern bei denen es sich um persönliche, private Verhältnisse des Aktionärs handelt (vgl. *GroßkommAktG/Hentze/Notz*, § 53 a Rdnr. 67). Der Wohnsitz ist dabei ebenso wie die Staatsangehörigkeit ein Umstand, der völlig unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen ist und der personalen Sphäre des Aktionärs zugerechnet werden muss. Daher kommt es auf die Frage, inwieweit in den Vereinigten Staaten von Amerika eine Gerichtsstandsvereinbarung anerkannt würde, nicht mehr entscheidungserheblich an. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass das Rechtssystem der USA vom Grundsatz her Gerichtsstandsvereinbarungen auch bezüglich einer ausschließlichen Zuständigkeit zulässt, es sei denn, das prorogierte Forum stelle sich als „unreasonable“ dar, dass es für die Entscheidung fachlich ungeeignet oder für eine Partei unzumutbar sei (vgl. *Ochsenfeld*, RIW 1995, 633 ff., insbesondere 637 f.; *Schütze*, RIW 2004, 162, 164 f.). Da diese Fragen des US-amerikanischen Rechts aus den soeben genannten Gründen nicht entscheidungserheblich sind, musste auch kein Sachverständigengutachten zum amerikanischen Recht eingeholt werden.

3. a) Da die Anfechtungsklage bereits mangels Verletzung des Gesetzes unbegründet ist, kommt es nicht mehr entscheidungserheblich darauf an, ob die Klägerin zu 1) anfechtungsbefugt ist, weil sie die Aktien unstreitig erst am 13.1.2006 und damit nach der Bekanntmachung der Einladung zur Hauptversammlung erworben hat. Folglich muss die Kammer nicht mehr abschließend entscheiden, ob § 245 Nr. 1 AktG i. d. F. des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl I

S. 2802 Anwendung findet oder ob darin eine unzulässige Rückwirkung zu sehen ist. Allerdings sprechen unter Beachtung des Normzwecks des Anfechtungsrechts gute Gründe dafür, diese Vorschrift trotz Fehlens einer Überleitungsvorschrift im UMAG vorliegend nicht anzuwenden. § 245 Nr. 1 AktG ist eben nicht nur eine Vorschrift des Verfahrensrechts, sondern berührt als effektives Kontrollinstrument auch die materiell-rechtliche Stellung des Aktionärs, weil die Anfechtungsbefugnis dem Aktionär die Möglichkeit eröffnet, auf die Willensbildung der Aktiengesellschaft Einfluss zu nehmen. In diese Rechtsstellung würde unzulässig eingegriffen, wenn man vorliegend eine Anwendung auf laufende Verfahren zuließe, nachdem zunächst eine Klage mit gegebener Anfechtungsbefugnis erhoben worden war. Für diese Überlegung spricht auch die sich aus Art. 170 EGBGB ergebende Wertung (vgl. *Lochner*, ZIP 2006, 135 f.; a. A. OLG Hamm, ZIP 2006, 133, 134 = NZG 2006, 897; OLG Frankfurt a. M., DB 2006, 438, 439; *Leuring*, NZG 2004, 999, 1000 f.).

b) Ebenfalls nicht entscheidungserheblich ist die Frage, ob die Klägerinnen und die Nebenintervenientin ihren Widerspruch wirksam im Sinne des § 245 Nr. 1 AktG zur Niederschrift erklärt haben. Soweit vereinzelt in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten wird, der Widerspruch könne erst nach der Beschlussfassung wirksam zur Niederschrift erklärt werden (vgl. LG Frankfurt a. M., DB 2005, 603; MünchKommAktG/*Kubis*, § 130 Rdnr. 7), wird dieser Auffassung nicht zu folgen sein. Die sehr viel besseren Gründe sprechen für die Gegenansicht, wonach ein Widerspruch bereits vor der Beschlussfassung wirksam erklärt werden kann (vgl. RGZ 53, 291, 292 m. w. N. aus der Rechtsprechung des RG; LG Ingolstadt, WM 1991, 685, 689; MünchKommAktG/*Hüffer*, § 245 Rdnr. 36; KölnKommAktG/*Zöllner*, § 245 Rdnr. 36; *Priester*, EWiR 2005, 329 f.). Hierfür spricht insbesondere der Grundgedanke von § 245 Nr. 1 AktG, wonach die Notwendigkeit des Widerspruchs auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens als Ausschluss des in § 242 BGB verankerten Grundsatzes von Treu und Glauben beruht; wer sich verschweigt, hat seine Anfechtungsbefugnis verloren (vgl. MünchKommAktG/*Hüffer*, § 245 Rdnr. 32 m. w. N.).

c) Da die Klage bereits aus inhaltlichen Gründen unbegründet ist, muss auch die Frage nach der wirksamen Anmeldung der Aktien durch die Klägerin zu 1) ebenso wenig entschieden werden wie die Frage, ob die Klage der Klägerin zu 1) rechtsmissbräuchlich sein könnte. Allerdings können aus Äußerungen des Vertreters vor der Bevollmächtigung, über deren Fortbestand und Wirksamkeit gleichfalls nicht entschieden werden muss, keine Rückschlüsse auf das Verhalten der Klägerin im Zusammenhang mit der Klageerhebung gezogen werden.

### III.

1. Die von der Klägerin zu 2) hilfsweise erhobene Klage auf Feststellung der Nichtigkeit ist zulässig, jedoch nicht begründet. Es liegt keiner der in § 241 AktG genannten Gründe vor; insbesondere lässt sich eine Verletzung von §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 2 und Abs. 3 oder Abs. 4 AktG nicht bejahen. Die Frage eines Verstoßes gegen § 124 AktG würde ohnehin allenfalls zur Anfechtbarkeit, nicht aber zur Nichtigkeit eines Beschlusses führen. Weitere Nichtigkeitsgründe sind weder vorgetragen noch erkennbar.

2. Die äußerst hilfsweise erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses, die als allgemeine Feststellungsklage im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO anzusehen ist, ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Es ist weder ein

Grund vorgetragen noch sonst erkennbar, der zur Unwirksamkeit des Beschlusses der Hauptversammlung über die Satzungsänderung führen könnte.

15. GmbHG § 9 c; KostO § 1, 2 Nr. 1, 79, 79 a; HRGegV § 4 (*Fristbeginn bei § 67 Abs. 1 UmwG*)

1) **Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des bisher zuständigen Registergerichts, ob es nach Eingang der Anmeldung einer Sitzverlegung vorher eingegangene, auch unerledigte Anträge selbst erledigt oder diese an das Gericht des neuen Sitzes abgibt (§ 13 h Abs. 2 HGB).**

2) **Die 2-Jahres-Frist des § 67 Satz 1 UmwG beginnt im Fall der wirtschaftlichen Neugründung einer AG durch Verwendung einer Vorrats-AG (BGHZ 117, 323 ff.) erst mit der Eintragung der die wirtschaftliche Neugründung begründenden Satzungsänderungen in das Handelsregister. (Leitsätze des Einsenders)**

AG Memmingen, Beschluss vom 16.11.2006, HRB 1597; mitgeteilt von *Hermann Dimmling*, Direktor des AG Memmingen

Aus den Gründen:

#### I.

Im Handelsregister des AG M ist die E-GmbH eingetragen. Im Handelsregister des AG T ist die E-AG eingetragen. Diese Gesellschaft wurde als Vorrats-AG mit einem Grundkapital von 50.000 € und mit dem Unternehmensgegenstand der Verwaltung eigenen Vermögens gegründet. Die Gesellschafter der E-GmbH erwarben am 28.7.2006 die Aktien der Vorrats-AG, wobei ihre prozentuale Beteiligung daran derjenigen an der E-GmbH entsprach.

Am 28.7.2006 beschloss die Hauptversammlung der Vorrats-AG die Änderung ihrer Firma (nun: E-AG) und des Unternehmensgegenstands, der nunmehr dem Unternehmensgegenstand der E-GmbH entsprach. Diese Satzungsänderungen wurden am 8.8.2006 in das Handelsregister des AG T eingetragen. Am 28.7.2006 schloss die E-AG mit der E-GmbH einen Verschmelzungsvertrag, durch den die E-GmbH auf die E-AG verschmolzen werden sollte. Als Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens erhalten die Gesellschafter der E-GmbH mit Wirksamwerden der Verschmelzung neue Aktien der E-AG im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an beiden Gesellschaften. Zur Durchführung dieser Verschmelzung beschloss die Hauptversammlung der E-AG am 28.7.2006 eine Erhöhung ihres Grundkapitals. Die Kapitalerhöhung wurde am 22.8.2006 in das Handelsregister des AG T eingetragen. Am 28.7.2006 stimmten die Gesellschafterversammlung der E-GmbH und die Hauptversammlung der E-AG dem Verschmelzungsvertrag zu. Am 28.7.2006 meldeten die Geschäftsführer der E-GmbH die Verschmelzung beim AG M zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das Registergericht kündigte die Zurückweisung des Antrags nach Fristablauf an.

Am 27.9.2006 beschloss die Gesellschafterversammlung der E-GmbH die Sitzverlegung von B nach P. Die Anmeldung dazu ging am 2.11.2006 beim AG M ein.

#### II.

Das AG – Registergericht – M ist örtlich und sachlich zur Entscheidung zuständig.

1. Die Anmeldung der am 27.9.2006 beschlossenen Sitzverlegung steht einer Entscheidung über den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung im Register des übertragenden Rechtsträgers (E-GmbH) nicht entgegen. Zwar gibt das bisherige Gericht (AG M) i. d. R. die Akten mit den eingereichten Urkunden an das für den neuen Sitz zuständige Registergericht (AG T) ab, § 13 h Abs. 2 HGB. Liegen jedoch beim Gericht des bisherigen Sitzes noch unerledigte, vor der Anmeldung der Sitzverlegung eingegangene Anträge vor, so steht es im pflichtgemäßen Ermessen des bisher zuständigen Gerichts, ob es diese Anmeldung noch selbst erledigt oder an das Gericht des neuen Sitzes abgibt (KG Berlin, Rpfleger 1997, 217 f.).

Im vorliegenden Fall sprachen folgende Gründe für eine Erledigung durch das AG M: Im Fall der Abgabe hätte wegen des Richterwechsels erneut rechtliches Gehör gewährt werden müssen, der Richter des AG T hätte sich in die nicht einfache rechtliche Problematik neu einarbeiten müssen. Eine zeitliche Verzögerung der Entscheidung wäre die Folge. Demgegenüber ist die Sache für den Richter des AG M entscheidungsreif. Außerdem müsste die E-GmbH beim AG T neu in das Handelsregister eingetragen werden, was zu einem zusätzlichen Bearbeitungsaufwand und zusätzlichen Gerichtsgebühren führen würde. Im Übrigen ist der Antrag vom 28.7.2006 zum AG M, in dessen Register die Verschmelzung der E-GmbH einzutragen, unverändert. Ein Antrag, zuerst die Akten an das AG T abzugeben und dort zunächst die Sitzverlegung und dann die Verschmelzung einzutragen, wurde nicht gestellt.

2. Das AG – Registergericht – M ist örtlich und sachlich zuständig, die rechtlichen Voraussetzungen des gesamten Verschmelzungsvorgangs zu prüfen. Denn es hat darüber zu entscheiden, ob die Verschmelzung der E-GmbH (übertragende Gesellschaft) auf die E-AG (übernehmende Gesellschaft) im Handelsregister des AG M (zuerst) einzutragen ist, § 19 Abs. 1 UmwG. Diese Entscheidung hängt von dem Ergebnis der rechtlichen Überprüfung des gesamten Verschmelzungsvorgangs in formeller und materieller Hinsicht ab. Die Überprüfung erfasst den gesamten Vertrag und nicht nur Teile davon; sie ist für jeden der beteiligten Rechtsträger vorzunehmen (*Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, Rdnr. 1180).

Der Einwand der E-GmbH, der Registerrichter des AG M dürfe die Frage einer wirtschaftlichen Neugründung der E-AG nicht prüfen, geht am Kern des Problems vorbei. § 67 UmwG will sicherstellen, dass eine Verschmelzung nicht dazu genutzt wird, die Regeln über Nachgründungen zu umgehen, die ihrerseits den Sinn haben, eine Umgehung des § 27 AktG zu verhindern (*Lutter*, UmwG, 3. Aufl., § 67 Rdnr. 1 a). § 67 UmwG führt somit zur Prüfung der Werthaltigkeit des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers und damit zur Prüfung einer Vereinbarung des Verschmelzungsvertrags. Ob § 67 Satz 1 UmwG anwendbar ist, hängt u. a. davon ab, ob die 2-Jahres-Frist seit Eintragung der Aktiengesellschaft bereits abgelaufen ist oder nicht. Deshalb ist der Fristbeginn zu prüfen und (nur) in diesem Zusammenhang die Frage der wirtschaftlichen Neugründung der E-AG.

3. Das AG M ist an einer Prüfung, ob § 67 Satz 1 UmwG anzuwenden ist, auch nicht dadurch gehindert, dass die zum Zweck der Verschmelzung am 28.7.2006 beschlossene Kapitalerhöhung bereits seit 22.8.2006 im Handelsregister des AG T eingetragen ist. Diese Reihenfolge der Eintragungen folgt aus § 53 UmwG, um zu gewährleisten, dass im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung die zum Ausgleich der Vermögensübertragung den Anteilseignern zu gewährenden neuen Geschäftsanteile zur Verfügung stehen (*Lutter*, § 53 Rdnr. 2). Die Kapitalerhöhung wird deshalb erst mit Eintra-

gung der Verschmelzung wirksam. Scheitert die Verschmelzung endgültig, ist die Kapitalerhöhung nach § 144 Abs. 2 FGG von Amts wegen zu löschen (*Lutter*, § 53 UmwG Rdnr. 4).

### III.

Die Verschmelzung der E-GmbH auf die E-AG ist nicht eintragungsfähig, weil bei Abschluss des Verschmelzungsvertrags die Vorschriften über die Nachgründung entsprechend § 52 Abs. 3, 4, 7–9 AktG nicht angewendet wurden. § 67 Satz 1 UmwG ist anwendbar, weil die E-AG mit Satzungsänderung vom 28.7.2006 wirtschaftlich neu gegründet wurde und deshalb ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Satzungsänderungen in das Handelsregister (8.8.2006) die 2-Jahres-Frist dieser Vorschrift zu laufen begonnen hat. Die Nichtbeachtung des § 67 UmwG stellt einen so schwerwiegenden inhaltlichen Mangel dar, dass der Mangel nicht heilbar ist.

1. § 67 Satz 1 UmwG ist anwendbar. § 67 Satz 1 UmwG setzt zunächst voraus, dass eine Aktiengesellschaft übernehmender Rechtsträger ist. Das ist hier der Fall. § 67 Satz 2 und 3 UmwG greifen nicht durch. Die alleinigen Aktionäre und zugleich Verschmelzungspartner sind zu insgesamt 100 % an dem erhöhten Grundkapital der Gesellschaft beteiligt.

a) Die Anwendung des § 67 Satz 1 UmwG scheitert auch nicht an § 52 Abs. 9 AktG. Denn der Erwerb der Vermögensgegenstände – hier des Vermögens der E-GmbH – erfolgt nicht im Rahmen der laufenden Geschäfte der Gesellschaft (die Alternativen Zwangsvollstreckung oder Börse scheiden aus).

Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung des § 52 Abs. 9 AktG ist es, Geschäfte ohne nachgründungstypische Gefährdungslage von entbehrlichen Erschwernissen freizustellen (*Hüffer*, AktG, 5. Aufl., § 52 Rdnr. 18). Das gilt insbesondere für Alltagsgeschäfte im Rahmen des statuarischen Unternehmensgegenstands. Auf die Verschmelzung übertragen bedeutet das, dass der Erwerb von Unternehmen für die aufnehmende Aktiengesellschaft ein übliches Geschäft ist. Gerade das ist hier nicht der Fall:

Die aufnehmende Aktiengesellschaft war zunächst als reine Vorrats-AG gegründet worden und hat auch so firmiert. Ihr Unternehmensgegenstand war die Verwaltung eigenen Vermögens, das Grundkapital von 50.000 € war Barvermögen abzüglich der Gründungskosten. Irgendwelche laufenden Geschäfte hat die Vorrats-AG nicht betrieben. Vielmehr wartete sie auf ihre eigentliche wirtschaftliche Gründung, auf ihr erstmaliges werbendes Auftreten auf dem Markt. Zu diesem Zweck wurden am 28.7.2006, Verträge geschlossen und die Satzung geändert: Der Gründungsgesellschafter der Vorrats-AG schied als Aktionär aus, die Gesellschafter der E-GmbH erwarben die Aktien, Firma und Gegenstand des Unternehmens wurden der E-GmbH angeglichen, die Kapitalerhöhung wurde zum Zweck der Verschmelzung beschlossen und der Verschmelzungsvertrag geschlossen. Die Rechtshandlungen vom 28.7.2006 in ihrer Gesamtheit machen deutlich, dass die Verschmelzung der E-GmbH auf die E-AG nicht als ein laufendes Geschäft der E-AG angesehen werden kann, sondern Teilakt ihrer wirtschaftlichen Neugründung (unten lit. d) mit entsprechender Kapitalausstattung ist. Der Regelungszweck des § 52 AktG, die Sicherung der Kapitalaufbringung durch den Umgehungsschutz, hat hier einzugreifen.

b) Die 2-Jahres-Frist des § 67 Satz 1 UmwG hat mit der Eintragung der wirtschaftlich neu gegründeten E-AG in das Handelsregister am 8.8.2006 zu laufen begonnen.

Bereits mit Beschluss vom 16.3.1992 hat der BGH (BGHZ 117, 323) für Aktiengesellschaften entschieden, dass die spä-

tere Verwendung einer auf Vorrat gegründeten Aktiengesellschaft als wirtschaftliche Neugründung anzusehen ist und dass im Interesse eines wirksamen Gläubigerschutzes die Gründungsvorschriften sinngemäß anzuwenden sind. Danach ist insbesondere die Kapitalausstattung der Aktiengesellschaft bei deren erstmaligem Eintritt in das Wirtschaftsleben neu zu prüfen.

Diese Rechtsprechung hat der BGH im Rahmen seiner Entscheidungen zur Verwendung des Mantels einer auf Vorrat gegründeten GmbH (Beschluss vom 9.12.2002, II ZB 12/02, DNotZ 2003, 443) bzw. eines unternehmenslos gewordenen GmbH-Mantels (Beschluss vom 7.7.2003, II ZB 4/02, MittBayNot 2004, 133 [LS] = DNotZ 2003, 951) bekräftigt. Sie gilt auch für Aktiengesellschaften.

Dem Rechtsgedanken des BGH, im Fall einer wirtschaftlichen Neugründung durch Verwendung einer Vorratsgesellschaft insbesondere die Kapitalausstattung zum Zweck des Gläubigerschutzes neu zu prüfen, entspricht der Normzweck des § 67 UmwG, der auf § 52 AktG verweist. Auch hier geht es um den Gläubigerschutz durch die entsprechende Anwendung der Nachgründungsvorschriften. § 67 UmwG will sicherstellen, dass eine Verschmelzung nicht dazu genutzt wird, die Nachgründungsvorschriften, also die Prüfung der Kapitalausstattung aus besonderem Anlass, zu umgehen.

Diese Prüfung hat allerdings nur innerhalb des vom Gesetzgeber bestimmten zeitlichen Rahmens stattzufinden: Der Verschmelzungsvertrag muss innerhalb von zwei Jahren seit Eintragung der übernehmenden Gesellschaft in das Handelsregister geschlossen sein, wobei maßgeblich der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung (hier: 28.7.2006) ist.

Wenn der Gesetzgeber auf den Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister als Beginn der 2-Jahres-Frist abstellt, so zielt er dabei darauf ab, dass zum Zeitpunkt der rechtlichen Entstehung der Aktiengesellschaft (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG) auch die gesetzlich vorgeschriebene Kapitalausstattung vorhanden sein muss. Werden innerhalb der 2-Jahres-Frist bestimmte schuldrechtliche Geschäfte getätigt, sind sie ähnlich wie die Gründung zu prüfen (*Hüffer*, § 52 AktG Rdnr. 2). Derselbe Rechtsgedanke trägt die Rechtsprechung des BGH zur Mantelverwertung einer Vorrats-AG bzw. -GmbH. Auch hier soll durch die analoge Anwendung der Gründungsvorschriften die Kapitalaufbringung sichergestellt werden. Deshalb ist § 67 Satz 1 UmwG dahin anzuwenden, dass im Fall einer Mantelverwertung einer Vorrats-AG die 2-Jahres-Frist erst mit der Eintragung der wirtschaftlich neu gegründeten Gesellschaft zu laufen beginnt. Gleiches gilt übrigens, sofern die AG durch Formwechsel aus einer anderen Rechtsform, z. B. aus einer GmbH hervorgegangen ist (*Lutter*, § 67 UmwG Rdnr. 4). Auch hier wird auf die Regeln über die Kapitalaufbringung abgestellt.

2. Nach § 67 Satz 1 UmwG, § 52 Abs. 4 AktG hat eine Prüfung der gesamten Umstände der Verschmelzung durch einen vom Gericht bestellten Prüfer zu erfolgen. Diese Prüfung, die sich auch auf die Werthaltigkeit des übergelassenen Vermögens im Verhältnis zu den neu ausgegebenen Aktien zu erstrecken hat (*Lutter*, § 67 UmwG Rdnr. 12), ist unverzichtbar, da sie dem Gläubigerschutz dient. Ihr Fehlen führt zur Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses (*Lutter*, § 67 UmwG Rdnr. 18). Auf die Frage, welche Rechtsfolge sich aus dem Fehlen des Berichts des Aufsichtsrats nach § 52 Abs. 2 AktG ergibt, kommt es nicht mehr an.

3. Die Nichtbeachtung der § 67 Satz 1 UmwG, § 52 Abs. 4 AktG, stellt einen so schwerwiegenden inhaltlichen Mangel des Verschmelzungsvertrags dar, dass der Mangel nicht heilbar ist. Zwar wird eine inhaltliche Korrektur des Umwand-

lungsvorgangs auch nach Ablauf der 8-Monats-Frist (§ 317 Abs. 2 Satz 4 UmwG) grundsätzlich für zulässig erachtet. Das gilt aber nicht, wenn Essentialia des Verschmelzungsvertrags an schwerwiegenden Mängeln leiden bzw. wenn grundlegende materiellrechtlich erforderliche Voraussetzungen bei Fristablauf nicht vorliegen (*Weiler*, MittBayNot 2006, 377, 380, 381).

Die Beachtung des § 67 Satz 1 UmwG ist ein solch wesentlicher Teil des Verschmelzungsvertrags, dass sein Fehlen nach Fristablauf nicht korrigiert werden kann. Denn die Prüfung der Kapitalaufbringung im Rahmen der Nachgründungsvorschriften durch einen unabhängigen, vom Gericht zu bestellenden Sachverständigen ist eine tragende Säule des Verschmelzungsvertrags. Vom Ergebnis der Prüfung hängt es ab, ob die Verschmelzung eingetragen wird oder nicht (§ 52 Abs. 7 AktG). Die Möglichkeit einer Heilung dieses Mangels, der zur Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses geführt hat, ist als zu weitgehend abzulehnen (*Weiler*, MittBayNot 2006, 380).

16. IHKG § 3 Abs. 2 Satz 1, § 3 Abs. 3 Satz 3; EGV Art. 43, 48; HGB § 13 d Abs. 1, § 13 e Abs. 2 Satz 1 (*Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht in der IHK für englische „Limited“*)

1. **Die Pflichtmitgliedschaft einer englischen Limited in der IHK und die damit einhergehende Beitragspflicht sind mit der in Art. 43 und 48 EG-Vertrag geregelten Niederlassungsfreiheit vereinbar.**
2. **Die Niederlassungsfreiheit verbietet auch nicht-diskriminierende Beschränkungen, die die Ausübung der niedergelassenen gewerblichen Tätigkeit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen. Durch die Beitragspflicht zur IHK wird die Niederlassungsfreiheit nicht spürbar behindert.**
3. **Die Eintragung einer englischen Limited in das register of companies beim Companies House in Cardiff ist eine Eintragung ins Handelsregister im Sinne der Beitragsbefreiungsvorschrift des § 3 Abs. 3 Satz 3 IHKG.**
4. **Eine englische Limited muss ihre in Deutschland eröffnete Hauptniederlassung in das hiesige Handelsregister eintragen lassen.**

VG Darmstadt, Urteil vom 7.11.2006, 9 E 793/05

Die Klägerin ist eine am 12.1.2004 nach englischem Recht als private Kapitalgesellschaft gegründete Limited (Private Limited Company), die als solche im Handelsregister für England und Wales (Companies House Cardiff) eingetragen ist. Sie unterhält eine Betriebsstätte in ...stadt und vertreibt von dort aus Produkte über das Internet. Im Jahr 2004 erreichte sie ein vorläufiges Betriebsergebnis von 628,52 €.

Mit Bescheid vom 19.11.2004 veranlagte die beklagte IHK die Klägerin für das Jahr 2004 zu einem Grundbeitrag in Höhe von 204 €. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 15.4.2005 zurück. Bei dem angeforderten Grundbeitrag handele es sich um einen Mindestbeitrag, den eine Limited gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 der Haushaltssatzung für das Jahr 2004 unabhängig von ihrer Ertragsituation zu zahlen habe.

*Aus den Gründen:*

Die Klage ist unbegründet.

Der angegriffene Beitragsbescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 VwGO). Er findet seine Rechtsgrundlage in den §§ 3 Abs. 2 und 3 des Gesetzes zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und

Handelskammern vom 18.12.1956 (BGBl I, S. 920), zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.3.2005 (BGBl I, S. 931) – im Folgenden: IHKG – in Verbindung mit der Beitragsordnung der Beklagten vom 26.3.1958, zuletzt geändert am 9.12.1998 und ihrer Haushaltssatzung für das Jahr 2004. Danach werden die Kosten der Errichtung und Tätigkeit der Industrie- und Handelskammer, soweit sie nicht anderweitig gedeckt sind, durch Beiträge der Kammerzugehörigen aufgebracht. Nach § 2 Abs. 1 IHKG gehören zur Industrie- und Handelskammer, sofern sie zur Gewerbesteuer veranlagt sind, natürliche Personen, Handelsgesellschaften, andere nichtrechtsfähige Personenmehrheiten und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, welche im Bezirk der Industrie- und Handelskammer entweder eine gewerbliche Niederlassung oder eine Betriebsstätte oder eine Verkaufsstätte unterhalten.

Die Klägerin ist Kammerzugehörige im Sinne des § 2 Abs. 1 IHKG. Die am 12.1.2004 nach englischem Recht als private Kapitalgesellschaft in Form einer Private Limited Company (Ltd.) gegründete Klägerin ist eine in Deutschland anzuerkennende juristische Person des privaten Rechts. Mit der Eintragung in das registrar of companies beim Companies House in Cardiff und Ausstellung der Gründungsbescheinigung erlangt eine englische Limited Rechtspersönlichkeit und kann als juristische Person am Rechtsverkehr teilnehmen (vgl. Müller, DB 2006, 824; Rohde, INF 2006, 24). Dieser Status kommt ihr als eine in einem europäischen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft auch in Deutschland zu (vgl. BGH, vom 13.3.2003, VII ZR 370/98, NJW 2003, 1461). Die Klägerin unterhält eine Betriebsstätte in ...stadt, mithin im Bezirk der beklagten Industrie- und Handelskammer. Ferner ist die Klägerin nach der handschriftlich in den Behördenunterlagen vermerkten Auskunft des Finanzamts gewerbesteuerpflichtig und somit zur Gewerbesteuer veranlagt. Dies wurde von der Klägerin nicht bestritten.

Die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer und die mit ihr einhergehende Beitragspflicht ist mit europäischem Gemeinschaftsrecht, speziell mit der in Art. 43 und 48 EGV geregelten Niederlassungsfreiheit vereinbar (so auch HessVG vom 4.3.2003, 8 UZ 1385/02; VG Stuttgart vom 9.2.2001, 4 K 3682/00; VG Düsseldorf vom 18.5.2004, 3 K 5882/03; VG Darmstadt vom 8.5.2002, 3 E 2167/01; VG Gießen vom 26.10.2005, 8 E 1697/05). Die Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeit nach den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat für dessen eigene Angehörige gelten. Außerdem stellt Art. 48 EGV die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben, den natürlichen Personen gleich, die Angehörige der Mitgliedstaaten sind (vgl. EuGH vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, Centros, NJW 1999, 2027; vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, Überseering, NJW 2002, 3614; vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, Inspire Art, DNotZ 2004, 55 m. Anm. Kanzleiter, DNotZ 2003, 885).

Ein Verstoß gegen das in dieser Vorschrift enthaltene spezielle Diskriminierungsverbot ist nicht ersichtlich, denn die Pflichtmitgliedschaft knüpft an die Ausübung eines Gewerbebetriebs im Kammerbezirk einer Industrie- und Handelskammer an und gilt für inländische und ausländische Gewerbetreibende gleichermaßen. Angesichts gleicher Voraussetzungen entfaltet sie keine diskriminierende Wirkung.

Allerdings erschöpft sich die Niederlassungsfreiheit in Art. 43 EGV nicht im Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Sie

enthält darüber hinaus ein Beschränkungsverbot, das die Aufhebung aller – auch unterschiedslos anzuwendender – nationaler Vorschriften verlangt, sofern sie die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen (vgl. EuGH vom 15.12.1995, C-415/93, Bosman, NJW 1996, 505; vom 1.6.2006, C-453/04, *innoventif Limited*, NJW 2006, 3196; VG Düsseldorf vom 18.5.2004, 3 K 5882/03; Bergmann/Kenntner, Deutsches Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 2002, Kap. 22, Rdnr. 21 ff.). Durch die Pflichtmitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer wird die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit nicht in dieser Weise unzulässig eingeschränkt. Da es sich bei ihr nicht um eine Voraussetzung, sondern um eine Folge der Ausübung einer niedergelassenen gewerblichen Tätigkeit handelt, stellt sie lediglich eine Ausübungsmodalität dar, die die gewerberechtliche Tätigkeit aber weder behindert noch weniger attraktiv macht. Die mit der Pflichtmitgliedschaft einhergehende Belastung in Form der Beitragserhebung ist nach Einschätzung der Kammer so geringfügig, dass mit ihr keine Erschwerung der Niederlassungsfreiheit einhergeht. Nach § 3 Abs. 3 Satz 1 IHKG ist bei der Beitragserhebung zwischen Grundbeitrag und Umlage zu differenzieren. Nach der im vorliegenden Fall anzuwendenden Beitragsordnung der beklagten Industrie- und Handelskammer vom 26.3.1958, zuletzt geändert am 19.12.1998, in Verbindung mit der Haushaltssatzung für das Jahr 2004 wird zwar jeder Kammerzugehörige zu einem Grundbeitrag veranlagt, wobei bereits insoweit nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gestaffelte Pauschalbeträge vorgesehen sind. Zu einer zusätzlichen Umlage werden nur diejenigen Kammerzugehörigen herangezogen, die einen entsprechenden Gewerbeertrag bzw. Gewinn aus Gewerbebetrieb aufweisen können. Bei dieser Rechtslage ist eine Existenzgefährdung durch die Beitragserhebung grundsätzlich nicht ersichtlich. Soweit die Klägerin in ihrem Fall geltend macht, ihre Einkünfte seien so gering, dass sie sich durch die Beitragserhebung bereits im Anfangsstadium in ihrer Existenz gefährdet sehe, so sei darauf hingewiesen, dass die Beitragsordnung der beklagten Industrie- und Handelskammer über die nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gestaffelten Pauschalbeiträge hinaus in § 19 Abs. 2 das Einzelfallkorrektiv eines Beitragserlasses im Falle einer unbilligen Härte vorsieht. Ob die Erlassvoraussetzungen vorliegen, ist auf Antrag in einem eigenständigen Verfahren zu prüfen, das vorliegend im Verwaltungsverfahren noch nicht zum Abschluss gebracht wurde. Im Übrigen stellt der Kammerbeitrag eine Gegenleistung für Vorteile dar, die der Einzelne aus seiner Kammermitgliedschaft ziehen kann. Da die Mitgliedschaft in einer Industrie- und Handelskammer über die Beitragspflicht hinaus keine besonderen Pflichten begründet, die sich auf die Berufstätigkeit auswirken, kann eine spürbare Behinderung der Niederlassungsfreiheit allein durch die Beitragspflicht nicht angenommen werden.

Aber selbst wenn eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Pflichtmitgliedschaft angenommen werden könnte, wäre diese gerechtfertigt. Ein Rechtfertigungsgrund für nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch EGV-Vertrag garantierten Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, liegt vor, wenn sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entsprechen und zur Erreichung des verfolgten Ziels sowohl geeignet als auch erforderlich sind (vgl. EuGH vom 9.3.1999, Rs. C-212/97, Centros, NJW 1999, 2027; vom 5.11.2002, Rs. C-208/00, Überseering, NJW 2002, S. 3614; vom 30.9.2003, Rs. C-167/01, Inspire Art, DNotZ 2004, 55). Davon ist auszugehen. Mit der Errichtung der Industrie- und Handelskammern verfolgt der

Gesetzgeber die öffentliche Aufgabe der Wirtschaftsförderung unter Einbeziehung der niedergelassenen Gewerbetreibenden. Hierfür stellt die Zwangsmitgliedschaft das geeignete und erforderliche Mittel dar, weil auf freier Mitgliedschaft beruhende Vereinigungen das Gesamtinteresse aller Angehörigen der gewerblichen Wirtschaft nicht in gleichem Maße vertreten können (vgl. BVerfG, 1 BvR 1806/98, NVwZ 2002, 335). Im Übrigen hat auch bereits der EuGH in seiner Entscheidung vom 3.10.2000 (Rs. C-58/98, *Corsten*, NVwZ 2001, 182) angedeutet, dass eine Pflichtmitgliedschaft und eine damit einhergehende Beitragspflicht im Falle einer Niederlassung im Aufnahmeland gerechtfertigt ist.

Die somit kraft ihrer gesetzlichen Kammerzugehörigkeit grundsätzlich beitragspflichtige Klägerin ist auch nicht gemäß § 3 Abs. 3 Satz 3 IHKG ausnahmsweise von der Beitragspflicht befreit. Nach dieser Vorschrift sind Kammerzugehörige, die nicht im Handelsregister eingetragen sind und deren Gewerbebeitrag, hilfsweise Gewinn aus Gewerbebetrieb 5.200 Euro nicht übersteigt, vom Beitrag freigestellt. Da bereits die Umsätze der Klägerin im Jahr 2004 diesen Betrag nicht annähernd erreichen, kommt es für eine Beitragsbefreiung allein darauf an, ob sie als eine nicht ins Handelsregister eingetragene Kammerzugehörige angesehen werden kann.

Die Klägerin ist zwar nicht ins deutsche Handelsregister, sondern in das register of companies beim Companies House in Cardiff eingetragen. Hierbei handelt es sich um eine Eintragung ins Handelsregister im Sinne der Befreiungsvorschrift. Aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt sich, dass nur die Kleinstgewerbetreibenden in den Genuss einer Beitragsbefreiung kommen können, die von ihrer Eintragungsoption gemäß § 2 HGB keinen Gebrauch gemacht haben. Denn wer für die Eintragung optiert, kann nicht nur selektiv die Vorteile der Kaufmannseigenschaft genießen, sondern muss auch die Nachteile in Kauf nehmen. Nicht beitragsbefreit – ohne Rücksicht auf den Ertrag – werden daher Kapitalgesellschaften, für die die Eintragung ins Handelsregister Entstehungsvoraussetzung ist (vgl. *Frentzel/Jäkel/Junge*, IHKG, 6. Aufl., § 3 Rdnr. 74). Diese Regelung berücksichtigt mithin, dass bei sog. Kannkaufleuten, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, regelmäßig eine geringere Leistungsfähigkeit vorliegt als bei sogenannten Vollkaufleuten. Insbesondere bei Kapitalgesellschaften wird in der Regel von einem größeren Geschäftsbetrieb ausgegangen. Sollte dies ausnahmsweise nicht gegeben sein, sieht die Beitragsordnung das Einzelfallkorrektiv eines Beitragserslasses für den Fall einer unbilligen Härte vor.

Diese Gegebenheiten gelten auch für eine englische Limited. Sie erlangt Rechtspersönlichkeit durch ihre Eintragung in das dortige Register und Ausstellung der Gründungsbescheinigung. Insoweit übernimmt das register of companies beim Companies House in Cardiff die Funktion des deutschen Handelsregisters. Danach kann sie als eine in einem europäischen Mitgliedstaat gegründete Kapitalgesellschaft auch in Deutschland am Wirtschaftsleben teilnehmen, mit allen Vor- und Nachteilen, die die Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit durch eine Kapitalgesellschaft mit sich bringt. In Anbetracht der Freizügigkeitsregelungen des EG-Vertrags ist die Eintragung in das register of companies beim Companies House in Cardiff daher mit der Eintragung in das deutsche Handelsregister gleichzustellen. Inzwischen sieht auch die an die Änderungen des IHKG angepasste, aber auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbare Beitragsordnung der beklagten Industrie- und Handelskammer vom 15.6.2005 in § 11 Abs. 1 Satz 2 eine Regelung vor, die der obigen teleologischen Auslegung entspricht.

Im Übrigen hätte die Klägerin ihre Betriebsstätte in ...stadt gemäß §§ 13 d und 13e HGB in das hiesige Handelsregister eintragen lassen müssen. Der Klägervertreter hat in der mündlichen Verhandlung auf Befragen vorgetragen, dass die Verkaufstätigkeit von ...stadt aus erfolgt und in England keine Geschäftstätigkeiten stattfinden. Damit unterhält die Klägerin nicht nur eine selbständige Zweigniederlassung in ...stadt, sondern hat dort ihre Hauptniederlassung eröffnet. Damit kommen die Vorschriften der §§ 13 d und 13e HGB erst recht zur Anwendung (vgl. hierzu *Rohde*, INF 2006, 24). Da es sich bei dieser Eintragung nicht um eine Entstehungs- oder Zugangsvoraussetzung, sondern lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt, die mit Zwangsmitteln durchsetzbar ist, bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit der Niederlassungsfreiheit (vgl. insoweit auch EuGH vom 1.6.2006, C-453/04, *innoventif Limited*, NJW 2006, 3196). Dass die Klägerin gegen diese handelsrechtlichen Vorschriften verstoßen hat, kann ihr bei der Frage der Beitragsbefreiung gemäß § 3 Abs. 3 Satz 3 IHKG nunmehr nicht zum Vorteil gereichen.

### Internationales Privatrecht

17. EGBGB Art. 17 Abs. 1 Satz 2 (*Keine Anwendung deutschen Sachrechts, wenn die Ehe nach dem primär berufenen ausländischen Recht noch nicht geschieden werden kann*)

- a) **Soweit Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die regelwidrige Anwendung deutschen Scheidungsrechts vorsieht, wenn die Ehe auf den Antrag des deutschen oder ehemals deutschen Ehegatten nach dem primär berufenen ausländischen Recht nicht geschieden werden kann, kommt es für diese Voraussetzung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an, nicht auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages.**
- b) **Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB führt nicht schon immer dann zur Anwendung deutschen Sachrechts, wenn die Ehe nach dem ausländischen Recht derzeit noch nicht geschieden werden kann, etwa weil die nach diesem Recht erforderliche Trennungszeit noch nicht abgelaufen ist.**

**Kann die Ehe nach dem ausländischen Recht derzeit nur deshalb noch nicht geschieden werden, weil der Antragsteller es versäumt hatte, das ihm zumutbare, nach dem ausländischen Recht für den Beginn der Frist maßgebliche Trennungsverfahren einzuleiten, rechtfertigt dies nicht die Scheidung nach deutschem Recht.**

BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 5/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragstellerin begehrt, ihre am 6.8.1994 in Italien geschlossene, kinderlos gebliebene Ehe nach deutschem Recht zu scheiden. Sie ist Deutsche, der Antragsgegner Italiener. Bis zur Trennung im Juni 1995 lebten die Parteien in Italien, die Antragstellerin seitdem in Deutschland.

Ihr Scheidungsbegehren blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Dagegen richtet sich ihre vom Berufungsgericht zugelassene Revision.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat keinen Erfolg. (...)

2. Ebenso zutreffend hat es italienisches Sachrecht für primär anwendbar gehalten, weil gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB die Scheidung dem Recht unterliegt, das im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebend ist. Insoweit war das Haager Ehwirkungsabkommen, das zuletzt nur noch im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Italien galt, nicht mehr zu beachten, weil es von der Bundesrepublik zum 23.8.1987 und damit schon vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages gekündigt worden war. Vielmehr richten sich die allgemeinen Wirkungen der Ehe der Parteien gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nach italienischem Recht, weil beide Parteien während der Ehe ihren gewöhnlichen Aufenthalt zuletzt in Italien hatten und der Antragsgegner dort auch jetzt noch wohnt.

Allerdings fehlen Feststellungen dazu, ob das italienische internationale Privatrecht die Verweisung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB auch annimmt (vgl. *Jayme*, IPrax 1991, 422 und 1987, 167). Das ist indes der Fall: Nach Art. 31 Abs. 1 Hs. 2. des Gesetzes Nr. 218 vom 31.5.1995 über die Reform des italienischen Systems des internationalen Privatrechts (Übersetzung bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Italien, III B 1, S. 42 g) ist auf die persönliche Trennung und die Auflösung der Ehe beim Fehlen eines gemeinsamen Heimatrechts das Recht des Staates anzuwenden, in welchem das eheliche Zusammenleben überwiegend stattgefunden hat (vgl. *Rimini*, StAZ 1997, 193, 196), hier also ebenfalls das italienische Recht.

3. Ferner hat das Berufungsgericht zum Inhalt des italienischen Scheidungsrechts (Art. 3 Nr. 2 b Abs. 2 des Gesetzes Nr. 898 vom 1.12.1970 in der Fassung des Gesetzes Nr. 72 vom 6.3.1987) festgestellt, dass die Scheidung (genauer: die Auflösung der Ehe, Art. 1 des Gesetzes 898; vgl. auch *Buono*, StAZ 1997, 201) eine gerichtlich bestätigte oder angeordnete Trennungszeit von drei Jahren voraussetze. Diese Voraussetzung liege mangels Durchführung eines gerichtlichen Trennungsverfahrens nicht vor.

Auch das wird von der Revision nicht angegriffen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Darauf, dass das italienische Recht bei einer sogenannten Konkordatsehe nur den Ausspruch der Beendigung der zivilrechtlichen Wirkungen der Ehe vorsieht (Art. 2 des Gesetzes Nr. 898), kommt es hier schon deshalb nicht an, weil die Parteien ausweislich der in den Akten befindlichen Heiratsurkunde eine Zivilehe geschlossen haben. Ergänzend zu den Feststellungen des Berufungsgerichts ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die gerichtlich ausgesprochene (oder bestätigte einvernehmliche) Trennung bei Einreichung der Scheidungsklage (Art. 3 Nr. 2 b Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes Nr. 898, Übersetzung bei *Bergmann/Ferid/Henrich*, III B 8, S. 105, vgl. auch *Patti*, FamRZ 1990, 703, 705), zumindest aber im Zeitpunkt ihrer Zustellung (vgl. *Jayme*, IPrax 1991, 422; MünchKommBGB/*Winkler v. Mohrenfels*, 4. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 70 m. N.) schon drei Jahre angedauert haben muss, und zwar von dem Zeitpunkt an gerechnet, zu dem die Parteien vor dem Richter des Trennungsverfahrens erschienen sind.

4. Die Revision wendet sich – ohne Erfolg – allein gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, im vorliegenden Fall sei Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nicht anzuwenden. Nach dieser Vorschrift unterliegt das Scheidungsbegehren eines Ehegatten, der Deutscher ist oder dies bei der Eheschließung war, (regelwidrig) deutschem Recht, wenn die Ehe nach dem sonst berufenen ausländischen Sachrecht nicht geschieden werden kann.

Entgegen einer in Rechtsprechung und Literatur weit verbreiteten Ansicht vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, hierfür reiche es nicht aus, dass die Ehe nach ausländischem Recht derzeit, das heißt im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, (noch) nicht geschieden werden könne. Die regelwidrige Anwendung deutschen Rechts sei vielmehr erst dann gerechtfertigt, wenn das an sich maßgebliche ausländische Recht entweder weitaus strengere Anforderungen an die Begründetheit des Scheidungsbegehrens stelle als das deutsche Recht oder die erforderliche Trennungszeit im Vergleich zu § 1566 BGB um soviel länger sei, dass dies praktisch einen Scheidungsausschluss bedeute. Das sei hier nicht der Fall, zumal die Antragstellerin schon zu Beginn des Verfahrens auch vor dem deutschen Gericht die erforderliche Trennungsentscheidung hätte herbeiführen können.

5. Der Senat schließt sich dieser Auffassung im Grundsatz an. Die angefochtene Entscheidung ist somit zumindest im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB legt nicht fest, wann die Voraussetzung gegeben sein muss, dass die Ehe nach dem ausländischen Scheidungsstatut nicht geschieden werden kann. Da es sich um eine Rechtsfrage handelt, ist sie aus der Sicht der letzten mündlichen Verhandlung zu beurteilen (vgl. MünchKommBGB/*Winkler v. Mohrenfels*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 68 m. N.; *Palandt/Heldrich*, BGB, 65. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 9).

Der Gegenansicht, die auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit abstellt (*Jayme*, IPrax 1987, 168 ohne nähere Begründung; *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 274 im Interesse der Vermeidung eines unerwünschten Statutenwechsels während des Verfahrens), vermag sich der Senat nicht anzuschließen, zumal auch *Kersting* (a. a. O., 274 f.) für die persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abstellt.

Art. 17 Abs. 1 Satz 2 BGB soll einen deutschen oder ehemals deutschen Antragsteller nämlich nur vor der Anwendung eines scheidungsunfreundlicheren fremden Rechts schützen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs soll diese Vorschrift über das an sich maßgebliche Recht hinaus eine Scheidungsmöglichkeit eröffnen, „um bei ausreichend starkem Inlandsbezug dem berechtigten Bestreben (Art. 6 Abs. 1 GG) nach Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit auch ohne eine – daneben nicht ausgeschlossene – Inanspruchnahme des ordre public Rechnung zu tragen“. Hingegen bezweckt diese Vorschrift nicht, dem deutschen Ehegatten auch die Anwendung des deutschen Rechts auf die Scheidungsfolgen zu sichern. Soweit der Gesetzgeber dies für erforderlich hielt, hat er entsprechende Sonderregelungen an anderer Stelle getroffen, nämlich für den Versorgungsausgleich in Art. 17 Abs. 3 Satz 2 EGBGB und für den Unterhalt in Art. 18 Abs. 2 EGBGB. Daraus folgt, dass die Frage des auf die Scheidungsfolgen anzuwendenden Rechts kein Kriterium ist, das schon bei der Auslegung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB zu berücksichtigen wäre.

Des im Hinblick auf die Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit gebotenen Schutzes bedarf es z. B. aber nicht mehr, wenn das ausländische Recht, das eine Scheidung bislang überhaupt nicht zuließ (z. B. Irland), sein Recht nach dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit mit Rückwirkung ändert und die Scheidung nunmehr auch nach diesem Recht ausgesprochen werden könnte. Maßgeblich ist das über Art. 17 EGBGB berufene Recht in seiner jeweiligen Gestalt zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (vgl. *Staudinger/Mankowski*, BGB, 2003, Art. 17 EGBGB Rdnr. 130).

Auch räumt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB dem deutschen Antragsteller kein Wahlrecht ein, das Scheidungsstatut zu bestimmen. Dem liefe es aber zuwider, wenn der deutsche Antragsteller eine solche Wahl beispielsweise dadurch treffen könnte, dass er seinen Scheidungsantrag entweder nach oder aber vor Ablauf einer nach dem ausländischen Recht erforderlichen Trennungsfrist einreicht (vgl. MünchKommBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 17 EGBGB Rdnr. 68; Henrich, FamRZ 1996, 841, 851). Jedenfalls dann, wenn man der vom Berufungsgericht aufgezeigten herrschenden Meinung folgt, wäre im ersten Fall (Antragstellung nach Ablauf der Trennungsfrist) gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB das ausländische Recht maßgeblich; im zweiten Fall (Antragstellung vor Ablauf der Trennungsfrist) wäre hingegen nach Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Recht anwendbar, weil dem Scheidungsbegehren nach dem ausländischen Recht noch nicht entsprochen werden könnte.

Der von *Kersting* (a. a. O., 274) befürchteten umgekehrten Manipulationsmöglichkeit, dass nämlich der Antragsgegner, der die Anwendung des ausländischen Rechts erreichen möchte, das Verfahren bis zum Ablauf der nach diesem Recht maßgeblichen Trennungsfrist hinauszögert, wird das Gericht ohnehin nach dem Beschleunigungsgrundsatz entgegenzuwirken haben. Den Erfolg des Scheidungsbegehrens kann der Antragsgegner aber auch damit nicht verhindern. Und nur die Scheidbarkeit als solche will Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB im Interesse der Wiedererlangung der Eheschließungsfreiheit gewährleisten (vgl. MünchKommBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 17 EGBGB Rdnr. 69; BT-Drucks. 10/504, S. 61).

b) Nach inzwischen einhelliger Meinung, der sich auch der Senat anschließt, setzt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB andererseits nicht etwa voraus, dass Ehen nach dem primär anwendbaren Recht grundsätzlich nicht scheidbar sind. Bereits dem Wortlaut der Vorschrift („die Ehe“) ist zu entnehmen, dass ihre Anwendung auch schon dann in Betracht kommt, wenn die individuelle Ehe im konkreten Einzelfall nach dem Primärstatut nicht oder nicht mehr geschieden werden kann (vgl. *Johannsen/Henrich*, Eherecht, 4. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 26 m. N.).

Umstritten ist lediglich die Frage, ob die subsidiäre Anwendung deutschen Scheidungsrechts bereits dann gerechtfertigt ist, wenn die Ehe derzeit, d. h. im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, nach dem Primärstatut noch nicht oder nur unter erheblichen Erschwernissen geschieden werden kann. Dies wird von der herrschenden Meinung insbesondere auch für den Fall bejaht, dass eine nach ausländischem Recht erforderliche Trennungszeit noch nicht abgelaufen ist (OLG Celle, FamRZ 1987, 159, 160; OLG Köln [10. Zivilsenat], FamRZ 1996, 946, 947; KG, IPrax 2000, 544 ff.; OLG Zweibrücken, IPRspr 2002, 168, 170; OLG Schleswig, OLGR 2004, 7 f. m. Anm. *Finger*, FamRB 2004, 187 f.; AG Mainz, NJW-RR 1990, 779 f.; AG Weinheim, IPrax 1998, 374 m. Anm. *Jayme*; *Staudinger/Mankowski*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 168; *Erman/Hohloch*, BGB, 11. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 24; MünchKommBGB/Winkler v. Mohrenfels, Art. 17 EGBGB Rdnr. 67; *Soergel/Schurig*, BGB, 12. Aufl., Art. 17 EGBGB Rdnr. 26; *Palandt/Heldrich*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 9; *Bamberger/Roth/Otte*, BGB, Art. 17 EGBGB Rdnr. 10; *Uecker* in Scholz/Stein, Praxishandbuch Familienrecht, P 37; *Kegel*, Internationales Privatrecht, 7. Aufl., § 20 VII 2 a bb; *Lüderitz*, IPrax 1987, 74, 75; *Dopffel*, FamRZ 1987, 1205, 1213; kritisch *Henrich*, FamRZ 1986, 850 f. und *Johannsen/Henrich*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 26 f.; ohne Einschränkung nunmehr *ders.*, Internationales Scheidungsrecht, 2. Aufl., Rdnr. 92; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl.,

§ 46 I 5; a. A. OLG Stuttgart, FamRZ 2006, 43 f.; AG Hamburg, FamRZ 1998, 1590; AG Bergisch Gladbach und nachfolgend OLG Köln [14. Zivilsenat], IPrax 1989, 310; AG Sinzig, FamRZ 2005, 1678).

Jedenfalls für Fallkonstellationen der vorliegenden Art, in denen das primär berufene ausländische Scheidungsrecht für eine nicht einverständliche Scheidung eine gleich lange Trennungsfrist von drei Jahren vorsieht wie § 1566 Abs. 2 BGB, die Trennungsfrist nach dem ausländischen Recht aber mangels Einleitung eines förmlichen Trennungsverfahrens noch nicht zu laufen begonnen hat, schließt der Senat sich der Ansicht des Berufungsgerichts an, und zwar aus den nachstehend dargelegten Erwägungen:

c) Die Regelung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ist rechtspolitisch fragwürdig (vgl. *Jayme*, IPrax 1989, 310, 311), weil sie den ausländischen Ehegatten benachteiligt, indem sie ihm unter Umständen deutsches Recht aufzwingt, wenn sein Ehegatte die Scheidung in Deutschland begehrt, während er selbst als Antragsteller die möglicherweise gewünschte Anwendung deutschen Rechts nicht erreichen kann. Auch läuft diese Regelung dem erstrebenswerten Ziel einer einheitlichen Entscheidung im Inland und im Ausland zuwider (vgl. *Henrich*, FamRZ 1986, 850 a. E.; *Jayme*, IPrax 1987, 168). Sie erweist sich auch deshalb als Ausnahmevorschrift gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des Art. 17 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, weil sie einerseits die Anwendung deutschen Rechts (regelwidrig, vgl. *Palandt/Heldrich*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 9) auch unterhalb der Schwelle ermöglichen will, die für die Inanspruchnahme des deutschen ordre public zu beachten ist (vgl. BT-Drucks. 10/504, S. 61), andererseits aber die Möglichkeit ausschließt, die durch Nichtanwendung der ausländischen Vorschrift entstehende Lücke vorrangig durch eine äquivalente Ersatzlösung des ausländischen Rechts zu schließen, wie dies bei einem Verstoß gegen den deutschen ordre public grundsätzlich geboten ist, bevor auf die Regelung des deutschen Rechts zurückgegriffen werden kann (vgl. MünchKommBGB/Sonnenberger, Art. 6 EGBGB Rdnr. 95). Stattdessen schreibt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB die lex fori zwingend als Ersatzrecht vor, und zwar auch dann, wenn bei nur ehemaliger deutscher Staatsangehörigkeit des Antragstellers allenfalls ein schwacher Inlandsbezug gegeben ist (vgl. *Kersting*, FamRZ 1992, 268, 273).

Bereits aus diesen Gründen verbietet sich nach Auffassung des Senats eine weitestmögliche Auslegung dieser Vorschrift, wie sie die herrschende Meinung befürwortet.

Die Anwendung des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ist daher auf die Fälle zu beschränken, in denen der deutsche oder ehemals deutsche Antragsteller des Schutzes dieser Vorschrift bedarf, um seine Eheschließungsfreiheit wieder zu erlangen. Das ist aber nicht schon immer dann der Fall, wenn er die Scheidung bei Anwendung deutschen Rechts schneller erreichen könnte. Wenn der Gesetzgeber dies bezweckt hätte, hätte er eine Meistbegünstigungsklausel geschaffen, die eine wahlweise Anwendung des deutschen oder des ausländischen Scheidungsrechts ermöglicht, je nachdem, welches Recht schneller oder einfacher (z. B. ohne die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme) zu der begehrten Scheidung führt. Stattdessen schreibt Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB aber zwingend vor, zunächst die Scheidbarkeit nach dem primär berufenen ausländischen Recht zu prüfen, bevor die Anwendung deutschen Rechts in Betracht kommt. Es genügt daher nicht schon die Feststellung, die Ehe könne „jedenfalls“ nach deutschem Recht geschieden werden (vgl. *Erman/Hohloch*, Art. 17 EGBGB Rdnr. 24).

Dem Gesetzgeber, der eine derartige IPR-rechtliche Regelung trifft, kann nicht unterstellt werden, er habe die Schwierigkeiten übersehen, die in der Praxis mit der Feststellung ausländischen Rechts verbunden sind und häufig zu einer erheblichen Verlängerung des Verfahrens (z. B. durch Einholung eines Rechtsgutachtens) führen. Gleiches gilt für die Notwendigkeit einer unter Umständen im Ausland vorzunehmenden Beweisaufnahme, wenn etwa das ausländische Recht die Scheidung nur aus einem Verschulden des anderen Ehegatten zulässt. Diese Erschwernisse und Verzögerungen mutet der Gesetzgeber dem deutschen Antragsteller zu und nimmt dabei auch in Kauf, dass sich gegebenenfalls erst nach längerer Zeit herausstellt, dass schließlich doch auf deutsches Sachrecht zurückgegriffen werden kann und muss. Auch angesichts eines zusammenwachsenden europäischen Rechtssystems kann und darf der Staat seinen eigenen Bürgern derartige Opfer bis zu den Grenzen des *ordre public* auferlegen (vgl. *Rüberg*, Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht, 2005, S. 124 f.; vgl. auch AG Hamburg, FamRZ 1998, 1591).

Insoweit weist der Senat darauf hin, dass das sogenannte „Deutschenprivileg“ des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB voraussichtlich ohnehin nicht von Bestand bleiben, sondern durch ein harmonisiertes europäisches Kollisionsrecht („Rom III“) ersetzt werden wird. Nach dem endgültigen Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 17.7.2006 für eine Verordnung des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 im Hinblick auf die Zuständigkeit in Ehesachen und zur Einführung von Vorschriften betreffend das anwendbare Recht in diesem Bereich (KOM [2006] 399) soll sich das Scheidungs- oder Trennungsverfahren in Ermangelung einer (gemeinsamen) Rechtswahl der Parteien vorrangig nach dem Recht des Staates richten, in dem die Ehegatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Fehlt es an einem solchen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, soll der letzte gemeinsame Aufenthalt maßgeblich sein, sofern einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort dort noch hat (Art. 20 b lit. b des Vorschlags). Das Recht des Staates, in dem der Antrag gestellt wird, soll äußerst ersatzweise nur dann anwendbar sein, wenn die zuvor genannten Anknüpfungsvoraussetzungen nicht gegeben sind und auch die Anknüpfung an eine gemeinsame Staatsangehörigkeit ausscheidet (Art. 20 b lit. c und d des Vorschlags). Die Anwendung des danach berufenen Rechts soll nur bei einem offenkundigen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts versagt werden können (Art. 20 e des Vorschlags).

Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB ist daher nicht als Garantie für den deutschen Antragsteller zu verstehen, die Scheidung ebenso schnell und problemlos erreichen zu können, wie dies der Fall wäre, wenn von vornherein nur deutsches Sachrecht in Betracht käme.

Eine Scheidung nach deutschem Recht ist daher nicht gerechtfertigt, wenn der Antragsteller beispielsweise einen nach dem ausländischen Recht gegebenen Scheidungsgrund (z. B. Ehebruch) nicht mehr geltend macht (oder den erforderlichen Vorschuss für eine Beweisaufnahme nicht zahlt) und damit eine Prozesslage, die die Scheidung nach ausländischem Recht unmöglich macht, selbst herbeiführt. Gleiches gilt aber auch, wenn der Antragsteller es unterlässt, rechtzeitig die ihm zumutbaren Schritte zu unternehmen, die ihm in absehbarer, hier sogar den Trennungsfristen des deutschen Rechts vergleichbarer Zeit die Scheidung nach ausländischem Recht ermöglicht hätten. Ein solcher Fall liegt hier vor.

d) Der Senat schließt sich der Beurteilung des Berufungsgerichts an, dass die für die Scheidung nach italienischem

Recht erforderliche materiell-rechtliche Voraussetzung, die Trennung gerichtlich bestätigen oder aussprechen zu lassen, keine unzumutbare Erschwernis darstellt, zumal ein solches Verfahren auch vor den deutschen Gerichten durchgeführt werden kann (BGHZ 47, 324, 335 ff.).

Abgesehen davon, dass die Voraussetzungen eines Trennungsverfahrens hier bereits seit 1995 gegeben waren, hätte die bei Einleitung des Verfahrens im Juni 1999 anwaltlich vertretene Antragstellerin jedenfalls sogleich auf Bestätigung oder Ausspruch der Trennung antragen können, und auch hierfür wäre ihr Prozesskostenhilfe zu bewilligen gewesen. Nach dem als *lex fori* anwendbaren deutschen Verfahrensrecht hätten auch keine Bedenken bestanden, vorsorglich hilfsweise zugleich die Scheidung zu beantragen, oder auch umgekehrt (vgl. AG Hamburg, FamRZ 1998, 1591). Dann hätte die Ehe möglicherweise, nachdem die Antragstellerin das Verfahren von September 2000 bis April 2002 nicht betrieben hatte, bereits auf die mündliche Verhandlung erster Instanz am 15.8.2002 nach italienischem Recht geschieden werden können, spätestens jedoch auf die mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 20.11.2003.

Es kommt daher nicht darauf an, dass die Antragstellerin einen in diesem Sinne auszulegenden Antrag, nämlich „festzustellen, dass die Parteien seit 1995 getrennt leben“, erst in der mündlichen Verhandlung vom 15.8.2002 gestellt, aber sogleich wieder zurückgenommen hat. Deshalb bedarf es auch keiner Entscheidung darüber, ob das Berufungsgericht andernfalls am 20.11.2003 gemäß Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGBGB deutsches Recht hätte anwenden müssen, weil eine Scheidung nach italienischem Recht frühestens im August 2005 möglich gewesen wäre.

Wegen der ausdrücklichen Rücknahme des auf die Feststellung oder den Ausspruch der Trennung gerichteten Antrages bedarf es hier auch keiner Entscheidung, ob ein solcher Antrag generell als in einem Scheidungsantrag enthaltenes *Minus* angesehen werden kann (so AG Hamburg, FamRZ 1998, 1591). Abgesehen davon, dass dies dem Scheidungsbegehren der Antragstellerin (nach italienischem Recht) wohl nur zum Erfolg hätte verhelfen können, wenn sie den „weitergehenden“ Scheidungsantrag zurückgenommen und nach dem Trennungsausspruch erneut gestellt hätte, hat die Antragstellerin hier mit der ausdrücklichen Rücknahme ihres Antrags auf Bestätigung oder Ausspruch der Trennung ihr schon zuvor geäußertes Begehren verdeutlicht, (nur) nach deutschem Recht geschieden zu werden. Ihr Scheidungsantrag kann daher nicht dahin ausgelegt werden, er umfasse (ungeachtet der Rücknahme des ausdrücklich darauf gerichteten Antrags) nach wie vor auch die Feststellung oder den Ausspruch der Trennung, so dass das Berufungsgericht jedenfalls in diesem Umfang ihrem Begehren gegebenenfalls hätte stattgeben müssen.

e) Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die vorliegende Entscheidung nicht etwa bedeutet, dass die Ehe der Antragstellerin nun überhaupt nicht mehr geschieden werden kann, was auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen könnte (vgl. Senatsurteil vom 11.10.2006, XII ZR 87/04, zur Veröffentlichung bestimmt). Die Rechtskraft der vorliegenden Entscheidung steht beispielsweise nicht einem erneuten Scheidungsbegehren entgegen, das darauf gestützt wird, inzwischen seien die nach italienischem Recht bestehenden Scheidungsvoraussetzungen erfüllt (vgl. MünchKommBGB/Wolf, § 1564 Rdnr. 104, 106).

## Beurkundungs- und Notarrecht

18. BeurkG § 53 (*Notarielle Pflichten beim Vollzug eines Kaufvertrags*)

**Nicht alle Vollzugsakte eines Notars müssen innerhalb kurzer Zeit durchgeführt werden. Vollzugsakte im Zuge der Abwicklung eines Kaufvertrags samt Grundschuld, die Auszahlungsvoraussetzungen für ein Darlehen bilden können, muss der Notar nur dann vordringlich behandeln, wenn der Käufer den Notar darauf hingewiesen hat, dass der Vollzugsakt für die Auszahlung der Darlehensvaluta von zentraler Wichtigkeit ist. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Ingolstadt, Beschluss vom 25.10.2006, 1 T 1449/06; eingeklagt von Notar Dr. Robert Walz, Ingolstadt

Aus den Gründen:

### I.

Im notariellen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung wurde als Fälligkeitstermin für den Kaufpreis in Höhe von 104.500 € der 31.1.2006 bestimmt. Mit Schreiben vom 12.1.2006 wandte sich die finanzierende Bank an die Antragsteller und bat um Bestellung zweier Grundschulden in Höhe von 30.000 € und 70.000 € an jeweils erster Rangstelle. Diese wurden am 19.1.2006 nach Bewilligung durch die Antragsgegner beurkundet. Am 25.1.2006 wurde zusätzlich durch die Antragsteller die Löschungsbewilligung einer noch auf dem anderen Beleihungsobjekt ruhenden zwischenzeitlichen Eigentümergrundschuld vom betreffenden Kreditinstitut angefordert, die am 10.2.2006 einging. Die beiden Darlehen wurden schließlich am 13.2.2006 bzw. 16.2.2006 ausbezahlt. Mit Schreiben vom 29.5.2006 stellten die Verkäufer der Immobilie den Antragsgegnern Verzugszinsen in Höhe von 744,66 € in Rechnung und legten dabei einen Zinssatz in Höhe von 18 % zu Grunde.

Gegen die Kostenrechnung der Antragsteller erhoben die Antragsgegner Beschwerde.

### II.

Die gemäß § 156 Abs. 1 KostO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. (...)

Der von den Beschwerdeführern behauptete und als Einwendung geltend gemachte (*Hartmann*, KostO, § 156 Rdnr. 6) Einwand der unrichtigen Sachbehandlung durch den Notar greift nicht durch, da ein Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 BNotO nicht gegeben ist.

Im Einzelnen hierzu:

Beweisangebote für die Behauptungen, der Antragsteller sei bereits am 23.12.2005 über die einzelnen Modalitäten der Finanzierung im Bilde gewesen und habe die Machbarkeit von Terminen „ins Blaue hinein“ zugesichert, haben die Antragsgegner nicht gemacht. Die von der Kammer aufgrund des geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 12 FGG) vorgenommenen Beweiserhebungen haben diese Behauptungen nicht bestätigt. Nach den Angaben der Verkäufer wurde der Fälligkeitstermin „31.1.2006“ auf ihren Wunsch eingefügt, am 23.12.2005 seien außer der Tatsache, dass eine Finanzierung überhaupt erforderlich sei, keine Einzelheiten besprochen und Zusagen des Notars nicht gemacht worden. Das deckt sich im Übrigen auch mit den Angaben der Sachbearbeiterin der kreditgebenden Bank der Beschwerdeführer, die mitteilte, dass ein erstes persönliches Gespräch erst nach Weihnachten 2005 stattgefunden hatte. Eine Mitteilung über

nähere Voraussetzungen der Kreditgewährung vor Weihnachten war somit nicht möglich. Auch war es nicht möglich, bereits zu diesem Zeitpunkt den genauen Vertragstermin mit der Bank zu kennen. Weitere Beweismittel, die den Vortrag der Antragsgegner stützen könnten, sind nicht ersichtlich. An einer solchen Erklärung hätte der Notar zudem auch keinerlei Interesse: Ihm selbst kann die zeitliche Bestimmung eines Fälligkeitstermins regelmäßig gleichgültig sein.

Soweit die Beschwerdeführer mehrfach vorgetragen haben, der Beschwerdegegner sei mit einer Komplettabwicklung des Kaufes beauftragt gewesen, ergibt sich daraus auch nicht, dass er auch für die (rechtzeitige) Finanzierung des Kaufpreises Sorge zu tragen hätte. Daran ändert auch Abschnitt L der notariellen Urkunde nichts: Es gehört nicht zur „Durchführung des Vertrags“ wie sich der Käufer den Kaufpreis beschafft. Dies ist nämlich regelmäßig nicht die Aufgabe des Notars. Er kann selbst nicht wissen, in welchem Stadium sich Finanzierungsabreden mit Kreditgebern befinden, welche Voraussetzungen (dingliche Sicherungen, Bonität des Kredit-suchenden) diese erfordern und welche Auszahlungsmodalitäten vorgesehen sind. Ohne nähere Informationen durch den Käufer braucht er in einem Beurkundungstermin – außer den üblichen Vertragsgestaltungen – nichts Weiteres zu veranlassen. Hier wusste der Antragsteller nicht einmal, dass zwei Darlehen mit verschiedenen Beleihungsobjekten erforderlich wurden – ein Umstand, den im Übrigen auch die Beschwerdeschrift nicht ausführt. Dass die Antragsgegner von solchen umfassenden notariellen Pflichten selbst nicht ausgegangen sind, belegt bereits der Umstand, dass sie selbst im Anschluss an den Beurkundungstermin die Finanzierungsfragen eigenständig geregelt haben.

Soweit bestimmte notarielle Geschäfte eiligst vorzunehmen sind, da sie für einen Kreditgeber für die Auszahlung der Darlehensvaluta von zentraler Wichtigkeit sind, hat der Käufer den Notar darauf *selbst* hinzuweisen, damit er solche Geschäfte vordringlich behandeln kann. Zutreffend hat der Antragsteller hierzu ausgeführt, dass in vielen Fällen eine Auszahlung der Darlehensvaluta schon vor der Grundschuldeintragung erfolgt (etwa nach deren Beurkundung). Einen solchen Hinweis haben die Beschwerdeführer nicht einmal vorgetragen, so dass weder in der Aufnahme des Fälligkeitstermins noch in der Bearbeitung der Löschung der Eigentümergrundschuld ein Haftungstatbestand liegt, den die Beschwerdeführer im Aufrechnungswege der Notarkostenrechnung entgegenhalten könnten. (...)

Die Beschwerde der Antragsgegner war somit als unbegründet zurückzuweisen.

## Kostenrecht

19. KostO § 136 Abs. 2 Satz 2 (*Berechnung der Dokumentenpauschale bei Gesamtschuldnerschaft*)

**Die Privilegierung von Gesamtschuldern nach § 136 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 KostO kommt auch solchen Kostenschuldern zugute, die lediglich kostenrechtlich als Gesamtschuldner haften (§ 5 Abs. 1 Satz 1 KostO).**

BGH, Beschluss vom 28.9.2006; V ZB 45/06; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Mit notariellem Vertrag verkaufte die Beteiligte zu 4 den Beteiligten zu 2 und 3 ein Grundstück. In ihrer Kostenrechnung hat die Beteiligte zu 1 dem Beteiligten zu 2 an Schreibauflagen 70,70 € (inkl. MwSt.)

82,01 €) in Rechnung gestellt. Auf dessen Notarkostenbeschwerde hat das LG den Kostenansatz u. a. deshalb auf 61,54 € (inkl. MwSt.) reduziert, weil sowohl dem Beteiligten zu 2 als auch der Beteiligten zu 4 jeweils 50 Seiten zu je 0,50 € in Rechnung gestellt worden seien. Wegen des gemeinsamen Antrags der Vertragsparteien auf Erteilung der Abschriften und der damit einhergehenden gesamtschuldnerischen Haftung hätten nur einmal 50 Seiten zu diesem Satz abgerechnet werden dürfen, alle übrigen Seiten nur zu je 0,15 €. Das OLG möchte die zugelassene weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich hierin aber durch den Beschluss des OLG Hamm vom 11.11.1993 (DNotZ 1994, 708) gehindert. Es hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

## II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorlegende Gericht und das OLG Hamm sind unterschiedlicher Auffassung darüber, ob den Vertragspartnern bei einem gemeinsamen Antrag auf Erteilung aller Abschriften jeweils 50 Seiten mit 0,50 € zu berechnen sind, oder ob insgesamt nur 50 Seiten zu dem erhöhten Satz abgerechnet werden können. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts fällt die Pauschale von 0,50 € pro Seite bei gemeinsamem Antrag der Vertragsparteien nur einmal an und ist gegebenenfalls auf sie aufzuteilen. Demgegenüber vertritt das OLG Hamm (DNotZ 1994, 708 ff.) die Auffassung, grundsätzlich sei jede Vertragspartei mit jeweils 50 Seiten zu je 0,50 € zu belasten. Etwas anderes gelte nur, wenn ein Kostenschuldner „aus einer Personenmehrheit bestehe“; dann dürften für die Personenmehrheit nur einmal 50 Seiten zu 0,50 € in Ansatz gebracht werden. Dies rechtfertigt die Vorlage.

2. Ihrer Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) und somit nach der Vergleichsentscheidung des OLG Hamm eingeführt wurde (BGH, NJW-RR 2003, 1149 = MittBayNot 2003, 235; NJW 2005, 3218 = DNotZ 2005, 867; MittBayNot 2007, 71 m. Anm. Prüfungsabteilung der Notarkasse).

## III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 u. 2, Abs. 4 KostO), bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

Nach § 136 Abs. 2 Satz 2 KostO beträgt die Dokumentenpauschale in derselben Angelegenheit für die ersten 50 Seiten 0,50 € je Seite und für jede weitere Seite 0,15 €, wobei die Pauschale für jeden Kostenschuldner nach § 2 gesondert zu berechnen ist; allerdings gelten Gesamtschuldner als ein Schuldner. Ob diese für Gesamtschuldner angeordnete Privilegierung schon dann greift, wenn die Parteien nur „kostenrechtliche“ Gesamtschuldner nach §§ 2 Nr. 1, 5 Abs. 1 KostO sind, ist streitig.

1. Während eine Auffassung (OLG Hamm, DNotZ 1994, 708, 709 f.; Hartmann, Kostengesetze, 35. Aufl., § 136 KostO Rdnr. 17; ähnlich schon Madert/Schmidt, NJW 1987, 290, 292) den Standpunkt vertritt, unter Gesamtschuldnern im Sinne von § 136 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 KostO seien nur solche Kostenschuldner zu verstehen, die bereits nach bürgerlichem Recht – wie etwa Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Erbengemeinschaft – als Gesamtschuldner haften, lässt die Gegenposition (KG, NJW-RR 1997, 255, 256; LG Hannover, Nds. Rpfl. 1996, 230 f.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 152 Rdnr. 14 ff.;

Mümmeler/Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., S. 864; Rohs/Wedewer/Waldner, KostO, 3. Aufl., § 136 Rdnr. 34; Notarkasse, MittBayNot 1987, 1, 3; Reimann, DNotZ 1987, 131, 133 ff.) genügen, dass Kostenschuldner nach § 5 Abs. 1 Satz 2 KostO als Gesamtschuldner haften. Zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen die genannten Auffassungen in der – auch hier vorliegenden – Konstellation, in der beide Parteien eines Vertrags einen gemeinsamen Antrag auf Abschriftenerteilung gestellt haben; „zivilrechtliche“ Gesamtschuldnerschaft liegt in solchen Fällen nicht vor.

2. Der Senat hält die kostenrechtliche Auffassung für zutreffend.

a) Allerdings scheidet ein zivilrechtliches Verständnis des Gesamtschuldnerbegriffes in § 136 Abs. 2 Satz 2 KostO nicht schon daran, dass der Kostenanspruch des Notars öffentlich-rechtlicher Natur ist. Denn nach § 3 Nr. 3 KostO wird auch derjenige zum öffentlich-rechtlichen Kostenschuldner, der nur „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes für die anderen kraft Gesetzes haftet“ (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 152 Rdnr. 15; Mümmeler/Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., S. 864).

b) Für die kostenrechtliche Sicht sprechen jedoch nicht nur die sprachliche Fassung des § 136 Abs. 2 Satz 2 KostO, sondern vor allem systematische und teleologische Erwägungen.

aa) Dem Gesetzeswortlaut lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass nur solchen Kostenschuldnern die Privilegierung des § 136 Abs. 2 Satz 2 KostO zugute kommen soll, die bereits nach zivilrechtlichen Regelungen Gesamtschuldner sind. Der Begriff „Gesamtschuldner“ wird ohne jede Einschränkung verwandt. Anhaltspunkte für eine Ausklammerung von kostenrechtlichen Gesamtschuldnern im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO lassen sich dem Normtext nicht entnehmen.

bb) Die am sprachlichen Sinngehalt der Vorschrift orientierte Auslegung wird bestätigt durch die systematische Stellung des § 5 Abs. 1 Satz 1 KostO. Der Gesetzgeber hat die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Kostenschuldner im Ersten Teil der Kostenordnung in dem Abschnitt „Allgemeine Vorschriften“ geregelt und mit dieser Gesetzestchnik eine auch im Dritten Abschnitt „Auslagen“ zu beachtende Festlegung getroffen. Etwas anderes lässt sich nicht der Regelung des § 136 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 KostO entnehmen (so aber OLG Hamm, DNotZ 1994, 708, 710), weil diese in den durchaus praktischen Fällen anwendbar bleibt, in denen eine Vertragspartei von vornherein oder nachträglich einen selbständigen Antrag auf Erteilung von (weiteren) Abschriften stellt (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 152 Rdnr. 13; Mümmeler/Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., S. 864).

cc) Vor allem aber spricht für die vom Senat zugrunde gelegte Auffassung der Sinn der Norm. Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass mit der jetzigen Fassung des Gesetzes den deutlich gesunkenen Kosten für die Anfertigung von Ablichtungen Rechnung getragen werden sollte. Dabei hat sich der Gesetzgeber davon leiten lassen, dass die Anfertigung nur weniger Kopien „verhältnismäßig mehr Personalaufwand verursacht als die Ablichtung vieler Seiten in einem Arbeitsgang“ (BT-Drucks. 10/5113, S. 48 i. V. m. S. 47; vgl. auch BT-Drucks. 10/6400, S. 43). Dem entspricht die Staffelform der Dokumentenpauschale (§ 136 Abs. 2 Satz 1 KostO), aber auch die Privilegierung von Gesamtschuldnern, weil sich Ablichtungen auch für Gesamtschuldner bei der gebotenen typisierenden Betrachtung regelmäßig in einem Arbeitsgang erledigen lassen. Vor diesem Hintergrund spielt es keine Rolle,

ob die gesamtschuldnerische Haftung zivilrechtlich oder (nur) kostenrechtlich begründet ist. Der mit nur einem Arbeitsgang verbundene Kostenvorteil entsteht in dem einen wie in dem anderen Fall.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Mit diesem Beschluss wurde die Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse, München (Streifzug, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 243), bestätigt.

#### 20. KostO § 154 Abs. 2 (Zitiergebot für Auslagen)

**Kann der Kostenberechnung aufgrund der Bezeichnung der berechneten Auslagen eindeutig entnommen werden, auf welchem Absatz oder welchem Gliederungspunkt der jeweils mit ihrem Paragraphen benannten gesetzlichen Vorschrift die angesetzten Kosten beruhen, ist die Angabe des Absatzes oder Gliederungspunktes der Vorschrift entbehrlich.**

BGH, Beschluss vom 14.12.2006, V ZB 115/06

Der Kostengläubiger fertigte zu Beginn des Jahres 2001 im Auftrag der Kostenschuldnerin verschiedene Vertragsentwürfe. Mit Berechnung vom 7.11.2003 stellte er der Kostenschuldnerin die hierfür entstandenen Gebühren und Auslagen in Rechnung. In der Kostenberechnung heißt es u. a.:

„Dokumentenpauschale §§ 136, 152 I KostO '02 (69 Seiten)	27,85 €
Postauslagen §§ 137, 152 II KostO '02	7,70 €“

Das LG hat die von der Kostenschuldnerin eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde verfolgt die Kostenschuldnerin ihren Antrag auf Aufhebung der Kostenberechnung weiter. Das OLG möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich hieran durch den Beschluss des OLG Oldenburg vom 31.3.2000, OLGR 2000, 272, gehindert und hat die Sache deshalb dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

#### II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorliegende OLG ist der Ansicht, dass es das Zitiergebot von § 154 Abs. 2 KostO bei dem Ansatz von Auslagen nicht verlangt, die jeweils zur Anwendung kommenden Absätze und Untergliederungen der Vorschriften der Kostenordnung zu nennen, wenn die Benennung der Auslagen dem Kostenschuldner die Prüfung der Berechnung des Notars ermöglicht. Demgegenüber vertritt das OLG Oldenburg in der Vergleichsentscheidung die Auffassung, die Angabe der Untergliederungen der angewendeten Vorschriften der Kostenordnung sei für die Rechtmäßigkeit der Kostenberechnung unentbehrlich.

#### III.

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet.

1. Gemäß § 154 Abs. 2 KostO hat die Notarkostenberechnung über den Betrag der verlangten Kosten hinaus die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Geschäftsgegenstandes und die Bezeichnung der angesetzten Auslagen zu enthalten. Durch diese Angaben soll die Kostenberechnung transparent gemacht (BT-Drucks. 12/6962, S. 92, 102) und der Kostenschuldner in die Lage versetzt werden, den Kostenansatz zu prüfen (BayObLGZ 1981, 349, 351; OLG Hamm, ZNotP 2000, 407 f. mit Anm. Tiedtke = MittRh-NotK 2000, 357). Hierzu wird es in Rechtsprechung und

Literatur teilweise für notwendig erachtet, dass nicht nur der jeweilige Paragraph der angewendeten Vorschrift der Kostenordnung angegeben wird, sondern auch deren maßgeblicher Absatz und eine Gliederungsnummer, soweit die Vorschrift in dieser Weise gegliedert ist und mehrere Gebührentatbestände enthält (OLG Köln, JurBüro 1982, 1876, 1877; OLG Düsseldorf, JurBüro 1983, 1244, 1245; OLG Zweibrücken, MDR 1986, 1038; OLG Hamm, MDR 1992, 716; JurBüro 1997, 100; OLG Brandenburg, DNotZ 1997, 248, 249; OLG Düsseldorf, RNotZ 2001, 174, 175; LG Hannover, JurBüro 1995, 102 m. Anm. Mümmeler; Schmidt, FGPrax 1996, 41; a. M. KG, DNotZ 1974, 505, 506; OLG Düsseldorf, JurBüro 1975, 810, 811; OLG Braunschweig, MDR 1976, 411, 412; OLG Hamm, FGPrax 2005, 45, 46; Delp, JurBüro 1976, 733, 734).

2. Das Erfordernis der Angabe des Gebührentatbestandes besteht indessen nicht um seiner Selbst willen. Es darf nicht von dem Zweck des Zitiergebotes gelöst werden. Soweit in die Kostenberechnung Auslagen des Notars aufgenommen werden können, sind diese in der Kostenordnung allgemein bezeichnet. Um die Kostenberechnung nachzuvollziehen, bedarf es insoweit keiner Subsumtion unter einen abstrakt formulierten Tatbestand. Kann der Kostenberechnung aufgrund der Bezeichnung der berechneten Kosten eindeutig entnommen werden, auf welchem Absatz oder welchem Gliederungspunkt der jeweils mit ihrem Paragraphen benannten gesetzlichen Vorschrift die angesetzten Auslagen beruhen, ermöglicht die Kostenberechnung dem Kostenschuldner die Prüfung der angesetzten Kosten. Damit ist der Zweck von § 154 Abs. 2 KostO erreicht. Die Angabe des Absatzes oder Gliederungspunktes der Vorschrift ist entbehrlich (vgl. BayObLGZ 1990, 275, 278; KG, FGPrax 1996, 157, 158 m. Anm. Schmidt; OLG Hamm, FGPrax 2005, 45, 46 = MittBayNot 2005, 173; Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., § 154 Rdnr. 8). So verhält es sich hier.

a) Soweit der Kostengläubiger für die Erstellung des Vertragsentwurfs eine Dokumentenpauschale angesetzt hat, kommt als Grundlage des Ansatzes allein § 136 Abs. 1 Nr. 1 KostO in Betracht. Einem Zweifel dahin, dass der Ansatz auf § 136 Abs. 1 Nr. 2 KostO beruhen könnte, fehlt jede Grundlage. Die Vorschriften des § 136 Abs. 2, 3 KostO betreffen die Höhe der ansetzbaren Auslagen und kommen als Gebührentatbestand nicht in Betracht. § 136 Abs. 4 KostO regelt einen Ausnahmetatbestand, bei dessen Vorliegen der Ansatz von Auslagen gemäß § 136 Abs. 1 Nr. 1 KostO entfällt. Der für 69 Seiten von dem Kostengläubiger angesetzte Betrag ergibt sich unmittelbar aus § 136 Abs. 2 KostO.

b) Nicht anders verhält es sich, soweit der Kostengläubiger 7,70 € „Postauslagen“ in die Kostenberechnung aufgenommen hat. § 152 Abs. 2 KostO erweitert den Anspruch der Gebührennotare auf Auslagenersatz gegenüber § 137 KostO. Dass § 152 Abs. 2 Nr. 1 KostO Grundlage des Kostenansatzes ist, ergibt sich aus der von dem Kostengläubiger gewählten Bezeichnung „Postauslagen“.

3. Eine strengere Auslegung von § 154 Abs. 2 KostO ist auch nicht deshalb geboten, weil § 155 KostO es dem Notar ermöglicht, ohne ein gerichtliches Verfahren die Zwangsvollstreckung aus der Kostenberechnung gegen den Kostenschuldner zu betreiben (a. M. BayObLGZ 1962, 280, 287; 1980, 100, 105; 1981, 349, 351; 1990, 275, 277; BayObLG, JurBüro 1984, 1228, 1229; OLG Zweibrücken, MDR 1986, 1038; LG Hannover, JurBüro 1995, 102; Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl., Stichwort „Kostenberechnung“ Anm. 2.2.2). Die vollstreckbare Kostenberechnung steht einer gerichtlichen Entscheidung nicht gleich

(BGH, NJW-RR 2004, 1578, 1579 = DNotZ 2005, 68). Die Vollstreckbarkeit eines Urteils beruht auf § 704 Abs. 1 ZPO. Die Anforderungen an die Begründung des Urteils werden durch § 313 Abs. 2, 3 ZPO bestimmt. Eine Aussage, welche Anforderungen für den Inhalt der Notarkostenberechnung gelten, kann diesen Regelungen nicht entnommen werden.

Der Kostenanspruch des Notars ist öffentlich-rechtlicher Natur (BGHZ 108, 268, 269 = DNotZ 1990, 313). Leistungsansprüche aus dem öffentlichen Recht sind dadurch gekennzeichnet, dass es zu ihrer zwangsweisen Durchsetzung grundsätzlich keines gerichtlichen Verfahrens bedarf, sondern ein Verwaltungsakt hierzu ausreicht und eine gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Leistungsgebots erst nachfolgend stattfindet, vgl. § 42 VwGO, § 40 FGO, Art. XI § 1 KostÄndG 1957. Ergeht ein Verwaltungsakt schriftlich, ist er unter Angabe der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die zu seinem Erlass geführt haben, zu begründen, vgl. § 39 Abs. 1 VwVfG, § 121 Abs. 1 AO. Soweit das Gebot der Verständlichkeit und Nachvollziehbarkeit dies nicht erfordert, besteht keine Verpflichtung, die gesetzlichen Regelungen nach Absatz und Gliederungsnummer der angewendeten Paragraphen zu zitieren (vgl. *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 8. Aufl., § 39 Rdnr. 18 ff.; *Klein/Brockmeyer*, AO, 9. Aufl., § 121 Rdnr. 2). Dass der Verwaltungsakt ohne vorherige gerichtliche Kontrolle der Vollstreckung zugänglich ist, ist insoweit ohne Bedeutung. Tatsächlich kann die Zitierung eines Paragraphen nach Absatz und Gliederungsnummer sogar irreführend sein, weil bei einer sorgfältigen gesetzlichen Regelung einzelne Absätze und erst recht Gliederungspunkte nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden dürfen (vgl. KG, DNotZ 1974, 505, 506).

21. KostO § 30 Abs. 2 (*Geschäftswert bei Eintragung in Vereinsregister*)

**Für Eintragungen in das Vereinsregister ist der Geschäftswert nicht nach einem bestimmten Vomhundertsatz des Vereinsvermögens festzusetzen. Vielmehr ist unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Bedeutung der Sache, der Vermögenslage des Vereins und der Mitgliederzahl über eine angemessene Ermäßigung bzw. Erhöhung des Regelwertes des § 30 Abs. 2 zu entscheiden. Bei der Vermögenslage des Vereins darf nicht unberücksichtigt bleiben, welchen Nutzen der Verein aus dem Vermögen zieht.**

OLG München, Beschluss vom 13.1.2006, 32 Wx 137/05

Auf Antrag des Beschwerde führenden Vereins wurden Eintragungen der Änderung des Vereinsvorsitzenden des Beschwerdeführers ins Vereinsregister vorgenommen und dafür zunächst jeweils eine Gebühr von 432 € bei einem Geschäftswert von 250.000 € gefordert. Nach Mitteilung des Beschwerde führenden Vereins, dass kein Vermögen vorhanden sei, die Jahreseinnahmen von Mitgliedsbeiträgen 220 € sowie die Mitgliederzahl des Vereins 22 Personen betragen würde, änderte das AG, von einem Geschäftswert von 1.000 € ausgehend, die Gebührenrechnung auf 10 €. Auf Intervention vom 18.6.2004 des Beteiligten setzte daraufhin das AG den Geschäftswert auf 500.000 € fest. Zur Begründung führte es aus, dass das Vermögen des Vereins 20.513.036 € betrage.

Das LG bestätigte diese Entscheidung. Hiergegen richtete sich die zugelassene weitere Beschwerde des Beschwerdeführers.

*Aus den Gründen:*

Die weitere Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung des Geschäftswerts.

1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung folgendermaßen begründet:

Das AG habe den Geschäftswert zu Recht auf 500.000 € festgesetzt. Der Geschäftswert für die Eintragung einer Satzungsänderung richte sich nach § 30 Abs. 2 KostO. Zwar sei regelmäßig für Idealvereine ohne nennenswertes Vermögen der Geschäftswert auf 3.000 € festzusetzen. Da der Beschwerde führende Verein kein Idealverein ohne nennenswertes Vermögen sei, sei der Geschäftswert unter Berücksichtigung der Vermögenslage, des Zweckes des Vereins sowie der Bedeutung der Eintragung zwischen 1.000 € und 500.000 € festzusetzen. Das Vereinsvermögen betrage nach Abzug der Verbindlichkeiten 20.513.036 €. Auch, wenn man berücksichtige, dass der Verein gemeinnützig sei und nicht kostendeckend arbeite, das Beitragsaufkommen nur 4.840 € betrage, sei angesichts der Bedeutung der Eintragung des Vereinsvorsitzenden für die Festsetzung des Geschäftswerts 5 % des Vereinsvermögens maßgebend. Da der Betrag den Höchstbetrag des § 30 Abs. 2 KostO übersteige sei der Höchstwert von 500.000 € maßgebend.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand (§ 31 Abs. 3 Satz 5, § 15 Abs. 5 Satz 2 KostO, § 546 ZPO).

a) Richtigerweise hat das LG allerdings die Änderung des Geschäftswerts nicht schon wegen Verstoßes gegen § 31 Abs. 1 Satz 3 KostO aufgehoben, da die Frist von sechs Monaten nicht für die erstmalige Festsetzung des Geschäftswerts durch das Gericht gilt (*Korintenberg/Lappe*, KostO, 16. Aufl., § 31 Rdnr. 54). Die Annahme eines bestimmten Geschäftswerts in der Kostenrechnung setzt damit die Frist nicht in Lauf.

b) Zu Unrecht hat aber das LG den Geschäftswert nach einem bestimmten Vomhundertsatz des Vereinsvermögens festgesetzt (BayObLGZ 1979, 223 ff. = Rpfleger 1979, 398 f.). Der Geschäftswert für die hier vorgenommene Eintragung bestimmt sich nach § 29 KostO i. V. m. § 30 Abs. 2 KostO. Danach war dieser Wert im maßgeblichen Zeitpunkt (§ 18 Abs. 1, § 7 KostO) regelmäßig mit 3.000 € anzunehmen; er konnte aber nach Lage des Falles niedriger oder höher, jedoch nicht unter 1.000 € und nicht über 500.000 € angenommen werden.

Das Gesetz hat in diesen Fällen den Geschäftswert ausdrücklich nicht in der Weise an das Vereinsvermögen gebunden, wie dies bei Eintragungen in das Handelsregister § 26 Abs. 2 Satz 1 KostO in der bis 30.11.2004 geltenden Fassung durch die Anknüpfung an das Betriebsvermögen anordnet. Das BayObLG hat deshalb bereits in BayObLGZ 1960, 1, 5 ff. entschieden, dass bei Anmeldungen zum Vereinsregister nicht etwa der Geschäftswert „anhand von irgendwie auffindbaren Beziehungen zu Vermögenswerten“ zu schätzen ist, dass vielmehr der Gesetzgeber durch die Verweisung auf § 30 Abs. 2 KostO schon das Fehlen genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung unterstellt. Deshalb ist in der Überbewertung der Beziehungen, welche die Geschäfte der Anmeldung und Eintragung der Vorstandsänderung zum Vermögen des Vereins und zu dessen Verwaltung haben, eine rechtsirrigte Auslegung des § 30 Abs. 2 KostO gesehen worden.

Der Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO gilt für alle durchschnittlichen Fälle. Wenn auch die Abweichung von diesem Wert nicht bloß eine seltene Ausnahme bilden soll, so lässt doch die Beibehaltung des Wortes „regelmäßig“ anlässlich aller bisherigen Neufassungen dieser Bestimmung noch für die Mehrzahl der Fälle einen Wert von 3000 € als gewollt erkennen. Die Wendung „nach Lage des Falles“ unterstreicht besonders deutlich, dass alle Umstände zu berücksichtigen sind, die das Geschäft als außerhalb der durchschnittlichen Fälle erscheinen lassen; im Vordergrund stehen die Bedeu-

tung des Geschäfts, das Interesse der Beteiligten daran und die Vermögenslage des Kostenschuldners (BayObLGZ 1960, 1, 9 m. w. N.).

3. Da dies das LG nicht ausreichend beachtet hat, war dessen Beschluss aufzuheben. Zu einer Zurückverweisung der Sache indes bestand kein Anlass, weil neue Tatsachenfeststellungen nicht zu treffen sind. Der Senat kann vielmehr, da der Sachverhalt ausreichend geklärt ist, selbst entscheiden (*Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 65). Dabei ist zu erwägen:

a) Die Bedeutung des Wechsels eines Vorstands ist für den Verein nicht größer als die anderer Vorgänge, die der Eintragung in das Vereinsregister bedürfen; nur solche Vorgänge können hier zum Vergleich dienen. Auch wenn die Bedeutung größer ist als die Eintragung des Kassiers bei fünf Vorstandsmitgliedern, liegt dennoch nur eine durchschnittliche Bedeutung der Sache vor.

b) Ein besonderes, über den Regelfall hinausgehendes Interesse an der Eintragung ist nicht ersichtlich. Das allgemeine Interesse an der Eintragung einer Änderung des Vorstands, wie sie hier vorliegt, muss außer Betracht bleiben. Im Übrigen müssen solche Änderungen ohne Rücksicht auf etwaige besondere Interessen kraft Gesetzes zur Eintragung angemeldet werden (§ 67 Abs. 1 BGB).

c) Die Vermögenslage des Vereins ist allerdings weit überdurchschnittlich günstig. Indessen darf nicht außer Acht gelassen werden, welchen Nutzen der Verein aus dem Vermögen zieht. Nach den Feststellungen des LG ist der Verein gemeinnützig, d. h. nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtet, er arbeitet auch nicht kostendeckend. Das Vereinsvermögen ist für den Betrieb des Wohnstiftes zweckgebunden. Dabei ist es unerheblich, dass der Verein durch die Immobilien Einnahmen erzielt, da diese gerade zum Kostendeckungsbeitrag der erbrachten Leistungen dienen.

d) Die Zahl von 22 Mitgliedern und das Beitragsaufkommen von rund 4.840 € ist eher unterdurchschnittlich.

e) Diese Überlegungen rechtfertigen vor allen wegen Buchst. c eine mäßige Überschreitung des Regelwertes des § 30 Abs. 2 KostO. Ein Wert von 30.000 €, also das Zehnfache des Regelwertes trägt in angemessener Weise der Bedeutung der Eintragung und der wirtschaftlichen Lage des Vereins Rechnung. Auf diesen Betrag war daher der Geschäftswert festzusetzen.

Mit Übergabevertrag wurden die im Grundbuch für D. und E. eingetragenen forst- und landwirtschaftlichen Grundstücke sowie der auf dem Anwesen befindliche Betrieb samt allen Aktiven und Passiven und Gerätschaften – jedoch ohne das bewegliche Inventar im Schlossgebäude – an den Beschwerdeführer übertragen. Verschiedene Gegenleistungen, u. a. eine wertgesicherte Leibrente, wurden vereinbart. Ausgehend von einem Verkehrswert von 1.861.338,30 € als Geschäftswert stellte der Beschwerdegegner (Notar) folgende verfahrensgegenständliche Rechnung:

Geschäftswert € nach KostO	Gebühren nach KostO	Gebühr €
Überlassung §§ 39 II, 19 II 1.861.338,30	§ 36 II	5.724,00
Gen. GrdstVG § 146 IV 1.861.338,30	§§ 8, 146 I, S. 1, Hs. 1	1.431,00
Dokumentenpauschale	§§ 8, 136 I Nr. 1, II, IV Nr. 1, 152 I (144 IV)	116,50
Auslagen (für Post und Telekommunikations- dienstleistungen)	§§ 8, 136 I Nr. 1, II,	86,00
		<u>7.357,50</u>
Umsatzsteuer	§ 151 a 16 %	1.177,20
Gesamtbetrag		<u><b>8.534,70</b></u>
bereits bezahlt		4.750,20
noch offen		<u><b>3.784,50</b></u>

Gegen diese Rechnung hat sich der Beschwerdeführer mit der Begründung gewandt, es sei § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden. Deshalb betrage der Geschäftswert nur 218.832,92 €. Ferner hat er mit einem Schadenersatzanspruch wegen zu hoher Gerichtskosten für die Grundbucheintragung, die er im April 2003 bezahlt hatte, aufgerechnet.

Das LG wies die Beschwerde zurück. Hiergegen richtete sich die zugelassene weitere Beschwerde. Im Laufe des Verfahrens der weiteren Beschwerde berichtigte der Beschwerdegegner nach gerichtlichem Hinweis die Rechnung erneut, indem er bei den Auslagen als Rechtsvorschriften § 8, § 137 Abs. 1 Nr. 1, § 152 Abs. 2 Nr. 1 a und b und Nr. 2 KostO zitierte und diese aufschlüsselte. Die zugelassene weitere Beschwerde hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung der Entscheidung und zur Zurückverweisung an das LG.

*Aus den Gründen:*

2. Die Entscheidung ist nicht schon deshalb aufzuheben, weil das LG nicht beachtet hat, dass mangels Zitierung der genauen Auslagenvorschriften keine ordnungsgemäße, dem § 154 KostO entsprechende Notarrechnung vorliegt.

Der Notar muss zwar die seine Kosten rechtfertigenden Kostenvorschriften in der Kostenberechnung vollständig angeben. Regelt eine Vorschrift mehrere Gebührentatbestände, so sind auch die maßgebenden Absätze und eventuelle weitere Untergliederungen aufzuführen (OLG Hamm, JurBüro 1981, 419; OLG Düsseldorf, JurBüro 1983, 1244 = DNotZ 1984, 649; BayObLG, JurBüro 1984, 1228). Dies gilt auch für Auslagen (BayObLG, DNotZ 1984, 646; OLG München, MittBayNot 2006, 354) jedenfalls dann, wenn sich der angewendete Gebührentatbestand nicht aus den Gesamtumständen ergibt (OLG Hamm, JurBüro 1992, 343). Die erforderlichen Untergliederungen haben sich an der zu zitierenden gesetzlichen Vorschrift zu orientieren. Nennt eine gesetzliche Vorschrift neben Absätzen auch Nummern und sind diese weiter nach Buchstaben unterteilt, sind auch letztere zu zitieren.

Der Beschwerdegegner hat jedoch eine dem Zitiergebot genügende Rechnung im Laufe des Verfahrens der weiteren Beschwerde nachgereicht. Wenngleich in diesem Verfahren in der Regel keine neuen Tatsachen vorgetragen werden können,

22. KostO §§ 156, 19 Abs. 4; FGG § 27 (*Ermittlungspflicht zur Fortführung nach § 19 Abs. 4 KostO*)

- Eine vom Notar im Rechtsbeschwerdeverfahren zu den Akten gegebene Kostenrechnung kann aus Gründen der Verfahrensökonomie ausnahmsweise auch im Verfahren der weiteren Beschwerde berücksichtigt werden.**
- Gibt der Unternehmer eines landwirtschaftlichen Betriebs mangels Kenntnis des § 19 Abs. 4 KostO keine Erklärung zu seiner Fortführungsabsicht ab und ist das Fehlen derselben nicht schon aus dem Vertragsinhalt offensichtlich, hat der Notar bei der Beurkundung und das Gericht im Beschwerdeverfahren nachzufragen.**

OLG München, Beschluss vom 6.6.2006, 32 Wx 074/06; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

macht die Rechtsprechung aus Gründen der Prozessökonomie dann eine Ausnahme, wenn die neuen Tatsachen ohne weitere Ermittlungen feststehen, weil sie sich unzweideutig aus den Akten ergeben (*Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 45 m. w. N.). Dies ist bei der Vorlage der neuen Rechnung der Fall.

3. Die Ausführungen des LG zur Frage der Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO halten der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO).

a) Zu Unrecht hat das LG schon die Existenz eines bestehenden forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle im Zeitpunkt der Übergabe verneint.

Die Waldflächen waren unbestritten nicht verpachtet. Die Größe der im Übergabezeitpunkt nicht verpachteten Fläche (ca. 73,8 ha forstwirtschaftliche Fläche) reicht aus, um den Unterhalt einer bäuerlichen Familie ganz oder teilweise sichern zu können (BayObLGZ 1992, 231, 233; BayObLG, NJW-RR 2001, 1366 f. = MittBayNot 2001, 495; OLG München, RNotZ 2005, 622 = MittBayNot 2006, 353). Dabei ist, da diese Bestimmung auf die Leistungsfähigkeit des Betriebes als solchen abstellt und dessen Fortbestand sichern will, ein objektiver Maßstab anzulegen. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der Betrieb zum konkreten je nach den persönlichen Umständen unterschiedlichen Lebensbedarf seines derzeitigen Inhabers wesentlich beiträgt. Maßgebend ist vielmehr, ob der Betrieb geeignet ist, einen wesentlichen Beitrag zum Unterhalt einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie zu leisten. Dem entspricht es, dass die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auf die objektiven Abgrenzungskriterien in landwirtschaftlichen Gesetzen gleicher Zielsetzung wie das Gesetz zur Förderung der bäuerlichen Landwirtschaft und das Gesetz über die Altershilfe für Landwirte zurückgreift (OLG Zweibrücken, MittBayNot 1996, 401; BayObLG, NJW-RR 2001, 1366 = MittBayNot 2001, 495; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 1367 = MittBayNot 2002, 313; BayObLG, NJW-RR 2003, 1295 = MittBayNot 2003, 239), wobei diese Mindestgrößen jedoch nur Anhaltspunkte für die Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO geben, aber keine strikte Bindung bewirken (BayObLG, FamRZ 1997, 831 = MittBayNot 1997, 381; BayObLG, NJW-RR 2001, 1366 = MittBayNot 2001, 495). Da nach dem Willen des Gesetzgebers gegebenenfalls auch die nebenberufliche Führung des Betriebes genügen soll (vgl. BT-Drucks. 11/2343, S. 7), kann hinsichtlich der Höhe dieses Beitrags nicht auf den vollen Unterhaltsbedarf einer bäuerlichen Durchschnittsfamilie abgestellt werden.

b) Auch die Fortführungsabsicht kann nach den bisherigen Feststellungen des LG nicht verneint werden. Maßgebend ist die Absicht des Übernehmers im Zeitpunkt der Übergabe. Eine entscheidende Bedeutung kommt hierbei, da es sich um eine innere Tatsache handelt, der Erklärung des Übernehmers zu. Gibt der Übernehmer mangels Kenntnis des § 19 Abs. 4 KostO keine Erklärung ab und ist das Fehlen der Fortführungsabsicht nicht schon aus dem Vertragsinhalt offensichtlich, hat der Notar bei der Beurkundung und das Gericht im Beschwerdeverfahren nachzufragen. Die nachträgliche Entwicklung kann zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben der Beteiligten und bei Klärung der Frage, welche Angaben der Übernehmer bei gehöriger Aufklärung durch den Notar gemacht hätte, nicht außer Betracht bleiben.

aa) Abweichend von der Ansicht des LG kann dem Vertrag nicht ohne weiteres die fehlende Fortführungsabsicht entnommen werden. Die Präambel des Vertrages, die von einer „ungeteilten Fortführung“ spricht, der Umstand, dass nach Ziff. I

Nr. 4 des Vertrages das land- und forstwirtschaftliche Inventar mit übergeben wird, und die zusätzliche Ausgleichspflicht nach Ziff. III Nr. 7 des Vertrages sprechen eher für eine Fortführung des gesamten Betriebs.

Wenn das LG den Hinweis in der Präambel dahingehend versteht, dass auf Dauer die Fortführung in der teilverpachteten Form gemeint sei, hätte es hierauf hinweisen und auf entsprechende Erklärungen der Beteiligten hinwirken müssen.

bb) Auch die Gesamtumstände führen nicht zu der zwingenden Annahme, dass der Beschwerdeführer die Betriebsfortführung nicht beabsichtige. Nach seinen noch im Beschwerdeverfahren unwidersprochen gebliebenen Angaben im Schriftsatz vom 27.7.2005 betreibt der Beschwerdeführer eine Rechtsanwaltskanzlei nebenberuflich. Für seine Absicht, den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb weiterhin zu betreiben, spricht auch die Ausbildung des Beschwerdeführers auf der Waldbauernschule und der Umstand, dass im Anschluss an die Übergabe Pachtverhältnisse aufgelöst wurden. Andererseits kann als entgegenstehender Umstand nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beschwerdeführer offenbar seinen Wohnsitz noch in B. hat.

cc) Insoweit wird das LG weitere Feststellungen zu treffen haben. Insbesondere wird es den Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen lassen müssen bzw. anzuhören haben, auf welche Weise er die Ausübung der Landwirtschaft zu betreiben gedenke. Ebenso wird das Gericht den Beschwerdeführer zu den Ausführungen des Beschwerdegegners im Schriftsatz vom 30.5.2006, der Beschwerdeführer aus Broterwerbsgründen seine Betätigung als Rechtsanwalt noch lange beibehalten werde, anhören und unter Berücksichtigung aller Umstände die Glaubhaftigkeit der Fortführungsabsicht beurteilen müssen.

c) Nicht rechtsfehlerfrei sind auch die Ausführungen des Beschwerdegerichts, soweit es die Fortführungstendenz hinsichtlich der verpachteten Felder in Frage stellt:

aa) Zu Recht hat zwar das LG angenommen, dass das Kriterium der Fortführung einen im Zeitpunkt der Übergabe noch bestehenden Betrieb samt Hofstelle voraussetze. Richtig ist auch, dass auf Dauer verpachtete Flächen dem landwirtschaftlichen Betrieb nicht zur Verfügung stehen und daher der Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO (BayObLGZ 1994, 110 = MittBayNot 1994, 359) nicht unterliegen.

bb) Maßgeblich für die Entscheidung des BayObLG war jedoch (BayObLGZ 1994, 110, 112), dass die Fortführung des Betriebes der Erwerberin weder möglich noch von ihr beabsichtigt war. Anders ist es jedoch, wenn die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes durch die Erwerberin als solche nicht im Zweifel steht, sondern ausschließlich deren Zeitpunkt (BayObLGZ 1997, 240 ff. = MittBayNot 1997, 311 f.; OLG München, RNotZ 2005, 622 = MittBayNot 2006, 353).

cc) Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer im Schriftsatz vom 27.7.2005 vorgetragen, dass er nach Beendigung der Pachtverhältnisse beabsichtige, die landwirtschaftlichen Flächen wieder dem Betrieb zuzuführen und dass zudem Flächen bereits zurückgegeben seien und weitere folgen würden. Wenn das LG diese Angaben nicht für ausreichend oder glaubwürdig hält, hat es auf weitere Angaben oder Beweisangebote hinzuwirken. Dies kann es im weiteren Verfahren nachholen.

4. Im Rahmen der erneuten Entscheidung wird das LG auch über den Geschäftswert und die Frage der Kostenerstattungspflicht zu entscheiden haben.

## III.

Das LG wird ferner bei seiner Entscheidung folgende Erwägungen zu berücksichtigen haben:

1. Folgt man der Auffassung des LG und der beteiligten Notarkasse, dass der forstwirtschaftliche Betriebsteil keinen eigenständigen Betrieb bildet, so ist die Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO einheitlich zu gewähren. Dies ist jedenfalls dann erforderlich, wenn man – wofür die Aktenlage spricht – davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer die Beendigung der Pachtverhältnisse und damit die Fortführung auch des landwirtschaftlichen Betriebsteiles anstrebe. Damit sind die Felder nicht gesondert zu bewerten.

Wäre aber bezüglich der landwirtschaftlichen Flächen die Fortführung nicht beabsichtigt, müsste wohl hinsichtlich des forstwirtschaftlichen Betriebsteils ein eigenständiger Betrieb bejaht werden. In diesem Falle wären die forstwirtschaftlichen Flächen nach § 19 Abs. 4 KostO und die landwirtschaftlichen Flächen nach dem Verkehrswert anzusetzen.

2. Soweit Gegenleistungen (Wohnrecht und Nießbrauch am Inventar, Leibrente und Schuldübernahme, Ausgleichsbetrag an Schwestern) enthalten sind, ist § 39 Abs. 2 KostO zu beachten. Bei der Bewertung der Gegenleistungen ist folgendermaßen zu verfahren:

Für das Wohnrecht und den Nießbrauch am Inventar ist der Wert der jährlichen Nutzung zu schätzen (§ 30 Abs. 1 KostO) und nach § 24 Abs. 3 KostO der 5-fache Wert des jährlichen Betrages zu Grunde zu legen. Der Wert des jährlichen Bezuges ist zu schätzen. Hierbei sind die Größe der zur Verfügung gestellten Fläche und die Ausstattung der Wohnräume sowie der genauere Umfang des Inventars maßgebend. Der Wert der Leibrente beträgt nach § 24 Abs. 3 KostO 5.000 €. Ferner ist wegen der Wertsicherungsklausel nach dem vom Senat im Beschluss vom 8.2.2006 (32 Wx 10/06 = MittBayNot 2006, 531 mit Anm. *Prüfungsabteilung der Notarkasse*) aufgestellten Grundsätzen ein Zuschlag von ca. 2 % zu machen, so dass sich ein Wert von 5.100 € ergibt. Der Wert der Schuldübernahme bestimmt sich nach der Valutierung des Darlehens, also ca. 7.000 €. Der Ausgleichsbetrag für die weichenden Pflichtteilsberechtigten beträgt insgesamt 45.000 €.

3. Zu Recht hat das LG im Ergebnis den zur Aufrechnung gestellten Schadenersatzanspruch abgelehnt. Im Rahmen des Verfahrens nach § 156 KostO kann mit Schadenersatzansprüchen gegen den Notar aufgerechnet werden (BayObLGZ 2005, 278 ff. = MittBayNot 2005, 304 ff.).

Dem Beschwerdeführer steht jedoch kein Schadenersatzanspruch nach § 19 BNotO zu, da der Beschwerdeführer das endgültige Entstehen des Schadens durch einen Rechtsbehelf abwenden kann (§ 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB).

Er kann nämlich Geschäftswertfestsetzung für die Kosten des Grundbuchamts nach § 31 KostO beantragen. Die Abänderung des bislang zu Grunde gelegten Geschäftswerts ist mangels ergangenen Geschäftswertbeschlusses nicht nach § 31 Abs. 1 Satz 2 KostO ausgeschlossen (*Hartmann*, Kosten-gesetze, 36. Aufl., § 31 Rdnr. 33 KostO). Nach Festsetzung des Geschäftswerts ist eine neue Gerichtskostenrechnung zu erstellen und der Mehrbetrag seitens der Staatskasse zu erstatten. Verjährung des Rückerstattungsanspruches nach § 17 Abs. 2 KostO tritt erst am 31.12.2007 ein.

## Steuerrecht

23. GG Art. 3 Abs. 1; ErbStG § 19 Abs. 1, § 12, § 13 a, § 19 a (*Erbschaftsteuerrecht in derzeitiger Ausgestaltung verfassungswidrig*)

1. **Die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer mit einheitlichen Steuersätzen auf den Wert des Erwerbs ist mit dem Grundgesetz unvereinbar, weil sie an Steuerwerte anknüpft, deren Ermittlung bei wesentlichen Gruppen von Vermögensgegenständen (Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und land- und forstwirtschaftlichen Betrieben) den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt.**
2. a) **Die Bewertung des anfallenden Vermögens bei der Ermittlung der erbschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage muss wegen der dem geltenden Erbschaftsteuerrecht zugrundeliegenden Belastungsentscheidung des Gesetzgebers, den durch Erbfall oder Schenkung anfallenden Vermögenszuwachs zu besteuern, einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausgerichtet sein. Die Bewertungsmethoden müssen gewährleisten, dass alle Vermögensgegenstände in einem Annäherungswert an den gemeinen Wert erfasst werden.**  
 b) **Bei den weiteren, sich an die Bewertung anschließenden Schritten zur Bestimmung der Steuerbelastung darf der Gesetzgeber auf den so ermittelten Wert der Bereicherung aufbauen und Lenkungszwecke, etwa in Form zielgenauer und normenklarer steuerlicher Verschonungsregelungen, ausgestalten.**

BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02

**Hinweis der Schriftleitung:**

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in DStR 2007, 235.

**Anmerkung:****I. Ausgangspunkt**

In seiner Entscheidung vom 22.5.2002<sup>1</sup> hat der II. Senat des BFH die allgemeine Tarifregelung des § 19 Abs. 1 ErbStG in der Fassung des JStG 1997 sowie §§ 13 a, 19 a ErbStG und § 12 ErbStG i. V. m. dem BewG als verfassungswidrig angesehen; er hat daher die Entscheidung des BVerfG nach Art. 100 GG eingeholt. Durch die erbschaftsteuerlichen Bewertungsvorschriften sei bei einem einheitlichen Tarif ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG gegeben. Das BVerfG schließt sich in seinem Beschluss vom 7.11.2006 der Vorlage des BFH an.

**II. Entscheidungsgründe**

Das BVerfG geht von folgenden Grundlagen aus: Der Gesetzgeber habe in § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1 BewG grundsätzlich den Ansatz des gemeinen Wertes (= Einzel-

<sup>1</sup> II R 61/99, BStBl II 2002, 598 = MittBayNot 2002, 418. Vgl. dazu u. a. *Bach/Broekelschen/Maiterth*, DStR 2006, 1961; *Becker/Horn*, DB 2005, 1081; *Birk*, StuW 2005, 346; *Daragan*, DStR 2004, 170; *ders.*, DB 2006, 1751; *Delp*, INF 2004, 264; *Lehmann/Treptow*, Stbg 2006, 431; *Paus*, DStZ 2003, 33; *Schöne*, DB 2006, 1699; *Spiegelberger*, Stbg 2003, 106; *Streck*, NJW 2005, 805.

veräußerungspreis) für die Wertermittlung bei der Erbschaftsteuer angeordnet.<sup>2</sup> Gleichzeitig weichen nach den Feststellungen des BVerfG die empirischen Steuerwerte des gewerblichen oder freiberuflichen Betriebsvermögens, von Grundbesitz oder von Kapitalgesellschaften und Betrieben der Land- und Forstwirtschaft aufgrund der gesetzlichen Bewertungsmethoden häufig weit vom gemeinen Wert ab.

Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Zwar gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber einen weitreichenden Entscheidungsspielraum sowohl bei der Auswahl des Steuergegenstandes als auch bei der Bestimmung des Steuersatzes zu.<sup>3</sup> Gleichwohl habe der Gesetzgeber eine einmal getroffene Belastungsentscheidung gleichmäßig durchzuführen. Dies sei ein Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und ein Gebot der Steuergerechtigkeit. Eine Belastungsentscheidung sei vom Gesetzgeber folgerichtig umzusetzen. Auch wenn es dem Gesetzgeber gestattet sei, zu typisieren und zu vereinfachen, so sei das Maß der Typisierung und der damit eintretenden Verzerrung im rechten Verhältnis zur dadurch eintretenden Ungleichheit der steuerlichen Belastung zu sehen (Verhältnismäßigkeit). Dies sei dem Gesetzgeber im Erbschaftsteuerrecht nicht gelungen.<sup>4</sup> Die Bewertung von Betriebsvermögen, Grundvermögen, Anteilen an Kapitalgesellschaften und dem Vermögen der Land- und Forstwirtschaft führe zu jeweils unterschiedlichen aber gravierenden Bewertungsdifferenzen, nicht nur zwischen den einzelnen Vermögensgruppen im Vergleich zum Barvermögen, sondern auch innerhalb der einzelnen Bewertungsgruppen. Die Bewertung selbst sei von reinen Zufälligkeiten abhängig. Im einen Fall erreiche der Steuerwert nur 20 % des gemeinen Wertes, in anderen Fällen überschreite der steuerliche Wert den gemeinen Wert sogar deutlich. Dies sei nicht hinzunehmen.

Im Übrigen sei es dem Gesetzgeber gestattet, auch mit steuerlichen Mitteln außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele zu verfolgen. Hierbei müsse er sich von ausreichend gewichtigen Gemeinwohlgründen leiten lassen. Wenn der Gesetzgeber von entsprechenden Förderungs- und Lenkungszielen durch Steuerminderungen Gebrauch mache, so sei er jedoch auch insoweit an den Gleichheitssatz gebunden. Er dürfe die Förderung und Lenkung nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten, also willkürlich, verteilen. Die Begünstigung dürfe nicht von Zufälligkeiten abhängen. Dies sei jedoch der Fall, wenn – wie im ErbStG/BewG – nicht sichergestellt sei, dass stets sämtliche privilegierungsbedürftigen und förderungsbedürftigen Vermögensstypen im gleichen Maße von den Privilegierungen erfasst werden. Dies sei nur dann sichergestellt, wenn zunächst der gemeine Wert folgerichtig für sämtliche zu privilegierenden Vermögensarten ermittelt werde und anschließend durch eine Steuersatzminderung oder einen Bewertungsabschlag im zweiten Schritt allen Inhabern begünstigten Vermögens die Privilegierung im gleichen Ausmaß zugute komme. Nur dies sei eine gleichheitsgemäße, nicht willkürliche und konsequente Umsetzung der Lenkungsnorm.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 5.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 94.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 93 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 106.

Apodiktisch gibt das BVerfG in Tz. 107 der Entscheidungsgründe vor:

*„Zur Verfolgung außerfiskalischer Förderungs- und Lenkungsziele im Erbschaftsteuerrecht ist die Bewertungsebene daher aus verfassungsrechtlichen Gründen bereits vom Ansatz her ungeeignet. Ein regulierendes Eingreifen des Gesetzgebers mittels Differenzierungen beim Bewertungsmaßstab für bestimmte Vermögensgegenstände scheidet als gleichheitswidrig aus. Denn es ist nicht mit dem Erfordernis der gleichheitsgerechten Ausgestaltung des Lenkungszwecks vereinbar.“*

Schließlich sei der Gesetzgeber in der Wahl der Wertermittlungsmethode zwar frei,<sup>6</sup> gleichwohl habe er hierbei zur konsequenten Umsetzung der Entscheidung der Bewertung nach dem gemeinen Wert ein geeignetes Verfahren zur Ermittlung des gemeinen Wertes zu finden. Verfassungskonform sei lediglich eine Bewertung, die zumindest einen Annäherungswert an den gemeinen Wert erfasse, um so eine gleichmäßige Besteuerung zu ermöglichen. Dies sei bei Betriebsvermögen und Kapitalgesellschaftanteilen schon nicht der Fall, weil die Steuerbilanzansätze grds. übernommen werden. Für land- und forstwirtschaftliches Vermögen werde der steuerliche Ansatz des Ertragswerts dem gemeinen Wert in keiner Weise gerecht; auch die Grundbesitzbewertung sei nicht hinreichend differenziert. Der feste Faktor von 12,5 bei der Ertragbewertung sei zu undifferenziert; gerade in Ballungszentren werde durch den Mindestwertansatz das auf einem Grundstück aufstehende Gebäude meist gar nicht mehr steuerlich erfasst. Der unbeschränkte Schuldenabzug im Todesfall trotz privilegierten Steuerwertes führe zu weiteren nicht zu rechtfertigenden Verzerrungen. Daher sei das gesamte ErbStG/BewG, soweit der Steuertarif des § 19 ErbStG darauf anzuwenden sei, verfassungswidrig.

### III. Übergangsbestimmungen

Das BVerfG ordnet aus übergeordneten Gründen der Finanz- und Haushaltsplanung sowie des gleichmäßigen Verwaltungsvollzuges die Weitergeltung des bisherigen Rechts an. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, eine Neuregelung bis spätestens zum 31.12.2008 zu treffen.

Die Klägerin, die dieses Verfahren vor dem BVerfG über sich hat ergehen lassen müssen, erhält zwar bescheinigt, dass die ihr zuteil werdende Besteuerung verfassungswidrig sei und zu einer gleichheitswidrigen Belastung ihrer Person führe; gleichwohl hat sie den gesamten Aufwand zu tragen und erhält gleichwohl nur „Steine statt Brot“.<sup>7</sup> Ihre Klage wird abgewiesen werden.

### IV. Folgerungen

1. Der Gesetzgeber steht vor der Wahl, den Grundsatz der Bewertung nach dem gemeinen Wert insgesamt aufzugeben. Dann kann er auch eine andere Bewertungsgrundentscheidung<sup>8</sup> fällen und müsste dies auch bei Barvermögen, Anteilen an börsennotierten Kapitalgesellschaften und dergleichen berücksichtigen. Rückt er von dieser Grundentscheidung nicht ab, so muss er ein wesentlich komplizierteres und differen-

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 109.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 Tz. 87.

<sup>8</sup> Zum Beispiel Zielbewertung von 50 % des gemeinen Wertes.

zierteres Bewertungsrecht schaffen, das in der Breite stets zu einer Verkehrswertannäherung führt. Die maximal hinzunehmende Abweichung scheint das BVerfG bei 20 % zu sehen. Steuerprivilegierungen werden dann über Bewertungsabschläge vom vorab ermittelten gemeinen Wert, Freibeträge oder einen differenzierten Steuersatz für unterschiedliche Vermögensarten – ähnlich § 19 a ErbStG – vorgenommen. Die vom Gesetzgeber bisher für die Privilegierungen angeführten Gemeinwohlgründe akzeptiert das BVerfG im Wesentlichen.

2. Bereits bestandskräftige Steuerbescheide können nicht neu aufgerollt werden; auch noch nicht abgeschlossene Sachverhalte sind weiterhin nach dem derzeitigen (verfassungswidrigen) Recht zu beurteilen.

3. Zu den derzeit vorliegenden Gesetzesentwürfen (insbes. Unternehmensnachfolgeerleichterungsgesetz<sup>9</sup>) äußert sich das BVerfG allenfalls indirekt. Fortführungsfristen scheint das BVerfG jedoch für erforderlich zu halten, während eine vollständige Steuerfreistellung bei 10-jähriger Fortführung nicht in die Argumentationslinie des BVerfG passt. Der Gesetzgeber wird das Gesetz in jedem Fall um einen Bewertungsteil ergänzen müssen. Vorarbeiten dafür wurden im BMF bereits geleistet.

4. Der Gesetzgeber muss die Frist bis zum 31.12.2008 nicht abwarten, sondern kann bereits zum Jahreswechsel 2007/2008 die Reform einleiten, was nicht ausgeschlossen erscheint.

5. Trotz Höherbewertung ist nicht definitiv prognostizierbar, ob das neue Recht in allen Fällen zu einer höheren Steuer führt als bisher. Bei allen Vermögen, die bisher kaum oder nur wenig von Bewertungsprivilegien profitiert haben, kann es zu Verbesserungen kommen.

6. Schulden werden nur noch im Verhältnis von Steuerwert zu Verkehrswert der dazugehörigen Aktiva abzugsfähig sein. Die Steuerwerte müssen aktuell ermittelt werden<sup>10</sup>. Die Privilegien der gewerblich geprägten, vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG werden zwar nicht ausdrücklich erwähnt, sind jedoch auch als verfassungswidrige Fehlallokation der Vorteile von Steuerungsnormen anzusehen. Es ist davon auszugehen, dass diese entfallen werden.

7. Änderungsbedarf bei den allgemeinen Freibeträgen lässt sich aus dem BVerfG-Beschluss nicht herleiten.

8. Die Entscheidung des BVerfG steht in einem deutlichen Widerspruch zu den Erwägungen und Ausführungen, die das BVerfG noch 1995 zur Erbschaftsteuer getroffen hat.<sup>11</sup> Damals war noch von einem Gebot der Berücksichtigung der Sozialgebundenheit von betrieblichem Vermögen und Grundbesitz die Rede. Die Tonart hat von weichem „moll“ in eine harte „dur“-Tonalität gewechselt. Von Eigentumsgarantie und Übermaßbesteuerung ist keine Rede mehr.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

<sup>9</sup> BR-Drucks. 778/06. Siehe dazu *Bäumli*, ZEV 2006, 525; *Birk/Pöhlath*, ZRP 2006, 209; *Brüggemann*, ErbBstg 2006, 224; *Crezelius*, DB 2006, 2252; *Eisele*, NWB 2006, 2597; *Eisele*, NWB 2006, 3693; *Hannes*, DStR 2006, 2058; *Philipp/Oberwalder*, ZErB 2006, 345; *Scheffler/Wigger*, BB 2006, 2443; *Wachter*, ZErB 2006, 391; *Wachter*, GmbH-StB 2006, 356; *Wachter*, StbG 2006, 565; *Ziegenbein/Beine*, BB 2006, 2500; *Zipfel*, BB 2006, 2718.

<sup>10</sup> Insoweit ist dieses Defizit bei Grundbesitz bereits durch das JStG 2007 bereinigt.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss v. 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, 671 = DNotZ 1995, 758.

24. GrEStG § 1 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Leasingvertrag ohne jederzeitige Verwertungsbefugnis nicht grunderwerbsteuerpflichtig*)

**Ein Leasingvertrag begründet keine Verwertungsbefugnis i. S. des § 1 Abs. 2 GrEStG und ist daher nicht grunderwerbsteuerpflichtig, wenn dem Leasingnehmer lediglich das Recht eingeräumt wird, zum Ablauf des Leasingvertrages den Abschluss eines Kaufvertrages über das Leasingobjekt mit dem Leasinggeber herbeizuführen. Eine maßgebliche Verwertungsmöglichkeit besteht i. d. R. nur dann, wenn der Leasingnehmer jederzeit die Übereignung des Grundstücks herbeiführen und sich dadurch den etwaigen Wertzuwachs des Grundstücks verschaffen kann. Auf die ertragsteuerliche Zuordnung des Leasingobjektes kann hierbei für die Grunderwerbsteuer nicht abgestellt werden.**

BFH, Urteil vom 11.4.2006, II R 28/05

Die Klägerin war Eigentümerin eines bebauten Grundstücks. Mit Vertrag vom 16.12.2002 veräußerte sie das Grundstück an eine Grundstücksverwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG (KG), an der sie zu 94 v. H. als Kommanditistin beteiligt war, zu einem Kaufpreis in Höhe von 16.800.000 €. Das beklagte Finanzamt setzte hierfür unter Berücksichtigung des § 5 Abs. 2 GrEStG Grunderwerbsteuer in Höhe von 35.280 € fest.

In der gleichen Vertragsurkunde schloss die Klägerin mit der KG einen Immobilien-Leasingvertrag (Teil C) sowie einen Ankaufsrechtsvertrag (Teil D).

Nach dem Immobilien-Leasingvertrag war die KG verpflichtet, der Klägerin das Leasingobjekt zu vermieten gemäß einem zwischen den Vertragsbeteiligten bereits abgeschlossenen privatschriftlichen Immobilien-Leasingvertrag. Den Vertragsbeteiligten stand ein Kündigungsrecht nur aus wichtigem Grund zu. Die Mietzeit setzte sich zusammen aus einer ersten Mietperiode von 20 und einer weiteren von 10 Jahren. Die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer des Leasingobjektes betrug 33,5 Jahre. Die Miete bemasß sich nach den Gesamtinvestitionskosten, die vorläufig mit 17 Mio. DM angegeben wurden. Die Kosten sollten nach Fertigstellung konkret abgerechnet werden. Die Gesamtinvestitionskosten beinhalteten alle Kosten, die für den Grunderwerb einschließlich Nebenkosten aufgewandt würden, alle Kosten für die vertragsgemäße schlüsselfertige Herstellung des Leasingobjektes, etwaige Sanierungskosten während der Bauzeit sowie die gegebenenfalls anfallende Grunderwerbsteuer für Grund und Boden und Baukosten. Die Klägerin sollte der KG ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses alle aus dem Eigentum und der Vermietung des Leasingobjektes entstehenden Nebenkosten erstatten. Hierzu zählten etwa die Kosten für von der KG abzuschließende Gebäudeversicherungen. Die Gefahr des zufälligen ganzen oder teilweisen Untergangs und der ganzen oder teilweisen Zerstörung des Leasingobjektes hatte die KG zu tragen, sofern der Untergang oder die Zerstörung nicht von der Klägerin zu vertreten war. Die Klägerin hatte eine Betriebshaftpflichtversicherung abzuschließen, an der die KG als Versicherungsnehmerin teilnahm.

Im Ankaufsrechtsvertrag (Teil D) vereinbarten die Vertragsbeteiligten ein Ankaufsrecht in Form eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages. Die Erklärung über die Ausübung des Ankaufsrechts sollte zum Ende der ersten oder zweiten Mietperiode möglich sein. Als Kaufpreis wurde der Verkehrswert vereinbart; dieser sollte sich errechnen aus den Gesamtinvestitionskosten abzüglich der in den Mietzahlungen enthaltenen Abschreibungen. Darüber hinaus vereinbarten die Vertragsbeteiligten zugunsten der Klägerin ein außerordentliches Ankaufsrecht für den Fall, dass über das Vermögen der KG ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wurde oder der Leasingvertrag mangels ausreichender Versicherungsleistungen endete oder von der Klägerin aus wichtigem Grunde wirksam gekündigt wurde. Für diesen Fall entsprach der Kaufpreis dem Barwert der bis zum Ende der Mietzeit noch zu leistenden Mieten und Verwaltungskostenbeiträge zuzüglich des Verkehrswertes des Leasingobjektes abzüglich noch zu zahlender Mieterdarlehen, sollte mindestens aber dem steuerlichen linearen Restbuchwert des Leasingobjektes entsprechen. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs

auf Übertragung des Eigentums bewilligte und beantragte die KG zugunsten der Klägerin die Eintragung einer Auflassungsvormerkung.

Das FA entnahm diesen Verträgen, die Klägerin habe gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG die Verwertungsbefugnis am Grundstück erlangt, und setzte auf der Grundlage der vorläufigen Gesamtinvestitionskosten und unter Anwendung von § 6 Abs. 2 GrEStG Grunderwerbsteuer in Höhe von 35.700 € fest. Das FG hat der nach erfolglosem Einspruch eingelegten Klage stattgegeben. Hiergegen richtet sich die Revision des FA.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass ein Leasingvertrag eine Verwertungsbefugnis i. S. des § 1 Abs. 2 GrEStG nicht begründet, wenn dem Leasingnehmer lediglich das Recht eingeräumt wird, zum Ablauf des Leasingvertrages den Abschluss eines Kaufvertrages über das Leasingobjekt mit dem Leasinggeber (zu einem feststehenden Kaufpreis) herbeizuführen.

a) Nach § 1 Abs. 2 GrEStG unterliegen der Grunderwerbsteuer auch Rechtsvorgänge, die es ohne Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einem anderen rechtlich oder wirtschaftlich ermöglichen, ein inländisches Grundstück auf eigene Rechnung zu verwerten. Dieser Tatbestand ist dann erfüllt, wenn es einem Dritten (Nichtgrundstückseigentümer) ohne Begründung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung rechtlich ermöglicht wird, über ein bestimmtes Grundstück wie ein Eigentümer zu verfügen, d. h. dass er es besitzen, verwalten, nutzen, belasten und schließlich veräußern kann, und sich diese Maßnahmen wirtschaftlich zugunsten oder zu Lasten des Dritten auswirken. Dabei ist es nicht erforderlich, dass dem Dritten jeweils alle für das juristische Eigentum charakteristischen Rechte übertragen werden (vgl. jeweils m. w. N. BFH/NV 2003, 818; BFH/NV 1999, 666; BFH/NV 1996, 579). Er muss aber regelmäßig nicht nur besitz- und nutzungsberechtigt sein, sondern auch an der Substanz des Grundstücks in dem Sinne beteiligt sein, dass er an der ganzen Substanz des Grundstücks seinem Wert nach teilhaben, gegebenenfalls also auch die Substanz soll angreifen können. Die Einwirkungsmöglichkeiten, aus denen die Verwertungsbefugnis hervorgeht, müssen gleichzeitig und in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise bestehen (BFH, (BFH, BStBl III 1965, 265).

b) Es kann offen bleiben, ob es im Streitfall an einer Verwertungsbefugnis der Klägerin gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG schon deswegen fehlte, weil sie sich als ursprüngliche Grundstückseigentümerin Nutzungs- und Ankaufsrechte vorbehalten und der KG das Grundstück von vornherein nur unter diesen Einschränkungen übertragen hatte. Denn der Klägerin war auch keine Verwertung des Grundstücks gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG ermöglicht worden.

Das der Klägerin vertraglich eingeräumte Ankaufsrecht begründete keine Verwertungsbefugnis. Die Klägerin war nicht an der Substanz des Grundstücks in dem Sinne beteiligt, dass sie an der ganzen Substanz des Grundstücks seinem Wert nach sollte teilhaben, gegebenenfalls also auch die Substanz sollte angreifen können. Sie war nicht in der Lage, die Verwertung des Grundstücks selbst herbeizuführen und damit das Grundstück letztlich nach eigenem Belieben zu verwerten (vgl. BFH, BStBl II 1999, 491 = MittBayNot 2000, 67). Eine solche Verwertungsmöglichkeit hat der BFH insbesondere dann angenommen, wenn der Leasingnehmer jederzeit die Übereignung des Grundstücks herbeiführen und sich dadurch

den etwaigen Wertzuwachs des Grundstücks verschaffen kann (vgl. BFH/NV 2003, 818; BFH/NV 1996, 579; BFH, BStBl II 1974, 251). Kann der Leasingnehmer dagegen – wie im Streitfall – die Übereignungsverpflichtung erst zum Ablauf des – ggf. um eine weitere Mietperiode verlängerten – Leasingvertrages herbeiführen, besteht diese Verwertungsmöglichkeit nicht (ebenso *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl. 2004, § 1 Anm. 75). Die Einwirkungsmöglichkeiten, aus denen sich die Verwertungsbefugnis ergibt, bestehen in einem solchen Fall nicht gleichzeitig, sondern folgen zeitlich aufeinander (vgl. BFH, BStBl III 1965, 265). Auf die ertragsteuerliche Zuordnung des Leasingobjektes BMF vom 23.12.1991, IV B 2 – S 2170-115/91, BStBl I 1992, 13 – Ertragsteuerliche Behandlung von Teilamortisations-Leasing-Verträgen über unbewegliche Wirtschaftsgüter – kann hierbei für die Grunderwerbsteuer nicht abgestellt werden (vgl. m. w. N. *Fischer* in Boruttau, GrEStG, 15. Aufl. 2002, § 1 Anm. 688).

Hieran ändert sich auch nichts, wenn – wie im Streitfall – dem Leasingnehmer während der Vertragslaufzeit ein außerordentliches Ankaufsrecht zusteht, dieses aber nur unter im Vertrag näher bestimmten Voraussetzungen ausgeübt werden kann. Denn dann kann der Leasingnehmer nicht nach seinem Belieben wie ein Eigentümer über das Grundstück verfügen.

c) Da der Klägerin eine Verwertungsbefugnis nicht zukam, hat das FG zutreffend entschieden, dass die Verträge im Streitfall die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 GrEStG nicht erfüllen. Der Grunderwerbsteuer unterliegt vielmehr erst der durch Ausübung des Ankaufsrechts herbeigeführte Kaufvertrag (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG).

Bei der Ermittlung der Gegenleistung für diesen Erwerb können neben dem vereinbarten Kaufpreis auch Teile des Nutzungsentgelts (Leasingraten) als „sonstige Leistungen“ i. S. von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG berücksichtigt werden, soweit dieses Nutzungsentgelt den Rahmen der Angemessenheit und Verkehrsüblichkeit übersteigt und als Vorauszahlung auf den Kaufpreis im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks anzusehen ist. Denn für die Annahme, dass die Leasingraten auch Vorauszahlungen auf die Substanz des Leasingobjektes enthalten, spricht der Umstand, dass die Höhe des vereinbarten Nutzungsentgelts von der Höhe der Gesamtherstellungskosten abhängig ist.

### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Gottwald*, MittBayNot 2007, 103 (in diesem Heft).

25. EStG § 4 Abs. 1 Satz 2; § 20 Abs. 1 Nr. 1; GmbHG § 15 Abs. 3 (*Keine Rückgängigmachung einer Entnahme durch nachträgliche Treuhandvereinbarung*)

- Die Übertragung von Geschäftsanteilen ohne Gegenleistung auf am Betrieb nicht beteiligte Dritte stellt eine steuerpflichtige Entnahme dar, wenn eine Treuhandvereinbarung erst nach der formwirksamen Übertragung der Anteile geschlossen wird.**
- Ein nachträglich vereinbartes formwirksames Treuhandverhältnis wirkt nicht auf den Zeitpunkt der ursprünglichen Übertragung zurück. (Leitsätze der Schriftleitung)**

BFH, Urteil vom 25.4.2006, X R 57/04

**Hinweis der Schriftleitung:**

Das Urteil ist mit Gründen in GmbHR 2006, 997 veröffentlicht.

26. EStG § 10 Abs. 1 Nr. 1 a, § 12 Nr. 2 (*Ablösung eines Nießbrauchs gegen dauernde Last*)

1. **Der für eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen erforderliche sachliche Zusammenhang wird dann nicht unterbrochen, wenn sich der Übergeber zunächst den Nießbrauch an dem übertragenen Vermögen vorbehalten hat und der Nießbrauch aufgrund eines später gefassten Entschlusses durch wiederkehrende Leistungen ersetzt wird. Ohne diesen sachlichen Zusammenhang sind Rentenzahlungen keine dauernden Lasten, sondern nicht abziehbare Unterhaltszahlungen.**
2. **Die Ablösung eines Nießbrauchs gegen dauernde Last wird nur anerkannt, wenn die dauernde Last bei der Löschung des Nießbrauchs vereinbart wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BFH, Urteil vom 17.5.2006, X R 2/05

Mit notariellem Vertrag hatte der Kläger von seiner Mutter im Juli 1994 schenkweise u. a. verschiedene Grundstücke erworben, an denen die Mutter sich auf die Dauer ihres Lebens das unentgeltliche Nießbrauchsrecht vorbehalten hatte. Aus einem mit einer Lagerhalle bebauten Grundstück 1 bezog die Mutter jährliche Mieteinnahmen von 9.600 DM; ein weiteres Grundstück nutzte sie zu eigenen Wohnzwecken. Im Oktober 1998 veräußerte der Kläger u. a. zwei der vorgenannten Grundstücke darunter das Grundstück 1 zu einem Gesamtkaufpreis von 664.644 DM an die Gemeinde B. Das daran bestehende Nießbrauchsrecht wurde gelöscht. In einer notariellen Vereinbarung vom März 1999 verpflichtete sich der Kläger, seiner Mutter beginnend mit dem 1.2.1999 eine lebenslängliche Zahlung von monatlich 800 DM zu gewähren. Die Rente sollte zur Versorgung der Mutter dienen und war deshalb wertgesichert. In einer Vorbemerkung zu der Vereinbarung wurde auf das frühere Nießbrauchsrecht der Mutter und auf dessen Löschung im Zuge der Veräußerung des Grundstücks hingewiesen; zugleich wurde ausgeführt, dass die Vereinbarung als „Ausgleich für die Löschung des Nießbrauchsrechts“ geschlossen werde.

Im Jahre 1999 erwarben die Kläger ein unbebautes Grundstück auf Fuerteventura, das sie in der Folgezeit mit einem Ferienhaus bebauten. Das Objekt verfügt über eine Wohnfläche von 196 m<sup>2</sup> und soll der Eigennutzung und Vermietung dienen. Das Gebäude wurde erst im Jahre 2003 behördlicherseits für die Bewohnung freigegeben. Bis zur Entscheidung des FG war das Haus lediglich im Januar und Februar 2004 vermietet worden.

In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger Zahlungen in Höhe von 8.800 DM als dauernde Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG geltend. Das beklagte Finanzamt berücksichtigte diese Zahlungen im Einkommensteuerbescheid für 1999 nicht, weil das betreffende nießbrauchsbelastete Grundstück bereits 1998 veräußert worden sei. Der Einspruch der Kläger hatte keinen Erfolg.

Im Klageverfahren haben die Kläger vorgetragen, das übertragene Grundstück 1 sei eine „existenzsichernde Wirtschaftseinheit“ im Sinne der Rechtsprechung gewesen. Mit der Ablösung des Nießbrauchs und der „gleichzeitigen“ Übernahme der Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen sei ein weiterer Schritt zur endgültigen Vermögensübergabe vollzogen worden. Der erforderliche sachliche Zusammenhang zwischen den wiederkehrenden Leistungen und der Vermögensübergabe sei gegeben, weil der erzielte Kaufpreis zum Teil zum Erwerb von Wertpapieren und im Übrigen für die Anschaffung eines teilweise Vermietungszwecken dienenden Ferienhauses in Spanien verwandt worden sei.

Das FG hat die Klage abgewiesen (EFG 2005, 691). Hiergegen wendet sich die Revision der Kläger.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision wird gemäß § 126 Abs. 2 FGO als unbegründet zurückgewiesen. Das FG hat im Ergebnis zutreffend die Abziehbarkeit der Rentenzahlungen verneint. Diese sind keine dauernde Last nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG, sondern nach § 12 EStG nicht abziehbare Unterhaltszahlungen. Dabei braucht nicht mit dem FG darauf abgestellt zu werden, dass im Übergabevertrag weder die Veräußerung des übertragenen Grundstücks vorgesehen noch eine Vereinbarung über die Verwendung des Veräußerungserlöses getroffen war.

1. Als Sonderausgaben abziehbar sind die auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhenden Renten und dauernden Lasten, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG). Wegen der dogmatischen Grundlagen der von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Grundsätze wird auf den Beschluss des Großen Senats des BFH vom 5.7.1990, GrS 4-6/89 (BStBl II 1990, 847 = MittBayNot 1990, 372), auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 13.9.2000, X R 147/96 (BStBl II 2001, 175), die Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 12.5.2003, GrS 1/00 (BStBl II 2004, 95 = MittBayNot 2004, 306) und GrS 2/00 (BStBl II 2004, 100 = MittBayNot 2004, 310) sowie auf die hierzu ergangene Folgerechtsprechung verwiesen (z. B. BFH, BStBl II 2004, 1053 = MittBayNot 2005, 250).

Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BStBl II 2004, 95 (= MittBayNot 2004, 306) ist für die Abziehbarkeit der dauernden Last die normleitende Vorstellung maßgeblich, dass der Übergeber „das Vermögen ähnlich wie beim Nießbrauchsverbehalt ohne die vorbehaltenen Erträge, die ihm nunmehr als Versorgungsleistungen zufließen, übertragen hat“. Die Vermögensübergabe muss sich so darstellen, dass die vom Übernehmer zugesagten Leistungen obwohl sie von ihm erwirtschaftet werden müssen als zuvor vom Übergeber vorbehaltene abgespaltene Nettoerträge vorstellbar sind. Dies ist für die Abziehbarkeit und materiell-rechtlich korrespondierend für die Steuerbarkeit der privaten Versorgungsrente konstituierend (BFH, BStBl II 2004, 830).

2. Als Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen wird von der Rechtsprechung auch anerkannt, wenn ein anlässlich der Übergabe von Vermögen zur Vorwegnahme der Erbfolge zugunsten des Übergebers und/oder seines Ehegatten vorbehaltenes Nutzungsrecht zu einem späteren Zeitpunkt gegen wiederkehrende Versorgungsleistungen auf die Lebenszeit des Berechtigten mit der Folge abgelöst wird, dass sich der bisherige Ertragsverbehalt fortsetzt und an die Stelle des vorbehaltenen Nießbrauchs die private Versorgungsrente tritt (z. B. BFH, BStBl II 1993, 98 = MittBayNot 1993, 234; BStBl II 2005, 130 = MittBayNot 2005, 252; BFH/NV 2005, 1789). Es handelt sich dann um eine gleitende Vermögensübergabe, bei der die Versorgungsrente das ursprünglich vereinbarte Nutzungsrecht ersetzt (BFH, BStBl II 1993, 98 = MittBayNot 1993, 234; BStBl II 1993, 23 = MittBayNot 1993, 233).

3. Unverzichtbare Voraussetzung für eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ist der sachliche Zusammenhang zwischen der Übergabe von Vermögen einerseits und der Verpflichtung zum Erbringen von Versorgungsleistungen andererseits (BFH, BStBl II 2005, 130 = MittBayNot

2005, 252; BFH/NV 2005, 1789). Dieser sachliche Zusammenhang wird dann nicht unterbrochen, wenn sich der Übergeber zunächst den Nießbrauch an dem übertragenen Vermögen vorbehalten hat und der Nießbrauch aufgrund eines später gefassten Entschlusses durch wiederkehrende Leistungen ersetzt wird (BFH, BStBl II 1993, 98 = MittBayNot 1993, 234; BFH/NV 1993, 586).

Daran fehlt es im Streitfall.

a) Die Mutter des Klägers hatte ihm im Juli 1994 Vermögen übergeben. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Kläger keine Verpflichtung übernehmen müssen, von ihm erzielte Einkünfte als Versorgungsleistungen zu erbringen, weil sich die Mutter das Erwirtschaften der Erträge des Vermögens durch das Nießbrauchsrecht vorbehalten hatte.

b) Die im März 1999 vereinbarte Verpflichtung des Klägers zur Zahlung einer Rente steht in keinem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe von Vermögen. Das Nießbrauchsrecht, dessen Verzicht zugunsten des Vermögensübernehmers dann der Übergabe von Vermögen gegen Versorgungsleistungen gleichsteht, wenn sich im Gegenzug der Vermögensübernehmer zu Versorgungsleistungen verpflichtet, weil sich in den Versorgungsleistungen der Vorbehalt der Erträge fortsetzt, war von der Mutter bereits im Oktober 1998 ohne die im Gegenzug ausbedungene Verpflichtung des Klägers zu wiederkehrenden Leistungen aufgegeben und im Grundbuch gelöscht worden. Es konnte demnach nicht mehr Gegenstand einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sein.

c) Somit wurde das Nießbrauchsrecht anders als für die Wahrung des sachlichen Zusammenhangs erforderlich nicht durch die Verpflichtung zu Rentenzahlungen ersetzt. Mit seiner im Oktober 1998 vorgenommenen Aufhebung ohne die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen war einer gleitenden Vermögensübergabe der Boden entzogen worden. Darauf hatte das FA bereits im Klageverfahren und zuletzt in der Revisionserwidern hingewiesen, ohne dass sich die Kläger dazu geäußert haben.

4. Infolgedessen hat die vom Kläger im Vertrag vom 24.3.1999 eingegangene Verpflichtung zu nach Maßgabe des § 12 EStG nicht abziehbaren Zuwendungen aufgrund einer freiwillig begründeten Rechtspflicht (§ 12 Nr. 2 EStG) geführt. Unter dieses Abzugsverbot fallen auch Renten und dauernde Lasten (§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG), soweit diese wie hier außerhalb der für die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen geltenden Sonderregelung Unterhaltsleistungen oder Leistungen aufgrund freiwillig begründeter Rechtspflicht sind (BFH, BStBl II 1992, 612; BStBl II 1993, 23 = MittBayNot 1993, 233; BStBl II 1996, 663).

5. Mit der Vereinbarung vom 24.3.1999 konnte ein sachlicher Zusammenhang von Vermögensübergabe und Rentenverpflichtung nicht hergestellt werden, und zwar ungeachtet des dieser Vereinbarung vorangestellten Hinweises auf das frühere Nießbrauchsrecht. Der durch die Aufgabe des Nießbrauchs im Oktober 1998 verwirklichte Sachverhalt kann nicht mit steuerlicher Wirkung rückwirkend umgestaltet werden (vgl. § 38 AO; BFH, BStBl II 2000, 208; BStBl II 1985, 55). Einem etwaigen Drängen der am Kauf des Grundstücks interessierten Gemeinde kann in diesem Zusammenhang keinerlei Bedeutung beigemessen werden. Der Kläger war in seiner Entscheidung über den Verkauf und insbesondere über die weitere Gestaltung der Rechtsbeziehungen zu seiner Mutter frei.

27. EStG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (*Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäfts kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft*)

**Die Rückabwicklung eines Anschaffungsgeschäfts wegen irreparabler Vertragsstörungen stellt kein steuerpflichtiges Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG dar.**

BFH, Urteil vom 27.6.2006, IX R 47/04

Die Kläger, zur Einkommensteuer zusammenveranlagte Eheleute, erwarben durch notariellen Vertrag vom 7.8.1997 von einem Bauträger für einen Festpreis von 230.000 DM eine noch zu errichtende Eigentumswohnung.

Nach Fertigstellung wurde die Wohnung ab März 1998 vermietet. Im Juli 2000 forderten die Kläger den Bauträger unter Fristsetzung auf, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu ihren Gunsten zu bewirken; eine Erfüllung nach Fristablauf lehnten sie ab. Nach fruchtlosem Fristablauf und der Insolvenz des Bauträgers forderten die Kläger vom Bürgen, der H-Bank, Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises. Daraufhin zahlte die H-Bank an die Kläger 230.000 DM Zug um Zug gegen Herausgabe der Wohnung.

Im Einkommensteuerbescheid 2000 beurteilte das beklagte Finanzamt (FA) Erwerb und Herausgabe als privates Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG. Unter Berücksichtigung der in den Jahren 1998 bis 2000 in Anspruch genommenen AfA ermittelte das FA einen steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn von 20.381 DM. Der nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobenen Klage gab das FG statt. Hiergegen wendet sich die Revision des FA.

*Gründe:*

## II.

Die Revision ist unbegründet. Sie ist nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass die Rückabwicklung des Grundstückkaufvertrages kein steuerpflichtiges privates Veräußerungsgeschäft ist.

1. Private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG sind Veräußerungsgeschäfte, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung von Grundstücken oder ihnen gleichgestellten Rechten nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Es handelt sich hierbei um einen sog. gestreckten Steuertatbestand, dessen Verwirklichung mit der Anschaffung des Wirtschaftsguts beginnt und mit dessen Veräußerung endet (BFH, BStBl II 2004, 284 = DNotI-Report 2004, 38).

Als Anschaffung und Veräußerung werden im Regelfall der entgeltliche Erwerb und die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsgutes auf eine andere Person aufgefasst (vgl. BFH, BStBl II 2004, 218; BFH/NV 2003, 1171; BStBl II 2000, 614). Darüber hinaus können aber auch andere marktoffene Vorgänge als Veräußerung i. S. von § 23 Abs. 1 EStG zu beurteilen sein, etwa der Tausch eines Fremdwährungsguthabens (BFH, BStBl II 2000, 614) oder das Gattstellungsgeschäft, mit dem ein Optionsberechtigter sich von seiner Option, die er nach den Handelsbedingungen der Börse nicht an Dritte veräußern kann, trennt und dadurch auf dem einzig möglichen Vertragsweg die Werterhöhungen des Wirtschaftsgutes realisiert (BFH, BStBl II 2003, 752).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist die Vorentscheidung im Ergebnis nicht zu beanstanden.

a) Zwar ist die Annahme des FG, ein Anschaffungsvorgang setze eine zivilrechtlich wirksame Eigentumsübertragung voraus, unzutreffend (so aber noch RFH, RStBl 1933, 424; FG Düsseldorf, EFG 1957, 364; *Riewald*, Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz, Teil I, 1941, § 11 StAnpG

Anm. 1), da für eine Anschaffung i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG bereits die Übertragung wirtschaftlichen Eigentums gemäß § 39 AO – wie im Streitfall – ausreichend ist (vgl. BFH/NV 1998, 1352; BFH, BStBl II 1972, 452; BStBl II 1968, 142; *Crezelius* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 23 Rdnr. B 69; *Jacobs-Soyka* in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 23 Rdnr. 64; *Warnke* in Lademann, EStG, § 23 EStG Anm. 128).

b) Dessen ungeachtet ist dem FG im Ergebnis zuzustimmen. Eine Veräußerung i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG liegt nicht vor, wenn sich das ursprüngliche Anschaffungsgeschäft lediglich in ein Abwicklungsverhältnis verwandelt (*Jansen* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Anm. 57; *Kube* in Kirchhof, EStG, 6. Aufl., § 23 Rdnr. 17; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, 25. Aufl., § 23 Rdnr. 49 – ausdrücklich nur zum Rücktritt; *P. Fischer*, FR 2000, 393, 394; vgl. auch BFH, BStBl II 1994, 687, unter 3. b). Denn die Herausgabe des zuvor angeschafften Wirtschaftsgutes stellt hierbei keinen gesonderten marktoffenen Vorgang, sondern nur einen notwendigen Teilakt im Rahmen der Rückabwicklung dar (BGH, NJW 2006, 499, BFH/NV 2006, Beilage 2, 187). Im vorliegenden Fall, auf den das BGB in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung findet (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB), ist es zwischen den Beteiligten unstreitig, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. erfüllt sind. Es kann daher dahinstehen, ob die Kläger den Betrag in Höhe von 230.000 DM als Schadensersatz (§ 326 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB a. F.) vereinnahmt oder ob sie

hiermit lediglich ihre Gegenleistung zurückerhalten (Rücktritt, § 326 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB a. F.) haben.

Gegenteiliges folgt weder aus der Herausgabe der Wohnung an die H-Bank als Bürgen, noch aus der Verteilung von Nutzen und Lasten während des zweijährigen Besitzes der Wohnung. Denn zum einen ist die H-Bank bereits mit ihrer Bürgschaftserklärung in das spätere Rückabwicklungsverhältnis einbezogen worden. Zum anderen sind die den Klägern verbliebenen Mieteinnahmen und die von ihnen getragenen Betriebskosten und AfA lediglich Ausdruck der Tatsache, dass das wirtschaftliche Eigentum übergegangen war; sie ändern aber nichts an der Rückabwicklung des irreparabel gestörten Vertragsverhältnisses.

c) Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht von dem Urteil des I. Senats vom 21.10.1999, I R 43, 44/98 (BStBl II 2000, 424) ab. Denn die Beurteilung der Rückübertragung von Gesellschaftsanteilen im Zuge der Rückabwicklung des ursprünglichen Anschaffungsgeschäfts als Veräußerung der Anteile i. S. des § 17 EStG ist Ausdruck eines besonderen normspezifischen Begriffsverständnisses, um den wirtschaftlichen Gehalt des § 17 EStG zur Geltung zu bringen (BFH, BStBl II 2000, 424, unter II. 2. b dd ddd). Auch verwendet das Einkommensteuergesetz den Begriff der Veräußerung an weiteren Stellen, so z. B. in § 2 a Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 7, § 4 Abs. 3, §§ 6 b, 7 b, 13 a, 14, 14 a, 15 a, 16, 17, 18, 20, 21, 23, 34 d, 43, 43 a EStG, ohne dass er innerhalb des Einkommensteuergesetzes einheitlich ausgelegt würde (BFH, BStBl II 1983, 315; *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 17 Rdnr. 97).

## HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

### Erbschaftsteuer

#### Berechnung des nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerfreien Betrages bei der Zugewinngemeinschaft

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 25.9.2006, 34 – S 3804 – 012 – 37 030/06

Der BFH hat in seinem Urteil vom 29.6.2005 (BStBl II, S. 873) entschieden, dass im Rahmen der Ermittlung des nach § 5 Abs. 1 ErbStG steuerfreien fiktiven Zugewinnausgleichs für die Umrechnung der fiktiven Ausgleichsforderung in den steuerfreien Betrag der Nachlass im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 5 ErbStG nicht um die Beträge zu erhöhen ist, die gemäß § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB infolge unentgeltlicher Zuwendungen bei der Ermittlung der Zugewinnausgleichsforderung dem Endvermögen des Erblassers hinzuzurechnen sind. R 11 Abs. 5 ErbStR ist deshalb mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Umrechnung des steuerfreien Betrags der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung nach dem Verhältnis von Steuerwert und Verkehrswert des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten einschließlich der Hinzurechnungen nach R 11 Abs. 4 erfolgt. Die Hinzurechnungen zum Endvermögen des Erblassers nach § 1375 Abs. 2 BGB bleiben bei der Ermittlung des Verhältnisses unberücksichtigt.

#### Beispiel:

Die Ehefrau wird Alleinerbin ihres im Jahr 2006 verstorbenen Ehemannes. Das maßgebliche Anfangsvermögen des verstorbenen Ehemannes bei Beginn des Güterstands betrug 2.500.000 €, das der Ehefrau 160.000 €. Der Nachlass des verstorbenen Ehemannes hatte einen Verkehrswert von 4.400.000 € und einen Steuerwert von 2.800.000 €. Das Endvermögen der Ehefrau hat einen Verkehrswert von 450.000 €. Auf Grund eines Vertrags zugunsten Dritter erhält die Ehefrau als Begünstigte aus einer Lebensversicherung 390.000 €. Der verstorbene Ehemann hatte im Jahr 2000

400.000 € verschenkt; mit dieser Schenkung war die Ehefrau nicht einverstanden (§ 1375 Abs. 2 BGB).

Der Zugewinn wird wie folgt ermittelt:

	beim verstorbenen Ehemann	bei der Ehefrau
Endvermögen	4.400.000 €	450.000 €
+ steuerpflichtige Versicherungsleistung	390.000 €	
Zwischenwert	4.790.000 €	
+ Hinzurechnung gemäß § 1375 Abs. 2 BGB	400.000 €	0 €
maßgebendes Endvermögen	5.190.000 €	450.000 €
– abzüglich maßgebendes Anfangsvermögen	2.500.000 €	160.000 €
Zugewinn	2.690.000 €	290.000 €

Die fiktive Ausgleichsforderung der Ehefrau beträgt  $\frac{1}{2}$  von (2.690.000 € – 290.000 €) = 1.200.000 €

Nach § 5 Abs. 1 Satz 5 ErbStG ist diese entsprechend dem Verhältnis des Steuerwerts des um die steuerpflichtige Versicherungsleistung erhöhten Nachlasses des Erblassers (2.800.000 € + 390.000 € = 3.190.000 €) zu dessen Verkehrswert steuerfrei:

$$\frac{1.200.000 \text{ €} \times 3.190.000 \text{ €}}{4.790.000 \text{ €}} = 799.165 \text{ €}$$

R 11 Abs. 5 ErbStR wird im Rahmen der nächsten Änderung der Erbschaftsteuerrichtlinien entsprechend angepasst.

Der Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder.

## STANDESNAHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Peter Limmer, Würzburg, wurde mit Wirkung vom 17.1.2007 zum Honorarprofessor an der Universität Würzburg bestellt

Notar Dr. Ulrich Bracker, Präsident der Landesnotarkammer Bayern, Weilheim, wurde am 28.2.2007 das Verdienstkreuz am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans Schmalzl, Ingolstadt, verstorben am 19.1.2007

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.3.2007:

Notar Dr. Klaus J. Schmidt, Schweinfurt

Notar JR Dr. Dieter Wischermann, Kaiserslautern

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Notar Peter Pres, Kaiserslautern

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Notar Dr. Krischan Glaser, Erlangen

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

Notar Horst Bender, München

Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, München

#### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.2.2007:

Bad Aibling                      der Notarin  
Margit Knab  
(bisher in Schrobenhausen)

Tirschenreuth                dem Notarassessor  
Tobias Greiner  
(bisher in Rosenheim  
Notarstelle Lederer)

Mit Wirkung vom 1.3.2007:

Altdorf b. Nürnberg        dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar     Dr. Steffen Limpert  
Jens Kirchner)             (bisher in Schweinfurt  
Notarstelle Dr. Weiß)

Fürstentfeldbruck        dem Notar  
(in Sozietät mit Notar     Dr. Michael Frohnhöfer  
Peter Schüßler)             (bisher in Schwabmünchen)

Kaiserslautern              dem Notar  
Werner Landau  
(bisher in Landstuhl)

Mit Wirkung vom 1.4.2007:

Ingolstadt                      der Notarassessorin  
(in Sozietät mit Notar     Andrea Lichtenwimmer  
Michael Blomeier)         (bisher in München  
Landesnotarkammer Bayern)

Dingolfing                    dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar     Bernhard Gleißner  
Bertrand Koller)           (bisher in München  
Notarstellen Dr. Pachtner/  
Dr. Thiele)

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Friedberg                      dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Notar     Dr. Thomas Ihrig  
Michael Deutrich)         (bisher in München Notar-  
stellen Prof. Dr. Geimer/  
Dr. Graf v. Stosch)

Haag i. OB                     dem Notarassessor  
Dr. Wolfgang Barth  
(bisher in Weilheim  
Notarstelle Dr. Bracker)

#### 5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.2.2007:

Johannes Bolkart, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Forthauer)

Sebastian Herrler, Bamberg (Notarstellen Hillmann/Dr. Eue)

Mit Wirkung vom 1.3.2007:

Franziska Armbruster, Kelheim (Notarstelle Lebert)

Dr. Jens Fröhle, Gernersheim (Notarstelle JR Dr. Wolf)

Alexander Haubold, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/  
Eberl)

Katrin Leßniak, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer)

Florian Machleidt, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Kichner/Dr. Limpert)

#### 6. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Anja Heringer, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 26.2.2007 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessorin Julia Herbst, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp), ab 1.3.2007 in Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Notarassessor Simon Meyer, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Kirchner/Verwaltung), ab 1.3.2007 in Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott)

Notarassessor Christian Müller, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1.3.2007 in Landshut (Notarstelle Dr. Schervier)

Notarassessor Florian Satz, Kelheim (Notarstelle Lebert), ab 1.3.2007 in München (Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)

Notarassessor Thomas Wurm, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Kutter/Dr. Ott), ab 1.3.2007 in Landsberg (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Notarassessor Marcel Wollmann, Ansbach (Notarstellen Dr. Anderle/Thoma), ab 5.3.2007 in Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

Notarassessorin Dr. Natascha Krist, München (Notarstellen Reeh/Dr. Frank), ab 19.3.2007 in München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)

Notarassessor Markus Sikora, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch) ab 19.3.2007 in München (Landesnotarkammer Bayern)

Notarassessor Jörg Saumweber, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter), ab 1.4.2007 in Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Notarassessor Dr. Markus Vierling, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler), ab 1.4.2007 in München (Notarkasse A.d.ö.R.)

Notarassessorin Elke Worthmann, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz), scheidet auf eigenen Wunsch zum 30.4.2007 aus.

Oberinspektor i. N. Christian Albrecht, Marktoberdorf (Notarstelle Baumeister), ab 15.1.2007 in Kempten (Notarstellen Müller-Dohle/Dr. Zechiel)

Oberinspektor i. N. Marcus Piller, Schrobenhausen (Notarstelle Knab), ab 15.1.2007 in Marktoberdorf (Notarstelle Baumeister)

Amtsrat i. N. Wolfgang Lennert, Fürth (Notarstelle Dr. Eckhardt), ab 15.2.2007 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Oberinspektor i. N. Markus Lilly, Feuchtwangen (Notarstelle Dr. Bleifuß), ab 1.3.2007 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Wahl/Adrian)

Oberinspektorin i. N. Barbara Wasner, München (derzeit im Sonderurlaub), ab 1.3.2007 in München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöllner)

## 7. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberamtsrat i. N. Ralf Klinger, München (Notarstellen Dr. Streber/Dr. Schubert) ab 1.3.2007 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Walter Konrad, Landau i. d. Pf. (Notarstellen Baumann/Sties), ab 1.4.2007 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Monika Zivkovic, Dingolfing (Notarstellen Koller/Verwaltung), ab 1.4.2007 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Walter Hain, Regen (Notarstellen Prof. Dr. Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz), ab 1.5.2007 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Friedrich Kaiser (Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer), ab 1.5.2007 im Ruhestand

## Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Abensberg, Notarstelle Dr. Knapp,  
E-Mail: dr.knapp@notar-knapp.de

Altdorf b. Nürnberg, Notarstellen Kirchner/Dr. Limpert,  
E-Mail: kirchner.limpert@notar-net.de

Amberg, Notarstellen Hantke/Engelhardt,  
E-Mail: info@notare-hantke-engelhardt.de

Geisenfeld, Notarstelle Frhr. von Steinaecker,  
E-Mail: notar@freiherr-von-steinaecker.de

Gerolzhofen, Notarstelle Dünninger,  
E-Mail: mail@notar-duenninger.de

Hassloch, Notarstelle Dr. Sefrin,  
E-Mail: info@notariat-hassloch.de

München, Notarstellen Dr. Schalkhauser/Dr. Wenner,  
Homepage: www.notare-schalkhauser-wenner.de

Nürnberg, Notarstelle Busse,  
E-Mail: mail@notar-busse.de,  
Homepage: www.notar-busse.de

Osterhofen, Notarstelle Dr. Kappler,  
E-Mail: notar@notar-kappler.de

Prien, Notarstellen Dr. von Daumiller/Dr. Rieger,  
Telefon: 08051 961610, Telefax 08051 9616161



---

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer  
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

## SONSTIGES

### Zweites Symposium des Instituts für Notarrecht

an der Friedrich-Schiller-Universität Jena  
am Freitag, 20.4.2007

#### Das neue GmbH-Recht

<p><b>9.30 Uhr</b></p>	<p><b>Begrüßung</b> durch Prof. Dr. <i>Elisabeth Koch</i> Direktorin des Instituts für Notarrecht</p> <p><b>Grußwort</b> durch Notar Prof. Dr. <i>Rainer Kanzleiter</i></p> <p>Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.</p> <p><b>Grußwort und Einführung</b> durch Prof. Dr. <i>Walter Bayer</i> Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät</p>	<p><b>15.00 Uhr</b></p>	<p><b>Abteilung 3: Haftungsfragen</b></p> <p><b>Geschäftsführerplichten und Geschäftsführerhaftung in der Krise</b> Prof. Dr. <i>Detlef Kleindiek</i>, Bielefeld</p> <p><b>Haftung wegen Existenzvernichtung</b> RiBGH Prof. Dr. <i>Markus Gehrlein</i>, Karlsruhe</p>
<p><b>9.45 Uhr</b></p>	<p><b>Abteilung 1: Gründung und Anteilsübertragung</b></p> <p><b>Die Gründung der GmbH nach dem MoMiG</b> RA Dr. <i>Andreas Heidinger</i>, Würzburg</p> <p><b>Abtretung von Geschäftsanteilen und gutgläubiger Erwerb</b> RA Dr. <i>Jochem Reichert</i>, Mannheim</p>	<p><b>17.00 Uhr</b></p>	<p><b>Schlusswort</b></p>
<p><b>11.15 Uhr</b></p>	<p>Kaffeepause</p>	<p>Veranstaltungsort: Aula des Universitätshauptgebäudes, Fürstengraben 1, 07743 Jena</p> <p>Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– 80 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.</li> <li>– 110 € für Nichtmitglieder</li> <li>– 40 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung</li> <li>– frei für Studenten und wissenschaftliche Mitarbeiter</li> </ul>	
<p><b>11.45 Uhr</b></p>	<p><b>Abteilung 2: Kapitalschutz</b></p> <p><b>Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (mit Cash Pool)</b> RA Dr. <i>Andreas Pentz</i>, Mannheim</p> <p><b>Eigenkapitalersatz</b> Prof. Dr. <i>Holger Altmeyen</i>, Passau</p>	<p><u>Anmeldungen bitte bis zum 5.4.2007</u> an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena; Tel.: 03641 942510, Fax: 03641 942512, E-Mail: notarinstitut@recht.uni-jena.de</p>	
<p><b>13.30 Uhr</b></p>	<p>Mittagspause</p>		

#### Veranstaltungen des DAI

- |  |   |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Update Kostenrecht<br/>(Schmidt, Tiedtke)<br/>21.4.2007 in Bremen</li> <li>2. WEG aktuell<br/>(Hügel, Rapp)<br/>27.4.2007 in Köln<br/>28.4.2007 in Kaiserslautern<br/>12.5.2007 in Bad Homburg</li> <li>3. Haftungsfallen im Erbrecht – Typische Fälle<br/>aus der notariellen Praxis<br/>(Ivo, Müller)<br/>28.4.2007 in Berlin</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>4. Intensivkurs Überlassungsvertrag<br/>(Geck, Mayer)<br/>4./5.5.2007 in Bochum</li> </ol> <p><b>Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.</b> Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.</p> |
|--|---|

**Neuerscheinungen**

1. Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos (Hrsg.): Handbuch des Fachanwalts Erbrecht. 2. Aufl., Luchterhand, 2007. 1 483 S., 109 €
2. Gassen/Wegerhoff: Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis. ZAP, 2007. 342 S., 88 € + CD-ROM
3. Heidel: Aktienrecht. 2. Aufl., Nomos, 2007. 3 090 S., 168 €
4. Hopt: Vertrags- und Formularbuch. 3. Aufl., Beck, 2007. 1 519 S., 140 €
5. Hintzen/Wolf: Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Giesecking, 2006. 1 459 S., 128 €
6. Just: Die englische Limited in der Praxis. 2. Aufl., Beck, 2006. 147 S., 32 €
7. Kroiß/Ann/Mayer: AnwaltKommentar BGB. Band 5: Erbrecht. 2. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, 2007. 1 806 S., 188 €
8. Krug/Rudolf/Kroiß: Anwaltformulare Erbrecht. 3. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, 2006. 1 886 S., 128 € + CD-ROM
9. Netz: Grundstücksverkehrsgesetz. 3. Aufl., Agricola, 2006. 1 150 S., 94 €
10. K. Schmidt: Münchener Kommentar zum HGB. Band 3: §§ 161–237, Konzernrecht der Personengesellschaften. 2. Aufl., Beck/Vahlen, 2007. 747 S., 148 €
11. Tetenberg: Anwartschaft des Auflassungsempfängers. Beck, 2006. 220 S., 45 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F