

5 MittBayNot

Begründet 1864

September/Oktober 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

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

Dr. Markus Vierling,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Saumweber: Die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes
in der notariellen Praxis 357

Mayer/Weiler: Aktuelle Änderungen des Umwandlungsrechts
aus Sicht der notariellen Praxis 368

Pötting: Die Erbauseinandersetzung in der notariellen
Vertragsgestaltung – Teil 2 376

Görk: Zur Zulässigkeit der Änderung von Hauptversammlungs-
niederschriften 382

Süß: Güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen
bei italienischen Eheleuten 385

Rechtsprechung

Bürgschaftsverwahrung durch Notar
(BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05) 397
mit Anmerkung *Basty* 398

Verbundenes Geschäft beim finanzierten Grundstückskauf
(Brandenburgisches OLG, Urteil vom 21.3.2007, 4 U 79/06) 400
mit Anmerkung *Volmer* 401

Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nur bei Ausschluss
des Eigentümers
(OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.7.2006, 20 W 450/05) 402
mit Anmerkung *Adam* 403

Unwirksamer Unterhaltsverzicht eines ausländischen Ehegatten
(BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 119/04) 405
mit Anmerkung *Brandt* 407

Steuerliche Beratung durch Notar
(OLG München, Urteil vom 18.1.2007, 1 U 3684/06) 423
mit Anmerkung *Stelzer* 426

Grundstücksbegriff des GrdstVG
(OLG Schleswig, Beschluss vom 12.9.2006, 3 WLw 39/06) 431
mit Anmerkung *Grziwotz* 433

Schenkung von Personengesellschaftsanteilen grund-
erwerbsteuerfrei
(BFH, Urteil vom 12.10.2006, II R 79/05) 435
mit Anmerkung *Everts* 435

Gütergemeinschaft als Besitzunternehmen
(BFH, Urteil vom 19.10.2006, IV RR 22/02) 437
mit Anmerkung *Bauer* 438

Inhalt

Aufsätze

- Saumweber*: Die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes in der notariellen Praxis **357**
- Mayer/Weiler*: Aktuelle Änderungen des Umwandlungsrechts aus Sicht der notariellen Praxis **368**
- Pötting*: Die Erbauseinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung – Teil 2 **376**
- Görk*: Zur Zulässigkeit der Änderung von Hauptversammlungsprotokollen **382**
- Süß*: Güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen bei italienischen Eheleuten **385**

Buchbesprechungen

- Beck-Online: Notarrecht plus (*Schervier*) **388**
- Huber: Anfechtungsgesetz (*Kroier*) **389**
- Blank: Bauträgervertrag (*Eue*) **390**
- von Preuschen-von Lewinski: Baumaßnahmen des Mieters auf fremden Grund und Boden (*Volmer*) **391**
- Köhler: Das neue WEG (*Hecht*) **392**
- Zimmermann: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis (*Albrecht*) **393**
- Reimann/Bengel/J. Mayer: Testament und Erbvertrag (*Rojahn*) **393**
- Kornxl: Nachlassplanung bei Problemkindern (*Stiebitz*) **394**
- Weingärtner/Ehrlich: Dienstordnung für Notarinnen und Notare (*Krebs*) **395**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Bürgschaftsverwahrung durch Notar (BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05) **397**
mit Anmerkung *Basty* **398**
2. Verbundenes Geschäft beim finanzierten Grundstückskauf (Brandenburgisches OLG, Urteil vom 21.3.2007, 4 U 79/06) **400**
mit Anmerkung *Volmer* **401**

Inhalt (Fortsetzung)

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nur bei Ausschluss des Eigentümers
(OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.7.2006, 20 W 450/05) **402**
mit Anmerkung *Adam* **403**
4. Grundbuchberichtigung für Grunddienstbarkeit, die schon
vor Anlegen der Grundbücher bestand
(OLG München, Beschluss vom 23.3.2007, 32 Wx 019/07) **404**

Familienrecht

5. Unwirksamer Unterhaltsverzicht eines ausländischen Ehegatten
(BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 119/04) **405**
mit Anmerkung *Brandt* **407**
6. Wertersatz bei Auseinandersetzung Gütergemeinschaft
(BGH, Urteil vom 31.1.2007, XII ZR 131/04) **409**

Erbrecht

7. 30-jährige Verjährungsfrist für erbrechtliche Ansprüche
(BGH, Urteil vom 18.4.2007, IV ZR 279/05) **411**
8. Anspruch auf notarielles Nachlassverzeichnis
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.8.2006, 15 W 23/06) **412**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. Beurkundungspflicht der Erklärungen beider Vertragsparteien
bei Geschäftsanteilsabtretung
(BGH, Beschluss vom 8.5.2007, VIII ZR 235/06) **416**
10. Haftung des Kreditinstituts für unrichtige Bestätigung einer Bareinlage
(OLG München, Urteil vom 6.11.2006, 19 U 2754) **417**
11. Taschenkontrolle vor Hauptversammlung (*nur Leitsatz*)
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16.2.2007, 5 W 43/06) **421**

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. Vollstreckung in Grundstück einer Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.3.2007, 3 W 232/06) **421**

Beurkundungs- und Notarrecht

13. Vernichtung eines Hauptversammlungsprotokolls als Urkundenunterdrückung
(OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.11.2006, 2 Ws 173/05) **422**
14. Steuerliche Beratung durch Notar
(OLG München, Urteil vom 18.1.2007, 1 U 3684/06) **423**
mit Anmerkung *Stelzer* **426**

Inhalt (Fortsetzung)

Kostenrecht

15. Anrechnung der Entwurfs- auf die Beurkundungsgebühr
(OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2007, 15 W 161/06) **427**
16. Keine Berufung auf § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO bei Beanstandungen
des Kostenschuldners
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2007, I-10 W 132/06) **430**

Öffentliches Recht

17. Grundstücksbegriff des GrdstVG
(OLG Schleswig, Beschluss vom 12.9.2006, 3 WLw 39/06) **431**
mit Anmerkung *Grziwotz* **433**

Steuerrecht

18. Schenkung von Personengesellschaftsanteilen grunderwerbsteuerfrei
(BFH, Urteil vom 12.10.2006, II R 79/05) **435**
mit Anmerkung *Everts* **435**
19. Gütergemeinschaft als Besitzunternehmen
(BFH, Urteil vom 19.10.2006, IV RR 22/02) **437**
mit Anmerkung *Bauer* **438**

Standesnachrichten 441

Sonstiges III

5 | **MittBayNot** Begründet 1864

Sept./Okt. 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,
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer,
Dr. Eckhard Wälzholz

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

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

AUFSÄTZE

Die Reform des Wohnungseigentumsgesetzes in der notariellen Praxis

Von Notarassessor *Jörg Saumweber*, Aschaffenburg

Zum 1.7.2007 ist das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze¹ in Kraft getreten. Ziel der Reform ist insbesondere eine vereinfachte Verwaltung von Eigentumswohnungen, da mit dem Wohnungseigentumsgesetz auch viele Wohnanlagen in die Jahre gekommen sind und daher einem gestiegenen Renovierungsbedarf unterliegen. Der folgende Artikel soll einen Überblick über die aus notarieller Sicht bedeutsamen Gesetzesänderungen bieten und jeweils am Ende eines Abschnitts Anregungen zur notariellen Gestaltung von Gemeinschaftsordnung und Veräußerungsvertrag geben.

A. Änderung von Vereinbarungen

I. Anspruch auf Änderung, § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG n. F.

Nach bereits herrschender Rechtsprechung steht einem Wohnungseigentümer gegenüber den anderen ein schuldrechtlicher Anspruch auf Zustimmung zur Änderung einer Vereinbarung dann zu, wenn außergewöhnliche Umstände ein Festhalten an der geltenden Regelung als grob unbillig und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) erscheinen lassen.² Um den Grundsatz, dass Vereinbarungen bindend sind, nicht auszuhöhlen, legt die Rechtsprechung zur Feststellung der „grogen Unbilligkeit“ allerdings einen strengen Maßstab an.³ Einem Erwerber sei die Gemeinschaftsordnung bekannt; jedenfalls hätte sie und

die darin festgelegten Folgen ihm bekannt sein können. In der Praxis wird demgegenüber darauf hingewiesen, dass der Erwerber insoweit häufig überfordert sei.

§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG n. F. regelt künftig, dass jeder Wohnungseigentümer „eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen (kann), soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint“. Diese Neuregelung dient der Rechtsklarheit durch Kodifizierung des bereits von der Rechtsprechung anerkannten Anspruchs auf Anpassung. Im Hinblick auf die Voraussetzungen des Anspruchs sieht die Regelung auch eine Erleichterung gegenüber der geltenden Rechtsprechung vor. Künftig wird auf „schwerwiegende Gründe“ abgestellt, die eher vorliegen als „außergewöhnliche Umstände“. Zudem muss die bestehende Regelung in der Gemeinschaftsordnung künftig nicht mehr „grob unbillig“ sein und damit gegen Treu und Glauben verstoßen. Ausreichend ist vielmehr, dass ein Festhalten an der geltenden Regelung „unbillig“ erscheint. Für den Betroffenen ist daher kein so großer Nachteil erforderlich wie bei dem bisherigen Maßstab der „grogen Unbilligkeit“. Die Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer müssen berücksichtigt werden, wodurch der erforderliche Schutz des Vertrauens der anderen Wohnungseigentümer in die jeweils bestehende Vereinbarung gewährleistet bleibt.

¹ BGBI 2007 I, S. 370 ff.; dazu auch *Köhler*, NotBZ 2007, 113 und *Löffler/Weise*, MDR 2007, 561.

² Vgl. BGH, NJW 2003, 3476, 3477 m. w. N. = DNotZ 2004, 366.

³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucks. 16/887, S. 18 m. w. N. Nur exemplarisch sei hier die Entscheidung des BayObLG vom 1.2.2001 genannt, in der ein Anspruch auf Anpassung verneint wurde, obwohl die durch die Vereinbarung getroffene Regelung zu 50 % höheren Kosten als bei einer Verteilung nach der Wohnfläche führte (NZM 2001, 290). Nach einer Entscheidung des BGH führt eine Abweichung von 58 % ebenfalls nicht zur Anpassung (NJW 2004, 3413 = DNotZ 2005, 218).

Auch wenn in der Vergangenheit fast immer die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels Gegenstand der einschlägigen gerichtlichen Auseinandersetzungen war,⁴ wird ein konkreter Schwellenwert für die Frage der Unbilligkeit in diesem Bereich nicht festgelegt, da sich dieser im Einzelfall als zu starr erweisen könnte. Eine Auslegungshilfe bietet jedoch die Gesetzesbegründung: Weicht die Wohn- oder Nutzfläche um mehr als 25 % von dem für die Kostenverteilung maßgeblichen Miteigentumsanteil ab, so sollen aufgrund der mit der Kodifizierung verbundenen Absenkung der Anforderungen die Voraussetzungen eines Anpassungsanspruchs in der Regel vorliegen, und zwar unabhängig davon, ob die Kostenregelung sich von Anfang an oder erst aufgrund nachträglich geänderter Umstände als unbillig erweist.⁵ Die Neuregelung betrifft nur schuldrechtliche Vereinbarungen; ein Anspruch auf Zustimmung zur Änderung der Aufteilung in Miteigentumsanteile ist damit nicht verbunden, da hierfür kein Bedürfnis bestehe.⁶

Der Abänderungsanspruch dürfte in der Gemeinschaftsordnung nicht eingeschränkt werden können, da er nach Ansicht des Gesetzgebers nur eine Normierung des sich aus dem allgemeinen Treueverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander ergebenden Anspruchs darstellt.⁷

II. Zustimmung dinglich Berechtigter, § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3 WEG n. F.

Zur Änderung von Vereinbarungen ist nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung gemäß §§ 877, 876 Satz 1 BGB analog die Zustimmung von dinglich Berechtigten erforderlich, wenn diese von der Änderung betroffen werden. Die Zustimmung ist nur dann entbehrlich, wenn entweder die Belastung auf allen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten gleichmäßig lastet⁸ (beispielsweise Dienstbarkeiten am ganzen Grundstück oder Globalgrundschulden zur Finanzierung des Bauvorhabens durch den Bauträger) oder wenn nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch jegliche sonstige Beeinträchtigung mit Sicherheit ausgeschlossen ist.⁹ Diese Situation führt nach Ansicht des Gesetzgebers zu einer Überdehnung des Schutzes der Inhaber dinglicher Rechte, da beispielsweise mit der Zuweisung eines Stellplatzes durch Begründung eines Sondernutzungsrechts zwar in rechtlicher Hinsicht ein Nachteil (nämlich die Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums) verbunden ist, das Wohnungs- oder Teileigentum, dem ein Sondernutzungsrecht zugewiesen wurde, hierdurch jedoch einen wirtschaftlichen Vorteil erhält. Die Praxis neige dazu, aufgrund der vielfach unklaren Rechtslage sicherheitshalber die Zustimmung aller Gläubiger einzuholen, was mit unnötigem Arbeitsaufwand und Kosten verbunden sei, die schließlich die einzelnen Wohnungseigentümer zu tragen haben; in größeren Anlagen sei eine Änderung von Vereinbarungen aus diesem Grund vielfach nicht zu erreichen.¹⁰

4 BT-Drucks. 16/887, S. 19.

5 BT-Drucks. 16/887, S. 18 f. (in Anlehnung an KG Berlin, NZM 2004, 549).

6 BT-Drucks. 16/887, S. 19.

7 Hügel in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 32.

8 Vgl. Hügel in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 1672; Röhl, DNotZ 2000, 751.

9 Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 2858; BGH, NJW 1984, 2409; BayObLG, DNotZ 1990, 381.

10 BT-Drucks. 16/887, S. 14 f.

1. Einschränkung der Zustimmungserfordernisse

Durch die Neuregelung in § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG n. F. kommt es zu einer Einschränkung der bisherigen Zustimmungserfordernisse. Künftig ist zunächst nach der Art der Belastung zwischen Grundpfandrechten und Reallasten einerseits und sonstigen Belastungen andererseits zu differenzieren. Bei Grundpfandrechten und Reallasten ist eine bislang erforderliche Gläubigerzustimmung grundsätzlich entbehrlich; nur wenn ein Sondernutzungsrecht begründet, aufgehoben, geändert oder übertragen wird, bleibt es bei der Erforderlichkeit der Zustimmung. Bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts ist die Zustimmung eines dinglichen Gläubigers aber wiederum dann nicht erforderlich, wenn gleichzeitig auch das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird, § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG n. F. Bei allen anderen Arten von Belastungen verbleibt es bei den bereits jetzt bestehenden Zustimmungserfordernissen.

Grundpfandrechte und Reallasten geben dem Gläubiger eine Verwertungsbefugnis. Eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer muss aus Gründen des Gläubigerschutzes immer dann zustimmungsbedürftig sein, soweit sie die Verwertungsmöglichkeit in der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung beeinträchtigt; vereinfacht ausgedrückt also, wenn das belastete Wohnungseigentum durch die Vereinbarung weniger wert ist. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn dem Gläubiger ein bereits bestehendes Sondernutzungsrecht durch Aufhebung, Übertragung oder Inhaltsänderung entzogen wird oder wenn die Nutzbarkeit des Gemeinschaftseigentums durch Begründung von Sondernutzungsrechten beeinträchtigt wird. Inwieweit jedoch Vereinbarungen anderer Art wie z. B. Verfügungsbeschränkungen gemäß § 12 WEG, Zweckänderungen gemäß § 13 Abs. 1 WEG oder Gebrauchsregelungen gemäß § 15 Abs. 1 WEG, für die nach alter Rechtslage die Zustimmung eingetragener Gläubiger ebenfalls erforderlich war, eine derartige Beeinträchtigung darstellen, lasse sich jedoch nicht im Zeitpunkt des Abschlusses, sondern erst bei der Vollstreckung beurteilen. Diese Vereinbarungen stünden daher in ihrer Wirkung anderen Maßnahmen der Wohnungseigentümer gleich, die den Wert der Wohnung beeinflussen, deren Auswirkungen sich jedoch erst später beurteilen lassen,¹¹ wie beispielsweise die bauliche Instandhaltung. Wenn aber ein Gläubiger dieses Risiko bei der Kreditvergabe berücksichtigen müsse, so könne von ihm auch verlangt werden, dies im Hinblick auf die vorstehend genannten – und nun ohne seine Zustimmung möglichen – Vereinbarungen zu tun.¹²

Im Falle einer Belastung mit Verwertungsrechten könne sich ein dinglicher Gläubiger im Regelfall auch darauf verlassen, dass ein Eigentümer einer Vereinbarung, die sein Wohnungs- oder Teileigentum entwertet, nicht zustimmen werde.¹³ Anders ist dies bei sonstigen dinglichen Belastungen (Dienstwohn- und -nutzungsrechte); diese verleihen dem Berechtigten das Recht, den belasteten Gegenstand umfassend oder in bestimmten Beziehungen zu nutzen. Der Dienstbarkeitsberechtigte hat somit ein Interesse an einer bestimmten Art der Nutzung, die auf den Wert der Wohnung an sich mög-

11 BT-Drucks. 16/887, S. 16; a. A. Hügel in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 66, wonach beispielsweise bei Nutzungsbeschränkung einer Einheit, die vorher für jedes Gewerbe und nach Beschränkung nur noch als Büroraum genutzt werden darf, der Wertverlust von vornherein klar ist.

12 BT-Drucks. 16/887, S. 16.

13 BT-Drucks. 16/887, S. 16.

licherweise keinen Einfluss hat. Da einerseits derartige dingliche Rechte im Einzelfall ganz unterschiedlich ausgestaltet sein können, so dass eine Bildung von Gruppen zustimmungspflichtiger und nicht zustimmungspflichtiger Vereinbarungen nicht möglich ist, andererseits diese Rechte zahlenmäßig gegenüber den Verwertungsrechten nicht ins Gewicht fallen, hat es der Gesetzgeber bei der hierfür bereits bestehenden Zustimmungspflicht belassen.¹⁴

2. Sondernutzungsrechte

Um den Schutz eines Grundpfandrechtsgläubigers jedoch nicht zu überspannen, ist dessen Zustimmung im Fall der Begründung von Sondernutzungsrechten nicht erforderlich, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird. Der Gesetzgeber dachte hier an die Verteilung einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche, wobei mit jeder Wohnung ein Stellplatz verbunden wird;¹⁵ mit einer derartigen Zuweisung ist richtigerweise eine Werterhöhung der einzelnen Wohnungen verbunden.¹⁶ Soweit es in Ausnahmefällen doch zu einer Beeinträchtigung der Rechte von Grundpfandrechtsgläubigern komme, seien diese im Rahmen einer Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einem praktikablen Verfahren „insgesamt als gering zu bewerten und daher hinnehmbar“.¹⁷

Nicht erforderlich ist, dass die zugewiesenen Sondernutzungsrechte gleichartig (z. B. mehrere Pkw-Stellplätze) oder jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig (z. B. Stellplatz und Gartenfläche) sind. Durch eine derartige Regelung wäre auch nichts gewonnen, denn Notar und Grundbuchamt könnten jedenfalls die Gleichwertigkeit kaum mit ausreichender Sicherheit ermitteln, so dass deswegen doch wieder vorsorglich die Gläubigerzustimmung eingeholt werden müsste. Allerdings hat der Eigentümer eines mit einer Grundschuld als Kreditsicherheit belasteten Wohnungseigentums die Vereinbarungen mit der Grundschuldgläubigerin aus dem Sicherungsvertrag zu beachten. Insoweit ist er verpflichtet, Maßnahmen zu unterlassen, die den Sicherungsgegenstand entwerten. Um zu verhindern, sich gemäß § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag schadensersatzpflichtig zu machen, sollten Eigentümer von mit Grundschulden belasteten Wohnungen jedenfalls das – aus Beweisgründen schriftliche – Einverständnis der betroffenen Gläubiger einholen, soweit Sondernutzungsrechte von erheblichem wirtschaftlichem Ungleichgewicht begründet werden, auch wenn dies künftig für die Wirksamkeit und die Eintragung ins Grundbuch nicht mehr erforderlich ist.¹⁸

3. Gestaltung

Um dem Bauträger beim Verkauf der einzelnen Wohnungen die flexible Zuweisung von Sondernutzungsrechten, insbesondere von Pkw-Stellplätzen, ohne Zustimmung dinglicher Gläubiger zu ermöglichen, enthält die Teilungserklärung oftmals einen (auch durch Zuweisung aufschiebend bedingten) Ausschluss aller Eigentümer von der Nutzung der vorgesehe-

nen Fläche mit Ausnahme des Bauträgers, verbunden mit der Befugnis, Sondernutzungsrechte später mit bestimmten Einheiten zu verbinden.¹⁹ Auch nach neuer Rechtslage wäre ohne eine derartige Regelung hierfür weiterhin die Zustimmung aller dinglichen Gläubiger erforderlich, da die Zuordnung bei jeder einzelnen Veräußerung und somit die Verbindung mit den Sondernutzungsrechten nicht „gleichzeitig“ erfolgt. Daneben müssten selbstverständlich noch sämtliche Wohnungseigentümer zustimmen, sofern diese nicht entsprechende Vollmachten erteilt haben. Eine Zuweisungsbefugnis in der Teilungserklärung für den Bauträger ist also nach wie vor erforderlich.

Die Neuregelung kann außerdem zu Umgehungsstrategien verleiten. Soll beispielsweise nur für einen von mehreren Eigentümern ein Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz begründet werden, wäre nun zur Verringerung von Zustimmungskosten und Zeitaufwand denkbar, auch für die anderen Eigentümer je ein Sondernutzungsrecht, allerdings völlig anderen Inhalts und ohne wirtschaftlichen Wert, zu begründen, wobei sich Eigentümer von mit Grundpfandrechten belasteten Wohnungen gegenüber den dinglichen Gläubigern hierdurch wie gezeigt wohl schadensersatzpflichtig machen.²⁰ Soweit auch nach der Neuregelung noch die Zustimmung dinglich Berechtigter erforderlich ist, bietet sich nach wie vor an, ein Unschädlichkeitszeugnis zu erwirken.²¹ Dieses gilt auch, wenn sich die Beeinträchtigung aus der nachträglichen Begründung von Sondernutzungsrechten ergibt.²²

B. Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer²³

Mit Beschluss vom 2.6.2005²⁴ hatte der BGH seine bisherige Rechtsprechung geändert und entschieden, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Rechtssubjekt eigener Art teilrechtsfähig ist. In der Literatur ist diese Entscheidung teilweise auf Kritik gestoßen; für die Praxis bestand erheblicher Klärungsbedarf.²⁵ Aufgrund der mit der Teilrechtsfähigkeit verbundenen Vorteile²⁶ hat sich der Gesetzgeber entschieden, diese nun gesetzlich zu normieren. Aufrechterhalten werden sollte der Charakter des Wohnungseigentums als „echtes Eigentum“;²⁷ die Rechtsfähigkeit der Wohnungs-

¹⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 16.

¹⁵ Dieser Fall lag der Entscheidung in BGH, NJW 1984, 2409 zugrunde.

¹⁶ BT-Drucks. 16/887, S. 15.

¹⁷ BT-Drucks. 16/887, S. 16.

¹⁸ *Amann/Everts/Hertel*, Tagungsunterlage zur Fortbildung DAI-Immobilienrecht 2006/2007, S. 137.

¹⁹ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2913 a.

²⁰ *Hügel* in *Hügel/Rapp*, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 65 f. nennt als Beispiel ein Sondernutzungsrecht an einem Quadratmeter gemeinschaftlicher Grundstücksfläche und weist darauf hin, dass hierfür die Eigentümergemeinschaft sogar weiterhin unterhaltungs- und kostentragungspflichtig sein kann.

²¹ Art. 1 Abs. 2 UnschZG erweitert den Anwendungsbereich ausdrücklich auch auf Wohnungseigentum.

²² BayObLG, MittBayNot 1988, 75.

²³ Hierzu *Wenzel*, ZWE 2006, 462.

²⁴ NJW 2005, 2061 = DNotZ 2005, 776 = MittBayNot 2005, 495.

²⁵ Vgl. nur *Armbrüster*, ZWE 2005, 369; *Bub/Petersen*, NJW 2005, 2590; *Demharter*, ZWE 2005, 357; *Häublein*, ZMR 2005, 557; *Hügel*, DNotZ 2005, 753; *Rapp*, MittBayNot 2005, 449; *Schmidt*, NotBZ 2005, 309.

²⁶ Beim Wechsel eines Wohnungseigentümers ist keine Einzelübertragung der Anteile am Verwaltungsvermögen mehr erforderlich. Die Gemeinschaft kann als Gläubigerin einer Zwangshypothek in das Grundbuch eingetragen werden und ist parteifähig (BT-Drucks. 16/887, S. 56).

²⁷ Aus diesem Grunde wird das Sondereigentum und das gemeinschaftliche Eigentum in § 10 Abs. 1 WEG n. F. ausdrücklich erwähnt.

eigentümergeinschaft sollte sich daher nur auf Teile der Angelegenheiten der Wohnungseigentümer erstrecken.²⁸ Es gibt künftig zwei Arten von Gemeinschaftseigentum, nämlich einerseits das (echte) Bruchteileigentum am Grundstück und den sonstigen im Gemeinschaftseigentum stehenden Gebäudeteilen, andererseits das Verbandsvermögen.²⁹

I. Abgrenzung, § 10 Abs. 1 und 6 WEG n. F.

§ 10 Abs. 1 WEG n. F. regelt, dass „Inhaber der Rechte und Pflichten“ die Wohnungseigentümer sind, soweit nichts anderes ausdrücklich bestimmt ist. Eine solche Bestimmung, mit der Rechte der Gemeinschaft als solcher zugeordnet werden, trifft § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG n. F. Die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft besteht im Rahmen der „gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“. Durch diese Formulierung wird nicht nur die Verwaltung i. S. d. §§ 21 ff. WEG erfasst, sondern die gesamte Geschäftsführung zugunsten der Wohnungseigentümer hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums.³⁰ Der Gemeinschaft steht künftig das Verwaltungsvermögen zu (§ 10 Abs. 7 WEG n. F., dazu sogleich), also der Anspruch auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten, auf Schadensersatz wegen Verletzung des gemeinschaftlichen Eigentums und auch Ansprüche der Wohnungseigentümer wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum aus Erwerbsverträgen mit Bauträgern, soweit deren Geltendmachung nach geltendem Recht auch im Interesse des Schuldnerschutzes grundsätzlich der Gesamtheit aller Wohnungseigentümer und nicht den einzelnen Wohnungseigentümern zusteht.³¹ Die Gemeinschaft selbst kann nun Inhaberin von Grundpfandrechten³² sowie Eigentümerin³³ einer zur Anlage gehörenden Wohnungs- oder Teileigentumseinheit, beispielsweise einer Hausmeisterwohnung oder eines Fahrradkellers, oder eines sonstigen Grundstücks sein.

§ 10 Abs. 6 Satz 3 WEG n. F. enthält demgegenüber nur eine gesetzliche Ausübungsbefugnis hinsichtlich der gemeinschaftsbezogenen³⁴ Rechte und Pflichten der Gemeinschaft, vertreten durch das Organ Verwalter; die Gemeinschaft verfolgt fremde Rechte in eigenem Namen.³⁵ Die Wohnungs-

eigentümer in ihrer Gesamtheit bleiben aber Inhaber der Rechte und Pflichten und entscheiden darüber, ob ein Recht überhaupt ausgeübt werden soll.³⁶ Wird der Verband nicht tätig, bleibt dem einzelnen Wohnungseigentümer nur die Geltendmachung seines Anspruchs auf ordnungsgemäße Verwaltung. Andere Rechte und Pflichten bedürfen einer vorherigen Entscheidung der Wohnungseigentümer, durch die eine Ausübungsbefugnis des Verbands begründet wird.³⁷

II. Verwaltungsvermögen, § 10 Abs. 7 WEG n. F.

§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG n. F. ordnet das Verwaltungsvermögen³⁸ der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu, wo es auch bei einem Eigentümerwechsel verbleibt. Die Gemeinschaft selbst ist also Inhaberin eines Bankkontos (nicht der Verwalter als Treuhänder) oder Eigentümerin eines Gartengeräts.³⁹ Ein Sonderrechtsnachfolger erwirbt mit dem Wohnungseigentum automatisch einen Anteil am Verwaltungsvermögen, unabhängig davon, ob er das Eigentum rechtsgeschäftlich oder durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erwirbt.⁴⁰ Zur Verwertung des Verwaltungsvermögens durch Zwangsvollstreckung ist ein Titel gegen die Gemeinschaft erforderlich. § 10 Abs. 7 Satz 2 WEG n. F. stellt klar, dass zum Verwaltungsvermögen auch Passiva gehören, weshalb es einer gesonderten Schuldübernahme oder ähnlicher Vereinbarungen (eigentlich) nicht mehr bedürfte.⁴¹ Erwirbt ein Wohnungseigentümer alle anderen Wohnungseigentumsrechte einer Anlage, so geht das Verwaltungsvermögen gemäß § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG n. F. auf ihn über und die teilrechtsfähige Gemeinschaft endet. Entsteht im Anschluss daran durch Veräußerung wieder eine Wohnungseigentümergeinschaft, so ist unklar, ob auf diese frühere vertragliche Beziehungen ohne weiteres übergehen oder ob dies eine neue, mit der vorherigen nicht identische Gemeinschaft ist.⁴²

III. Anteilige Außenhaftung, § 10 Abs. 8 WEG n. F.⁴³

Bis zur Entscheidung des BGH vom 2.6.2005⁴⁴ waren die Wohnungseigentümer selbst Vertragspartei, wenn im Rahmen der Verwaltung Verträge geschlossen wurden; sie hafteten im Außenverhältnis gesamtschuldnerisch,⁴⁵ was eine sehr hohe Kreditwürdigkeit zur Folge hatte. Nach der genannten BGH-Entscheidung ist nunmehr die rechtsfähige Gemeinschaft der

²⁸ BT-Drucks. 16/887, S. 57.

²⁹ Hügel, DNotZ 2007, 326, 331.

³⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 60.

³¹ BT-Drucks. 16/887, S. 61.

³² Soweit Zwangssicherungshypotheken noch für alle Wohnungseigentümer und nicht für die Gemeinschaft eingetragen sind, bedarf es einer Löschungsbewilligung aller Wohnungseigentümer oder einer löschungsfähigen Quittung des Verwalters (LG Frankfurt, RNotZ 2006, 63; BayObLG, MittBayNot 1995, 283; Hügel, DNotZ 2007, 326, 337 m. w. N.).

³³ Hügel, DNotZ 2007, 326, 339 f.

³⁴ Der Begriff der Gemeinschaftsbezogenheit wird nach der Begründung als „in Rechtsprechung, Lehre und Praxis bekannt“ (BT-Drucks. 16/887, S. 61) vorausgesetzt. Der BGH, ZMR 1993, 173, ermittelt dies durch Auslegung und anhand der Interessenlage der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen. Nach Wenzel, ZWE 2006, 467, ist auf eine gemeinsame Empfangs- und Haftungszuständigkeit abzustellen.

³⁵ Hügel in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 47. Wird beispielsweise die Fassade des Gemeinschaftseigentums durch Sprayer verunstaltet, so sind Inhaber des Schadensersatzanspruchs die Wohnungseigentümer, nicht die Gemeinschaft. Wegen § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG n. F. sind die Miteigentümer nur für die Entscheidung über die Geltendmachung zuständig; die Rechtsverfolgung selbst erfolgt durch die Gemeinschaft (Hügel, DNotZ 2007, 326, 342).

³⁶ BT-Drucks. 16/887, S. 61.

³⁷ Hügel, DNotZ 2007, 326, 342 f.

³⁸ Vgl. hierzu Bub, ZWE 2007, 15.

³⁹ BT-Drucks. 16/887, S. 63.

⁴⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 63.

⁴¹ BT-Drucks. 16/887, S. 63. Auch eine Übertragung der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes vorhandenen Vermögensgegenstände ist nicht erforderlich. Freilich bedarf es aber einer Regelung, wenn – wie üblich – die Wirkungen bereits zum Besitzübergang eintreten sollen.

⁴² Nur der Alleineigentümer, der alle Anteile erwirbt, ist Gesamtrechtsnachfolger des Verbands, § 10 Abs. 7 Satz 4 WEG n. F. Weitere Regelungen enthält das Gesetz nicht. Die Regierungsbegründung geht von einem automatischen Übergang auf eine neu entstehende Gemeinschaft aus, allerdings ohne Begründung (BT-Drucks. 16/887, S. 63; a. A. unter Verweis auf eine fehlende Regelung Hügel, DNotZ 2007, 326, 341).

⁴³ Hierzu Derleder/Fauser, ZWE 2007, 1, 2.

⁴⁴ MittBayNot 2005, 495 = NJW 2005, 2061 = DNotZ 2005, 776.

⁴⁵ MünchKommBGB/Engelhardt, 4. Aufl. 2004, § 16 WEG Rdnr. 1 m. w. N.

Wohnungseigentümer Vertragspartnerin; die Haftung beschränkt sich daher auf das Verwaltungsvermögen, wenn sich neben der Gemeinschaft nicht auch die Wohnungseigentümer „klar und eindeutig“⁴⁶ verpflichtet haben. Eine gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis sei den Wohnungseigentümern nicht zumutbar und auch nicht erforderlich. Reiche das Verwaltungsvermögen nicht aus, so könne ein Gläubiger die Ansprüche der Gemeinschaft gegen die einzelnen Wohnungseigentümer pfänden, insbesondere auf Zahlung des Wohngelds und der Sonderumlagen; sind derartige Beschlüsse noch nicht gefasst worden und besteht daher noch keine Zahlungspflicht, könnten auch Ansprüche auf ordnungsgemäße Verwaltung und auf Schadenersatz gepfändet werden.⁴⁷ Diese Rechtsprechung stellt einen Gläubiger, wenn das vorhandene Verwaltungsvermögen zu seiner Befriedigung nicht ausreicht, vor hohe Hürden, die eine effektive Vollstreckung vereiteln. Um bestehende Forderungen der Gemeinschaft pfänden zu können, muss er die inneren Verhältnisse genau kennen; möglicherweise benötigt er schon zur Verschaffung dieser Kenntnisse gerichtliche Hilfe.

Aufgrund der vorstehend aufgezeigten Schwierigkeiten räumt nun § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG n. F. zur Stärkung der Kreditwürdigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft einem Gläubiger die Möglichkeit ein, wegen deren Verbindlichkeiten auch direkt gegen einen Wohnungseigentümer vorzugehen, allerdings begrenzt auf den Anteil, den er am Gemeinschaftseigentum hat.⁴⁸ Ein Vertragspartner wird sich somit bei größeren Wohnanlagen von der Bonität der Gemeinschaft überzeugen müssen, wenn nicht alle Eigentümer verklagt werden können. Die Haftung entspricht damit im Außenverhältnis auch der (gesetzlichen) Haftung im Innenverhältnis. Ist allerdings die interne Kostenverteilung durch Vereinbarung oder aufgrund eines Beschlusses nach § 16 Abs. 3 und 4 WEG n. F. abgeändert, so fallen Haftungsumfang im Innen- und Außenverhältnis auseinander; wurde die Größe der Miteigentumsanteile bei der Aufteilung willkürlich festgelegt, ist damit häufig auch ein entsprechender Haftungsumfang verbunden. Die (anteilige) Haftung im Außenverhältnis besteht auch dann, wenn ein Wohnungseigentümer seinen Anteil zu einer Sonderumlage oder zur Instandhaltungsrücklage bereits geleistet hat; er kann dann aber den an die Gemeinschaft bezahlten Betrag von den anderen Wohnungseigentümern zurückverlangen. Insgesamt muss er daher die Schulden nur in Höhe seines Miteigentumsanteils tragen.⁴⁹ Da die Pflicht zur Deckung aufgetretener Finanzierungslücken (Nachschusspflicht) von dieser Regelung unberührt bleibt,⁵⁰ kann es im Innenverhältnis wirtschaftlich aber doch zu einer vollen Haftung kommen, wenn die Ausgleichsansprüche gegen die anderen Wohnungseigentümer nicht beigetrieben werden können.⁵¹

Bei Eigentumsübergang besteht die Haftung für sämtliche Verbindlichkeiten, die während der Zugehörigkeit eines Wohnungseigentümers zur Gemeinschaft „entstanden“ oder

„fällig“ geworden sind; § 160 HGB ist entsprechend anzuwenden. Der Veräußerer haftet demnach für alle Verbindlichkeiten, die während seiner Zugehörigkeit entstanden und entweder noch während dieses Zeitraums oder innerhalb von fünf Jahren nach Eigentumsübergang fällig geworden sind. Der Erwerber haftet demgegenüber für alle Verbindlichkeiten, die nach Eigentumsübergang entstanden sind oder fällig wurden. Eine Gesamtschuldnerschaft⁵² ergibt sich somit, wenn Verbindlichkeiten vor Eigentumswechsel entstehen, aber erst innerhalb von fünf Jahren danach fällig werden. Zusätzliche Voraussetzung ist jeweils nach § 160 Abs. 1 HGB die Feststellung des Anspruchs in einer der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 BGB bezeichneten Art, eine dort genannte Vollstreckungshandlung oder ein schriftliches Anerkenntnis nach § 160 Abs. 2 HGB.

§ 10 Abs. 8 Satz 2 und 3 WEG n. F. stellen klar, dass es dem einzelnen Wohnungseigentümer nicht möglich ist, seine ihm gegenüber der Gemeinschaft zustehenden Einwendungen und Einreden auch gegenüber dem Gläubiger geltend zu machen; der Gläubiger wird also nicht mit Fragen aus dem Innenverhältnis zwischen Wohnungseigentümer und Gemeinschaft belastet.⁵³ § 10 Abs. 8 Satz 4 WEG n. F., wonach die Grundregel des Satz 1 auch für die Haftung eines Wohnungseigentümers gegenüber der Gemeinschaft wegen nicht ordnungsmäßiger Verwaltung gilt, sichert den Gleichlauf der Haftung der Wohnungseigentümer gegenüber der Gemeinschaft mit der (anteiligen) Außenhaftung gegenüber Gläubigern. Ohne diese Regelung bestünde unter Umständen ein Schadenersatzanspruch der Gemeinschaft gegen den einzelnen Wohnungseigentümer aus §§ 280 Abs. 1, 281 BGB wegen nicht ordnungsgemäßer Verwaltung, und zwar nicht nur anteilig, sondern in voller Höhe.⁵⁴ Durch Pfändung eines solchen Anspruchs käme es im Ergebnis doch zu einer Außenhaftung in voller Höhe.

IV. Keine Insolvenzfähigkeit, § 11 Abs. 3 WEG n. F.

Gemäß § 11 Abs. 3 WEG n. F. findet ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gemeinschaft nicht statt, da Aufwand und Kosten eines solchen Verfahrens nicht in angemessenem Verhältnis zu den Vorteilen stehen.⁵⁵

V. Gestaltung

Bei der Aufteilung in Wohnungseigentum ist künftig zur Vermeidung einer unverhältnismäßigen Außenhaftung auf eine sachgerechte Festlegung der Miteigentumsbruchteile zu achten. Ansonsten ergibt sich kein Änderungsbedarf; die Außenhaftung der Wohnungseigentümer kann nicht abbedungen werden. Um eine (anteilige) Inanspruchnahme der einzelnen Wohnungseigentümer zu vermeiden, sind vielmehr eine ordnungsgemäße Verwaltung und eine ausreichende Instandhaltungsrücklage erforderlich.

⁴⁶ BGH, MittBayNot 2005, 495, 501.

⁴⁷ BGH, MittBayNot 2005, 495, 501, 502.

⁴⁸ Diskutiert, aber verworfen wurde eine gesamtschuldnerische Haftung mit begrenztem Haftungsumfang nach Art des Geschäfts, also etwa unter Ausschluss grundlegender Sanierungsmaßnahmen, da beispielsweise eine Heizöllieferung für eine 100-Parteien-Anlage für den einzelnen Wohnungseigentümer eine existenzbedrohende Zahlungsverpflichtung darstellen kann (BT-Drucks. 16/887, S. 65).

⁴⁹ BT-Drucks. 16/3843, S. 25.

⁵⁰ BT-Drucks. 16/3843, S. 25.

⁵¹ Hügel, DNotZ 2007, 326, 344.

⁵² Dies sei auch angemessen, da der frühere Wohnungseigentümer für während seiner Zugehörigkeit entstandene Verbindlichkeiten einzustehen habe und dem neuen Wohnungseigentümer die Leistungen zugute kämen (BT-Drucks. 16/3843, S. 25).

⁵³ BT-Drucks. 16/887, S. 66.

⁵⁴ BGH, MittBayNot 2005, 495, 502.

⁵⁵ BT-Drucks. 16/3843, S. 25. Die Bundesregierung hatte demgegenüber die Insolvenzfähigkeit aus Gründen der Entlastung des einzelnen Gläubigers und einer geordneten Gesamtvollstreckung ohne „Wettlauf der Gläubiger“ zunächst befürwortet (BT-Drucks. 16/887, S. 67).

Bei der Veräußerung von Wohnungseigentum ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Durch den automatischen Übergang der Anteile am Verwaltungsvermögen beim Eigentumswechsel können (und müssen) alle Regelungen entfallen, durch die derartige Anteile an den Erwerber abgetreten wurden. Die Höhe der (anteiligen) Instandhaltungsrücklage ist jedoch zur korrekten Berechnung der Grunderwerbsteuer weiterhin auszuweisen.⁵⁶
2. Durch den Eigentumserwerb tritt der Erwerber auch in sämtliche Verpflichtungen ein, die bis dahin begründet wurden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist hier jedoch die Umschreibung des Eigentums, so dass eine Vorverlagerung des Übergangs von Rechten und Pflichten auf den Zeitpunkt des Besitzübergangs erforderlich ist. Die bisher verwendeten Formulierungen⁵⁷ sind daher nicht entbehrlich geworden.
3. Die Haftung im Außenverhältnis knüpft lediglich an das Eigentum im Zeitpunkt der Fälligkeit der Verbindlichkeit an. Entsteht eine Verbindlichkeit allerdings vor Eigentumsübergang, wird jedoch erst (innerhalb von fünf Jahren) danach fällig und liegen zusätzlich die Voraussetzungen des § 160 HGB vor (siehe oben), so kommt es nach dem Gesetz in Höhe des Miteigentumsanteils zu einer gesamtschuldnerischen Außenhaftung von Veräußerer und Erwerber. Wird beispielsweise vor Eigentumsübergang Heizöl bestellt oder ein Handwerker beauftragt, allerdings erst nach Eigentumsübergang das Heizöl geliefert oder die Reparatur abgeschlossen und damit die Gegenleistung fällig, haften im Außenverhältnis anteilig Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner. Wird einer von ihnen in Anspruch genommen, so bedarf die Ausgleichspflicht⁵⁸ einer vertraglichen Regelung.

Es ist sachgerecht, den Erwerber für sämtliche zum Zeitpunkt des Abschlusses des Veräußerungsvertrags bereits entstandene und danach entstehende Verbindlichkeiten im Innenverhältnis alleine haften zu lassen. Zum Zeitpunkt des Vertragschlusses bestehende Verbindlichkeiten kann er durch Nachfrage beim Verwalter (ebenso wie Wohngeldrückstände) in Erfahrung bringen. Ein Indiz hierfür sind aus der Beschluss-

⁵⁶ Hügel in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 43, hält es für möglich, dass künftig eine Reduzierung der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer in Höhe der Instandhaltungsrücklage entfällt, da eine Anteilsübertragung nun nicht mehr erfolgt.

⁵⁷ Vgl. etwa Hügel in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Rdnr. 1717.

⁵⁸ In Betracht kommt eine hälftige Ausgleichspflicht nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese besteht jedoch nur, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“. Mit Besitzübergang gehen nach den üblichen Formulierungen auch die Lasten auf den Erwerber über. Da es sich nicht um wiederkehrende Lasten handelt, wäre nach § 103 BGB der Erwerber für alle nach dem Besitzübergang fällig werdenden Verbindlichkeiten im Innenverhältnis allein verpflichtet. Verbindlichkeiten aus Verträgen für Reparaturen oder für Heizöl stellen jedoch keine Lasten, sondern Kosten dar (Lasten sind nur solche Belastungen, aufgrund deren Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, z. B. die Wohngeldvorauszahlungen, MünchKommBGB/Holch, 5. Aufl., § 103 Rdnr. 6 bzw. 9; vgl. im Übrigen hierzu den Wortlaut von § 16 Abs. 2 WEG). Sieht also der Vertrag auch ausdrücklich den Übergang von „Kosten“ zum Besitzübergang vor, so liegt darin eine Regelung der internen Verteilung, da dann nach diesem Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten (ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit) diese der Erwerber im Innenverhältnis alleine zu tragen hat. Eine Regelung ist in diesem Fall allerdings erforderlich, wenn insoweit nicht an die Fälligkeit, sondern an die Entstehung der Verbindlichkeit (also den Vertragsschluss mit dem Handwerker oder dem Heizöllieferanten) angeknüpft werden oder der Erwerber – wie hier vorgeschlagen – in jedem Fall haften soll.

sammlung ersichtliche Beschlüsse über Reparaturen oder entsprechende Angaben des Verkäufers. Im Übrigen obliegt es dem Erwerber, ebenso wie die Wohnung selbst auf ihren baulichen Zustand, als künftiges Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft auch diese auf Aktiva und Passiva hin zu überprüfen. Er hat dann die Möglichkeit, bestehende Verbindlichkeiten, die möglicherweise nicht durch das Verwaltungsvermögen gedeckt sein könnten, wie bei einer zu erwartenden Sonderumlage durch entsprechende vertragliche Regelungen oder bei der Kaufpreisfindung zu berücksichtigen. Unterlässt ein Erwerber diese Prüfung, so handelt er auf eigenes Risiko. Soweit Verbindlichkeiten erst nach dem Abschluss des Veräußerungsvertrags entstehen, kommt dem Erwerber die Gegenleistung, z. B. eine Reparatur oder eine Heizöllieferung, entweder langfristig zu Gute oder aber wird überwiegend von ihm verbraucht; je nach Vertragsgestaltung hat er bereits auch das Stimmrecht in der Eigentümerversammlung. Ein Erwerber muss als künftiger Eigentümer darauf gefasst sein, dass mit dem Eigentum auch Verpflichtungen über die bloße monatliche Wohngeldzahlung hinaus verbunden sein können. Im Übrigen sollte derjenige im Innenverhältnis verpflichtet sein, der eine Aussicht hat, die Zahlung an den Vertragspartner der Gemeinschaft im Außenverhältnis wieder von dieser (durch Aufrechnung) zurückzuerhalten. Dies wird eher der Erwerber sein, da der Veräußerer nur noch bis zur Umschreibung des Eigentums dieser angehört.

Formulierungsvorschlag⁵⁹:

Wird der Käufer oder der Verkäufer für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber Dritten nach § 10 Abs. 8 WEG in Anspruch genommen, so haftet im Innenverhältnis allein der Erwerber.

Da dieser interne Ausgleichsanspruch nicht gesichert ist, kann weiterhin ein entsprechender Belehrungsvermerk in den Vertrag aufgenommen werden. Belehrt werden sollte außerdem über die Möglichkeit, sich beim Verwalter nach voraussichtlich nicht vom Verwaltungsvermögen gedeckten Verbindlichkeiten zu erkundigen. Zusätzlich könnte noch eine Versicherung des Veräußerers, dass ihm von derartigen Verbindlichkeiten nichts bekannt ist, in den Vertrag aufgenommen werden.

C. Beschlüsse

I. Allgemeine Regelungen

1. Keine Eintragung vereinbarungseretzender Beschlüsse, § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG n. F.

In § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG n. F. wird ausdrücklich geregelt, dass auch aufgrund einer Vereinbarung gefasste Beschlüsse, die vom Gesetz abweichen oder eine Vereinbarung ändern, zu ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung in das Grundbuch bedürfen. Begründet wird dies mit einer anderenfalls drohenden Überlastung des Grundbuchamts, der Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und den mit der jeweiligen Eintragung verbunde-

⁵⁹ Nach dieser Formulierung haftet auch für Verbindlichkeiten, die noch vor Eigentumsübergang fällig werden und für die daher im Außenverhältnis der Veräußerer alleine haftet, im Innenverhältnis der Erwerber. Soweit dies zu einer Abweichung von der sonstigen vertraglichen Kostenverteilung führt, ist diese hinzunehmen, da die Inanspruchnahme durch einen Gläubiger der Gemeinschaft im Außenverhältnis etwas anderes ist als eine Zahlungspflicht im Innenverhältnis gegenüber der Gemeinschaft.

nen hohen Kosten. Der Erwerber sei auch nicht schutzbedürftig; er sei zum einen bereits durch die Existenz einer Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung vorgewarnt und könne daher nicht darauf vertrauen, dass das Wohnungseigentum in allen Fällen mehrheitsfest ist. Für das Informationsinteresse eines Erwerbers sei die neu eingeführte Beschlussammlung (siehe unten) geeigneter als das Grundbuch.⁶⁰

Der Gesetzgeber wollte hierdurch auf die Diskussion um Eintragungsfähigkeit und -bedürftigkeit von Mehrheitsentscheidungen, die auf Grundlage einer vorhandenen Öffnungsklausel getroffen wurden und vom Gesetz oder bestehenden Vereinbarungen abweichen, reagieren. Nach der zwischenzeitlich herrschenden Meinung waren solche Entscheidungen zur Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger im Grundbuch einzutragen.⁶¹ Es ist allerdings noch nicht abzusehen, ob dieser Streit durch die Neuregelung tatsächlich beendet ist. *Hügel*⁶² weist darauf hin, dass nun beispielsweise zwei Arten von Sondernutzungsrechten denkbar sind, nämlich vereinbarte und beschlossene, die sich bei den Fragen der Grundbucheintragung und der Erforderlichkeit der Zustimmung dinglich Berechtigter unterscheiden. Diese Aushöhlung der Publizität des Grundbuchs könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.⁶³

2. Beschlussanfechtung, § 23 Abs. 4 WEG n. F.

Die Neufassung von § 23 Abs. 4 WEG dient nur der Klarstellung, dass ein nichtiger Beschluss nicht gerichtlich angefochten werden muss, sondern ohne weiteres unwirksam ist.⁶⁴ Andere Beschlüsse sind nur dann nichtig, wenn sie durch Urteil für ungültig erklärt worden sind; die entsprechende Klage ist innerhalb eines Monats (§ 46 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F.) zu erheben.

3. Beschlussammlung, § 24 Abs. 7 und 8 WEG n. F.

§ 24 Abs. 7 und 8 WEG n. F. ordnet die Führung einer Beschlussammlung an. Aufzunehmen sind die in einer Versammlung gefassten und die schriftlich gefassten Beschlüsse sowie die Urteilsformeln der gerichtlichen Entscheidungen in Rechtsstreitigkeiten nach § 43 WEG n. F. Die Sammlung kann in schriftlicher, aber auch in elektronischer Form geführt werden, wenn z. B. durch einen Ausdruck eine ungehinderte Einsichtnahme möglich ist; maßgeblich ist allein eine zweckmäßige und übersichtliche Führung.⁶⁵ Einzutragen sind nur die nach dem 1.7.2007 ergangenen Beschlüsse und Entscheidungen.⁶⁶ Nach § 24 Abs. 7 Satz 8 WEG n. F. ist einem Woh-

nungseigentümer oder einem Dritten, den ein Wohnungseigentümer ermächtigt hat, auf Verlangen Einsicht in die Beschlussammlung zu gewähren. Dies beinhaltet die Verpflichtung, auch Ablichtungen (ggf. gegen Kostenerstattung, wenn ein entsprechender Beschluss gemäß § 21 Abs. 7 WEG n. F. gefasst worden ist) zu fertigen.⁶⁷

Die Beschlussammlung ist vom Verwalter, ersatzweise vom Vorsitzenden der Wohnungseigentümersammlung oder einem anderen mit Stimmenmehrheit hierzu bestellten Wohnungseigentümer zu führen, § 24 Abs. 8 WEG n. F. Ist die Sammlung fehlerhaft, weil der Verwalter⁶⁸ die ihm obliegende Pflicht zur Führung verletzt hat, so haftet er den Wohnungseigentümern gegenüber aus dem Verwaltervertrag, ergänzt durch die im WEG und in der Gemeinschaftsordnung geregelten Pflichten.⁶⁹ Nach der Regierungsbegründung soll jedoch keine Haftung des Verwalters gegenüber einem künftigen Erwerber bestehen.⁷⁰ Das OLG Düsseldorf⁷¹ qualifiziert den mit der Gemeinschaft abgeschlossenen Verwaltervertrag allerdings als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,⁷² in dessen Schutzbereich der einzelne Wohnungseigentümer einbezogen ist. Es erscheint daher gut möglich, auch einen künftigen Erwerber insoweit in den Schutzbereich des Verwaltervertrages einzubeziehen und eine Haftung des Verwalters zu bejahen, soweit ein Erwerber auf die Richtigkeit der Sammlung vertraut. Auch dieser kommt bestimmungsgemäß mit der Leistung des Verwalters (der Beschlussammlung) in Berührung, da Dritten in § 24 Abs. 7 Satz 8 WEG n. F. ausdrücklich ein Recht auf Einsicht zugestanden wird. Die Pflicht zur Führung der Beschlussammlung ist somit drittbezogen. Jeder einzelne Wohnungseigentümer und damit auch die Wohnungseigentümergeinschaft als Vertragspartnerin des Verwaltervertrages hat an der Einbeziehung eines künftigen Erwerbers auch ein besonderes Interesse, da eine ordnungsgemäße Führung der Sammlung Transparenz und Rechtssicherheit für potenzielle Erwerber schafft und damit die Veräußerung von Wohnungseigentum erleichtert, so dass dem Verwaltervertrag eine entsprechende Ausdehnung des vertraglichen Schutzbereichs auch durch Auslegung entnommen werden kann. Diese Umstände sind dem Verwalter auch erkennbar. Ein inhaltsgleicher vertraglicher Anspruch gegen den Veräußerer, der eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausschließen würde, bestünde nur dann, wenn dieser vertraglich vereinbart wird; dies ist allerdings kaum denkbar, da die Führung der Sammlung Sache des Verwalters ist.

4. Gestaltung

Bis zur Entscheidung dieser Frage kann in der Gemeinschaftsordnung oder dem Verwaltervertrag eine Haftung des Verwalters für eine nicht ordnungsgemäße Führung der Sammlung auch gegenüber Erwerbern begründet werden. In Veräußerungsverträge (oder besser in das Anschreiben zum

⁶⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 20 f.

⁶¹ *Merle* in Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 23 Rdnr. 20; *Weitnauer/Liike*, WEG, 9. Aufl. 2005, § 10 Rdnr. 51.

⁶² *Hügel* in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 35 ff.

⁶³ Daher ist auch künftig bei der Formulierung einer Öffnungsklausel eine spätere Eintragung mitzubedenken. Da noch nicht geklärt ist, ob es sich hierbei lediglich um eine Berichtigung oder um eine Bewilligung handelt, sollte die Formulierung beide Möglichkeiten – etwa durch eine entsprechende Verwaltervollmacht – enthalten (*Hügel* in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 35 ff.). Formulierungsvorschlag hierzu bei *Hügel* in Würzburger Notarhandbuch Teil 2 Rdnr. 1467, Ziffer IV. 15. a.

⁶⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 32 f.

⁶⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 32 f.

⁶⁶ Ist eine nachträgliche Sammlung bereits gefasster Beschlüsse und ergangener Entscheidungen ohne weiteres möglich, so dürfte allerdings eine Verpflichtung zur Erstellung einer derartigen Sammlung aus dem Grundsatz ordnungsgemäßer Verwaltung bestehen (BT-Drucks. 16/887, S. 33).

⁶⁷ BT-Drucks. 16/887, S. 34.

⁶⁸ Fehlt ein Verwalter, besteht zumindest die Gefahr, dass entweder die Pflicht zur Führung einer Beschlussammlung nicht bekannt ist oder diese (bedingt durch wechselnde Zuständigkeiten) nicht ordnungsgemäß geführt wird. Insoweit kommt den anderen Wohnungseigentümern gegenüber eine Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.

⁶⁹ BT-Drucks. 16/887, S. 34.

⁷⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 34.

⁷¹ NJW 2007, 161, 162.

⁷² *Palandt/Grüneberg*, BGB, 66. Aufl. 2007, § 328 Rdnr. 13 ff.

Entwurf) sollte ein Hinweis hinsichtlich der Beschlussfassung und der Möglichkeit der Einsichtnahme aufgenommen werden.

II. Erweiterte Beschlusskompetenzen

Am Prinzip der Einstimmigkeit für den Abschluss oder die Änderung von Vereinbarungen wird aus Gründen des Eigentumsschutzes festgehalten; es bleibt bei dem Grundsatz, dass das Eigentum mehrheitsfest sein muss. Um allerdings auch diejenigen Eigentümer zu schützen, die „das gemeinschaftliche Eigentum in wirtschaftlich vernünftiger Weise an die Erfordernisse der Zeit anpassen wollen“,⁷³ werden in besonderen Fällen die Beschlusskompetenzen erweitert.

1. Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen, § 12 Abs. 4 WEG n. F.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde die vollständige Streichung von § 12 WEG diskutiert. Der Zweck dieser Norm werde in der Praxis oft nicht erreicht, die Veräußerung vielmehr durch unnötigen Verwaltungsaufwand verlangsamt und verteuert.⁷⁴ Da allerdings nach Ansicht des Gesetzgebers „der Regelung insbesondere bei kleineren Gemeinschaften und im ländlichen Bereich eine, wenn auch nicht große, Bedeutung zukommen kann“,⁷⁵ wurde ein Mittelweg gewählt. Nach § 12 Abs. 4 WEG n. F. können die Wohnungseigentümer durch (einfache) Stimmenmehrheit die Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen gemäß § 12 Abs. 1 WEG beschließen.⁷⁶ Die Beschränkung entfällt bereits mit dem Aufhebungsbeschluss.⁷⁷ Die (deklaratorische) Grundbuchberichtigung kann nach § 12 Abs. 4 Satz 4 und 5 i. V. m. § 26 Abs. 3 WEG n. F. (vormals Abs. 4) und § 24 Abs. 6 WEG im Wege der Berichtigung⁷⁸ durch Nachweis des Beschlusses erfolgen, wenn auf der Niederschrift die Unterschriften des Vorsitzenden und eines weiteren Wohnungseigentümers und ggf. des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats oder dessen Stellvertreter beglaubigt sind. Diese Beschlusskompetenz ist nicht dispositiv, § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG n. F.; sie gilt auch in bereits bestehenden Eigentümergemeinschaften. Nur die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung ist durch Beschluss möglich; soll eine solche (wieder) eingeführt werden, bedarf es einer Vereinbarung aller Wohnungseigentümer.⁷⁹

2. Geldangelegenheiten, § 21 Abs. 7 und 8 WEG n. F.

Die neu geschaffenen Absätze 7 und 8⁸⁰ des § 21 WEG enthalten eine Beschlusskompetenz für alle Entscheidungen der Wohnungseigentümer zur Art und Weise von Zahlungen, zur

⁷³ BT-Drucks. 16/887, S. 11.

⁷⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 21.

⁷⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 21.

⁷⁶ Von einer qualifizierten Mehrheit wurde bewusst Abstand genommen. Der Schutz in „Familienanlagen“ könne auch durch einen vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch für den Fall einer Veräußerung ohne Zustimmung oder durch gegenseitige Verkaufsrechte gewährleistet werden (BT-Drucks. 16/887, S. 21).

⁷⁷ Hügel, DNotZ 2007, 326, 353.

⁷⁸ Denkbar wäre theoretisch auch eine Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO aller Wohnungseigentümer (und aller dinglich Berechtigten mit Ausnahme von Grundpfandrechts- und Reallastgläubigern, § 5 Abs. 4 WEG n. F.).

⁷⁹ Hügel, DNotZ 2007, 326, 353.

⁸⁰ Die Regelung in § 21 Abs. 8 WEG n. F., wonach das Gericht nach billigem Ermessen entscheiden kann, wenn die Wohnungseigentümer eine nach dem Gesetz erforderliche Maßnahme nicht treffen, bei-

spiegelt die Fälligkeit von Forderungen und der Verzugsfolgen sowie der Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Durch Beschluss können nunmehr Vertragsstrafen, etwa für den Fall des Verstoßes gegen Vermietungsbeschränkungen, übergesetzliche Verzugszinsen bei Beitragsrückständen oder eine Umzugskostenpauschale festgesetzt werden.⁸¹

3. Bauliche Veränderungen, § 22 WEG n. F.

Ein Kernanliegen der Reform ist die Stärkung der Handlungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaften, insbesondere im Bereich von Modernisierungsmaßnahmen. Nach bisheriger Rechtslage bedurften beispielsweise der Einbau von Fenstern und Türen oder der Ersatz der Gemeinschaftsantenne durch Kabelanschluss als „bauliche Veränderungen“ i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG a. F. der sog. Allstimmigkeit, also der Zustimmung aller Wohnungseigentümer, die oftmals aber kaum zu erreichen war. Mangels Durchführung derartiger Maßnahmen droht somit insbesondere bei älteren Wohnanlagen ein Wertverlust. Künftig können solche Maßnahmen durch Beschluss geregelt werden. Je nach Art der Maßnahme ist ein einfacher, ein doppelt qualifizierter Mehrheitsbeschluss oder weiterhin Einstimmigkeit erforderlich.

a) Modernisierende Instandsetzung, § 22 Abs. 3 WEG

Für Maßnahmen der modernisierenden Instandsetzung i. S. d. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG verbleibt es nach der Neuregelung in § 22 Abs. 3 WEG n. F. bei den Vorschriften des § 21 Abs. 3 und 4 WEG; diese können also wie bisher mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Modernisierende Instandsetzung liegt vor, wenn vorhandene Einrichtungen wegen bereits notwendiger oder absehbarer Reparaturen technisch auf einen aktuellen Stand gebracht oder durch eine wirtschaftlich sinnvollere Lösung ersetzt werden.⁸²

b) Modernisierung oder Anpassung an den Stand der Technik, § 22 Abs. 2 WEG n. F.

Für darüber hinausgehende Maßnahmen der Modernisierung oder der Anpassung an den Stand der Technik wird in § 22 Abs. 2 WEG n. F. eine Beschlusskompetenz normiert. Der Begriff der „Modernisierung“ entspricht dem des § 559 Abs. 1 BGB. Maßnahmen zur Modernisierung sind daher solche, die den Gebrauchswert der Wohnanlage nachhaltig erhöhen, die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder nachhaltig Einsparung von Energie und Wasser bewirken. Von dieser Beschlusskompetenz gedeckt sind somit künftig Entscheidungen über das Aufstellen eines Fahrradständers, das nachträgliche Anbringen einer Gegensprechanlage oder den Einbau eines Fahrstuhls.⁸³

spielsweise bei Scheitern eines nach § 28 Abs. 5 WEG erforderlichen Mehrheitsbeschlusses über den Wirtschaftsplan oder die Jahresabrechnung, wurde durch die künftige Anwendung der ZPO-Vorschriften erforderlich. Anderenfalls müsste ein Wohnungseigentümer, der seinen Individualanspruch auf ordnungsgemäße Verwaltung im Klageweg verfolgt, die geforderte Maßnahme (also z. B. den Wirtschaftsplan) genau bezeichnen und ggf. nach gerichtlichem Hinweis seinen Klageantrag abändern; unklar bliebe hierbei vor allem, wer in einer derartigen Situation ein den Wohnungseigentümern durch deren Selbstorganisationsrecht eingeräumtes Ermessen ausüben sollte (BT-Drucks. 16/887, S. 28).

⁸¹ BT-Drucks. 16/887, S. 27.

⁸² MünchKommBGB/Engelhardt, § 21 WEG Rdnr. 10; vgl. auch Palandt/Bassenge, § 22 WEG Rdnr. 10 f.

⁸³ BT-Drucks. 16/887, S. 30.

Der „Stand der Technik“ ist das Niveau einer anerkannten und in der Praxis bewährten, fortschrittlichen technischen Entwicklung. Der Begriff „Stand der Technik“⁸⁴ geht über die „anerkannten Regeln der Technik“, wie sie der Besteller eines Werks gemäß § 641 a Abs. 3 Satz 4 BGB ohne weiteres verlangen kann, hinaus, um Streitigkeiten über den mit einer bestimmten Maßnahme erreichbaren Grad der Modernisierung zu vermeiden.⁸⁵ Der „Stand der Technik“ hat aber wiederum geringere Anforderungen als der „Stand der Wissenschaft und Technik“,⁸⁶ um Überforderungen der Wohnungseigentümer zu vermeiden.⁸⁷ Bei der Frage, was dem „Stand der Technik“ entspricht, sind auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen.⁸⁸

Die Maßnahme muss der Modernisierung oder der Anpassung an den Stand der Technik „dienen“, also voraussichtlich geeignet sein; abzustellen ist auf die Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Eigentümers.⁸⁹ Die Eigenart der Wohnanlage darf nicht geändert werden; von der Beschlusskompetenz nicht erfasst sind daher Maßnahmen wie z. B. der Anbau eines Wintergartens, die Aufstockung oder der Abriss von Gebäudeteilen, die „Luxussanierung“ eines Wohnhauses von bisher einfacher Wohnqualität, der Ausbau eines Speichers zu Wohnzwecken oder die Herstellung einer Parkfläche durch Asphaltierung einer größeren Grünfläche.⁹⁰ Entsprechendes gilt für eine nachteilige Veränderung des optischen Gesamteindrucks, etwa durch Verglasung nur einzelner, aber nicht aller Balkone oder wenn beim Bau von Dachgauben die Symmetrie nicht eingehalten wird; das Vertrauen eines Eigentümers auf den wesentlichen inneren und äußeren Bestand der Wohnanlage ist schützenswert.⁹¹ Weiterhin darf kein Wohnungseigentümer durch die Maßnahme unbillig beeinträchtigt werden, wobei auch die damit verbundenen Kosten im Einzelfall eine solche Beeinträchtigung darstellen können.⁹²

Der Beschluss bedarf einer doppelt qualifizierten Mehrheit: Zustimmung müssen drei Viertel aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer i. S. d. § 25 Abs. 2 WEG (Kopfprinzip); gleichzeitig muss der Beschluss mit mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile gefasst werden (Wertprinzip). Ein einzelner Wohnungseigentümer hat auf Modernisierungsmaßnahmen keinen Anspruch.⁹³

⁸⁴ *Amann/Everts/Hertel*, Tagungsunterlage zur Fortbildung DAI-Immobilienrecht 2006/2007, S. 166: „Maßnahmen, die man heute bei Neubauten üblicherweise macht“. „Stand der Technik ist der Entwicklungsstand *fortschrittlicher* ... Einrichtungen ... Einrichtungen ... müssen sich in der Praxis bewährt haben oder sollten – wenn dies noch nicht der Fall ist – möglichst im Betrieb mit Erfolg erprobt worden sein.“ (Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2. Aufl., Rdnr. 247).

⁸⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 30.

⁸⁶ „Stand von Wissenschaft und Technik ist der Entwicklungsstand *fortschrittlichster* ... Einrichtungen ... auf der Grundlage neuester wissenschaftlich vertretbarer Erkenntnisse ...“ (Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 248)

⁸⁷ BT-Drucks. 16/887 S. 30.

⁸⁸ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 247.

⁸⁹ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 247.

⁹⁰ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 247.

⁹¹ Bundesministerium der Justiz, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rdnr. 247.

⁹² BT-Drucks. 16/887, S. 31.

⁹³ Außer bei Baumaßnahmen für einen barrierefreien Zugang, etwa durch Bau einer Rollstuhllampe; solche Maßnahmen kann der be-

c) Sonstige bauliche Veränderungen, § 22 Abs. 1 WEG n. F.

Sonstige bauliche Veränderungen können beschlossen oder verlangt werden, wenn jeder Wohnungseigentümer zustimmt, dessen Rechte durch die Maßnahmen über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden, § 22 Abs. 1 WEG n. F. Hierdurch wird die bereits bestehende Beschlusskompetenz⁹⁴ gesetzlich normiert. Da in der Praxis bis auf wenige Ausnahmen alle Wohnungseigentümer beeinträchtigt sein werden, wird grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich sein. Fassen die Wohnungseigentümer einen Beschluss ohne die insoweit erforderliche Stimmenzahl, so ist dieser anfechtbar, aber nicht unwirksam.⁹⁵

4. Kostenverteilung

a) Betriebs- und Verwaltungskosten, § 16 Abs. 3 WEG n. F.

Bereits nach alter Rechtslage konnten die Wohnungseigentümer mit einfacher Mehrheit die Art der Erfassung und den Verteilungsmaßstab von Betriebskosten des Sondereigentums beschließen, wenn nicht durch Vereinbarung hierüber bereits eine andere Regelung getroffen worden war.⁹⁶ Demgegenüber war eine Mehrheitsentscheidung bei Betriebskosten des gemeinschaftlichen Eigentums und bei Kosten der Verwaltung nicht möglich, da diese Kosten nach § 16 Abs. 2 WEG nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile zu tragen sind. Sollte davon abgewichen werden, so bedurfte es einer Vereinbarung gemäß § 10 Abs. 2 WEG.

Durch die Neuregelung in § 16 Abs. 3 WEG n. F. steht den Wohnungseigentümern künftig eine Beschlusskompetenz⁹⁷ hinsichtlich Erfassung und Verteilung⁹⁸ von Betriebskosten sowohl von Sonder- als auch von Gemeinschaftseigentum und von Kosten der Verwaltung zu. Erforderlich ist (nur) Stimmenmehrheit. Die Kompetenz ist allerdings dadurch begrenzt, dass die beschlossenen Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen müssen. Die Wohnungseigentümer dürfen also nicht willkürlich entscheiden; sie sind gehalten, aus den in Betracht kommenden Verteilungsschlüsseln einen den Interessen der Gemeinschaft und des einzelnen Wohnungseigentümers angemessenen auszuwählen, der nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner führt.⁹⁹ Nach der Gesetzesbegründung ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes (wie bei der Anwendung einer Öffnungs-

troffene Eigentümer schon aufgrund seines (Mit-)Eigentums durchführen. Denn entweder werden die anderen Wohnungseigentümer hierdurch nur unwesentlich beeinträchtigt, so dass deren Zustimmung nicht erforderlich ist (*Pick* in *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, § 14 Rdnr. 48); jedenfalls aber ist § 22 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F. im Lichte des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG auszulegen (BT-Drucks. 16/887, S. 31, unter Hinweis auf BVerfG, NJW 1994, 1165 – Parabolantenne).

⁹⁴ BGH, NJW 2000, 3500, 3503.

⁹⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 28 f.

⁹⁶ BGH, NJW 2003, 3476 = DNöZ 2004, 366.

⁹⁷ Vgl. hierzu *Abramenko*, ZWE 2007, 61.

⁹⁸ § 16 Abs. 3 WEG n. F. nennt nur die Maßstäbe Verbrauch oder Verursachung; diese Aufzählung ist allerdings nicht abschließend. Andere Methoden, z. B. nach Wohnfläche oder Personenzahl, sind möglich (*Hügel* in *Hügel/Rapp*, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 76).

⁹⁹ Im Regelfall werden Maßnahmen zur Erfassung und Abrechnung nach Verbrauch einer ordnungsmäßigen Verwaltung entsprechen; eine Ausnahme ist denkbar, wenn die wirtschaftlichen Aufwendungen hierfür unverhältnismäßig hoch sind (BT-Drucks. 16/887, S. 23).

klausel) als weiteres Erfordernis dem Gesetz immanent und brauche nicht ausdrücklich geregelt werden.¹⁰⁰ Im Wege der Anfechtung kann jeder Wohnungseigentümer künftig einen Kostenverteilungsbeschluss gerichtlich überprüfen lassen.¹⁰¹ Obwohl durch einen solchen Beschluss das Grundbuch unrichtig wird, wenn – wie üblich – der Kostenverteilungsschlüssel in der Gemeinschaftsordnung enthalten ist, ist eine Eintragung nicht vorgesehen.¹⁰²

b) Kosten für Instandhaltung und bauliche Veränderungen im Einzelfall, § 16 Abs. 4 WEG n. F.

Nach bisheriger Rechtslage bestanden unterschiedliche Mehrheitserfordernisse für Maßnahmen zur Instandhaltung oder -setzung einerseits und die entsprechende Kostenverteilung andererseits. Während Maßnahmen zur ordnungsgemäßen Instandhaltung oder -setzung von Gemeinschaftseigentum gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG mit einfacher Mehrheit beschlossen werden konnten, bedurfte es einer Vereinbarung, wenn die Wohnungseigentümer von der in § 16 Abs. 2 WEG vorgesehenen Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen oder einem vereinbarten Verteilungsmaßstab abweichen wollten. Ein gleichwohl gefasster Mehrheitsbeschluss¹⁰³ war zwar wirksam, aber anfechtbar.¹⁰⁴

§ 16 Abs. 4 WEG n. F. gibt den Wohnungseigentümern nun eine Beschlusskompetenz, im Einzelfall die Kostenverteilung in den Fällen der ordnungsgemäßen Instandhaltung oder -setzung gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG oder bei baulichen Veränderungen gemäß § 21 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG n. F. abweichend von § 16 Abs. 2 zu regeln. Der abweichende Maßstab muss allerdings dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs Rechnung tragen. Der Beschluss bedarf (wie bereits der Beschluss hinsichtlich Modernisierung oder Anpassung an den Stand der Technik nach § 22 Abs. 2 WEG n. F.) einer doppelt qualifizierten Mehrheit von drei Viertel aller stimmberechtigten Wohnungseigentümer i. S. d. § 25 Abs. 2 WEG und gleichzeitig mehr als der Hälfte aller Miteigentumsanteile. Soweit hierdurch die Mehrheitserfordernisse in den Fällen der ordnungsgemäßen Instandhaltung oder -setzung gegenüber den zum Beschluss der Maßnahme selbst erforderlichen erhöht sind, berücksichtigt dies die besondere Wichtigkeit von Kostenregelungen.¹⁰⁵ § 16 Abs. 6 Satz 2 WEG n. F. enthält eine Klarstellung, dass sich im Falle eines Beschlusses nach § 16 Abs. 4 WEG n. F. auch die Wohnungseigentümer an den Kosten (und Nutzungen) zu beteiligen haben, die der Maßnahme als solcher nicht zugestimmt haben.

5. Gestaltung

Die Muster für Teilungserklärungen sind auf spezielle Beschlusskompetenzen in den nun vom Gesetz geregelten Fällen zu überprüfen. Die Anforderungen der doppelt qualifizierten

Mehrheit für Beschlüsse über Modernisierungsmaßnahmen oder Anpassung an den Stand der Technik können nicht erhöht, sondern nur erleichtert werden, § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG n. F. Gleiches gilt gemäß § 16 Abs. 5 WEG n. F. für Beschlüsse nach § 16 Abs. 3 und 4 WEG n. F. Regelungen über Zahlungsweise oder Sanktionen sowie Verwaltungspauschalen sollten, um eine flexible Regelung zu ermöglichen, nur unter dem Vorbehalt späterer Beschlussfassung aufgenommen werden, da § 21 Abs. 7 WEG n. F. lediglich eine dispositive Regelung enthält.¹⁰⁶ Eine allgemeine Öffnungsklausel behält ihre Berechtigung in allen Fällen, die von den vorgenannten Beschlusskompetenzen nicht umfasst werden, z. B. bei einer Änderung der Zweckbestimmung von Sondereigentum oder der Benutzung des Gemeinschaftseigentums.

D. Verwalter, § 27 WEG n. F.

Da der Verwalter künftig sowohl als Vertreter der Wohnungseigentümer als auch als Vertreter der rechtsfähigen Gemeinschaft auftritt, kommt ihm eine „Zwitterstellung“¹⁰⁷ zu. Aus diesem Grund war eine Normierung der Vertretungsmacht in seiner jetzt neuen Funktion als Organ der Gemeinschaft gegenüber seiner Funktion als Vertreter der Wohnungseigentümer erforderlich. § 27 WEG wurde daher neugefasst. § 27 Abs. 1 WEG n. F. enthält Rechte und Pflichten den Wohnungseigentümern und der Gemeinschaft gegenüber; die Vertretungsmacht nach außen regeln Abs. 2 (Wohnungseigentümer) und Abs. 3 (Wohnungseigentümergeinschaft). Besondere Beachtung verdient § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG n. F.: Während interne Bindungen aus Gründen der Rechtssicherheit im Körperschaftsrecht sonst unbeachtlich sind, erhält der Verwalter hier die Vertretungsmacht erst durch Vereinbarung oder Beschluss und ist nur in diesem Rahmen zur Vertretung berechtigt.

Die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters können nur erweitert, aber nicht eingeschränkt werden, § 27 Abs. 4 WEG n. F. Durch die Neuregelung sind einige in Mustern für Teilungserklärungen enthaltene Erweiterungen nicht mehr erforderlich, so z. B. die Befugnis zur Geltendmachung von Forderungen der Eigentümergeinschaft in eigenem Namen (jetzt ausdrücklich im Namen der Gemeinschaft, § 27 Abs. 3 Nr. 4 i. V. m. Abs. 1 Nr. 4 WEG n. F.).

Bei der maximalen Amtszeit des Verwalters von fünf Jahren verbleibt es. Da der erste Verwalter aber häufig noch von dem aufteilenden Bauträger bestellt wird, die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei neu errichteten Eigentumswohnungen nach § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB aber ebenfalls fünf Jahre beträgt, soll künftig ein Interessenkonflikt vermieden werden,¹⁰⁸ indem der erste Verwalter nach der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F. nur auf drei Jahre bestellt werden kann.¹⁰⁹ Bestellungen auf eine Dauer von fünf Jahren vor dem 1.7.2007 bleiben von der Neuregelung unberührt.¹¹⁰

Die Möglichkeit der Bestellung eines Notverwalters durch das Gericht entfällt künftig; § 26 Abs. 3 WEG a. F. wurde gestrichen.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 23.

¹⁰¹ Hügel weist darauf hin, dass der Gesetzgeber insoweit „geradezu die Büchse der Pandora geöffnet“ habe (in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 77 f.).

¹⁰² Vgl. § 10 Abs. 4 WEG n. F.; kritisch Hügel, DNotZ 2007, 326, 354 ff.

¹⁰³ Dieser wurde oft mit der Beschlussfassung über die Maßnahme selbst verbunden; Beispiel hierfür ist ein Beschluss über das Streichen von Fenstern und Kostentragung nach Anzahl.

¹⁰⁴ Vgl. BayObLG, NJW-RR 2004, 228; nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 16/887, S. 25) gilt dies auch für Beschlüsse aufgrund § 16 Abs. 4 WEG n. F.

¹⁰⁵ BT-Drucks. 16/887, S. 25.

¹⁰⁶ Ein Verbot der Einschränkung oder des Ausschlusses wie in §§ 12 Abs. 4 Satz 2, 16 Abs. 5, 22 Abs. 2 Satz 2 WEG n. F. fehlt.

¹⁰⁷ Hügel, DNotZ 2005, 764; vgl. auch Merle, ZWE 2006, 365.

¹⁰⁸ BT-Drucks. 16/3843, S. 26.

¹⁰⁹ Hierzu Merle, ZWE 2007, 233.

¹¹⁰ BT-Drucks. 16/3843, S. 26.

E. Vorrecht von Hausgeldforderungen in Zwangsversteigerung, § 10 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 ZVG n. F.

Werden Hausgeldansprüche von vermögenslosen oder zahlungsunwilligen Wohnungseigentümern nicht beglichen, so waren sie nach bisheriger Rechtslage in der Zwangsversteigerung häufig nicht eintreibbar, da sie nur nachrangig geltend gemacht werden konnten und die betroffenen Eigentumswohnungen häufig bis an den Verkehrswert oder sogar darüber hinaus mit (vorrangigen, § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG) Grundpfandrechten belastet waren.¹¹¹ Der Ausfall war somit von den übrigen Wohnungseigentümern zu tragen. Durch die Neuregelung in § 10 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 ZVG wird nun ein begrenztes Vorrecht für derartige Ansprüche eingeführt.

Das Vorrecht umfasst die laufenden und die rückständigen Beträge aus dem Jahr der Beschlagnahme und den letzten zwei Jahren davor, § 10 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 ZVG n. F. Nach § 10 Abs. 3 ZVG n. F., der auf § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG verweist, müssen die Rückstände mindestens 3 % des Einheitswerts gemäß §§ 68 ff. BewG des jeweiligen Wohnungseigentums betragen, wenn die Wohnungseigentümer die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 betreiben.¹¹² Nach oben ist das Vorrecht auf höchstens 5 % des Verkehrswerts nach § 74 a Abs. 5 ZVG begrenzt. Durch diese Obergrenze wird der Umfang von vorgehenden Ansprüchen, die nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind, kalkulierbar; eine erschwerte Beleihbarkeit des Wohnungseigentums sei daher nicht zu befürchten.¹¹³ Außerdem können sich Kreditinstitute ihren Vertragspartner aussuchen und verfügen bei der Darlehensvergabe über bessere Prüfungsmöglichkeiten. Sie stehen daher dem Risiko eines Ausfalls ihres Kunden näher als die anderen Wohnungseigentümer.¹¹⁴

Das Vorrecht in der Zwangsversteigerung spricht dafür, in der Gemeinschaftsordnung eine Haftung des rechtsgeschäftlichen Erwerbers¹¹⁵ für Wohngeldrückstände vorzusehen. Besteht eine solche Haftung und sind dem Erwerber die Rückstände, die er durch Nachfrage beim Verwalter in Erfahrung bringen kann, bei Vertragsschluss bekannt, so wird dieser nur einen verminderten Kaufpreis akzeptieren. Somit tragen letztlich die Gläubiger des Veräußerers den Ausfall, der ohne eine derartige Regelung von den übrigen Wohnungseigentümern zu tragen wäre. Diese würden dann aber eine Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung bevorzugen, da sie dort aufgrund des Vorrechts den rückständigen Betrag erhalten könnten, bei einem rechtsgeschäftlichen Verkauf jedoch selbst tragen müssten.¹¹⁶

¹¹¹ BT-Drucks. 16/887, S. 43.

¹¹² In den Fällen, in denen ein anderer Gläubiger das Verfahren betreibt, kann von den Wohnungseigentümern auch ein geringerer Betrag angemeldet werden. Diese Untergrenze ist erforderlich, da es sonst zu einem Wertungswiderspruch hinsichtlich der Entziehung des Wohnungseigentums nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 WEG käme. Diese wäre (im Wege der Zwangsversteigerung) nun schon bereits bei Beträgen unterhalb der dort genannten Grenze möglich (BT-Drucks. 16/887, S. 45 f.).

¹¹³ BT-Drucks. 16/887, S. 43.

¹¹⁴ BT-Drucks. 16/887, S. 44. Eine vergleichbare Regelung wurde im Jahr 1999 in der Republik Österreich in § 216 Abs. 1 Nr. 3 der Exekutionsordnung aufgenommen; nachteilige Auswirkungen seien bislang nicht bekannt.

¹¹⁵ BGH, NJW 1994, 2950.

¹¹⁶ *Amann/Everts/Hertel*, Tagungsunterlage zur Fortbildung DAI-Immobilienrecht 2006/2007, S. 175.

F. Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung durch Sachverständige (Öffnungsklausel), § 7 Abs. 4 Satz 3 bis 6 WEG n. F.

Die Begründung von Wohnungseigentum setzte bereits nach alter Rechtslage voraus, dass der Eintragungsbewilligung ein von der Baubehörde geprüfter Aufteilungsplan und eine Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der einzelnen Wohnungen beigefügt werden (§ 7 Abs. 4 Satz 1 WEG). Zur Sicherung der Unabhängigkeit gegenüber dem aufteilenden Eigentümer ist hierfür die Baubehörde zuständig. Da mittlerweile Wohnungseigentum weniger im Zuge der Errichtung neuer Gebäude als vielmehr durch Aufteilung bereits bestehender Gebäude begründet wird und hierfür keine Baugenehmigung erforderlich ist¹¹⁷ sowie darüber hinaus nach landesgesetzlichen Regelungen genehmigungsfreie Bauvorhaben und Genehmigungsfreistellungsverfahren bestehen, ist die Baubehörde nicht mehr von vornherein mit der Angelegenheit befasst. Zum Zwecke der Verfahrensvereinfachung erhalten die Länder¹¹⁸ daher in § 7 Abs. 4 Satz 3 WEG n. F. die Möglichkeit zu bestimmen, ob der Aufteilungsplan und die Abgeschlossenheit von einem „öffentlich bestellten oder anerkannten Sachverständigen für das Bauwesen“ statt von der Baubehörde ausgefertigt und bescheinigt werden und ob dies generell oder nur für bestimmte Fälle geschehen soll, etwa bei der Umwandlung von Miet- in Eigentumswohnungen oder bei genehmigungsfreien Bauvorhaben. Hingegen ist der bauvorlageberechtigte Architekt¹¹⁹ aus Gründen der mangelnden Unabhängigkeit gegenüber dem aufteilenden Eigentümer nicht zur Erteilung der Bescheinigung berechtigt.

Zwischen den gemäß § 36 GewO¹²⁰ „öffentlich bestellten“ und den nach landesrechtlichen Bauvorschriften „staatlich anerkannten“ Sachverständigen wird nicht unterschieden. Auch soweit Letztere nur für bestimmte Fachbereiche¹²¹ bestellt sind, hat dies auf die Berechtigung zur Erstellung von Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung keinen Einfluss, da die hierfür erforderlichen Erkenntnisse bei allen derartigen Sachverständigen vorhanden seien.¹²² Sofern ein Bundesland von der Öffnungsklausel Gebrauch macht, werden auch öffentlich bestellte oder anerkannte Sachverständige für das Bauwesen aus anderen Bundesländern in diesem Bundesland tätig werden dürfen.¹²³

In § 7 Abs. 4 Satz 5 WEG n. F. wird klargestellt, dass die vorstehenden Regelungen dem § 29 GBO vorgehen. Die Unterlagen müssen lediglich von dem Sachverständigen un-

¹¹⁷ Zweifelnd *Hügel* in Hügel/Rapp, Tagungsunterlage zur DAI-Fortbildung „WEG aktuell“ 2007, S. 104 f., der darauf hinweist, dass doch in einer großen Anzahl von praktischen Fällen eine Baugenehmigung erforderlich sei und so die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung ein Folgeprodukt sei, das kaum Arbeitsaufwand, aber zusätzliche Gebühren mit sich bringe.

¹¹⁸ Nach telefonischer Auskunft des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 13.6.2007 bestehen bezüglich der Umsetzung dieser Öffnungsklausel noch keine konkreten Überlegungen.

¹¹⁹ Dies wurde vom Bundesrat angeregt (Stellungnahme des Bundesrats vom 8.7.2005, BT-Drucks. 16/887, S. 49).

¹²⁰ In Bayern i. V. m. dem Gesetz über öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, BayRS V, S. 4, zuletzt geändert am 24.5.1994, GVBl 1994, S. 392.

¹²¹ So in Bayern, vgl. § 1 Abs. 2 der Verordnung über die verantwortlichen Sachverständigen im Bauwesen vom 24.9.2001, GVBl 2001, 578.

¹²² BT-Drucks. 16/887, S. 17.

¹²³ BT-Drucks. 16/3843, S. 24.

terschrieben, mit seinem Stempel versehen und einheitlich bezeichnet sein. Ein weiterer Nachweis, dass sie von einem Sachverständigen erstellt oder bescheinigt worden sind und insbesondere die öffentliche Beglaubigung seiner Unterschrift sind nicht erforderlich.¹²⁴

G. Sonstiges

Gerichtliche Verfahren in Wohnungseigentumssachen unterliegen künftig den Vorschriften der ZPO;¹²⁵ die §§ 43 bis 50 WEG wurden komplett neu gefasst.

Der Vollzug eines gerichtlichen Urteils auf Entziehung des Wohnungseigentums erfolgte nach alter Rechtslage im Wege einer freiwilligen Versteigerung durch einen Notar, §§ 53 ff. WEG a. F. Aufgrund der damit verbundenen Verzögerungs- und Manipulationsmöglichkeiten¹²⁶ verweist § 19 Abs. 1 Satz 1 WEG n. F. auf die Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes; die §§ 51 ff. WEG a. F. wurden aufgehoben. Das

¹²⁴ BT-Drucks. 16/3843, S. 24.

¹²⁵ Vgl. hierzu *Gottschalg*, ZWE 2007, 71; *Briesemeister*, ZWE 2007, 77; *Niedenführ*, NJW 2007, 1841, 1843 ff.

¹²⁶ Insbesondere die Veräußerung an einen (dem Wohnungseigentümer nahe stehenden) Dritten, *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 358.

Urteil, das die Entziehung anordnet, ist ein vollstreckbarer Titel, der im Rang von § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG vollstreckt werden kann. Sind rückständige Wohngeldzahlungen der Grund für die Entziehung, so empfiehlt sich bei Vorliegen der besonderen Voraussetzungen die Versteigerung aus der neuen Rangklasse 2, da hier im Grundbuch eingetragene Belastungen nicht vom Erwerber übernommen werden müssen.

Die Ladungsfrist für die Wohnungseigentümersammlung wurde von bisher einer Woche auf zwei Wochen verlängert, § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG n. F.

Nicht aufgenommen wurden Regelungen zur Einführung eines Zentralgrundbuchs, wodurch ein Teil der Eintragungen, insbesondere Gesamtbelastungen und Angaben zur Gemeinschaftsordnung, auf ein gemeinsames Grundbuchblatt für die Wohnanlage („Zentralblatt“) gebucht werden sollte. Als Hauptargument hiergegen wird angeführt, dass bereits Arbeiten des Bundes und der Länder im Hinblick auf ein „Datenbankgrundbuch“ mit erleichtertem Zugriff und künftig laufendem Text wie derzeit schon beim Handelsregister begonnen wurden; im Zuge der so beabsichtigten Änderungen der Grundbuchvorschriften könnten die Ziele eines Zentralgrundbuchs berücksichtigt werden.¹²⁷

¹²⁷ BT-Drucks. 16/887, S. 13.

Aktuelle Änderungen des Umwandlungsrechts aus Sicht der notariellen Praxis

Von Notar Prof. Dr. *Dieter Mayer*, München, und Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

Mit dem am 25.4.2007 in Kraft getretenen Zweiten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes¹ wurden – neben der Umsetzung der Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung² – einige weniger beachtete Änderungen in anderen Teilen des Umwandlungsgesetzes vorgenommen, die jedoch für die Praxis zum Teil nicht unwesentliche Neuerungen bringen. Nachfolgend sollen daher diejenigen Neuregelungen vorgestellt werden, die für den notariellen Bereich von besonderer Bedeutung sind.³ Praktische Hinweise und Formulierungsvorschläge sollen helfen, die Änderungen bei der Urkundengestaltung umzusetzen.

A. Allgemeine Vorschriften für Verschmelzung und Spaltung

I. Beschleunigung des Freigabeverfahrens

§ 16 Abs. 3 Satz 4 UmwG n. F. übernimmt die durch das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)⁴ im Jahr 2005 in § 246 a Abs. 3

Satz 5 AktG eingeführte 3-Monats-Frist für Freigabeverfahren, um künftig auch für die Anfechtungsklage bei Umwandlungsvorgängen eine schnelle gerichtliche Entscheidung zur Eintragung dieser Maßnahmen im Handelsregister herbeizuführen. Demnach soll der gerichtliche Beschluss spätestens drei Monate nach Antragstellung ergehen. Auch aus notarieller Sicht bleibt abzuwarten, ob diese Sollvorschrift das Eintragungsverfahren in den wirklich kritischen Fällen tatsächlich beschleunigt.⁵

¹ BGBl I, S. 542. Der Gesetzgeber hat dabei Anregungen aus der Praxis ebenso aufgegriffen wie Vorschläge der Regierungskommission „Corporate Governance“ vom Juli 2001, vgl. *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts, 2001; siehe auch BT-Drucks. 14/7515. Vorausgegangen war ein am 13.2.2006 vom Bundesministerium der Justiz veröffentlichter Referentenentwurf (dazu *Neye/Timm*, DB 2006, 488; *Müller*, NZG 2006, 286; *Haritz/Wolff*, GmbHR 2006, 340; *Louven*, ZIP 2006, 221), welchem am 11.8.2006 ein weitgehend unveränderter und am 12.10.2006 überarbeiteter Regierungsentwurf folgte, vgl. BT-Drucks. 16/2919.

² Richtlinie 2005/56/EG, ABI EU Nr. L 310, S. 1. Vgl. hierzu §§ 122 a ff. UmwG.

³ Vgl. umfassend zu sämtlichen Änderungen abseits der Einführung der grenzüberschreitenden Verschmelzung *Mayer/Weiler*, DB 2007, 1235 sowie 1291.

⁴ Gesetz vom 22.9.2005, BGBl I, S. 2802.

⁵ Bei besonderen Schwierigkeiten rechtlicher oder tatsächlicher Art kann die Frist angemessen verlängert werden, vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/2919, S. 12.

II. Vereinfachung des Eintragsverfahrens bei der Verschmelzung

Die Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers mit der konstitutiven Wirkung nach § 20 Abs. 1 UmwG darf nach § 19 Abs. 1 UmwG erst erfolgen, wenn sie im Register des Sitzes jedes der übertragenden Rechtsträger eingetragen ist. Die Eintragung bei den übertragenden Rechtsträgern ihrerseits war nach § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG a. F. stets mit dem Vermerk zu versehen, dass die Verschmelzung erst mit der Eintragung im Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers wirksam wird. Vor allem in denjenigen Fällen, in denen alle an der Umwandlungsmaßnahme beteiligten Gesellschaften bei demselben Registergericht eingetragen sind, war die Eintragung dieses Wirksamkeitsvorbehalts jedoch eine überflüssige Formalität, weil in der Praxis schon bisher regelmäßig eine taggleiche Eintragung erfolgte. Dem trägt § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG n. F. nun Rechnung, indem er vorsieht, dass der Vermerk unterbleiben kann, wenn die Eintragungen am selben Tag vorgenommen werden.⁶

III. Barabfindungsangebot beim „kalten Delisting“

Aufgrund der Änderung des § 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG haben Aktionäre einer börsennotierten Aktiengesellschaft, die auf eine nicht-börsennotierte Gesellschaft verschmolzen wird (sog. „kaltes Delisting“), künftig die Möglichkeit, gegen Barabfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden, wenn sie gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklären. Ein solches Barabfindungsangebot war – neben den Fällen der sog. „Mischverschmelzung“⁷ – nach § 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG bis dato nur erforderlich, wenn die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger Verfügungsbeschränkungen unterworfen waren. Die aktuelle Änderung beruht auf der Erwägung, dass ein „kaltes Delisting“ von den tatsächlichen Auswirkungen her mit solchen Vinkulierungsklauseln vergleichbar ist: Zwar schränkt der Verlust der Börsennotierung die handelsrechtliche Veräußerbarkeit der neuen Anteile nicht ein, faktisch erschwert eine solche Maßnahme aber die Verkehrsfähigkeit der Aktien.⁸ Dem trägt die nun eingeführte Pflicht zur Abgabe eines Barabfindungsangebots Rechnung. Gleichzeitig wird die Rechtslage dem Fall des regulären Delistings angepasst; dort ist nach der Rechtsprechung des BGH ein Abfindungsangebot an Minderheitsaktionäre ebenfalls zwingend erforderlich.⁹

Für die Kautelarpraxis bedeutet dies, dass jetzt auch bei der Verschmelzung einer börsennotierten Aktiengesellschaft auf eine nicht-börsennotierte Gesellschaft im Umwandlungsvertrag ein Barabfindungsangebot zwingend enthalten sein muss. Es empfiehlt sich daher, in den Vertragsmustern einen entsprechenden Merkposten einzubauen, etwa wie folgt:

⁶ Dies dient nicht nur der Entlastung der Gerichte, sondern erspart den betroffenen Rechtsträgern auch zusätzliche Veröffentlichungskosten, vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2919, S. 13; zustimmend auch Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 738.

⁷ § 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG. Hierzu ausführlich *Vollrath* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand Mai 2007, § 29 UmwG Rdnr. 11 f.

⁸ Aus diesem Grund war schon bislang in der Literatur die analoge Anwendung von § 29 UmwG auf den Fall des „kalten Delisting“ gefordert worden, vgl. z. B. *Hüffer*, AktG, 7. Aufl. 2006, § 119 AktG Rdnr. 26; *MünchKommAktG/Kubis*, 2. Aufl. 2004, § 119 Rdnr. 89; *Grunewald*, ZIP 2004, 542, 544; *Adolff/Tieves*, BB 2003, 797, 805.

⁹ Vgl. BGHZ 153, 47 = DNotZ 2003, 364 (Macrotron). Vgl. hierzu auch Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 738.

Hinweis:

Barabfindungsangebot erforderlich, wenn

Mischverschmelzung (§ 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG)

Verschmelzung börsennotierte AG/KGaA auf nicht-börsennotierte AG/KGaA (§ 29 Abs. 1 Satz 1 UmwG)

Verfügungsbeschränkungen bei übernehmendem Rechtsträger (§ 29 Abs. 1 Satz 2 UmwG)

Auch wenn sich die Neufassung der Vorschrift nur auf Aktiengesellschaften bezieht, ist im Übrigen davon auszugehen, dass die Vorschrift auch auf eine KGaA als übertragende und/oder übernehmende Gesellschaft anwendbar ist. Sinn und Zweck der Regelung gelten hier ebenso wie bei der AG. Da sich auch die Gesetzesbegründung hierzu nicht äußert, besteht eine planwidrige Regelungslücke, die durch eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die KGaA zu schließen ist.

IV. Erleichterte Bezeichnung unbekannter Aktionäre

Nach § 35 UmwG a. F. mussten unbekannte Aktionäre einer übertragenden Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien grundsätzlich durch Angabe ihrer Aktienurkunden bezeichnet werden, soweit eine Benennung der Anteilsinhaber für den übernehmenden Rechtsträger gesetzlich vorgeschrieben war.¹⁰ Nach der Neufassung der Vorschrift können die unbekannteren Aktionäre nun vereinfacht durch die Angabe des insgesamt auf sie entfallenden Teils des Grundkapitals der Gesellschaft und der auf sie nach der Verschmelzung entfallenden Anteile bezeichnet werden. Zur Vermeidung von Missbräuchen ist eine solche Bezeichnung allerdings nur zulässig für Anteilsinhaber, deren Anteile zusammen 5 % des Grundkapitals der übertragenden Gesellschaften nicht überschreiten.

B. Verschmelzung

I. Fristerfordernis für das Verlangen nach einer Verschmelzungsprüfung

Eine Prüfung der Verschmelzung nach §§ 9 bis 12 UmwG findet bei Umwandlungsmaßnahmen unter Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft oder GmbH nur auf Verlangen eines Gesellschafters statt, §§ 44, 48 UmwG. Da eine Frist für die Stellung des Prüfungsverlangens gesetzlich nicht vorgesehen war, konnte der Antrag auch noch in der beschließenden Gesellschafterversammlung gestellt werden mit der Folge, dass die Beschlussfassung vertagt werden musste.¹¹ Um diese unerwünschten Verzögerungen zu vermeiden, wurden die Bestimmungen der §§ 44, 48 UmwG

¹⁰ Das Erfordernis der Angabe der für die unbekannteren Aktionäre bestehenden Aktienurkunden war insbesondere angesichts der üblichen Verwahrung der Aktien im Giro-Sammeldepot ohne Einzelverbriefung und aufgrund des meist satzungsgemäß erfolgten Ausschlusses des Verbriefungsanspruchs der Aktionäre gemäß § 10 Abs. 5 AktG unbefriedigend. Vgl. hierzu Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 738. Ähnlich *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841, 845.

¹¹ Statt vieler *Vossius* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 44 UmwG Rdnr. 17. In der Praxis wurde daher in kritischen Fällen die Prüfung des Verschmelzungsvertrages häufig vorsorglich auch ohne Antrag eines Gesellschafters durchgeführt, vgl. *Drinhausen*, BB 2006, 2313, 2314.

nunmehr dahingehend geändert, dass das Prüfungsverlangen nur binnen einer Frist von einer Woche gestellt werden kann, nachdem die Gesellschafter die Verschmelzungsunterlagen erhalten haben.¹² Insofern ist der Praxis zu empfehlen, diesen Zeitpunkt in jedem Fall nachweislich zu dokumentieren.

II. Zustimmungsvorbehalt bei nicht voll eingezahlten Anteilen

§ 51 UmwG regelt für die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung besondere Zustimmungserfordernisse für die Beschlussfassung. So ist gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 UmwG die Zustimmung sämtlicher bei der Beschlussfassung anwesender Gesellschafter eines *übertragenden* Rechtsträgers erforderlich, wenn eine GmbH als *übernehmender* Rechtsträger beteiligt ist, auf deren Geschäftsanteile nicht alle zu leistenden Einlagen in voller Höhe bewirkt sind.¹³ Wenn hingegen eine *übertragende* GmbH, auf deren Geschäftsanteile nicht alle zu leistenden Einlagen in vollem Umfang bewirkt sind, von einer anderen GmbH durch Verschmelzung aufgenommen wird, so erklärte § 51 Abs. 1 Satz 3 UmwG a. F. das in Satz 1 statuierte Zustimmungserfordernis schlicht für entsprechend anwendbar. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung entsprach es schon bisher dem Sinn und Zweck der Vorschrift, dass in diesem Fall sämtliche Gesellschafter der *übernehmenden* GmbH zustimmen müssen, da ihnen das Risiko der Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG droht.¹⁴ Der neue Wortlaut von § 51 Abs. 1 Satz 3 UmwG stellt dies nunmehr klar.

Ferner hat der Gesetzgeber ein Redaktionsversehen in § 52 UmwG beseitigt. Die wortlautgemäße Interpretation der Vorschrift hatte bisher zur Folge, dass im Anwendungsbereich des § 51 Abs. 1 Satz 3 UmwG a. F. dem Registergericht die Zustimmungserklärungen aller Gesellschafter der *übertragenden* GmbH vorgelegt werden mussten, obwohl – wie soeben geschildert wurde – materiell die Zustimmung aller Gesellschafter der *übernehmenden* GmbH erforderlich war.¹⁵ Nach § 52 Abs. 1 Satz 2 UmwG n. F. ist nunmehr dem Registergericht nur noch die Zustimmung der Gesellschafter der übernehmenden GmbH nachzuweisen.

¹² Übersehen hat der Gesetzgeber allerdings, dass sich die Problematik nicht nur bei Personenhandelsgesellschaften und GmbHs stellt, sondern vor allem auch beim eingetragenen Verein. Hier ist gemäß § 100 Satz 2 UmwG eine Prüfung erforderlich, wenn 10 % der Mitglieder dies schriftlich verlangen. Dementsprechend ist zu Recht gefordert worden, eine Antragsfrist auch für die Parallelkonstruktion des § 100 Satz 2 UmwG vorzusehen, vgl. DNotV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, Nr. 4 (abrufbar unter www.dnotv.de). Die Umsetzung der gesetzgeberischen Intention, eine Verzögerung des Verfahrens durch Antragstellung in der Versammlung zu verhindern, hätte folglich idealerweise rechtsformübergreifend in allgemeinerer Form, d. h. vorzugsweise direkt in § 9 UmwG oder zumindest zusätzlich in § 100 Satz 2 UmwG erfolgen sollen.

¹³ Hintergrund der Vorschrift ist die drohende Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG. § 51 Abs. 1 Satz 2 UmwG sieht überdies die Zustimmung auch aller nicht erschienenen Anteilshaber vor, wenn es sich bei dem übertragenden Rechtsträger um eine Personenhandelsgesellschaft, eine Partnerschaftsgesellschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt.

¹⁴ Dazu Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 51 UmwG Rdnr. 25 sowie Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 739.

¹⁵ Siehe nur Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 52 UmwG Rdnr. 5.1 sowie Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 739.

III. Verzicht auf die Anteilsgewährung – Abkehr vom Dogma der Anteilsgewährpflicht

1. Allgemeines

Als – neben der Umsetzung der Vorschriften zur transnationalen Verschmelzung – für die Praxis wohl wichtigste Neuerung hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, im Zuge von Verschmelzungs- sowie Abspaltungs- und Aufspaltungsvorgängen (§ 125 UmwG) auf eine Gewährung von Anteilen zu verzichten. Damit „weicht“ der Gesetzgeber das grundsätzliche, aus den Strukturmerkmalen der Verschmelzung bzw. Spaltung sich ergebende Dogma der Anteilsgewährpflicht auf.¹⁶ §§ 54 Abs. 1 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG n. F. sehen nämlich vor, dass eine Kapitalerhöhung bei einer *übernehmenden* GmbH, AG oder KGaA zur Disposition aller Anteilshaber des *übertragenden* Rechtsträgers steht, die zu notarieller Urkunde auf die Anteilsgewährung verzichten können. Nach der Gesetzesbegründung dient diese Erleichterung insbesondere der Verschmelzung von Schwestergesellschaften innerhalb eines Konzerns, bei denen sämtliche Anteile von ihrer Muttergesellschaft gehalten werden.¹⁷

2. Kritische Stellungnahme

Entgegen zahlreicher Stimmen in der Literatur¹⁸ ist die nunmehr eingeführte Verzichtsmöglichkeit schon deshalb kritisch zu sehen, weil die Verpflichtung zur Anteilsgewährung eine sinnvolle Funktion der Gläubigersicherung dadurch erfüllte, dass sie bei der Kapitalgesellschaft regelmäßig zumindest eine minimale Kapitalerhöhung erforderlich machte und deshalb verbunden mit der entsprechenden Registerkontrolle den Übergang von Vermögen mit negativem Saldo verhinderte.¹⁹ Dies erschien auch gerechtfertigt, weil sonst die Gefahr besteht, dass insbesondere „Firmenbestatter“ die Verschmelzung als besonders elegante Form der „stillen Liquidation“ wählen. Man muss sich darüber im Klaren sein, dass als Folge der Neuregelung folgende Gleichung gilt: „fehlende Anteilsgewährpflicht“ = „fehlende Registerkontrolle“.

Aus diesem Grund sind auch etwaige Minderheitsgesellschaften beim *übernehmenden* Rechtsträger erheblich gefährdet, wenn der Mehrheitsgesellschafter die Verschmelzung einer Gesellschaft mit negativem Vermögen auf diese übernehmende Gesellschaft mit Dreiviertelmehrheit beschließt und

¹⁶ Vgl. die ausführliche Kritik an der Neuregelung von Mayer/Weiler, DB 2007, 1235, 1238 ff. Umfassend zur Anteilsgewährpflicht Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rdnr. 15 ff.

¹⁷ Die herrschende Meinung in der Literatur und insbesondere auch die Registerpraxis sowie die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung standen bisher auf dem Standpunkt, dass der Wortlaut des Gesetzes für diese Fälle keine Ausnahme von der Anteilsgewährung und insbesondere auch keine Verzichtsmöglichkeit vorsah, vgl. hierzu aus der Rspr. nur OLG Hamm, GmbHR 2004, 1533; OLG Frankfurt am Main, DB 1998, 917; KG, DB 1998, 2511 = NZG 1999, 174 m. Anm. Zeidler; a. A. LG München, GmbHR 1999, 35. Siehe aus der Literatur nur Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rdnr. 41 ff. m. zahlr. w. N. Zum Streitstand vgl. ferner Winter in Lutter, UmwG, 3. Aufl. 2004, § 54 Rdnr. 16 m. w. N. A. A. Grunewald in Lutter, § 20 UmwG Rdnr. 64; Marsch-Barner in Kallmeyer, UmwG, 3. Aufl. 2006, § 68 Rdnr. 15.

¹⁸ Der Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 739 begrüßt die Regelung „sehr“, Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 845 „ausdrücklich“ und Kallmeyer, GmbHR 2006, 418, 419 sogar „außerordentlich“. Zustimmend ferner Drinhausen, BB 2006, 2313, 2315; DNotV, Stellungnahme zum Referentenentwurf, Nr. 6 (abrufbar unter www.dnotv.de).

¹⁹ Zum Ganzen ausführlich Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rdnr. 41 ff. m. w. N.

gleichzeitig die Registerkontrolle durch einen Verzicht auf die Anteilsgewährung von Seiten der Gesellschafter der *übertragenden* Gesellschaft umgangen wird.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den Verzicht an der falschen Stelle regelt. Die geänderten Vorschriften beziehen sich nur auf die GmbH (§ 54 UmwG) bzw. AG und KGaA (§§ 68, 78 UmwG) als übernehmende Rechtsträger. Der Verzicht auf eine Anteilsgewährung kann deshalb nicht zur Anwendung kommen, wenn übernehmender Rechtsträger etwa eine Personenhandelsgesellschaft oder eine Genossenschaft ist.²⁰ Da darüber hinaus § 125 Satz 1 UmwG für die Ausgliederung gerade nicht auf die §§ 54 und 68 UmwG verweist, verbleibt es auch für sämtliche Fälle der Ausgliederung beim Grundsatz der Anteilsgewährpflicht.²¹ Schließlich bestehen erhebliche Zweifel an einer richtlinienkonformen Umsetzung im Hinblick auf eine am Verschmelzungsvorgang beteiligte übernehmende Aktiengesellschaft. Art. 19 Abs. 2 a und b der Verschmelzungsrichtlinie²² sehen Ausnahmen von der Anteilsgewährpflicht nur für den Sonderfall der Verschmelzung einer 100%igen Tochtergesellschaft auf ihre Muttergesellschaft und für den Fall vor, dass bei der übertragenden Gesellschaft eigene Anteile vorhanden sind. Sonstige Ausnahmen von der Anteilsgewährpflicht sind aus der Verschmelzungsrichtlinie nicht ersichtlich, vor allem keine Ermächtigung für die Mitgliedstaaten, eine Verzichtsmöglichkeit zuzulassen. Da die Anteilsgewährpflicht zu den Strukturmerkmalen einer Verschmelzung gehört²³ und eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich erscheint, ist jedenfalls für eine an einem Verschmelzungs- bzw. Auf- oder Abspaltungsfall beteiligte übernehmende Aktiengesellschaft davon auszugehen, dass die durch § 68 UmwG eingeräumte Verzichtsmöglichkeit nicht richtlinienkonform ist.²⁴

In der Praxis leicht übersehen werden kann ferner, dass die zivilrechtliche Verzichtsmöglichkeit aufgrund der steuerlichen Vorgaben häufig ausscheiden wird. Zwar kann die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine andere Kapitalgesellschaft auch nach der Neufassung durch das SEStEG²⁵ gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 UmwStG unter Buchwertfortführung erfolgen, wenn eine Gegenleistung nicht gewährt wird. Anders stellt sich die Rechtslage jedoch dar, wenn eine Personenhandelsgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft verschmolzen wird. Nach § 20 Abs. 1 UmwStG ist hier eine Buchwertfortführung nur möglich, wenn die Gesellschafter der übertragenden Personenhandelsgesellschaft *neue Anteile* an der aufnehmenden Kapitalgesellschaft erhalten. Da der Gesetzgeber den Verzicht auf die Anteilsgewährpflicht nicht

in den allgemeinen Vorschriften, sondern in §§ 54, 68 UmwG geregelt hat, welche nur für Kapitalgesellschaften als übernehmende Rechtsträger gelten,²⁶ wird die Vereinfachung somit in der Praxis nur für die Verschmelzung ausschließlich unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften Bedeutung haben.²⁷

3. Fazit für die Gestaltungspraxis und Formulierungsvorschlag

Obschon die Verzichtsmöglichkeit zweifellos Erleichterungen gerade bei konzerninternen Vorgängen, bei komplizierten Vorgängen wie Kettenverschmelzungen oder Verschmelzungen von Enkel- auf Muttergesellschaften mit sich bringt, muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, ob ein Verzicht auf die Anteilsgewährung möglich ist. Bei der Ausgliederung scheidet der Verzicht schon von Gesetzes wegen aus. Ist an dem Umwandlungsvorgang eine Aktiengesellschaft als übernehmender Rechtsträger beteiligt, müssen wegen der möglicherweise fehlenden Richtlinienkonformität der Bestimmung wohl Anteile gewährt werden. Ferner sollte – wie bei jeder Umwandlungsmaßnahme – gerade bei einem geplanten Verzicht ein steuerlicher Berater einbezogen werden, um die steuerlichen Auswirkungen der fehlenden Anteilsgewährung zu prüfen. Steht schließlich ein Übergang von Vermögen mit negativem Saldo in Rede und stimmen nicht alle Gesellschafter auch der übernehmenden Gesellschaft dem Verzicht zu, besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung diese Vorgehensweise aus Gläubiger- und/oder Minderheitenschutzgesichtspunkten nicht ohne weiteres akzeptiert.²⁸

Entscheiden sich die Mandanten letztlich für einen Verzicht auf die Anteilsgewährung, ist zu beachten, dass der Umwandlungsvertrag gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 und 4 UmwG bzw. § 126 Abs. 1 Nr. 3 und 4 UmwG u. a. Angaben über das Umtauschverhältnis der Anteile und Einzelheiten über die Übertragung der Anteile des übernehmenden Rechtsträgers bzw. über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger enthalten muss. Verzichten die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers auf eine Anteilsgewährung, so sind daher – vorzugsweise unter dem Punkt „Gegenleistung“ – Angaben im *Umwandlungsvertrag* zu machen, etwa wie folgt:

Sämtliche Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft werden im Rahmen der Zustimmungsbeschlüsse zu der vorliegenden Verschmelzung gemäß § 54 Abs. 1 Satz 3 (bzw. § 68 Abs. 1 Satz 3) UmwG auf die Gewährung von Anteilen verzichten, so dass eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft zur Durchführung der Verschmelzung sowie eine sonstige Anteilsgewährung nicht erforderlich ist.

²⁰ Richtiger Regelungsort für die Verzichtsmöglichkeit wären deshalb § 2 UmwG und § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 Hs. 2 UmwG für die Verschmelzung sowie § 123 Abs. 1 bis 3 und § 131 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 u. Satz 3 UmwG für die Spaltung gewesen, denn dort sind der Grundsatz der Anteilsgewährpflicht, die Ausnahmen hiervon und die Rechtsfolgen geregelt.

²¹ Bei konzernrechtlichen Ausgliederungsmaßnahmen muss folglich auch in Zukunft an der Anteilsgewährpflicht festgehalten werden, obgleich hier keine Drittinteressen betroffen sein können.

²² Richtlinie 78/855/EWG, ABI EG Nr. L 295 v. 20.10.1978, S. 36, abgedruckt in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Band 1, Abschnitt EG-Richtlinie.

²³ Vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie.

²⁴ Zu den Rechtsfolgen vgl. ausführlich *Lutter* in *Lutter*, Einl. Rdnr. 22 ff.

²⁵ Gesetz vom 7.12.2006 (BGBl I, S. 2782, 2791).

²⁶ Vgl. *Mayer* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 54 UmwG Rdnr. 1 sowie *Rieger* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 68 UmwG Rdnr. 5.

²⁷ Zum gleichen Schluss kommen *Haritz/von Wolff*, GmbHR 2006, 340, 345. Schließlich kann ein Verzicht auf die Anteilsgewährung unter Umständen zu weiteren steuerlichen Problemen führen. Ist z. B. eine Kapitalgesellschaft Anteilseigner einer übertragenden GmbH, so könnte deren Verzicht auf eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft als verdeckte Gewinnausschüttung gewertet werden. Handelt es sich um eine natürliche Person als Anteilseigner, steht das Vorliegen einer unentgeltlichen Zuwendung mit entsprechender Schenkungsteuerpflicht im Raum, vgl. *Haritz/von Wolff*, GmbHR 2006, 340, 345 unter Verweis auf BFH, GmbHR 2005, 1575.

²⁸ So ist in Literatur (siehe nur *Zimmermann* in *Kallmeyer*, § 13 UmwG Rdnr. 12; *Hohenstatt/Seibt*, ZIP 2006, 546, 550) und Rspr. (vgl. z. B. OLG Stuttgart, ZIP AG 2000, 229; OLG Frankfurt am Main, ZIP 2003, 1654) anerkannt, dass Strukturmaßnahmen der allgemeinen Missbrauchskontrolle unterliegen und dass die Anteilseigner bei der Ausübung ihrer (Mit-)Verwaltungs- und Kontrollrechte gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten (hierzu z. B. BGH, NJW 1995, 1739) unterworfen sind.

Im *Beschluss* der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft über die Zustimmung zur Verschmelzung muss der Verzicht dann erklärt werden, z. B. wie folgt:

Zur Durchführung der Verschmelzung wird das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft nicht erhöht. Sämtliche Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft verzichten hiermit gemäß § 54 Abs. 1 Satz 3 (bzw. § 68 Abs. 1 Satz 3) UmwG auf die Gewährung von Anteilen der übernehmenden Gesellschaft zum Zweck der Durchführung der Verschmelzung.

IV. Geschäftsführerbestellung bei Verschmelzung durch Neugründung

Nach § 59 Satz 2 UmwG werden schon bislang die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat einer durch die Verschmelzung neu errichteten GmbH durch Beschluss der Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger bestellt. In seiner Neufassung stellt § 59 Satz 2 UmwG nunmehr klar, dass in diesen Fällen auch die Bestellung der Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Gesellschafter aller übertragenden Rechtsträger erfolgen kann.²⁹

V. Nachgründung bei übernehmender Aktiengesellschaft

§ 67 Satz 1 UmwG a. F. erklärte die aktienrechtlichen Nachgründungsvorschriften des § 52 Abs. 3, 4, 7 bis 9 AktG für entsprechend anwendbar, wenn ein Verschmelzungsvertrag in den ersten zwei Jahren seit Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister geschlossen wird. Die fehlende Verweisung des § 67 UmwG a. F. auf § 52 Abs. 6 AktG (Anmeldung und vorzulegende Unterlagen), die schon in der Vergangenheit lediglich als Redaktionsversehen eingestuft wurde,³⁰ ist mit der Neufassung der Vorschrift nunmehr ergänzt.³¹

Von großer praktischer Bedeutung ist vor allem die Änderung von § 67 Satz 2 UmwG. Die Durchführung einer Nachgründung ist nun nicht mehr erforderlich, wenn eine übernehmende Aktiengesellschaft schon seit mindestens zwei Jahren in der Rechtsform einer GmbH im Handelsregister eingetragen war.³² Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Kapitalerhöhung bei der GmbH nach ähnlichen Regeln wie bei der Aktiengesellschaft erfolgt, so dass eine Behandlung als Nachgründung nicht sachgerecht erscheint.³³ Auch wenn

²⁹ Dazu Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 59 UmwG Rdnr. 2, 12.

³⁰ Vgl. Rieger in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 67 UmwG Rdnr. 36; Grunewald in Lutter, § 67 UmwG Rdnr. 15; Marsch-Barner in Kallmeyer, § 67 UmwG Rdnr. 6; Diekmann in Semler/Stengel, UmwG, 2003, § 67 Rdnr. 24.

³¹ Danach hat der Vorstand den der Nachgründung unterliegenden Vertrag zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung ist der Vertrag in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift mit dem Nachgründungsbericht und dem Bericht der Gründungsprüfer mit den urkundlichen Unterlagen beizufügen. Eingetragen werden muss die Verschmelzung als solche und der Umstand, dass es sich bei dem Verschmelzungsvertrag um einen Nachgründungsvertrag handelt.

³² Vgl. hierzu auch Drinhausen, BB 2006, 2313, 2315.

³³ Diese Änderung greift einen Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV auf, vgl. NZG 2000, 802, 805. Nach der bisherigen Fassung des § 67 Satz 2 UmwG kam es allein darauf an, ob die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verschmelzungsvertrags zwei Jahre als Aktiengesellschaft eingetragen war. Zweifel an

der Wortlaut der Vorschrift hierzu keine Anhaltspunkte enthält, ist davon auszugehen, dass die Neuregelung jedenfalls analog auch für den Fall gilt, dass die betroffene übernehmende AG durch Formwechsel einer KGaA entstanden ist und diese KGaA bereits zwei Jahre bestand.³⁴

VI. Verschmelzung genossenschaftlicher Prüfungsverbände

§ 105 UmwG n. F. erweitert die Möglichkeiten der Verschmelzung genossenschaftlicher Prüfungsverbände dergestalt, dass diese in Zukunft nicht nur zur Aufnahme, sondern auch zum Zweck der Neugründung miteinander verschmolzen werden können. Hierfür bestand offensichtlich in der Vergangenheit ein praktisches Bedürfnis. Ferner kann ein genossenschaftlicher Prüfungsverband nunmehr auch einen eingetragenen Verein aufnehmen. Voraussetzung ist, dass die Mitglieder des Vereins Genossenschaften oder genossenschaftsnahe Unternehmungen sind. Ferner muss die für die Verleihung des Prüfungsrechts zuständige oberste Landesbehörde zustimmen.³⁵

C. Spaltung

I. Wirksamkeitsvermerk

Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist die Eintragung der Spaltung im Register des Sitzes jedes übernehmenden Rechtsträgers mit dem Vermerk zu versehen, dass die Spaltung erst mit der Eintragung im Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers wirksam wird. Entsprechend der Änderung von § 19 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist dieser Vermerk nunmehr nicht mehr erforderlich, wenn die Eintragung in den Registern aller beteiligten Rechtsträger taggleich erfolgt.

II. Aufhebung von § 132 UmwG a. F.

Die neben der Verzichtsmöglichkeit auf die Anteilsgewährspflicht wohl bedeutendste allgemeine Änderung des Umwandlungsgesetzes ist die ersatzlose Streichung von § 132 UmwG. Durch diese Regelung wurde die bisher in § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UmwG vorgegebene, sogenannte „partielle“ Gesamtrechtsnachfolge³⁶ dahingehend eingeschränkt, dass bei der Spaltung „allgemeine Vorschriften, welche die Übertrag-

der Sinnhaftigkeit der bisherigen Regelung bereits bei Rieger in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 67 UmwG Rdnr. 9 m. w. N.; Grunewald in Lutter, § 67 UmwG Rdnr. 4; Hüffer, § 52 AktG Rdnr. 10; a. A. namentlich Martens, ZGR 1999, 548; zustimmend zur gesetzlichen Neuregelung u. a. auch Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 845.

³⁴ Schon bisher war die ganz h. M. in der Literatur i. Ü. der Auffassung, dass die zweijährige Nachgründungsphase bei einem vorgelegten Formwechsel KGaA in AG bereits mit der Eintragung der KGaA beginnt, siehe nur Rieger in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 67 UmwG Rdnr. 7; Grunewald in Lutter, § 67 UmwG Rdnr. 4; Marsch-Barner in Kallmeyer, § 67 UmwG Rdnr. 2; Diekmann in Semler/Stengel, § 67 UmwG Rdnr. 7. Dafür spricht schon die Tatsache, dass die mit dem Kapitalaufbringungsschutz verbundene Registerkontrolle bei der Gründung einer KGaA sogar noch strenger ist, als bei der Gründung einer GmbH. Das aus der Gesetzesbegründung abzuleitende Argument, dass die Kapitalaufbringung bei der GmbH ähnlichen Regeln unterliegt wie bei der Aktiengesellschaft, greift bei einer KGaA als Ausgangsgesellschaft natürlich erst recht.

³⁵ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/2919, S. 14.

³⁶ Unter „partieller“ Gesamtrechtsnachfolge versteht man den Übergang von Vermögensteilen eines Rechtsträgers oder den Übergang seines gesamten Vermögens verteilt auf mindestens zwei aufnehmende oder neu gegründete Rechtsträger. Sie entspricht dem bei der Verschmelzung als Gegenstück zur Spaltung geltenden Grundsatz der weitgehend uneingeschränkten Gesamtrechtsnachfolge.

barkeit eines bestimmten Gegenstands ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, oder nach denen die Übertragung eines bestimmten Gegenstands der staatlichen Genehmigung bedarf (...) durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 UmwG unberührt bleiben“.

Ziel der Regelung des § 132 Satz 1 UmwG war, dass das Erfordernis einer staatlichen Genehmigung und einer rechtsgeschäftlichen Zustimmungspflicht für die Übertragung eines bestimmten Gegenstands im Wege der Spaltung aufrechterhalten bleibt.³⁷ Bei wortlautgetreuer Auslegung der Vorschrift hinderte die Bestimmung allerdings u. a. auch die Übertragung solcher Verträge und Forderungen³⁸, die einem vertraglich vereinbarten Übertragungs- bzw. Abtretungsverbot unterlagen. Gleiches galt für gesetzliche Übertragungshindernisse.³⁹ Aus diesem Grund wurde die Vorschrift von weiten Teilen der Literatur als „Spaltungsbremse“ bezeichnet.⁴⁰ Es bestand weitgehend Einigkeit darüber, dass die Regelung des § 132 UmwG a. F. insgesamt missglückt war und eine wortlautgetreue Auslegung dazu führte, dass wirtschaftlich notwendige Spaltungen ganz entgegen dem Grundanliegen des Gesetzgebers erschwert oder ggf. ganz ausgeschlossen wurden.

Angesichts dieser Schwierigkeiten hat der Gesetzgeber die Kritik aufgenommen und § 132 UmwG nunmehr vollständig beseitigt. Erste literarische Stellungnahmen begrüßen den vollständigen Wegfall der Vorschrift wahlweise „sehr“⁴¹, „nachdrücklich“⁴² oder „außerordentlich“⁴³. Bei der sehr positiven Resonanz der Literatur auf diese Maßnahme wird jedoch übersehen, dass eine sachgerechte Auslegung der Norm bereits in der Vergangenheit zu praktikablen Ergebnissen geführt hat und die Norm in ihrer Funktion als Schutz vor einer Gesetzesumgehung bei bestehenden Übertragungsschranken eine effektive Wirkung entfaltet hat. Nunmehr besteht hingegen die Gefahr, dass von den Beteiligten als Übertragungsweg für bestimmte Gegenstände die Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz gewählt wird, weil eine Einzelübertragung nicht oder nur mit Zustimmung Dritter möglich gewesen wäre. Anders als bei der uneingeschränkten Gesamtrechtsnachfolge in Verschmelzungsfällen ist es bei Spaltungsfällen auch möglich, nur einzelne Gegenstände in den Spaltungsplan bzw. Spaltungsvertrag aufzunehmen und damit gezielt etwaige Schutzvorschriften gesetzlicher oder vertraglicher Art zu umgehen. Die ersatzlose Streichung des § 132 UmwG ist dementsprechend als zu weitgehend abzulehnen.⁴⁴

³⁷ Der Schutzzweck solcher Genehmigungsvorbehalte oder Zustimmungserfordernisse Dritter sollte nicht unterlaufen werden können. Letztlich wollte man also mit der Vorschrift lediglich ein allgemeines Umgehungsverbot statuieren. Vgl. Gesetzesbegründung zu § 132 UmwG 1995, abgedruckt in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Band 1, Gesetzesbegründungen, Begründung zum UmwG 1995, S. 88 f.

³⁸ Für die Aufspaltung ordnete § 132 Satz 2 UmwG a. F. explizit an, dass dieser § 399 BGB nicht entgegensteht.

³⁹ Zum Ganzen vgl. Mayer in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 132 UmwG Rdnr. 1 ff.

⁴⁰ Siehe z. B. Heidenhain, ZIP 1995, 801; ders., ZHR 168 (2004), 468; Kallmeyer, GmbHR 1996, 242; Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2000, 802, 806 f.; Mayer, GmbHR 1996, 403.

⁴¹ Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 743.

⁴² Bayer/Schmidt, NZG 2006, 841, 845.

⁴³ Kallmeyer, GmbHR 2006, 418, 421. Haritz/von Wolff, GmbHR 2006, 340, 345 hingegen sind weniger euphorisiert und belassen es bei der Feststellung, der Wegfall der Vorschrift sei schlicht „begeißenswert“.

⁴⁴ Ausführlich hierzu mit weiteren Argumenten gegen die ersatzlose Streichung von § 132 UmwG Mayer/Weiler, DB 2007, 1291.

Für die Kautelarpraxis hingegen bringt der Wegfall der Vorschrift einige Erleichterungen. Letztlich greift das Prinzip der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge jetzt vollumfänglich auch bei Spaltungen, weshalb sich die juristischen Berater nicht mehr allzu viele Gedanken darüber machen müssen, ob bestimmte Gegenstände übergehen oder nicht. Korrespondierend mit der Streichung von § 132 UmwG wurde nämlich auch die Bestimmung des § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG aufgehoben. Damit geht nunmehr das gesamte im Spaltungs- und Übernahmevertrag bzw. Spaltungsplan konkretisierte Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten mit allen Rechten und Pflichten uneingeschränkt über. Von der Rechtsnachfolge bleiben nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten wie z. B. das Urheberrecht (§ 7 UrhG) ausgenommen.⁴⁵

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn das spaltungsrechtliche Instrumentarium nunmehr im Einzelfall als Umgehungsinstrument bei bestehenden Übertragungsschranken eingesetzt werden soll. In diesem Fall ist nicht auszuschließen, dass der mit Streichung von § 132 UmwG entfallene Umgehungs-schutz im Wege der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung wieder „auflebt“.⁴⁶

III. Verlängerung der Verjährungsfrist bei Übertragung von Versorgungsverpflichtungen nach dem BetrAVG

Erst im Rahmen der Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses des Bundesrates wurde die Neuregelung in § 133 Abs. 3 Satz 2 UmwG aufgenommen. Danach beträgt die in Satz 1 angeordnete Forthaftung im Hinblick auf vor dem Wirksamwerden der Spaltung begründete Versorgungsverpflichtungen aufgrund des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) nicht wie bei allen sonstigen Verbindlichkeiten fünf, sondern zehn Jahre. Folglich haftet eine Gesellschaft, die solche Versorgungsansprüche im Wege der Spaltung überträgt, für diese Verbindlichkeiten noch zehn Jahre nach Bekanntmachung der Eintragung der Spaltung gesamtschuldnerisch mit. Diese Ausdehnung der Nachhaftungsfrist mildert die Folgen aus dem Wegfall von § 132 UmwG und der Entscheidung des BAG vom 22.2.2005⁴⁷ zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Verlagerung von Versorgungsverpflichtungen im Wege der Spaltung und verstärkt so den Schutz der Versorgungsansprüche der (ehemaligen) Arbeitnehmer.⁴⁸

IV. Kein Spaltungsverbot für Ausgliederungen in der Nachgründungsphase

Bislang enthielt § 141 UmwG für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien ein in der Praxis zuweilen übersehenes generelles Spaltungsverbot in der zweijährigen Nachgründungsphase, das im Schrifttum wiederholt mit dem zutreffenden Argument kritisiert wurde, die Regelung

⁴⁵ Vgl. hierzu Vossius in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 131 UmwG Rdnr. 35; Müller, NZG 2006, 491 493; Drinhausen, BB 2006, 2313.

⁴⁶ Vgl. in diesem Zusammenhang die Urteile zur Problematik der Ausgliederung von Pensionsverbindlichkeiten, BAG, DB 2005, 954; AG Hamburg, DB 2005, 1562; LG Hamburg, DB 2006, 941.

⁴⁷ DB 2005, 954 = NJW 2005, 3371 = NZA 2005, 639. Vgl. dazu ferner Louis/Nowak, DB 2005, 2354; Langohr-Plato, NZA 2005, 966; NJW-Spezial 2005, 269.

⁴⁸ In der Praxis wurde von dieser Möglichkeit häufig Gebrauch gemacht, insbesondere um die Bilanzen der Unternehmen um diese hohen Verbindlichkeiten zu bereinigen.

behindere den Aufbau sinnvoller Holdingstrukturen.⁴⁹ Im Anwendungsbereich der Vorschrift konnten Ausgliederungsmaßnahmen nur im Wege der Sachgründung durch Einzelrechtsübertragung außerhalb des Umwandlungsgesetzes durchgeführt werden, was mangels Eingreifens der partiellen Gesamtrechtsnachfolge nicht nur mit Schwierigkeiten bei der Überleitung von Vertragsverhältnissen und Verbindlichkeiten, sondern häufig auch mit höheren Transaktionskosten verbunden war.⁵⁰ Für den Fall der Ausgliederung zur Neugründung wurde dieses generelle Spaltungsverbot nunmehr durch eine entsprechende Neufassung des § 141 UmwG beseitigt.⁵¹

D. Formwechsel

I. Wegfall der Vermögensaufstellung

Das nach § 192 Abs. 2 UmwG a. F. bisher bestehende Erfordernis, dem Umwandlungsbericht eine Vermögensaufstellung beizufügen, aus der sich die Gegenstände und Verbindlichkeiten des formwechselnden Rechtsträgers mit ihrem wirklichen Wert am Tag der Berichterstattung ergeben, ist ersatzlos entfallen. Dies ist zu begrüßen, da wegen des Verweises des § 197 Satz 1 UmwG auf die Gründungsvorschriften des jeweiligen Zielrechtsträgers beim Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft ohnehin ein Nachweis darüber zu erbringen ist, dass das Netto-Vermögen der Ausgangsgesellschaft das zukünftige Stamm- bzw. Grundkapital deckt.

II. Anwendung der Gründungsvorschriften beim Formwechsel

In § 197 UmwG n. F. wird nunmehr klargestellt, dass § 31 AktG bei der formwechselnden Umwandlung eines Rechtsträgers in eine Aktiengesellschaft anwendbar ist, so dass in den Fällen, in denen beim Rechtsträger neuer Rechtsform erstmals ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu bilden ist oder bei denen der Aufsichtsrat in anderer Weise als beim formwechselnden Ausgangsrechtsträger zusammengesetzt ist, die noch ausstehende Wahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer der Wirksamkeit des Formwechsels nicht entgegensteht.⁵² Die Neuregelung schafft damit Rechtssicherheit nicht nur hinsichtlich der Besetzung des ersten Aufsichtsrats, sondern auch im Hinblick auf die durch den ersten Aufsichtsrat durchzuführende Vorstandswahl als Voraussetzung für die Eintragung des Formwechsels in eine Aktiengesellschaft.

⁴⁹ Siehe nur *Rieger* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 141 UmwG Rdnr. 2.

⁵⁰ Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2919, S. 19.

⁵¹ Erhalten bleibt das Spaltungsverbot hingegen für den Fall der Ausgliederung zur Aufnahme. Für eine komplette Aufgabe des Spaltungsverbots votierten die Regierungskommission „Corporate Governance“ (*Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, 2001, Rdnr. 196) sowie im Anschluss daran *Bayer/Schmidt*, NZG 2006, 841, 845, und zwar mit dem Argument, dass die Gläubiger durch § 133 UmwG, die Aktionäre durch das Erfordernis eines qualifizierten Hauptversammlungsbeschlusses und die allgemeinen Schutzinstrumente hinreichend geschützt seien.

⁵² In der Literatur wurde bereits in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, § 197 Satz 2 UmwG a. F. sei dahingehend einschränkend auszulegen, dass die unvollständige Besetzung des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Arbeitnehmervertreter bei einem mitbestimmten Aufsichtsrat der Eintragung des Formwechsels nicht entgegensteht. Zum Streitstand *Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 197 UmwG Rdnr. 14 f. Vgl. ferner Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 743; *Parmentier*, AG 2006, 476, 481 f.; *Meister/Klöcker* in Kallmeyer, § 197 UmwG Rdnr. 68.

III. Wirksamkeitsvermerk

Der Wirksamkeitsvermerk in § 198 Abs. 2 Satz 4 UmwG a. F. entfällt, wenn die Eintragungen in den Registern aller beteiligten Rechtsträger am selben Tag erfolgen.⁵³

IV. Formwechsel in eine BGB-Gesellschaft

Der ersatzlos gestrichene § 228 Abs. 2 UmwG a. F. eröffnete bisher die Möglichkeit, dass beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft hilfsweise der Formwechsel in eine BGB-Gesellschaft vorgesehen werden konnte, falls der Unternehmensgegenstand nicht den Anforderungen des § 105 Abs. 2 HGB in der Fassung vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes⁵⁴ genügte. Nachdem mittlerweile gemäß § 105 Abs. 2 HGB auch Personenhandelsgesellschaften mit rein vermögensverwaltendem Unternehmensgegenstand zulässig sind, sah der Gesetzgeber die sog. „Auffanglösung“ des § 228 Abs. 2 UmwG nunmehr als praktisch erledigt an.⁵⁵

Bedauerlicherweise wurde dabei übersehen, dass Abgrenzungsschwierigkeiten auch dort entstehen können, wo andere Tatbestandsmerkmale für das Vorliegen einer gewerblichen Tätigkeit in Frage stehen. In diesem Zusammenhang kann z. B. zweifelhaft sein, ob beim Zielrechtsträger eine freiberufliche oder eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt,⁵⁶ ob also letztlich durch den Formwechsel eine Personenhandelsgesellschaft oder eine GbR entsteht. Hier fehlt nunmehr eine gesetzliche Auffangregelung. Wenn das Registergericht eine Eintragung der OHG oder KG unter Verweis auf § 228 Abs. 1 UmwG i. V. m. § 105 Abs. 1, 2 HGB ablehnt, muss der Formwechselbeschluss daher mit einer GbR als Zielrechtsträger wiederholt werden. Vor diesem Hintergrund ist der Praxis zu empfehlen, in Zweifelsfällen hilfsweise einen Formwechsel in eine GbR als Zielrechtsträger vorzusehen, falls das Registergericht aufgrund fehlender gewerblicher Tätigkeit die Eintragung einer offenen Handelsgesellschaft als Zielrechtsträger ablehnt. Technisch kann dies durch einen Bedingungs-zusammenhang im Formwechselbeschluss dergestalt erreicht werden, dass aufschiebend bedingt auf die Zurückweisung des Eintragungsantrags der Personenhandelsgesellschaft ein zweiter Beschluss über den Formwechsel in eine GbR gefasst wird. Alternativ besteht die Möglichkeit, im Vorfeld mit dem Registergericht Rücksprache zu nehmen und zu klären, in welcher Rechtsform der zuständige Rechtspfleger die Zielgesellschaft für eintragungsfähig hält.⁵⁷

⁵³ Siehe oben die Ausführungen in Teil A. II.

⁵⁴ Gesetz vom 22.6.1998, BGBl I, S. 1474.

⁵⁵ So Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2006, 737, 743 sowie die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2919, S. 20.

⁵⁶ Abgrenzungsprobleme entstehen z. B. bei der Unterscheidung zwischen einer (gewerblichen) Privatklinik und einer (freiberuflichen) apparativ großzügig ausgestatteten Gemeinschaftspraxis, vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1988, 1519. Weitere Beispiele finden sich bei *Hopt* in Baumbach/Hopt, § 1 HGB Rdnr. 20.

⁵⁷ Hinzuweisen ist darauf, dass der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GbR nach §§ 191 Abs. 2 Nr. 1, 226 UmwG nach wie vor ohne weiteres möglich bleibt. So kann eine nicht gewerblich tätige, nicht vermögensverwaltende Gesellschaft wie z. B. eine Freiberufler-Gesellschaft mit beschränkter Haftung jederzeit in eine GbR formgewechselt werden. Demgegenüber ist ein Formwechsel in eine OHG nach dem eindeutigen Wortlaut von § 228 UmwG nicht möglich, da der Gegenstand des Unternehmens einer Freiberufler-Gesellschaft § 105 Abs. 1 und 2 HGB nicht genügt. Eine analoge Anwendung von § 105 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HGB auf jede nichtgewerbliche Betätigung, insbesondere Freiberufler-Gesellschaften, ist vom Gesetz nicht vorgesehen, vgl. nur *Hopt* in Baumbach/Hopt, § 105 HGB Rdnr. 13 m. w. N.

V. Bezeichnung unbekannter Aktionäre

Im Hinblick auf die Bezeichnung unbekannter Aktionäre im Rahmen von Formwechselfvorgängen kann auf die Ausführungen in Teil A. IV. verwiesen werden. Gemäß der Neufassung des § 213 UmwG ist auf unbekannte Aktionäre § 35 UmwG entsprechend anzuwenden.

VI. Gesellschaftsvertrag als Inhalt des Umwandlungsbeschlusses

§ 234 Nr. 3 UmwG n. F. sieht – entsprechend der Regelung in § 218 UmwG für den Formwechsel einer Personengesellschaft in eine GmbH – vor, dass im umgekehrten Fall des Formwechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft notwendiger Inhalt des Umwandlungsbeschlusses ist. Bis dato waren hier gemäß § 234 Nr. 1 und 2 UmwG nur die Bestimmung des Sitzes und – bei einem Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft – die Angabe des Kommanditisten und des Betrags der Einlage erforderlich.⁵⁸ Darüber hinaus war bisher unklar, ob bei einem Formwechsel in eine Personengesellschaft auch der Gesellschaftsvertrag mit der in § 233 Abs. 2 UmwG vorgesehenen Dreiviertelmehrheit beschlossen werden konnte,⁵⁹ was durch die Ergänzung in § 234 Nr. 3 UmwG nunmehr klargestellt ist. Damit wird abweichend von den allgemeinen Grundsätzen der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung unterworfen. Das ist insbesondere beim Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG zu beachten.

Weitergehende gesellschaftsvertragliche Anforderungen galten und gelten allerdings für nach der Umwandlung gefasste Beschlüsse der Gesellschafter und spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrags. Daher ist bei der Vertragsdokumentation unbedingt zu beachten, dass der Gesellschaftsvertrag Sanktionen für den Fall der Verweigerung von Stimmabgaben und der Mitwirkung bei formellen Handlungen wie insbesondere Handelsregisteranmeldungen vorsehen muss.⁶⁰

VII. Nachgründung nach Formwechsel

Wegen des Verweises in § 197 Satz 1 UmwG auf die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften sind beim

⁵⁸ Mit Ausnahme des Formwechsels in eine Personengesellschaft war der Gesellschaftsvertrag der Zielgesellschaft schon bisher für alle anderen Fälle des Formwechsels zwingender Inhalt des Umwandlungsbeschlusses, vgl. §§ 218 Abs. 1, 243 Abs. 1 Satz 1, 253 Abs. 1 Satz 1, 263 Abs. 1, 276 Abs. 1, 285 Abs. 1, 294 Abs. 1 UmwG.

⁵⁹ In der Praxis stellte sich insofern das Problem, dass ein Gesellschaftsvertrag der durch Formwechsel entstehenden Kommanditgesellschaft, der nach allgemeinen Grundsätzen der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, nicht mehr abgeschlossen werden konnte, wenn einige Gesellschafter des formwechselnden Ausgangsrechtsträgers gegen den Formwechsel stimmten. Insbesondere beim Formwechsel von Publikums-Kapitalgesellschaften verfuhr die Praxis daher so, dass der Gesellschaftsvertrag der Ziel-Kommanditgesellschaft zum Inhalt des Umwandlungsbeschlusses gemacht wurde. Die ganz h. M. in der Literatur ging nämlich schon nach der bisherigen Rechtslage davon aus, dass ein Formwechselbeschluss, der auch den Gesellschaftsvertrag der KG feststellt, mit Dreiviertelmehrheit gefasst werden kann, vgl. dazu *Happ* in Lutter, § 234 UmwG Rdnr. 40; *Dirksen* in Kallmeyer, § 234 UmwG Rdnr. 8; *Zöllner* in FS Clauben, 1997, S. 423, 437. Der BGH hat diese Praxis mittlerweile ausdrücklich bestätigt, vgl. BGH, DB 2005, 1842 = DSSt 2005, 1539 ff.

⁶⁰ Vor diesem Hintergrund hält der BGH Mitwirkungspflichten bei Handelsregisteranmeldungen und Ausschließungsmöglichkeiten für die Fälle der Mitwirkungsverweigerung bei Beschlussfassungen und Registeranmeldungen weitgehend für zulässig, vgl. BGH, DB 2005, 1842, 1845.

Formwechsel in die AG oder KGaA die Nachgründungsvorschriften der §§ 52 f. AktG anwendbar. Die bisherige Regelung in § 245 Abs. 1 Satz 2 UmwG hatte in diesem Zusammenhang zur Folge, dass nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Nachgründungsvorschriften auch bei jedem Formwechsel von Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Aktiengesellschaften anzuwenden waren.⁶¹ Diese Nachgründungsbedürftigkeit führte in der Praxis zu befremdlichen Ergebnissen, da sie auch langjährig am Markt etablierte Gesellschaften treffen konnte, deren Seriosität außer Zweifel steht.⁶²

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes hat – entsprechend der Anpassung von § 67 UmwG – insoweit Abhilfe geschaffen. § 245 Abs. 1 AktG wurde um einen weiteren Satz dahingehend ergänzt, dass § 52 AktG nicht anzuwenden ist, wenn die GmbH vor dem Wirksamwerden des Formwechsels bereits länger als zwei Jahre in das Register eingetragen war. Es wurde damit zu Recht berücksichtigt, dass sich die Kapitalaufbringung bei der GmbH nicht grundlegend von den Kapitalaufbringungsregeln des AktG unterscheidet und eine Anwendung von § 52 AktG daher nur angezeigt erscheint, wenn die Eintragung der GmbH vor weniger als zwei Jahren erfolgt ist.⁶³

VIII. Vereinfachte Kapitalherabsetzung nach dem Formwechsel

§ 247 Abs. 2 UmwG in seiner bisherigen Fassung sah vor, dass eine vereinfachte Kapitalherabsetzung nach dem Formwechsel in der Jahresbilanz auch dann berücksichtigt werden konnte, wenn diese Bilanz das letzte vor dem Formwechsel abgelaufene Geschäftsjahr einer formwechselnden GmbH betraf. Diese Vorschrift stammte aus einer Zeit, in der die Regelungen der §§ 58 a ff. GmbHG über die vereinfachte Kapitalherabsetzung noch nicht existierten und lediglich das Aktienrecht in §§ 229 ff. AktG die Möglichkeit einer vereinfachten Kapitalherabsetzung vorsah. Dementsprechend sollte § 247 Abs. 2 UmwG klarstellen, dass eine bilanzielle Rückwirkung der Kapitalherabsetzung auch bei der formwechselnden GmbH möglich ist.⁶⁴ Durch die ausdrückliche Erwähnung dieser Möglichkeit für die GmbH verleitete § 247 Abs. 2 UmwG nach Einführung von § 58 a GmbHG allerdings zu dem Fehlschluss, beim umgekehrten Fall des Formwechsels einer AG oder KGaA in eine GmbH sei eine rückwirkende vereinfachte Kapitalherabsetzung unzulässig. Konsequenterweise wurde der bisherige § 247 Abs. 2 UmwG daher ersatz-

⁶¹ Für den Formwechsel von Personenhandelsgesellschaften stellt § 220 Abs. 3 Satz 2 UmwG klar, dass die zweijährige Nachgründungsfrist mit der Wirksamkeit des Formwechsels, also mit Eintragung der neuen Rechtsform (§ 202 Abs. 1 UmwG) beginnt. Auf den Formwechsel einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist § 220 UmwG gemäß § 245 Abs. 1 Satz 2 UmwG entsprechend anwendbar.

⁶² In der Literatur wurde demzufolge immer wieder kritisiert, dass es angesichts des mit der Nachgründung verbundenen Aufwands überzogen und im Hinblick auf den Normzweck von § 52 AktG unangemessen sei, diese Gesellschaften einer Nachgründungspflicht zu unterwerfen. Vgl. insb. *Martens*, ZGR 1999, 548 sowie die Nachweise bei *Koch*, Die Nachgründung, 2002, S. 107 ff.

⁶³ Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 16/2919, S. 22. Ergänzend hat der Gesetzgeber in § 245 Abs. 2 und 3 UmwG klargestellt, dass der bereits auf die Ausgangsrechtsform anwendbare § 52 AktG im Zusammenhang mit einem Formwechsel nicht erneut beachtet werden muss.

⁶⁴ Zum Ganzen ausführlich *Rieger* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 247 UmwG Rdnr. 21 ff.

los gestrichen. Damit ist nunmehr klar, dass sich die Zulässigkeit einer rückwirkenden, vereinfachten Kapitalherabsetzung aus den allgemeinen Vorschriften des GmbH-Rechts (§§ 58 a ff. GmbHG) bzw. Aktienrechts (§§ 229 ff. AktG) ergibt.

E. Fazit

Das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes hat nicht nur die Richtlinie zur transnationalen Verschmelzung umgesetzt, sondern darüber hinaus auch zahlreiche

Anregungen aus der Praxis aufgegriffen. Neben zahlreichen sinnvollen Erleichterungen und Klarstellungen wurden mit der generellen Verzichtsmöglichkeit auf die Anteilsgewährung und dem vollständigen Wegfall von § 132 UmwG allerdings auch der Schutz von Minderheitsgesellschaftern signifikant gemindert und Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet. Der gestaltende Rechtsberater ist gerade bei diesen beiden Themen gefordert, die Risiken der Neuregelungen zu erkennen und mögliche Folgeprobleme durch entsprechende Gestaltungsempfehlungen zu vermeiden.

Die Erbaueinandersetzung in der notariellen Vertragsgestaltung – Teil 2

Von Notarassessorin Dr. *Annette Pötting*, Würzburg

Diesem Beitrag ist bereits ein erster Teil im letzten Heft der MittBayNot vorangegangen,¹ in dessen Zentrum die Erbaueinandersetzung durch Abschluss eines Auseinandersetzungsvertrages stand. Der zweite Teil befasst sich nunmehr mit der Erbaueinandersetzung im Wege der Erbteilsübertragung.

Soll anstelle einer Verteilung und Übertragung von Einzelgegenständen aus dem Nachlass die Berechtigung am gesamten Nachlass auf einen Dritten oder einen Miterben übertragen werden, wobei der übertragende Miterbe ganz (oder auch teilweise) aus der Erbengemeinschaft ausscheiden soll, kommt die Erbteilsübertragung als Weg zur Erbaueinandersetzung in Betracht. Bei der Erbteilsübertragung werden alle Rechte am Nachlass auf den Erwerber übertragen. Vereinigen sich durch die Erbteilsübertragung alle Erbteile in einer Person, erlischt die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes.

Die Erbenstellung selbst ist allerdings nicht übertragbar, diese verbleibt bei dem veräußernden Miterben. Der Erbteilserwerber tritt nur in die vermögensrechtliche Position des Erben ein. Dabei hat die Erbteilsübertragung eine unmittelbare dingliche Wirkung im Sinne einer Gesamtrechtsnachfolge. Befindet sich daher zum Beispiel Grundbesitz im Nachlass, ist keine Auflassung erforderlich. Es ist nach der Erbteilsübertragung lediglich eine Grundbuchberichtigung durchzuführen.

1. Form der Erbteilsübertragung

Anders als der klassische Auseinandersetzungsvertrag bedarf die Erbteilsübertragung stets der notariellen Beurkundung. Für das Verpflichtungsgeschäft folgt dies aus den §§ 2385 Abs. 1, 2371 BGB i. V. m. § 1922 Abs. 2 BGB, für das Verfügungsgeschäft aus § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäftes erstreckt sich der Formzwang auch auf sämtliche Nebenabreden. Werden Nebenabreden nicht mitbeurkundet, sind sie selbst nichtig. Diese Nichtigkeit kann entsprechend § 139 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen. Diese Folge ist bei der Erbteilsübertragung besonders gravierend. Denn nach ständiger Rechtsprechung tritt mit dem dinglichen Vollzug der

Erbteilsübertragung keine Heilung des schuldrechtlichen Geschäftes entsprechend § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB ein.² Dies gilt selbst dann, wenn der gesamte Nachlass nur noch aus einem Grundstück bestand.

Ist das Verfügungsgeschäft selbst wirksam vorgenommen worden, schlägt die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes nicht automatisch auf das Verfügungsgeschäft durch. Dem Veräußerer steht aber gegen den Erwerber ein Anspruch auf Rückübertragung des Erbteils nach Bereicherungsrecht zu.

Weiter ist der Formzwang gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB auch bei der Verwendung von Vollmachten zu beachten. Zwar bedarf eine Vollmacht gemäß § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf welches sich die Vollmacht bezieht. Nach der Rechtsprechung ist jedoch auch für die Vollmacht zur Erbteilsübertragung die Form des § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB jedenfalls dann zu beachten, wenn hierdurch eine Lage geschaffen wird, die im Wesentlichen bereits der Situation nach der Erbteilsübertragung gleicht, weil die Vollmacht unwiderruflich ausgestaltet ist oder der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.³

2. Sicherung von Leistung und Gegenleistung

Die Sicherung von Leistung und Gegenleistung führt bei einem Erbteilskauf zu großen Problemen. Zum einen kauft der Erwerber den Erbteil und nicht die Einzelgegenstände. Hat er dabei falsche Vorstellungen über die Zusammensetzung des Nachlasses, ist dies sein Risiko. Des Weiteren finden auch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb nur beim Erwerb von Einzelgegenständen, nicht jedoch beim Erwerb des Erbteils Anwendung.⁴ Ferner besteht die Gefahr, dass der

¹ MittBayNot 2007, 273.

² MünchKommBGB/Heldrich, 4. Aufl. 2004, § 2033 Rdnr. 23.

³ Palandt/Edenhofer, BGB, 66. Aufl. 2007, § 2033 Rdnr. 10.

⁴ Mayer, ZEV 1997, 105, 106.

Erbteilsveräußerer tatsächlich nicht Erbe geworden ist; der veräußerte Erbteil kann schließlich belastet sein bzw. nach Abschluss des Erbteilskaufvertrages belastet werden.

a) Erbenstellung

Zur Überprüfung, ob der Veräußerer tatsächlich auch Erbe ist, sollte unbedingt Einsicht in die Nachlassakten und – soweit Grundbesitz im Nachlass vorhanden ist – in das Grundbuch genommen werden. Die Kaufpreiszahlung sollte in jedem Fall erst nach der Erteilung des Erbscheines erfolgen.

b) Belastung des Erbteils und abweichende Verfügungen

Bereits bestehende Belastungen des Erbteils können – soweit Grundbesitz vorhanden ist – durch eine Grundbucheinsicht möglicherweise ermittelt werden. Soweit allerdings der Nachlass keinen Grundbesitz beinhaltet oder eine Belastung noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, kann der Erwerber nur auf schuldrechtlicher Ebene durch eine entsprechende Erklärung bzw. Garantie der Veräußerers, dass der Erbteil nicht belastet ist, gesichert werden. Damit wird der Erwerber jedoch lediglich auf (vielleicht uneinbringliche) Schadensersatzansprüche gegen den Veräußerer verwiesen, so dass stets Restrisiken beim Erwerber verbleiben.

Zum Schutz vor einer nach dem Erbteilskauf erfolgenden Belastung des Erbteils fehlt das im Grundstückskauf übliche Sicherungsinstrument der Vormerkung. Der Anspruch des Erwerbers ist, selbst wenn der Nachlass ausschließlich aus einem Grundstück besteht, nur auf Übertragung des Erbteils als solchen gerichtet und daher nicht durch eine Vormerkung abzusichern.⁵ Der Erwerber kann daher nur geschützt werden über eine sofortige unbedingte Übertragung des Erbteils (welche jedoch den Interessen des Veräußerers nicht gerecht wird) oder über eine durch vollständige Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Abtretung⁶ des Erbteils, die nach § 161 BGB weitere Verfügungen während der Schwebezeit dem Erwerber gegenüber relativ unwirksam sein lässt.

c) Nachlasszusammensetzung

Ist für den Erwerber eine bestimmte Nachlasszusammensetzung von besonderer Bedeutung, sollte dies – mangels anderer Sicherungsmöglichkeiten – zumindest schuldrechtlich ausdrücklich im Vertrag klargestellt werden. So ist in diesem Zusammenhang eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 BGB in den Vertrag aufzunehmen oder – soll eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht begründet werden – eine Garantievereinbarung zu treffen.

Bei der Nachlasszusammensetzung können insbesondere Nachlassverbindlichkeiten für den Erbteilserwerber ein maßgeblicher Faktor sein, da er für diese gemäß §§ 2382 Abs. 1, 2385 BGB auch im Außenverhältnis als Gesamtschuldner mit dem Veräußerer haftet.⁷ Hier kommen Freistellungsvereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber in Betracht. Ein allgemeingültiger Gestaltungsvorschlag für derartige Freistellungsvereinbarungen und deren dingliche Absicherung kann nicht unterbreitet werden, weil sich die Einzelheiten nach dem konkreten Sachverhalt richten.

⁵ Mayer, ZEV 1997, 105, 106.

⁶ Eine Bedingung ist möglich, da § 925 Abs. 2 BGB nur bei der Auflassung Anwendung findet.

⁷ Nur gemäß § 2383 BGB kann eine Haftungsbeschränkung erfolgen, nicht aber durch eine Vereinbarung mit dem Veräußerer, vgl. § 2382 Abs. 1 BGB.

d) Kaufpreiszahlung bei Grundbesitz im Nachlass

Die Aussetzung der dinglichen Übertragung des Erbteils bis zur Kaufpreiszahlung stellt keine adäquate Sicherung des Leistungsaustausches zwischen Veräußerer und Erwerber dar. Der Veräußerer bleibt in der Zeit bis zur Kaufpreiszahlung weiter in der Lage, als Berechtigter über den Erbteil zu verfügen. Außerdem beseitigt dies für den Erwerber nicht die Gefahr einer Pfändung des Erbteils oder einer Insolvenz des Veräußerers.⁸

Als andere Gestaltungsvariante könnte der Erbteil sogleich an den Erwerber abgetreten und zur Sicherung des Kaufpreises an den Veräußerer rückverpfändet werden. Ein Verpfändungsvermerk müsste dann zur Sicherung des Veräußerers im Grundbuch eingetragen werden. Dieses Verfahren ist jedoch in der Praxis regelmäßig nicht gewünscht, da der Veräußerer zur Befriedigung seiner Ansprüche ausschließlich auf die Verwertung des Erbteils im Wege der Zwangsvollstreckung verwiesen würde.

Eine weitere Möglichkeit ist die Absicherung des Leistungsaustausches über ein Notaranderkonto oder eine Bankbürgschaft. Bereits vor der Beurkundung des Kaufs samt Abtretung des Erbteils ist der Kaufpreis in diesem Fall auf ein Anderkonto zu überweisen oder bei der Beurkundung eine entsprechende Bankbürgschaft für den Kaufpreis zu übergeben. Im Rahmen der Beurkundung ist dann der Erbteil mit sofortiger Wirkung abzutreten. Auf diese Weise ist der Veräußerer im Hinblick auf den Kaufpreis abgesichert und der Erwerber durch die sofortige Anteilsabtretung vor nachfolgenden Verfügungen und Belastungen des Erbteils geschützt. Ein erheblicher Nachteil dieses Weges sind allerdings bei einem Notaranderkonto die zusätzlichen Kosten für die Hinterlegung gemäß §§ 149 ff. KostO sowie eventuell entstehende Zinsverluste bei einem längeren Zeitraum bis zur Kaufpreisfälligkeit. Eine Bankbürgschaft soll nach Wunsch der Beteiligten in der Regel wegen der anfallenden Avalprovision nicht gestellt werden.

Eine kostengünstigere Sicherungsmethode ist demgegenüber die bedingte Erbteilsübertragung. Bereits zuvor wurde darauf hingewiesen, dass ein Ausgleich der Sicherungsinteressen von Veräußerer und Erwerber bezüglich der Kaufpreiszahlung dadurch erreicht werden kann, dass die Abtretung des Erbteils aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung erfolgt.⁹ Problematisch ist bei einer aufschiebend bedingten Erbteilsabtretung allerdings, wie bei Grundbesitz im Nachlass dem Grundbuchamt gegenüber der Eintritt der Bedingung nachgewiesen werden kann. Hierzu wird eine Vereinbarung vorgeschlagen, dass die Bedingung der Kaufpreiszahlung als eingetreten gilt, wenn der Notar eine den Grundbuchberichtigungsantrag enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung des Vertrages beim Grundbuch einreicht. Zugleich sollte der Notar angewiesen werden, den Grundbuchberichtigungsantrag erst mit Nachweis der Zahlung durch den Erwerber oder Vorlage einer Zahlungsbestätigung durch den Veräußerer beim Grundbuchamt einzureichen.¹⁰

Als alternative Lösungsmöglichkeit bietet sich die auflösend bedingte Erbteilsübertragung an. Der Veräußerer tritt dem Erwerber den Erbteil sofort ab. Damit ist der Erwerber vor

⁸ Zu beachten ist weiterhin, dass dieser Weg doppelte Kosten auslöst. Die nachfolgende Erbteilsübertragung wird nicht von § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO erfasst. Es fällt eine weitere Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an.

⁹ Vgl. hierzu oben Ziff. 2.

¹⁰ Mayer, ZEV 1997, 105, 107.

nachfolgenden Verfügungen und Belastungen abgesichert. Das Grundbuch ist unrichtig geworden. Der Notar wird angewiesen, die Grundbuchberichtigung erst dann zu beantragen, wenn der Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Da der Zeitraum bis zur Kaufpreisfälligkeit aber lang sein kann (insbesondere wegen der Erteilung von Genehmigungen), sollte der Erwerber in diesen Fällen zusätzlich vor vertragswidrigen Verfügungen über Nachlassgegenstände oder einer vertragswidrigen Belastung der Nachlassgegenstände durch Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gemäß § 899 BGB geschützt werden.¹¹

Dem Sicherungsinteresse des Veräußerers hinsichtlich des Kaufpreises wird bei diesem Weg wie folgt Rechnung getragen: Es wird vertraglich ein Rücktrittsrecht für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises vereinbart, dessen Ausübung zugleich die auflösende Bedingung für die Erbteilsübertragung darstellt. Durch die auflösende Bedingung wird der Veräußerer vor zwischenzeitlichen Verfügungen des Erwerbers über den Erbteil geschützt. Nicht verhindern lässt sich damit allerdings, dass aus der Erbmasse Vermögensgegenstände veräußert werden, welche gutgläubig gemäß §§ 161 Abs. 3, 892 Abs. 1 BGB erworben werden und damit zu einer wirtschaftlichen Entwertung des Erbteils führen. Gegen dieses Risiko kann der Veräußerer durch Eintragung einer Verfügungsbeschränkung in Abt. II des Grundbuchs gemäß § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützt werden, aus der ersichtlich ist, dass die Abtretung des Erbteils durch den Rücktritt des Verkäufers vom Kaufvertrag auflösend bedingt ist.¹²

Diese zweite Lösungsmöglichkeit bietet gegenüber der aufschiebend bedingten Erbteilsübertragung den Vorteil, dass der Vertrag sofort wirksam und nicht vom Eintritt einer Bedingung abhängig ist. Die unmittelbare Wirksamkeit des Vertrages beschleunigt (möglicherweise) dessen Abwicklung. Befindet sich z. B. Grundbesitz im Nachlass, kann bei einem sofort wirksamen Vertrag die Unbedenklichkeitsbescheinigung für die Grunderwerbsteuer sofort erteilt werden. Ist jedoch der Vertrag vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig, entsteht die Grunderwerbsteuer gemäß § 14 Nr. 1 GrEStG überhaupt erst mit Eintritt der Bedingung, so dass bis zur Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach dem Bedingungseintritt ein längerer Zeitraum verstreichen kann.

e) Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten

Bezüglich des Übergangs von Besitz, Nutzen und Lasten ordnet § 2380 BGB abweichend von § 446 BGB an, dass der Gefahrübergang bereits mit Abschluss des Kaufvertrages erfolgt, dem Erwerber ab diesem Zeitpunkt die Nutzungen zustehen und er die Lasten trägt. Diese Regelung ist jedenfalls dann nicht interessengerecht, wenn die Abtretung des Erbteils

nur aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung erfolgt. In diesem Fall sollte abweichend von § 2380 BGB der Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten auf den Zeitpunkt der vollständigen Kaufpreiszahlung verlagert werden.

Außerdem ist in diesem Zusammenhang die Regelung des § 2379 Satz 3 BGB zu beachten, nach welcher der Erwerber in jedem Fall (unabhängig vom Zeitpunkt des Besitzübergangs) die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind,¹³ zu tragen hat. Der Erwerber müsste dem Veräußerer demnach insbesondere eine bereits gezahlte Erbschaftsteuer erstatten, was in der Regel nicht gewollt ist. Diese gesetzliche Regelung sollte daher zumindest im Hinblick auf die Erbschaftsteuer abbedungen werden.

3. Leistungsstörungen

Für eventuell auftretende Leistungsstörungen genügt es beim Erbteilskauf nicht, die Beteiligten auf die gesetzlichen Regelungen zu verweisen. An dieser Stelle besteht vielmehr Gestaltungsbedarf, weil gemäß § 2376 Abs. 2 BGB die Haftung des Veräußerers für Sachmängel einer zur Erbschaft gehörenden Sache vollständig ausgeschlossen ist und gemäß § 2376 Abs. 1 BGB die Haftung für Rechtsmängel auf diejenigen Fälle beschränkt ist, dass eine Nacherbschaft angeordnet ist, ein Testamentvollstrecker bestellt wurde, Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilslasten, Ausgleichspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen und dass die unbeschränkte Haftung gegenüber Nachlassgläubigern eingetreten ist. Andererseits sieht die gesetzliche Regelung folgende Haftungstatbestände für den Veräußerer vor, die bei einem Erbschaftskauf nicht ohne weiteres von den Beteiligten gewünscht sind: Der Veräußerer ist gemäß § 2374 BGB verpflichtet, nicht nur die im Zeitpunkt des Erbschaftskaufs vorhandenen Erbschaftsgegenstände herauszugeben, sondern auch Surrogate von Erbschaftsgegenständen (so zum Beispiel den Kaufpreis für einen vorab veräußerten Erbschaftsgegenstand). Nach § 2375 Abs. 1 BGB hat der Veräußerer darüber hinaus Wertersatz für verbrauchte, unentgeltlich veräußerte oder unentgeltlich belastete Nachlassgegenstände zu leisten.

Die letztgenannten Haftungstatbestände zu Lasten des Veräußerers können und sollten abbedungen werden,¹⁴ da zu meist nur die Veräußerung der derzeit noch vorhandenen Erbschaftsgegenstände gewünscht ist. Andererseits sollte sorgfältig ermittelt werden, welche Erbschaftsgegenstände für den Erwerber von besonderer Bedeutung sind und ob eine bestimmte Beschaffenheit dieser Gegenstände erwartet wird. Angesichts des Gewährleistungsausschlusses gemäß § 2376 Abs. 2 BGB müssen dann entweder Beschaffenheitsvereinbarungen nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB oder Garantien nach § 444 BGB in den Vertrag aufgenommen werden.

Bestehen Ansprüche des Erwerbers wegen Leistungsstörungen, ist für die Rechtsfolgen zu berücksichtigen, dass sich bei einer Vereinigung aller Erbteile in einer Hand die Erben-gemeinschaft auflöst und damit eine Rückgewähr des Erbteils an den Veräußerer ausgeschlossen ist. Dies gilt selbst dann, wenn das der Übertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft

¹¹ Problematisch ist hierbei jedoch, dass zur Eintragung des Widerspruchs dem Grundbuchamt eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift der Urkunde, welche die Erbteilsübertragung enthält, einzureichen ist. So liegen dem Grundbuchamt bereits alle zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Erklärungen der Beteiligten vor. Im Gegensatz zu der Situation der Auflassung sind – abgesehen vom Berichtigungsantrag – keine weiteren Erklärungen der Beteiligten notwendig, zu deren Abgabe ausschließlich der Notar bevollmächtigt werden könnte. Soweit ein Käufer sich die weiter zur Berichtigung erforderlichen Unterlagen wie z. B. die Unbedenklichkeitsbescheinigung verschafft und dem Grundbuchamt vorlegt, kann er deshalb selbst die Berichtigung erreichen, ohne dass der Kaufpreis bezahlt ist.

¹² Zur Eintragungsfähigkeit der Verfügungsbeschränkung siehe BayObLG, MittBayNot 1994, 223; zur Gestaltung im Einzelnen siehe *Nieder* in Münchener Vertragshandbuch, 5. Aufl. 2003, Band 6, Form XX.1. Ziff. 8 m. w. N.

¹³ Außerordentliche Lasten i. S. d. § 2126 BGB (*Palandt/Edenhofer*, § 2379 BGB Rdnr. 1), d. h. insbesondere Pflichtteilslasten, Vermächtnisse und Auflagen, Tilgung eines Grundpfandrechtes, Erschließungsbeiträge etc., vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2126 BGB Rdnr. 1.

¹⁴ Zur Zulässigkeit siehe MünchKommBGB/*Musielak*, § 2374 Rdnr. 1.

nichtig ist. Die Ansprüche des Veräußerers sind daher in diesen Fällen – mangels anderweitiger vertraglicher Regelung, welche z. B. die reale Übertragung von Nachlassgegenständen vorsehen kann – auf Schadensersatz beschränkt. Anderes soll nach dem BGH nur gelten, wenn auch die dingliche Übertragung des Erbteils von demselben Nichtigkeitsgrund erfasst wird, weil etwa eine Nebenabrede nicht mit beurkundet worden ist. In diesem Fall ist die Erbengemeinschaft nicht aufgelöst, sondern besteht weiter fort,¹⁵ so dass eine Rückgewähr des Erbteils möglich ist.

4. Minderjährige und Betreute als Beteiligte

Ist ein Minderjähriger oder ein Betreuer als Veräußerer an dem auf Erbteilsübertragung gerichteten Verpflichtungsgeschäft beteiligt, bedarf der Vertrag gemäß § 1822 Nr. 1 BGB (i. V. m. § 1643 BGB bzw. i. V. m. § 1908 i BGB) stets der Genehmigung des Familien- bzw. des Vormundschaftsgerichtes.

Ist der Minderjährige oder Betreute als Erwerber an dem auf Erbteilsübertragung gerichteten Verpflichtungsgeschäft beteiligt, bedarf der Vertrag gemäß § 1822 Nr. 10 BGB (i. V. m. § 1643 BGB bzw. i. V. m. § 1908 i BGB) ebenfalls stets der Genehmigung des Familien- bzw. des Vormundschaftsgerichtes, weil § 2383 BGB bei der Erbteilsübertragung eine Übernahme der Verbindlichkeiten des Erblassers vorsieht. Die Übernahme dieser fremden Verbindlichkeiten gemäß § 2383 BGB führt des Weiteren dazu, dass das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft gemäß § 107 BGB sein kann, auch wenn die Überlassung des Erbteils unentgeltlich erfolgt.

5. Beteiligung eines Testamentsvollstreckers

Wurde für einen Erbteil oder für den Nachlass insgesamt Testamentsvollstreckung angeordnet, bedeutet dies dennoch nicht, dass der Miterbe nicht über seinen Erbteil selbst verfügen kann. Denn nach § 2205 Satz 2 BGB ist der Testamentsvollstrecker nur zur Verfügung über Nachlassgegenstände befugt. Der Erbteil ist aber selbst kein Nachlassgegenstand.¹⁶ Daher ist die Verfügung über den Erbteil ausschließlich dem Miterben selbst vorbehalten. Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers bleibt allerdings grundsätzlich auch nach der Übertragung am Erbteil bestehen, mit der Folge, dass der Erbteilerwerber nicht ohne weiteres über die Nachlassgegenstände verfügen kann.¹⁷ Die Verwaltungsbefugnis erstreckt sich jedoch nicht auf die Gegenleistung, welche der Veräußerer im Rahmen der Übertragung des Erbteils erzielt hat.¹⁸

6. Erbteilsübertragung gegen Einräumung eines Nießbrauchs

Erfolgt eine Erbteilsübertragung im Familienkreis, wünschen die Beteiligten teilweise den Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts, weil der Erbteil selbst schon an die nächste Generation übergehen soll, die Nutzungen der Erbschaft aber noch dem ursprünglichen Erben zustehen sollen. Vereinigen sich durch die Erbteilsübertragung alle Erbteile in einer Hand, kann der Nießbrauch unproblematisch an einzelnen Nachlassgegenständen bestellt werden.

Erfolgt jedoch keine Vereinigung, so kann der Nießbrauch stattdessen am Erbteil selbst bestellt werden. Es handelt sich dann um einen Rechtsnießbrauch im Sinne der §§ 1068 ff. BGB.¹⁹ Fraglich ist allerdings, wie sich eine spätere Vereinigung der Erbteile in einer Hand auf den an nur einem Erbteil bestellten Nießbrauch auswirkt, da durch die Vereinigung der Erbteile die Erbengemeinschaft und damit grundsätzlich auch der mit dem Nießbrauch belastete Erbteil untergehen.²⁰

Gemäß § 1071 BGB ist für die Aufhebung oder Änderung des mit dem Nießbrauch belasteten Rechtes grundsätzlich die Zustimmung des Nießbrauchers erforderlich. Zwar bedarf die Übertragung des belasteten Rechtes selbst nicht dieser Zustimmung, führt sie aber wie im vorliegenden Falle zur Aufhebung, muss nach Sinn und Zweck des § 1071 BGB anderes gelten. Im Zusammenhang mit einer Pfändung des Erbteils findet sich zu dieser Fragestellung eine Entscheidung des BayObLG²¹ zu § 1276 BGB, nach der die Vereinigung sämtlicher Erbanteile in einer Hand dem Erbteilspfandgläubiger gegenüber unwirksam ist, wenn er der Übertragung nicht zugestimmt hat. Weil § 1276 Abs. 1 Satz 1 BGB eine dem § 1071 BGB entsprechende Regelung beinhaltet, sind diese Grundsätze auf den Fall der Erbteilsveräußerung zu übertragen. Damit ist die Aufhebung der Erbengemeinschaft nicht absolut, sondern nur gegenüber dem Nießbraucher relativ unwirksam; der Nießbrauch an dem Erbteil ist gegenüber dem Nießbraucher nicht erloschen.²²

Weil jedoch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dieser Situation fehlt, empfiehlt es sich für den Vertragsgestalter – soweit bereits eine Vereinigung aller Erbteile in einer Hand absehbar ist – eine Regelung aufzunehmen, was in dem Fall der Vereinigung mit dem Nießbrauch geschieht und ob eventuell ersatzweise die Einräumung eines Nießbrauchs an konkreten Nachlassgegenständen zu erfolgen hat, um die relative Unwirksamkeit zu vermeiden. Spätestens sollte aber bei derjenigen Erbteilsübertragung, welche zu einer Vereinigung aller Erbteile in einer Hand führt, eine Klärung hinsichtlich des Nießbrauchs herbeigeführt werden.

7. Erbteilsübertragung bei Anordnung von Vor- und Nacherbschaft

Bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft kann der Vorerbe über seinen Erbteil ohne Zustimmung des Nacherben verfügen. Die Einschränkungen der §§ 2112 ff. BGB greifen hier nicht ein, weil der Vorerbe nicht – wie es der Wortlaut der §§ 2112 ff. BGB erfordert – über einzelne Nachlassgegenstände, sondern über seinen Erbteil im Ganzen verfügt.²³ Zudem werden die Rechte des Nacherben durch diese Verfügungsmöglichkeit auch nicht berührt, denn der veräußerte Erbteil ist weiterhin mit der Nacherbschaft belastet.

Um die Nacherbschaft zu beseitigen, ist eine Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts durch den Nacherben auf den Vorerben erforderlich.²⁴ Sind allerdings Ersatznacherben eingesetzt, so bleibt – obgleich der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht übertragen hat – das Anwartschaftsrecht der Er-

¹⁵ BGH, NJW-RR 2005, 808.

¹⁶ Ausnahme ist nur ein in einem Nachlass befindlicher Erbteil an einem weiteren Nachlass, *Palandt/Edenhofer*, § 2205 BGB Rdnr. 26.

¹⁷ MünchKommBGB/*Heldrich*, § 2033 Rdnr. 19.

¹⁸ *Palandt/Edenhofer*, § 2205 BGB Rdnr. 26.

¹⁹ *Palandt/Bassenge*, § 1089 BGB Rdnr. 2; *Staudinger/Frank*, BGB, 2002, § 1089 Rdnr. 1 und Rdnr. 25 ff.

²⁰ Vgl. oben Ziff. 3.

²¹ BayObLGZ 1959, 51, 58 f.

²² Siehe hierzu auch *Palandt/Bassenge*, § 1071 BGB Rdnr. 1, § 1276 BGB Rdnr. 1; MünchKommBGB/*Pohlmann*, § 1071 Rdnr. 1.

²³ *Palandt/Edenhofer*, § 2112 BGB Rdnr. 2.

²⁴ *Palandt/Edenhofer*, § 2108 BGB Rdnr. 6 ff.

satznacherben bestehen. Dieses Problem entsteht nur dann nicht, wenn die Ersatznacherbeneinsetzung auflösend bedingt durch die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechtes auf den Vorerben erfolgt ist. Würde eine solche Anordnung in der Verfügung von Todes wegen nicht getroffen, ist zusätzlich eine Übertragung des Anwartschaftsrechtes durch die Ersatznacherben notwendig, um die Nacherbenbindung insgesamt zu beseitigen.²⁵ Die Ersatznacherben stehen aber oftmals zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht fest, weil theoretisch noch Abkömmlinge geboren werden könnten. Deshalb ist selbst bei Mitwirkungsbereitschaft aller Beteiligten eine Nacherbenbindung nur schwer zu beseitigen, weil gemäß § 1913 Satz 2 BGB ein Pfleger für den noch nicht gezeugten Ersatznacherben bestellt werden müsste.²⁶

8. Erbteilsübertragung bei Zugehörigkeit eines Handelsgeschäftes zum Nachlass

Weiter können sich Probleme bei der Erbteilsübertragung ergeben, wenn sich ein Handelsgeschäft im Nachlass befindet.²⁷ Im Grundsatz gilt – wie oben erläutert²⁸ –, dass Miterben ein im Nachlass vorhandenes Handelsgeschäft ohne zeitliche Begrenzung fortführen können. Bei einer Erbteilsübertragung ist jedoch bisher nicht abschließend geklärt, ob in diesem Fall eine Erbteilsübertragung überhaupt möglich ist und ob (sofern man die erste Frage bejaht) dann eine Fortführung des Handelsgeschäfts gemeinsam mit dem Erbteilserwerber in ungeteilter Erbengemeinschaft möglich ist.

Einige Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass es mit „dem Grundgedanken einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung“ unvereinbar sei, wenn ein Erbanteil ohne Zustimmung der anderen Miterben auf einen Dritten übertragen werden könne. Deshalb sei § 2033 Abs. 2 BGB in diesen Fällen teleologisch zu reduzieren. Im Ergebnis führt diese Argumentation zur Unzulässigkeit der Erbteilsübertragung bei Zugehörigkeit eines Handelsgeschäfts zum Nachlass.²⁹ Diesen Ausführungen hält *Keller* zu Recht entgegen, dass der Gesetzgeber durch die Zulassung der Erbteilsübertragung dem einzelnen Erben eine Verwertung des Erbteils ermöglichen und so die Härten der Erbengemeinschaft mildern wollte. Auch die (damit im Ergebnis) unterschiedliche Behandlung der Erbengemeinschaft im Verhältnis zur OHG und KG, bei der ein Schutz vor dem Eindringen fremder Gesellschafter bestehe, sei gerechtfertigt. Denn die Erbengemeinschaft stelle einen Zusammenschluss kraft Gesetzes dar und sei nicht durch vertragliche Vereinbarung der Gesellschafter entstanden.³⁰

²⁵ Vgl. Teil 1 dieses Beitrags, MittBayNot 2007, 273, Ziff. III.5.

²⁶ *Palandt/Edenhofer*, § 2102 BGB Rdnr. 5.

²⁷ Siehe ausführlich hierzu *Keller*, ZEV 1999, 174. Nicht behandelt werden an dieser Stelle die Probleme, die bei einer Erbteilsübertragung entstehen, weil der Erblasser Gesellschafter in einer Personengesellschaft war und damit eine Sondererfolge eingetreten ist. Da der Gesellschaftsanteil infolge der Sondererfolge nicht Bestandteil des Nachlasses ist, wird er von der Erbteilsübertragung nicht erfasst. Es stellen sich dadurch bedingt die Fragen, ob auch die aus der Beteiligung abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte ebenfalls nicht von der Erbteilsübertragung erfasst werden und ob gegebenenfalls Verpflichtungen zur Übertragung des Gesellschaftsanteils aufgrund Surrogation gemäß § 2374 BGB bestehen. Des Weiteren können bei einer qualifizierten Nachfolgeklausele Ausgleichspflichten des Nachfolgererben gegenüber den Miterben Schwierigkeiten bereiten. Siehe hierzu umfassend *Keller*, MittBayNot 2007, 96.

²⁸ Siehe Teil 1 dieses Beitrags, MittBayNot 2007, 273, Ziff. III.6 b).

²⁹ MünchKommHGB/Lieb, 2. Aufl. 2005, § 27 Rdnr. 95 f.

³⁰ So *Keller*, ZEV 1999, 174, 175.

Ebenso ist mit *Keller* die Argumentation von *Canaris* abzulehnen, dass jedenfalls bei einem Handelsgeschäft als einzigem verbliebenen Nachlassgegenstand auf die Erbteilsübertragung nicht § 2033 Abs. 1 BGB, sondern § 2033 Abs. 2 BGB anzuwenden sei, so dass alle Miterben einer Erbteilsübertragung zustimmen müssten.³¹ Denn die Anwendung des § 2033 Abs. 2 BGB auf eine Erbteilsübertragung läuft der Systematik des § 2033 BGB zuwider, nach der klar zwischen der Erbteilsübertragung und der Übertragung einzelner Nachlassgegenstände unterschieden wird.³²

Somit ist im Ergebnis die Möglichkeit der Erbteilsübertragung zu bejahen. Mangels weiterer Rechtsprechung zu dieser Frage, sollte aber – soweit möglich – die Zustimmung aller Miterben zur Erbteilsübertragung eingeholt werden.

Hieran schließt sich die Frage an, ob das Handelsgeschäft gemeinsam mit dem Erbteilserwerber in ungeteilter Erbengemeinschaft fortgeführt werden kann. Dies wurde vom KG³³ mit der Argumentation abgelehnt, dass die Fortführung des Handelsgeschäftes durch die Erbengemeinschaft nur deshalb möglich sei, weil das Handelsgeschäft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erben übergehe und die Fortführung des Handelsgeschäftes die gesetzlich vorgesehene Verwaltung des Nachlasses sei. Der Erbteilserwerber erwerbe den Erbteil hingegen rechtsgeschäftlich durch eigenen Willensentschluss. Daher sei ihm zuzumuten, seine Gestaltungsfreiheit durch Wahl einer Gesellschaftsform zu bestätigen.

Zu Recht hält *Keller* diese Argumentation deshalb nicht für stichhaltig, weil nicht untersucht werden müsse, welche Gründe für eine Fortführung des Handelsgeschäfts sprächen, sondern welche Gründe einer Fortführung durch den Erbteilserwerber in ungeteilter Erbengemeinschaft entgegenstünden. Es gebe gesetzlich weder eine Pflicht zur Gründung einer Gesellschaft als Folge des gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwanges noch eine Pflicht zur Einstellung des Handelsgeschäftes. Weiter stünden auch die Interessen des Handelsverkehrs einer Fortführung in Erbengemeinschaft nicht entgegen.³⁴ Damit ist im Ergebnis die Fortführungsmöglichkeit des Erbteilserwerbers in ungeteilter Erbengemeinschaft anzuerkennen.

Angesichts des Urteils des Kammergerichtes und der praktischen Probleme, die mit der Fortführung eines Handelsgeschäfts in Erbengemeinschaft verbunden sind, sollte der Vertragsgestalter aber möglichst darauf hinwirken, das Handelsgeschäft aus der Erbengemeinschaft herauszulösen und auf einen oder alle Erben in einer anderen Rechtsform zu übertragen.

9. Vorkaufsrechte

a) Vorkaufsrecht der Miterben

Gemäß §§ 2034 ff. BGB sind bei einer Erbteilsübertragung die weiteren Miterben vorkaufsberechtigt. Soweit die §§ 2034 ff. BGB keine abweichende Regelung beinhalten, finden auf das Vorkaufsrecht ergänzend die §§ 463 ff. BGB Anwendung.³⁵

Der Abschluss eines Kaufvertrages über den Erbteil löst das Vorkaufsrecht aus. Auf sonstige Veräußerungsfälle wie Tausch, Schenkung, Sicherungsübereignung oder Erfüllung

³¹ *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, S. 164 ff.

³² *Keller*, ZEV 1999, 174, 175.

³³ ZEV 1999, 28, 30.

³⁴ Ausführlich hierzu *Keller*, ZEV 1999, 174, 176.

³⁵ *Palandt/Edenhofer*, § 2034 BGB Rdnr. 1.

eines Vermächtnisses, dessen Gegenstand ein Erbanteil an einer zum Nachlass gehörenden, nicht auseinandergesetzten Erbengemeinschaft ist, ist das Vorkaufsrecht nicht auszuweihen.³⁶

Sind mehrere Miterben vorhanden, muss das Vorkaufsrecht durch die Miterben gemeinschaftlich gemäß § 472 BGB ausgeübt werden. Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechtes beträgt nach § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB zwei Monate. Der Fristlauf beginnt nach § 469 Abs. 1 BGB erst, wenn der Veräußerer allen Vorkaufsberechtigten den Inhalt des Kaufvertrages mitgeteilt hat. Gemäß § 469 Abs. 1 Satz 2 BGB ist auch der Erwerber zur Mitteilung berechtigt.

Nach § 2035 Abs. 2 BGB hat der Veräußerer die anderen Miterben zusätzlich unverzüglich über eine erfolgte dingliche Übertragung des Erbteils zu informieren. Denn mit der Übertragung des Erbteils kann gemäß § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vorkaufsrecht nur noch gegenüber dem Erwerber ausgeübt werden. Das Vorkaufsrecht gegenüber dem Veräußerer erlischt gemäß § 2035 Abs. 1 Satz 2 BGB.³⁷

Veräußert ein Erbteilserwerber den erworbenen Miteigentumsanteil seinerseits weiter, so steht den Miterben kein neues Vorkaufsrecht zu. Gemäß § 2037 BGB besteht aber das Vorkaufsrecht nunmehr auch gegenüber dem zweiten Erwerber. Weil es sich aber bei diesem Vorkaufsrecht um das durch den ersten Erbteilskauf ausgelöste Vorkaufsrecht handelt, läuft die Frist des § 2034 Abs. 2 BGB nicht ein weiteres Mal neu an.³⁸ Die Anzeigepflicht gemäß § 2035 Abs. 2 BGB bei Übertragung des Erbteils besteht jedoch weiterhin.

b) Rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte

Befindet sich im Nachlass ein mit einem rechtsgeschäftlich eingeräumten Vorkaufsrecht belastetes Grundstück, stellt sich die Frage, ob dieses Vorkaufsrecht durch einen Erbteilskaufvertrag ausgelöst werden kann. Grundsätzlich spricht dagegen, dass gerade anstelle des Grundstücks der Erbteil veräußert

wird. Demgemäß hat das LG München II entschieden, dass der Erbteilskauf selbst dann keinen Vorkaufsfall auslöst, wenn der gesamte Nachlass nur noch aus einem Grundstück besteht.³⁹

Allerdings wird auch vertreten, dass in den Fällen, in welchen der Nachlass nur noch aus einem Grundstück besteht und alle Miterben ihre Anteile durch parallele Verträge an einen Dritten verkaufen, das Vorkaufsrecht ausgelöst wird.⁴⁰ Dieser Ansicht ist zuzugeben, dass das wirtschaftliche Ergebnis zwischen einem Erbteilsverkauf und einem Grundstücksverkauf in den geschilderten Fällen einander im Wesentlichen entspricht. Ob mit dieser Unterscheidung den Belangen der Rechtssicherheit und Praktikabilität bei der Erbteilsübertragung gedient ist, ist jedoch fraglich. Wegen dieser unsicheren Rechtslage sollte der Vertragsgestalter in den vorbezeichneten Fällen sicherheitshalber vom Eingreifen des Vorkaufsrechtes absehen.

10. Zustimmungen, Genehmigungen und Anzeigepflichten

a) Ehegattenzustimmung gemäß § 1365 BGB

Ist der Erbteilsveräußerer im gesetzlichen Güterstand verheiratet, so bedarf er der Zustimmung seines Ehegatten, soweit der Erbteil das wesentliche Vermögen des Ehegatten ausmacht.⁴¹

b) Land- und forstwirtschaftliche Grundstücke

Besteht der Nachlass im Wesentlichen aus einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb und wird der Erbteil nicht an einen Miterben, sondern an einen Dritten veräußert, so ist eine Genehmigung nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG erforderlich.⁴²

c) Anzeigepflicht

Gemäß § 2384 Abs. 1 BGB ist der Veräußerer verpflichtet, den Erbteilskauf und den Namen des Käufers dem Nachlassgericht unverzüglich anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht umfasst sowohl das schuldrechtliche wie auch das dingliche Rechtsgeschäft.⁴³

³⁶ Palandt/Edenhofer, § 2034 BGB Rdnr. 10.

³⁷ Die Anordnung des § 2035 BGB kann ein Grund sein, die Lösung einer sofortigen auflösend bedingten Erbteilsübertragung zu wählen, um eine Information des Erwerbers über eventuell ausgeübte Vorkaufsrechte sicherzustellen. Ansonsten genügt es nicht, die Kaufpreisfälligkeit von der Nichtausübung von Vorkaufsrechten innerhalb der Frist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB abhängig zu machen, weil möglicherweise weder Notar noch Erwerber von einer erfolgten Vorkaufsrechtsausübung Kenntnis erlangen.

³⁸ Palandt/Edenhofer, § 2037 BGB Rdnr. 1.

³⁹ MittBayNot 1986, 179; so auch Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 197.

⁴⁰ Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 198.

⁴¹ Vgl. hierzu Teil 1 dieses Beitrags MittBayNot 2007, 273, Ziff. III. 8 a).

⁴² Palandt/Edenhofer, § 2370 BGB Rdnr. 4.

⁴³ Palandt/Edenhofer, § 2384 BGB Rdnr. 1.

Zur Zulässigkeit der Änderung von Hauptversammlungsprotokollen

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Frankfurt am Main
vom 29.11.2006, 2 Ws 173/05* –

Notar Dr. *Stefan Görk*, München

Mit seiner Entscheidung vom 29.11.2006 hat der 2. Strafsenat des OLG Frankfurt am Main erhebliche Unruhe in die Praxis zur Beurkundung von AG-Hauptversammlungen gebracht. Irritierend ist vor allem, dass das OLG eine jahrzehntelange Praxis der Änderungsmöglichkeit von Protokollentwürfen vor ihrer Herausgabe in den Rechtsverkehr ohne großes Federlesen in den Bereich der Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung rückt. Der Beitrag zeigt auf, dass bei richtigem Verständnis der verfahrensrechtlichen Grundsätze die bisherige Praxis beurkundungsrechtlich unbedenklich und vor allem auch nicht strafbar ist.

1. Die Praxis

Das Verhalten des Kollegen, welches Gegenstand des Klageerzwingungsverfahrens vor dem OLG Frankfurt war, ist wohl den meisten Notaren, die Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften mit größerem Aktionärskreis beurkunden, vertraut. Bereits vor der Hauptversammlung erstellt der Notar anhand der Tagesordnung und des sogenannten „Leitfadens“, der dem Versammlungsleiter als Fahrplan durch die anstehende Hauptversammlung dient, einen ersten Vorentwurf der Niederschrift nach § 130 AktG. In der Versammlung selbst macht sich der Notar zumeist handschriftliche Notizen, die den Vorentwurf anhand des tatsächlichen Versammlungsablaufs ändern oder ergänzen. Je nach Versammlungsablauf fallen diese Notizen mal umfangreicher und mal kürzer aus. Die Endfassung der Niederschrift fertigt der Notar dann meist in seiner Kanzlei, wobei er seine Notizen in die Niederschrift einarbeitet. Bei Bedarf kann auch eine Rücksprache bzw. Absprache mit der betroffenen Gesellschaft über den genauen Umfang und Inhalt der Niederschrift erfolgen, wengleich unter folgenden engen Voraussetzungen: „Verhandelbar“ sind zum einen nur Ausführungen, die der Notar in die Niederschrift aufnehmen kann, aber nicht nach § 130 AktG aufnehmen muss (z. B. einzelne Wortbeiträge, die nicht im Zusammenhang mit zur Niederschrift des Notars erhobenen Widersprüchen im Zusammenhang stehen). Des Weiteren müssen von der Gesellschaft gewünschte Ausführungen von den Wahrnehmungen des Notars gedeckt sein. Nach Fertigstellung der Endfassung wird diese vom Notar unterzeichnet und in Form von Ausfertigungen und (beglaubigten) Abschriften in den Rechtsverkehr gegeben.

Insbesondere bei großen Hauptversammlungen ist dabei folgende Variante verbreitet: Der Notar unterzeichnet unmittelbar am Ende der Versammlung den um seine handschriftlichen Notizen ergänzten Vorentwurf. Diese Unterzeichnung erfolgt vorsorglich mit Blick auf das nicht sehr wahrscheinliche, aber auch nicht unmögliche Ereignis, dass der Notar verstirbt, ohne dass er die Endfassung der Niederschrift unterzeichnet hat.¹ In einem solchen Fall müsste die gesamte Hauptversammlung wiederholt werden.

Für den vorliegenden Fall ist dabei weniger relevant, inwieweit diese Praxis im Fall der Fälle helfen und die vorläufig

unterzeichnete Niederschrift zur endgültigen und maßgeblichen Niederschrift erhoben werden kann.² Maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob dieser vorläufig unterzeichneten Niederschrift bereits eine solche Urkundenqualität zukommt, dass ihre nachträgliche Änderung oder Ersetzung (einschließlich Vernichtung) unzulässig und sogar strafbewehrt ist.

2. Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main

Das OLG geht die Argumentation mit einer – gemessen an den für den betroffenen Notar existentiellen Rechtsfolgen – erstaunlichen Lässigkeit an: Das unmittelbar im Anschluss an die Versammlung von dem Notar unterzeichnete Dokument sei eine öffentliche Urkunde i. S. d. §§ 267 Abs. 1, 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Daran ändere auch der Streit „in der neuesten Literatur“ über die Frage, wann die Niederschrift abgeschlossen sei, nichts. Eine Urkunde sei abgeschlossen, wenn das vom Gesetz vorgeschriebene Prozedere stattgefunden habe. Dies sei bei der HV-Niederschrift mit der Unterschrift des Notars der Fall. § 44 a BeurkG zeige, dass der Gesetzgeber zwischen Beurkundungen von Willenserklärungen und sonstigen Beurkundungen nicht unterscheide. Der betroffene Notar könne sich auch nicht mit Blick auf die zitierte jüngste Literatur auf fehlenden Vorsatz berufen, da diese erst nach der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat veröffentlicht wurde.³

3. Tatsächliche und rechtliche Würdigung

Die Argumentation des OLG greift dabei nicht nur rechtlich erheblich zu kurz, sondern leidet offenbar auch an einer zu kurzfristigen Kenntnisnahme der bisherigen Auseinandersetzungen zu der betreffenden Thematik.

a) Der Meinungsstand zur Abänderbarkeit von HV-Niederschriften

Wenn das OLG die Beiträge von *Maaß*, *Eylmann* und *Wolfsteiner* aus dem Jahre 2005⁴ als „Streit der neuesten Literatur“ bezeichnet, so überrascht dies doch erheblich. Die Beiträge

² Es spricht viel dafür, die Urkundenqualität von einer – auch stillschweigenden – Anweisung an die Kanzlei abhängig zu machen, nämlich von der Anweisung, diese Fassung als endgültige Fassung zu behandeln und in den Rechtsverkehr zu geben, sofern der Notar außer Stande ist, eine andere Fassung zu erstellen und auch keine andere Anweisung zu erteilen.

³ Immerhin hält der 5. Zivilsenat des gleichen Gerichts die Beschlüsse der betroffenen Hauptversammlung für wirksam beurkundet, vgl. ZIP 2007, 1463.

⁴ *Maaß*, ZNotP 2005, 50 und 377; *Eylmann*, ZNotP 2005, 300 und 458; *Wolfsteiner*, ZNotP 2005, 376.

* MittBayNot 2007, 422 (in diesem Heft).

¹ Siehe etwa den von *Maaß*, ZNotP 2005, 377 in Fn. 1 aufgeführten Fall, bei dem im Jahre 1952 ein Hamburgischer Notar am Nachmittag nach einer Hauptversammlung verstarb, ohne die Niederschrift über die von ihm begleitete Versammlung unterzeichnet zu haben.

als neueste Literatur zu bezeichnen, mag ja noch angehen. So zu tun, als ob damit ein völlig neues Thema angeschnitten wurde, erscheint aber doch sehr gewagt. Schließlich wird schon seit jeher – im Detail in unterschiedlichen Facetten – vertreten, dass HV-Niederschriften hinsichtlich der Abänderbarkeit anderen Regeln unterliegen als Beurkundungen über Willenserklärungen. Insbesondere war es danach allgemein anerkannt, dass Niederschriften über Hauptversammlungen – mindestens – solange vom Notar geändert und ersetzt werden können, wie der Notar noch keine Abschriften oder Ausfertigungen derselben herausgegeben hat.⁵ Neu – und allein stehend – in diesem ansonsten klaren Meinungsbild sind lediglich der zitierte Beitrag von *Eylmann* und die Entscheidung des OLG Frankfurt.

b) § 44 a BeurkG als Anknüpfungspunkt

In der Argumentation von *Eylmann* und im Anschluss daran des OLG spielt die Neufassung des § 44 a BeurkG durch das 3. BNotO-Änderungsgesetz⁶ im Jahre 1998 eine zentrale Rolle. Durch die BNotO-Novelle wurden u. a. zahlreiche Regelungen, die bisher in der DONot verankert waren, aus rechtssystematischen und rechtsstaatlichen Gründen in die BNotO und das BeurkG als förmliche Gesetze überführt. Hierzu gehören auch die früher in § 30 Abs. 3 und 4 DONot enthaltenen Bestimmungen, die – sprachlich weitgehend unverändert – in den neuen § 44 a BeurkG überführt wurden.

Aus der Tatsache, dass § 44 a BeurkG aufgrund der systematischen Stellung im Gesetz für Beurkundungen von Willenserklärungen und sonstigen Beurkundungen gleichermaßen gelte, leitet *Eylmann* (und ihm folgend das OLG Frankfurt) im Ergebnis ab, dass der Gesetzgeber die bisherige unterschiedliche Behandlung bei der Abänderbarkeit beseitigen wollte.⁷ Den Materialien ist jedoch ein entsprechender Regelungswille des Gesetzgebers nicht zu entnehmen. Vielmehr ist ihnen umgekehrt zu entnehmen, dass mit der Überführung von der DONot in das BeurkG gerade *keine inhaltliche Änderung* gegenüber der bisherigen Regelung verbunden sein sollte.⁸ Unabhängig davon, ist ein Rückgriff auf § 44 a BeurkG auch aus einem anderen Gesichtspunkt für die hier interessierende Frage unbehelflich. § 44 a Abs. 2 BeurkG regelt das Verfahren der Berichtigung offensichtlicher Unrichtigkeiten „nach Abschluss der Niederschrift“. Hier geht es aber gerade um die Frage, ob die Niederschrift bereits durch die bloße Unterschrift des Notars abgeschlossen ist oder ob es noch eines weiteren Akts der Herausgabe in den Rechtsverkehr bedarf, um die Niederschrift abzuschließen.

c) Abschluss der Niederschrift bei sonstigen Beurkundungen

Die Antwort auf die Frage, wann eine notarielle Niederschrift abgeschlossen ist, muss aus dem maßgeblichen Verfahrensrecht hergeleitet werden. Dieses ist in erster Linie das

BeurkG. Das BeurkG beschäftigt sich aber nur damit, was der Notar bei der Durchführung des Beurkundungsverfahrens zu beachten hat. Wann das Beurkundungsverfahren beginnt und wann es endet, ist hingegen im BeurkG nicht ausdrücklich geregelt. Dass es sich bei dem Beurkundungsverfahren etwa um ein Antragsverfahren handelt, wird zwar im BeurkG vorausgesetzt,⁹ aber dort nirgends ausdrücklich geregelt. Auch ab welchem Zeitpunkt ein Beurkundungsvorgang abgeschlossen und (nach außen) wirksam ist, ist im BeurkG nicht ausdrücklich bestimmt. Das BeurkG legt nur fest, wer in welchen Fällen die Niederschrift zu unterzeichnen hat, nicht jedoch wann das Beurkundungsverfahren, wann die Niederschrift „abgeschlossen“ ist, also ihre Wirksamkeit entfalten soll. § 44 a BeurkG geht lediglich davon aus, dass es diesen Zeitpunkt gibt – ohne ihn selbst zu bestimmen –, und regelt das Verfahren für Änderungen nach diesem Zeitpunkt.

Da das BeurkG ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist,¹⁰ kann und muss für Fragen, auf die das BeurkG keine Antworten bereit hält, das FGG herangezogen werden. Bietet auch dieses keine Antwort muss auf allgemeine rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze zurückgegriffen werden. Jedes gerichtliche wie behördliche Verfahren wird üblicherweise durch einen nach außen wahrnehmbaren Akt abgeschlossen. Verwaltungsakte bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen. Gerichtliche Entscheidungen werden ebenfalls durch Bekanntmachung (Verkündung) gegenüber den betroffenen Personen wirksam. Für gerichtliche Verfügungen aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist dies in § 16 Abs. 1 FGG geregelt. Bis ein Verwaltungsakt oder eine gerichtliche Entscheidung entsprechend nach außen kundgetan ist, handelt es sich um ein reines Internum der öffentlichen Stelle. Dieses Internum erzeugt noch keinerlei rechtliche Wirkungen und kann ohne weiteres verworfen, geändert, ergänzt oder ersetzt werden, ohne dass eine bereits (intern) geleistete Unterschrift im Außenverhältnis daran hindern könnte.

Dafür, dass für die öffentlichen Verfahrensakte des Notars etwas anderes gelten soll, ist nichts ersichtlich. Neben dem Internum der Urkunderrichtung bedarf es noch des Außenaktes, des Inverkehrbringens, der Bekanntmachung gegenüber den Beteiligten bzw. dem Rechtsverkehr. Erst mit diesem Außenakt ist das Beurkundungsverfahren, ist die Niederschrift abgeschlossen.¹¹ Bei Beurkundungen von Willenserklärungen erfolgt diese Bekanntmachung nach außen unmittelbar gegenüber den Beteiligten durch Verlesung und Unterzeichnung durch die Beteiligten und durch den Notar. Hier ist die Niederschrift unmittelbar durch die zu leistenden Unterschriften abgeschlossen. Ab diesem Zeitpunkt kann eine Änderung nur nach Maßgabe des § 44 a BeurkG erfolgen und die Niederschrift steht unter dem strafrechtlichen Schutz des § 274 StGB. Anders liegt die Sache bei sonstigen Beurkundungen einschließlich der Beurkundung von Hauptversammlungen. Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Notar die von ihm unterzeichneten Niederschriften i. S. d. §§ 36 ff. BeurkG oder Vermerke i. S. d. §§ 39 ff. BeurkG nach außen in den Rechts-

⁵ Siehe etwa schon OLG München, DNotZ 1940, 112, 114 und *Josef*, JW 1928, 208, aber auch die einschlägige Kommentarliteratur: *Huhn/v. Schuckmann/Preuß*, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 37 Rdnr. 20; *Jansen*, FGG, 2. Aufl. 1971, § 8 BeurkG Rdnr. 22; *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl. 2006, § 37 Rdnr. 7; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 44 a Rdnr. 37; vgl. auch die Voraufgaben, z. B. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG Teil B, 13. Aufl. 1997, § 36 BeurkG Rdnr. 8 und § 37 BeurkG Rdnr. 12; zitierte Fundstellen z. T. m. w. N.

⁶ Gesetz vom 31.8.1998, BGBl I, S. 2585.

⁷ *Eylmann*, ZNotP 2005, 300, 301; in die gleiche Richtung *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 44 a BeurkG Rdnr. 12.

⁸ Siehe BT-Drucks. 13/4184, S. 37.

⁹ Bei der Beurkundung von Willenserklärungen ergibt sich dies schon aus der Mitwirkungspflicht der Beteiligten, die die Niederschrift unterschreiben müssen. Bei sonstigen Beurkundungen, insbesondere bei der Wahrnehmung von Tatsachen, ist dies schon weniger eindeutig.

¹⁰ Bis 1971 waren die Vorschriften des Beurkundungsverfahrens sogar unmittelbar im FGG enthalten.

¹¹ Vgl. bereits *Jansen*, FGG, § 8 BeurkG Rdnr. 22; siehe auch *Wolfsteiner*, ZNotP 2005, 376, 377; *Bohrer*, NJW 2007, 2119.

verkehr gibt (insbesondere durch Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften), handelt es sich bei dem (allein von ihm) unterzeichneten Dokument lediglich um ein Internum, welches der Notar jederzeit ändern, ergänzen oder ersetzen darf.

Stellt der Notar etwa vor Herausgabe fest, dass ein von ihm bereits unterschriebener Unterschriftsbeglaubigungsvermerk fehlerhaft ist, so kann und muss er den Vermerk richtig stellen, wobei er den alten auch vernichten und durch einen neuen ersetzen darf. Gleiches gilt auch für Abschriftsbeglaubigungs- oder Ausfertigungsvermerke, die für sich ebenfalls eine öffentliche Urkunde darstellen. Auch nach Unterzeichnung und vor Herausgabe kann und muss der Notar diese berichtigen und den bisher fehlerhaften Vermerk ggf. vernichten. Bei Vermerken nach §§ 39 ff. BeurkG, insbesondere Beglaubigungsvermerken, gilt noch nicht einmal die Beschränkung des § 44 a BeurkG, der sich nur auf „Niederschriften“ bezieht. Der Notar muss auch nach Abschluss des Verfahrens (also der Herausgabe der Vermerke) einen fehlerhaften Vermerk einziehen und berichtigen oder durch einen richtigen Vermerk ersetzen, und zwar unabhängig von der Tatsache, dass es sich auch bei den Vermerken um nach § 274 StGB strafbewehrte öffentliche Urkunden handelt.

Für die Erstellung der Niederschrift über eine Hauptversammlung ergibt sich daraus, dass der Notar – unbeschadet einer bereits geleisteten Unterschrift auf einer noch nicht endgültigen Fassung – jedenfalls solange eine bisherige Fassung ersetzen, ergänzen oder berichtigen kann, wie sich diese Fassung allein in seinem Herrschaftsbereich befindet. Der Notar entscheidet selbst, wann die Erstellung der Niederschrift, wann das Beurkundungsverfahren abgeschlossen ist, und zwar durch Herausgabe von Ausfertigungen oder Abschriften der Niederschrift („Bekanntmachung“). Dabei ist weder die Übersendung einer ausdrücklich als Entwurf bezeichneten Fassung an die Gesellschaft noch die Eintragung in die Urkundenrolle und „Reservierung“ einer Urkundennummer als ein solcher Abschluss- und Veräußerungsakt zu sehen. Bei Ersterem fehlt es nach außen deutlich erkennbar an der Bekanntgabe einer abgeschlossenen Niederschrift. Bei Letzterem handelt es sich um ein reines organisatorisches Internum, welches zwar bereits berufsrechtliche Konsequenzen haben kann, aber keinerlei Außenwirkung entfaltet, und zwar weder nach dem Willen des Notars noch nach dem Eindruck für den Rechtsverkehr. Was aber verfahrensrechtlich erlaubt oder gar geboten ist, kann nicht strafbar sein. Eine strafrechtlich bewehrte Urkunde i. S. d. § 274 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG kann erst dann vorliegen, wenn das Beurkundungsverfahren durch entsprechenden Außen- bzw. Bekanntmachungsakt abgeschlossen ist.

4. Die Vorwurf der Falschbeurkundung

Das OLG hält den betroffenen Notar zudem einer Falschbeurkundung im Amt (§ 348 Abs. 1 StGB) für hinreichend verdächtig, da er in seiner (endgültigen) Niederschrift nur den Tag der Hauptversammlung angegeben hat (und die Niederschrift auch mit einer Urkundenrollennummer von diesem Tag, die er für diesen Zweck „reserviert“ hatte, versehen hat) und nicht die Tatsache, dass er die Niederschrift selbst an einem späteren Tag unterzeichnet hat.

Hierbei dürfte wohl unstrittig sein, dass die Niederschrift eine Urkunde von dem Tag darstellt, an dem sie unterzeichnet worden ist. Der Notar wäre daher in jedem Fall berechtigt gewesen, die Niederschrift unter dem Tag der Unterzeichnung in die Urkundenrolle einzutragen und mit einer Urkundenrollennummer von diesem Tag zu versehen. Ob er auch berechtigt

gewesen ist, die Niederschrift unter einem früheren Datum einzutragen und mit einer früheren, hierfür „reservierten“ Nummer einzutragen, kann hier offen bleiben.¹² Bei der Führung der Urkundenrolle und der Angabe von Urkundenrollennummern auf den Urkunden handelt es sich allein um dienstrechtliche Vorgaben (§§ 8, 28 DONot), die der Notar zwar zu beachten hat, die aber nicht die Reichweite des Beweiswertes der Urkunde und damit auch nicht die Reichweite der Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung bestimmen. Mit der Eintragung in die Urkundenrolle und der Angabe einer entsprechenden Nummer auf der Urkunde nimmt der Notar lediglich Ordnungsaufgaben wahr. Inhalt seiner Beurkundungstätigkeit sind diese nachträglichen binnenorganisatorischen Maßnahmen nicht. Der strafbewehrte Beweiswert der Urkunde kann sich also darauf auch nicht erstrecken.

Hinsichtlich des nach § 130 Abs. 2 AktG für die Wirksamkeit der Niederschrift anzugebenden Tages der Hauptversammlung kann dem Notar jedenfalls kein Vorwurf gemacht werden. Dieses Datum war in der Niederschrift angegeben, und zwar richtig. Bleibt die Frage, ob die Nichtangabe des (vom Tag der Hauptversammlung abweichenden) Tages der abschließenden Unterzeichnung der Niederschrift zur strafbewehrten Falschbeurkundung führt.

Dabei kann man schon die Frage stellen, ob die Angabe dieses Tages überhaupt vorgeschrieben war. So ist § 130 Abs. 2 AktG, der dem BeurkG grundsätzlich als *lex specialis* vorgeht, in diesem Punkt anders abgefasst als § 37 Abs. 2 BeurkG. Nach letzterer Bestimmung *sollen* sowohl „Ort und Tag der Wahrnehmungen des Notars“ als auch „Ort und Tag der Errichtung der Urkunde“ angegeben werden. Nach § 130 Abs. 2 AktG *ist* hingegen (nur) der „Ort und Tag der Verhandlung“ anzugeben.

Selbst wenn der angegebene Tag der Hauptversammlung in dem konkreten Einzelfall auch als angegebener Tag der Errichtung (i. S. v. Unterzeichnung) der Niederschrift angesehen werden könnte,¹³ führt dies nicht zu einer Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung. Denn der BGH hat bereits zur Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG festgestellt, dass die Angabe eines falschen Ortes zwar dienstrechtlich unzulässig, jedoch nicht strafbewehrt ist.¹⁴ Danach könne nicht jede Angabe in einer öffentlichen Urkunde Gegenstand einer Straftat nach § 348 StGB sein. Falsch beurkundet im Sinne dieser Vorschrift seien nur diejenigen rechtlich erheblichen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube der Urkunde, d. h. die „volle Beweiswirkung für und gegen jedermann“, erstrecke.¹⁵ Für die Angabe des Ortes in der Niederschrift über die Beurkundung von Willenserklärungen hat der BGH dies mit Hinweis auf den „Sollcharakter“¹⁶ des § 9 Abs. 2 BeurkG verneint. Gleiches gilt für die Angabe des Ortes und des Datums der Errichtung der Urkunde nach § 37 Abs. 2 BeurkG, sofern diese Vorschrift nicht ohnehin insgesamt von § 130 Abs. 2 AktG verdrängt wird (siehe oben). Strafbewehrt nach den Kriterien

¹² Siehe hierzu etwa *Schippel/Bracker*, BNotO, 8. Aufl., § 8 DONot Rdnr. 7.

¹³ Der Notar könnte aber geltend machen, er habe gar kein ausdrückliches Errichtungsdatum angegeben und sei hierzu auch nicht verpflichtet gewesen. Letzteres wäre eine Frage des Berufsrechts, nicht aber des Strafrechts.

¹⁴ BGH, DNotZ 1999, 811 m. Anm. *Zimmermann*.

¹⁵ Siehe auch BGHSt 22, 201, 203.

¹⁶ § 9 Abs. 2 BeurkG begründet für den Notar zwar eine absolute Pflicht. Ihre Verletzung lässt jedoch die Wirksamkeit der Urkunde und ihre Qualität als öffentliche Urkunde unberührt.

des BGH wäre nur eine Falschangabe von Ort und Datum der Hauptversammlung. Hierbei handelt es sich nach § 130 Abs. 2 AktG um eine Pflichtangabe, deren rechtliche Erheblichkeit auch nach der Verkehrsanschauung außer Zweifel steht.¹⁷

5. Zusammenfassung

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main ist in der Begründung und im Ergebnis falsch. Niederschriften nach §§ 36 ff. BeurkG sowie Niederschriften über AG-Hauptversammlungen nach § 130 AktG können vom Notar trotz bereits erfolgter – vorläufiger – Unterzeichnung jedenfalls so lange geändert werden, bis der Notar das Verfahren zur Erstellung

der Niederschrift insbesondere durch Herausgabe von Ausfertigungen und Abschriften abgeschlossen hat. Vorherige – vorläufige – Fassungen der Niederschrift, die den Binnenbereich des Notars noch nicht verlassen haben, können ersetzt und vernichtet werden, ohne dass dies eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 StGB auslöst.

Die Niederschrift über eine Hauptversammlung sollte schon im Eigeninteresse des Notars möglichst zeitnah zur Versammlung erstellt und abgeschlossen werden. Fallen der Tag der Versammlung und der Tag der abschließenden Unterzeichnung der Niederschrift auseinander, so sollte zur Klarstellung neben dem Tag der Versammlung auch der Tag der Unterzeichnung angegeben werden. Die Nicht- oder Falschangabe des Tages der Unterzeichnung führt aber – losgelöst von etwaigen berufsrechtlichen Konsequenzen – nicht zu einer Strafbarkeit wegen Falschbeurkundung im Amt nach § 348 Abs. 1 StGB.

¹⁷ Zimmermann, DNotZ 1999, 815, 817 f.

Güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen bei italienischen Eheleuten

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 15.3.2007, 3 W 232/06¹ –

Von Rechtsanwalt Dr. Rembert Süß, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Das OLG Zweibrücken hatte darüber zu entscheiden, ob aufgrund eines ausschließlich gegen den italienischen Ehemann gerichteten Titels die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, als dessen Eigentümer im Grundbuch der Ehemann gemeinsam mit seiner Ehefrau in gesetzlicher Gütergemeinschaft italienischen Rechts eingetragen ist, zulässig ist. Das Gericht verneinte die Frage unter Hinweis darauf, dass das italienische Recht die gemeinschaftliche Verfügung durch die Eheleute vorsehe und zog insoweit Parallelen zur Situation bei der Gütergemeinschaft deutschen Rechts.

Die Entscheidung kann in Bezug auf die im Beschluss thematisierte Rechtsfrage, nämlich die Auswirkungen des italienischen Güterrechts auf das deutsche Zwangsvollstreckungsverfahren, nicht vollständig überzeugen. Die Begründung des Beschlusses lässt viele Punkte offen, die genauer hätten geprüft werden müssen. Das gibt Anlass zur systematischen Darstellung der Fragen, die sich bei Verfügung über und Zwangsvollstreckung in Grundstücke aus der ausländischen Staatsangehörigkeit der Eheleute stellen.

1. Geltung italienischen Güterrechts bei Erwerb des Grundstücks?

Das OLG geht in seiner Entscheidung davon aus, dass für die Eheleute italienisches Güterrecht gilt und immer schon gegolten hat. Freilich ist dies nicht selbstverständlich und auch keine Tatsachenfeststellung. Vielmehr ist dies als Rechtsfrage auch noch in der Berufungsinstanz nachzuprüfen.

Fraglich ist zunächst, ob für die Eheleute bei Erwerb des Grundstücks überhaupt das italienische Güterrecht gegolten hatte. Das wäre z. B. dann der Fall, wenn beide Eheleute bei

Eheschließung ausschließlich italienische Staatsangehörige gewesen sind (Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Ziff. 1 EGBGB bzw. Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Ziff. 1 EGBGB).² Die Feststellung des Notars im Kaufvertrag bzw. die Eintragung im Grundbuch haben für die Geltung des italienischen Güterrechts allenfalls indizierende Bedeutung, stellen aber keinen Beweis für die Zugehörigkeit des Grundstücks zur Gütergemeinschaft dar. Erst recht entheben sie das Gericht nicht von einer eigenen rechtlichen Prüfung, welcher Vermögensmasse der Gegenstand zuzuordnen ist.

Aus welchen Gründen für die Eheleute bei Erwerb des Grundstücks die Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts gegolten haben soll, geht weder aus dem Sachverhalt noch aus den Entscheidungsgründen des Beschlusses hervor. Allenfalls kann man vermuten, dass sich diese Ausführungen in den Entscheidungsgründen der vorangegangenen Entscheidung des LG befinden, auf die das OLG Bezug nimmt.

2. Späterer Wechsel des Güterstatuts?

Als Zweites stellt sich die Frage, ob sich das Güterstatut in der Zwischenzeit geändert hat. Zwar ist nach deutschem IPR eine Änderung des Güterstatuts regelmäßig nur durch Abschluss eines Ehevertrags mit Güterrechtswahl gemäß Art. 15 Abs. 2 EGBGB möglich. Nach Verweisung auf ausländisches Recht kann sich eine Wandelbarkeit aber auch daraus ergeben, dass dieses Recht das Güterstatut wandelbar an die jeweils aktuellen Umstände anknüpft und damit eine Änderung der für die Anknüpfung maßgeblichen Umstände eine Änderung des

¹ MittBayNot 2007, 421 (in diesem Heft).

² Zur Anwendung von Art. 220 Abs. 3 EGBGB auf vor dem 23.8.1987 geschlossene Ehen trotz Geltung des Haager Ehevertragsabkommens vom 17.7.1905: BGH, FamRZ 1986, 1200; FamRZ 1987, 679.

Güterstatuts (mit Wirkung *ex nunc* – häufig aber auch *ex tunc* rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung) ergibt.³ So gilt zwar auch im italienischen IPR für die objektive Anknüpfung des Güterstatuts in den Art. 29, 30 des Gesetzes über die Reform des Internationalen Privatrechts vom 31.5.1995 ein wandelbares Anknüpfungsmuster, welches der Regelung für das allgemeine Ehwirkungsstatut in Art. 14 EGBGB weitgehend vergleichbar ist.⁴ Dabei ist in Italien wohl noch nicht abschließend geklärt, ob der Statutenwechsel mit Wirkung *ex nunc* eintritt oder aber *ex tunc* auf den Zeitpunkt der Eheschließung zurück wirkt.⁵

Sollten also die Eheleute bei Erwerb des Grundstücks wegen übereinstimmender italienischer Staatsangehörigkeit oder bei divergierender Staatsangehörigkeit aufgrund eines gewöhnlichen Aufenthalts in Italien im italienischen Güterrecht gelebt haben, hätte sich in der Zwischenzeit durchaus ein Wechsel des Güterstatuts ergeben können, wenn z.B. einer von ihnen die italienische Staatsangehörigkeit gegen die deutsche getauscht hätte oder die Eheleute mit verschiedener Staatsangehörigkeit von Italien nach Deutschland umgezogen wären.

3. Zwingende Gesamtgutzugehörigkeit des Grundstücks bei Geltung italienischen Güterrechts?

Selbst wenn für die Eheleute der gesetzliche Güterstand des italienischen Rechts (*comunione dei beni*) gelten sollte, ist es nicht zwingend, dass das Grundstück in das eheliche Gesamtgut fällt. Bei diesem allgemein als Errungenschaftsgemeinschaft bezeichneten Güterstand gehört grundsätzlich nur das während der Dauer der Ehe entgeltlich erworbene Vermögen zum ehelichen Gesamtgut (*beni comuni*). Neben dem in die Ehe eingebrachten und während der Ehe durch Schenkung oder Erbfolge erworbenen Vermögen bleiben auch solche Gegenstände Eigengut (*beni personali*), die mit Sondergut angeschafft worden sind (Surrogate). Art. 179 Abs. 2 Codice Civile⁶ trifft hier jedoch die Einschränkung, dass dies nur dann gilt, wenn der andere Ehegatte bei Erwerb des mit Vorbehaltsgut angeschafften Gegenstand im Erwerbsvertrag bestätigt hat, dass ein Surrogat vorliegt.

Eine weitere vom ehelichen Gesamtgut ausgenommene Vermögensmasse kennt das italienische Güterrecht in Form der sog. *beni comuni de residuo*. Hiermit ist solches Vermögen gemeint, das zwar bei Beendigung des Güterstands wie in die Gütergemeinschaft gefallenes Vermögen unter den Eheleuten hälftig geteilt wird. Während der Dauer des gesetzlichen Güterstands aber steht dieses Vermögen dem Ehegatten, der es erworben hat, wie Sondergut allein zu. Dies gilt gemäß Art. 178 Codice Civile vor allem für Gegenstände, die dem Betrieb eines von einem Ehegatten allein gegründeten und geführten Unternehmens dienen. Sollte das im Beschluss des OLG betroffene Grundstück also vom Ehemann allein als „Betriebs-

grundstück“ für seinen allein geführten Gewerbebetrieb angeschafft worden sein, würde dieses ebenfalls nicht in die Gütergemeinschaft fallen, sondern gehörte zu seinem Sondergut.

4. Fehlende Verfügungsbefugnis des Ehemannes?

Unterstellt man trotz der vorangehenden Einwände, dass die Eheleute damals und auch weiterhin im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts leben und das betroffene Grundstück in die Gütergemeinschaft fällt, so ist im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach § 740 ZPO danach zu differenzieren, ob das Gesamtgut von einem der Eheleute allein oder von den Eheleuten gemeinschaftlich verwaltet wird. Von der grundsätzlich gemeinschaftlichen Verwaltung des Gesamtguts durch Eheleute, die im italienischen gesetzlichen Güterstand leben, ging z. B. das LG Heilbronn⁷ aus, auf das sich das OLG ausdrücklich beruft.

Die gesetzliche Regelung des italienischen Codice Civile stellt in Art. 180 Abs. 1 jedoch den Grundsatz der konkurrierenden Verwaltung des Gesamtguts durch die Ehegatten auf. Nur die Durchführung von Handlungen, die über die gewöhnliche Verwaltung hinausgehen und der Abschluss von Verträgen, mit denen persönliche Nutzungsrechte zugestanden oder erworben werden, steht gemäß Art. 180 Abs. 2 Codice Civile beiden Ehegatten gemeinsam zu. Dabei gilt die Verfügung über ein Grundstück als Maßnahme der außergewöhnlichen Verwaltung.⁸ Im Unterschied zum deutschen Recht hat die fehlende Zustimmung des anderen Ehegatten aber nicht die schwebende Unwirksamkeit der Verwaltungsmaßnahme zur Folge (vgl. §§ 1424, 1427 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB). Vielmehr ist auch die den Rahmen der Verfügungsbefugnis überschreitende Verfügung wirksam. Betrifft sie bewegliche Güter, so ist der verfügende Ehegatte zur Restitution, bei Unmöglichkeit zum Schadenersatz verpflichtet (Art. 184 Abs. 3 Codice Civile). Betrifft die Verfügung unbewegliche Gegenstände oder in Registern eingetragene bewegliche Gegenstände, so ist die ohne Zustimmung des anderen getroffene Maßnahme ebenfalls wirksam. Der andere Ehegatte hat aber das Recht, die Verfügung des anderen Ehegatten innerhalb eines Jahres ab Kenntnis von der Verfügung, spätestens bis Ablauf eines Jahres nach Eintragung der Verfügung in das Register, anzufechten. Die Anfechtung erfolgt durch Klage und gerichtliches Gestaltungsurteil.⁹

Das italienische System weicht also in mehrfacher Hinsicht von der Regelung der Gütergemeinschaft deutschen Rechts ab, auf die die Regeln in §§ 740 ff. ZPO gemünzt sind. Da aber das deutsche Vollstreckungsgericht ausschließlich nach den Vorschriften der deutschen ZPO als *lex fori* verfahren kann, stellt sich die Frage, wie sich diese Besonderheiten des italienischen Güterrechts in dem System der sich an der Gütergemeinschaft deutschen Rechts orientierenden §§ 740 ff. ZPO auswirken.

Das erste Problem ergibt sich daraus, dass § 740 ZPO nur zwischen gemeinschaftlicher Verwaltung durch beide oder alleiniger Verwaltung durch nur einen Ehegatten differenziert. Die konkurrierende Verwaltung durch beide Ehegatten ist nicht

³ Palandt/Heldrich, BGB, 66. Aufl. 2007, Art. 15 EGBGB Rdnr. 3; Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 144; AnwKomm-BGB/Sieghörtner, 2005, Art. 15 EGBGB Rdnr. 21; Staudinger/Mankowski, BGB, 2003, Art. 15 EGBGB Rdnr. 51; Soergel/Schurig, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 15 EGBGB Rdnr. 64.

⁴ Vgl. Kindler, RabelsZ 61 (1997), 227, 262 f.; Priemer, MittRhNotK 2000, 45, 51.

⁵ Vgl. Priemer, MittRhNotK 2000, 51; Kindler, RabelsZ 61 (1997), 227, 263; Cubeddu/Wiedemann in Süß/Ring, Eherecht in Europa, 2006, Länderbericht Italien Rdnr. 101.

⁶ Deutsche Übersetzung in Bauer/Escher/König/Kreuzer/Zanon, Italienisches Zivilgesetzbuch, Codice Civile, zweisprachige Ausgabe, 4. Aufl. 2004.

⁷ Rpfleger 1996, 521.

⁸ Cubeddu/Wiedemann in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Rdnr. 61.

⁹ Art. 184 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Codice Civile; Patti in Henrich/Schwab, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999, S. 133; Cubeddu/Wiedemann in Süß/Ring, Eherecht in Europa, Rdnr. 65.

geregelt, da § 1421 BGB diese nicht zulässt. In der „Gütergemeinschaft“ niederländischen Rechts verwaltet gemäß Art. 1:97 *Burgerlijk Wetboek* jeden Gegenstand des Gesamtguts derjenige Ehegatte, von dessen Seite er in das Gesamtgut gefallen ist. Der BGH hatte hieraus einmal in einer Entscheidung den Schluss gezogen, dass keine gemeinschaftliche Verwaltung i. S. v. § 740 Abs. 2 ZPO vorliege und daher ein Titel gegen den Ehegatten, der das Verwaltungsrecht hat, zur Zwangsvollstreckung ausreiche.¹⁰ Bei konkurrierender Verwaltung des Gesamtguts durch beide Eheleute genügt also ein Titel gegen jeden der Ehegatten. Das ist logisch, denn jeder von ihnen könnte ja auch rechtsgeschäftlich ohne Mitwirkung des anderen das Grundstück auflassen oder eine Grundschuld daran bestellen.

Das zweite Problem ergibt sich aus dem Auseinanderfallen von Dürfen und Können nach italienischem Güterrecht. Ein Ehegatte soll zwar eine Maßnahme, die den Bereich der gewöhnlichen Verwaltung überschreitet, nur mit Einwilligung oder Genehmigung des anderen Ehegatten vornehmen. Nimmt er die Maßnahme jedoch ohne Zustimmung des anderen vor, so ist die Verfügung dennoch wirksam – zumindest solange, bis aufgrund einer fristgerechten Anfechtung durch den übergangenen Ehegatten die gerichtliche Aufhebung der Verfügung erfolgt. Der Ehegatte könnte also z. B. an einem zum Gesamtgut gehörenden Grundstück eine Hypothek ein-

seitig bestellen, auch wenn insoweit grundsätzlich die Mitnutzung des anderen Ehegatten vorgeschrieben ist, da keine Maßnahme der „gewöhnlichen Verwaltung“ vorliegt. Überträgt man dies auf das deutsche Zwangsvollstreckungsverfahren, so muss die Eintragung der Zwangshypothek aufgrund eines gegen einen einzigen Ehegatten gerichteten Titels möglich sein, auch wenn das Grundstück zum Gesamtgut gehört. Der andere Ehegatte hat dann die Option, sich binnen Jahresfrist durch Erhebung der Drittwiderspruchsklage dagegen zu wehren. Zwingend ist das aber nicht. Verzichtet er auf die Anfechtung und lässt er die Jahresfrist verstreichen, so ist die Zwangsvollstreckungsmaßnahme unanfechtbar. Die mit dem Ablauf der Jahresfrist verbundenen Unsicherheiten kann der vollstreckende Gläubiger vermeiden, indem er sich vom anderen Ehegatten eine Zustimmung in die Vollstreckungsmaßnahme und einen Verzicht auf die Drittwiderspruchsklage erklären lässt.

5. Fazit

Ob in dem vom OLG Zweibrücken entschiedenen Fall das Grundstück tatsächlich den Eheleuten in ehelicher Gütergemeinschaft zustand, ist fraglich. Allerdings kann dies m. E. dahingestellt bleiben. Da offenbar keine Anfechtungsklage durch die Ehefrau erhoben war, war die Zwangsvollstreckungsmaßnahme – wie eine vom Ehemann allein getroffene Verfügung – wirksam. Das Gericht hat hier aus den – richtig erkannten – Besonderheiten des italienischen Rechts leider nicht die richtigen Konsequenzen für die Anwendung des deutschen Zivilverfahrensrechts gezogen.

¹⁰ BGH, Rpfleger 1998, 350, 351.

BUCHBESPRECHUNGEN

Beck-Online: Notarrecht plus. Vorzugspreis 125 €, sonst 150 € monatlich, je zzgl. MwSt.

Beck-Online war Anfang 2006 Sieger des zweiten Vergleichstests kostenpflichtiger Online-Dienste für Juristen, der vom Zentrum für Informationsrecht an der Universität Düsseldorf durchgeführt wurde (abrufbar unter www.zfi-duesseldorf.de; dort sind auch die Funktionen mit Stärken und Schwächen genauer beschrieben). Beck bietet seine über das Internet verfügbaren Gesetzestexte, Kommentare, Handbücher und Zeitschriften in nach Themengebieten bzw. Benutzerkreisen gebündelten sog. Modulen an. Der Abonnent eines Moduls hat einen kennwortgeschützten Zugriff auf zu seinem Modul gehörige Inhalte der Beck'schen Datenbank. Der Deutsche und der Bayerische Notarverein e.V. haben mit dem Beck-Verlag das Modul „Notarrecht plus“ entwickelt, das seit einigen Monaten zur Verfügung steht und hier zu untersuchen ist.

„Notarrecht plus“ kombiniert allgemeine zivilrechtliche Werke mit speziell für Notare interessanter Literatur. Kernbestandteile des allgemeinen Zivilrechtsangebots sind die Gesetzesammlung „Bundesrecht“ (*Schönfelder*, *Sartorius* und mehr), der Münchener Kommentar zum BGB (MünchKomm) und die NJW. Die NJW ist zwar erst ab 1981 im Volltext eingestellt, doch kann auf Rechtsprechung sogar bis 1947 zugegriffen werden. Hierum gruppieren sich der Kommentar von *Musielak* zur ZPO, von *Baumbach/Hopt* zum HGB, *Baumbach/Hueck* zum GmbHG, der Beck'sche Online-Kommentar zum BGB von *Bamberger/Roth*, sowie die Zeitschriften NJW-RR, NZG, ZEV, VIZ, DtZ und die wenig bekannte Neue Juristische Online Zeitschrift (NJOZ). Darüber hinaus wartet „Notarrecht plus“ aber mit zahlreichen, für Notare wichtigen Werken auf: An erster Stelle wären die Handbücher von *Schöner/Stöber* zum Grundbuchrecht und von *Krafka/Willer* zum Registerrecht zu nennen. Dazu kommen das Beck'sche Notarhandbuch, *Bumiller/Winkler*, FGG, *Schippel/Bracker*, BNotO, *Korintenberg/Bengel*, KostO und der Beck'sche Online-Kommentar zur GBO von *Hügel*. Weiter gehört im Prinzip der gesamte Inhalt der Notar-CD zum Paket, also die Sammlung der Notarzeitschriften DNotZ, MittBayNot, BWNNotZ und RNotZ (samt Vorgängerin MittRhNotK). Auch ein Formularbuch fehlt nicht, nämlich das Beck'sche Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht. Abgerundet wird das Ganze durch sog. Fach-News und den Zugriff auf Entscheidungen der Beck'schen Rechtssammlung (BeckRS). Nicht enthalten und ggf. gesondert zu beziehen ist das jeweilige Landesrecht. In der notariellen Praxis verbreitete und elektronisch grundsätzlich verfügbare Werke, wie z. B. *Bärman/Pick*, WEG, *Langenfeld*, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen oder *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, können leider nicht isoliert, sondern nur im Rahmen des Abonnements eines anderen Moduls (etwa Miet- und Wohnungsrecht) genutzt werden. Diese Politik sollte vom Verlag überdacht werden.

Juristische Texte elektronisch zu nutzen macht nur einen Sinn, wenn sie über eine Suchfunktion auch im Detail erschlossen werden können. Hier bietet Beck-Online für alle Module mehr als den heutigen Standard: Neben einer Volltextsuche als „Komfort-“ und „Spezielsuche“ kann auch eine einfache, aber raffinierte (Fundstellen-)Suche gestartet werden. Damit kann durch Eingabe der in der Inhaltsübersicht angegebenen Abkürzung entweder nur ein einzelnes Werk, z. B. durch Eingabe von „baumbach/hopt“ der entsprechende

HGB-Kommentar, oder durch Eingabe von Paragraf und Randnummer grundsätzlich sogar die genaue Stelle im Werk aufgerufen werden. So findet „müko bgb 242 20“ die Kommentierung im Münchener Kommentar zu den Auswirkungen des SchuldrechtsmodernisierungG auf § 242 BGB. Entsprechend kann eine Fundstelle in einer Zeitschrift sofort getroffen werden. Wer die als kostenloses Extra angebotene „Toolbar“ installiert und dort seine Benutzerkennung und das Kennwort hinterlegt, kann in seinem Internetbrowser in das dort jederzeit angezeigte Suchfenster eine Fundstelle eingeben und hat sofortigen Zugriff auf die Datenbank, ohne zuvor die Startseite von Beck-Online aufrufen zu müssen. Die Komfortsuche ermöglicht eine Suche mittels Suchwörtern, die mit Operatoren (UND, ODER usw.) verknüpft werden, über den gesamten Inhalt der Datenbank oder, wenn so eingestellt, beschränkt auf bestimmte Dokumentarten, z. B. Gerichtsentscheidungen, oder „nur in meinen Modulen“. Die Spezialsuche benutzt, wer den Suchauftrag z. B. auf ein bestimmtes Werk eingrenzen möchte. Schließlich können auch Suchaufträge für einen Zeitraum bis zu zwölf Monaten gespeichert werden. Neue Inhalte der Datenbank, welche die Suchwörter enthalten, werden auf diese Weise per E-Mail mitgeteilt.

Zu bemängeln ist, dass die Fundstellensuche nicht bei allen Werken funktioniert. So werden etwa Randnummern der Werke von *Schöner/Stöber* und *Krafka/Willer* nicht gefunden. Dass Suchaufträge auch sonst Glückssache sein können, zeigt folgendes Beispiel: Die Spezialsuche nach den Begriffen „vertretung ag aufsichtsrat grundbuch nachweis“ (wenn nicht anders eingestellt, erfolgt automatisch eine UND-Verknüpfung) ergab zwar den sachlich nicht ganz falschen Treffer *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3621, führte aber trotz eingeschalteter Wortstammsuche nicht zu Fn. 1 zu Rdnr. 3638, welche Hinweise zur Beantwortung der Frage gibt, wie die Befugnis des Aufsichtsrats bzw. seines Vorsitzenden zur Vertretung der AG bei Geschäften mit Vorstandmitgliedern im Grundbuchverfahren nachzuweisen ist. Gefunden wurde diese Stelle nur unter Weglassung des Begriffs „grundbuch“ oder Ersetzung desselben durch „grundbuchamt“. Anscheinend ist das Datenbanksystem manchmal technisch überfordert: Die Komfortsuche nach „insolvenzverwalter firma gmbh änderung“ nur im Modul „Notarrecht plus“ führte zunächst zu mehr Treffern als lt. Meldung des Systems dargestellt werden können. Da eine weitere Einschränkung der Suche innerhalb der generierten Trefferliste nicht möglich ist, wurde die Suche nach Einschränkung auf „Rechtsprechung“, „Aufsätze“ und „Kommentare“ neu ausgelöst. Dieser Suchauftrag wurde (Mittwochmittag, 15 Uhr) nach 60 Sekunden vom System abgebrochen. Die erneute Auslösung des ursprünglichen Suchauftrags führte ebenfalls nach 60 Sekunden zum Abbruch. Die Frage, wann und wie der Insolvenzverwalter die Änderung der Firma der Gemeinschuldnerin bewirken kann, musste dann auf konventionellem Weg der Klärung näher gebracht werden.

Den Durchbruch haben elektronische juristische Produkte wegen ihrer Verknüpfungen mittels Hyperlinks (auch Verlinkung oder aktive Verweisung genannt) geschafft. Auch hier kann Beck-Online alles, was man sich wünscht. Im MünchKomm etwa sind nicht nur Verweise auf Randnummern derselben oder anderer Bearbeitungen verknüpft, sondern auch alle Entscheidungen, Aufsätze usw., soweit diese in der Datenbank von Beck-Online enthalten sind. Ein Klick und die Entscheidung aus der NJW von 1967, die in der Fußnote er-

wähnt ist, erscheint auf dem Bildschirm! Wie alle Dokumente kann sie dann auch ausgedruckt oder kopiert werden. Ein Zugriff ist natürlich nur ohne weitere Kosten möglich, wenn das Werk, auf das verwiesen wird, zum Umfang der eigenen Abonnements gehört. Darüber hinaus werden Zitate des gefundenen Dokuments in anderen Werken der Datenbank nachgewiesen („passive Verweisung“ oder „Passivzitat“). Auch wenn Beck-Online alles Wünschenswerte kann, wird dies im Notarmodul leider nicht immer umgesetzt. Im *Schöner/Stöber* und im *Krafka/Willer* etwa sind zwar Zeitschriftenfundstellen verknüpft, aber keine Gesetze und – was besonders lästig ist, weil sie auch über die Fundstellensuche nicht gefunden werden – auch nicht die Verweise auf Randnummern im gleichen Werk. Ähnlich verhält es sich mit dem Beck'schen Formularbuch. Im *Schöner/Stöber* funktionierten auch die Verweise auf die Fußnoten auf derselben Seite nicht.

Ein Vorteil eines juristischen Online-Angebots auch gegenüber einer CD bzw. DVD ist die Möglichkeit, Aktualisierungen praktisch sofort nach ihrer Erstellung verfügbar zu machen. Auch hier lässt „Notarrecht plus“ im Bereich der notariellen Literatur Wünsche offen, die Beck-Online in anderen Bereichen erfüllt. Während z. B. das aktuelle Heft der NJW, aber auch der DNotZ, aufgerufen (wichtiger: in eine Suche einbezogen) werden kann, ist das neueste verfügbare Heft der BWNotZ das Heft 3/2006 und der MittBayNot und der RNotZ sogar nur das Heft 1/2006! Immerhin sind aber alle Kommentare und Handbücher mit den aktuellen Auflagen vertreten. Es ist zu hoffen, dass Neuauflagen, etwa des für 2007 angekündigten Handbuchs von *Schöner/Stöber*, spätestens zu dem Zeitpunkt in das Modul eingestellt werden, in dem auch die Druckausgabe ausgeliefert wird und nicht erst Monate später, wie 2006 im Rahmen des Moduls Handels- und Gesellschaftsrecht die Neuauflage des Kommentars von *Hüffer* zum Aktienrecht.

Der Monatspreis für drei Nutzer beträgt im Sechs-Monats-Abo für Mitglieder eines der im DNotV zusammengeschlossenen Notarvereine 125 €, sonst 150 €, je zuzüglich Mehrwertsteuer. Gemessen an der Summe der Preise für die sonstigen Module bzw. Einzeltitel, die man abonnieren müsste, um in etwa die gleiche elektronische Bibliothek zu versammeln, ist das Angebot günstig. Wer Zivilrecht plus, Handels- und Gesellschaftsrecht plus und ZEV plus ordert, bezahlt (ohne Rabatte für Bezieher von Druckausgaben der in den Modulen enthaltenen Titel) 150 € pro Monat, wobei darin keine notarspezifische Literatur enthalten ist. Die Aktualisierungen der Notar CD kosten alleine umgerechnet etwa 25 € pro Monat extra. Für einen Vergleich mit den Ausgaben für die Beschaffung der jeweils neuesten Buchausgaben wäre eine mehrjährige Beobachtung nötig. Ein solcher Vergleich hinge zudem davon ab, welche Werke in jedem Fall auf Papier bezogen würden, da die Online-Ausgabe dann keine Ersparnis bewirken würde. Auch ohne einen solchen Vergleich ist aber klar, dass die Funktionalität, welche „Notarrecht plus“ bietet, einen erheblichen Mehrwert darstellt.

Trotz aller noch vorhandenen Schwächen im Bereich der notarspezifischen Literatur ist Beck-Online die Zukunft der juristischen Recherche. Nachdem „Notarrecht plus“ im Übrigen gegenwärtig konkurrenzlos ist, wird das Abonnement empfohlen.

Notar Dr. *Joachim Schervier*, M. C. L./
G. Washington Univ., München

Hinweis der Schriftleitung:

Die aktuellen Hefte der BWNotZ, MittBayNot und RNotZ wurden inzwischen eingestellt.

Huber: Anfechtungsgesetz. 10. Aufl., Beck, 2006. 331 S., 36 €

Sieben Jahre nach der Voraufgabe ist der von Dr. *Michael Huber*, Präsident des Landgerichts Passau und Honorarprofessor an der Universität Passau, bearbeitete Standardkommentar zum Anfechtungsgesetz in 10. Auflage erschienen. Auch wenn der Beck-Verlag in seiner Werbung für dieses Buch die Notare als Zielgruppe nicht ausdrücklich erwähnt, liegt es auf der Hand, dass dem Thema Gläubigeranfechtung in der notariellen Beratungssituation eine steigende Bedeutung zukommt. Belegt wird dies nicht nur durch zahlreiche Mandantengespräche an vorderster Front, sondern auch durch eine stetig wachsende Anzahl von Aufsätzen in Notarzeitschriften und Fortbildungsveranstaltungen für Notare rund um den neuen Modebegriff „Asset-Protection“.

Formal ist an der Neuauflage zu begrüßen, dass im Vergleich zur Voraufgabe die bisher im Fließtext befindlichen Zitate nunmehr in Fußnoten eingestellt wurden. Dies erleichtert den Lesefluss doch erheblich. *Hubers* Kommentar bewältigt an vielen Stellen den Spagat, einerseits dem an rascher Problemlösung interessierten Praktiker zu dienen und andererseits den wissenschaftlichen Hintergrund eines Problems zu vermitteln. Auch das klar strukturierte Sachverzeichnis wird diesem Anspruch voll gerecht. Da ist es aus notarieller Sicht auch leicht zu verschmerzen, dass man den Begriff „Notar“ im

Sachverzeichnis vergeblich sucht. Gerne hätte man jedoch *Hubers* Meinung zu der interessanten Frage gelesen, inwieweit der Notar im Rahmen der Beurkundung über das Risiko der Anfechtbarkeit zu belehren hat. Weiterführende Informationen hierzu kann der interessierte Notar aber auch in den in seinem Bücherregal sicher vorhandenen Kommentierungen zu § 17 BeurkG sowie bei *Ganter*, DNotZ 2004, 425 finden.

In § 1 Rdnr. 40 ff. des Kommentars weist *Huber* auf die speziell für Notare interessante neue Entscheidung des BGH vom 20.10.2005 (MittBayNot 2006, 224) hin, in der dieser seine Rechtsprechung bekräftigt hat, dass eine Gläubigerbenachteiligung bei wertausschöpfender Belastung ausscheidet. Ob eine wertausschöpfende Belastung vorliegt, hängt hiernach von dem bei einer Zwangsversteigerung erzielbaren Erlös einerseits sowie von der Höhe der grundpfandrechtlich abgesicherten Schulden andererseits ab. Auch die vom BGH in vorgenanntem Urteil herausgearbeiteten Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislast in diesen Fällen stellt *Huber* kurz aber umfassend dar. Nicht mehr bearbeitet werden konnte – aufgrund des Redaktionsschlusses – die in diesem Kontext stehende Entscheidung des BGH vom 23.11.2006 (ZNotP 2007, 113). Hier musste sich der BGH mit der Frage beschäftigen, ob eine Anfechtung durchgreift, wenn die Schulden nicht nur durch Grundpfandrechte, sondern zugleich auch anderweitig (z. B. durch Abtretung der Ansprüche aus einer Kapitallebensversicherung) abgesichert sind.

Etwas zu kurz gerät aus notarieller Sicht die in § 4 ff. Rdnr. 32 behandelte Frage der Anfechtbarkeit von ehelichen Güterrechtsverträgen. Aus Sicht des Kautelarjuristen wären hier anfechtungsrechtliche Ausführungen zu den in der Praxis an Relevanz gewinnenden Themen „Güterstandsschaukel“ und „fliegender Zugewinnausgleich“ wünschenswert gewesen.

In Bezug auf das Gesellschaftsrecht ist die Neuauflage auf der Höhe der Zeit. Die aktuelle BGH-Rechtsprechung, wie z. B. das vielbeachtete Urteil des BGH zur Thematik der Firmenbestattungen (§ 6 Rdnr. 22 ff.) werden ebenso dargestellt wie die anfechtungsrechtlichen Bezüge des MoMiG. Dass die

Ausführungen des Autors hierzu nur bedingt weiterführen, liegt allein daran, dass *Huber* in einem extrem frühen Stadium der Reform Stellung beziehen musste.

Die vorgelegte 10. Auflage hat in jedem Fall die Stärken der Voraufgaben beibehalten. Die leichte Handhabbarkeit verbunden mit der praktisch umfassenden Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung macht den Kommentar zum idealen Begleiter in allen Fragen des Anfechtungsrechts. Auch die Neuauflage kann deshalb uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor *Florian Kroier*, Kempten

Blank: Bauträgervertrag. 3., neu bearb. Aufl., RWS, 2006. 367 S., 66 €

Das zu besprechende Werk ist nach nunmehr vier Jahren in inzwischen 3. Auflage erschienen. Es hat sich ungeachtet seiner in erster Linie praktischen Ausrichtung inzwischen seinen festen Platz in der Standardliteratur über den Bauträgervertrag gesichert. Ausgehend von einem sehr umfangreich kommentierten Grundmuster über den Erwerb noch nicht fertig gestellten Wohnungseigentums (Rdnr. 37–390) werden verschiedene spezielle Gestaltungen näher erläutert. Dabei folgt einem Formulateil mit Formulierungsvorschlägen immer ein entsprechender Erläuterungsteil. Behandelt werden zunächst verschiedene Besonderheiten des Vertragsobjektes wie das teilweise fertig gestellte Wohnungseigentum (Rdnr. 391–417), das vollständig fertig gestellte Wohnungseigentum (Rdnr. 418–479), das Wohnungserbbaurecht (Rdnr. 480–560), das Einzelhaus (Rdnr. 561–646) und das Ausbauhaus (Rdnr. 647–674). Weitere Besonderheiten beinhalten die Musterverträge zum Tausch mit dem Bauträger (Rdnr. 767–856) und zur Altbausanierung/Dachgeschossausbau (Rdnr. 857–960). Eher allgemeine Fragen behandeln die Abschnitte über das Generalübernehmermodell (Rdnr. 657–766), Verkauf eines vom Verkäufer zu erschließenden Grundstücks (Rdnr. 961–1018), Angebot und Annahme (Rdnr. 1120–1169), Optionsvertrag (Rdnr. 1170–1189) und Nachbeurkundung beim nichtigen Vertrag (Rdnr. 1190–1203).

Neu aufgenommen hat *Blank* ein Vertragsmuster zum Kauf vom Insolvenzverwalter (Rdnr. 1019–1078). Diese Form der Abwicklung wirtschaftlich gescheiterter Bauträgerobjekte ist eine im notariellen Alltag durchaus häufig vorkommende Gestaltungsaufgabe. Zentrales Problem dieser Verträge ist letztlich die Frage der Gewährleistung. Zu Recht weist *Blank* darauf hin, dass ein Ausschluss der Gewährleistung regelmäßig gegen § 309 Nr. 8 BGB verstößt (Rdnr. 1073 ff.). Auch der Weg, den Gewährleistungsausschluss über eine Individualvereinbarung zu erreichen, indem man dem Käufer wahlweise einen Kaufvertrag mit Gewährleistungsausschluss und einen Kaufvertrag mit Gewährleistung und höherem Kaufpreis anbietet, wird sehr skeptisch beurteilt. Im Grunde wolle der Insolvenzverwalter von vornherein nur eine der beiden Alternativen. Da die Gewährleistungsrechte insbesondere im Geschosswohnungsbau kaum zu vernünftigen Bedingungen rückversichert werden können, ist dies wirtschaftlich für ihn auch notwendig. Dennoch bleiben alle Gestaltungsvorschläge zum Gewährleistungsausschluss mit einem hohen Risiko der Unwirksamkeit belastet. Der von

Blank vorgeschlagene Weg, in der Urkunde vorhandene Mängel und Abweichungen von der Baubeschreibung offen zu legen, schafft für einen Teilbereich eine Lösung; er hilft aber natürlich nicht für unerkannte Mängel. Dem Insolvenzverwalter bleibt daher, will er ein eigenes Haftungsrisiko sicher ausschließen, wohl nur die Alternative, die Bauruine insgesamt unter Haftungsausschluss an einen gewerblichen Unternehmer zu verkaufen oder sie nach § 165 InsO im Wege der Zwangsversteigerung zu verwerten; dabei wäre dann gem. § 56 ZVG die Gewährleistung ausgeschlossen.

Seit längerem werden insbesondere von *Thode* verschiedene Bedenken gegen den Zahlungsplan der MaBV vorgetragen. Ein wichtiges Argument in diesem Zusammenhang ist immer wieder, dass § 632 a BGB für den Bauträgervertrag „Leitbildcharakter“ habe (so auch *Blank*, Rdnr. 200). In der Entscheidung des BGH vom 22.3.2007 (NJW 2007, 1947) wird in Rdnr. 28 demgegenüber klargestellt, dass § 632 a BGB auf Bauverträge, die dem Anwendungsbereich der MaBV unterliegen, keine Anwendung findet. In dieser Entscheidung wird ohne abschließende Entscheidung in Rdnr. 24 auch angedeutet, dass der VII. Zivilsenat dazu neigt, § 1 HausbauVO für rechtswirksam zu halten.

Wenn im Bauverlauf Änderungen gegenüber der vereinbarten Baubeschreibung notwendig werden, benötigt der Bauträger eine Vollmacht zur Abänderung der vereinbarten Leistung. Ein derartiger Änderungsvorbehalt unterliegt der Inhaltskontrolle des § 308 Nr. 4 BGB. Der BGH (DNotZ 2006, 176 m. Anm. *Basty*) verlangt, dass für die Änderung ein „triftiger Grund“ im Sinne von Nr. 1 k des Anhangs der Richtlinie 93/13/EWG des Europäischen Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vorliegt. Darüber hinaus fordert das Transparenzgebot, dass die Vertragsklausel die triftigen Gründe für das Leistungsbestimmungsrecht nennt und in ihren Voraussetzungen und Folgen die Interessen des Vertragspartners angemessen berücksichtigt. *Basty* (Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 753) weist darauf hin, dass deshalb jedenfalls allein die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts nicht genügen dürfte. Ich stimme aber *Blank* zu, wenn dieser (Rdnr. 47, 111) neben behördlichen Auflagen und der Notwendigkeit zur Erreichung des wirtschaftlichen Zwecks des Vertrages das Vorliegen eines „sonstigen triftigen Grundes“ als Auffangtatbestand in seine Klausel aufnimmt. Keine Vertragsbestimmung wird alle denkbaren Konstellationen mit ausreichender Genauigkeit bestimmen können.

Eine in einer Angebotsurkunde vereinbarte Bindungsfrist des Verbrauchers unterliegt der Angemessenheitskontrolle des § 308 Nr. 1 BGB und darf nicht zu lang sein. Das OLG

Dresden (MittBayNot 2005, 300) hielt eine Frist von maximal sechs Wochen für angemessen. Sofern die Finanzierung und damit die Durchführung des Bauvorhabens nur bei ausreichender Platzierung gesichert sind, hält *Blank* (Rdnr. 1160) eine längere Frist von bis zu drei Monaten für möglich. Dem ist vollständig zuzustimmen. Häufig wird der Bauträger eine Finanzierung nur erhalten, wenn er eine genügende Anzahl vertraglich gebundener Käufer vorweisen kann. Wird dieses Erfordernis offen gelegt, erscheint mir sogar eine Frist von drei bis sechs Monaten nicht von vornherein unangemessen. Natürlich muss der Käufer deutlich darauf hingewiesen werden, dass er für diesen Zeitraum einseitig gebunden ist. Ungeklärt ist bislang die Frage, ob durch die Vereinbarung von Rücktrittsrechten des Bauträgers oder durch einen Optionsvertrag alternative Gestaltungsmittel zur Verfügung stehen. *Blank* (Rdnr. 152 a) hält einen Rücktrittsvorbehalt für wirksam, empfiehlt allerdings den Optionsvertrag; in beiden Konstellationen sollen nach seiner Auffassung die strengen Fristbegrenzungen des Angebots nicht gelten. Hier habe ich erhebliche Zweifel. Die Bindung des Verbrauchers unterscheidet sich in den unterschiedlichen Gestaltungen nicht, so dass die Rechtsprechung über die Generalklausel des § 307 BGB im Ergebnis wohl keine abweichenden Fristen zulassen wird. Wichtig erscheint mir für die Gestaltung Folgendes: Sofern die Finanzierung des Vorhabens nur bei

einem bestimmten Verkaufsstand gesichert ist, besteht für Angebotsbindung/Rücktrittsrecht/Optionsfrist ein sachlicher Grund. Der Bauträger legt von vornherein offen, dass er nur unter bestimmten Voraussetzungen zur Erbringung der Leistung überhaupt in der Lage ist. Eine angemessene Bindungsfrist (bis allerdings wohl maximal sechs Monaten) ist daher m. E. wirksam. Allerdings muss dem Käufer durch Einräumung entsprechender Zwischenfristen eine angemessene Möglichkeit eingeräumt werden, seine Finanzierung erst nach der endgültig positiven Entscheidung des Bauträgers bindend zu fixieren. Weiter muss der Bauträger im Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages die Kosten tragen.

Vorstehende Bemerkungen warfen nur jeweils einen kurzen Blick auf verschiedene im angezeigten Werk angesprochene Problemkreise. Der Leser findet den für die Vertragsgestaltung notwendigen aktuellen Stand der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung umfassend und zuverlässig nachgewiesen. Verbunden ist dies jeweils mit einem in der täglichen Praxis gut verwendbaren Formulierungsvorschlag. Das Buch kann daher auch in der Neuauflage dem (auch heute noch) mit Bauträgerobjekten befassten Kollegen nur wärmstens an das Herz gelegt werden.

Notar Dr. *Jens Eue*, Bamberg

von Preuschen-von Lewinski: Baumaßnahmen des Mieters auf fremdem Grund und Boden. Ergon Verlag, 2006. 290 S., 44 €

Die Themenwahl geht, so die Autorin im Vorwort, zurück auf einen realen Fall, mit dem sie als Referendarin befasst war: Ein Bildhauer hatte baufällige Gewächshäuser angemietet und mit erheblichem Aufwand zu einem Atelier mit Theater umgebaut. Bei Auslaufen des Mietvertrages stellte sich die Frage, ob er für die geleistete Investition Ersatz verlangen konnte. Herausgekommen ist eine im besten Sinne des Wortes dogmatische und auszeichnungswürdige Arbeit. Ohne Kenntnis von den eingereichten Konkurrenzwerken, halte ich die Verleihung des Preises der Unterfränkischen Gedenkjahrestiftung für Wissenschaft (vgl. Vorwort) für diese Arbeit für gerechtfertigt.

Die Verf. geht zunächst auf die sachenrechtliche Ebene ein (S. 5–122) und widmet sich den Sachen und Sachgesamtheiten gemäß §§ 90, 93–95 BGB. Dabei hält sie den vom BGB benutzten Bestandteilsbegriff in seiner Definition für dem BGB vorgelagert; dieser Begriff müsse erst durch Auslegung gewonnen werden. Die Verf. versteht hierunter körperlich abgrenzbare Gegenstände, die zu anderen Gegenständen in einer körperlichen und funktionalen Beziehung stehen. Das Kriterium der Abgrenzbarkeit führt die Verfasserin dazu, von den Bestandteilen die von ihr so genannten „Substansteile“ zu scheiden, nämlich solche eingefügten Sachen, die nach Einfügung räumlich – körperlich nicht mehr in ihrer Einheit abgrenzbar seien. Auf diese Substansteile will die Verfasserin mit überzeugenden Gründen dann zwar §§ 946, 948 BGB anwenden, nicht aber § 95 BGB. Folge ist, dass der Grundstückseigentümer = Vermieter immer Eigentümer der Substansteile wird, auch dann, wenn der Mieter bei Einfügung in Ausübung des Nutzungsrechts handelte.

Nach weiterer ausführlicher Darstellung der §§ 93–95 BGB widmet sich die Verf. den schuldrechtlichen Ansprüchen von Mieter und Vermieter (S. 123–272). Nach einer Erörterung der Umbauberechtigung, ggf. sogar -verpflichtung (S. 123–146), geht sie dann entsprechend der überkommenen Prüfungsreihenfolge auf die Abwicklung bei Vertragsbeendigung über. Vorrangig geht es um die mietvertraglichen Ansprüche, nämlich Beseitigungspflicht (§ 546 Abs. 1 BGB, S. 147–168) und Wegnahmerecht (§ 539 Abs. 2 BGB, S. 169–199). Erst nachrangig kommen die quasi-vertraglichen Ansprüche (§ 539 Abs. 1 BGB i. V. m. GoA, S. 204–222) und die gesetzlichen Ansprüche aus § 951 BGB (S. 223–260).

Erfreulicherweise löst die Verf. die anstehenden Fragen immer wieder durch einen Rückgriff auf die mietvertraglichen Wertungen, namentlich das vorrangige Wegnahmerecht oder den (den Vermieterwillen oder -unwillen berücksichtigenden Anspruch aus) § 539 Abs. 1 BGB. Für die Rechtsfigur der „aufgedrängten“ Bereicherung bleiben nur wenige Anwendungsfälle (S. 261–269). Die Verf. zieht sie als Lösung nur bei massiven Einbauten heran, bei denen das Wegnahmerecht zu einer Wertvernichtung führt, es für den Mieter also eine wirtschaftlich unrealistische Alternative darstellt. Hier könne man ggf. durch die Beschränkung des Bereicherungsanspruchs auf die Abschöpfung der subjektiven Bereicherung angemessene und beiden Beteiligten gerecht werdende Ergebnisse erzielen.

Insgesamt handelt es sich um eine gelungene Arbeit. Die mietvertraglichen Abwicklungsprobleme werden anhand des Gesetzes durchweg sachlich angemessenen Lösungen zugeführt. Aus Sicht des Kautelarjuristen gibt es nur ein Manko: Es handelt sich letztlich um überflüssige Fälle, denn alle Probleme wären ja durch eine vertragliche Vereinbarung vor der Umbaumaßnahme gar nicht erst entstanden.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg am Main

Köhler: Das neue WEG. O. Schmidt, 2007. 320 S., 39,80 €

Rechtzeitig vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze am 1. Juli dieses Jahres veröffentlicht Köhler, der in seiner Eigenschaft als Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und einschlägiger Buchautor auf diesem Rechtsgebiet (*Köhler/Bassenge, Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht*) als ausgewiesener Kenner der Materie gelten dürfte, ein weiteres Werk, das als „fundierter Einstieg“ in das neue Recht angekündigt wird. Für diese Anpreisung scheint zunächst der im Verhältnis zum frühen Erscheinungstermin erstaunliche Umfang des ca. 300 Seiten fassenden Buches zu sprechen. Auch wenn sich das mit dem Untertitel „Beratung, Verwaltung, Prozess“ schmückende Werk in erster Linie an Anwälte und Verwalter richtet, werden sich von seiner Lektüre auch Notare erste Gewissheit über die wesentlichen gesetzlichen Neuerungen und entsprechende Auslegungshilfen für ihre praktische Arbeit erhoffen.

Bereits der Aufbau des Buches weist eine Besonderheit auf: Gleichsam als wolle er das Pferd von hinten aufzäumen, geht der Verfasser sogleich in medias res und wendet sich erst dann einer allgemeinen Darstellung der Gesetzesänderungen zu. Diese Vorgehensweise betrifft sowohl den Gesamtaufbau des Werkes – das erst im letzten Abschnitt eine Textsynopse der alten und neuen Vorschriften bereithält – als auch die vorausgehenden, an einen Gesetzeskommentar erinnernden Einzelbeschreibungen der neu gefassten Vorschriften: Insoweit wird jedem geänderten Paragraphen des WEG und der modifizierten sonstigen Gesetze zumeist über mehrere Seiten hinweg die Begründung der Bundesregierung zur Gesetzesänderung vorangestellt, ehe der Verfasser seine originären Ausführungen jeweils am Schluss einer Kommentierung unter der Überschrift „Bewertung der gesetzlichen Neuregelung“ kundgibt. Erst an dieser Stelle findet sich dann, zwar nicht durchgehend, aber doch zumindest bei den zentralen neu gefassten Vorschriften, eine knappe Erörterung der wesentlichen Änderungen. Wenngleich die Gesetzesbegründung gerade in der Übergangszeit bis zum Vorliegen erster Rechtsprechung eine vorrangige Rolle bei der Auslegung und Anwendung des neuen Rechts spielen wird, wäre eine knappere Zusammenfassung der bisweilen etwas schwerfällig gefassten BT-Drucks. in eigenen Worten des Autors dem Verständnis des Lesers förderlich gewesen.

Eine für den Einstieg wünschenswerte Kurzübersicht über die wichtigsten Neuerungen des gesamten WEG hält das Buch leider nicht bereit (einen wertvollen Überblick bietet insoweit *Demharter*, NZM 2006, 489). Auch wären häufigere Querverweise zwischen den im Zusammenhang stehenden Vorschriften – etwa dem geänderten § 10 ZVG, der nunmehr ein begrenztes Vorrecht der Wohnungseigentümergeinschaft auf Befriedigung in der Zwangsversteigerung wegen offener Wohnungsforderungen vorsieht einerseits, und der sog. „Entziehungsklage“ gemäß §§ 18 und 19 WEG n. F. andererseits – für das Gesamtverständnis des Lesers sicher hilfreich gewesen.

Skepsis gegenüber dem Gesamtkonzept der WEG-Novelle sowie Kritik an den meisten Änderungen im Detail prägen sodann die persönlichen Stellungnahmen des Autors und durchziehen dessen Werk wie ein roter Faden. Insbesondere die zentralen Neuerungen wie etwa die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels im Hinblick auf Betriebskosten, Kosten der Verwaltung, bauliche Veränderungen sowie Instandhaltung- und Modernisierungsmaßnahmen durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer (§ 16 Abs. 3 und Abs. 4 WEG n. F.) sowie die erweiterte Beschlusskompetenz zur Modernisierung der Wohnanlage (§ 22 WEG n. F.) werden vom Autor als

„streitanfällig“, „unglücklich“, ja sogar „verfehlt“ bemängelt. In diesem Zusammenhang überlässt das Buch den Rechtsanwender dennoch nicht einem Gefühl allgemeiner Ungewissheit und Unsicherheit, sondern stellt dank umfangreicher Begriffsdefinitionen, Checklisten und einem systematischen Prüfungsschema wertvolle Hilfsmittel für den Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen wie „ordnungsgemäße Verwaltung“, „Stand der Technik oder „bauliche Veränderung“ zur Verfügung.

Doch nicht immer wissen die kritischen Ausführungen des Verfassers den Leser zu überzeugen: So wird beispielsweise die Einführung einer anteiligen Außenhaftung der Wohnungseigentümer nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile für Gemeinschaftsverbindlichkeiten (§ 10 Abs. 8 WEG n. F.) recht pauschal als „wenig sinnvoll und falsche Reaktion auf die Entscheidung des BGH (MittBayNot 2005, 495) zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft“ bewertet. Insoweit bleibt offen, aus welchen Gründen der Autor die Haftungsverfassung des § 10 Abs. 8 WEG nicht gutheißt, zumal etwaige vorzugswürdige Alternativen nicht zur Diskussion gestellt werden (instruktiv in diesem Zusammenhang *Paefgen*, ZfIR 2006, 529).

Auch erscheint die Ansicht des Verfassers, mit der Einführung eines Regelgrundes für eine Abberufung des Verwalters, falls dieser gegen seine gemäß § 24 Abs. 8 WEG n. F. bestehende Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung einer Beschluss-Sammlung verstoßen habe (§ 26 Abs. 1 Satz 4 WEG n. F.), werde in unverhältnismäßiger Weise eine „Lappalie“ sanktioniert, angesichts der Bindungswirkung von Eigentümerbeschlüssen für Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nicht ganz nachvollziehbar. Dies gilt umso mehr, als der Gesetzgeber nunmehr in § 10 Abs. 4 WEG n. F. klargestellt hat, dass auch sog. gesetzes- oder vereinbarungsändernde Beschlüsse nicht im Grundbuch eingetragen werden müssen.

Als gelungen darf man wiederum die Ausführungen zur Neugestaltung des gerichtlichen Verfahrens in WEG-Streitigkeiten bezeichnen. Freilich hält der Verfasser auch in diesem Zusammenhang an seinem kritischen Unterton fest, indem er gleich zu Beginn seiner Ausführungen zu § 43 WEG n. F. prophezeit, der streitige Prozess nach der ZPO, welcher die bisherige Entscheidungsfindung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ablöst, „passe nicht auf Verfahren mit solch vielen Beteiligten“. Jedoch wird diese Auffassung – anders als etwa bei der Kommentierung zu § 10 Abs. 8 WEG – ebenso überzeugend argumentativ untermauert, wie es bei der Bewertung der nachfolgenden §§ 44 bis 62 WEG sowie der geänderten Vorschriften des GVG und des GKG der Fall ist. Insbesondere Rechtsanwälte sowie Verwalter werden von der Lektüre dieser Abschnitte, in welche der Verfasser unverkennbar seine umfangreiche Berufserfahrung eingebracht hat, im Hinblick auf ihre praktische Tätigkeit nach Inkrafttreten der WEG-Novelle sicherlich profitieren und den Herausforderungen, welche das modifizierte ZPO-Verfahren in Zukunft an sie stellen wird, gelassener entgegensehen können.

Auch wenn das Buch im Ergebnis nicht durchgehend eine gleich hohe Qualität aufweist, hält es für seine eben genannte Zielgruppe abstrakte Darstellungen sowie konkrete Ratschläge bereit, die in ihrem Umfang und ihrer Vollständigkeit derzeit an anderer Stelle nur schwer zu finden sein dürften. Sieht man über die leider fehlenden spezifischen Hinweise auf die Konsequenzen der WEG-Novelle für die vorsorgende Vertragsgestaltung hinweg, kann das Werk Köhlers als erste Informationsquelle für den vertieften Einstieg in das neue Recht auch Notaren empfohlen werden.

Notarassessor *Johannes Hecht*, Bayreuth

Zimmermann: Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung für die Beratungspraxis. ESV, 2007. 303 S., 39,80 €

„Perception is reality“: dieser aus der Psychologie bekannte Satz will sagen, dass der Mensch seine eigene intuitive Wahrnehmung für die Realität hält. Darauf bauen viele Werbemaßnahmen auf, aber auch der wissenschaftliche Autor ist beeinflusst von seiner eigenen Wahrnehmung der Wirklichkeit. Unter diesem Gesichtspunkt ist das vom ehemaligen Vizepräsidenten des LG Passau, Dr. *Walter Zimmermann*, vorgelegte Werk für den Notar hochinteressant, behandelt er doch eine für den Notar inzwischen alltägliche Situation, die Beurkundung von Vorsorgevollmachten samt Nebenerklärungen, aus definitiv richterlicher Sicht. Mit prägnanter Sprache und drastischen Beispielen wendet sich *Zimmermann* an einen Berater, der wohl eher aus dem sozialpädagogischen als dem juristischen Bereich kommt.

So listet *Zimmermann* vor dem Hintergrund seiner richterlichen Erfahrung eine Reihe von Mängeln auf, an denen Vorsorgevollmachten (allerdings wohl selten notarielle) gelegentlich kranken: Durch den Nachweis der Geschäftsunfähigkeit bedingte Vollmachten, für den Laien unklare Vermischungen von Außen- und Innenverhältnis oder das Übersehen von § 1897 Abs. 2 und 3 BGB, wonach ein Mitarbeiter des Heims, in dem sich der Vollmachtgeber aufhält, weder zum Betreuer noch zum Bevollmächtigten bestellt werden kann, Rdnr. 352 ff.

Lesenswert sind auch die knappen Ausführungen (10 Seiten) zum Betreuungsverfahren durch das Vormundschaftsgericht, insbesondere die Kosten der Betreuung, Rdnr. 18. So fallen nicht nur für die Einrichtung der Betreuung Gerichts- und Sachverständigenkosten an, sondern es entstehen auch laufende jährliche Gerichtsgebühren in Höhe von etwa einem Promille des verwalteten Vermögens, § 92 Abs. 1 KostO. Daneben erhält der berufsmäßige Betreuer eine Vergütung, die sich bei einem vermögenden, zu Hause untergebrachten Betreuten auf ca. 3.630 € im ersten und 2.376 € in den Folgejahren belaufen kann.

In dem deutlich ausführlicheren Teil über die Vorsorgevollmacht (166 Seiten) macht der Autor keinen Hehl aus seiner grundsätzlich kritischen Einstellung dazu. Die fehlende gerichtliche Kontrolle des Bevollmächtigten (Rdnr. 37), die Schwierigkeiten beim Widerruf der Vollmacht oder der fehlende Einwilligungsvorbehalt erscheinen ihm häufig die Vorteile der Vollmacht überwiegen zu lassen. Grundsätzlich

abzuraten sei von Generalvollmachten (Rdnr. 70, 96), da ein unredlicher oder „einfach dummer“ Bevollmächtigter das Risiko für den Vollmachtgeber enorm erhöht. Der Bevollmächtigte sollte deshalb auch entgegen dem Rat von Notaren (wie ein Betreuer, § 1804 Satz 1 BGB) nichts verschenken können, weil „man mit fremdem Geld ... gern großzügig“ sei. Wegen der Risiken einer unbekannteren Zukunft sollte die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nur in Ausnahmefällen aufgenommen werden. Eine so umfassend bevollmächtigte Tochter, die ihre Mutter bei sich aufnehme, würde zu Lasten der Erben abrechnen, „soviel sie will“, Rdnr. 104. Auf diese Gefahr würde bei der Beratung manchmal nicht hingewiesen, Rdnr. 107.

Auch die notarielle Form der Vollmacht biete geringe Vorteile: Zwar besitze die Beurkundung und ihre Kosten eine gewisse Warnfunktion, die Sicherung durch Überprüfung der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers sei tatsächlich aber nur gering zu schätzen, da nach § 11 BeurkG der Notar bei fehlender Geschäftsfähigkeit die Beurkundung nur ablehnen „soll“ und bei der im Prozess meist erforderlichen Vernehmung des Notars dieser „meist nichts Wesentliches über die Beurkundung mehr in Erinnerung hat“.

Neben einem Missverständnis über die Systematik der Terminologie des Beurkundungsgesetzes offenbaren diese Ausführungen wahrscheinlich auch bestimmte Erfahrungen mit Notarkollegen, die uns vielleicht veranlassen sollten, ausführlichere Feststellungen über unser Gespräch mit dem Vollmachtgeber in die Urkunde aufzunehmen.

Nur konsequent ist es bei so vielen mit der Vorsorgevollmacht angeblich verbundenen Nachteilen, dass *Zimmermann* die Werbung der Justizverwaltung für Vollmachten als „Propaganda“ aus rein fiskalischen Gründen kritisiert, Rdnr. 24, 30, und zur Betreuung als der im Zweifel besseren Alternative (Einleitung) rät.

Dem wird der Notar seine Erfahrungen mit einer Vielzahl von zufriedenen Vollmachtgebern, genau abrechnenden General- und liebevoll besorgten Gesundheitsbevollmächtigten entgegen halten, die das in sie gesetzte Vertrauen voll verdienen. Ob allerdings die richterlichen oder die notariellen Erfahrungen mit Vorsorgevollmachten eher der Realität entsprechen, will hier gerade ein Notar nicht entscheiden. Es bleibt aber wichtig, die richterlichen Vorbehalte gegen ein von uns weitgehend positiv beurteiltes Instrument der privatautonomen Vorsorge zu kennen und zu berücksichtigen.

Notar Dr. *Andreas Albrecht*, Regensburg

Reimann/Bengel/J. Mayer: Testament und Erbvertrag. 5. Aufl., Luchterhand, 2006. 1 342 S., 109 €

Wer schon länger vertieft im Erbrecht tätig ist, kennt und schätzt dieses Werk „Testament und Erbvertrag“; den anderen sei es hier wärmstens empfohlen. Es bereichert die erbrechtliche Literatur seit seinem Erscheinen im Jahr 1972, damals von *Dittmann u. a.* begründet, nunmehr in der 5. Auflage, wobei die letzten drei Auflagen auf die jüngere Zeit fallen. Es scheint sich ein mehrjähriger Turnus von Neuauflagen zu entwickeln. Das wäre durchaus zu begrüßen und dürfte allein schon wegen des steuerrechtlichen Teils, dessen Aktualisierung schwerpunktmäßiger Anlass für die hier zu bespre-

chende Neuaufgabe war, zu empfehlen sein. Die nächste Erbschaftsteuerreform steht bekanntlich bevor. Aber auch das Erbrecht selbst ist, bei aller die Generationen überdauernden Festigkeit, keine rein statische Materie. Gesetzgebung, Rechtsprechung und der gesellschaftliche Wandel lassen auch hier von Zeit zu Zeit ein Überdenken und Anpassen der notariellen Beratungs- und Gestaltungspraxis angeraten erscheinen.

Der soeben gegebene Hinweis auf die notarielle Praxis geschah mit Bedacht: Das Buch will insbesondere den Vertretern der vorsorgenden Rechtspflege eine verlässliche Stütze sein und wird diesem Anspruch voll gerecht. Herausgeber sind die Notare *Reimann, Bengel* und für die Neuaufgabe auch *J. Mayer*, allesamt Namen, die in Fachkreisen keiner Vorstel-

lung mehr bedürfen. Ihnen, die zugleich Autoren sind, stehen als weitere Bearbeiter *Geck, Limmer, Riering, Sieghörtner* und *Voit* zur Seite. Von einem solchen Team kann man viel erwarten – und wird nicht enttäuscht.

Aus der genannten Zielrichtung erklärt sich zum einen die Beschränkung auf die für die gestaltende Rechtspraxis besonders bedeutsamen Teile des Erbrechts, nämlich „Testament und Erbvertrag“ – kein umfassendes Werk zum Erbrecht also, sondern ein Ausschnitt, der dafür besonders gründlich behandelt wird. So umfasst der Kommentarteil nicht das gesamte fünfte Buch des BGB, sondern dessen Bestimmungen über Errichtung und Aufhebung eines Testaments (§§ 2229–2264), das gemeinschaftliche Testament (§§ 2265–2273) und den Erbvertrag (§§ 2274–2302). Kommentiert ist ferner das Beurkundungsgesetz.

Dies, der Kommentarteil, ist aber nur einer von drei Teilen des Buches. Seiner Zielsetzung gemäß enthält das Werk einen Formularteil mit Checklisten und Musterurkunden. Vorangestellt ist ein Systematischer Teil, der das Testaments- und Erbvertragsrecht in seinen zivilrechtlichen Grundlagen darstellt, grundlegende allgemeine erbrechtliche Problemkreise behandelt und sich ausgewählten Fragen der materiellen Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen zuwendet. Dabei greift die Darstellung immer wieder – zum Nutzen des Lesers – weit über den engeren Themenkreis des Rechts der letztwilligen Verfügung hinaus. Damit nicht genug: Es schließt sich ein kollisionsrechtlicher Teil von über 70 Seiten an, bescheiden als „Grundzüge“ des Internationalen Testaments- und Erbvertragsrechts überschrieben, sowie ein ebenso umfangreicher Abschnitt zum Erbschaftsteuerrecht einschließlich der erbrechtlichen Bezüge des Einkommensteuerrechts.

Eine Mischung aus Lehrbuch, Handbuch, Formularbuch und Kommentar, also ein Querschnittswerk, das die Materie in der Breite und durchweg praxisbezogen, aber mit wissenschaftlicher Tiefe behandelt. Wer nur auf schnelle Information aus ist, mag enttäuscht werden: Ein handlicher Ratgeber voll plakativ-oberflächlicher Gebrauchsanweisungen ist die-

ses 1300-Seiten-Werk nebst Sachregister gewiss nicht. Hier erhält man gründliche Information, Aufhellung von Zusammenhängen und jenes tiefere Verständnis, ohne das ernsthafte kautelarjuristische Praxis nicht betrieben werden kann. Damit soll nicht gesagt werden, dass sich das Werk nicht zum Nachschlagen eignen würde, im Gegenteil. Ausführliche Inhaltsverzeichnisse, Untergliederungen mit aussagekräftigen Überschriften, das Sachregister, ein Randnummernsystem und nicht zuletzt durchgängige Querverweise hielten dem Test des Rezensenten stand: Jedes probenhalber abgefragte Problemthema wurde leicht gefunden. Die Darstellung ist auf hohem Niveau ansprechend und verständlich. Die Gefahr, dass man sich „festliest“, obgleich man doch nur ein bestimmtes punktuelles Problem nachlesen wollte, ist allerdings groß. Der Verfasser dieser Zeilen, als Richter von Berufs wegen eher mit dem Kommentarteil des Werkes vertraut, hat anlässlich dieser Besprechung erstmals auch im Systematischen Teil längere Abschnitte gelesen, und kann nur sagen: mit großem geistigen Vergnügen und fachlichem Gewinn! Leider finden sich hier und da unnötige redaktionelle Fehler. Es scheint so, dass selbst ein so gut gemachtes, anspruchsvolles Werk nicht mehr die verlagslektorelle Begleitung und Schlussredaktion erfährt, die es verdient hätte – ein überall zu beobachtendes Zeichen der Zeit. Den Wert des Buches mindert das nicht.

Zurück zum Kommentarteil: Schon seinetwegen gehört das Werk auch in die Bibliotheken der Gerichte. Würde oben die kautelarjuristische Seite des Werkes hervorgehoben, so muss doch auch deutlich der Nutzen für die gerichtliche Praxis festgehalten werden. Nur ein Beispiel: Zum Problemkreis der Wechselbezüglichkeit, mit dem die Gerichte immer wieder konfrontiert werden, lese man einmal die Ausführungen von *Jörg Mayer* zu § 2270 BGB. So klar und prägnant aufbereitet wie hier, bis ins Detail nachvollziehbar dargestellt und auf den Punkt gebracht, findet sich die Thematik selten behandelt. Wegen dieser und anderer Darstellungen sei das Werk gerade auch den mit Nachlasssachen befassten Richterkollegen zur Lektüre empfohlen.

Vorsitzender Richter am OLG *Dieter Rojahn*, München

Kornexl: Nachlassplanung bei Problemkindern. Nachlassverteilung – Gefahrenquellen – Vorsorgende Gestaltung. ZAP, 2006. 435 S., 68 €

Auf den ersten Blick zeichnet sich das Buch leider durch eine gewisse Unübersichtlichkeit aus – eine Orientierung anhand des langen Inhaltsverzeichnisses fällt schwer, ein Stichwortverzeichnis erleichtert jedoch die Suche nach konkreten Schlagwörtern. Beim näheren Hinsehen entspricht der Untertitel auch der inhaltlichen Grobunterteilung in „Methodik der Nachlassplanung“ (Teil A), „Besondere personenbezogene Motivlagen“ (Teil B) und „Störfallvorsorge und Streitvermeidung durch Gestaltung“ (Teil C), ergänzt in Teil D um Checklisten zur Sachverhaltsaufklärung.

Eigentliches Thema sind besondere erbrechtliche Gestaltungen aufgrund personenbezogener Motive. Der Autor beginnt mit grundsätzlichen Ausführungen zu den Bestandteilen einer Verfügung von Todes wegen und zur Nachlassplanung; wertvoll sind hier insbesondere die Darstellungen zu Risiken und Nebenwirkungen von Gestaltungsmitteln wie „Freibetragsvermächtnis“ (Rdnr. 123 ff.) und „Supervermächtnis“ (Rdnr. 148 ff.).

Für diesen Teil, wie auch für die folgenden, gilt dabei: Wer eine umfassende wissenschaftliche Diskussion mit zahlreichen Literaturhinweisen sucht, wird dies vergeblich tun, sondern vielmehr auf kurze und prägnante Darstellungen der Kernprobleme mit Verweis auf zentrale Fundstellen stoßen, ergänzt um Formulierungsmuster („Bausteine“) zum jeweiligen Themengebiet, die sich auch auf der beigefügten CD-ROM finden. Der streitbare und eigentlich zu enge Begriff der „Problemkinder“ lässt zuerst an die in Teil B I. behandelten behinderten und bedürftigen Kinder denken und schien für eine einprägsame Titelgebung offensichtlich geeigneter als der der „personenbezogenen Motivlagen“. Dennoch müsste man, will man überhaupt bei diesen Begrifflichkeiten bleiben, in den sodann behandelten Konstellationen „Stiefkinder und eigene Kinder“ (B. II.) sowie „Kinder aus gescheiterten Beziehungen“ (B. III.) wohl eher von „Problemerkältern“ sprechen, die das Bedürfnis nach besonderen erbrechtlichen Gestaltungsmitteln wecken.

Im Bereich des „Behindertentestamentes“ werden die derzeit empfohlenen Modelle (Enterbungs-, Erbschafts-, Vermächtnislösungen) dargestellt und gegeneinander abgewogen,

wobei der Autor – wenngleich dem klassischen Behinderten-testament eher etwas abgeneigt – sämtliche Konstruktionen kritisch beleuchtet. Zentrale Fragen wie die nach der Sitten-würdigkeit derartiger Gestaltungen, Ausschlagungsmöglichkeiten, das Problem überleitbarer Pflichtteilergänzungs-anprüche (Rdnr. 356 ff.) werden kompakt diskutiert, allerdings spiegelt sich die Bedeutung dieser Probleme in den hier vergleichsweise sehr umfassenden Fußnoten wider. Die Erläuterungen zum „Bedürftigentestament“ fallen hingegen mit Hinweis auf die im Wesentlichen identischen Gestaltungs-ziele im Verhältnis sehr knapp aus, die Verweise auf einige aktuelle lesenswerte Aufsätze geben aber im Bedarfsfall Anhaltspunkte für weitere Recherchen.

Für die Konstellation „Stiefkinder – eigene Kinder“ bietet der Autor anschließend differenziert nach Gestaltungszielen Lösungsmöglichkeiten an, um sodann für Kinder aus geschiedenen Beziehungen, die zumeist unter dem Begriff „Geschiedenentestament“ bekannten Gestaltungen (insbesondere Anordnungen nach § 1638 BGB, Vor- und Nacherbschaft, Herausgabevermächtnis) darzustellen. Dies führt zu einer zentralen Erkenntnis: Die Gewissensfrage an den Erblasser (Rdnr. 545, B. III. 2 c) – „Wie sicher muss und wie einfach darf die Gestaltung sein?“ – sollte der Kautelarjurist nicht nur in diesen Konstellationen häufiger kritisch an sich selber stellen und seine Muster dahingehend überprüfen, ob deren Komplexität im Verhältnis zur Wahrscheinlichkeit steht, dass diese Regelungsmechanismen überhaupt gebraucht werden.

In Teil C beschäftigt sich der Autor mit verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten zur Streitvermeidung. Der Abschnitt zur Verteilung der Pflichtteilslast (Rdnr. 572 ff.), dem in der Praxis häufig nicht die gebotene Bedeutung zugemessen wird, verdient hierbei besondere Erwähnung. Weswegen die Gestaltungsmittel zur Zuwendung von Nachlassbeteiligungen (Rdnr. 548 ff.) sowie Gestaltung des Rechtsverhältnisses zum Testamentsvollstrecker (Rdnr. 705 ff.) hier ebenso wie weitere personenbezogene Störquellen eine gesonderte Behandlung abseits der bereits beschriebenen Gestaltungsmittel erfahren, erschließt sich nicht ganz und trägt leider etwas zur Unübersichtlichkeit bei. Der Aufbau des Buches ist jedoch insoweit konsequent, als sich hierin nach Vorstellung des Autors jedoch auch der Aufbau eines Testaments oder Erbvertrages (Nachlassverteilungsplan – Regelung von Rechtsver-

hältnissen – Störfallvorsorge) wiederfinden soll (Rdnr. 68). Leider wird dem Leser nicht vor Augen geführt, wie eine solche Verfügung von Todes wegen in Gänze aussehen soll. Ein komplettes Muster findet sich neben den Einzelbausteinen nicht. So wird es für manchen Leser schwer vorstellbar bleiben, beispielsweise Regelungen zum Wegfall eines Bedachten im Rahmen der Störfallvorsorge in einen gesonderten Abschnitt einzubinden. Generell sollte zudem wohl jede Regelung in einem Testament oder Erbvertrag im Idealfall der Störfallvorsorge und Streitvermeidung dienen. Besondere personen- und vermögensbezogene Störquellen (wie Vererblichkeit von Gesellschaftervermögen und Versicherungssummen, aber auch lebzeitige unentgeltliche Erblasserzuwendungen, Pflichtteilsstraf- und Wiederverheiratungsklauseln – kaum ein zentraler Problembereich, der hier nicht zumindest angesprochen ist) geben dem Buch abschließend noch einmal eine neue Dimension.

Der Autor spricht im Vorwort zu Recht von einer „Gratwanderung“, die es im Rahmen eines Buches zu dieser Thematik mit dem Primärziel „Praxistauglichkeit“ zu meistern gilt. Wer einen praxisbezogenen Überblick über die erbrechtlichen Gestaltungsmittel in besonderen personenbezogenen Motivlagen (aber nicht nur dort) sucht, unter Einbeziehung der wichtigsten Problembereiche, wird dies kaum besser aufbereitet finden. Dennoch: Auch dem erfahrenen Erbrechtler wird es bisweilen nicht schaden, sich insbesondere das Gefahrenpotenzial im Zusammenhang mit vielleicht schon zu routiniert angewendeten erbrechtlichen Gestaltungen wieder einmal in konzentrierter Form vor Augen zu führen. Dass das Buch über das titelgebende Thema hinaus auch weiterführende Probleme anspricht, kann man positiv wie negativ anmerken, es deutet in jedem Fall auf einen wesentlichen Aspekt bei erbrechtlichen Gestaltungen hin: Selten bestimmen ausschließlich personenbezogene Motive rund um „Problemkinder“ die Wahl erbrechtlicher Gestaltungsmittel, sondern ein Zusammenspiel aus vielen personen- wie vermögensbezogenen Aspekten. Hier wird sich zeigen, ob der Autor sich in Zukunft vielleicht in umfassender Weise erbrechtlichen Gestaltungen widmen und dazu auch im Titel bekennen wird – das Fundament hierzu ist gelegt.

Notarin Dr. Heike Stiebitz, Wassertrüdingen

Weingärtner/Ehrlich: Dienstordnung für Notarinnen und Notare. 10., aktual. Aufl., Heymanns, 2007. 499 S., 92 €

Weingärtners Kommentar zur Dienstordnung gehört zu den Büchern, mit denen viele Leser dieser Zeilen groß geworden sind: Seit einem Vierteljahrhundert führt er verlässlich durch den notariellen (Dienst-)Alltag. Früher war er schlicht unentbehrlich, weil es außer ihm nur noch die Kommentierung im *Huhn/von Schuckmann* gab. Das hat sich in den letzten Jahren gewaltig geändert: Neben dem Beurkundungsgesetz auch die Dienstordnung zu kommentieren, gehört mittlerweile zum guten Ton. Außer im *Huhn/von Schuckmann* finden sich nun auch im *Eylmann/Vaasen* und im *Schippel/Bracker* ausgezeichnete Kommentierungen der DONot. Gegen diese Konkurrenz hat es Weingärtner nicht leicht, zumal da ein früherer Schwerpunkt seines Kommentars, das Verwahrungsgeschäft,

inzwischen im Beurkundungsgesetz, und nicht mehr in der Dienstordnung, behandelt wird.

Die Neuauflage war vor allem wegen der zum 1.7.2005 erfolgten Änderungen der DONot (hierzu *Krebs*, MittBayNot 2005, 363) nötig geworden. Weingärtner hat sie sämtlich eingearbeitet, jedoch nicht immer mit der dem Thema angemessenen äußerlichen Sorgfalt: Auch diese Auflage zeigt, gerade in den neuen Passagen, eine inakzeptable Vielzahl von Satz-, Schreib- und Grammatikfehlern (vgl. bereits *Vollhardt*, MittBayNot 2001, 567). Mag sein, dass sich heutzutage trotz eines Verkaufspreises von 92 € ein derart spezielles Fachbuch nicht mehr kostendeckend redigieren lässt; das Ergebnis – etwa dass die fehlerhafte Überschrift zu § 20 DONot („Verfügungen von Todes wegen Vergütung von Todes wegen“) noch weitere sechs Mal als Kopfzeile Kapriolen schlagen darf – ist dennoch eines renommierten Verlagshauses unwürdig. Ein Redaktor hätte wohl auch die Marotte beseitigt, an nahezu

jede Aufzählung, zum Teil sogar an einzelne Wörter, ein „pp.“ zu hängen („Beglaubigungen von Unterschriften pp.“, „Verbot des Ausschabens pp.“, „Lücken pp.“, „Gründung pp. von Kapitalgesellschaften“).

Ist auch die Form zu tadeln, so hat *Weingärtner* in der Sache doch fast immer Recht. Seinen Kommentar kann man daher nach wie vor mit Gewinn heranziehen. Inhaltlich setzt er sich mit der Materie aber nicht durchweg so ausführlich auseinander, wie es der äußere Umfang des Werkes erhoffen lässt. So habe ich mich zwar gefreut, dass in Rdnr. 456 meine Auffassung wiedergegeben wird, wonach die Forderung nach Holzfreiheit des Papiers wegen § 5 Abs. 4 Satz 4 DONot überholt ist (MittBayNot 2005, 363). *Weingärtner* belässt es jedoch beim bloßen Zitat, obwohl gerade sein Standardwerk der Ort wäre, eine inhaltliche Diskussion zu führen. Gleiches gilt für die Neuerungen zur automationsgestützten Führung der Bücher und Verzeichnisse (§ 17 DONot) und die Rückgabe von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung (§ 20 Abs. 3 DONot): auch hier nur schlichte Referate ohne Auseinandersetzung mit der neuen, durchaus nicht immer unproblematischen Materie. Platz hierfür gäbe es genug, denn die umfangreichen Ausführungen zu § 32 DONot, wo „praktische Hinweise für den Notar und Notarprüfer – häufig wiederkehrende Fehler“, meist in beurkundungs- oder materiellrechtlicher Hinsicht, genannt werden, ließen sich aus einem Kommentar über die Dienstordnung ohne größeren Schaden streichen, zumal es mit den „Vermeidbaren Fehlern im Notariat“ ohnehin ein separates Werk *Weingärtners* gibt, das diesen Komplex behandelt.

Beim Verzicht auf die früher vorgeschriebenen Füllstriche, mit dem sich *Weingärtner* nicht abfinden will, bezieht er hingegen sachlich klar Stellung: Seiner Auffassung nach „müssen“ Lücken nach wie vor durch Füllstriche ausgefüllt werden (Rdnr. 431). Er führt jedoch zu Unrecht *Renner* für seine Auffassung an, obwohl dieser in *Huhn/von Schuckmann*,

BeurkG, § 28 DONot Rdnr. 12, quasi das Gegenteil behauptet („nur, wo tatsächlich erhöhte Manipulationsgefahren bestehen“), und nimmt in Rdnr. 508 eine entsprechende Überprüfung sogar in die Checkliste für den Notarprüfer auf; dies nur als Beispiel dafür, dass die Akzentsetzung im Kommentar manchmal ein wenig verschoben scheint.

Noch ein Wort zum „kostenrechtlichen Leitfaden“: Ob er in einem Kommentar zur Dienstordnung seinen Platz haben soll, mag man unterschiedlich beurteilen (in der 5. Auflage war er nicht enthalten); jedenfalls ist der Leitfaden in der vorliegenden Form nur umständlich nutzbar, da es an einem brauchbaren Inhaltsverzeichnis fehlt. Vor Rdnr. 1 wird man zwar wegen eines „ausführlichen Inhaltsverzeichnisses“ auf die Seiten XXI und XXIII verwiesen; dort findet man jedoch nichts dergleichen. Lediglich auf Seite XXII steht wieder die gleiche knappe, 6-punktige „Übersicht“ wie vor Rdnr. 1 – ein weiteres Beispiel, wie eine unsorgfältige äußere Form auch dem Inhalt schaden kann.

Fazit: Der Kommentar von *Weingärtner* hat seine Verdienste. Nicht zuletzt seiner bloßen Existenz wird es zu verdanken sein, dass fast alle Kommentare zum Beurkundungsgesetz nun auch die Dienstordnung behandeln. Die neuen Kommentare sind jedoch straffer, systematischer und pointierter, während man dem „*Weingärtner*“ seine fünfundzwanzig Jahresringe ein wenig anmerkt.

Dennoch gehört auch der *Weingärtner* in die Bibliothek des Notars, schon wegen des schönen Tacitus-Zitats im Zusammenhang mit dem Datenschutz (Rdnr. 117), das eigentlich der gesamten Dienstordnung vorangestellt werden müsste: „utque antehac flagitiis ita tunc legibus laborabatur“. An solch augenzwinkernd-souveräner Distanz zur Materie erkennt man den echten Altmeister, ein Titel, den *Weingärtner* so schnell niemand streitig machen kann.

Notar Dr. *Markus Krebs*, Landshut

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. MaBV § 12, § 7 Abs. 1, § 2 Abs. 4 (*Bürgschaftsverwahrung durch Notar*)

Die in einem Bauträgervertrag enthaltene Klausel „Die Bürgschaft für den Erwerber wird bei dem amtierenden Notar verwahrt“ verstößt gegen § 12, § 7 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV und ist daher unwirksam.

BGH, Urteil vom 11.1.2007, VII ZR 229/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Bauträgervertrags.

Die Beklagte veräußerte an die Klägerin eine Eigentumswohnung zum Preis von 385.000 €. Sie verpflichtete sich in Nr. 3.2.1. des Vertrags zur Durchführung von „Sanierungsarbeiten im Sondereigentum“. Vom Erwerbspreis entfielen auf den Sanierungsanteil 269.500 €.

Der Vertrag sah in Nr. 3.2.3.1. eine „rechtliche Sicherung“ entsprechend § 3 der MaBV vor. Diese sollte nach Nr. 3.2.3.2. von der Beklagten nach ihrer Wahl dadurch ersetzt werden können, dass sie dem Erwerber Sicherheit im Sinne der §§ 7 und 2 MaBV für alle etwaigen Ansprüche auf Rückgewähr des geleisteten Erwerbspreises stellt. Der Erwerber sollte zur Rückgabe der Sicherheit verpflichtet werden, wenn eine Notarbestätigung zur „rechtlichen Sicherung“ ergeht.

Ferner sah Nr. 3.2.3.2. Abs. 2 des Vertrages vor:

„Die Bürgschaft für den Erwerber wird bei dem amtierenden Notar verwahrt. Die Aushändigung der Bürgschaft an eine endfinanzierende Bank kann durch den Notar erfolgen ...“

Im Vertrag war die Zahlung nach Bautenstand in sieben Teilbeträgen vereinbart. Die erste Rate von 30 % sollte „sofort nach Notarschreiben gemäß Nr. 3.2.3.1. wie nachstehend“ erfolgen. Nr. 3.2.4. sah unter anderem vor:

„Zahlungsverzug hemmt die Frist zur Objektherstellung.“

Die Beklagte übergab dem Notar zur Sicherung der Erwerbspreiszahlung eine Bankbürgschaft. Der Notar teilte dies der Klägerin am 8.9.2003 mit. Am 21.11.2003 forderte die Beklagte die Klägerin zur Zahlung der ersten Rate innerhalb von acht Tagen auf. Die Klägerin zahlte nicht. Sie verlangte am 24.11.2003 und am 3.12.2003 schriftlich Auskunft zur definitiven Bezugsfertigkeit der Wohnung. Die Beklagte teilte mit, dass sie sich außerstande sehe, die Einheit der Klägerin zum Ende des Jahres 2003 fertig zu stellen. Es werde mit der Fertigstellung Ende Mai 2004 gerechnet. Die Klägerin erklärte hierauf den Rücktritt vom Vertrag.

Das LG hat der auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 62.309,04 € gerichteten Klage in Höhe eines Teilbetrages von 42.638,02 € stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin sei spätestens Anfang Dezember 2003 mit der ersten Kaufpreisrate in Verzug geraten. Dies habe zur Folge gehabt, dass die Fertigstellungsfrist gemäß Nr. 3.2.4. des Vertrags gehemmt gewesen sei.

Das Schreiben vom 21.11.2003 habe den Verzug der Klägerin hinsichtlich der Zahlung der ersten Rate begründet. Für die Zahlung habe es nicht eines Notarschreibens nach Nr. 3.2.3.1. des Vertrags bedurft, weil die Beklagte von der Möglichkeit der Nr. 3.2.3.2. Gebrauch gemacht habe. Da der Notar die Stellung der Bürgschaft am 8.9.2003 mitgeteilt habe, sei die erste Rate fällig gewesen. Die Regelung, dass die Bürgschaft beim Notar verwahrt werde, genüge den Anforderungen der §§ 7, 2 MaBV. In der Literatur werde es unbestritten und überzeugend als zulässig angesehen, dass der Notar die Bürgschaft für den Erwerber verwahre, wenn diese Aufbewahrung allein nach den Weisungen des Erwerbers erfolge. Dies sei hier geschehen. Die vereinbarte Aushändigung an die endfinanzierende Bank widerspreche dem nicht, weil die Klägerin selbst vorgetragen habe, dass sie sich dieser gegenüber verpflichtet habe, die Sicherheit auszuhändigen. Unschädlich sei, dass im Vertrag die ausdrückliche Bestimmung fehle, dass die Verwahrung der Bürgschaftsurkunde allein nach den Weisungen des Erwerbers zu erfolgen habe.

II.

Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im wesentlichen Punkt nicht stand.

Die Klägerin befand sich nicht gemäß Nr. 3.2.4. des Vertrags mit der ersten Zahlungsrate in Verzug. Die Fälligkeit ist nicht durch Stellen einer Bürgschaft gemäß Nr. 3.2.3.2. und ihre Verwahrung beim Notar eingetreten. Die vereinbarte Verwahrung der Bürgschaftsurkunde beim Notar entspricht nicht den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV. Die Vertragsklausel in Nr. 3.2.3.2. Abs. 2 ist insofern gemäß § 12 MaBV unwirksam.

1. Ohne Erfolg beanstandet die Revision, dass die Vertragsgestaltung in den Nr. 3.2.3.1. und 3.2.3.2 unklar ist.

Auch wenn man zugunsten der Revision unterstellt, dass es sich bei den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien um von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, ergeben sich keine Zweifel bei der Auslegung dieser Vertragsklauseln, die zulasten der Beklagten gingen und zur Folge hätten, dass der Eintritt der Fälligkeit nur nach Nr. 3.2.3.1. des Vertrags zu beurteilen wäre. Die Vertragsklauseln orientieren sich an der Systematik der MaBV und bezeichnen mit der „rechtliche(n) Sicherung“ in Nr. 3.2.3.1. in Verbindung mit Nr. 3.2.3.3. des Vertrags die Sicherungspflichten des Bauträgers nach § 3 Abs. 1, 2 MaBV und mit wirtschaftlicher Sicherung („also durch Bürgschaft/Sicherheitsleistung“ gemäß Nr. 3.2.3 des Vertrags) die Bürgschaft „im Sinne der §§ 7 und 2 MaBV“. Sie sind aus der maßgeblichen Sicht des Erklärungsempfängers nicht zweifelhaft. Das Berufungsgericht hat bei ihrer Auslegung nicht gegen § 305 c Abs. 2 BGB verstoßen.

2. Die Revision beanstandet jedoch zu Recht die Ansicht des Berufungsgerichts, die in Nr. 3.2.3.2. Abs. 2 des Notarvertrags vereinbarte Verwahrung der Bürgschaft sei nicht gemäß § 12, § 7 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV unwirksam.

a) Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 MaBV sind Gewerbetreibende im Sinne des § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a) GewO, die dem Auftraggeber Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen haben, von den Verpflichtungen des § 3 Abs. 1 und 2 MaBV, des § 4

Abs. 1 MaBV und der §§ 5 und 6 MaBV, die übrigen Gewerbetreibenden im Sinne des § 34 c Abs. 1 GewO von den Verpflichtungen des § 2 MaBV, des § 3 Abs. 3 MaBV und der §§ 4 bis 6 MaBV freigestellt, sofern sie Sicherheit für alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 MaBV geleistet haben. Nach § 7 Abs. 1 Satz 2 MaBV gilt § 2 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2 und 3 MaBV entsprechend. Danach hat der Gewerbetreibende dem Auftraggeber die zur unmittelbaren Inanspruchnahme von Sicherheiten und Versicherungen erforderlichen Urkunden auszuhändigen, bevor er Vermögenswerte des Auftraggebers erhält oder zu deren Verwendung ermächtigt wird.

Hiervon abweichend haben die Parteien in Nr. 3.2.3.2. des Vertrags vereinbart, dass die Bürgschaft nicht an den Erwerber ausgehändigt, sondern vom Notar verwahrt wird. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ersetzt eine auf dieser Vertragsklausel beruhende Verwahrung durch den Notar nicht die in der MaBV vorgesehene Aushändigung an den Erwerber.

b) Eine vereinbarte Verwahrung durch den Notar kann nur dann rechtlich der Aushändigung an den Erwerber gleichgesetzt werden, wenn der jederzeitige Zugriff des Erwerbers auf die Urkunde gewährleistet ist, dieser also durch die Verwahrung beim Notar in keine schlechtere Rechtsposition versetzt wird als bei der unmittelbaren Aushändigung der Bürgschaftsurkunde. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich aus der Vereinbarung eindeutig und für den Erwerber unmittelbar einsichtig ergibt, dass der Notar die Urkunde treuhänderisch für ihn verwahren soll, allein an seine Weisungen gebunden ist und der Verpflichtung unterliegt, die Urkunde auf sein Verlangen jederzeit an ihn herauszugeben. Die Herausgabe darf nicht von irgendwelchen Einschränkungen abhängig gemacht werden, wie etwa der Darlegung von gesicherten Bürgschaftsansprüchen, des vorherigen Nachweises der Erwerbspreiszahlung oder dem Einverständnis des Bauträgers und darf auch keinem Zurückbehaltungsrecht des Notars ausgesetzt sein (vgl. *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdnr. 351 m. w. N.; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdnr. 586 m. w. N.; *Kutter* in Beck'sches Notarhandbuch, A. II. Rdnr. 79; *Marcks*, MaBV, 7. Aufl., § 7 Rdnr. 9; *Dietrich*, MittBayNot 1992, 178, 179). Ohne eine solche eindeutige Vereinbarung ist für den Erwerber nicht hinreichend klaggestellt, dass ihm und nicht etwa dem Bauträger die in §§ 688 ff. BGB geregelte Rechtsposition des Hinterlegers uneingeschränkt zusteht, insbesondere der Herausgabeanspruch des § 695 BGB.

c) Den insoweit zu stellenden Anforderungen genügt die vereinbarte Verwahrung in Nr. 3.2.3.2. Abs. 2 des Vertrags nicht. Aus der Formulierung „Die Bürgschaftsurkunde für den Erwerber wird bei dem amtierenden Notar verwahrt“ wird nicht hinreichend deutlich, dass der Notar allein als Treuhänder des Erwerbers verwahrt und die Urkunde auf dessen einseitiges Verlangen jederzeit herauszugeben ist. Nicht gefolgt werden kann der Erwägung des Berufungsgerichts, es sei unproblematisch, dass dies nicht ausdrücklich im Vertrag stehe; denn für den Notar, der die Verwahrung auszuführen habe, sei als Fachmann offensichtlich, dass der Vertrag der Makler- und Bauträgerverordnung unterfalle und die von den Vertragsparteien gewollte Verwahrung den Vorgaben dieser Verordnung zu folgen habe. Es kommt insoweit nicht auf die Sicht des Notars, sondern darauf an, dass dem Erwerber ohne weiteres seine Rechtsposition vor Augen steht.

d) Da somit die vereinbarte Verwahrung beim Notar einer Aushändigung der Urkunde an den Erwerber nicht gleich-

steht, ist die Vereinbarung unwirksam. Der BGH hat entschieden, dass eine Abschlagszahlungsvereinbarung in einem Bauträgervertrag insgesamt nichtig ist, wenn sie zu Lasten des Erwerbers von § 3 Abs. 2 MaBV abweicht (BGHZ 146, 250 = DNotZ 2001, 201). Dies beruht darauf, dass § 12 MaBV dem Gewerbetreibenden verbietet, seine Verpflichtungen nach den §§ 2 bis 8 MaBV auszuschließen oder zu beschränken. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV hat die Nichtigkeit der Klausel gemäß § 134 BGB zur Folge (BGHZ 146, 250, 257 = DNotZ 2001, 201). Dies bedeutet für den hier zu beurteilenden Fall, dass die Vertragsklausel Nr. 3.2.3.2. Abs. 2 nichtig ist mit der Folge, dass die Fälligkeit der vereinbarten Ratenzahlungen nicht durch Stellung einer Bürgschaft herbeigeführt werden kann. (...)

Anmerkung:

1. Die Entscheidung

Will der Bauträger Zahlungen des Erwerbers aufgrund einer Vertragsgestaltung nach § 7 MaBV entgegennehmen, muss die Bürgschaftsurkunde dem Erwerber ausgehändigt sein; dies ergibt sich unmittelbar aus § 7 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV.

Eine Verwahrung der Bürgschaftsurkunde durch den Notar ist, wie der BGH bestätigt, nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Sie ist jedoch einer *Aushändigung* nur dann gleichwertig, wenn der Erwerber jederzeit die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen kann und insofern keinerlei Einschränkungen bestehen. In diesem Punkt entspricht die Entscheidung der einhelligen Auffassung in der Literatur.¹ So darf die Herausgabe der vom Notar verwahrten Bürgschaft an den Erwerber z. B. nicht davon abhängig gemacht werden, dass er darzulegen hat, Ansprüche aus der Bürgschaft geltend machen zu wollen, oder von einer Zustimmung des Bauträgers oder des Bürgen. Eine Klausel, mit der die Herausgabe der vom Notar verwahrten Bürgschaft an den Erwerber eingeschränkt wird, würde nach dieser Entscheidung dazu führen, dass die Bürgschaft nicht im Sinne der MaBV ausgehändigt ist, so dass der Bauträger keine Zahlungen des Erwerbers entgegennehmen darf.²

Der BGH geht jedoch noch einen Schritt weiter. Nach seiner Auffassung muss der Vertrag „eindeutig und für den Erwerber unmittelbar einsichtig“ regeln, dass dieser jederzeit die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen kann und insofern keinerlei Einschränkungen bestehen. Schon der Umstand, dass sich hierzu im Vertrag keine hinreichend klare Aussage findet, führt dazu, dass eine tatsächlich erfolgende Verwahrung der Bürgschaft durch den Notar nicht die Wir-

¹ Vgl. *Basty*, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 586; Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht/*Barbers*, 2001, S. 365; *Blank*, Bauträgervertrag, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 271; *Dietrich*, MittBayNot 1992, 179; *Holland* in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rdnr. 765; *Krause*, NotBZ 1997, 73, 75; *Kutter* in Beck'sches Notarhandbuch, A. II Rdnr. 79; *Pause*, Bauträgerkauf, Rdnr. 351; *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 3 Rdnr. 609; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3218; *Schmidt/Eue* in Münchener Vertragshandbuch, 5. Aufl. 2003, I. 30 Anm. 25 (7); *Speck*, MittRhNotK 1995, 117, 124.

² In der Literatur wurde demgegenüber eher von der Unwirksamkeit von Klauseln ausgegangen, die den Herausgabeanspruch des Erwerbers einschränken, vgl. z. B. *Basty*, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 586; *Riemenschneider* in Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, Teil 3 Rdnr. 609.

kung einer Aushändigung an den Erwerber hat. Damit würde es in dieser Phase der Vertragsabwicklung an einer nach der MaBV notwendigen Voraussetzung für die Entgegennahme von Zahlungen fehlen. Die im Vertrag nach Bürgschaftsstellung vorgesehenen Zahlungen müssten nicht geleistet werden; der Erwerber könnte nicht in Verzug geraten.

2. Kritik

a) Die sich hieraus ergebenden Anforderungen an die Vertragsgestaltung erscheinen überzogen. Im vorliegenden Fall gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Notar die Bürgschaftsurkunde nicht sofort an den Erwerber herausgegeben hätte, sobald er darauf angesprochen worden wäre. Im Gegenteil darf unterstellt werden, dass der Notar – entsprechend der (auch im Zeitpunkt der Beurkundung des in Rede stehenden Bauträgervertrags) einhelligen Auffassung in der Literatur – seiner Herausgabepflicht entsprochen und dies dem Erwerber auf Anfrage auch (nochmals) bestätigt hätte. Hierauf kommt es dem BGH jedoch gar nicht an. Er stellt nur darauf ab, dass dem Erwerber seine Rechtsposition „unmittelbar einsichtig“ sein bzw. „ohne weiteres ... vor Augen“ stehen müsse. Solche Begriffe können bei jemandem, der Verträge zu gestalten hat, Depressionen auslösen. Sie haben etwas Beliebiges; mit ihnen lässt sich alles begründen. Wenn damit der Inhalt des Transparenzgebots des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB beschrieben werden soll,³ besteht Anlass für die Befürchtung, dass die Inhaltskontrolle von Verträgen neue Dimensionen erreichen kann. Insofern freut immerhin die Aussage des BGH, dass die Beschreibung des notwendigen Inhalts der Bürgschaft (nur) unter Verweisung auf §§ 7, 2 MaBV rechtlich unbedenklich ist.

b) Mir ist die Gleichung des BGH „Keine Aussage = Einschränkung“ nicht unmittelbar einsichtig; näher liegend wäre m. E. die Gleichung „Keine Aussage = es gilt das Gesetz“. Ausgeblendet wird insbesondere die Funktion des Notars bei der Beurkundung und Abwicklung des Vertrags und die Bedeutung seiner Amtspflichten. Die hinreichende Klarheit, die der BGH verlangt, wird durch Belehrungen und Hinweise sichergestellt, zu denen der Notar bei der Beurkundungsverhandlung gemäß § 17 BeurkG verpflichtet ist; eine Dokumentationspflicht besteht nach dem Beurkundungsgesetz nicht. Ich selbst hätte eine Formulierung wie im entschiedenen Fall bislang ohne eine weitere Ergänzung – aber sicher mit entsprechender Erläuterung in der Beurkundung – beurkundet; nach Auffassung des BGH kann es darauf aber wohl nicht ankommen, andernfalls hätte er den Fall zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zu dieser Frage zurückverweisen müssen.

Für die Frage der Aushändigung ist m. E. auf die Sicht des Erwerbers abzustellen. Ich kann mir kaum vorstellen, dass ein verständiger und seriöser Erwerber bei dem gegebenen Sachverhalt im Zeitpunkt, zu dem nach dem Vertrag eine Zahlung gegen Bürgschaft zu leisten ist, daran zweifelt, dass ihm die vom Notar verwahrte Bürgschaft ausgehändigt ist. Andernfalls würde er schlicht nachfragen und die richtige Antwort erhalten. Warum der Erwerber im vorliegenden Fall nicht gezahlt hat, weiß man nicht; dies dürfte aber kaum mit der Begründung geschehen sein, dass die Bürgschaft nicht ausgehändigt sei.

c) Nicht überzeugend ist auch, dass die Vertragsklausel über die Verwahrung der Bürgschaft durch den Notar gemäß § 12,

§ 7 Abs. 1 Satz 2, § 2 Abs. 4 Satz 3 MaBV unwirksam sein soll. Diese Klausel betrifft nicht die Rechtsbeziehung zwischen Bauträger und Erwerber (für die allein die MaBV gilt), sondern das Verwahrungsverhältnis, also die Rechtsbeziehung zum Notar. Hierauf ist die MaBV ebenso wenig anwendbar wie auf die Rechtsbeziehung zwischen dem Bürgen und dem Erwerber.⁴ Für die entscheidende Rechtsfrage, ob nämlich die Verwahrung der Bürgschaft durch den Notar eine Aushändigung an den Erwerber darstellt, ist diese Erwägung freilich ohne Bedeutung.

3. Vertragsgestaltung

Für die Zukunft wird man in der Vertragsgestaltung tunlichst den „Formulierungsvorschlag“ des BGH aufgreifen und im Rahmen einer Regelung nach § 7 MaBV – sofern die Beteiligten eine Verwahrung durch den Notar trotz der damit verbundenen Zusatzkosten wünschen – ausführen, dass „der Erwerber jederzeit die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen kann und insofern keinerlei Einschränkungen bestehen“.

4. Altfälle

a) Bis sich diese Formulierung durchgesetzt hat, ist wohl mit einer Prozesslawine wegen bislang üblicher Klauseln zu rechnen. Dabei kann es auch um Verträge gehen, die längst zur allseitigen Zufriedenheit abgewickelt sind. Derjenige, dessen Vertrag nicht den sich aus der Entscheidung ergebenden Anforderungen genügt, hat nämlich ggf. gezahlt, ohne dass die notwendigen Voraussetzungen hierfür vorlagen (die Bürgschaft war ihm nicht ausgehändigt). Ihm können wegen der bereits geleisteten Zahlungen (bis zur Grenze der Verjährung) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung zustehen.⁵ Hier kann vor allem ein Anspruch auf Zinsausgleich von Interesse sein (§ 818 Abs. 1 BGB); dieser kann auf den vom Bauträger für seine Kredite ersparten Zinsaufwand gehen.⁶ Daneben kommen Schadensersatzansprüche gemäß § 823 Abs. 2 BGB (auch gegen Geschäftsführer einer Bauträger-GmbH persönlich) in Betracht.⁷

b) Zur Verwahrung von Bürgschaften nach § 7 MaBV durch den Notar finden sich in der veröffentlichten Literatur zwei Regelungsansätze:

Nicht selten ergibt sich aus der betreffenden Klausel nur, dass die Verwahrung (allein) für den Erwerber erfolgt. Formuliert wird etwa, dass der Verwahrungsauftrag allein vom Erwerber gestellt wird,⁸ dass die Bürgschaft „dem Käufer zu Händen des Notars“ gestellt wird⁹ oder dass „der Erwerber den amtierenden Notar (bevollmächtigt), die Bürgschaftsurkunde entgegenzunehmen, zu halten und zurückzugeben, sobald ...“¹⁰. Bei der Klausel, über die der BGH vorliegend zu entscheiden hatte, würde eine bloße Umstellung der Worte möglicher-

⁴ Vgl. BGH, DNotZ 2004, 48; DNotZ 2002, 209.

⁵ Vgl. OLG Stuttgart, IBR 2005, 329; OLG München, MittBayNot 2000, 542 = NZBau 2000, 565 m. Anm. Kniffka; OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 671; Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 77 ff.

⁶ Vgl. BGHZ 138, 160 = NJW 1998, 2354.

⁷ Vgl. OLG Stuttgart, IBR 2006, 97.

⁸ So der Formulierungsvorschlag von Barber in Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht, 2001, S. 365.

⁹ So Wolfsteiner in Kersten/Bühling, Formularbuch, 21. Aufl. 2001, § 37 Rdnr. 59 M.

¹⁰ So der Formulierungsvorschlag von Kromik in Darmstädter Bau-rechtshandbuch, Privates Baurecht, 2005, S. 1029.

³ Vgl. Grziwotz, ZfIR 2007, 235 (der BGH bezieht sich nicht auf § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

weise einen Unterschied machen, wenn nämlich die Klausel nicht mehr lautet „Die Bürgschaft für den Erwerber wird bei dem amtierenden Notar verwahrt“, sondern „Die Bürgschaft wird für den Erwerber bei dem amtierenden Notar verwahrt“.

Mit wenig Nachdenken lässt sich aus solchen Formulierungen ableiten, dass allein der Erwerber aus dem Verwahrungsverhältnis berechtigt ist und dementsprechend jederzeit und ohne Einschränkungen die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangen kann. Nimmt man einen verständigen (und belehrten) Erwerber zum Maßstab, müsste diese Gestaltung hinreichend sein. Es bleiben allerdings erhebliche Zweifel, wenn man die Aussage des BGH reflektiert, nach der dem Erwerber seine Rechtsposition „unmittelbar einsichtig“ sein bzw. „ohne weiteres ... vor Augen“ stehen müsse.

Näher an der BGH-Rechtsprechung erscheinen Formulierungsvorschläge, die unmittelbar eine Aussage zur Herausgabe der Bürgschaft treffen, z. B. „Der Notar wird beauftragt, die Bürgschaftserklärung für den Erwerber zu verwahren und ihm auf einseitiges Verlangen herauszugeben“.¹¹ Wer diese Formulierung verwendet hat, kann nur hoffen, dass sie dem BGH genügen wird. Angesichts der Tendenz der Entscheidung mag man nicht ausschließen, dass sie nur mit dem weiteren Zusatz, dass „insofern keinerlei Einschränkungen bestehen“ als hinreichend unmissverständlich anerkannt werden wird.

c) Bei laufenden Verträgen sollten Notare, die befürchten, dass ihre Formulierungen nicht den Anforderungen des BGH entsprechen, die Erwerber zumindest ansprechen und darauf hinweisen, dass sie die Herausgabe der Bürgschaftsurkunden jederzeit und ohne Einschränkungen verlangen können.¹² Ob solche Hinweise irgendeine Wirkung haben (Schaffung der nach der MaBV erforderlichen Voraussetzungen für die Entgegennahme von Zahlungen ex nunc oder ex tunc), ist offen. Nach genauer Lektüre der Entscheidung ist wohl eher abzunehmen, dass ein nachträglicher Hinweis wirkungslos bleiben muss, da der BGH von der Unwirksamkeit der Vertragsklausel über die Verwahrung ausgeht. Damit wäre der im Vertrag geregelte Verwahrung durch den Notar die Grundlage entzogen und ein neuer Verwahrungsauftrag erforderlich.

Um diese Unsicherheiten zu vermeiden, erscheint eher empfehlenswert, die verwahrte Bürgschaftsurkunde unaufgefordert dem Erwerber zuzusenden. Mit ihrem Zugang ist die erforderliche Aushändigung unzweifelhaft. Dies könnte mit dem Angebot verbunden werden, die Urkunde jederzeit zur weiteren Verwahrung zurückzunehmen.

Eine Zustimmung des Bauträgers und des Bürgen zu einem entsprechenden Hinweis oder zur Aushändigung ist grundsätzlich nicht erforderlich, da nur ausdrücklich verlaublich bzw. umgesetzt wird, was bis dahin bereits uneingeschränkt galt. Wer hierfür hingegen eine Zustimmung von Bauträger und Bürgen für erforderlich hält,¹³ muss davon ausgehen, dass die bis dahin erfolgte Verwahrung gerade nicht vorbehaltlos für den Erwerber erfolgt ist und deshalb in jedem Fall nicht den Anforderungen der MaBV entsprach.

Notar Dr. Gregor Basty, München

¹¹ Basty, Der Bauträgervertrag, Rdnr. 1052; wortgleich Blank, Bauträgervertrag, Rdnr. 60.

¹² So der Vorschlag von Grziwotz, ZfIR 2007, 235.

¹³ Grziwotz, ZfIR 2007, 235.

2. BGB §§ 316 Abs. 3, 358 Abs. 3, 495 Abs. 1, 812 Abs. 2 (*Verbundenes Geschäft beim finanzierten Grundstückskauf*)

Beim finanzierten Erwerb eines Grundstückes liegt ein verbundenes Geschäft nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB vor. Für ein „Verschaffen“ i. S. v. § 358 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 BGB muss der Darlehensgeber mit dem Grundstücksverkäufer identisch sein und dem Käufer auf der Grundlage des Grundstückskaufvertrages das Eigentum am Grundstück einräumen. (Leitsatz der Schriftleitung)

Brandenburgisches OLG, Urteil vom 21.3.2007, 4 U 79/06

Die Kläger begehren die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer Briefgrundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, die Zwangsvollstreckung sei nicht unzulässig. Der Darlehensvertrag habe durch die Kläger nicht mehr wirksam widerrufen werden können, weil die Widerrufsfrist abgelaufen gewesen sei. Bei einem Immobilienkauf wisse auch der geschäftsunerfahrene Laie, dass Kreditgeber und Verkäufer verschiedene Personen seien. Die Voraussetzungen für die Annahme eines Verbundgeschäftes nach § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB lägen nicht vor.

Die Beklagte als Kreditgeber habe das Recht am Grundstück nicht verschafft, sondern nur I. als Eigentümer. Die Grundstücksvertragsparteien hätten als Verbraucher gehandelt; auch I., der nicht als Vorstand für die Beklagte aufgetreten sei. Ob I. zugleich Treuhänder der B.-Treuhand-GmbH gewesen sei, könne dahinstehen. Auch insoweit habe nicht die Beklagte das Grundstück verschafft. Die B.-Treuhand-GmbH sei keine Tochtergesellschaft der Beklagten, sondern mit der G. Gruppe verflochten.

Die Beklagte als Kreditgeber habe den Grundstückserwerb über die Zur-Verfügung-Stellung von Darlehen hinaus nicht durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer gefördert. I. sei bereits kein Unternehmer. Unabhängig davon läge keine der drei Möglichkeiten vor, bei denen eine wirtschaftliche Einheit angenommen werden könne.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Kläger mit der Berufung, mit der sie die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde erreichen wollen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Zu Recht hat das LG die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars als zulässig angesehen. Die Einwendungen der Kläger gegen den dem Titel zugrunde liegenden Anspruch greifen nicht durch.

1. Die von den Klägern erteilte Unterwerfungsklausel ist nicht gemäß § 812 Abs. 2 BGB kondizierbar. Die Kläger haben den Darlehensvertrag der Parteien nicht wirksam widerrufen.

Den Klägern stand das Widerrufsrecht im Zeitpunkt des erklärten Widerrufs, der frühestens mit Schriftsatz vom 11.9.2004 erklärt worden ist, nicht mehr zu.

Die den Klägern von der Beklagten am 5.4.2004 erteilte Belehrung über das Widerrufsrecht hat die Widerrufsfrist von zwei Wochen in Gang gesetzt. Die Widerrufsbelehrung war ordnungsgemäß. Die Kläger sind vollständig über alle ihre Rechte belehrt worden (§ 355 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BGB). Dem steht nicht entgegen, dass die Kläger nicht darüber belehrt worden sind, dass sie bei Widerruf des Darlehensvertrages nicht an das finanzierte Grundstücksgeschäft gebunden wären. Darüber waren die Kläger nicht zu belehren.

Eine solche Belehrung wäre nur dann erforderlich gewesen, wenn sowohl das Finanzierungsgeschäft als auch das finanzierte Geschäft als Verbraucherverträge eine wirtschaftliche Einheit gebildet hätten (§ 358 Abs. 3 Satz 3 BGB; MünchKommBGB/*Habersack*, 5. Aufl. 2007, § 358 Rdnr. 51). Das kann hier indes nicht festgestellt werden.

Allerdings haben die Kläger als Verbraucher i. S. d. § 13 BGB einen Verbraucherdarlehensvertrag abgeschlossen. Die Gesellschafterstellung des Klägers zu 1) und der Grundstückserwerb im Hinblick auf seine neue berufliche Tätigkeit in der Klinik F. ändern daran nichts. Dementsprechend sind die Kläger auch gemäß §§ 495, 312 Abs. 2, 355 BGB belehrt worden.

Dem Widerrufsrecht nach § 495 Abs. 1 BGB steht auch nicht § 495 Abs. 2 BGB entgegen. Danach besteht für den Darlehensnehmer bei den in § 493 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Verbraucherdarlehensverträgen ein Widerrufsrecht nicht. Dies betrifft jedoch nur Überziehungskredite bei laufenden Konten. Zwar haben die Parteien einen Kontokorrentkredit vereinbart. Jedoch handelte es sich um kein laufendes Konto i. S. d. § 493 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil die – einmalige – Auszahlung einem bestimmten Auszahlungszweck diente (*Palandt/Putzo*, BGB, 66. Aufl., § 493 Rdnr. 6).

Die streitige Frage, ob der Grundstückskaufvertrag zwischen I. und den Klägern ein Verbrauchervertrag gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, kann offen bleiben. Jedenfalls waren der Darlehensvertrag und das Grundstücksgeschäft kein verbundenes Geschäft. Beim finanzierten Erwerb eines Grundstückes liegt ein verbundenes Geschäft in Einschränkung des allgemeinen Tatbestandes der wirtschaftlichen Einheit nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB vor (vgl. MünchKommBGB/*Habersack*, § 385 Rdnr. 50). Diese sind hier nicht gegeben.

a) Die Beklagte als Darlehensgeber hat nicht selbst das Grundstück den Klägern „verschafft“ i. S. v. § 358 Abs. 3 Satz 3 Alt. 1 BGB. Dieses Merkmal betrifft lediglich den Fall, dass der Darlehensgeber mit dem Grundstücksverkäufer identisch ist und dem Käufer auf der Grundlage des Grundstückskaufvertrages das Eigentum am Grundstück einräumt (so auch MünchKommBGB/*Habersack*, § 358 Rdnr. 52; *Staudinger/Kessal-Wulf*, 2004, § 358 BGB Rdnr. 51). Diese enge Auslegung orientiert sich am Wortlaut. Sie entspricht auch der Intention des Gesetzgebers.

§ 358 Abs. 3 Satz 3 BGB ist auf Initiative des BT-Rechtsausschusses durch das OLG-VertrÄndG dem § 358 Abs. 3 BGB a. F. angefügt worden. Geschaffen werden sollte danach eine zu § 358 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 BGB parallele Regelung, wonach Unternehmer und Darlehensgeber personenidentisch sind. Übertragen auf den Immobiliendarlehensvertrag heißt das, dass Darlehensgeber und Grundstücksverkäufer personenidentisch sein müssen.

Mit dieser Auslegung wird dem Anliegen des Gesetzgebers Rechnung getragen, die Voraussetzungen, unter denen bei Immobiliendarlehensverträgen eine wirtschaftliche Einheit mit dem Grundstücksvertrag angenommen wird, enger zu fassen. Es besteht auch keine Notwendigkeit, über eine erweiternde Auslegung des Begriffes „Verschaffen“ den Anwendungsbereich der Norm auszudehnen, weil in der weiteren Konkretisierung der Absatzförderung allgemein das Fördern des Grundstückserwerbs im Zusammenwirken mit dem Unternehmer über die Zuverfügungstellung des Darlehens hinaus die Annahme einer wirtschaftlichen Einheit rechtfertigt. Die Intention des Gesetzgebers zur engeren Fassung der Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Einheit bei Immobiliendarlehensverträgen zeigt sich auch hier daran, dass diese

Alternative nur in drei enumerativ aufgeführten Konkretisierungen der Absatzförderung vorliegt.

b) Die Beklagte hat nicht über die Zuverfügungstellung des Darlehens hinaus den Erwerb des Grundstücks durch Zusammenwirken mit dem Verkäufer I. gefördert (§ 358 Abs. 3 Satz 3 Alt. 2 BGB).

aa) Die Beklagte hat sich nicht die Interessen des Verkäufers I. oder der B.-Treuhand-GmbH als unterstellter Treugeberin ganz oder teilweise zu Eigen gemacht. Diese Voraussetzung liegt nicht etwa deshalb vor, weil I. als privater Veräußerer Vorstand der finanzierenden Bank ist.

Es gibt keinen Erfahrungssatz dahin, dass die Bank immer im privaten Interesse des Vorstandes handelt. Der Vorstand handelt bei der Veräußerung seines Grundstücks im privaten Interesse. Die Bank verfolgt naturgemäß bei Finanzierungen ihr eigenes Interesse. In objektiver und typisierender Betrachtung ist dabei zu beurteilen, welchen Eindruck die Beklagte als Bank bei den Klägern als Verbraucher hervorgerufen hat (vgl. MünchKommBGB/*Habersack*, § 358 Rdnr. 55). Allein der Umstand, dass der Vorstand als privater Verkäufer auftritt, kann nicht den begründeten Eindruck hervorrufen, dass die Bank sich das Interesse des Verkäufers I. zu Eigen gemacht hat. Davon kann allenfalls dann ausgegangen werden, wenn der Verkäufer zugleich bei der Kreditvergabe als Vertreter der finanzierenden Bank in Erscheinung tritt.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Führung von Verhandlungen über das Grundstücksgeschäft im Dienstzimmer des I. reicht dafür nicht aus; sie betreffen nicht den Darlehensvertrag. Auch der Umstand, dass der weitere Mitarbeiter der Beklagten Sch., zugleich Schwiegersohn des Verkäufers I., als zuständiger Kreditsachbearbeiter in Erscheinung getreten ist, reicht für eine solche Annahme nicht aus. Denn Sch. hat nicht über den Kredit entschieden. Den Kreditvertrag hat vielmehr der weitere Vorstand K. der Beklagten als deren weiterer oberster Repräsentant und gesetzlicher Vertreter unterzeichnet.

Auch in diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob I. als Treuhänder der B.-Treuhand-GmbH gehandelt hat. Nach dem zuvor Ausgeführten kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte sich Veräußererinteressen – seien es die des I. oder der B.-Treuhand-GmbH – zu Eigen gemacht hätte, zumal nichts dafür ersichtlich ist, dass die Beklagte von der – behaupteten – Treuhänderstellung des I. gewusst hat. (...)

Anmerkung:

Erstaunlich ist nicht, dass es diese Entscheidung gibt. Erstaunlich ist, dass es zu § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB erst diese einzige Entscheidung gibt.¹ Man bedenke die Implikationen: Da gibt es zum Bereich der „Schrottimmobilien“ Entscheidungen des BGH gleich dutzendweise, da gibt es OLG-Senate, deren Tätigkeit zur guten Hälfte aus nichts anderem besteht, da gibt es Anwälte, die solche Mandate zu Hunderten und Tausenden vertreten. Und dann gibt es in guten fünf Jahren Geltung der neuen einschlägigen gesetzlichen Norm: eine einzige Entscheidung!

¹ Eine Juris-Recherche führte noch zu folgenden Entscheidungen: KG, WM 2005, 596; OLG Karlsruhe, ZIP 2006, 1128; LG Bielefeld, VuR 2004, 380. Diese Urteile betrafen jedoch sämtlich Sachverhalte vor dem 1.1.2002, bei denen § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB n. F. nur als zusätzlicher Argumentationsgesichtspunkt, nicht aber als tragende Erwägung eingeführt wird.

Die Entscheidung des OLG trifft zu. Weder hat die Bank das Grundstück selbst verschafft, noch hat sie den Verkauf gefördert. Zur Verkaufsförderung wäre erforderlich gewesen, dass die Bank nicht nur die Erwerberfinanzierung übernimmt, sondern dass sie darüber hinaus den Verkauf beeinflusst. Das war aber hier nicht bewiesen. Nach dem Ergebnis der Verhandlung musste man vielmehr davon ausgehen, dass die Veräußerung allein und ausschließlich durch I. als dessen Privatgeschäft getätigt wurde. Die Betätigung der Bank steht damit der rein intern gebliebenen Doppelfinanzierung gleich, die nach den Überlegungen des Gesetzgebers aber beim Immobiliarkredit gerade noch nicht zur Annahme der wirtschaftlichen Einheit bzw. des verbundenen Geschäfts führen sollte. Im Übrigen schied, was das OLG offen lässt, die Anwendung des verbundenen Geschäfts schon deshalb aus, weil I. das Geschäft als Verbraucher tätigte. § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB verlangt aber in allen Varianten die Veräußerung durch einen Unternehmer, auch wenn die Norm dies nur in der letzten Alternative der Verkaufsförderung wörtlich ausspricht.²

Der zugrunde liegende Sachverhalt zeigt aber ein gewisses Risikopotential, wenn Immobilienfinanzierung und Kreditvertrag einmal einen Geschäftsverbund bilden, die Belehrung aber die Vorgaben des § 358 Abs. 5 BGB nicht erfüllt.³ Voraussichtlich werden deswegen die Kreditinstitute vorsorglich immer die Belehrung nach § 358 Abs. 5 BGB aufnehmen. Den umgekehrten Fall, dass ersichtlich kein Geschäftsverbund vorliegt, die Widerrufsbelehrung diese Möglichkeit aber anspricht, hat der BGH nämlich bereits entschieden.⁴ Allein die vorsorgliche Belehrung stellt den Geschäftsverbund nicht her: „Der bloße Umstand, dass die in dem Kreditvertrag enthaltene Widerrufsbelehrung eine Belehrung über verbundene Geschäfte enthält, genügt hierfür schon deshalb nicht, weil es sich um einen Formularvertrag handelt, der für unterschiedliche Vertragsgestaltungen offen sein muss.“ Nun ist zwar die Entscheidung in zeitlicher Hinsicht noch zum VerbrKrG ergangen, wohingegen in der Zwischenzeit das verbundene Immobiliengeschäft mit § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB auf eine neue Grundlage gestellt wurde. Diese Überlegung des BGH muss aber auf die neue Rechtslage übertragen werden. Die vorsorgliche Belehrung über die Rechtsfolgen des Widerrufs bei verbundenen Geschäften schließt also auch das im hier zu besprechenden Urteil angelegte Restrisiko aus, ohne seinerseits ein weitergehendes Risiko heraufzubeschwören.

Notar *Michael Volmer*, Obernburg a. Main

² So im Ergebnis die einhellige Auffassung in der Literatur, vgl. *Volmer*, MittBayNot 2002, 336, 338; *Oppermann*, ZNotP 2002, 386; *Litzenburger*, RNotZ 2002, 444; *Grziwotz*, NotBZ 2002, 359.

³ Vgl. auch schon KG, WM 2005, 596.

⁴ MittBayNot 2004, 122.

3. BGB §§ 1090, 1091, 1092, 1093 (*Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nur bei Ausschluss des Eigentümers*)

1. **Enthält die Bewilligungserklärung weder die Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ noch die Bezeichnung als „Wohnungsrecht“ entsprechend der Gesetzesüberschrift des § 1093 BGB, sondern wurde nur ein „lebenslangliches Wohnrecht“ bestellt, muss sich für die Auslegung als Bestellung eines Wohnungsrechts i. S. v. § 1093 BGB der Ausschluss des Eigentümers von der Benutzung aus dem sonstigen Inhalt der Urkunde ergeben.**

2. **Dies ist nicht der Fall, wenn sich aus den Angaben zu den Personalien der Beteiligten in der Urkunde ergibt, dass ein Ehegatte während bestehender Ehe für den anderen ein Wohnrecht an der gemeinsamen Ehwohnung bestellt.**

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 26.7.2006, 20 W 450/05

Die Beteiligten waren je zur Hälfte Berechtigte eines Erbbaurechts. Der Beteiligte zu 1) übertrug seinen hälftigen Erbbaurechtsanteil an die Beteiligte zu 2). Im Vertrag heißt es:

„Die Erschienene zu 2) räumt dem Erschienenen zu 1) ein lebenslangliches Wohnrecht an dem Neubau auf sämtlichen drei Etagen bestehend aus sechs Räumen nebst Küche, Bad, Toilette, Flur und Keller auf dem oben näher bezeichneten Grundstück ein. Die Beteiligten bewilligen und beantragen die Eintragung des Wohnrechts im Grundbuch.“

In das Grundbuch wurde Folgendes eingetragen:

„Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB) für ...“

Nach Auffassung der Beteiligten zu 2) ist das Grundbuch unrichtig, da kein Wohnrecht unter Ausschluss der Erbbauberechtigten vereinbart worden sei. Zum Zeitpunkt der Bewilligung seien die Beteiligten noch verheiratet gewesen und hätten mit ihren beiden minderjährigen Kindern die Räumlichkeiten bewohnt.

Ohne vorherige Anhörung des Beteiligten zu 1) wurde das Grundbuch daraufhin mit einem in der Veränderungsspalte eingetragenen Vermerk von Amts wegen dahin berichtigt, dass es sich um ein Wohnrecht nach §§ 1090–1092 BGB handele.

Aus den Gründen:

(...)

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist festzustellen, dass das wesentliche Kriterium für die Abgrenzung zwischen einem Wohnrecht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach den §§ 1090–1092 BGB und dem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB darin besteht, dass der Eigentümer bzw. vorliegend die Erbbauberechtigte im Fall des § 1093 BGB von der Nutzung des Gebäudes/Gebäudeteiles ausgeschlossen ist (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1997, 472; *Palandt/Bassenge*, BGB, 65. Aufl., § 1093 Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1236). Die Eintragungsbewilligung in der Urkunde vom 6.7.1993 kann nicht dahin ausgelegt werden, dass sie die Bewilligung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB enthalte. Schon nach dem Wortlaut fehlt jeder Hinweis darauf, dass die Erbbauberechtigte von der Nutzung der im Einzelnen bezeichneten Räume ausgeschlossen wäre, wie es bei einer notariell beurkundeten Erklärung zu erwarten wäre.

Auch wenn die Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ in der Eintragungsbewilligung fehlen, kann dennoch ein echtes Wohnungsrecht nach § 1093 BGB vorliegen, wenn sich die Ausschließlichkeit der Benutzung wenigstens sonst aus dem Inhalt ergibt, wozu auch die der Gesetzesüberschrift entsprechende Bezeichnung als „Wohnungsrecht“ genügen kann (OLG Zweibrücken, DNotZ 1997, 325; *Staudinger/Mayer*, BGB, 2002, § 1093 Rdnr. 3; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1236). Von der Bestellung eines Wohnungsrechts i. S. v. § 1093 BGB kann aber ohne zusätzliche Anhaltspunkte, die sich aus der Urkunde selbst ergeben müssen, nicht ausgegangen werden, wenn weder der Gesetzestext des § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB, noch die allgemein gebräuchliche Überschrift verwendet werden (OLG Celle, Nds. Rechtspfleger 1997, 258). So liegt der Fall aber hier, da in der Urkunde vom 6.7.1993 nur die Eintragung eines „Wohnrechts“ bewilligt wird und von einem

Ausschluss der Beteiligten zu 2) von der Nutzung nicht die Rede ist. Die zusätzlichen Anhaltspunkte für eine Auslegung, soweit sie sich aus der Urkunde ergeben, sprechen für die Bestellung eines Wohnrechts nach den §§ 1090–1092 BGB, da sich aus der Bezeichnung der Beteiligten in der Urkunde ergibt, dass sie Eheleute sind und über eine gemeinsame Adresse in dem betroffenen Wohnhaus verfügen. Insoweit hat die im Zeitpunkt der Bewilligung des streitgegenständlichen Rechts bestehende familiäre Situation, wie sie die Beteiligte zu 2) unwidersprochen vorgetragen hat, nämlich dass die Beteiligten als Eheleute (mit ihren minderjährigen Kindern) die betroffene Wohnung gemeinsam nutzten, in der Urkunde einen Niederschlag gefunden. Es fehlt dagegen jeder Anhaltspunkt dafür, dass sich die Beteiligte zu 2) 1993 trotz ihrer Alleinberechtigung an dem Erbbaurecht jedes eigenen Nutzungsrechts daran hätte begeben wollen. Deshalb folgt der Senat der Auffassung des OLG Koblenz (FamRZ 2001, 225), dass bei der hier gegebenen Fallgestaltung der Bestellung eines Wohnrechts durch Eheleute betreffend die gemeinsame Ehwohnung von einem Wohnrecht nach den §§ 1090–1092 BGB auszugehen ist. (...)

Anmerkung:

1. Recht zum Wohnen – Gestaltungsalternativen

Das Urteil des OLG Frankfurt am Main gibt Anlass, sich mit den Möglichkeiten der Bestellung eines Rechts zum Wohnen auseinanderzusetzen. Das Gesetz bestimmt sowohl die Zahl, als auch den Inhalt der dinglichen Rechte erschöpfend. Auf dem Gebiet des Sachenrechts ist durch diesen numerus clausus die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner stark eingeschränkt. Soll ein Recht zum Wohnen bestellt werden, stehen insgesamt vier Formen zur Verfügung:

- a) Ein dingliches *Wohnungsrecht* kann zum einen die Rechtsform der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1093 BGB haben. Gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB ist der Eigentümer verpflichtet, die Benutzung eines Gebäudes oder eines bestimmten Teiles eines Gebäudes als *Wohnung unter Ausschluss des Eigentümers* zu dulden.
- b) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann aber auch nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1090–1092 BGB ein Recht zum Wohnen als Inhalt haben (*sog. Wohnrecht*).¹ Bei einer solchen Gestaltungsform kann nur ein *Mitbenutzungsrecht* des Berechtigten *ohne Ausschluss des Eigentümers* vereinbart werden.
- c) Ferner ist die Begründung eines Wohnungsrechtes auch in der Form einer Reallast i. S. d. § 1105 BGB möglich (*Wohnungsreallast*), die anders als die o. g. Rechte kein unmittelbares Nutzungsrecht am Grundstück gewährt, sondern den Eigentümer verpflichtet, Wohnraum durch positive, wiederkehrende Leistung zur Verfügung zu stellen und in gebrauchsfähigem Zustand zu erhalten.² Dies kann aber nur in der Form einer allgemeinen Verpflichtung erfolgen; *nicht* möglich ist es, den Eigentümer zu verpflichten, ein *bestimmtes* auf dem Grundstück befindliches Gebäude oder einen bestimmten Teil eines solchen Gebäudes dem Berechtigten zur Verfügung zu stellen. Auch eine allgemeine Verpflichtung zur Verfügungstellung von Wohnraum *unter Ausschluss des Eigentümers* ist hier nicht möglich.³

¹ BayObLG, Rpfleger 1981, 353.

² BGHZ 58, 57; OLG Hamm, Rpfleger 1975, 357; OLG Oldenburg, Rpfleger 1978, 411.

³ BayObLG, Rpfleger 1981, 353 m. w. N.

- d) Schließlich ist die Begründung eines veräußerlichen und vererblichen *Dauerwohnrechts* nach Maßgabe der §§ 31 ff. WEG möglich.⁴

2. Wohnungsrecht und/oder Wohnrecht

Wie sich aus dem vorliegenden Urteil des OLG Frankfurt am Main ergibt, ist das Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB immer dann die richtige Gestaltungsform, wenn der Berechtigte das Anwesen oder Teile davon *unter Ausschluss des Eigentümers* bewohnen können soll. Dieser Ausschluss des Eigentümers von der Mitbenutzung ist unabdingbares Wesensmerkmal des Wohnungsrechts nach § 1093 BGB. Es verleiht ihm Nießbrauchselemente, die in der Verweisung des § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommen.⁵ Das Wohnungsrecht ist bei der Übergabe von Eigenheimen die klassische Gestaltungsform, wenn der Übergeber unter Ausschluss der Abkömmlinge bis zu seinem Lebensende das Eigenheim bewohnen will, sich also an der derzeitigen Wohnsituation nichts ändern soll, d. h. die Mitnutzung durch Abkömmlinge weiterhin vom Willen der Eltern abhängig sein soll.⁶ Soll der Berechtigte hingegen das Hausgrundstück in jeglicher Hinsicht nutzen können (also gewerbliche Nutzung, Eigennutzung und Vermietung) und grundsätzlich die Lasten tragen, ist der Nießbrauch i. S. d. §§ 1030 ff. BGB die richtige Wahl.

Wenn wie im entschiedenen Fall dem Ehegatten ein Recht zum Wohnen eingeräumt wird und es sich nicht etwa um eine Scheidungsfolgenvereinbarung handelt, wird in der Regel die ausschließliche Nutzung durch den Berechtigten zu Lebzeiten des anderen Eigentümers nicht gewollt sein und das *Wohnrecht* im Sinne einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB die richtige Gestaltungsform darstellen. Wenn allerdings der Berechtigte nur für den Tod des Eigentümers abgesichert sein soll, z. B. für den Fall, dass Abkömmlinge Erben werden, dann bietet sich statt der Einräumung eines Wohnrechtes die Einräumung eines durch den Tod des derzeitigen Eigentümers aufschiebend bedingten Wohnungsrechtes i. S. d. § 1093 BGB an. Alternativ kann ein Wohnungsrecht vermächtnisweise im Rahmen eines Erbvertrages bzw. Testaments eingeräumt werden. Die „Vermächtnislösung“ kann aber nur dann als gleichwertig angesehen werden, wenn der Bedachte gleichzeitig als Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe, das Wohnungsrecht für sich selbst im Grundbuch eintragen zu lassen, bestellt wird; nur dann ist er nicht auf die Mitwirkung der Erben angewiesen.⁷

Wenn hingegen sowohl die Mitbenutzung zu Lebzeiten als auch die alleinige Nutzung nach dem Vorversterben des Eigentümers abgesichert werden soll, ist nach ständiger Rechtsprechung die Bestellung eines Wohnungsrechtes als *einheitliches Recht* nicht möglich.⁸ In einem solchen Fall kann eine Kombination aus Wohnrecht und aufschiebend bedingtem Wohnungsrecht bzw. o. g. „Vermächtnislösung“ weiterhelfen. Denkbar wäre auch, neben dem Wohnungsrecht für den Ehegatten gleichrangig ein Wohnungsrecht für den

⁴ Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1236.

⁵ OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 390, 391.

⁶ Zum Berechtigungsverhältnis bei mehreren Übergebern, insbesondere zur modifizierten Gesamtberechtigung vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1245; *J. Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl., Rdnr. 119 ff., 254 ff.

⁷ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1240.

⁸ LG Darmstadt, MittBayNot 1957, 275; AG Bremen, Rpfleger 1965, 272; OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1997, 390; DNotI-Report 2002, 91; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1236.

Eigentümer einzutragen, um diesem gemäß § 1024 BGB die Mitbenutzung zu sichern.⁹ Zwar ist für die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Eigentümer selbst stets ein schutzwürdiges Bedürfnis erforderlich. Ein solches wird hier in der Regel im Interesse des Eigentümers zu sehen sein, auch selbst eine von seiner Eigentümerposition losgelöste Nutzungsberechtigung im Grundbuch vermerken zu lassen, damit sich das Bestehen gleichrangiger Benutzungsrechte aus dem Grundbuch ergibt.

3. Wohnungsreallast

Die Eintragung einer *Wohnungsreallast*¹⁰ bietet sich hingegen in den Fällen an, in denen die Räume, an denen das Wohnen zu gewähren ist, noch nicht konkret feststehen. Der Mindeststandard der zu gewährenden Wohnung ist dabei als Inhalt der Wohnungsreallast so festzulegen, dass Art und Umfang der Gewährungspflicht bestimmbar und in einen Geldbetrag umwandelbar sind.¹¹ Da im Gegensatz zum Wohnungsrecht die Wohnungsreallast keinen gesetzlichen Inhalt hat,¹² muss der Leistungsinhalt hier im dinglichen Vertrag zwingend konkretisiert werden. Die Wohnungsreallast begründet die Verpflichtung des Eigentümers, dem Berechtigten das Wohnen in nach Art und Umfang festgelegten Räumen zu gewähren. Eine Konkretisierung auf ein *bestimmtes* auf dem Grundstück befindliches Gebäude oder Teile hiervon ist nicht möglich. Infolgedessen kann durch die Reallast auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Eigentümer auf dem gleichen Grundstück bzw. in dem gleichen Gebäude wohnt.¹³

Auch wenn nur ein Miteigentumsanteil übertragen wird, kann die Wohnungsreallast das geeignete Gestaltungsmittel sein, da in diesen Fällen die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – sei sie Wohnrecht i. S. v. § 1090 BGB oder Wohnungsrecht i. S. v. § 1093 BGB – nicht möglich ist.¹⁴

Es kann auch sinnvoll sein, ein Wohnrecht mit einer Wohnungsreallast zu kombinieren. Insbesondere wenn bereits ein Neubau geplant ist, dessen Grundriß noch nicht feststeht, kann das Wohnungsrecht das Wohnen im Altbau und die Reallast die Gewährung der Wohnung im Neubau sichern.¹⁵ Für den Eigentümer ist die damit gegebene Übersicherung ungefährlich, wenn die Reallast nicht übertragbar ist.¹⁶

4. Dauerwohnrecht

Das *Dauerwohnrecht* i. S. d. § 31 Abs. 1 WEG unterscheidet sich von den vorgenannten Gestaltungsalternativen insbesondere dadurch, dass es gemäß § 33 Abs. 1 WEG veräußerlich und vererblich ist. Im Übrigen ist das Dauerwohnrecht von seiner Struktur her vergleichbar mit dem Wohnungsrecht

⁹ *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1200; OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1992, 47; LG Lüneburg, NJW-RR 1990, 1037, 1038; a. A. KG, OLGZ 1985, 65.

¹⁰ Zur Wohnungsreallast insgesamt *Grziwotz*, Praxishandbuch Grundbuch- und Grundstücksrecht, 1999, Rdnr. 465.

¹¹ *Staudinger/Amann*, BGB, 2002, Einl. zu §§ 1105–1112 Rdnr. 29.

¹² *Böhringer*, BWNotZ 1987, 129, 131.

¹³ BGH, NJW 1972, 540; OLG Oldenburg, Rpfleger 1978, 411; BayObLG, Rpfleger 1981, 353; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1236.

¹⁴ *Staudinger/Amann*, Einl. zu §§ 1105–1112 Rdnr. 29.

¹⁵ *Hartung*, Rpfleger 1978, 49; *Staudinger/Amann*, Einl. zu §§ 1105–1112 Rdnr. 29; OLG Hamm, Rpfleger 1975, 357, 358.

¹⁶ Vgl. zur Zulässigkeit einer solchen Gestaltung OLG Hamm, Rpfleger 1975, 357, 358; *Hartung*, Rpfleger 1978, 49; *Staudinger/Amann*, Einl. zu §§ 1105–1112 Rdnr. 29.

gemäß § 1093 BGB. Belastungsgegenstand ist auch hier das *gesamte Grundstück*. Es berechtigt, eine bestimmte Wohnung *unter Ausschluss des Eigentümers* zu bewohnen (§ 31 Abs. 1 WEG). Anders als beim Wohnungsrecht und Wohnrecht muss sich die räumliche Beschränkung der Ausübung allerdings auf eine abgeschlossene – ggf. auch noch nicht existente – *Wohnung* beziehen, die die Führung eines Haushalts ermöglicht.¹⁷ Gemäß § 32 WEG ist Abgeschlossenheit gegenüber „fremden“ Räumen erforderlich. Die Einbeziehung einzelner, wiederum gegenüber „fremden“ Räumen abgeschlossener Räume, z. B. eines Kellers, in ein Dauerwohnrecht ist möglich; solche Räume können jedoch nicht alleiniger Gegenstand eines Dauerwohnrechts sein.¹⁸ Ein Recht zur Benutzung von außerhalb des Gebäudes liegenden Teilen des Grundstücks kann gemäß § 31 Abs. 1 Satz 2 WEG dem Berechtigten eingeräumt werden. Im Unterschied zu Wohnungsrecht, Wohnrecht und Wohnungsreallast steht dem Dauerwohnberechtigten wie einem Nießbraucher das Recht zur Fruchtziehung im weitesten Sinne zu, d. h. er kann grundsätzlich auch vermieten oder verpachten, soweit keine Einschränkung nach § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG erfolgt.¹⁹

5. Hinweise zur Vertragsgestaltung

Die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main offenbart die möglichen Unklarheiten bei der Verwendung der Begriffe „Wohnungsrecht“ oder „Wohnrecht“. Bei der Vertragsgestaltung sollte stets klargestellt werden, ob das Recht *unter Ausschluss des Eigentümers* gewährt oder ob nur ein *Mitbenutzungsrecht* eingeräumt werden soll, da die Begriffe „Wohnrecht“ und „Wohnungsrecht“ in Rechtsprechung und Literatur teilweise vermischt werden. Dagegen dürften Unklarheiten, ob eine Wohnungsreallast oder ein Dauerwohnrecht bestellt wird nach Ansicht des Verfassers i. d. R. kaum drohen.

Notarassessor *Matthias Adam*, Würzburg

¹⁷ *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte, 2004, Rdnr. 256.

¹⁸ *Ahrens*, Dingliche Nutzungsrechte Rdnr. 256; *Weitnauer/Mansel*, WEG, 9. Aufl. 2005, § 32 Rdnr. 2; *Bärman/Pick/Merle*, WEG, 9. Aufl. 2003, § 31 Rdnr. 35.

¹⁹ *Staudinger/Spiegelberger*, 2005, § 31 WEG Rdnr. 29.

4. GBO §§ 22, 29; EGBGB Art. 187 Abs. 1 Satz 1 (*Grundbuchberichtigung für Grunddienstbarkeit, die schon vor Anlegen der Grundbücher bestand*)

Eine Grundbuchberichtigung dahingehend, dass eine vor Anlegung der Grundbücher bereits bestehende Grunddienstbarkeit eingetragen wird, setzt regelmäßig mindestens voraus, dass der Antragsteller das Bestehen des Rechts bei Anlegung des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO nachweist.

OLG München, Beschluss vom 23.3.2007, 32 Wx 019/07; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am OLG München

Die Beteiligte zu 2 beantragte beim Grundbuchamt die Eintragung eines Geh- und Fahrrechts auf dem Grundstück der Beteiligten zu 1. Sie begründete dies damit, dass sie dieses Grundstück seit unvordenklicher Zeit als Weg nutzt, um in ihre angrenzenden Grundstücke zu gelangen. Deshalb habe sie durch Gewohnheitsrecht ein Geh- und Fahrrecht über das Grundstück erworben. Dem Antrag war ein Bericht des zuständigen Vermessungsamtes beigelegt, der dem Grundbuchamt in Fotokopie vorgelegt wurde. Der Bericht war weder unter-

schrieben noch besiegelt. Er enthielt verschiedene Flurkarten aus der Zeit von 1841 und später.

Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück. Gegen diese Zurückweisung richtete sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2, die das LG ebenfalls zurückwies. Mit der durch Anwaltsschriftsatz eingelegten weiteren Beschwerde verfolgte die Beteiligte zu 2 ihr Ziel weiter. Die gemäß § 78 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde erwies sich als unbegründet.

Aus den Gründen:

(...)

2. Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand:

Es soll vorliegend eine vor Inkrafttreten des BGB und vor Anlegung des Grundbuchs bestellte Grunddienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden, Art. 187 Abs. 1 EGBGB. Eine solche Eintragung stellt eine Grundbuchberichtigung dar. Da eine Eintragungsbewilligung hierfür fehlt, ist von der Antragstellerin der volle Nachweis des Bestehens der Grunddienstbarkeit zum Zeitpunkt der Anlegung der Grundbücher zu erbringen, unabhängig davon, wie die Beweislast in einem Prozess über den Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB verteilt wäre (BayObLG, DNotZ 1989, 164, 166). An die Führung des Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen; es genügt nicht etwa ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit (vgl. *Demharter*, GBO, 25. Aufl. 2005, § 22 Rdnr. 37 m. w. N.). Die Nachweise sind in der Form des § 29 GBO zu erbringen (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 42). Keinesfalls erhebt das Grundbuchamt in diesem Verfahren – anders als in jenem nach §§ 84 ff. GBO – von sich aus Beweise.

Daneben muss auch das Fortbestehen der Dienstbarkeit nachgewiesen werden, insbesondere muss nachgewiesen werden, dass das Recht nicht durch zehnjährige Nichtausübung erloschen ist gemäß Art. 218 EGBGB i. V. m. Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 AGBGB (BayObLG, DNotZ 1992, 670, 672). Dieser Nachweis ist auch in grundbuchmäßiger Form gemäß § 29 GBO zu erbringen (BayObLG, DNotZ 1992, 670, 672).

Zwar können amtliche Auskünfte des Vermessungsamts aus dem Liegenschaftskataster durchaus die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde besitzen (BayObLG, DNotZ 1992, 670, 672). Sie müssen jedoch eigenhändig unterzeichnet und gemäß § 26 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 der Allgemeinen Dienstordnung mit einem Dienstsiegel versehen werden. Ohne Dienstsiegel wahren diese Urkunden nicht die vorgeschriebene Form des § 29 GBO. Schon an einem derartigen Nachweis fehlt es.

Im Übrigen wäre auch der vorhandene Bericht des Vermessungsamts völlig ungeeignet, den Nachweis in der bezeichneten Form zu erbringen. Aus dem Bericht ergibt sich lediglich, dass die auf den beiden bezeichneten Grundstücken vorhandenen Wege verbunden waren. Es wird jedoch überhaupt nicht dokumentiert, dass diese Verbindung auf einer altrechtlichen Dienstbarkeit beruhte und nicht nur stillschweigend aufgrund eines Notwegrechts nach § 917 BGB geduldet wurde und noch geduldet wird. Der Umstand, dass die Beteiligte zu 2 das Grundstück der Beteiligten zu 1 nutzt, besagt gerade nicht, dass sich die Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 mit dinglicher Wirkung verpflichtet hätten, ihr diese Benutzung zu gestatten.

Deshalb könnte die Frage, ob überhaupt eine stillschweigende Einräumung des Geh- und Fahrrechts materiellrechtlich möglich war, an sich offen bleiben, da es an jeglichem brauchbaren Nachweis fehlt. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass dies nicht der Fall ist. Für den Bezirk

des AG Tirschenreuth kam zum Zeitpunkt der behaupteten Entstehung des Rechts ausschließlich Bayerisches Allgemeines Landrecht zur Anwendung (*Völderndorff*, Civilgesetzstatistik des Königreichs Bayern, 1880, S. 212). Dieses machte neben der Ingebrauchnahme des dienenden Grundstücks vor dem 1.7.1862, Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bayerischen Notariatsgesetzes vom 10.11.1861, die Schriftform der Bestellung zur Voraussetzung. Nach diesem Zeitpunkt war die notarielle Verlautbarung erforderlich (vgl. *Meisner/Ring/Götz*, Nachbarrecht in Bayern, § 32 Rdnr. 14 a).

5. BGB §§ 1585 c, 138 Abs. 1 (*Unwirksamer Unterhaltsverzicht eines ausländischen Ehegatten*)

Zur Unwirksamkeit eines ehevertraglichen Unterhaltsverzichts, durch den sich ein Ehegatte von jeder Verantwortung für seinen aus dem Ausland eingereisten Ehegatten freizeichnet, wenn dieser seine bisherige Heimat endgültig verlassen hat, in Deutschland (jedenfalls auch) im Hinblick auf die Eheschließung ansässig geworden ist und schon bei Vertragsschluss die Möglichkeit nicht fern lag, dass er sich im Falle des Scheiterns der Ehe nicht selbst werde unterhalten können.

BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 119/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragsgegnerin begehrt – als Folgesache – nahehelichen Unterhalt wegen Krankheit.

Der 1948 geborene Antragsteller und die 1960 geborene Antragsgegnerin schlossen am 14.4.1997 miteinander in Mainz einen notariellen Ehevertrag und am 15.4.1997 daselbst die Ehe. Die Antragsgegnerin war russische Staatsangehörige, Klavierlehrerin und der deutschen Sprache nicht mächtig; sie war, nachdem die Parteien sich seit 1996 über Brief- und Telefonkontakte kennen gelernt hatten, Ende 1996 mit ihrem 1988 geborenen Sohn Sergej aus Russland mit einem Besuchervisum in die Bundesrepublik eingereist.

Im Ehevertrag vom 14.4.1997 wählten die Parteien deutsches Güterrecht; für den Fall der Scheidung sollte jedoch jeglicher Grundbesitz beim Zugewinnausgleich unberücksichtigt bleiben. Außerdem schlossen die Parteien den Versorgungsausgleich aus und verzichteten wechselseitig auf Unterhalt, auch für den Fall der Not. In einem weiteren, am 15.10.1997 geschlossenen notariellen Ehevertrag vereinbarten die Parteien Gütertrennung.

Die Antragsgegnerin litt bereits bei Abschluss des ersten Ehevertrags an einer „untersuchungsbedürftigen Erkrankung“ („Skoliose und Bandscheibenproblematik“; „Sensibilitätsstörungen“), was dem Antragsteller bekannt war. Diese Erkrankung wurde allerdings erst im Mai 1997 klinisch sicher als Multiple Sklerose diagnostiziert. Sie hat inzwischen dazu geführt, dass die Antragsgegnerin erwerbsunfähig und seit Oktober 1997 vollständig gehunfähig, auf einen Rollstuhl angewiesen und pflegebedürftig ist. Die Antragsgegnerin behauptet, dass dem Antragsteller die Diagnose „Multiple Sklerose“ bereits bei Abschluss des ersten Ehevertrags bekannt gewesen sei. Außerdem habe ihr vor und bei Abschluss dieses Vertrags keine Übersetzung in die russische Sprache vorgelegen.

Seit Oktober 2001 leben die Parteien getrennt. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen. Inzwischen hat die Antragsgegnerin die deutsche Staatsangehörigkeit erworben.

Das AG hat die Ehe geschieden und die Unterhaltsklage abgewiesen. Das OLG hat den Antragsteller zur Zahlung nahehelichen Unterhalts in Höhe von monatlich 795 € verurteilt; im Übrigen hat es die Unterhaltsklage abgewiesen und die weitergehende Berufung der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Mit der auf den Unterhalt beschränkt zugelassenen Revision begehrt der Antragsteller, das amtsgerichtliche Urteil hinsichtlich des Ausspruchs zum Unterhalt wiederherzustellen.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist nicht begründet.

I.

(...)

2. a) Wie der Senat in seinem Urteil vom 11.2.2004 (BGHZ 158, 81 = MittBayNot 2004, 270; vgl. ferner BGH, MittBayNot 2005, 308 und DNotZ 2005, 226; BGH, DNotZ 2005, 703 und DNotZ 2005, 853 sowie DNotZ 2005, 857) dargelegt hat, darf die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die Vereinbarung der Ehegatten über die Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

b) Dabei hat der Tatrichter zunächst – im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle – zu prüfen, ob die Vereinbarung über den Ausschluss einer Scheidungsfolge – hier: des nahehehlichen Unterhalts – allein oder im Zusammenhang mit den übrigen ehevertraglichen Regelungen schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Das ist nicht nur dann der Fall, wie der Entscheidung des OLG zu entnehmen sein könnte, wenn ein Ehegatte sich – für den anderen Ehegatten erkennbar – in einer Zwangslage befindet, die ihn veranlasst, in den Abschluss des für ihn nachteiligen Ehevertrags einzuwilligen. Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und ggf. auf deren Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen.

Eine solche den festgestellten Sachverhalt erschöpfende Gesamtwürdigung führt – entgegen der Auffassung des OLG – hier dazu, den von den Parteien vereinbarten Unterhaltsverzicht bereits für sittenwidrig zu erachten:

Zwar gehört es, wie der Senat dargelegt hat, zum grundgesetzlich verbürgten Recht der Ehegatten, ihre eheliche Lebensgemeinschaft eigenverantwortlich und frei von gesetzlichen Vorgaben entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen zu gestalten. Die auf die Scheidungsfolgen bezogene Vertragsfreiheit entspringt insoweit dem legitimen Bedürfnis, Abweichungen von den gesetzlich geregelten Scheidungsfolgen zu vereinbaren, die zu dem individuellen Ehebild der Ehegatten besser passen. So können aus

der gemeinsamen Verantwortung der Ehegatten füreinander von vornherein etwa Lebensrisiken eines Partners herausgenommen werden, wie sie z. B. in einer bereits vor der Ehe zu Tage getretenen Krankheit oder in einer Ausbildung, die offenkundig keine Erwerbsgrundlage verspricht, angelegt sind (BGHZ 158, 81, 95 = MittBayNot 2004, 270). Entsprechendes gilt auch für andere nicht ehebedingte Risiken (BGH, DNotZ 2007, 128).

Diese Grundsätze bedeuten indes nicht, dass sich ein Ehegatte über einen ehevertraglichen Verzicht von jeder Verantwortung für seinen aus dem Ausland eingereisten Ehegatten in Fällen freizeichnen kann, in denen dieser seine bisherige Heimat endgültig verlassen hat, in Deutschland (jedenfalls auch) im Hinblick auf die Eheschließung ansässig geworden ist und schon bei Vertragsschluss die Möglichkeit nicht fern lag, dass er sich – etwa aufgrund mangelnder Sprachkenntnisse, aufgrund seiner Ausbildung oder auch infolge einer Krankheit – im Falle des Scheiterns der Ehe nicht selbst werde unterhalten können. Auch wenn in einem solchen Fall die mangelnde Kenntnis der deutschen Sprache, die fehlende oder in Deutschland nicht verwertbare berufliche Ausbildung oder die Krankheit dieses Ehegatten als solche nicht ehebedingt ist, so ist doch die konkrete Bedarfssituation, in die dieser Ehegatte mit der Trennung oder Scheidung gerät, eine mittelbare Folge der Eheschließung. Es widerspricht der nahehehlichen Solidarität, den früheren Ehegatten, der erst im Hinblick auf die Eheschließung in Deutschland ansässig geworden ist, die Folgen einer hier eingetretenen und bei Abschluss des Ehevertrags zumindest vorhersehbaren Bedürftigkeit allein tragen zu lassen.

So liegen die Dinge auch hier. Die Antragsgegnerin war 1997 mit ihrem damals achtjährigen Sohn aus Russland mit einem Besuchervisum und auf Einladung des Antragstellers in die Bundesrepublik eingereist; die Parteien haben noch während der Laufzeit des Besuchervisums einen Unterhaltsverzicht vereinbart und miteinander die Ehe geschlossen. Die Antragsgegnerin befand sich dabei in einer deutlich schwächeren Verhandlungsposition, weil sie ohne die Eheschließung weder eine unbefristete Aufenthalts- noch eine Arbeitserlaubnis erhalten hätte (vgl. BGH, DNotZ 2006, 863) und somit ihren Wunsch, im Inland zu bleiben, nicht hätte verwirklichen können. Außerdem war bereits bei Abschluss des Ehevertrags absehbar, dass die Antragsgegnerin, die der deutschen Sprache nicht mächtig war, als Klavierlehrerin in Deutschland schwerlich Erwerbsmöglichkeiten finden würde, die ihr und ihrem Kind im Trennungsfall ein vom Antragsteller wirtschaftlich unabhängiges Auskommen hätten vermitteln können. Zudem stand bereits im Zeitpunkt des Unterhaltsverzichts fest, dass die Antragsgegnerin an einer „untersuchungsbedürftigen Krankheit“ litt, die jedenfalls als „Skoliose und Bandscheibenproblematik“ angesehen wurde, bereits zu „Sensibilitätsstörungen“ geführt hatte und schon in dem auf die Eheschließung folgenden Monat als Multiple Sklerose sicher diagnostiziert wurde. Auch wenn man mit dem OLG davon ausgeht, dass die Schwere der Krankheit der Antragsgegnerin den Parteien bei Abschluss des Unterhaltsverzichts noch nicht bekannt war, so legte doch das ihnen nach den Feststellungen des OLG unstreitig bekannte Krankheitsbild die Möglichkeit einer künftigen eingeschränkten Erwerbsfähigkeit der Antragsgegnerin zumindest nahe. Wenn der Antragsteller gleichwohl mit der Antragsgegnerin in Kenntnis ihrer möglicherweise nur eng begrenzten Chancen auf dem deutschen Arbeitsmarkt und ihrer vorhersehbar nur begrenzten gesundheitlichen Belastbarkeit einen Unterhaltsverzicht vereinbarte, der auch nicht durch Gegenleistungen kompensiert wurde, verletzte er damit in sittenwidriger Weise das Gebot nahehehlicher Solidarität, das – nach der vom Senat aufgestellten

Rangfolge – vorrangig im Unterhaltsanspruch wegen Krankheit, aber auch im Unterhaltsanspruch wegen Erwerbslosigkeit seinen Ausdruck findet. Die vertragliche Abbedingung dieser Unterhaltspflichten führt dazu, dass dem Unterhaltsverzicht der Antragsgegnerin, weil sittenwidrig, die Anerkennung der Rechtsordnung zu versagen ist.

c) In seiner Entscheidung vom 25.10.2006 (DNotZ 2007, 128) hat der Senat die Frage offengelassen, ob sich ein Unterhaltsverzicht auch deshalb als sittenwidrig erweisen kann, weil aufgrund der Eheschließung eine Belastung des Sozialhilfeträgers eintritt, der für einen Ehegatten dauerhaft oder doch längerfristig aufkommen muss, weil die Ehegatten für den Scheidungsfall eine Unterhaltspflicht des anderen Ehegatten ausgeschlossen haben. Er hat dabei insbesondere Fälle angesprochen, in denen ein ausländischer Staatsangehöriger – wie hier die Antragsgegnerin, die sich nach den Feststellungen des OLG vor dem Hintergrund einer drohenden Ausreisepflicht in den „sozialen Schutz“ der Ehe mit dem Antragsteller begab – durch die Eheschließung mit einem deutschen Staatsangehörigen ausländische Vorteile erstrebt, die zu einer dauerhaften oder doch langfristigen Inanspruchnahme des Sozialhilfeträgers führen würden, wenn der von den Ehegatten vereinbarte Unterhaltsverzicht wirksam wäre. Diese Frage kann auch hier dahinstehen; denn der von den Parteien vereinbarte Unterhaltsverzicht hält, wie gezeigt, bereits einer auf das Verhältnis der Ehegatten zueinander bezogenen Wirksamkeitskontrolle nicht stand.

d) Ebenso kann offen bleiben, ob – wie das OLG meint – dem Antragsteller im Rahmen der Ausübungskontrolle die Berufung auf den vereinbarten Unterhaltsausschluss im Hinblick auf die Entwicklung der Verhältnisse nach Abschluss des Ehevertrags verwehrt werden könnte. Denn für eine solche Ausübungskontrolle am Maßstab des § 242 BGB ist kein Raum mehr, wenn die zu kontrollierende Regelung schon der vorrangigen Wirksamkeitskontrolle (§ 138 BGB) nicht standhält. Das ist hier der Fall.

II.

Auch die Bemessung des der Antragsgegnerin zuerkannten Unterhalts, der sich hier wegen der Sittenwidrigkeit des Unterhaltsverzichts nach den gesetzlichen Bestimmungen bemisst, lässt Rechts- oder Verfahrensfehler zum Nachteil des Antragstellers nicht erkennen. (...)

Anmerkung:

I. Zum Sachverhalt

Die Ausgangssituation ist so selten nicht: Ein nicht mehr ganz junger Mann hat – durch Brief- und Telefonkontakte – eine jüngere ausländische Partnerin gefunden. Diese ist mit einem Besuchervisum auf Einladung des Mannes in die Bundesrepublik eingereist. Eine längere Phase unverbindlichen Kennenlernens ohne dauerhafte gegenseitige Bindungen ist jedenfalls im Inland nicht möglich, weil das Visum befristet ist. Den Ausweg aus diesem Dilemma sehen die Beteiligten in einer Eheschließung „auf Probe“, d. h. sie vereinbaren ehevertraglich den beiderseitigen Ausschluss aller Scheidungsfolgen, wobei sich dies faktisch natürlich nur zu Lasten der ausländischen Partnerin auswirkt.¹ Im entschiedenen Fall

¹ Die Fallkonstellation kommt auch umgekehrt vor. Das zeigt der im Mai 2006 (BGH, DNotZ 2007, 138) entschiedene Fall des polnischen Bauarbeiters und die Praxis jeden Vertragsgestalters. Der BGH spricht im Leitsatz auch ausdrücklich vom „aus dem Ausland eingereisten Ehegatten“.

kamen noch einige Besonderheiten hinzu: Die russische Staatsangehörige brachte ihren achtjährigen Sohn aus einer früheren Beziehung mit nach Deutschland. Sie verfügte über eine Ausbildung als Klavierlehrerin, war jedoch der deutschen Sprache nicht mächtig, ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt dementsprechend gering. Spätestens bei Abschluss des Ehevertrages wusste der Ehemann, dass die Aussicht eigener Erwerbstätigkeit der Ehefrau wegen ihres Gesundheitszustandes weiter eingeschränkt sein würde.

Wenige Monate nach Eheschließung ist die Ehefrau gehunfähig und pflegebedürftig. 2001 kommt es zur Trennung, dann zur Scheidung. Die Ehefrau, die inzwischen deutsche Staatsangehörige geworden ist, verlangt Unterhalt.

Das OLG hat Unterhalt zugesprochen, weil es den Verzicht im Rahmen des § 242 BGB für unwirksam gehalten hat. Der BGH hat die Entscheidung im Ergebnis bestätigt, jedoch auf anfängliche Unwirksamkeit wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB gestützt.

II. Analyse des Urteils

Auf den ersten Blick erstaunt das vorstehende BGH-Urteil,² weil es die erst kürzlich³ bestätigte Möglichkeit zu einschränkenden oder auch vollständig ausschließenden ehevertraglichen Vereinbarungen hinsichtlich des Kranken- und/oder Altersvorsorgeunterhalts wieder in Frage zu stellen scheint.

Für den Vertragsgestalter ist das Urteil jedoch auch und vor allem deshalb bedeutsam, weil der BGH den Ehevertrag schon auf der ersten Stufe der Inhaltskontrolle, der Wirksamkeitskontrolle nach § 138 BGB, scheitern lässt und nicht erst – wie das OLG – im Rahmen der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB maßgeschneiderte behutsam anpassende Lösungen sucht.

Ist dies nun ein neuer „Paukenschlag“?⁴ Ist jetzt das Ende der Ehevertragsfreiheit oder gar der Eheschließungsfreiheit jedenfalls für Ausländer und chronisch Kranke eingeläutet?⁵

Ich meine, bei genauer Analyse der Entscheidung kann man diese Frage verneinen. Fortgeführt und bestätigt wird vom BGH nicht nur die Rechtsprechung speziell zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen, die seit 2004 in Folge der Leitentscheidungen des BVerfG⁶ entwickelt worden ist (Kernbereichslehre),⁷ sondern auch zu den allgemeinen Grundsätzen der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB als Folge eines Vertrages zulasten Dritter, insbesondere der Sozialhilfeträger.

Nach wie vor steht es jedem Paar frei, sein Ehebild eigenverantwortlich zu wählen und ggf. vertragliche Abweichungen von den gesetzlichen Scheidungsfolgen zu definieren. Selbstverständlich gilt das auch für gemischt-nationale Paare. Für diese stellen sich aber zahlreiche zusätzliche individuell regelungsbedürftige Fragen, die bei einem deutschen Paar im Normalfall nicht relevant werden: Anwendbares Recht, Reisefreiheit, Fragen der (auch religiösen) Erziehung der Kinder und deren Verbringen ins Ausland etc. Deshalb gibt es Informationsschriften des Bundesverwaltungsamtes für die Bürger und deshalb sind diese auch sinnvoll. Diese können und wol-

² Grziwotz, DNotZ 2007, 304; „bemerkenswert“.

³ BGH, DNotZ 2007, 128.

⁴ v. Münch, MittBayNot 2003, 107.

⁵ In diese Richtung deuten die Bedenken von Grziwotz, DNotZ 2007, 304, 306.

⁶ BVerfG, DNotZ 2001, 222; DNotZ 2001, 708; NJW 2002, 1185.

⁷ BGH, DNotZ 2004, 550.

len jedoch nicht Vertragsgestaltungen legitimieren, in denen sich ein Partner von der Verantwortung freizeichnet, der jedes deutsche Paar zwangsweise unterliegt. Die (nach)eheliche Solidarität gebietet einen angemessenen Ausgleich ehebedingter Nachteile. Diese Verpflichtung muss in den Fällen, in denen ein Ehepartner sein Leben um der Ehe(schließung) willen völlig umkrepelt und jegliche Sicherheit aus den früheren Lebensumständen aufgibt, noch höher gewichtet werden als im „Normalfall“. Es besteht kein Grund, die besonderen Risiken einer Eheschließung mit einem ausländischen Partner dahingehend zu vergesellschaften, dass von vornherein absehbar zulasten der Sozialhilfe Vertragsgestaltungen anerkannt werden, die zwei deutschen Ehegatten nicht offen stehen.

Ob der ausländische Partner neben der Eheschließung oder mit der Eheschließung noch andere Zwecke verfolgt (z. B. Aufenthaltsrecht, Zuwanderung – u. U. mit Angehörigen – ins deutsche Sozialsystem, Möglichkeit der Unterstützung von Angehörigen in der Heimat durch bessere materielle Situation in der Ehe oder jedenfalls im Inland) ist in diesem Zusammenhang nicht erheblich. Ebensowenig ist bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages relevant, ob das geltende und zurzeit kontrovers diskutierte Unterhaltsrecht als angemessen empfunden wird oder ob es mit ausländischen Unterhaltssystemen vergleichbar ist.

Die „strukturelle Unterlegenheit“ des ausländischen Partners – Zeitdruck infolge fehlenden Aufenthaltsrechts, Sprachprobleme und daraus folgend häufig eingeschränkte oder völlig fehlende Chancen auf dem Erwerbsmarkt – sind Umstände, die bei Vertragsschluss und Eheschließung allen Beteiligten bekannt und deren Konsequenzen absehbar sind. Werden sie gleichwohl übergangen, so droht – zu Recht – das scharfe Schwert der Wirksamkeitskontrolle.

In Betracht hätte man die vorgenannten Gesichtspunkte und auch die Einkommenssituation im Heimatland jedoch bei der Frage nach dem Umfang und der Bedeutung eines möglichen ehelichen Nachteils und der ggf. zur Vermeidung der Unwirksamkeit in Folge Sittenwidrigkeit erforderlichen Kompensation (Ausgleich der ehebedingten Nachteile) bei der Vertragsgestaltung ziehen dürfen und müssen. Die Lebensstandardgarantie, die das derzeit noch geltende Unterhaltsrecht – z. B. über den Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB – gewährt, ist durch ehevertragliche Vereinbarungen modifizierbar. Dass ehebedingte Nachteile in jedem Fall ausgeglichen werden müssen, bedeutet nicht zwangsläufig, dass ehebedingte Vorteile auch nach der Scheidung der Ehe in jedem Fall erhalten bleiben müssen.

Entscheidungserheblich war im vorliegenden Fall nicht, ob der geltend gemachte Anspruch auf Unterhalt wegen Krankheit nach der Kernbereichslehre ehevertraglich wirksam hätte modifiziert oder ganz ausgeschlossen werden können. Dazu hat das Gericht auch nicht Stellung genommen.

Entscheidend für das harte Urteil des BGH dürfte gewesen sein, dass es sich – und zwar schon bei Vertragsschluss absehbar – um einen einseitigen Totalverzicht ohne jeglichen Ausgleich ehebedingter Nachteile und ohne jede sonstige Kompensation handelte. Dass die Eheschließung bzw. die Ehe als solche mit den während der Ehezeit bestehenden Vorteilen vom Unterhaltsanspruch bis zum Aufenthaltsrecht und der Arbeitserlaubnis nicht zur Kompensation taugt, steht spätestens seit der Leitentscheidung des BVerfG⁸ aus dem Jahr

2001 fest. Die Kompensation muss vom Ehe- und Vertragspartner kommen und aus dessen Vermögen gewährt werden, nicht aus der Kasse des Sozialhilfeträgers.

Von dem Grundsatz, dass bestimmte nicht ehebezogene Risiken (z. B. Krankheit) aus der (nach)ehelichen Solidarität ausgenommen und insoweit Unterhaltsansprüche ausgeschlossen werden können, wenn keine ehebedingten Nachteile drohen, ist der BGH jedenfalls in der vorliegenden Entscheidung nicht abgerückt.

Eheverträge können weiterhin auch mit chronisch Kranken oder Suchtgefährdeten wirksam vereinbart werden.⁹ Der ehevertragliche Verzicht auf Unterhalt führt hier nämlich gerade nicht zum ehebedingten Nachteil und ist daher legitim, soweit die gewählte Gestaltung im Übrigen zum gewählten und gelebten Ehebild passen.¹⁰

III. Fazit und Ausblick

Der BGH hält inhaltlich, nicht nur dem Wortlaut nach, an der grundsätzlichen Disponibilität der gesetzlich vorgesehenen Scheidungsfolgen fest. Das Gesetz lässt Eheverträge zu, nach wie vor auch solche, in denen ein Vertragsteil auf Vorteile oder Schutzmechanismen verzichtet, die ihm der Gesetzgeber zugeordnet hätte.

Im Rahmen der Inhaltskontrolle, der jeder Ehevertrag im Krisenfall unterliegt, ist jedoch das entscheidende Kriterium die Frage, ob durch den Ehevertrag von vornherein einem Partner unzumutbare Nachteile aufgebürdet werden. Das haben das BVerfG und der BGH seit 2001 bzw. 2004 immer wieder ausdrücklich betont. Fehlt jeder oder jedenfalls ein angemessener Ausgleich ehebedingter Nachteile, so führt dies zur Unwirksamkeit des Ehevertrages: Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle von vornherein und unheilbar nach § 138 BGB, wenn es schon bei Abschluss des Ehevertrages auf der Grundlage der dann aktuellen Umstände absehbar ist. Im Rahmen der Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB mit der Folge der Unwirksamkeit oder einer angemessenen Anpassung, wenn sich die Umstände unerwartet geändert haben und eine Anpassung unterblieben ist.

Für den Vertragsgestalter heißt dies, dass die gründliche Sachverhaltsaufklärung und eine möglichst umfassende Dokumentation der gelebten und geplanten Umstände unverzichtbar ist. Die möglichen Folgen unvollständiger oder unzutreffender Angaben in Bezug auf die persönliche und die materielle Situation der Vertragsbeteiligten muss diesen vom Notar drastisch vor Augen geführt werden: Wer beschönigt oder gar lügt, der vergrößert die Risiken der Inhaltskontrolle und muss sich darauf einstellen, dass im Ernstfall alle, auch die an sich unproblematischen Vereinbarungen unwirksam sind.

Ein Widerspruch zum geplanten neuen Unterhaltsrecht, das den Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit nach der Scheidung stärker betonen will, liegt darin nicht. Die Rechtsprechung des BGH soll nämlich gerade dazu führen, dass die Ehepartner Verantwortung füreinander und für die eigenen Handlungen übernehmen und nicht die Risiken einer gemischt-nationalen Ehe letztlich auf die Gesellschaft überwälzen können.

Notarin *Eva-Maria Brandt*, Friedberg

⁹ So wohl *Grzizwotz*, DNotZ 2007, 305.

¹⁰ So ausdrücklich BGH, DNotZ 2007, 301; BGH, DNotZ 2007, 128; BGH, DNotZ 2004, 550.

⁸ BVerfG, DNotZ 2001, 222; DNotZ 2001, 708; NJW 2002, 1185.

6. BGB §§ 273, 1476 Abs. 2, 1477 Abs. 2 (*Wertersatz bei Auseinandersetzung Gütergemeinschaft*)

- a) **Übernimmt ein Ehegatte eine in die Gütergemeinschaft eingebrachte Sache, ist der zu leistende Wertersatz mit der Übernahme fällig, kann aber wegen der vorrangigen Verrechnung mit seinem Anteil an dem Auseinandersetzungsguthaben erst nach endgültiger Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft als Zahlungsanspruch geltend gemacht werden.**
- b) **Ist noch nicht absehbar, ob der Wert des restlichen Auseinandersetzungsguthabens den Wert der übernommenen Sache erreicht, kann der andere Ehegatte im Rahmen eines Zurückbehaltungsrechts Sicherheitsleistung bis zur Höhe des hälftigen Wertes der übernommenen Sache verlangen.**

BGH, Urteil vom 31.1.2007, XII ZR 131/04; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin begehrt die Übernahme eines von ihr in die Gütergemeinschaft mit dem Beklagten eingebrachten Grundstücks.

Die Parteien hatten am 28.7.1961 die Ehe geschlossen, lebten seit Oktober 1989 getrennt und wurden mit Urteil vom 21.3.1997 (inzwischen rechtskräftig) geschieden. Während der Ehe übertrugen die Eltern der Klägerin ihr mit notariellem Vertrag vom 6.10.1964 das streitbefangene Grundstück unter Anrechnung auf ein künftiges Erb- und Pflichtteilsrecht. In der Folgezeit wurde das Grundstück bebaut; seit der Trennung der Parteien leben die Klägerin und der gemeinsame Sohn der Parteien in dem Haus.

Mit notariellem Ehe- und Erbvertrag vom 21.5.1965 vereinbarten die Parteien für die weitere Dauer ihrer Ehe Gütergemeinschaft, in die auch das streitgegenständliche Grundstück als Gesamtgut eingebracht wurde. Die Gütergemeinschaft ist noch nicht auseinandergesetzt; Gesamtgutsverbindlichkeiten bestehen nicht mehr. Die Klägerin begehrt vor der endgültigen Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft die Übernahme des von ihr eingebrachten Grundstücks.

Das AG hat den Beklagten zu der beantragten Auflassung des Gesamthandseigentums verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG das Urteil abgeändert und der Klage lediglich Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 79.000 € stattgegeben. Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer – vom OLG zugelassenen – Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet.

(...)

II.

Das Berufungsgericht hat zu Recht entschieden, dass die Klägerin nur Zug um Zug gegen Sicherheitsleistung in Höhe des hälftigen Wertes berechtigt ist, das von ihr in das Gesamtgut eingebrachte Grundstück zu übernehmen.

1. Zu Recht – und von der Revision als ihr günstig auch nicht angegriffen – haben die Vorinstanzen der Klägerin die vorzeitige Übernahme des von ihr eingebrachten Grundstücks gestattet.

a) Mit der rechtskräftigen Ehescheidung ist die vereinbarte Gütergemeinschaft beendet; die Parteien haben sich jedoch noch über das Gesamtgut auseinanderzusetzen (§ 1471 BGB). Das geschieht gemäß § 1474 BGB nach den §§ 1475 bis 1481 BGB und den insoweit inhaltsgleichen Regelungen des Ehevertrages. Danach haben die Parteien zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen, bevor sie sich über die Art und Weise der Verteilung des Überschusses auseinandersetzen können (vgl. insoweit BGH, FamRZ 1986, 40, 41). Zur Art und Weise der Verteilung des Überschusses gehört auch die Ausübung des Übernahmerechts an einem eingebrachten

Gegenstand. Auch dem muss somit nach § 1475 Abs. 3 BGB grundsätzlich die Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten vorausgehen (*Schröder/Bergschneider/Klüber*, Familienvermögensrecht, Rdnr. 4.796). Nach dem Schutzzweck des § 1475 Abs. 3 BGB kommt eine Übernahme des eingebrachten Gegenstandes vor Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten aber ausnahmsweise schon dann in Betracht, wenn abzusehen ist, dass der Gegenstand nicht in Geld umgesetzt werden muss, um Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigen zu können (BGH, FamRZ 1986, 883).

b) An dieser Rechtslage ändert sich auch dann nichts, wenn ein Ehegatte sein Übernahmerecht an einem bestimmten Gegenstand des Gesamtguts vor der endgültigen Teilung des Überschusses geltend macht (BGH, FamRZ 1988, 926, 927; *Erman/Heckelmann*, BGB, 11. Aufl., § 1476 Rdnr. 2).

Nach dem Gesetz führt die Ausübung des Übernahmerechts – anders als der Verkauf eines zum Gesamtgut gehörenden Gegenstandes an einen Dritten gemäß § 1473 Abs. 1 BGB – nicht zu einem rechtsgeschäftlich begründeten gegenseitigen Vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gesamtgut, aus dem sich ein Zahlungsanspruch des Gesamtguts gegen den Übernehmer in Höhe des Wertes des übernommenen Gegenstandes herleiten ließe (BGH, FamRZ 1988, 926 f.). Was der übernehmende Ehegatte als Wert des übernommenen Gegenstandes zum Gesamtgut zu ersetzen hat (§ 1477 Abs. 2 BGB), muss er deswegen auch bei vorzeitiger Ausübung des Übernahmerechts nach § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB regelmäßig nicht in Geld zahlen, sondern kann es sich auf seinen Überschussanteil anrechnen lassen. Für die Berechnung des Überschusses tritt dann lediglich rechnerisch anstelle des übernommenen Gegenstandes dessen Wert, der schließlich von dem diesem Ehegatten zustehenden Überschussanteil – als schon erhalten – abzusetzen ist.

Nur wenn der Wert des übernommenen Gegenstandes den Wert des übrigen Überschusses übersteigt, reicht der diesem Ehegatten zustehende Überschussanteil nicht aus, um den Anspruch auf Wertersatz durch Anrechnung zu tilgen. Dann bleibt der übernehmende Ehegatte dem anderen Ehegatten bei der endgültigen Auseinandersetzung unmittelbar zum Wertersatz verpflichtet (§ 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB). Dieser direkte Ersatzanspruch des anderen Ehegatten kann sich allerdings höchstens auf die Hälfte des Wertes des übernommenen Gegenstandes belaufen, wenn nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten kein Überschuss verbleibt, der zwischen den Ehegatten geteilt werden kann.

2. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Revision hat das Berufungsgericht den Beklagten zu Recht nur gegen Sicherheitsleistung verurteilt. Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts widerspricht insbesondere nicht dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften über die Auseinandersetzung des Gesamtguts.

a) Allerdings will das Gesetz mit der Gewährung des Übernahmerechts verhindern, dass – entsprechend den nach § 1477 Abs. 1 BGB anwendbaren Regeln der §§ 752 f. BGB – Vermögensgegenstände geteilt oder veräußert werden, an deren ungeteiltem Bestand in seiner Hand ein Ehegatte ein schutzwürdiges Interesse hat. Die Übernahme solcher Gegenstände, die das Gesetz durch die Verrechnungsregelung des § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB erleichtern will, würde dem berechtigten Ehegatten aber erschwert, wenn nicht sogar wirtschaftlich unmöglich gemacht, wenn er dafür – zunächst – vollen Wertersatz in das Gesamtgut zu leisten hätte und gegebenenfalls zu diesem Zweck Kredit aufnehmen müsste (BGH, FamRZ 1988, 926, 927).

Andererseits sieht das Gesetz in § 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB einen direkten Ersatzanspruch des anderen Ehegatten vor, soweit der den Gegenstand übernehmende Ehegatte den Wertersatz nicht durch Anrechnung auf seinen Überschussanteil leisten kann. Soweit der Wert des übernommenen Gegenstandes also den Wert des übrigen Gesamtguts nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten übersteigt, verbleibt es – in Höhe der hälftigen Differenz – bei einem unmittelbaren Anspruch auf Wertersatz gegen den übernehmenden Ehegatten. Die Sicherung des Anspruchs, der unmittelbar aus der Übernahme des Gegenstandes durch einen Ehegatten folgt, liegt im berechtigten Interesse des anderen Ehegatten. Das gilt insbesondere dann, wenn der übernehmende Ehegatte – wie hier – nach seinen sonstigen Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht in der Lage ist, einen bei der endgültigen Auseinandersetzung eventuell zu leistenden Wertersatz anderweit auszugleichen.

Wenn ein Ehegatte einen von ihm eingebrachten Gegenstand erst bei der endgültigen Überschussverteilung übernimmt, ist die Art und Weise des unmittelbar an den anderen Ehegatten zu zahlenden Ersatzes (§ 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB) ebenso wie die Anrechnung auf den Überschussanteil nach § 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB unproblematisch (vgl. BGHZ 84, 333, 336 f.). Solches ist hingegen nicht möglich, wenn die Auseinandersetzung des Gesamtguts noch nicht abgeschlossen und deswegen die Höhe des Überschusses und damit auch die Höhe des Überschussanteils des übernehmenden Ehegatten noch nicht abschließend geklärt ist. In solchen Fällen steht dem Übernahmerecht des einen Ehegatten ein legitimes Sicherungsinteresse des anderen in dem Umfang gegenüber, der nicht durch Verrechnung mit dem Überschussanteil ausgeglichen werden kann. Das ist stets der hälftige Wert der übernommenen Sache, wenn nicht sicher feststeht, dass und in welchem Umfang eine Anrechnung auf den Anteil am sonstigen Überschuss in Betracht kommt oder eine Aufrechnung mit einem Anspruch aus § 1478 Abs. 1 BGB möglich ist (vgl. Münch-KommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl., § 1477 Rdnr. 10).

b) In diesem Umfang ist das Berufungsgericht hier zu Recht davon ausgegangen, dass dem Beklagten grundsätzlich ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Die Verpflichtung des übernehmenden Ehegatten zum Wertersatz nach § 1476 Abs. 2 Satz 2 BGB entstammt der vereinbarten Gütergemeinschaft und somit demselben rechtlichen Verhältnis wie das Übernahmerecht dieses Ehegatten.

Entgegen der Auffassung der Revision ist dieser Ersatzanspruch des anderen Ehegatten schon mit der Ausübung des Übernahmerechts fällig. Nach § 1477 Abs. 2 BGB kann ein Ehegatte die eingebrachten Sachen nur gegen Ersatz des Wertes übernehmen, weil der Überschussanteil aus dem Gesamtgut trotz vorzeitiger Ausübung des Übernahmerechts im Umfang unverändert bleiben muss (so auch *Schröder/Bergschneider/Klüber*, Familienvermögensrecht, Rdnr. 4.725). Entsprechend sieht § 1476 Abs. 2 BGB ausdrücklich vor, dass der übernehmende Ehegatte dem anderen – soweit eine (spätere) Verrechnung mit seinem Überschussanteil aus der Auseinandersetzung des Gesamtguts nicht in Betracht kommt – persönlich zum Ersatz des Wertes nach § 1477 Abs. 2 BGB verpflichtet „bleibt“. Das Gesetz schließt eine unmittelbare Zahlungspflicht bei – vorzeitiger – Übernahme eingebrachter Sachen somit nicht durch eine spätere Fälligkeit des Wertersatzes, sondern allein durch die besondere Verrechnungsklausel in § 1476 Abs. 2 BGB aus. Dem entspricht es auch, dass sich der im Falle einer vorzeitigen Übernahme zu ersetzende Wert nach dem Zeitpunkt der Übernahme, bei Grundstücken also nach dem Zeitpunkt der Eintragung in das Grundbuch be-

misst (BGH, FamRZ 1986, 40, 41 f.; FamRZ 1984, 254, 256). Obwohl der Anspruch auf Wertersatz schon mit Ausübung des Übernahmerechts fällig wird, ordnet § 1476 Abs. 2 BGB eine vorrangige Verrechnung mit dem anteiligen Anspruch aus dem Gesamtgut an. Bis zur endgültigen Auseinandersetzung steht die vorrangige Verrechnung also der Durchsetzung eines unmittelbaren Zahlungsanspruches entgegen. Entsprechend geht auch die einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass der andere Ehegatte gegenüber dem Rücknahmeverlangen ein Zurückbehaltungsrecht ausüben kann, wenn der mit einer Übernahme verbundene Wertersatz nicht vollständig durch Verrechnung mit dem anteiligen Überschuss aus dem Gesamtgut geleistet werden kann (*Schröder/Bergschneider/Klüber*, Familienvermögensrecht, Rdnr. 4.738 und 4.797 f.; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl., § 38 Rdnr. 158 i. V. m. Fn. 222; *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 2 Rdnr. 95; *Staudinger/Thiele*, BGB, 2000, § 1477 Rdnr. 18; *Palandt/Brudermüller*, BGB, 66. Aufl., § 1477 Rdnr. 5; *Börger/Engelsing*, Eheliches Güterrecht, 2. Aufl., Rdnr. 1035; *Erman/Heckelmann*, BGB, § 1477 Rdnr. 2; OLG München, FamRZ 1996, 170).

Da sich der Beklagte auch auf das Zurückbehaltungsrecht berufen hat, war die Verurteilung zur Auflassung nach den §§ 273 Abs. 1, 274 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen Empfang „der ihm gebührenden Leistung“ möglich. Dem Beklagten gebührt zurzeit aber kein Wertersatz, sondern lediglich eine Sicherheit für einen ggf. später durchsetzbaren Zahlungsanspruch. Denn gegenwärtig steht – wie ausgeführt – noch nicht fest, ob und in welchem Umfang die Klägerin nach Verrechnung mit ihrem Anspruch aus dem Gesamtgut (§ 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB) Wertersatz zu leisten hat. Dann kann sich die von der Klägerin Zug um Zug zu erbringende Leistung auch nur auf eine entsprechende Sicherheit erstrecken (vgl. BGHZ 91, 73, 81 f.). Diese Sicherheit kann die Klägerin hier nicht im Wege einer Aufrechnung mit einem eigenen Anspruch aus § 1478 Abs. 1 BGB erbringen. Deswegen kommt als Zug um Zug zu leistende Sicherheit nach § 232 Abs. 1 BGB – wie ursprünglich von der Klägerin mit Schriftsatz vom 25.5.2004 zur Abwendung eines weiter gehenden Zurückbehaltungsrechts angekündigt – insbesondere eine Höchstbetragssicherungshypothek in Betracht. Diese ermöglicht es der Klägerin, den eingebrachten Gegenstand vorzeitig zu übernehmen, ohne daran durch die bis zur endgültigen Auseinandersetzung hinausgeschobene Zahlungspflicht gehindert zu sein. Ein Rückgriff auf die Höchstbetragshypothek kommt deswegen erst dann in Betracht, wenn die Ansprüche des anderen Ehegatten nicht bereits im Rahmen der Teilung des Überschusses berücksichtigt werden können. Umgekehrt wäre es aber unbillig, einem Ehegatten die Übernahme eines werthaltigen Gegenstandes zuzubilligen, ohne dem anderen eine Sicherheit für den schon fälligen und wegen der vorrangigen Verrechnung lediglich noch nicht durchsetzbaren Anspruch auf Wertersatz einzuräumen.

c) Ebenfalls zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch den Beklagten hier nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Denn die Klägerin ist durch die Zug-um-Zug-Verurteilung nicht unangemessen beschwert, weil sie das Eigentum an dem eingebrachten Grundstück gegen Eintragung einer Höchstbetragssicherungshypothek erlangen kann. Ergibt sich im Rahmen der Auseinandersetzung des Gesamtguts ein höherer Überschuss, kann sie den geschuldeten Wertersatz durch Verrechnung mit ihrem Anteil am Überschuss erfüllen (§ 1476 Abs. 2 Satz 1 BGB). Übersteigt der Wert des übernommenen Grundstücks hingegen ihren Anteil an dem Ge-

samtgut, muss sie hinnehmen, dass eine Übernahme des Grundstücks nur gegen anteilige Erstattung des Werts in Betracht kommt.

Soweit die Klägerin im Hinblick auf die noch nicht abgeschlossene Auseinandersetzung des Gesamtguts eine dauerhafte Belastung befürchtet, steht es ihr frei, selbst die endgültige Auseinandersetzung gerichtlich durchzusetzen.

3. Soweit das Berufungsgericht die Höhe der Zug um Zug zu erbringenden Sicherheitsleistung mit 79.000 € bemessen hat, wird dies von der Revision nicht angegriffen und lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

7. BGB § 197 Abs. 1 Nr. 2 (30-jährige Verjährungsfrist für erbrechtliche Ansprüche)

Die 30-jährige Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt für alle Ansprüche aus dem Buch 5 „Erbrecht“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs (hier: § 2218 Abs. 1 BGB i. V. m. § 666 BGB), soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.

BGH, Urteil vom 18.4.2007, IV ZR 279/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Beklagte, Onkel des Klägers, hat aufgrund eines Testaments des Großvaters des Klägers die Testamentsvollstreckung über dessen Erbteil bis zu dessen 25. Geburtstag am 4.8.1998 ausgeübt. Mit der im April 2005 eingegangenen Klage verlangt der Kläger eine geordnete Abrechnung über die vom Beklagten in der Zeit seit dem Tod seiner Mutter, die als Vorebin eingesetzt war, getätigten Geschäfte sowie Auskunft über den Bestand des ihm zustehenden Nachlasses.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, weil der auf §§ 2218, 666 BGB beruhende Anspruch gemäß § 195 BGB verjährt sei. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts, dessen Urteil in ZEV 2006, 317 veröffentlicht ist, trifft die ratio legis des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB hier nicht zu. Dass eine Klärung der Erbfolge, des Inhalts oder der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen unter Umständen erst nach langer Zeit möglich sei, spiele in Fällen der vorliegenden Art keine Rolle. Die Beteiligten seien sich vielmehr bekannt und könnten wie bei einer Geschäftsbesorgung unter Lebenden ohne längere Überlegungsfrist einschätzen, ob und welche Rechte gerichtlich geltend gemacht werden sollen. Infolge Anordnung von Vor- und Nacherbschaft komme es allenfalls zu einer langfristigen Abwicklung der Erbfolge. Strukturell sei der geltend gemachte Anspruch aber ein schuldrechtlicher und kein genuin erbrechtlicher Anspruch. Das gelte auch, soweit der Kläger in dem geltend gemachten Auskunftsanspruch einen Hilfsanspruch zum Schadensersatzanspruch aus § 2219 BGB sehe. Mithin richte sich die Verjährung im vorliegenden Fall nach § 195 BGB. Die danach geltende Dreijahresfrist laufe vom 1.1.2002 an (Art. 229 § 6 Abs. 1 und 4 EGBGB) und sei bei Eingang der Klage verstrichen gewesen.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

a) Der geltend gemachte Anspruch auf Rechnungslegung und Auskunft verjähre vor dem 1.1.2002 in dreißig Jahren (§ 195 BGB a. F.). Diese Verjährungsfrist wird in § 197

Abs. 1 Nr. 2 BGB für familien- und erbrechtliche Ansprüche aufrechterhalten. In der Begründung des Entwurfs dieser Vorschrift wird ausgeführt (BT-Drucks. 14/6040, S. 106):

„Auch für Ansprüche aus dem Erb- und Familienrecht soll es bei der bisher geltenden Verjährungsfrist von 30 Jahren bleiben. Dieser Entscheidung des Entwurfs liegt zugrunde, dass sich die maßgeblichen Verhältnisse mitunter erst lange Zeit nach der Anspruchsentstehung klären lassen (z. B. im Erbrecht infolge späten Auffindens eines Testaments). Wie der Eingangshalbsatz „soweit nicht ein anderes bestimmt ist“ von Absatz 1 klarstellt, bleiben die im vierten und fünften Buch enthaltenen besonderen Verjährungsbestimmungen oder auch die Unverjährbarkeit nach § 194 Abs. 2 RE [Regierungsentwurf] unberührt.“

Danach ist die unverändert Gesetz gewordene Vorschrift des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB dahin zu verstehen, dass mit „erbrechtlichen Ansprüchen“ alle Ansprüche gemeint sind, die sich „aus“ dem mit „Erbrecht“ überschriebenen Buch 5 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergeben. Der Gesetzgeber verwendet in der zitierten Begründung die Begriffe Erb- und Familienrecht im Sinne des Inhalts des vierten und fünften Buches, wie der letzte Satz des Textes zeigt. Das spricht dafür, dass auch in § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB nichts anderes gemeint ist. In diesem Sinne ist die Entwurfsbegründung nicht nur von Vertretern der Meinung verstanden worden, die § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf alle im fünften Buch geregelten Ansprüche beziehen (vgl. *Sarres*, ZEV 2002, 96; *Bonefeld*, ZErB 2003, 247, 248 f.). Auch *Baldus* (FamRZ 2003, 308) räumt ein, den Materialien liege anscheinend die Vorstellung zugrunde, Ansprüche aus dem Familien- und Erbrecht definierten sich durch ihre formale Zugehörigkeit zu den Büchern 4 und 5 des BGB.

b) Als Motiv für die Beibehaltung der bisherigen Verjährung im gesamten Bereich des Familien- und Erbrechts nennt der Entwurf die Auffassung, die maßgeblichen Verhältnisse ließen sich „mitunter“ erst lange nach Anspruchsentstehung klären. Soweit als Beispiel für den Bereich des Erbrechts das späte Auffinden eines Testaments erwähnt wird, kann in der damit angesprochenen Problematik schon deshalb nicht der einzig maßgebende Grund für die Regelung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB gesehen werden, weil sie keine Bedeutung für das Familienrecht hat. Vielmehr ist die Entwurfsbegründung dahin zu verstehen, dass den Parteien anders als in anderen Rechtsbereichen auf den Gebieten des Erb- und Familienrechts die ihnen bisher im Verjährungsrecht zugebilligte Zeit zur gerichtlichen Geltendmachung grundsätzlich auch in Zukunft zur Verfügung stehen solle, und zwar selbst dann, wenn die maßgeblichen Verhältnisse schneller hätten geklärt werden können. In der Begründung wird durchaus erkannt, dass die Klärung keineswegs immer, sondern nur „mitunter“ lange Zeit benötigt, gleichwohl aber nicht darauf abgehoben, dass eine Klärung etwa bei bestimmten Ansprüchen typischerweise oder im Einzelfall nicht innerhalb der neuen Regelverjährungsfrist von drei Jahren möglich sei. Andererseits sprach für die Beibehaltung der bisher im Erb- und Familienrecht geltenden 30-jährigen Verjährungsfrist, dass bei Ansprüchen unter Verwandten oder mit Auswirkungen auf Verwandte persönliche Rücksichten darauf, ob und gegebenenfalls wann die gerichtliche Klärung eines Anspruchs sinnvoll und erfolversprechend erscheint, eher Anerkennung verdienen als im Bereich geschäftlicher Beziehungen.

c) Demgegenüber möchten insbesondere *Otte* (ZEV 2002, 500) und *Baldus* (FamRZ 2003, 308; *Baldus/Roland*, ZEV 2006, 318) der Entwurfsbegründung entnehmen, die Ausnahme erbrechtlicher Ansprüche aus der dreijährigen Regel-

verjährung beziehe sich nur auf Ansprüche, die etwa durch das späte Auffinden eines Testaments beeinflusst werden könnten. Diese spezifisch testamentsrechtliche Begründung treffe ohne weiteres auf Ansprüche, deren Durchsetzbarkeit von der Klärung der Erbfolge, des Inhalts oder der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen abhängen. Insoweit gehe es um genuin oder strukturell erbrechtliche Ansprüche, für die es außerhalb des Erbrechts keine Parallele gebe. Anders liege es dagegen bei Ansprüchen, die zwar aus erbrechtlichen Verhältnissen entstehen, sich inhaltlich aber nach Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsrecht, nach allgemeinem Leistungsstörungenrecht oder nach der kaufrechtlichen Mängelhaftung richteten. Insoweit handle es sich um schuldrechtliche Ansprüche, auch wenn Anspruchsgrundlage eine Vorschrift aus dem fünften Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei. § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB müsse im Wege der teleologischen Reduktion auf genuin erbrechtliche Ansprüche beschränkt werden. Zumindest sei § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB als Ausnahme von der Regel des § 195 BGB eng auszulegen. Selbst wenn eine Klärung nur auf lange Sicht möglich sei, könne die Interessenlage für die Anwendung der kurzen Regelverjährung sprechen. Dieser Argumentation stimmen jedenfalls im Ergebnis auch andere Autoren zu (vgl. *Staudinger/Peters*, BGB, 2004, § 197 Rdnr. 20; *MünchKommBGB/Grothe*, 5. Aufl., § 197 Rdnr. 11).

Sie beruht indessen auf einem Missverständnis der Begründung, die der Gesetzgeber für § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegeben hat. Wie dargelegt, lässt sich sein Motiv nicht auf den Gesichtspunkt beschränken, der in dem Beispiel des späten Auffindens eines Testaments anklingt. Darüber hinaus ist weder aus dem Wortlaut noch aus der Begründung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu entnehmen, dass die im Buch 5 Erbrecht erwähnten Ansprüche allein aus Anlass des neuen Verjährungsrechts in Zukunft danach unterschieden werden müssten, ob sie als genuin erbrechtlich oder aber als strukturell schuldrechtlich einzuordnen sind. Der Gesetzgeber hat als Ziele seiner Neuregelung vielmehr unter anderem die Einheitlichkeit und Klarheit der Verjährungsfristen betont (BT-Drucks. 14/6040, S. 100); neue Abgrenzungsprobleme sollten mithin nicht geschaffen werden. Ob der Anspruch aus § 2218 BGB in Verbindung mit Vorschriften des Auftragsrechts ein genuin erbrechtlicher Anspruch sei oder nicht, ist streitig (dafür: *Krug*, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und Erbrecht, X. 9. Rdnr. 121; *Soergel/Niedenführ*, BGB, 13. Aufl., Bd. 2 a, § 197 Rdnr. 18; dagegen: *Löhnig*, ZEV 2004, 267, 271 f.; *Baldus/Roland*, ZEV 2006, 318; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 66. Aufl., § 2218 Rdnr. 1; *Staudinger/Reimann*, BGB, 2003, § 2221 Rdnr. 14). Soweit auf den Anspruch aus § 2219 BGB abgestellt wird, dessen Vorbereitung der Anspruch aus §§ 2218, 666 BGB (über die Vorbereitung eines Herausgabeanspruchs aus §§ 2218, 667 BGB hinaus) dienen könne, stehen sich ebenfalls unterschiedliche Auffassungen gegenüber (für eine schuldrechtliche Sicht außer *Otte*, ZEV 2002, 500; *Baldus*, FamRZ 2003, 308; *Staudinger/Peters*, BGB, 2004, § 197 Rdnr. 21 – und *MünchKommBGB/Grothe*, § 197 Rdnr. 11 – auch *Soergel/Damrau*, BGB, § 2219 Rdnr. 10; anders dagegen *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, § 2219 Rdnr. 13; *Staudinger/Reimann*, BGB, § 2219 Rdnr. 22; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 4. Aufl., § 2219 Rdnr. 15; *Bonefeld* in *Praxiskommentar Erbrecht*, § 2218 Rdnr. 35; *AnwKommBGB/Mansel/Stürner*, § 197 Rdnr. 40; *AnwKommBGB/Weidlich*, § 2219 Rdnr. 21; *Erman/Schmidt-Räntsch*, BGB, 11. Aufl., § 197 Rdnr. 7; *Erman/M. Schmidt*, BGB, § 2219 Rdnr. 7; *Leipold*, Erbrecht, 16. Aufl., Rdnr. 806). Die Revision meint, Ansprüche aus § 2218 BGB folgten ebenso wie die als genuin erbrechtlich anerkannten Ansprüche der

§§ 2018, 2130 BGB unmittelbar aus der Rechtsstellung des Erben als des Gesamtrechtsnachfolgers des Erblassers und könnten daher nicht anders als die in § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dinglichen Rechten behandelt werden. Jedenfalls sei nicht verständlich, weshalb Ansprüche aus §§ 2218, 666 BGB oder § 2219 BGB wegen ihrer Nähe zu Ansprüchen des Auftragsrechts einer dreijährigen Verjährung unterliegen, der schuldrechtliche Anspruch des Vermächtnisnehmers aus § 2174 BGB aber als genuin erbrechtliche Besonderheit in dreißig Jahren verjähren soll (so aber *Otte*, *Grothe* und *Staudinger/Peters*, a. a. O.). Von der Prüfung derartiger dogmatischer Feinheiten für jeden einzelnen in Betracht kommenden Anspruch aus dem Buch 5 Erbrecht kann die Dauer der Verjährungsfrist nicht abhängen. Dadurch würde die Rechtsverfolgung mit unerträglichen Unsicherheiten belastet.

d) § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist zwar eine Ausnahme von der Regel des § 195 BGB; das ändert aber nichts daran, dass sie für den ausgenommenen Regelungsbereich uneingeschränkt gilt. Für die Auslegung von § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann schließlich der vom Berufungsgericht herangezogene Gesichtspunkt keine Rolle spielen, dass die Verjährung eines im Buch 5 geregelten Anspruchs, wenn man ihn der Regelverjährung des § 195 BGB unterstellen würde, gleichwohl erst mit der Kenntnis (oder grobfahrlässigen Unkenntnis) des Gläubigers von den anspruchsbegründenden Umständen und von der Person des Schuldners beginnt, die Entstehung des Anspruchs allein also nicht ausreicht (§§ 199 Abs. 1 Nr. 2, 200 BGB).

e) Danach hält der Senat an seiner bereits im Urteil vom 18.9.2002 (NJW 2002, 3773 unter 2 a) beiläufig geäußerten Meinung fest, dass die bis zum 31.12.2001 geltende regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren für Ansprüche aus dem Buch 5 Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich aufrechterhalten worden ist. Mithin greift die Verjährungseinrede im vorliegenden Fall nicht durch. Die Sache war zur Klärung der weiteren Streitpunkte an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

8. BGB §§ 2303 Abs. 1, 2314 Abs. 1, 2332 Abs. 1; BNotO § 20 Abs. 1; ZPO § 114 (*Anspruch auf notarielles Nachlassverzeichnis*)

1. **Der Erbe ist zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB in der Regel auch dann noch verpflichtet, wenn er auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten bereits ein privatschriftliches Verzeichnis erstellt hat.**
2. **Auch das notarielle Nachlassverzeichnis muss Angaben zum fiktiven Nachlassbestand (ausgleichspflichtige Zuwendungen des Erblassers und Schenkungen in den letzten zehn Lebensjahren) enthalten.**
3. **Der Erbe muss ein Nachlassverzeichnis unter Umständen auch dann noch erstellen, wenn der Pflichtteilsanspruch (§ 2303 Abs. 1 BGB) bereits verjährt ist. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Auskunftsanspruch ist insbesondere dann zu bejahen, wenn der Pflichtteilsberechtigte gegen seinen früheren Rechtsanwalt vorgehen möchte, der bei den Ansprüchen gegen den Erben nicht für eine rechtzeitige Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung gesorgt hat.**

4. Die für den Verjährungsbeginn maßgebliche „beeinträchtigende Verfügung“ i. S. v. § 2332 Abs. 1 BGB ist bei einem Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB allein die enterbende letztwillige Verfügung (z. B. in einem Erbvertrag). Auch bei einem ausgleichungspflichtigen Vorempfang (§ 2316 Abs. 1 BGB) kommt es für den Beginn der Verjährung daher nicht darauf an, wann der Pflichtteilsberechtigte Kenntnis von der Ausstattung für den Erben erhalten hat (anders als bei einer Schenkung im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gemäß § 2325 Abs. 1 BGB).

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.8.2006, 15 W 23/06

Die Parteien sind Geschwister. Die Mutter der Parteien, E., ist am 12.4.1999 verstorben. Der Beklagte ist aufgrund eines Erbvertrages vom 21.1.1999 Alleinerbe der Mutter. Die Klägerin macht Pflichtteilsansprüche gegen den Beklagten geltend.

Zur Durchsetzung ihrer Ansprüche hat sie zunächst von dem Beklagten die Vorlage eines Nachlassverzeichnisses verlangt und – im Wege einer Stufenklage – eine eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit des noch zu erstellenden Nachlassverzeichnisses. Mit Teil-Anerkenntnisurteil vom 23.1.2001 hat das LG Karlsruhe dem Auskunftsantrag der Klägerin entsprochen. Über den angekündigten Antrag auf eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit des Verzeichnisses ist bisher vor dem LG Karlsruhe nicht verhandelt worden. Am 19.9.2002 hat der Beklagte eine schriftliche Auskunft über den Nachlass erteilt und dieser Auskunft verschiedene Unterlagen beigelegt.

Die Klägerin hat in der Folgezeit die ursprünglich angekündigten Anträge mehrfach schriftsätzlich geändert. Eine weitergehende Entscheidung ist im Verfahren des LG Karlsruhe jedoch bisher nicht ergangen. Hierbei hat eine Rolle gespielt, dass die Parteien und ihre Prozessbevollmächtigten während des beim LG Karlsruhe anhängigen Verfahrens mehrfach versucht haben, behauptete oder tatsächliche Lücken und Unklarheiten in den Auskünften des Beklagten außergerichtlich zu klären.

Mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 9.11.2005 hat die Klägerin zum einen erklärt, dass sie das zu diesem Zeitpunkt ruhende Verfahren des LG Karlsruhe wieder anrufe und mit einem zuletzt gestellten Zahlungsantrag in Höhe von 5.900,83 € nebst Zinsen weiter verhandeln wolle (Teilleistungsklage). Außerdem hat die Klägerin Prozesskostenhilfe beantragt für eine Klageerweiterung mit den folgenden neuen Anträgen:

1. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin ein notarielles Verzeichnis über den Nachlass der am 12.4.1999 verstorbenen E. vorzulegen, wobei das Nachlassverzeichnis neben dem realen Nachlass auch den fiktiven Nachlass in Form von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen und ergänzungspflichtigen Schenkungen umfassen muss.
2. Für den Fall, dass das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt errichtet worden sein sollte, wird der Beklagte verurteilt, zu Protokoll an Eides statt zu versichern, dass er den Bestand des Nachlasses so vollständig und richtig angegeben hat, als er dazu in der Lage ist.
3. Der Beklagte wird verurteilt, den sich nach Auskunftserteilung ergebenden Pflichtteil in Höhe einer Pflichtteilsquote von 1/6 des sich nach dem Klageantrag Ziff. 1 berechneten Nachlasswertes abzüglich des der Klägerin aus dem Nachlass E. Hinterlassenen nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung dieses Schriftsatzes zu zahlen.

Das LG hat den Prozesskostenhilfeantrag der Klägerin mit Beschluss vom 25.1.2006 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Klägerin mit der sofortigen Beschwerde. Das LG Karlsruhe hat mit Beschluss vom 31.3.2006 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Klägerin ist teilweise begründet. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Prozesskostenhilfe in dem aus dem Tenor dieser Entscheidung ersichtlichen Umfang.

Eine Partei hat Anspruch auf Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, nicht mutwillig erscheint und die Parteien nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann (§ 114 Satz 1 ZPO). Diese Voraussetzungen liegen für einen Teil der von der Klägerin angekündigten Klageerweiterungs-Anträge vor.

1. Die angekündigte Klageerweiterung bietet teilweise hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 Satz 1 ZPO).

a) Es besteht nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand im Verfahren des LG Karlsruhe eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin berechtigt ist, von dem Beklagten die Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu verlangen (Klageerweiterungsantrag Ziff. 1).

aa) Der Anspruch der Klägerin ergibt sich aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Voraussetzungen für ein Nachlassverzeichnis, welches vom Notar aufgenommen wird, liegen vor. Der Beklagte ist Erbe; die Klägerin ist pflichtteilsberechtigt.

bb) Der Umstand, dass der Beklagte bereits am 19.9.2002 – auf Verlangen der Klägerin – ein entsprechendes privatschriftliches Verzeichnis erstellt hat, steht dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Die Klägerin ist nach dem Gesetz nicht verpflichtet, zwischen privatschriftlichem und notariellem Verzeichnis zu wählen. Sie hat einen Anspruch auf ein notarielles Verzeichnis vielmehr auch dann, wenn bereits ein privatschriftliches Verzeichnis erstellt wurde. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 2314 Abs. 1 BGB) als auch aus Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Ein notarielles Verzeichnis hat für den Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich eine höhere Richtigkeitsgewähr. Es ist damit zu rechnen, dass sich ein Erbe bei einer Befragung durch den Notar um zutreffende und vollständige Auskünfte bemüht. Der Notar ist bei der Aufnahme eines solchen Verzeichnisses im Übrigen in gewissem Umfang auch zu eigenen Ermittlungen berechtigt. Auch wenn ein notarielles Verzeichnis letztlich in großem Umfang auf entsprechenden Angaben und Unterlagen des Erben beruhen muss, übernimmt der Notar die Verantwortung für den Inhalt des Verzeichnisses (vgl. OLG Celle, DNotZ 2003, 62). Während das privatschriftliche Verzeichnis des Beklagten vom 19.9.2002 sich von der Klägerin schon mangels Ordnung und Übersichtlichkeit nur schwer auswerten lässt, hat das notarielle Verzeichnis einen besonderen Wert durch die zu erwartende Klarheit und Übersichtlichkeit (vgl. BGH, NJW 1961, 602, 603). In der Rechtsprechung ist aus diesen Gründen anerkannt, dass ein privatschriftliches Verzeichnis die spätere Geltendmachung eines (zusätzlichen) notariellen Verzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht hindert (grundlegend BGH, NJW 1961, 602).

cc) Der Auskunftsanspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Die Verjährungsfrist für einen Anspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB beträgt 30 Jahre (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Die kürzere Verjährungsfrist für Pflichtteilsansprüche (drei Jahre gemäß § 2332 Abs. 1 BGB) gilt nur für Zahlungsansprüche und nicht für Auskunftsansprüche (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 2314 BGB Rdnr. 5).

dd) Das Verlangen der Klägerin nach einem notariellen Verzeichnis ist – im Hinblick auf das vorliegende privatschriftliche Verzeichnis – auch nicht etwa rechtsmissbräuchlich (vgl. zu diesem Gesichtspunkt beispielsweise OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 62). Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass ein notarielles Verzeichnis – auch bei Vorliegen eines privatschriftlichen Verzeichnisses – für die Klägerin einen besonderen, zusätzlichen Wert hat, um das Bestehen und die voraussichtliche Höhe von Pflichtteilsansprüchen besser abschätzen

zu können (siehe oben cc)). Es ist auch nicht ersichtlich, dass sachfremde Erwägungen für das Verlangen der Klägerin maßgeblich wären. Die Klägerin hat – zumindest aus ihrer subjektiven Sicht – Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der privatschriftlichen Auskunft des Beklagten. Ein notarielles Verzeichnis soll gerade die Möglichkeit bieten, solche Zweifel ganz oder teilweise auszuräumen.

ee) Der Auskunftsanspruch der Klägerin gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ist – entgegen der Auffassung des Beklagten – auch nicht verwirkt (§ 242 BGB). Die Klägerin hat dem Beklagten zu keinem Zeitpunkt Anlass geboten, darauf zu vertrauen, dass sie sich mit der privatschriftlichen Auskunft vom 19.9.2002 endgültig zufrieden geben werde. Weder hat die Klägerin erklärt, dass sie die Auskunft des Beklagten akzeptiere, noch hat sie – nach dieser Auskunft – auf Pflichtteilsansprüche verzichtet. Vielmehr hat die Klägerin – soweit Schriftsätze gewechselt wurden – mehrfach deutlich gemacht, dass sie mit der bisherigen Auskunft des Beklagten nicht zufrieden war. Dementsprechend musste der Beklagte auch mit der Geltendmachung eines Anspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB (notarielles Verzeichnis) rechnen.

ff) Die Durchsetzung des Anspruchs der Klägerin ist weder aus Rechtsgründen noch in tatsächlicher Hinsicht durch Zeitablauf unmöglich geworden. Der Notar ist gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses – auf Verlangen des Beklagten – verpflichtet. Die Feststellung des Nachlasses dürfte zwar durch den Zeitablauf seit dem Tod der Mutter schwieriger geworden sein. Ein Notar ist allerdings nach wie vor in der Lage, ein Verzeichnis aufzunehmen, wobei er sich vorrangig auf vom Beklagten beizubringende Angaben und Unterlagen stützen kann und stützen muss. Auch die Tatsache, dass bestimmte Teile des Nachlasses (Möbel und Schmuck) zwischen den Geschwistern bereits verteilt worden sind – der Umfang der Verteilung ist streitig –, steht der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nicht entgegen (*Staudinger/Haas*, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2314 BGB Rdnr. 48 mit Rechtsprechungsnachweisen). Auch insoweit wird der Notar – gestützt auf Angaben und Unterlagen des Beklagten – zur Erstellung des Verzeichnisses grundsätzlich noch in der Lage sein. Ob der Beklagte eventuell wegen des Zeitablaufs unverschuldet nicht mehr in der Lage ist, die eine oder andere Detailinformation für das notarielle Verzeichnis zu beschaffen, spielt für die Begründetheit des Klageanspruchs keine Rolle. Diese Frage wäre ggf. im Rahmen einer Vollstreckung zu prüfen.

gg) Der Auskunftsanspruch der Klägerin gemäß § 2314 Abs. 1 BGB erstreckt sich grundsätzlich auch auf den sogenannten fiktiven Nachlass, d. h., auf ausgleichspflichtige Umstände (§§ 2050 ff. BGB) und auf Schenkungen, die zu einem Pflichtteilergänzungsanspruch (§ 2325 Abs. 1 BGB) führen können. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs gemäß § 2314 BGB. Da das Gesetz hinsichtlich des Inhalts der Auskunft keinen Unterschied zwischen einem privatschriftlichen Verzeichnis und einem notariellen Verzeichnis macht, muss sich auch das notarielle Nachlassverzeichnis – auf Verlangen der Klägerin – auf den fiktiven Nachlass beziehen (vgl. BGH, NJW 1961, 602; OLG Oldenburg, NJW-RR 1993, 782, 783).

hh) Allerdings bestehen nach Auffassung des Senats gewisse Zweifel, wie der Auskunftsanspruch – und der Tenor eines entsprechenden Urteils – im Hinblick auf den fiktiven Nachlass formuliert sein muss. Da der Klageantrag dem Gebot der Bestimmtheit genügen muss (vgl. *Zöller/Greger*, ZPO, § 253 Rdnr. 13), erscheint es geboten, das Auskunftsverlangen hinsichtlich des fiktiven Nachlasses ausdrücklich im Klageantrag

zu formulieren (ebenso OLG Celle, NJW-RR 2005, 1374). Es bestehen insoweit gewisse Zweifel, ob die Formulierungen im angekündigten Antrag der Klägerin vom 9.11.2005 (fiktiver Nachlass „in Form von ausgleichspflichtigen Zuwendungen und ergänzungspflichtigen Schenkungen“) vollstreckungsfähig sind. Es dürfte geboten sein, dass die Klägerin diese Formulierungen in vollstreckungsfähiger Form konkretisiert (beispielsweise – im Hinblick auf § 2325 Abs. 1 BGB – „Schenkungen oder andere unentgeltliche Zuwendungen der Erblasserin E. in der Zeit vom 13.4.1989 bis zum 12.4.1999“).

Für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe spielen diese formellen Fragen allerdings keine Rolle. Das LG wird bei Bedenken gegen die Bestimmtheit des Klageerweiterungsantrags Ziff. 1 ggf. auf die Stellung eines formell korrekten Antrags hinwirken (§ 139 Abs. 3 ZPO). Daher können eventuelle Bedenken gegen die Formulierung des Antrags einer Prozesskostenhilfebewilligung nicht entgegenstehen.

ii) Die Klägerin führt zur Begründung der beabsichtigten Klageerweiterung aus, sie verlange auch die Vorlage von Verträgen zu bestimmten Transaktionen, welche die verstorbene Mutter der Parteien durchgeführt habe. Die Frage, welche Unterlagen und Belege die Klägerin im Rahmen des Auskunftsverlangens von dem Beklagten verlangen kann (vgl. hierzu BGH, NJW 1961, 602, 604), ist vom Senat nicht zu prüfen. Denn im angekündigten Klageerweiterungsantrag Ziff. 1 hat die Klägerin keine konkreten Unterlagen bezeichnet, zu deren Vorlage der Beklagte verurteilt werden soll.

jj) Dem Anspruch auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses steht – entgegen der Auffassung des LG – nicht entgegen, dass Pflichtteilsansprüche verjährt sind oder verjährt wären.

aaa) Es ist anerkannt, dass ein Auskunftsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB – mangels Rechtsschutzbedürfnis – nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn ein Informationsbedürfnis des Pflichtteilsberechtigten nicht (mehr) besteht. Eine solche Situation kann dann in Betracht kommen, wenn zwar der Auskunftsanspruch an sich noch nicht verjährt ist, einem Zahlungsanspruch wegen des Pflichtteils jedoch die Einrede der Verjährung entgegensteht (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2314 BGB Rdnr. 5 m. N.).

bbb) Im vorliegenden Fall sind die von der Klägerin angekündigten – bisher unbezifferten – Zahlungsansprüche teilweise verjährt. Der Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 Abs. 1 BGB ist verjährt; der Pflichtteilergänzungsanspruch gemäß § 2325 Abs. 1 BGB ist hingegen – nach dem für die Prüfung der Prozesskostenhilfe zu unterstellenden Sachverhalt – noch nicht verjährt (siehe im Einzelnen unten c) und 3.).

ccc) Die teilweise Verjährung der Zahlungsansprüche ist für einen Auskunftsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall jedoch ohne Bedeutung. Denn die Vorlage des Nachlassverzeichnisses kann – unabhängig von der Frage der Verjährung des Zahlungsanspruchs – auch dann noch verlangt werden, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein anderes Informationsbedürfnis geltend machen kann (vgl. BGH, NJW 1985, 384; *Palandt/Edenhofer*, § 2314 BGB Rdnr. 5). Nach Auffassung des Senats erscheint es – im Hinblick auf § 114 Satz 1 ZPO – zumindest hinreichend wahrscheinlich, dass die Klägerin ein entsprechendes Informationsbedürfnis geltend machen kann: Die Klägerin hat schlüssig eine Pflichtverletzung ihres früheren Prozessbevollmächtigten, dargetan, die zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs (§ 2303 Abs. 1 BGB) geführt habe. Um eventuelle Schadensersatzansprüche gegen ihren früheren Prozessbevollmächtigten abschätzen und durchsetzen zu können, benötigt die Klägerin eine genaue Kenntnis

des Nachlasses. Hieraus ergibt sich ein Informationsbedürfnis der Klägerin, welches im Rahmen von § 2314 Abs. 1 BGB nach Auffassung des Senats anzuerkennen sein dürfte (vgl. *Staudinger/Haas*, BGB, § 2314 Rdnr. 52 unter Hinweis auf eine unveröffentlichte Entscheidung des BGH; diese unveröffentlichte BGH-Entscheidung wird auch in BGH, NJW 1985, 384, 385 zitiert).

b) Der Klägerin ist auch insoweit Prozesskostenhilfe zu bewilligen, als sie sich in der beabsichtigten Klageerweiterung einen Antrag auf eidesstattliche Versicherung vorbehält (Klageerweiterungsantrag Ziff. 2). Da der Auskunftsantrag (notarielles Nachlassverzeichnis) hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, gilt im Rahmen einer Stufenklage grundsätzlich Entsprechendes für den Vorbehalt eines Antrags gemäß § 259 Abs. 2 BGB (eidesstattliche Versicherung).

c) Der von der Klägerin angekündigte – noch unbezifferte – Zahlungsantrag ist insoweit erfolversprechend i. S. v. § 114 Satz 1 ZPO, als die Klägerin Ansprüche auf Pflichtteilergänzung geltend macht.

aa) Die angekündigten Pflichtteilergänzungsansprüche beruhen auf § 2325 Abs. 1 BGB. Nach dem Sachvortrag der Klägerin kommen derartige Ansprüche in Betracht, da sie Schenkungen der Erblasserin i. S. v. § 2325 Abs. 1 BGB geltend macht. Ob die Klägerin diese Ansprüche tatsächlich beziffern kann, wird vom Ergebnis des notariellen Nachlassverzeichnisses abhängen. Daher ist im Rahmen der Stufenklage Prozesskostenhilfe für den derzeit noch unbezifferten Zahlungsantrag zu bewilligen.

bb) Pflichtteilergänzungsansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Zumindest lässt sich dies im Rahmen des Prozesskostenhilfeprüfungsverfahrens derzeit nicht feststellen.

aaa) Ein Anspruch auf Pflichtteilergänzung gemäß § 2325 Abs. 1 BGB ist vom Pflichtteilsanspruch (§ 2303 Abs. 1 BGB) zu unterscheiden. Dementsprechend ist die Verjährung für beide Ansprüche gesondert zu prüfen. Es kann insbesondere vorkommen, dass – wovon vorliegend derzeit auszugehen ist –, ein Pflichtteilergänzungsanspruch noch nicht verjährt ist, obwohl der Anspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB wegen Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden kann (vgl. BGH, NJW 1995, 1157, 1158).

bbb) Für den Pflichtteilergänzungsanspruch gilt eine Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 2332 Abs. 1 BGB). Maßgeblich für den Beginn der Verjährungsfrist ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten „von dem Eintritte des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung“. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass sich diese Kenntnis – bei einem Anspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB – auf die das Erblasservermögen verkürzende Schenkung beziehen muss (BGH, NJW 1995, 1157, 1158; *Palandt/Edenhofer*, § 2332 BGB Rdnr. 4). Eine solche Kenntnis der Klägerin kann der Senat nach dem gegenwärtigen Sachstand des Verfahrens nicht feststellen, so dass die Verjährungsfrist für eventuelle Pflichtteilergänzungsansprüche der Klägerin noch nicht zu laufen begonnen hat.

Die Klägerin hat in den Schriftsätzen ihres Prozessbevollmächtigten zwar verschiedene Vorgänge geltend gemacht, die nach ihrer Auffassung möglicherweise für Pflichtteilergänzungsansprüche relevant sind. Der Beklagte hat entsprechende unentgeltliche Zuwendungen der Erblasserin ausdrücklich bestritten. Der Klägerin fehlen bisher Detailkenntnisse der möglichen Schenkungen, um entsprechende bezifferte Ansprüche gegen den Beklagten erheben zu können. Daher kann von einer „Kenntnis“ der Klägerin i. S. v. § 2332 Abs. 1 BGB

gegenwärtig wohl nicht ausgegangen werden. Dass die Klägerin Kenntnisse über die entsprechenden Vorgänge besitzen würde, die sie in die Lage versetzen, bezifferte Ansprüche gegenüber dem Beklagten geltend zu machen, ist dem Sachvortrag des – insoweit darlegungs- und beweispflichtigen – Beklagten gerade deswegen nicht zu entnehmen, weil er selbst die Schenkungen bestreitet.

2. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung der Klägerin ist – entgegen der Auffassung des LG – auch nicht mutwillig i. S. v. § 114 Satz 1 ZPO.

a) Die Klägerin hat mit ihrem Verlangen nach einem notariellen Verzeichnis einen Weg eingeschlagen, der zwar nicht zwingend erscheint, den der Senat jedoch auch nicht als mutwillig qualifizieren kann. Die Klägerin hätte – anstelle des Verlangens nach einem notariellen Verzeichnis – wohl auch den Versuch unternommen können, die bereits erteilte privatschriftliche Auskunft des Beklagten vom 19.9.2002 zur Verfolgung ihres Prozessziels auszuwerten. Hierbei wären – je nach Bewertung dieser privatschriftlichen Auskunft – verschiedene Möglichkeiten in Betracht gekommen: Zum einen ist nicht auszuschließen, dass die Klägerin möglicherweise auch nach einer Analyse dieser privatschriftlichen Auskunft schon die Möglichkeit gehabt hätte, den Wert des Nachlasses zu beziffern. Bei konkreten Zweifeln hätte ein Anspruch auf eidesstattliche Versicherung – hinsichtlich des bereits vorgelegten privatschriftlichen Verzeichnisses – in Betracht kommen können oder – unter bestimmten Voraussetzungen – möglicherweise auch ein Anspruch auf bestimmte konkrete Ergänzungen (z. B. Vorlage bestimmter Belege). Wenn die Klägerin die privatschriftliche Auskunft für unzureichend hält, wäre unter Umständen auch eine Vollstreckung aus dem Teil-Anerkenntnisurteil vom 23.1.2001 in Betracht gekommen (was ein früherer Prozessbevollmächtigter der Klägerin anscheinend versuchen wollte). Die Klägerin – und ihr Prozessbevollmächtigter – haben von einer solchen Auswertung der Auskunft vom 19.9.2002 abgesehen. Hierfür kommen zumindest nachvollziehbare Zweckmäßigkeitserwägungen in Betracht, die einer „Mutwilligkeit“ nach Auffassung des Senats entgegenstehen. Zum einen ist es im Rahmen der Prozesskostenhilfebewilligung nicht zu beanstanden, wenn sich die Klägerin aus einem notariellen Nachlassverzeichnis einen größeren Erkenntnisgewinn verspricht als aus einer Auswertung der privatschriftlichen relativ ungeordneten und unübersichtlichen Auskunft des Beklagten vom September 2002. Zum anderen möchte die Klägerin – oder ihr Prozessbevollmächtigter – möglicherweise erheblichen Zeitaufwand und Schwierigkeiten vermeiden, die mit einer Analyse und Auswertung der Auskunft vom September 2002 eventuell verbunden wären. Auch eine Partei, die für die Prozesskosten selbst aufkommen muss, würde aus solchen Zweckmäßigkeitserwägungen möglicherweise den gleichen Weg wie die Klägerin einschlagen.

b) Schließlich lässt sich ein mutwilliges Verhalten der Klägerin auch nicht daraus herleiten, dass ein gänzlicher oder weit überwiegender Misserfolg der Klägerin bei der späteren Bezifferung von Zahlungsansprüchen (gegenüber dem Beklagten einerseits und möglicherweise gegenüber ihrem früheren Prozessbevollmächtigten andererseits) jetzt schon erkennbar wäre. Der Senat kann – trotz einer Verfahrensdauer von mehr als fünf Jahren – nach den vorliegenden Schriftsätzen und Unterlagen nicht absehen, ob und inwieweit Pflichtteilsansprüche der Klägerin (bzw. Schadensersatzansprüche gegenüber ihrem früheren Prozessbevollmächtigten) einerseits und Pflichtteilergänzungsansprüche andererseits tatsächlich in Betracht kommen werden.

3. Der unbezifferte Zahlungsantrag der Klägerin (Klageerweiterungsantrag Ziff. 3) bietet hingegen insoweit keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, als die Klägerin einen Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 Abs. 1 BGB gegenüber dem Beklagten geltend machen möchte, der von der Pflichtteilsergänzung (§ 2325 Abs. 1 BGB) zu unterscheiden ist. Hinsichtlich dieses Teiles der beabsichtigten Klageerweiterung hat das LG die Prozesskostenhilfe zu Recht versagt.

a) Die Voraussetzungen für einen Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 Abs. 1 BGB liegen dem Grunde nach vor. Der Beklagte ist Erbe, die Klägerin ist pflichtteilsberechtigt. Je nachdem, wie das mit dem Klageerweiterungsantrag Ziff. 1 verlangte notarielle Verzeichnis ausfällt, könnte an sich ein Anspruch gemäß § 2303 Abs. 1 BGB in Betracht kommen.

b) Dem Pflichtteilsanspruch der Klägerin steht die Einrede der Verjährung entgegen. Gemäß § 2332 Abs. 1 BGB beträgt die Verjährungsfrist drei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten „von dem Eintritt des Erbfalls und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung“. Als beeinträchtigende Verfügung im Sinne des Gesetzes ist – bei einem Anspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB – allein die Erbeinsetzung des Beklagten zu verstehen (*Palandt/Edenhofer*, § 2332 BGB Rdnr. 3 mit Rechtsprechungsnachweisen). Die Klägerin wusste bereits zum Zeitpunkt des Todes der Mutter davon, dass der Beklagte zum Erben eingesetzt war. Dementsprechend begann die Verjährung bereits am 12.4.1999 zu laufen. Der Pflichtteilsanspruch der Klägerin war nach drei Jahren, mithin seit dem 12.4.2002, verjährt. Die Frage, ob und zu welchem Zeitpunkt die Klägerin Kenntnis von der Höhe des Nachlasses hatte, spielt für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs aus § 2303 Abs. 1 BGB keine Rolle (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2332 BGB Rdnr. 3).

c) Der Umstand, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche (§ 2325 Abs. 1 BGB) – voraussichtlich – nicht verjährt sind, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Denn die Verjährung ist für die unterschiedlichen Ansprüche gesondert zu prüfen (siehe oben 1. c) bb)).

d) Ein eventueller Pflichtteilsanspruch der Klägerin wäre allerdings dann nicht verjährt, wenn die Klägerin – durch einen ihrer früheren Prozessbevollmächtigten – rechtzeitig eine Unterbrechung der Verjährung (nach dem bis zum 31.12.2001 geltenden Recht) bzw. eine Hemmung (nach dem ab dem 1.1.2002 geltenden Recht) herbeigeführt hätte. Eine Unterbrechung oder Hemmung des möglichen Pflichtteilsanspruchs ist jedoch zu keinem Zeitpunkt erfolgt. (wird ausgeführt) ...

e) Die Klägerin macht im Übrigen geltend, im Rahmen ihrer Pflichtteilsansprüche seien Ausgleichspflichten des Beklagten gemäß §§ 2050 ff. BGB zu berücksichtigen (Ausstattungen). Bei einer solchen Ausgleichspflicht handelt es sich – anders als bei der Pflichtteilsergänzung gemäß § 2325 Abs. 1 BGB – nicht um einen selbständigen Anspruch, sondern lediglich um einen Berechnungsfaktor im Rahmen des einheitlichen Pflichtteilsanspruchs gemäß § 2303 Abs. 1 BGB. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung in § 2316 BGB. Dementsprechend kommt es für ausgleichspflichtige Ausstattungen bei der Verjährungsfrage nicht darauf an, ob und inwieweit die Klägerin Kenntnis von der Ausstattung hatte. Denn im Rahmen von § 2303 Abs. 1 BGB ist – anders als im Rahmen von § 2325 Abs. 1 BGB – für den Beginn der Verjährung allein die Kenntnis von der Erbeinsetzung des Beklagten maßgeblich (siehe oben b)). Die Verjährung der Pflichtteilsansprüche der Klägerin gemäß § 2303 Abs. 1 BGB erfasst daher auch sämtliche Ausgleichungs-

pflichten gemäß § 2050 ff. BGB (vgl. zur verjährungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Ausstattung einerseits und Pflichtteilsergänzung andererseits RGZ 135, 231, 232; ebenso MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2322 Rdnr. 5, 7).

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. GmbHG § 15 Abs. 4 (*Beurkundungspflicht der Erklärungen beider Vertragsparteien bei Geschäftsanteilsabtretung*)

Bei einer die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils begründenden Vereinbarung sind die Erklärungen beider Vertragsparteien beurkundungsbedürftig.

BGH, Beschluss vom 8.5.2007, VIII ZR 235/06; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Ehefrau des Beklagten zu 1 war alleinige Gesellschafterin der mit einem Stammkapital in Höhe von 25.200 € ausgestatteten A GmbH. Mit notariellem Vertrag vom 21.12.2001 veräußerte sie – nach entsprechender Aufteilung ihres Geschäftsanteils – an die Beklagten zu 1 und zu 2 je einen Geschäftsanteil in Höhe von 12.600 €. Die Klägerin war an diesem Vertrag nicht beteiligt. Der Vertrag enthält jedoch folgende, die Klägerin betreffende Bestimmung:

„Als weitere Bedingung vereinbaren die Erschienenen:

Die Herren O und M (= Beklagte) verpflichten sich gegenüber der Verkäuferin, an Frau H (= Klägerin), jeweils einen Teilgeschäftsanteil in Höhe von 650 € (sechshundertfünfzig Euro) unentgeltlich zu übertragen. Dieses Recht auf Anteilsübertragung soll Frau B als eigenes Recht zustehen. Es ist jedoch weder veräußerlich noch vererblich.

Wird es zu Lebzeiten von Frau B nicht ausgeübt, erlischt es ersatzlos.“

Mit notarieller Urkunde vom 3.6.2005 vereinbarten die Beteiligten des Vertrages vom 21.12.2001, dass die vorgenannte Klausel ersatzlos entfallen solle.

Mit der am 21.6.2005 eingereichten Klage begehrt die Klägerin von den Beklagten die Abtretung je eines Geschäftsanteils in Höhe eines Nennbetrags von je 650 € sowie die Abgabe der zum Vollzug der Übertragung erforderlichen Erklärungen. Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde verfolgen die Beklagten ihr Ziel der Klageabweisung weiter.

Aus den Gründen:

III.

(...)

2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist auch begründet, denn das angegriffene Urteil verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert deshalb eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht der Verfahrensbeteiligten, vor einer gerichtlichen Entscheidung, die ihre Rechte betrifft, zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (BVerfGE 84, 188, 190). Auf einen Gesichtspunkt, mit dem ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nicht zu rechnen braucht, darf das Gericht ohne vorherigen Hinweis oder Erörterung mit den Parteien nicht abstellen (BVerfGE 86, 133, 144). Angesichts des Wortlauts der notariellen Urkunde, des übereinstimmenden Verständnisses der Parteien in der ersten

Instanz sowie der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts brauchte hier auch eine rechtskundige Partei die – fern liegende – Ansicht des Berufungsgerichtes, durch die Übermittlung des notariellen Vertrages an die Klägerin vom Faxgerät der Beklagten und die spätere Klagerhebung sei ein zur Anteilsübertragung verpflichtender Vertrag zustande gekommen, nicht in Betracht zu ziehen. Das Berufungsgericht hätte den Beklagten daher zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme hierzu geben müssen.

Das Urteil des Berufungsgerichtes beruht auch auf diesem Verstoß gegen das rechtliche Gehör. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht anders entschieden hätte, wenn es den Beklagten Gelegenheit gegeben hätte, zu der von ihm erwogenen rechtlichen Konstruktion Stellung zu nehmen. Die Beklagten hätten dann – wie jetzt in der Beschwerdebeurteilung vorgetragen – schon im Berufungsrechtszug darauf hingewiesen, dass eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, nach § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Form bedarf. Bei einer solchen Vereinbarung sind die Erklärungen beider Vertragsparteien beurkundungsbedürftig (*Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 18. Aufl., § 15 Rdnr. 22, 30; *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 54, 56; *Lutter/Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl., § 15 Rdnr. 16, 28 ff.). Es fehlt aber an einer notariell beurkundeten Willenserklärung der Klägerin, so dass der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Übertragung von Geschäftsanteilen nicht auf einen zwischen ihr und den Beklagten geschlossenen Vertrag gestützt werden kann.

Der Anspruch der Klägerin hängt deshalb davon ab, ob die Beteiligten des notariellen Vertrages vom 21.12.2001 einen echten Vertrag zugunsten der Klägerin (§ 328 BGB) geschlossen und ob sie sich dabei das Recht vorbehalten haben, das in der Vertragsurkunde genannte „eigene Recht“ der Klägerin ohne deren Zustimmung wieder aufzuheben. Diese Fragen sind gemäß § 328 Abs. 2 BGB in Ermangelung einer besonderen vertraglichen Bestimmung aufgrund der Umstände, insbesondere des Zwecks des Vertrages, zu beantworten. Hier von ist – wie die prozessleitende Verfügung vom 14.3.2006, in der die Beklagten zur näheren Darlegung der Hintergründe der zugunsten der Klägerin vorgesehenen Anteilsübertragung aufgefordert wurden, zeigt – offenbar auch das Berufungsgericht zunächst ausgegangen. Die weitere Sachaufklärung und Beweisaufnahme hierzu – die Beklagten hatten Zeugenbeweis dafür angeboten, dass sich die Beteiligten des Vertrages vom 21.12.2001 die Aufhebung des Rechts der Klägerin vorbehalten hätten – ist offenbar allein deshalb unterblieben, weil es darauf später aus der geänderten Sicht des Berufungsgerichts wegen der Annahme eines wirksamen Vertrages zwischen den Parteien des vorliegenden Rechtsstreits nicht mehr ankam.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung ist die Entscheidung des Berufungsgerichtes auch nicht aus den Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung richtig. Das LG hat die von den Beklagten unter Beweis gestellte Behauptung, die Beteiligten des notariellen Vertrages vom 21.12.2001 hätten sich das Recht vorbehalten, das Recht der Klägerin wieder aufzuheben, nicht für erheblich gehalten, weil es in der Vertragsurkunde nicht zum Ausdruck gekommen sei; die Beklagten hätten zumindest Umstände vortragen müssen, weshalb sie etwas ganz anderes hätten vereinbaren wollen als im notariellen Vertrag niedergelegt. Diese Begründung machte eine Beweisaufnahme nicht entbehrlich.

Es gehört zu den anerkannten Grundsätzen der Auslegung einer Individualvereinbarung, dass zwar der Wortlaut einer Vereinbarung den Ausgangspunkt der Auslegung bildet, dass

jedoch der übereinstimmende Parteiwille dem Wortlaut und jeder anderen Interpretation vorgeht (st. Rspr., z. B. BGH, NJW 1994, 1528 = WM 1994, 551 = DNotZ 1994, 474, unter II.2. a). Dies gilt auch für formbedürftige Willenserklärungen und selbst dann, wenn das übereinstimmende Verständnis in der erstellten Urkunde keinen Niederschlag gefunden hat (BGH, WM 2004, 627 = NJW-RR 2004, 630, unter II.2). Erläuterungen, die das behauptete übereinstimmende Verständnis der Parteien nachvollziehbar und plausibel machen und für die Beweiswürdigung bedeutsam sein mögen, brauchen die Beklagten zur Erfüllung ihrer Darlegungslast nicht vorzulegen (vgl. BGH, NJW-RR 2000, 273, unter II.3. a, c).

10. AktG §§ 36, 37 Abs. 1, 51, 288 (*Haftung des Kreditinstituts für unrichtige Bestätigung einer Bareinlage*)

Nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG ist das Kreditinstitut einer AG für die Richtigkeit seiner Bestätigung einer Einlage bei Vornahme einer Kapitalerhöhung verantwortlich. Diese Haftung ist verschuldensunabhängig. Das Kreditinstitut darf die Bestätigung nicht ausstellen, wenn ihm Mitberechtigungen Dritter an dem Konto bekannt sind, da der Vorstand dann nicht frei über die Bareinlage verfügen kann. Der Nachweis, dass der eingezahlte Betrag wertmäßig endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, kann regelmäßig dann nicht mehr durch die Erklärung eines Kreditinstitutes erbracht werden, wenn der Einlagebetrag im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr „unversehrt“ auf dem bei der Bank geführten Konto vorhanden ist. Deshalb kann der neueren Rechtsprechung des BGH nicht gefolgt werden, wonach es für die Richtigkeit der Bestätigung nicht darauf ankommt, ob die Kapitaleinzahlungen auf dem Bankkonto noch unverändert vorhanden sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG München, Urteil vom 6.11.2006, 19 U 2754/06

Der Kläger verlangt als Insolvenzverwalter der T AG von der Beklagten Schadensersatz wegen einer Bestätigung nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG.

Die Schuldnerin unterhielt bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der G, seit November 1995 ein Kontokorrentkonto, über das ihr Alleinvorstand M, ihr Aufsichtsratsvorsitzender D sowie die Vorstandsmitglieder B und S ihrer Muttergesellschaft W AG jeweils nur zu zweit zeichnungsberechtigt waren.

In der Hauptversammlung der Schuldnerin vom 28.5.1996 wurde die Erhöhung des Grundkapitals von 100.000 DM auf 12.550.000 DM durch Ausgabe von 249.000 auf den Inhaber lautenden Stammaktien zum Nennbetrag von je 50 DM beschlossen. Mit notarieller Urkunde vom selben Tag meldeten Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzender der Schuldnerin die Kapitalerhöhung zur Eintragung ins Handelsregister an und erklärten zugleich, dass keine Einlagen ausstünden. In einer weiteren Hauptversammlung vom 28.2.1997 wurde der Kapitalerhebungsbeschluss wiederholt. Am 15.10.1997 zeichnete die W AG alle neuen Aktien zu einem Ausgabebetrag von 15.562.500 DM (62,50 DM je Aktie). Es war vorgesehen, die Aktien später auf die einzelnen Anleger, die zunächst Aktienzertifikate erwerben sollten, aufzuteilen. Mit notarieller Urkunde vom 15.12.1997 meldeten M und D die Durchführung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister an und erklärten dabei, dass der oben genannte Geldbetrag einbezahlt sei und endgültig zur freien Verfügung des Vorstands stehe.

Sie fügten der Anmeldung eine Bestätigung der Rechtsvorgängerin der Beklagten vom 15.12.1997 bei, die von ihrem damaligen Vorstand K und einer Angestellten Ba unterzeichnet war und bestätigte, dass auf dem Konto der Firma T AG seit Kontoeröffnung bis 15.12.97 Geldeingänge über 15.562.500 DM zu verzeichnen waren und diese Mittel dem Vorstand endgültig zur freien Verfügung standen.

Seit 26.2.1997 hatte die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Schuldnerin mehrere Bestätigungen über die bisherigen Geldeingänge auf dem Konto geschickt, zuletzt am 20.11.1997 über 31.592.063,55 DM. Diese wurde auf Wunsch der Schuldnerin und nach deren Vorgaben durch die Bestätigung vom 15.12.1997 ersetzt. Der Kontostand am 15.12.1997 belief sich tatsächlich nur auf 50.222,43 DM, da in der Zwischenzeit Beträge in zweistelliger Millionenhöhe insbesondere an andere Gesellschaften des W Konzerns überwiesen worden waren.

Am 23.1.1998 sandte die Rechtsvorgängerin der Beklagten der Schuldnerin eine weitere Bestätigung, wonach „auf dem vorgenannten Konto der Firma T Wertstoffrückgewinnungsanlage Aktiengesellschaft Geldeingang bis 15.12.1997 über 15.562.500 DM zu verzeichnen war und dieser Betrag dem Vorstand endgültig zur freien Verfügung stand“. Diese Bestätigung wurde ebenfalls dem Registergericht vorgelegt. Am 25.3.1998 wurde die Kapitalerhöhung im Handelsregister eingetragen.

Am 30.6.2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der T AG eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

Der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.956.979,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 6.365.583,92 € seit dem 16.2.2002 und in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 1.591.395,98 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Aus den Gründen:

(...)

II.

Die Berufung des Klägers ist auch begründet. Entgegen der Auffassung des LG haftet die Beklagte der Schuldnerin aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG auf die volle Klageforderung.

1. Diese Haftung der Beklagten aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG ist verschuldensunabhängig. Dies ergibt sich zum einen aus dessen Funktion, eine Gewähr für die Richtigkeit der erteilten Bestätigung zu geben, zum anderen aus einem Vergleich mit den ausdrücklich auf Verschulden abstellenden Bestimmungen in §§ 46 bis 48 AktG. Subjektive Momente werden bereits bei der Frage der Richtigkeit der erteilten Bestätigung berücksichtigt. Die Berücksichtigung eines Mitverschuldens zu Lasten der Gesellschaft nach § 254 BGB scheidet wegen des gläubigerschützenden Charakters der Bestimmung aus, ebenso eine Kürzung des Anspruchs wegen arglistigen Verhaltens der über die Unrichtigkeit informierten weiteren Beteiligten. Die Beklagte haftet deshalb in vollem Umfang, obwohl auch den Organen der W und der Schuldnerin die Unrichtigkeit der Bestätigung bekannt war (MünchKommAktG/Pentz, 2. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 40 m. w. N.; BGH, NJW 1991, 1754, 1758 f. = DNotZ 1991, 843). Auch darauf, wann die Beklagte von den „Machenschaften“ der W und ihrer Tochtergesellschaften erfahren hat, also ab welchem Zeitpunkt ihr Gehilfenvorsatz zu bejahen wäre, kommt es für eine Haftung aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG nicht an.

Deliktische Anspruchsgrundlagen kommen dagegen, wie das LG zutreffend angenommen hat, von vornherein nicht in Betracht. Denn die Schuldnerin müsste sich insoweit die Verursachungsbeiträge ihrer Organe gemäß § 31 BGB zurechnen lassen. Angesichts der gerichtsbekannten und wohl auch unstrittigen betrügerischen Machenschaften der Organe der W und der ihrer Tochterunternehmen einschließlich der Schuldnerin könnte der Beklagten bzw. deren Organen allenfalls eine Teilnahme hieran vorgeworfen werden. Ein Ausgleichsanspruch des Täters einer Straftat gegenüber seinem Teilnehmer besteht aber gemäß §§ 840 Abs. 1, 426 Abs. 1 BGB in aller Regel nicht. Aus denselben Gründen könnte sich die Schuldnerin gemäß § 254 BGB selbst dann nicht auf einen

Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB berufen, wenn das Registergericht die Eintragung der Kapitalerhöhung wegen der nicht ausreichenden Einlagebestätigung nicht hätte vornehmen dürfen. § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG ist deshalb die einzige in Betracht kommende Haftungsnorm.

2. Die Bestätigung der Beklagten vom 15.12.1997 und die hierauf verweisende Bestätigung vom 23.1.1998, die den Feststellungen des LG zufolge durch Vorlage beim Registergericht zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister am 25.3.1998 geführt haben, waren als Einlagenbestätigungen i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG nach Auffassung des Senats in mehrfacher Hinsicht haftungsbegründend unzutreffend:

a) Eine Einlagenbestätigungen i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG muss nicht etwa von dem Kreditinstitut an das Registergericht adressiert sein oder einen sonstigen inhaltlichen Bezug zu einer Registeranmeldung aufweisen. Erforderlich und ausreichend ist vielmehr, dass das Kreditinstitut den Organen der Gesellschaft eine Bestätigung zur Vorlage beim Handelsregister ausstellt (vgl. BGH, NJW 1991, 1754 = DNotZ 1991, 843).

Insoweit steht nunmehr zur Überzeugung des Senats fest, dass zumindest der damalige Vorstand der Beklagten K, dessen Wissen der Beklagten gemäß § 31 BGB zuzurechnen ist, sehr genau wusste, dass die Bestätigungen vom 15.12.1997 und vom 23.1.1998 als Bareinlagebestätigungen dem Registergericht vorgelegt werden sollten.

Das ergibt sich nunmehr – anders als in früheren Verfahren vor dem Senat, in denen die entsprechenden pauschalen Behauptungen von Anlegern bei weitem nicht hinreichend substantiiert waren – insbesondere aus den in der Berufungsbegründung konkret in Bezug genommenen, bereits in erster Instanz vorgelegten Auszügen aus den Strafakten, auf die der Senat seine Überzeugungsbildung stützen konnte (vgl. z. B. BGH, NJW-RR 1988, 1527).

So hat der seinerzeit gegen die Vorstände der Beklagten ermittelnde Staatsanwalt bekundet, dass der damalige Vorstand der Beklagten K nach entsprechender Beschuldigtenbelehrung freimütig eingeräumt habe, gewusst zu haben, dass die Bestätigungen für das Registergericht bestimmt gewesen seien und deshalb drinstehen musste, dass das Kapital „zur freien Verfügung des Vorstands steht“. Auch der Haupttäter S hat dies in seiner Vernehmung so bestätigt und die Hintergründe dahingehend erläutert, dass ansonsten für eine Sachgründung ein sehr teures Gutachten erforderlich gewesen wäre.

Mehr als belastend sind auch die vom Kläger bereits in erster Instanz vorgelegten früheren Bestätigungsentwürfe und Bestätigungen der Beklagten für die Schuldnerin. So ist der in den früheren Bestätigungen noch enthaltene Vorbehalt hinsichtlich der Nichtprüfung der Mittelverwendung usw. später entfallen. Nachdem offensichtlich keine der vielen Bestätigungen den Vorstellungen der Haupttäter entsprach, wurde ein Muster erstellt, das der schließlich dem Registergericht vorgelegten Bestätigung vom 23.1.1998 entsprach. In dieser letzten Bestätigung war dann auch der verräterische, ursprünglich deutlich auf eine bloße „Additionsbestätigung“ hinweisende Zusatz „seit Kontoeröffnung“ entfallen. Dass der damalige Vorstand K im Zuge dieser zahlreichen Abänderungen der Bestätigung nicht erfahren haben will, wozu diese dienen soll und warum diese so und nicht anders gefasst werden soll, hält der Senat für lebensfremd.

Auf diese sehr überzeugenden, urkundlich belegten Nachweise hat die Beklagte trotz Aufforderung des Vorsitzenden

im Hinweis vom 11.7.2006 nichts Substanzielles erwidert. Auch hat sie, jedenfalls im Berufungsverfahren, keinen Gegenbeweis angeboten oder als vom LG übergangen gerügt.

Aufgrund dieser urkundlich belegten Umstände ist der Senat nicht nur davon überzeugt, dass die Beklagte bzw. ihr damaliger Vorstand K zumindest billigend in Kauf genommen haben, dass die Bestätigungen vom 15.12.1997 und vom 23.1.1998 als Einlagebestätigungen dem Registergericht vorgelegt werden, was nach Auffassung des Senats bereits für eine Haftung ausreichen würde, sondern dass die Beklagte bzw. ihr damaliger Vorstand K es jedenfalls in diesem Falle – zusammen mit den Haupttätern – mit direktem Vorsatz darauf angelegt hatten, dem Registergericht durch eine „Additionsbestätigung“ eine Einlagenbestätigungen i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG vorzuspiegeln und so die Eintragung ohne umfangreichen Sachgründungsbericht zu ermöglichen.

Daher gereicht es dem Kläger nicht zum Nachteil, dass sein neues Vorbringen im Schriftsatz vom 8.9.2006, wonach die Beklagte sogar die dort als Anlage K 24 vorgelegte Monierung des Registergerichts u. a. wegen der Bankbestätigung erhalten habe, gemäß § 531 Abs. 2 ZPO im Berufungsverfahren nicht mehr zuzulassen ist. Denn behauptet der Berufungsführer, neue Tatsachen oder Beweismittel seien ihm erst nach Schluss der ersten Instanz bekannt geworden, hat er zur Vermeidung des Vorwurfs der Nachlässigkeit darzulegen, warum er sich nicht früher um entsprechende Kenntnis bemüht hat (KG, MDR 2003, 471). Dies wäre hier insbesondere deshalb veranlasst gewesen, weil der Kläger bereits in erster Instanz umfangreiche Auszüge aus den Strafakten vorgelegt hat. Deshalb ist nicht verständlich, warum diese nach seiner Behauptung ebenfalls aus den Strafakten stammende Anlage nicht früher vorgelegt werden konnte.

b) Unter Berücksichtigung dieser Umstände waren die Bestätigungen der Beklagten vom 15.12.1997 und vom 23.1.1998 nach Auffassung des Senats als Einlagenbestätigungen i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG in zweierlei Hinsicht haftungsbegründend unzutreffend:

aa) Bereits die Versicherung der Beklagten gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 AktG, dass „der Betrag dem Vorstand endgültig zur freien Verfügung stand“, war – für die Beklagte ohne weiteres erkennbar – objektiv falsch:

aaa) Hierzu hat das LG festgestellt, dass der Alleinvorstand der Schuldnerin M ausweislich der eigenen Unterschriftenkarte der Beklagten für das Konto nicht alleine zeichnungs-berechtigt war. Er war danach vielmehr nur gemeinsam mit einem der weiteren dort als Verfügungsberechtigten bezeichneten Herren D (Aufsichtsratsvorsitzender der Schuldnerin), B und S verfügungsberechtigt, wobei jeweils zwei der anderen Verfügungsberechtigten sogar ohne den Alleinvorstand M verfügen konnten und es sich bei B und S um die Vorstände der Muttergesellschaft W handelte, die alle im Rahmen der Kapitalerhöhung auszugebenden neuen Aktien am 15.10.1997 gezeichnet hatte.

Soweit das LG hierzu in dem angefochtenen Urteil apodiktisch ausführt, dass die eingezahlten Beträge jedenfalls in die Verfügungsgewalt des Vorstands gelangt seien und die Zeichnungsberechtigung über das Konto keine Rolle spiele, kann dem aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

Freie Verfügbarkeit i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 2 AktG liegt vor, wenn die Einlage aus dem Herrschaftsbereich des Einlegers ausgesondert und dem Vorstand so übergeben wurde, dass er nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung seiner Verantwortung für die Gesellschaft über die Einlage verfügen

kann (BGH, NJW 1991, 1754, 1757 = DNotZ 1991, 843). Bei einer Bareinlage bedeutet dies, dass der Vorstand über den Betrag ohne Einschränkung disponieren kann. Erforderlich ist deshalb, dass der Vorstand allein über die Einlage verfügen kann (vgl. *Hüffer*, AktG, 7. Aufl. 2006, § 36 Rdnr. 7 ff.). Sind dem Kreditinstitut dagegen Mitberechtigungen Dritter an dem Konto bekannt, darf es diese Bestätigung nicht ausstellen (MünchKommAktG/Pentz, § 37 Rdnr. 36).

Angesichts der Tatsache, dass B und S als Vorstände der Muttergesellschaft W, die alle neuen Aktien am 15.10.1997 gezeichnet hatte, über das Konto Verfügungsberechtigt waren, war die Einlage nach Auffassung des Senats schon niemals völlig aus dem Herrschaftsbereich der Einlegerin WA, ausgesondert und die Bestätigung der Beklagten schon deshalb – auch für die Beklagte, die die Funktionen von B und S als Vorstände der W kannte, ohne weiteres erkennbar – objektiv unzutreffend. Auch mangels Alleinverfügungsberechtigung des Alleinvorstands der Schuldnerin M war die Bestätigung der Beklagten – angesichts ihrer eigenen Unterschriftenkarte für die Beklagte ohne weiteres erkennbar – objektiv falsch. Dass der Alleinvorstand M die Zeichnungsberechtigung jederzeit hätte ändern können, steht dem nicht entgegen, denn dies ist nicht geschehen. Somit standen die auf dieses Konto eingezahlten Beträge – für die Beklagte ohne weiteres erkennbar – zu keinem Zeitpunkt „endgültig zur freien Verfügung des Vorstands“ der Schuldnerin.

bbb) Daraus ergibt sich die Haftung der Beklagten für den vollen Bestätigungsbetrag von 15.562.500 DM (= 7.956.979,90 €) und damit für die volle Klageforderung.

Nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG ist das Kreditinstitut der Gesellschaft für die Richtigkeit seiner Bestätigung verantwortlich. Es handelt sich dabei inhaltlich um eine Gewährleistungshaftung für die Richtigkeit der erteilten Bestätigung. War die Bestätigung unrichtig, hat das Kreditinstitut im Hinblick auf die gläubigerschützende Funktion der Bestätigung die Gesellschaft so zu stellen, wie diese stünde, wenn die Bestätigung richtig gewesen wäre. Das Kreditinstitut hat sonach den Zustand herbeizuführen, dessen Vorliegen es unrichtigerweise bestätigt hat, nicht denjenigen, der im Falle seines ordnungsgemäßen Verhaltens bestanden hätte (MünchKommAktG/Pentz, § 37 Rdnr. 40 m. w. N.).

Um den Zustand herbeizuführen, dessen Vorliegen sie unrichtigerweise bestätigt hat, muss die Beklagte der Schuldnerin hier den vollen Bestätigungsbetrag von 15.562.500 DM (= 7.956.979,90 €) „zur endgültigen freien Verfügung“ stellen. Dabei kann es von vornherein nicht darauf ankommen, welche Eingänge auf diesem Konto vor oder nach der Bestätigung zu verzeichnen waren – denn auch diese Beträge standen auf diesem Konto mangels Alleinverfügungsbefugnis des Vorstands der Schuldnerin niemals zu dessen endgültiger freier Verfügung.

bb) Ohne dass es daneben noch darauf ankäme, hält der Senat diese Bestätigungen als bloße „Additionsbestätigungen“ auch inhaltlich für unzutreffend:

aaa) Allerdings hat der BGH in seiner Entscheidung, NJW 2005, 3721 = DNotZ 2006, 149 zu der auch hier gegenständlichen Bestätigung vom 15.12.1997 ausgeführt, dass diese Bestätigung nicht schon deshalb objektiv falsch oder unvollständig sei, weil die dort genannten Kapitaleinzahlungen auf dem dafür vorgesehenen Bankkonto größtenteils nicht mehr vorhanden waren. Denn die für eine beschlossene Kapitalerhöhung eingezahlten Beträge müssten in diesem Zeitpunkt nur noch wertmäßig zur freien Verfügung des Vorstands ste-

hen. Danach betreffe die Angabe darüber, dass der Leistungsgegenstand sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsleitung befinde, allein die Erfüllungswirkung der geschäftlichen Leistung in Bezug auf die Einlageschuld, sage jedoch nichts darüber aus, dass die Einlage bei der Registeranmeldung noch unverändert, das heißt gegenständlich oder wertmäßig im Gesellschaftsvermögen oder gar unangetastet auf dem Einlagenkonto vorhanden sei.

Dem kann sich der Senat im vorliegenden Falle nicht anschließen. Er gibt hierzu Folgendes zu bedenken:

Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 AktG haben die Anmelder zu erklären, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 und des § 36 a AktG erfüllt sind. Hinsichtlich der Erklärungen im Einzelnen ist zwischen der Rechtslage bei Bar- und bei Sacheinlagen scharf zu unterscheiden:

Im Fall einer Bareinlage ist nach § 37 Abs. 1 Satz 2 AktG der Nachweis erforderlich, dass der eingezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht. Ist die Einzahlung gemäß § 54 Abs. 3 AktG durch Gutschrift erfolgt, ist ein schriftlicher Nachweis der kontoführenden Stelle erforderlich; ist der Betrag durch Gutschrift auf ein Konto nach § 54 Abs. 3 AktG geleistet worden, muss der nach § 37 Abs. 1 Satz 2 AktG zu führende Nachweis der endgültigen freien Verfügung des Vorstands durch die Vorlage einer schriftlichen Bestätigung des Kreditinstituts geführt werden, § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG. Für die Richtigkeit der Angabe haftet das Kreditinstitut nach § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG.

Ganz anders ist das Verfahren dagegen bei der Leistung einer Sacheinlage geregelt: Es sind dann von den Gründern usw. zwei Erklärungen abzugeben. Erstens ist zu erklären, dass der Wert der Sacheinlage dem geringsten Ausgabebetrag und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren Betrag auch dem Mehrbetrag entspricht, §§ 37 Abs. 1 Satz 1, 36 a Abs. 2 Satz 3 AktG. Zweitens ist eine Erklärung über die Leistung der Sacheinlage erforderlich (vgl. zum Ganzen z. B. Münch-KommAktG/Pentz, § 37 Rdnr. 15 ff.).

Eine „Bankbestätigung“ über eine Sacheinlage ist somit nicht vorgesehen und auch nicht möglich. Die Bestätigung eines Kreditinstituts, dass ein bestimmter Betrag endgültig zur freien Verfügung des Vorstands steht, kann sich somit von vornherein nur auf eine durch Gutschrift auf dieses Konto geleistete Bareinlage und deren aktuelles Vorhandensein dort beziehen.

Dies hat bisher wohl auch der BGH so gesehen. Er hat bereits in NJW 1992, 3300, 3303 ausgeführt, dass der Nachweis, dass der eingezahlte Betrag wertmäßig endgültig zur freien Verfügung des Vorstandes steht, in der Regel dann nicht mehr durch die Erklärung eines Kreditinstitutes erbracht werden kann, soweit der Einlagebetrag im Zeitpunkt der Anmeldung nicht mehr „unversehrt“ auf dem bei der Bank geführten Konto vorhanden ist. Dann hat der Vorstand vielmehr im Einzelnen unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen darzulegen, für welche geschäftlichen Maßnahmen der Einlagebetrag verwendet worden ist.

Deshalb hält der Senat eine im Rahmen einer Kapitalerhöhung durch Bareinlage zur Vorlage beim Registergericht erstellte „Additionsbestätigung“ über jemals – seit Kontoeröffnung oder ohne diesen Zusatz – auf einem Konto eingegangene Gutschriften für eine auch objektiv nicht zutreffende Einlagenbestätigung gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG. Daneben „stand“ „dieser Betrag“ dem Vorstand auch deshalb niemals „endgültig zur freien Verfügung“, weil dieses Konto, soweit ersichtlich, niemals einen Saldo in dieser Höhe aufgewiesen hat.

Die Bestätigung vom 15.12.1997 mag zwar hinsichtlich der bloßen Zahlungseingänge seit Kontoeröffnung objektiv nicht unrichtig sein, sie ist aber jedenfalls bewusst unvollständig abgefasst und damit falsch. Sofern vor Ausstellung der Bankbestätigung gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG der alleinverfügbare Vorstand einen Teil der ordnungsgemäß erbrachten Bareinlagen satzungsgemäß verwendet hat, was – wie sich schon aus § 36 Abs. 2 Satz 1 AktG ergibt – zulässig sein kann, muss dies in der Bankbestätigung zum Ausdruck kommen. Der aus der Bestätigung erkennbare Differenzbetrag zwischen eingezahltem Betrag und Kontostand am Ausstellungstag der Bestätigung ist dann in geeigneter Weise nachzuweisen. Dies ist für gezahlte Steuern und Gebühren in § 37 Abs. 1 Satz 5 AktG ausdrücklich vorgeschrieben. Erst eine diese Differenz offen ausweisende Bankbestätigung, eröffnet dem Registerrichter die Möglichkeit zu prüfen, ob der auf die gezeichneten Aktien einbezahlte Betrag jedenfalls noch wertmäßig erhalten ist und nicht in unerlaubter Weise an die Einlageschuldner zurückbezahlt oder anderweitig verbraucht wurde.

bbb) Im vorliegenden Falle kommt noch hinzu, dass die Haupttäter und die Beklagte bzw. ihr Vorstand es, wie oben bereits dargelegt, geradezu darauf angelegt hatten, dem Registergericht durch eine bloße „Additionsbestätigung“ eine Einlagenbestätigung i. S. v. § 37 Abs. 1 Satz 3 AktG vorzuspiegeln, um dieses davon abzuhalten, einen entsprechenden Sacheinlagennachweis zu verlangen.

Da das Registergericht dieser Täuschung erlegen ist und die Eintragung vorgenommen hat, ging auch das für die Auslegung vorrangige übereinstimmende subjektive Verständnis aller Beteiligten dahin, dass es sich um eine Einlagenbestätigung gemäß § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG handeln sollte. Jedenfalls gemäß § 242 BGB müsste sich die Beklagte an dieser ihrer Absicht festhalten lassen.

ccc) Um den Zustand herbeizuführen, dessen Vorliegen sie unrichtigerweise bestätigt hat, müsste die Beklagte der Schuldnerin hier allerdings nicht den vollen Bestätigungsbetrag von 15.562.500 DM (= 7.956.979,90 €) zur endgültigen freien Verfügung stellen, sondern nur eine um den zur Zeit der Bestätigung tatsächlich auf dem Konto vorhandenen Betrag von 50.222,43 DM reduzierte Summe.

Auch dabei käme es aber nicht darauf an, welche Eingänge seitens der Aktionäre auf diesem Konto vor oder nach der Bestätigung noch zu verzeichnen waren. Denn dass die Aktionäre auf die Einlageschuld der W geleistet hätten, hat die Beklagte schon nicht behauptet und ist auch sonst nicht anzunehmen. Außerdem entspricht der diesbezügliche Vortrag der Beklagten in der Berufungserwiderung auch nicht den der Parteien mitgeteilten Allgemeinen Verfahrenshinweisen des Senats (vgl. hierzu NJW 2004, 3593). Als neues Verteidigungsmittel ist dieser Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen, denn die Beklagte als kontoführende Stelle hätte die weiteren Kontenbewegungen bereits in erster Instanz auswerten und vortragen können und müssen.

3. Der Anspruch ist auch nicht verjährt.

Nach allgemeiner Ansicht beträgt die Verjährungsfrist für Ansprüche aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG entsprechend § 51 AktG fünf Jahre (vgl. z. B. MünchKommAktG/Pentz, § 37 Rdnr. 42; Hüffer, AktG, § 37 Rdnr. 5 a). Diese Verjährungsfrist hat also gemäß § 51 AktG mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister am 25.3.1998 zu laufen begonnen und wäre am 25.3.2003 abgelaufen. Sie wurde somit durch den am 13.12.2002 beim AG eingegangenen, demnächst i. S. v.

§ 167 ZPO zugestellten Mahnbescheidsantrag rechtzeitig gemeldet, wobei noch eine Restfrist von über drei Monaten verblieb.

Der Widerspruch vom 19.12.2002, eingegangen beim AG am 23.12.2002, wurde erst am 6.1.2003 an den Kläger zur Post gegeben. 6 Monate nach Zugang des Widerspruchs beim Kläger endete die Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 BGB n. F., also frühestens am 7.7.2003. Da dessen Anspruchsbegründung bereits am 4.7.2003 beim AG eingegangen ist, ist die Verjährungsfrist gewahrt. (...)

4. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 291, 288 BGB a. F. Der Anspruch aus § 37 Abs. 1 Satz 4 AktG ist mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister am 25.3.1998 fällig geworden. Seine Verzinsung richtet sich somit weiterhin nach altem Recht (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl. 2002, § 288 Rdnr. 1). Für einen weitergehenden Zinsanspruch hat der Kläger zumindest im Berufungsverfahren nichts geltend gemacht. Daher war die Klage hinsichtlich der weitergehenden Zinsen abzuweisen.

11. AktG §§ 243 Abs. 1, 245 Abs. 1 Nr. 2, 246, 319 Abs. 6 Satz 2 (*Taschenkontrolle vor Hauptversammlung*)

Vor der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft darf diese die Taschen ihrer Aktionäre nicht ohne weiteres durchsuchen. Der hierin liegende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Aktionäre kann vermieden werden, wenn die Kontrolle mittels eines Durchleuchtungsgerätes erfolgt, was in Relation zu den Kosten der Hauptversammlung weder unverhältnismäßig aufwendig noch zu teuer ist. Eine quantitative oder qualitative Überspannung der Kontrollen eröffnet wegen der damit verbundenen übermäßigen (mittelbaren) Beschränkung des Teilnahmerechts die erfolgreiche Anfechtung sämtlicher Hauptversammlungsbeschlüsse. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16.2.2007, 5 W 43/06

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in ZIP 2007, 629.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

12. GBO §§ 71, 74; ZPO §§ 750, 740, 741, 727 ff. (*Vollstreckung in Grundstück einer Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts*)

Die Vollstreckung in ein Grundstück, das Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts erworben haben, erfordert regelmäßig einen Titel gegen beide Ehegatten.

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 15.3.2007, 3 W 232/06; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Die Beteiligte zu 1) begehrt die Eintragung einer Zwangshypothek auf einem von dem Beteiligten zu 2) und dessen Ehefrau in italienischer Errungenschaftsgemeinschaft erworbenen Grundstück. Sie ist der Auffassung, der Umstand, dass sie lediglich über einen gegen den

Beteiligten zu 2) gerichteten Titel verfügt, stehe der Eintragung nicht entgegen. Die Vorinstanzen haben die Eintragung der Zwangshypothek mit der Begründung abgelehnt, beiden Eheleuten stehe die Verwaltung des Grundstückes gemeinschaftlich zu, weshalb auf der Grundlage des hier anwendbaren § 740 Abs. 2 ZPO ein Leistungstitel gegen beide Ehegatten erforderlich sei. Dagegen wendet sich die Beteiligte zu 1) mit der erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren erhobenen Behauptung, auf der Grundlage des § 741 ZPO genüge zur Zwangsvollstreckung ein gegen den Beteiligten zu 2) ergangener Titel, da dieser selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibe, aus dem die titulierte Forderung resultiere.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Der angefochtene Beschluss beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 78 Satz 1 GBO).

1. Das LG hat die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1) zu Recht als unbefristete Beschwerde nach § 71 GBO angesehen. Denn die begehrte Eintragung einer Zwangshypothek als Vollstreckungsakt wird aufgrund ihrer formellen Zuweisung zum Grundbuchverfahren verfahrensrechtlich nur nach den Vorschriften der Grundbuchordnung behandelt. Das Grundbuchamt wird insoweit in erster Linie als Grundbuchbehörde tätig. Die Eintragung der Zwangshypothek ist eine Entscheidung des Grundbuchamtes, sie ist nicht als Entscheidung im Vollstreckungsverfahren zu qualifizieren (vgl. etwa Pfälzisches OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 174; OLG Hamm Rpfleger 1973, 440).

2. Auch in der Sache ist die Entscheidung des LG nicht zu beanstanden. Es ist zutreffend davon ausgegangen, dass das AG den Antrag der Beteiligten zu 1) auf Eintragung der Zwangshypothek zu Recht zurückgewiesen hat.

Für den Senat als Rechtsbeschwerdegericht beschränkt sich die Überprüfung des angefochtenen Beschlusses darauf, ob der Tatrichter den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG), bei der Erörterung des Beweismittels alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln und Verfahrensvorschriften (§ 15 FGG) sowie gegen Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. etwa Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 13.5.2004, 3 W 12/04, m. w. N., n. v.). Dieser Überprüfung hält der angefochtene Beschluss stand. Zunächst ist das LG mit zutreffenden Erwägungen, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, davon ausgegangen, dass die Beurteilung auf der Grundlage der zwangsvollstreckungsrechtlichen Regelungen für die Gütergemeinschaft zu erfolgen hat. Da die Zivilprozessordnung keine Bestimmungen enthält, die auf die Vollstreckung in ein italienisches Gesamtgut zugeschnitten sind, gibt das deutsche Vollstreckungsrecht keine ausdrückliche Antwort auf die Frage nach dem erforderlichen Titel. Das LG hat dennoch die Vorschrift des § 740 ZPO zu Recht angewandt. Denn die Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht (vgl. hierzu *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Italien, III. A. 2 f. sowie Art. 159, 177 ff.) ist mit der Gütergemeinschaft nach deutschem Recht, insbesondere bezüglich der Behandlung des Gesamtgutes vergleichbar (vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 740 Rdnr. 2; *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl., § 740 Rdnr. 12; LG Heilbronn, Rpfleger 1996, 521; BGH, Rpfleger 1998, 351 für die Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht; *Rauscher*, Rpfleger 1988, 93, 94). Nach § 750 Abs. 1

ZPO darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder der ihm beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Dementsprechend geht der Gesetzgeber in den §§ 727 ff. ZPO davon aus, dass die Zwangsvollstreckung eines Urteils gegen Dritte nur stattfinden darf, wenn zu dem Urteil wenigstens eine Vollstreckungsklausel gegen den Dritten erteilt worden ist. Daran fehlt es hier. Die Beteiligte zu 1) verfügt lediglich über einen Titel gegen den Ehemann. Im hier vorliegenden Fall ist jedoch auch ein solcher gegen die Ehefrau erforderlich. Nach § 740 Abs. 2 ZPO ist ein Leistungstitel gegen beide Ehegatten erforderlich, wenn diese das Gesamtgut gemeinschaftlich verwalten. Nach dem italienischen *communione* fällt während des Güterstandes erworbenes Eigentum in die Vermögensgemeinschaft, Art. 177 Codice Civile (vgl. *Rauscher*, WuB, VI E. § 740 ZPO, 850). Damit besteht neben dem Eigenvermögen jedes Ehegatten eine Vermögensmasse, die beiden Ehegatten gemeinschaftlich zusteht und in die zumeist die wesentlichen Vermögenswerte fallen. So liegt der Fall hier. Die Eheleute haben das Grundstück mit notarieller Urkunde im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht erworben. Damit ist das Grundstück Gesamtgut geworden. Nach Art. 180 Abs. 2 Codice Civile steht die Vornahme von Rechtsgeschäften, die die gewöhnliche Verwaltung überschreiten, den beiden Ehegatten gemeinsam zu. Maßstab für die Unterscheidung zwischen ordentlicher und nicht gewöhnlicher Verwaltung ist der Maßstab der Verwaltung des Vermögens minderjähriger. So ist die Veräußerung eines Grundstückes keine Handlung der gewöhnlichen Verwaltung (vgl. *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Italien, Art. 180 Fn. 56).

Auf dieser Grundlage ist das LG zutreffend davon ausgegangen, dass ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommene Rechtshandlungen dann vernichtbar sind, wenn sie Immobilien betreffen (Art. 184 Abs. 1, 2 Codice Civile). Des Weiteren hat das LG zutreffend ausgeführt, dass das italienische Recht für das gewöhnliche Miteigentum davon ausgeht, dass ungeteilte Gegenstände, die im Miteigentum stehen, auch pfändbar sind, wenn nicht alle Miteigentümer dem Gläubiger verpflichtet sind (Art. 599 Codice Procedura Civile). Diese Vorschrift ist jedoch – worauf das LG ebenfalls verwiesen hat – im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Soweit die Beteiligte zu 1) nunmehr erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren darauf abstellt, dass auf der Grundlage des § 741 ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück ein gegen den Beteiligten zu 2) ergangenes Urteil genüge, da dieser selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, muss dieses Vorbringen unbeachtlich bleiben. Denn neues tatsächliches Vorbringen kann in der Rechtsbeschwerdeinstanz keine Berücksichtigung finden (vgl. etwa *Bauer/von Oefe/Budde*, GBO, 1999, § 78 GBO Rdnr. 24 m. w. N.). Die Vorschrift des § 74 GBO findet im Verfahren der Rechtsbeschwerde keine Anwendung (*Bauer/von Oefe/Budde*, § 78 GBO Rdnr. 24 m. w. N.).

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Süß*, MittBayNot 2007, 385 (in diesem Heft).

Beurkundungs- und Notarrecht

13. StGB §§ 267 Abs. 1, 274 Abs. 1 Nr. 1, 348 Abs. 1; AktG § 130 Abs. 1; BeurkG § 13 (*Vernichtung eines Hauptversammlungsprotokolls als Urkundenunterdrückung*)

Bei der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen ist eine Urkunde dann abgeschlossen, wenn das vorgeschriebene Procedere – Vorlesen, Genehmigen, Unterschreiben – stattgefunden hat. Dies gilt auch für sonstige Beurkundungen i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG. Ein Notar, der die von ihm unterzeichnete, handschriftliche Ergänzungen enthaltende Niederschrift über den Verlauf einer Jahreshauptversammlung nicht unter der dafür vorgesehenen Urkundennummer zur Urkundensammlung nimmt, sondern diese später „entsorgt“ begeht eine Urkundenunterdrückung. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 29.11.2006, 2 Ws 173/05

Der Beschuldigte erstellte als Notar am 10.6.2003 gemäß § 130 AktG die notarielle Niederschrift über die ordentliche Jahreshauptversammlung der A AG. Hierzu fertigte der Beschuldigte vor der Hauptversammlung einen maschinellen Entwurf an, der die aus der Tagesordnung und aus dem Leitfaden des Vorsitzenden des Aufsichtsrates der A AG voraussichtlich sich ergebenden Elemente berücksichtigte. Diesen Entwurf ergänzte er während der Dauer der Hauptversammlung handschriftlich um alle Abweichungen vom erwarteten Verlauf sowie um alle „Variablen“, wie beispielsweise Wortmeldungen, Widersprüche und Abstimmungsergebnisse, und unterzeichnete ihn noch am Tage der Versammlung. Diese Niederschrift sollte nach seinem Willen nicht mit einer Urkundenrollennummer versehen und zur Urkundensammlung genommen werden. Lediglich für den Fall seines Todes oder seiner Handlungsunfähigkeit hatte er seine Notariatsangestellte zuvor angewiesen, für diese Niederschrift eine Urkundenrollennummer zu „reservieren“, sie als das Hauptversammlungsprotokoll einzutragen und zur Urkundensammlung zu nehmen. Zu einem nicht näher bekannten, nach der Hauptversammlung liegenden Tag ließ der Beschuldigte seine Notariatsangestellte eine vollständig maschinell erstellte Fassung fertigen, in der diese in Abstimmung mit ihm seine handschriftlichen Änderungen einarbeitete. Sodann übersandte er diese maschinell erstellte Fassung der A AG und traf sich „zur Abstimmung von Feinheiten“ mit zwei derer Mitarbeitern. Danach nahm er an dieser Fassung aufgrund der Ausführungen der Mitarbeiter verschiedene Änderungen und Berichtigungen vor, ohne diese als solche kenntlich zu machen. In der danach unter dem Datum „10.6.2003“ erstellten „Endfassung“ des Hauptversammlungsprotokolls erklärte der Beschuldigte am Ende Folgendes: „Nachdem weitere Wortmeldungen nicht mehr vorlagen, wurde die Versammlung um 21 Uhr 21 Minuten von dem Herrn Vorsitzenden geschlossen. Hierüber wurde diese in Urschrift bei mir verbleibende Niederschrift aufgenommen und von mir, dem amtierenden Notar, eigenhändig unterschrieben.“

Diese „Endfassung“ des Protokolls unterzeichnete der Beschuldigte, versah sie mit der „reservierten“ Urkundenrollennummer und nahm sie zur Urkundensammlung.

Die seine handschriftlichen Ergänzungen enthaltende, von ihm unterzeichnete Fassung des Hauptversammlungsprotokolls ist von dem Beschuldigten nach Erstellung der „Endfassung“ vernichtet („entsorgt“) worden.

Aus den Gründen:

(...)

Die Anordnung der öffentlichen Klage ist geboten, weil der Beschuldigte zum einen einer Urkundenunterdrückung in Form der Urkundenvernichtung (274 Abs. 1 Nr. 1 StGB) hinreichend verdächtig ist, indem er die von ihm am Abend des

10.6.2003 unterzeichnete Niederschrift über den Verlauf der Hauptversammlung „entsorgt“.

Bei dieser Niederschrift handelte es sich um eine Urkunde i. S. v. §§ 267 Abs. 1, 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Zwar ist in der neuesten Literatur streitig, wann die von einem Notar gemäß § 130 Abs. 1 AktG über die Hauptversammlung aufgenommene Niederschrift als notarielle Urkunde abgeschlossen ist, sie mithin Urkundsqualität erreicht. Während nach einer erst nach der in Rede stehenden Hauptversammlung vertretenen Auffassung dies erst dann der Fall ist, wenn der Notar die Niederschrift insbesondere durch Erteilung von Ausfertigungen oder beglaubigten Abschriften in den Rechtsverkehr gegeben hat (so *Maaß*, ZNotP 2005, 50 und 377; ebenso *Wolfsteiner*, ZNotP 2005, 376), liegt nach anderer schon lange vertretenen Ansicht bereits mit der Unterzeichnung der Niederschrift durch den Notar eine Urkunde vor (so *Eylmann* zuletzt in ZNotP 2005, 300 und 458).

Letzterer Auffassung ist zu folgen. Bei der Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen ist eine Urkunde dann abgeschlossen, wenn das in § 13 BeurkG vorgeschriebene Prozedere – Vorlesen, Genehmigen, Unterschreiben – stattgefunden hat. Davon, dass etwas anderes für sonstige Beurkundungen i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG gelten soll, abgesehen davon, dass bei solchen Urkunden ein Vorlesen nicht erforderlich ist und nur der Notar durch seine Unterschrift die von ihm gemachten Wahrnehmungen bestätigt, kann nicht ausgegangen werden (vgl. *Eylmann*, ZNotP 2005, 302). Vielmehr ist aus dem Umstand, dass in § 44 a BeurkG zwischen der Beurkundung von Willenserklärungen und sonstigen Beurkundungen nicht unterschieden wird, zu folgern, dass der Gesetzgeber eine solche Differenzierung nicht wollte (vgl. *Eylmann*, ZNotP 2005, 302).

Den Schluss, dass es sich bei der am Hauptversammlungstag unterzeichneten Niederschrift nicht lediglich um einen Entwurf, sondern um das wirksam zustande gekommene Protokoll handelte, lässt sich auch aus der Einlassung des Beschuldigten selbst ziehen. Die Intention des Beschuldigten war, dass dieses Schriftstück im Falle seines Todes oder seiner Handlungsunfähigkeit die wenn auch gegebenenfalls unvollständige Niederschrift der Jahreshauptversammlung darstellen sollte. Die Frage des Vorliegens einer Urkunde kann indes nicht von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden, insbesondere kann die Urkundeneigenschaft nicht dadurch verloren gehen, dass die Bedingung (Tod oder Handlungsunfähigkeit) nicht eintritt.

Der Beschuldigte hat diese Niederschrift nicht unter der dafür vorgesehenen Urkundennummer zur Urkundensammlung genommen, sie vielmehr nach seiner Einlassung „entsorgt“, also „vernichtet“ i. S. d. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Deshalb kann im jetzigen Zeitpunkt hinreichender Tatverdacht des Beschuldigten im Hinblick auf eine vorsätzliche Urkundenvernichtung nicht verneint werden. Es ist bei einem Notar davon auszugehen, dass diesem die einschlägigen Bestimmungen des Beurkundungsgesetzes in Bezug auf die Errichtung von Urkunden geläufig sind, insbesondere dass er weiß, in welchem Zeitpunkt eine Urkunde abgeschlossen und damit seiner uneingeschränkten Verfügungsgewalt entzogen ist. Ein Berufen auf einen mangelnden Vorsatz unter Hinweis auf die oben genannten Aufsätze von *Maaß* und *Wolfsteiner*, nach denen die Urkundsqualität der am Hauptversammlungstag unterzeichneten Niederschrift zu verneinen wäre, ist dem Beschuldigten bereits deswegen verwehrt, weil diese zeitlich erst nach der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat veröffentlicht wurden, sie sein Handeln im Tatzeitpunkt mithin nicht beeinflusst haben konnten.

Der Beschuldigte ist zudem hinreichend verdächtig, die am Hauptversammlungstag unterzeichnete Niederschrift in der Absicht vernichtet zu haben, einem anderen Nachteil zuzufügen. Ausreichend ist insoweit das Bewusstsein, dass der Nachteil die notwendige Folge der Tat ist, d. h., dass das Benutzen des gedanklichen Inhalts der Urkunde in einer aktuellen Beweissituation vereitelt wird (vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 53. Aufl., § 274 Rdnr. 6 m. w. N.). Hiervon ist vorliegend auszugehen. Dem Beschuldigten war bewusst, dass er durch das „Entsorgen“ der Niederschrift die Beweisführungsmöglichkeit der Aktionäre im Hinblick auf die in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse hindert.

Der Beschuldigte ist zudem einer Falschbeurkundung im Amt (§ 348 Abs. 1 StGB) hinreichend verdächtig, indem er in der von ihm unterzeichneten „Endfassung“ der Niederschrift vorgab, diese am „10.6.2003“ errichtet zu haben, obwohl dies tatsächlich zu einem unbekanntem Zeitpunkt deutlich nach diesem Tag geschehen ist.

Als Notar war der Beschuldigte ein zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugter Amtsträger (§ 1 BeurkG, § 1 BNotO). Die Errichtung der notariellen Niederschrift nach § 130 AktG nahm er auch innerhalb seiner Zuständigkeit i. S. d. § 348 StGB vor. Mit der Beurkundung des unzutreffenden Zeitpunkts der Errichtung der Niederschrift hat der Beschuldigte eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet. Falsch beurkundet i. S. d. § 348 StGB sind diejenigen rechtlich erheblichen Erklärungen, Verhandlungen oder Tatsachen, auf die sich der öffentliche Glaube der Urkunde, d. h. die volle Beweiswirkung für und gegen jedermann erstreckt (vgl. BGHSt 22, 201, 203). Das ist hier der Fall. Die Niederschrift über eine Hauptversammlung, die unmittelbar nach deren Beendigung unter dem Vorbehalt einer – späteren – sorgfältigen Prüfung unterzeichnet wird, dann aber später verschwindet und geraume Zeit – gegebenenfalls Wochen – danach durch eine neu gefasste Niederschrift ersetzt wird, verliert an Beweiswert, weil nicht erkennbar ist, an welchen Punkten eine Veränderung oder Berichtigung vorgenommen worden ist. Mit der Angabe des unzutreffenden Zeitpunkts der Errichtung des neu gefassten Protokolls hat der Beschuldigte vorgetäuscht, dieses aufgrund frischer Erinnerung niedergeschrieben zu haben. Damit wird aber der Anschein einer Authentizität erregt, die tatsächlich höchst fraglich ist. (...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Görk*, MittBayNot 2007, 382 (in diesem Heft).

14. BNotO § 19; BeurkG § 17; AO § 75 (*Steuerliche Beratung durch Notar*)

1. **Gibt der Notar einen für sich betrachtet zutreffenden steuerlichen Hinweis zu einem Einzelpunkt, folgt daraus nicht die Verpflichtung, die steuerlichen Annahmen der Parteien insgesamt auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.**
2. **Im Jahr 1998 traf den Notar bei der Beurkundung der Veräußerung einer vermieteten Immobilie keine Hinweispflicht auf § 75 AO.**

OLG München, Urteil vom 18.1.2007, 1 U 3684/06; mitgeteilt von *Wilhelm Schneider*, Richter am OLG München

Die Kl., eine GbR, hatte Darlehensforderungen gegen den Geschäftsmann H. Die Kl. kam mit H., der bis 1989 als Steuerberater tätig gewesen war, im Jahr 1998 überein, von ihm Gewerbeimmobilien zu kaufen. H. schlug der Kl. den Bekl. als beurkundenden Notar vor. H. gab dem Bekl. die Kaufpreise und Umsatzsteuerbeträge für die gewerblichen Einheiten ausdrücklich vor. Dabei berücksichtigte er die anfallende Grunderwerbsteuer als Bemessungsgrundlage nicht. Der Bekl. wusste, dass nach einer Entscheidung des BFH bei Übernahme der Grunderwerbsteuer durch den Käufer die Hälfte davon zum umsatzsteuerlichen Entgelt rechnet.

Der vom Bekl. beurkundete Kaufvertrag enthielt folgende Passage:

„Der Kaufpreis beträgt als Festpreis DM 4.559.338. Hiervon entfallen auf:

- a) den Laden Nr. 1 im Anwesen ... netto DM 1.980.000 zzgl. der gesetzlichen MwSt. 16 %, gerechnet aus dem Betrag DM 2.014.650 = DM 322.344; also einen Bruttokaufpreis von DM 2.302.344;
- b) die Läden Nr. 1–3 im Anwesen ... netto DM 1.855.000 zzgl. der gesetzlichen MwSt. 16 %, gerechnet aus dem Betrag DM 1.887.462,50 = DM 301.994; also einen Bruttokaufpreis von DM 2.156.994.“

Die Umsatzsteuerbeträge hatte der Bekl. gegenüber den Vorgaben von H. aufgrund seiner Kenntnis der Rechtsprechung über die Grunderwerbsteuer als umsatzsteuerliches Entgelt erhöht.

Im Abschnitt VIII. heißt es unter „Hinweise“:

„4. dass der Vertragsgegenstand für etwaige Rückstände an öffentlichen Abgaben und Lasten haftet, wozu auch Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch gehören ...“

Die Kl. zahlte 624.338 DM Umsatzsteuer an H., der den Betrag nicht an sein FA abführte. Die Grunderwerbsteuer erhöhte sich durch den Umsatzsteuerausweis um umgerechnet 11.172,66 €. Die Kl. machte die Zahlung zunächst erfolgreich als Vorsteuer geltend. Das FA versagte jedoch nach einer Umsatzsteuerprüfung den Vorsteuerabzug mit der Begründung, es handele sich um eine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung i. S. v. § 1 Abs. 1a UStG, da vermietete Gewerbegrundstücke unter Fortführung der bestehenden Pacht/Mietverträge durch den Erwerber übertragen worden seien. Daraufhin zahlte die Kl. an das FA aufgrund des nunmehr rechtskräftig geänderten Umsatzsteuerbescheids für das Jahr 1999 zusätzlich 319.218,74 € Umsatzsteuer nebst Säumniszuschlägen und Zinsen, die sie vom Bekl. ersetzt verlangt, da von H. ein Ersatz nicht zu erlangen war.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Der Kl. steht gegenüber dem Bekl. kein Schadenersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO zu.

Der Bekl. haftet als Notar nicht für den Irrtum über die Möglichkeit eines Vorsteuerabzugs bei dem zwischen der Kl. und H. abgeschlossenen Immobilienverkauf.

Zum Zeitpunkt der Beurkundung vom 17.12.1998 war nach der aktuellen Rechtsprechung des BFH (BStBl II 1998, S. 695 = DSz 1998, 808) ein Vorsteuerabzug bei dem vom Bekl. beurkundeten Grundstücksgeschäft nicht mehr möglich. Dies haben sowohl die Vertragsparteien als auch der Bekl. übersehen.

Die Geltendmachung eines anderweitigen Ersatzanspruchs nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO hat die Kl. nicht versäumt. Die mit erheblichen Kosten verbundene gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen H. war ihr nicht zumutbar, nachdem schon das FA Rosenheim mit seinen erheblichen Machtmitteln vergeblich versucht hatte, den Betrag bei ihm einzutreiben. (...)

Eine inhaltliche Prüfung, ob der Bekl. gegenüber der Kl. eine Amtspflichtverletzung begangen hat, ist daher erforderlich. Sie führt zu dem Ergebnis, dass eine Amtspflichtverletzung des Bekl. nicht vorliegt.

Der tatsächliche Ablauf des Geschehens ist im Laufe des Verfahrens weitgehend unstrittig geworden. Dies gilt insbesondere für die Tatsache, dass der Bekl. die ihm von H. genannten Umsatzsteuerbeträge im Kaufvertrag abgeändert hat, und auch für die tatsächlichen Aufwendungen der Kl. Unklar ist geblieben, welche Erläuterung der Bekl. dazu bei der Beurkundung abgegeben hat. Die vorhandenen Beweismittel hat das LG ausgeschöpft. Die Darstellung der Gesellschafter der Kl., der Bekl. habe die Erhöhung mit der Einbeziehung der Grunderwerbsteuer begründet, erscheint jedoch plausibel. Weitergehende Erklärungen des Bekl. mit steuerrechtlichem Gehalt sind nicht nachweisbar. Unstrittig hat der Bekl. nicht auf die Beratung durch einen Steuerberater verwiesen.

Die Entscheidung, ob der Bekl. seine Pflichten verletzt und die Kl. dadurch einen Schaden erlitten hat, wird durch die Gemengelage teils sehr spezieller umsatzsteuerrechtlicher Probleme mit der Frage der Reichweite notarieller Hinweis- und Beratungspflichten erschwert.

Eine zweistufige Prüfung der behaupteten Pflichtverstöße erleichtert die Übersicht. Zuerst ist zu untersuchen, ob eine Amtspflichtverletzung des Bekl. bereits dann zu bejahen ist, wenn er die Umsatzsteuerbeträge nicht abgeändert hätte (1). Anschließend stellt sich die Frage, ob sich eine Haftung aus seinem Eingriff in die umsatzsteuerlichen Vorstellungen des Verkäufers H. ergibt (2).

Beides ist im Ergebnis zu verneinen.

1. Eine Amtspflichtverletzung des Bekl. unabhängig von der von ihm vorgenommenen Abänderung der Umsatzsteuer kommt nicht in Betracht. Spezielle Kenntnisse im Umsatzsteuerrecht können von einem Notar nicht verlangt werden. Zu einem allgemeinen Hinweis auf § 75 AO war der Bekl. im Jahr 1998 bei dem ihm bekannten Sachverhalt nicht verpflichtet.

a) Dem Bekl. kann nicht vorgeworfen werden, dass er die Änderung der Rechtsprechung des BFH zum Vorsteuerabzug durch das Urteil vom 2.4.1998 (BStBl II 1998, S. 695 = DSz 1998, 808) nicht gekannt hat.

Den Bekl. traf keine Verpflichtung, die aktuelle Rechtsprechung zum Umsatzsteuerrecht im Bundessteuerblatt zu verfolgen. Die Kenntnis besonderer Steuerfragen darf von einem Notar, der kein Steuerfachmann und Wirtschaftsberater ist, in der Regel nicht erwartet werden (BGH, NJW-RR 1992, 1178). (...)

b) Die unterlassene Belehrung über § 75 AO begründet keine Amtspflichtverletzung des Bekl.

aa) Die Auffassung des Kl., dass der Verkauf der vermieteten Läden nach der Rechtsprechung des BFH (BStBl II 1993, 700) von § 75 AO erfasst wird, trifft zu. Ob es sich um gewerbliche Einkünfte oder solche aus Vermietung und Verpachtung handelt, spielt keine Rolle. Die Läden sind die wesentlichen Grundlagen der Vermietung. Bei der umsatzsteuerpflichtigen Vermietung reichen zur Bejahung eines „Unternehmens“ die hierauf bezogenen Unterlagen und Belege (Vermietungs- und Steuerakten) aus, sofern sich in deren Zusammenfassung die dem Vermietungsgeschäft gewidmeten Einrichtungen und Maßnahmen erschöpfen (BFH, BStBl II 1993, 700, 702). Es kommt nicht darauf an, ob H. seinen gesamten vermieteten Grundbesitz an die Kl. verkauft hat.

§ 75 AO führt nach der Rechtsprechung des BFH dazu, dass die Kl. als Betriebsübernehmerin für eine bestehende Umsatzsteuerschuld des Betriebsveräußerers, die durch den mit der Unternehmensveräußerung bewirkten Umsatz entstanden ist, haftet (BFHE 1982, 394). Hier ist zwar in Wirklichkeit

dadurch kein steuerbarer Umsatz entstanden, der Bekl. ist aber davon ausgegangen. Unterstellt man die Richtigkeit seiner Rechtsansicht, bestand im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers die konkrete Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme. (...)

bb) Schon aus dem Vertragswortlaut ergab sich, dass die veräußerten Läden vermietet waren und die Kl. in die Mietverträge eintreten sollte. Das kann dem Bekl. nicht verborgen geblieben sein.

cc) Diese Umstände begründen jedoch keine Hinweispflicht des Bekl.

(1) Die Kenntnis der genauen Reichweite von § 75 AO bei der Veräußerung vermieteter Immobilien gehört als besondere Steuerfrage nicht zur notariellen Kompetenz. Zu einer präzisen Aufklärung hätte der Notar die oben zitierte finanzgerichtliche Rechtsprechung dazu kennen müssen, wann es sich bei der Veräußerung eines Ladens um den Verkauf eines Unternehmens oder eines in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführten Betriebs im Ganzen handelt. Dies kann nach dem vom BGH aufgestellten Maßstab nicht angenommen werden.

(2) Zu einem allgemein gehaltenen Hinweis auf eine mögliche Haftung für steuerliche Verbindlichkeiten des Voreigentümers gemäß § 75 AO war der Bekl. nicht verpflichtet.

In Teilen der Literatur wird eine Hinweispflicht des Notars für eine Sonderkonstellation bejaht, die im vorliegenden Fall nicht gegeben ist:

Wird im Vertrag über den Kauf eines Handelsgeschäfts vereinbart, dass eine Haftung für bisher entstandene Verbindlichkeiten nach § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen wird, so soll der Hinweis auf § 75 AO zur Erläuterung der unmittelbaren Tragweite der Vereinbarung gehören. Diese Auffassung vertreten *Haug*, Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 476; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 17 Rdnr. 264; *Frenz* in *Eylmann/Vaasen*, BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 17 Rdnr. 19. Die bei *Winkler* angegebene Fundstelle BGH, NJW-RR 1992, 1178, 1180 behandelt § 75 AO nicht. *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, nehmen zu der Frage keine Stellung. Laut *Bernhard* in Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1994, F Rdnr. 112 f. bestehen steuerliche Hinweispflichten nur nach § 19 BeurkG und § 13 EStDV.

Folgt man *Haug*, *Winkler* und *Frenz*, ergibt sich daraus noch keine Pflichtverletzung des Bekl. Weder handelt es sich im vorliegenden Fall um die Veräußerung eines Handelsgeschäfts, noch enthält der Vertrag einen Ausschluss der Haftung für Altverbindlichkeiten. Vielmehr enthält er einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Erwerberin für etwaige Rückstände an öffentlichen Abgaben haftet.

Die Kl. stützt ihre Rechtsauffassung, dass der Notar bei jedem Verkauf einer vermieteten Immobilie auf § 75 AO hinweisen müsse, auf *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 1049. In der angegebenen Fundstelle heißt es, der Erwerber eines Betriebes sei allgemein zu belehren, dass er nach § 75 AO mit dem übernommenen Vermögen für gewisse Steuern hafte, die durch den Betrieb des Unternehmens ausgelöst wurden (ebenso Rdnr. 1089).

Eine Pflichtverletzung des Bekl. im Jahr 1998 lässt sich trotzdem aus zwei Gründen nicht bejahen.

Einmal hat die damals erschienene Kommentarliteratur einen allgemeinen Hinweis auf § 75 AO nicht gefordert. Rechtsprechung zu der Frage liegt, soweit durch eine Juris-Recherche ersichtlich, bis heute nicht vor. Das Handbuch von *Zugehör/Ganter/Hertel* ist erst sechs Jahre später erschienen.

Zum anderen setzt die Subsumtion, dass es sich im vorliegenden Fall umsatzsteuerrechtlich um die Veräußerung eines Betriebes handelt, spezielle steuerrechtliche Kenntnisse voraus, die vom Notar gerade nicht gefordert werden können (siehe oben).

Unabhängig davon stellt sich die Frage der Kausalität eines unterlassenen Hinweises auf § 75 AO. Es wird nicht plausibel gemacht, dass die Kl. bei einem allgemein gehaltenen Hinweis eine Kaufpreisherabsetzung in Höhe der Umsatzsteuer verlangt oder eine andere Zahlungsweise der Umsatzsteuer gefordert hätte. Aus dem erteilten Hinweis, dass sie für etwaige Rückstände öffentlicher Abgaben haftet, hat sie keine ersichtlichen Konsequenzen gezogen.

c) Das LG hat zu Recht die Beurkundung eines steuerlichen Antrags verneint. Der Senat nimmt hierauf Bezug.

2) Die Abänderung des Umsatzsteuerausweises begründet keine Haftung des Bekl.

a) Die auf einen umsatzsteuerlichen Gesichtspunkt begrenzte Korrektur der von H. genannten Zahlen hatte keine Verpflichtung des Bekl. zur Folge, den Umsatzsteuerausweis insgesamt auf seine Richtigkeit zu überprüfen und für diese einzustehen.

aa) Nach einhelliger Meinung (z. B. *Haug*, Amtshaftung des Notars, Rdnr. 568; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Rdnr. 1088, 1097) darf der Notar auf steuerrechtlichem Gebiet selbst beraten. Er muss nicht auf einen Steuerberater verweisen. Für die Richtigkeit seiner Beratung trifft ihn jedoch die volle Haftung, das heißt er muss einschlägige finanzgerichtliche Urteile beachten (*Haug*, Amtshaftung des Notars, Rdnr. 568; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Rdnr. 1088, 1097 unter Hinweis auf den Nichtannahmebeschluss des BGH vom 24.9.1996, IX ZR 322/95, n.V.).

bb) Durch die Abänderung des von H. gewünschten Umsatzsteuerausweises ist der Bekl. auf steuerrechtlichem Gebiet tätig geworden. Ob der Notar erst berät oder aufgrund seiner steuerrechtlichen Vorstellungen ohne vorherige Abklärung mit den Vertragsparteien eine bestimmte, von deren ursprünglichem Willen abweichende Regelung in einer Urkunde wählt, kann für die Frage der Haftung keine Rolle spielen.

cc) Die Pflicht des Notars, die aktuelle steuerrechtliche Rechtsprechung zu überprüfen, beschränkt sich jedoch auf den Punkt, der Gegenstand seiner Beratung beziehungsweise Eingreifen in die Vertragsgestaltung ist. Weitergehende Anforderungen an seine Nachforschungspflicht führen zu Wertungswidersprüchen. (...)

(1) Wenn auf Rat des Bekl. der gesamte Umsatzsteuerausweis erst in den Vertrag eingefügt worden wäre, erscheint eine Haftung nach dem dargestellten Maßstab unproblematisch. Wenn umgekehrt der Bekl. die Rechtsprechung zum Entgeltcharakter der Hälfte der Grunderwerbsteuer nicht gekannt und den Vorschlag von H. unverändert übernommen hätte, würde eine Haftung demgegenüber entfallen, da eine steuerliche Beratung weder erfolgte noch geschuldet war.

(2) Die Formulierung des LG, die von ihm unterstellte Erläuterung der Erhöhung der Umsatzsteuer durch den Bekl. sei „für sich genommen richtig“ gewesen, wird zwar von der Kl. kritisiert. Soweit es dabei um behauptete formal-umsatzsteuerliche Mängel der Rechnung geht, wird darauf noch eingegangen (siehe unten b)). Das LG spricht damit jedoch vor allem einen Punkt an, der auch nach der Auffassung des Senats, dafür, welche Anforderungen an den Bekl. zu stellen sind, eine entscheidende Rolle spielt: Die Zurechnung der Hälfte der Grunderwerbsteuer zum umsatzsteuerlichen Ent-

gelt hat sich nämlich durch die Entscheidung des BFH (BStBl II 1998, S. 695 = DStZ 1998, 808), die diese Frage überhaupt nicht betrifft, nicht geändert. Die Problematik des Umsatzsteuerausweises im Ganzen wurde von keinem der Beteiligten angesprochen. Der Bekl. hat insoweit weder Beratung angeboten noch wurde sie von ihm gefordert. Dass in diesem Fall allein die isoliert betrachtet zutreffende Anwendung einer Gerichtsentscheidung die sonst nicht gegebene „volle“ Haftung eröffnen soll, erscheint als paradoxes Ergebnis. Der steuerrechtlich völlig unkundige Notar würde gegenüber demjenigen, der in Teilbereichen über Kenntnisse verfügt, privilegiert.

Die Meinung der Kl., dass sich aus einer relativ geringfügigen rechnerischen Korrektur für die Beteiligten schließen lässt, der Bekl. habe die Berechtigung des Umsatzsteuerausweises dem Grunde nach überprüft, teilt der Senat nicht.

Der Bekl. hat allerdings mit seiner Abänderung der Vorgaben des Verkäufers H. im Vergleich mit einer unveränderten Übernahme in den Vertrag den der Kl. entstandenen Schaden um die Umsatzsteuer auf die halbe Grunderwerbsteuer in Höhe von 10.738 DM = 5490,25 € erhöht. Die Kausalität eines Schadens indiziert jedoch nicht die Pflichtverletzung.

Das Argument, dass der Bekl. die Beteiligten hinsichtlich der Höhe des Umsatzsteuerausweises auf einen Steuerberater hätte verweisen können oder sollen, ist nicht geeignet, die Reichweite seiner eigenen Recherchepflicht zu definieren, wenn er die steuerliche Beratung selbst übernimmt. (...)

Anmerkung:

Das ergangene Urteil ist aus notarieller Sicht sehr zu begrüßen. Entgegen der Tendenz der obergerichtlichen Entscheidungen, die notarielle Hinweis- und Belehrungspflichten auf steuerlichem Gebiet auszuweiten, nähert sich das OLG München wieder dem Grundsatz an, dass die Belehrung und der Hinweis über die steuerlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts weder von § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG¹ noch von § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO unter analoger Anwendung² umfasst ist. Das OLG München verlangt entsprechend vom Notar keine speziellen Kenntnisse im Umsatzsteuerrecht und hätte auch dann keine Amtspflichtverletzung des Notars angenommen, wenn er die falschen Angaben des Verkäufers zur Höhe der Umsatzsteuer in die Kaufvertragsurkunde übernommen hätte. Nimmt jedoch der Notar eine steuerliche Beratung vor, darf diese nicht unrichtig oder unvollständig sein, wenn der Betroffene dadurch in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums gerät.³ Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, dass es das OLG München gerade im Hinblick auf das Postulat der vollständigen Beratung – im Ergebnis richtig – abgelehnt hat, den Notar durch die Änderung des umsatzsteuerlichen Entgelts für die Umsatzsteuer insgesamt verantwortlich zu machen. Denn der Schutzbereich der Amtspflichten wird durch den Umfang der Beratungstätigkeit gezogen. Beschränkt sich die Tätigkeit nur auf einen Teilbereich, dann beschränkt sich der Schutzbereich nur auf diesen, sofern im Übrigen keine Beratungspflicht besteht. Unter vollständiger Beratung ist also zu verstehen: Vollständig im Rahmen des durch die tatsächliche Beratung gezogenen Beratungsbereichs.

¹ BGH in ständiger Rechtsprechung: DNotZ 1985, 635; DNotZ 1992, 813; DNotZ 1996, 116; *Ganter* in *Zugehör/Ganter/Hertel*, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rdnr. 1088 m. w. N.

² Vgl. BGH, NJW-RR 1991, 1178, NJW 1995, 2794.

³ Vgl. BGH, DNotZ 1981, 775; WM 1983, 123.

Ein Großteil der entscheidungserheblichen Fragen des materiellen Umsatz- und Grunderwerbsteuerrechts gehören inzwischen bekanntlich der Rechtsgeschichte an:

– Gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG in der Fassung der Bekanntmachung vom 21.2.2005 ist Steuerschuldner der durch die Option zur Steuerpflicht entstandenen Umsatzsteuer der Leistungsempfänger. In der notariellen Kaufvertragsurkunde ist lediglich die Option zur Steuerpflicht gemäß § 9 Abs. 3 Satz 2 UStG zu erklären, ein gesonderter Umsatzsteuerausweis hat nicht mehr zu erfolgen, § 14 a Abs. 5 Satz 3 UStG.⁴

– Die Grunderwerbsteuer, die der Käufer vereinbarungsgemäß zahlt, ist nicht mehr Teil der umsatzsteuerlichen Bemessungsgrundlage und erhöht die Umsatzsteuer damit nicht mehr.⁵

– Die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ist nicht mehr um die Umsatzsteuer zu erhöhen, da seit Einführung des § 13 b Abs. 1 Nr. 3 UStG der Erwerber Schuldner der Umsatzsteuer ist und die Umsatzsteuer daher keinen unselbständigen Kaufpreisteil mehr bildet.⁶

Die Entscheidung gibt jedoch Anlass, einen Blick auf § 1 Abs. 1 a UStG und damit zusammenhängend § 15 a Abs. 10 UStG in den Fällen der Veräußerung vermieteter bzw. verpachteter Immobilien zu werfen. Dies ist deshalb erforderlich, weil im Rahmen des § 75 AO, der dieselben Tatbestandsvoraussetzungen wie § 1 Abs. 1 a UStG hat, Hinweispflichten des Notars bestehen.

1. Tatbestand des § 1 Abs. 1 a UStG

Sowohl die Geschäftsveräußerung als Ganzes als auch die Veräußerung eines in der Gliederung des Unternehmens gesondert geführten Betriebs (Teilbetrieb) setzen voraus, dass wesentliche Grundlagen des Betriebs oder Teilbetriebs an den Erwerber übertragen werden. Wesentlich sind die Betriebsgrundlagen, die dem Erwerber die dauerhafte Fortführung des Unternehmens gewährleisten.⁷ Wesentlich sind nur solche Betriebsgrundlagen, die funktionell notwendig sind.⁸ Für eine Betriebsveräußerung oder eines in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführten Betriebs im Ganzen ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass solche Betriebsgrundlagen übertragen werden, die die Fortführung einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit ermöglichen.⁹

Bei der Veräußerung einer vermieteten/verpachteten Immobilie unter Übernahme der Miet- oder Pachtverträge durch den Erwerber wäre es jedoch ein zu früh gezogener Schluss, in diesen Fällen immer den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 a UStG zu eröffnen. Dieser Schluss könnte aus dem Beschluss des BFH vom 1.4.2004¹⁰ gezogen werden, in dem es der BFH als nicht ernstlich zweifelhaft angesehen hat, in diesen Fällen eine nichtsteuerbare Geschäftsveräußerung anzunehmen. Mit Urteil vom 24.2.2005¹¹ präzisiert der BFH dahingehend, dass die Betriebsgrundlage nach Art und Wirtschaftszweig des Unternehmens vor und nach Veräußerung gleichermaßen

⁴ Ausführlich hierzu *Schubert*, MittBayNot 2004, 237.

⁵ BFH, DStR 2006, 754 (Änderung der Rechtsprechung).

⁶ Ausführlich hierzu *Gottwald*, DNotZ 2006, 805.

⁷ BFH, DStR 2003, 203, 204.

⁸ Der Begriff ist daher nicht mit dem im Rahmen der §§ 16, 34 EStG gleichzusetzen.

⁹ EuGH, DStR 2003, 2220 Rdnr. 40; BFH, DStR 2004, 1126.

¹⁰ DStR 2004, 1126.

¹¹ DStR 2005, 1226, 1227; streitgegenständlich war der Erwerb eines vermieteten Ladens von einem Bauträger.

wesentlich sein muss. Bei Veräußerung einer vermieteten Immobilie unter Fortführung der Vermietung muss also sowohl beim Veräußerer als auch beim Erwerber dem Charakter nach ein Vermietungsunternehmen vorliegen. Nur wenn dies der Fall ist, wird bei der Veräußerung vermieteter/verpachteter Immobilien – diese sind bei einem Vermietungs-/Verpachtungsunternehmen wesentliche Betriebsgrundlagen – daher regelmäßig zumindest eine Teilbetriebsveräußerung vorliegen, sofern der Miet- bzw. Pachtvertrag vom Erwerber fortgeführt¹² wird.

2. Rechtsfolgen des § 1 Abs. 1 a UStG

Die Veräußerung eines Betriebs oder eines gesondert geführten Teilbetriebs ist ein nicht steuerbarer Umsatz. Ein Verzicht auf die Steuerbefreiung gemäß §§ 9 Abs. 1, 4 Nr. 9 a UStG (Option zur Steuerpflicht) ist nicht möglich, da ein steuerpflichtiger Umsatz einen steuerbaren voraussetzt. Wer gleichwohl eine Umsatzsteuer in einer Rechnung ausweist, schuldet diese gemäß § 14 c Abs. 2 Satz 1 UStG gegenüber dem Finanzamt.

Der Erwerber tritt gemäß § 1 Abs. 1 a Satz 3 UStG in die Rechtsstellung der Veräußerers ein. Diese Bestimmung hat insbesondere Bedeutung im Rahmen der Berichtigung eines Vorsteuerabzugs gemäß § 15 a UStG bei Nutzungsänderungen innerhalb des zehnjährigen Berichtigungszeitraums für Immobilien. Ergänzend bestimmt § 15 a Abs. 10 Satz 1 UStG, dass durch eine (Teil-)Betriebsveräußerung der Berichtigungszeitraum nicht unterbrochen wird und vom Erwerber fortgesetzt wird. Tritt also beim Erwerber eine Nutzungsänderung der Immobilie ein, die die Berechtigung zum Vorsteuerabzug beendet, führt dies bei ihm zu einer (anteiligen) Berichtigung und Rückzahlungspflicht der Vorsteuer, obwohl diese der Veräußerer geltend gemacht hat.¹³ Der Veräußerer ist nur verpflichtet, dem Erwerber die für die Durchführung der Berichtigung erforderlichen Angaben zu machen, § 15 a Abs. 10 Satz 2 UStG.

3. Amtspflichten des Notars auch im Hinblick auf § 75 AO

Das OLG München verlangt vom Notar keine speziellen Kenntnisse im Umsatzsteuerrecht. Entsprechend besteht auch keine Belehrungspflicht über die Rechtsfolgen einer Betriebsveräußerung bzw. Veräußerung eines gesondert geführten Betriebs/Teilbetriebs nach §§ 1 Abs. 1 a, 15 a Abs. 10 UStG.

Wie eingangs erwähnt, stimmen allerdings die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 a UStG mit denen von § 75 AO überein und werden auch überwiegend einheitlich ausgelegt. Es wäre daher ein Widerspruch, bestünden für beide Bestimmungen unterschiedliche notarielle Belehrungspflichten.

Eine Amtspflicht des Notars, über die rechtliche Tragweite eines Rechtsgeschäfts zu belehren, besteht ausnahmsweise auch für Steuerfolgen, wenn diese das Rechtsgeschäft *unmittelbar* berühren.¹⁴ Hierzu sei klargestellt, dass die Pflicht zur Belehrung nicht deshalb begründet wird, weil die Steuerfolgen als solche unmittelbare Rechtsfolgen sind. Wäre

dies richtig, so müsste der Notar letztlich über alle steuerlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts belehren. Für den Bereich des § 75 AO, der den Erwerber eines Unternehmens für betriebliche Steuerverbindlichkeiten haftbar macht, wird ein solches unmittelbares Berühren dann bejaht, wenn in der Urkunde über den Erwerb eines Handelsgeschäfts die Haftung des Erwerbers für bisher entstandene Verbindlichkeiten allgemein ausgeschlossen wird¹⁵, § 75 AO jedoch einen solchen Haftungsausschluss mit Wirkung gegenüber dem Fiskus nicht zulässt. Die Hinweispflicht auf § 75 AO in den Fällen des Unternehmenskaufs mit Abreden über Haftungsausschlüsse stützt sich also letztlich darauf, dass § 75 AO als Haftungsnorm, weniger als materielle Steuerrechtsnorm, den Haftungsumfang des Erwerbers für betriebliche Steuerverbindlichkeiten dadurch über § 25 HGB hinaus erweitert, weil die Erwerberhaftung gegenüber dem Fiskus nicht abdingbar ist. Aufgrund der Abreden im Vertrag und der in diesen Abreden zu Tage tretenden Vorstellung der Vertragsparteien, ist in diesen Fällen für den beurkundenden Notar auch ohne spezifische Steuerrechtskenntnisse erkennbar, dass ein Betrieb bzw. Teilbetrieb veräußert wird. Unter dieser Prämisse ist dem Notar ein Hinweis auf § 75 AO auch „zumutbar“ und mit dem Grundsatz, dass den Notar keine Rechtsbelehrungspflicht im Steuerrecht trifft, noch vereinbar. Sofern aber spezifische Steuerrechtskenntnisse erforderlich sind, um eine (Teil-)Betriebsveräußerung zu erkennen, endet die Belehrungspflicht auch im Rahmen des § 75 AO. Dies entspricht dem zu § 1 Abs. 1 a UStG gefundenen Ergebnis.

Sofern allerdings *Ganter*,¹⁶ selbst Richter am zuständigen BGH-Senat, eine allgemeine Hinweispflicht auf § 75 AO unabhängig davon fordert, ob Vereinbarungen über die Haftung von Verbindlichkeiten des Veräußerers getroffen werden, kommt dies einer allgemeinen Hinweispflicht auf steuerliche Folgen gleich und ist in dieser Allgemeinheit von der Rechtsprechung des BGH nicht gedeckt.

Notar *Jochen Stelzer*, Hengersberg

15 *Haug*, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rdnr. 476; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 17 Rdnr. 264; *Frenz* in Eylmann/Vaasen, § 17 BeurkG Rdnr. 19, *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1089.

16 In Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1049.

Kostenrecht

15. KostO §§ 154 Abs. 1, 2, 145 Abs. 1 Satz 3 (Anrechnung der Entwurfs- auf die Beurkundungsgebühr)

1. Eine der Entwurfsanfertigung nachfolgende Beurkundung ist nach § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO „demnächst“ erfolgt, wenn zwischen Entwurf und Beurkundung ein gewisser zeitlicher Zusammenhang besteht, wobei auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere das abzuschließende Geschäft und die Person des Auftraggebers abzustellen ist.
2. Bei einer umfangreichen und komplizierten Scheidungsfolgenvereinbarung kann die Entwurfsgebühr auch dann auf die Beurkundungsgebühr anzurechnen sein, wenn die Beurkundung erst mehr als ein Jahr nach Erstellung des ersten Vertragsentwurfs erfolgt.

12 Keine Fortführung bei Veräußerung an den Mieter, Niedersächsisches FG, DStR 2006, 1292; keine Fortführung auch bei beabsichtigter sofortiger Abwicklung, EuGH, DStR 2003, 2220 Rdnr. 44.

13 OFD Frankfurt am Main vom 17.11.2006, USt-Kartei, § 1 S 7100 b Karte 1.

14 BGH, NJW-RR 1992, 1178; *Ganter* in Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, Rdnr. 1048.

- 3. Wenn eine angewendete Kostenvorschrift mehrere Gebühren- und Auslagentatbestände enthält, genügt eine Kostenberechnung den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO nur, wenn zusätzlich die einschlägige Untergliederung angegeben wird.**
- 4. Ein Mangel nach § 154 Abs. 2 KostO kann auch im Verfahren der weiteren Beschwerde durch Erteilung einer formgerechten Kostenberechnung geheilt werden. Die Angabe einer sachlich falschen Gebührenvorschrift ist dabei unschädlich.**

OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2007, 15 W 161/06; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Beteiligte zu 1 hatte am 26.9.2000 die Scheidung von seiner damaligen Ehefrau M beantragt. Im Zuge des Scheidungsverfahrens einigten sich die Eheleute dem Grunde nach über eine einvernehmliche Regelung der Scheidungsfolgen (Verzicht auf Versorgungsausgleichsansprüche, Unterhaltszahlungen, wechselseitige Übertragung von Miteigentumsanteilen an verschiedenen Grundstücken). Mit der Erstellung der notwendigen Urkunde sollte der Beteiligte zu 2 beauftragt werden.

Mit Schreiben vom 19.2.2003 beauftragte der Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2. Dieser übersandte dem Beteiligten zu 1 am 5.3.2003 einen ersten Entwurf des Scheidungsfolgenvertrages, am 21.3.2003 einen überarbeiteten Entwurf mit der Bitte um Überprüfung und Mitteilung von Änderungs- und Ergänzungswünschen. Nach weiteren Korrekturen teilte der Beteiligte zu 1 am 4.4.2003 dem Beteiligten zu 2 mit, er habe den Entwurf durchgesehen, der Beteiligte zu 2 könne ihn so zur Beurkundung vorbereiten. Daraufhin leitete der Beteiligte zu 2 den Entwurf auch den Rechtsanwälten der Ehefrau des Beteiligten zu 1 mit der Bitte um Stellungnahme zu. Diese teilten am 10.4.2003 mit, dass ihre Mandantin den Entwurf in der vorliegenden Form nicht akzeptiere und in diversen Punkten eine Überarbeitung verlange. In der Folgezeit wurden die Verhandlungen über Abänderungen des Entwurfs unmittelbar zwischen der Verfahrensbevollmächtigten der Eheleute M geführt.

Für den Vertragsentwurf hat der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 unter dem Datum 14.1.2004 eine Kostenrechnung über 1.493,91 € erteilt, wobei er nach einem Geschäftswert von 788.760,98 € eine ^{10/10}-Gebühr gemäß §§ 32, 145 KostO in Ansatz gebracht hat.

Am 2.4.2004 erfolgte die Beurkundung der Getrenntleben- und Scheidungsfolgenvereinbarung durch den Beteiligten zu 2.

Mit Kostenberechnung vom 28.4.2004 hat der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 für die Beurkundung dieser Vereinbarung ausgehend von einem Geschäftswert von 788.460,91 € eine ^{20/10}-Gebühr gemäß §§ 32, 36 Abs. 2 KostO nebst Dokumentenpauschalen und Postauslagen in Höhe von insgesamt 2.951,92 € in Rechnung gestellt.

Mit Schreiben vom 20.9.2004 hat der Beteiligte zu 1 gegen beide Kostenberechnungen Beschwerde erhoben. Die zunächst gegen die Höhe der in Ansatz gebrachten Geschäftswerte erhobenen Bedenken hat er im Laufe des Verfahrens fallen gelassen und nur noch geltend gemacht, die Entwurfsgebühr sei auf die Beurkundungsgebühr anzurechnen.

Der Beteiligte zu 2 hat demgegenüber eingewandt, eine Anrechnung habe nicht zu erfolgen, da die Beurkundung erst 13 Monate nach Fertigstellung des Entwurfs und damit nicht mehr „demnächst“ i. S. d. § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO erfolgt sei.

Durch Beschluss vom 13.4.2006 hat das LG die Kostenberechnung vom 28.4.2004 dahingehend abgeändert, dass die Gebühren insgesamt 1.511,20 € betragen, und die Beschwerde im Übrigen zurückgewiesen. Gleichzeitig hat es die weitere Beschwerde zugelassen. Mit Schriftsatz vom 11.5.2006 hat der Beteiligte zu 2 die weitere Beschwerde eingelegt, welcher der Beteiligte zu 1 entgegengetreten ist.

Aus den Gründen:

II.

(...)

Das Rechtsmittel ist jedoch unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

Zutreffend ist das LG von einer nach § 156 Abs. 1 KostO zulässigen Erstbeschwerde des Beteiligten zu 1 ausgegangen.

Ein Verfahrensmangel der landgerichtlichen Entscheidung liegt indessen darin, dass die Kammer die Formwirksamkeit der beiden Kostenberechnungen des Beteiligten zu 2 nicht überprüft hat. Nach § 154 Abs. 1 KostO dürfen dem Notar selbst zufließende Kosten nur aufgrund einer dem Zahlungspflichtigen mitgeteilten, von dem Notar unterschriebenen Berechnung der Gebühren und Auslagen eingefordert werden. Nach Absatz 2 der Vorschrift sind in der Berechnung der Geschäftswert, die Gebührenvorschriften, die Beträge der angesetzten Gebühren und Auslagen sowie etwa verauslagte Gerichtskosten und empfangene Vorschüsse anzugeben. Eine Kostenberechnung, die diesen Anforderungen nicht entspricht, ist unwirksam. Es entspricht einhelliger Ansicht, dass im Verfahren der Notariatskostenbeschwerde eine sachliche Entscheidung nur ergehen kann, wenn die Kostenberechnung i. S. d. § 154 KostO formell ordnungsgemäß erteilt ist. Entspricht die Kostenberechnung den gesetzlichen Anforderungen nicht, ist sie ohne Sachprüfung aufzuheben (vgl. BayObLGZ 1981, 348, 351; BayObLGR 2004, 183, 184; OLG Hamm, JurBüro 1993, 308; NJW-RR 2000, 366 = ZNotP 2000, 39; FGPrax 2005, 45; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 146, 149; OLG Zweibrücken, DNotZ 1987, 188, 189; OLG Brandenburg, DNotZ 1997, 248, 249; OLG Oldenburg, NdsRpfl 2000, 314 = OLGR 2000, 272). Das Vorliegen einer formell ordnungsgemäßen Kostenrechnung ist daher Verfahrensvoraussetzung für eine Sachentscheidung des LG im Beschwerdeverfahren nach § 156 KostO (OLG Hamm, JMBl NW 1994, 226).

Die Kostenberechnung des Beteiligten zu 2 vom 14.1.2004 in ihrer ursprünglichen Fassung entspricht nicht den Anforderungen des Zitiergebots nach § 154 Abs. 2 KostO. Diese Vorschrift erfordert u. a. die Angabe der Kostenvorschriften in der Kostenberechnung. Nach einhelliger Auffassung sind nach § 154 Abs. 2 KostO die angewendeten Kostenvorschriften in der Kostenberechnung vollständig und genau mitzuteilen, so dass die Regelung mehrerer Gebühren- oder Auslagentatbestände innerhalb desselben Paragraphen die zusätzliche Angabe der einschlägigen Untergliederung erforderlich macht (BayObLGZ 1990, 275; OLG Hamm, JurBüro 1993, 308; OLG Köln, JurBüro 1982, 1876; OLG Düsseldorf, OLGR 2001, 146, 149 Satz 147; OLG Zweibrücken, DNotZ 1987, 188, 189; OLG Brandenburg, DNotZ 1997, 248, 249; OLG Oldenburg, NdsRpfl 2000, 314 = OLGR 2000, 272). Die Anführung des § 145 KostO ohne weitere Untergliederung genügt daher den Anforderungen des Zitiergebotes nicht. Denn § 145 KostO enthält insbesondere seit der ab dem 1.1.1987 geltenden Neufassung mehrere selbständige Gebührentatbestände. Es handelt sich im Übrigen um eine insbesondere für den Laien überaus schwer verständliche Vorschrift. Der Beteiligte zu 2 hätte deshalb den angewandten Gebührentatbestand der Vorschrift des § 145 KostO genau bezeichnen müssen (OLG Hamm, JurBüro 1992, 343; OLG Zweibrücken, JurBüro 1989, 661, 662). Unabhängig hiervon führt auch die Nichtangabe des § 36 Abs. 2 KostO dazu, dass eine § 154 Abs. 2 KostO entsprechende Gebührenberechnung nicht vorliegt, weil es sich bei dieser Vorschrift um eine zentrale Norm für die Auslösung des Gebührenanspruchs handelt (BGHZ 164, 335 = NJW 2006, 1138). Das LG hätte deshalb den Beteiligten zu 1 auf den Formmangel hinweisen und ihm Gelegenheit zur Erteilung einer formell ordnungsgemäßen Kostenrechnung geben müssen.

Dieser Verfahrensmangel der landgerichtlichen Entscheidung ist jedoch dadurch geheilt, dass der Beteiligte zu 2 im Verfahren der weiteren Beschwerde dem Beteiligten zu 1 am

20.12.2006 eine neue Kostenberechnung erteilt hat, die inhaltlich den genannten Anforderungen entspricht, weil die angewandten Gebührenvorschriften nunmehr vollständig bezeichnet sind. Jedenfalls dann, wenn das LG unter Übergehung des bestehenden Verfahrensmangels eine sachliche Entscheidung getroffen hat, bestehen keine Bedenken gegen die Berücksichtigung einer im Verfahren der weiteren Beschwerde neu erteilten formgerechten Kostenberechnung, wenn dadurch der Verfahrensmangel geheilt worden ist (OLG Hamm, JMBI NW 1994, 226, 227).

Dies entspricht hier auch den Interessen der Verfahrensbeteiligten an einer abschließenden Sachentscheidung, zumal sich ihr Vorbringen bereits im Erstbeschwerdeverfahren ausschließlich auf die Frage, ob in der Sache eine Anrechnung der Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr zu erfolgen hatte, erstreckt hat.

Deshalb ist es auch unschädlich, dass die Kostenrechnung vom 20.12.2006 eine falsche Gebührenvorschrift enthält, da die Entwurfsgebühr hier nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO und nicht – wie angegeben – nach § 145 Abs. 3 KostO verlangt werden kann. Dies nimmt der Berechnung nicht ihre Wirkung nach § 154 Abs. 1 und 2 KostO. Für diese kommt es darauf an, dass die Berechnung dem Schuldner eine Überprüfung ermöglicht und ggf. Grundlage einer gerichtlichen Auseinandersetzung sein kann. Ob die Gebührenforderung richtig berechnet ist, ist dann vom Gericht zu entscheiden (so zur vergleichbaren Vorschrift des § 18 BRAGO – BGH, NJW 2002, 2774, 2775). Das Verlangen einer nochmaligen Berichtigung der Kostenrechnung wäre daher hier eine bloße Förmelerei.

In der Sache hält die Entscheidung des LG rechtlicher Nachprüfung stand. Der Senat teilt die Auffassung der Kammer, wonach die Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO für die Fertigung des Entwurfs des Scheidungsfolgenvertrages nach Satz 3 der Vorschrift auf die Gebühr für die am 2.4.2004 erfolgte Beurkundung anzurechnen ist.

Für die Fertigung des Entwurfs ist zunächst eine selbständige Gebühr nach § 145 Abs. 1 Satz 1 KostO angefallen. Diese Entwurfsgebühr entsteht nach allgemeiner Auffassung dann, wenn der Entwurf als selbständige notarielle Leistung erforderlich wird. Ein selbständiger Auftrag zur Entwurfsherstellung i. S. d. § 145 Abs. 1 KostO kann trotz Vorliegens eines Beurkundungsauftrags gegeben sein. Dies setzt allerdings voraus, dass der Entwurf zunächst nur als Grundlage für weitere Vertragsverhandlungen, Überprüfungen oder Ähnliches angefordert wird (vgl. OLG Düsseldorf, JurBüro 1994, 239; OLG Köln, JurBüro 1997, 604; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, 863 = ZNotP 2002, 162). Andernfalls verbleibt es bei dem Vorbereitungscharakter des Entwurfs. Dieser ist dann Teil der Beurkundungstätigkeit des Notars.

Das LG hat im vorliegenden Fall ausgeführt, dem Beteiligten zu 2 sei hinsichtlich der Erstellung des Entwurfs ein selbständiger Auftrag erteilt worden. Dieser habe zunächst als Grundlage für die Regelung der Scheidungsfolgen dienen sollen, auch wenn bereits von Anfang an zu einem späteren Zeitpunkt auch die Beurkundung der Vereinbarung durch den ihn habe erfolgen sollen. Die tatsächlichen Feststellungen des LG unterliegen im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob der Tatrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht, bei der Erörterung des Beweismaterials alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln sowie feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42 m. w. N.). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des LG nicht erkennen. Die tatsächliche Würdigung des LG, es sei

hinsichtlich des Entwurfs ein selbständiger Auftrag erteilt worden, ist möglich und bereits deswegen für den Senat bindend. Im Übrigen wird diese Würdigung von den Beteiligten auch nicht in Frage gestellt.

Diese Entwurfsgebühr ist jedoch nach Maßgabe des § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO auf die Gebühr für die Beurkundung der Scheidungsfolgenvereinbarung anzurechnen.

Die Beurkundung ist auf der Grundlage des vom Beteiligten zu 2 gefertigten Entwurfs erfolgt. Dass durch die Vertragsparteien hinsichtlich einzelner Regelungen der Scheidungsfolgenvereinbarungen vor der Beurkundung noch Änderungen vorgenommen worden sind, ändert nichts an der sachlichen Identität (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 145 Rdnr. 36).

Zu Recht hat das LG weiter angenommen, dass die Beurkundung „demnächst“ i. S. d. § 145 Abs. 1 Satz 3 KostO erfolgt ist. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Insoweit ist die Nachprüfung der tatsächlichen Verhältnisse dem Gericht der weiteren Beschwerde grundsätzlich verwehrt, wenn deren Feststellung durch das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei erfolgt ist. Ihre Bewertung im Hinblick auf die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs ist aber nachprüfbar (*Keidel/Meyer-Holz*, FG, § 27 Rdnr. 27 m. w. N.).

Das LG hat in tatsächlicher Hinsicht ausgeführt, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass hier komplizierte Scheidungsfolgen von sehr erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung und mit entsprechenden Interessengegensätzen zu regeln gewesen seien, hätten die Anstrengungen, sie bis ins kleinste Detail abschließend zu klären, naturgemäß geraume Zeit benötigt. Dementsprechend habe sich die Erzielung einer Einigung über die Aufteilung des umfangreichen Vermögens hingezogen. In dieser Zeit sei auch an dem Entwurf gearbeitet worden. Diese Feststellungen lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen und werden von dem Beteiligten zu 2 auch nicht in Zweifel gezogen. Sie sind daher für den Senat bindend.

Auch die rechtliche Bewertung der festgestellten Tatsachen durch das LG ist nicht zu beanstanden. Bei der Prüfung, ob die der Entwurfserstellung nachfolgende Beurkundung „demnächst“ erfolgt ist, ist stets ein gewisser zeitlicher Zusammenhang zwischen Entwurf und Beurkundung erforderlich, wobei auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere das abzuschließende Geschäft und die Person des Auftraggebers abzustellen ist (vgl. OLG Stuttgart, JurBüro 1974, 362; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 145 Rdnr. 35 a). Trotz der heutigen Verständigungsmöglichkeiten kann eine nicht unerhebliche Zeitspanne von einem Jahr und länger erforderlich sein, bis alle Beteiligten sich über die Brauchbarkeit des Entwurfs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht klar geworden sind. Dies gilt insbesondere, wenn die zu treffenden Regelungen umfangreich, rechtlich kompliziert und für die Beteiligten von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl., § 145 KostO, Rdnr. 20).

Die zwischen den Eheleuten beabsichtigte Scheidungsfolgenvereinbarung sollte eine umfassende Regelung über den Versorgungsausgleich, den Ehegattenunterhalt sowie die Aufteilung des Hausrats und der Ehwohnung beinhalten. Im Zusammenhang damit sollten gleichzeitig verschiedene Grundstücke übertragen und dingliche Belastungen übernommen werden. Naturgemäß benötigten diese Regelungen, die zudem von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite für die Beteiligten waren, einen längeren Zeitraum. Insbesondere war eine anwaltliche Prüfung und Beratung erforderlich, die zu mehrfachen Änderungen des Entwurfs führten, bis eine Einigung über die Aufteilung des umfangreichen Vermögens und die

Regelung von Unterhalts- und Versorgungsansprüchen erzielt werden konnte, ohne deren Vorliegen nach den Vorstellungen des Beteiligten zu 1 für die Beurkundung kein Raum war. Auch wenn deshalb die Beurkundung hier erst ein Jahr und zwei Wochen nach Erstellung des ersten Vertragsentwurfs erfolgte, fehlt es daher nicht an dem erforderlichen zeitlichen Zusammenhang zwischen Entwurf und Beurkundung.

Schließlich ist auch die Anrechnung durch das LG zutreffend und von dem Beteiligten zu 2 unbeanstandet berechnet worden. Anzurechnen war nur die Entwurfsgebühr, d. h. nicht die gesamte für den Entwurf berechnete Gebühr, sondern die gemäß §§ 145, 36 ff. KostO berechnete Gebühr, ausschließlich etwaiger Zusatzgebühren (§§ 58, 59 KostO) und Auslagen, und zwar nur auf die nach §§ 36 ff. KostO geschuldete Beurkundungsgebühr, nicht auf die Zusatzgebühren und Auslagen (vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke*, KostO, § 145 Rdnr. 39).

16. KostO § 156 Abs. 3 Satz 1 (*Keine Berufung auf § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO bei Beanstandungen des Kostenschuldners*)

1. **Hat ein Kostenschuldner gegenüber dem Notar schriftlich oder mündlich Beanstandungen erhoben, und reagiert der Notar auf die Beanstandungen lediglich mit der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung, braucht der Kostenschuldner die erhobenen Beanstandungen nicht zu wiederholen, um seine Rechte zu wahren; der Notar kann sich dann auf die gesetzliche Ausschlussfrist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO nicht berufen.**
2. **Ist nach den Regelungen eines notariellen Grundstücksveräußerungsvertrages der Verkäufer verantwortlich für die Löschung der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen, so kann die nachfolgende Kostenregelung, wonach die „mit dem Kaufvertrag und seiner Durchführung verbundenen Kosten“ vom Käufer zu tragen sein sollen und die „Kosten der Löschung“ dagegen vom Verkäufer, bei verständiger Würdigung nur dahingehend verstanden werden, dass alle mit der Löschung zusammenhängenden Kosten (Notar und Grundbuchamt) vom Verkäufer zu tragen sein sollen.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2007, I-10 W 132/06

Aus den Gründen:

Die bei Gericht am 27.10.2006 eingegangene weitere Beschwerde der Kostengläubigerin vom 23.10.2006 gegen den Beschluss des LG Krefeld vom 29.9.2006 ist gemäß § 156 Abs. 2 KostO infolge Zulassung durch das LG statthaft und sowohl form- als auch fristgerecht eingelegt worden. Die Ausschlussfrist des § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO gilt nicht für die weitere Beschwerde, sondern nur für die erste Beschwerde (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 37. Aufl., § 156 KostO Rdnr. 22, 47).

Die weitere Beschwerde ist begründet und führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung. Die Entscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Rechts. Im Rahmen der Begründetheit findet eine Überprüfung auf einen Rechtsverstöß i. S. d. § 156 Abs. 2 Satz 3 KostO nur bezüglich desjenigen Bereichs der angefochtenen Entscheidung statt, für den das LG die weitere Beschwerde eindeutig zugelassen hat (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, § 156 KostO Rdnr. 48). Dies ist

hier in Bezug auf die Frage erfolgt, ob die Kosten der Einholung der Lösungsunterlagen von der vertraglichen Kostenregelung im beurkundeten Kaufvertrag erfasst werden, wonach der Verkäufer die Lösungskosten trägt, oder ob sie zu den vom Käufer zu tragenden Kosten der Vertragsdurchführung gehören. Im Rahmen dieser Zulassung ist das OLG in den Grenzen der Anträge der Beschwerdeführerin zu einer umfassenden Prüfung berechtigt und verpflichtet; neue Tatsachen oder Beweismittel darf es allerdings nicht berücksichtigen (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, § 156 KostO Rdnr. 64).

1. Ohne Erfolg macht die Kostengläubigerin geltend, das LG habe übersehen, dass bereits die Erstbeschwerde nach § 156 Abs. 3 Satz 1 KostO unzulässig gewesen sei. Auf die gesetzliche Ausschlussfrist kann die Kostengläubigerin sich unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles nicht berufen.

Richtig ist, dass für die Erstbeschwerde eine Ausschlussfrist gilt. Danach kann eine Beschwerde nicht mehr erhoben werden nach Ablauf des Jahres, in dem die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung – wobei die Zustellung einer beglaubigten Abschrift genügt (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 4) – an die Kostenschuldnerin erfolgt ist. Hier ist die Zustellung einer beglaubigten Abschrift der vollstreckbaren Ausfertigung der fraglichen Kostenrechnung an die Kostenschuldnerin ausweislich der Zustellungsurkunde bereits am 10.8.2002 erfolgt, die Erstbeschwerde dagegen erst am 8.6.2006 bei Gericht eingegangen.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Kostenschuldnerin die Kostenberechnung der Kostengläubigerin unstreitig bereits vor Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO beanstandet hat. Selbst die Kostengläubigerin hat vorgetragen, dass die Kostenschuldnerin bei diversen mit ihren Mitarbeitern geführten Telefongesprächen erklärt habe, dass sie es ablehne, die Kostenrechnung zu begleichen. Dabei ist davon auszugehen, dass in den Telefonaten auch der Grund der Weigerung erörtert worden ist. Hat aber ein Kostenschuldner gegenüber dem Notar schriftlich oder mündlich Beanstandungen erhoben, so hat der Notar – wenn er den Beanstandungen nicht abhelfen will – die Wahl, den Kostenschuldner auf den Beschwerdeweg nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO zu verweisen oder gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO selbst die Entscheidung des LG zu beantragen (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 21). Reagiert der Notar – wie hier die Kostengläubigerin – auf die Beanstandungen lediglich mit der Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung der Kostenberechnung, braucht der Kostenschuldner die erhobenen Beanstandungen nicht zu wiederholen, um seine Rechte zu wahren (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 14). Wenn dem Notar schon das Privileg eingeräumt ist, sich selbst eine vollstreckbare Ausfertigung seiner Kostenberechnung zu erteilen und etwaigen Beanstandungen des Kostenschuldners selbst abzuwehren, so kann von ihm auch erwartet werden, dass er bei erhobenen Beanstandungen, denen er nicht abhilft, entweder die Beanstandungen selbst dem LG vorlegt oder aber den Kostenschuldner ausdrücklich auf diese Möglichkeit hinweist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – der Kostenschuldner ersichtlich selbst nicht hinreichend rechtskundig ist und von ihm die Kenntnis der Beschwerdemöglichkeit nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO nicht ohne weiteres erwartet werden kann. Unter diesen Umständen ist das Vertrauen des Notars auf die „Bestandskraft“ seiner Kostenrechnung nicht schutzwürdig (vgl. KG, JurBüro 1998, 320, 321 f.).

Die Beschwerde der Kostenschuldnerin ist darüber hinaus keine Frist gebunden. Sie ist auch noch nach Beginn der

Zwangsvollstreckung oder nach Zahlung der Kostenrechnung – auch ohne Vorbehalt – zulässig (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 14). Demnach steht der Umstand, dass die Kostenschuldnerin erst am 8.6.2006 Beschwerde erhoben hat, obwohl der Rechnungsbetrag bereits am 20.12.2002 aufgrund Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses von ihrem Konto abgebucht wurde, der Geltendmachung der Beschwerde nicht entgegen. Entsprechendes gilt auch für die Verwirkung. Ebenso wenig wie der Kostenanspruch des Notars der Verwirkung unterliegt, kann die verfahrensrechtliche Befugnis des Kostenschuldners zur Anrufung des Gerichts gemäß § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO verwirkt werden (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, § 156 Rdnr. 16).

2. Mit Erfolg wendet sich die Kostengläubigerin gegen die landgerichtliche Auslegung der vertraglichen Kostenregelung in Bezug auf die Kosten für die Einholung der Lösungsunterlagen. Das LG hatte darüber zu entscheiden, ob die Kosten für die Anforderung der Lösungsunterlagen nach dem Notarvertrag von der Kostenschuldnerin als Verkäuferin des Grundstücks oder von den Käufern zu tragen waren. Dabei hat es auf die allein im Kostenrecht wurzelnde Frage abgestellt, ob für die Einholung von Lösungsunterlagen eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO anfällt oder eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Dies ist nach Auffassung des Senats rechtsfehlerhaft, weil insoweit die rechtlichen Grundsätze zur Auslegung von vertraglichen Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) nicht hinreichend beachtet worden sind.

Nach Auffassung des Senats beurteilt sich die Frage, wie die Vertragsparteien die Kostentragungspflicht in Bezug auf die durch den Vertrag veranlassten Kosten geregelt haben, allein nach dem im Vertrag zu Ausdruck gekommenen Willen der Parteien, der gegebenenfalls durch Auslegung zu ermitteln ist. Etwaige im Kostenrecht wurzelnde und im Übrigen streitige Fragen des Notargebührenrechts können nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie bei der Kostenregelung von den Vertragsparteien erkennbar bedacht worden sind, wofür es im vorliegenden Fall jedoch keinerlei Anhaltspunkte gibt.

Bei der hier fraglichen Regelung in Ziff. IV 6. des Notarvertrages sollten die mit dem Kaufvertrag und seiner Durchführung verbundenen Kosten vom Käufer zu tragen sein, die Lösungskosten dagegen vom Verkäufer. Bereits hieraus ergibt sich, dass alle mit der Vertragsdurchführung verbundenen Kosten mit Ausnahme der Lösungskosten vom Käufer zu tragen sein sollten, so dass sich allein die Frage stellt, was nach dem Willen der Parteien unter „Lösungskosten“ zu verstehen sein sollte. Dies wiederum ergibt sich aus dem Sachzusammenhang der weiteren vertraglichen Regelungen, wonach die unter Ziff. I genannten Belastungen in Abteilung III des Grundbuchs nicht übernommen, sondern im Grundbuch gelöscht werden sollten (Ziff. I Abs. 4), und wonach der Verkäufer verpflichtet sein sollte, das Kaufobjekt frei von nicht übernommenen in Abteilung II und III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen und Beschränkungen ... zu verschaffen (Ziff. IV.3). Demnach sollte für die Löschung der in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen allein der Verkäufer verantwortlich sein, was zum einen der Interessenlage der vertragsschließenden Parteien entspricht und zum anderen mit der gesetzlichen Regelung in § 448 Abs. 2 BGB korrespondiert.

Vor diesem Hintergrund kann die nachfolgende Kostenregelung in Ziff. IV.6 des Notarvertrages nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) nicht dahingehend verstanden werden, dass unter „Lösungskosten“ lediglich die durch das Tätigwerden des Grundbuchamtes an-

fallenden Kosten gemeint sein sollten, nicht aber die durch das Tätigwerden der Notarin entstehenden Gebühren. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien eine derartige Differenzierung der Kosten hätten vornehmen wollen. Es kann davon ausgegangen werden, dass den Vertragsparteien bewusst war, dass für die erfolgreiche Löschung der im Grundbuch eingetragenen Belastungen sowohl ein Tätigwerden der Notarin als auch ein Tätigwerden des Grundbuchamtes erforderlich sein würde; Ziff. VI. enthält eine ausdrückliche Beauftragung der Notarin zur Einholung aller erforderlichen Genehmigungen und Erklärungen. Wenn die Vertragsparteien dennoch ohne jegliche Differenzierung die Kostentragung für die „Löschung“ einheitlich dem Verkäufer zuweisen, so kann dies bei verständiger Würdigung nur dahin verstanden werden, dass alle mit der Löschung zusammenhängenden Kosten vom Verkäufer zu tragen sein sollen. Ein abweichender Willen hätte unzweideutig formuliert werden müssen. Den im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien hat die Kostengläubigerin bei der hier fraglichen Kostenberechnung beachtet.

3. In Bezug auf den Ansatz der für die Einholung von Lösungsunterlagen zu berechnenden Gebühr bestehen unterschiedliche Auffassungen. Im Hinblick darauf hat der Senat die Frage, ob die Einholung und Verwahrung von Lösungsunterlagen eine Tätigkeit zum Zwecke des Vollzugs des beurkundungsbedürftigen Grundstücksveräußerungsgeschäftes ist und damit die Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO auslöst, oder ob sie sich als gesondert nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergütende Tätigkeit darstellt, gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 28 Abs. 2 FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt, der hierüber bislang noch nicht entschieden hat (vgl. Beschluss vom 1.8.2006, I-10W 36/06 m. w. N., jetzt BGH V ZB 113/06).

Im vorliegenden Fall sieht der Senat jedoch keine Veranlassung zur Vorlage der Beschwerde an den BGH gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 28 Abs. 2 FGG. Die erfolgte Berechnung der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO ist der Kostenschuldnerin günstiger als die Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO. Die nach § 147 Abs. 2 KostO zu berechnende halbe Gebühr bemisst sich nach dem Wert der zu löschenden Grundpfandrechte (374.000 DM, entsprechend 191.223,16 €) und beträgt netto 178,50 €. Die halbe Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO würde sich nach dem Wert der Beurkundung bemessen, mithin nach dem Kaufpreis in Höhe von 242.863,64 € und damit netto 216 € betragen.

Öffentliches Recht

17. GrdstVG § 2 Abs. 1 (*Grundstücksbegriff des GrdstVG*)

Die unterschiedlichen Grundstücksbegriffe im Grundstücksverkehrsgesetz – dort ist das Grundstück im Rechtssinne gemeint – und im Reichssiedlungsgesetz – dort ist das Grundstück im wirtschaftlichen Sinne gemeint – führen bei der Frage nach der Notwendigkeit der Genehmigung eines Kaufgeschäftes und der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, weil das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn die Veräußerung auch der Genehmigung nach dem GrdstVG bedarf, was innerhalb der Freigrenzen nach § 2 Abs. 3 GrdstVG nicht der Fall ist.

OLG Schleswig, Beschluss vom 12.9.2006, 3 WLw 39/06

Die Antragsteller kauften mit notariellem Vertrag von A. aus deren Grundbesitz von rund 13 ha Grundstücke mit einer Größe von 1,203 ha, 1,0120 ha und 1,0042 ha, zusammen mithin landwirtschaftliche Flächen von 3,2165 ha zum Kaufpreis von 20.000 €. Die Grundstücke waren im Bestandsverzeichnis unter den Nr. 3, 4 und 5 eingetragen. Den Antrag des Notars auf Genehmigung des Vertrages nach § 2 GrdStVG bzw. Erteilung eines Negativattestes nach § 5 GrdStVG lehnte das Amt für ländliche Räume als Genehmigungsbehörde fristgerecht ab unter gleichzeitiger Bekanntgabe, dass die Beteiligte zu 3) ihr Vorkaufsrecht gemäß §§ 4 Abs. 1, 6 RSG ausgeübt habe. Zur Begründung führte die Genehmigungsbehörde aus, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GrdStVG bedeute, weil sie Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspreche. Die Antragsteller seien keine Landwirte. Demgegenüber sei ein hauptberuflicher Landwirt vorhanden, der die landwirtschaftlichen Flächen für die Aufstockung seines entwicklungsfähigen Betriebes zu dem im Vertrag vereinbarten Kaufpreis erwerben wolle und könne. Für diesen wolle die Beteiligte zu 3) die Flächen erwerben.

Die Antragsteller haben beantragt, festzustellen, dass der Kaufvertrag nicht der Genehmigung des Amtes für ländliche Räume bedürfe. Das Landwirtschaftsgericht hat diesen Feststellungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, immer dann, wenn zusammenhängend liegende und bewirtschaftete Grundstücke von mehr als 2 ha verkauft würden, bestehe die Genehmigungspflicht nach dem Grundstücksverkehrsgesetz.

Aus den Gründen:

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragsteller ist gemäß §§ 22 LwVG, 22 Abs. 1 FGG statthaft, insbesondere auch form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie hat in der Sache auch Erfolg.

Der Feststellungsantrag ist zulässig, weil die Antragsteller damit der Sache nach ein Negativzeugnis gemäß § 5 GrdStVG begehren. Er ist auch begründet.

Das Veräußerungsgeschäft ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdStVG i. V. m. dem Gesetz des Landes Schleswig-Holstein zur Änderung des Gesetzes zur Durchführung des Grundstücksverkehrsgesetzes vom 21.2.1996 (GVBl Schl.-H, S. 231) genehmigungsfrei. Danach bedarf die Veräußerung von Grundstücken, die nicht größer als 2 ha sind, keiner Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz.

Die Frage, was unter Grundstück im Sinne des Grundstücksverkehrsgesetzes zu verstehen ist, hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.12.1967 (BGHZ 49, 145, 146) entschieden. Er hat dort ausgesprochen, das Grundstücksverkehrsgesetz verstehe unter einem Grundstück das Grundstück im Rechtssinne (und nicht im wirtschaftlichen Sinne), also einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblattes ohne Rücksicht auf die Art der Nutzung unter einer besonderen Nummer eingetragen ist, und vertritt dies in ständiger Rechtsprechung (z. B. BGH, AgrarR 1971/72, 121, 122; BGH, AgrarR 1985, 300; BGH, AgrarR 1986, 211). Dies entspricht auch der heutigen Auffassung in der Literatur (*Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 1 Rdnr. 4.1.3; *Hötzel*, AgrarR 1983, 176; *Haegele*, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 3. Aufl. 1970, Rdnr. 71 i. V. m. Rdnr. 26).

Da die veräußerten Flurstücke unter eigenständigen Nummern im Bestandsverzeichnis geführt werden, handelt es sich grundstücksverkehrsrechtlich um drei Grundstücke im Rechtssinne. Ist aber vom Grundstück im Rechtssinne auszugehen, so ist die Übertragung mehrerer Grundstücke, die jeweils unter der Freigrenze liegen, nicht genehmigungsbedürftig. Dabei ist es unerheblich, ob die Übertragung verschiedener Grundstücke in einem Vertrag oder in mehreren

selbständigen Vereinbarungen vorgesehen ist. Ein nach § 134 BGB unzulässiges Umgehungsgeschäft würde auch bei getrennten Veräußerungen nicht vorliegen (BGH, AgrarR 1986, 211). Das wäre nur dann der Fall, wenn aus einem einzelnen Grundstück im Rechtssinne nach einem einheitlichen Plan mehrere Trennstücke, die jeweils unterhalb der Freigrenze, zusammen aber über der Freigrenze liegen, gebildet und dann gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden. In einem solchen Fall bestände ein innerer Zusammenhang zwischen den Rechtsgeschäften und handelte es sich nach einem einheitlichen Plan um ein Zerstückelungsgeschäft zur Umgehung der Freigrenzen, das deshalb als eine Einheit behandelt werden und genehmigungsbedürftig wäre (BGH, NJW 1993, 648; *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 2 Rdnr. 4.2.13.3.2). Ein solches Zerstückelungsgeschäft ist hier indes nicht gegeben. Ausweislich des beigezogenen Grundbuchs von B. Blatt ... sind die im Bestandsverzeichnis zur laufenden Nr. 4, 5 und 6 am 6.8.1988 vom Grundbuch B. Blatt ... übertragen worden, mithin seit Jahrzehnten drei selbständige Grundstücke im Rechtssinne.

Wenn auch das Grundstücksverkehrsgesetz unter Grundstück nur das Grundstück im Rechtssinn versteht, können die Länder im Rahmen der ihnen in § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdStVG eingeräumten Ermächtigung nicht nur festlegen, dass die Veräußerung von Grundstücken bis zu einer bestimmten Größe genehmigungsfrei ist, sondern auch normieren, dass zusätzlich gewissen wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung getragen sein muss (BGHZ 49, 145, 148) oder für die Freigrenzen auch auf einen Grundstücksbegriff im wirtschaftlichen Sinne abstellen (*Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 1 Rdnr. 4.1.). So hat Baden-Württemberg beispielsweise in § 1 des Gesetzes über die Freigrenze im land- und forstwirtschaftlichen Grundstücksverkehr in der Fassung vom 14.3.1994 (GBl, S. 181) u. a. bestimmt, dass von der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 GrdStVG die Veräußerung eines Grundstücks, das weder selbst noch zusammen mit anderen Grundstücken des Veräußerers, mit denen es eine zusammenhängende Fläche bildet, ausgenommen ist, wenn bestimmte Größen nicht überschritten werden. § 46 Abs. 1 Satz 1 des Ausführungsgesetzes des Landes Sachsen vom 12.12.1997 (GVBl, S. 638) bestimmt, dass – abgesehen von Veräußerungen an Gemeinden, Verwaltungsverbänden oder Landkreise – alle Veräußerungen von Grundstücken, die eine bestimmte Größe nicht überschreiten keiner Genehmigung bedürfen. Gleichzeitig ist in § 46 Abs. 1 Satz 2 des Ausführungsgesetzes aber geregelt, dass dann, wenn das Grundstück mit anderen Grundstücken des Veräußerers eine zusammenhängende Fläche bildet, als Grundstück im Sinne von Satz 1 die jeweils einheitlich bewirtschaftete Fläche gilt. In Bayern bedarf nach dem Zweiten Verwaltungsreformgesetz vom 28.3.2000 (BayGVBl, S. 136) die Veräußerung bis zu einer Größe von 2 ha keiner Genehmigung. Anderes gilt nach Art. 2 Abs. Nr. 2 des Ausführungsgesetzes aber, wenn innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz im Rahmen der Freigrenze land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke veräußert worden sind und bei Einrechnung dieser Veräußerung die Fläche von 2 ha erreicht wird.

Derartige wirtschaftliche Bezüge hat der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein indes nicht normiert. Er hat, dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage in § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdStVG entsprechend, lediglich bestimmt, dass „die Veräußerung von Grundstücken, die nicht größer als 2 ha sind“, keiner Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedarf und hat damit den Grundstücksbegriff im Rechtssinne, wie er dem Grundstücksverkehrsgesetz zugrunde liegt, uneingeschränkt übernommen.

Zwar mag die vom schleswig-holsteinischen Gesetzgeber gewählte Freigrenze von 2 ha, die mit der Grundstücksgröße für das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht gemäß § 4 Abs. 1 RSG korrespondiert, dafür sprechen, dass der Gesetzgeber möglicherweise eine Harmonisierung zwischen dem Grundstücksverkehrsgesetz und dem Reichssiedlungsgesetz hat herbeiführen wollen. Anders als in § 2 Abs. 1 GrdstVG ist im Bereich des Reichssiedlungsgesetzes bei der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts weiterhin der wirtschaftliche Grundstücksbegriff maßgebend (BGH, NJW 1997, 1073, 1074). Grundstück ist danach jeder einheitlich bewirtschaftete Grundbesitz. Es kommt nicht entscheidend darauf an, wie das Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, insbesondere, ob es auf einem oder mehreren Grundbuchblättern verzeichnet ist oder im Bestandsverzeichnis eigenständige Grundstücksnummern hat, sondern allein auf die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit (OLG Schleswig, SchlHA 1997, 159, 160; 2001, 287, 288, Beschluss vom 9.11.2004, 3 WLW 21/04, n. V.). Es entspricht feststehender Rechtsprechung und Literaturmeinung, dass bei Veräußerung mehrerer landwirtschaftlicher Grundstücke, die jeweils unter der Größe von 2 ha liegen, zusammen aber die Größe von 2 ha überschreiten, für die Größe von 2 ha aufwärts gemäß § 4 Abs. 1 RSG die Summe der Grundstücke maßgeblich ist, wenn der veräußerte Grundbesitz ein Grundstück im wirtschaftlichen Sinne ist (BGH, AgrarR 1985, 300; AgrarR 2001, 382; Beschluss vom 9.11.2004, 3 WLW 21/04, n. V.; *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 4 RSG Rdnr. 4.35.3.1.6; *Pikalo-Bendel*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 27 II.1. zu § 4 Abs. 1 RSG a) ee); *Hörsting*, AgrarR 1998, 180, 185). Dies rechtfertigt es aber nicht, trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung im Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz, durch die wirtschaftliche Erwägungen in das Grundstücksverkehrsgesetz hineingetragen werden, wie es etwa in Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen geschehen ist, ohne irgendeine Andeutung im Gesetzestext des Ausführungsgesetzes in Schleswig-Holstein wirtschaftliche Erwägungen in den Gesetzestext hineinzuiinterpretieren.

Das Ausführungsgesetz in Schleswig-Holstein entspricht wörtlich dem Gesetzestext in § 2 Abs. 3 Nr. 3 GrdstVG, dem der Grundstücksbegriff im Rechtssinne zugrunde liegt. Dann aber gilt dieser Grundstücksbegriff uneingeschränkt auch für das Ausführungsgesetz. Denn bei verständiger Würdigung muss davon ausgegangen werden, dass mit ein und demselben Begriff in einem Ausführungsgesetz, das wörtlich der Ermächtigungsgrundlage entspricht, aufgrund der es ergangen ist, auch dasselbe gemeint ist wie mit dem entsprechenden Begriff in der Ermächtigungsgrundlage, wenn wie hier nichts Abweichendes bestimmt ist.

Dementsprechend hat der BGH für den Anwendungsbereich der Freigrenzenregelung in Nordrhein-Westfalen gemäß dem Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz vom 14.7.1981 (GVOBl S. 403, abgedruckt auch bei *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, S. 135), die der Regelung in Schleswig-Holstein wörtlich entspricht, lediglich eine andere Größe für die Freigrenze vorsieht, bereits entschieden, dass bei Veräußerung mehrerer Flurstücke mit eigenen Nummern im Bestandsverzeichnis, von denen jedes innerhalb der Freigrenze liegt, die in ihrer Summe die Freigrenze aber überschreiten, die Veräußerung auch dann genehmigungsfrei ist, wenn die Grundstücke aufgrund eines einheitlichen Vertrags übertragen werden sollen (BGH, AgrarR 1986, 211; ebenso *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 2 Rdnr. 4.2.13.3.3).

Die unterschiedlichen Grundstücksbegriffe im Grundstücksverkehrsgesetz und Reichssiedlungsgesetz führen im Ergeb-

nis bei richtiger Rechtsanwendung nicht zu widersprüchlichen Entscheidungen. Denn die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts ist nach der ausdrücklichen Regelung in § 4 RSG nur dann unter bestimmten Voraussetzungen möglich, „wenn die Veräußerung einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz vom 28.7.1961 (BGBl I, S. 1091) bedarf“, was innerhalb der Freigrenze nach § 2 Abs. 3 GrdstVG aber gerade nicht der Fall ist (*Haegeler*, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, Rdnr. 72; *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, § 4 RSG Rdnr. 4.35.3.1.6.3, Beispiel 8; *Hötzel* AgrarR 1983, 176, 178 f.). Soweit der Senat in der Entscheidung 3 WLW 21/04 (Beschluss vom 9.11.2004, n. V.) – der Rechtsprechung des BGH entsprechend – ausgeführt hat, das § 4 Abs. 1 RSG das Grundstück im wirtschaftlichen Sinne meint, ändert dies nichts daran, dass für die Ausübung des Vorkaufsrechts weitere Voraussetzung ist, dass die Veräußerung überhaupt einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedarf, auch wenn das in der genannten Entscheidung nicht ausdrücklich erörtert worden ist. Das aber ist vorliegend nicht der Fall.

Anmerkung:

1. Zur Genehmigungspflicht

Der Beschluss des schleswig-holsteinischen OLG hat auch für Bayern Bedeutung. Bundesrechtlich ist die Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke¹ nach dem Grundstücksverkehrsgesetz genehmigungspflichtig. Betroffen sind die Auflassung und der schuldrechtliche Vertrag (§ 2 Abs. 1 GrdstVG). Ist letzterer genehmigt, so gilt auch die in Ausführung des Vertrags vorgenommene Auflassung als genehmigt (§ 2 Abs. 1 GrdstVG). Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Vertragsgegenstand bei einer Teilfläche nicht der gleiche geblieben ist.² Der gleiche Vertragsgegenstand liegt vor, wenn sich zwar ein anderes Messungsergebnis (Quadratmeter) ergibt, aber die Grenzen gleich geblieben sind. Anders ist dies jedoch, wenn die Grenzziehung in der Natur abweichend von der beurkundeten vorgenommen wird. Nicht genehmigungspflichtig ist die Bestellung eines Erbbaurechts.³

2. Der Grundstücksbegriff

Bundesrechtlich verwenden das Grundstücksverkehrsgesetz und das Reichssiedlungsgesetz unterschiedliche Grundstücksbegriffe. Das Grundstücksverkehrsgesetz meint das Grundstück im Rechtssinne,⁴ während dem Reichssiedlungsgesetz ein wirtschaftlicher Grundstücksbegriff zugrunde liegt.⁵ Nachdem nunmehr den Ländern die Gesetzgebungskompetenz über das landwirtschaftliche Bodenrecht zusteht,⁶

¹ Zur Widmungsänderung im Rahmen einer Betriebsplanung BGH, NJW 1968, 2057 und OLG Oldenburg, NJW-RR 1997, 147; vgl. auch BGH, DNotZ 1981, 769 und NJW 1989, 1223.

² Zutreffend *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 3946.

³ BGH, MittBayNot 1976, 65 und OLG Hamm, NJW 1966, 1416; vgl. zur Genehmigungsfreiheit eines Ankaufsrechts BGH, NJW 1984, 122.

⁴ BGH, NJW 1968, 791. Kritisch *Tröder*, RdL 1999, 253.

⁵ OLG Naumburg, NotBZ 2005, 265; NotBZ 2003, 75 und OLG Jena, OLG-NL 1998, 254.

⁶ Vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, der nunmehr nur noch den städtebaulichen Grundstücksverkehr als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung enthält.

könnten die Landesgesetzgeber den wirtschaftlichen Grundstücksbegriff für maßgeblich erklären.⁷

Auch im bayerischen Landesrecht gilt grundsätzlich der rechtliche Grundstücksbegriff.⁸ Er wird jedoch durch das landesrechtliche Ausführungsgesetz modifiziert.⁹ Es sieht eine Genehmigungsfreiheit für Grundstücke bis zur Größe von 2 ha vor und enthält zwei Unterausnahmen hiervon. Entscheidend ist bei der ersten nach dem Gesetzeswortlaut, dass der Betrieb insgesamt 2 ha umfassen muss, nicht das Grundstück, aus dem die Hofstelle veräußert wird. Weiterhin muss es sich um einen „Betrieb“ handeln.¹⁰ Insofern ist diese Ausnahmebestimmung, die zu einer Genehmigungspflicht führt, nicht bei Gebäuden einer ehemaligen Hofstelle anwendbar. Nicht entscheidend ist dagegen, ob es sich um einen ruhenden oder produzierenden Betrieb handelt. Erst wenn der Betrieb endgültig aufgegeben wurde, ist das Grundstücksverkehrsgesetz, das der Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe dient, nach seinem Zweck nicht mehr anwendbar. Bei einem Doppelbetrieb (z. B. aus der väterlichen und der mütterlichen Linie) gilt die Freigrenze für jeden Betrieb gesondert.¹¹

Eine weitere Ausnahme sieht Art. 2 AGGrdstLPachtVG vor, wenn innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz im Rahmen der Freigrenze land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke durch den nunmehrigen Verkäufer oder seinen Rechtsvorgänger veräußert worden sind und bei Einrechnung dieser Veräußerung die Fläche von 2 ha erreicht wird. Genehmigte Veräußerungen bleiben bei Berechnung der Freigrenze innerhalb der Frist außer Betracht.¹² Bei der Zusammenrechnung scheidet auch alle Rechtsgeschäfte aus, für die eine Genehmigung erteilt worden ist, selbst wenn diese Genehmigung nicht erforderlich gewesen wäre.¹³ Hierzu wird der Notar, der auf die Genehmigungspflicht im Einzelfall hinweisen muss,¹⁴ eine Versicherung des Veräußerers über die Einhaltung der Freigrenze in die notarielle Urkunde aufnehmen. Dies ist allerdings nicht erforderlich.¹⁵ Das Grundbuchamt darf eine diesbezügliche Erklärung zu den Voraussetzungen der Freigrenzenbestimmung nicht fordern. Es ist umgekehrt auch an eine diesbezügliche Erklärung nicht gebunden. Allerdings kann es eine Negativbescheinigung der Behörde nur verlangen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Voraussetzungen der Unterausnahme gegeben sind.¹⁶

Der Terminus „gleicher Grundbesitz“ wird im Grundstücksverkehrsgesetz nicht verwendet. Auch Ausführungsgesetze anderer Bundesländer enthalten ihn nicht. Die unterschiedliche Begriffswahl zeigt, dass es sich nicht um das Buchgrundstück handeln kann. Auch eine Identität mit dem in der

ersten Alternative erwähnten „Betrieb“ dürfte ausscheiden. Entsprechend der Zweckbestimmung der landesrechtlichen Ausnahmekompetenz¹⁷ sollte die Möglichkeit geschaffen werden, „Kleinverträge“ von der Genehmigung frei zu stellen. Dies ist in allen Bundesländern geschehen,¹⁸ wobei die Zusammenrechnung entsprechend der bayerischen Unterausnahme singulär geblieben ist. Insofern könnte der Landesgesetzgeber durch eine Abweichung vom Buchgrundstücksbegriff des Bundesrechts seine damalige Regelungskompetenz überschritten haben, wenn man annimmt, dass er auf die Normierung einer allgemeinen Freigrenze beschränkt war. Die bayerische Unterausnahme soll jedoch lediglich Zerstückelungs- bzw. Kettengeschäfte durch die Normierung eines Zeitraumens und einer örtlichen Begrenzung verhindern.¹⁹ Der BGH hat trotz der Befreiung von der Genehmigungspflicht für Kleingeschäfte eine Gesetzesumgehung und damit eine Genehmigungspflicht angenommen, wenn die nacheinander vorgenommenen Veräußerungen zwar nicht einzeln, aber zusammen die genehmigungsfreie Größe überschreiten, wobei unerheblich sein soll, ob mehrere solche Grundstücke gleichzeitig oder nacheinander an verschiedene Personen veräußert werden, sofern die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang mit einem nach einheitlichen Plan angelegten und durchzuführenden Zerstückelungsgeschäft stehen.²⁰ Die bayerische Sonderregelung geht hiervon aus, wenn aus dem gleichen Grundbesitz innerhalb von drei Jahren Flächen von insgesamt mindestens 2 ha veräußert werden. Damit wird gleichsam die Umgehungsabsicht vermutet, deren Nachweis bundesrechtlich das Vorliegen bestimmter Tatsachen erfordert, aus denen erfahrungsgemäß auf die betreffende Absicht geschlossen werden kann.²¹

Aus den Entscheidungsgründen des BayObLG²² ergibt sich, dass es sich nicht um ein Grundstück im Rechtssinne handeln muss, aus dem Teilflächen veräußert werden, da das Gericht auch land- und forstwirtschaftliche Grundstücke außerhalb des Grundbuchbezirks mittelbar unter den Begriff „gleicher Grundbesitz“ subsumiert. Damit scheidet eine Auslegung aus, wonach der gleiche Grundbesitz voraussetzt, dass sämtliche Grundstücke aus einem einheitlichen Buchgrundstück stammen. Umgekehrt dürfte eine Auslegung ebenfalls keinen Sinn ergeben, wonach es ausreichend ist, dass aus „einem landwirtschaftlichen Grundbesitz“ Grundstücke veräußert werden.²³ Geht man von einer Normierung der Genehmigungspflicht von Kettenveräußerungen aus, so kann der Begriff „gleicher Grundbesitz“ nur bedeuten, dass es sich unabhängig von der Gemarkung um zusammenhängende Grundstücke handelt, die gleichsam plangemäß zerstückelt und veräußert werden. Unerheblich ist, ob dies durch Teilung eines aus mehreren Grundstücken bestehenden Buchgrundstücks und anschließende sukzessive Veräußerung erfolgt oder durch die Veräußerung zwar nicht rechtlich einheitlicher Grundstücke, aber solcher, die in Natur eine Einheit bilden (z. B. einheitliche Bewirtschaftung). Da das Grundbuchamt im Normalfall

7 Ebenso *Gehse*, RNotZ 2007, 61, 79.

8 Siehe nur *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3962.

9 Art. 2 AGGrdstLPachtVG i. d. F. von Art. 9 Zweites Verwaltungsreformgesetz vom 28.3.2000, abgedruckt in Handbuch für das Notariat, 10. Aufl. 2006, Ziff. 414; vgl. auch Art. 2 AGGrdstVG i. d. F. vom 21.12.1961, BayGVBl. 1961, 259, 260 und die Freigrenzenbekanntmachung vom 10.9.1949 (Bayer. Staatsanzeiger Nr. 34, S. 4).

10 A. A. *Ertl*, MittBayNot 1962, 109, 117.

11 Ebenso *Ertl*, MittBayNot 1962, 109, 116.

12 LG Regensburg, MittBayNot 1988, 46.

13 Ebenso *Ertl*, MittBayNot 1962, 109, 116.

14 BGH, NJW 1993, 648 und BayObLG, BayObLGZ 1969, 144, 147.

15 BayObLG, BayObLGZ 1969, 144, 147 und BayObLG, NJW-RR 2001, 736, 737 = MittBayNot 2001, 206.

16 BayObLG, NJW-RR 2001, 736, 737 = MittBayNot 2001, 206.

17 Vgl. *Lange*, Grundstücksverkehrsgesetz, 1962, § 3 Rdnr. 27.

18 Vgl. „Landesrechtliche Ausführungsgesetze zum Grundstücksverkehrsgesetz (Freigrenzen)“, Stand 16.1.2007 auf der Homepage des DNotI unter <http://www.dnoti.de/arbeitshilfen.htm#immobilienrecht>.

19 Vgl. BGH, NJW 1956, 1637 und MDR 1960, 214.

20 BGH, MDR 1960, 214, 215 und AgrarR 1986, 211; vgl. *Hötzel*, AgrarR 1983, 176, 178.

21 BGH, MDR 1960, 214, 215.

22 BayObLG, BayObLGZ 1969, 144, 146 und BayObLG, NJW-RR 2001, 736 = MittBayNot 2001, 206.

23 So aber *Netz*, GrdStVG, 3. Aufl. 2006, § 2 Anm. 4.2.13.3.6.

den Tatbestand der Kettenveräußerung, auf den sich somit die Unterausnahme beschränkt, nicht feststellen kann, ist es berechtigt, bei Überschreiten der größtmöglichen und zeitlichen Grenzen stets ein Negativzeugnis zu fordern.

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

Steuerrecht

18. GrEStG § 1 Abs. 2 a, § 3 Nr. 2 (*Schenkung von Personengesellschaftsanteilen grunderwerbsteuerfrei*)

Nach § 1 Abs. 2 a GrEStG steuerbare Änderungen im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft sind insoweit nach § 3 Nr. 2 GrEStG steuerfrei, als sie auf einer schenkweisen Anteilsübertragung beruhen.

BFH, Urteil vom 12.10.2006, II R 79/05

Die Klägerin, eine GmbH & Co. KG, wurde durch notariell beurkundeten Vertrag zwischen der Komplementär-GmbH und den Geschwistern G als Kommanditisten gegründet. Mit einem weiteren notariell beurkundeten Vertrag brachten die Geschwister neben Bankguthaben einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb, der ihnen teils in Bruchteilseigentum, teils in Erbengemeinschaft gehörende Grundstücke umfasste, in die Klägerin ein. Mit einem dritten, am selben Tag notariell beurkundeten Vertrag übertrugen die Geschwister ihre Kommanditbeteiligungen an der Klägerin unentgeltlich, aber unter Vorbehalt eines Ertragsnießbrauchs, auf Neffen der verstorbenen Ehefrau des Kommanditisten G. Die Übertragung sollte mit Wirkung zum Ablauf des 30.12.2003 und aufschiebend bedingt durch die Eintragung der Klägerin in das Handelsregister und ferner aufschiebend bedingt durch den wirtschaftlichen Vollzug der Einbringung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs nebst Grundstücken in die Klägerin erfolgen. Die Komplementär-GmbH ist nicht am Kapital der Klägerin beteiligt.

Das beklagte FA war der Auffassung, die Übertragung der Kommanditanteile auf die neuen Gesellschafter erfülle den Tatbestand des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG und sei nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei. Das FA setzte demgemäß gegen die Klägerin für diesen Erwerbsvorgang Grunderwerbsteuer auf der Grundlage der gesondert festgestellten Grundbesitzwerte fest (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG i. V. m. § 138 BewG).

Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG führte in seinem in EFG 2006, 363 veröffentlichten Urteil aus, der nach § 1 Abs. 2 a GrEStG der Besteuerung unterliegende Rechtsvorgang sei nicht gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei, da diese Vorschrift ausschließlich Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG begünstige.

Mit der Revision macht die Klägerin geltend, die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG sei auch auf Erwerbsvorgänge i. S. d. § 1 Abs. 2 a GrEStG anwendbar.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und der angefochtenen Verwaltungsakte (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Der Steuerbescheid ist entgegen der Auffassung des FG zu Unrecht ergangen.

1. Die Übertragung der Kommanditbeteiligungen erfüllt zwar den Tatbestand des § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG. Der danach der Besteuerung unterliegende Erwerbsvorgang ist aber nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei.

a) Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar

dergestalt, dass mindestens 95 v. H. der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies nach § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. Diese Voraussetzungen sind im Streitfall aufgrund der Übertragung der Kommanditanteile gegeben.

b) Der Erwerbsvorgang ist nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfrei. Nach dieser Vorschrift sind u. a. Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG von der Besteuerung ausgenommen.

Der Anwendbarkeit dieser Vorschrift steht nicht entgegen, dass § 1 Abs. 2 a GrEStG den Übergang der Grundstücke der KG auf eine neue Personengesellschaft fingiert (vgl. dazu BFH, BFHE 210, 56 = BStBl II 2005, 649 = DStZ 2005, 583), während der Schenkungsteuer die freigebige Zuwendung der Gesellschaftsanteile an die Erwerber unterliegt (im Ergebnis ebenso *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 105; *Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 3. Aufl., § 3 Rdnr. 36 ff.; a. A. *Boruttau/Sack*, Grunderwerbsteuergesetz, 15. Aufl., § 3 Rdnr. 91 a). Denn diesen unterschiedlichen rechtstechnischen Anknüpfungspunkten kommt im Hinblick auf den Zweck des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG, die doppelte Belastung eines Lebensvorgangs mit Grunderwerbsteuer einerseits und Erbschaftsteuer oder Schenkungsteuer andererseits zu vermeiden, keine Bedeutung zu (vgl. BFHE 77, 706 = BStBl III 1963, 579, und BFH, MittBayNot 2007, 249). Der in § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG verwendete Begriff „Grundstücksschenkungen unter Lebenden“ ist nicht so zu verstehen, dass die Vorschrift nur isolierte freigebige Zuwendungen von Grundstücken erfasst. Diese Vorschrift gilt vielmehr aufgrund ihres soeben erwähnten Zwecks, die doppelte Belastung mit Grunderwerbsteuer und Erbschaftsteuer oder Schenkungsteuer zu vermeiden, auch dann, wenn Gegenstand einer freigebigen Zuwendung ein Anteil an einer grundbesitzenden Personengesellschaft ist (BFH, MittBayNot 2007, 249).

2. Da das FG von anderen Grundsätzen ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der angefochtene Grunderwerbsteuerbescheid und die Einspruchsentscheidung sind aufzuheben. Der Erwerbsvorgang ist gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG insgesamt steuerfrei. Der vorbehaltene Ertragsnießbrauch ist nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG bei der Ermittlung des für die Schenkungsteuer maßgebenden steuerpflichtigen Erwerbs (§ 10 ErbStG) nicht zu berücksichtigen und führt daher nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 2 GrEStG zu einer (teilweisen) Steuerpflicht des Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 2 a Satz 1 GrEStG. Auf die Vorschrift des § 1 Abs. 2 a Satz 3 GrEStG kommt es wegen der Steuerfreiheit des Erwerbsvorgangs nicht an.

Die Steuerfestsetzung kann auch nicht durch bloße Änderung der Begründung auf die Einbringung des land- und forstwirtschaftlichen Betriebs einschließlich der Grundstücke in die Klägerin gestützt werden, weil es sich dabei um einen anderen, der angefochtenen Steuerfestsetzung nicht zugrunde liegenden Lebenssachverhalt handelt. Die Steuerpflicht des Einbringungsverfahrens braucht daher nicht geprüft zu werden.

Anmerkung:

Das vorstehende Urteil beantwortet mit knapper, wenngleich zutreffender Begründung eine umstrittene Rechtsfrage an der Schnittstelle von Grunderwerbsteuerrecht, Schenkungsteuerrecht und Personengesellschaftsrecht. Umstritten ist bislang gewesen, ob bei Schenkungen von Gesellschaftsbeteiligun-

gen die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG (Grundstückserwerb von Todes wegen und Grundstücksschenkungen unter Lebenden im Sinne des ErbStG) auf den Grunderwerbsteuertatbestand des § 1 Abs. 2 a GrEStG Anwendung findet. Hierfür ließe sich ein Umkehrschluss aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 a Satz 2 GrEStG anführen, wonach lediglich der Erwerb von Anteilen von Todes wegen bei der Ermittlung des Vomhundertsatzes unberücksichtigt bleibt.¹ Die überkommene Auffassung der Finanzverwaltung² und ihr folgende Stimmen im Schrifttum³ begründen die ihrer Meinung nach gegebene Nichtanwendbarkeit allerdings mit dem Hinweis auf eine durch § 1 Abs. 2 a GrEStG lediglich fingierte Grundstücksübertragung, während § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ausdrücklich von „Grundstücksschenkungen“ handle. Dem tritt der BFH nunmehr, ebenso wie zuvor schon Stimmen im Schrifttum,⁴ entgegen: Angesichts des Zwecks des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG, die doppelte Belastung des selben Lebensvorgangs mit Grunderwerb- und Schenkungsteuer zu vermeiden, habe der Unterschied in der rechtstechnischen Anknüpfung keine Bedeutung und sei der Wortlaut von § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG „Grundstücksschenkungen unter Lebenden“ erweiternd auszulegen.⁵

Die Ansicht des BFH ist konsequent: Wenn auf der Ebene des Steuertatbestandes mit der Übertragung der Beteiligung eine fiktive Grundstücksübertragung besteuert wird, kann nicht auf der Ebene der Befreiungstatbestände argumentiert werden, dass keine Grundstücke, sondern Beteiligungen übertragen werden; vielmehr muss dann auch hier die auf Tatbestandsebene verwendete Fiktion zur Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift führen.⁶ Bereits vier Wochen zuvor hatte der BFH die „Anwachsungsfälle“ mit gleicher Begründung im Sinne der Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG entschieden.⁷

Auch wenn abzuwarten bleibt, wie die Finanzverwaltung reagieren wird, kann wohl von einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung in diesem Bereich ausgegangen werden; die Erlasslage der Finanzverwaltung⁸ bedarf der Revision.⁹ Für den Steuerpflichtigen bedeutet diese Rechtsprechung eine erhebliche Begünstigung infolge des Wegfalls der Doppelbesteuerung mit Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer, die zur Erweiterung des Instituts der vorweggenommenen Erbfolge bei Personengesellschaften auch in der Seitenlinie führen wird. Bei Beteiligungsübertragungen in gerader Linie hatte sich der Streit bisher ohnehin nicht ausgewirkt, weil hier immer schon – also auch nach Ansicht der Finanzverwaltung und der abweichenden Literaturauffassung – die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 6 GrEStG eingriff bzw. eingreift.¹⁰

Auf Anteilsvereinigungen bzw. Anteilsübertragungen bei Kapitalgesellschaften i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG wird § 3 Nr. 2 GrEStG als *personenbezogene* Befreiungsvorschrift allerdings nach wie vor nicht anwendbar sein.¹¹ Anderes gilt bei der mittelbaren Anteilsvereinigung bzw. der mittelbaren und unmittelbaren Anteilsvereinigung bei Personengesellschaften i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG, wengleich hierüber noch nicht direkt entschieden wurde.¹² Im Schrifttum scheint ferner Einigkeit darüber zu bestehen, dass für den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG erfüllende Übertragungen bereits vereinigter Anteile von einem Allein- oder Mehrheitsgesellschafter auf einen neuen Allein- oder Mehrheitsgesellschafter die allgemeinen Regeln gelten. Dieser Vorgang ist nach einhelliger Literaturauffassung grunderwerbsteuerlich und damit auch im Hinblick auf die Befreiungen so zu behandeln, als habe der Altgesellschafter die Gesellschaftsgrundstücke auf den Neugesellschafter übertragen, und zwar bei Personen- wie bei Kapitalgesellschaften.¹³ Die Finanzverwaltung ist allerdings auch hier möglicherweise (noch) anderer Auffassung.¹⁴

Der Vollständigkeit halber sei für die planmäßig vorgehende Gestaltungspraxis auch noch auf Folgendes hingewiesen: Für den Fall, dass § 3 Nr. 2 GrEStG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden sollte – so, wie jetzt vom BFH entschieden – wollte das FA die Grunderwerbsteuer hilfsweise als auf die Grundstückseinbringungen festgesetzt behandelt wissen. Sedes materiae wäre § 5 Abs. 3 GrEStG. Nach dieser Vorschrift sind die Vergünstigungen von § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG (Grunderwerbsteuerfreiheit von Einbringungsvorgängen bei Beteiligungsidentität) insoweit nicht anzuwenden, als sich der Anteil des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand innerhalb von fünf Jahren nach dem Übergang des Grundstücks auf die Gesamthand vermindert. Die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 GrEStG sind allerdings auch in den Fällen zu beachten, in denen die Steuerbegünstigung nach § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG wegen Aufgabe oder Verringerung der dinglichen Beteiligung des Veräußerers an der Gesamthand entfallen würde – so entfällt beispielsweise die Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG nach § 5 Abs. 3 GrEStG nicht, wenn der Gesellschafter ein Grundstück in die KG einbringt und danach innerhalb der Fünfjahresfrist seine Beteiligungen an seine Ehefrau und/oder Kinder überträgt. Soweit die Beteiligungen auf diese Angehörigen übergehen, hätten diese ohnehin das Grundstück vom übertragenden Gesellschafter kraft Gesetzes (§ 3 Nr. 4 und 6 GrEStG) grunderwerbsteuerfrei erwerben können.¹⁵ Dies muss konsequenterweise nun wegen § 3 Nr. 2 GrEStG auch für sämtliche Schenkungen von Beteiligungen an Grundbesitz haltenden Personengesellschaften gelten, selbst wenn zuvor die Einbringung innerhalb der Frist des § 5 Abs. 3 GrEStG erfolgte und an sich die Nachversteuerung droht. Denn auch hier hätte das Grundstück sogleich grunderwerbsteuerfrei selbst erworben werden können.¹⁶ Der BFH bezieht zu dieser Frage allerdings keine Stellung. Man

1 So der Hinweis von *Gottwald*, ZEV 2007, 141, 142.

2 Koordinierter Ländererlass vom 28.4.2005, DStR 2005, 1012 = ZEV 2005, 254.

3 *Boruttau/Sack*, GrEStG, 16. Aufl. 2007, § 3 Rdnr. 91 a; *Halaczinsky*, ErbStB 2005, 100.

4 *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 3 Rdnr. 36; *Teiche*, UVR 2005, 306, 310 ff.

5 So im Schrifttum zuvor schon *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 36.

6 *Gottwald*, ZEV 2007, 141, 142; zur Nicht-Begründbarkeit einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung zuvor schon *Teiche*, UVR 2005, 306, 311.

7 DStR 2005, 2253, 2254 = MittBayNot 2007, 249.

8 Siehe oben Fn. 2.

9 So auch *Behrens*, BB 2007, 367, 368.

10 Vgl. Koordinierter Ländererlass vom 26.2.2003, BStBl I, S. 271, Tz. 10; *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 51.

11 So wie bisher schon BFH, BStBl II 1988, S. 785; *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 12, 39; *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 53 m. w. N.

12 Wie hier bisher schon *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 39; a. A. (konsequenterweise) noch die Finanzverwaltung, Fn. 2; *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 91 b.

13 *Boruttau/Sack*, § 3 GrEStG Rdnr. 91 b; *Pahlke/Franz*, § 3 GrEStG Rdnr. 40.

14 Siehe oben Fn. 2.

15 Koordinierter Ländererlass vom 14.2.2002, DStR 2002, 360; *Pahlke/Franz*, § 5 GrEStG Rdnr. 66.

16 I. E. ebenso, wengleich mit anderer, m. E. umständlicherer Begründung *Behrens*, BB 2007, 367, 368.

wird diese Auffassung daher außerhalb von nachfolgenden Beteiligungsübertragungen an Ehegatten und Kinder nach wie vor als ungeklärt – wenngleich nahe liegend – betrachten müssen.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

19. EStG § 15 Abs. 2; GewStG § 2 Abs. 1, § 3 Nr. 6; BGB §§ 1416, 1417 (*Gütergemeinschaft als Besitzunternehmen*)

1. **Überlassen in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten zum Gesamtgut gehörende wesentliche Betriebsgrundlagen an eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter einer der Ehegatten ist, liegen die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung vor, wenn die Gesellschaftsbeteiligung ebenfalls zum Gesamtgut gehört.**
2. **Die Beteiligung an einer GmbH ist nicht dem Sondergut zuzurechnen, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag eine Übertragung von Gesellschaftsanteilen zwar nur mit Genehmigung aller Gesellschafter möglich ist, die Übertragung an einen Ehegatten aber keiner Beschränkung unterliegt.**
3. **Die Gewerbesteuerbefreiung der Betriebskapitalgesellschaft nach § 3 Nr. 6 GewStG erstreckt sich auch auf das Besitzunternehmen (Anschluss an BFH, BStBl II 2006, S. 661 = DSfZ 2006, 462).**

BFH, Urteil vom 19.10.2006, IV R 22/02

Die Kläger sind Ehegatten, die von 1975 bis Oktober 1988 im Güterstand der Gütergemeinschaft lebten. Auf einem eigenen Grundstück errichteten sie ein Altenheim, dessen erster Bauabschnitt Ende 1984 bezugsfertig wurde. Der zweite Bauabschnitt war im Juni 1986 fertiggestellt. Unter dem 27.12.1984 wurde das Altenheim an eine zu gründende GmbH verpachtet. Diese GmbH gründete der Kläger im Februar 1985 zusammen mit einem Herrn X, der aber im September 1985 seine Anteile an den Kläger – in diesem Zeitpunkt bereits alleiniger Geschäftsführer – abtrat. Die GmbH verfolgt laut 1986 geänderter Satzung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke.

Die Klägerin eröffnete am 1.7.1987 einen Lebensmitteleinzelhandel, dessen Zweck ausschließlich in der Belieferung des Altenheims bestand. Am 27.4.1988 verkaufte der Kläger mit Zustimmung der Klägerin seine GmbH-Anteile und trat sie an die Erwerberin ab. In der notariellen Urkunde verpflichteten sich die Kläger, innerhalb von fünf Jahren im ...-Kreis kein Seniorenheim zu betreiben. Mit weiterer notarieller Urkunde vom gleichen Tag veräußerten die Kläger auch die mit dem Altenheim bebauten Grundstücke an einen anderen Erwerber.

Nach einer Steuerfahndungsprüfung ging das FA davon aus, dass eine Betriebsaufspaltung zwischen der Gütergemeinschaft und der GmbH vorgelegen habe. Es behandelte die Einkünfte aus der Vermietung des Altenheims als gewerbliche Einkünfte und sah in der Veräußerung der GmbH-Anteile und der Grundstücke eine Betriebsveräußerung bzw. Betriebsaufgabe.

Einsprüche gegen die daraufhin ergangenen Bescheide über die gesonderte und einheitliche Gewinnfeststellung 1987 und 1988 sowie den Gewerbesteuermessbescheid 1987 hatten im Wesentlichen keinen Erfolg.

Im ersten Rechtsgang wies das FG die Klage unter Verweis auf die Gründe der Einspruchsentscheidung gemäß § 105 Abs. 5 FGO ab. Der erkennende Senat hob das FG-Urteil auf die Revision der Kläger wegen Verfahrensmängeln auf (BStBl II 1998, S. 626) und verwies das Verfahren an das FG zurück.

Auch im zweiten Rechtsgang wies das FG die Klage ab. Mit der zugelassenen Revision machen die Kläger geltend, es liege mangels personeller Verflechtung keine Betriebsaufspaltung vor und die Gewerbesteuerbefreiung der Betriebsgesellschaft schlage auf das

Besitzunternehmen durch. Die Kläger beantragen, unter Aufhebung der Vorentscheidung die angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheide 1987 und 1988 mit der Maßgabe abzuändern, dass keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt werden und ein Veräußerungsgewinn nicht erfasst wird, sowie den Gewerbesteuermessbescheid 1987 ersatzlos aufzuheben.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet, soweit sie den Gewerbesteuermessbescheid 1987 betrifft. Dieser Bescheid war aufzuheben. Soweit die Revision die Gewinnfeststellungsbescheide 1987 und 1988 betrifft, ist sie im Ergebnis unbegründet und die Klage war abzuweisen.

1. Die Kläger erzielten in den Streitjahren (1987 und 1988) aus der Überlassung der Grundstücke an die GmbH gewerbliche Einkünfte. Dies ist Folge der zwischen den Klägern und der GmbH bestehenden Betriebsaufspaltung.

a) Die Vermietung von Wirtschaftsgütern wird nach ständiger Rechtsprechung des BFH dann als eine über eine reine Vermögensverwaltung hinausgehende gewerbliche Tätigkeit angesehen, wenn das vermietende Unternehmen (Besitzunternehmen) mit dem mietenden Unternehmen (Betriebsunternehmen) sachlich und personell verflochten ist (Betriebsaufspaltung; vgl. BFH/NV 1994, 15 = GmbHR 1994, 194 und BFH, NJW 1999, 1887, jeweils m. w. N.).

Eine sachliche Verflechtung ist gegeben, wenn es sich bei dem vermieteten Wirtschaftsgut für das Betriebsunternehmen um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt. Bei einem Grundstück ist das der Fall, wenn es zur Erreichung des Betriebszwecks erforderlich ist und besonderes Gewicht für die Betriebsführung besitzt (vgl. z. B. BFHE 171, 490 = BStBl II 1993, S. 876). Diese Voraussetzungen sind nach den unstreitigen tatsächlichen Feststellungen des FG erfüllt.

b) Eine personelle Verflechtung liegt vor, wenn eine Person oder mehrere Personen zusammen als Personengruppe sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen in der Weise beherrschen, dass sie in der Lage sind, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen (BFHE 103, 440 = BStBl II 1972, S. 63). In diesem Fall unterscheidet sich die Tätigkeit des Besitzunternehmens von der Tätigkeit eines normalen Vermieters. Ob eine personelle Verflechtung vorliegt, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden. An diese Voraussetzung sind strenge Anforderungen zu stellen (BFHE 103, 440 = BStBl II 1972, S. 63). Besitzunternehmen kann nach der Rechtsprechung des BFH auch eine Gütergemeinschaft sein (BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, S. 751; BFHE 171, 490 = BStBl II 1993, S. 876).

Im Streitfall liegt eine personelle Verflechtung vor, weil an Besitz- und Betriebsunternehmen dieselben Personen beteiligt sind, also Beteiligungsidentität besteht. Beide Kläger waren an der GmbH beteiligt, weil die vom Kläger erworbenen Anteile an der GmbH Gesamtgut der Kläger i. S. d. § 1416 BGB waren. Nach § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB gehört zum Gesamtgut auch das Vermögen, das der Mann oder die Frau während der Gütergemeinschaft erwirbt. Ausgeschlossen davon sind nur Gegenstände, die zum Vorbehaltsgut oder Sondergut gehören. Sondergut sind nach der abschließenden Regelung in § 1417 Abs. 2 BGB die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können.

Der Anteil an einer GmbH fällt danach grundsätzlich in das Gesamtgut, weil er rechtsgeschäftlich frei übertragbar ist

(§ 15 Abs. 1 GmbHG). Streitig ist die Frage, ob ein Anteil dann zum Sondergut gehört, wenn er gesellschaftsvertraglich nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen werden kann. Die Zuordnung zum Sondergut wird zum Teil abgelehnt, weil unter einem Übertragungsverbot i. S. d. § 1417 Abs. 2 BGB nur ein solches aufgrund eines Gesetzes, nicht aber ein rechtsgeschäftlich vereinbartes Übertragungsverbot verstanden wird (so etwa *Palandt/Brudermüller*, BGB, 65. Aufl. 2006, § 1417 Rdnr. 3; *Soergel/Gaul*, BGB, 12. Aufl. 1988, § 1417 Rdnr. 3; *Erman/Heckelmann*, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1417 Rdnr. 2; *Scholz*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 15 Rdnr. 201). Die Gegenansicht fasst auch rechtsgeschäftliche Übertragungsverbote unter § 1417 Abs. 2 BGB (so etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 38 IV 1; *Staudinger/Thiele*, 2000, BGB, § 1417 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Kanzleiter*, 4. Aufl. 2000, § 1417 Rdnr. 3; *Winter/Löbke* in *Ulmer*, GmbHG, 2005, § 15 Rdnr. 150).

Die Frage kann – wie das FG zu Recht erkannt hat – im vorliegenden Rechtsstreit unentschieden bleiben. Denn auch ein rechtsgeschäftliches Übertragungsverbot führt nicht zur Zuordnung zum Sondergut, wenn sich das Verbot nicht auch auf die Übertragung an den Ehegatten erstreckt. Zweck des rechtsgeschäftlichen Übertragungsverbots ist, dass sich kein Vertragspartner einen Dritten als (weiteren) Vertragspartner aufdrängen lassen muss (*MünchKommBGB/Kanzleiter*, § 1417 Rdnr. 3). Soweit bestimmte Personen von dem Übertragungsverbot ausdrücklich ausgenommen sind, fehlt es jedoch an einem solchen Schutzinteresse. So verhält es sich im Streitfall, denn das im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Übertragungsverbot nahm ausdrücklich Übertragungen an Ehegatten und eheliche Abkömmlinge aus. Der Einwand der Kläger, der Mitgesellschafter habe aber nicht auf den Schutz gegen eine Einbeziehung in das Gesamtgut verzichtet, greift nicht durch. Denn aus der Sicht des Mitgesellschafters ist es ohne Bedeutung, ob der Gesellschaftsanteil zum Sondergut eines der Ehegatten oder zum Gesamtgut gehört. Unklarheiten und Zuordnungsfragen entstehen bei der Gütergemeinschaft im Unterschied zu anderen Gesamthandsgemeinschaften nicht.

Für die personelle Verflechtung kommt es entgegen der Auffassung der Kläger auch nicht darauf an, ob jeder der Ehegatten seine Mitwirkungsrechte tatsächlich ausgeübt hat. Nach dem Ehe- und Erbvertrag der Kläger üben beide Ehegatten die Verwaltung des Gesamtguts gemeinschaftlich aus. Damit bestanden für beide Ehegatten die für eine Unternehmerinitiative erforderlichen Mitwirkungsmöglichkeiten. Inwieweit sich jeder Ehegatte im Einzelnen an Entscheidungen über die Verwaltung des Gesamtguts beteiligt hat, ist ohne Bedeutung. Der Senat folgt den Klägern nicht in der Annahme, im Fall der personellen Verflechtung aufgrund ehelichen Güterrechts müssten besondere Anforderungen an eine tatsächliche Ausübung der Mitwirkungsrechte gestellt werden. Die von den Ehegatten bewusst gewählte Gütergemeinschaft hat das Entstehen der betreffenden Mitwirkungsrechte zur Folge und ist unter diesem Gesichtspunkt nicht anders zu beurteilen als eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung.

2. Das Besitzunternehmen der Kläger nimmt aber an der Gewerbesteuerbefreiung der Betriebs-GmbH teil. Ein Gewerbesteuermessbetrag 1987 war deshalb nicht festzusetzen. Mit Urteil vom 29.3.2006 (BStBl II, S. 661 = DStZ 2006, 462) hat der BFH in Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung entschieden, dass sich die Befreiung der Betriebskapitalgesellschaft von der Gewerbesteuer nach § 3 Nr. 20 lit. c) GewStG bei einer Betriebsaufspaltung auch auf die Vermietungs- und/oder Verpachtungstätigkeit des Besitzpersonensunternehmens erstreckt. Dieser Rechtsprechungsänderung hat

der erkennende Senat zugestimmt. Sie gilt auch im Streitfall, denn die Steuerbefreiung für ein gemeinnütziges Altersheim gemäß § 3 Nr. 6 GewStG kann insoweit nicht anders beurteilt werden als die Steuerbefreiung für ein Altenheim i. S. d. § 3 Nr. 20 lit. c) GewStG; dies räumt auch das FA ein. Daraus folgt, dass das Besitzunternehmen der Kläger nur gewerbesteuerbefreite Einkünfte erzielt.

3. Die Gewerbesteuerbefreiung ändert indessen nichts an dem Vorliegen der Betriebsaufspaltung. Diese hat nicht nur Bedeutung für die Umqualifizierung der Einkünfte in solche aus Gewerbebetrieb, sondern auch für die Qualifizierung des Vermögens des Besitzunternehmens als Betriebsvermögen. Dementsprechend waren die der GmbH überlassenen Grundstücke und die Anteile an der GmbH Betriebsvermögen des Besitzunternehmens. Mit der Veräußerung dieser Wirtschaftsgüter an zwei verschiedene Erwerber im Jahr 1988 haben die Kläger demnach einen Aufgabegewinn erzielt, der zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb zählt. Da er der Höhe nach nicht mehr streitig ist, ist der Gewinnfeststellungsbescheid 1988 auch insoweit nicht zu beanstanden.

Anmerkung:

I. Problemaufriss

Das „Rechtsinstitut“ der Betriebsaufspaltung setzt nach der Rechtsprechung des BFH keine bewusste Gestaltungsentscheidung für eine Aufteilung in Besitz- und Betriebsunternehmen voraus. Angeknüpft wird nur an den Zustand einer personellen und sachlichen Verflechtung zwischen einem Gewerbebetrieb und den diesem zur Nutzung überlassenen Wirtschaftsgütern.¹ Eine unechte Betriebsaufspaltung kann daher auch unfreiwillig entstehen, wenn einem Gewerbebetrieb wesentliche Wirtschaftsgüter aus dem Privatvermögen zur Nutzung überlassen werden.² In diesem Fall werden Wirtschaftsgüter, die die Beteiligten an sich im Privatvermögen belassen wollen, in das Betriebsvermögen der Besitzgesellschaft überführt. Dies hat zur Folge, dass die Wertsteigerungen, die diese Wirtschaftsgüter während der Nutzungsüberlassung an das Betriebsunternehmen erfahren, im Falle einer Veräußerung bzw. beim Wegfall der sachlichen oder personellen Verflechtung als Betriebsveräußerungs- bzw. Betriebsaufgabegewinn zu versteuern sind.

II. Entscheidung des BFH

Im vorliegenden Fall geht es um eine solche ungewollte unechte Betriebsaufspaltung. Die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten (als Besitzunternehmen) verpachteten das Betriebsgrundstück an die vom Ehemann beherrschte Altenheim-Betriebs-GmbH. Das Betriebsgrundstück samt dem hierauf errichteten Altenheim stellt zweifelsohne eine wesentliche Betriebsgrundlage für eine Altenheim-Betriebs-GmbH dar, weshalb die sachliche Verflechtung ohne weiteres gegeben war. Die rechtlichen Ausführungen beschränken sich daher im Wesentlichen auf die Begründung der personellen Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsgesellschaft. Der BFH bejaht eine personelle Verflechtung kraft Beteiligungsidentität. Die vom Ehemann während der Ehe durch die GmbH-Gründung und den späteren Zukauf erworbenen

¹ Siehe auch *Schmidt/Wacker*, EStG, 27. Aufl. 2007, § 15 Rdnr. 800, 802, 806; krit. hierzu *Söffing*, DStR 1996, 1225.

² *Schmidt/Wacker*, § 15 Rdnr. 804.

Geschäftsanteile sollen ins Gesamtgut der Gütergemeinschaft fallen, da sie weder dem Vorbehaltsgut noch dem Sondergut zugerechnet werden können. Hierzu führt der BFH aus, dass es dahin stehen könne, ob durch die Vinkulierung der Geschäftsanteile im Allgemeinen eine Zuordnung zum Sondergut erreicht werden könne. Da die GmbH-Satzung im vorliegenden Fall für die Übertragung an den Ehegatten eine Ausnahme von der satzungsmäßigen Vinkulierung vorsah, stehe diese Satzungsbestimmung angesichts ihrer nicht auf Schutz vor dem anderen Ehegatten gerichteten Zwecksetzung der Entstehung von Gesamtgut nicht entgegen. Unerheblich für die personelle Verflechtung sei zudem, ob die Ehefrau ihre Einflussmöglichkeiten auf die Willensbildung in der Betriebs-GmbH tatsächlich ausübe. Maßgeblich sei lediglich, dass kraft der gemeinschaftlichen Verwaltungsbefugnis über das Gesamtgut die für eine Unternehmerinitiative erforderlichen Mitwirkungsmöglichkeiten für sie bestanden haben.

III. Folgerungen für die Praxis

Der BFH ist vorliegend zu Recht von einer personellen und sachlichen Verflechtung ausgegangen. Eine Vinkulierungsvereinbarung, die die Mitgesellschafter nicht vor einer Anteilsübertragung an den Ehegatten schützt, kann auch keine Zuordnung zum Sondergut bewirken. Daher gehörten sowohl die Geschäftsanteile an der Betriebs-GmbH als auch die verpachtete wesentliche Betriebsgrundlage zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft. Es lag ein Fall der Beteiligungside ntität vor, da die gleiche Personengruppe, nämlich die in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten, einerseits das „Besitzunternehmen“ darstellten und andererseits in gleicher Weise an der Betriebsgesellschaft beteiligt waren.

Die steuerlichen Konsequenzen einer Betriebsaufspaltung können in dieser Sachverhaltskonstellation nur vermieden werden, wenn durch entsprechende Gestaltung sichergestellt wird, dass keine personelle Verflechtung vorliegt, weil das Grundstück und/oder die Gesellschaftsbeteiligung nicht ins Gesamtgut der Gütergemeinschaft fallen. Will der an der Gründung bzw. dem Erwerb der Geschäftsanteile an der Betriebs-GmbH nicht beteiligte Ehepartner keine Unternehmerinitiative ausüben, so bietet es sich an, bei der Beteiligung an der Betriebsgesellschaft anzusetzen. Die Ausführungen des BFH unter Bezugnahme auf die gegensätzlichen Literaturansichten zu dieser Problematik bestätigen, dass man hierbei nicht allein darauf vertrauen kann, durch eine satzungsmäßige Vinkulierung die Zuordnung der Geschäftsanteile zum Sondergut des handelnden Ehegatten herbeizuführen.³ Vom Gesamtgut ausgeschlossen sind nach § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB aber auch Gegenstände, die durch Ehevertrag zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt werden. Die ehevertragliche Vereinbarung von Vorbehaltsgut ist sowohl bei Begründung als auch während des Bestehens der Gütergemeinschaft jederzeit möglich und kann sich auch auf künftig zu erwerbende Vermögensgegenstände beziehen.⁴ Schließen die Ehegatten vor der GmbH-Gründung bzw. dem Anteilserwerb einen Ehevertrag, wonach die künftig zu erwerbenden Geschäftsanteile an der GmbH zum Vorbehaltsgut des gründenden bzw. erwerbenden Ehegatten erklärt werden, so wird dieser Ehegatte durch die Übernahme bzw. den Erwerb der Geschäftsanteile unmittelbar deren alleiniger Berechtigter. In diesem Fall ist eine Beteiligungside ntität zu verneinen, da nur die zur Nut-

zung überlassene wesentliche Betriebsgrundlage ins Gesamtgut der Gütergemeinschaft fällt, während die Anteile an der Betriebs-GmbH einem Ehegatten alleine zuzurechnen sind. Es ist nicht die gleiche Personengruppe an beiden „Unternehmen“ beteiligt. Der Ehegatte, der die Geschäftsanteile an der Betriebs-GmbH hält, kann nur in dieser seinen gewerblichen Betätigungswillen ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten durchsetzen. Im Hinblick auf das ins Gesamtgut fallende Grundstück ist er dagegen auf die Mitwirkung des anderen Ehegatten angewiesen, da bei der Gütergemeinschaft kraft Gesetzes Einstimmigkeit erforderlich ist, wenn beide Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich verwalten.⁵

Eine personelle Verflechtung tritt allerdings trotz einer Vorbehaltsgutsvereinbarung hinsichtlich der Gesellschaftsbeteiligung ein, wenn diese nur eine Beteiligungside ntität, nicht aber eine Beherrschungside ntität verhindert. Eine Beherrschungside ntität ist zu bejahen, wenn der Ehegatte, der Alleingesellschafter der Betriebs-GmbH ist, seinen Willen aufgrund der tatsächlichen Machtverhältnisse auch im Hinblick auf das Betriebsgrundstück durchsetzen kann.⁶ Dies setzt voraus, dass dem unternehmerisch tätigen Ehegatten die Mitwirkungsrechte des anderen Ehegatten bezüglich des Einsatzes des Grundstücks zugerechnet werden können. Da die Vermutung gleichgerichteter wirtschaftlicher Interessen von Ehegatten nach BVerfGE 69, 188 im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist, ist dies zu verneinen, sofern nicht zusätzlich zur ehelichen Lebensgemeinschaft Beweisanzeichen für gleichgerichtete wirtschaftliche Interessen der Ehegatten vorliegen.⁷ Als Ansatzpunkt hierfür könnte vorliegend allenfalls zu bedenken sein, dass die Ehefrau der Errichtung des Altenheims auf dem Grundstück zugestimmt bzw. daran mitgewirkt hat und einen Lebensmitteleinzelhandel eröffnete, dessen Zweck ausschließlich in der Belieferung des Altenheims bestand. Es erscheint allerdings sehr fraglich, ob dies bereits eine planmäßige gemeinsame Gestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse beider Unternehmen darstellt und ausreichende Beweisanzeichen für gleichgerichtete wirtschaftliche Interessen begründen kann.⁸ Die Zusammenrechnung der Mitwirkungsrechte der Ehegatten dürfte sich jedenfalls dann vermeiden lassen, wenn ein Ehegatte nur am „Besitzunternehmen“ und der andere Ehegatte nur am „Betriebsunternehmen“ beteiligt ist (sog. Wiesbadener Modell).⁹ Dies erfordert allerdings einen frühzeitigen Ehevertrag, der das Grundstück dem Vorbehaltsgut der Ehefrau und die künftigen Anteile an der Betriebs-GmbH dem Vorbehaltsgut des Ehemannes zuweist.

Zu beachten ist, dass die Vorbehaltsgutsvereinbarung(en) vor Verwirklichung der Tatbestandsvoraussetzungen der Betriebsaufspaltung erfolgen müssen, da sie ansonsten zum nachträglichen Wegfall der personellen Verflechtung und damit zur Betriebsaufgabe führen. Vorbehaltsgutsvereinbarungen in diesem Sinne setzen daher voraus, dass ein Notar in

⁵ Siehe hierzu auch *Söffing*, Die Betriebsaufspaltung, 3. Aufl. 2005, S. 109.

⁶ Siehe hierzu *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 825.

⁷ BVerfGE 69, 188; BFH, MittBayNot 1986, 213; BStBl II 1999, S. 445.

⁸ Zu diesem Kriterium BFH, BStBl II 1986, S. 913, einschränkend allerdings bereits BFH, BStBl II 1987, S. 858; siehe hierzu *Söffing*, Die Betriebsaufspaltung, S. 119–127.

⁹ *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 847; *Söffing*, Die Betriebsaufspaltung, S. 128; *Reiß* in Kirchhof, EStG Kompaktkommentar, 7. Aufl. 2007, § 15 Rdnr. 92; BFH, BStBl II 1989, S. 152, 155; andererseits BFH, BStBl II 1989, S. 877.

³ Siehe hierzu auch *Apfelbaum*, MittBayNot 2006, 185, 190.

⁴ MünchKommBGB/Kanzleiter, 4. Aufl. 2000, § 1418 Rdnr. 3, 4; *Staudinger/Thiele*, BGB, 2002, § 1418 Rdnr. 11.

den Gründungs- und Erwerbsvorgang der Betriebs-GmbH involviert ist. Hierbei wird der Güterstand der beteiligten Personen erfragt, so dass die Beteiligten über die Zuordnung der Geschäftsanteile zum Gesamtgut aufgeklärt und auf eine ausweichende ehevertragliche Regelung hingewiesen werden können. Können die Beteiligten das Beurkundungsverfahren und die damit einhergehende Beratung vermeiden, indem sie

sich – gemäß dem im Regierungsentwurf zum MoMiG vorgesehenen Art. 2 Abs. 1 a GmbHG n. F. – für die als Anlage zum neuen GmbHG geplante Mustersatzung entscheiden, so entsteht im Hinblick auf die vorstehende Problematik eine Beratungslücke.

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

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.10.2007:

Notar Dr. Hermann Ehrhardt, Nürnberg

Mit Wirkung vom 1.2.2008:

Notar Werner Mitzel, Forchheim

Notar Dr. Eckart Keller, München

Notar Dr. Peter Latinak, Nürnberg

Notar Heinz Wasserthal, Starnberg

Mit Wirkung vom 1.4.2008:

Notar Dr. Burkhard Haiduk, Markttheidenfeld

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Wegscheid	der Notarassessorin Susanne Kappler (bisher in Regensburg Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

Schweinfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Bernd Weiß)	der Notarassessorin Bianca Dähnert (bisher in Hof Notarstelle Dr. Krauß)
--	---

Mit Wirkung vom 1.9.2007:

Erlangen	der Notarassessorin Dr. Constanze Huber (bisher in Nürnberg Notarstellen Dr. Latinak/Regler)
----------	--

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2007:

Florian Berger, Bad Staffelstein (Notarstelle Richter)

Stefan Braun, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Thomas Diehn (Sonderurlaub), ab 1.8.2007 in Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)

Notarassessorin Eliane Mayr (Sonderurlaub), ab 1.8.2007 in Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler)

Notarassessor Christian Schuller (Sonderurlaub), ab 1.8.2007 in Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Notarassessor Holger Brückner, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), ab 13.8.2007 in Berlin (BNotK)

Notarassessor Dr. Martin Schwab, Landesnotarkammer Bayern, ab 13.8.2007 in München (Notarstellen Dr. Asam/Thiede)

Notarassessor Christian Seger, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp), ab 1.9.2007 in Berlin (DNotV)

Notarassessor Dr. Thomas Schiffner, Landesnotarkammer Bayern, ab 3.9.2007 in Regensburg (Notarstellen Dr. Sauer/Dr. Thalhammer)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Andrea Atzl, Miesbach (Notarstellen Dr. Kirchner/Dr. Gerstner), eigene Kündigung zum 1.8.2007

Amtsrat i. N. Josef Schrottenbaum, Ebersberg (Notarstellen Hilscher/Frauhammer), ab 1.9.2007 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Junker Hans, Zweibrücken (Notarstellen Vogel/Dr. Schmitz), ab 1.9.2007 im Ruhestand

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2007:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Peter Seitz, München (Notarstellen Dr. Streber/Dr. Schubert)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Günter Fembacher, Traunstein (Notarstellen Jenewein/Zahnbrecher)

Wolfgang Halke, München (Notarstellen Dr. Pfisterer/Siller-Bauer)

Franz Kempf, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/Dr. Schwarz)

Horst Salzmann, Würzburg (Notarstellen Dr. Limmer/Dr. Friedrich)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Johann Aicher, Laufen (Notarstelle Heinrich)

Peter Andexinger, Forchheim (Notarstellen Mitzel/Reiß)

Rudolf Borger, Kusel (Notarstelle Naumann)

Jutta Gremmer, Landshut (Notarstelle frei vorm. Dr. Schervier)

Rudolf Lehrer, Regensburg (Notarstellen Dr. Götz/Dr. Albrecht)

German Mähringer, Eichstätt (Notarstellen Dr. Schneider/Philipp)

Roland Pregler, Regensburg (Notarstelle Ritz-Mürtz)

Peter Rietzler, Ottobeuren (Notarstelle Braun)

Gabriele Sollinger, München (Notarstellen Dr. Heller/Dr. Grötsch)

Renate Strobl, Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfuß/Dr. Brückner)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Harry Bayer, Landstuhl (Notarstelle frei vorm. Landau)
 Karin Benker, Naila (Notarstelle Kuhn)
 Carsten Ganion, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch)
 Bettina Grimm, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/
 Dr. Seidl)
 Michael Hamburger, Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/
 Rohr)
 Susanne Höllering, Naila (Notarstelle Kuhn)
 Luise Janson, Neumarkt i. d. Opf. (Notarstelle Walter)
 Ralf Pfifferling, Freising (Notarstelle Kleine)
 Claudia Preisendörfer, Würzburg (Notarstelle Dr. Löffler)
 Christian Schneeberger, Rosenheim (Notarstelle Hölzl)
 Bernhard Schrank, Landsberg a. L. (Notarstellen Dr. Lintz/
 Dr. Rapp)
 Dietmar Schütz, Straubing (Notarstellen Dr. Schneeweiß/
 Lautner)
 Silke Tiedtke-Bärmann, Landstuhl (Notarstelle Felder)
 Susanne Vane, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/Pöll-
 mann-Budnick)
 Matthias Wiedemann, München (Notarstellen Dr. Kollmar/
 Thallinger)

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.
 (Entgeltgruppe 9):*

Björn Adam, Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)
 Marco Fuchs, Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)
 Karina Heller, Bad Kissingen (Notarstelle Makowa)

Alexandra Hofmann, München (Notarstellen Rumpf/
 Dr. Westermeier)

Melanie Lang, Haßfurt (Notarstelle Hartmann)

Susanne Lechner, Augsburg (Notarstellen Dr. Wust/Engel-
 hardt)

Kordula Moosmeier, München (Notarstellen Barth/
 Brunner)

Monika Naglmeier, Eggenfelden (Notarstelle Feller)

Joachim Pflaudler, Kaufbeuren (Notarstelle Lang)

Sabine Pichler, Trostberg (Notarstellen Lehnert/Mehler)

Stefanie Schabel, München (Notarstelle Wachter)

Sandra Schmid, Passau (Notarstelle Bächer)

Robert Trißl, Kemnath (Notarstelle Dr. Wörner)

Ricarda Wegerer, Nürnberg (Notarstelle Schallock)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstelle Hösle,
 Steingasse 1, 86150 Augsburg

Bamberg, Notarstelle Dr. Weiler,
 Am Kranen 6, 96047 Bamberg,
 Telefon: 0951 98140-0, Fax 0951 98140-15,
 E-Mail: info@notar-weiler.de

Friedberg, Notarstellen Deutrich/Dr. Ihrig,
 Ludwigstraße 8/I, 86316 Friedberg,
 E-Mail: kontakt@notare-deutrich-ihrig.de

Fürth, Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer,
 Fax: 0911 9775540

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Anja Heringer
Notarassessor Dr. Markus Vierling

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. 5. Jahresarbeitsstagung des Notariats
(Basty, Frenz, Gottwald, Heidinger, Hertel, Hügel,
Kapsa, Krüger, Kurzwelly, Lischka, Maass, J. Mayer,
Müller, Puppe, Reul, Schäfer, Thode, Viskorf)
20.–22.9.2007 in Würzburg
2. Intensivkurs Kostenrecht
(Schmidt, Tiedke)
28.–29.9.2007 in Bochum
3. Unternehmensnachfolge in der Praxis
(Spiegelberger)
4.–5.10.2007 in Bochum
4. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum
Überlassungsvertrag
(Krauß)
12.10.2007 in Dötlingen bei Oldenburg,
26.10.2007 in Bochum,
27.10.2007 in Hannover,
2.11.2007 in Kassel
5. Update Grundstückskaufvertrag
(Krauß)
19.10.2007 in Bochum,
20.10.2007 in Würzburg,
3.11.2007 in Kiel
6. Die Stiftung im Zivil- und Steuerrecht
(Hüttemann, Spiegelberger, Wachter)
27.10.2007 in Frankfurt a. M.
7. Rechtsformwahl und Rechtsformoptimierung
(Herzig, Priester, Spiegelberger)
2.–3.11.2007 in Köln
8. Intensivkurs Gesellschaftsrecht
(Langenfeld, Spiegelberger)
8.–10.11.2007 in Bad Kissingen
9. WEG aktuell
(Hügel, Rapp)
9.11.2007 in Stuttgart
10. Aktuelle Schnittstellen im Erb- und Steuerrecht
(Wälzholz)
10.11.2007 in Gelsenkirchen

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e.V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Baltzer: Das Vor- und Nachvermächtnis in der Kautelarjurisprudenz. Heymanns, 2007. 243 S., 48 €
2. Bayer/Koch (Hrsg.): Schranken der Vertragsfreiheit. Tagungsband zur Gründungsveranstaltung des Instituts für Notarrecht in Jena. Nomos, 2007. 103 S., 24 €
3. Brambring/Mutter (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Erbrecht. Beck, 2007. 1 011 S., 98 € + CD-ROM
4. Dötsch/Patt/Möhlenbrock: Umwandlungssteuerrecht. 6., völlig neu bearb. Auflage, Schäffer-Poeschel, 2007. 1 177 S., 129,95 €
5. Eggert: Die Inhaltskontrolle von Eheverträgen. Hartung-Gorre Verlag, 2007. 190 S., 39,80 €
6. Hommelhoff/Rawert/Karsten (Hrsg.): Festschrift für Joachim Priester. O. Schmidt, 2007. 922 S., 199 €
7. Hügel/Elzer: Das neue WEG-Recht. Beck, 2007. 341 S., 28 €
8. Hügel/Scheel: Rechtshandbuch Wohnungseigentum. 2. Aufl., ZAP, 2007. 648 S., 88 € + CD-ROM
9. van Hulle/Maul/Drinhausen: Handbuch zur Europäischen Gesellschaft (SE). Beck, 2007. 353 S., 98 €
10. Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira: Adoptionsrecht in der Praxis. Beck, 2007. 200 S., 44 € + CD-ROM
11. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 4: Aktiengesellschaft. 3., neu bearb. und erw. Aufl., Beck, 2007. 1 695 S., 142 €
12. Otto: Handbuch der Stiftungspraxis. Luchterhand, 2007. 680 S., 89 €
13. Richter/Wachter (Hrsg.): Handbuch des internationalen Stiftungsrechts. Zerb, 2007. 1 569 S., 128 € + CD-ROM
14. Schlüter/Stolte: Stiftungsrecht. Beck, 2007. 185 S., 32 €
15. Schotten/Schmellenkamp: Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis. 2., neu bearb. und erg. Aufl., Beck, 2007. 661 S., 78 €
16. Thymm: Das Kontrollproblem der Stiftung und die Rechtsstellung der Destinatäre. Heymanns, 2007. 406 S., 88 €
17. Wigand/Haase-Theobald u. a.: Stiftungen in der Praxis. Gabler, 2007. 264 S., 49,90 €
18. Zeuner: Die Anfechtung in der Insolvenz. 2. Aufl., Beck, 2007. 318 S., 43 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F