

# 6 **MittBayNot** Begründet 1864

November/Dezember 2004 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## **Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## **Herausgeberbeirat:**

Dr. Hermann Amann,  
Notar in Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Prof. Dr. Reinhold Geimer,  
Notar in München

Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen

Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Prof. Dr. Wolfgang Reimann,  
Notar in Passau

## **Schriftleiter:**

Dr. Markus Krebs,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193



mit neuer Tabelle  
zur Berechnung  
des Gebäudebrand-  
versicherungswertes

## **Aufsätze**

*Mannel:* Notar und Flurbereinigung 397

*Kanzleiter:* Der beiderseitige Irrtum über die Größe der  
verkauften Grundstücksteilfläche als Beispiel eines beider-  
seitigen Eigenschaftsirrturns 401

*Franzmann:* Die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 –  
notarielle Urkunden europaweit vollstreckbar 408

*Gottwald:* Mittelbare Steuerbelastungen bei Umwandlungs-  
fällen 407

*Schwachtgen:* Das luxemburgische Notariat 408

*Dietzel/Pfaff:* Vom Richterheim zum Aurachhof 413

## **Tagungsbericht**

*Eckert:* Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im  
Gesellschaftsrecht – Bericht über das vierte  
Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht  
an der Universität Würzburg am 25.6.2004 415

## **Rechtsprechung**

Wegfall der Geschäftsgrundlage bei vom Plan abweichender  
Flächengröße eines herausgemessenen Grundstücks  
BGH, Urteil vom 30.1.2004, V ZR 92/03 432

Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit lediglich auf den  
Basiszinssatz Bezug nehmender Zinsklausel  
(LG Traunstein, Beschluss vom 26.4.2004, 4 T 1649/04) 440

Abfindungsversicherung bei Kommanditistenwechsel unnötig  
(KG, Beschluss vom 8.6.2004, 1 W 685/03) 459

Eintragungsvoraussetzungen bei Zwangssicherungs-  
hypothek für Wohnungseigentümergeinschaft  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.1.2004,  
20 W 438/2003) 464

Kein Kostenprivileg für Verwandte in GbR  
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.5.2004, W 80/04) 468  
mit Anmerkung *Fembacher* 469

Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erwerb betagter Ansprüche  
(BFH, Urteil vom 27.8.2003, II R 58/01) 471  
mit Anmerkung *Everts* 472

## Inhalt

### Aufsätze

- Mannel*: Notar und Flurbereinigung **397**  
*Kanzleiter*: Der beiderseitige Irrtum über die Größe der verkauften Grundstücksteilfläche als Beispiel eines beiderseitigen Eigenschaftsirrtums **401**  
*Franzmann*: Die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 – notarielle Urkunden europaweit vollstreckbar **404**  
*Gottwald*: Mittelbare Steuerbelastungen bei Umwandlungsfällen **407**  
*Schwachtgen*: Das luxemburgische Notariat **408**  
*Dietzel/Pfaff*: Vom Richterheim zum Aurachhof **413**

### Tagungsbericht

- Eckert*: Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht – Bericht über das vierte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 25.6.2004 **415**

### Buchbesprechungen

- Ring/Grziwotz/Keukenschrijver: Anwaltkommentar BGB. Band 3: Sachenrecht (*Rapp*) **418**  
Meikel: Grundbuchordnung (*Krebs*) **418**  
Holzer/Kramer: Grundbuchrecht (*Dümig*) **419**  
Ahrens: Dingliche Nutzungsrechte (*Frank*) **421**  
Pajunk: Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung (*Grziwotz*) **422**  
Frohnmayr: Geschiedentestament (*König*) **422**  
Haunschmidt/Haunschmidt: Erbschaft und Testament (*Ludwig*) **424**  
Bauer: Soziologie und Erbrechtsreform (*Selbherr*) **426**  
Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz (*Lichtenwimmer*) **426**  
Tillmann/Winter: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht (*Lichtenwimmer*) **428**  
Haferland/Schmidt/Tiedtke: Praxis des Handels- und Kostenrechts (*Busse*) **429**  
Merkt: Internationaler Unternehmenskauf (*Schwab*) **429**  
Lohner: Recht für Landwirte in Frage und Antwort (*Frank*) **431**  
Berger: Flotte Schreiben vom Amt (*Krebs*) **431**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Wegfall der Geschäftsgrundlage bei vom Plan abweichender Flächengröße eines herausgemessenen Grundstücks  
BGH, Urteil vom 30.1.2004, V ZR 92/03 **432**

## Inhalt (Fortsetzung)

2. Aufforderung zur Genehmigung bei mehreren Vertragspartnern des Vertretenen (BGH, Urteil vom 2.4.2004, V ZR 107/03) **433**
3. Auflösung eines Familienfideikommisses (OLG München, Beschluss vom 30.4.2004, FS I) **434**
4. Formulierung „massiv gebaut“ als Beschaffenheitsgarantie (OLG Celle, Urteil vom 13.5.2004, 4 U 220/03) **436**
5. Einwendungsdurchgriff nach VerbrKrG als abschließende Sonderregelung (OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.5.2004, 9 U 58/03) **437**

### Sachen- und Grundbuchrecht

6. Verwendung eines Eingabeplans als Aufteilungsplan (BayObLG, Beschluss vom 15.4.2004, 2Z BR 24/04) **439**
7. Änderung des Kostenverteilungsschlüssels (*nur Leitsatz*) (KG, Beschluss vom 14.6.2004, 24 W 32/04) **440**
8. Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit lediglich auf den Basiszinssatz Bezug nehmender Zinsklausel (LG Traunstein, Beschluss vom 26.4.2004, 4 T 1649/04) **440**

### Familienrecht

9. Überlassung an Minderjährige mit Rücktrittsvorbehalt (BayObLG, Beschluss vom 31.3.2004, 2Z BR 045/04) **441**
10. Erwachsenenadoption bei beabsichtigter Hofnachfolge (BayObLG, Beschluss vom 21.4.2004, 1Z BR 019/04) **443**
11. Kein Schenkungsverbot für Betreuer ohne Aufgabenkreis der Vermögenssorge (BayObLG, Beschluss vom 7.4.2004, 3Z BR 17/04) **445**
12. Inhaltskontrolle von Eheverträgen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.2004, II-2 UF 79/03) **445**
13. Inhaltskontrolle von Eheverträgen (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.5.2004, 9 WF 35/04) **448**

### Erbrecht

14. Unwirksamkeit einer Nacherben-Bestimmungsklausel (BayObLG, Beschluss vom 18.3.2004, 1Z BR 044/03) **450**
15. Beginn der Anfechtungsfrist für Erbausschlagung (KG, Beschluss vom 16.3.2004, 1 W 120/01) **453**
16. Anfechtung der Annahme einer Erbschaft wegen angeordneter Nacherbfolge (OLG Hamm, Beschluss vom 18.3.2004, 15 W 38/04) **456**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. Auslegung einer Vertretungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag (BGH, Urteil vom 13.5.2004, VII ZR 301/02) **458**
18. Abfindungsversicherung bei Kommanditistenwechsel unnötig (KG, Beschluss vom 8.6.2004, 1 W 685/03) **459**

## Inhalt (Fortsetzung)

19. Entscheidender Zeitpunkt für Vertretungsbefugnis bei Anmeldung zum Registergericht  
LG München I, Beschluss vom 19.2.2004, 17HK T 1615/04 **462**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. Verdachtspfändung bei mehreren Banken  
(BGH, Beschluss vom 19.3.2004, IXa ZB 229/03) **463**
21. Eintragungsvoraussetzungen bei Zwangssicherungshypothek für  
Wohnungseigentümergeinschaft  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.1.2004, 20 W 438/2003) **464**

### Beurkundungs- und Notarrecht

22. Vollzugsauftrag bei Beglaubigung ohne Entwurf  
(OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2004, 15 W 475/03) **465**

### Kostenrecht

23. Kein Kostenprivileg für Verwandte in GbR  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.5.2004, W 80/04) **468**  
mit Anmerkung *Fembacher* **469**
24. Voraussetzungen für den Ansatz einer Entwurfsgebühr  
(LG Mainz, Beschluss vom 1.4.2004, 3 T 40/03) **470**

### Steuerrecht

25. Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erwerb betagter Ansprüche  
(BFH, Urteil vom 27.8.2003, II R 58/01) **471**  
mit Anmerkung *Everts* **472**
26. Keine Eigenheimzulage bei Kaufvertrag ohne Vorlagehaftung des Notars  
(FG Saarbrücken, Urteil vom 17.3.2004, 1 K 158/02) **475**

### Hinweise für die Praxis

1. Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8 a KStG)  
Hinweis auf das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 15.7.2004,  
IV A 2 – S 2742 a – 20/04 **477**
2. Formblatt „Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel – öffentliche Urkunde“  
ABl EG L 143 vom 30.4.2004, S. 30 **477**
3. Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden  
anhand des Gebäudebrandversicherungswertes **478**

### Standesnachrichten **480**

### Sonstiges **III**

# 6 | MittBayNot Begründet 1864

Nov./Dez. 2004 | 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: Notare  
Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank,  
Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

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

## AUFSÄTZE

### Notar und Flurbereinigung

Von Ltd. Regierungsdirektor *Hans-Magnus Mannel*, Direktion für Ländliche Entwicklung Würzburg

Der Beitrag ist die leicht überarbeitete Fassung des Vortrags des Autors auf der Fortbildungsveranstaltung „Notar und Flurbereinigung“ des Ausschusses der Notarassessoren am 23.6.2003 in Würzburg. Dargestellt werden die Grundzüge des Flurbereinigungsverfahrens und dessen Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung.

#### 1. Grundzüge der Flurbereinigung

Flurbereinigung erfolgt nach § 1 Flurbereinigungs-gesetz (FlurbG)<sup>1</sup> durch die Neuordnung ländlichen Grundbesitzes. Sie muss die Eigentumsverhältnisse am Boden ändern, wobei sie den Gegenstand der Rechte neu ordnet, die Inhaberschaft der Rechte aber unberührt lässt. Ein Pachtflächen- oder ein Nutzungstausch ist somit nicht ausreichend, um ein Flurbereinigungsverfahren zu rechtfertigen.

Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Bodenordnung ist, dass mit ihr die vom FlurbG vorgegebenen Ziele verfolgt werden. Die Ziele sind für

- das sog. Regelverfahren in § 1,
- das vereinfachte Flurbereinigungsverfahren in § 86,
- die sog. Unternehmensflurbereinigung in §§ 87 und 90,
- das beschleunigte Zusammenlegungsverfahren in § 91,
- den freiwilligen Landtausch in § 103 a

festgelegt.

Vom freiwilligen Landtausch abgesehen, der nur auf Antrag der Tauschpartner erfolgen darf und der für den Tausch das Einverständnis der betroffenen Rechtsinhaber voraussetzt, ist weder für die Anordnung von Verfahren nach dem FlurbG noch für die im Flurbereinigungs- bzw. Zusammenlegungsplan zusammengefassten Ergebnisse des Verfahrens eine Zustimmung der in § 10 definierten Beteiligten erforderlich.

Die Bodenordnung führt damit zu einem teilweisen oder gänzlichen Verlust des bisherigen konkreten Grundeigentums und schränkt zugleich die grundgesetzlich geschützte Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung ein.<sup>2</sup> Dennoch hat das BVerfG das im Ergebnis vergleichbare Bodenordnungsinstrument „Baulandumlegung“ verfassungsrechtlich nicht als Enteignung, sondern als Inhaltsbestimmung eingeordnet, weil sie die Verwaltung nicht ermächtigte, den Eigentümern ihre Grundstücke zu entziehen, um sie für ein konkretes, dem Wohl der Allgemeinheit dienendes Vorhaben einzusetzen, sondern weil sie vielmehr in erster Linie auf den Ausgleich der privaten Interessen der Eigentümer gerichtet sei. Dieser Gedanke des Ausgleichs der privaten Interessen gilt – vom sog. Unternehmensverfahren einmal abgesehen – auch für die Flurbereinigung, ist doch gem. § 37 Abs. 1 Satz 1 das Flurbereinigungsgebiet neu zu gestalten, wie es den gegeneinander abzuwägenden Interessen der Beteiligten entspricht.<sup>3</sup>

#### 2. Flurbereinigung und Grundstücksverkehr

Zunächst ist festzuhalten, dass durch die Anordnung eines Flurbereinigungsverfahrens der Grundstücksverkehr grundsätzlich nicht behindert wird. Die Anordnung bewirkt weder eine Grundbuchsperrung noch ein Verfügungsverbot im Sinne von §§ 135, 136 BGB.<sup>4</sup> Allerdings werden die zum Flurbereinigungsgebiet gehörenden Grundstücke tatsächlichen und

<sup>2</sup> BVerfG v. 22.5.2001, 1 BvR 1512/97, BVerfGE 104, 1.

<sup>3</sup> Haas, NVwZ 2002, 272 ff.

<sup>4</sup> Seehusen, RdL 1955, 317; Haselhoff, RdL 1999, 1; Seehusen/Schwede, FlurbG, 7. Aufl., § 15 Rdnr. 1.

<sup>1</sup> Paragraphen ohne weitere Bezeichnung sind solche des FlurbG.

rechtlichen Änderungen unterworfen, die gerade auch in der zeitlichen Abfolge für den Grundstücksverkehr bedeutsam sind. Die hier auftretenden Irritationen beruhen im Wesentlichen auf der Abweichung der (gesetzlich als Ausnahme geregelten) Verwaltungspraxis vom gesetzlich vorgesehenen Regelablauf eines Verfahrens.

Das FlurbG regelt das Flurbereinigungsverfahren als gestuftes Verfahren und sieht als hier interessierende Stufenfolge vor:

1. die Bekanntgabe des Flurbereinigungsplans (§ 59),
2. die (vorzeitige) Ausführung des Flurbereinigungsplans mit der Bestimmung des Zeitpunkts, zu dem der im Flurbereinigungsplan vorgesehene neue Rechtszustand an die Stelle des bisherigen tritt (§§ 61, 63),
3. den Vollzug der Ausführungsanordnung durch tatsächliche Ausführung des Wege- und Gewässerplanes, durch Regelung des Übergangs des Besitzes und der Nutzung der neuen Grundstücke, aber auch durch Berichtigung der öffentlichen Bücher gem. Flurbereinigungsplan (§§ 79 ff.).

Im Flurbereinigungsplan (§ 58) wird zusammenfassend bestimmt, wie das Flurbereinigungsgebiet tatsächlich und rechtlich neu gestaltet wird. Er fasst eine Vielzahl von Verwaltungsakten zusammen, die gegen eine Vielzahl von Beteiligten ergehen. Er ist – auch – privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt; aus ihm muss die angestrebte Neuordnung mit allen tatsächlichen und rechtlichen Änderungen, die die zum Flurbereinigungsgebiet gehörenden Grundstücke betreffen, ablesbar sein. In ihn ist – soweit gegeben – der Wege- und Gewässerplan nach § 41 aufzunehmen, der die zur Neugestaltung des Flurbereinigungsgebietes erforderlichen öffentlichen und gemeinschaftlichen Anlagen festsetzt, insbesondere die Wege sowie die wasserwirtschaftlichen und landschaftspflegerischen Maßnahmen. Vor allem aber hat der Flurbereinigungsplan Einlagen und Abfindungen der Teilnehmer nachzuweisen, ferner die Rechte der Nebenbeteiligten, soweit diese nach §§ 12–14 ermittelt sind.

Der Flurbereinigungsplan legt weiter die Planausführung nach §§ 61 ff. sowie die Berichtigung der öffentlichen Bücher (§§ 79 ff.) inhaltlich fest. Er wird – wie jeder Verwaltungsakt – mit seiner Bekanntgabe (§ 59) wirksam, jedoch treten seine Rechtswirkungen unabhängig von der Bestandskraft immer nur zu dem in der (vorzeitigen) Ausführungsanordnung festgelegten Zeitpunkt einheitlich im ganzen Flurbereinigungsgebiet ein. Dem schließt sich der tatsächliche Vollzug an.

Verwaltungspraxis ist es allerdings, die öffentlichen und gemeinschaftlichen Anlagen schon viele Jahre vor der Ausführung des Flurbereinigungsplanes zu bauen, soweit der Wege- und Gewässerplan für sie festgestellt bzw. genehmigt ist (sog. „Vorweg-Ausbau“ nach § 42 Abs. 2 Satz 2), und die Beteiligten unter den in § 65 genannten Voraussetzungen in den Besitz der neuen Grundstücke einzuweisen. Mit der „vorläufigen Besitzeinweisung“ wird gleichsam eine vorgezogene tatsächliche Ausführung des vor allem hinsichtlich der rechtlichen Regelungen noch nicht fertig gestellten Flurbereinigungsplanes bewirkt.

Wenn damit auch die alten Grundstücke in der Örtlichkeit verschwunden sind, so sind sie doch bis zum Eintritt des neuen Rechtszustandes noch Gegenstand des Rechts- und Grundbuchverkehrs, denn die Eigentumsverhältnisse werden durch die Besitzeinweisung nicht berührt. Wegen des lange andauernden Auseinanderklaffens von tatsächlicher und rechtlicher Verfassung des Flurbereinigungsgebietes bedürfen die in dieser Zeit anfallenden Eigentums- und Belastungsveränderungen besonderer Aufmerksamkeit und Abstimmung.

### 3. Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung

Die meisten Probleme tauchen in der Phase zwischen vorläufiger Besitzeinweisung bis zum und nach dem Eintritt des neuen Rechtszustandes auf, während bis zum Vorausbau der öffentlichen und gemeinschaftlichen Anlagen nach § 42 bzw. bis zur vorläufigen Besitzeinweisung nach § 65 keine grundlegenden Besonderheiten gegenüber dem Grundstücksverkehr außerhalb eines Flurbereinigungsverfahrens bestehen. Allerdings ist es auch im letztgenannten Fall nützlich, den Einfluss der Planungen der Teilnehmergeinschaft, die bis zum Vertragsabschluss bekannt werden (z. B. zu erwartende Inanspruchnahme von Teilflächen für Wegebau), im Vertrag abzuhandeln. Keinesfalls fehlen sollte der Hinweis auf das laufende Flurbereinigungsverfahren und damit auch auf § 15. Danach müssen diejenigen, die ein im Flurbereinigungsgebiet liegendes Grundstück erwerben oder die durch Erwerb eines Rechts Beteiligte werden, das bis zu ihrer Eintragung ins Grundbuch oder bis zur Anmeldung des Erwerbs durchgeführte Verfahren gegen sich gelten lassen. Sie treten die sachliche Pflichtennachfolge an und müssen alle vom Voreigentümer abgegebenen rechtswirksamen Erklärungen und Vereinbarungen ebenso für und gegen sich gelten lassen wie die bisherigen Verfahrensschritte. Das heißt, sie müssen z. B. die Ergebnisse der Wertermittlung, Bauerlaubnisse, Landverzicht nach § 52 usw. gegen sich gelten lassen. Das heißt aber auch, dass die den Gegenstand ihres Rechtsgeschäftes bildenden Grundstücke infolge der Flurbereinigung in ihrem tatsächlichen Bestand geändert werden. Der Erwerber muss damit rechnen, dass er für das erworbene Grundstück an anderer Stelle abgefunden wird. Diese Rechtslage besteht unabhängig davon, ob dem Erwerber bekannt war, dass sich das Grundstück in der Flurbereinigung befindet oder nicht.<sup>5</sup> (Eine Ausnahme von diesem Grundsatz regelt § 52 Abs. 3 Satz 3 FlurbG.)

Erklärungen zu diesem Fragenkomplex sollte der Käufer sowohl vom Veräußerer als auch von der Teilnehmergeinschaft einholen. Im Kaufvertrag sollte auch berücksichtigt werden, dass die Bemessung der Landabfindung nach § 44 Abs. 1 aufgrund der im Wertermittlungsverfahren nach §§ 27 ff. ermittelten Werte und nicht nach der Fläche erfolgt. Vielmehr bildet die Größe der Grundstücke, für die in der Regel die Eintragung im Liegenschaftskataster maßgebend ist (§ 30), multipliziert mit der jeweiligen Qualitätseinstufung (= Wertzahl) die wesentliche Grundlage für die rechnerische Bemessung der späteren Abfindung.

In diesem Zusammenhang sind die Sätze 1 und 2 des § 44 Abs. 1 maßgeblich: „Jeder Teilnehmer ist für seine Grundstücke unter Berücksichtigung der nach § 47 FlurbG vorgenommenen Abzüge mit Land von gleichem Wert abzufinden. Bei der Bemessung der Landabfindung sind die nach den §§ 27 bis 33 ermittelten Werte zugrunde zu legen.“ Hierfür wird die für das jeweilige Einlagegrundstück ermittelte Wertzahl (WZ) multipliziert mit der in  $\frac{1}{10}$  Ar ausgedrückten Grundstücksgröße; das Ergebnis ist die Wertverhältniszahl (WVZ). D. h., 1 ha – das sind 1000  $\frac{1}{10}$  Ar – mit der WZ 30 hat ( $1000 \times 30 =$ ) 30 000 WVZ. Diesem Wert entspricht auch ein 1,5 ha großes Grundstück mit WZ 20, aber auch ein 0,6 ha großes Grundstück mit WZ 50. Der rechnerisch wertgleiche Landersatz in einem Flurbereinigungsverfahren kann also

<sup>5</sup> BVerwG v. 1.11.1976, VB 82.74: „Die Unterlassung einer Erörterung der rechtlichen Folgen des zur Zeit des Abschlusses des Übergabevertrages bereits eingeleiteten Flurbereinigungsverfahrens im notariellen Vertrag (...) vermag deshalb die gesetzlichen Folgen des § 15 FlurbG nicht zu verhindern.“

eine von der Einlage stark abweichende Flächengröße haben. Im Flurbereinigungsverfahren lässt sich somit i. d. R. der Wert eines Grundstücks nicht allein über seine Größe ausdrücken, wie dies z. B. durch Festlegung eines Quadratmeterpreises geschieht.

Den Vertragsparteien sollten diese Umstände nicht nur bewusst sein, der Kaufvertrag sollte vielmehr hierzu auch konkrete Aussagen enthalten, damit beispielsweise kein Streit um die Frage entsteht, ob sich der Quadratmeterpreis auf Einlage oder Abfindung bezieht. Dem Käufer sollte auch klar sein, dass das FlurbG i. d. R. keinen Anspruch auf Abfindung mit bestimmten Grundstücken oder mit Grundstücken in bestimmter Lage kennt. Legt der Käufer Wert auf ein bestimmtes Grundstück, so ist ihm dringend zu empfehlen, mit der Teilnehmergeinschaft Kontakt aufzunehmen. Wenn auch im Regelfall keine bestimmte Zuteilung zugesichert werden kann, so ist es u. U. doch hilfreich zu wissen, in welche Richtung die Vorstellungen zur Neugestaltung des Flurbereinigungsgebietes gehen, um das eigene weitere Vorgehen danach ausrichten zu können. Ausnahmen von diesem Grundsatz können dann gegeben sein, wenn es sich um von § 45 besonders geschützte Grundstücke oder um baureife Grundstücke handelt. Bei ersteren ist die Veränderung erschwert, bei letzteren zwar nicht die Veränderung, jedoch hat der Einleger Anspruch auf entsprechende Abfindung mit baureifem Land; er kann z. B. nicht gegen seinen Willen mit rein rechnerisch wertgleichem Bauerwartungsland oder Rohbauland abgefunden werden.

Hinzu kommt, dass i. d. R. von den Einlagegrundstücken in Wert umgerechnete Flächenabzüge genommen werden, die im Ergebnis die Größe der Einlage verringern. Auch sollten die regelmäßig bereits angefallenen oder noch anfallenden Vorschüsse zu den Flurbereinigungskosten nicht übersehen werden, die die Teilnehmergeinschaft nach § 19 Abs. 1 erheben kann. Bei diesen Vorschüssen handelt es sich um Erfüllungsvorleistungen auf die spätere Beitragsschuld. Die Zahlung eines Vorschusses tilgt in Höhe seines Betrages die endgültige Beitragspflicht. Wegen der von ihm entrichteten Vorschüsse hat der Veräußerer keinen Erstattungsanspruch gegen die Teilnehmergeinschaft. Zwar fehlt im FlurbG eine dem § 133 Abs. 3 Satz 2 BauGB entsprechende ausdrückliche Regelung dieses Inhalts, jedoch leiten Rechtsprechung und h. L. sie aus § 15 ab.<sup>6</sup>

Wenn schon der Erwerber eines Grundstücks das bisher durchgeführte Verfahren gegen sich gelten lassen muss, dann muss erst recht der Veräußerer die mit dem bisherigen Verfahrensablauf durch die Sachzuordnung verbundenen Verpflichtungen hinnehmen. Anderslautende vertragliche Regelungen zwischen Käufer und Veräußerer binden ausschließlich die Vertragsparteien. Die Erstattung des Vorschusses an den Veräußerer durch die Teilnehmergeinschaft würde bei ihr zu einem Ausfall von Flurbereinigungsbeiträgen führen: Weil das FlurbG im Gegensatz zur Reichsumlegungsordnung nur eine mit der Eigentumsübertragung einhergehende sachbezogene Rechts- und Pflichtennachfolge, jedoch keine persönliche Pflichtenübernahme begründet, können die bis zum Eigentumswechsel fällig gewordenen Vorschüsse von der Teilnehmergeinschaft dem Erwerber gegenüber nicht persönlich geltend gemacht werden. Andererseits ist zu beachten, dass einmal mit Rechtsgrund gezahlte Vorschüsse in ihrer Höhe die nach § 20 als öffentliche Last auf den Grundstücken liegende Beitrags- und Vorschusspflicht tilgen und durch die

Erstattung des mit Tilgungswirkung verbundenen Vorschusses die öffentliche Last nicht wieder begründet werden kann.

Mit Erwerb des Eigentums wird der Käufer Teilnehmer am Flurbereinigungsverfahren. Er muss – wie schon erwähnt – alle bisherigen Verfahrensschritte gegen sich – aber auch für sich – gelten lassen; gleichzeitig betreffen die künftigen Verfahrensschritte in Bezug auf das erworbene Grundstück im Verhältnis zur Teilnehmergeinschaft nicht mehr den Veräußerer. Eine Änderung des festgestellten Wertes des verkauften Grundstücks aufgrund Rechtsbehelfs oder wegen der nach § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 bei Wertänderung (z. B. Ackerland entwickelt sich zu Bauerwartungsland) nachzuführenden Änderung der festgestellten Ergebnisse der Wertermittlung betrifft nur den aktuellen Eigentümer. Ob und ggf. wie ein Ausgleich zwischen Käufer und Veräußerer erfolgen soll, muss sich am Kaufvertrag ablesen lassen. Die Teilnehmergeinschaft jedenfalls hat der Abfindung des Käufers den jeweils aktuellen Wert zugrunde zu legen. Abweichende Vereinbarungen zwischen Käufer und Veräußerer können die Teilnehmergeinschaft ohne ihre Zustimmung nicht binden.

#### 4. Besonderheiten beim Erwerb zwischen vorläufiger Besitzeinweisung und Eintritt des neuen Rechtszustandes

Ergänzend zum oben Ausgeführten gilt, dass bis zur Ausführungsanordnung, die den neuen Zustand in rechtlicher Beziehung herbeiführt, die alten Grundstücke zwar in der Örtlichkeit verschwunden, aber, da die Eigentumsverhältnisse durch die Besitzeinweisung nicht berührt werden, bis zum Eintritt des neuen Rechtszustandes noch Gegenstand des Rechts- und Grundbuchverkehrs sind. Hieran ändert nichts, dass die Flächen schon entsprechend ihrem neuen Zuschnitt zu nutzen sind und dass für sie die neuen Flurstücksbezeichnungen und Größenangaben vorliegen.

Ein Teilnehmer kann nur über seine „alten“ Grundstücke verfügen, auch wenn er sie nicht mehr in Besitz hat. Parallel dazu erlangt der Erwerber zwar das Eigentum an den alten Grundstücken, jedoch den Besitz und die Nutzung an denjenigen Grundstücken, in deren Besitz der Veräußerer eingewiesen worden ist. Im Kaufvertrag muss daher zunächst das grundbuchliche Eigentum näher bezeichnet werden, über das dinglich verfügt werden soll. Dies gilt unabhängig davon, ob das Kaufinteresse im Ergebnis auf alte oder auf neue Grundstücke gerichtet ist.

Bezieht es sich auf alte Grundstücke, sollten die Vertragspartner unter Mitwirkung der Teilnehmergeinschaft wertmäßig entsprechende neue Grundstücke bzw. Grundstücksteile, die als Abfindung für die Altgrundstücke angesehen werden sollen, vereinbaren. Mit dem gezielten Kauf „alter“ Grundstücke wollen die Erwerber i. d. R. auf die Gestaltung ihrer Abfindungsflurstücke Einfluss nehmen. Sie sollten jedoch darauf hingewiesen werden, dass der Erwerb von Grundstücken nach der vorläufigen Besitzeinweisung keinen Anspruch darauf gibt, dass die von ihnen nunmehr geltend gemachten Abfindungsvorstellungen berücksichtigt werden. Ihnen ist für die erworbene Fläche lediglich eine wertgleiche Fläche aus der vorgesehenen Gesamtabfindung des Veräußerers zuzuweisen.<sup>7</sup>

*Beispiel:*

A wünscht, für sein neben dem Aussiedlungsstandort des B gelegenes Einlageflurstück Nr. 100 in Ortsnähe abgefunden zu werden. Dies erfolgt wunschgemäß. Nach der Besitzein-

<sup>6</sup> BVerwG, RdL 1968, 274; Fink, RdL 1974, 309 ff.; teilweise a. A. Haselhoff, RdL 1995, 256.

<sup>7</sup> BVerwG, RdL 1996, 266.

weisung zerschlagen sich seine Planungen, er gibt den Betrieb auf und veräußert seinen Grundbesitz.

B will seinen Aussiedlerhof erweitern und kauft zu diesem Zweck das Einlageflurstück Nr. 100 des A in der Annahme, die Zuteilung dieser Fläche beanspruchen zu können. Diese Vorstellung ist jedoch falsch; er muss sich mit der Zuteilung einer Fläche aus der zum Zeitpunkt der Besitzeinweisung vorgesehenen Landabfindung des A zufrieden geben, die dem Einlageflurstück Nr. 100 – aus der Sicht des A! – wertgleich ist.

Wird der Kauf eines neuen Grundstücks beabsichtigt, sind diejenigen alten Grundstücke bzw. -teile zu bezeichnen, die wertmäßig dem neuen Grundstück entsprechen und Gegenstand der grundbuchmäßigen Verfügung sein sollen. Eine evtl. erforderliche Teilung müsste über das Vermessungsamt erfolgen.

In allen Fällen sollte der Käufer darauf hingewiesen werden, dass nach dem grundbuchmäßigen Erwerb der alten Grundstücke die vorläufige Besitzeinweisung in die entsprechenden bezeichneten neuen Grundstücke für und gegen ihn wirkt, dass der Flurbereinigungsplan noch nicht feststeht, dass kein Lageanspruch besteht und dass insbesondere aufgrund von Rechtsbehelfen noch Änderungen an den neuen Grundstücken erfolgen können. Sinnvoll ist es auch, zu vereinbaren, ob und wie auf diese Änderungen zwischen den Vertragsparteien reagiert werden soll.

Diese Rechtslage setzt sich über die Bekanntgabe des Flurbereinigungsplanes, ja sogar über dessen Unanfechtbarkeit hinaus fort, denn die rechtsgestaltende Wirkung des Flurbereinigungsplanes tritt erst zu dem in der (vorzeitigen) Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt ein (§§ 61, 63). Erst dann gehen die alten Grundstücke als Gegenstand des Eigentums unter. An die Stelle der alten Grundstücke treten in einer „juristischen Sekunde“ ohne weiteren Rechtsakt und außerhalb des Grundbuchs im Wege der Surrogation die Ersatzgrundstücke (§ 68); es erfolgt eine Änderung im Sachverhältnis (wegen der örtlich gebundenen öffentlichen Lasten vgl. § 68 Abs. 1 Satz 2).

## 5. Grundbuchberichtigung nach Eintritt des neuen Rechtszustandes

Das unrichtig gewordene Grundbuch ist gem. § 79 Abs. 1 i. V. m. § 38 GBO nach Eintritt des neuen Rechtszustandes auf Ersuchen der Direktion für Ländliche Entwicklung nach dem Flurbereinigungsplan zu berichtigen, wobei bis zur Berichtigung des Liegenschaftskatasters der Flurbereinigungsplan als amtliches Verzeichnis der Grundstücke (§ 2 Abs. 2 GBO) dient (§ 81 Abs. 1). Die Berichtigung des Grundbuchs kann nur die Flurbereinigungsbehörde (in Bayern die Direktion für Ländliche Entwicklung) veranlassen. Der Teilnehmer selbst hat lediglich die Möglichkeit, bei der Flurbereinigungsbehörde zu beantragen, dass diese das Grundbuchamt um vorzeitige Teilberichtigung ersucht (§ 82).<sup>8</sup> Die Entscheidung über das Ersuchen steht nicht im Ermessen der Flurbereinigungsbehörde; dem Antrag muss entsprochen werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen.<sup>9</sup> Mit der vorzeitigen Teilberichtigung kann verhindert werden, dass der Grundstücksverkehr nach Eintritt des neuen Rechtszustandes gehemmt wird; da die im Grundbuch noch eingetragenen alten Grundstücke nach dem Eintritt des neuen Rechtszustandes rechtlich nicht mehr bestehen, kann an ihnen auch keine Änderung der Rechtsverhältnisse vorgenommen werden. Das Grundbuchamt würde sonst eine Eintragung vornehmen, von der es mit Sicherheit weiß, dass sie unrichtig ist. Die Ände-

rung des Rechtsverhältnisses setzt somit die Änderung des Sachverhältnisses durch Berichtigung des Grundbuchs gemäß den Festlegungen des Flurbereinigungsplanes voraus.<sup>10</sup>

Diese Wirkungen des rechtsgestaltenden Verwaltungsakts „Ausführungsanordnung“, das Verhältnis „Surrogation zu Vertragsrecht“ und der Regelungszweck des § 82 werden nicht ausreichend beachtet, auch wenn vor allem die einschlägige Rechtsprechung des BayObLG zumindest im Ergebnis teilweise für Klarheit gesorgt hat. Diese Einschränkung erscheint angebracht, denn das BayObLG<sup>11</sup> (ihm folgend auch das OLG Frankfurt<sup>12</sup>) verknüpft Surrogationsprinzip und Vertragsauslegung in einer Weise, die zu Missverständnissen Anlass gibt. So hat das OLG Frankfurt<sup>13</sup> ausgeführt: „Aufgrund der vorzeitigen Ausführungsanordnung (...) war das (...) Grundstück (...) als Einlagegrundstück im Flurbereinigungsverfahren (...) rechtlich untergegangen, weil ihm kein Abfindungsgrundstück entspricht und deshalb der Surrogationsgrundsatz des § 68 FlurbG nicht eingreift (BayObLGZ 1985, 372, 375).“ Den Entscheidungen war im Wesentlichen gemeinsam, dass zwischen Auflassung eines (Einlage-)Grundstücks und der Eintragung ins Grundbuch der Eintritt des neuen Rechtszustandes erfolgt war. Es war zu entscheiden, ob die rechtswirksam erklärte Auflassung dahin auszulegen ist, dass sie sich mit der Folge auf das Ersatzgrundstück bezieht, dass weder die Auflassung erneuert noch die Bezeichnung des aufgelassenen Grundstücks berichtigt werden muss.<sup>14</sup> Die Frage ist für den Fall bejaht worden, dass als Surrogat für das aufgelassene Einlagegrundstück ein bestimmtes Ersatzgrundstück vorhanden ist.<sup>15</sup> Die wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes erforderliche genaue Bezeichnung des Grundstücks bei der Auflassung wird als erfüllt angesehen, wenn durch Auslegung des Vertrages und unter Beachtung der Wirkung der Surrogation einem Einlagegrundstück ein bestimmtes Abfindungsgrundstück zuzuordnen ist.

Für den Eintritt der Surrogation ist eine solche genaue Zuordnung hingegen nicht wesentlich. § 68 Abs. 1 regelt vielmehr allgemein das Schicksal der mit einem Grundstück verbundenen Rechte in der Weise, dass – von den hier nicht interessierenden örtlich gebundenen Rechten abgesehen – das Eigentumsrecht und – bei Fehlen einer entgegenstehenden Regelung des Flurbereinigungsplanes – auch alle anderen Rechtsverhältnisse, die an den Einlagegrundstücken bestanden haben, an den neuen Grundstücken fortbestehen. Die zum Zeitpunkt des Eintritts des neuen Rechtszustandes bestehenden Rechtsverhältnisse an der Einlage setzen sich an der Landabfindung fort; die Rechtsstellung der Eigentümer und der Inhaber sonstiger Rechte ist gewahrt.

Der Surrogation steht nicht entgegen, dass die von § 44 Abs. 3 Satz 1 geforderte großzügige Zusammenlegung häufig dazu führt, dass für mehrere Einlagegrundstücke, die möglicherweise auch verschiedenen Rechtsverhältnissen unterlagen, nur ein neues Abfindungsgrundstück ausgewiesen wird. § 68 Abs. 2 und 3 halten mit der Bruchteilsbelastung bzw. der Sonderung geeignete Instrumente vor, um hierbei auftretende Fragen zu lösen; zunächst jedoch setzen sie gerade die Surrogation ohne genaue Zuordnung der einzelnen Einlage- und Abfindungsgrundstücke voraus.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> BayObLG, MittBayNot 1983, 64 ff.

<sup>11</sup> Z. B. BayObLGZ 1993, 52 ff.

<sup>12</sup> OLG Frankfurt v. 25.9.2001, 20 W 458/00 (nur mit Leitsatz abgedruckt in Rpfleger 2002, 73).

<sup>13</sup> Fn. 12.

<sup>14</sup> BayObLGZ 1972, 242 ff.

<sup>15</sup> BayObLGZ 1985, 372 ff.

<sup>16</sup> *Seehusen/Schwede* (Fn. 4), § 68 Rdnr. 22 ff.

<sup>8</sup> BayObLG, MittBayNot 1983, 64.

<sup>9</sup> BVerwG, RdL 1959, 330.

Mit der Wahrung der materiellen Rechte im Flurbereinigungsverfahren ist allerdings die Wirkung der Surrogation erschöpft. Sie kann nicht herangezogen werden, um die für die Berichtigung der öffentlichen Bücher einschlägigen Vorschriften (§§ 79 ff.) zu umgehen; die vom BayObLG<sup>17</sup> offen gelassene Frage, „ob eine gleichwohl vorgenommene Eintragung (des rechtlich untergegangenen Einlagegrundstücks) den Eigentumsübergang am Ersatzgrundstück bewirken würde“, muss verneint werden: Mit dem Eintritt des neuen Rechtszustandes wird das Grundbuch unrichtig, und es bleibt unrichtig, bis es nach dem Flurbereinigungsplan berichtigt worden ist, der nach § 58 Abs. 1 Satz 3 den Buchberechtigten wieder auszuweisen hat.<sup>18</sup>

Im Zeitraum zwischen dem Eintritt des neuen Rechtszustandes und der Grundbuchberichtigung hat der Flurbereinigungsplan in Bezug auf die Sachverhältnisse die Funktion des Grundbuchs; dies mit der Folge, dass vor Eintragung der Änderung der Sachverhältnisse eine Änderung der Rechtsverhältnisse nicht eingetragen werden kann. Das Grundbuchamt bleibt zwar zur Führung des Grundbuchs zuständig; Eintragungen, die die Sach- und/oder Rechtsverhältnisse berühren, können jedoch wegen der temporären Funktionslosigkeit des Grundbuchs (und des Übergangs dieser Funktion auf den Flurbereinigungsplan) keine Wirkung entfalten. Demzufolge können m. E. in dieser Zeit vorgenommene Eintragungen keine Rechtsänderung oder -begründung herbeiführen. Wegen § 15 kann für die gegenteilige Auffassung auch nicht auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs verwiesen werden.

## 6. Zusammenfassung:

1. Durch ein Verfahren nach dem FlurbG wird der Grundstücksverkehr grundsätzlich nicht behindert.

2. Wer ein im Flurbereinigungsgebiet liegendes Grundstück erwirbt, muss das bis zu seiner Eintragung im Grundbuch oder bis zur Anmeldung des Erwerbs durchgeführte Verfahren gegen sich gelten lassen. Gleiches gilt für den, der durch Erwerb eines Rechts Nebenbeteiligter wird. Auf die Kenntnis des Erwerbers vom Flurbereinigungsverfahren kommt es nicht an.

3. Der neue Eigentümer wird Teilnehmer und muss grundsätzlich hinnehmen, dass das erworbene Grundstück in seinem tatsächlichen Bestand geändert wird.

4. Weil der im Flurbereinigungsplan vorgesehene Rechtszustand erst zu dem in der (vorzeitigen) Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt eintritt, sind bis dahin die alten Grundstücke Gegenstand des Rechts- und Grundbuchverkehrs.

5. Mit dem Eintritt des neuen Rechtszustandes gehen die alten Grundstücke rechtlich unter. Verfügungen jedweder Art über sie sind daher ab diesem Zeitpunkt unmöglich.

6. Mit dem Instrument der vorzeitigen Grundbuchberichtigung nach § 82 kann eine Behinderung des Grundstücksverkehrs vermieden werden.

Die Vertragsparteien und der beurkundende Notar sollten die Besonderheiten eines Flurbereinigungsverfahrens in die Vertragsgestaltung einfließen lassen. Ohne Mitwirkung der Teilnehmergemeinschaft laufen die Parteien Gefahr, Vereinbarungen zu treffen, die rechtlich nicht umsetzbar sind oder unterschiedlich ausgelegt werden können. Es dürfte deshalb ratsam sein, die Hilfe der Teilnehmergemeinschaft in Anspruch zu nehmen.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> BayObLGZ 1987, 372 ff.

<sup>18</sup> *Seehusen/Schwede* (Fn. 4), § 58 Rdnr. 6.

<sup>19</sup> Formulierungsvorschläge bei *Haselhoff*, RdL 1999, 1 ff.

# Der beiderseitige Irrtum über die Größe der verkauften Grundstücksteilfläche als Beispiel eines beiderseitigen Eigenschaftsirrums

Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 30.1.2004, V ZR 92/03\*

Von Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

Der Verfasser vertritt die Auffassung, dass bei einem beiderseitigen Eigenschaftsirrteum weder die Rechtsgrundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ausschließen, noch umgekehrt die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB den Rechtsgrundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorgeht, sondern dass vielmehr § 119 Abs. 2 BGB und (jetzt) § 313 BGB nebeneinander anwendbar sind.

Der BGH hatte über einen ziemlich alltäglichen Fall zu entscheiden: Käufer und Verkäufer hatten sich bei der Größe der verkauften Grundstücksteilfläche verschätzt. Nach der Vermessung stellte sich heraus, dass die Fläche wesentlich größer war als angenommen. Wegen des vereinbarten Quadratmeterpreises begann der Käufer zu jammern: Er hatte nicht mit einem so hohen Kaufpreis gerechnet.

## I.

1. Zur Wirksamkeit des Kaufvertrages auf der Basis des beigefügten Lageplanes bringt das Urteil des BGH vom 30.1.2004 nichts grundlegend Neues und beruft sich auf die

frühere Rechtsprechung; dass es sich um den vom BGH verlangten maßstabsgerechten Plan handelte (wenn der Plan über die verkaufte Fläche schon endgültig entscheiden soll<sup>1)</sup>), war „revisionsrechtlich“ zu unterstellen. Immerhin kann sich nach der Entscheidung die „Maßstabsgerechtigkeit“ auch aus „Hilfstatsachen“ (Entfernung eingezeichneter Grenzpunkte voneinander, Abstand zu Gebäuden) ergeben. Das ist ein „Schritt in die richtige Richtung“; vielleicht stimmt mir der BGH ja an irgendeinem fernen Tag zu: Es kommt nicht darauf an, dass der Lageplan maßstabsgerecht ist, sondern darauf, dass sich Verkäufer und Käufer geeinigt haben und – nach der hier als

\* MittBayNot 2004, 432 (in diesem Heft).

<sup>1</sup> S. BGHZ 150, 334, 340 = DNotZ 2002, 937 = MittBayNot 2002, 390 mit in diesem Punkt abl. Anm. von *Kanzleiter*.

richtig unterstellten Andeutungstheorie – diese Einigung im beurkundeten Vertrag (wenigstens) angedeutet ist.

2. In Übereinstimmung mit BGH, WM 1980, 1013 = DNotZ 1981, 235 stellt der BGH mit Recht fest, bei Vereinbarung eines bestimmten Grenzverlaufs einerseits, einer ungefähren Flächengröße andererseits, werde sich die Waagschale bei der Auslegung regelmäßig dahin neigen, dass die verkaufte Grundstücksteilfläche durch den vereinbarten Grenzverlauf bestimmt wird.

## II.

Nachdem so die „Pflicht“ erledigt war, folgte die „Kür“: Dem BGH lag ein Fall des beiderseitigen Eigenschaftsirrums vor, und es ist deshalb schade, dass das Gericht – im Ergebnis zu Recht – mit wenigen Sätzen die Rechtsgrundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage ansteuerte und sich damit die Gelegenheit entgehen ließ, etwas weiter auszuholen und zum Verhältnis dieses Rechtsinstituts zu anderen Regelungsbereichen Stellung zu nehmen.

1. Nach dem Sachverhalt kamen weder die Sachmängelgewährleistung beim Kauf noch die entsprechende Anwendung des § 779 BGB<sup>2</sup> in Frage.

2. Stand aber nicht § 119 Abs. 2 BGB konkurrierend zur Verfügung?<sup>3</sup> (Ist das Schwergewicht darauf zu legen, dass der Irrtum ein beiderseitiger war, oder darauf, dass ein Eigenschaftsirrtrum, wenn auch auf beiden Seiten, vorlag?) Richtig ist, dass im konkreten Fall eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB schon deshalb ausgeschlossen war, weil der Käufer nicht unverzüglich angefochten (§ 121 Abs. 1 BGB), sondern das Vermessungsprotokoll noch mit unterschrieben und sich dann untätig verhalten hatte. Man hätte aber die Darlegung erwartet, dass entweder § 119 Abs. 2 BGB nicht zutrifft oder dass § 119 Abs. 2 BGB beim beiderseitigen Eigenschaftsirrtrum die Anwendung der Rechtsgrundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage (jetzt § 313 Abs. 2 BGB<sup>4</sup>) nicht ausschließt.<sup>5</sup>

Sowohl die Voraussetzungen als auch die Rechtsfolgen von § 119 Abs. 2 BGB und § 313 Abs. 2 BGB sind unterschiedlich, und die „Konkurrenz“ zwischen Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtrums und Fehlen der Geschäftsgrundlage ist seit alters her umstritten. Ein Argument derjenigen, die der Irrtumsanfechtung den Vorrang geben, nämlich das, dass es sich dabei um einen gesetzlich geregelten Rechtsbehelf handle, demgegenüber die nur zur Ausfüllung vom Gesetz gelassener Lücken geschaffenen Rechtsgrundsätze über das

Fehlen der Geschäftsgrundlage als subsidiär zurücktreten müssten,<sup>6</sup> hat durch die Schaffung des § 313 BGB an Gewicht verloren, ist allerdings nicht ganz bedeutungslos geworden, weil der Gesetzgeber des § 313 BGB davon ausging, dass die neu geschaffene Vorschrift nur die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifiziere.<sup>7</sup>

3. a) Voraussetzung für die Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB ist das Vorliegen eines Irrtums über eine Eigenschaft, „die im Verkehr als wesentlich angesehen“ wird,<sup>8</sup> wenn anzunehmen ist, dass der Erklärende seine Willenserklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben“ hätte (§ 119 Abs. 1 BGB). Wenn der Käufer im konkreten Fall vom Vertrag Abstand nehmen möchte, dann allerdings letztlich nicht, weil er sich über die Größe des Grundstücks geirrt hat, sondern weil ihm der damit verbundene Preis zu hoch ist. Der eigentlich maßgebende Irrtum ist also der Irrtum über den Preis, der durch die Eigenschaft, über die der Käufer irrt, nur ausgelöst wird. Irrt der Käufer über eine Eigenschaft der Kaufsache, wird man aber nicht danach differenzieren können, aufgrund welcher Folgen er vom Kauf Abstand nehmen möchte, und man wird ihm die Anfechtung auch nicht mit der Begründung versagen können, dass die Abweichung als solche nicht als „verkehrsrechtlich“ anzusehen sei oder er die Erklärung „bei Kenntnis der Sachlage und bei vernünftiger Würdigung des Falles“ auch abgegeben hätte, weil man den Irrtum über den höheren Preis (als in der Risikosphäre des Käufers liegend) außer Betracht lassen müsse.<sup>9</sup>

Aus der Sicht des Verkäufers lag ein zur Anfechtung berechtigender Eigenschaftsirrtrum ohne Zweifel vor, wenn er eine so große Fläche auf keinen Fall, auch nicht zu dem erhöhten Preis, verkaufen wollte.

b) Die Voraussetzungen des „Fehlens der Geschäftsgrundlage“ regelt das Gesetz in § 313 Abs. 1 und 2 BGB gesetzestechnisch in ähnlicher Weise: Wenn „wesentliche Vorstellungen“, die Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen (§ 313 Abs. 2 BGB), so steht das einer „Veränderung der Umstände“ i. S. von § 313 Abs. 1 BGB gleich, die zu den Folgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage führt, wenn sie „schwerwiegend“ ist, die Parteien, falls sie sie vorhergesehen hätten, den Vertrag so nicht geschlossen hätten und einem Teil das Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Das Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Vorstellungen“, die sich als falsch herausstellen, in Abs. 2 ersetzt also das der „unvorhergesehenen Veränderungen“ nach Abs. 1. Das Maß der Abweichung von Vorstellung und Wirklichkeit, das das Gesetz in Abs. 2 voraussetzt, ist dem Sinne nach kein anderes als das des Abs. 1, gleichgültig, ob man dieses Gleichmaß dadurch herstellt, dass man auch in § 313 Abs. 2 eine „schwerwiegende“ Abweichung verlangt,<sup>10</sup>

<sup>2</sup> Auch vor der allgemeinen Regelung des Fehlens der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB kam die entsprechende Anwendung des § 779 BGB nur in Fällen in Frage, in denen sich der gemeinsame Irrtum auf eine Grundlage der einen Streit beendenden Einigung bezogen hat (vgl. BGH, JZ 1962, 361; NJW 1984, 1746; LM Nr. 24 zu § 779 BGB).

<sup>3</sup> Schließlich wird auch noch (unter Ausschluss von Irrtumsanfechtung und der Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage) die ergänzende Vertragsauslegung zur Lösung vorgeschlagen (Brox, Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 72 ff., 180 ff.; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl., § 119 Rdnr. 52); s. dagegen zu Recht in Fällen, in denen die beiderseitige Fehlvorstellung gerade verhindert hat, dass für den tatsächlich vorliegenden Sachverhalt ein Parteiwille gebildet wurde (oder auch nur hätte gebildet werden können), MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 130–132.

<sup>4</sup> Die Argumentation von Staudinger/Jürgen Schmidt, BGB, 1995, § 242 Rdnr. 374 ff., der die Auffassung vertrat, die Frage des Fehlens der Geschäftsgrundlage sei im Zusammenhang mit § 119 BGB zu sehen und zu lösen, hat den Gesetzgeber letztlich nicht beeindruckt; die Überlegungen von Schmidt zur Zuordnung der Risiken können jetzt zur Anwendung von § 313 Abs. 2 BGB herangezogen werden.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1986, 1348 gab den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage gegenüber § 119 Abs. 2 BGB ebenfalls ohne Begründung den Vorzug.

<sup>6</sup> Köhler/Fritzsche, JuS 1990, 16, 20; MünchKommBGB/Kramer, § 119 Rdnr. 135 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Rdnr. 162.

<sup>7</sup> S. BT-Drucks. 14/6040, S. 175; MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 16 ff.

<sup>8</sup> Der Entstehungsgeschichte des § 119 BGB ist zu der erörterten Frage nichts zu entnehmen; § 98 Entw. I ließ die Anfechtung wegen eines „Eigenschaftsirrtrums“ noch nicht zu (s. Mot. I, 198 f.); s. dann Prot. I, 114 f.; Schubert, AcP 175, 426, Zusammenfassung 449 ff.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Gedanken nur Honsell, JZ 1989, 44.

<sup>10</sup> Dies entspricht dem Wortlaut der Vorschrift, und es gibt keinen Anlass, von diesem Merkmal in den Fällen des Abs. 2 abzusehen, soweit es sinnvoll ist, eine „schwerwiegende“ Abweichung zu verlangen; der konkrete Fall zeigt, dass diese Unterscheidung immer dann sinnvoll ist, wenn zwischen „wesentlichen Vorstellungen“ als Qualität und einer „schwerwiegenden Abweichung“ als Quantität unterschieden werden kann; a. A. MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 11.

oder einen solchen Grad der Abweichung aus dem Merkmal der „wesentlichen Vorstellung“ schließt<sup>11</sup> oder ob man die notwendige Einschränkung erst über „die Zumutbarkeit“ des Festhaltens am Vertrag gewinnt.

4. a) Folge eines Eigenschaftsirrums nach § 119 Abs. 2 BGB ist das Wahlrecht des Irrenden zwischen Festhalten am Vertrag oder Anfechtung mit der Folge der Gesamtnichtigkeit (in unserem Bereich mit der Einschränkung: falls der andere Vertragspartner nicht bereit ist, den Vertrag mit dem Inhalt zu akzeptieren, wie ihn der Anfechtende verstanden hat<sup>12</sup>). Die Anfechtung führt dazu, dass dem Anfechtungsgegner nach § 122 BGB das negative Interesse zu ersetzen ist, falls er den Irrtum des Erklärenden nicht durchschaut hat und seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruhte (§ 122 Abs. 2 BGB).<sup>13</sup> Trifft den Anfechtenden ein Verschulden, steht dem Anfechtungsgegner außerdem auch ein Ersatzanspruch nach §§ 280, 311 Abs. 2 BGB zu;<sup>14</sup> § 254 BGB ist dann anzuwenden.

b) Folge des Fehlens der Geschäftsgrundlage ist nach § 313 Abs. 1 BGB in erster Linie die Anpassung des Vertrages. Nur falls eine Anpassung nicht möglich oder einem Vertragsteil nicht zumutbar ist, ist der Vertragsteil zum Rücktritt berechtigt, der sich benachteiligt sieht (§ 313 Abs. 3 BGB).

5. Die Entscheidung zwischen dem Vorrang von „Irrtumsanfechtung“ oder „Fehlen der Geschäftsgrundlage“ beim beiderseitigen Eigenschaftsirrturn wird teilweise danach getroffen, ob die Schadensersatzpflicht ohne Verschulden nach § 122 BGB als gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt angesehen wird. Während die einen Autoren eine solche Ersatzpflicht (die von dem Zufall abhängen könne, welcher Vertragsteil zuerst anfechte) bei einem beiderseitigen Irrturn für nicht gerechtfertigt halten,<sup>15</sup> sehen andere in ihr das gerechtfertigte Äquivalent zum Recht, sich vom Vertrag zu lösen, weil die Anfechtung immer von dem ausgehen werde, zu dessen Nachteil die Wirklichkeit von der gemeinsamen Vorstellung abweicht<sup>16</sup> (und er hätte den Irrturn ja vorweg aufklären können, wenn ihm dieser Punkt wichtig war<sup>17</sup>). Damit würde man die Entscheidung aber von einem Nebenpunkt abhängig machen.

Jedenfalls in der praktischen Anwendung viel wichtiger ist, ob es gerechtfertigt ist, von demjenigen, der den Vertrag, so wie er geschlossen wurde, nicht gelten lassen will, im Interesse des anderen an einer raschen Klärung der Verhältnisse

eine „unverzögliche Anfechtung“, d. h. die sofortige Entscheidung zwischen voller Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrages zu verlangen. Das scheint mir, wenn der andere Vertragsteil im gleichen Irrturn befangen ist, nicht der Fall,<sup>18</sup> weil es dann legitim ist – durchaus auch wieder im Hinblick auf die eventuelle Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB –, zunächst die Reaktion des anderen Vertragsteils abzuwarten und selbst – statt des „Alles oder Nichts“ – eine für beide Seiten angemessene Lösung auf „mittlerer Linie“ anzustreben. Bei der Beantwortung der unter 2. am Anfang gestellten Frage tritt die Tatsache, dass es sich um einen gemeinsamen Irrturn handelt, bei der Beurteilung der Interessenlage hinter die Tatsache, dass es sich um einen Eigenschaftsirrturn handelt, in ihrer Bedeutung jedenfalls nicht zurück.

Andererseits sehe ich keinen Grund, beim beiderseitigen Eigenschaftsirrturn demjenigen das Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB (mit allen Konsequenzen) vorzuenthalten, der eine rasche Klärung herbeiführen und den Vertrag aus der Welt schaffen möchte (häufig wird er – wie im konkreten Fall – die Schadensersatzpflicht wegen § 122 Abs. 2 BGB nicht fürchten müssen, weil auch der andere Vertragsteil den Irrturn durchschaut hätte, wenn er dem Sachverhalt vorher auf den Grund gegangen wäre).

Dafür, beiden Beteiligten die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB und die Berufung auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage nebeneinander einzuräumen (wobei freilich mit der Anfechtung durch einen Partner der Vertrag wegfiel), spricht auch, dass die Voraussetzungen beider Rechtsinstitute jeweils in einer Hinsicht spezieller, in einer anderen allgemeiner sind: Speziellerer Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage ist, dass beide Vertragsteile demselben Irrturn unterliegen, während die Art des Irrturns gleichgültig ist, auch ein beiderseitiger Motivirrturn das Fehlen der Geschäftsgrundlage bedeuten kann; demgegenüber ist zur Anfechtung ausreichend, wenn *ein* Vertragsteil sich irrt, aber nur ein Eigenschaftsirrturn die Anfechtung rechtfertigt.

Ein starkes Argument dafür, dass § 119 Abs. 2 BGB die Berufung auf das Fehlen der Geschäftsgrundlage bei einem beiderseitigen Eigenschaftsirrturn nicht ausschließt, ist es schließlich, dass sonst bei einem anderen beiderseitigen Motivirrturn, bei dem die Geltendmachung des Fehlens der Geschäftsgrundlage durch § 119 BGB nicht ausgeschlossen wäre, die Rechte der Vertragspartner in dieser Hinsicht weiter gingen als bei einem beiderseitigen Eigenschaftsirrturn.<sup>19</sup> Dafür gäbe es keinen vernünftigen Grund.<sup>20</sup>

6. Eine Anfechtung wegen eines beiderseitigen Eigenschaftsirrturns und die Berufung auf die Rechtsgrundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage scheiden aus, wenn die beiderseitige Abweichung zwischen Wirklichkeit und Vorstellung durch Auslegung oder ergänzende Auslegung geschlossen werden kann.<sup>21</sup> Sie scheiden auch dann aus, wenn sich aus dem Vertrag (ebenfalls wieder nach Auslegung und ergänzender Auslegung) oder nach dem Gesetz ergibt, dass das Risiko

<sup>11</sup> MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 11.

<sup>12</sup> S. nur MünchKommBGB/Kramer, § 119 Rdnr. 139, 145 mit zahlr. Nachw.

<sup>13</sup> Manches ist bei den Einzelheiten umstritten; s. etwa *Bamberger/Roth/Wendtland*, BGB, § 122 Rdnr. 10; *Erman/Palm*, BGB, § 122 Rdnr. 9.

<sup>14</sup> H. M.; s. nur *Erman/Palm*, BGB, § 122 Rdnr. 10 mit Nachw.

<sup>15</sup> *Bamberger/Roth/Grüneberg*, BGB, § 313 Rdnr. 68, 69; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., § 38, 5; MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 138, 224; *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 119 Rdnr. 93 f.; die Konkurrenz zwischen § 119 Abs. 2 BGB und den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage relativierend *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 1995, § 242, v. a. Rdnr. 420 ff., 429.

<sup>16</sup> *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., § 24, 4; *Hübner*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., Rdnr. 806 ff.; *Köhler/Fritzsche*, JuS 1990, 16, 20; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 19. Aufl., Rdnr. 162; aus anderen Gründen für den Vorrang von § 119 BGB und mit anderer Lösung zu § 122 BGB MünchKommBGB/Kramer, § 119 Rdnr. 139, § 122 Rdnr. 12.

<sup>17</sup> Siehe nur *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 1995, § 242 Rdnr. 384, 429 ff.

<sup>18</sup> A. A. MünchKommBGB/Kramer, 4. Aufl., § 121 Rdnr. 12.

<sup>19</sup> Siehe MünchKommBGB/Günter Roth, § 313 Rdnr. 224.

<sup>20</sup> *Heinrich Lehmann*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl. 1958, S. 250, billigt die gleichen Rechtsgrundsätze wie beim beiderseitigen Motivirrturn beim beiderseitigen Eigenschaftsirrturn zu Recht nach dem *argumentum a fortiori* zu.

<sup>21</sup> Siehe nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., § 38, 53 ff.; *Erman/Werner*, BGB, 10. Aufl., § 242 Rdnr. 169; auf die Umdeutung nach § 140 BGB weisen *Köhler/Fritzsche*, JuS 1990, 16, 19 f., hin.

der Abweichung in die Sphäre einer der beiden Vertragsparteien fällt.<sup>22</sup> Das typische Beispiel dafür ist der Kauf von „Bauerwartungsland“, bei dem in der Regel der Käufer das Risiko künftiger Bebaubarkeit des Grundstücks trägt, bei dem sich aus dem Vertrag aber auch eine andere Zuordnung dieses Risikos oder eine Grenze für die Zuordnung zur Risikosphäre des Käufers ergeben kann.<sup>23</sup>

7. Der konkrete Fall enthielt tatsächlich eine Vereinbarung, mit der das Risiko einer Flächenabweichung durch die Vereinbarung eines Quadratmeterpreises geregelt war.

Grundsätzlich richtig ist, dass diese Vereinbarung an eine „Toleranzgrenze“ stoßen konnte, bei deren Überschreiten eine Zuordnung des Risikos dem Vertrag nicht mehr zu entnehmen und deshalb die Anwendung der Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage nicht ausgeschlossen war.<sup>24</sup>

Sachverhalt und Prozessgeschichte – Vertragsabschluss 1992 wohl in Brandenburg, der Grundstückskäufer machte alle möglichen und unmöglichen Gesichtspunkte geltend, um vom Vertrag loszukommen – deuten darauf hin, dass es sich um einen der Fälle handeln könnte, in denen der Käufer nicht gerade günstig eingekauft hatte und der Vertragsabschluss ihn deshalb nachträglich reute. Nach § 313 Abs. 1 BGB (die im konkreten Fall anwendbaren früheren Grundsätze aufgrund

<sup>22</sup> Allg. M.; s. *Ulmer*, AcP 174, 166; *Soergel/Teichmann*, BGB, 12. Aufl., § 242 Rdnr. 255; *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 1995, § 242 Rdnr. 949.

<sup>23</sup> S. nur BGH, LM § 242 BGB (Bb) Nr. 83 = DNotZ 1977, 409; BGHZ 74, 370 = DNotZ 1980, 34 mit Anm. von *Hagen* in LM § 242 BGB (Bb) Nr. 95; KG, NJW-RR 1998, 663; s. auch allgemeiner zum Risiko der bestimmungsgemäßen Verwendung der Kaufsache *Hagen*, LM, § 242 BGB (Bb) Nr. 93, Anm. zu BGHZ 71, 293 = DNotZ 1978, 619; speziell zur Problematik des Mietvertrages über Räume in einem Einkaufszentrum, das die beiderseitigen Erwartungen nicht erfüllt, BGH, WM 1970, 907; 1978, 1008 f.; ZIP 2000, 887 und 1530; OLG Celle, NJW 1978, 2510; OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 400; allgemein s. nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., § 38 Rdnr. 28 ff., 34 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Ulmer*, AcP 174, 167, 185 ff.

§ 242 BGB stimmen damit überein<sup>25</sup>) ginge allerdings die Anpassung des Vertrages vor;<sup>26</sup> der Rücktritt vom Vertrag wäre nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB möglich. Man müsste deshalb jedenfalls dem Verkäufer die Möglichkeit einräumen, dem Käufer die größere Fläche zu einem für den Käufer tragbaren Kaufpreis zu belassen, oder dem Käufer zumuten, sich zum Kaufpreis von 150.000 DM (oder einem ihm zumutbaren höheren Preis) mit einer Fläche von weniger als 5 606 m<sup>2</sup> zu begnügen, soweit diese Fläche noch seinen Zwecken entspräche.<sup>27</sup>

Nicht akzeptabel ist, dass der BGH „die Toleranzgrenze“, bei deren Überschreiten das Fehlen der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden kann, im konkreten Fall der den Notar angestellten erteilten Vollmacht entnimmt: Denn für deren relativ geringen Spielraum waren sicher andere Überlegungen maßgebend, vor allem die, dass es die Vertragsteile für zweckmäßig hielten, bei einer stärkeren Abweichung nochmals eine eigene Kontrolle über das Ergebnis der Vermessung vorzusehen. Die Toleranzschwelle, bei deren Überschreiten vom Fehlen der Geschäftsgrundlage ausgegangen werden konnte, war deshalb weitaus höher anzusetzen: Wie dargelegt, setzt dies eine schwerwiegende Abweichung voraus. Die Diskrepanz zwischen den Vorstellungen der Beteiligten und den gegebenen Fakten, im konkreten Fall zwischen der angenommenen und der tatsächlichen Flächengröße, muss deshalb „schwerwiegend“ sein. Bei einer Abweichung von 40 % und einem Quadratmeterpreis, wie er vereinbart war, wird man das akzeptieren können, so dass dem BGH im Ergebnis, aber nicht in der Begründung zuzustimmen ist.

<sup>25</sup> Allg. M.; s. nur BGHZ 47, 48, 52; 89, 226, 238; BayObLG, NJW-RR 1991, 721.

<sup>26</sup> Zur Risikoverteilung bei der Anpassung allgemein *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 1995, § 242 Rdnr. 401 ff.

<sup>27</sup> Auch diejenigen, die die ergänzende Auslegung des Vertrages vorschlagen (vgl. Fn. 3), würden zu einem solchen Ergebnis kommen; vgl. zum Verhältnis von § 157 BGB und den Grundsätzen über das Fehlen der Geschäftsgrundlage allgemein *Ulmer*, AcP 174, 167, 191 ff.; *Staudinger/Jürgen Schmidt*, BGB, 1995, § 242 Rdnr. 1102.

## Die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 – notarielle Urkunden europaweit vollstreckbar

Von Notarassessor *Till Franzmann*, M. Jur. (Oxford), Maître en droit (Aix-en-Provence), Brüssel\*

Europäische Normen verstecken sich häufig hinter Überschriften, deren sperriges Format und sprachliche Blässe Euroskeptikern reichlich Gelegenheit für Spott und Häme bieten: Von Institutionen, die ihre „Produkte“ mit Namensschöpfungen versehen, wie sie Tag für Tag im Amtsblatt der Europäischen Union zu lesen sind, könne man nicht mehr erwarten als die vielzitierten Verordnungen zum Krümmungsgrad von Salatgurken (existent<sup>1</sup>) oder zur Einfuhr von Karamellbonbons (inexistent<sup>2</sup>). Hinter dem unhandlichen Titel der im Amtsblatt vom 30.4.2004 veröffentlichten „Verordnung EG Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen“<sup>3</sup> verbirgt sich dagegen ein vielversprechendes Regelwerk, dessen Bestimmungen zur vollstreckbaren notariellen Urkunde in diesem Beitrag samt der geplanten Umsetzung ins deutsche Recht vorgestellt werden sollen.

### I. Hintergrund

Der Europäische Rat von Tampere sah im Oktober 1999 im Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen in Zivilsachen den Schlüssel zur Europäisierung des Zivilverfahrensrechts. Um der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, die der „Säulenwechsel“<sup>4</sup> des

Amsterdamer Vertrages aus der intergouvernementalen Säule in die Zuständigkeit der Gemeinschaft überführt hatte, neue Impulse zu verleihen, beschloss der Rat im November 2000

<sup>1</sup> Verordnung (EG) Nr. 1677/88, EG-ABl L 150 v. 16.6.1988, S. 21.

<sup>2</sup> Vgl. zu dieser und anderen modernen Legenden [www.snopes.com](http://www.snopes.com).

<sup>3</sup> EG-ABl L 143 v. 30.4.2004, S. 15.

<sup>4</sup> *Geimer/Schütze*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2004, A1-Einl. Rdnr. 18.

\* Der Autor ist Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins. Der Beitrag gibt seine persönliche Meinung wieder.

ein ambitioniertes und detailliertes Maßnahmenprogramm<sup>5</sup>: In einem dreistufigen Prozess sollen für alle Bereiche des Zivil- und Handelsrechts die bestehenden Verfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung (Exequatur) von Gerichtsurteilen und anderen Vollstreckungstiteln abgeschafft werden. Ziel ist gewissermaßen die Freizügigkeit aller Vollstreckungstitel in Europa.<sup>6</sup>

Für die vollstreckbare notarielle Urkunde gilt seit dem 1.3.2002 Art. 57 der „Brüssel I“-Verordnung (EG) Nr. 44/2001<sup>7</sup>, die an die Stelle des Art. 50 des Brüsseler Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuGVÜ)<sup>8</sup> aus dem Jahr 1968 getreten ist. Um die Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde in einem anderen Mitgliedstaat zu betreiben, bedarf es bisher nach Art. 57 der „Brüssel I“-Verordnung einer zusätzlichen Vollstreckbarerklärung in dem Mitgliedstaat, in dem vollstreckt werden soll. Für die Erteilung der Vollstreckbarerklärung einer ausländischen notariellen Urkunde ist in Deutschland gem. § 55 Abs. 3 AVAG auch der Notar zuständig.<sup>9</sup> Die neue Verordnung (EG) Nr. 805/2004 schafft nun für bestimmte Vollstreckungstitel – insbesondere für die vollstreckbare öffentliche Urkunde – die Notwendigkeit der Vollstreckbarerklärung ab und eröffnet den Weg zur unmittelbaren und damit unkomplizierten europaweiten Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden.<sup>10</sup> Sie folgt damit dem Regelungsbeispiel der Art. 40 ff. der „Brüssel IIa“-Verordnung (EG) Nr. 2201/2003<sup>11</sup>, die mit der Abschaffung einzelner Exequaturverfahren im Familienrecht zivilprozessuales Neuland betreten hat.

## II. Die Verordnung (EG) Nr. 805/2004

### 1. Grundsätzliches

Die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 gilt für Vollstreckungstitel über „unbestrittene Forderungen“ auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Das sind zum einen Entscheidungen, die ein kontradiktorisches Verfahren abschließen, in dem sich der Schuldner nicht gegen die Forderung verteidigt hat (z. B. Versäumnisurteile), zum anderen Titel, zu deren Schaffung der Schuldner aktiv beigetragen hat (Anerkenntnisurteile, Prozessvergleiche und notarielle Urkunden). Der Gläubiger kann sich die in einem Mitgliedstaat vollstreckbare Entscheidung bereits dort als Europäischen Vollstreckungstitel bestätigen lassen (Art. 6).<sup>12</sup> Die Bestätigung erfolgt auf einem Formblatt, das in der Sprache, in der die Entscheidung abgefasst ist, ausgefüllt wird (Art. 9; das deutschsprachige Formblatt für die Bestätigung der vollstreckbaren öffentlichen Urkunde ist unten bei den Hinweisen für die Praxis, S. 477, abgedruckt). Diese Bestätigung ist nichts anderes als eine europäische Vollstreckungsklausel. Mit dem so bestätigten Vollstreckungstitel kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung direkt in jedem anderen Mitgliedstaat der EU (mit Ausnahme Dänemarks) betreiben, ohne dass es dort eines weiteren Verfahrens bedarf.

<sup>5</sup> EG-ABl C 12 v. 15.1.2001, S. 1.

<sup>6</sup> Heß, IPRax 2001, 301, 302, sieht in der Titelfreizügigkeit eine ungeschriebene fünfte Marktfreiheit.

<sup>7</sup> EG-ABl L 12 v. 16.1.2001, S. 1.

<sup>8</sup> BGBl II 1972, 774.

<sup>9</sup> Vgl. dazu die instruktive Darstellung von *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15 ff.

<sup>10</sup> Der Weg der Vollstreckbarerklärung nach der „Brüssel I“-Verordnung steht dem Gläubiger wahlweise weiter offen; Art. 27 Verordnung Nr. 805/2004.

<sup>11</sup> EG-ABl L 338 v. 23.12.2003, S. 1.

<sup>12</sup> Artikel ohne Normangabe sind solche der Verordnung (EG) Nr. 805/2004.

### 2. Entstehungsgeschichte

Nach dem In-Kraft-Treten des Vertrages von Nizza am 1.2.2003 ist das Vorhaben im Mitentscheidungsverfahren und damit unter maßgeblicher Beteiligung des Europäischen Parlaments fortgeführt worden – ein Verfahren, das im Ergebnis zu einer Reihe von Verbesserungen gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf<sup>13</sup> geführt hat: Während dieser beispielsweise noch vorsah, dass nur rechtskräftige Entscheidungen als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden können, genügt jetzt die (auch vorläufige) Vollstreckbarkeit im Ursprungsmitgliedstaat. Durch diese Änderung wird verhindert, dass der Schuldner die Vorteile der europaweiten Vollstreckbarkeit durch schlichtes Einlegen eines Rechtsbehelfs vereiteln kann. Auch für die notarielle Urkunde haben sich gegenüber dem Kommissionsentwurf entscheidende Änderungen ergeben; diese sollen im Folgenden vorgestellt werden.

### 3. Vollstreckbare notarielle Urkunden

Nach Art. 25 Abs. 1 wird die in einem Mitgliedstaat vollstreckbare öffentliche Urkunde auf Antrag als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt. EuGVÜ und „Brüssel I“-Verordnung hatten den Begriff der öffentlichen Urkunde nicht näher definiert; in der Sache ging es aber in erster Linie um notarielle Urkunden.<sup>14</sup> Art. 4 Abs. 3 definiert nun die öffentliche Urkunde als

a) ein Schriftstück, das als öffentliche Urkunde aufgenommen oder registriert worden ist, wobei die Beurkundung

i) sich auf die Unterschrift und den Inhalt der Urkunde bezieht und

ii) von einer Behörde oder einer anderen von dem Ursprungsmitgliedstaat hierzu ermächtigten Stelle vorgenommen worden ist;

oder

b) eine von einer Verwaltungsbehörde geschlossene oder von ihr beurkundete Unterhaltsvereinbarung oder -verpflichtung.

Damit macht sich der europäische Normgeber die Definitionsmerkmale, die der Europäische Gerichtshof in seiner Unibank-Entscheidung<sup>15</sup> für die öffentliche Urkunde aufgestellt hat, zu Eigen: Nur ein vollstreckbares Dokument, das diese engen Kriterien erfüllt und insbesondere von einer öffentlichen Stelle ausgestellt wurde, ist wie ein vollstreckbares Gerichtsurteil zu behandeln. Generalanwalt *La Pergola* mahnte wegen dieser Gleichstellung in seinen Schlussanträgen zur Vorsicht bei der Definition dieser besonderen Kategorie und charakterisierte die öffentliche Urkunde als Ergebnis der bewertenden Tätigkeit einer öffentlich bestellten Urkundsperson und damit folgerichtig als „eine Emanation der öffentlichen Gewalt“.<sup>16</sup>

Die Verordnung Nr. 805/2004 zieht die Konsequenz aus dem umfassenden Schuldner- und Verbraucherschutz, den das Beurkundungsverfahren mit dem Notar als neutraler Urkundsperson bietet, und sieht für notarielle Urkunden in mehrfacher Hinsicht schlankere Regeln als für Gerichtsurteile vor:

<sup>13</sup> KOM (2002) 159 endg., EG-ABl C 203 v. 27.8.2003, S. 86; hierzu *Fleischhauer*, MittBayNot 2002, 15, 21 f.; *Geimer/Schütze*, A1-Einl. Rdnr. 97 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2003, Art. 57 Rdnr. 1; *Geimer/Schütze*, A1-Art. 57 Rdnr. 1 ff.

<sup>15</sup> EuGH v. 17.6.1999, Rs. C 260/97, Slg. 1999 I 3715; vgl. hierzu die Anmerkungen von *Fleischhauer* (DNotZ 1999, 919) und *Geimer* (IPRax 2000, 409).

<sup>16</sup> Auszugsweise abgedruckt in DNotZ 1999, 922, 923.

Der für öffentliche Urkunden einschlägige Art. 25 der Verordnung Nr. 805/2004 verweist in Abs. 3 partiell auf die allgemeinen Regeln in Kapitel II und auf die Bestimmungen in Kapitel IV zum Vollstreckungsverfahren. Die Verweisung spart dagegen die Vorschriften des dritten Kapitels, in dem „Mindestvorschriften für Verfahren über unbestrittene Forderungen“ festgelegt sind, aus. Dort ist neben Mindestanforderungen an das Zustellungsrecht auch geregelt, dass eine ordnungsgemäße Unterrichtung des Schuldners über Art, Höhe, Rechtsgrund und Gläubiger der Forderung sowie über die notwendigen Verfahrensschritte zum Bestreiten der Forderung zu erfolgen hat (Art. 16). Indem der Europäische Normgeber diese Vorschriften für öffentliche Urkunden nicht für entsprechend anwendbar erklärt, macht er deutlich, dass die notariellen Beurkundungsverfahren in Europa – anders als die gerichtlichen Verfahren – den Schuldnerschutz bereits heute gewährleisten, so dass es der Setzung eines europäischen Mindeststandards nicht bedarf.

Aus den gleichen Gründen haben die europäischen Institutionen im Gesetzgebungsverfahren den Kommissionsentwurf auch an anderer Stelle entschlackt: Sah dessen Art. 26 Abs. 3 noch vor, dass eine Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel nur dann erfolgen kann, wenn eine in der Urkunde dokumentierte Belehrung über die unmittelbare Vollstreckbarkeit in allen Mitgliedstaaten erfolgt ist, so ist diese Voraussetzung angesichts der bestehenden Belehrungs- und Betreuungspflichten des Notars als überflüssig gestrichen worden und in der Verordnung Nr. 805/2004 nun nicht mehr enthalten.

Dieses Vertrauen in die Verbraucherschützende Funktion des notariellen Verfahrens zeigt sich auch darin, dass der europäische Gesetzgeber eine aus Gründen des Verbraucherschutzes in die Verordnung aufgenommene Einschränkung nicht auf notarielle Urkunden ausdehnt: Gegen einen Verbraucher können nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe d) bestimmte gerichtliche Entscheidungen nur dann als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden, wenn sie in dem Mitgliedstaat ergangen sind, in dem er auch seinen Wohnsitz hat. Für öffentliche Urkunden gilt diese Einschränkung nach Art. 25 Abs. 3 nicht.

### III. Referentenentwurf EG-Vollstreckungstitel-Durchführungsgesetz

Am 30.7.2004 hat das Bundesjustizministerium den Referentenentwurf zur Umsetzung der Verordnung ins deutsche Recht vorgelegt. Der Entwurf enthält im Kern die Einführung eines neuen vierten Abschnitts in das zum 1.1.2004 neu geschaffene elfte Buch der ZPO (Justizielle Zusammenarbeit in der Europäischen Union). Dieser Abschnitt gestaltet die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel nach der Verordnung als europäische Vollstreckungsklausel aus: In Deutschland soll nach dem vorgeschlagenen § 1082 ZPO aus dem in einem anderen Mitgliedstaat bestätigten Titel vollstreckt werden, ohne dass es einer Vollstreckungsklausel bedarf.

Nach dem im Referentenentwurf vorgesehenen neuen § 1079 ZPO soll die Zuständigkeit für die Ausstellung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel für eine öffentliche Urkunde bei der mit öffentlichem Glauben versehenen Person liegen, der auch die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung obliegt. Der deutsche Gesetzgeber begründet damit in Ausfüllung von Art. 25 der Verordnung konsequenterweise die Zuständigkeit des Urkundsnotars zur Erteilung der Bestätigung (§ 797 Abs. 2 ZPO).<sup>17</sup> Der im Referentenentwurf

vorgeschlagene neue § 1080 Abs. 1 ZPO sieht vor, dass die Bestätigung (entsprechend dem Verfahren des § 724 ZPO) ohne Anhörung des Schuldners auszustellen und dem Schuldner von Amts wegen zuzustellen ist.

Mit dem vorgeschlagenen § 1088 Abs. 2 ZPO gestaltet der Referentenentwurf die Bestätigung einer notariellen Urkunde als Europäischer Vollstreckungstitel sogar stärker aus als die notarielle Vollstreckungsklausel: Anders als die deutsche vollstreckbare notarielle Urkunde, gegen die nach § 797 Abs. 4 ZPO im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage alle Einwendungen vorgebracht werden können,<sup>18</sup> soll die mit einer Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel versehene notarielle Urkunde aus einem anderen Mitgliedstaat der allgemeinen Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO unterliegen: Der Schuldner muss die präkludierten Einwendungen im Ursprungsmitgliedstaat geltend machen. Dies erscheint nach Art. 25 Abs. 2 der Verordnung Nr. 805/2004, wonach die Vollstreckbarkeit der als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigten Urkunde nicht angefochten werden kann, nur folgerichtig.

Mit dem vorgeschlagenen § 1081 ZPO greift der Referentenentwurf allerdings zu kurz: Für Entscheidungen über die Berichtigung oder den Widerruf einer notariellen Bestätigung soll demnach das Amtsgericht zuständig sein. Die dafür vorgebrachte Begründung, dass eine Kompetenz des Notars, der die Bestätigung ausgestellt hat, nicht sachgerecht erscheint, da sich die Gründe für den Widerruf nicht immer unmittelbar aus der Urkunde ergeben, vermag nicht zu überzeugen: Mit dem Notar, der den Vertrag entworfen und beurkundet, die Parteien beraten und betreut und in diesem Verfahren auch die Bestätigung ausgestellt hat, wäre die sachnähere und mit den Hintergründen vertraute Instanz befasst – eine erheblich effizientere Lösung!

Auch an anderer Stelle hätte man sich vom Referentenentwurf mehr Mut gewünscht: Der Entwurf will die Bestätigung als europäischer Vollstreckungstitel kostenrechtlich wie die Ausstellung einer Bescheinigung nach Art. 57 Abs. 4 „Brüssel I“-Verordnung in Verbindung mit § 56 AVAG behandeln und durch entsprechende Ergänzung von § 148 a Abs. 3 Satz 2 KostO mit einer Pauschalgebühr von 10 € abgelden. Angesichts der sonst konsequenten Ausgestaltung der Bestätigung als europäische Vollstreckungsklausel und der Tatsache, dass die Verordnung Nr. 805/2004 anders als Art. 52 der „Brüssel I“-Verordnung streitwertabhängige Gebühren nicht untersagt, erscheint das halbherzig. Schlüssig wäre eine Gleichstellung mit der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 133 KostO).

### IV. Zusammenfassung

Der europäische Gesetzgeber hat auf dem Weg zur Europäisierung des Zivilverfahrensrechts Siebenmeilenstiefel angezogen: Mit der Verordnung Nr. 805/2004 wird für eine Reihe von Vollstreckungstiteln die europaweite Vollstreckbarkeit Realität. Es verwundert nicht, dass der vollstreckbaren notariellen Urkunde als effizientem und kostengünstigem Vollstreckungstitel eine herausgehobene Stellung in der Verordnung zukommt. Die Verordnung zieht in verschiedenen Detailregelungen wie etwa der Nichtanwendung der für Gerichtsverfahren vorgesehenen verfahrensrechtlichen Mindeststandards oder besonderer Maßnahmen zum Schutz von Verbrauchern die Konsequenz aus der Rolle des Notars, der als

<sup>17</sup> Der Kommissionsentwurf hatte noch eine Zuständigkeit der Stelle, die die Urkunde ausgestellt hat, vorgesehen. Artikel 25 überlässt die Zuständigkeitsentscheidung den Mitgliedstaaten.

<sup>18</sup> Vgl. *Wolfsteiner*, Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2000, § 797 Rdnr. 40.

„Richter im Vorfeld“ gleichermaßen Verbraucherschützer und Garant für ein faires Verfahren ist. Der europäische Gesetzgeber ist damit auch mit großen Schritten dem Verfassungsvertrag<sup>19</sup> vorangeeilt, der in Art. III-257 die Achtung der verschiedenen Rechtsordnungen und Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten beim Ausbau des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts festschreibt.

Es bleibt nach einem ersten Blick auf Verordnung und Referentenentwurf zweierlei zu hoffen. Zum einen, dass die Europäische Kommission angesichts der hier erneut<sup>20</sup> illus-

trierten sekundärrechtlichen Anerkennung der hoheitlichen Tätigkeit des Notars kontinentaleuropäischer Prägung, die auch primärrechtlich durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 45 EGV gestützt wird,<sup>21</sup> über ihren Schatten<sup>22</sup> springt und von der Weiterverfolgung des schwebenden Verfahrens zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt von Notaren Abstand nimmt. Zum anderen, dass der deutsche Gesetzgeber nicht zu zaghaft hinter den europäischen Vorgaben hinterher trippelt und den Mut zu einer auch in den Details konsequenten Ausgestaltung des Durchführungsgesetzes findet.

<sup>19</sup> Entwurf des Verfassungsvertrages, EG-ABI C 169 v. 18.7.2003, S. 1.

<sup>20</sup> Zur europarechtlichen Einordnung der Freiwilligen Gerichtsbarkeit mit weiteren Beispielen aus dem Sekundärrecht vgl. *Ott*, notar 2003, 159.

<sup>21</sup> Vgl. zum Urteil des EuGH in der Rs. C 405/01 („Spanische Kapitäne“) *Franzmann*, notar 2003, 158.

<sup>22</sup> Zur Bedeutung des Schattens und zu Siebenmeilenstiefeln vgl. *Chamisso*, Peter Schlemihls wundersame Geschichte (1813).

## Mittelbare Grunderwerbsteuerbelastungen bei Umwandlungsfällen

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Pappenheim

Grunderwerbsteuerrechtlich ist ein Umwandlungsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG der Grunderwerbsteuer unterworfen, sofern ein Grundstück im Weg der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge durch Verschmelzung, Spaltung oder Vermögensübertragung übergeht.<sup>1</sup> Die Bemessungsgrundlage für diese Erwerbsvorgänge bestimmt sich gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG nach den Werten i. S. d. § 138 Abs. 2 und 3 BewG.<sup>2</sup>

Bei Umwandlungsfällen ist jedoch nicht nur die Frage von Bedeutung, welche grunderwerbsteuerrechtlichen Folgen sich aus dem Umwandlungsvorgang gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG unmittelbar ergeben; vielmehr sind auch stets die *mittelbaren* Steuerbelastungen zu berücksichtigen, die sich als Folge eines Umwandlungsvorganges einstellen können.<sup>3</sup>

### 1. Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG als mittelbare Umwandlungsfolge

Sofern eine Umstrukturierungsmaßnahme innerhalb eines Konzerns erfolgt, kann es zu einer zusätzlichen Grunderwerbsteuerbelastung infolge des Eintritts einer Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG kommen.

*Beispiel:*

An der grundbesitzenden X-GmbH sind die Y-KG und die Z-KG zu jeweils 50 % beteiligt.

Die Y-KG wird im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme auf die Z-KG (übernehmender Rechtsträger) verschmolzen.

*Lösung:*

Sofern die Y-KG selbst Grundbesitz halten sollte, führt die übertragende Umwandlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG zu

einem grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerb dieses Grundbesitzes durch die Z-KG. Neben dieser unmittelbaren Auswirkung der Verschmelzung darf jedoch die weitere mittelbare Wirkung des Umwandlungsvorganges nicht übersehen werden: Durch die Verschmelzung vereinigen sich alle Anteile an der grundstückshaltenden X-GmbH in der Hand der Z-KG.<sup>4</sup> Durch die Anteilsvereinigung wird Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1 bzw. Nr. 2 GrEStG ausgelöst.<sup>5</sup>

### 2. Wesentliche Veränderung im Personenstand einer Gesamthand gemäß § 1 Abs. 2 a GrEStG als mittelbare Umwandlungsfolge

Sofern durch den Umwandlungsvorgang Veränderungen im Personenstand einer Gesamthand erfolgen, kann auch eine Steuerpflicht nach § 1 Abs. 2 a GrEStG als weitere mittelbare Folge eines Umwandlungsvorganges entstehen.

*Beispiel:*

Die X-GmbH ist zu 98 % an der grundbesitzenden Y-KG beteiligt. Die X-GmbH wird auf die außenstehende Z-AG verschmolzen.

*Lösung:*

Sofern die X-GmbH grundbesitzhaltend sein sollte, führt der Verschmelzungsvorgang zu einem grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerb dieses Grundbesitzes gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG durch den aufnehmenden Rechtsträger (Z-AG). Darüber hinaus ist jedoch auch die mittelbare Folge des Umwandlungsvorganges zu berücksichtigen: Der Verschmelzungsvorgang führt dazu, dass bei der Y-KG ein Gesellschafterwechsel eintritt. Die Z-AG als Gesamtrechtsnachfolgerin der X-GmbH wird, sobald die Verschmelzung wirksam ist, neue Gesellschafterin der Y-KG mit einer Beteiligung von 98 %. Dies stellt eine wesentliche Veränderung im Personenstand

<sup>1</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 1 Rdnr. 164; *Schwerin*, RNNotZ 2003, 482.

<sup>2</sup> Nähere Einzelheiten zur grunderwerbsteuerlichen Behandlung der nach dem Umwandlungsgesetz in Betracht kommenden Fälle ergeben sich aus den so genannten Grunderwerbsteuererlassen zur Umwandlung, vgl. z. B. FinMin Baden-Württemberg vom 19.12.1997, BB 1998, 146 ff.; *Pahlke/Franz*, § 1 Rdnr. 165.

<sup>3</sup> Zur sofortigen Abziehbarkeit der Grunderwerbsteuer bei Umwandlungen als Betriebsausgabe vgl. *Fatouros*, DStR 2003, 772 ff. m. w. N.

<sup>4</sup> Weitere Beispielfälle zu § 1 Abs. 3 GrEStG als mittelbare Umwandlungsfolge finden sich im DAI-Skript von *Heckschen/Spiegelberger/Viskorf*, „Grundstückserwerb und Immobiliengesellschaft“, Tagung vom 28.2.2004, S. 233 ff.

<sup>5</sup> Die Bemessungsgrundlage richtet sich gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG nach den Grundbesitzwerten i. S. d. § 138 BewG.

der Gesamthand dar und ist somit nach § 1 Abs. 2 a GrEStG grunderwerbsteuerpflichtig.<sup>6</sup>

Erschwert wird die Rechtslage dadurch, dass im Bereich des § 1 Abs. 2 a GrEStG die Änderungen des Gesellschafterbestandes innerhalb von fünf Jahren zu berücksichtigen sind. Dies bedeutet, dass auch bei einer geringeren als einer 95%igen Beteiligung eine Steuerpflicht nach § 1 Abs. 2 a GrEStG durch den Umwandlungsvorgang ausgelöst werden kann, sofern innerhalb der Fünf-Jahres-Frist noch weitere Änderungen im Personenstand der Gesamthand erfolgt sind und in der Summe die 95 %-Schwelle des § 1 Abs. 2 a GrEStG überschritten wird.

### 3. Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand i. S. d. § 5 Abs. 3 GrEStG als mittelbare Umwandlungsfolge

Schließlich ist noch zu berücksichtigen, dass durch einen Umwandlungsvorgang auch nachträglich ein Wegfall der Steuerbegünstigungen nach § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG herbeigeführt werden kann. Geht etwa durch Verschmelzungs- oder Spaltungsvorgänge die gesamthänderische Mitberechtigung an der erwerbenden Gesamthand vom Grundstückseinbringenden Gesamthänder (übertragender Rechtsträger) auf eine andere Person (übernehmender Rechtsträger) über, so führt dies – ebenso wie eine Veräußerung/Abtretung – zum Verlust der von § 5 GrEStG vorausgesetzten Rechtsposition und damit zum Wegfall der Vergünstigung für den Einbringungsvorgang.<sup>7</sup>

#### Beispiel:

Die X-KG und die Y-KG sind Gesellschafter der Z-GbR. Die X-KG ist an der Z-GbR mit 60 % vermögensmäßig beteiligt und bringt in diese GbR ein Grundstück ein. Hierfür wird die Befreiungsvorschrift des § 5 Abs. 2 GrEStG (in Höhe von

60 % der Bemessungsgrundlage) in Anspruch genommen. Ein Jahr später wird die X-KG auf die außenstehende A-AG verschmolzen.

#### Lösung:

Soweit die X-KG noch weiteren Grundbesitz hat, löst die Verschmelzung diesbezüglich unmittelbar nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG Grunderwerbsteuer aus. Durch die Verschmelzung geht jedoch gleichzeitig die gesamthänderische Mitberechtigung der X-KG an der Z-GbR auf den übernehmenden Rechtsträger (hier: A-AG) über. Dies bedeutet einen Verlust der Gesellschafterstellung i. S. d. § 5 Abs. 3 GrEStG und führt deshalb zum nachträglichen Wegfall der ursprünglich für den Einbringungsvorgang gewährten Steuerbegünstigung (in Höhe von 60 %).

### 4. Zusammenfassung

Neben den unmittelbaren grunderwerbsteuerlichen Folgen eines Umwandlungsvorganges gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG sind auch die mittelbaren Steuerbelastungen zu berücksichtigen, die sich als Folge eines Umwandlungsvorganges ergeben können. In Betracht kommen insbesondere Grunderwerbsteuerbelastungen wegen des Eintritts einer Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG, aufgrund einer Veränderung im Personenstand einer Gesamthand gemäß § 1 Abs. 2 a GrEStG und infolge eines nachträglichen Wegfalles der Steuerbegünstigungen nach § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 GrEStG.

<sup>6</sup> Die Bemessungsgrundlage richtet sich nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG nach den Werten i. S. d. § 138 Abs. 2 bzw. Abs. 3 des BewG.

<sup>7</sup> Zu den Gefahren eines heterogenen Formwechsels im Zusammenhang mit § 5 Abs. 3 GrEStG vgl. *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 2. Aufl., S. 134 ff.

## Das luxemburgische Notariat

Von Notar *André Schwachtgen*, Luxemburg

### I. Laufbahn des Notars

#### A. Berufszugang und -ausübung

##### 1. Anzahl der Notare

Die Zahl der Notare und damit der Kanzleien ist derzeit auf 36 begrenzt (ungefähr ein Notar auf 12 500 Einwohner). Partnerschaften zwischen Notaren sind (noch) nicht erlaubt. Die Anzahl der Notare kann nur durch großherzoglichen Beschluss geändert werden.

##### 2. Zugang zum Notariat

- a) Um zum Notaramt zugelassen zu werden, muss man:
- die luxemburgische Staatsangehörigkeit besitzen und im Genuss der zivilen und politischen Rechte sein,
  - das 25. Lebensjahr abgeschlossen haben und
  - das Amtsanwärter-Diplom (gemäß der bis 1976 geltenden Gesetze) oder den Praktikumsnachweis besitzen, welcher für die Zulassung zum Notaramt erforderlich ist.

Luxemburg hat bisher keine eigene Universität. Deshalb erwerben die Studenten ihre Diplome im Ausland, sei es das belgische oder das französische Abschlussexamen der Rechte („licence en droit“ bzw. „maîtrise en droit“). Diese werden gemäß einer großherzoglichen Verordnung amtlich bestätigt. Im kommenden Oktober eröffnet die neue Universität Luxemburg ihre Pforten mit einer vollwertigen juristischen Fakultät, die es den luxemburgischen Studenten erlauben wird, ihr Studium im Heimatland zu absolvieren. Ob viele diese Gelegenheit wahrnehmen werden, ist jedoch fraglich, da es bei den Luxemburger Juristen eine tief verankerte Tradition ist, das Studium im Ausland zu verbringen.

b) Das erworbene Diplom reicht jedoch nicht aus, um zum Notaramt zugelassen zu werden. Nach Abschluss der Universitätsstudien muss der Kandidat noch Zusatzkurse über die Eigenarten des Luxemburger Rechts besuchen. Nach erfolgreichem Besuch wird eine Bescheinigung ausgestellt, welche ihm ermöglicht, sich zu einem zweijährigen (bis 1999 dreijährigen) Praktikum, davon ein Jahr in einer Notarkanzlei, anzumelden. Das Praktikum selbst wird durch zwei Examina abgeschlossen, welche zur Ausstellung des Praktikumsnachweises führen.

c) Bei der Bewerbung um ein unbesetztes Amt erfolgt die Auswahl unter den Kandidaten bei der ersten Ernennung nach der zeitlichen Reihenfolge des Erhalts des Praktikumsnachweises, bei einer weiteren Ernennung nach dem Dienstalalter; allerdings muss man ein Amt mindestens drei Jahre bekleidet haben, bevor man sich um ein anderes bewerben kann.

Die vorherige Ausübung eines anderen Berufs ist nicht erforderlich. Die meisten Luxemburger Notare haben jedoch zuvor als Anwalt gearbeitet, da ein großer Teil des Praktikums beiden Berufen gemeinsam ist. In der Folge waren mehrere auch in der Verwaltung oder in Unternehmen (vorwiegend Banken) tätig.

### 3. Ernennung

Die Notare werden vom Großherzog ernannt, und zwar auf Vorschlag des Justizministers, welcher seinerseits die Meinung des Generalstaatsanwaltes sowie die der Notarkammer einholt. Ein (als Folge von Ableben, Amtsaufgabe oder Amtenhebung) unbesetztes Notaramt muss im Amtsblatt des Großherzogtums (Mémorial) veröffentlicht werden. Die Ernennung muss innerhalb von zwei Monaten nach dem Ereignis erfolgen, welches die Vakanz des Amtes verursacht hat. Sie wird ebenfalls im Mémorial veröffentlicht. Innerhalb eines Monats nach Überreichung des (ersten) Ernennungsbeschlusses hat der Notar vor dem Präsidenten des Gerichts, in dessen Bezirk er ernannt wurde, seinen Amtseid zu leisten.

### 4. Wohnsitz

Die Notare sind verpflichtet, sich in den durch die entsprechenden großherzoglichen Verordnungen festgelegten Gemeinden niederzulassen. Jeder Notar muss seinen Wohnsitz an dem im Ernennungsbeschluss festgesetzten Ort einrichten. Es ist ihm ohne vorherige Erlaubnis nicht gestattet, einen anderen Wohnsitz zu haben oder den Wohnsitz zu wechseln. Er kann jedoch vom Justizminister und zu den von diesem festgesetzten Bedingungen ermächtigt werden, seinen Wohnsitz an einem anderen Ort einzurichten.

### 5. Amtsübergabe

Die Übergabe der Urkunden und der offiziellen Register an den Amtsnachfolger berechtigt nicht zu einer Entschädigung. Die Übergabe muss innerhalb von fünfzehn Tagen nach Amtsübernahme stattfinden. Innerhalb von zwei Monaten nach seiner Ernennung oder Versetzung unterbreiten der Notar und sein Vorgänger oder dessen Rechtsnachfolger der Notarkammer zur Billigung eine Vereinbarung über die Entschädigung für die (zwingende) Übernahme der alphabetischen Register, Karteien und Mietverträge sowie der verwahrten eigenhändigen Testamente mit Ausnahme derer, bei denen die Hinterleger schriftlich ausbedungen haben, dass sie beim Amtsvorgänger verwahrt bleiben sollen, sofern dieser noch ein Amt innehat. Des Weiteren regelt die Vereinbarung die eventuelle Entschädigung für die übrige Ausstattung der Kanzlei, wie Akten, Buchführungsregister und Mobiliar, und die Entschädigung für Auslagen und geleistete Dienste im Zusammenhang mit anhängigen Urkunden und Angelegenheiten sowie sämtliche anderen Forderungen. Sollte es innerhalb der Frist zu keiner Einigung kommen, wird die Notarkammer den Preis für die Übernahme festlegen; sie kann auch eine Zahlungsfrist setzen. Gegen den Entscheid der Notarkammer kann beim Bezirksgericht, welches letztinstanzlich als Beschlusskammer tagt, Beschwerde eingereicht werden, und zwar innerhalb eines Monats nach Zustellung des Entscheids.

Das Amt des Notars kann nicht vererbt werden.

## 6. Örtliche Zuständigkeit

Seit 1995 verrichten die Notare ihre Amtsgeschäfte auf dem gesamten Staatsgebiet.

### B. Weiterbildung

Der Luxemburger Notar erhält sich sein Fachwissen durch die eigene Arbeit sowie durch Teilnahme an Informationsveranstaltungen der Notarkammer und an zahlreichen von verschiedenen Vereinigungen organisierten Gesprächen und Seminaren.

Der Notar erachtet als Beförderung die Tatsache, dass er nach der Mindestverweildauer – und falls er im Rang dazu berechtigt ist – von einer ländlichen in eine städtische Kanzlei versetzt werden kann.

### C. Sozialversicherung

Die Notare sind, wie die Rechtsanwälte, der Krankenkasse der Privatangestellten angeschlossen.

Das Amt des Notars endet obligatorisch mit dem 72. Lebensjahr. Er hat jedoch ab 65 Jahren Anrecht auf eine Rente. Da diese Rente in der Regel nicht ausreicht, um den Lebensstandard zu halten, schließt der Notar des Öfteren eine Zusatzversicherung ab. Die Altersrente ist nach Vollendung des 65. Lebensjahres für denjenigen Versicherten fällig, der die Mindestbedingungen für Probezeit und Erhalt der Rechte erfüllt. Ein Teil geht zu Lasten des Staats, der andere zu Lasten der Pensionskasse der Privatangestellten, an die der Notar pflichtgemäß Beiträge gezahlt hat.

Die Ehegatten oder Erben eines verstorbenen Notars kommen ebenfalls in den Genuss einer Rente von der Pensionskasse.

Der Notar hat kein Anrecht auf eine Entschädigung für Geschäftsverlust oder auf irgendeinen anderen Zuschuss, es sei denn, er schließt zu diesem Zweck eine freiwillige Versicherung ab.

## D. Berufsständische Organisation

### 1. Strukturen

Es besteht nur eine Notarkammer für das ganze Land. Sie setzt sich aus sieben Mitgliedern zusammen, welche von der Generalversammlung gewählt werden, u. a. dem Präsidenten, dem Sekretär und dem Schatzmeister. Alle Notare sind zudem obligatorisch Mitglieder des Berufsordens.

### 2. Gegenseitige Rechte und Pflichten

Außer den ihr durch Gesetz oder Verordnung zugestandenen Rechten, insbesondere dem Recht, die Berufsausübung zu kontrollieren, hat die Notarkammer namentlich folgende Aufgaben:

- die Disziplin zwischen den Notaren zu wahren und durch ihre Disziplinarkammer ihre Disziplinargewalt auszuüben;
- allen Streitigkeiten zwischen Notaren vorzubeugen oder zwischen ihnen zu vermitteln sowie, im Fall der Nichteinigung, ihre Meinung durch einfache Mitteilung darzulegen;
- in allen Streitigkeiten zwischen Notaren und Dritten zu vermitteln;
- ihre Meinung darzulegen bei Streitigkeiten über die von den Notaren in Rechnung gestellten Honorare, Gebühren, Vergütungen, Zusatzgebühren, Unkosten und Auslagen, auch wenn damit bereits das Zivilgericht befasst wurde;

- die Aufstellungen der Urkunden in Verwahrung zu nehmen;
- die Buchführung der Notare zu kontrollieren;
- die Notare zwecks Wahrung ihrer Berufsrechte und Interessen zu vertreten.

Der Notar hat Anrecht auf die Unterstützung seiner Notarkammer bei der Lösung der mit der Ausübung seines Berufes zusammenhängenden Probleme. Er ist seinerseits verpflichtet, regelmäßig Mitgliedsbeiträge zu entrichten.

## E. Der Notar und die ihm übergebenen Gelder

### 1. Fremdkapital

#### a) Barhinterlegung

Es ist den Notaren untersagt, auch nur vorübergehend Gelder, welche sie in Verwahrung haben, nicht bestimmungsgemäß zu verwenden. Wenn Notare Beteiligteingelder verwahren, bilden diese ein Vermögen mit Zweckbestimmung, Drittvermögen genannt, welches vom Privatvermögen und anderen Drittvermögen getrennt ist. Diese Trennung erfolgt durch Anlage bei einem Kreditinstitut:

- Zu einem Drittvermögen gehörende Beträge unter 5.000 € müssen vor Ablauf des zweiten Monats nach Abschluss der Jahresbilanz auf ein Generalkonto, genannt „Drittgelder“, bei einem Kreditinstitut hinterlegt werden.
- Beträge über 5.000 € müssen innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt bei einem Kreditinstitut auf einem auf den Namen des Notars lautenden Spezialkonto hinterlegt werden unter Angabe des Bezugsberechtigten und mit einer Rendite, welche mindestens der eines Sparbuchs entspricht. Die vorerwähnten Beträge können jederzeit durch großherzogliche Verordnung angepasst werden.
- Zu einem Drittvermögen gehörende Werte, die keine Geldbeträge darstellen, müssen innerhalb eines Monats nach Erhalt auf ein Spezialkonto gesetzt oder in einem auf den Namen des Notars angemieteten Tresor hinterlegt werden unter Angabe des Bezugsberechtigten.

Jegliche Drittvermögen müssen außerbilanzmäßig in der Buchführung des Notars individualisiert werden. Ein Drittvermögen darf ausschließlich zu dem Zweck verwendet werden, der sich aus dem vom Notar angenommenen Auftrag ergibt. Es kann nur von den Gläubigern des Bezugsberechtigten, nicht aber von Gläubigern des Notars gepfändet werden. Aus der Pflicht zur Wertanlage entsteht aber keine direkte Verbindung zwischen Bezugsberechtigtem und Kreditinstitut. Der Bezugsberechtigte trägt, ohne Regressanspruch gegen den Notar, das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Kreditinstituts.

Drittvermögen, die vom Bezugsberechtigten nicht innerhalb von fünf Jahren nach ihrer Platzierung eingefordert wurden, müssen im Namen des Bezugsberechtigten bei der amtlichen Hinterlegungskasse („Caisse des Consignations“) hinterlegt werden; ab diesem Augenblick kann nur der Bezugsberechtigte über sie verfügen.

#### b) Versicherung

Die Rückzahlung hinterlegter Gelder ist grundsätzlich durch eine Versicherung gedeckt, für die jeder Notar eine Prämie zahlt. Außerdem greift notfalls die Gemeinsame Kasse des Notariats bei Zahlungsunfähigkeit eines Notars ein. Die Wahl der Versicherungsgesellschaft sowie die Höhe der Deckungssumme stehen den Luxemburger Notaren frei. Was die Gemeinsame Kasse des Notariats angeht, so besteht deren Guthaben de facto aus dem Immobilien- und Mobilienvermögen der Notarkammer.

#### c) Kontrolle

Die Notarkammer überwacht die Anwendung der vorgenannten Bestimmungen. Auf Anfrage sind die Notare gehalten, ihr die Kontoauszüge sowie sämtliche anderen mit den o. a. Handlungen zusammenhängenden Unterlagen zu übermitteln. Die Notarkammer kann Prüfer benennen zur Überwachung der Verwendung von Beteiligteingeldern. In der Praxis vergewissert sich der von der Notarkammer mit der Prüfung der Buchhaltung der Notare beauftragte Rechnungsprüfer ebenfalls von der korrekten Anwendung der vorerwähnten Regeln.

## 2. Berufseinkünfte

### a) Tarif

Das Honorar des Notars basiert auf einem durch großherzogliche Verordnung vom 24.7.1971 festgesetzten Tarif, welcher im Oktober 1984 abgeändert wurde. Es gibt, je nach Gegenstand der Amtstätigkeit, feste, proportionale und schließlich zwischen einem Minimum und einem Maximum schwankende Honorare.

Mit Festbeträgen werden in der Regel als einfach eingestufte Urkunden entlohnt, d. h. solche, die leicht und schnell zu verfassen sind und bei denen weder Geld noch andere Vermögenswerte im Spiel sind. Die proportionalen Honorare bestehen aus einem gewissen Prozentsatz des Wertes der Güter oder der Höhe der in der Urkunde eingegangenen Verpflichtungen. Bei Amtshandlungen, für welche Minimal- und Maximalbeträge in Frage kommen (z. B. Eheverträge, Testamente, Schenkungen, Erbschaftserklärungen, Löschungsbewilligungen, Vollmachten), ist die Bestimmung des Honorars innerhalb der Grenzen in das Ermessen des Notars gestellt. Insofern kann unter den Notaren auch eine gewisse Konkurrenz entstehen. Die Notarkammer hat für diesen Bereich einen halbamtlichen Tarif ausgearbeitet. Während der offizielle Tarif bindend ist, soll der halbamtliche Tarif der Notarkammer lediglich den rechten Weg weisen. Ein allzu weites Abweichen erachtet die Notarkammer jedoch als unangebracht und somit disziplinarstraffällig.

### b) Beratung

Juristische Beratung, welche nicht im Zusammenhang mit einer Urkunde steht, kann Anlass für eine besondere Entlohnung sein, welche zwischen Notar und Beteiligten einvernehmlich festgelegt wird, generell jedoch auf Basis des Gebühren tariffs.

## II. Tätigkeitsbereich

Von Anfang an hat der Notar seine Tätigkeit hauptsächlich im Vermögensrecht ausgeübt, welches das Familien- und Erbrecht sowie das Immobilienrecht umfasst. Im Laufe der Jahrhunderte wurde der Notar mehr und mehr in die Welt der Banken, der Finanzen und der Wirtschaft eingebunden. Er wird sich zunehmend im Wirtschafts- und insbesondere im Gesellschaftsrecht spezialisieren. Schließlich hat ihm der Gesetzgeber in verschiedenen Rechtsbereichen die Rolle eines Helfers der Justiz anvertraut.

### A. Familien- und Erbrecht

Seit jeher ist der Notar die Vertrauensperson der Beteiligten und somit auch Mitwisser von Hintergedanken, Familienzwisten, gar von Gesundheits- und Vermögenszuständen, welche bei der Abfassung von Vereinbarungen zur Sprache kommen. Die Notare sind die ersten Zeugen der Veränderungen, welche sich seit zwei Jahrhunderten im Sozialbereich er-

eignen und die traditionellen Rechtsbeziehungen zwischen Familienmitgliedern umgewandelt haben: genereller Zugang für Frauen zum Berufsleben, Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie Eltern und Kindern, weniger Starre und Steifheit der moralischen Traditionen.

### 1. Eheleiche und partnerschaftliche Vereinbarungen

Der Notar wirkt obligatorisch bei Eheverträgen und insbesondere bei deren Abänderungen mit, welche seit der Abschaffung des Prinzips der Unwandelbarkeit der Eheverträge im Jahre 1972 in eindrucksvollem Maß zugenommen haben. 1974 hat der Gesetzgeber die obligatorische gerichtliche Bestätigung aufgehoben in der Ansicht, dass das Tätigwerden eines kundigen Notars, welcher die Verantwortung für Inhalt und Tragweite der von ihm verfassten Urkunden übernimmt, ausreichend sei.

Seither ist der populärste Güterstand die universale Gütergemeinschaft mit einer Klausel, welche dem überlebenden Ehepartner sämtliche Güter zuteilt.

Seit dem 9.7.2004 hat Luxemburg ein Gesetz über die „gesetzlichen Wirkungen von gewissen Partnerschaften“ (sic!) mit zivil-, sozial- und steuerrechtlichen Bestimmungen. Unter Partnerschaft versteht das neue Gesetz eine Lebensgemeinschaft zwischen zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts, die als Paar leben und dem Standesbeamten der Gemeinde ihres gemeinsamen Wohnsitzes eine schriftliche gemeinsame Erklärung über ihre Partnerschaft und das Vorhandensein einer Vereinbarung über deren güterrechtliche Wirkung abgegeben haben. Es wird angenommen, dass sich die Lebenspartner zur Verfassung dieser Vereinbarung an einen Notar wenden.

### 2. Scheidungen

Der Luxemburger Notar spielt eine immer größere Rolle bei Scheidungen im gegenseitigen Einverständnis, welche sich in den letzten zwanzig Jahren erheblich ausgeweitet haben, da das Gesetz eine solche Art der Scheidung nach mindestens zweijähriger Ehe erlaubt. Ehegatten, welche sich auf diese Art scheiden lassen wollen, wenden sich in der Regel direkt an den Notar, ohne Einwirken eines Rechtsanwalts. Der Notar wird, nach einem Einigungsversuch, die Ehegatten nach ihren Absichten betreffend die Liquidation ihrer Güter befragen und hinsichtlich der besten und kostengünstigsten Lösung beraten. Er wird ein Inventar ihrer Güter aufstellen oder sie beraten, falls sie eine solche Liste selbst aufstellen wollen; er verfasst den seither im Rahmen dieser Prozedur üblichen Gütertrennungsvertrag sowie die vom Gesetz geforderte Einigung über den getrennten Wohnsitz der Ehegatten, das Sorgerecht für die Kinder und das Besuchsrecht, die eventuellen Unterhaltszahlungen usw. Schließlich wird er dem Präsidenten des zuständigen Gerichts im Namen der Parteien den Scheidungsantrag unterbreiten. Während der ganzen Prozedur, welche nur noch sechs Monate dauert, wird er die Ehegatten an die periodischen Vorladungen beim Gerichtspräsidenten erinnern, die den Zweck haben, den Scheidungswillen nochmals zu bestätigen. Schließlich sorgt er für die Zustellung des Scheidungsurteils an die Gemeinde, in der die Ehe geschlossen wurde.

### 3. Erbrecht

#### a) Nachlassregelung

Der Notar hat eine herausragende Rolle bei der Beratung, wie die Beteiligten ihren Nachlass regeln können. Er wird immer öfters um Erklärung der Regeln der Erbfolge gebeten und ge-

fragt, inwieweit man von ihnen abweichen kann. Im Rahmen dieser Aufgabe überprüft der Notar von den Beteiligten eigenhändig aufgesetzte Testamente, welche bei ihm hinterlegt werden, oder er verfasst selbst öffentliche Testamente, welche den Willen der Beteiligten wiedergeben. Er kann außerdem Verfügungen von Todes wegen in Eheverträge oder in Schenkungen (z. B. unter Vorbehalt eines Nutznießungsrechts) sowie in Aszendententeilungen<sup>1</sup> einfügen. In allen Fällen veranlasst er die notwendigen Mitteilungen zum Register der testamentarischen Verfügungen. Seit einer Gesetzgebung von 1983 kann er außerdem seinen Klienten anraten, mit einer Bank Treuhandverträge abzuschließen, in denen er dann die Aufgabe des Bevollmächtigten übernimmt. Schließlich kann er an der Ausarbeitung von seit 1989 im Großherzogtum anerkannten post-mortem-Vollmachten mitwirken.

#### b) Regelung der Erbschaften

Obwohl selbst bei Erbschaften, welche Übertragungen von Immobilieneigentum beinhalten, ein Tätigwerden des Notars nicht nötig ist, beanspruchen die Erben oder Vermächtnisnehmer in den meisten Fällen seine Dienste. Das Gleiche gilt bei der Abfassung von Notariatsurkunden<sup>2</sup>. Des Weiteren kümmert sich der Notar um Erbschaftsliquidationen und -auseinandersetzungen.

## B. Immobilienrecht

### 1. Immobilienübertragungen

Dies ist eines der traditionellen Tätigkeitsgebiete des Notars. Die 1938 eingeführte obligatorische Umschreibung von Immobilienübertragungen und Mietverträgen von mehr als neun Jahren auf Basis öffentlicher Urkunden hat stark zu der Entwicklung dieses Bereichs beigetragen. In vielen Fällen reicht die Tätigkeit der Notare über den Bereich des Immobilienverkaufs *stricto sensu* hinaus, und oft ging hier die Kreativität der Notare der Bestätigung durch den Gesetzgeber voraus, etwa im Bereich des Miteigentumsrechts und des Verkaufs noch fertig zu stellender Immobilien, wohin sich das Notariat schon mindestens 40 Jahre vor Erlass eines entsprechenden Gesetzes vom 16.5.1975 gewagt hat.

### 2. Hypothekarkredite

Die hypothekarische Sicherung eines Kredits erfordert eine Eintragung beim Hypothekenamt, und zwar aufgrund einer durch den Notar aufgenommenen öffentlichen Urkunde (außer bei der Staatsbank und Staatssparkasse, welche in diesem Bereich ein unmäßiges Privileg genießt). In fast allen Fällen werden auch die Krediteröffnungen oder die Darlehensverträge selbst durch den Notar dokumentiert.

## C. Gesellschaftsrecht

Dieser notarielle Tätigkeitsbereich hat die interessanteste und eindrucksvollste Entwicklung genommen. Die zunehmende Anzahl der in Luxemburg gegründeten Gesellschaften als Folge der Entwicklung des Finanzplatzes sowie seit kurzem des Medienbereichs und die Einführung der notwendigen Be-

<sup>1</sup> Bei der Aszendententeilung verteilen die Eltern (oder der Letztlebende von ihnen) ihr Vermögen lebzeitig unter ihren Kindern (meistens mit einem Nießbrauchsvorbehalt).

<sup>2</sup> Beweisurkunden, in welchen zwei Personen vor einem Notar bestätigen, dass sie den oder die Verstorbene(n) gekannt haben, und die Erbfolge bestätigen. Diese Urkunden sind funktionell den deutschen Erbscheinen vergleichbar.

teilung des Notars bei Gründung und Satzungsänderungen von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (sowie der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien) haben den Anteil des Gesellschaftsrechts an der Notartätigkeit spürbar erhöht. Die Umsetzung der europäischen Direktiven in nationales Recht im selben Bereich hat diese Tendenz noch gefestigt, z. B. hinsichtlich der Verschmelzung, der Spaltung und der Sitzverlegung von Gesellschaften. Schließlich haben die nationalen gesetzlichen Initiativen in Sachen Anlage- oder Pensionsfonds der notariellen Vermittlung einen Platz erster Wahl beschert.

Diese Entwicklung wird begleitet von einer Ausweitung der notariellen Beratungstätigkeit, vor allem durch Rechtsgutachten, welche den herkömmlichen Tätigkeitsbereich des Notars weit überschreiten (Finanzinstrumente, Schuldverschreibungen usw.) Außerdem hat die 1976 gesetzlich eingeführte Möglichkeit, öffentliche Gesellschaftsurkunden in englischer Sprache zu verfassen, das Luxemburger Notariat in direkten Kontakt mit der angelsächsischen Rechtswelt gebracht, was sich gleichfalls auf die notarielle Tätigkeit auswirkte, insbesondere durch das erhebliche Volumen an Beglaubigungen, „affidavits“, eidstattlichen Erklärungen und „legal opinions“, welche die Notare auf Anfragen von Common-Law-Juristen und -Institutionen erstellen. Bei dieser Gelegenheit konnte übrigens festgestellt werden, dass die Übertragung von Konzepten des kontinentalen Zivilrechts ins Englische sowie denen des Common Law ins Französische keine unüberwindlichen Probleme mit sich brachte.

Schließlich hilft der Notar immer öfter Personen, welche eine Niederlassungsgenehmigung benötigen, bei der Zusammenstellung der Akte, die sie den zuständigen Behörden unterbreiten müssen.

## D. Rechtspflege

In bestimmten Bereichen übernimmt der Notar die Funktion eines Helfers der Justiz.

### 1. Personenrecht

#### a) Anerkennung von unehelichen Kindern

Diese wird durch eine öffentliche Urkunde vollzogen, soweit dies nicht schon in der Geburtsurkunde geschehen ist.

#### b) Zustimmung zur Heirat

Falls eine solche Zustimmung erforderlich ist, kann sie vor dem Notar erklärt werden.

#### c) Einspruch gegen eine Heirat

Der Einspruch gegen eine Heirat durch diejenigen Personen, deren Zustimmung nötig ist, wird durch den vom zukünftigen Ehegatten hierzu bestellten Notar festgestellt. Dieser stellt dem jeweiligen Vater, der Mutter oder den sonstigen Großeltern, deren Einverständnis noch nicht gegeben wurde, das geplante Ehevorhaben zu.

#### d) Adoption

Diejenigen Personen, welche berechtigt sind, einer Adoption zuzustimmen, können durch eine vor dem Notar abgegebene Erklärung auf dieses Recht zugunsten eines Sozialhilfedienstes oder ein zugelassenes Adoptionshilfswerk verzichten. Das Einverständnis derselben Personen zu einer Adoption kann ebenfalls durch eine öffentliche Urkunde festgestellt werden.

## 2. Liquidation von Gütergemeinschaften und Erbschaften

### a) Scheidung

Im Fall einer Scheidung wegen Schuldvergehens<sup>3</sup> betraut das Gericht, das die Auflösung der Ehe ausgesprochen hat, einen Notar mit der Liquidation der Gütergemeinschaft und der gemeinsamen Konten.

### b) Abwesenheit

Bei der Teilung von Vermögen, bei welcher eine als abwesend angesehene Person beteiligt ist, befasst sich ein vom Vormundschaftsrichter benannter Notar mit der Teilung selbst; ein anderer Notar wird mit der Vertretung des Abwesenden betraut.

### c) Entsiegelung

Bei Erbschaften muss die auf die Entsiegelung<sup>4</sup> folgende Bestandsaufnahme durch den Notar erfolgen.

## E. Internationales Privatrecht

Schließlich wirft die hohe Anzahl der in Luxemburg lebenden Ausländer eine Vielfalt von Fragen des Internationalen Privatrechts auf.

## III. Die Verantwortung des Notars

### A. Verantwortung als Geschäftsbesorger

Die besondere Verantwortung des Notars bei seiner Tätigkeit wurde von der Rechtsprechung von Anfang an aus der Theorie der Geschäftsbesorgung hergeleitet. Es handelt sich hauptsächlich um eine vertragliche Haftung. Hier einige Beispiele:

- Den Notaren obliegt es nicht nur, ihren Schriftstücken die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde zu verleihen. Als öffentlichen Amtsträgern sind ihnen weiterreichende Rechte und Pflichten übertragen. Sie sind Berater der Beteiligten mit dem Auftrag, diese zu schützen, sie über die Folgen ihrer Handlungen aufzuklären und alle Maßnahmen zu treffen, um deren Rechtsgültigkeit zu gewährleisten. Insbesondere bei der öffentlichen Versteigerung von Immobilien, wo die Beteiligten im Allgemeinen unwissend, unerfahren und sich gegenseitig fremd sind, begnügt der Notar sich nicht damit, dem Willen der Parteien den Öffentlichkeitscharakter zu verleihen, sondern greift ein, um den eigentlichen Vertrag auszuarbeiten und zu vollziehen. Er ist praktisch der gemeinsame Notar der Beteiligten mit dem Auftrag, die Gelder für den Verkäufer zu vereinnahmen und den Käufer vor Eviktion zu bewahren. Falls der Notar eine ausdrückliche Klausel über Lastenfreiheit eingefügt hat, jedoch in der von ihm abgefassten Urkunde die Eintragung zweier Hypothekenforderungen festgehalten wurde, ist der Käufer berechtigt, eine Bescheinigung zu verlangen, dass die erworbenen Immobilien mit keinerlei Eintragungen belastet sind, anderenfalls er die Rückzahlung des an den Notar gezahlten Betrags fordern kann.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Ehebetrug, Gewalttätigkeit, geistige Grausamkeit und Ähnliches.

<sup>4</sup> Damit ist die Entfernung der Siegel gemeint, die vom Gericht auf Antrag entweder der Erben oder einer Gemeindeverwaltung auf die Immobilien des Verstorbenen gelegt wurden.

<sup>5</sup> Lux. 19.3.1879, 3, 241. Diese und die anderen Fundstellen beziehen sich auf die „Pasicrisie“, eine von Richtern herausgegebene offizielle Urteilsammlung.

- Bietet ein Notar den Beteiligten auf deren Bitte hin seine Dienste und Kenntnisse im Rahmen fremder Urkunden an, so ist er in diesem Fall ein normaler Beauftragter, der nicht nur für arglistige Täuschung, sondern ebenfalls für seine Fehler haftbar ist, die er in Ausübung seines Mandats begeht.<sup>6</sup>
- Beim Abfassen einer Urkunde wird der Notar als Mandatar der Beteiligten angesehen, welche davon Nutzen gezogen haben.<sup>7</sup>
- Der abfassende Notar haftet bei Verletzung der Spezialgesetze, welche seinen Berufsstand regeln, sowie für sein vertragliches Verschulden, wenn er als gesetzlicher Vertreter der Parteien handelt, jedoch unter der Bedingung der Feststellung sowohl eines tatsächlich entstandenen Schadens als auch des kausalen Zusammenhangs zwischen Fehler und Schaden.<sup>8</sup>
- Wenn der Notar die für die Gültigkeit der abzufassenden Urkunde unabdingbaren Überprüfungen nicht durchführt, begeht er ein grobes Verschulden. Insbesondere ist der Notar haftbar, falls er den Verkauf einer mit einem ihm bekannten Nutznießungsrecht belasteten Immobilie vornimmt, ohne die Beteiligten, insbesondere den Käufer, darüber zu informieren.<sup>9</sup>
- Hat ein Notar einen Darlehensvertrag beurkundet und sich später gegenüber dem Gläubiger verpflichtet, für die Rückzahlung des Darlehens zu sorgen, so ist er gehalten, den Schlussaldo aus Hauptsumme, Zinsen sowie der Nebenkosten einzutreiben. Er darf sich nicht mit der Rückzahlung der Hauptsumme inklusive Zinsen begnügen.<sup>10</sup>
- Der mit der Vereinnahmung von Geldern aus einem Immobilienverkauf beauftragte Notar ist nach Art. 41 der Verord-

nung vom 3.10.1841 über das Notariat verpflichtet, die notwendigen Vollstreckungsmaßnahmen zu ergreifen; dabei trifft ihn die Verantwortung eines entlohnten Mandatars.<sup>11</sup>

## B. Verantwortung als Berater

Zwei wichtige, vor einigen Jahren gefällte Entscheidungen haben die Verantwortung des Notars als Folge seiner Berater-tätigkeit auf die Ebene der Deliktshaftung verlagert: Hier die wichtigsten Auszüge:

- Die Notare sind verpflichtet, die Beteiligten über Tragweite und Auswirkung ihrer Vereinbarungen sowie über ihre Pflichten aufzuklären. Um Nützlichkeit und Wirksamkeit der Urkunden zu gewährleisten, obliegt es den Notaren, vor deren Erstellung die nötigen Fakten und Bedingungen zu überprüfen. Bei der Beratung ist auf Besonderheiten in der Person der Beteiligten, auf die Fakten sowie auf die anfallenden Kosten Rücksicht zu nehmen.<sup>12</sup>
- Wegen dieser Beratungspflicht muss der Notar auch den Eigentumstitel des Verkäufers prüfen und außerdem, ob die verkaufte Immobilie mit gesetzlichen oder vertraglichen Grunddienstbarkeiten belastet ist.
- Notare haften gegenüber Beteiligten, die ihre Dienste zu Beurkundungszwecken in Anspruch nehmen, deliktisch. Lediglich bei Vorgängen, die nicht mit der Erstellung von Urkunden verbunden sind, kommt ihre vertragliche Haftung zum Tragen, desgleichen, wenn sie als Vertreter oder Handlungsbevollmächtigte fungieren.
- Da die deliktische Haftung der Notare öffentlich-rechtlich ist, kann sie weder in ihrem Prinzip noch in ihrer Tragweite durch einschränkende Haftungsklauseln verändert werden.
- Der Käufer hat gegebenenfalls ein Rekursrecht gegen den Notar (nicht aber gegen eventuelle Amtsnachfolger), welcher eine unvollständige oder falsche Urkunde verfasst hat.

<sup>6</sup> Oberger[ichtshof] 24.11.1893, 3, 397.

<sup>7</sup> Diekirch, 29.3.1900, 5, 352.

<sup>8</sup> Oberger. 4.2.1909, 7, 417.

<sup>9</sup> Oberger. 19.6.1896, 4, 231.

<sup>10</sup> Lux. 2.12.1896, 4, 383.

<sup>11</sup> Diekirch, 9.7.1975, 1, 577; Berufungsger. 11.1.1877, 1, 292.

<sup>12</sup> Lux. 4.12.1981, 25, 318.

# Vom Richterheim zum Aurachhof

## Geschichte, wirtschaftlicher und rechtlicher Hintergrund des Hotels „Aurachhof“

Von Präsident des Landgerichts *Karl-Heinz Dietzel*, Deggendorf,  
und Vorsitzendem Richter am Oberlandesgericht *Eduard Pfaff*, München

Fast jeder unserer bayerischen Kolleginnen und Kollegen wird einmal auf einer Tagung im „Richterheim“ in Fischbachau gewesen sein. Insbesondere die Kollegen, die in früheren Jahren das Richterheim in Fischbachau besucht haben, werden den gravierenden Wandel von einem Richterheim zu einem modernen Tagungshotel festgestellt haben.

Die Geschichte des Richterheims in Fischbachau ist untrennbar mit der Person des Staatsrats Dr. *Hermann Schmitt* verbunden. Die Richterheime wurden von ihm in den Jahren nach dem 1. Weltkrieg gegründet. Es war die Zeit der immer rascher fortschreitenden Inflation und damit einhergehender großer Not weiter Bevölkerungskreise. Die Not der damaligen Jahre machte auch vor den Beamten und insbesondere

den Richtern und Staatsanwälten nicht halt. Gerade in den Kreisen der Beamten wirkte sich die wirtschaftliche Not in wahrhaft besorgniserregender Weise aus. Viele der Kolleginnen und Kollegen waren kaum mehr in der Lage, die notwendigen Ausgaben des täglichen Lebens zu bestreiten. Erholungsreisen in den Ferien waren gänzlich undenkbar. In einer noch schlechteren Situation befanden sich die Hinterbliebenen der Beamten.

Diese materielle Not führte zu ausgeprägtem Materialismus und Egoismus in der Beamenschaft. Die Orientierung an ideellen Werten, Zusammengehörigkeit des Berufsstandes und Kollegialität schwand zusehends. Für den damaligen Amtschef im Bayer. Staatsministerium der Justiz, Herrn

Ministerialdirektor und späteren Staatsrat Dr. *Hermann Schmitt*, war das Anlass, über die Gründung von Erholungsheimen für Richter und Staatsanwälte nachzudenken. Es gelang ihm, auch die bayerischen Notare für diese Idee zu begeistern. Am 11.11.1921 konnte Staatsrat Dr. *Hermann Schmitt* die Gesellschaft „Erholungsheim Bayern“ als GmbH gründen. Diese Gesellschaft sollte Rechtsträgerin der Richterheime werden. Gesellschafter waren der Bayerische Richterverein und der Bayerische Notarverein. Das Gesellschaftskapital betrug zunächst 30.000 Mark und wurde nach kurzer Zeit auf 600.000 Mark erhöht. Außer diesem Kapital standen als Mittel für den Aufbau der Heime nur die von den Mitgliedern des Bayerischen Richtervereins und des Bayerischen Notarvereins im Laufe der Zeit freiwillig eingezahlten Beiträge zur Verfügung. Ein Drittel aller bayerischen Richter und Notare hatte sich zu solchen Zahlungen bereit gefunden; öffentliche Mittel flossen der Gesellschaft zum Aufbau der Heime nicht zu.

Bereits am 30.12.1921 wurde in Bad Aibling die Pension „Wilhelmsbad“ erworben und kurze Zeit darauf, am 6.2.1922, das „Fremdenheim zum Breitenstein“ in Fischbachau gekauft. Das „Fremdenheim zum Breitenstein“ war ein kleines, einstöckiges Gebäude, das im Jahre 1913 erbaut worden war und 48 Gästebetten enthielt. Der Kaufpreis betrug 700.000 Mark. Nach kleineren Umbauten wurden die beiden Richterheime bereits am 1.4.1922 für die Gäste geöffnet. Der Zuspruch war so stark, dass die beiden Erholungsheime ständig ausgebucht waren und vielen Interessenten abgesagt werden musste. Die Begeisterung für das Erholungsheim in Fischbachau veranlasste die Verantwortlichen, das Haus umgehend auszubauen. Sukzessive wurde die Zahl der Gästezimmer von 43 auf 75 Zimmer ausgebaut und eine Kapazität von 125 Gästebetten erreicht. Im Rahmen des Ausbaus dieses Erholungsheimes wurden erhebliche Aufwendungen für Grundstücksankäufe zur Anlage eines Parks getätigt. Auch die Parkanlage stellte sich zuerst etwas schwierig dar, da es sich um Sumpfwiesen handelte, die erst mühsam entwässert werden mussten. Trotzdem wurden die Arbeiten intensiv weitergeführt und auch weitere Ausbauten wie der Anbau eines großen Speisesaals und der Bau einer Kegelbahn durchgeführt.

Am 1.7.1928 konnte dann das erweiterte Heim von den Gästen bezogen werden. Ein Grunderwerb erfolgte allerdings nicht ganz freiwillig: Die Verantwortlichen des Erholungsheimes erfuhr, dass auf dem in nächster Nähe des Heimes gelegenen Sandbichlerberg eine holländische Gesellschaft eine Kalkwerkanlage errichten wollte. Wäre dies zur Ausführung gelangt, so hätte dieses Kalkwerk für das Erholungsheim und seine Umgebung geradezu existenzbedrohende Folgen gehabt. Um diese Gefahr zu bannen, wurde der gesamte in Frage stehende Grundbesitz als „Sperrgrundstück“ angekauft und damit ein eigener Hausberg erworben. Er trägt heute noch den Vornamen der Ehefrau des Staatsrats („Karinshöhe“). Im Februar 1922 wurde zudem ein Bauplatz für ein drittes Heim in Bad Brückenau erworben. Dort errichtete die GmbH bis zum 1.7.1923 unter erheblichen inflationsbedingten Schwierigkeiten ein Gästehaus mit 125 Betten, das nach dem Vornamen des Staatsrats mit „Hermannshof“ benannt wurde. Bei dem Bau und Ausbau dieser Heime darf nicht vergessen werden, dass in der damaligen Zeit der Bezug selbst einfachster Baumaterialien nur unter großen Schwierigkeiten möglich war. Auch die Transportmöglichkeiten waren sehr beschränkt.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass in diesen Jahren der Geschäftsführer der „Erholungsheim Bayern GmbH“ der damalige Landgerichtsrat im Bayer. Staatsministerium der Justiz und spätere Ministerpräsident *Hans Ehard* gewesen ist.

Die politischen Veränderungen drohten neue Unsicherheiten hinsichtlich des Schicksals der Gesellschaft Erholungsheim Bayern GmbH zu bringen. 1933 wurden der Richterverein und der Notarverein in den Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen eingegliedert. Es bestand die Gefahr, dass das Vermögen der beiden Vereine, also auch ihre Gesellschaftsanteile an der „Erholungsheim Bayern GmbH“, in nationalsozialistisches Vermögen überführt würde. Staatsrat *Schmitt* gelang es, den damaligen Staatsminister Dr. *Frank* für den Gedanken dieser Erholungsheime zu begeistern und sie dem Einfluss des nationalsozialistischen Zentralismus zu entziehen. Staatsminister Dr. *Frank* erklärte in einer Entschliebung vom 16.6.1933: „Ich erkläre ausdrücklich, dass die Heime unter meinem persönlichen Schutz stehen, dass ich ihre Rechte und Interessen nach allen Selten wahren werde und dass ich es gleich jedem Justizbeamten und Notar als meine Ehrenpflicht betrachte, ihre Entwicklung zu fördern. Möge der Geist, aus dem heraus die Heime geboren sind, stets in den Reihen der Justizbeamten und Notare lebendig bleiben!“

Unter der Schirmherrschaft von Dr. *Frank* errichteten dann im Oktober 1933 der Bayerische Richterverein und der Bayerische Notarverein, beide Vereine im Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen, entsprechend dem Vorschlag von Staatsrat Dr. *Schmitt* eine öffentliche Stiftung, der die Gesellschaft „Erholungsheim Bayern“ die Richterheime und ihr übriges Vermögen übereignete. Die Errichtung der Stiftung wurde mit Entschliebung des Bayerischen Innenministers vom 20.10.1933 genehmigt und zugleich die unmittelbare und ausschließliche Aufsicht dem Bayerischen Justizminister übertragen. Ursprünglich sollte die Stiftung den Namen „Bayernheime“ bekommen. Dr. *Frank* wünschte aber, dass die Stiftung mit dem Namen des Gründers und unermüdeten Betreuers der Heime verknüpft werden solle. Daher gab er der Stiftung den Namen „Staatsrat Hermann Schmitt Heime“. Die Stiftungsurkunde wurde am 16.10.1933 unterzeichnet und damit eine öffentliche Stiftung errichtet. Der ausschließliche gemeinnützige Zweck dieser öffentlichen Stiftung sollte vor allem in dem Betrieb der Richterheime bestehen. In der Satzung wurde u. a. Folgendes festgestellt: „Zur Beratung und Unterstützung steht dem Vorstand ein Verwaltungsrat zur Seite, dessen Mitglieder vom Justizminister ernannt werden. Der Vorstand und die Mitglieder des Verwaltungsrates sind ehrenamtlich tätig. Dem Vorstand steht es frei, mit seiner Vertretung einen oder mehrere Geschäftsführer zu beauftragen.“ Diese Regelungen haben bis heute Bestand.

Die Kriegsauswirkungen gingen auch an dem Richterheim in Fischbachau nicht spurlos vorbei. Ab Oktober 1940 wurde das Heim z. T. für Um- oder Aussiedler benutzt. Vom Frühjahr 1942 bis zum Herbst 1942 wurde das Erholungsheim im Rahmen der Kinderlandverschickung benutzt. Ab Sommer 1943 wurde das gesamte Haus zu einer Zweigstelle des Münchener Krankenhauses „Rechts der Isar“ gemacht und blieb es bis zur Mitte des Jahres 1950. Nach der Freigabe des Hauses im Sommer 1950 befand sich das Haus in einem sehr schlechten Zustand. Die Stiftung musste ihr Anwesen in Bad Aibling verkaufen, um die Renovierung des Richterheimes in Fischbachau und die Wiedereröffnung im Sinne des Stiftungszwecks zu ermöglichen. Das Richterheim fand erneut erheblichen Anklang und erfreute sich großer Beliebtheit. Übernachtungszahlen von über 30 000 pro Jahr waren bis Mitte der 60er Jahre keine Seltenheit.

Entgegen der Entwicklung der Belegungszahlen in Fischbachau ging das Interesse an Übernachtungen in Bad Brückenau zurück. Im Jahre 1967 wurde das Heim in Bad Brückenau verkauft und mit dem Erlös auf dem Gelände des Richterheimes in Fischbachau die Dependence gegenüber dem

Altbau errichtet. Leider gehen seit Mitte der 70er Jahre die Übernachtungszahlen von Erholungssuchenden in Fischbachau drastisch zurück. Die Hauptursache liegt wohl in einem geänderten Urlaubsverhalten, das unter Berücksichtigung der verbesserten Einkommen der Richterschaft ein Urlaubsziel „Fischbachau“ nicht an allererster Stelle stehen lässt.

Im Zuge des geänderten Urlaubsverhaltens war die Stiftung gezwungen, eine grundlegende Umgestaltung des Hauses vorzunehmen. Zunächst wurden die Gästezimmer auf einen modernen Standard mit Dusche und WC gebracht. Mitte der 80er Jahre wurde ein weiterer großer Neubau geschaffen und ein Tagungsgebäude in das Anwesen in Fischbachau eingefügt. Dies war nur deshalb möglich, weil seit Anfang der 80er Jahre Verhandlungen zwischen dem Staatsministerium der Justiz und dem Finanzministerium zur Gewährung von staatlichen Zuschüssen an die Stiftung geführt wurden, die die Umgestaltung des Richterheims in Fischbachau zu einem modernen Tagungshotel finanziell erschwinglich gemacht haben. Obwohl bereits gewaltige Anstrengungen vollbracht, weitgehende Umbauten und Renovierungen durchgeführt

wurden und ein funktionsfähiges Tagungshotel entstanden ist, bereitet ein „Altbau“ wie in Fischbachau der Stiftungsleitung erhebliche Schwierigkeiten. Nicht zuletzt aufgrund der geänderten finanziellen Lage im öffentlichen Bereich ist mit weiteren Zuschüssen nicht zu rechnen. Die Stiftungsleitung ist aber bemüht, den Charakter eines modernen Tagungshotels weiter auszubauen. So wurde bereits dem Eingangsbereich und dem gesamten Parterre ein neues Gesicht gegeben. Damit sind die Umgestaltungen und Modernisierungsmaßnahmen nicht erschöpft. Diese Maßnahmen gehen allerdings an die Grenzen der finanziellen Möglichkeiten der Stiftung.

Unter dem Gesichtspunkt, dass fast alle Gäste des Hotels Aurachhof mit dem Haus, ihrer Unterbringung und insbesondere der dortigen Verpflegung sehr zufrieden sind und dieses Haus in der Bundesrepublik Deutschland eine einmalige Einrichtung darstellt, sind wir der Ansicht, dass diese Institution unter allen Umständen erhalten bleiben muss. Wir bitten daher die Verantwortlichen für die Veranstaltung von Tagungen und alle Kolleginnen und Kollegen, uns bei dieser schwierigen Arbeit zu unterstützen und reichlich vom Serviceangebot des Aurachhofs Gebrauch zu machen.

## TAGUNGSBERICHT

### Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

#### Bericht über das vierte Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg am 25.6.2004

Von Notarassessor Dr. *Frank Eckert*, Mag. rer. publ., Würzburg

Am 25.6.2004 fand in Würzburg bereits zum vierten Mal unter Teilnahme und Mitwirkung von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern das jährliche Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg statt. Dieses hat es sich zur Aufgabe gemacht, die wissenschaftliche Präsenz des Notariats an den Universitäten zu stärken und notarrelevante Fragen wissenschaftlich zu erforschen. Schwerpunkte bilden dabei materiell-rechtliche Fragen in der notariellen Praxis. Da der Beratungsbedarf gerade im Gesellschaftsrecht in den letzten Jahren ständig gestiegen ist, lag es nahe, die aktuellen Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht zum Thema des diesjährigen Symposiums zu machen. In sechs Vorträgen wurden verschiedene Themen des Gesellschaftsrechts behandelt.

Zu Beginn referierte Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen, über die „Folgen aus der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) für die notarielle Praxis“. Ausgangspunkt des Referates war die grundlegende Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 zur Rechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft. Ausgehend vom aktuellen Stand der Rechtsprechung, die der Referent durchaus kritisch würdigte, stellte *Wälzholz* zunächst klar, dass die vom BGH aufgestellten Grundsätze, insbesondere diejenigen der Gesellschafter-

haftung, ausschließlich für die BGB-Außengesellschaften gelten. Hinsichtlich der Haftungsbeschränkung mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen plädierte *Wälzholz* dann dafür, die neuen Rechtsprechungsgrundsätze der Haftungsbeschränkung für Alt-Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR auf all diejenigen Fälle auszudehnen, in denen es sich um vermögensverwaltende Gesellschaften bürgerlichen Rechts handelt. Trotz der Anerkennung der Rechtsfähigkeit wird die Grundbuchfähigkeit der GbR von der obergerichtlichen Rechtsprechung derzeit einheitlich abgelehnt. Da materiell-rechtlich Eigentümer nach Meinung des BGH aber die GbR wird, ist nach *Wälzholz* auch die Auflassung an die GbR selbst wirksam erklärt und daher diese auch einzutragen. Im Bereich des Gesellschaftsrechts erörterte der Referent insbesondere die Probleme, die sich dann ergeben, wenn eine GbR als Gründerin oder Gesellschafterin einer GmbH, einer AG oder einer Genossenschaft auftritt. Hier plädierte *Wälzholz* dafür, die GbR nunmehr im Hinblick auf die Gründung einer GmbH oder einer AG nicht mehr anders zu behandeln als eine KG. Weiter erörterte der Referent die verschiedenen Varianten, die sich im Hinblick auf das Ausscheiden oder den Eintritt eines Gesellschafters in einer GbR für das Klauselerteilungsverfahren ergeben. Liegt lediglich ein Titel gegen die GbR als solche vor, so ist hier im Wege der Klauselberich-

tigung das Ausscheiden eines Gesellschafters zu vermerken. Die Frage, ob eine GbR als Erbe eingesetzt werden kann, ist nach Ansicht des Referenten zu bejahen. Die Rechtsgestaltung müsse jedoch berücksichtigen, dass insoweit gerichtliche Entscheidungen noch fehlen. Schließlich stellte der Referent einen Vergleich der Vor- und Nachteile einer GbR gegenüber einer vermögensverwaltenden KG an. Ausgehend von der aktuellen Rechtslage dürfte mittlerweile eine vermögensverwaltende KG einer GbR vorzuziehen sein. Nachteile einer vermögensverwaltenden KG sind jedoch die Publizität und die Pflicht zur Buchführung. Die Ausführungen von *Wälzholz* haben den Teilnehmern zumindest eines gezeigt: Karlsruhe locuta, causa non finita. Die notarielle Praxis muss also in diesem Bereich weiterhin mit Unsicherheiten leben.

In seinem anschließenden Beitrag befasste sich Rechtsanwalt und Notar a. D. Prof. Dr. *Wulf Döser*, Vorstandsmitglied des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, mit dem Thema „Die Centros-, Überseering- und Inspire-Art-Entscheidungen und die notarielle Praxis“. Der Einfluss des europäischen Rechts auf das deutsche Gesellschaftsrecht wird besonders deutlich an der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit. Die Centros-, Überseering- und Inspire-Art-Entscheidungen sind dabei die drei grundlegenden Entscheidungen in jüngerer Zeit. Die Problematik ist aus deutscher Sicht von zwei Grundentscheidungen der deutschen Rechtsordnung geprägt. Zum Ersten verlieren nach dem deutschen Sachrecht Kapitalgesellschaften mit Satzungssitz im Inland ihre Eigenschaft als eigene Rechtspersönlichkeit, wenn sie ihren Sitz im Inland aufgeben. Zum Zweiten wird das Internationale Gesellschaftsrecht in Deutschland durch die Sitztheorie geprägt. Diese Rechtslage wird durch die Regeln der Niederlassungsfreiheit im EG-Vertrag überlagert. Die grundlegenden Neuerungen durch die EuGH-Rechtsprechung liegen nach Ansicht des Referenten in zwei Bereichen. Zum einen ist der bloße Satzungssitz im Ausland kein Missbrauch. Zum anderen ist die Anerkennung als juristische Person im Inland auch für den Zuzugstaat zwingend. *Döser* stellte dann einige für die notarielle Tätigkeit schon greifbare Auswirkungen dar. So müssen ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland bei Änderungen von Satzung und Gesellschaftsvertrag sowie bei Anteilsabtretungen nicht die nach dem deutschen materiellen Gesellschaftsrecht vorgesehenen Beurkundungserfordernisse beachten. Vielmehr ist das jeweils anwendbare Sachrecht für diese Gesellschaft zu beachten. Als neues Betätigungsfeld für Notare eröffnet sich jedoch eventuell die Betreuung von Gesellschaften mit ausländischem Satzungssitz im Inland. Neue Aufgaben für den Notar können sich zudem aus der Nutzung deutscher Gesellschaftsformen im EG/EWR-Ausland ergeben. Nach der Überseering-Doktrin kann in Ländern, in denen die Sitztheorie und damit deutsches Recht als entsprechendes Sachrecht gilt, ein Netzwerk von Auslandsgesellschaften nach dem vertrauten deutschen Gesellschaftsrecht unterhalten werden, deren rechtliche Beratung weiterhin der deutsche Notar übernehmen kann.

Im Zentrum der gesellschaftsrechtlichen Beratungspraxis der Notare steht seit eh und je die GmbH. Das Referat von Notar Prof. Dr. *Hans-Joachim Priester*, Hamburg, widmete sich daher den „Entwicklungen im GmbH-Recht“. Im Wege eines Rückblicks zeigte der Referent zunächst auf, dass Schwerpunkte der Rechtsfortbildung durch den BGH im Bereich des GmbH-Rechts vor allem die Vorgesellschaft, die Kapitalaufbringung, die Kapitalerhaltung sowie Fragen des Konzernverbundes gewesen sind. Als wichtige aktuelle Entscheidungen stellte *Priester* dann die Entscheidungen des BGH zur Verwendung von Vorrats- und Mantelgesellschaften dar. Der

BGH hat in seinem Beschluss vom 7.7.2003 in Fortführung seines Beschlusses zur Vorratsgesellschaft vom 9.12.2002 entschieden, dass die der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registrierrechtlichen Kontrolle nicht nur in Fällen der Verwendung von Vorratsgesellschaften, sondern auch bei Verwendung eines „gebrauchten“ GmbH-Mantels entsprechend anwendbar sind. Die Bedeutung dieser beiden Beschlüsse und der in diesen enthaltenen Rechtsprechungsgrundsätzen zur wirtschaftlichen Neugründung liegt für die notarielle Praxis vor allem in der Forderung nach Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung. Neues berichtete *Priester* auch zur verdeckten Sacheinlage. Der BGH hat die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Heilung von verdeckten Sacheinlagen bei der GmbH in einem entscheidenden Punkt verändert. Nach der Entscheidung des BGH vom 7.7.2003 ist nämlich Rechtsfolge einer verdeckten Sacheinlage nicht nur die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes, sondern analog § 27 Abs. 3 Satz 1 AktG auch die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes. Weiterhin kann zur Heilung der verdeckten Sacheinlage nicht der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Rückgewähr der fehlgeschlagenen Bareinzahlung eingebracht werden. Kritisch äußerte sich *Priester* dann zu einem neueren Urteil des BGH betreffend Gesellschaftsdarlehen an Gesellschafter. Der BGH schränkte mit Urteil vom 24.11.2003 nämlich die Möglichkeit der Darlehensgewährung einer GmbH an ihre Gesellschafter erheblich ein. Der BGH hat in dieser Entscheidung jede Kreditgewährung einer GmbH an ihre Gesellschafter, die nicht aus Rücklagen oder Gewinnvorträgen, sondern zu Lasten des gebundenen Vermögens der GmbH erfolgt, auch dann grundsätzlich als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG angesehen, wenn der Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter vollwertig sein sollte. Sodann stellte *Priester* noch einmal die Entscheidungen des BGH dar, die letztlich die Grundsätze der so genannten Existenzvernichtungshaftung geprägt haben. Mit der Bremer-Vulkan-Entscheidung hat der BGH die Grundsätze, die er zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern in einer Reihe von Entscheidungen aufgestellt hatte, letztlich aufgegeben; die neuen Grundsätze werden nunmehr unter dem Begriff der „Existenzvernichtungshaftung“ erörtert. Abschließend befasste sich *Priester* mit der Zukunft der GmbH. Die deutsche GmbH befindet sich mittlerweile im Wettbewerb der Rechtsformen mit ausländischen Gesellschaftstypen, insbesondere mit der englischen Limited. Auf nationaler Ebene führt dies zu Diskussionen über die „Entrümpelung“ des deutschen GmbH-Rechts. Inmitten der Diskussion stehen insbesondere die Regelungen zum Mindeststammkapital der GmbH und die gesetzlichen Formerfordernisse. Die notariellen Formerfordernisse im deutschen GmbH-Recht bewirken jedoch – so *Priester* – für kleine und mittelständische Unternehmen in der Wirklichkeit oft preiswerte Rechtsberatung, die so zu diesen Kosten von einer Anwaltskanzlei nie geleistet werden könnte. Für die GmbH, die als neu geschaffene Rechtsform einst einen Siegeszug um die Welt angetreten hat, gilt zumindest, was der Referent an anderer Stelle bereits geäußert hat: Die Totenglocken läuten noch nicht.

Den steuerrechtlichen Folgen der Vertragsgestaltung im Bereich des Gesellschaftsrechts widmete sich dann Prof. Dr. *Klaus Tiedtke*, Vorsitzender des Vorstandes des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, in seinem anschließenden Beitrag „Das Schicksal des Sonderbetriebsvermögens beim Tod eines Mitunternehmers“. Sonderbetriebsvermögen wird in der Regel aus außersteuerlichen Gründen gebildet und zählt zivilrechtlich nicht zum Gesellschaftsvermögen. Der BFH ordnet jedoch steuerlich das Sonder-

betriebsvermögen dem Betriebsvermögen der Mitunternehmenschaft zu. Dies kann dann bei einem Auseinanderfallen der Inhaberschaft zu ungewollten Gewinnrealisierungen führen. Besonders deutlich wird dies beim Tod des Gesellschafters, wenn Gesellschaftsanteil und Sonderbetriebsvermögen zivilrechtlich auf verschiedene Personen übergehen. Während es in bestimmten Fällen, so z. B. bei der einfachen Nachfolgeklausel, nicht zur Aufdeckung der stillen Reserven kommt, tritt eine vollständige Aufdeckung der im Sonderbetriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven ein, wenn die Gesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters aufgelöst, beendet, veräußert oder unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgeführt wird. Strittig ist nach *Tiedtke* jedoch, ob die im Sonderbetriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven dann teilweise aufgedeckt werden müssen, wenn Inhaberschaft am Gesellschaftsanteil und Berechtigung am Sonderbetriebsvermögen teilweise auseinanderfallen. Diese Problematik stellt sich vor allem bei der qualifizierten Nachfolgeklausel, aber auch beim Eintrittsrecht und der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel. Ausgehend von der Rechtsprechung des BFH und der diesbezüglichen Kritik der Rechtslehre machte *Tiedtke* deutlich, dass der Erblasser mit der gesellschaftsvertraglichen Regelung, also z. B. der Anordnung der qualifizierten Nachfolgeklausel, den teilweisen Übergang des Sonderbetriebsvermögens in das Privatvermögen ausgelöst hat und insoweit die rechtlichen Vorbedingungen für ein Auseinanderfallen von Gesellschaftsanteil und Sonderbetriebsvermögen geschaffen hat. Damit wird das Sonderbetriebsvermögen bei den nicht qualifizierten Miterben entsprechend ihrer Erbquote in das Privatvermögen überführt und entnommen. Die Rechtspraxis hat deshalb verschiedene Gestaltungsempfehlungen herausgearbeitet, die dies verhindern sollen. Aus der Sicht von *Tiedtke* sind dabei vor allem zwei Gestaltungsempfehlungen interessant, nämlich die so genannte mitunternehmerische Betriebsaufspaltung sowie das Ausgliederungsmodell, nach dem die Wirtschaftsgüter vor dem Erbfall in ein anderes Betriebsvermögen überführt werden. Der für die Vertragspraxis sicherste und auch kostensparendste Weg dürfte hingegen das Alleinerbenmodell darstellen, bei dem alleiniger oder anteiliger Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters in Bezug auf dessen Gesellschaftsanteil nur derjenige werden kann, der gleichzeitig in gleicher Höhe, wie er den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters erwirbt, auch das Sonderbetriebsvermögen des Erblassers erbt oder vermächtnishalber erlangt. Dieser in der Praxis weit verbreitete Rat führt – anders als z. B. eine Teilungsanordnung – nach Ansicht von *Tiedtke* zwar zum Ziel, vermeidet also die Aufdeckung der stillen Reserven. Er dürfte aber bei mehreren potentiellen Erben oftmals auf familiäre und persönliche Vorbehalte stoßen. Es gilt daher die Empfehlung, soweit wie möglich Sonderbetriebsvermögen zu vermeiden.

Die beiden abschließenden Referate widmeten sich sodann der Europäischen Aktiengesellschaft (*Societas Europaea*, SE). Für den kurzfristig erkrankten Prof. Dr. *Schwarz*, Mitglied des Vorstandes des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg, hielt dessen wissenschaftliche Mitarbeiterin *Christine Bodde* den Vortrag „Die Europäische Aktiengesellschaft – Einleitung und Überblick“. Ausgehend von den Rechtsgrundlagen wurden zunächst die Merkmale der Europäischen Aktiengesellschaft dargestellt. Vorteile der Europäischen Aktiengesellschaft gegenüber einer deutschen Aktiengesellschaft sind insbesondere die Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Verschmelzung und einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Das auf die SE anwendbare Recht stellt sich dabei als ein bunter Flickenteppich, bestehend aus Gemeinschaftsrecht, nationalem SE-spezifischem Recht und nationalem für Aktiengesellschaften geltendem Recht, dar. Grundvoraussetzung ist die Beteiligung von mindestens zwei dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegenden Aktiengesellschaften mit dem Sitz in der Gemeinschaft. Natürliche Personen können dagegen keine Europäische Aktiengesellschaft gründen. Das Mindestkapital der SE beträgt 120.000 €. Im Bereich der Unternehmensführung interessant ist aus Sicht der Referentin, dass die Unternehmen zwischen zwei verschiedenen Leitungsmodellen wählen können, nämlich dem in Deutschland bestehenden dualistischen Modell mit einer Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat und dem etwa in England üblichen monistischen Modell. Hinsichtlich des Formerfordernisses der Satzung gilt, dass auf das nationale Aktienrecht zurückgegriffen werden muss. Deshalb ist die Satzung der zu gründenden SE mit Sitz in Deutschland über Art. 15 der SE-Verordnung nach § 23 Abs. 1 AktG notariell festzustellen. Die Rechtslage bezüglich der Satzungsänderung einer nicht börsennotierten SE, also die Anwendbarkeit des § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG, ist allerdings noch nicht geklärt. Als Fazit ihrer allgemeinen Ausführungen kam *Bodde* zu dem Ergebnis, dass die SE sich trotz einiger Nachteile in bestimmten Fällen als Gesellschaftsform besonders eigne, so z. B. für die Gründung einer SE als Tochtergesellschaft oder als Holding in einem Konzern. Aus Sicht des Rechtsanwenders und damit des Notars betonte die Referentin vor allem die komplizierte Rechtslage bei der SE und den damit verbundenen Beratungsbedarf der Rechtsuchenden.

„Die SE aus Sicht des Notars“ beleuchtete dann abschließend Notar Dr. *Heribert Heckschen*, Dresden. Ausgehend von der komplizierten Rechtslage erörterte *Heckschen* die Beteiligung des Notars bei den vier verschiedenen originären Gründungsvarianten, die in Art. 2 Abs. 1 bis Abs. 4 SE-Verordnung geregelt sind. Nach dieser Vorschrift kann bei internationalem Bezug die SE durch Verschmelzung zur Aufnahme oder zur Neugründung, durch Gründung einer Holding-SE, durch Gründung einer Tochter-SE oder durch Umwandlung einer nationalen AG in eine SE gegründet werden. Die notarielle Mitwirkung ist aufgrund der Verweisung der Verordnung in das nationale Recht in vielen Punkten genauso zwingend wie die Mitwirkung bei Umwandlungsvorgängen nach dem nationalen Umwandlungsgesetz. Insoweit bewegt sich dann der Notar trotz gewisser Modifikationen wieder auf vertrautem Terrain. Abschließend erörterte *Heckschen* die Wege aus einer SE in eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts. Die Vorgaben hierfür finden sich zunächst in Art. 66 SE-Verordnung. Der Verfahrensablauf entspricht weitgehend dem der Umwandlung einer nationalen Aktiengesellschaft in eine SE. Der Referent kam dann zum Ergebnis, dass die SE trotz der komplizierten Rechtsanwendung und des hohen Beratungsbedarfs in bestimmten Konstellationen durchaus Sinn mache und letztlich auch der Notar genug Mitwirkungsmöglichkeiten bei dieser Gesellschaftsform habe. Interessant wird nach *Heckschen* vor allem sein, in welchen Mitgliedstaaten Unternehmen besonders von der Rechtsform der SE Gebrauch machen werden.

Wie die bisherigen Symposien traf auch die diesjährige Veranstaltung auf ein reges Interesse bei den Teilnehmern. Dies zeigten insbesondere die Diskussionen. Dass Wissenschaft und Praxis keineswegs beziehungslos nebeneinander stehen, vielmehr wechselseitig erheblichen Gewinn aus dem gemeinsamen Bemühen um die Durchdringung und Fortentwicklung des Rechts ziehen können, ist im Rahmen dieses Symposiums des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Gesellschaftsrecht erneut deutlich geworden.

Wie die bisherigen Symposien traf auch die diesjährige Veranstaltung auf ein reges Interesse bei den Teilnehmern. Dies zeigten insbesondere die Diskussionen. Dass Wissenschaft und Praxis keineswegs beziehungslos nebeneinander stehen, vielmehr wechselseitig erheblichen Gewinn aus dem gemeinsamen Bemühen um die Durchdringung und Fortentwicklung des Rechts ziehen können, ist im Rahmen dieses Symposiums des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Gesellschaftsrecht erneut deutlich geworden.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### Ring/Grziwotz/Keukenschrijver: **Anwaltkommentar BGB. Band 3: Sachenrecht. Deutscher Anwaltverlag, 2004. 1 679 Seiten, 148 €**

Die Gesamtausgabe des „Anwaltkommentars“ wird fünf Bände umfassen und das gesamte BGB einschließlich EGBGB und Nebengesetze erläutern. Vorgesehen ist ein Umfang von ca. 10 000 Seiten. Ein solches Vorhaben erfordert neben unternehmerischem Risiko auch eine inhaltliche Rechtfertigung angesichts der Tatsache, dass an Kommentierungen des BGB kein Mangel besteht. Für den hier zu besprechenden Band 3 „Sachenrecht“ ist die Rechtfertigung gelungen. Die Herausgeber erheben für die Kommentierung den Anspruch, „Wissenschaft und Praxis zu verbinden“ (Vorwort). Angesichts der akribischen Verarbeitung des umfangreichen Materials aus Rechtsprechung und Literatur und der Darstellung der in der notariellen und grundbuchmäßigen Praxis auftauchenden Fragen und deren Lösung ist das selbstgesteckte Ziel erreicht. Die Kommentierung folgt dabei einem durchgehenden System: Zu jeder Vorschrift wird in einem Allgemeinen Teil ihr Zweck und ihr Anwendungsbereich, anschließend ihr Regelungsgehalt dargestellt. Die Verbindung zur Praxis wird – bei entsprechender Veranlassung – durch

„weitere praktische Hinweise“ hergestellt. Hier liegt das Neue und Nutzbringende des Werkes, insbesondere auch für den Notar. So findet sich bei *Grziwotz* (§ 925 Rdnr. 39 ff.) eine ausführliche Darstellung zu den Sicherungsmöglichkeiten des Veräußerers betreffend einen vorzeitigen Eigentumsverlust. Die Fragen der Kaufpreisfinanzierung unter Mitwirkung des Verkäufers wird mit allen hier zur Verfügung stehenden Techniken von *Th. Krause* (§ 1191 Rdnr. 135 ff.) einschließlich hierzu entwickelter Kostenstrategien beschrieben. Was man als Notar zur Eigentümergrundschild beachten muss, findet sich bei § 1196 Rdnr. 20 ff. (*Th. Krause*). Die Kommentierung erstreckt sich auf das Erbbaurecht (*Heller*) und das Wohnungseigentum (*Heinemann, Schultzy*). Kritisch anzumerken bleibt lediglich, dass die Koordination der verschiedenen Autoren nicht immer gelungen ist. So findet man zahlreiche Probleme der Veränderungen im Bereich des Wohnungseigentums bei § 877 Rdnr. 24 ff. (*U. Krause*) ebenso wie bei § 2 Rdnr. 16 und § 4 Rdnr. 6 ff. WEG (*Heinemann*), ohne dass eine gegenseitige Verweisung stattgefunden hätte. Insgesamt liegt jedoch die geglückte Neukonzeption eines Kommentars vor: Die rechtswissenschaftliche Erläuterung mündet unmittelbar in die praktische Wegweisung.

Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

### Meikel: **Grundbuchrecht. 9., völlig neu bearb. Aufl., Luchterhand, 2004. 3 Bände, 4 126 S., 798 €**

Die erste Überraschung beim neuen Meikel ist der Umfang. Aus den vier Bänden plus separatem Sachregister der Voraufgabe sind drei Bände geworden und aus 4 572 Seiten Textteil jetzt 4 016. Ein solches Schrumpfen hat in der Welt der Fachliteratur, die ihr Heil normalerweise in der Expansion sucht, Seltenheitswert. Der Überraschungseffekt lässt allerdings schnell nach, wenn man sieht, dass die Einsparung im Wesentlichen auf dem Fortlassen eines Anhangs mit Gesetzestexten (326 Seiten) und des Kapitels „Katasterwesen“ (71 Seiten) beruht. Um die Gesetze ist es nicht weiter schade; mit dem Katasterwesen aber wurde ein Mauerblümchen beseitigt, dessen Abschneiden nicht nur *J. Mayer* bedauern wird (vgl. *MittBayNot* 1999, 274). Wer von Flurstücksnummern, Zuflurstücken und Veränderungsnachweisen noch nichts gehört hat, muss für halbwegs Äquivalentes jetzt zum Bengel/Simmerding („Grundbuch – Grundstück – Grenze“) greifen, der zufälligerweise im gleichen Verlag erscheint.

Außer dem Bearbeiter des Katasterwesens, *Manfred Wienhold*, ist auch *Peter Lichtenberger* aus dem Autorenkreis ausgeschieden. Sein Tod hat auch im Meikel Lücken hinterlassen. Zwar ist die Leistung von *Böttcher*, der die §§ 19 und 20 übernommen und völlig neu kommentiert hat, beeindruckend; die Luzidität des alten Meisters ist nun aber weitgehend überdeckt. *Kraiß* tat daher vielleicht nicht schlecht daran, bei § 28 seinen Namen unter die alte Kommentierung von *Lichtenberger* zu setzen, ohne viel zu verändern.

Neu hinzugekommen ist dafür *Herbert Grziwotz* mit einem Kapitel über öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschränkungen und Vorkaufsrechte. Der Forderung von *J. Mayer* (*MittBayNot* 1999, 275), diese Materie irgendwo zentral darzustellen, wurde damit Rechnung getragen. Meines Erachtens lohnt dieses Kapitel fast schon den Kauf des gesamten Kommentars, denn wenn man das, was hier von *Grziwotz* aufgeräumt präsentiert wird, selbst zusammensuchen wollte, käme man geraume Zeit zu nichts anderem mehr.

Vor allem ist man natürlich neugierig, ob man im Meikel die aktuellen grundbuchrechtlichen Probleme und Diskussionen wiederfindet. Das ist durchweg der Fall: Die – stichprobenartig herausgegriffenen – „Topthemen“ Wirksamkeitsvermerk bei Eigentumsvormerkungen (§ 18 GBV Rdnr. 6 a), Wiederbelebung einer erloschenen Eigentumsvormerkung (§ 12 GBV Rdnr. 28 ff., § 18 GBV Rdnr. 6 b), Grundbuchfähigkeit der GbR (§ 47 Rdnr. 179 ff.; § 15 GBV Rdnr. 30 a ff.), Beschlusskompetenz der Eigentümergemeinschaft und Öffnungsklauseln (Einleitung C 102 ff., C 128 ff.) sind allesamt aufgegriffen. Auf die auch im Verwaltungsverhältnis erforderliche Genehmigung der Aufsichtsbehörde bei Grundstückserwerben durch den Sozialversicherungsträger hat *Grziwotz* (Einleitung J 214) bereits vor dem jüngsten einschlägigen Urteil des BGH (*MittBayNot* 2004, 255) hingewiesen. Bei der Vollzugssperre wird der grundbuchverfahrensrechtliche Weg, die Bewilligung ausdrücklich noch nicht zu erklären, nunmehr noch nachdrücklicher vertreten (*Böttcher*, § 20 Rdnr. 14); der Rat, von dieser Methode bis zur ausdrücklichen höchstrichterlichen Anerkennung keinen

Gebrauch zu machen, könne nicht mehr gelten. Richtig so! Der Euro ist dagegen noch immer nicht überall angekommen; in Rdnr. 138 a. f. der Vorbemerkung zur GBV sind die Beispiele nach wie vor in DM.

Manchmal hätte man sich auch etwas mehr Ausführlichkeit gewünscht. Dass die inländische Zweigniederlassung einer ausländischen Handelsgesellschaft eintragungsfähig ist, wenn die Gesellschaft in Deutschland als rechtsfähig anerkannt werden muss, trifft zu; an dieser Stelle aber lediglich die Bemerkung hinzuzufügen, das Ganze sei nicht unproblematisch (*Ebeling*, § 15 GBV Rdnr. 25), wird der Dimension des Problems nicht gerecht. Im Übrigen ist der Vorwurf mangelnden Detailreichtums jedoch der letzte, den man dem Meikel machen würde, wo doch selbst die Frage erörtert wird, wie die ordnungsgemäße Vertretung der Conference on Jewish Material Claims against Germany, Inc. gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann (§ 29 B 61 ff.).

Das Problem scheint eher darin zu liegen, wie die Fülle an Information noch lesergerecht aufzubereiten ist. Das Stichwortverzeichnis trägt jedenfalls weniger dazu bei, als es sollte: Viele – im Text durchaus fett gedruckte – Schlagwörter tauchen überhaupt nicht auf (etwa: Duplexgarage, Öffnungsklausel, SOLUM-STAR); viele weisen nur auf eine Untergruppe der Fundstellen hin. So wird etwa bei „Realfolium“ nur die Kommentierung zur GBV erwähnt, nicht aber der lesenswerte geschichtliche Überblick von *Böhringer* in Einleitung A, und bei „Euro: Umstellung von DM auf Euro“ fehlt die entscheidende Rdnr. 27 zu § 11 GBV). Man ist dann darauf angewiesen, auf Verdacht hin die den Kommentierungen vorangestellten Übersichten zu durchsuchen, die jedoch ihrerseits die Stichwörter oft nicht enthalten. Die Integration des Sachregisters in den dritten Band macht die Arbeit ebenfalls nicht einfacher, da nun in der Regel zwei dicke Bücher auf dem Schreibtisch liegen. Warum hat man nicht den ersten beiden Bänden zusätzlich jeweils ein eigenes Register spendiert?

Auch die Konsistenz musste unter der Informationsfülle leiden. Die Grundbuchordnung von *Bauer/v. Oefele* habe ich in sieben verschiedenen Zitierweisen gefunden:

- (1) Bauer/von Oefele-Weber,
- (2) Bauer/v. Oefele-Weber,
- (3) Bauer/V. Oefele-Weber,
- (4) Bauer-v. Oefele-Weber,
- (5) Bauer-V. Oefele-Weber,
- (6) Weber in Bauer/v. Oefele,
- (7) Weber in Bauer/von Oefele.

Euro-Beträge werden im Text mal mit „EUR“, mal mit „Euro“ bezeichnet, noch dazu mit (gerade in der bei § 22 Rdnr. 14 anzutreffenden Fülle) sehr störenden Geviertstrichen nach jedem glatten Betrag, wobei man sich nicht einigen konnte, ob davor ein Komma (14 000,—) oder ein Punkt (18.—) stehen soll. Man verstehe mich nicht falsch: Natürlich kommt es auch beim Meikel in erster Linie auf den Inhalt an, und der ist fast immer untadelig. Ein Werk für knapp 800 € sollte jedoch nicht nur im Regal was hermachen (*J. Mayer*, MittBayNot 1999, 274), sondern auch, wenn man es aufschlägt. Dazu gehört, dass sich der erste Druckfehler nicht schon im vierten Wort des Vorworts findet und dass bei den Danksagungen die Namen ausgeschiedener Mitautoren korrekt geschrieben werden. Und dazu gehört auch, das „B“ nicht als Großbuchstaben zu missbrauchen („HARRO KRAISS“; in der Voraufgabe war die Welt wenigstens bei KRAISS noch in Ordnung).

Braucht man nun den neuen Meikel? Ehrlich gesagt, kommt man mit dem ohnehin unentbehrlichen Schöner/Stöber auch schon weit. Vieles findet man in dieser generösen Ausführlichkeit aber nur im Meikel. Und so ist es, wie bei allen Luxusgütern, gut möglich, dass man ihn, hat man sich einmal daran gewöhnt, doch nicht mehr hergeben will.

Notarassessor Dr. *Markus Krebs*, München

## Holzer/Kramer: Grundbuchrecht. 2. Aufl., Beck, 2004. 410 S., 32 €

Lehrbücher zum Grundbuchverfahrensrecht sind mittlerweile nicht mehr Mangelware, aber das Angebot ist noch überschaubar. Das liegt sicherlich auch am eher begrenzten Leserkreis, den v. a. die zahlenmäßig nicht so sehr große Gruppe der Rechtspflegeranwärter ausmacht; Universitätsstudenten oder Referendare werden sich wohl selten an solchen Titeln vergreifen. Dem steht auch gegenüber, dass die Verfasser der entsprechenden Werke zumeist ebenfalls „gelernte Rechtspfleger“ sind – anders jedoch beim vorliegenden Buch. Der ebenfalls mit einer Rechtspflegerausbildung und praktischen Erfahrungen als Grundbuchrechtspfleger ausgestattete Rezensent wird hier bereits ein wenig hellhörig. Die Erstauflage des Lehrbuchs wurde freilich insgesamt positiv aufgenommen, wenn auch einige deutliche Schwächen in den Besprechungen genannt wurden.

Hier muss bereits die negative Kritik beginnen. Die 2. Auflage enthält praktisch alle gravierenden Fehler der Erstauflage. Deren Rezensionen von *Böttcher* (Rpfleger 1995, 274) und *Kössinger* (MittBayNot 1996, 184 f.) nannten einige gewichtige Missgriffe der Verfasser – wie sich zeigt, im Wesentlichen

ohne Erfolg. Es ging dabei nicht um Petitessen, die bei einer Erstauflage lässlich sind, sondern um schwerwiegende dogmatische und wissenschaftliche Fehler und Widersprüchlichkeiten: z. B. die Grundbuchunrichtigkeit wegen zu besorgender Verwirrung infolge einer materiellrechtlich wirksamen (!) Vereinbarung (2. Teil Rdnr. 44), die Entbehrlichkeit der Bewilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, wenn kein Herrschvermerk eingetragen ist (4. Teil Rdnr. 141), die nach § 20 GBO nachzuweisende Einigung als eine von der Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB streng zu trennende „verfahrensrechtliche Erklärung“ (4. Teil Rdnr. 162), der Nachweis solcher „Eintragungsvoraussetzungen, die nicht von § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erfasst werden, [...] nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentlich beglaubigte Urkunde“ (4. Teil Rdnr. 201) und das Entstehen einer Grunddienstbarkeit, obwohl sich Einigung und Eintragung hinsichtlich des herrschenden Grundstücks nicht decken (7. Teil Rdnr. 327). Ich kann mich auch nicht *Kössingers* beschwichtigenden Worten anschließen, dass es sich bei der durchgängigen Bezeichnung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten als „beschränkt persönliche Dienstbarkeiten“ um einen Druckfehler handelt; vielmehr haben sämtliche Verwender (deren es im Übrigen leider viele, gar zu viele, gibt) des Wortes „beschränkt“ an-

stelle von „beschränkte“ entweder die Rechtsnatur der Rechte nach den §§ 1090 ff. BGB und das System der §§ 1018–1093 BGB nicht begriffen, oder sie stehen mit der deutschen Sprache auf Kriegsfuß – vielleicht kann ihnen die autopoietisch-omnipotente Rechtschreibkommission helfen und es verbieten, einem Hauptwort mehr als ein Attribut beizugeben?

Hinsichtlich des rechtlichen Gehörs will *Holzer* Art. 103 Abs. 1 GG unmittelbar angewendet wissen (3. Teil Rdnr. 22). Dass im Leitsatz von BVerfGE 101, 397 ff. das Gegenteil dessen steht, scheint ihn nicht zu beeindrucken, da diese Entscheidung nur in der Fußnote nachgereicht wird. Das ist mutig, wenn man nicht gleichzeitig feststellt, dass der Entscheidung das RPfLG in der Fassung vor dem 3. RPfLGÄndG vom 6. 8. 1998 (BGBl I, 2030) zugrunde liegt und sie nur insoweit Bedeutung besitzt (vgl. dazu *Dümig*, Rpfleger 2001, 469, 471 ff.; 2002, 556 ff.). Sehr unschön für ein Lehrbuch ist es, Begriffe zu benennen, die nicht dem typischen Sprachgebrauch entsprechen; so handelt der Verfasser von „der Verfahrensbeteiligung (bzw. Verfahrensfähigkeit) und der Grundbuchfähigkeit“ (3. Teil Rdnr. 26), meint aber damit die allgemein so bezeichnete Beteiligtenfähigkeit – das Pendant zur Parteifähigkeit im Zivilprozess –, während man unter Verfahrensfähigkeit gewöhnlich den Gegenbegriff zur Prozessfähigkeit versteht. Nicht sonderlich überzeugend ist die Behauptung, das Grundbuchamt sei deshalb nicht an Formulierungen im Antrag gebunden, weil es ansonsten gezwungen würde, die Eintragung vorzunehmen und dadurch das Grundbuch sehenden Auges unrichtig zu machen, also gegen das materielle Legalitätsprinzip zu verstoßen (4. Teil Rdnr. 16) – die dazu genannten Fundstellen belegen allein die Grundaussage der fehlenden Bindung des Grundbuchamts –; nähme man eine Bindung an, so müsste das Grundbuchamt im Fall eines unzulässigen Formulierungswunsches den Antrag eben insgesamt zurückweisen (ähnlich dem Erbscheinsverfahren). Die in der Praxis nicht seltene Vorgehensweise, dem Notar Vollmacht zur Abgabe notwendiger Erklärungen (Rangbestimmung, Abgabe von Identitätserklärungen und Bewilligungen sowie Entgegennahme und Mitteilung familien- oder vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungen usw., siehe dazu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 164, 185; *Reithmann*, MittBayNot 2001, 226 ff.) zu erteilen, von der er sodann in einer Eigenurkunde Gebrauch macht, wird schlicht unterdrückt und stattdessen auf die Erteilung einer Vollmacht an Notariatsbedienstete verwiesen (4. Teil Rdnr. 63); als vom Notar zulässigerweise abzugebende Erklärung wird nur der Nachtragsvermerk nach § 44 a Abs. 2 Satz 1, 2 BeurkG erwähnt.

Sowohl *Kössinger* als auch *Böttcher* haben in den erwähnten Besprechungen darauf hingewiesen, dass die Rechtsnatur der Bewilligung heute nicht mehr umstritten ist. Die weiterhin zu lesende gegenteilige Behauptung der Verfasser (4. Teil Rdnr. 95 – bei den Nachweisen zur verfahrensrechtlichen Lösung fehlt immer noch der Hinweis auf die grundlegenden Beiträge *Ertls* in der DNotZ aus den Jahren 1964 und 1967) beruht wohl auf der angeführten Dissertation *Grolles* aus dem Jahre 1989 (Die Eintragungsbewilligung: Ihre rechtsgeschichtliche Entwicklung nach preußischem Recht und Reichsgrundbuchrecht, Diss. Münster 1989), in der er dieser Frage vorwiegend unter historischen Gesichtspunkten nachgegangen ist. Das Werk vermochte es aber (zu Recht) nicht, die seinerzeit bereits abgeschlossene Diskussion wieder aufleben zu lassen.

Die Verfasser toben sich auf der eigenhändig angelegten Spielwiese des angeblichen Streits um die Abhilfe durch den Richter nach der Änderung des RPfLG durch das 3. RPfLG-ÄndG im vorliegenden Werk weiter aus (9. Teil Rdnr. 157 ff.).

*Kramer* ist mit seiner in der ZfIR 1999, 565 ff. vertretenen Ansicht jedoch zu Recht völlig isoliert geblieben (vgl. Bay-OblG, MittBayNot 1999, 561 ff.; ThürOLG, Rpfleger 2000, 210 f.; *Rellermeyer*, ZfIR 1999, 801 ff.; *Budde*, Rpfleger 1999, 513; *Hintzen*, EWIR 2000, 289 f.), was ihn nicht hinderte, das Scheinproblem recht ausführlich darzustellen. Autorenkollege *Holzer* hatte als Mitglied der Beschwerdekammer des LG Meiningen entsprechende Entscheidungen herbeigeführt (LG Meiningen, ZfIR 1999, 326 ff.; 2000, 583 ff.), aber das übergeordnete ThürOLG hat die Auffassung – zwar nicht im Rahmen einer weiteren Beschwerde gegen diese Entscheidungen, aber in anderen ihm vorgelegten Fällen dennoch – dezidiert abgelehnt (ThürOLG, a. a. O.). Auf KEHE/*Kuntze* (Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 75 GBO Rdnr. 4) kann sich *Kramer* jedenfalls nicht ernsthaft berufen, denn das 3. RPfLGÄndG wurde in der 5. Auflage des KEHE nicht vollständig eingearbeitet (vgl. auch das Vorwort), wie schon die Ausführungen *Herrmanns* in Rdnr. 62 zum § 18 GBO zeigen.

Neu hinzugekommen ist ein Teil zum Wohnungseigentumsrecht (11. Teil Rdnr. 1–49). Anhand dieser Erörterungen lässt sich schnell ein Überblick über das Thema gewinnen. Für den Lernenden wäre es allerdings schön gewesen, hätte man auch die zutreffende rechtliche Grundlage für die Eintragungsbedürftigkeit des Wohnungseigentums genannt, nämlich § 4 Abs. 1 bzw. § 8 Abs. 2 Satz 2 WEG (nicht § 7 Abs. 1 WEG, wie in Rdnr. 19 erwähnt). Man vermisst ferner in Rdnr. 22 den für Klausuren – das Buch versteht sich ja als Lernbuch zur Vorbereitung auf Grundbuchklausuren – sicherlich nicht uninteressanten Streit darüber, ob für die Begründung des Wohnungseigentums durch vertragliche Einräumung (§ 3 WEG) wegen des § 4 Abs. 2 Satz 1 WEG die Einigung analog § 20 GBO nachzuweisen ist (vgl. insoweit auch *Kössinger*, MittBayNot 1996, 184, zur Voraufgabe). Die Angabe in Rdnr. 46 (unter der Überschrift „Belastung des Wohnungseigentums“), dass „auf dem Grundstück“ auch nach Begründung des Wohnungseigentums „natürlich weiterhin ein subjektiv dingliches Recht bestellt werden“ könne, führt leicht zu Fehlschlüssen (als Beleg wird eine Fundstelle aus dem *Palandt* angegeben, in der aber festgestellt wird, dass das Grundstück *herrschendes* Grundstück sein kann), denn das Grundstück kann mit nahezu allen beschränkten dinglichen Rechten belastet werden.

Insgesamt ist doch zu sagen, dass es dem unkundigen Leser recht gut gelingen dürfte, sich mittels des Buches im Grundbuchverfahrensrecht fürs Erste zurechtzufinden. Dabei hilft insbesondere die ordentliche Systematisierung, die es auch erlaubt, sich die Materie anhand punktuellen Lesens näher zu bringen. Trotz der aufgezeigten Mängel findet man auch gelungene Darstellungen, die zu Recht manch verbreitete Lesart hinterfragen und stattdessen zutreffendere Deutungen zur Verfügung stellen, so z. B., wenn im 9. Teil (Rdnr. 52) festgestellt wird, dass die Beschwerde mit dem Ziel der Amtslöschung systematisch eben keinen Fall der beschränkten Beschwerde darstellt.

Einem kritischen Leser – wozu man wegen der Ausbildungsschwerpunkte insbesondere Rechtspflegeranwärter wird zählen können, die zudem infolge der Einweisung durch einen kompetenten Dozenten die notwendige Sensibilität und schnelle Rückfragemöglichkeiten besitzen –, der sich auch nicht scheut, Äußerungen zu überprüfen, die er für fragwürdig oder nicht nachvollziehbar hält, kann man das Lehrbuch sicherlich empfehlen. Bei demjenigen, der sich einfach nur schnell mit dem Rechtsgebiet bekannt machen möchte, könnten sich aufgrund der genannten Unzulänglichkeiten gewisse Verständnismängel einstellen. Nichtjuristen, also insbeson-

dere Notariatsangestellte, die mit dem Grundbuchverfahrensrecht einfach nur „umgehen“ wollen, dürften verhältnismäßig leicht über manchen Fehler hinwegsehen. Bedauerlich ist, dass es die Verfasser versäumt haben, die in den Besprechungen der Voraufgabe detailliert genannten schwerwiegenden

Fehler zu beseitigen, und auf diese Weise auch die Chance einer uneingeschränkten Empfehlung der Neuauflage des Titels verpassen.

Wiss. Mitarbeiter Dipl.-Rpf. *Michael Dümig*,  
Mainz/Lahnstein

**Ahrens: Dingliche Nutzungsrechte. E. Schmidt, 2004. 256 S., 39,80 €**

Dinglichen Nutzungsrechten begegnet man in der notariellen Praxis täglich in ihren Erscheinungsformen von Nießbrauch, Dienstbarkeiten und Wohnungsrechten (einschließlich des Dauerwohnrechts nach §§ 31 ff. WEG). Anders als etwa die wissenschaftlich fundierte Habilitationsschrift von *Schön* (Der Nießbrauch an Sachen, 1989) handelt es sich bei dem hier vorzustellenden Werk um eine Darstellung von Grundstrukturen und praktischen Erscheinungsformen dieser beschränkten dinglichen Rechte. Leider ist das Werk durch wiederholte Rechtschreibfehler (z. B. bereits im Vorwort) und – zum Teil sehr lange – vom eigentlichen Text nicht abgesetzte Zitate schlecht lesbar. Bisweilen stört auch die saloppe und von Wiederholungen geprägte Sprache (z. B. S. 175: Innerhalb von drei Zeilen findet sich dreimal die Wendung „es geht um ...“; S. 33 Rdnr. 21: im gleichen Satz zweimal „doch“; ähnlich S. 42 Rdnr. 37 und S. 150 Rdnr. 178: zweimal „hier“). Auch die Zitate sind nicht einheitlich: So wird die amtliche Sammlung des BayObLG z. T. mit vollständiger Jahreszahl („1979, 372“), dann wieder – auf der gleichen Seite (175) – mit zwei Dezimalstellen „90, 8“ wiedergegeben. Kritik muss auch sein, wenn in einem 2004 erscheinenden Werk der „Haegele/Schöner/Stöber“ in der 10. Aufl. 1993 und nicht als „Schöner/Stöber“, 12. Aufl. 2001, zitiert wird oder von „beschränkt persönlicher Dienstbarkeit“ statt „beschränkter persönlicher Dienstbarkeit“ die Rede ist. *Petzoldt* wird bei seiner Kommentierung des Nießbrauchs im Münchener Kommentar, 3. Aufl., in Rdnr. 36 einmal richtig, einige Zeilen später als „Petzoldt“ angegeben.

Inhaltlich beschreibt *Ahrens* die Nutzungsrechte als Rechte, die der Berechtigte positiv zum eigenen Gebrauch verwenden kann (S. 19). Zutreffend erscheint – im Hinblick auf die Dienstbarkeit in ihrer Erscheinungsform als Unterlassungsdienstbarkeit – das Merkmal der Duldungs- und Unterlassungspflicht des Eigentümers der belasteten Sache, wobei der Berechtigte kein Verwertungsrecht hat (*Staudinger/Mayer*, 13. Bearb. 2002, Vorbem. zu §§ 1018–1029 Rdnr. 2). Die Abgrenzung zwischen Nießbrauch und Dienstbarkeit ist manchmal nicht einfach. Sie erfolgt nach inzwischen h. M. nach formalen Kriterien (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1130, 1130 a und 1362; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rdnr. 12; *Staudinger/Mayer*, § 1018 Rdnr. 94 ff.). *Ahrens* stellt in Rdnr. 33 und 163 nur die h. M. – die seiner Meinung nach nicht formal abgrenzt – kurz dar, nimmt zu der Problematik aber selbst keine eigene Stellung. *Ahrens* bejaht zutreffend die Möglichkeit des Eigennießbrauchs ohne weitere Voraussetzungen wie etwa ein rechtliches Interesse (Rdnr. 17 ff.). Entgegen der ganz h. M. (dazu etwa *Schöner/Stöber*, Rdnr. 3608; *Everts*, ZEV 2004, 231 f.) soll die Grundstücksschenkung an einen Minderjährigen unter Nießbrauchsvorbehalt rechtlich nachteilhaft sein, da das mit dem Nießbrauch verbundene gesetzliche Schuldverhältnis sich einer Gesamtbilanz nicht unterordnen könne

(Rdnr. 36 f.). *Ahrens* übersieht hierbei, dass der Eigentümer – anders als der Nießbraucher – keine Leistungs- oder Verhaltenspflichten gegenüber dem Nießbraucher hat, die zu einem unmittelbaren rechtlichen Nachteil führen können. Die Frage, wie das neben dem dinglichen Recht bestehende gesetzliche Schuldverhältnis geändert werden kann, z. B. durch Vereinbarung abweichender Unterhaltungspflichten, wird nur beim Nießbrauch näher erörtert (Rdnr. 82); beim Wohnungsrecht fehlen in Rdnr. 250 entsprechende Ausführungen. *Ahrens* lässt Änderungen beim gesetzlichen Schuldverhältnis nur in „einzelnen Nuancen“ zu und behandelt alle weitergehenden Absprachen auf rein schuldrechtlicher Ebene, so dass etwa Absprachen über eine anderweitige Kosten- und Lastentragung bei einer Grundstücksveräußerung ausdrücklich vom Erwerber übernommen werden müssten (ähnlich in Rdnr. 212 zur Dienstbarkeit). Dies wäre nicht nur praxisfremd, sondern widerspricht auch gefestigter Auffassung in Literatur (grundlegend *Amann*, DNotZ 1989, 531 ff.; *Staudinger/Frank*, BGB, 13. Bearb. 2002, vor §§ 1030 Rdnr. 12 ff. und § 1041 Rdnr. 8; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, S. 260 ff., *Bauer/von Oefele*, GBO, AT III Rdnr. 488 ff.; einschränkend *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1253) und Rechtsprechung (BayObLG, DNotZ 1986, 151 zum Nießbrauch und DNotZ 1981, 124; 1989, 569 zum Wohnungsrecht). *Ahrens* behandelt auch den Unternehmensnießbrauch (Rdnr. 135 ff.) und den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen (Rdnr. 101 ff.). Bei letzterem vertritt *Ahrens* die m. E. zutreffende Auffassung, dass sich der Nießbrauch nicht auf die Mitverwaltungsrechte des Gesellschafters erstreckt, diese jedoch analog den Regeln über die Vollübertragung der Mitgliedschaft auf den Nießbraucher ganz oder teilweise übertragen werden können (Rdnr. 102; ebenso *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 611; *Staudinger/Frank*, Anh. zu §§ 1068 f. Rdnr. 71; offen gelassen in BGH, DNotZ 1999, 607). Im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH (Überseering, DNotZ 2003, 139) bejaht *Ahrens* zu Recht die Rechtsfähigkeit und damit auch die Nießbrauchsfähigkeit von Gesellschaften, die in einem EU-Mitgliedstaat gegründet wurden (Rdnr. 150). Steht der Nießbrauch einer BGB-Gesellschaft zu, ist unklar, ob der Nießbrauch mit dem Tod aller BGB-Gesellschafter erlischt oder – etwa bei erbrechtlichen Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag – weiter besteht. *Ahrens* lässt den Nießbrauch nur bei den verbleibenden Gesellschaftern fortbestehen (Rdnr. 155). Richtigerweise wird es darauf ankommen, ob nur die bei Nießbrauchsbestellung bestehenden Gesellschafter berechtigt sein sollten. Anderenfalls wird man im Hinblick auf die anerkannte Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft und die Möglichkeit eines Formwechsels in eine andere Gesellschaftsform das Erlöschen erst mit dem Erlöschen der Gesellschaft (§ 1061 Satz 2 BGB) annehmen können (*Schöner/Stöber*, Rdnr. 1370, 1197).

Bei den Dienstbarkeiten werden Wettbewerbsbeschränkungen ausführlich behandelt (Rdnr. 176 ff.). Nicht selten stellt sich – gerade bei älteren Dienstbarkeiten – die Frage der Änderung des durch sie gestatteten Nutzungsrahmens. In der

Darstellung hierzu (Rdnr. 174) fehlt leider ein Hinweis auf § 57 TKG (hierzu *Staudinger/Mayer*, Vorbem. zu §§ 1018–1029 Rdnr. 28). Dass neben einem Mietvertrag auch ein Wohnungsrecht über das gleiche Objekt vereinbart werden kann, ist nicht nur zivilrechtlich (BGH, DNotZ 1999, 500), sondern auch steuerrechtlich (BFH, RNotZ 2004, 276, 278) anerkannt. *Ahrens* bejaht zwar die Möglichkeit des Nebeneinanders beider Rechtsverhältnisse (Rdnr. 240). Dennoch sollte in der Praxis das Verhältnis der Rechte (z. B. durch eine Sicherungsabrede) geregelt werden (*Frank*, DNotZ 1999, 503 ff.). Nur

am Rande angesprochen ist die Frage, in welcher Weise der Sozialhilfeträger Zugriff auf ein Wohnungsrecht nehmen kann, was *Ahrens* zutreffend grundsätzlich verneint (Rdnr. 252).

Alles in allem gibt das Buch eine lesenswerte Übersicht über die dinglichen Nutzungsrechte. Mehr als im *Schöner/Stöber* oder den gängigen Kommentaren zur GBO oder dem BGB wird man aber nicht finden.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

### **Pajunk: Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung. Eine Untersuchung zur Form der Rechtsgeschäfte. Duncker & Humblot, 2002 (zugleich Diss. Göttingen, 2001). 247 S., 74 €**

Die von *Diederichsen* in Göttingen betreute Dissertation befasst sich mit einer modernen Sichtweise des Formzwangs bei Rechtsgeschäften am Beispiel der Auflassung. Abweichend von der ganz herrschenden Meinung (vgl. nur die Nachweise S. 43 Fn. 130 u. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 3324), begründet der Verfasser die Notwendigkeit der Beurkundung der Auflassung nicht nur verfahrensrechtlich, sondern sieht hierin ein materiell-rechtliches Wirksamkeitserfordernis. Anschließend an die Schilderung der Entstehungsgeschichte des § 925 BGB, der Darstellung der Rechtsprechung und der Kritik an der herrschenden Meinung entwickelt *Pajunk* ein System der Formen des BGB, in das sich die Auflassungsform problemlos einfügt. Materiell-rechtliche Formerfordernisse, die verfahrensrechtlichen Schutznormen des BeurkG und die grundbuchrechtlichen

Verfahrensvorschriften bilden ein in sich schlüssiges System, in dem die Beurkundung der Auflassung Schutz- und Sicherungsfunktionen erfüllt (S. 35, 109 ff., 137 ff. u. 154 ff.). Demgegenüber sind die im vierten Teil der Arbeit erörterten möglichen Einwände gegen diesen Ansatz, nämlich die Unwirksamkeit der Auflassung bei Verfahrensfehlern, die auch durch den Grundbuchvollzug nicht geheilt wird, wenig praktisch. Genannte Beispiele sind nämlich die fehlende und nicht nachgeholte Unterschrift des Notars und dessen persönliche Beteiligung.

Die Arbeit besticht durch ihre systematische Geschlossenheit und zwingt die herrschende Meinung zu einem Überdenken ihrer Position (ebenso *Lipp*, DNotZ 2003, 235, 236; vgl. auch *AnwK/Grziwotz*, BGB, § 925 Rdnr. 27). Im Vergleich dazu muten die gebetsmühlenartig gegen die Beurkundung der Auflassung wegen der  $\frac{5}{10}$ -Gebühr (§ 38 Abs. 2 Nr. 6 a KostO) vorgetragenen Einwände (so *Heinz*, RIW 2001, 928; ZNotP 2001, 460) wie Argumente aus der juristischen Steinzeit.

Notar Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regem

### **Frohmayer: Geschiedenentestament. Beck, 2004. 186 S., 26 €**

In der Bundesrepublik Deutschland nimmt die Zahl der Scheidungen immer noch stetig zu. Mit dem Willen vieler Geschiedenen, sich (auch) von Kindern aus einer inzwischen geschiedenen Ehe beerben zu lassen, geht jedoch die vielfach nicht bedachte Gefahr einher, dass der geschiedene Ehegatte über die Vermögenssorge für gemeinsame Kinder, jedenfalls aber über ein potenzielles Erb- oder Pflichtteilsrecht nach den gemeinsamen Kindern am Nachlass des geschiedenen Erblassers partizipiert. Hierauf angesprochen, fordern die Betroffenen fast immer eine rechtliche Gestaltung, um eine Teilhabe des geschiedenen Ehegatten und – eventuell noch weitergehend – dessen einseitiger Verwandten auszuschließen. Allerdings möchten sie hierbei typischerweise den eingesetzten Erben so wenig wie möglich beschränken. Der Autor untersucht mit seinem Werk die Frage, mit welchen erbrechtlichen Gestaltungsmitteln diese beiden Hauptregelungsziele eines Geschiedenentestaments umgesetzt werden können. Hierbei stellt er zwei Lösungswege in den Mittelpunkt seiner Überlegungen: die so genannte Nacherbenlösung (S. 16–108) und die so genannte Vermächtnislösung (S. 109–129).

Bei der Nacherbenlösung werden die Abkömmlinge aus der geschiedenen Ehe zu – gegebenenfalls aufschiebend bedingten – Vorerben eingesetzt; zu Nacherben werden Personen bestimmt, die nicht zu dem nach dem Regelungsziel des Geschiedenentestaments auszuschließenden Personenkreis gehören. Der Erblasser kann so dem Grunde nach verhindern, dass der geschiedene Ehegatte im Wege der Erbfolge oder über ein etwaiges Pflichtteilsrecht am Nachlass des Testierenden teilhat. Freilich ist es für den Testierenden nicht damit getan, eine bloße Vor- und Nacherbfolge anzuordnen. Dies verkennt der Autor nicht. Er handelt im Wesentlichen alle Gedankenschritte ab, die von einem Testamentsgestalter abstrakt zu bedenken sind, wenn er ein Geschiedenentestament auf Grundlage der Nacherbenlösung abfassen will. Hierzu gehören beispielsweise juristische Fragen zum Verhältnis von § 2102 Abs. 1 BGB, § 2069 BGB und § 2094 BGB (S. 19 ff.), Überlegungen zu den Anwartschaften eines Nacherben (S. 66 ff.) oder zur Anordnung einer Nacherbentestamentsvollstreckung gemäß § 2222 BGB (S. 91 ff.). Allerdings vermisst man eine praxisbezogene Gewichtung der Probleme. Darüber hinaus lässt der Autor den Leser mangels einführender Erörterungen öfter über die Relevanz der analysierten Fragestellung im Unklaren. Nicht selten geht diese Relevanz auch im Übermaß

lehrbuchartiger Ausführungen unter. So bedarf es zum Beispiel keiner ausufernden Darstellung der Sinnhaftigkeit einer Ersatznacherbeinsetzung; dass eine solche durch den Erblasser ausdrücklich getroffen werden kann, hätte nicht einmal in einer Fußnote erwähnt werden müssen (S. 32). Ferner gehört es zum Standard gut formulierter Verfügungen von Todes wegen, die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts auszuschließen; Ausführungen hierzu hätten wesentlich kürzer gefasst werden können (S. 66–80).

Interessant wird das Werk für den Experten erst, wenn der Autor die Gestaltungsmöglichkeiten untersucht, mit welchen ein geschiedener Erblasser seinen zu Vorerben eingesetzten Abkömmlingen aus der geschiedenen Ehe möglichst weitgehende Verfügungsfreiheit hinsichtlich seines Nachlasses verschaffen kann. Insofern vertritt der Autor mit beachtlichen Argumenten die These, der geschiedene Erblasser könne die gewillkürten Erben seines Vorerben zu Nacherben bestimmen; ein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB sei hierin nicht zu sehen (S. 44 ff.). Die These hat Charme: Der Vorerbe könnte wie ein Vollerbe die Erbfolge auch hinsichtlich des Nachlasses des geschiedenen Erblassers bestimmen. Allerdings muss auch der Autor einräumen, dass eine höchstrichterliche Entscheidung über eine solche Testamentsgestaltung aussteht. Weiter diskutiert der Autor, wie die mit der Nacherbfolge implizierten Verfügungsbeschränkungen zu Lebzeiten des Vorerben reduziert werden können. Allseits bekannt ist insofern die Möglichkeit, nach § 2136 BGB von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB zu befreien (S. 85 f.). Besonderer Erwähnung bedarf demgegenüber die Idee, den Vorerben mit einem aufschiebend bedingten Vorausvermächtnis hinsichtlich der Nachlassgegenstände zu bedenken, über die der Vorerbe unentgeltlich zu Gunsten anderer Personen als den auszuschließenden Personenkreis verfügt (S. 86–89). Im Hinblick auf den materiellen Gehalt des § 2136 BGB wird man eine solche Gestaltung allerdings nur hinsichtlich bestimmter einzelner Nachlassgegenstände für zulässig erachten können.

Anders ist die Gestaltung bei der Vermächtnislösung. Dort geht die Erbschaft des Erblassers an einen (oder mehrere) Vollerben. Um eine Teilhabe des geschiedenen Ehegatten (oder dessen einseitiger Verwandten) am Nachlass auszuschießen, ordnet der Erblasser ein Universalvermächtnis hinsichtlich aller Vermögensgegenstände an, die der Vollerbe aus dem Nachlass des Erblassers erworben hat; dieses Vermächtnis soll regelmäßig mit dem Ableben des Beschwerten anfallen. Mit dem Vermächtnis begünstigt werden Personen, die nicht dem auszuschließenden Personenkreis angehören. Mit Blick auf die §§ 2179, 160 Abs. 1 BGB wird man das Vermächtnis allerdings auf die Gegenstände aus dem Nachlassvermögen des Erblassers beschränken müssen, die sich beim Anfall des Vermächtnisses noch im Vermögen des Beschwerten befinden (S. 125). Vorteil der Vermächtnislösung gegenüber der Nacherbenlösung ist, dass die zu Vollerben eingesetzten Abkömmlinge aus der geschiedenen Ehe hinsichtlich des Nachlasses dinglich nicht beschränkt sind. Sie erfordert jedoch die Mitwirkung des Erbeserben – gegebenenfalls also des geschiedenen Ehegatten –, um das Vermächtnis zu erfüllen. Allein diese Konsequenz lässt die Vermächtnislösung wenig attraktiv erscheinen. Die argumentative Auseinandersetzung des Autors mit den beiden diskutierten Gestaltungsvorschlägen gerät dennoch zu kurz (S. 129–130).

Ein weiterer nicht zu vernachlässigender Aspekt des Geschiedenenentestaments ist die Vermögenssorge des geschiedenen Ehegatten über etwa noch minderjährige Kinder aus der geschiedenen Ehe (S. 131–148). Denn diese Vermögenssorge gibt dem geschiedenen Ehegatten eine Einflussmöglichkeit auf den Nachlass. Diesbezüglich zieht der Autor mit guten

Gründen die Möglichkeit des Entzugs des Verwaltungsrechts gemäß § 1638 der – in der Praxis wohl mehrheitlich verwendeten – Anordnung einer Testamentsvollstreckung nach § 2209 BGB vor (S. 148). Zu Recht weist der Autor nämlich darauf hin, dass sich das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers nicht auf die gesamte Rechtsstellung aus dem Erbrecht bezieht (vgl. § 2205 BGB). Deshalb kann der geschiedene Ehegatte über die Vermögenssorge für das minderjährige Kind den Testamentsvollstrecker kontrollieren (vgl. insbesondere §§ 2213, 2215 ff. BGB); ferner kann er – vorbehaltlich der familiengerichtlichen Genehmigung – ohne Zustimmung des Testamentsvollstreckers über den Erbteil eines minderjährigen Kindes verfügen. Beides lässt sich durch die familienrechtliche Anordnung nach § 1638 BGB vermeiden. Die dann erforderliche Ergänzungspflegschaft bringt gegenüber der Verwaltungstestamentvollstreckung keine Nachteile mit sich. Insbesondere steht es dem Erblasser auch hier frei, die Person des Ergänzungspflegers durch letztwillige Verfügung zu bestimmen (§§ 1909 Abs. 1 Satz 2, 1917 Abs. 1 BGB).

Im abschließenden Kapitel untersucht der Autor (etwas unpassend zum Buchtitel), welche Gestaltungsmöglichkeiten in einer Ehekrise vor der Scheidung zur Verfügung stehen, den Ehepartner von einer Teilhabe am Nachlass auszuschließen. Der Autor beschränkt sich diesbezüglich vor allem auf die Vorschrift des § 1933 Satz 1 BGB (S. 149–180), die für die notarielle Tätigkeit jedoch von eher untergeordneter Relevanz ist. Der für den Notarsbereich wesentlich bedeutsamere Pflichtteilsverzicht wird demgegenüber auf einer knappen halben Seite abgehandelt; der gegenseitige Erbverzicht wird lediglich in einem Nebensatz erwähnt. Das Kapitel richtet sich daher wohl mehr an die Rechtsanwaltschaft. Neue Ideen sind hierin gleichwohl nicht enthalten; der Autor schließt sich u. a. der Literaturmeinung an, die § 1933 Satz 1 BGB als verfassungswidrig ansieht (S. 170 ff.).

Das Werk ist in der Schriftenreihe des Deutschen Notarinstituts erschienen. Ziel der Schriftenreihe ist, praxisorientierte Untersuchungen zu notarrelevanten Rechtsfragen zu veröffentlichen. Dieser Zielsetzung wird das als Dissertation verfasste Werk nur selten gerecht. Zu oft ergeht sich der Autor in allgemeinen, lehrbuchartigen Ausführungen, die – gemessen am Gesamtumfang des Werks – zu gering auf die spezifische Problematik eines Geschiedenenentestaments eingehen. Daran ändert auch der Formulierungsvorschlag im Anhang nichts, zumal dieser nur auf der Nacherbenlösung, nicht aber auf der ebenfalls untersuchten Vermächtnislösung aufbaut. Stilistisch fällt die häufige Verwendung überflüssiger Füllwörter negativ auf. Es kommt hinzu, dass das Werk infolge des übermäßig verwendeten Gutachtenstils den Leser in die Zeit der Ersten Juristischen Staatsprüfung zurückversetzt. Vereinzelt schlampft der Autor auch in der juristischen Methodik: So ist beispielsweise ein „Verstoß“ gegen § 2087 BGB (S. 110) nicht denkbar, da die Vorschrift bloße Auslegungsregeln statuiert (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 62. Aufl., § 2087 Rdnr. 1 m. w. N.). Die Bildung von Beispielen oder die unverkürzte Mitteilung des Sachverhaltes diskutierter Gerichtsentscheidungen hätten manche Gedankengänge des Autors auf Anhieb verständlicher gemacht (z. B. S. 47 ff.).

Die angesprochenen Mängel mindern den Gesamteindruck des Werkes erheblich – ungeachtet der vorhandenen positiven Aspekte. Das Buch ist daher zur Anschaffung nur bedingt zu empfehlen. Vor allem demjenigen, der sich mit den Problemen eines Geschiedenenentestaments noch nicht eingehend befasst hat, wird ein umfassender Einblick in die Regelungserfordernisse gewährt. Dem Experten hingegen bietet das Werk nur wenig neue Erkenntnisse, die eine Anschaffung rechtfertigen.

Notarassessor *David König*, Eggenfelden

### **Haunschildt/Haunschildt: Erbschaft und Testament. 3., aktualisierte Aufl., LexisNexis ARD Orac, 2003. 204 S., 44 €**

1. Das anzuzeigende Buch behandelt Grundzüge des österreichischen materiellen Erbrechts, des Nachlassverfahrensrechts sowie des Erbschaftsteuerrechts. Sechs Checklisten und 36 Muster (u. a. zu einem Erbvertrag, einem Erbverzichtsvertrag sowie einer Schenkung auf den Todesfall) runden das Gesamtwerk ab und machen es für den deutschen Notar, der mit österreichischem Erbrecht befasst ist, zu einer wertvollen Hilfe. Die Anschaffung des Buches kann daher uneingeschränkt empfohlen werden. Einige Besonderheiten des österreichischen Erbrechts, die bei der erbrechtlichen Beratung aus der Sicht eines deutschen Notars (Verfügung von Todes wegen, Schenkung) eine Rolle spielen können, sollen im Folgenden unter Bezugnahme auf das anzuzeigende Werk, worauf sich auch die folgenden Seitenzahlen beziehen, kurz erläutert werden.

2. Gesetzliche Erben sind die Verwandten ehelicher und unehelicher Abstammung sowie der Ehegatte (S. 9 ff.). Neben Abkömmlingen erbt der Ehegatte  $\frac{1}{3}$ , neben Eltern und deren Abkömmlingen sowie neben Großeltern  $\frac{2}{3}$ . Die gesetzliche Erbfolge endet bei den Urgroßeltern; deren Abkömmlinge sind keine gesetzlichen Erben. Neben Urgroßeltern erbt der Ehegatte alleine. Sind weder erbberechtigte Verwandte noch ein Ehegatte vorhanden, so erbt der Staat. Zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehören die Abkömmlinge, Vorfahren (Eltern, Großeltern, Urgroßeltern) sowie der Ehegatte. Der Pflichtteil ist ein schuldrechtlicher Anspruch und beträgt (für Ehegatten und Abkömmlinge) die Hälfte des gesetzlichen Erbteils und für Vorfahren ein Drittel. Durch Verfügung von Todes wegen (S. 45) können ein Elternteil und seine Vorfahren den Pflichtteil des Kindes und seiner Nachkommen maximal auf die Hälfte reduzieren, wenn zwischen Elternteil und Kind zu keiner Zeit ein Naheverhältnis bestand, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht (§ 773 a ABGB). Dies ist der Fall, wenn der Elternteil über die Rolle als Unterhaltspflichtiger („Zahlvater“) nicht hinausgekommen ist (S. 44). Es kommt nur auf das fehlende Naheverhältnis zwischen dem Elternteil und dem Kind an. Daher können auch die Großeltern die Pflichtteilsminderung bei ihrem Enkelkind und dessen Abkömmlingen wirksam anordnen, wenn zwischen ihnen und dem Kind ein Naheverhältnis bestand (S. 44). Die Beweislast für das Fehlen eines Naheverhältnisses trifft den Pflichtteilsschuldner, und zwar nicht nur den Erben, sondern auch den Beschenkten (S. 44; s. auch OGH vom 24.11.1994, 2 Ob 581/94).

3. Auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder Ehegatten sind bei der Berechnung des Nachlasses Schenkungen des Erblassers zu berücksichtigen (§ 785 Abs. 1 Satz 1 ABGB; näher dazu *Stein*, Pflichtteilsergänzung im österreichischen Erbrecht, in: *Zehn Jahre Deutsches Notarinstitut*, Beiträge zur notariellen Praxis, 2003, S. 369 ff.). Auch die Zuwendung einer Lebensversicherung stellt eine anrechenbare Schenkung dar; der Anrechnung unterliegen nicht nur die eingezahlten Prämien, sondern auch die gesamte Versicherungssumme (S. 23; s. auch OGH vom 6.10.1997, 4 Ob 136/97x). Folgende Schenkungen bleiben bei der Pflichtteilsergänzung nach § 785 Abs. 3 ABGB unberücksichtigt (S. 23): Schenkungen, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens aus bloßen Erträgen macht, Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken, Pflicht- und Anstandsschenkungen sowie Schenkungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht worden sind

(Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen sind – anders als im deutschen Recht – unbefristet zu berücksichtigen; S. 23). Die zweijährige Frist beginnt mit Abschluss des Schenkungsvertrages, nicht erst mit der Erfüllung (S. 23). Eine Schenkung auf den Todesfall fällt in den Nachlass und wird beim Pflichtteilsanspruch berücksichtigt, selbst wenn der Schenkungsvertrag bereits länger als zwei Jahre vor dem Todesfall des Erblassers geschlossen wurde (S. 23). Nach ständiger Rechtsprechung des OGH (vom 15.3.1988, 5 Ob 558/87, vom 23.9.1994, 5 Ob 1565/94, vom 3.7.1995, 4 Ob 519/95, und vom 19.11.2002, 4 Ob 233/02x; vgl. auch S. 23) muss für die unbefristete Berücksichtigung von Schenkungen an eine pflichtteilsberechtigte Person der Beschenkte sowohl im Zeitpunkt der Schenkung als auch im Todeszeitpunkt des Erblassers pflichtteilsberechtigt sein. Ein Pflichtteilsverzicht des Beschenkten führt damit zur Anwendbarkeit des § 785 Abs. 3 BGB. In Extremfällen kann dem Beschenkten aber die Berufung auf die zweijährige Frist des § 785 Abs. 3 Satz 2 ABGB unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs versagt werden (S. 23; OGH vom 3.7.1995, 4 Ob 519/95). Von einem Rechtsmissbrauch ist auszugehen, wenn das unlautere Motiv der Rechtsausübung das/die lautere(n) Motiv(e) eindeutig überwiegt (OGH, SZ 60/281 = EvBl 1988/57). Der Schädigungszweck muss so augenscheinlich im Vordergrund stehen, dass andere Ziele der Rechtsausübung völlig in den Hintergrund treten. Die Beweislast trifft denjenigen, der sich auf einen Rechtsmissbrauch beruft, wobei selbst relativ geringe Zweifel am Rechtsmissbrauch zugunsten des Rechtsausübenden den Ausschlag geben (OGH vom 19.11.2002, 4 Ob 233/02x). Für die Beurteilung, ob ein nach der Rechtsordnung zustehendes Recht missbräuchlich in Anspruch genommen wird, kommt es auf die mit der Rechtsausübung verfolgten Ziele des Berechtigten an; die Beweggründe des Erblassers sind dagegen ohne Bedeutung (OGH, a. a. O.: die beschenkte Tochter hatte keine Kenntnis von dem nichtehelichen Kind des Erblassers).

4. Das österreichische Recht kennt auch das mündlich errichtete Testament (§ 585 ABGB). Ein solches Testament ist wirksam, wenn der Erblasser unter gleichzeitiger Anwesenheit von drei fähigen Testamentszeugen (vgl. §§ 591 ff. ABGB) seinen letzten Willen erklärt (S. 33 mit näheren Ausführungen). Ein solches Testament wird auch in Deutschland als formwirksam angesehen, wenn es von einem österreichischen Staatsangehörigen oder von einem Staatsangehörigen eines anderen Staates (auch von einem Deutschen) in Österreich errichtet wurde oder wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte (Art. 1 des Haager Testamentsformübereinkommens vom 5.10.1961; von dem Vorbehalt für mündliche Testamente nach Art. 10 des Übereinkommens hat der deutsche Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht).

5. Ehegatten können in der Form des gemeinschaftlichen Testamentes in einer Urkunde testieren. Die gesamte Verfügung muss von beiden Ehegatten eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden (S. 34). Eine Formerleichterung wie nach § 2265 BGB (eigenhändiges Schreiben der Verfügung durch einen Ehegatten und Mitunterschreiben durch den anderen Ehegatten) gilt in Österreich nicht. Jedoch wird ein in Deutschland nach den Formerleichterungen des § 2265 BGB errichtetes gemeinschaftliches Ehegattentestament auch in Österreich als formwirksam anerkannt (Art. 1 Buchstabe a des Haager Testamentsformübereinkommens vom 5.10.1961; dieses Abkommen gilt nach seinem Art. 4 auch für gemeinschaftliche Testamente). Die Verfügungen beider Ehegatten, die auch Zuwendungen an Dritte enthalten können, sind frei widerruflich (§ 1248 Satz 2 ABGB). Allerdings führt der

Widerruf der Erbeinsetzung des einen Ehepartners bei einem wechselbezüglichen Testament auch zur Unwirksamkeit der Erbeinsetzung durch den anderen Ehepartner (§ 1248 Satz 2 ABGB; s. auch S. 34).

6. Das Erbrecht enthält lediglich in § 602 ABGB eine Vorschrift zu den Erbverträgen; die eigentlichen Bestimmungen finden sich im Abschnitt über die Ehepakte (§§ 1249–1254 ABGB). Diejenigen Regelungen, für die das deutsche Recht den Ehevertrag vorsieht, nennt das österreichische Recht „Ehepakt“. Im „Ehevertrag“ österreichischen Rechts erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitig Beistand zu leisten (§ 44 ABGB). Ein Erbvertrag kann nur zwischen Ehegatten oder Brautleuten (unter der Bedingung der nachfolgenden Eheschließung) abgeschlossen werden (§ 602 Satz 1 ABGB). Der Erbvertrag kann nach § 1253 ABGB nur über  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses bindend abgeschlossen werden. Ehegatten können sich hinsichtlich des freien Viertels in dem Erbvertrag mit testamentarischer Wirkung (auch in der Form des gemeinschaftlichen Testaments) zu alleinigen Erben einsetzen (vgl. dazu das Muster 7 eines solchen Erbvertrags auf S. 182). Da es sich bei dem Erbvertrag um einen Ehepakt handelt, bedarf dieser nach § 1 Abs. 1 lit. a des Notariatsaktgesetzes der notariellen Beurkundung. Dies setzt die Mitwirkung eines Notars und zweier Zeugen voraus. Ein vor einem deutschen Notar (ohne Mitwirkung zweier Zeugen) beurkundeter Erbvertrag wird aber auch in Österreich als formwirksam anerkannt (vgl. § 8 IPRG; das Haager Testamentsformübereinkommen vom 5.10.1961 gilt nicht für Erbverträge).

7. Gehört eine in Österreich belegene Eigentumswohnung zwei natürlichen Personen in der Form der Eigentümerpartnerschaft im Sinne des § 13 des Wohnungseigentumsgesetzes 2002 (WEG), so geht der Anteil des erstverstorbenen Partners auf den überlebenden Partner kraft Gesetzes über (§ 14 Abs. 1 Ziff. 1 WEG). Zur Begründung einer Eigentümerpartnerschaft müssen die Partner Eigentümer je eines halben Mindestanteils („Anteil am Mindestanteil“) sein; ihre Anteile am Mindestanteil dürfen nicht verschieden belastet sein. Das Gleiche gilt, wenn ein Wohnungseigentümer einer anderen Person unter gleichzeitiger Begründung des gemeinsamen Wohnungseigentums den dazu erforderlichen Anteil am Mindestanteil überträgt (§ 13 WEG). Bei dem Erwerb nach § 14 Abs. 1 Ziff. 1 WEG handelt es sich um einen sondergesetzlich geregelten Eigentumsübergang außerhalb des erbrechtlichen Verlassenschaftsverfahrens (S. 15). Der überlebende Partner hat an den Nachlass die Hälfte des Verkehrswerts (§ 2 Abs. 2 Liegenschaftsbewertungsgesetz) des Mindestanteils als Übernahmepreis zu zahlen (§ 14 Abs. 2 WEG). Ist der überlebende Partner ein Pflichtteilsberechtigter und dient die Eigentumswohnung zur Befriedigung eines dringenden Wohnbedürfnisses, so hat er lediglich den übrigen Pflichtteilsberechtigten einen Betrag zu zahlen, der dem Pflichtteil vom Übernahmepreis entspricht (§ 14 Abs. 3 Satz 2 WEG). Das Verlassenschaftsgericht kann auf Antrag bestimmen, dass die Zahlungsverpflichtung in Raten gezahlt oder bis zu einem Zeitraum von fünf Jahren (gegen angemessene Verzinsung) gestundet wird (§ 14 Abs. 3 Satz 3 WEG). Die Wohnungseigentumspartner können durch schriftliche Vereinbarung dem Überlebenden die Zahlung des Übernahmepreises erlassen, sofern nicht die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigt werden (§ 14 Abs. 5 und 6 WEG; s. auch S. 15).

Die Partner können durch schriftliche Vereinbarung bestimmen, dass der Anteil des Verstorbenen am Mindestanteil und gemeinsamen Wohnungseigentum einer anderen natürlichen Person zukommt. Der durch eine solche Vereinbarung Begünstigte erwirbt durch den Erbfall nicht unmittelbar Eigentum am halben Mindestanteil, sondern erhält einen Anspruch auf dessen Übereignung (§ 14 Abs. 4 Satz 1 und 2 WEG). Für den Eigentumsübergang von Anteilen an Eigentümerpartnerschaften an österreichischen Eigentumswohnungen im Todesfall gelten im Wege der „Sonderanknüpfung“ die Vorschriften des österreichischen Wohnungseigentumsrechts unabhängig vom allgemeinen Erbstatut nach § 28 IPRG (OGH vom 8.10.1991, 5 Ob 86/91). Ein deutscher Staatsangehöriger, der Mitglied einer Eigentümerpartnerschaft im Sinne des § 13 WEG 2002 ist, wird demnach hinsichtlich seines Anteils nicht nach deutschem Erbrecht (§ 28 Abs. 1 IPRG, Art. 25 Abs. 1 EGBGB) beerbt. Aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts handelt es sich um eine „besondere Vorschrift“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 EGBGB („Einzelstatut bricht Gesamtstatut“).

8. Der Nachlass geht nicht bereits mit dem Tode ipso iure auf den oder die Erben über, sondern erst aufgrund eines gerichtlichen Einantwortungsbeschlusses (§ 797 ABGB). Der Erbe darf sich nicht einfach der Erbschaft bemächtigen, sondern muss seine Rechte im Verlassenschaftsverfahren geltend machen. Gleiches gilt für Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte. Die verfahrensrechtlichen Regelungen sind im Außerstreitgesetz aus dem Jahre 1854 (RGBI Nr. 208/1854) enthalten (dazu S. 65 ff.), welches der österreichische Gesetzgeber mit Wirkung ab dem 1.1.2005 (§ 199 Außerstreitgesetz n. F.) neu gefasst hat (verkündet im österreichischen Bundesgesetzblatt vom 12.12.2003, Teil I, S. 1551 ff.). Neben terminologischen Änderungen (Todesfallaufnahme, Erbantrittserklärung, Vermögenserklärung, erbloser Nachlass statt Todfallaufnahme, Erbserklärung, eidesstädtiges Vermögensbekenntnis und Heimfall) ist folgende inhaltliche Änderung hervorzuheben (vgl. dazu die Erläuterungen zum Außerstreitgesetz im Vorblatt): Die Klärung des „wahren Erbrechts“ soll nicht mehr außerhalb des Außerstreitverfahrens in der Erbrechtsklage (§§ 123 ff. des geltenden Außerstreitgesetzes, dazu S. 110 f.), sondern innerhalb des Verlassenschaftsverfahrens erfolgen; hier liegt ein Schwerpunkt der Reform. Wenn Erbantrittserklärungen von Erben einander widersprechen oder die Finanzprokurator eine den Erbantrittserklärungen widersprechende Erklärung abgibt (dies wird in der Regel daran liegen, dass die Finanzprokurator eine Testamentsungültigkeit oder das Vorliegen von Erbnwürdigkeitsgründen behauptet), hat zunächst der Gerichtskommissär darauf hinzuwirken, dass das Erbrecht zwischen den Parteien anerkannt wird (§ 160 Außerstreitgesetz n. F.). Misslingt der Einigungsversuch des Gerichtskommissärs, so ist der Akt dem Verlassenschaftsgericht vorzulegen, das nach §§ 161 ff. Außerstreitgesetz n. F. vorzugehen hat. Nach bisheriger Rechtslage musste das Verlassenschaftsgericht beim „Ausweichen in den Zivilprozess“ bestimmen, welcher Erbprätendent gegen den anderen als Kläger im streitigen Verfahren aufzutreten hat und binnen welcher Frist die Klage (negative Feststellungsklage, S. 110) zu erheben ist. In dem Verfahren außer Streitsachen besteht eine objektive Beweislast wie im Zivilprozess: Es unterliegt diejenige Partei, die die Tatsachen, aus denen sie Ansprüche ableitet (z. B. aus der Ungültigkeit eines Testaments), nicht beweisen kann.

Notar Dr. Dr. Ingo Ludwig, Völklingen

**Bauer: Soziologie und Erbrechtsreform. Giesecking, 2003. 232 S., 58 €**

In einer von Reformwut geprägten Zeit ist es um das Erbrecht bislang vergleichsweise ruhig geblieben. Dies darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass Diskussionen über eine Erbrechtsreform zwar weniger intensiv, jedoch sehr beständig geführt werden. Der Autor der hier zu besprechenden Schrift hat sich zum Ziel gesetzt, die soziologischen Grundlagen für eine Erbrechtsreform umfassend aufzuarbeiten. Die hierbei gesetzten Schwerpunkte macht der Untertitel der Arbeit deutlich: Die Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts im Spiegel von Demoskopie, Demographie und Rechtstatensachenforschung. Die Schrift, eine an der Universität Würzburg betreute Dissertation, gliedert sich in zwei Teile.

Im 1. Teil mit dem Titel „Demoskopie und Erbrechtsreform“ setzt sich *Bauer* mit der Frage auseinander, ob und inwieweit demoskopisch ermittelte Erkenntnisse als Grundlage für eine Reform des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts dienen können. Der Leser bekommt eine instruktive Einführung in Methoden empirischer Sozialforschung. Vorgestellt werden vor allem Techniken des Fragenstellens und des Interviews. Erstaunlich (und erschreckend) ist die von *Bauer* vermittelte Einsicht, wie dünn und unscharf die Linie zur Manipulation des Befragten ist. Auf Grundlage der solchermaßen gewonnenen Erkenntnisse analysiert *Bauer* zwei demoskopische Erhebungen zum Thema Erbrechtsreform. Besonders intensiv ist die Untersuchung zweier repräsentativer Umfragen zum Thema Erbrechtsreform, die 1970 und 1971 durch das Meinungsforschungsinstitut EMNID im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz durchgeführt wurde (vgl. den Bericht des damaligen Regierungsdirektors im Bundesjustizministerium *Stöcker*, FamRZ 1971, 609 ff.). Etwas knapper fällt die Auseinandersetzung mit einer Umfrage von *Freisitzer* für eine österreichische Erbrechtsreform aus (vgl. hierzu dessen Beitrag in FS Wilburg, 1975, S. 101 ff.). Vor allem die Analyse der von *Stöcker* betreuten Umfrage liest sich recht spannend, verdeutlicht sie doch die immensen Schwierigkeiten, sich der komplexen Materie des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts im Wege der Demoskopie zu nähern. So liegt ein Kernproblem dieser Umfragen nach Ansicht *Bauers* darin, dass die Befragten sowohl mit den geschilderten Sachverhalten als

auch mit den darauf aufbauenden Fragen überfordert werden. Anhand zahlreicher Beispiele weist *Bauer* ferner nach, dass einige Antwortvorgaben den Befragten in eine bestimmte Richtung steuern, sei es durch explizite oder implizite Antwortvorgaben (S. 38, S. 22) oder durch Suggestivformulierungen in der jeweiligen Frage (S. 45 f.). Die umfassende Kritik *Bauers* an beiden Umfragen überzeugt im Ergebnis; er hält sie als Grundlage für eine Reform für „schlichtweg unbrauchbar“ (S. 227).

Der 2. Teil der Abhandlung befasst sich mit dem Thema „Demographie und Erbrechtsreform“. Hier findet sich eine eingehende Darstellung gesellschaftlicher Entwicklungen, mit denen im Kontext einer etwaigen Erbrechtsreform sich auseinander zu setzen *Bauer* für notwendig erachtet. Schwerpunkte setzt er bei der Soziologie der Familie, der Ehe und des Alterns. Aus diesen Entwicklungen, die an anderer Stelle treffend als „widersprüchliche Mannigfaltigkeit“ gekennzeichnet wurden (*Lüscher*, ZEV 2004, 2 ff.), werden jeweils Auswirkungen auf die Erbrechtsreform abgeleitet. Dieser Teil bietet zwar keine umwerfend neuen, dafür vor allem hinsichtlich der Rechtstatsachenforschung besonders fundierte Erkenntnisse. Die von *Bauer* vermittelten Denkanstöße hinsichtlich zu reformierender erbrechtlicher Regelungen sind stets interessant und überraschen mitunter. So wird zum besseren Erhalt des bisherigen Lebensumfelds des überlebenden Ehegatten beispielsweise die Möglichkeit eines Vindikationslegats an der Ehwohnung diskutiert, letztlich gleichwohl abgelehnt (S. 213 ff.). Im Ergebnis geht es *Bauer* – ähnlich wie im 1. Teil – um die Vermittlung der Erkenntnis, wie komplex die soziologischen Zusammenhänge von Familie, Ehe und Altern sind und wie problematisch es daher ist, unmittelbare gesetzgebungstechnische Schlüsse aus diesen sehr dynamischen Entwicklungen in Bezug auf eine Erbrechtsreform zu ziehen.

Für die tägliche notarielle Praxis bietet die Schrift des Juristen und Diplomtheologen *Bauer* – dies dürfte bereits deutlich geworden sein – keine Hilfestellung. Die Lektüre ist hingegen jedem zu empfehlen, der sich für Rechtssoziologie im Allgemeinen, aber auch für Argumentationsmaterial zur Erbrechtsreform im Besonderen interessiert.

Notar Dr. *Benedikt Selbherr*, Hof

**Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 16., neu bearb. u. erw. Aufl., O. Schmidt, 2004. 1 515 S., 109 €**

Im klassischen Sinne angezeigt zu werden braucht er sicherlich nicht. Der mit dem GmbH-Recht befasste Jurist hat ihn längst griffbereit auf seinem Schreibtisch stehen, um ihn bei allen Zweifelsfragen zu Rate zu ziehen: den „Lutter/Hommelhoff“, der nunmehr in 16. Auflage mit Bearbeitungsstand 1.3.2004 vorliegt. Der Kommentar, der 1947 als ein schmales Bändchen mit dem Titel „Kleiner Scholz“ von *Franz Scholz* begründet wurde und seit der 13. Auflage als „Lutter/Hommelhoff“ firmiert, ist bei jedem Gesellschaftsrechtler bestens eingeführt. In der täglichen Arbeit erweist er sich als unentbehrlich; der erste Zugriff auf ein GmbH-rechtliches Problem führt gewöhnlich auch über den „Lutter/Hommelhoff“. In der Neuauflage präsentiert sich der Kommentar personell verstärkt. *Detlef Kleindiek*, der seit der Voraufgabe das Bilanzrecht betreut, hat die Kommentierung weiterer – bisher vor-

nehmlich von *Peter Hommelhoff* bearbeiteter – Teile übernommen. Mit *Walter Bayer*, der im Wesentlichen die Kommentierung des ersten und zweiten Abschnitts des GmbH-Gesetzes besorgt hat, konnte ein ausgewiesener Experte des deutschen und internationalen Konzernrechts als Mitautor gewonnen werden. Die Verfasser geben erstmals dem vielfachen Wunsch aus dem Benutzerkreis nach und zu erkennen, welcher Bearbeiter für welche Passagen verantwortlich zeichnet. Zu begrüßen ist auch, dass die Rechtsprechungs- und Literaturnachweise an vielen Stellen aus dem laufenden Text entfernt und in einen Fußnotenapparat ausgelagert wurden. Dadurch hat die Lesbarkeit der Kommentierung sehr gewonnen. Schrifttumshinweise zu Beginn der einzelnen Gliederungspunkte erleichtern dem Interessierten den Zugang zur weiterführenden Literatur.

Das GmbH-Recht ist seit einiger Zeit in dauerndem Umbruch. Ähnlich wie im Aktienrecht schreitet die Entwicklung in

rasendem Tempo voran, so dass man in Anlehnung an ein Diktum von *Wolfgang Zöllner* aus dem Jahr 1994 an eine „Kapitalgesellschaftsreform in Permanenz“ denken mag. In den vier Jahren seit dem Erscheinen der Voraufgabe waren es vor allem die Gerichte, die auf das GmbH-Recht eingewirkt haben. So hat der EuGH mit der Inspire-Art-Entscheidung der deutschen GmbH ausländische Konkurrenz auf eigenem Boden beschert und eine Reformdiskussion hinsichtlich Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung auf breiter Basis angestoßen. Der BGH hat in mehreren Grundsatzurteilen das GmbH-Recht entscheidend weiterentwickelt. Neben der lebhaften Rechtsprechung nehmen sich die gesetzgeberischen Änderungen etwa durch das NaStraG, das TransPuG und den Deutschen Corporate-Governance-Kodex, die alle das GmbH-Recht nur am Rande berühren, geradezu spärlich aus.

Im Recht des GmbH-Konzerns hat im Jahr 2001 ein Paradigmenwechsel stattgefunden, dem sich der Kommentar ausführlich widmet (§ 13 Rdnr. 15 ff.; Anh § 13 Rdnr. 26; § 30 Rdnr. 5 ff. und passim). Der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Zivilsenat des BGH hat nach literarischen Vorarbeiten seines Vorsitzenden *Röhrich* im Urteil Bremer Vulkan (BGHZ 149, 10) und zwei Folgeentscheidungen (BGHZ 150, 61; 151, 181) die (endgültige) Abkehr vom qualifiziert faktischen Konzern vollzogen. Der II. Senat hat diese Rechtsfigur, die er im Jahr 1985 mit dem Autokran-Urteil begründet und seither etwa mit dem TBB-Urteil weiterentwickelt hat, in letzter Zeit als Fehlentwicklung begriffen; folgerichtig hat er sie durch eine von den aktienrechtlichen Vorschriften abgekoppelte Durchgriffshaftung wegen Existenzgefährdung ersetzt, die gleichermaßen für alle Gesellschaften – abhängig oder unabhängig – gelten soll. Es liegt in der Natur der Sache, dass der BGH in den ersten Urteilen nicht alle Einzelheiten des neuen Haftungskonzepts klären konnte. Darum bemüht sich derzeit das Schrifttum in einer wahren Flut von Veröffentlichungen. Es wird weiterer höchstrichterlicher Entscheidungen bedürfen, um auszuloten, ob es sich als tragfähige Lösung erweist, dass nur Leitungsmaßnahmen, die über das operative Tagesgeschäft hinausgehen, als objektiv unzulässige Eingriffe in Betracht kommen können, ohne dass es der Intensität des Eingriffs als eigenständiges Korrektiv bedarf (§ 13 Rdnr. 16 a. E.).

Für viel Aufsehen hat die Judikatur zur Vorrats- und Mantelgründung gesorgt. Nach der Ansicht des BGH stellt nicht nur die erstmalige Ausstattung der Gesellschaft mit einem Unternehmen, sondern auch die Reaktivierung einer unternehmenslos gewordenen GmbH eine wirtschaftliche Neugründung mit Offenlegungspflichten gegenüber dem Registergericht dar. *Lutter/Hommelhoff* weisen zu Recht auf die praktischen Schwierigkeiten hin, die die trennscharfe Abgrenzung der wirtschaftlichen Neugründung einer unternehmenslosen Gesellschaft von einer nicht den Gründungsvorschriften unterfallenden Umstrukturierung mit sich bringen wird (§ 3 Rdnr. 19; gegen eine Prüfungspflicht des Registergerichts immer noch § 57 b Rdnr. 6). Hier wird es sich erst in einiger Zeit weisen, wie die Registergerichte mit den neuen Offenlegungen umgehen. Der teilweise erheblichen Kritik aus dem Schrifttum geben *Lutter/Hommelhoff* zu, dass der dogmatisch richtige Weg trotz der dezidierten Stellungnahme des BGH wohl noch nicht gefunden ist. Sie enthalten sich aber einer eindeutigen Aussage zu den in der Literatur vorgeschlagenen Haftungslösungen etwa wegen materieller Unterkapitalisierung oder als Differenzhaftung.

Mit vier Urteilen vom 18.3.2002 (NZG 2002, 522, 524, 636, 639) hat der BGH das Prinzip der wertmäßigen Deckung bei der Kapitalerhöhung der GmbH aufgegeben. Bei Gründung der GmbH hält er hingegen weiterhin ausdrücklich an dem Erfordernis der wertgleichen Deckung fest, weil dort an die

Vorgesellschaft geleistet wird und es besonderer Maßnahmen zur Gewährleistung einer ordnungsgemäßen Aufbringung des Stammkapitals bedarf. Der Beschränkung des BGH im Gründungsstadium auf wertneutrale Geschäfte treten *Lutter/Hommelhoff* überzeugend entgegen (§ 7 Rdnr. 20; § 8 Rdnr. 12). Die Sicherung des intakten Kapitals bei der Gründung sei Aufgabe der Vorbelastungshaftung, da das Merkmal der freien Verfügung nur die einmal korrekt durchgeführte Mitelaufbringung betrifft. Eventuelle Wertdifferenzen, die durch Verfügungen im Vorfeld der Gründung entstanden sind, seien durch bare Zuzahlungen auszugleichen.

Eine weitere wichtige Entscheidung des BGH zum Recht der Kapitalaufbringung und -erhaltung wertet die Kreditgewährung an Gesellschafter aus gebundenem Vermögen auch dann als verbotene Auszahlung im Sinne von § 30 GmbHG, wenn der Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft vollwertig ist (GmbHR 2004, 302; § 30 Rdnr. 35 a). In der Literatur wird diskutiert, ob die höchstrichterlich verschärften Anforderungen an die Erhaltung des Stammkapitals Auswirkungen auf die Konzerninnenfinanzierung und insbesondere auf die Zulässigkeit von Cash-Pooling-Systemen und Upstream-Besicherungen haben können. Während dies beim Cash-Pooling als eine zeitliche Verdichtung gegenseitiger Darlehensverträge wohl auf der Hand liegt, ist derzeit unsicher, ob der BGH bereits die Gewährung von Sicherheiten und nicht erst ihre Verwertung als Auszahlung im Sinne von § 30 GmbHG sieht. An dieser Stelle hätte man sich – über die gewohnt kenntnisreichen Ausführungen unter Rdnr. 30 ff. hinaus – eine ausführlichere Stellungnahme des Kommentars zu den möglichen Fernwirkungen der neuen BGH-Rechtsprechung auf die Praxis der Sicherheitenbestellung gewünscht.

In Abkehr von der in der Voraufgabe vertretenen Auffassung lehnt *Bayer* mit guten Gründen das Binnenhaftungsmodell des BGH in der Vorgesellschaft ab (§ 11 Rdnr. 15) und schließt sich dem in Teilen der Literatur favorisierten Konzept der unbeschränkten Außenhaftung an. Letzterem Haftungsprinzip ist zuzugeben, dass es nicht nur die bislang weitgehend ungesicherte Abgrenzung zu den Fallgruppen vermeidet, bei denen auch der BGH die Außenhaftung nicht durchhalten möchte (z. B. vermögenslose Vor-GmbH, Einpersonengesellschaft oder in der masselosen Insolvenz); zudem weist es den Gläubigern einen besseren Platz im „Regresskarussell“ (*Karsten Schmidt*) zu. Erfreulich ist auch die eindeutige Absage an Tendenzen in der Literatur, die Beurkundungsbedürftigkeit von Geschäftsanteilsabtretungen abzuschaffen (§ 15 Rdnr. 1).

Abschließend sei noch die Europäisierung des Gesellschaftsrechts als bedeutsame Entwicklung im GmbH-Recht seit der Voraufgabe erwähnt. Der EuGH hat in den Urteilen *Überseeing* und *Inspire Art* entschieden, dass jede Kapitalgesellschaft, die in einem EU-Mitgliedstaat gegründet wurde, ihren Geschäftssitz in jeden anderen Mitgliedstaat verlegen darf. Die neue Freizügigkeit wirkt sich allerdings nach herrschender Meinung derzeit nur für die Gesellschaften aus, die in Staaten gegründet werden, die der Gründungstheorie anhängen. Demgegenüber führt nach (noch) herrschender Sitztheorie die Verlegung des tatsächlichen Sitzes einer deutschen Gesellschaft in das EU-Ausland zu einem Entzug der Rechtsfähigkeit der deutschen Gesellschaft (§ 4 a Rdnr. 20 m. w. N.). *Lutter/Hommelhoff* setzen sich mit einem aus rechtspolitischer Sicht vorzugswürdigen Standpunkt an die Spitze der Rechtsentwicklung. Sie vertreten die Auffassung, dass auch für den Wegzug deutscher Gesellschaften in das Ausland von der Sitztheorie Abstand zu nehmen ist. Ein ausländischer Verwaltungssitz stehe weder der Registrierung einer deutschen Gesellschaft mit Satzungssitz im Inland generell entgegen

(Einleitung Rdnr. 37; § 4 a Rdnr. 21), noch bewirke eine spätere Verlegung des Verwaltungssitzes in das Ausland die zwingende Auflösung der Gesellschaft. Die deutsche Gesellschaft muss vom Zuzugsstaat als Gesellschaft deutschen Rechts behandelt werden – und dies unabhängig davon, ob er der Gründungs- oder Sitztheorie folgt.

Die Beispiele wesentlicher Überarbeitungstätigkeit ließen sich beinahe beliebig fortsetzen; bereits die wenigen herausgegriffenen Punkte mögen belegen, dass der „Lutter/Hommelhoff“ seiner Intention, die Aufgabe und Funktion jeder

wichtigen Norm des GmbH-Rechts deutlich zu machen und vor diesem Hintergrund Anstöße für neue Entwicklungen im GmbH-Recht zu geben, wieder einmal in hervorragender Weise gerecht wird. Wer sich über den Meinungsstand zu einem GmbH-rechtlichen Problem schnell und zuverlässig informieren oder sich in eine GmbH-rechtliche Fragestellung vertieft einarbeiten möchte, kommt an dem neuen „Lutter/Hommelhoff“ nicht vorbei.

Notarassessorin Dipl.-Kauffrau (Univ.)  
Andrea Lichtenwimmer, München

### **Tillmann/Winter: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht. 4. Aufl., O. Schmidt, 2004. 462 S., 54,80 €**

Ein Großteil aller zivilistischen Phantasie im rechtsberatenden Bereich wird durch das Steuerrecht veranlasst, konstatierte *Meincke* bereits im Jahr 1976. Der Einfluss des Steuerrechts tritt besonders deutlich im Gesellschaftsrecht hervor, wo ganze Rechtsinstitute wie das Konzernrecht, die GmbH & Co. KG oder die Betriebsaufspaltung vor dem Hintergrund des Steuerrechts entstanden sind. Zivilrechtler sind freilich gut beraten, ihrer juristischen Phantasie nur auf der Grundlage eines soliden steuerlichen Wissens freien Lauf zu lassen. Dabei ist der Zugang zum Steuerrecht für den in zivilrechtlichen Kategorien ausgebildeten Juristen alles andere als leicht. Monographien im Schnittpunkt von Zivil- und Steuerrecht, über die sich die steuerlichen Grundlagen systematischer erschließen ließen als durch problemorientierte Zeitschriftenbeiträge, sind dünn gesät. Umso verdienstvoller ist die Leistung des zu besprechenden Werks, das dem Leser Einblick in die grundlegenden Zusammenhänge von Steuerrecht und Zivilrecht für den Bereich der GmbH verschafft. In Format, Anspruch und Tiefgang ist der *Tillmann/Winter* längst einem bloßen GmbH-Praktikum entwachsen – lediglich der auf das Wesentliche reduzierte Fußnotenapparat erinnert an die Ursprünge –, was der Verlag in der nunmehr vorliegenden 4. Auflage auch im Titel nachvollzieht.

Dem hoch gesteckten Anspruch nach einer Verzahnung von Zivil- und Steuerrecht wird das praxisorientierte Werk in der Neuaufgabe, die erstmals unter Mitwirkung von Notar Dr. *Eckhard Wälzholz* entstanden ist, auf eindrucksvolle Weise gerecht. Aus der Seminarartigkeit der Autoren hervorgegangen, versteht es sich nicht als Gesamtdarstellung des Rechts der GmbH, sondern setzt bewusst und gezielt Schwerpunkte. Das Lehrbuch orientiert sich im Aufbau am Leben einer GmbH von der Gründung über die Kapitalbeschaffung bis zur Auflösung. Der Gestaltung des Geschäftsführervertrags und dem Recht der Einpersonen-Gesellschaft sind eigene Kapitel gewidmet. Die Ausführungen sind durchgängig gut strukturiert, wobei der gesellschaftsrechtliche Ausgangspunkt jeweils im Wechsel mit den steuerrechtlichen Auswirkungen dargestellt wird. Das Querlesen wird dadurch erleichtert, dass Fazit- und Resümeeabschnitte als so genannte Hinweise – vom Text optisch in grau unterlegten Kästen abgesetzt – prägnant Ergebnisse zusammenfassen. Die Diktion ist klar und schnörkellos, die intensive Verwendung von Verweisen auf andere Teile des Werkes dem linearen Lesefluss zwar eher abträglich, dem Verständnis von interdisziplinären Zusammenhängen – hat sich der Leser erst einmal auf die Konzeption eingelassen – jedoch sehr förderlich.

Der Intention des Lehrbuchs folgend, wird der Ziviljurist sein Augenmerk zunächst auf die steuerlichen Ausführungen richten. Als deren Kernstück erweist sich das von *Winter* bearbeitete Kapitel über die Besteuerung des Einkommens, das schon des bloßen Umfangs wegen Beachtung verdient, ist es doch auf über 150 Seiten – ein Drittel des Buches – angewachsen. Die gerade einmal 17 Druckseiten umfassende Darstellung der Beendigung der GmbH nimmt sich daneben geradezu schmal aus. *Winter* führt den Leser klar und kenntnisreich in die Grundprinzipien der Besteuerung von Gesellschaft und Gesellschaftern ein. Das Halbeinkünfteverfahren als das neue System der Einkommensbesteuerung von Kapitalgesellschaften wird ebenso ausführlich und zuverlässig dargestellt (Rdnr. 341 ff.) wie das für das Verständnis der steuerlichen Gewinnermittlung grundlegende Maßgeblichkeitsprinzip (Rdnr. 378 ff.). Dem Autor gelingt es vorbildlich, die ausufernde Kasuistik etwa zum Recht der verdeckten Gewinnausschüttung (Rdnr. 394 ff.) oder zum Begriff der wirtschaftlichen Identität im Sinne von § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG bei der steuerlichen Verlustnutzung (Rdnr. 491) zu systematisieren und auf die wesentlichen Strukturprinzipien zu reduzieren. Dies eröffnet auch dem steuerlich nicht vorgebildeten Leser den Zugang zu weiterführenden Fragestellungen und versetzt ihn in die Lage, Detailprobleme zukünftig selbständig zu verorten. Qualität und Kompetenz beweist die Aufnahme aktueller Gestaltungshinweise etwa zur Verlagerung positiver Einkunftsquellen des Gesellschafters auf eine Verlust-GmbH mit Hilfe von zinslosen Gesellschafterdarlehen (BFH, DB 2002, 125; Rdnr. 477) oder die tabellenhaften Zusammenstellungen der neuesten BFH-Rechtsprechung etwa zum personalen Substrat im Rahmen der Verlustabzugsbeschränkung des § 8 Abs. 4 KStG (Rdnr. 495 mit dem neuen Urteil des BFH zum mittelbaren Gesellschafterwechsel, BFH/NV 2003, 1672). Angesichts der Fülle an aufgearbeiteten Informationen erweist sich die mangelnde Erwähnung des aktuellen BMF-Schreibens vom 2.12.2003 (BStBl I, 628) zur ertragsteuerlichen Beurteilung des Forderungsverzichts gegen Besserungsschein als Quantité négligeable. Sehr lesenswert sind auch die grundlegenden Ausführungen zur steuerlichen Behandlung von Kapitalerträgen beim Gesellschafter aus der Beteiligung an der Gesellschaft und von Kapitalgewinnen und -verlusten.

Der positive Eindruck setzt sich in den anderen Teilen des Werkes fort. Neben den systematischen Erläuterungen kommen auch dort die für die Praxis unerlässlichen Einzelerkenntnisse nicht zu kurz. So ist im 6. Teil, der sich der Gestaltung des Geschäftsführervertrags widmet, bereits die aktuelle Rechtsprechung des BFH (DStR 2003, 1567) zu den erfolgsabhängigen Bezügen des Gesellschafter-Geschäftsführers berücksichtigt, mit der das Gericht von einer schematischen Anwendung der „75 % : 25 %“-Regel im Verhältnis der festen zu den erfolgsabhängigen Vergütungsbestandteilen abgeht

(Rdnr. 1031). Umsichtig und sorgfältig ist auch die vGA-Qualifikation einer Pensionszusage an einen beherrschenden Gesellschafter-Geschäftsführer dargestellt (Rdnr. 1047), soweit sich im Falle des vorzeitigen Ausscheidens der unverfallbare Anspruch und damit die Pensionsrückstellung unter Berücksichtigung des Diensteintritts errechnet (BMF-Schreiben vom 9.12.2002, GmbHR 2002, 1262; nunmehr bestätigt durch BFH, DStRE 2004, 273).

In den gesellschaftsrechtlichen Passagen waren – bedingt durch die rege Rechtsprechungstätigkeit seit der Voraufgabe – eine Vielzahl wichtiger Entscheidungen nachzutragen, die den Bedürfnissen der Praxis gemäß ausführlich dargestellt und für die Vertragsgestaltung aufbereitet werden. Pars pro toto sei die Subsidiärhaftung der Mitgesellschafter für schädliche Auszahlungen aus dem Haftungsfonds der GmbH nach § 31 Abs. 3 GmbHG genannt, die der BGH in zwei Entscheidungen summenmäßig auf die Höhe der Stammkapitalziffer begrenzt hat (BGHZ 150, 61; BGH, DStR 2003, 2128). Die strikte inhaltliche Selbstbeschränkung, die die Konzeption des Werkes den Verfassern (leider) auferlegt, führt dazu, dass bei dieser wichtigen Frage, um die seit beinahe 30 Jahren eine

lebhaftige Diskussion geführt wird, nur die geänderte Auffassung des BGH referiert werden kann, ohne die mit beachtlichen Gründen vertretenen Gegenauffassungen zu würdigen (Rdnr. 747). Auch die teilweise lebhaftige Kritik der Praxis an der neuen Rechtsprechung des BGH zur Offenlegung der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen GmbH-Mantels gegenüber dem Registergericht (BGH, DNotZ 2003, 951) konnte nur in den Grundzügen berücksichtigt werden (Rdnr. 91). Last but not least wird der Rechtsanwender großen Nutzen aus den gut aufbereiteten Übersichten zu aktuellen Schwerpunktproblemen ziehen, die den Streitstand durch klare Empfehlungen abrunden. Beispielhaft sei der detaillierte Ablaufplan zur Umwidmung einer verdeckten Sacheinlage genannt (Rdnr. 58).

Das Werk ist eine wirksame Remedur, um dem von *Knobbe-Keuk* beklagten Desinteresse der Handels- und Gesellschaftsrechtler am Unternehmensteuerrecht entgegenzuwirken. Es kann jedem in der Beratung von GmbH tätigen Juristen uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessorin Dipl.-Kauffrau (Univ.)  
*Andrea Lichtenwimmer*, München

#### **Haferland/Schmidt/Tiedtke: Praxis des Handels- und Kostenrechts. 4., überarb. u. wesentl. erw. Aufl., ZAP-Verlag, 2003. 696 S. + CD-ROM, 68 €**

Das von *Schmidt* und *Tiedtke* fortgeführte Buch liegt nunmehr in der vierten, stark erweiterten Auflage statt beim Elisabeth-Haferland-Verlag beim ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis vor. Die Autoren wollen dem Praktiker sowohl im Kostenrecht als auch für Handelsregisteranmeldungen eine Hilfe für den täglichen Gebrauch an die Hand geben und haben die bewährte Gliederung in Kostenrecht und Muster für Handelsregisteranmeldungen beibehalten. Gleichzeitig wurde diese Auflage wesentlich erweitert und mit einer CD-ROM versehen, die den schnellen Zugriff auf die umfangreiche Mustersammlung in Handelsregisteranmeldungen ermöglicht.

Positiv hervorzuheben ist die Tatsache, dass auch die Fälle erwähnt werden, in denen keine Handelsregisteranmeldung erforderlich ist, so dass dem Leser langes Suchen, ob dieser Fall nur nicht miterwähnt wurde, erspart bleibt. Auch hierin zeigt sich, dass die Zielstellung der Autoren, dieses Buch im Wesentlichen für den Praktiker zu schreiben, vollumfänglich erreicht wurde.

Neu aufgenommen im Kostenrechtsbereich wurden die auch für das deutsche Kostenrecht immer bedeutsameren Entscheidungen des EuGH (Fantask und Modelo sowie Gründerzentrum-Betriebs-GmbH) sowie die Rechtsprechungsübersicht deutscher Kostengerichte und die Runderlasse der einzelnen

Justizministerien. Schließlich wurde auch die Neuordnung der Handelsregistereintragungsgebühren durch das Handelsregistergebührenneuordnungsgesetz mit der Handelsregisterverordnung bereits berücksichtigt, so dass das Buch insgesamt auf dem neuesten Stand ist. Weiter wurden im Bereich der Handelsregisteranmeldungen neu aufgenommen:

- die Handelsregisteranmeldung von juristischen Personen nach § 33 HGB,
- gesellschaftliche Rahmenverträge wie Konsortialvertrag, Kooperationsvertrag, Poolvertrag und vorvertragliche Umwandlungsmaßnahmen,
- ein Muster für das Anschreiben an einen ausländischen Geschäftsführer mit Belehrung.

Damit wurde auch das Umfeld von Handelsregisteranmeldungen umfassend berücksichtigt. In der Handelsregisteranmeldung für die Kapitalerhöhung (Rdnr. 1165) befindet sich bereits die neue Formulierung der Geschäftsführerversicherung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass diese vollumfängliche Darstellung des Handelsregisteranmeldungs- und Kostenrechts angesichts der vielen Neuerungen und Erweiterungen auch Inhabern der 3. Auflage uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann. Das Buch muss den Vergleich mit anderen Musterbüchern zu Handelsregisteranmeldungen wie dem „Gustavus“ nicht scheuen.

Notarin *Monika Busse*, Mellrichstadt

#### **Merkt: Internationaler Unternehmenskauf. 2. Aufl., RWS-Verlag Kommunikationsforum, 2003. 365 S., 59 €**

Infolge einer zunehmenden Globalisierung der Wirtschaft gewinnen grenzüberschreitende Unternehmenskäufe an Bedeutung. Für viele Notare gehört der internationale Unter-

nehmenskauf, sei es aufgrund ausländischer Parteien oder wegen der Beteiligung von Anteilen an ausländischen Gesellschaften, zur Beratungspraxis. Wie bei anderen Rechtsgeschäften mit Auslandsberührung stellen sich auch bei derartigen Unternehmenskäufen besondere Probleme, die nicht nur rechtlicher Natur sind, sondern häufig auch auf den unterschiedlichen Hintergrund der Parteien zurückzuführen sind.

Das hier vorzustellende Werk widmet sich diesen Besonderheiten und schließt damit eine Lücke in der bereits zahlreich vorhandenen Literatur zu Unternehmenskäufen, die den Auslandsbezug eines Unternehmenskaufs oft nur stiefmütterlich behandelt.

Die Praxis internationaler Unternehmenskäufe ist stark von der angloamerikanischen Rechtskultur beeinflusst. Dies betrifft nicht nur die zum Teil über die Maßen hinaus ausführlichen und extensiven Vertragswerke oder die Dominanz englischsprachiger Begriffe, sondern auch die regelmäßige Zweiteilung des Unternehmenskaufs in den eigentlichen Kaufvertrag und einen zeitlich unter Umständen erheblich nachgelagerten Vollzug (sog. *closing*). Solchem „Rechtsimperialismus“ mag man durchaus kritisch gegenüberstehen; für die am Unternehmenskauf beteiligten Parteivertreter und Notare ergibt sich damit aber eine besondere Aufgabe: Denn neben der rechtlichen Beratung ist auch eine konzeptionelle und kulturelle Vermittlung zwischen den Parteien erforderlich. Entsprechend diesen Anforderungen besteht das Buch aus zwei Teilen: *Merkt* untersucht zunächst detailliert die Probleme des internationalen Unternehmenskaufs sowohl aus rechtlicher als auch aus verhandlungstechnischer Sicht, während in einem zweiten Teil – lediglich als Anhang bezeichnet – der Rechtsanwalt von *Teichmann* die Praxis der Verhandlungssituation und Vertragsgestaltung bei solchen Unternehmenstransaktionen beleuchtet.

Das Handbuch beginnt mit besonders hervorhebenswerten Ausführungen zur Bestimmung des maßgeblichen Vertragsstatuts bei einem internationalen Unternehmenskauf. Bei den rechtlichen Ausführungen wird, wie beinahe in der gesamten Darstellung, zwischen Unternehmenskäufen in Form eines Anteilskaufs (*share deal*) einerseits und dem Kauf von Wirtschaftsgütern (*asset deal*) andererseits unterschieden. *Merkt* weist auf die in der Praxis häufig verhandelte Frage der Rechtswahl und deren Auswirkungen auf die Vertragsgestaltung hin. Dabei werden umfangreich auch die Risiken der Verwendung von Rechtswahl- und Auslegungsklauseln, sog. *construction clauses*, sowie die Probleme bei einer fehlenden Rechtswahl durch die Parteien erörtert. Erwähnenswert sind auch die Ausführungen zu Vor- und Nachteilen des UN-Kaufrechts mit entsprechenden Formulierungsvorschlägen. Nicht anwendbar ist das UN-Kaufrecht allerdings auf den Kauf von Gesellschaftsanteilen.

Von besonderer Relevanz für die notarielle Tätigkeit sind die Ausführungen von *Merkt* zu Formerfordernissen und zum Zustandekommen von Unternehmenskaufverträgen. Aufgrund der als unverhältnismäßig empfundenen Kosten finden in der Praxis nach wie vor regelmäßig Beurkundungen von Anteilsübertragungen im Ausland statt. Der Autor setzt sich kritisch mit den unterschiedlichen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Meinungen auseinander und weist zu Recht darauf hin, dass die aus Kostengründen ins Ausland verlegte Beurkundung häufig nicht den gewünschten Effekt hat. So ist nach wie vor offen, ob nicht der von Schweizer Notaren bei solchen Beurkundungen üblicherweise verlangte vollständige Ausschluss der Notarhaftung die im Übrigen bestehende Gleichwertigkeit beseitigt. Eine unbefriedigende Ersatzlösung ist daher auch der Praktikertipp, sich – aufgrund der bestehenden rechtlichen Unsicherheiten der Anerkennung einer Auslandsbeurkundung – im Vertrag wechselseitig zur Wiederholung der Anteilsübertragung nach inländischem Formstatut zu bevollmächtigen.

Formprobleme stellen sich gleichfalls bei den in der Praxis verbreiteten vertraulichen Nebenabreden zum eigentlichen Kaufvertrag, sog. *side letters*. Diese stellen eine wesentliche Nebenabrede dar und führen bei Nichtbeachtung der Form zur Form-

nichtigkeit des gesamten Kaufvertrages. Ob allein aber die Beachtung der Formvorschrift auch für den *side letter* genügt, erscheint im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH zur Beurkundungsbedürftigkeit des Verknüpfungswillens bei zusammenhängenden Rechtsgeschäften offen. Zweifelhaft dürfte, wie *Merkt* zutreffend betont, auch die Vereinbarung eines separaten, liberalen Formstatuts für den *side letter* sein.

Auch bei einem Unternehmenskauf in Form des Kaufs von Wirtschaftsgütern sind Formvorschriften zu beachten. Häufig wird dabei die Vorschrift des § 311 b Abs. 3 BGB übersehen, der bei einer vollständigen Vermögensübertragung die notarielle Beurkundung verlangt. Besondere Bedeutung kommt dieser Regelung beim Kauf aus der Insolvenz des Verkäuferunternehmens und bei konzerninternen Übertragungen zu. Leider übersieht dies der Autor, der von einer ersatzlosen Streichung der Vorgängernorm des § 311 BGB a. F. durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ausgeht. Gleichwohl kann man über den Normzweck geteilter Meinung sein; de lege lata sollte im Zweifelsfall der sichere Weg der Beurkundung gewählt werden.

Der zweite Abschnitt des Handbuchs beschäftigt sich mit der Praxis internationaler Unternehmenskäufe. Ausgehend von dem besonderen angloamerikanischen Einfluss erläutert von *Teichmann* typische Verhandlungsabläufe und deren Einfluss auf den Vertragsaufbau. Dem zeitlichen Ablauf folgend beschreibt der Co-Autor die einzelnen Schritte solcher grenzüberschreitender Transaktionen, von der Vertraulichkeitsvereinbarung über den *letter of intent*, die *due diligence* bis hin zu Fragen typischer Beschaffenheits- und Haftungsklauseln (sog. *representations and warranties*). Regelmäßig wird ein internationaler Unternehmenskauf durch ein so genanntes *closing* abgeschlossen. Ein vergleichbares Verfahren kennt das deutsche Recht nicht, da in der Regel schuldrechtliches und dingliches Geschäft gemeinsam abgeschlossen und allenfalls unter entsprechende aufschiebende oder auflösende Bedingungen gestellt werden. Dennoch hat sich der englischsprachige Begriff auch im deutschen Sprachgebrauch eingebürgert. Darunter versteht man den Vollzug der beiderseitigen Vertragserfüllung durch Übergabe entsprechender Dokumente wie unterzeichnete Nebenabreden, Geschäftsführerbestellungen, Dienstverträge und erforderliche Anmeldungen zum Handelsregister.

Die Darstellung der komplexen Materie gelingt den Autoren außerordentlich gut. Derart komprimierte und flüssige Darstellungen, die nie den Bezug zur täglichen Praxis vermissen lassen, wünscht man sich häufiger. Kleinere Ungenauigkeiten können dem positiven Gesamteindruck nicht schaden. Neben vielen Praxisanregungen und Formulierungsvorschlägen ist insbesondere die leitsatzartige Zusammenfassung der relevanten Rechtsprechung gut gelungen, die ein Nachschlagen in den zahlreich angegebenen Fundstellen oftmals entbehrlich macht. Außer dem umfangreichen Literaturverzeichnis ist ferner auf eine länderbezogene Zusammenstellung der – teilweise auch deutschsprachigen Literatur – zu Unternehmenskäufen in insgesamt 36 Staaten hinzuweisen.

Für den mit internationalen Unternehmenskäufen regelmäßig beschäftigten Notar ist das Werk ein „Muss“. Auch den Kollegen, die selten mit solchen Vertragswerken beauftragt sind, kann das Werk nützliche Einblicke geben, die über den Bereich solcher Unternehmenstransaktionen hinausgehen. Die Botschaft der Autoren, dass bei einem Unternehmenskauf nicht nur rechtliche, sondern auch kulturelle und psychologische Probleme zwischen den Beteiligten zu berücksichtigen sind, ist für den Notar an sich nicht neu; sie gilt täglich auch bei Beurkundung anderer Vertragstypen.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, Landshut

**Lohner: Recht für Landwirte in Frage und Antwort. Ein Ratgeber für Alltag und Betriebspraxis. 3., überarb. Aufl., Ulmer, 2004. 235 S., 24,90 €**

*Lohner* bereitet in 610 Fragen und Antworten zahlreiche Themen aus dem landwirtschaftsrelevanten Recht auf. In fünf Teilen werden die Bereiche Privatrecht, Grundstückverkehrs- und Landpachtverkehrsgesetz, Verwaltungsrecht, landwirtschaftliche Sozialversicherung sowie Berufsausbildung und

Jugendarbeitsschutz dargestellt. Steuerrechtliche Fragen werden nicht behandelt. Für den Notar erscheint das Buch insbesondere wegen der über die klassische Notartätigkeit hinausgehenden Rechtsgebiete wie z. B. das Landpachtrecht, öffentliches Recht und Sozialversicherungsrecht interessant, zumal der Zugang durch zahlreiche Fallbeispiele und den Aufbau nach dem Frage-Antwort-Prinzip leicht und verständlich ist.

Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg

**Berger: Flotte Schreiben vom Amt. Eine Stilfibel. Heymanns, 2004. 104 S., 17,80 € (Broschur), 24,80 € (Hardcover)**

Nach h. M. leben wir in einer Dienstleistungsgesellschaft. Wohl deshalb steht auch der Notar in einem „Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Amt und freiem Beruf“ (*Löwer*, MittRhNotK 1998, 310). Darüber wird seit einiger Zeit viel diskutiert: Die einen berufen sich auf die „Kategorie des Amtes“, die anderen reden schon vom Mandanten als „Kunden“. Bei der Sprache aber sind sich alle wieder einig: Jedenfalls ihr soll Amtscharakter eignen. Wie ließe sich sonst erklären, dass trotz deutlicher Mahnungen (etwa *Schmuck*, Deutsch für Juristen; *Walter*, Kleine Stilkunde für Juristen) die Sprache der meisten Kollegen dem Normalbürger immer noch unverständlich bleibt?

Das dünne Buch mit seinem Beweis, dass vom Amt auch flotte Schreiben kommen können, ist daher nicht nur etwas für „Amtsnotare“, sondern erst recht für „Dienstleistungsnotare“. Der Autor hat das Amtsdeutsch aus den Schreiben des Landkreises Harburg verbannt und den Weg dahin in der kleinen Stilfibel aufgezeichnet. Sicher – im Urkundentext wird sich der Notar meist an eine strikte Terminologie und

damit ans Amtsdeutsch halten müssen. Die für die Außenwirkung ebenso wichtigen Schreiben an die Beteiligten aber, die lassen sich übersetzen (Fälligkeits- und Vollzugsmittelungen etwa). Wie das geht, kann man anhand der zahlreichen Vorher-Nachher-Beispiele aus dem Landkreis Harburg lernen (und am besten macht man sich dann gleich ans Umschreiben der eigenen Musterbriefe). Nimmt man die nützlichen Hinweise über die Briefgestaltung hinzu (vom idealen Aufbau über korrekte Anrede, Gruß und Unterschrift bis hin zur Typographie der „DIN 5008 und ihren Freunden“), rechtfertigt schon dies die Anschaffung, von den im ersten Teil formulierten „Regeln für den Kampf gegen das Amtsdeutsch“ ganz abgesehen (die man freilich so oder ähnlich auch bei *Schmuck*, *Schneider* oder *Reiners* lesen kann; hierzu MittBay-Not 2002, 516).

Kritisieren möchte ich nur die verwendete Schriftart: Die Rotis liest sich im Mengensatz, auch wenn sie vom Amt kommt, nicht flott, sondern holprig. Da ist sogar die in den Beispielsbriefen verwendete, amtsbekannte Arial noch besser. Im Übrigen aber ist das hier ein kleines, nettes Buch, das in seiner Hardcover-Variante auch gut als Geschenk taugt.

Notarassessor Dr. *Markus Krebs*, München

## RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 157, 242 (*Wegfall der Geschäftsgrundlage bei vom Plan abweichender Flächengröße eines herausgemessenen Grundstücks*)

**Ist bei dem Verkauf einer noch zu vermessenden Grundstücksfläche der Kaufgegenstand in der notariellen Urkunde sowohl durch eine bestimmte Grenzziehung in einem maßstabgerechten Plan als auch durch eine als ungefähr bezeichnete Flächenmaßangabe bestimmt, kommt die Anpassung oder Auflösung des Vertrags nach den Grundsätzen vom Fehlen der Geschäftsgrundlage in Betracht, wenn die Parteien bei Vertragsschluss übereinstimmend davon ausgingen, dass die Größe der zeichnerisch dargestellten Fläche in etwa der bezifferten Flächengröße entspricht und das Ergebnis der Vermessung davon wesentlich abweicht (Ergänzung zu Senat, Urt. v. 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013).**

BGH, Urteil vom 30.1.2004, V ZR 92/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 25.8.1992 erwarb der Kläger von der Beklagten eine noch zu vermessende Teilfläche von „geschätzten“ 4 000 m<sup>2</sup> eines 37 536 m<sup>2</sup> großen Grundstücks für „vorläufig“ 150.000 DM. Die Fläche ist in einem Lageplan, welcher der Vertragsurkunde beigelegt ist, mit den Buchstaben A bis H bezeichnet. Die Vermessung sollte von beiden Parteien gemeinsam veranlasst werden. Bei einer Abweichung der Größe der vermessenen Fläche von der geschätzten Größe sollte der Kaufpreis entsprechend angepasst werden. Der Kläger unterwarf sich wegen einer Zahlungsverpflichtung von 150.000 DM zuzüglich Zinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen.

Nach der Vermessung entstand ein Grundstück von 5 606 m<sup>2</sup>. Das entsprechende Grenzprotokoll wurde von dem Kläger unterzeichnet.

Der Kläger zahlte den Kaufpreis nicht. Die Beklagte leitete Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein.

Der Kläger meint, der Kaufvertrag sei unwirksam, weil die verkaufte Teilfläche nicht hinreichend bestimmt sei. Seiner Vollstreckungsabwehrklage hat das Landgericht lediglich hinsichtlich des 150.000 DM übersteigenden Kaufpreisteils stattgegeben. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde insgesamt für unzulässig erklärt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

## I.

Das Berufungsgericht meint, die Bezeichnung der Teilfläche in dem Kaufvertrag genüge nicht den Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit des Kaufgegenstands. Die tatsächliche Größe und die Lage der Fläche ließen sich nach den Zeichnungen in dem Lageplan nicht zweifelsfrei ermitteln. Aus dem Vorbringen der Parteien ergebe sich nicht, dass sie sich dieses Umstands bewusst und deshalb einig gewesen seien, dass die konkreten Grenzen erst später bestimmt werden sollten. Auch gebe es in dem Vertrag keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien den Umfang der von der Beklagten geschuldeten Leistung bewusst offen gelassen und insoweit die Bestimmung ihr oder einem Dritten überlassen hätten. Eine nachträgliche Vereinbarung über den konkreten Vertrags-

gegenstand hätten die Parteien nicht getroffen. Der Unterschrift des Klägers unter dem Grenzprotokoll komme für die Entscheidung keine rechtliche Bedeutung zu.

Das hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

## II.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Kaufvertrag nicht unwirksam; die verkaufte Grundstücksteilfläche ist hinreichend bestimmt.

a) Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass nach der Rechtsprechung des Senats ein Vertrag über den Verkauf einer noch zu vermessenden Teilfläche wirksam ist, wenn die Vertragsparteien Einigkeit über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabgerechten – Darstellung in einem der notariellen Kaufvertragsurkunde beigelegten Plan und über die spätere Konkretisierung der Fläche durch eine genaue Grenzziehung erzielt haben und dieser Wille in der Urkunde seinen Niederschlag gefunden hat (BGHZ 150, 334, 339 f.).

b) Jedoch meint es zu Unrecht, dass die Größe und Lage der verkauften Teilfläche in dem Kaufvertrag nicht ausreichend gekennzeichnet ist. Zwar haben die Parteien nichts zu dem Maßstab des Lageplans, der dem Kaufvertrag als Anlage beigelegt ist, vorgetragen; aber aus den in dem Lageplan eingetragenen Maßen lässt sich der Maßstab ermitteln. Da revisionsrechtlich zu Gunsten der Beklagten von einem maßstabgerechten Plan auszugehen ist, kann die Lage der Punkte A bis H anhand der Markierung des von den Parteien gewollten Grenzverlaufs in dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgelegten Plan, ihrer Entfernung zueinander und ihres Abstands zu den eingezeichneten Gebäuden bestimmt werden. Damit und mit dem orangefarbenen eingezeichneten Grenzverlauf haben die Parteien den Vertragsgegenstand hinreichend beschrieben. Auch waren sie sich, wie die Bestimmung über die gemeinsam zu veranlassende Vermessung zeigt, darüber einig, dass die genaue Grenzziehung entsprechend der zeichnerischen Darstellung später erfolgen sollte. Eine Vollmacht zur Anerkennung des amtlichen Messergebnisses hatten sie den Angestellten des beurkundenden Notars erteilt (unten 2 b).

c) Für ein von dem Berufungsgericht angesprochenes Leistungsbestimmungsrecht (§§ 315, 317 BGB) ist danach kein Raum.

2. Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus der Vertragsurkunde zulässig ist.

a) Der Kläger hat mit seiner Rücktrittserklärung zu erkennen gegeben, dass er sich von dem Vertrag lösen will. Zwar begründet der Umstand, dass die Beklagte dem Kläger kein Wegerecht verschafft hat, kein Rücktrittsrecht für ihn. Nach Ziff. 7.3 des Vertrags ist die Beklagte lediglich verpflichtet, den Kläger bei der Einräumung eines Wegerechts nach besten Kräften zu unterstützen. Dass sie das nicht getan hat, behauptet der Kläger zwar in der Berufungsinstanz; Beweis dafür hat er jedoch nicht angetreten. Aber der Rücktritt könnte unter dem Gesichtspunkt des Fehlens der Geschäftsgrundlage zur Auflösung des Vertrags führen.

b) Die Annahme, dass dann, wenn bei dem Verkauf einer noch nicht vermessenen Grundstücksfläche der Kaufgegenstand in der notariellen Urkunde sowohl durch eine bestimmte Grenzziehung in einem maßstabgerechten Plan als auch durch eine als ungefähr bezeichnete Flächenmaßangabe bestimmt wird, in der Regel der objektive Inhalt der Verkäufer- und der Käufererklärung dahin geht, dass bei Differenzen zwischen der angegebenen bezifferten und der angegebenen Grenzziehung entsprechenden umgrenzten Flächengröße die Bezifferung ohne Bedeutung und die Umgrenzung allein maßgeblich ist (Senat, Urt. v. 13.6.1980, V ZR 119/79, WM 1980, 1013), hat Bedeutung für die Ermittlung des Vertragsinhalts. Sie führt jedoch nicht dazu, dass sich die Parteien in allen Fällen einer Abweichung zwischen der bezifferten und der zeichnerisch dargestellten Flächengröße an dem (unveränderten) Vertrag festhalten lassen müssen. Ergibt sich aus ihm, dass sie übereinstimmend von einer bestimmten Größe der in dem Plan eingezeichneten Fläche ausgehen und nur eine prozentual bezifferte Abweichung nach der Vermessung tolerieren wollen, dann haben sie diese Flächengröße zur beiderseitigen Geschäftsgrundlage gemacht. So ist es hier. In Ziff. 8.1 haben die Parteien zwei Notariatsangestellte bevollmächtigt, nach Vorliegen des amtlichen Vermessungsergebnisses dieses bis zu einer maximalen Abweichung von 5 % als vertragsgemäß anzuerkennen. Wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, wurde diese Vollmacht zwar zum Vollzug des Vertrags im Grundbuch erteilt. Aber darin erschöpft sich ihre Bedeutung nicht. Hinsichtlich des Vertragsinhalts spiegelt sie wider, welche Flächengröße die Beklagte verkaufen und der Kläger kaufen wollte. Die Beschränkung der Vollmacht hat zur Folge, dass die Parteien bei einer größeren Abweichung selbst zusammenwirken und weitere Erklärungen abgeben müssen, um den Kaufvertrag zu vollziehen. Das zeigt, dass ihre gemeinsame Geschäftsgrundlage eine Größe der verkauften Teilfläche von 4 000 m<sup>2</sup> plus/minus 5 % war. Ergibt die entsprechend der zeichnerischen Darstellung erfolgte Vermessung eine größere Abweichung, fehlt es an der Geschäftsgrundlage. Der Vertrag ist entweder anzupassen oder – aufgrund der Rücktrittserklärung des Klägers – aufzulösen.

3. Die dafür erforderlichen Feststellungen muss das Berufungsgericht nachholen. Es muss aufklären, wie groß die zeichnerisch dargestellte Fläche tatsächlich ist. Falls sie der herausgemessenen Flächengröße (5 606 m<sup>2</sup>) entspricht, haben sich die Parteien über einen für ihre Willensbildung wesentlichen Umstand geirrt. In einem solchen Fall sind die Grundsätze über das Fehlen der Geschäftsgrundlage anwendbar (BGH, Urt. v. 13.11.1975, III ZR 106/72, NJW 1976, 565, 566). Bleibt die Flächengröße hingegen innerhalb der Vorstellung der Parteien, hat die Rücktrittserklärung des Klägers keine rechtlichen Folgen. Für diesen Fall weist der Senat darauf hin, dass sämtliche Voraussetzungen für die Fälligkeit des Kaufpreises erfüllt sind. Entgegen der Auffassung des Klägers wurde die Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB vom 4.10.1994 weder unter einer Bedingung noch vorläufig erteilt. Sie enthält lediglich rechtliche Hinweise auf die zusätzliche Notwendigkeit einer Teilungsgenehmigung nach § 8 BbgBO.

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu den Aufsatz von *Kanzleiter*, MittBayNot 2004, 401 (in diesem Heft).

2. BGB § 177 Abs. 2 Satz 1 (*Aufforderung zur Genehmigung bei mehreren Vertragspartnern des Vertretenen*)

**Sind bei einem durch einen vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrag mehrere Personen Vertragspartner des Vertretenen, so müssen sie, sofern sich aus ihrem Innenverhältnis nichts anderes ergibt, sämtlich an einer Aufforderung nach § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB mitwirken.**

(...)

BGH, Urteil vom 2.4.2004, V ZR 107/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger wenden sich gegen die Zwangsvollstreckung aus einem notariellen Kaufvertrag vom 25.6.1992, mit dem sie von der beklagten LPG i. L. verschiedene Gebäude (Lagerhallen, Garagen und Siloanlagen) erworben und sich wegen des Kaufpreises von 750.000 DM der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben.

Liquidatoren der Beklagten waren Rechtsanwalt B. und der Steuerberater E. Das Genossenschaftsregister wies diese als jeweils alleinvertretungsberechtigt aus. Der Vertrag vom 25.6.1992 wurde auf Seiten der Beklagten von H. P., handelnd als vollmachtloser Vertreter des Liquidators E., abgeschlossen. Nach Vertragsschluss leisteten die Kläger die ersten beiden Kaufpreistraten in Höhe von 75.000 DM und 150.000 DM an E., welcher sie an die Beklagte weiterleitete. Im August 2001 legte E. sein Amt als Liquidator nieder. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 2.5.2002 genehmigte der Liquidator B. den Vertrag für die Beklagte.

Wegen des Restkaufpreises von 525.000 DM hat die Beklagte im Dezember 2000 die Zwangsvollstreckung gegen die Kläger eingeleitet. Diese haben ihre Vollstreckungsgegenklage zunächst darauf gestützt, dass die Kaufpreisforderung der Beklagten durch weitere Zahlungen an E., für den sie die Gebäude nebst dazugehöriger Grundstücke als Treuhänder erworben hätten, erfüllt worden sei. Sie behaupten ferner, der Verkehrswert der Gebäude liege deutlich unter der Hälfte des Kaufpreises, so dass der Kaufvertrag sittenwidrig sei. Mit einem nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eingereichten Schriftsatz vom 17.4.2002 haben die Kläger außerdem geltend gemacht, der Kaufvertrag sei nach § 177 Abs. 2 BGB unwirksam, da E. mit Schreiben des Klägers zu 2 vom 8.9.1992 erfolglos zur Genehmigung des Vertrags aufgefordert worden sei. In der Revisionserwiderung berufen sich die Kläger zusätzlich auf einen Widerruf des Kaufvertrags nach § 178 BGB, den sie in ihrem Schriftsatz vom 17.4.2002, jedenfalls aber in ihrer Berufungsbegründung sehen und darauf stützen, dass der Kaufvertrag auch der Genehmigung des Liquidators B. bedurft habe, weil die Liquidatoren nur zur Gesamtvertretung berechtigt gewesen seien.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

2. Erfolg hat die Revision indessen, soweit sie die Anwendung materiellen Rechts betrifft. Die – sowohl für den Erfolg der Vollstreckungsgegenklage als auch für die Abweisung der Widerklage maßgebliche – Auffassung des Berufungsgerichts, der Kaufvertrag sei mangels fristgerecht erteilter Genehmigung des Liquidators E. nach § 177 Abs. 2 BGB unwirksam, wird von seinen Feststellungen nicht getragen.

a) Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine fehlende Genehmigung der von P. abgegebenen Erklärungen durch E. im Fall einer wirksamen Aufforderung der Kläger nach § 177 Abs. 2 BGB dazu geführt hätte, dass der Kaufvertrag nicht zustande gekommen wäre. Nach Fristablauf hätte die Genehmigung als endgültig verweigert gegolten (§ 177 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 BGB). Die bis dahin schwebende Unwirksamkeit des Kaufvertrags hätte sich in eine endgültige, keiner nachträglichen Genehmigung mehr zugängliche Unwirksamkeit umgewandelt. Der hilfs-

weise vorgetragene Einwand der Revision, der Kaufvertrag sei spätestens durch die von B. erteilte Genehmigung vom 2.5.2002 wirksam geworden, könnte dann keinen Erfolg haben, ohne dass es noch darauf ankäme, ob die Liquidatoren ursprünglich zur Einzelvertretung oder lediglich zur Gesamtvertretung befugt waren.

b) Jedoch konnte das Berufungsgericht allein auf der Grundlage des Schreibens des Klägers zu 2 vom 8.9.1992 nicht davon ausgehen, dass E. wirksam zur Erteilung der Genehmigung im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB aufgefordert worden ist.

Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift obliegt die Zuständigkeit zur Aufforderung dem „anderen Teil“, also dem Vertragsgegner des Vertretenen. Besteht er aus mehreren Personen, so müssen diese sämtlich an der Aufforderung mitwirken, wenn sich nicht aus deren Innenverhältnis, beispielsweise aufgrund bestehender Vertretungsmacht, etwas anderes ergibt (so zu dem in § 1829 Abs. 2 BGB geregelten Parallelfall der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung KGJ 36, A 160; *Damrau/Zimmermann*, Betreuungsrecht, 3. Aufl., § 1829 Rdnr. 19; *Erman/Holzhauser*, BGB, 10. Aufl., § 1829 Rdnr. 7; *Münch-KommBGB/Wagenitz*, 4. Aufl., § 1829 Rdnr. 27; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1829 Rdnr. 14; *Staudinger/Engler*, BGB [1999], § 1829 Rdnr. 35; *Dölle*, Familienrecht, S. 800; *Huken*, DNotZ 1966, 388, 392 f.; vgl. im Übrigen zur Zuständigkeit einer Erbengemeinschaft bei der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nach § 326 BGB a. F. Senat, BGHZ 143, 41, 45).

Aus dem Innenverhältnis der Kläger ergeben sich keine Umstände, die eine Mitwirkung der Klägerin zu 1 an der Aufforderung verzichtbar erscheinen lassen. Die Kläger wollten die vertragsgegenständlichen Gebäude zu Miteigentum erwerben. Damit stand ihnen auch der im Kaufvertrag begründete Übereignungsanspruch gem. §§ 432, 741 BGB in Bruchteilsgemeinschaft zu (BGH, Urt. v. 3.11.1983, IX ZR 104/82, NJW 1984, 795, 796; BayObLGZ 1992, 131, 136; *Münch-KommBGB/K. Schmidt*, § 741 Rdnr. 20; vgl. im Übrigen zu „Hausherstellungsverträgen“ BGHZ 94, 117, 119). Nach den für die Bruchteilsgemeinschaft maßgeblichen Regeln war die Mitwirkung der Klägerin zu 1 erforderlich, da die Aufforderung nach § 177 Abs. 2 BGB eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand darstellt (*Huken*, a. a. O.; zur Fristsetzung nach § 326 BGB a. F. vgl. Senat, BGHZ 143, 41, 45; BGHZ 114, 360, 366), eine solche aber nur durch die Teilnehmer gemeinschaftlich erfolgen kann (§ 747 Satz 2 BGB). Nur eine gemeinschaftliche Zuständigkeit steht im Übrigen auch im Einklang mit dem Rechtsgedanken des § 356 BGB a. F. (§ 351 BGB n. F.), der im Falle des Rücktrittsrechts die Kompetenz zur Auflösung des Vertrags ebenfalls der Gesamtheit der Mitglieder einer Vertragspartei zuordnet (vgl. KG, a. a. O.). Enthält das Aufforderungsschreiben des Klägers zu 2 somit keine wirksame Aufforderung im Sinne des § 177 Abs. 2 BGB, kommt es auf das Bestreiten des Zugangs dieses Schreibens durch die Beklagte nicht an. (...)

3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Revisionsrweiterung, der Kaufvertrag sei nach § 178 BGB aufgelöst worden, weil er der Genehmigung beider Liquidatoren bedürftig habe und vor der Genehmigung durch den Liquidator B. von den Klägern widerrufen worden sei. Dabei bedarf es auch in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung, ob die Liquidatoren der Beklagten nur gesamtvertretungsberechtigt waren. Im Fall der Gesamtvertretung reicht es aus, dass ein Vertreter

bei Abschluss des Rechtsgeschäfts für den Vertretenen formgerecht mitgewirkt und der andere Gesamtvertreter das Geschäft nachträglich formlos genehmigt hat, sofern der erste Vertreter im Zeitpunkt der Genehmigung noch an seiner Willenserklärung festhält (BGH, Urt. v. 16.11.1987, II ZR 92/87, NJW 1988, 1199, 1200; Urt. v. 14.6.1976, III ZR 105/74, WM 1976, 1053, 1054; Urt. v. 10.3.1959, VIII ZR 44/58, LM § 164 Nr. 15).

Nach diesen Grundsätzen scheidet eine Vertragsauflösung gemäß § 178 BGB jedenfalls daran, dass der Kaufvertrag zum Zeitpunkt eines möglichen Widerrufs, den die Kläger entweder im Schriftsatz vom 17.4.2002 oder aber spätestens in der Berufungsbegründung vom 19.7.2002 sehen, durch den zweiten Liquidator B. bereits genehmigt und damit wirksam zustande gekommen war. Eine konkludente Genehmigung durch B. könnte bereits in den von der Beklagten unter seiner Mitwirkung Ende 2000 eingeleiteten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen die Kläger liegen; spätestens ist sie für die Kläger im Rahmen der von ihnen mit der Klageschrift eingereichten vorprozessualen Korrespondenz zwischen ihrem Prozessbevollmächtigten und B. deutlich geworden. Anhaltspunkte dafür, dass E., der damals noch Liquidator der Beklagten war, im Zeitpunkt der Genehmigung an dem Kaufvertragsabschluss nicht mehr festhielt, sind von dem Berufungsgericht nicht festgestellt worden.

3. Ges. über das Erlöschen der Familienfideikommisses usw. § § 1, 2 (*Auflösung eines Familienfideikommisses*)

**Zur Unterscheidung zwischen einem Familienfideikommiss und einer Familienstiftung.**

**Die Bezeichnung „Stiftung“ steht der Annahme eines Fideikommisses nicht entgegen.**

**Die Möglichkeit, einen Familienfideikommiss zu errichten, ist vor dem Bayer. Fideikommissedikte von 1818 nicht auf adelige Familien beschränkt.**

**Zur Auflösung eines Familienfideikommisses. (Leitsätze des Einsenders)**

OLG München – Fideikommisssenat –, Beschluss vom 30.4.2004, FS I; mitgeteilt von Notar *Franz Edler von Koch*, Ingolstadt

Das Grundbuch enthält in Abteilung I – Eigentümer – folgende Eintragung: „Die K'sche Jahrtagsstiftung (Eigentümerin seit unfürdenklicher Zeit mit der Maßgabe, dass die Nutzung zusteht dem jeweils ältesten Angehörigen bzw. Nachkommen der K'schen Familie)“. Der Bevollmächtigte der Antragsteller beantragte, einen Fideikommissauflösungsschein folgenden Inhalts auszustellen: „Es wird festgestellt, dass es sich bei dem als K'sche Jahrtagsstiftung im Grundbuch vorgetragenen Vermögen richtig um einen Fideikommiss handelt. Dieser Fideikommiss ist seit 1.1.1939 kraft Gesetzes aufgelöst und erloschen. Eigentümer des vorgetragenen Grundbesitzes ist mit Auflösung des Familienfideikommisses Herr V., verstorben 1952, geworden.“

Der Antrag wird im Wesentlichen wie folgt begründet:

Bei dem Vermögen handele es sich entgegen der Bezeichnung im Grundbuch nicht um eine „Familienstiftung“, sondern um einen Fideikommiss. Dieser sei nach § 1 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisses und sonstiger gebundener Vermögen kraft Gesetzes am 1.1.1939 erloschen. Gemäß § 2 dieses Gesetzes sei das Fideikommissvermögen freies Vermögen des letzten Fideikommissbesitzers geworden. Am 1.1.1939 sei Herr V. Fideikommissbesitzer gewesen.

Der Bevollmächtigte der Antragsteller hat Versicherungen an Eides Statt dafür vorgelegt, dass Herr V. zum 1.1.1939 Fideikommissbesitzer gewesen sei. Der Fideikommissenat des Oberlandesgerichts München hat die beim Stadtarchiv ermittelten Unterlagen zur K'schen Jahrtagsstiftung beigezogen und transkribieren lassen. Anfragen beim Vermessungsamt, beim Staatsarchiv und beim Bayerischen Hauptstaatsarchiv haben ergeben, dass dort keine Akten zur K'schen Jahrtagsstiftung vorhanden sind. Die Stiftungsaufsicht hat mitgeteilt, dass ihr keine Erkenntnisse über die K'sche Jahrtagsstiftung vorliegen.

Aus den Gründen:

(...)

## II.

1. Feststellung, dass es sich bei der K'schen Jahrtagsstiftung um einen aufgelösten Familienfideikommiss handelt

a) Die Zuständigkeit des Fideikommissenats des Oberlandesgerichts München für die beantragte Feststellung ergibt sich aus § 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938 (RGBl I, 825) in Verbindung mit § 30 Abs. 1 der Durchführungsverordnung vom 20.3.1939 (RGBl I, 509) und § 2 Abs. 1 des Bayerischen Gesetzes über die Zuständigkeit und das Verfahren in Fideikommiss- und Stiftungssachen vom 22.10.1948 (GVBl 1948, S. 241).

b) Nach den durchgeführten Ermittlungen ist der Senat der Überzeugung, dass es sich bei der K'schen Jahrtagsstiftung nicht um eine Familienstiftung, sondern um einen – nach § 1 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938 mit Beginn des 1.1.1939 aufgelösten – Familienfideikommiss handelt.

aa) Es ist davon auszugehen, dass die K'sche Jahrtagsstiftung ein unveräußerliches Sondervermögen darstellt, das der Familie zugute kommen soll. Ausweislich der Transkription der beigezogenen Unterlagen des Stadtarchivs (...) sollte jeweils der Älteste aus der Familie die betreffenden Grundstücke innehaben und nutzen. Im Gegenzug war er verpflichtet, die Kosten dafür zu tragen, dass für die Familie ein Jahrtag mit Gottesdienst und zwei Messen pro Jahr (...) gehalten wurde (...). Die K'sche Jahrtagsstiftung passt daher im Ausgangspunkt unter die Begriffsbestimmung des Familienfideikommisses als „Sondergut, das kraft einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden privaten Willenserklärung zugunsten einer adeligen Familie der Erhaltung ihres Namens und Ansehens wegen derart unveräußerlich ist, dass es nur innerhalb dieser Familie auf alle oder doch mehrere Geschlechtsfolger nach der gesetzlich zulässigen Sukzessionsordnung übergeht“ (vgl. *Stoiss*, Das Bayerische Fideikommissrecht, München 1909, S. 13 m. w. N.; ähnlich *Koehler/Heinemann*, Das Erlöschen der Familienfideikommisse, Berlin 1940, S. 69 ff.).

bb) Aus Sicht des Senats kann das Sondervermögen „K'sche Jahrtagsstiftung“ rechtlich weder als so genannter römisch-rechtlicher Fideikommiss noch als Familienstiftung eingeordnet werden:

Gegen eine Einordnung als *römisch-rechtlicher Fideikommiss* spricht, dass derartige Fideikommisse rein erbrechtlicher Natur (Nacherbschaft) und auf die Dauer von vier Generationen (vier Sukzessionen) beschränkt sind (vgl. *Koehler/Heinemann*, S. 76). Für eine Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Sukzessionen ist bei der K'schen Jahrtagsstiftung, die ausweislich der Transkription der beigezogenen Unterlagen des Stadtarchivs (...) aus der Zeit vor 1698 stammt, nichts ersichtlich (...).

Gegen eine Einordnung als *Familienstiftung* spricht, dass nach den durchgeführten Ermittlungen keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass bei der K'schen Jahrtagsstiftung jemals eine juristische Person (Stiftung) als Trägerin des Sondervermögens bestand. Kennzeichnendes Merkmal der Familienstiftung ist, dass das Sondervermögen auf eine gesonderte juristische Person übertragen wird, die das Vermögen verwaltet und die Erlöse an den Nutzungsberechtigten abführt (vgl. *Koehler/Heinemann*, S. 75; *Stoiss*, S. 20). Demgegenüber steht beim Familienfideikommiss dem jeweiligen Genussberechtigten als Eigentümer ein unmittelbares gegen jedermann wirksames Recht an dem Fideikommissvermögen zu, das allerdings durch die Rechte der Anwärter beschränkt ist, soweit es die Erhaltung des Vermögens erfordert (vgl. *Koehler/Heinemann*, S. 70; *Stoiss*, S. 20; Beschluss des Preußischen Landesamts für Familiengüter vom 22.4.1921, abgedruckt bei *Koehler/Heinemann*, S. 490 f.). Die Auswertung der transkribierten Unterlagen des Stadtarchivs (...) führt zu dem Ergebnis, dass eine Stiftung (als juristische Person) im Fall der K'schen Jahrtagsstiftung nicht feststellbar ist. Auch den Antragstellern ist von einer derartigen Stiftung nichts bekannt (...). Ferner spricht die Formulierung im Schreiben des Königlichen Rentamts (...), wonach der Älteste aus der Familie die genannten Grundstücke „innehaben“ solle, gegen das Vorliegen einer Familienstiftung und für einen Familienfideikommiss. Schließlich muss die Bezeichnung „Jahrtagsstiftung“ nicht als Hinweis auf die rechtliche Einordnung als Familienstiftung verstanden werden. Die Bezeichnung „Jahrtagsstiftung“ kann ebenso gut daher rühren, dass die Nutznießung der genannten Grundstücke mit der Auflage verbunden war, jährlich „Messen zu stiften“.

cc) Da somit im Ergebnis ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei der K'schen Jahrtagsstiftung um einen römisch-rechtlichen Fideikommiss oder um eine Familienstiftung handelt, bleibt letztlich nur die rechtliche Einordnung als Familienfideikommiss. Ein erhebliches Indiz für die Einordnung der K'schen Jahrtagsstiftung als Familienfideikommiss ist außerdem, dass die betroffenen Grundstücke in einem Auszug aus dem „renovierten Grundsteuer-Kataster“ der Steuergemeinde (...) als „Fideikommiss Grundstücke“ bezeichnet werden. Im Verlauf der Ermittlungen haben sich auch keine Gesichtspunkte ergeben, die gegen das Vorliegen eines Familienfideikommisses sprechen könnten. Insbesondere ist nach der Transkription der beigezogenen Unterlagen des Stadtarchivs (...) davon auszugehen, dass die K'sche Jahrtagsstiftung aus der Zeit vor 1698 stammt. Das Bayerische Fideikommissedikt von 1818, das für Familienfideikommisse einschränkende Voraussetzungen vorsah, z. B. nur Fideikommisse adeliger Familien zuließ, findet daher auf die K'sche Jahrtagsstiftung keine Anwendung.

2. Feststellung, dass Eigentümer des Grundbesitzes mit Auflösung des Familienfideikommisses am 1.1.1939 Herr V. geworden ist

a) Die Zuständigkeit des Fideikommissenats des Oberlandesgerichts München für diesen Feststellungsantrag ergibt sich aus § 35 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikommisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938 in Verbindung mit § 30 Abs. 3 der Durchführungsverordnung vom 20.3.1939 und § 2 Abs. 1 des Bayerischen Gesetzes über die Zuständigkeit und das Verfahren in Fideikommiss- und Stiftungssachen vom 22.10.1948.

b) Nach den durchgeführten Ermittlungen ist der Senat der Überzeugung, dass V. mit der Auflösung des Familienfideikommisses am 1.1.1939 Eigentümer der Fideikommiss-Grundstücke (...) geworden ist:

Gemäß § 2 des Gesetzes über das Erlöschen der Familienfideikomnisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6.7.1938 wird mit dem Erlöschen des Fideikomnisses das Fideikommissvermögen freies Vermögen des letzten Fideikommissbesitzers. Im Fall der K'schen Jahrtagsstiftung war stets „das Aelteste aus der Freundschaft“, das heißt der Älteste der Verwandtschaft, Fideikommissbesitzer. Nach einem Beschluss des Magistrats der Stadt (...) vom 7.3.1871 wurde damals J. V. als Berechtigter (Nutznießer des Pachtzinses) ermittelt. Es ist somit davon auszugehen, dass J. V. zu diesem Zeitpunkt Familienältester war.

Die gegenwärtigen Nachkommen des J. V. haben im Rahmen des Antrags auf Erteilung eines Fideikommissauflösungscheins und des Abschlusses eines Auseinandersetzungsvertrags vor dem Notar übereinstimmend erklärt, dass V. am 1.1.1939 Familienältester und zum Fideikommissbesitzer berechtigt war. Durch die Versicherung an Eides Statt der Antragsteller (...) wird die Folge der Fideikommissbesitzer nach dem Tod des J. V. bis hin zum letzten Fideikommissbesitzer V. hinreichend belegt.

#### 4. BGB §§ 434, 443, 276 (Formulierung „massiv gebaut“ als Beschaffenheitsgarantie)

**Wird im Grundstückskaufvertrag ein Haus als „massiv gebaut“ beschrieben, handelt es sich – entsprechend den zur Eigenschaftszusicherung alten Rechts entwickelten Grundsätzen – um eine garantierte Beschaffenheit i. S. v. §§ 434, 443, 276 BGB n. F., für deren Vorliegen der Verkäufer auch bei einem im Übrigen vereinbarten Ausschluss der Gewähr haftet.**

OLG Celle, Urteil vom 13.5.2004, 4 U 220/03

Die Klägerin hat von der beklagten Erbengemeinschaft ein Haus für 62.500 € unter Gewährleistungsausschluss gekauft, 12.500 € angezahlt und sich wegen des Restes der Vollstreckung unterworfen. Die Beklagten vollstrecken den Kaufpreisrest. Dagegen richtet sich die anhängige Vollstreckungsabwehrklage. Sie macht Holzschädlingsbefall geltend, der über das offenbarte Maß hinausgehe. Ferner sei das Haus als Massivhaus verkauft worden, während es – unstreitig – in Wahrheit ein Fachwerkhaus mit Lehmgefäßer und Strohmatten sei; dies sei wegen Verkleidung von innen und außen nicht erkennbar. Die Klägerin hat im ersten Rechtszuge noch offen gelassen, welche Rechte sie im Ergebnis geltend machen wolle, und sich die Entscheidung zwischen Minderung, Schadensersatz und Rücktritt vorbehalten. In jedem Falle habe sie ein Zurückbehaltungsrecht, welches der Vollstreckung entgegenstehe.

Aus den Gründen:

(...)

#### II.

Die Berufung hat im Ergebnis keinen Erfolg. Die Klägerin hat wirksam den Rücktritt vom Verträge erklärt, weil das verkaufte Haus nicht der garantierten Beschaffenheit „massiv gebaut“ entspricht. Wegen des wirksamen Rücktritts fehlt es bereits an einer vollstreckbaren Kaufpreisforderung der Beklagten, so dass schon deswegen die Vollstreckung für unzulässig zu erklären war, ohne dass sich das Problem einer Zug-um-Zug-Verurteilung gemäß § 322 BGB stellte. Die Klägerin ist auch aus prozessualen Gründen nicht gehindert, sich erstmals im zweiten Rechtszuge auf den erst nach Schluss der ersten Instanz erklärten Rücktritt zu berufen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

(...)

2. Die Klägerin ist auch wirksam nach § 434 Abs. 1 Satz 1, § 437 Nr. 2, §§ 443, 444, 440, 323, 326 Abs. 5 BGB vom Kaufvertrag der Parteien vom 16.9.2002 zurückgetreten.

a) Mit Recht ist das Landgericht zu der Auffassung gelangt, dass die Bezeichnung des Kaufobjekts als „massiv gebaut“ eine verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung i. S. v. § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB ist. Zwar sind bloße Beschreibungen des Kaufobjekts in Zeitungsannoncen oder im Maklerexposé keine Zusicherungen nach § 459 BGB a. F. und wohl auch nicht verbindliche Beschaffenheitsvereinbarungen i. S. v. § 434 BGB n. F. (OLG Celle – erkennender Senat –, MDR 1997, 926; OLG Hamm, NJW-RR 2001, 564). Im vorliegenden Fall ist aber in § 5 des Vertrages die Klausel enthalten: „Hinsichtlich des vorhandenen Zustandes des Kaufobjektes wird Bezug genommen auf die als Anlage zu diesem Protokoll genommene Beschreibung aus dem Exposé der X-GmbH“. Damit handelte es sich darum, dass die Beschaffenheit des Kaufobjekts nicht lediglich im Rahmen der Vertragsanbahnung angepriesen wurde. Vielmehr ist die Zustandsbeschreibung Gegenstand des Kaufvertrages selbst. Die Argumentation der Berufung der Beklagten, die Bezugnahme auf einen vorhandenen Zustand ähnele der üblichen Gewährleistungsausschlussklausel „gekauft wie besichtigt“, überzeugt nicht. Denn wenn bestimmte Eigenschaften des Kaufobjekts überhaupt in den Kaufvertrag aufgenommen werden, dient dies in erster Linie dem Zweck, damit das Kaufobjekt so, wie es verkauft werden soll, zu beschreiben. Wenn es sich um lediglich unverbindliche Angaben hätte handeln sollen, hätte es keinen Sinn gemacht, die Beschreibung aus dem Exposé als Anlage zum Protokoll über die Beurkundung des Kaufvertrages zu nehmen.

Wird in einem Kaufvertrag ein Hausgrundstück mit der vertraglich bindenden Erklärung „Massivhaus“ oder – was rechtlich gleichbedeutend ist – „massiv gebaut“ veräußert, so handelt es sich um einen Sachverhalt, bei dem diese Angabe nach altem Recht eine Eigenschaftszusicherung i. S. v. § 463 BGB a. F. darstellte, der gegenüber der im Übrigen vereinbarte Gewährleistungsausschluss nicht durchgriff. Nach dem hier maßgeblichen neuen Recht gilt im Ergebnis nichts anderes. Denn wenn der Verkäufer das Kaufobjekt vertraglich bindend als „Massivhaus“ oder „massiv gebaut“ veräußert, übernimmt er damit eine Garantie für die vereinbarte Beschaffenheit i. S. v. §§ 443, 276 BGB n. F. Zwar hält das neue Kaufrecht besondere Regelungen über die Eigenschaftszusicherung für entbehrlich, weil die Zusicherung Teil einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 BGB) wird und weil die Integration des Kaufrechts in das Leistungsstörungenrecht eine allgemeine Haftung des Verkäufers begründet. Der Verzicht auf besondere kaufvertragliche Regelungen ändert aber nichts daran, dass auf Sachverhalte, die bislang unter die Eigenschaftszusicherung nach § 463 BGB a. F. subsumiert worden sind, in der Regel die neue Regelung des § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 443 BGB anzuwenden ist. Wenn nach den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung die Zusicherung einer Eigenschaft zu bejahen ist, ergibt sich in aller Regel, jedenfalls aufgrund der Vereinbarungen im vorliegenden Fall, dass der Verkäufer für das Fehlen der Eigenschaft auch ohne Verschulden einzustehen hat (*Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 276 Rdnr. 29; *Palandt/Putzo*, § 443 Rdnr. 11; *MünchKommBGB/Grundmann*, § 276 Rdnr. 175; *BambergerRoth/Grüneberg*, BGB, § 276 Rdnr. 40).

Entgegen der Auffassung der Beklagten betrifft die Bezeichnung des verkauften Hauses als „Massivhaus“ oder „massiv gebaut“ auch keinen unerheblichen Nebenpunkt. Zwar ist im allgemeinen Sprachgebrauch ein Fachwerkhaus ebenso wenig ein „mangelhaftes Haus“ wie etwa ein „Fertighaus“

oder sonst ein nicht „massiv“, d. h. „Stein auf Stein“, gebautes Haus. Indessen geht es bei der Beschaffenheitsvereinbarung auch nicht um allgemeine Mängel, sondern um die Vereinbarung von Eigenschaften, die das konkret veräußerte Objekt haben soll. Und im Rahmen der allgemeinen Verkehrsschauung ist es ein durchaus beachtlicher Gesichtspunkt, auf welche Weise ein Haus gebaut ist. Die Beklagten selbst weisen in der Berufungsbegründung darauf hin, dass in der Gebäudeversicherung/Feuerversicherung sehr wohl von Bedeutung ist, ob das versicherte Haus „massiv“ gebaut ist. Aber auch unabhängig davon gibt es zahlreiche Gründe, mögen sie letztlich auch unterschiedlichen individuellen Geschmack betreffen, aus denen sich Interessenten für oder gegen Fertighäuser, Fachwerkhäuser oder Massivhäuser entscheiden. So mag mancher wegen der – gerade auch im vorliegenden Fall jedenfalls hinsichtlich des Dachstuhls auch konkret aufgetretenen – Anfälligkeit eines Fachwerkhäuses gegen Holzschädlinge ein Massivhaus vorziehen. Ähnliches würde auch gelten mit Rücksicht auf den Umstand, dass sich in einem Lehmgefächer mit Strohmatte eines Fachwerkhäuses Dübel schlecht anbringen lassen und deshalb schwere Einrichtungsgegenstände nur an den Balken des Fachwerks selbst befestigt werden könnten. Das sind Gesichtspunkte – weitere könnten hinzugefügt werden –, aus denen der Käufer eines Hauses durchaus Wert darauf legen kann, ein massives Haus und eben nicht ein Fachwerkhaus, Fertighaus oder sonst in nicht massiver Art errichtetes Haus zu erwerben. Nach alledem betrifft die „garantierte Beschaffenheit“ des Hauses als „Massivhaus“ einen wesentlichen Punkt.

Ebenso wie gegenüber einer zugesicherten Eigenschaft nach altem Recht greift gegenüber einer garantierten Beschaffenheit nach §§ 434 Abs. 1, 443 BGB n. F. der im Übrigen vereinbarte Gewährleistungsausschluss nicht durch, § 444 BGB. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Beklagten wegen der unzutreffenden Bezeichnung des Hauses als „massiv gebaut“ unter dem vom Landgericht hervorgehobenen Gesichtspunkt der „Angaben ins Blaue hinein“ der Vorwurf einer Arglist trifft. Nach alledem war die Klägerin zum Rücktritt berechtigt, ohne dass es noch weiterer formaler Anforderungen bedurfte. Die Beklagten bestreiten nachhaltig ihre Haftung für die fehlende Beschaffenheit des verkauften Hauses als „Massivhaus“, und an dieser fehlenden Beschaffenheit lässt sich im Nachhinein auch ohnehin nichts mehr ändern. (...)

c) Ist nach alledem der Rücktritt wirksam erklärt, steht der Vollstreckung aus der Unterwerfungsklausel des Kaufvertrages nicht etwa nur ein Zurückbehaltungsrecht entgegen. Vielmehr fehlt es bereits an der der Vollstreckungsklausel zugrunde liegenden Kaufpreisforderung, so dass die Vollstreckungsabwehrklage schon aus diesem Grund Erfolg haben muss. Auch wenn sich die Klägerin in der notariellen Urkunde wegen „aller Zahlungsverpflichtungen aus diesem Vertrag“ der Vollstreckung unterworfen hat, wären wegen des Bestimmtheitsgebots für Unterwerfungsklauseln nur die Kaufpreisforderung und die auf sie entfallenen Zinsen erfasst, nicht aber andere Zahlungsverpflichtungen wie etwaige Ansprüche auf Nutzungsentuschädigung, die den Beklagten selbst bei einem wirksamen Rücktritt zustehen könnten, denn solche anderen Forderungen ließen sich aus der Urkunde nicht berechnen (Zöller/Stöber, ZPO, § 794 Rdnr. 26 b). Da es nach einem wirksamen Rücktritt vom Kaufvertrag bereits an einer Grundlage für die Vollstreckung der Restkaufpreisforderung fehlt, stellt sich nicht mehr die mit der Berufungsbegründung aufgeworfene Problematik einer Zug-um-Zug-Verurteilung nach § 322 BGB bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts.

5. BGB § 242; VerbrKrG § 9 (Einwendungsdurchgriff nach VerbrKrG als abschließende Sonderregelung)

1. **Neben dem Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG kommt ein allgemeiner Einwendungsdurchgriff nach § 242 BGB nicht in Betracht, weil § 9 VerbrKrG als abschließende Sonderregelung zu sehen ist (Anschluss an BGH vom 27.1.2004, XI ZR 37/03, NJW 2004, 1376).**
2. **Für einen Wissensvorsprung der Bank, der eine Aufklärungspflichtverletzung begründen kann, kann relevant sein, dass ein ganz erheblicher Teil des Kaufpreises für Provisionen gezahlt wurde und die Bank erkennt, dass dies zu einer so wesentlichen Verschiebung zwischen Kaufpreis und Verkehrswert beiträgt, die als sittenwidrige Übervorteilung des Käufers angesehen werden muss (hier: 33 %).**

OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.5.2004, 9 U 58/03

Die Klägerin verlangt von der beklagten Bank den Verzicht auf Ansprüche aus Darlehensverträgen, Rückzahlung eines Teils der auf das Darlehen geleisteten Zahlungen und die Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, künftig noch entstehende Schäden zu ersetzen.

Die Klägerin kaufte von der Firma ABC Immobilien GmbH (ABC) eine Eigentumswohnung in O1 für 299.988 DM. Der am 18.10.1993 von der Klägerin persönlich vor dem streitverkündeten Notar N1 geschlossene notarielle Kaufvertrag kam auf Vermittlung des Immobilienmaklers Y bzw. dessen Firma Z zustande. Die Eigentumsübertragung ist bis heute nicht vollzogen. Mit Herrn Y schloss die Klägerin unter dem 21.12.1993 zugleich einen „Mietvermittlungs- und Mietgarantievertrag“, der eine Mietzinsgarantie von 1.216 DM monatlich für die Dauer von fünf Jahren enthält.

Die ABC hatte das Grundstück 1992 erworben. Eine damals eingetragene Globalgrundschuld über 1 Mio. DM wurde unter dem 2.7.1993 an die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die X-Bank AG (Bank), abgetreten. Die Bauträgerfinanzierung O1 wurde im Juli 1993 mit einem Kontokorrentkredit über 3,5 Mio. DM durch die Bankmitarbeiter Z1 und Z2 genehmigt.

Zur Finanzierung des Kaufpreises schloss die Klägerin – ebenfalls persönlich – mit der Bank am 17.11./23.12.1993 und am 21./23.12.1993 zwei Darlehensverträge über 212.000 DM und 25.000 DM. Diese Verträge kamen auf Vermittlung des Herrn Z3 (bzw. dessen Firma T) zustande, der die erforderlichen Formulare zur Verfügung hatte, nach Ausfüllen bei der Bank einreichte und hierfür von dieser eine Provision erhielt. Die Klägerin widerrief diese Darlehensverträge mit Schreiben vom 10.10.2000. Gegen den Vermittler Z3 und den Streithelfer sind jeweils staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren eingeleitet worden. Gegen den Streithelfer ist im Februar 2002 Anklage wegen Bestechlichkeit erhoben worden. Das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Mit Urteil vom 2.5.2002 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Klägerin. Der streitverkündete Notar N1 hat in zweiter Instanz seinen Beitritt zum Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten erklärt.

Aus den Gründen:

(...)

## II.

B. Die Ausführungen des Landgerichts zur Begründetheit der Klage tragen die Klageabweisung aus den nachfolgend dargestellten Gründen nicht.

1. Zutreffend geht das Landgericht zunächst davon aus, dass die streitbefangenen Darlehensverträge weder anfänglich unwirksam waren noch nachträglich geworden sind.

Für eine anfängliche Unwirksamkeit der Darlehensverträge, insbesondere durch die von der Beklagtenseite selbst an die Vermittler gezahlten Provisionen, bestehen von vornherein keine Anhaltspunkte.

Die Darlehensverträge sind auch nicht nachträglich durch den Widerruf der Klägerin vom 10.10.2000 unwirksam geworden. Ein Widerruf nach § 7 VerbrKrG scheidet jedenfalls daran, dass die Jahresfrist des § 7 Abs. 2 VerbrKrG im Oktober 2000 längst abgelaufen war. Ein Widerruf nach § 1 HWiG käme in Betracht, wenn in Bezug auf den Abschluss der Darlehensverträge eine Haustürsituation vorgelegen hätte, die der Beklagten zugerechnet werden kann. Beides kann jedoch dahinstehen. Geht man zugunsten der Kläger davon aus, dass ein Widerruf nach § 1 Abs. 1 HWiG möglich war und gegenüber der Beklagten wirksam ist, wäre Rechtsfolge die Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses nach § 3 HWiG. Danach sind beide Parteien verpflichtet, einander wechselseitig die Leistungen zurückzugewähren, die sie empfangen haben. Der Beklagten stünde damit ein Anspruch auf Rückzahlung der ausgezahlten Darlehensvaluta und eine marktübliche Verzinsung zu (BGH, WM 2002, 2501, 2502 f.; 2003, 64, 66). Wenn der Beklagten aber jedenfalls Rückabwicklungsansprüche aus den Darlehensverträgen zustünden, können die Klageanträge zu I. und II. nicht begründet sein.

2. Im Ergebnis zutreffend ist auch die Auffassung des Landgerichts, dass sich die Klägerin nicht auf den Einwendungsdurchgriff nach § 9 Abs. 3 VerbrKrG berufen kann. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH, der sich der Senat anschließt, muss dies schon deshalb gelten, weil es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossene Kreditvertrag um einen Realkreditvertrag handelt, auf den gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG die Vorschrift des § 9 Abs. 3 VerbrKrG nicht anwendbar ist. Eine teleologische Reduktion dieses gesetzlichen Anwendungsverbots ist nach Auffassung des BGH nicht möglich, weil es sich insoweit um eine bewusste und abschließende, von der Rechtsprechung zu respektierende Regelung handelt (BGH vom 12.11.02, XI ZR 25/00, BKR 2003, 112; BGH vom 23.9.03, XI ZR 135/02, BKR 2003, 893, 895; anders wohl die Europäische Kommission, NJW 2004, XXX [sic!]).

Soweit die Klägerin pauschal einwendet, § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sei deshalb nicht einschlägig, weil die Kredite nicht zu marktüblichen Bedingungen gewährt worden seien, ist dies nicht erkennbar.

Der Senat ist in der mündlichen Verhandlung unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 19.5.2000 (WM 2000, 1287) davon ausgegangen, dass der Käufer und Darlehensnehmer beim finanzierten Kauf gegenüber dem Darlehensgeber trotz rechtlicher Selbstständigkeit des Darlehensvertrages unter bestimmten Voraussetzungen auch nach Treu und Glauben Einwendungen aus dem Kaufvertrag erheben kann, wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden und die Risiken des finanzierten Kaufes anderenfalls nicht angemessen verteilt würden (allgemeiner Einwendungsdurchgriff). An dieser Rechtsauffassung hält er aufgrund der neuen Entscheidung des BGH vom 27.1.2004, XI ZR 37/03 (NJW 2004, 1376), nicht fest. In dieser Entscheidung hat der BGH für einen Parallellfall ausgeführt, dass ein Rückgriff auf die von der Rechtsprechung zum finanzierten Abzahlungsgeschäft entwickelten und später auf fremdfinanzierte Geschäfte anderer Art erweiterten, aus § 242 BGB hergeleiteten Grundsätze über den Einwendungsdurchgriff nicht in Betracht kommen, weil § 9 VerbrKrG als abschließende Sonderregelung zu verstehen sei.

3. Nicht gefolgt werden kann dem Landgericht jedoch, soweit es in dem angefochtenen Urteil – ohne Beweisaufnahme – zu dem Schluss gelangt, dass der Klägerin keine Schadenersatzansprüche gegen die Beklagte zustehen können. Wenn solche Schadenersatzansprüche bestehen, hätte die

Klägerin gegenüber der Beklagten einen Anspruch, so gestellt zu werden, als sei es nicht zum Abschluss der Darlehensverträge gekommen. Dies könnte sie den Ansprüchen der Beklagtenseite aus den Darlehensgeschäften gemäß § 242 BGB entgegenhalten (dolo-agit-Einwand).

a) Die Klägerin begründet ihre Schadenersatzansprüche u. a. mit einer Verletzung von Aufklärungs- oder Hinweispflichten durch die Beklagte. Ein solcher Anspruch würde – soweit er auf culpa in contrahendo gestützt wird – voraussetzen, dass eine Pflichtverletzung der Beklagten vorliegt, die sich auf eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises bezieht, denn nur aus diesem Umstand kann der Klägerin überhaupt ein Schaden erwachsen sein.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine finanzierende Bank nicht verpflichtet, einen Darlehensnehmer über die Gefahren und Risiken der Verwendung eines Darlehens aufzuklären und vor dem Vertragsschluss zu warnen (BGH, NJW 2000, 3558; NJW-RR 2000, 1576 – beide mit weiteren Nachweisen). Die Verwendung des Kredits ist allein Sache des Kreditnehmers. Ihm allein obliegt es, sich über die damit verbundenen speziellen Gefahren zu informieren und die Entscheidung darüber, ob er sie eingehen will, eigenverantwortlich zu treffen. Das mit der Verwendung des Darlehens verbundene Risiko hat der Darlehensnehmer grundsätzlich allein zu tragen. Bei finanzierten Kapitalanlagen darf die darlehensgebende Bank deshalb regelmäßig davon ausgehen, dass der Kreditnehmer Konzeption und Wirtschaftlichkeit der geplanten Anlage hinreichend geprüft hat, gegebenenfalls unter Einschaltung besonderer Fachberater. Dies gilt auch und in besonderem Maß bei geschäftsunerfahrenen Kunden (OLG Stuttgart, WM 2000, 292). Nur ausnahmsweise und in besonderen Fallgruppen kommt eine Aufklärungs- und Beratungspflicht der Bank in Betracht, nämlich wenn sie ihre Kreditgeberrolle überschreitet, einen besonderen Gefährdungstatbestand schafft, sich in einer Interessenskollision befindet oder gegenüber dem Anleger einen konkreten Wissensvorsprung hat.

Für die Schaffung eines besonderen Gefährdungstatbestands oder eine Interessenskollision bestehen keine Anhaltspunkte. Die Doppelfinanzierung des Bauträgers und der Klägerin reicht hierfür nicht aus (OLG Stuttgart, WM 2000, 292). Auch ein Überschreiben der Kreditgeberrolle liegt nicht vor. Weil es insoweit um eine Vertrauenshaftung geht, ist eine „Außenwirkung“ erforderlich, d. h. die Klägerin hätte in der Lage sein müssen, zu erkennen, dass die Beklagtenseite sich nicht allein auf ihre Kreditgeberrolle beschränkt. Das behauptet die Klägerin aber selbst nicht. Alles, was sie jetzt vorträgt (Einbindung des Vermittlers Z3 in die ... Filiale der Bank, Objektvermittlung durch Bankmitarbeiter, Einflussnahme der Bank auf den Kaufpreis), hat sie erst später – teilweise durch Ermittlungen der Staatsanwaltschaft – erfahren.

Soweit sich die Klägerin zur Begründung eines Schadenersatzanspruches jedoch auf einen Wissensvorsprung der Beklagtenseite über die angebliche Unangemessenheit des Kaufpreises bezieht, kann hierüber entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht ohne eine Beweisaufnahme entschieden werden. Allerdings kommt es insoweit nicht auf den Vortrag der Klägerin an, die Beklagtenseite habe hierüber Bescheid gewusst, weil sie 1999 ein Gutachten über den Wert der Wohnung eingeholt habe, in dem der Verkehrswert nur mit 60.000 DM angegeben werde. Aus dem Gutachten kann nämlich nicht auf eine Kenntnis der Bank zum relevanten Zeitpunkt geschlossen werden, weil es erst Jahre nach Abschluss des Darlehensgeschäfts eingeholt wurde. Für einen Wissensvorsprung der Beklagtenseite ist aber relevant, dass von dem Kaufpreis nach

dem Vortrag der Klägerin ein ganz erheblicher Teil für Provisionen gezahlt wurde. Generell muss die Bank zwar über solche Innenprovisionen nicht aufklären (*Edelmann*, MDR 2000, 1175 m. w. N.). Ausnahmsweise ist dies aber anders, wenn die Bank erkennt, dass die Innenprovision zu einer so wesentlichen Verschiebung der Relation zwischen Kaufpreis und Verkehrswert beiträgt, die als sittenwidrige Übervorteilung des Käufers angesehen werden muss (BGH, WM 2000, 1245, 1247). Sollte die Behauptung der Klägerin zutreffen und die Provisionszahlungen tatsächlich über 33 % betragen haben, wäre der Bereich einer sittenwidrigen Übervorteilung erreicht. Dabei reicht es aus, wenn – wie die Klägerin behauptet – der Vermittler Z3 über die hohen Provisionen im Bilde war. Da er unstreitig jedenfalls die Darlehensverträge vermittelt hat, ist er insoweit als Erfüllungsgehilfe der Beklagtenseite anzusehen, was zur Folge hat, dass ihr gemäß § 166 BGB sein diesbezügliches Wissen zugerechnet werden könnte.

Das Landgericht wird danach eine Beweisaufnahme über die Behauptung der Klägerin durchzuführen haben, die Provisionszahlungen hätten über 33 % des Kaufpreises betragen und Herr Z3 habe hiervon gewusst. Entsprechender Vortrag und Beweisangebote der Klägerin finden sich bereits in der Klageschrift und werden in der Berufungsbegründungsschrift wiederholt. Sollte die Klägerin diese Behauptung beweisen können, müsste nachfolgend eine Beweisaufnahme über den – zwischen den Parteien streitigen – tatsächlichen Wert der Wohnung bei Vertragsschluss erfolgen. Der Klägerin ist nämlich nur dann ein Schaden entstanden, wenn der Wert der Wohnung wegen der Provisionen überhöht gewesen ist, was aber nicht schon dann der Fall sein muss, wenn die Provisionen tatsächlich mehr als 33 % des Kaufpreises ausgemacht haben sollten. Insoweit hat die Klägerin erstinstanzlich unter Berufung auf ein einzuholendes Sachverständigengutachten behauptet, der Wert der Wohnung habe bei Vertragsschluss lediglich 68.248 DM betragen, was die Beklagte auch in der Berufung noch bestreitet. Bei der Frage, ob der Kaufpreis für die streitbefangene Wohnung wesentlich überteuert war, kann auf die Rechtsprechung zur sittenwidrigen Überhöhung des Kaufpreises im Sinne von § 138 BGB zurückgegriffen werden (zu den Voraussetzungen vgl. BGHZ 146, 298, 302 ff.). Die entsprechenden Ausführungen des Landgerichts (...), das in anderem Zusammenhang zu dem Ergebnis gelangt, eine sittenwidrige Überteuering liege nicht vor, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen.

6. BGB §§ 133, 157; WEG § 14 (*Verwendung eines Eingabeplans als Aufteilungsplan*)

1. **Wird als Aufteilungsplan ein Eingabeplan verwendet, so hat die Beschreibung des bestehen bleibenden Altbestands in der Regel nicht den Charakter einer Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter.**
2. **Besteht für ein auf einer Sondernutzungsfläche stehendes Gebäude keine Zweckbestimmung, so richtet sich der zulässige Umfang der Benutzung nach der Beschaffenheit und nach § 14 Nr. 1 WEG.**

BayObLG, Beschluss vom 15.4.2004, 2Z BR 24/04

Die Beteiligten sind die Wohnungseigentümer einer Wohnanlage. Dem Antragsgegner gehört das Wohnungseigentum Nr. 1. Hiermit verbunden ist nach der Teilungserklärung das Sondernutzungsrecht an der Grundstücksoberfläche, im Aufteilungsplan blau umrandet. Auf dieser Sondernutzungsfläche steht ein Gebäude, das im Auftei-

lungsplan mit „bestehender Geräteschuppen“ bezeichnet ist. Bestimmungen über die Nutzungsmöglichkeiten des Sondernutzungsrechts enthalten weder die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung, noch bestehen sonstige Regelungen. Der Antragsgegner hat den „Geräteschuppen“ renoviert, teilweise verändert und unter anderem einen Kaminofen installiert.

Die Antragstellerin hat beim Amtsgericht beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, die Veränderungen an dem „Geräteschuppen“ rückgängig zu machen, und es dem Antragsgegner zu untersagen, den Kaminofen zu beheizen. Das Amtsgericht hat dem Antragsgegner untersagt, den „Geräteschuppen“ zu Wohnzwecken, also zu anderen Zwecken als zur Unterstellmöglichkeit für Gartengeräte, zu nutzen sowie den Kaminofen zu beheizen. Im Übrigen hat es die Anträge des Antragstellers zurückgewiesen.

Auf die sofortige weitere Beschwerde des Antragsgegners hat es das Landgericht unter Abänderung der amtsgerichtlichen Entscheidung dem Antragsgegner untersagt, den „Geräteschuppen“ zu Wohnzwecken, also zu anderen Zwecken als zum vorübergehenden Aufenthalt und als Unterstellmöglichkeit für Gegenstände, zu nutzen, ferner den Kaminofen zum Zwecke der Wohnnutzung zu beheizen. Im Übrigen hat es die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebt. Der Antragsgegner erstrebt mit seiner Anschlussrechtsbeschwerde die Abweisung aller Anträge.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die Rechtsmittel sind nicht begründet. (...)

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung sind als Inhalt des Grundbuchs objektiv, also nach Wortlaut und Sinn, wie er sich als nächstliegende Bedeutung für den unbefangenen Leser ergibt, auszulegen, wobei die Auslegung durch das Landgericht für das Rechtsbeschwerdegericht nicht bindend ist (st. Rspr., vgl. z. B. BayObLG, WuM 1993, 289; Beschluss des Senats vom 26.2.2004, 2Z BR 273/03). Dabei können zur Auslegung nur solche Umstände herangezogen werden, die aus dem Grundbuch ersichtlich oder für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.

Unerheblich ist es deshalb, was in früheren Bauplänen enthalten war und was der Notar als seine Meinung geäußert hat.

Da anderweitige Benutzungsregelungen fehlen, kommt als rechtsgeschäftliche Beschränkung des Nutzungsrechts des Antragsgegners nur die Bezeichnung des Gebäudes im Aufteilungsplan als „Geräteschuppen“ in Betracht. Der Bezeichnung von Räumlichkeiten im Aufteilungsplan kommt in der Regel, anders als bei der Bezeichnung in der Teilungserklärung, nicht die Bedeutung einer Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter zu (BayObLG, GuT 2004, 27). So ist es auch hier. Es ist bei objektiver Würdigung des Aufteilungsplans nicht erkennbar, dass damit eine Regelung erfolgen sollte. Vielmehr handelt es sich um die Darstellung der tatsächlichen Verhältnisse. Offensichtlich wurde der Eingabeplan auch als Aufteilungsplan verwendet. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass neben dem verbleibenden Altbestand auch bestehende und zu entfernende Bäume eingezeichnet sind, was für die Begründung von Wohnungseigentum ohne jegliche Bedeutung ist. Die Bezeichnung „bestehender Geräteschuppen“ ist somit als Bestandsbezeichnung und nicht als Nutzungsregelung anzusehen.

b) Maßgeblich ist deshalb, ob die Nutzung, deren Untersagung die Antragstellerin begehrt, der Beschaffenheit widerspricht oder zu einem Nachteil führt, der über das bei einem

geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgeht (§ 14 Nr. 1 WEG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der von der Antragstellerin beanstandete Gebrauch generell untersagt werden soll. Hierauf hat die Antragstellerin keinen Anspruch. Unbenommen bleibt es der Antragstellerin jedoch, gegen einen Gebrauch vorzugehen, der im Einzelfall zu vermeidbaren Nachteilen führt, wie etwa ein überlautes Feiern von Gartenfesten oder eine unsachgemäße oder übermäßige Nutzung des Kaminofens.

Wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend ausführt, ist der Antragsgegner mangels Nutzungseinschränkung berechtigt, das Gebäude zur Abhaltung von Feiern und zum Empfang von Gästen zu benutzen. Die Antragstellerin muss es auch hinnehmen, dass die zum Sondernutzungsrecht gehörende Gartenfläche vom Antragsgegner für sich, seine Familie und seine Gäste benutzt wird. Warum für die Nutzung des „Geräteschuppens“, der bei geschlossenen Türen und Fenstern sogar einen gewissen Schallschutz bietet, etwas anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich.

Das gilt auch für die Benutzung des Kaminofens. Der Senat (NZM 1999, 575/576) hat zur Benutzung eines Holzkohlegrills entschieden, dass es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, in welchem Umfang ein Holzkohlegrill in einem Garten benutzt werden darf. Entsprechendes kann im vorliegenden Fall für die Benutzung des Kaminofens gelten, wenn die Antragstellerin hierdurch Nachteile erleidet. Das braucht vorliegend jedoch nicht entschieden zu werden, da die Antragstellerin ein generelles Nutzungsverbot anstrebt.

c) Zu Recht hat das Landgericht eine Benutzung des „Geräteschuppens“ und insbesondere des Kaminofens zu Wohnzwecken untersagt.

Dem Antrag der Antragstellerin fehlt nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Zwar hat der Antragsgegner bestritten, dass er den „Geräteschuppen“ tatsächlich zu Wohnzwecken nutzt. Hierauf kommt es nicht entscheidend an. Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf das Ergebnis eines Augenscheins des Amtsgerichts festgestellt, dass durch die Ausstattung des Gebäudes Wohnraum geschaffen wurde. Die hieraus vom Landgericht gezogene Schlussfolgerung, dass damit eine unzulässige Nutzungsänderung vorliege, ist zumindest missverständlich. Die Nutzungsänderung würde nämlich neben der Schaffung einer tatsächlichen Wohnnutzungsmöglichkeit auch voraussetzen, dass ein entsprechender Nutzungswille vorhanden ist. Allein die Tatsache, dass durch bauliche Veränderungen eine Nutzungsmöglichkeit zu Wohnzwecken geschaffen wird, rechtfertigt jedoch die Besorgnis, dass künftighin auch eine Wohnungsnutzung stattfinden wird. Diese Bedenken hat der Antragsgegner nicht ausgeräumt. Er hat nicht erklärt, dass der „Geräteschuppen“ künftighin nicht zu Wohnzwecken genutzt werde, sondern lediglich bestritten, dass dies bisher geschehen sei.

Der Antragsgegner ist nicht berechtigt, den „Geräteschuppen“ zu Wohnzwecken zu nutzen. Die Teilungserklärung unterscheidet zwischen der Wohnung und dem Sondernutzungsrecht. Nach der nächstliegenden Bedeutung kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass neben der eigentlichen Wohnung der auf der Sondernutzungsfläche befindliche „Geräteschuppen“ ebenfalls als Wohnung soll genutzt werden können. Andernfalls hätte es nahe gelegen, auch an dem „Geräteschuppen“ Wohnungseigentum zu begründen.

7. WEG § 16 Abs. 2 (*Änderung des Kostenverteilungsschlüssels*)

**Verändert ein Wohnungseigentümer die ihm zustehende Nutzfläche durch Ausbau und Unterteilung seiner Wohneinheit in erheblichem Umfang (hier auf das Dreifache), besteht bei einer ursprünglich auf die bisherige Nutzfläche bezogenen Kostenbeteiligung regelmäßig ein Anspruch der anderen Wohnungseigentümer auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, auch wenn die Voraussetzungen für die Veränderung der effektiven Nutzfläche durch das Sondereigentum an Dachflächen und Kellerräumen bereits angelegt war. Reine Prozentgrenzen (nach der Rechtsprechung bis 59 %), bis zu denen Mehrbelastungen hingenommen werden müssten, hindern den Änderungsanspruch nicht (Abweichung von OLG Frankfurt, NZM 2001, 140, u. a.).** KG, Beschluss vom 14.6.2004, 24 W 32/04; mitgeteilt von Vorsitzendem Richter am KG Dr. *Lothar Briesemeister*, Berlin

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Sache wurde gem. § 28 FGG dem BGH zur Entscheidung vorgelegt. Der Beschluss ist vollständig abgedruckt etwa in ZfIR 2004, 677.

8. BGB §§ 1115, 1118; 288 (*Eintragungsfähigkeit einer Hypothek mit lediglich auf den Basiszinssatz Bezug nehmender Zinsklausel*)

**Eine Hypothek, deren zugrunde liegende Forderung unter Bezugnahme auf den Basiszinssatz variabel verzinslich ist, ist auch ohne Angabe eines Mindest- bzw. Höchstzinssatzes im Grundbuch eintragbar. (Leitsatz des Einsenders)**

LG Traunstein, Beschluss vom 26.4.2004, 4 T 1649/04; mitgeteilt von Notar Dr. *Friedrich von Daumiller*, Prien am Chiemsee

Mit notariellem Vertrag vom 28.11.2003 schlossen die Antragsteller einen Darlehensvertrag, demzufolge die Antragstellerin zu 1) dem Antragsteller zu 2) ein Darlehen in Höhe von 306.000 € für die Errichtung eines Wohnhauses zur Verfügung stellt. Der Darlehensbetrag soll ab der Auszahlung mit dem jeweiligen Basiszinssatz jährlich verzinst werden. In der notariellen Urkunde gab der Antragsteller zu 2) ein abstraktes Schuldanerkenntnis in Höhe des gesamten Darlehensbetrages nebst Zinsen in Höhe des Basiszinssatzes ab 1.1.2004 ab. Zur Sicherung dieses anerkannten Schuldbetrags in Haupt- und Nebensache bestellte der Antragsteller zu 2) zugunsten der Antragstellerin zu 1) eine Sicherungshypothek.

Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts erließ eine Zwischenverfügung, in der sie mitteilte, dass die beantragte Eintragung nicht erfolgen könne, da ein gleitender Zinssatz in Form des jährlichen Basiszinssatzes nur eingetragen werden könne, wenn zugleich ein Höchstzinssatz eingetragen werde. Nach mehrfachen Stellungnahmen des beurkundenden Notars, in denen dieser darauf hinwies, dass ein Höchstzinssatz nicht anzugeben sei, wies die Rechtspflegerin den Eintragungsantrag zurück. Gegen diesen Beschluss legte der insoweit bevollmächtigte Notar Beschwerde ein. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren dem Landgericht zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die zulässige Beschwerde ist auch begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft.

2. Sie erweist sich auch als begründet. Das Grundbuchamt hat zu Unrecht die Eintragung der Sicherungshypothek von der Angabe eines Höchstzinssatzes abhängig gemacht.

Gem. § 18 Abs. 1 GBO ist für den Fall, dass einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, der Eintragungsantrag zurückzuweisen bzw. eine Frist zur Behebung des Hindernisses zu bestimmen. Vorliegend geht das Grundbuchamt jedoch fälschlich davon aus, dass die Eintragung der Sicherungshypothek gem. notarieller Urkunde vom 28.11.2003 nur vorgenommen werden kann, wenn zwischen dem Antragsteller zu 2) und der Antragstellerin zu 1) ein Höchstzinssatz für die Darlehenssumme vereinbart wird, der in das Grundbuch mit eingetragen wird.

Gem. § 1115 Abs. 1 BGB muss bei der Eintragung der Hypothek, wenn die Forderung verzinslich ist, der Zinssatz bzw., wenn andere Nebenleistungen zu entrichten sind, deren Geldbetrag im Grundbuch eingetragen werden. Dabei ist allgemein auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass auch ein so genannter gleitender oder veränderlicher Zinssatz bei einer Hypothek eingetragen werden kann (vgl. statt vieler BGHZ 35, 22). Indessen verlangt der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz, dass für jeden Beteiligten, insbesondere für nachfolgende Gläubiger, der Umfang der Belastung des Grundstücks erkennbar ist. Nach herrschender Auffassung ist daher bei Vereinbarung eines veränderlichen Zinssatzes ein Mindest- und ein Höchstzinssatz zu vereinbaren und in das Grundbuch einzutragen (vgl. *Palandt*, BGB, 62. Aufl., § 1115 Rdnr. 10, 11 und 13 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall ist der schwankende Zinssatz jedoch nicht abhängig von Vereinbarungen oder sonstigen, für den außenstehenden Dritten nicht ohne weiteres nachvollziehbaren Umständen, sondern vom jeweiligen Basiszinssatz. Allein durch diese Vereinbarung ist dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zur Überzeugung der Kammer ausreichend Rechnung getragen. Der Umfang der Belastung des Grundstücks hinsichtlich der Zinsen ist nämlich in diesem Fall nach objektiven Umständen zu bemessen, die für jeden Dritten, insbesondere für etwaige weitere Gläubiger, ohne weiteres nachvollziehbar sind. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass ein weiterer Gläubiger zur Berechnung der genauen Belastung des Grundstücks die Entwicklung des Basiszinssatzes berücksichtigen muss, da die Höhe des Basiszinssatzes in regelmäßigen Abständen im Bundesanzeiger bekannt gegeben wird und damit jedermann zugänglich ist. Für die Vergangenheit lässt sich somit die aufgelaufene Zinsbelastung ohne weiteres genau ermitteln. Somit bleibt lediglich der künftige Umfang der hypothekarischen Haftung des Grundstücks bei bloßer Bezugnahme auf den Basiszinssatz unsicher. Dieser Umstand steht jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht im Widerspruch zum sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Zum einen ist nämlich nicht zu erwarten, dass der Basiszinssatz, der ja regelmäßig angepasst wird, eine unerwartete Entwicklung nimmt, die zu einem für einen potentiellen nachrangigen Gläubiger schlechthin nicht mehr kalkulierbaren Haftungsumfang des belasteten Grundstücks führen würde. Zudem hat der beurkundende Notar in diesem Zusammenhang zu Recht darauf verwiesen, dass wegen der Regelung des § 1118 BGB der genaue Umfang der künftigen Belastung für das Grundstück auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht uneingeschränkt feststellbar ist, da das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung sowie für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung haftet. Zu den gesetzlichen Zinsen zählen auch die Verzugs-

zinsen; auch diese sind gem. § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB an den Basiszinssatz gekoppelt. Aus alledem wird deutlich, dass der künftige Haftungsumfang eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in jedem Fall nicht genau ermittelbar ist. Die Vereinbarung eines Zinssatzes, der an den Basiszinssatz gekoppelt ist, ohne dass dabei ein Mindest- und ein Höchstzinssatz vereinbart werden, widerspricht daher nach Auffassung der Kammer nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Vielmehr ist durch die Anlehnung der Zinsklausel an ein geltendes Gesetz bzw. eine geltende Verordnung die Zinsklausel ihrem Inhalt nach klar. Die Bestimmbarkeit der Belastung des Grundstücks hinsichtlich der Zinsen ist durch objektive Umstände gewährleistet und somit für jeden Dritten klar erkennbar. Damit ist dem Bestimmtheitsgrundsatz Genüge getan (in diesem Sinne auch LG Konstanz, BWNZ 2002, 11).

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch OLG Schleswig-Holstein, MittBayNot 2003, 295 m. Anm. *Wolfsteiner*.

9. BGB §§ 107, 181, 346, 528, 531, 1629, 1643, 1795, 1821, 1909; GBO § 79 Abs. 2 (*Überlassung an Minderjährige mit Rücktrittsvorbehalt*)

1. **Zu den Voraussetzungen eines lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück an Minderjährige unter dem Vorbehalt eines Rücktrittsrechts.**
2. **Wenn Eltern von der Vertretung ihrer minderjährigen Kinder beim Abschluss eines Grundstücksgeschäfts ausgeschlossen sind, ist zur Genehmigung des von einem Pfleger abgeschlossenen Geschäfts nicht das Familiengericht, sondern das Vormundschaftsgericht zuständig (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Köln, ZMR 2004, 189 = Rpfleger 2003, 570).**

BayObLG, Beschluss vom 31.3.2004, 2Z BR 045/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin eines bebauten Grundstücks eingetragen, das nicht vermietet oder verpachtet ist. Zu notarieller Urkunde vom 4.8.2003 räumte sie für sich selbst auf Lebenszeit den unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundbesitz ein. Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen trägt hiernach der Nießbraucher auf die Dauer des Nießbrauchs auch die außerordentlichen Lasten, die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die Zins- und Tilgungsleistungen der Verbindlichkeiten, die den eingetragenen Grundpfandrechten zugrunde liegen. Mit gleicher Urkunde überließ die Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2 und 3, ihren minderjährigen Töchtern, unentgeltlich und schenkungsweise im Wege der vorweggenommenen Erbfolge den Grundbesitz in Form eines je hälftigen Miteigentumsanteils. Der Veräußerer behielt sich das Recht vor,

„vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages zurückzutreten, wenn bei seinen Lebzeiten einer der Erwerber den an ihn überlassenen Vertragsgrundbesitz ganz oder teilweise ohne vorherige Zustimmung des Veräußerers veräußert oder belastet oder wenn einer der Erwerber vor dem Veräußerer versterben sollte. Der Rücktritt kann auch eingeschränkt nur hinsichtlich des Miteigentumsanteils erklärt werden, der demjenigen Erwerber gehört, bei dem die vorstehenden Voraussetzungen eingetreten sind.“

Weiter ist bestimmt, dass im Falle der Rücktrittsübung alle Kosten, Steuern und Gebühren der Erwerber trägt, der zu Lebzeiten des Veräußerers das Vertragsobjekt veräußert oder belastet hat.

Den Antrag auf Vollzug der Urkunde hat das Grundbuchamt u. a. dahingehend beanstandet, dass der Überlassungsvertrag, weil er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil für die minderjährigen Erwerber darstelle, von einem zu bestellenden Pfleger zu genehmigen und eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorzulegen sei. Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

(...)

## II.

Der Senat möchte die zulässige weitere Beschwerde zurückweisen. Er hält in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung ebenso wie der anderer Oberlandesgerichte den zum Vollzug vorgelegten Überlassungsvertrag für nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Er sieht sich jedoch an einer Entscheidung in der Sache gehindert, weil er in der Frage des für die Genehmigung des notariellen Vertrags zuständigen Gerichts von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 11.6.2003 (2 Wx 18/03, ZMR 2004, 189 = Rpfleger 2003, 570) abweichen will. Bei dem Vertrag handelt es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft; das Erfordernis gerichtlicher Genehmigung erfasst den gesamten Vertragsinhalt. Der Senat kann deshalb auch nicht selbständig über diejenigen Auflagen in der Zwischenverfügung des Grundbuchamts entscheiden, in denen er nicht abweichen will.

1. Das Landgericht hat zur Genehmigungsbedürftigkeit des vorgelegten Vertrags ausgeführt:

Die mit dem Vertragsabschluss verbundenen Willenserklärungen der Minderjährigen seien für diese nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Vorteilhaft sei, wenn der Minderjährige aus seinem vorhandenen Vermögen nichts aufgeben und keine neue Belastung auf sich nehmen müsse, damit der Vertrag zustande kommt. Hier stelle bereits die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ohne Beschränkung der Erwerberhaftung auf die Herausgabe nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung einen rechtlichen Nachteil dar. Fehle nämlich eine Haftungsbeschränkung, so bestehe jedenfalls die abstrakte Gefahr, dass der Beschenkte mit seinem gesamten übrigen Vermögen auf Wertersatz hafte. Zudem komme auch eine Haftung des Minderjährigen auf Schadensersatz in Betracht. Darüber hinaus solle der Erwerber vertraglich für alle Kosten, Steuern und Gebühren aufkommen. Es sei im Vertrag zum einen nicht festgelegt, welche Kosten, Steuern und Gebühren davon erfasst seien; zum anderen stelle die Regelung eine Erweiterung der Erwerberhaftung dar.

2. Der Senat teilt den Standpunkt des Landgerichts.

a) Nach § 20 GBO hat das Grundbuchamt vor der Eintragung einer Eigentumsänderung die Wirksamkeit der erklärten Auflassung nach § 925 BGB zu prüfen. Die minderjährigen Beteiligten bedürfen zu einer Willenserklärung, durch die sie nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, der Einwilligung ihrer Eltern als ihrer gesetzlichen Vertreter (§ 107 BGB i. V. m. § 1629 Abs. 1 BGB). Eltern können grundsätzlich nicht als gesetzliche Vertreter ihres Kindes mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft vornehmen, es sei denn, es besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 181 BGB i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB und § 1795 Abs. 2 BGB). Bringt das Insichgeschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil, gilt weder das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) noch das Vertretungsverbot (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB i. V. m. § 1629 Abs. 2 BGB; h. M., siehe nur BayObLGZ 1979, 49/52; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288/289). Für das minderjährige Kind muss in diesem Fall kein Pfleger han-

deln, und die Beteiligten zu 2 und 3 brauchen dann auch nicht für die Annahme der Auflassung die Mitwirkung ihrer Eltern als ihrer gesetzlichen Vertreter.

b) Das Geschäft ist als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft einzuordnen.

Ein rechtlicher Vorteil ist zu bejahen, wenn der Minderjährige aus seinem Vermögen, das er bei Abschluss des Vertrags besitzt, nichts aufgeben und auch keine neuen Belastungen auf sich nehmen muss, damit der Vertrag zustande kommt (BayObLGZ 1979, 49/53). Die Frage, ob ein Vertrag rechtlich vorteilhaft ist, kann nicht isoliert für einzelne Teile des Rechtsgeschäfts, insbesondere nicht getrennt für den schuldrechtlichen und den dinglichen Teil, beantwortet werden, sondern ist aus einer Gesamtbetrachtung des Vertrags heraus zu beurteilen (BGHZ 78, 28/34 f.; OLG Köln, ZMR 2004, 189/190).

(1) Mit rechtlichen Nachteilen ist der Erwerb des Grundstücks nicht schon deshalb verbunden, weil das Grundstück zu gleicher Urkunde mit einem Eigentümergebrauch belastet wird. Auch rechtstechnisch erwerben die Beteiligten zu 2 und 3 das Grundstück schon als mit dem Nießbrauch belastet (BayObLGZ 1979, 49/54). Das Geschenk ist gleichsam um den Belastungsgegenstand gemindert. Zudem sind die mit dem Nießbrauch verbundenen gesetzlichen Verpflichtungen des Eigentümers aus § 1041 BGB und § 1047 BGB abbedungen.

(2) Jedoch ist im Rahmen des vorbehaltenen Rücktrittsrechts nicht hinreichend gesichert, dass die Haftung der Beschenkten auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt bleibt.

Zwar wird der rechtliche Vorteil einer Schenkung nicht dadurch in Frage gestellt, dass diese nach § 528 BGB zurückgefordert oder nach § 530 BGB widerrufen werden kann und der Beschenkte das Grundstück sodann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugewähren hat (§ 528 Abs. 1 Satz 1 a. E. BGB, § 531 Abs. 2 BGB). Denn der Beschenkte haftet nach § 818 Abs. 3 BGB nur, soweit er noch bereichert ist (siehe OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288/290). Hieraus leitet die herrschende Meinung den Grundsatz ab, dass auch bei einer vertraglichen Einräumung eines Rückforderungsrechts dieses dann nicht als nachteilig einzustufen ist, wenn dem Minderjährigen keine zusätzlichen Pflichten über die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung hinaus auferlegt werden (BayObLG, Rpfleger 1974, 309/310; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; ZMR 2004, 189/191; *Schaub* in Bauer/v. Oefele, GBO, AT VII Rdnr. 235; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461/467). Die gewählte Klausel schafft aber eine eigene vertragliche Verpflichtung zur Rückübereignung ohne Beschränkung auf einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich und setzt die Erwerber somit der zumindest abstrakten Gefahr aus, aus ihrem sonstigen Vermögen Wertersatz oder Schadensersatz leisten zu müssen (§ 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 4 BGB i. V. m. §§ 280 ff. BGB; siehe BayObLG, Rpfleger 1974, 309 f.; OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; ZMR 2004, 189/191; *Stutz*, MittRhNotK 1993, 205/213; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258/263 f.; auch *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78/82). Eine Haftungsbeschränkung durch Verweis auf einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich im Fall der Rückabwicklung enthält die Rücktrittsklausel nämlich nicht. Vielmehr lässt sie, auch im Zusammenhang mit der Regelung zur Kostentragung, eher den gegenteiligen Schluss zu. Doch schon dann, wenn die Formulierung der Klausel Zweifel an einer Beschränkung auf das Zugewendete offen lässt, ist die Genehmigung notwendig (so insbesondere OLG Köln, Rpfleger 1998, 159; ZMR 2004, 189/191; auch *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78/83; kritisch *Gschößmann*, MittBayNot 1998, 236/237). Würde der beschenkte Minderjährige das Eigentum beschä-

digen, könnte er sich bei Geltendmachung des Rückübertragungsanspruchs gegenüber dem Schenker wegen Schlechterfüllung oder teilweiser Nichterfüllung schadensersatzpflichtig machen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1974, 309/310). Das kann dazu führen, dass der Beschenkte zwar das ihm zugeordnete Grundstück ohne Gegenleistung wieder herausgeben, die Schadensersatzforderung aber aus dem eigenen Vermögen erfüllen müsste, ohne dass er jemals Nutzungen aus dem Grundstück gehabt hätte. Denn nach dem Vertrag hat er sogleich „ab dem heutigen Tage“ die Lasten und Gefahren aller Art zu tragen, soweit sie nicht aufgrund des Eigentümernießbrauchs weiterhin dem Veräußerer zustehen. Aus den Gründen des Minderjährigenschutzes ist an dieser Rechtsauffassung festzuhalten. Schließlich begründet auch die Regelung zur Kostentragung jedenfalls insofern einen rechtlichen Nachteil, als der Erwerber, der die den Rücktritt begründenden Umstände ausgelöst hat, sämtliche Kosten, Steuern und Gebühren tragen muss. Dies geht über den im Außenverhältnis zum Veräußerer bestehenden gesetzlichen Haftungsumfang hinaus und legt einen internen Haftungsausgleich (§ 426 BGB) bereits fest. Der betroffene Erwerber ist dadurch rechtlich schlechter gestellt, weil im Außenverhältnis seine Kostenhaftung jedenfalls nicht auf seinen Anteil beschränkt ist.

3. Der Senat will die Zwischenverfügung des Grundbuchamts auch insoweit bestätigen, als den Betroffenen die Vorlage einer Genehmigung des Vertrags durch das Vormundschaftsgericht aufgegeben wird. Damit würde der Senat jedoch von der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 11.6.2003 (Rpfleger 2003, 570 = ZMR 2004, 189) abweichen, das eine entsprechende Zwischenverfügung insoweit beanstandet und aufgehoben hat. § 79 Abs. 2 GBO erfasst seinem Wortlaut nach zwar nur Vorschriften, die das Grundbuchrecht betreffen. Es ist jedoch anerkannt, dass die Vorlagepflicht sich auf alle Vorschriften erstreckt, von deren Anwendung die von dem Rechtsbeschwerdegericht zu treffende Entscheidung abhängt. Erfasst sind damit auch alle materiell-rechtlichen Vorschriften, die das Grundbuchamt anzuwenden hat, sofern sie auf bundesgesetzlicher Regelung beruhen (*Budde* in *Bauer/v. Oefele*, GBO, § 79 Rdnr. 11 m. w. N.), somit alle Vorschriften des im BGB geregelten Familienrechts, die die Zuständigkeit von Familiengericht und Vormundschaftsgericht begründen.

a) Es kann dahinstehen, welches Gericht, nämlich das Familiengericht oder das Vormundschaftsgericht, für die Anordnung der Ergänzungspflegschaft sowie die Auswahl und Bestellung des Ergänzungspflegers zuständig ist (dazu BayObLG, FamRZ 2000, 568; 2000, 1111; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2000, 158 f. m. w. N.).

b) Das Oberlandesgericht Köln ist jedoch in einer vergleichbaren Fallgestaltung der Rechtsauffassung, zuständig für die wegen § 1821 Abs. 1 Nrn. 1 und 4 BGB i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB erforderliche gerichtliche Genehmigung sei nach der Reform des Kindschaftsrechts zum 1.7.1998 nicht mehr das Vormundschaftsgericht, sondern das Familiengericht (im Ergebnis ebenso OLG Hamm, FamRZ 2001, 717/718). Demgegenüber besteht nach Ansicht des Senats jedenfalls für die Genehmigung des Vertrags weiterhin die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts (vgl. *Zorn*, Rpfleger 2000, 719/721 rechte Sp.; *Bestelmeyer*, FamRZ 2001, 718; *Wolf*, Rpfleger 2003, 557/558). Das folgt daraus, dass § 1643 BGB nur die Genehmigung von Elterngeschäften, nicht aber die von Pflegergeschäften im Fall des Ausschlusses der Eltern erfasst. Für die Genehmigung von Geschäften des Ergänzungspflegers nach §§ 1909, 1915, § 1821 Nrn. 1 und 4 BGB verbleibt es hingegen bei der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts

(ebenso BayObLG, Rpfleger 2004, 93). Das mögliche Nebeneinander von Zuständigkeiten des Familiengerichts und des Vormundschaftsgerichts muss insoweit hingenommen werden.

10. BGB § 1767 Abs. 1, § 1741 Abs. 1 (*Erwachsenenadoption bei beabsichtigter Hofnachfolge*)

**Zur sittlichen Rechtfertigung der Erwachsenenadoption bei beabsichtigter Hofnachfolge.**

**Zur Prüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „sittlichen Rechtfertigung“ durch das Gericht der weiteren Beschwerde. (Leitsätze des Einsenders)**

BayObLG, Beschluss vom 21.4.2004, 1Z BR 019/04; mitgeteilt von Notar *Franz Edler von Koch*, Ingolstadt

Der 1951 geborene Beteiligte zu 1 ist ledig und hat keine leiblichen Kinder. Er betreibt eine Landwirtschaft in K. Seine verheiratete Schwester ist die Mutter der Kinder P., geboren 1974, und M., geboren 1983, der Beteiligten zu 2. Diese leben ebenfalls in K. Mit notarieller Urkunde vom 21.2.2003 beantragten die Beteiligten, die Annahme der Beteiligten zu 2 als Kind des Beteiligten zu 1 auszusprechen. Zur Begründung führten sie aus, dass der Beteiligte zu 1 bereits seit mehreren Jahren von der Beteiligten zu 2 wie von einer Tochter unterstützt und versorgt werde; es sei vorgesehen, dass sie den Hof fortführe und den Beteiligten zu 1 im Alter unterstütze. Sie solle den Familiennamen P.-M. tragen.

Nach Anhörung der Beteiligten lehnte das Vormundschaftsgericht die Anträge der Beteiligten auf Ausspruch der Adoption ab. Das Landgericht wies die dagegen eingelegte Beschwerde zurück. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten ihren Annahmeantrag weiter.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die zulässige weitere Beschwerde der Beteiligten hat Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Voraussetzung für den Ausspruch der Annahme eines Volljährigen als Kind sei die sittliche Rechtfertigung insbesondere durch ein Eltern-Kind-Verhältnis. Schon begründete Zweifel daran genügten, um die Annahme abzulehnen. Für den Beteiligten zu 1 stehe bei der beantragten Adoption die erhoffte Steuerersparnis bei der geplanten Vererbung seiner Landwirtschaft im Vordergrund. Auch bei der Beteiligten zu 2 sei nicht erkennbar geworden, dass familienbezogene Gründe im Vordergrund stünden. Zwar habe sie angedeutet, dass der Beteiligte zu 1 hilfebedürftig sei; insgesamt habe sich aber der Eindruck ergeben, dass für sie mehr die Fortführung der Landwirtschaft als die rechtliche Einkleidung eines besonderen persönlichen Verhältnisses zu ihrem Onkel im Vordergrund stehe. Sie bezwecke mit der Adoption nach eigenen Worten, „dass das mit der Landwirtschaft gut aussehe“, und zeige dadurch, dass es ihr nicht darum gehe, eine persönliche Verbundenheit zu dem Beteiligten zu 1 nach außen hin zu manifestieren, sondern den Erwerb und Betrieb der Landwirtschaft für sich zu sichern. Bei der Anhörung habe nicht herausgehört werden können, dass die Beteiligten mit der Adoption eine Nachfolge wie unter Eltern und Kindern beabsichtigten; vielmehr habe sich der Eindruck ergeben, dass es darum gehe, die Leistungen der Beteiligten zu 2 in der Landwirtschaft und bei der Versorgung des Beteiligten zu 1 zu entlohnen und dies durch die Adoption rechtlich abzusichern. Soweit die Beteiligte zu 2 erwähnt habe, dass nach einer Adoption alle besser zusammenhelfen könnten, stehe nicht die Manifestation eines

Gemeinschaftsgefühls mit dem Beteiligten zu 1 im Vordergrund, sondern die Abgeltung der Gegenleistungen der Beteiligten zu 2. Hiervon machten beide Beteiligte die Adoption abhängig; der Beteiligte zu 1 wolle sich sogar bei Vererbung seiner Landwirtschaft die Pflegeleistungen der Beteiligten zu 2 vertraglich absichern lassen. Daraus ergebe sich, dass der Adoptionsantrag nur aus wirtschaftlichen Gründen gestellt sei. Zwar stehe außer Zweifel, dass die Beteiligten untereinander ein gutes Verhältnis haben und zusammen Besuche und Ausflüge im Verbund mit den leiblichen Eltern der Beteiligten zu 2 unternehmen. Dies lasse aber nicht den Schluss zu, dass hier ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden sei, das sich von einer normalen Beziehung zwischen Onkel und Nichte abhebt.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Sie beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, nämlich einer Verkenning des unbestimmten Rechtsbegriffs der sittlichen Rechtfertigung der Annahme als Kind (§ 1767 Abs. 1 BGB).

a) Das Landgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit der Erstbeschwerde ausgegangen; es hat die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten nach § 20 Abs. 2 FGG zu Recht bejaht. Bei der Annahme eines Volljährigen sind sowohl der Annehmende als auch der Anzunehmende Antragsteller (§ 1768 Abs. 1 BGB; BayObLG, FamRZ 1982, 644/645) und damit beschwerdeberechtigt.

b) Gemäß § 1767 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Bei der Frage, ob die Annahme eines Volljährigen als Kind „sittlich gerechtfertigt“ ist, handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Das bedeutet, dass die Feststellung der einzelnen Tatumstände dem Tatrichter vorbehalten ist. Die Frage aber, ob diese in ihrer Gesamtheit ausreichen, um die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffs zu erfüllen, stellt eine Rechtsfrage dar; ihre unrichtige Beantwortung ist eine Gesetzesverletzung. Die vom Tatrichter verfahrensfehlerfrei festgestellten einzelnen Umstände sind für das Gericht der weiteren Beschwerde zwar bindend; ihre Bewertung im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs obliegt aber im vollen Umfang seiner Nachprüfung (BayObLGZ 2002, 236/238).

c) Gemäß § 1767 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB ist eine sittliche Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen als Kind insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist oder wenn das Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses für die Zukunft zu erwarten ist (vgl. § 1767 Abs. 2 i. V. m. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB; BayObLG, FamRZ 2001, 118; *Staudinger/Frank*, BGB, 13. Bearb., § 1767 Rdnr. 20, 21, 24). Das Landgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Beantwortung der Frage, ob die Annahme eines Volljährigen als Kind sittlich gerechtfertigt ist, an dem natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis orientieren muss, das durch die Adoption nachgebildet wird (BayObLG, FamRZ 1980, 1158/1159). Welche rechtlichen Anforderungen sich aber hieraus ergeben, hat das Landgericht weder dargelegt, noch ergibt sich aus seinen Ausführungen, dass es zutreffende rechtliche Anforderungen seiner Beurteilung stillschweigend zugrunde gelegt hätte.

aa) Die materielle Nachprüfung des Adoptionsvertrages daraufhin, ob „begründete Zweifel daran bestehen, ob durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindes-Verhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll“, war erstmals durch § 1754 Abs. 2 Nr. 2 BGB in der Fassung des Gesetzes gegen Missbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes statt vom 23.11.1933 gefordert worden, um auf-

getretenen „Verfallserscheinungen“, nämlich dem „Schachern“ mit dem Namen alter bekannter Familien, zu begegnen (RGZ 147, 220/222 f.; BGH, FamRZ 1957, 126/127). Die Einführung des Kriteriums, dass „die Herstellung des Annahmeverhältnisses sittlich gerechtfertigt“ sein müsse, geht auf das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11.8.1961 (FamRÄndG) zurück, das die Minderjährigenadoption – durch das Erfordernis, der Anzunehmende müsse minderjährig sein (§ 1744 Satz 3 BGB i. d. F. des FamRÄndG) – zur Regel, die Erwachsenenadoption durch die Notwendigkeit der Befreiung von diesem Erfordernis (§ 1745 c BGB i. d. F. des FamRÄndG) rechtstechnisch zur Ausnahme gemacht hatte (*Staudinger/Frank*, § 1767 Rdnr. 1; *Lüderitz*, NJW 1976, 1865). Das Adoptionsgesetz von 1976 hat die Ausgestaltung der Erwachsenenadoption als Ausnahmefall der Minderjährigenadoption wieder beseitigt; die beiden Adoptionsformen stehen wieder, wie zuvor, gleichwertig nebeneinander.

bb) Die Anforderungen, die an die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu stellen sind, können naturgemäß im Rahmen der Erwachsenenadoption nicht dieselben sein wie bei der Minderjährigenadoption. Das Eltern-Kind-Verhältnis unter Erwachsenen wird wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt, wie sie bei leiblichen Eltern und Kindern typischerweise gegeben ist (BayObLG, FamRZ 1996, 183/184; *Staudinger/Frank*, § 1767 Rdnr. 15). Im Rahmen der Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand kommt dem objektiven Interesse des Anzunehmenden nicht die entscheidende Bedeutung zu wie im Recht der Minderjährigenadoption (vgl. *Erman/Holzhauser*, BGB, 10. Aufl., § 1767 Rdnr. 4). Auch im natürlichen Eltern-Kind-Verhältnis verlagert sich die Pflege- und Unterstützungsbedürftigkeit mit fortschreitendem Alter vom Kind auf die Eltern. Das Bedürfnis nach Fürsorge des Annehmenden für den Angenommenen, das bei der Minderjährigenadoption im Vordergrund steht, tritt bei der Erwachsenenadoption deswegen oft zurück gegenüber dem Bedürfnis des Annehmenden, selbst die Fürsorge, die Kinder ihren Eltern im Alter zukommen lassen oder zukommen lassen sollten, zu erfahren. Deswegen kann die Adoption auch, wenn sie im Hinblick auf die Hilfs- und Pflegebedürftigkeit des Annehmenden erfolgt, sittlich gerechtfertigt sein (BayObLG, NJW 1985, 2094; BayObLGZ 2002, 236/241).

cc) Von diesen Grundsätzen ausgehend, sind die vom Landgericht geäußerten Zweifel am Bestehen bzw. Entstehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Beteiligten nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht gerechtfertigt.

(1) Das Landgericht hat aus dem von den Beteiligten hergestellten Zusammenhang von Adoptionswunsch und Hofnachfolge geschlossen, dass der ausschlaggebende Zweck der Adoption wirtschaftliche Gründe seien. Es hat dabei übersehen, dass zwischen den Beteiligten eine Beistandsgemeinschaft im oben erörterten Sinne bereits besteht. Die inneren Beziehungen zwischen Volljährigen sind rechtlich kaum fassbar und können nach den im Einzelfall gegebenen Lebensverhältnissen in sehr unterschiedlichen Formen zum Ausdruck kommen. Das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen Volljährigen kann daher nur nach dem äußeren Verhalten der Beteiligten und ihren vergangenen und gegenwärtigen Lebensumständen beurteilt werden (vgl. BayObLG, StAZ 2000, 172; OLG Zweibrücken, NJW-FER 1999, 295/296).

Die Beteiligte zu 2 hat seit frühester Kindheit ständig mit ihrer Mutter auf dem Hof des Beteiligten zu 1 gearbeitet und ist mit allen landwirtschaftlichen Arbeiten in Feld, Wald, Stall und Haus eng vertraut. Sie hat die Volksschule mit Hauptschulabschluss und anschließend zwei Jahre eine Hauswirt-

schaftsschule besucht und zuletzt als Küchenhilfe gearbeitet. Sie verbringt den größten Teil ihrer Freizeit bei ihrem Onkel und unterstützt ihn im Haushalt und in der Landwirtschaft, eine Tätigkeit, in der sie auch ihre berufliche Zukunft sieht. Diese seit Jahren anhaltende Unterstützung und ihre Vertrautheit mit dem Beteiligten zu 1 seit Kindestagen weist auf eine anhaltende geistig-seelische Verbundenheit der nunmehr 20-jährigen Beteiligten zu 2 zum Beteiligten zu 1 hin, die über die „gewöhnliche Beziehung zwischen Onkel und Nichte hinausgeht. Umgekehrt hat auch der Beteiligte zu 1 eine derartige Bindung zu der Beteiligten zu 2: Sie ist von klein auf auf seinem Hof ständig in seiner Nähe gewesen, er ist mit ihrem schulischen und beruflichen Werdegang sowie ihren sonstigen Lebensverhältnissen vertraut und nimmt Anteil an ihrem Leben auch durch gemeinsame Freizeitaktivitäten, oft im Familienverbund mit deren Eltern. Nach seinen Worten versteht er sich so gut mit ihr wie mit einer Schwester.

Zu Unrecht hat das Landgericht den diesbezüglichen Äußerungen der Beteiligten keine Indizwirkung für das Vorliegen einer Beistandsgemeinschaft im Sinne des § 1767 Abs. 1 BGB beigemessen. Es hat nicht beachtet, dass die Beteiligten (Landwirt und Küchenhelferin) vom Leben auf dem Lande in bäuerlicher Umgebung geprägt sind und von ihnen Aussagen über geistig-seelische Vorgänge, noch dazu vor Gericht, in der vom Landgericht vorausgesetzten Präzision nicht erwartet werden konnten. So verwundert es nicht, dass der Beteiligte zu 1 überfordert war, den Unterschied seines Verhältnisses zur Beteiligten zu 2 zu einem normalen Verhältnis zwischen Onkel und Nichte zu erklären. Vielmehr haben die Beteiligten getan, was von ihnen erwartet werden konnte, nämlich ihre Gemeinsamkeiten im alltäglichen Leben zu schildern, aus denen die erforderliche Verbundenheit abgeleitet werden kann. Das Landgericht hat hierbei auch die Lebenssituation der Beteiligten unberücksichtigt gelassen, nach der ihnen das erforderliche Beistandsverhältnis aufgrund des familiären Zusammenhalts mit der am gleichen Ort ansässigen Familie der Beteiligten zu 2 selbstverständlich erscheint. Dies gilt umso mehr, als der Beteiligte zu 1 bereits den Bruder der Beteiligten zu 2 als Kind angenommen hat.

(2) Die Absicht des sonst kinderlosen Beteiligten zu 1, die Beteiligte zu 2 neben ihrem Bruder zum Hofnachfolger zu machen, rechtfertigt nicht die Versagung der Adoption, auch wenn der Beteiligte zu 1 damit die Vorstellung verbindet, bei der Arbeit und im Alter durch diese Beistand zu haben. Die sittliche Rechtfertigung einer Adoption mit dem Ziel, einen Nachfolger für die Fortführung des Lebenswerkes (Hof, Unternehmen, Praxis) zu bekommen, ist anerkannt (vgl. *Staudinger/Frank*, § 1767 Rdnr. 21). So besteht vielfach ein – hergebrachten Wertvorstellungen auf dem Lande entsprechendes – Bedürfnis, kinderlosen Personen die Regelung der Hofnachfolge wie zwischen Eltern und Kindern mit Hilfe einer Adoption zu ermöglichen. Dass sich hierbei der Beteiligte zu 1 die Bestellung eines Leibgedings bei späterer Hofübernahme vorbehalten will, um seine Betreuung sicherzustellen, ist – wie bei leiblichen Kindern – üblich (vgl. Art. 7 AGBGB) und widerspricht – entgegen der Auffassung des Landgerichts – keineswegs dem vergleichbaren Leitbild einer bäuerlichen Familie mit leiblichen Kindern.

Das vom Beteiligten zu 1 geäußerte Motiv der Erbschaftsteuersparnis („dies macht doch jeder, wenn es geht“) deutet darauf hin, dass er eine bei Hofübergabe an ein Kind anfallende Steuerersparnis in Anspruch nehmen will, stellt aber die sittliche Rechtfertigung der Adoption nicht in Frage, weil der Gedanke an Steuerersparnis für die Beteiligten nach Sachlage nicht von maßgeblicher Bedeutung ist. Dass der Beteiligte zu 1 dieser Frage kein großes Gewicht beigemessen

hat, wird daraus deutlich, dass er sich über die Voraussetzungen und die Höhe der erhofften Steuerersparnis offensichtlich nicht kundig gemacht und außer Acht gelassen hat, dass die erhoffte Steuerersparnis unabhängig von der Frage, ob nach den betrieblichen Verhältnissen seines Hofes überhaupt Erbschaftsteuer anfallen kann, bereits dadurch gewährleistet ist, dass er den Bruder der Beteiligten zu 2 schon als Kind angenommen hat (vgl. § 13 a Abs. 1 ErbStG).

11. BGB §§ 1804, 1908 i Abs. 1 (*Kein Schenkungsverbot für Betreuer ohne Aufgabenkreis der Vermögenssorge*)

(...)

**2. Das grundsätzliche Schenkungsverbot betrifft nur Betreuer, zu deren Aufgabenkreis auch die Vermögenssorge gehört.**

BayObLG, Beschluss vom 7.4.2004, 3Z BR 17/04

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

2. Bedenken gegen die Aufhebung der Betreuung zur Vermögenssorge mangels Erforderlichkeit können auch nicht aus der Überlegung abgeleitet werden, dass die Betreuerin durch die ihr ermöglichte Entnahme von Beträgen von dem Konto, welches ihrer privatautonom begründeten Verfügungsmacht unterliegt, nach § 1804 i. V. m. § 1908 i Abs. 1 BGB unerlaubte Schenkungen – noch dazu an sich selbst – tätigen konnte. Dieses Verbot kann nach dem Sinn und Zweck der Regelung nur den Betreuer treffen, dem kraft seines Amtes die gesetzliche Vertretung und damit die Befugnis zur Verfügung über das Vermögen des Betroffenen obliegt (vgl. insoweit auch MünchKomm/Schwab, 4. Aufl., Rdnr. 39, *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., Rdnr. 17, jeweils zu § 1908 i BGB). Ist hingegen die Vermögenssorge vom Aufgabenkreis des Betreuers ausgenommen, weil ihm der Betroffene durch Vollmacht oder in sonstiger Weise Verfügungen über sein Vermögen gestattet hat, geht die privatautonome Regelung insoweit vor. Es ist dann kein Raum für die Erstreckung des gesetzlichen Verbots auf diesen Sachverhalt. Denn die nach ihrem Wortlaut den Vormund betreffende Regelung legt ersichtlich zu Grunde, dass dieser kraft Gesetzes eine umfassende Entscheidungs- und Vertretungsbefugnis gegenüber dem Betroffenen auch für die Vermögenssorge hat.

12. BGB §§ 138, 242 (*Inhaltskontrolle von Eheverträgen*)

**Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen nach neuerer BGH-Rechtsprechung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.5.2004, II-2 UF 79/03

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

(...)

2. Ebenso wenig ist der streitgegenständliche notarielle Vertrag vom 25.11.1986 wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138

Abs. 1 BGB nichtig. In Ansehung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls liegt auch unter Berücksichtigung der Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 6.2.2001 (DNotZ 2001, 222 ff.) und der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.2.2004 (MittBayNot 2004, 270 ff.) keine einseitige Belastung der Klägerin zugunsten des Beklagten vor, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigen würde.

Zwar ist der Vertragsfreiheit der Ehegatten im Hinblick auf den durch Art. 6 Abs. 1 GG besonders verbürgten staatlichen Schutz für Ehe und Familie dort Grenzen zu setzen, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis einer gleichberechtigten Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt. Dies ist jedoch nur bei solchen Eheverträgen der Fall, die erkennbar nicht Ausdruck und Ergebnis einer gleichberechtigten Lebenspartnerschaft sind, und in denen einseitig zugunsten eines Vertragsteils gesetzliche Rechte abbedungen und/oder zusätzliche Pflichten übernommen wurden und hierdurch eine einseitige Benachteiligung eines Vertragspartners eingetreten ist (BVerfG, DNotZ 2001, 222 ff.). Hierbei wiegen die Belastungen des einen Ehegatten umso schwerer und die Belange des anderen Ehegatten bedürfen einer umso genaueren Prüfung, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (BGH, MittBayNot 2004, 270 ff.).

a) Im Rahmen der danach erforderlichen Wirksamkeitskontrolle wäre eine Sittenwidrigkeit nur dann anzunehmen, wenn die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derartig 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). Erforderlich ist hierbei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei 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 die 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. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyper oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (BGH, a. a. O.).

Nach diesen Vorgaben vermag der Senat (...) eine einseitige Benachteiligung der Klägerin durch den streitgegenständlichen Vertrag vom 25.11.1986, die zu einer Sittenwidrigkeit führen würde, auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beklagte „Multimillionär“ ist, nicht zu erkennen.

So haben die Parteien für die Klägerin einen Unterhaltsanspruch in nicht unerheblicher Höhe von zunächst 5.000 DM netto vereinbart, der sich zudem entsprechend der Veränderung des Lebenshaltungsindex erhöhen sollte und auch

erhöht hat. Dem als weiteres monatliches Einkommen hinzuzurechnen werden sollte nach den übereinstimmenden Aussagen der als Zeugen vernommenen beiden damaligen Verfahrensbevollmächtigten der Parteien (...) die Zinserträge aus der Abfindungssumme von 1 Mio. DM, welcher der Beklagte der Klägerin zusätzlich zur Verfügung stellte, wobei die Parteien insoweit übereinstimmend von einer monatlichen Rendite zwischen 4.000 und 5.000 DM ausgingen und auf dieser Basis einen der Klägerin monatlich zustehenden Betrag von 10.000 DM kalkulierten.

Ein solcher Betrag kann – auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beklagte sehr vermögend war – nicht als „Almosen“ bezeichnet werden, wie dies die Klägerin tut. Insbesondere erfolgt bei derartigen Vermögensverhältnissen die Unterhaltsberechnung ohnehin nicht auf Quotenbasis, sondern anhand der Ermittlung des Bedarfs. Dass aber ein Betrag von 10.000 DM monatlich allein an Ehegattenunterhalt im Jahre 1986 ein weit überdurchschnittliches Einkommen darstellte, von dem auch hohe Ansprüche befriedigt werden können, steht außer Zweifel.

Dies gilt umso mehr, als sich der Beklagte gemäß Abschnitt IV des notariellen Vertrages vom 25.6.1980, welcher nach der ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien im Vertrag vom 25.11.1986 weiter gelten sollte, zusätzlich zur Zahlung von Beträgen zur Altersversorgung verpflichtet und diese Beträge tatsächlich auch gezahlt hat.

Hinzu kommt, dass der Beklagte auch den Kindesunterhalt in vollem Umfang zahlen sollte, so dass auch insoweit ein einseitiger, zu Lasten der Klägerin von gesetzlichen Regeln abweichender Vertragsinhalt nicht vorliegt, zumal die Klägerin bis zum 18. Lebensjahr des jüngsten Kindes keinerlei Erwerbsverpflichtung treffen sollte; auch dies ist eine Regelung, die zu ihren Gunsten von dem gesetzlichen Vorgaben des Unterhaltsrechtes erheblich abweicht.

Nicht außer Betracht bleiben kann schließlich, dass ihr als Ausgleich für die Aufgabe der Facharztausbildung zusätzlich ein Betrag von 1 Mio. DM steuerfrei zugewandt werden sollte. Gerade diese Bestimmung zeigt, dass eine Regelung getroffen werden sollte, die die Belange der Klägerin, die sich durch die Betreuung der gemeinsamen fünf Kinder an der Fortsetzung ihrer Ausbildung gehindert sah, erfüllen sollte.

Dass dieser Betrag nunmehr nach der Behauptung der Klägerin nicht mehr vorhanden sein soll, ist im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle, in der es allein auf die Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, ohne Bedeutung. Unabhängig davon kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass gemäß den Bekundungen der an der damaligen Vertragsgestaltung beteiligten Rechtsanwälte im Rahmen ihrer Zeugenvernehmung (...) dieser Betrag nach dem Wunsch des Beklagten zunächst festgelegt werden sollte, um auf diese Weise auch tatsächlich für die Altersversorgung zur Verfügung zu stehen, da der Beklagte befürchtete, die Klägerin werde das Geld ohne eine entsprechende Absicherung ausgeben; allein deshalb, weil die Klägerin hierauf bestand, erfolgte dann letztlich eine Barauszahlung auch dieses Betrages.

Soweit die Klägerin in dem streitgegenständlichen Vertrag auf Unterhalt wegen Krankheit und Alter verzichtet hat, ist auch insoweit keine Sittenwidrigkeit anzunehmen, obwohl diese beiden Tatbestände grundsätzlich zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes gehören (BGH, a. a. O.). Vielmehr wäre der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur dann berechtigt, wenn die Parteien bei ihrer Lebensplanung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einvernehmlich davon ausgegangen wären,

dass die Klägerin sich dauerhaft oder doch langfristig völlig aus dem Erwerbsleben zurückziehen und der Familienarbeit widmen sollte; denn nur in diesem Fall wäre der Klägerin der Aufbau einer eigenen Sicherung gegen die Risiken von Alter oder Krankheit auf Dauer verwehrt und würde eine stete Abhängigkeit von dem Beklagten begründet. Eine solche einvernehmliche Lebensplanung lässt sich dem Vertrag vom 25.11.1986 jedoch gerade nicht entnehmen. Vielmehr war nicht nur von Anfang an eine spätere Berufstätigkeit der Klägerin ins Auge gefasst, wie dies die Begrenzung des Betreuungsunterhaltes zeigt, sondern darüber hinaus wurde auch durch die Zahlung von 400 DM monatlich in die Ärzteversorgung ein ausreichender Schutz der Klägerin vor Invalidität und eine angemessene Altersvorsorge begründet.

Auch der Verzicht der Klägerin auf Unterhalt für den Fall der Arbeitslosigkeit sowie auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt begründet eine Sittenwidrigkeit nicht, gehören doch diese Unterhaltstatbestände nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Urteil vom 11.2.2004 (a. a. O.) nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes.

Soweit die Klägerin sich darauf beruft, sie werde durch den Wegfall der Unterhaltszahlung nach einer 23-jährigen Kindererziehungszeit zur Sozialhilfeempfängerin degradiert, ist dem entgegenzuhalten, dass ihr nicht nur durch diesen Vertrag eine erhebliche und weit über das übliche Maß hinausgehende Sicherheit eingeräumt wurde, sondern auch die Möglichkeit, sich bereits geraume Zeit vor Ablauf der Unterhaltsverpflichtung des Beklagten wieder auf ihr zukünftiges Berufsleben einzurichten. Dies gilt umso mehr, als Kinder – wie dem Senat aus eigener Lebenserfahrung bekannt – spätestens ab dem 14. Lebensjahr durch Schule und Hobby so beschäftigt sind, dass es auch einer Mutter von fünf Kindern, die zudem über ausreichende Barmittel zum Zwecke der Finanzierung von Personal verfügt, möglich ist, sich im Hinblick auf die absehbare Berufstätigkeit fortzubilden und gegebenenfalls entsprechende Kontakte – etwa durch Praxisvertretungen im Urlaub – zu knüpfen. Hinzu kommt, dass die Klägerin nach ihrer Ausbildung und ihrem Abschluss eine gut ausgebildete und intelligente Frau ist, der es keine Schwierigkeiten gemacht hätte, sich einen dieser Ausbildung angemessenen Platz im Berufsleben zu suchen, sofern sie sich darum bemüht hätte.

Eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin liegt schließlich auch nicht in dem Ausschluss des Versorgungsausgleiches, da der Beklagte aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, die er auf absehbare Zeit auch fortführen wollte, als Selbständiger ohnehin keine Versorgungsansprüche erworben hätte. Etwaige, über die bereits bei der Ärzteversorgung erworbenen Ansprüche hinausgehende Rechte hätte allenfalls die Klägerin im Falle einer Wiederaufnahme ihrer Berufstätigkeit erworben, so dass auch diese Regelung nicht als einseitige, zu ihren Ungunsten erfolgte Lastenverteilung angesehen werden kann, sondern diese sich im Gegenteil im Falle ihrer Erwerbstätigkeit nach Vertragsabschluss allein zu ihren Gunsten ausgewirkt hätte.

Soweit die Parteien schließlich den Ausschluss des Zugewinnausgleiches vereinbart haben (eine Regelung im Vertrag vom 25.6.1980, die nach dem ausdrücklichen Willen auch weiterhin gelten sollte), gehört dies bereits nicht zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechtes (BGH, a. a. O.). Denn die eheliche Lebensgemeinschaft war und ist – auch als gleichberechtigte Partnerschaft von Mann und Frau – nicht notwendig auch eine Vermögensgemeinschaft. Dem gesetzlichen Güterstand liegt zwar die typisierende Vorstellung zugrunde, dass die Ehegatten in ökonomisch gleichwertiger Weise zur

Vermögensbildung beitragen. Dies hindert die Ehegatten jedoch nicht, durch Modifizierung oder Abwahl des Regelgüterstandes ihre interne Vermögensordnung einvernehmlich an die individuellen Verhältnisse ihrer konkret beabsichtigten oder gelebten Eheform anzupassen und dabei auch eigene ökonomische Bewertungen an die Stelle gesetzlicher Typisierungen zu setzen (BGH, a. a. O.). Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Beklagte bereits geschieden war, sich schon zum Zeitpunkt der Eheschließung mit der Klägerin in außerordentlich guten finanziellen Verhältnissen befand und sehr viele Gelder auch in seine Firmen investiert hatte.

Nicht außer Betracht gelassen werden kann ferner, dass es nicht der Beklagte war, der der Klägerin einseitig aufgrund seiner überlegenen Stellung und Dominanz die Vertragsbedingungen diktiert hat. Vielmehr war es nach der übereinstimmenden Erklärung der damaligen Bevollmächtigten der Parteien (...) so, dass die Klägerin eine erhebliche Änderung des Vertrages aus dem Jahre 1980 wünschte, weil sie diesen für sittenwidrig hielt, und der Beklagte auf diese Wünsche einging in der Hoffnung, die Ehe mit der Klägerin retten zu können.

Soweit die Klägerin sich darauf beruft, tatsächlich sei sie es gewesen, die sich in einer Zwangslage befunden habe, weil auch der Vertrag vom 25.6.1980 sittenwidrig gewesen sei und sie befürchten musste, an den dortigen Regelungen festgehalten zu werden, ist dies im Hinblick darauf, dass der Beklagte auf ihre Änderungswünsche einging und seine Verpflichtungen maßgeblich erhöhte, nicht relevant. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Klägerin sich tatsächlich zum damaligen Zeitpunkt in einer schlechten psychischen und emotional labilen Verfassung befand, so ist jedenfalls nicht erkennbar, dass der Beklagte diesen Umstand ausgenutzt hätte. Vielmehr macht der streitgegenständliche Vertrag ebenso wie die Vertragsgenese deutlich, dass er den Interessen seiner Vertragspartnerin, der Klägerin, ausreichend Rechnung getragen hat.

Unter Berücksichtigung sämtlicher vorstehender Umstände kann demgemäß von einer Sittenwidrigkeit zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages nicht ausgegangen werden.

b) Dem Beklagten ist die Berufung auf die Fortgeltung des in dem notariellen Vertrag vom 25.11.1986 vereinbarten Wegfalls der Unterhaltsverpflichtung ab dem Zeitpunkt der Volljährigkeit des jüngsten gemeinsamen Kindes auch nicht aufgrund der im Rahmen des § 242 BGB vorzunehmenden Ausübungskontrolle (vgl. hierzu BGH, a. a. O.) verwehrt. Die Berufung auf die vertraglichen Vereinbarungen wäre nur dann nicht hinzunehmen, wenn im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung so weit abgewichen wäre, dass die Berufung auf den Ehevertrag sich als unzulässige Rechtsausübung darstellte.

Von einer Änderung der maßgeblichen Umstände kann indessen nicht ausgegangen werden. Zwischen den Parteien ist unstrittig, dass die notarielle Vereinbarung vom 25.11.1986 u. a. deshalb getroffen wurde, weil die Ehe der Parteien bereits kriselte, sie nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien (...) schon seit Anfang 1986 getrennt lebten und sich die Parteien, insbesondere der Beklagte, von dem Abschluss des Vertrages ein friedlicheres Zusammenleben erhofften. Das Scheidungsverfahren wurde dann gleichwohl seitens der Klägerin am 11.8.1989 eingeleitet. Dass zu diesem Zeitpunkt maßgebliche Änderungen gegenüber den Umständen bei Vertragsabschluss im Jahre 1986 eingetreten wären, hat die Klägerin weder vorgetragen, noch ist dies aus den Akten ersichtlich.

Selbst dann aber, wenn man auf den Zeitraum der vertraglichen Unterhaltsverpflichtung abstellen und auch die Lebensumstände der Parteien bis Dezember 2003 in die Gesamtabwägung einbeziehen wollte, stellt sich die nunmehrige Berufung des Beklagten auf den vertraglich vereinbarten Wegfall der Unterhaltsverpflichtung nicht als unzulässige Rechtsausübung dar. So hat der Beklagte sich nicht nur genauestens an seine dort übernommenen Verpflichtungen gehalten, sondern der Klägerin darüber hinaus und ohne, dass er hierzu verpflichtet gewesen wäre, auch noch bis zum Zeitpunkt der Volljährigkeit des jüngsten Kindes ein unentgeltliches Wohnrecht in seinem Haus zugebilligt und auch die Nebenkosten getragen. Zudem hat er für die Kinder – ebenfalls überobligatorisch – Unterhalt in Höhe von 175 % über dem höchsten Tabellensatz der Düsseldorfer Tabelle gezahlt.

Im Gegenteil ist es die Klägerin, die durch ihr Verhalten bei dem Beklagten ein schützenswertes Vertrauen auf den Bestand der vertraglichen Regelungen geschaffen hat, indem sie sich in der Zeit nach dem Vertragsschluss über Jahre hinweg stets auf die vertraglichen Bestimmungen berufen und auf deren Grundlage mit Erfolg höhere Unterhaltszahlungen durchgesetzt hat. Noch in dem Verfahren (...) [vor dem Amtsgericht] hat sie als damalige Beklagte (...) vorgetragen, es sei überhaupt keine Frage, dass sie ab Ende des Jahres 2003 aus dem notariellen Vertrag keine Unterhaltsansprüche mehr herleiten könne und ihr dann lediglich noch die sich aus dem Gesetz ergebenden Ansprüche auf Unterhalt zustünden, der Beklagte sich jedoch bis zu diesem Zeitpunkt an die vertraglichen Regelungen zu halten habe.

13. BGB §§ 138, 242, 1408, 1585 c (*Inhaltskontrolle von Eheverträgen*)

#### **Zur Wirksamkeitskontrolle eines Ehevertrags mit Totalverzichtvereinbarung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.5.2004, 9 WF 35/04

Die am 10.10.1991 geschlossene Ehe der Antragstellerin zu 2) und des Antragsgegners ist nach vorausgegangener Trennung Ende 1993/Anfang 1994 seit 18.9.1996 rechtskräftig geschieden. Bei der Antragstellerin zu 2) handelte es sich um die zweite, beim Antragsgegner um die dritte Ehe. Aus der Ehe ist die im März 1992 geborene Antragstellerin zu 1) hervorgegangen, die im Haushalt der Antragstellerin zu 2) lebt. Mit notarieller Urkunde vom 11.9.1991 haben die Antragstellerin zu 2) und der Antragsgegner für ihre Ehe den Versorgungsausgleich ausgeschlossen und auch für den Fall der Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs Gütertrennung vereinbart. Weiterhin haben sie für den Fall der Scheidung wechselseitig und vollständig auf nachehelichen Unterhalt verzichtet.

Die im März 1965 geborene Antragstellerin zu 2) ist – wie bereits bei Abschluss des notariellen Vertrages – vollschichtig erwerbstätig. Seit 1.1.1995 ist sie als Gebäudereinigerin beschäftigt mit einem Durchschnittsnettoeinkommen von monatlich rund 1.400 € im Jahr 2002. Das Durchschnittsnettoeinkommen des im April 1955 geborenen Antragsgegners, der zwischenzeitlich erneut geheiratet hat, hat sich im Jahr 2002 auf rund 2.035 € monatlich belaufen. Für die Antragstellerin zu 1) hat der Antragsgegner im hier streitgegenständlichen Zeitraum von Juli bis Oktober 2003 monatlichen Unterhalt von 197,80 € gezahlt.

Die Antragstellerinnen haben mit einem am 8.10.2003 beim Familiengericht eingereichten Antrag um Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage nachgesucht, mit der sie vom Antragsgegner weiteren Unterhalt beanspruchen.

Das Familiengericht hat der Antragstellerin zu 1) Prozesskostenhilfe bewilligt und der Antragstellerin zu 2) die nachgesuchte Prozess-

kostenhilfe mangels Erfolgsaussicht ihres Klagebegehrens verweigert. Gegen die Prozesskostenhilfiverweigerung richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu 2).

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die gemäß § 127 Abs. 2 ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin zu 2) führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Familiengericht, soweit das Familiengericht der Antragstellerin zu 2) im angefochtenen Beschluss die nachgesuchte Prozesskostenhilfe für ihre auf nachehelichen Unterhalt gerichtete, beabsichtigte Klage verweigert hat.

Der von der Antragstellerin zu 2) in der notariellen Urkunde vom 11.9.1991 erklärte Unterhaltsverzicht steht der Inanspruchnahme des Antragsgegners auf nachehelichen Unterhalt vorliegend nicht entgegen.

Der Beurteilung des Familiengerichts, die bezüglich des vorgenannten notariellen Vertrages vorzunehmende Inhaltskontrolle führe nicht zur Annahme einer unangemessenen Benachteiligung der Antragstellerin zu 2), vermag der Senat nicht beizutreten.

Vielmehr ist bei der gegebenen Sachlage und unter Berücksichtigung der geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, MittBayNot 2004, 270; vgl. hierzu auch *Dauner-Lieb*, FF 2004, 65 ff.) davon auszugehen, dass der in der notariellen Urkunde vom 11.9.1991 erklärte Unterhaltsverzicht gemäß § 138 BGB nichtig ist.

Danach unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich zwar grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zu Gunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht. Entsprechend enthält auch § 1585 c BGB keine Einschränkung in Richtung eines unverzichtbaren Mindestgehalts an Rechten.

Die Ehegatten können ihre eheliche Lebensgemeinschaft vielmehr eigenverantwortlich und frei von gesetzlichen Vorgaben entsprechend ihren individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen gestalten.

Diese grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf indes nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das wäre aber der Fall, wenn dadurch eine evident einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten eines Ehegatten entstände.

Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift (vgl. BGH, a. a. O.; BVerfG, DNotZ 2001, 708 ff. und 222 ff.).

Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen wird man für deren Disponibilität eine Rangabstufung vornehmen können, die sich in erster Linie danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgenregelungen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lage haben.

So ist die Absicherung des laufenden Unterhaltsbedarfs für den Berechtigten in der Regel wichtiger als etwa der Zugewinn – oder späterer Versorgungsausgleich –, wobei letzterer

als vorweggenommener Altersunterhalt der vertraglichen Disposition nur begrenzt offen steht, während der Zugewinnausgleich der vertraglichen Disposition am weitesten zugänglich sein dürfte (vgl. BGH, a. a. O.).

Innerhalb der Unterhaltstatbestände gehört in erster Linie zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts der Betreuungsunterhalt (§ 1570), der schon im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterliegt, weiterhin auch der Krankheits- (§ 1572 BGB) und Altersunterhalt (§ 1571 BGB).

Allerdings ist auch der Betreuungsunterhalt nicht jeglicher Modifikation entzogen. Vielmehr lassen sich Fälle denken, in denen die Art des Berufs es der Mutter erlaubt, Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit miteinander zu vereinbaren, ohne dass das Kind Erziehungseinbußen erleidet.

Auch erscheint eine ganztägige Betreuung durch die Mutter nicht als unabdingbare Voraussetzung für einen guten Erziehungserfolg, so dass sich die Ehegatten auch darüber verständigen könnten, ab einem bestimmten Kindesalter Dritte zur Betreuung heranzuziehen, um der Mutter einen möglichst frühen Wiedereinstieg in das Berufsleben zu ermöglichen (BGH, a. a. O.).

Ob aufgrund einer – wie hier – vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht abweichenden Vereinbarung eine evident einseitige Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar erscheint, unterliegt der tatrichterlichen Prüfung.

Insoweit hat der Tatrichter zunächst im Rahmen einer Wirksamkeitskontrolle zu prüfen, ob die Vereinbarung 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).

Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsabschluss abstellt.

Ist die Berechtigte – wie vorliegend – bei Abschluss des Ehevertrages schwanger, stellt dies ein Indiz für eine mögliche vertragliche Disparität dar und gibt grundsätzlich Anlass, der Frage nachzugehen, ob der Ehevertrag die Berechtigte in unangemessener Weise belastet.

Weitere maßgebliche Faktoren sind jedoch die Vermögenslage, die berufliche Qualifikation und Perspektive sowie die von den Ehevertragsparteien ins Auge gefasste Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit in der Ehe, die im Einzelfall dazu führen können, die Unterlegenheit der Schwangeren auszugleichen, auch wenn im Ehevertrag gesetzliche Rechtspositionen abbedungen sind (BVerfG, DNotZ 2001, 708 ff.).

Subjektiv sind die Gründe zu berücksichtigen, die die Parteien zum Abschluss der notariellen Vereinbarung veranlasst haben, insbesondere auch die Motive der Schwangeren – hier der Antragstellerin zu 2) – für ihren Unterhaltsverzicht (vgl. BGH, a. a. O.).

Sittenwidrigkeit wird regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen sind, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der

Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetypp oder sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt sind (BGH, a. a. O.).

Unter Beachtung vorstehender Ausführungen hält der im notariellen Vertrag enthaltene Unterhaltsverzicht der Antragstellerin zu 2) aber einer Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB nicht stand. Vielmehr stellt er sich unter den gegebenen Umständen als eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse der Antragstellerin zu 2) und des Antragsgegners nicht gerechtfertigte Lastenverteilung dar, die hinzunehmen für die Antragstellerin zu 2) auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des Antragsgegners und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint.

Unstreitig war die Antragstellerin zu 2) zum Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Vertrages schwanger.

Der in der notariellen Urkunde erklärte Verzicht auf jeglichen naheheiligen Unterhalt, demnach auch auf Betreuungsunterhalt, betrifft zudem den unmittelbaren Kernbereich der gesetzlichen Scheidungsfolgen, der auch schon nach der früheren höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, FamRZ 1997, 873 f., u. FamRZ 1995, 291 f.) im Hinblick auf seine Ausrichtung am Kindesinteresse nicht der freien Disposition der Ehegatten unterlag.

Der vollständige Unterhaltsverzicht der Antragstellerin zu 2) wird auch nicht durch irgendwelche Vorteile gemildert oder gar kompensiert. Insbesondere kann der gleichzeitige Unterhaltsverzicht des Antragsgegners unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse der Parteien zum insoweit maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht als derartiger Vorteil gewertet werden.

Schließlich sind auch keine anderweitigen Umstände erkennbar, die der Annahme einer evident einseitigen Benachteiligung der Antragstellerin zu 2) durch die notarielle Vereinbarung entgegenstehen könnten.

Über nennenswertes Vermögen, das ihr im Scheidungsfall eine Betreuung und Erziehung des gemeinsamen Kindes ohne wirtschaftliche Unterstützung des Antragsgegners hätte ermöglichen können, verfügte die Antragstellerin zu 2) unstreitig bei Vertragsabschluss nicht. Auch fehlen Anhaltspunkte, die den Schluss zulassen, dass eine vollschichtige Tätigkeit der Antragstellerin zu 2) in ihrem Beruf als Gebäudereinigerin mit der Betreuung des gemeinsamen Kindes unter Wahrung der Kindesbelange vereinbar sein könnte.

Selbst wenn – wie der Antragsgegner behauptet, die Antragstellerin zu 2) bestreitet – nach der gemeinsamen Planung der Parteien bei Abschluss des notariellen Vertrages vereinbart gewesen sein sollte, dass die Antragstellerin zu 2) weiterhin einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit nachgeht, steht dies der Annahme einer evident einseitigen Belastung der Antragstellerin zu 2) durch die notarielle Vereinbarung nicht entgegen. Denn dass die Parteien beabsichtigten, sich nach der Geburt des gemeinsamen Kindes Haus- und Familienarbeit zu teilen, hat selbst der Antragsgegner nicht vorgetragen. Hiergegen spricht auch bereits die tatsächliche Gestaltung des ehelichen Zusammenlebens der Parteien nach der Geburt des Kindes. Unstreitig hat die Antragstellerin zu 2) nämlich während des Zusammenlebens mit dem Antragsgegner auch nach Ablauf des Mutterschutzes ihre Erwerbstätigkeit nicht aufgenommen, sondern Erziehungsurlaub in Anspruch genommen und sich der Erziehung und Betreuung des Kindes gewidmet.

Entgegen der Auffassung des Familiengerichts rechtfertigt auch der Umstand, dass die Antragstellerin zu 2) bereits vor mehr als acht Jahren eine Vollzeittätigkeit aufgenommen hat und diese seither ausübt, keine andere Sicht. Nachdem der Antragsgegner jegliche Unterhaltszahlungen verweigerte, war die Antragstellerin zu 2) nämlich – wie sie nachvollziehbar vorträgt – zur Sicherstellung ihres Lebensunterhalts neben der Betreuung des gemeinsamen Kindes zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gezwungen. Soweit der Antragsgegner behauptet hat, die Betreuung des gemeinsamen Kindes sei durch die Großeltern bzw. dritte Personen gesichert gewesen, hat die Antragstellerin zu 2) unwidersprochen vorgetragen, dass weder die Großeltern als Betreuungspersonen zur Verfügung standen noch andere Betreuungspersonen. Vielmehr habe sie, nachdem sie gezwungen gewesen sei, zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, das Kind im Hort unterbringen müssen. Im Übrigen kommt es für die Beurteilung der Unwirksamkeit allein auf den Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Vertrages an (vgl. BGH, a. a. O.).

Letztlich ergeben sich auch aus den Motiven der Parteien bei Vertragsabschluss keine Anhaltspunkte, insbesondere keine für besonders schutzwürdige Belange des Antragsgegners, die trotz der Benachteiligung der Antragstellerin zu 2) ausnahmsweise zur Bejahung der Wirksamkeit der Vereinbarung führen könnten.

Insoweit kann für das Ergebnis dahinstehen, ob die Antragstellerin zu 2), wie sie behauptet, im notariellen Vertrag nur deshalb auf alle ihr im Scheidungsfall an sich zustehenden gesetzlichen Rechte verzichtet hat, weil der Antragsgegner sie vor die Alternative gestellt habe, entweder mit entsprechendem Ehevertrag zu heiraten oder das Kind nicht ehelich zu bekommen. Denn auch wenn – entsprechend dem Sachvortrag des Antragsgegners – unterstellt wird, dass Motivation für den Abschluss des notariellen Vertrages war, dass beide Parteien bereits gescheiterte Ehen hinter sich hatten, demnach das Bestreben dahin ging, sich von sämtlichen nachteiligen Folgen einer Scheidung freizuzeichnen, stellt dies keinen besonders schutzwürdigen Belang des Antragsgegners dar, der zur Bejahung der Wirksamkeit des Unterhaltsverzichts der Antragstellerin zu 2) führen könnte.

Bei dieser Sachlage kommt es nicht mehr darauf an, ob der Antragsgegner – wie dies bei Wirksamkeit des Unterhaltsverzichts zu prüfen wäre – seine ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbrauchen würde, wenn er sich gegenüber der Antragstellerin zu 2) darauf beruft, dass ihre nahehelichen Unterhaltsansprüche durch den notariellen Vertrag wirksam abbedungen seien (sogenannte Ausübungskontrolle; vgl. hierzu BGH, a. a. O.).

Ohne Erfolg macht der Antragsgegner Verwirkung des streitgegenständlichen Unterhaltsanspruchs der Antragstellerin zu 2) gemäß § 242 BGB geltend. Eine Verwirkung gemäß § 242 BGB kann nämlich – worauf die Antragstellerin zu 2) zutreffend hinweist – nur rückständigen, nicht hingegen – den vorliegend allein beanspruchten – laufenden Unterhalt erfassen, da ein Unterhaltsanspruch nicht verwirkt sein kann, bevor er überhaupt fällig geworden ist (vgl. BGH, FamRZ 2002, 1698, 1699).

14. BGB §§ 2065 Abs. 2, 2075, 2113 Abs. 1, 2136 (*Unwirksamkeit einer Nacherben-Bestimmungsklausel*)

1. **Zur Wirksamkeit einer für den Fall des Streites der Erben oder Nacherben testamentarisch angeordneten Verwirkungsklausel.**
2. **Zu den Voraussetzungen einer nicht ausdrücklich angeordneten Befreiung der Vorerben.**
3. **Unwirksamkeit einer testamentarischen Klausel, dass „der Vorerbe berechtigt sein sollte, aus den Abkömmlingen den für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Grundbesitzes geeignetsten Nacherben auszuwählen“.**

BayObLG, Beschluss vom 18.3.2004, 1Z BR 044/03; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Der verwitwete Erblasser ist im Jahr 1994 im Alter von 87 Jahren verstorben. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die zwei jüngeren aus der Ehe des Erblassers mit seiner 1984 vorverstorbenen Ehefrau hervorgegangenen drei Söhne; der älteste Sohn aus dieser Ehe ist von einem Bruder der Ehefrau des Erblassers am 20.1.1969 adoptiert worden.

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die beiden Kinder des Beteiligten zu 4, die Beteiligten zu 5, 6 und 7 sind die drei Kinder des Beteiligten zu 3.

In gemeinschaftlichen Testamenten vom 10.6.1955 und 4.3.1960 setzten sich der Erblasser und seine Ehefrau gegenseitig zu Alleinerben ein und trafen für den Fall des Ablebens des Überlebenden letztwillige Verfügungen. Die für den letztgenannten Fall getroffenen Verfügungen änderten der Erblasser und seine Ehefrau mit gemeinschaftlichem Testament vom 3.3.1969 ab und bestimmten, dass die Beteiligten zu 3 und 4 zu gleichen Teilen Erben des Letztversterbenden werden sollten und der vom Bruder der Ehefrau des Erblassers adoptierte Sohn auf den Pflichtteil gesetzt werde. Außerdem wurde Testamentsvollstreckung angeordnet.

Mit gemeinschaftlichem Testament des Erblassers und seiner Ehefrau vom 18.12.1973 wurde die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3 und 4 aus dem Testament vom 3.3.1969 dahingehend abgeändert, dass die Beteiligten zu 3 und 4 jeweils nur Vorerben sein sollten. Als Nacherben wurden bestimmt die Abkömmlinge der Vorerben zu gleichen Stammesanteilen. Zur Nacherbfolge enthält das Testament vom 18.12.1973 u. a. folgende Bestimmung:

„Bezüglich des vorhandenen Grundbesitzes werden die Nacherben von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit. Bezüglich des gesamten übrigen Nachlasses werden dieselben jedoch von allen gesetzlichen Beschränkungen ausdrücklich befreit.“

Keiner der Beteiligten hat in Zweifel gezogen, dass es in der oben zitierten Testamentsbestimmung statt „Nacherben“ richtig „Vorerben“ heißen muss. Auch der beurkundende Notar hat auf gerichtliche Anfrage am 26.4.2002 erklärt, bei dem Wort „Nacherben“ liege ein offensichtliches Schreibversehen vor.

In einem weiteren gemeinschaftlichen Testament vom 7.2.1975 bestätigten der Erblasser und seine Ehefrau ihre gemeinschaftlichen Testamente vom 3.3.1969 und 18.12.1973 und trafen ergänzende Verfügungen zum Pflichtteilsrecht. Hierzu verfügten der Erblasser und seine Ehefrau mit weiterem gemeinschaftlichem Testament vom 24.11.1975 Folgendes:

„Unser früheres Gemeinschaftliches Testament ergänzen wir dahingehend, dass der Vorerbe zu keiner Verfügung über den Nachlass und zu keiner Verwaltungsbestimmung über den Nachlass der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Soweit eine solche notwendig wäre, tritt an die Stelle des Vormundschaftsgerichts jeweils die Zustimmung des Testamentsvollstreckers.“

Unser Wunsch ist, dass der Testamentsvollstrecker einer Verfügung oder Verwaltungsbestimmung des Vorerben nachkommt, wenn der Vorerbe für seinen Lebensunterhalt anderweitig aufkommen kann.

Der Vorerbe ist berechtigt, aus unseren Abkömmlingen denjenigen auszuwählen als Nacherben, der am geeignetsten für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Grundbesitzes ist.“

Ein weiteres gemeinschaftliches Testament des Erblassers und seiner Ehefrau ist datiert auf den „7.6.1978 und den 13.12.1981“. Darin

werden die früheren gemeinschaftlichen Testamente aufrechterhalten und neben Teilungsanordnungen, Vermächtnissen, Auflagen sowie Bestimmungen zum Pflichtteilsrecht und zur Testamentsvollstreckung u. a. folgende weitere Verfügungen getroffen.

Ziffer II 4:

„Die Erben haben sich jeweils gegenseitig das Vorkaufsrecht auf den gesamten Grundbesitz, der an sie fällt, einzuräumen. Dieses Vorkaufsrecht ist in den jeweiligen Grundbüchern einzutragen.“

Ziffer II 10:

„Wenn einer unserer Erben anders als durch Kauf zum angenäherten Verkehrswert oder durch Tausch gegen gleichwertigen Grundbesitz Grund und Boden erwirbt oder als Erbe oder Vermächtnisnehmer erhält, der am 1.1.1945 Eigentum von M. war, ist der Wert eines so erworbenen Grundbesitzes voll auf seinen Erbteil, den er auf Grund unserer letztwilligen Verfügungen erhalten soll, anzurechnen. Dies soll nur in dem Fall nicht gelten, in dem einer unserer Erben oder beide zu gleichen Teilen ehemaliges oder derzeitiges M.-Eigentum in unbefreiter Vorerbschaft erhält bzw. als solches erhalten und zudem sichergestellt ist, dass dieses Eigentum spätestens bei Eintritt des Nacherbsfalls ohne eine den Vorerben dafür zukommende Gegenleistung an ein Mitglied der Familien des M. zurückfallen soll.“

Ziffer III 1:

„Sollte unserem ältesten Sohn nach dem Tod des Letztverstorbenen von uns noch ein Pflichtteilsanspruch zustehen, auf den er nicht verzichtet, so sollen zur Befriedung dieses Anspruchs weder ein Teil des Immobilienbesitzes noch ein Teil des Kapitalvermögens noch auch alte Familienstücke in Silber, Porzellan usw. an Nichtmitglieder unserer Familie (...) veräußert werden dürfen.“

In Ziffer IV des Testaments ist bei Streitigkeiten wegen Bewertung des Nachlasses die Erholung des Schiedsgutachtens einer Schätzungskommission vorgesehen. Danach ist in Ziffer V u. a. Folgendes bestimmt:

„Sollte einer der von uns als Erben eingesetzten Söhne auch nach einer Entscheidung der Schätzungskommission sich mit der Bewertung irgendeines Teils unseres Nachlasses nicht zufrieden geben, sollte einer von ihnen wegen unseres Testaments oder wegen der Testamentsvollstreckung mit einem anderen Erben bzw. Ersatz- oder Nacherben oder mit einem der Testamentsvollstrecker bzw. mit beiden Testamentsvollstreckern außergerichtlich oder gerichtlich streiten oder sollte einer unserer Erben sich bei der Abwicklung unseres Nachlasses nach Ansicht des bzw. der Testamentsvollstrecker in einer dem Ansehen und der Tradition unserer Familie nicht entsprechenden Weise benehmen, so ist er auf den Pflichtteil gesetzt; unter der gleichen Voraussetzung sollen nicht pflichtteilsberechtigter Ersatz- oder Nacherben von der Erbschaft ausgeschlossen sein.“

Am 30.11.1994 erteilte das Nachlassgericht auf Antrag der Beteiligten zu 3 und 4 einen Erbschein, demzufolge der Erblasser von den Beteiligten zu 3 und 4 je zur Hälfte beerbt worden ist. Der Erbschein enthält u. a. Angaben zur Anordnung der Vor- und Nacherbschaft und in diesem Zusammenhang die Bestimmung „der Vorerbe ist zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt“.

Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragten die Einziehung des am 30.11.1994 erteilten Erbscheins, weil dieser zu Unrecht eine Befreiung des Vorerben ausweise. Das Nachlassgericht wies den Einziehungsantrag zurück. Auch die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit ihrer weiteren Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27 Abs. 1, § 29 Abs. 1 und 4, § 20 FGG). Die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 1 und 2 ergibt sich schon daraus, dass ihre Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist (vgl. BayObLGZ 2000, 48/51; Keidel/Meyer-Holz, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 10).

2. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, als Nacherben seien die Beteiligten zu 1 und 2 beschwerdeberechtigt, da ihre Rechtsstellung beeinträchtigt wäre, wenn gemäß ihrem Vorbringen keine befreite Vorerbschaft vorläge und der Erbschein im Gegensatz hierzu eine Befreiung der Vorerben ausweise. Auch die Bestimmung in Ziffer V des Testaments vom 13.12.1981, dass Nacherben von der Erbschaft ausgeschlossen sein sollten, die sich wegen des Testaments gerichtlich streiten, führe nicht zur Unlässigkeit der Beschwerde, da den Nacherben die Möglichkeit verbleiben müsse, ihre Rechte zu wahren.

Zutreffend sei im Erbschein angegeben, dass die Vorerben zur freien Verfügung über den Nachlass berechtigt seien. Der Umstand, dass in dem Testament vom 18.12.1973 die Vorerben bezüglich des vorhandenen Grundbesitzes von den gesetzlichen Beschränkungen zunächst nicht befreit worden seien, stehe der Annahme einer befreiten Vorerbschaft nicht entgegen. Gemäß § 2258 Abs. 1 BGB werde durch die Errichtung eines Testaments ein früheres Testament nämlich insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch stehe. Das Testament vom 18.12.1973 sei hinsichtlich der Frage, ob befreite Vorerbschaft vorliege, nicht mehr maßgeblich, weil die folgenden Testamente in ihrer Gesamtschau eindeutig ergäben, dass Wille der Testierenden eine befreite Vorerbschaft gewesen sei. Im Testament vom 24.11.1975 sei bestimmt, dass der Vorerbe zu keiner Verfügung über den Nachlass und zu keiner Verwaltungsbestimmung über den Nachlass der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfe und dass, falls eine solche notwendig wäre, an die Stelle einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts jeweils die Zustimmung des Testamentsvollstreckers treten sollte. Im Testament vom 13.12.1981 sei bestimmt, dass die Vorerben sich jeweils gegenseitig ein Vorkaufsrecht in Bezug auf den gesamten ererbten Grundbesitz einzuräumen hätten. Außerdem enthalte das Testament vom 13.12.1981 die Bestimmung, dass eine Anrechnungsverpflichtung für solchen Grundbesitz bestehe, der nicht durch Kauf zum angenäherten Verkaufswert oder durch Tausch gegen gleichwertigen Grundbesitz erworben würde. Weiter sei im Testament vom 13.12.1981 bestimmt, dass ein etwaiger Pflichtteilsanspruch des ältesten Sohnes des Erblassers nicht durch die Veräußerung von Immobilienbesitz erfüllt werden dürfe. Aus diesen Bestimmungen ergebe sich ein Wille der Testierenden dahingehend, dass die zu Vorerben eingesetzten Söhne zur Veräußerung von Grundstücken befugt sein sollten.

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand.

a) Das Landgericht hat die Erstbeschwerde zutreffend als zulässig angesehen. Insbesondere begegnet die Annahme, die Verwirkungsklausel in Ziffer V des Testaments vom 13.12.1981 führe nicht zum Ausschluss der Beteiligten zu 1 und 2 von der Nacherbfolge und somit auch nicht zum Ausschluss von deren Beschwerdebefugnis, im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken.

Der Erblasser kann testamentarische Zuwendungen grundsätzlich unter die Bedingung stellen, dass der Bedachte nichts erhält, wenn er gegen den letzten Willen des Erblassers vorgeht. Sind die Formulierungen einer solchen Verwirkungsklausel wie hier unbestimmt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu bestimmen, welches Verhalten des Bedachten die Verwirkungsfolge auslösen soll (vgl. BayObLGZ 1962, 47/56; Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl., § 2075 Rdnr. 7; Staudinger/Otte, BGB [2003], § 2074 Rdnr. 57; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl., § 2075 Rdnr. 6; Erman/Schmidt, BGB, 10. Aufl., § 2074 Rdnr. 7; Bamberger/Roth/Litzenburger,

BGB, § 2074 Rdnr. 5; AnwK-BGB/Beck, § 2074 Rdnr. 16). Einen Ausschluss des Bedachten von der testamentarischen Begünstigung haben Angriffe des Bedachten gegen die letztwillige Verfügung in der Regel nur dann zur Folge, wenn diese eine Auflehnung gegen den wahren Willen des Erblassers darstellen und aus einem bewussten Ungehorsam gegen den Willen des Erblassers entspringen (BGH, FamRZ 1985, 278/280; BayObLGZ 1962, 47/57; 1990, 58/62). Ausgenommen werden müssen Verhaltensweisen, die nicht darauf gerichtet sind, gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen, sondern nach hinreichend sorgfältiger Prüfung dem wahren Willen des Erblassers gerade zur Geltung verhelfen sollen (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2075 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Leipold*, 3. Aufl., § 2074 Rdnr. 25; *Erman/Schmidt*, § 2074 Rdnr. 7; AnwK-BGB/Beck, § 2074 Rdnr. 18).

Das nach diesen Grundsätzen für die Auslösung der Wirkungsklausel erforderliche „subjektive Element“ (vgl. BayObLG, NJW-RR 1996, 266/263) liegt nicht vor. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben sich mit ihren Anträgen im Erbscheinverfahren nicht gegen den Erblasserwillen aufgelehnt, sondern im Gegenteil geltend gemacht, die im Erbschein vom 30.11.1994 dokumentierte Erbrechtslage entspräche in Bezug auf die Befreiung der Vorerben nicht dem Erblasserwillen. Da sich die Beteiligten zu 1 und 2 für ihren Rechtsstandpunkt bezüglich des zum Nachlass gehörenden Grundbesitzes immerhin auf den Wortlaut des Testaments vom 18.12.1973 stützen können, besteht aus der Sicht der Beteiligten zu 1 und 2 für diese Auffassung wenigstens ein Anhaltspunkt von solchem Gewicht, dass ein bewusster Ungehorsam gegen den Willen des Erblassers nicht festgestellt werden kann.

b) In der Sache ist das Landgericht ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die im Testament vom 18.12.1973 getroffene Bestimmung, die Vorerben seien bezüglich des vorhandenen Grundbesitzes von den gesetzlichen Bestimmungen nicht befreit, gemäß § 2258 Abs. 1 BGB durch die späteren Testamente insoweit aufgehoben werden konnte, als Bestimmungen in dem späteren Testament mit der einschlägigen Bestimmung in dem früheren Testament in Widerspruch stehen. Einen solchen Widerspruch hinsichtlich der Frage, ob eine Befreiung der Vorerben auch bezüglich des vorhandenen Grundbesitzes erfolgen sollte, hat das Landgericht im Wege der Auslegung der späteren Testamente festgestellt.

aa) Zutreffend hat das Landgericht die späteren Testamente als auslegungsbedürftig angesehen; denn sie enthalten keine eindeutige Aussage, ob die mit dem früheren Testament als Vorerben teilweise befreit eingesetzten Beteiligten zu 3 und 4 nunmehr als vollständig befreite Vorerben eingesetzt werden sollten. Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung eines Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Die Testamentsauslegung selbst ist Sache des Tatsachengerichts. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen anderer Anhaltspunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357/363; BayObLG, FamRZ 2002, 269/270; *MünchKommBGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 84).

bb) Die Auslegung des Landgerichts wird diesen Kriterien gerecht. Es konnte auf der Grundlage der vorhandenen letztwilligen Verfügungen zu dem Ergebnis kommen, die dem Testament vom 18.12.1973 nachfolgenden Testamente ergäben in ihrer Gesamtschau, dass die vollständige Befreiung der Vorerben von den gesetzlichen Beschränkungen den Willen der Testierenden entspreche. Die Rechte und Pflichten, die den Vorerben in den Testamenten vom 24.11.1975 und 13.12.1981 eingeräumt wurden, lassen nämlich die Annahme zu, dass die Vorerben anders als in dem Testament vom 18.12.1973 zunächst vorgesehen nunmehr auch hinsichtlich des Grundbesitzes von den insoweit ihnen vom Gesetz auferlegten Beschränkungen befreit sein sollten (§ 2136 BGB).

Eine Befreiung des Vorerben muss nicht ausdrücklich angeordnet werden. Es genügt vielmehr, wenn der Befreiungswille im Testament selbst irgendwie zum Ausdruck kommt, wenn auch nur andeutungsweise oder versteckt (BGH, FamRZ 1970, 192/193; BayObLGZ 1974, 312/314). In der Gesamtschau der vom Landgericht für einen solchen Befreiungswillen angeführten Gesichtspunkte findet das vom Landgericht gefundene Ergebnis eine hinreichende Stütze.

(1) Das Landgericht konnte aus der den Vorerben auferlegten Verpflichtung, „sich jeweils gegenseitig das Vorkaufsrecht auf den gesamten Grundbesitz, der an sie fällt, einzuräumen“, den Schluss ziehen, diese Verpflichtung setze grundsätzlich voraus, dass die Vorerben von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit sind. Eine Verpflichtung zur Einräumung eines Vorkaufsrechts ergibt nämlich nur dann einen Sinn, wenn der Verpflichtete zur Verfügung über das Grundstück befugt ist. Hauptanwendungsfall einer solchen Verfügungsbefugnis ist die Befreiung des Vorerben nach § 2136 BGB. Auch wenn daneben noch andere Fälle einer den Vorerben eingeräumten Verfügungsbefugnis, etwa die Verfügung mit Zustimmung des Nacherben (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 2113 Rdnr. 6 m. w. N.), in Betracht kommen, gibt die vom Landgericht erkannte indizielle Bedeutung der Verpflichtung zur Einräumung eines Vorkaufsrechts für eine Befreiung der Vorerben zu Beanstandungen keinen Anlass.

(2) Die testamentarische Bestimmung, mit der den Erben für den Fall, dass sie „durch Tausch gegen gleichwertigen Grundbesitz Grund und Boden erwerben“, eine Anrechnungsverpflichtung auferlegt wurde, setzt voraus, dass den Vorerben die Befugnis eingeräumt wurde, ererbtes Grundvermögen gegen anderes Grundvermögen zu tauschen und somit im Sinne des § 2113 Abs. 1 BGB über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück zu verfügen. Hiervon ist das Landgericht rechtsfehlerfrei ausgegangen.

(3) Ebenfalls ohne Rechtsfehler konnte das Landgericht die testamentarische Bestimmung, dass zur Befriedigung eines Pflichtteilsanspruchs des ältesten Sohnes des Erblassers Immobilienbesitz nicht einmal teilweise veräußert werden dürfe, als Beleg dafür heranziehen, dass die mit dem Pflichtteilsanspruch belasteten Vorerben (vgl. § 2301 Abs. 1 Satz 1, § 2100 BGB) grundsätzlich von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit sind, da es für den insoweit nicht befreiten Vorerben eines gesonderten Veräußerungsverbots für den Fall der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nicht bedurft hätte. Der Umstand, dass für die Nacherben bei nicht befreiter Vorerbschaft gegebenenfalls gemäß § 2120 BGB eine Verpflichtung bestehen kann, zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, insbesondere zur Berichtigung von Nachlassverbindlichkeiten, zu einer Grundstücksveräußerung durch den Vorerben einzuwilligen und das testamentarische Veräußerungsverbot für den Fall der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs sich auch auf nach

§ 2120 Satz 1 BGB einwilligungspflichtige Verfügungen beziehen konnte, ist zwar geeignet, der das Veräußerungsverbot enthaltenden Testamentsklausel eine weitere Bedeutung zu geben, steht aber nicht in einem zwingenden Gegensatz zu der vom Landgericht angenommenen Indizwirkung der Testamentsklausel für befreite Vorerbschaft.

(4) Die Bestimmung im Testament vom 24.11.1975, dass der Vorerbe zu keiner Verfügung über den Nachlass und zu keiner Verwaltungsbestimmung über den Nachlass der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts bedürfe und dass, falls eine solche notwendig wäre, an die Stelle einer Zustimmung des Vormundschaftsgerichts jeweils die Zustimmung des Testamentsvollstreckers treten sollte, wurde vom Landgericht zusammen mit dem im unmittelbaren Anschluss daran geäußerten Wunsch der Testierenden, dass der Testamentsvollstrecker einer Verfügung oder Verwaltungsbestimmung des Vorerben nachkommen möge, wenn der Vorerbe für seinen Lebensunterhalt anderweitig aufkommen kann, als Abbedingung des für die minderjährigen Nacherben geltenden § 1821 BGB verstanden; diese Abbedingung sei jedoch im Hinblick auf den zwingenden Charakter des § 1821 BGB (vgl. *Palandt/Diederichsen*, § 1821 Rdnr. 8) unzulässig. Das Landgericht hat den Bestimmungen aber eine gleichwohl wirksame Willensäußerung der Testierenden dahingehend entnommen, dass den Vorerben grundsätzlich Verfügungen über den Nachlass möglich sein sollten. Ob diese Annahmen des Landgerichts zutreffen, kann letztlich ebenso wie die im Verlauf des Verfahrens von den Beteiligten erörterte Frage, ob in das Testament bei richtigem Verständnis nach dem Wort „Lebensunterhalt“ das Wort „nicht“ einzufügen sei mit der Folge, dass der Testamentsvollstrecker nach dem Willen der Testierenden entgegen dem Wortlaut des Testaments einer Verfügung des Vorerben dann nachzukommen hätte, wenn der Vorerbe für seinen Lebensunterhalt nicht anderweitig aufkommen kann, dahinstehen. Den hier einschlägigen testamentarischen Verfügungen sind nämlich jedenfalls keine Gesichtspunkte zu entnehmen, die im Gegensatz zur Annahme des Landgerichts als Begründung für einen Fortbestand der sich aus § 2113 Abs. 1 BGB ergebenden Beschränkungen der Vorerben herangezogen werden könnten.

In ihrer Gesamtheit ist die Auslegung des Landgerichts, die dem Testament vom 18.12.1973 nachfolgenden gemeinschaftlichen Testamente des Erblassers und seiner Ehefrau böten hinreichende Anhaltspunkte für den Willen der Testierenden, die Vorerben von den ihnen vom Gesetz auferlegten Beschränkungen zu befreien, möglich, wenn nicht nahe liegend, und somit aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

4. Die im Rahmen der Überprüfung der Richtigkeit des Erbscheins geäußerte Auffassung des Landgerichts, die Ergänzungen im Testament vom 24.11.1975 des Inhalts, dass der Vorerbe berechtigt sein sollte, aus den Abkömmlingen den für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Grundbesitzes geeignetsten Nacherben auszuwählen, sei wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam und führe daher unter dem Gesichtspunkt, dass in dem Erbschein vom 30.11.1974 die Beteiligten zu 1 und 2 sowie 5, 6 und 7 als Nacherben bezeichnet seien, nicht zur Unrichtigkeit des Erbscheins, gibt zu Beanstandungen keinen Anlass. Der Erblasser darf die Bestimmung der Person des Nacherben nicht den Vorerben überlassen (§ 2065 Abs. 2 BGB). Nur die Bezeichnung, nicht die Bestimmung der Person darf einem Dritten übertragen werden. Dann müssen aber die Hinweise im Testament so genau sein, dass den Bedachten eine jede mit genügender Sachkunde ausgestattete Person bezeichnen kann, ohne dass deren Ermessen auch nur mitbestimmend ist (BGHZ 15,

199/202; BayObLG, FamRZ 1991, 610/611). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Es hat darauf abgestellt, dass der Vorerbe als bestimmender Dritter angesichts der Unschärfe des Auswahlkriteriums „Geeignetheit für die Erhaltung und Bewirtschaftung des Grundbesitzes“ den Nacherben nicht nur bezeichnen, sondern ihn vielmehr tatsächlich wählen könne. Das hierdurch eröffnete Auswahlermessen führt wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB zur Unwirksamkeit der Bestimmungsklausel mit der Folge, dass es bei der im Erbschein zutreffend angegebenen Nacherbenstellung der Beteiligten verbleibt.

15. BGB §§ 119 Abs. 2, 1944 Abs. 2, 1954 Abs. 2 (*Beginn der Anfechtungsfrist für Erbausschlagung*)

1. **Ein Irrtum über die Zugehörigkeit von Rechten oder Verbindlichkeiten zum Nachlass kann gem. §§ 119 Abs. 2, 1954 Abs. 1 BGB zur Anfechtung einer Erbausschlagung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses berechtigen, wenn er zur Vorstellung einer tatsächlich nicht bestehenden Überschuldung führt.**
2. **Für den Beginn der Anfechtungsfrist gem. § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Anfechtende zuverlässige Kenntnis von den seinen Eigenschaftsirrten begründenden Tatsachen erlangt.**
3. **Haben mehrere Erben nacheinander die Erbschaft ausgeschlagen, beginnt die Anfechtungsfrist für den nachrangigen Erben nicht erst mit der Kenntnis davon, dass vorrangige Erben von ihrem Anfechtungsrecht keinen (wirksamen) Gebrauch gemacht haben.**

KG, Beschluss vom 16.3.2004, 1 W 120/01

*Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat angenommen, der Beteiligte sei nicht gesetzlicher Erbe der Erblasserin geworden, weil seine mit notarieller Urkunde vom 13.3.2000 erfolgte Erklärung der Anfechtung seiner am 13.1.1997 gegenüber dem Nachlassgericht wirksam erklärten Ausschlagung der Erbschaft dem Nachlassgericht nicht innerhalb der sechswöchigen Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB zugegangen sei. Der Lauf dieser Frist habe in der Woche vor dem 13.3.2000 begonnen, als ihn seine Mutter über die Ende Februar 2000 erhaltene Mitteilung des Erbenermittlers aus der Schweiz informiert habe, dieser habe Bankkonten des 1972 verstorbenen Bruders der Erblasserin in der Schweiz ermittelt, an denen der Erbanteil der Erblasserin ca. 100.000 DM ausmachen werde. Die hinreichende Zuverlässigkeit der dadurch erlangten Kenntnis des Beteiligten von seinem Irrtum über die Zugehörigkeit dieses Vermögenswerts zum Nachlass folge bereits aus der Tatsache der Abgabe der Anfechtungserklärung und Stellung des Erbscheinsantrags in der notariellen Verhandlung vom 13.3.2000. Nach § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB sei Voraussetzung für den Fristbeginn allein die Kenntnis der für den Anfechtungsgrund maßgeblichen Tatsachen, nicht aber auch die Kenntnis des Anfechtungsrechts. Daher habe die für ihn geltende Anfechtungsfrist nicht erst mit dem Ablauf der für seine Mutter als vorrangiger Erbin gegebenen Anfechtungsfrist begonnen. Die sechswöchige Frist habe spätestens am 25.4.2000 geendet, so dass die am 26.4.2000 bei

dem Nachlassgericht eingegangene Anfechtungserklärung verspätet sei. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

Das Landgericht ist ohne Rechtsfehler von der Wirksamkeit der am 13.1.1997 zur Niederschrift des Nachlassgerichts erklärten Ausschlagung der Erbschaft wegen Überschuldung des Nachlasses ausgegangen. Nach §§ 1944 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 1945 BGB musste die Ausschlagung binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt, in welchem der Beteiligte von dem Erbfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erhielt, durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht erfolgen. Da zur Kenntnis der den Anfall begründenden Tatsachen auch die der Ausschlagung der Erbschaft durch seine – zunächst berufene – Mutter gehörte, ist die Frist jedenfalls gewahrt. Denn seine Mutter hatte die Ausschlagung am 10.1.1997, also binnen sechs Wochen seit dem Tode der Erblasserin, zur Niederschrift des Nachlassgerichts erklärt.

Auch die weitere Annahme des Landgerichts, die Anfechtung der Ausschlagungserklärung sei nicht wirksam, weil sie dem Nachlassgericht nicht innerhalb der sechswöchigen Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB zugegangen sei, und habe deshalb nicht zur Nichtigkeit der Ausschlagung und gemäß § 1957 Abs. 1 BGB zur Annahme der Erbschaft geführt, erweist sich als rechtsfehlerfrei.

1. Der Beteiligte hat die Anfechtungserklärung auf einen Irrtum hinsichtlich der Überschuldung des Nachlasses gestützt, von der er bei der Ausschlagung ausgegangen sei. Er macht geltend, seine Mutter habe ihn in der Woche vor dem 13.3.2000 darüber informiert, dass sich bei ihr Ende Februar 2000 ein – mit Namen und Anschrift benannter – Erbenmittler aus der Schweiz gemeldet und ihr mitgeteilt habe, er habe Bankkonten des im Jahre 1972 verstorbenen Bruders der Erblasserin in der Schweiz ermittelt, an denen der Erbanteil der Erblasserin ca. 100.000 DM ausmachen werde.

Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Zugehörigkeit von Rechten und Verbindlichkeiten zum Nachlass eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB darstellen und ein Irrtum über die Zusammensetzung des Nachlasses insbesondere dann gemäß § 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB zur Anfechtung einer Annahme- oder Ausschlagungserklärung berechtigen kann, wenn er zur Annahme einer tatsächlich nicht bestehenden Überschuldung des Nachlasses führt (vgl. BGHZ 106, 359/363; Senat OLGZ 1993, 1/4; BayObLGZ 1983, 9/11; NJW-RR 1999, 590/591 und 904/905; FamRZ 1994, 848/849; 1998, 924/925; 2003, 121/126 f.; OLG Zweibrücken, FGPrax 1996, 113/114). Es konnte jedoch von näheren Feststellungen zum tatsächlichen Vorliegen des geltend gemachten Anfechtungsgrundes absehen, weil es rechtsfehlerfrei annehmen durfte, dass die Anfechtung jedenfalls nicht rechtzeitig erfolgt sei.

2. Gemäß § 1954 Abs. 1 und 2 Satz 1 BGB kann die Anfechtung der Annahme oder der Ausschlagung der Erbschaft nur binnen sechs Wochen von dem Zeitpunkt an erfolgen, in welchem der Anfechtungsberechtigte Kenntnis von dem Anfechtungsgrund erlangt hat. Da das Gesetz in den §§ 1954–1957 BGB zwar von der Möglichkeit einer Anfechtung ausgeht, jedoch keine besonderen Bestimmungen zu den Gründen enthält, die eine Anfechtung rechtfertigen können, sind insoweit die allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. BGB maßgebend (vgl. BayObLG, NJW-RR 1999, 590/591; MünchKommBGB/Leipold, 3. Aufl., § 1954 Rdnr. 3; *Staudinger/Otte*, BGB, Neubarb. 2000, § 1954 Rdnr. 2).

Der hier geltend gemachte Anfechtungsgrund eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses

gemäß § 119 Abs. 2 BGB umfasste die mangelnde Kenntnis von der Zugehörigkeit von Bankguthaben im Werte von ca. 100.000 DM zum Nachlass und die sich daraus ergebende Werthaltigkeit und fehlende Überschuldung des Nachlasses. Die gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderliche Kenntnis vom Anfechtungsgrund erlangt der Anfechtende in solchem Fall, wenn ihm die diesen begründenden Tatsachen zuverlässig bekannt werden und er erkennt, dass seine Erklärung eine andere Bedeutung oder Tragweite hatte, als er ihr beimaß. Dabei genügen bloßes Kennenmüssen oder bloßes Vorliegen von Verdachtsgründen nicht. Eine volle Überzeugung vom Bestehen des Anfechtungsgrundes ist aber nicht erforderlich. Dagegen setzt die Kenntnis vom Anfechtungsgrund nicht voraus, dass der Anfechtende auch über sein Anfechtungsrecht als solches unterrichtet ist und dass die Anfechtung auch durchgreift (allg. M., vgl. zu Vorstehendem BayObLG, FamRZ 1998, 924/925; zu § 1956 BGB OLG Hamm, OLGZ 1985, 286/289; *Soergel/Stein*, BGB, 13. Aufl., § 1954 Rdnr. 10; *Staudinger/Otte*, Rdnr. 14; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 121 Rdnr. 2; *Palandt/Edenhofer*, § 1954 Rdnr. 5 m. w. N.). Hieraus folgt, dass die für den Fristbeginn erforderliche Kenntnis des Anfechtungsgrundes nicht die Kenntnis davon umfasst, dass vorrangige Erben von ihrem Recht, die erklärte Ausschlagung ihrerseits anzufechten, keinen Gebrauch gemacht haben. Denn dieser Umstand betrifft nicht die den jeweiligen Anfechtungsgrund gemäß §§ 119 ff. BGB begründenden Tatsachen, sondern allein die Auswirkung der Anfechtung des nachrangigen Erben auf den Anfall der Erbschaft.

3. Mit Recht ist das Landgericht weiter davon ausgegangen, dass die Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht erst mit dem Ablauf der Anfechtungsfristen für etwaige vorrangige Erben, die ebenfalls ausgeschlagen hatten, beginnt. Die Vorschrift enthält zum Beginn – wie auch zur Dauer – der Anfechtungsfrist eine eigenständige gesetzliche Regelung, nach der es insoweit nur auf die Kenntnis vom Anfechtungsgrund ankommt. Sie unterscheidet sich damit wesentlich von der gesetzlichen Regelung des Fristbeginns in § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB, wonach die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt beginnt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Danach ist bei gesetzlicher Erbfolge Kenntnis vom Anfall der Erbschaft gegeben, wenn dem Erben die das Erbrecht begründenden Familienverhältnisse einschließlich des Wegfalls vorrangig erbberechtigter Verwandter bekannt sind und er keine begründete Vermutung vom Vorhandensein einer ihn ausschließenden letztwilligen Verfügung hat (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 1944 Rdnr. 4–6 m. w. N.). Der nachrangige Erbe hat diese Kenntnis, wenn er erfährt, dass der vorrangige Erbe die Erbschaft ausgeschlagen hat.

Die Auffassung des Beteiligten, eine entsprechende Anwendung dieser Grundsätze auf den Fristbeginn nach § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB müsse dazu führen, dass zur Kenntnis vom Anfechtungsgrund eines nachrangigen Erben auch die Kenntnis davon gehöre, dass die Erbschaft im Falle der Anfechtung ihm anfallen würde, und sich folglich die Kenntnis auch darauf beziehen müsse, dass der – ebenfalls anfechtungsberechtigte – vorrangige Erbe die Ausschlagung nicht innerhalb der Frist angefochten habe, ist nicht haltbar. Unrichtig ist bereits die dem anscheinend zugrunde liegende Auffassung, es handle sich dann, wenn ein gleichartiger Irrtum beider Erben zur Ausschlagung geführt habe, um ein einheitliches Anfechtungsrecht, das von den jeweils Anfechtungsberechtigten nur in der Reihenfolge des Anfalls der Erbschaft ausgeübt werden könne. Das Gestaltungsrecht der Anfechtung ist jedoch gesondert hinsichtlich der jeweiligen Annahme- oder Ausschlagungserklärung auszuüben, wenn dafür die Vorausset-

zungen vorliegen, wozu jeweils der Anfechtungsgrund und die Fristwahrung gehören. Für die Anfechtung gilt nichts anderes als für Annahme und Ausschlagung (§ 1957 Abs. 1 BGB). Diese Erklärungen können abgegeben werden, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 1946 BGB). Auf den Anfall der Erbschaft gemäß § 1942 Abs. 1 BGB kommt es nicht an. Nachberufene können diese Erklärungen daher wirksam schon vor einem Wegfall des Erstberufenen abgeben (vgl. *Palandt/Edenhofer*, § 1946 Rdnr. 2).

Es ist auch nicht geboten, wie der Beteiligte meint, zum Schutze des nachberufenen Erben die Anfechtungsfrist erst beginnen zu lassen, wenn dieser sichere Kenntnis davon hat, dass die Erbschaft nicht dem ebenfalls anfechtungsberechtigten erstberufenen Erben anfällt. Eine analoge Anwendung des § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB scheidet aus, weil § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB hinsichtlich der zum Fristbeginn erforderlichen Kenntnis eine eigene, abschließende Regelung enthält. Im Übrigen wären die Voraussetzungen des § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB auch bei dessen entsprechender Anwendung erfüllt; denn der Beteiligte hatte Kenntnis davon, dass die Mutter als zunächst berufene Erbin die Erbschaft ausgeschlagen hatte, so dass sie ihm bei Anfechtung seiner Ausschlagungserklärung angefallen wäre. Dass dies unter dem Vorbehalt stand, dass die Mutter ihre Ausschlagungserklärung nicht ihrerseits fristgerecht anfocht, steht der Kenntnis vom – bedingten – Anfall nicht entgegen, solange sie ihre Erklärung nicht anfocht. Die Kenntnis der Anfechtbarkeit ist nur dann nach § 142 Abs. 2 BGB wie die Kenntnis der Nichtigkeit zu behandeln, wenn die Anfechtung tatsächlich erfolgt.

Hinsichtlich der gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB erforderlichen Kenntnis ist maßgeblich, ob dem Erben die für den Eintritt seines Erbrechts wesentlichen Umstände in so zuverlässiger Weise bekannt geworden sind, dass von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, in Überlegungen über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft einzutreten (vgl. *BGH*, MDR 1968, 477 = *Rpfleger* 1968, 283; *FamRZ* 2000, 1504; *BayObLG*, *FamRZ* 1994, 264/265). Dabei dürfen die Anforderungen an die Sicherheit der Kenntnis nicht überspannt werden. Eine von Zweifeln gänzlich freie Gewissheit des Erben darf nicht verlangt werden. Denn sonst würde der Beginn der Ausschlagungsfrist entgegen dem Sinn und Zweck der Fristenregelung in §§ 1943 f. BGB, im Interesse der Klarheit erbrechtlicher Verhältnisse alsbald die Fiktion der Annahme der Erbschaft eintreten zu lassen, unangemessen hinausgeschoben, ohne dass das im Interesse des Erben erforderlich wäre. Von ihm kann vielmehr auch dann eine Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung verlangt werden, wenn die erhaltenen Informationen verbleibende Zweifel am Anfall der Erbschaft nicht gänzlich ausschließen können. Entsprechendes muss dann auch für die die Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB in Lauf setzende Kenntnis gelten.

Im Übrigen sind auch sachliche Gründe für eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht gegeben. Die Vorinstanzen haben mit Recht darauf hingewiesen, dass ein Hinausschieben des Beginns der Anfechtungsfrist auf den Zeitpunkt der Kenntnis von der Nichtausübung (oder nicht wirksamen Ausübung) des Anfechtungsrechts durch vorrangige Erben zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten und sachlich nicht vertretbaren Rechtsunsicherheit hinsichtlich der erbrechtlichen Verhältnisse führen würde. Denn eine hinreichend sichere Kenntnis über Beginn und Ende von Anfechtungsfristen vorrangiger Erben wird regelmäßig nicht zu erlangen sein. Unter Berücksichtigung des vorrangigen öffentlichen Interesses der Rechtssicherheit ist es dem nachrangigen Erben zuzumuten, seine Anfechtungserklärung innerhalb der ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund laufenden Frist gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB selbst dann vorsorglich abzugeben, wenn er damit rechnen muss, dass vorrangige Erben ebenfalls ihre Ausschlagungserklärungen anfechten werden. Da die Anfechtungserklärung gemäß § 1955 in Verbindung mit § 1945 Abs. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in öffentlich beglaubigter Form (§ 129 Abs. 1 BGB) erfolgen muss, kann zwar der Fall eintreten, dass er die für die Entgegennahme der Erklärung nach § 112 Abs. 1 Nr. 2 KostO erhobene Gebühr von einem Viertel der vollen Gebühr vergeblich aufwendet. Im Interesse der Rechtssicherheit ist dieses finanzielle Risiko aber hinzunehmen. Der Beteiligte war auch nicht – wie er geltend macht – gehalten, mit der Anfechtungserklärung zugleich einen wesentlich höhere Kosten verursachenden Erbscheinsantrag zu stellen, sondern konnte insoweit zunächst den Ablauf der Anfechtungsfrist der Mutter abwarten. Die gegenteilige Auffassung des Beteiligten ist daher abzulehnen; sie wird in der veröffentlichten Rechtsprechung und in der Literatur – soweit ersichtlich – auch nirgends vertreten.

Nach allem ist das Landgericht mit Recht davon ausgegangen, dass für den Beginn der Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB allein der Zeitpunkt maßgebend ist, in dem der Beteiligte hinreichend zuverlässige Kenntnis von den Tatsachen erlangt hat, die den geltend gemachten Anfechtungsgrund eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses gemäß § 119 Abs. 2 BGB begründen, nämlich der Zugehörigkeit von Bankguthaben im Werte von ca. 100.000 DM zum Nachlass und der sich daraus ergebenden Werthaltigkeit und fehlenden Überschuldung des Nachlasses.

4. Bei der Frage, ob die vom Landgericht festgestellten Tatsachen die Kenntnis des Beteiligten vom Anfechtungsgrund bis spätestens 13.3.2000 begründet haben, handelt es sich im Wesentlichen um eine Würdigung tatsächlicher Verhältnisse. Sie ist im Verfahren der weiteren Beschwerde nur daraufhin zu überprüfen, ob das Landgericht den maßgeblichen Sachverhalt gemäß §§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB ausreichend erforscht, bei der Beweiswürdigung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und dabei nicht gegen Verfahrensrecht sowie gegen die Denkgesetze, feststehende Erfahrungssätze oder den allgemeinen Sprachgebrauch verstoßen hat, ferner ob es vorliegend – entsprechend der Auffassung des Beteiligten – die Anforderungen an die Feststellung der Kenntnis im Sinne des § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB vernachlässigt hat (vgl. *Keidel/Meyer-Holz*, FGG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 42 m. w. N.). Auf Fehlern dieser Art beruht der angefochtene Beschluss nicht, so dass die Feststellung des Landgerichts, der Beteiligte habe am 13.3.2000 die erforderliche Kenntnis gehabt, für den Senat in tatsächlicher Hinsicht bindend ist.

Das Landgericht hat zunächst den Grad der erforderlichen Kenntnis im Sinne des § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht verkannt. Wie dargelegt, setzt die erforderliche Kenntnis vom Anfechtungsgrund voraus, dass der Anfechtende die maßgeblichen Umstände hinreichend zuverlässig erfährt, wobei bloßes Kennenmüssen oder bloße Verdachtsgründe nicht genügen, andererseits aber auch keine volle Überzeugung erforderlich ist (s. o. und *BayObLG*, *FamRZ* 1998, 924/925). Die Anforderungen an die Sicherheit der Kenntnis dürfen nicht überspannt werden; insoweit gelten auch hier die zu § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB wiedergegebenen Grundsätze.

Das Landgericht durfte nach diesen Grundsätzen die dem Beteiligten durch seine Mutter vermittelte Information des

Das Landgericht durfte nach diesen Grundsätzen die dem Beteiligten durch seine Mutter vermittelte Information des

Erbenermittlers bereits aufgrund seines eigenen Vortrags und aktenkundigen Verhaltens als hinreichend zuverlässige Kenntnis werten. Zwar begründen zweifelhaft und unüberprüfbar private Mitteilungen regelmäßig noch nicht die für den Fristbeginn erforderliche Kenntnis. Eine solche Einschätzung war jedoch hinsichtlich der Mitteilung des mit Namen und Adresse bekannten Erbenermittlers nicht gerechtfertigt. Denn nach den Umständen war davon auszugehen, dass es sich um einen berufsmäßig tätigen Erbenermittler handelte, der aufgrund eigener Ermittlungen hinsichtlich des Nachlasses des Bruders der Erblasserin, an dem diese als Miterbin beteiligt war, an die Mutter des Beteiligten als eine gesetzliche Erbin der Erblasserin herantrat. Davon, dass auch der Beteiligte selbst die Mitteilung nicht als unzuverlässig einschätzte, konnte das Landgericht schon aufgrund seines eigenen Verhaltens ausgehen. Denn er selbst suchte daraufhin unverzüglich, nämlich weniger als eine Woche nach Erhalt der Information durch seine Mutter, den Notar zum Zweck der Erklärung der Anfechtung der Ausschlagung und zur Stellung des darauf gegründeten Erbscheinsantrags auf. Jedenfalls von Letzterem hätte er schon angesichts der dadurch ausgelösten Kosten, auf die er mit der weiteren Beschwerde selbst hinweist, bei anderer Wertung der Mitteilung zunächst abgesehen.

5. Nicht geprüft hat das Landgericht, ob der Lauf der Anfechtungsfrist gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 2 a. F. (jetzt: § 206 n. F.) BGB möglicherweise deshalb gehemmt war, weil der Beteiligte durch höhere Gewalt an der rechtzeitigen Erklärung der Anfechtung gehindert war (§ 25 FGG). Der Senat kann diese Prüfung indessen nachholen, weil eine weitere Sachaufklärung in Anbetracht des Umstands, dass sich der Beteiligte selbst auf diesen Gesichtspunkt nicht – auch nicht hilfsweise – beruft und die aktenkundigen Vorgänge das Vorliegen höherer Gewalt nicht ergeben, nicht geboten erscheint.

Höhere Gewalt liegt vor, wenn die Verhinderung auf einem Ereignis beruht, das auch durch die Beachtung der äußersten Sorgfalt nicht zu verhindern war. Jedes Verschulden des Betroffenen schließt daher höhere Gewalt aus. Auch Rechtsunkenntnis stellt grundsätzlich keine höhere Gewalt dar und vermag den Fristablauf nicht zu hemmen. Dem Betroffenen ist allerdings nur das Verschulden seines Verfahrensbevollmächtigten, nicht aber dasjenige des von ihm als Amtsperson in Anspruch genommenen Notars zuzurechnen (vgl. zu Vorstehendem Senat, NJW 1959, 295/296; OLG Köln, OLGZ 1967, 496; BayObLG, NJW-RR 1997, 72; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 522; MünchKommBGB/Grothe, 4. Aufl., § 206 Rdnr. 4; Palandt/Heinrichs, § 206 Rdnr. 4).

Die aktenkundigen Vorgänge bei und in Folge der Beurkundung des Erbscheinsantrags in der notariellen Verhandlung vom 13.3.2000, innerhalb derer auch die Erklärung der Anfechtung der Ausschlagung erfolgte, lassen indessen nicht erkennen, aufgrund welcher Umstände die Urkunde nebst Anlagen erst am 26.4.2000 mit Schriftsatz gleichen Datums beim Nachlassgericht eingereicht wurde. Insbesondere fehlt ein Hinweis in der Urkunde, dass zunächst der Ablauf der Anfechtungsfrist für die Mutter des Beteiligten abgewartet werde. Auch die als Anlagen beigefügten Urkundskopien tragen jeweils Beglaubigungsvermerke vom 13.3.2000. Die ersichtlich vom Notar vertretene Auffassung des Beteiligten, dass der für ihn maßgebende Fristlauf erst nach dem Ablauf der Anfechtungsfrist seiner Mutter am 11.4.2000 begonnen habe, könnte zwar erklären, warum mit der Einreichung bis zum 26.4.2000 gewartet wurde. Die Möglichkeit, dass der Beteiligte insoweit auf die – unrichtige – Rechtsauffassung

des Notars vertraute, rechtfertigt aber nicht die Feststellung, dass die verspätete Einreichung ausschließlich auf einem Verschulden des Notars beruhte, das dem Beteiligten als höhere Gewalt nicht zuzurechnen wäre.

16. BGB §§ 119 Abs. 2, 2101, 2306 Abs. 1 Satz 2 (*Anfechtung der Annahme einer Erbschaft wegen angeordneter Nacherbfolge*)

- 1) **Eine Erbschaft kann auch bereits vor Beginn der besonderen Ausschlagungsfrist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen werden. In einem solchen Fall kann nur noch die Annahme angefochten werden.**
- 2) **Die Beschränkung des Erbteils mit einer Nacherbfolge begründet eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB.**
- 3) **Ein Miterbe erlangt nicht bereits dadurch Kenntnis von der Beschränkung durch eine Nacherbfolge, dass das Amtsgericht in einem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins in der Form eines Hinweises seine vorläufige Auffassung zur Auslegung eines privatschriftlichen Testaments zu erkennen gibt, dass eine Nacherbfolge angeordnet ist.**

OLG Hamm, Beschluss vom 18.3.2004, 15 W 38/04; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Die Beteiligte zu 1) ist die überlebende Ehefrau des Erblassers, die Beteiligten zu 2) bis 5) sind die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder.

Die Ehegatten errichteten am 17.9.1999 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu 1/2 und die Beteiligten zu 2) bis 5) für den Rest des Nachlasses zu gleichen Teilen als Erben beriefen. Zwischenzeitlich besteht zwischen den Beteiligten Einigkeit darüber, dass für die Erbteile der Beteiligten zu 2) bis 5) Nacherbfolge durch deren leibliche Abkömmlinge sowie für den Erbteil des Beteiligten zu 2) eine weiter modifizierte Nacherbfolge angeordnet ist. Streitig ist zwischen den Beteiligten lediglich der Zeitpunkt, zu dem Gewissheit darüber eingetreten ist, dass das Testament in diesem Sinne auszulegen ist.

Die Beteiligte zu 1) hat in notarieller Urkunde vom 20.6.2002 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der sie zu 1/2 und die Beteiligten zu 2) bis 5) zu je 1/8 als Erben ausweisen soll, und zwar ohne Berücksichtigung einer Nacherbfolge. Dem Antrag beigefügt sind inhaltlich übereinstimmende Erklärungen der Beteiligten zu 2) bis 5), in denen sie der Erteilung eines solchen Erbscheins ausdrücklich zustimmen. Der Richter des Amtsgerichts hat mit Verfügungen vom 11.7. und 31.7.2002 Bedenken gegen den Erbscheinsantrag unter dem Gesichtspunkt geäußert, die Formulierungen in dem Ehegattentestament sprächen dafür, dass für die Erbteile der Beteiligten zu 2) bis 5) eine Nacherbfolge angeordnet sei. Im Termin vom 14.11.2002 hat das Amtsgericht die erschienenen Beteiligten zu 1) bis 4) persönlich angehört.

Der Beteiligte zu 2) hat in einer am 20.11.2002 bei dem Nachlassgericht eingegangenen notariell beglaubigten Erklärung vom Vortag die Erbschaft ausgeschlagen und gleichzeitig vorsorglich die Annahme der Erbschaft durch Versäumung der Ausschlagungsfrist angefochten. Zur Begründung hat er geltend gemacht, er habe sich erst durch die Ausführungen des Richters im Anhörungstermin vom 14.11.2002 davon überzeugt, dass für seinen Erbteil entgegen seiner ursprünglichen Annahme Nacherbfolge angeordnet sei. Im Hinblick auf die Kenntnisnahme von dieser Beschreibung schlage er nunmehr innerhalb der Anfechtungsfrist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB die Erbschaft aus, um seinen Pflichtteil verlangen zu können.

Die Beteiligte zu 1) hat ihren Erbscheinsantrag dahin abgeändert, dass für die Erbteile der Beteiligten zu 2) bis 5) eine Nacherbfolge nach näherer Maßgabe der Darstellung angeordnet ist. Die Ausschla-

gung des Beteiligten zu 2) hat die Beteiligte zu 1) für unwirksam gehalten, weil er die Ausschlagungsfrist versäumt habe.

Das Amtsgericht hat durch Beschluss vom 28.4.2003 einen Vorbescheid erlassen, durch den es die Erteilung eines Erbscheins mit den im Antrag der Beteiligten zu 1) genannten Quoten, jedoch unter Berücksichtigung einer Nacherbfolge nach näherer Maßgabe der Darstellung unter der Voraussetzung angekündigt hat, dass ein entsprechender Antrag gestellt wird.

Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 2) Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat den amtsgerichtlichen Vorbescheid aufgehoben. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

*Aus den Gründen:*

(...)

## II.

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1) folgt daraus, dass das Landgericht den Vorbescheid des Amtsgerichts zu ihrem Nachteil aufgehoben hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer zulässigen Erstbeschwerde des Beteiligten zu 2) ausgegangen. Bei dem Vorbescheid des Amtsgerichts handelt es sich um eine Zwischenverfügung, deren Zulässigkeit und Rechtsmittelfähigkeit anerkannt ist, um die Publizitätswirkung eines etwa unrichtigen Erbscheins zu vermeiden (vgl. BGHZ 20, 255). Der Beteiligte zu 2) ist auch dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt, dass die Erteilung eines Erbscheins angekündigt worden ist, durch den er als Miterbe ausgewiesen werden soll, obwohl er geltend macht, infolge seiner Ausschlagungserklärung nicht Erbe geworden zu sein (KG, NJW 1960, 1158; BayObLG, NJW-RR 1995, 904).

Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Nachprüfung stand. Die Kammer hat zu Recht angenommen, der Beteiligte zu 2) habe durch seine Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht vom 19.11.2002 die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Lediglich in einer anderen Gewichtung der vom Landgericht erörterten Gesichtspunkte entnimmt der Senat die Ausschlagungswirkung vorrangig der gleichzeitig erklärten Anfechtung der Annahme (§ 1957 Abs. 1 BGB).

Die Kammer hat zu Recht die Erklärung des Beteiligten zu 2) vom 11.6.2002, in der er gegenüber dem Nachlassgericht der Erteilung des Erbscheins entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 1) in seiner ursprünglichen Fassung vom 20.6.2002 ausdrücklich zugestimmt hat, als Annahme der Erbschaft bewertet. Danach sollte der beantragte Erbschein ausweisen, dass der Beteiligte zu 2) neben den übrigen Beteiligten zu 1/8 als Miterbe berufen ist, ohne dass Beschränkungen durch eine angeordnete Nacherbfolge berücksichtigt sind. Die Annahme der Erbschaft (§ 1943 BGB) kann auch durch ein nach außen erkennbares konkludentes Verhalten erklärt werden, das den Schluss auf einen Annahmewillen zulässt (vgl. *Palandt/Edenhofer*, BGB, 63. Aufl., § 1943 Rdnr. 2). Der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, der typischerweise einen Annahmewillen erkennen lässt, ist zwar hier von der Beteiligten zu 1) gestellt worden. Den Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins konnte die Beteiligte zu 1) zwar nach § 2357 Abs. 1 Satz 2 BGB allein stellen, jedoch hatte sie nach Abs. 3 Satz 1 der Vorschrift glaubhaft zu machen, dass auch die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben. Die

Erklärung des Beteiligten zu 2) vom 11.6.2002 diene erkennbar diesem Nachweis und ist deshalb objektiv als Kundgabe seines Willens zu bewerten, auch seinerseits die Erbschaft annehmen zu wollen. Die Bewertung des Verhaltens als Annahme des Beteiligten zu 2) ist insbesondere dann geboten, wenn aufgrund der – nachstehend noch zu erörternden – zutreffenden Auffassung des Landgerichts die besondere Ausschlagungsfrist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB zum damaligen Zeitpunkt für ihn noch nicht zu laufen begonnen hatte. Ist die Erbschaft durch Erklärung angenommen, kann sie auch innerhalb der besonderen Frist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr ausgeschlagen werden; vielmehr kann sich der Erbe nur durch eine wirksame Anfechtung (§ 1954 BGB) von der Annahme lösen (BGHZ 106, 35, 363 = NJW 1989, 2885; BayObLG, NJW-RR 1995, 904, 906; *Staudinger/Haas*, BGB, 13. Bearb., § 2306 Rdnr. 55). Der Beteiligte zu 2) hat zwar in seiner Erklärung vom 19.11.2002 ausdrücklich lediglich die Versäumung der Ausschlagungsfrist angefochten. Die Erklärung des Beteiligten zu 2) kann und muss jedoch dahin ausgelegt werden, dass seine Anfechtungserklärung sich auch auf eine erklärte Annahme der Erbschaft bezieht (vgl. BGH, a. a. O.). Denn aus dem Zusammenhang seiner Erklärung ergibt sich, dass er durch seine Anfechtung die durch sein früheres Verhalten etwa bewirkte Annahme der Erbschaft insgesamt beseitigen wollte.

Die Annahme der Erbschaft kann nach § 1954 BGB angefochten werden, wobei die Anfechtungsfrist von sechs Wochen (Abs. 1 der Vorschrift) mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt (Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift). Der Zeitpunkt der Kenntniserlangung kann deshalb nur im Hinblick auf den jeweiligen Anfechtungsgrund bestimmt werden. Als Anfechtungsgrund kommt allein die Vorschrift des § 119 Abs. 2 BGB in Betracht. Danach gilt als beachtlicher Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden. In der Erklärung des Beteiligten zu 2) vom 11.6.2002 kommt zum Ausdruck, dass er sich zu 1/8 als nicht in der Verfügung beschränkter Miterbe ansieht. Das Amtsgericht hat demgegenüber in seinem Vorbescheid das privatschriftliche Ehegattentestament vom 17.9.1999 dahin ausgelegt, dass für den Erbanteil des Beteiligten zu 2) Nacherbfolge durch seine leiblichen Abkömmlinge und zusätzlich für den Fall des Vorversterbens vor seiner Ehefrau ersatzweise Nacherbfolge durch seine Geschwister und weiter ersatzweise deren Abkömmlinge angeordnet ist. Die Feststellung dieser Nacherbfolge wird von den Beteiligten nicht mehr beanstandet und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen. Die Unkenntnis des Beteiligten zu 2) von der Beschränkung seines Erbanteils mit der so angeordneten Nacherbfolge begründet nach der zutreffenden Auffassung des Landgerichts im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des ihm hinterlassenen Erbteils (BayObLG, NJW-RR 1997, 72, 74; *Staudinger/Haas*, a. a. O., § 2308 Rdnr. 14; *Soergel/Dieckmann*, 13. Aufl., § 2308 Rdnr. 9; *MünchKommBGB/Frank*, 3. Aufl., § 2308 Rdnr. 11; *Erman/Schlüter*, 10. Aufl., § 2308 Rdnr. 2; *RGRK/Johannsen*, 12. Aufl., § 2308 Rdnr. 3). Eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses ist nach anerkannter Auffassung sowohl das Bestehen wesentlicher Nachlassverbindlichkeiten bis hin zur Überschuldung als auch die Beschwerung der Erbschaft oder eines Erbteils durch ein Vermächtnis. Letzteres hat der BGH (a. a. O.) gerade unter Hinweis darauf angenommen, dass die Vorschrift des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB dem pflichtteilsberechtigten Erben die Möglichkeit eröffnet, seinen Pflichtteil durch Ausschlagung zu sichern, wenn er von wert-

mindernden Beschränkungen oder Beschwerden seines Erbanteils Kenntnis erlangt. Dasselbe muss deshalb auch für die Beschränkung des Erbteils durch die Anordnung einer Nacherbfolge gelten.

Die Wirksamkeit der Anfechtung hängt deshalb maßgebend davon ab, zu welchem Zeitpunkt der Beteiligte zu 2) von der Anordnung der Nacherbfolge im Sinne des § 1954 Abs. 2 BGB Kenntnis erlangt hat. Das Landgericht hat den Begriff der Kenntniserlangung sowohl für den Lauf der Ausschlagungsfrist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB als auch der Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 2 BGB unter Heranziehung der Rechtsprechung des BGH (LM Nr. 4 zu § 2306 BGB = Rpfleger 1968, 183) dahin umschrieben, dass er ein zuverlässiges Erfahren der in Betracht kommenden Umstände voraussetzt, aufgrund dessen von dem Erben ein Handeln erwartet werden kann. Ebenso wie ein Irrtum im Tatsachenbereich kann auch eine irrtümliche Beurteilung verhindern, dass der pflichtteilsberechtigte Erbe diejenige Kenntnis erlangt, die ihm eine richtige Abwägung des Für und Wider der zu treffenden Entscheidung, ihrer Tragweite und Auswirkung ermöglicht. Gerade eine solche Abwägung will das Gesetz gewährleisten, wenn es den Fristbeginn des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Kenntnis abhängig macht. Damit ist zwar nicht verlangt, dass der Betroffene derart überzeugt ist, dass er von Zweifel nicht berührt werden könnte, oder die ihn belastende Verfügung in allen Einzelheiten selbständig geprüft und danach die richtige rechtliche Folge gezogen hat. Wesentlich ist aber, dass er die ihn beschränkende oder beschwerende Wirkung erkannt, wenigstens eine feste Vorstellung, mit der er rechnen und aufgrund derer er sich entschließen kann, gewonnen hat. Diese Kriterien gelten nicht nur für den Beginn der Ausschlagungsfrist des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern quasi spiegelbildlich auch für den Beginn der Frist zur Anfechtung einer durch eine Fehlvorstellung beeinflussten, bereits erklärten Annahme der Erbschaft. Denn die Möglichkeit der Anfechtung dient auch in diesem Fall dazu, dem pflichtteilsberechtigten Erben die Gelegenheit zu einer abwägenden Entscheidung zu geben, ob er die Beschränkung seines Erbteils hinnehmen oder die Anfechtung zur Sicherung seines Pflichtteilsrechts erklären will.

Bezogen auf diese Kriterien hat das Landgericht zu Recht eine Kenntniserlangung des Beteiligten zu 2) zu einem Zeitpunkt vor dem Termin vor dem Amtsgericht vom 14.11.2002 verneint. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es im Ausgangspunkt die Beteiligte zu 1) war, die im Vorfeld ihrer Antragstellung auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins die Beteiligten zu 2) bis 5) gleichlautende Zustimmungserklärungen hat unterschreiben lassen, die von einer nicht beschränkten Vollerbfolge der Kinder nach dem Erblasser ausgehen. Solange das Verfahren über diesen Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) nicht einen Stand erreicht hatte, der dem Beteiligten zu 2) die Gewissheit geben musste, dass das Testament nicht im Sinne einer Vollerbfolge, sondern lediglich im Sinne einer Vor- und Nacherbfolge auszulegen ist, kann die Erlangung einer positiven Kenntnis des Beteiligten zu 2) nicht angenommen werden. Dabei ist hier besonders zu berücksichtigen, dass es sich um ein privatschriftliches Ehegattentestament handelt, das wegen seiner laienhaften Formulierungen erkennbar auslegungsbedürftig ist. Aufgabe der gerichtlichen Entscheidung ist es, sowohl anhand des Wortlauts und Zusammenhangs des Testaments als auch durch Aufklärung außerhalb der Testamentsurkunde liegender Umstände den übereinstimmenden wirklichen oder mutmaßlichen Willen der testierenden Ehegatten zu ermitteln (BGH, NJW 1993, 256). Deshalb kann allein durch die verfahrensleitenden Hinweise des Amtsrichters vom 11. und 31.7.2002,

in denen er vorläufig seine Bedenken gegen die der Antragstellung zugrunde liegende Auslegung geäußert hat, dem Beteiligten zu 2) keine über Zweifel hinausgehende Gewissheit in Bezug auf eine durch das Testament angeordnete Nacherbfolge verschafft worden sein. Dasselbe gilt für den Briefwechsel der Bevollmächtigten der Beteiligten zu 1) und 2) vom 30.8. und 26.9.2002, in dem diese ihre Auffassungen über die Auslegung des Testaments ausgetauscht und – so der Vortrag im Schriftsatz des Beteiligten zu 2) vom 26.9.2002 – in allen wesentlichen Punkten einschließlich der Annahme einer für die Erbteile der Kinder angeordneten Nacherbfolge Übereinstimmung erzielt haben. Denn dessen ungeachtet hat die Beteiligte zu 1) jedenfalls zunächst ihren ursprünglichen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins aufrechterhalten, über den das Gericht somit zu entscheiden hatte. Wenn die Beteiligte zu 1) somit selbst keinen hinreichenden Anlass gesehen hat, ihren Antrag auf Erteilung eines Erbscheins abzuändern, kann auf Seiten des Beteiligten zu 2) nicht davon ausgegangen werden, auch ohne eine gerichtliche Entscheidung habe ihm das bisherige Verfahren Gewissheit über eine bestimmte Testamentsauslegung verschafft. Demzufolge hat das Amtsgericht zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts den Termin vom 14.11.2002 durchgeführt, in dem es die Beteiligten persönlich angehört hat. Dementsprechend stützt die Entscheidung des Amtsgerichts vom 28.4.2003, die dem erst mit Schriftsatz vom 22.11.2002 geänderten Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) der Sache nach – wenn auch mit gewissen Modifikationen bei der berücksichtigten Nacherbfolge – stattgeben will, die Auslegung des Testaments maßgebend auf das Ergebnis der persönlichen Anhörung der Beteiligten.

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde nicht aus ihrer Darstellung, die Beteiligten hätten im Termin vom 14.11.2002 Einigkeit darüber erzielt, dass in dem Testament eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet sei und alle Beteiligten mit dieser Maßgabe die Erbschaft angenommen hätten. Daraus ergibt sich allenfalls, dass der Termin vom 14.11.2002 auch für den Beteiligten zu 2) zu der Gewissheit geführt hat, dass das Testament in diesem Sinne auszulegen ist. Aus diesem Zusammenhang folgt somit lediglich, dass das Anfechtungsrecht des Beteiligten zu 2) besteht und die Anfechtungsfrist in Lauf gesetzt worden ist. Für eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Beteiligten zu 2), die auf eine Bestätigung seiner Erbschaftsannahme (§§ 141 Abs. 1, 1954 BGB) schließen ließe, hat die Beteiligte zu 1) weder in den Tatsacheninstanzen noch im Verfahren der weiteren Beschwerde verwertbare Anhaltspunkte vorgetragen.

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. BGB § 164 (Auslegung einer Vertretungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag)

**Zur Auslegung einer Vertretungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag.**

BGH, Urteil vom 13.5.2004, VII ZR 301/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kläger hat in erster Instanz von den Beklagten zu 1 bis 3 Werklohn verlangt. In der Berufungsinstanz hat er nur noch die Beklagte zu 3 in Anspruch genommen. Namens der Beklagten zu 3, der W. GbR, wurde der Kläger mit Putz- und Maurerarbeiten für die

Sanierung von Eigentumswohnungen in S. beauftragt. Zum Zeitpunkt der Auftragserteilung waren die F.-Bauträger GmbH und die W. Immobilien GmbH Gesellschafterinnen der Beklagten zu 3. Die Beklagte zu 1 war Geschäftsführerin der W. Immobilien GmbH und der Beklagte zu 2 der Geschäftsführer der F.-Bauträger GmbH. Die F.-Bauträger GmbH ist mittlerweile aus der Beklagten zu 3 ausgeschieden. Den Vertrag mit dem Kläger unterschrieb der Beklagte zu 2 für die Beklagte zu 3.

Anfang des Jahres 2000 stellte der Kläger der Beklagten zu 3 eine weitere Rechnung, die er auf Stundenlohnbasis abgerechnet hat. Nach Klageerhebung stellte der Kläger eine weitere Rechnung, mit der er die Klageforderung auf eine Pauschalpreisvereinbarung stützte.

Das Landgericht hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Die Beklagten zu 1 und 2 seien nicht Vertragsparteien des Klägers. Die Klage gegen die Beklagte zu 3 sei deshalb unbegründet, weil nicht erkennbar sei, für welche Leistung der Kläger Werklohn verlange, und weil der Kläger die Abnahme der Leistung nicht hinreichend dargelegt habe. Die gegen die Klageabweisung bezüglich der Beklagten zu 3 gerichtete Berufung des Klägers hatte weitgehend Erfolg. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte zu 3 die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

*Aus den Gründen:*

(...)

#### I.

1. Die Revision der Beklagten zu 3 hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts.

2. Auf das Schuldverhältnis finden die Gesetze der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung Anwendung.

#### II.

1. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte zu 2 sei bevollmächtigt gewesen, den Vertrag für die Beklagte zu 3 abzuschließen. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Beschränkung „Gesamtvertretung bei Verfügungen im Wert von mehr als 5.000 DM“ beziehe sich nach ihrem Wortlaut nicht auf schuldrechtliche Verpflichtungen, sondern nur auf Verfügungen.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die bisher getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Beurteilung, der Geschäftsführer sei bevollmächtigt gewesen, den Bauvertrag für die Beklagte zu 3 abzuschließen.

Die Auslegung der Regelung im Gesellschaftsvertrag über die Beschränkung der Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter durch das Berufungsgericht widerspricht den Grundsätzen einer interessengerechten Auslegung. Die Auslegung des Berufungsgerichts führt zu dem widersinnigen Ergebnis, dass jeder Gesellschafter für die Gesellschaft ohne Begrenzung Rechtsgeschäfte abschließen kann, während seine Vertretungsbefugnis für Verfügungen, die zur Erfüllung derartiger Geschäfte erforderlich sind, beschränkt ist.

Das Berufungsgericht hat den Sinn und Zweck der Beschränkungsregelungen im Gesellschaftsvertrag verkannt. Die sprachlich missglückte Regelung dient dazu, die Gesellschaft vor Risiken aus größeren Geschäften zu schützen. Der Sinn und Zweck der Regelung lässt nur die Auslegung zu, dass jeder Gesellschafter in seiner Vertretungsmacht auch hinsichtlich von Verpflichtungsgeschäften beschränkt ist.

#### III.

1. Die Sache war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil der Senat in der Sache nicht selbst entscheiden konnte. Das Berufungsgericht hat auf der Grundlage seiner

Begründung folgerichtig nicht geprüft, ob der Beklagte zu 2 die Beklagte zu 3 aufgrund einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht wirksam verpflichtet hat. Diese Prüfung wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des hierzu gebrachten Vortrags und der angetretenen Beweise nachzuholen haben. (...)

18. HGB §§ 143 Abs. 2, 161 (*Abfindungsversicherung bei Kommanditistenwechsel unnötig*)

**1. Die Frage, ob der seinen Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragende Kommanditist und die persönlich haftenden Gesellschafter für die Eintragung in das Handelsregister zu versichern haben, dass der ausscheidende Kommanditist von der Gesellschaft keine Abfindung erhalten habe und ihm auch keine versprochen worden sei, ist zu verneinen.**

**2. Die Sache wird dem Bundesgerichtshof wegen der Abweichung von auf weitere Beschwerden ergangenen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte und der Entscheidung des Reichsgerichts vom 30.9.1944 (DNotZ 1944, 195) zur Entscheidung vorgelegt.**

KG, Beschluss vom 8.6.2004, 1 W 685/03

Die Gesellschaft ist in das Handelsregister eingetragen. Mit notariell beglaubigter Erklärung meldeten die Gesellschafter die Übertragung der Kommanditeinlagen der Kommanditisten H, T und L im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf eine GmbH & Co. KG an. Mit notariell beglaubigter Erklärung meldeten die Gesellschafter die Herabsetzung der Kommanditeinlage des G und anschließende Übertragung des verbliebenen Kommanditanteils im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf die GmbH & Co. KG an. Mit einer Verfügung vom 11.7.2003 hat das Amtsgericht den Notar wegen dieser Anmeldungen und wegen einer weiteren Anmeldung aufgefordert, noch Abfindungsversicherungen für die ausscheidenden Kommanditisten einzureichen, wobei formlose Erklärungen der betreffenden Kommanditisten und des persönlich haftenden Gesellschafters ausreichten. Gegen diese Zwischenverfügung hat der Notar Beschwerde erhoben.

*Aus den Gründen:*

(...)

#### II.

Die Sache ist nach § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung über die weitere Beschwerde vorzulegen. Die für die Entscheidung über die weitere Beschwerde erhebliche (vgl. dazu 1)) Rechtsfrage, ob der seinen Kommanditanteil im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragende Kommanditist und die persönlich haftenden Gesellschafter für die Eintragung in das Handelsregister zu versichern haben, dass der ausscheidende Kommanditist von der Gesellschaft keine Abfindung erhalten habe, ist nach Ansicht des Senats zu verneinen (vgl. dazu 2)). Damit weicht der Senat von auf weitere Beschwerden ergangenen Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte und von der zu der Rechtsfrage ergangenen Entscheidung des Reichsgerichts ab (vgl. dazu 3)).

1) Die genannte Rechtsfrage ist für die Entscheidung über die weitere Beschwerde erheblich. Insbesondere ist die weitere Beschwerde zulässig. Die Beschwerdebefugnis ergibt sich daraus, dass bereits die Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist. Auch die Erstbeschwerde war zulässig. Das Landgericht hat in dem gerichtlichen Schreiben vom 11.7.2003 zu Recht eine gemäß § 26 Satz 2 der Handelsregisterverordnung anfechtbare Zwischenverfügung gesehen, weil die Rechts-

pflegerin dort die Eintragung ausdrücklich von der Beibringung der Abfindungsversicherungen abhängig gemacht hat. Auch die Beschwerdebefugnis ist gegeben. Der Schriftsatz vom 12.5.2003, mit dem der beurkundende Notar die Beschwerde eingelegt hat, enthält zwar keine ausdrückliche Erklärung, in wessen Namen die Beschwerde erhoben werden soll. Die Erklärung ist aber im Wege der Auslegung dahin zu verstehen, dass die Beschwerde im Namen der Gesellschafter bzw. der Gesellschaft eingelegt sein soll, für die der Notar tätig geworden ist (vgl. dazu OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.7.1978, 20 W 406/78, Rpfleger 1978, 411). Es fehlt auch nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. Unabhängig davon, ob die Abgabe der verlangten Versicherung ohne weitere Mühen zu erstellen ist, bedeutet das Verlangen des Registergerichts beim Fehlen der rechtlichen Grundlage eine Rechtsbeeinträchtigung, weil bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Eintragung erfolgen muss. Darüber hinaus kann die bei dem entsprechenden Erfordernis unter Umständen unvermeidbare Verzögerung der Eintragung des Kommanditistenwechsels zu einer unbeschränkten Haftung des neuen Gesellschafters nach § 176 Abs. 2 HGB führen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21.3.1983, II ZR 113/82, NJW 1983, 2258), während sich der alte Kommanditist in dieser Zeit je nach dem Verständnis des § 162 Abs. 2 HGB n. F. nach § 15 Abs. 1 HGB nicht auf sein Ausscheiden berufen könnte.

2) Die Eintragung eines Kommanditistenwechsels im Wege der Einzelrechtsnachfolge mit einem entsprechenden Vermerk kann nur dann von der Abgabe einer Versicherung über Abfindungsleistungen abhängig gemacht werden, wenn hierfür eine rechtliche Grundlage besteht. Dies ist nach Ansicht des Senats nicht der Fall.

a) Die Abgabe der genannten Versicherung ist gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen.

Die Notwendigkeit ihrer Abgabe ergibt sich auch nicht aus Gewohnheitsrecht. Die Auffassung, dass in dem Fall der Übertragung einer Kommanditistenstellung die genannte Versicherung abzugeben sei, beruht auf einer grundlegenden Entscheidung des Großen Senats des Reichsgerichts vom 30.9.1944 (vgl. DNotZ 1944, 195 = WM 1964, 1130). Nach dieser Entscheidung ist die Übertragung einer Kommanditistenstellung abweichend von der gesetzlichen Regelung in § 719 BGB, die von der grundsätzlichen Nichtübertragbarkeit der Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft ausgeht, möglich. Aus dieser Übertragbarkeit schloss das Reichsgericht die im Einzelnen begründete Notwendigkeit einer Verlautbarung der Rechtsnachfolge im Handelsregister, wie sie mittlerweile allgemein und damit gewohnheitsrechtlich anerkannt ist. Zu der Feststellung einer Übertragung der Mitgliedschaft war nach Auffassung des Reichsgerichts die Abgabe der genannten Versicherung zu verlangen.

Diese Auffassung wird auch – soweit dies aus den Veröffentlichungen ersichtlich ist – einschränkungslos von der obergerichtlichen Rechtsprechung geteilt (vgl. Senat, Beschluss vom 12.3.1985, 1 W 498/85, n. v.; BayObLG, Beschluss vom 10.12.1982, Breg. 3 Z 98/82, DB 1983, 384, 385; OLG Köln, Beschluss vom 9.4.1953, 8 W 11/52, DNotZ 1953, 435, 436; OLG Oldenburg, Beschluss vom 7.8.1990, 5 W 72/90, DB 1990, 1909 = NJW-RR 1991, 292 = DNotZ 1992, 186, 187; PfälzOLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.6.2000, 3 W 92/00, DB 2000, 1908 = Rpfleger 2002, 156 mit abl. Anm. Waldner; ebenso auch LG München, Beschluss vom 30.7.1990, 17 HKT 8837/90, Rpfleger 1990, 516; a. A. aber AG Charlottenburg, Beschluss vom 14.12.1987, 91 HRA 6497, DB 1988, 224 = DNotZ 1988, 519 mit ablehnender Anmerkung Bokelmann) und auch im Schrifttum vertreten

(vgl. Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl., § 162 Rdnr. 11; Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 750; Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan, HGB, 2. Aufl., § 162 Rdnr. 15; Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl., § 162 Rdnr. 18; Terbrack, Rpfleger 2003, 105, 107; a. A. aber Grunewald in Münchener Kommentar, HGB, § 162 Rdnr. 13; Jeschke, DB 1983, 541; Michel, DB 1988, 985; Müther, Handelsregister, 2003, § 8 Rdnr. 29; Richert, NJW 1958, 1475). Die Pflicht zur Abgabe der Versicherung ist gleichwohl nicht zum Gewohnheitsrecht erstarkt. Denn das wäre nur dann der Fall, wenn hinsichtlich einer bestimmten Rechtsfrage nicht nur eine konstante Übung bestünde, sondern diese auch von einer allgemeinen Rechtsüberzeugung getragen würde (vgl. RG, Urteil vom 16.12.1910, Rev. 21/10, RGZ 75, 40, 41; BGH, Beschluss vom 19.6.1962, 1 ZB 10/61, BGHZ 37, 219, 222; BVerfG, Beschluss vom 18.2.1970, 1 BvR 226/69, BVerfGE 28, 21, 28/29; Zöller/Geimer, ZPO, 24. Aufl., § 293 Rdnr. 3; Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., Einleitung Rdnr. 32). Dies ist hier nicht der Fall. Dass es sich in Bezug auf die Notwendigkeit der Abfindungsversicherung um Gewohnheitsrecht handele, wird auch von der diese bejahenden Auffassung nicht vertreten. Vielmehr wird auf eine „stete Rechtspraxis“ verwiesen, die sich bewährt habe (vgl. Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 750), die Eintragung des Sonderrechtsnachfolgevermerks „regelmäßig“ von der Abgabe einer Abfindungsversicherung abhängig zu machen (vgl. Bokelmann, DNotZ 1988, 522, 526).

b) Die Notwendigkeit der Abfindungsversicherung ergibt sich nicht daraus, dass die – auch nur teilweise – Übertragung einer Kommanditistenstellung als Ein- und Austritt anzumelden und einzutragen ist, weil das Gesetz die Übertragung eines Kommanditanteils nicht kennt, insoweit aber – gewohnheitsrechtlich anerkannt – ein Nachfolgevermerk in das Registerblatt aufzunehmen ist, damit erkennbar ist, dass kein zusätzlicher Kommanditist eingetreten ist. Einer Abfindungsversicherung bedarf es nämlich nicht zwingend als nach § 12 FGG vom Registergericht festzustellender Voraussetzung für die Eintragung des Nachfolgevermerks (so aber RG, Beschluss vom 30.9.1944, GSE 39/1943, DNotZ 1944, 195, 200 = WM 1964, 1130, das von einem tatbestandlichen Merkmal der Sonderrechtsnachfolge spricht; ihm folgend OLG Oldenburg, Beschluss vom 7.8.1990, 5 W 72/90, DB 1990, 1909 = NJW-RR 1991, 292 = DNotZ 1992, 186, 187; Pfälz-OLG Zweibrücken, Beschluss vom 14.6.2000, 3 W 92/00, DB 2000, 1908 = Rpfleger 2002, 156 mit abl. Anm. Waldner).

Es bedeutet zwar einen erheblichen Unterschied, ob zeitgleich mit dem Ausscheiden eines Kommanditisten ein neuer Kommanditist eintritt oder ob es lediglich bei der gleichen Kommanditbeteiligung bleibt, aber sich die Person des Gesellschafters verändert. Denn in dem zuerst genannten Fall stünden den Gläubigern, deren Forderungen vor der Veränderung begründet wurden, sowohl der ausgeschiedene Kommanditist (vgl. §§ 161 Abs. 2, 160 Abs. 1 HGB) als auch der neu eingetretene Kommanditist (§ 173 HGB) jeweils bis zu der eingetragenen Haftungssumme als potentielle Schuldner gegenüber. Demgegenüber besteht bei einem Kommanditistenwechsel lediglich die Möglichkeit einer Inanspruchnahme in Höhe der einmal eingetragenen Haftungssumme. Die Zahlung einer Abfindung aus dem Gesellschaftsvermögen ist aber kein notwendiges Merkmal eines Ausscheidens eines Kommanditisten ohne Rechtsnachfolge bei gleichzeitigem Eintreten eines neuen Kommanditisten. Wird der Kommanditanteil nicht übertragen und scheidet der Kommanditist aus, steht ihm zwar grundsätzlich ein Abfindungsanspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit den §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB zu. Dieser Anspruch kann aber aus tatsächlichen

oder aus vertraglichen Gründen ausgeschlossen sein, weil sich kein Anspruch errechnen lässt oder abweichende Vereinbarungen hinsichtlich des Abfindungsanspruchs bestehen. Bei einem Kommanditistenwechsel entsteht demgegenüber zwar nicht der Anspruch nach § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. *Erman/Westermann*, BGB, 11. Aufl., § 738 Rdnr. 2; *Palandt/Sprau*, BGB, 63. Aufl., § 738 Rdnr. 2), es kann aber gleichwohl zu einer unter Umständen auch als Abfindung bezeichneten Zahlung kommen, sei es, dass sich der ausscheidende Kommanditist seine Einlage zurückzahlen lässt, so dass die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, sei es, dass er etwa für persönliche Leistungen gegenüber der Gesellschaft entschädigt werden soll. Die Erklärung, eine Abfindung sei durch die Gesellschaft nicht geleistet und auch nicht versprochen worden, lässt daher ebenso wenig den zwingenden Schluss auf eine Rechtsnachfolge zu, wie die Erklärung, eine Abfindung sei geleistet worden, die Annahme einer solchen ausschließt. Insoweit kommt es nicht lediglich auf die Bezeichnung als „Anteilsübertragung“ oder „Abfindungszahlung“, sondern auf die Auslegung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses an (vgl. dazu BGH, Urteil vom 28.9.1995, II ZR 87/94, NJW 1995, 3313). Für die Unterscheidung in registerrechtlicher Hinsicht prägend ist allein der Umstand, ob der neue Kommanditist in die Rechtsstellung des alten Kommanditisten einrücken soll oder nicht. Dies wird aber schon mit der Erklärung in der Anmeldung klargestellt, dass der Erwerb der Kommanditistenstellung im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgt.

c) Die Abgabe einer Abfindungsversicherung ist auch nicht aus Gläubigerschutzgründen erforderlich.

Entgegen der teilweise vertretenen Auffassung führt die Eintragung eines Nachfolgevermerks, wenn sie zu Unrecht erfolgt, nicht zu einem die Gläubiger benachteiligenden Rechtsschein. Aus dem Register wäre zwar in diesem Fall nicht ersichtlich, dass tatsächlich ein Kommanditist eingetreten ist, ohne Rechtsnachfolger eines anderen ausgetretenen zu sein, so dass dieser weiter für die Schulden der Gesellschaft haften könnte, vgl. § 172 Abs. 4 HGB. Entgegen der Einschätzung des Reichsgerichts (vgl. Beschluss vom 30.9.1944, GSE 39/1943, DNotZ 1944, 195, 198 = WM 1964, 1130) kann ein Gläubiger aber aus dem Fehlen des Rechtsnachfolgevermerks allein noch keine für sich günstigen Schlüsse ziehen. Denn ob und auf welche Weise auf eine Haftungssumme Leistungen erbracht worden sind, ist keine im Handelsregister eintragungsbedürftige oder auch nur eintragungsfähige Tatsache (vgl. BGH, Urteil vom 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82, 87 = NJW 1981, 2747; Urteil vom 1.6.1987, II ZR 259/86, BGHZ 101, 123, 127 = NJW 1987, 3184). Insoweit gilt das Gleiche wie bei der Eintragung des Stamm- oder Grundkapitals bei den Kapitalgesellschaften, dessen Angabe nichts über das tatsächliche Vermögen der Gesellschaft oder ausstehende Einlagen aussagt (vgl. dazu etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 3 Rdnr. 16; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 43). Dass sich aus dem Register unter Umständen nicht ergibt, dass die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten fortbesteht, ist daher ebenso hinzunehmen wie eine Eintragung, die diesen Umstand fehlerhafterweise ausweist (zu den Folgen vgl. BGH, Urteil vom 29.6.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82 = NJW 1981, 2747).

Durch die Eintragung eines Nachfolgevermerks ändert sich auch nicht die Darlegungs- und Beweislast in einem Zivilprozess. Dies gilt auch für die Behauptung des Gläubigers der Gesellschaft, es läge tatsächlich nur ein gleichzeitiger Ein- und Austritt zweier Kommanditisten ohne Rechtsnachfolge

vor, so dass auf jeden Kommanditanteil die versprochene Einlage zu erbringen wäre. Denn für das Vorliegen einer Rechtsnachfolge, aufgrund der sich sowohl Alt- als auch Neukommanditist auf die hinsichtlich des übertragenen Anteils geleistete Einlageerbringung berufen können, ist nach den allgemeinen Grundsätzen der in Anspruch genommene Gesellschafter darlegungs- und beweispflichtig (so zur Einlageerbringung *Wittmann*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Band 4, 1988, § 172 Rdnr. 1; *Schmidt* in Münchener Kommentar, HGB, 2002, §§ 171, 172 Rdnr. 61 m. w. N.). Aus der insoweit nur deklaratorisch wirkenden Registereintragung ergibt sich auch dann nichts anderes, wenn ihr die Abgabe der verlangten Versicherung zugrunde gelegt wurde, da deren Richtigkeit vom Registergericht nicht zu prüfen war.

d) Das generelle Verlangen nach einer Abfindungsversicherung lässt sich auch nicht aus § 12 FGG bzw. dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Registerführung rechtfertigen. Das Registergericht hat zwar eine Anmeldung nicht nur in förmlicher, sondern auch in materiellrechtlicher Hinsicht zu überprüfen (vgl. dazu *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 8 Rdnr. 7 f.; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 22 f.; jeweils m. w. N.). Soweit dem Gericht aber keine Nachweise vorzulegen sind, kann die Richtigkeit der mitgeteilten und durch die Anmeldung sämtlicher Gesellschafter glaubhaft gemachten Tatsachen nur dann nachgeprüft werden, wenn sich konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben ergeben (vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 8 Rdnr. 8; *Koller/Roth/Morck*, HGB, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 23; jeweils m. w. N.).

Im Falle des Ein- und Austritts von Gesellschaftern sind ebenso wenig wie bei der Gesellschaftsgründung Nachweise für die Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen vorzulegen. Soweit § 12 Abs. 2 HGB im Falle der Rechtsnachfolge soweit tunlich die Vorlage öffentlicher Urkunden zum Nachweis verlangt, wird die Abfindungsversicherung hiervon nicht erfasst. Die Regelung ist überdies deshalb nicht einschlägig, weil sie der Sicherstellung der Anmeldung durch die materiell berechtigten Personen dient (vgl. *Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer*, HGB, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 20; *Röhrich/v. Westphalen/v. Gerkan*, HGB, 2. Aufl., § 12 Rdnr. 16; *Bokelmann* in Münchener Kommentar, HGB, 1996, § 12 Rdnr. 37). Im Fall der Einzelrechtsnachfolge erfolgt die Anmeldung aber nach den §§ 162 Abs. 3 und 1, 161 Abs. 2, 107, 108 Abs. 1, 143 Abs. 2 und Abs. 1 Satz 1 HGB sowohl durch den alten als auch durch den neuen Kommanditisten und durch alle weiteren Gesellschafter, so dass es einer Sicherstellung der Berechtigung zur Anmeldung nicht bedarf. Darüber hinaus fügt sich das Verlangen nach einer Abfindungsversicherung nicht in das System der Nachweise im Registerverfahren ein, weil Fragen der Einlageerbringung im Rahmen der Anmeldung zu den Personenhandelsgesellschaften nicht zu prüfen sind.

Im vorliegenden Fall sind konkrete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben über den Übergang der Kommanditistenstellung im Wege der Einzelrechtsnachfolge nicht ersichtlich und waren auch nicht Anlass für das Registergericht, auf einer Abfindungsversicherung zu bestehen (anders im Fall LG München, Rpfleger 1990, 516, 517). Nach Auffassung des Senats begründet die Tatsache der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels „im Wege der Sonderrechtsnachfolge“ als solche keine Zweifel, die eine Ermittlungspflicht des Registergerichts auslösen könnten. Dann aber können derartige Zweifel auch nicht nachträglich daraus hergeleitet werden, dass die vom Registergericht – zu Unrecht – verlangte Versicherung nicht abgegeben wird.

3) Der Senat weicht damit von den auf weitere Beschwerden ergangenen Entscheidungen der oben zitierten Oberlan-

desgerichte, insbesondere von der des OLG Oldenburg und der des Pfälzischen Oberlandesgerichtes, ab. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil die bisherige Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts durch Gesetzesänderungen hinfällig geworden wäre. Durch das Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (Namensaktiengesetz) vom 18.1.2001 (BGBl I, 123) ist zwar § 162 Abs. 2 HGB dahin geändert worden, dass die Vorschriften des § 15 HGB auf die Eintragungen zu den Kommanditisten nicht anzuwenden sind (zu den möglichen Auswirkungen vgl. *Karsten Schmidt*, ZIP 2002, 413 ff.). Diese Regelung gilt nach § 162 Abs. 3 HGB auch im Falle des Ein- und Austritts von Kommanditisten. Durch diese Gesetzesänderung verliert die genannte Rechtsprechung aber nicht ihre Grundlage, weil das Verlangen auf Abgabe der Abfindungsversicherung nicht allein auf den durch eine fehlerhafte Eintragung hervorgerufenen Rechtsschein gestützt, sondern bereits aus der umfassenden Prüfungspflicht des Registergerichts hergeleitet wird.

19. BGB §§ 180, 130 Abs. 2 (*Entscheidender Zeitpunkt für Vertretungsbefugnis bei Anmeldung zum Registergericht*)

**Ob eine Anmeldung zum Registergericht wirksam ist, beurteilt sich hinsichtlich der Vertretungsbefugnis nach dem Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München I, Beschluss vom 19.2.2004, 17HK T 1615/04; mitgeteilt von Notar Dr. *Hans Wolfsteiner*, München

Bei der Beschwerde geht es um die Frage, welcher Zeitpunkt für die Vertretungsbefugnis bei der Anmeldung zum Registergericht maßgeblich ist. Die Gesellschaft, vertreten durch den Notar, meldete am 15.12.2003, eingegangen beim Registergericht München am 17.12.2003, die Umstellung des Stammkapitals auf Euro, die beschlossene Kapitalerhöhung und eine Satzungsneufassung insbesondere hinsichtlich Firma und Sitz zur Eintragung ins Handelsregister an. In dieser Anmeldung versichern die Geschäftsführer, dass die neue Einlage auf das erhöhte Stammkapital in voller Höhe einbezahlt ist und sich endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die Anmeldung der Gesellschaft trägt das Datum vom 29.8.2003 und ist von den Geschäftsführern unterschrieben sowie vom Notar am 29.8./1.9.2003 beglaubigt. Diese Anmeldung beruht auf einer Gesellschafterversammlung vom 27.8.2003.

Nachdem die Anmeldung von den beiden Geschäftsführern unterzeichnet worden war, fand ein Geschäftsführerwechsel statt. In den Gesellschafterversammlungen vom 19.11.2003 und 26.9.2003 wurden die Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung abberufen. Als neuer Geschäftsführer wurde am 19.11.2003 Dr. S bestellt. Zum Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung beim Registergericht am 17.12.2003 war nur noch Dr. S als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bestellt.

Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 19.12.2003 folgende Hindernisse für die Anmeldung festgestellt:

1. Die Anmeldung samt Versicherung ist durch den neuen Geschäftsführer Dr. N vorzunehmen.
2. Ebenso ist eine durch den neuen Geschäftsführer unterzeichnete Übernehmerliste nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG einzureichen.

Nach einem Schriftwechsel mit dem Registergericht legte der Notar für die Gesellschaft am 19.1.2004 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ein und begründete diese damit, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Vertretungsbefugnis bei der Anmeldung der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung und nicht der Eingang der Erklärung bei Gericht sei.

*Aus den Gründen:*

(...)

II.

Die Beschwerde ist gemäß §§ 19, 20 FGG zulässig. Sie ist auch begründet, da die beantragte Anmeldung und die darin enthaltenen Versicherungen von den am 29.8.2003 vertretungsberechtigten Geschäftsführern unterzeichnet wurden.

Bei der Abgabe der Erklärungen am 29.8.2003 waren die unterzeichnenden [früheren] Geschäftsführer noch im Amt. In den vier Monaten zwischen Abgabe der Erklärung und Eingang beim Registergericht fand ein Geschäftsführerwechsel statt. Dieser Geschäftsführerwechsel macht jedoch die ursprünglichen Anmeldungen nicht unwirksam, auch wenn sie zu einem späteren Zeitpunkt erst bei Gericht eingingen. Für die Frage der bestehenden Vertretungsmacht bei einer Anmeldung mittels eines Vertreters ist der Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung maßgeblich (vgl. *Keidel/Krafka/Willer*, Registerrecht, 6. Aufl., Rdnr. 78). Diesen Zeitpunkt hat das Bayerische Oberste Landesgericht in seinem Beschluss vom 17.9.2003 (ZIP 2003, 2361) für den maßgeblichen Zeitpunkt erklärt. Der Entscheidung lag allerdings der umgekehrte Sachverhalt zugrunde, nämlich dass eine Anmeldung von einem ursprünglich nicht alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer vorgenommen wurde, der zum Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung bei Gericht aber alleinvertretungsberechtigt war. Für diesen Fall hat das Bayerische Oberste Landesgericht entschieden, dass es auch hinsichtlich der Vertretungsbefugnis auf den Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung ankommt. Die ursprünglich abgegebene Erklärung werde deshalb nicht wirksam durch die später eingetretene Alleinvertretungsbefugnis. Wenn nun eine einmal unwirksam abgegebene Erklärung nicht später durch eine Änderung der Vertretungsbefugnis geheilt und damit wirksam werden kann, dann muss das auch im umgekehrten Fall gelten: Eine einmal wirksam abgegebene Erklärung bleibt wirksam, auch wenn sich später die Vertretungsbefugnis ändert. Dies ergibt sich aus dem Grundgedanken der §§ 180 BGB und 130 Abs. 2 BGB, die nicht direkt anwendbar sind, da es sich bei der Anmeldung nicht um Willenserklärungen handelt, sondern um Verfahrenshandlungen.

Auch aus der vom Registergericht zitierten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 10.7.1981 (Bay-ObLGZ 1981, 227, 229) ergibt sich nichts anderes: Jenem Fall lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Geschäftsführer sein Amt mit sofortiger Wirkung niedergelegt hatte und wenige Tage später die Niederlegung gegenüber dem Registergericht angemeldet hatte. Hierzu hat das Bayerische Oberste Landesgericht festgestellt, dass er die Anmeldung nicht mehr wirksam vornehmen konnte, da er zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung bereits sein Geschäftsführeramt niedergelegt hatte. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat damit in dieser Entscheidung hinsichtlich des Zeitpunkts für die Vertretungsmacht auch auf den Zeitpunkt der Abgabe der Anmeldeerklärung abgestellt.

Von der Frage der Vertretungsmacht ist allerdings die Frage zu unterscheiden, ob bei der Anmeldung die angemeldeten Umstände tatsächlich vorliegen. Hierfür wäre der Zeitpunkt des Eingangs der Anmeldung bei Gericht maßgeblich: Zu diesem Zeitpunkt müssen die anzumeldenden Umstände vorliegen, insbesondere auch zur Kapitalerhöhung.

Würde man aufgrund der verschiedenen Sachverhalte sowohl der Meinung des Bayerischen Obersten Landgerichts als auch des Registergerichts folgen, so würde das zur entgegengesetzten Behandlung unterschiedlicher, aber vergleichbarer Sachverhalte führen: Eine einmal unwirksam abgegebene An-

meldeerklärung bleibt unheilbar unwirksam, während eine einmal wirksam abgegebene Anmeldeerklärung durch spätere Geschäftsführerwechsel unwirksam würde. Für eine solche unterschiedliche Behandlung gibt es kein durchschlagendes Argument. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit ist deshalb darauf abzustellen, dass über die Frage der Wirksamkeit einer Anmeldeerklärung hinsichtlich der Vertretungsbefugnis immer auf den Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärung abzustellen ist.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

20. ZPO § 829 Abs. 1 (*Verdachtspfändung bei mehreren Banken*)

**Der Formularantrag eines Gläubigers, näher bezeichnete Ansprüche des Schuldners gegen nicht mehr als drei bestimmte Geldinstitute am Wohnort des Schuldners zu pfänden, ist grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich.**

BGH, Beschluss vom 19.3.2004, IXa ZB 229/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

### I.

Der Gläubiger beantragte beim Amtsgericht den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses wegen einer titulierten Hauptforderung in Höhe von 502,97 € zuzüglich Zinsen und Kosten. In einem vorformulierten Beschlussformular benannte er als Drittschuldner drei Geldinstitute, die am Wohnort des Schuldners einen Geschäftsbetrieb unterhalten. Nachdem das Amtsgericht den Gläubiger erfolglos aufgefordert hatte, zum Bestehen der zu pfändenden Forderungen nähere Angaben zu machen, hat es den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses mit der Begründung abgelehnt, es liege eine unzulässige Ausforschungspfändung vor. Die vom Gläubiger gegen diese Entscheidung eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Gläubigers, mit der er den Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erreichen will.

### II.

Das gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Land- sowie des Amtsgerichts und Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht. (...)

2. Die Rechtsbeschwerde vertritt die Auffassung, die Angaben im Antrag auf Pfändung und Überweisung seien als hinreichend substantiiertes Tatsachenvortrag anzusehen. Eine unzulässige Ausforschung liege nicht vor; auch sei das Vorgehen des Gläubigers nicht rechtsmissbräuchlich.

3. Die von der Rechtsbeschwerde vertretene Meinung ist überzeugend.

a) Bei der Entscheidung über einen Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses prüft das zuständige Vollstreckungsgericht nicht, ob die zu pfändende Forderung besteht; es prüft nur, ob diese nach dem Sachvortrag des Gläubigers dem Schuldner gegen den Drittschuldner zustehen kann und ob sie nicht unpfändbar ist (BGH, Beschl. v. 27.6.2003, IXa ZB 62/03, WM 2003, 1875, 1876; vgl. *Musielak/Becker*, ZPO, 3. Aufl., § 819 Rdnr. 8; *Zöller/Stöber*, ZPO,

23. Aufl., § 829 Rdnr. 4, 5; *Thomas/Putzo*, ZPO, 25. Aufl., § 829 Rdnr. 20). Der Sachvortrag des Gläubigers ist dabei als wahr zu unterstellen. Da der zu pfändende Anspruch nicht begründet, sondern lediglich bezeichnet wird, darf der Rechtspfleger den Antrag nur ausnahmsweise ablehnen, wenn dem Schuldner der Anspruch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen offenbar nicht zustehen kann oder ersichtlich unpfändbar ist. Deshalb pfändet das Vollstreckungsgericht auch nur die „angebliche Forderung“ des Schuldners gegen den Drittschuldner (vgl. *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 3. Aufl., § 829 ZPO Rdnr. 32; *Musielak/Becker*, a. a. O.; *Zöller/Stöber*, a. a. O.).

b) Die Frage, ob von einem schlüssigen Sachvortrag ausgegangen werden kann, wenn der Gläubiger in einem Formular gleichzeitig die Pfändung und Überweisung von mehreren Forderungen des Schuldners gegen eine Vielzahl von an seinem Wohnort ansässigen Geldinstituten beantragt, ist streitig.

Zum Teil wird die Meinung vertreten, der sich das Beschwerdegericht angeschlossen hat, dass in einem solchen Fall der Gläubiger lediglich unsubstantiierte Behauptungen und Vermutungen aufstelle, die auf die Ausforschung von Erkenntnisquellen zielten und die beantragte Pfändung nicht rechtfertigen könnten (vgl. *Zöller/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 5, *Stöber*, Forderungspfändung, 13. Aufl., Rdnr. 485 d; *Alisch*, DGVZ 1985, 107 ff.). Eine solche unzulässige Ausforschungspfändung ist von der Rechtsprechung bejaht worden bei der Benennung von 20 (LG Hannover, JurBüro 1985, 789) oder 264 Geldinstituten (OLG München, DB 1990, 1916) ohne einen weiteren Tatsachenvortrag für konkrete Geschäftsbeziehungen.

Nach der Gegenmeinung (vgl. *Schulz*, DGVZ 1985, 105 ff.; *Münzberg*, ZJP 102 [1989], 129, 131 ff.), auf die sich die Rechtsbeschwerde beruft, ist der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zu erlassen, weil der Antrag genügend bestimmt sei, nicht der Ausforschung diene und auch nicht als rechtsmissbräuchlich zu bewerten sei.

c) Für den zu entscheidenden Fall, in dem in einem vorformulierten Antrag zu pfändende Ansprüche des Schuldners gegen drei an seinem Wohnort ansässige Geldinstitute als Drittschuldner benannt sind, ist der zuletzt dargestellten Rechtsauffassung zu folgen.

Der Gläubiger hat zum Bestehen der zu pfändenden Forderungen schlüssig vorgetragen, weil diese nach Schuldner, Drittschuldner und Schuldgrund bestimmt bezeichnet sind. Zwar ist es nach der Lebenserfahrung wenig wahrscheinlich, dass dem Schuldner, der es wegen einer Forderung in geringer Höhe zu Vollstreckungsmaßnahmen kommen lässt, die in dem Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bezeichneten Ansprüche insgesamt oder zumindest überwiegend zustehen (vgl. LG Aurich, Rpfleger 1993, 357). Dies genügt jedoch für die Antragsablehnung nicht, weil damit das Nichtbestehen jedes der bezeichneten Ansprüche weder positiv feststeht noch offenkundig ist (vgl. *Schulz*, S. 106; *Münzberg*, S. 132). Denn es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung ebenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen, dass der Schuldner mit den drei Geldinstituten an seinem Wohnort in Geschäftsbeziehungen steht und insoweit die zu pfändenden Ansprüche bestehen. Die Unterhaltung von bis zu drei örtlichen Bankverbindungen bezeichnet allerdings auch die Obergrenze, die im Allgemeinen bei nicht gewerblich tätigen Schuldnern in Betracht kommt.

Mit seinem weit gefassten Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses verstößt der Gläubiger nicht gegen die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO, die es lediglich verbietet, Erklärungen gegen besseres Wissen abzugeben (*Thomas/Putzo*, a. a. O., § 138 Rdnr. 3). Er darf Tatsa-

chen behaupten, über die er keine positive Kenntnis hat und im Regelfall auch nicht haben kann, die er aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich und möglich hält (vgl. BGH, Urt. v. 19.9.1985, IX ZR 138/84, NJW 1986, 246, 247 und ständig). Nur eine willkürliche, „ins Blaue hinein“ aufgestellte Behauptung einer Forderung ohne jeden Anhaltspunkt für ihr Bestehen ist unbeachtlich. Davon kann bei der Bezeichnung von Ansprüchen des Schuldners gegen drei an seinem Wohnsitz tätige Geldinstitute nicht gesprochen werden.

Soweit das Vollstreckungsgericht aufgrund des gleichartigen Vorgehens des Gläubigers gegen verschiedene Schuldner in Parallelverfahren am Bestehen der zu pfändenden Forderungen gezweifelt und deshalb ergänzende Angaben verlangt hat, beruht dies auf einer unzulässigen Amtsermittlung. Die §§ 829 ff. ZPO sehen – wie oben unter 3. a) dargestellt worden ist – eine materielle Prüfung der zu pfändenden Ansprüche nicht vor, wenn diese nach dem Sachvortrag des Gläubigers im konkreten Zwangsvollstreckungsverfahren bestehen und pfändbar sein können.

Eine „Forderungspfändung auf Verdacht“ ist bis zur Grenze einer Ausforschungspfändung wegen des durch Art. 14 Abs. 1 GG garantierten Befriedigungsrechts des Gläubigers in der Zwangsvollstreckung (vgl. BGHZ 141, 173, 177) nicht rechtsmissbräuchlich. Zwar könnte der Gläubiger zunächst die Sachpfändung durchführen und nach deren Fruchtlosigkeit im Rahmen des Verfahrens auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung (§§ 807, 900 ff. ZPO) ausforschen, ob und welche Ansprüche dem Schuldner gegen Geldinstitute zustehen. Bei einem solchen Vorgehen besteht aber – worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist – die Gefahr, dass der Schuldner, der nach der Bezeichnung seiner Konten im Vermögensverzeichnis mit Pfändungen rechnen muss, diese räumt, so dass die spätere Pfändung ins Leere geht (vgl. *Schulz*, S. 107).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts werden dadurch weder die schützenswerten Interessen der als Drittschuldner beteiligten Geldinstitute noch die des Schuldners in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Wer als Geldinstitut Konten führt, muss und wird sich auf Pfändungen von Guthaben einstellen. Im Normalfall ist für ein Geldinstitut, das über einen voll eingerichteten Geschäftsbetrieb verfügt, die Drittschuldnererklärung (§ 840 ZPO) nicht mit einem ins Gewicht fallenden zusätzlichen personellen und sachlichen Aufwand verbunden, weil es die erforderlichen Erklärungen mit Hilfe moderner Datentechnik leicht abgeben kann (vgl. *Schulz*, S. 106). Der Schuldner, der die Ursache für die Zwangsvollstreckung gesetzt hat, muss die für ihn durch ins Leere gehende Pfändungen möglicherweise eintretenden Nachteile im vorrangigen Interesse des Gläubigers hinnehmen.

21. GBO § 13; GBV § 15 Abs. 1 a; ZPO § 867 Abs. 1 lit. a (*Eintragungsvoraussetzungen bei Zwangssicherungshypothek für Wohnungseigentümergeinschaft*)

**Das Grundbuchamt hat bei Eintragung einer Zwangssicherungshypothek die vollstreckungsrechtlichen und die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen selbständig zu überprüfen. Zu den grundbuchrechtlichen Voraussetzungen gehört auch bei großen Wohnungseigentümergeinschaften die Angabe der Geburtsdaten sämtlicher als Vollstreckungsgläubiger auftretender Wohnungseigentümer.**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.1.2004, 20 W 438/2003

Die Antragsteller beantragten die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek an dem betroffenen Grundbesitz. Mit Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt die Angabe des Geburtsdatums zur Überprüfung der Identität des Vollstreckungsschuldners bzw. eingetragenen Eigentümers. Ferner wurde die Eintragung von der Angabe aller Geburtsdaten (Geburtsname und -datum) der Vollstreckungsgläubiger und des Anteilsverhältnisses der Gläubiger untereinander nach § 47 GBO abhängig gemacht und beanstandet, dass die eingereichte Liste der Gläubiger nicht mit dem Vollstreckungsbescheid durch Siegel verbunden sei. Das Grundbuchamt wies schließlich den Antrag zurück, nachdem die Zwischenverfügung unerledigt geblieben war.

Die dagegen von den Antragstellern eingelegte Beschwerde blieb erfolglos. Das Landgericht hat zwar die Angabe des Geburtsdatums des Vollstreckungsschuldners nicht für erforderlich erachtet. Im Übrigen hat es aber ausgeführt, von der Angabe der nach § 15 Abs. 1 lit. a GBV zur Bezeichnung des Berechtigten im Grundbuch vorgeschriebenen Angabe jedenfalls des Geburtsdatums der Gläubiger könne nicht abgesehen werden; die entsprechende Ermittlung sei auch nicht die Aufgabe des Grundbuchamts. Die nach § 47 GBO erforderliche, in den Vollstreckungstiteln aber fehlende Angabe des Anteilsverhältnisses der Gläubiger könne zwar durch formlose Angabe im Eintragungsantrag ersetzt werden. Da diese fehlende Angabe aber auch nach Zwischenverfügung nicht nachgeholt wurde, sei die Zurückweisung des Eintragungsantrags berechtigt.

*Aus den Gründen:*

(...)

Die weitere Beschwerde ist zulässig gemäß §§ 78, 80 Abs. 1 Satz 1 GBO, aber nicht begründet, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§§ 78 GBO, 546 ZPO). Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für die Eintragung der beantragten Zwangssicherungshypothek nicht vorliegen.

Das Grundbuchamt hat bei Eintragung einer Zwangssicherungshypothek selbständig zu überprüfen, ob sowohl die Vollstreckungsvoraussetzungen nach der ZPO als auch die grundbuchrechtlichen Eintragungserfordernisse gegeben sind (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 67; *Bauer/von Oefele*, GBO, AT I Rdnr. 124; *Zöller/Stöber*, ZPO, 24. Aufl., § 867 Rdnr. 1). Dabei sind die Vorinstanzen zu Recht davon ausgegangen, dass auf Grund eines Titels, der die Wohnungseigentümer als Vollstreckungsgläubiger ausweist, auch diese persönlich als Berechtigte der beantragten Zwangssicherungshypothek nach §§ 1115, 1184 BGB, 866 ff. ZPO einzutragen sind. Weder kann die Gemeinschaft als solche als Berechtigte eingetragen werden, da sie nach derzeit überwiegender Ansicht (*Niedenführ/Schulze*, WEG, 6. Aufl., § 10 Rdnr. 2; *Palandt/Bassenge*, BGB, 63. Aufl., Überblick vor § 1 WEG Rdnr. 12; *Demharter*, § 19 Rdnr. 106; *Bauer/von Oefele*, AT I Rdnr. 29 mit Fußnote 178 zum Meinungsstand) nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, also auch nicht grundbuchfähig ist, noch kann die Verwalterin als Berechtigte eingetragen werden, da sie den Titel nicht als Verfahrensstandschafterin der Wohnungseigentümer (vgl. hierzu BGH, NJW 2001, 3627) im eigenen Namen erwirkt hat.

Wie grundbuchrechtlich die Eintragung der Berechtigten zu erfolgen hat, bestimmt der § 15 Abs. 1 lit. a GBV zwingend und unabhängig von den Anforderungen an die Bestimmtheit der Parteibezeichnung im Erkenntnisverfahren. Danach sind zur Bezeichnung des Berechtigten im Grundbuch bei natürlichen Personen der Name (Vorname und Familienname – nicht auch der Geburtsname, dessen Angabe das Grundbuchamt verlangt hat –), der Beruf, der Wohnort sowie nötigenfalls andere die Berechtigten deutlich kennzeichnende Merkmale (zum Beispiel das Geburtsdatum) anzugeben. Dabei ist das

Geburtsdatum stets anzugeben, wenn es sich aus den Eintragungsgrundlagen ergibt. Wird das Geburtsdatum angegeben, bedarf es nicht der Angabe des Berufs und des Wohnortes. Vorliegend enthält die den Vollstreckungstiteln beigefügte Eigentümerliste weder Geburtsdaten noch Angaben zu den Berufen der Wohnungseigentümer, genügt demnach den mit Rücksicht auf die besonderen Sicherheitsinteressen des Grundbuchverkehrs verschärften Anforderungen des § 15 Abs. 1 lit. a GBV nicht (*Demharter*, Anhang zu § 44 Rdnr. 6, § 13 Rdnr. 20, § 19 Rdnr. 106; *Bauer/von Oefele*, § 13 Rdnr. 58). Trotz ihrer Bezeichnung handelt es sich bei der GBV um eine Rechtsverordnung (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rdnr. 32), zu deren Einhaltung das Grundbuchamt verpflichtet ist.

Allerdings sind die Angaben von Namen, Beruf und Wohnort nicht in jedem Fall unabdingbare Voraussetzungen der Eintragung, wenn der Zweck der Vorschrift, eine zweifelsfreie Identifizierung der eingetragenen Berechtigten sicherzustellen, auf andere Weise erreicht werden kann. Es kann dahingestellt bleiben, ob dafür entsprechend der Auffassung des OLG Köln (Rpfler 1994, 496 = MDR 1995, 36) die Angabe der Grundbuchblattnummer, unter der die jeweiligen Gläubiger als Eigentümer eingetragen sind, neben Name und Wohnort ausreichend wäre. Vorliegend sind diese Angaben in der Eigentümerliste ebenfalls nicht enthalten, sondern Telefonnummern – nicht bei allen Gläubigern – und die Lage der jeweiligen Wohnung, z. B. Haus ... 1. OG links. Diese Angaben sind jedenfalls nicht ausreichend anstelle des Geburtsdatums, da sie nicht in gleicher Weise auf Dauer einer Person zugeordnet sind. Für die Telefonnummer liegt dies bei der zunehmenden Verbreitung des Handy-Telefons und daraus resultierenden mehrfachen Telefonnummern für dieselbe Person auf der Hand. Bei der Angabe der konkreten Lage der Wohnung entfällt die Verbindung zu der Person des Gläubigers im Fall einer Veräußerung des Wohnungseigentums, die auch bereits zwischen dem Erlass des Titels und der Eintragung erfolgt sein kann.

Ein Absehen von der Einhaltung des § 15 Abs. 1 lit. a GBV, weil die Angabe der Geburtsdaten unmöglich oder ihre Beschaffung nur mit ungewöhnlichen, nicht zumutbaren Schwierigkeiten verbunden wäre, hält der Senat nicht für gerechtfertigt. Jedenfalls ohne entsprechende Regelung dieses seit Jahrzehnten bekannten Problems der Eintragung großer Eigentümergemeinschaften als Berechtigte einer Zwangshypothek im Grundbuch durch den Gesetzgeber können reine Praktikabilitätsgründe nicht dazu führen, im Interesse der Rechtssicherheit des Grundbuchverkehrs begründete zwingende Vorschriften wie den § 15 Abs. 1 lit. a GBV nicht anzuwenden. Vorliegend treten die Antragsteller jeweils persönlich als Vollstreckungsgläubiger auf, es liegt deshalb an ihnen, ihr eigenes Geburtsdatum anzugeben. Auch wenn es sich um ca. 150 Antragsteller handelt, ist die Schwierigkeit für jeden einzelnen nicht anders, als wenn nur ein Vollstreckungsgläubiger Antragsteller wäre. Soweit in der Begründung der weiteren Beschwerde auf die Belastung des Verwalters mit entsprechenden Ermittlungen abgestellt wird, ist zu berücksichtigen, dass bei dem betroffenen Grundbuchamt das elektronische Grundbuch eingeführt ist. Dabei besteht die Möglichkeit, am Bildschirm die sich aus dem Bestandsverzeichnis des betroffenen Grundbuchblattes ergebenden Eintragungen der weiteren Miteigentumsanteile in Blatt ... bis ... einzusehen und der Eintragung in Abteilung I die Geburtsdaten der Antragsteller zu entnehmen. Da es sich um ein Antragsverfahren handelt, ist das Grundbuchamt zu eigenen Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet, § 12

FGG gilt insoweit nicht (*Demharter*, § 13 Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 16, 152; BayObLG, NZM 2001, 775 = FGPrax 2001, 93).

Da die Zurückweisung des Eintragungsantrages bereits wegen der fehlenden Angabe der Geburtsdaten der Antragsteller gerechtfertigt ist, kann dahingestellt bleiben, ob auch die fehlende Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses nach § 47 GBO in dem Eintragungsantrag die Zurückweisung gerechtfertigt hätte. Nur zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass die Bezeichnung der Antragsteller als Wohnungseigentümer im Vollstreckungstitel nicht die Auslegung erlaubt, die Antragsteller seien als Berechtigte in Bruchteilsgemeinschaft im Grundbuch einzutragen. Die titulierte Wohnungsforderung, für die die Zwangssicherungshypothek eingetragen werden soll, steht den übrigen Wohnungseigentümern als Mitgläubigern im Sinn von § 432 BGB zu und geht auf Zahlung an alle. Dementsprechend wären alle Antragsteller mit dem Zusatz „Mitgläubiger gemäß § 432 BGB in Wohnungseigentumsgemeinschaft“ als Berechtigte der Zwangssicherungshypothek einzutragen (*Palandt/Bassenge*, § 16 Rdnr. 19; *Demharter*, § 19 Rdnr. 106; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2182; KG, OLGZ 86, 47).

## Beurkundungs- und Notarrecht

22. BNotO §§ 15 Abs. 2, 18 Abs. 1, 24 (*Vollzugsauftrag bei Beglaubigung ohne Entwurf*)

- 1) **Zur Feststellung eines von dem Notar übernommenen Auftrags zum Vollzug einer Eintragungsbewilligung, für die er lediglich eine Beglaubigung der Unterschrift des Erklärenden ohne Entwurf vorgenommen hat.**
- 2) **Der Notar ist in dem Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO nicht gehindert, seine Ablehnung der Amtshandlung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht näher zu begründen, und zwar auch durch solche Tatsachen, deren Wahrnehmung Gegenstand seiner Verschwiegenheitspflicht sind.**

OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2004, 15 W 475/03; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Der Beteiligte zu 4 war neben weiteren Personen Mitgesellschafter der H mit Sitz in R, deren wesentliches Vermögen aus Gesellschaftsanteilen an der mit ihr durch einen Beherrschungsvertrag verbundenen J bestand. Dieser wiederum gehörte ein Grundstücksareal in R, das als Gewerbegebiet vermarktet werden sollte. Für die letztgenannte Gesellschaft sind im Grundbuch von R Grundstücke eingetragen, an denen am 24.11.2000 im Nachrang nach anderweitigen Belastungen in Abt. III Nr. 6 für den Beteiligten zu 4 eine Buchschuld mit einem Grundschuldkapital von 7.500.000 DM nebst Zinsen eingetragen worden war.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 25.1.2002 veräußerten der Beteiligte zu 4 sowie drei weitere Mitgesellschafter ihre Gesellschaftsanteile an der H an die U, die durch die Beteiligten zu 2 und 3 als Geschäftsführer vertreten wurden, zum Kaufpreis von 1 DM für jeden übertragenen Geschäftsanteil. Der Vertrag enthält in § 3 eine Aufstellung der Hauptverbindlichkeiten der H bzw. der J gegenüber verschiedenen Bankinstituten. Im Zuge der vorgenannten Beurkundungsverhandlung unterzeichneten die Beteiligten zu 2 (dieser zusätzlich als Vertreter der Beteiligten zu 1, 3 und 4) eine von letzterem entworfene Vereinbarung, in der sie sich über die Abtretung der oben genannten Grundschuld in drei Teilbeträgen von 2.000.000 DM, 1.750.000 DM und 3.750.000 DM an die Beteiligten zu 1, 2 und 3 einigten; die Unterschriften der Beteiligten wurden von der Notarin

beglaubigt. Schließlich unterzeichneten der Beteiligte zu 4 und die Notarin eine Treuhandvereinbarung, derzufolge die Notarin die Urkunde über die Grundschuldabtretungsvereinbarung treuhänderisch verwahren und nur dann dem Grundbuchamt zum Vollzug einreichen soll, wenn dem Beteiligten zu 4 hinsichtlich der von den Gesellschaftern für die Verbindlichkeiten der H bzw. J persönlich übernommenen Verpflichtungen einschließlich Bürgschaften Schuldentlassungserklärungen der Gläubiger vorliegen. Es folgt dann eine Aufstellung von Gläubigerforderungen, die mit derjenigen in § 3 der Urkunde inhaltsgleich ist.

Die Eintragung der Teilabtretungen der vorgenannten Grundschuld ist bislang noch nicht im Grundbuch vollzogen. Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben die Notarin mit Schreiben vom 27.1.2003 aufgefordert, die von ihr verwahrte Urkunde mit der Unterschriftsbeglaubigung herauszugeben. Die Notarin hat dies mit Schreiben vom 7.2.2003 unter Hinweis auf die genannte Treuhandvereinbarung abgelehnt.

Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben daraufhin beim Landgericht Beschwerde mit dem Antrag erhoben, die Notarin anzuweisen, die Urkunde dem Grundbuchamt mit dem Antrag einzureichen, die Teilabtretungen der Grundschuld entsprechend der getroffenen Einigung im Grundbuch einzutragen, hilfsweise die Notarin anzuweisen, die genannte Urkunde an die Beschwerdeführer herauszugeben.

Zur Begründung haben die Beteiligten zu 1 bis 3 im Wesentlichen geltend gemacht, die Abtretungsvereinbarung enthalte einen übereinstimmenden Auftrag an die Notarin, den Vollzug im Grundbuch herbeizuführen. Die genannte Treuhandvereinbarung sei ausschließlich mit dem Beteiligten zu 4, jedoch ohne ihn, der Beschwerdeführer, erteiltes Einverständnis geschlossen worden. Es handele sich deshalb um einen einseitigen und damit unwirksamen Widerruf der der Notarin erteilten Vollzugsanweisung.

Der Beteiligte zu 4 ist der Beschwerde entgegengetreten, indem er behauptet hat: In den Entwürfen vor Abschluss des Geschäftsanteilübertragungsvertrages sei vorgesehen gewesen, dass die Erwerber die bisherigen Gesellschafter von ihren Verpflichtungen freistellen sollten, die sie persönlich zur Sicherung von Verbindlichkeiten der genannten Gesellschaften übernommen hatten. Es sei ein Wunsch der Beteiligten zu 2 und 3 gewesen, diese Passagen aus den Entwürfen zu entfernen, um steuerrechtliche Nachteile einer solchen Vereinbarung zu vermeiden. Die Freistellungsverpflichtung habe indessen gleichwohl vereinbart werden sollen und sei nunmehr ausschließlich durch die genannte Treuhandvereinbarung abgesichert worden. Die Beteiligten zu 2 und 3 seien damit ausdrücklich einverstanden gewesen. Dementsprechend sei bei der Beurkundung mit ihrem Einverständnis die genannte Treuhandvereinbarung unterzeichnet und damit die Übertragung der Grundschuld von dem Vollzug der Freistellung abhängig gemacht worden.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3.

Aus den Gründen:

(...)

## II.

Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 15 Abs. 2 BNotO, 27, 29 FGG statthaft sowie formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 bis 3 folgt bereits daraus, dass ihre erste Beschwerde ohne Erfolg geblieben ist.

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet, weil die Entscheidung des Landgerichts auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 FGG). Die weitere Beschwerde führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Das Beschwerdeziel der Beteiligten zu 1 bis 3 ist in erster Linie darauf gerichtet, die Notarin L anzuweisen, die im Original in ihrer Verwahrung befindliche Grundschuldabtretungsvereinbarung vom 25.2.2001 dem zuständigen Grundbuchamt zum Vollzug der Eintragung der neuen Grundschuldgläubiger nach näherer Maßgabe der Vereinbarung

einzureichen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht insoweit zutreffend von einer gem. § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO zulässigen Erstbeschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 ausgegangen. Es liegt die Verweigerung einer sonstigen Amtstätigkeit durch die Notarin im Sinne der genannten Vorschrift vor. Aus dem Zusammenhang ihrer vor und nach Einleitung des vorliegenden Verfahrens abgegebenen Erklärungen folgt, dass sie nicht lediglich die Herausgabe der in ihrer Verwahrung befindlichen Vereinbarung vom 25.1.2001 über die Abtretung der dort genannten Grundschulden an die Beteiligten zu 1 bis 3, sondern auch die Durchführung des Vollzugs der Urkunde durch Beantragung der Eintragung des Gläubigerwechsels im Grundbuch verweigert.

Soweit die Beteiligten zu 1 bis 3 hilfsweise das Beschwerdeziel verfolgen, die Notarin zur Herausgabe der in ihrer Verwahrung befindlichen Grundschuldabtretungsvereinbarung anzuweisen, handelt es sich um eine Erstbeschwerde, deren Zulässigkeit in den §§ 45 Abs. 3, 54 Abs. 1 BeurkG gesondert geregelt ist.

In der Sache hat das Landgericht seine Entscheidung dahin begründet, die Notarin sei zu einer Vollzugstätigkeit im Hinblick auf die Grundschuldabtretungsvereinbarung der Beteiligten nicht verpflichtet. Eine solche Verpflichtung könne sich nicht aus § 53 BeurkG ergeben, weil diese Vorschrift voraussetze, dass der Notar eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung beurkundet habe, während es sich hier um eine privatschriftliche Vereinbarung der Beteiligten handle. Die Amtstätigkeit der Notarin habe sich darauf beschränkt, die Unterschriften der Beteiligten zu beglaubigen. Auch der Entwurf der Abtretungsvereinbarung sei nicht von der Notarin gefertigt worden; dementsprechend habe sie lediglich die Gebühr für eine Unterschriftsbeglaubigung nach § 45 Abs. 1 KostO angesetzt. Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 53 BeurkG sei es zwar möglich, dass der Notar eine Vollzugstätigkeit gesondert übernehme. Dafür ergäben sich jedoch aus der Abtretungsvereinbarung keine hinreichenden Anhaltspunkte. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Der Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung des Landgerichts ist zutreffend und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht beanstandet. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 53 BeurkG kann eine Verpflichtung des Notars zu einer Vollzugstätigkeit nur im Rahmen des § 24 Abs. 1 BNotO entstehen, setzt also einen selbständigen Vollzugsauftrag der Beteiligten und dessen Übernahme durch den Notar voraus (*Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 53 BeurkG Rdnr. 3; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 5. Aufl., § 24 Rdnr. 41 f.; *Schippel/Reithmann*, BNotO, 7. Aufl., § 24 Rdnr. 33; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., § 53 Rdnr. 2).

Der Senat kann indessen der Auffassung des Landgerichts nicht folgen, es bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Notarin ein solcher Vollzugsauftrag erteilt und von ihr übernommen worden ist. Zwar lässt sich eine nähere Regelung zum Vollzug nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Abtretungsvereinbarung vom 25.1.2001 ableiten. Dies ist jedoch unschädlich, weil die Vorschrift des § 54 a Abs. 4 BeurkG, die für die Anweisung bei notariellen Verwahrungsgeschäften die Schriftform vorsieht, in dem vorliegenden Zusammenhang nicht anwendbar ist (*Schippel/Reithmann*, § 24 Rdnr. 34; *Eylmann/Vaasen/Limmer*, § 24 BNotO Rdnr. 27). Hinreichende Anhaltspunkte im Hinblick auf einen Vollzugsauftrag ergeben sich hier jedoch aus dem inhaltlichen Gesamtzusammenhang der Abtretungsvereinbarung. Zur wirksamen Übertragung der Buchgrundschuld war neben der Einigung über die Abtretung die Eintragung der Beteiligten

zu 1 bis 3 als neue Teilgläubiger im Grundbuch erforderlich (§§ 873, 1154 Abs. 3, 1192 BGB). Die Unterschriftsbeglaubigung beschränkt sich hier nicht auf die für den Grundbuchvollzug ausreichende Eintragungsbewilligung des bisherigen Gläubigers (§§ 19, 29 GBO), der es durch Aushändigung einer solchen Bewilligung dem Abtretungsempfänger überlassen kann, selbst seine Eintragung als neuer Gläubiger herbeizuführen. Vielmehr erstreckt sich die schriftliche Vereinbarung der Beteiligten auf die dinglichen Erklärungen beider Seiten. Das dingliche Rechtsgeschäft war damit ohne weiteres vollzugsreif. Es spricht nichts dafür, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 persönlich den zur Wirksamkeit des Rechtsübergangs erforderlichen, in der Vereinbarung bereits enthaltenen Eintragungsantrag bei dem zuständigen Grundbuchamt stellen sollten. Hinzu kommt, dass die weiteren Regelungen der Vereinbarung betreffend die Abtretung einer zweiten Briefgrundschuld über 400.000 DM in drei Teilbeträgen an die Beteiligten zu 1 bis 3 auf einen Grundbuchvollzug durch die Notarin zugeschnitten sind. Es heißt dort nämlich ausdrücklich, dass die zu bildenden Teilgrundschuldbriefe der „beurkundenden“ Notarin übersandt werden sollen. Wenn also die Notarin hinsichtlich dieser weiteren Briefgrundschuld eine Vollzugstätigkeit durchführen sollte, spricht nichts dafür, dass hinsichtlich der erstgenannten Buchgrundschuld eine abweichende Handhabung stattfinden sollte. In dieselbe Richtung deutet die im letzten Absatz getroffene Regelung, derzufolge die Kosten „der Urkunde, der Durchführung, der Abtretung, der Eintragung und der Bildung der Teilgrundschuldbriefe“ die Beteiligten zu 1 bis 3 zu tragen haben. Diese Regelung, die ausdrücklich die Durchführung, also auch den Vollzug im Grundbuch, einschließt, ergibt nur dann einen Sinn, wenn die Notarin im Auftrag beider Vertragsschließenden den Vollzug der Abtretung im Grundbuch übernahm. Denn nur in diesem Fall bestand Veranlassung dafür, die Kostentragung im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander näher zu regeln. Der unbefangene Betrachter gewinnt daher insgesamt den Eindruck, dass die getroffene Regelung inhaltlich der Beurkundung einer Abtretungsvereinbarung entspricht, jedoch bewusst aus Kostengründen lediglich die Form einer privatschriftlichen Vereinbarung mit Unterschriftsbeglaubigung gewählt worden ist. Die Notarin hatte auch bei einer reinen Unterschriftsbeglaubigung den privatschriftlichen Text zur Kenntnis zu nehmen und zu prüfen, ob die vorzunehmende Amtstätigkeit mit ihren Amtspflichten vereinbar, insbesondere das Rechtsgeschäft nicht offensichtlich nichtig war (*Winkler*, § 40 Rdnr. 43). Wenn die Notarin in einer solchen Situation bei einer Vereinbarung, die erkennbar auf eine notarielle Vollzugstätigkeit zugeschnitten ist, keine gegenteiligen Erklärungen abgibt, können und müssen die Beteiligten von der Bereitschaft der Notarin zur Übernahme der Vollzugstätigkeit ausgehen.

Durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung ergeben sich nicht daraus, dass diese nicht notariell beurkundet worden ist. Nach dem Vorbringen der Beteiligten spricht zwar viel für die Annahme, dass die Abtretungsvereinbarung mit dem Geschäftsanteilübertragungsvertrag eine Geschäftseinheit bildet und sich deshalb das Erfordernis der notariellen Beurkundung gem. § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG auch auf die Vereinbarung über die Abtretung der Grundschuld erstreckt. Ein etwa zu bejahender Formmangel ist jedoch jedenfalls durch die dingliche Übertragung der GmbH-Geschäftsanteile geheilt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG).

Aufgrund dieses abweichenden Standpunkts des Senats ergibt sich die Notwendigkeit, im Wege der Amtsermittlung (§ 12 FGG) festzustellen, ob und welche näheren Weisungen die Beteiligten der Notarin für die Ausführung der Vollzugstätig-

keit erteilt haben. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, dass die Beteiligten selbst nur über den Inhalt solcher Weisungen, nicht jedoch darüber streiten, dass die Notarin überhaupt eine Vollzugstätigkeit übernommen hat. Auch die Notarin hat in ihren bisherigen Stellungnahmen die Übernahme einer Vollzugstätigkeit als solche nicht in Abrede gestellt. Es kommt also für die Entscheidung darauf an, ob nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten die Abtretung entsprechend der Regelung der Vereinbarung vom 25.1.2001 ohne weiteres vollzugsreif war – so der Standpunkt der Beteiligten zu 1 bis 3 – oder entsprechend der Behauptung des Beteiligten zu 4 in rechtlich möglicher Weise zusätzlich mit einer Treuhandvereinbarung verbunden und damit von seiner Freistellung von den von ihm genannten Verbindlichkeiten abhängig gemacht worden ist. Die Notarin ist an die ihr erteilten Weisungen für die Vollzugstätigkeit gebunden (BayObLGZ 1998, 6 = FGPrax 1998, 78; Senat, FGPrax 1998, 234). Der Umstand, dass diese Treuhandvereinbarung neben der Notarin nur von dem Beteiligten zu 4 unterzeichnet ist, schließt die Feststellung nicht aus, dass diese inhaltlich auch dem Willen der Beteiligten zu 1 bis 3 entsprechen hat, mag die äußere Form des Vorgangs auch ungewöhnlich erscheinen. Die dazu erforderliche Sachverhaltsaufklärung kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht durchgeführt werden. Zu diesem Zweck musste der Senat die Sache an das Landgericht zurückverweisen.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Landgericht im Rahmen der Amtsermittlungspflicht (§ 12 FGG) den Beweisanträgen der Beteiligten nachzugehen hat. Die Kammer wird ferner nicht gehindert sein, eine ggf. noch abzugebende nähere Darstellung der Notarin zu den Erklärungen der Beteiligten aus Anlass der Beurkundungsverhandlung vom 25.1.2001 zu verwerten. Allerdings unterfällt die Kenntniserlangung der Notarin von den tatsächlichen Vorgängen ihrer Verschwiegenheitspflicht gem. § 18 Abs. 1 BNotO und damit dem Zeugnisverweigerungsrecht nach den §§ 15 Abs. 1 Satz 1 FGG, 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, so dass eine Vernehmung der Notarin als Zeugin ausscheidet, sofern die Beteiligten die Notarin nicht übereinstimmend von ihrer Schweigepflicht befreien. Die Schweigepflicht hindert die Notarin jedoch nicht, ihre Ablehnung der Amtshandlung zu begründen. Denn in den Verfahren nach den §§ 15 Abs. 2 BNotO, 54 BeurkG nimmt der Notar die verfahrensrechtliche Stellung der ersten Instanz ein (BayObLG, a. a. O.; Senat, DNotZ 1989, 647, 648; *Schippel*, § 15 Rdnr. 72 f.). Er muss daher in der Lage sein, seine (erstinstanzliche) Entscheidung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht näher zu begründen, und zwar auch durch solche Tatsachen, die Gegenstand seiner Wahrnehmung der Erklärungen der Urkundsbeteiligten bei der Beurkundungsverhandlung waren. Die Verschwiegenheitspflicht unterliegt dort Schranken, wo die Offenlegung der durch die Berufsausübung erlangten tatsächlichen Kenntnisse notwendig mit der Pflichtenstellung des notariellen Berufs verbunden ist. So ist beispielsweise anerkannt, dass der Notar gegenüber der Aufsichtsbehörde (§ 93 Abs. 4 Satz 1 BNotO) zur Auskunftsverweigerung weder berechtigt noch verpflichtet ist (*Schippel*, § 18 Rdnr. 37; *Eylmann/Vaasen*, § 18, Rdnr. 58; *Arndt/Lerch/Sandkühler*, § 18 Rdnr. 67). Ähnlich verhält es sich, wenn der Notar als Rechtspflegeorgan erster Instanz seine Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht zu begründen hat. Mit der ihn in seiner verfahrensrechtlichen Stellung treffenden Verpflichtung zur Begründung seiner Entscheidung wäre es unvereinbar, zur Beurteilung seiner Entscheidung notwendige Tatsachenfeststellungen aufgrund eigener Kenntniserlangung mit Rücksicht auf seine Verschwiegenheitspflicht zurückhalten zu müssen.

Die Stellungnahme der Notarin zu den tatsächlichen Vorgängen bei der Beurkundung vom 25.1.2001 beschränkt sich bislang darauf, neben der „Abtretungserklärung“ sei „in Gegenwart“ der Beteiligten zu 2 und 3 auch die Treuhandvereinbarung von dem Beteiligten zu 4 unterzeichnet worden. Die weitergehenden tatsächlichen Behauptungen des Beteiligten zu 4, bei der Beurkundungsverhandlung hätten sich die Beteiligten zu 2 und 3 ausdrücklich damit einverstanden erklärt, über den Inhalt des notariell beurkundeten Geschäftsanteilübertragungsvertrages hinaus die persönliche Verpflichtung zur Freistellung des Beteiligten zu 4 und seiner übertragenden Mitgesellschafter von Bürgschaft- und Garantieverpflichtungen zu übernehmen, auch die Grundschuldabtretung habe von der Herbeiführung dieser Freistellung abhängig sein und diese Verknüpfung durch die nur von dem Beteiligten zu 4 und der Notarin unterzeichnete Treuhandvereinbarung sichergestellt werden sollen, finden in der bisherigen Begründung der Entscheidung der Notarin keine hinreichende Stütze.

Wegen der erforderlichen Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zu dem in erster Linie verfolgten Beschwerdeziel der Beteiligten zu 1 bis 3 kommt es derzeit auf ihr Hilfsbegehren nicht an. Wengleich die Einlegung der Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO bzw. § 54 BeurkG lediglich die Bedeutung einer Voraussetzung für die Einleitung des Verfahrens, nicht jedoch diejenige eines den Verfahrensgegenstand eingrenzenden Sachantrags hat, sieht der Senat keine durchgreifenden Bedenken, unterschiedliche Beschwerdeziele im Hinblick auf die Art der begehrten notariellen Amtstätigkeit in der Art eines Hilfsantrages in einem Verhältnis der Abhängigkeit von der gerichtlichen Entscheidung über ein vorrangiges Beschwerdeziel verfolgen zu können. Unabhängig von dem Erfolg oder Misserfolg des erstangigen Beschwerdeziels kann jedoch das Hilfsbegehren der Beteiligten zu 1 bis 3, die Notarin zur Herausgabe der in ihrer Verwahrung befindlichen privatschriftlichen Urkunde vom 25.1.2001 mit dem Beglaubigungsvermerk anzuweisen, bereits nach ihrem eigenen Vorbringen keinen Erfolg haben:

Ein Anspruch auf Herausgabe ist ausgeschlossen, wenn die Urkunde nach den Vorschriften des BeurkG von der Notarin weiter zu verwahren ist. Nach § 45 Abs. 3 BeurkG ist die Urschrift einer Urkunde, die in der Form eines Vermerks verfasst ist, auszuhändigen, wenn nicht die Verwahrung verlangt wird. Die Vorschrift betrifft Vermerkurkunden im Sinne des § 39 BeurkG, also die Beglaubigung einer Unterschrift unter einer privatschriftlichen Urkunde. Da in diesen Fällen die Urschrift der Urkunde für den Rechtsverkehr bestimmt ist, ist sie grundsätzlich herauszugeben, es sei denn, die Beteiligten verlangen die Verwahrung. Um ein solches Verwahrungsverlangen handelt es sich aber gerade dann, wenn die Beteiligten die Notarin um den Vollzug im Grundbuch ersuchen, bei dem die Urkunde vorgelegt werden muss. Das Verwahrungsverlangen im Sinne des § 45 Abs. 3 BeurkG ist zwar widerruflich (vgl. *Winkler*, § 45 Rdnr. 15; *von Schuckmann/Preuß*, BeurkG, 4. Aufl., § 45 Rdnr. 4). Da das Verwahrungsverlangen hier aber nach der Darstellung der Beteiligten jeweils auf einem beiderseitigen Ersuchen um eine notarielle Vollzugstätigkeit beruht, kommt ein einseitiger Widerruf des Verwahrungsverlangens nicht in Betracht, unabhängig davon, welche ihrer Darstellungen zu den inhaltlichen Voraussetzungen der Vollzugstätigkeit ggf. als die richtige festgestellt werden kann.

## Kostenrecht

23. KostO § 24 Abs. 3 (*Kein Kostenprivileg für Verwandte in GbR*)

**Die Kostenprivilegierung des § 24 Abs. 3 KostO findet auch dann keine Anwendung auf die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an einem im Eigentum einer (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stehenden Grundstück, wenn sämtliche Gesellschafter zu dem Begünstigten in verwandtschaftlicher Beziehung stehen.**

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.5.2004, 3 W 80/04; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat

Mit notarieller Urkunde vom 2.10.2003 hat die Beteiligte zu 4 ihren Kindern, den Beteiligten zu 1 bis 3 in Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ein Grundstück übertragen und sich selbst ein lebenslanges unentgeltliches Nießbrauchsrecht vorbehalten, das nach ihrem Ableben dem Beteiligten zu 4 auf dessen Lebensdauer zustehen soll. Der Jahreswert des Nießbrauchsrechtes wurde mit 24.000 € angegeben.

Für den Vollzug der Eintragung der jeweiligen Rechte hat die Landesjustizkasse mit Kostenrechnung vom 10.11.2003 von den Beteiligten zu 1 bis 3 als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts Gebühren in Höhe von insgesamt 1.711 € angefordert. Für die Eintragung der Nießbrauchsrechte wurde gemäß § 24 Abs. 2 KostO jeweils ein Gegenstandswert von 360.000 € (= fünfzehnfacher Jahreswert des Nießbrauchsrechtes) zugrunde gelegt.

Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind der Auffassung, dass sich der Wert der Nießbrauchsrechte infolge der verwandtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten nach § 24 Abs. 3 KostO berechne und lediglich das Fünffache des einjährigen Bezuges betrage. Die von ihnen gegen die Kostenrechnung eingelegte Erinnerung und die Erstbeschwerde sind ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtet sich die vom Landgericht zugelassene weitere Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

(...)

### II.

Das Rechtsmittel, über welches nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 b GerOrgG das Pfälzische Oberlandesgericht Zweibrücken zu entscheiden hat, ist infolge seiner Zulassung durch das Landgericht als Rechtsbeschwerde statthaft (§ 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 KostO), nicht an eine Frist gebunden (§ 14 Abs. 4 KostO) und auch im Übrigen verfahrensrechtlich bedenkenfrei.

In der Sache hat die weitere Beschwerde keinen Erfolg. Denn die angefochtene Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 14 Abs. 3 KostO i. V. m. § 46 ZPO).

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Landgericht, wie zuvor das Amtsgericht, die Anwendung der Kostenprivilegierung des § 24 Abs. 3 KostO auf die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an dem im Eigentum einer (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehenden Grundstück verneint. Die Kammer vertritt die Auffassung, dass die Kostenprivilegierung des § 24 Abs. 3 KostO auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch dann keine Anwendung findet, wenn sämtliche Gesellschafter zu dem Begünstigten in verwandtschaftlicher Beziehung stehen. Dies sei aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu der Frage der Rechtsfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vom 29.1.2001 (MittBayNot 2001, 192) zu folgern. Danach könne die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsleben grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Die daraus resultierenden Parallelen zur offenen Handelsgesellschaft (OHG) und zur Kommanditgesellschaft (KG) führten dazu, dass die für diese aufgestellten Grundsätze auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechend anzuwenden seien.

Der Senat teilt diese Rechtsauffassung.

Nachdem die Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft seit Erlass des BGB umstritten war, haben neuere Entwicklungen zunehmend die rechtliche Verselbständigung der BGB-Gesellschaft betont. Nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit im Steuerrecht (BFH, Urteil vom 11.2.1987, II R 103/84), der Insolvenzfähigkeit durch den Gesetzgeber in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO und der Anerkennung der Wechsel- und Scheckfähigkeit (BGH, Urteil vom 15.7.1997, XI ZR 154/96) folgte die umfassende Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft durch die Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.1.2001 (a. a. O.). Damit hat sich die moderne Gesamthandslehre durchgesetzt, die die BGB-Gesellschaft als ein von den Gesellschaftern zu trennendes Rechtssubjekt begreift, das Träger des Gesellschaftsvermögens ist. Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann also Inhaberin eigener Rechte sein, insbesondere Eigentümerin an beweglichen und unbeweglichen Sachen, an Forderungen oder sonstigen Rechten. Sie kann Verbindlichkeiten eingehen. Sie ist aktiv und passiv parteifähig und kann – vertreten durch ihre Geschäftsführer – ihre Ansprüche vor Gericht durchsetzen und in Anspruch genommen werden (vgl. *Staudinger/Habermeier*, BGB, 2003, Vorbem. zu §§ 705–740 Rdnr. 10, 16). Der Bundesgerichtshof hat damit im Ergebnis die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in ihrer dogmatischen Konstruktion auf ein neues Fundament gestellt und sie weitgehend der OHG angenähert.

Die rechtliche Verselbständigung der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verbunden mit der rechtlichen Absonderung des Gesellschaftsvermögens vom Privatvermögen der Gesellschafter, rechtfertigt auch ihre kostenrechtliche Gleichstellung mit der KG und der OHG.

Das BayObLG hat die Anwendung des § 24 Abs. 3 KostO auf eine KG, die an ihrem Grundbesitz eine Reallast zur Sicherung einer Leibrente für ihre ausgeschiedenen Kommanditisten (ein Ehepaar) bestellt hat, auch in dem Fall verneint, in dem die in der Gesellschaft verbleibenden persönlich haftenden Gesellschafter Söhne der durch die Leibrente abgefundenen Kommanditisten waren (BayObLG, Rpfleger 1966, 217). Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, dass die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens und seine rechtliche Lösung von der Person und dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter so stark sei, dass sich sowohl die OHG als auch die KG im Rechtsverkehr mit Dritten einem selbständigen Rechtssubjekt annähern und eine „Übergangsform zur juristischen Person“ darstellen. Die erhebliche Stärke der Geschlossenheit eines Verbandes erlaube es nicht, die vermögensrechtlichen Beziehungen der KG zu Dritten im Durchgriff auf die Person ihrer Gesellschafter nach deren familienrechtlichen Verhältnissen zu eben diesen Dritten zu werten. Dieser Ansicht hat sich das OLG Hamm (Rpfleger 1967, 87) für die OHG angeschlossen (ebenso *Rohs/Wedewer*, KostO, § 24 Rdnr. 21).

Das Gleiche gilt nach Auffassung des Senats heute auch für die (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Der Frage, ob die BGB-Gesellschaft ebenso wie OHG und KG als Grundbuchfähig anzusehen ist, kommt insoweit keine Bedeutung zu (die Grundbuchfähigkeit bejahen bspw. *Eickmann*, ZfR 2001, 433, 436; *Dümicg*, Rpfleger 2002, 53; Rpfleger 2003, 80 m. w. N.; *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 329; *Ulmer/Steffek*, NJW 2002, 330; *Oft*, NJW 2003, 1223; verneinen bspw. BayObLGZ 2002, 330; *Demharter*, Rpfleger 2002, 538; *Stöber*, MDR 2001, 544; *Heil*, NJW 2002, 2158; *Schöpflin*, NZG 2003, 117 und 606). Denn diejenige Auffassung, die die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft verneint, begründet ihre Auffassung im Wesentlichen mit der mangelnden

Registrierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in einem speziell hierfür vorgesehenen Register. Da die BGB-Gesellschaft aber – wie die OHG und die KG – Inhaberin des eingetragenen Rechtes sein kann, steht dies der kostenrechtlichen Gleichbehandlung nicht entgegen. Der (nicht begründeten) Auffassung von *Schwarz* (in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Aufl., § 24 Rdnr. 70), der die Kostenprivilegierung des § 24 Abs. 3 auf die BGB-Gesellschaft anwenden will, vermag der Senat schon deshalb nicht zu folgen, weil diese Auffassung nicht mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.1.2001 in Einklang zu bringen ist und eine Auseinandersetzung mit dieser vermissen lässt.

Der Einwand der Beschwerdeführer, aus der Vorschrift des § 61 Abs. 1 und Abs. 3 KostO lasse sich entnehmen, dass die Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts im Kostenrecht nicht mit der OHG oder KG gleichgesetzt werden dürfe, verfährt nicht. Vielmehr stellt sich auch hier im Anschluss an die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Rechtsfähigkeit der (Außen-)Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die Frage der kostenrechtlichen Gleichbehandlung mit OHG und KG. Auch die von den Beschwerdeführern für die Privilegierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts herangezogenen Grundsätze des Schenkungs- und Erbschaftsteuerrechts und die zitierte Entscheidung des BFH vom 14.9.1994 (II R 95/92, BStBI II 1995, 81) verhalfen dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg. Der BFH hat dort aufgrund einer schenkungsteuerrechtlichen Prüfung ausgeführt, dass in Fällen, in denen eine Gesamthandsgemeinschaft zivilrechtlich als Beschenkte am Schenkungsvorgang beteiligt ist, nicht die Gesamthand, sondern die Gesamthänder durch die freigebige Zuwendung schenkungsteuerrechtlich als bereichert anzusehen sind.

Ob sich dieser speziell für das Schenkungsteuerrecht aufgestellte Grundsatz ohne weiteres auf die KostO übertragen lässt, erscheint bereits fraglich. Der Entscheidung ist aber auch zu entnehmen, dass der BFH in diesem Bereich BGB-Gesellschaft, OHG und KG gleichbehandelt, was der Senat – wie oben dargelegt – auch im Rahmen des Kostenrechts für sinnvoll erachtet.

#### Anmerkung:

Das Pfälzische Oberlandesgericht hatte in seinem Beschluss über die kostenrechtliche Bewertung einer Grundstücksüberlassung durch eine Mutter auf ihre drei Kinder in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) unter Nießbrauchsvorbehalt zu entscheiden. Das entscheidende Rechtsproblem lag in der Frage, ob auf die Bewertung des Nießbrauchsrechts die kostenrechtliche Privilegierung des § 24 Abs. 3 KostO Anwendung findet. Nach dieser Vorschrift ist der Geschäftswert von wiederkehrenden oder dauernden Nutzungen bzw. Leistungen, wie etwa eines Nießbrauchsrechts, u. a. dann lediglich höchstens das Fünffache des einjährigen Bezugs, wenn das Recht einer Person zusteht, die mit dem Verpflichteten in gerader Linie verwandt ist. Dieses Kostenprivileg wäre den Beteiligten unstrittig dann zu Gute gekommen, wenn das Grundstück im vorliegenden Fall auf die Kinder als Bruchteilseigentümer übertragen worden wäre. Für die Übertragung auf die drei Kinder als Gesellschafter bürgerlichen Rechts lehnt das Gericht die Anwendung des § 24 Abs. 3 KostO ab. Als zentrales Argument stützt sich der Beschluss auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 29.1.2001<sup>1</sup> zur Rechtsfähigkeit einer (Außen-)gesellschaft bürgerlichen Rechts.

<sup>1</sup> BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192.

In der kostenrechtlichen Literatur ist zu der hier vorliegenden Konstellation keine einheitliche Linie auszumachen. Zum Teil wird vertreten, die Privilegierung des § 24 Abs. 3 KostO sei auch auf die GbR anzuwenden, wenn zwischen allen Gesellschaftern und dem Verpflichteten das in der Vorschrift vorausgesetzte Verwandtschaftsverhältnis bestehe.<sup>2</sup> Weitere Rechtsprechung und Kommentarliteratur existiert, soweit ersichtlich, lediglich zur Anwendbarkeit auf OHG und KG. Für diese Gesellschaftsformen wird das Kostenprivileg des § 24 Abs. 3 KostO unter Hinweis auf die Rechtsfähigkeit der genannten Personengesellschaften durchweg abgelehnt.<sup>3</sup>

Grundsätzlich sind zwei argumentative Ansatzpunkte denkbar. Zum einen kann der letztlich personenrechtliche Hintergrund des § 24 Abs. 3 KostO betont werden. Regelungsgehalt dieser Norm ist, dass Personen, die sich persönlich nahe stehen und in der Regel auch durch dieses persönliche Näheverhältnis zum Abschluss des betreffenden Rechtsgeschäfts motiviert sein werden, kostenrechtlich geringer belastet werden sollen, als wenn der Vertrag zwischen fremden Dritten geschlossen worden wäre. Insofern ist der dem Beschluss des Pfälzischen Oberlandesgerichts zugrunde liegende Sachverhalt einer Grundstücksüberlassung auf die Kinder unter Nießbrauchsvorbehalt geradezu paradigmatisch.

Zum anderen kann, wie es das Gericht getan hat, unter Rückgriff auf die geänderte Rechtsprechung zur Rechtsnatur der GbR darauf abgestellt werden, dass der zur Erbringung der sich aus dem Nießbrauch ergebenden Leistungen verpflichtete Grundstückseigentümer zweifellos die Gesellschaft als solche ist. Insofern ist die von dem Beschluss ins Feld geführte Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs eindeutig. Danach kann die (Außen-)gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen.<sup>4</sup> Dies bedeutet, dass die GbR insbesondere auch Grundstückseigentümer sein kann. Dem steht die nach wie vor herrschende Auffassung, wonach die GbR keine Grundbuchfähigkeit besitzt,<sup>5</sup> wie das Pfälzische Oberlandesgericht richtig argumentiert, nicht entgegen. Denn dieser Standpunkt beruht im Grunde auf der fehlenden Publizität der personellen Zusammensetzung einer GbR, die Folge des Fehlens eines GbR-Registers ist. Insofern ist auch eine unterschiedliche Behandlung der GbR im Vergleich zu den anderen Personengesellschaften gerechtfertigt. Eine strikt rechtstechnische Betrachtung der Problematik wird aufgrund der Rechtsfähigkeit der GbR daher zu dem Ergebnis des vorliegenden Beschlusses kommen müssen.

Diese Betrachtungsweise wird jedoch dem oben dargestellten inhaltlichen Rechtfertigungsgrund für die Privilegierung des § 24 Abs. 3 KostO nicht ausreichend gerecht. Gewollt ist in Konstellationen wie der vom Gericht entschiedenen doch im Grunde eine Grundstücksübertragung auf die Kinder als natürliche Personen. Die GbR-Lösung wird als äußere Konstruktion dieses Vorgangs in erster Linie aus steuerlichen Gründen gewählt. Für das persönliche Näheverhältnis zwischen den Beteiligten, das den eigentlichen Grund für das Privileg des § 24 Abs. 3 KostO darstellt, ist es vollkommen unerheblich, ob auf eine Bruchteilsgemeinschaft oder eine Gesamthandsgemeinschaft überlassen wird.

<sup>2</sup> So z. B. Schwarz in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 15. Aufl. 2002, § 24 Rdnr. 70.

<sup>3</sup> Vgl. etwa BayObLG, Rpfleger 1966, 217; OLG Hamm, Rpfleger 1967, 87; Rohs/Wedewer, KostO, § 24 Rdnr. 21.

<sup>4</sup> BGHZ 146, 341; zuvor bereits BGHZ 116, 86/88.

<sup>5</sup> So etwa BayObLGZ 2002, 330; Demharter, Rpfleger 2002, 538; Heil, NJW 2002, 2158.

Der Durchgriff durch die GbR als Gesamthandsgemeinschaft und das Abstellen auf die dahinter stehenden natürlichen Personen findet auch in verschiedenen Bereichen des Steuerrechts statt. Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wird vom Pfälzischen Oberlandesgericht selbst erwähnt. Hier gilt, dass bei einer Schenkung an Kinder in Gesellschaft bürgerlichen Rechts dennoch die Kinder als durch die Zuwendung bereichert gelten und die entsprechenden Freibeträge ausgenutzt werden können.<sup>6</sup> Ähnlich verhält es sich im Grunderwerbsteuerrecht. Bei der Übertragung eines Grundstücks auf eine Gesamthand kommt es hier nach herrschender Meinung zu einer interpolierenden Betrachtung. Dies bedeutet, dass etwa in die Vorschrift des § 5 Abs. 2 GrEStG die persönlichen Befreiungsvorschriften wie § 3 Nr. 6 GrEStG hineinzulesen sind.<sup>7</sup> Grunderwerbsteuerlich würden im Fall des Pfälzischen Oberlandesgerichts also die persönlichen Beziehungen zwischen dem Übergeber und den Kindern zur Grunderwerbsteuerfreiheit führen, unabhängig davon, ob die Kinder in Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwerben.

In den dargestellten steuerrechtlichen Konstellationen wird im Übrigen immer eine Gleichbehandlung der GbR mit KG und OHG vertreten. Der Ansatz des Pfälzischen Oberlandesgerichts, wonach auch im Rahmen des § 24 Abs. 3 KostO eine solche Gleichbehandlung stattzufinden habe, überzeugt zwar zunächst, gerade aufgrund der Annäherung der GbR an die Personenhandelsgesellschaften durch die jüngste Rechtsprechung.<sup>8</sup> Allerdings sollte dies Anlass sein, über eine Ausdehnung der Kostenprivilegierung des § 24 Abs. 3 KostO auch auf KG und OHG nachzudenken, immer unter der Prämisse, dass sämtliche Gesellschafter das erforderliche Verwandtschafts- oder sonstige persönliche Näheverhältnis zum Berechtigten aufweisen. Eine Verweigerung der Privilegierung zugunsten einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Kinder eines Übergebers aber widerspricht der ratio legis des § 24 Abs. 3 KostO.

Notarassessor Tobias Fembacher, Greding

<sup>6</sup> BFH, BStBl II 1995, 81; Meincke, ErbStG, § 7 Rdnr. 74 b.

<sup>7</sup> Vgl. etwa die Darstellung bei Gottwald, Grunderwerbsteuer, S. 113 f.

<sup>8</sup> Vgl. etwa auch das Urteil des BGH vom 7.4.2003, II ZR 56/02, zur Haftung des Neugesellschafters einer GbR für deren Altverbindlichkeiten; dazu Anm. Eigner, MittBayNot 2004, 50 ff.

24. KostO § 145; BGB § 133 (Voraussetzungen für den Ansatz einer Entwurfsgebühr)

**Die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO setzt sowohl einen rechtsgeschäftlichen Auftrag auf vorherige Aushändigung des Entwurfs für ein Rechtsgeschäft, das der Beurkundung bedarf, voraus als auch einen Beurkundungsauftrag, der im Zeitpunkt der Aushändigung noch vorgelegen haben muss. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG Mainz, Beschluss vom 1.4.2004, 3 T 40/03; mitgeteilt von Notar Alfred Fuchs, Ingelheim

Die Beschwerdeführer ließen einen Grundstückskaufvertrag beurkunden. Ob im Anschluss hieran durch den Notar eine erbrechtliche Beratung oder, wie die Beschwerdeführer behaupten, ein „unverbindliches Informationsgespräch über erbrechtliche Fragen“ erfolgte, ist streitig. Der Notar händigte den Beschwerdeführern den Entwurf eines Erbvertrags aus, wies jedoch nicht auf eventuell entstehende Kosten hin. Ob die Beschwerdeführer bei dieser Gelegenheit auf fehlende Liquidität hingewiesen haben, ist ebenfalls streitig.

Auf die schriftliche Anfrage des Notars, ob die Beschwerdeführer noch die Beurkundung „der von mir aufgrund Ihres Ersuchens vorbereiteten Urkunde“ wünschen, antwortete ein Beschwerdeführer ausweislich eines handschriftlichen Vermerks einer Mitarbeiterin des Notars am 10.9.2001 telefonisch: „Beurkundung soll noch erfolgen. Nur ist im Moment etwas Ebbe in der Kasse. Er meldet sich Ende des Jahres wegen eines Termins.“

Verschiedene Anfragen des Notars ließen die Beschwerdeführer unbeantwortet. Der Notar rechnete mit der angefochtenen Kostenrechnung vom 12.4.2002 den Entwurf ab.

*Aus den Gründen:*

(...)

Die gem. § 156 Abs. 1 KostO statthafte und auch im Übrigen zulässige Kostenbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Zu Unrecht hat der Notar in der angefochtenen Kostenrechnung die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO berechnet.

Die Entwurfsgebühr nach § 145 Abs. 3 KostO setzt sowohl einen Auftrag auf vorherige Aushändigung des Entwurfs für ein Rechtsgeschäft, das der Beurkundung bedarf, voraus als auch einen Beurkundungsauftrag, der im Zeitpunkt der Aushändigung noch vorgelegen haben muss. Für die Tatsachen, die seinen Gebührenanspruch begründen sollen, trifft den Notar die Feststellungslast, also auch hier für den Entwurfsauftrag der Beteiligten (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.2.2002, 20 W 179/01, zitiert nach Juris). Dabei bedeutet Erfordern im Sinne des § 145 Abs. 3 Satz 1 KostO nicht nur die Bitte um Aushändigung des Entwurfs, sondern es ist ein rechtsgeschäftlicher Auftrag an den Notar erforderlich, der allerdings auch stillschweigend erteilt sein kann. Bei der Würdigung des schlüssigen Verhaltens sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze betreffend rechtsgeschäftliche Willenserklärungen anzuwenden. Von maßgeblicher Bedeutung ist, ob das Verhalten des Beteiligten für den Notar als dem Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zulässt, es werde ihm ein „Auftrag“ mit der gesetzlichen Kostenfolge erteilt. Für den den Entwurf Verlangenden muss erkennbar damit zu rechnen sein, dass er nach Entgegennahme des Entwurfs auch dann zur Kostentragung verpflichtet ist, wenn es nicht zur Beurkundung kommt (OLG Köln, Beschluss vom 30.12.1998, 2 Wx 13/98, zitiert nach Juris). Dabei kann nicht auf den Grundsatz abgestellt werden, dass jeder Verständige weiß, dass ein Notar gesetzlich bestimmte Gebühren erhebt. Der Geschäftserfahrung des Beteiligten, dem näheren Hergang und den sonstigen Umständen kommt bei der Wertung des Verhaltens des Beteiligten entscheidende Bedeutung zu (*Korintenberg/Bengel*, KostO, § 145 Rdnr. 55).

Bei Anlegung dieser Grundsätze kann vorliegend nicht von einer Auftragserteilung durch die Beschwerdeführer ausgegangen werden, selbst wenn, wie der Notar behauptet, im Anschluss an die Beurkundung eines Kaufvertrags ein Beratungsgespräch über einen Erbvertrag stattgefunden hat, in dessen Verlauf die Beschwerdeführer den Wunsch um Fertigung eines Entwurfs äußerten.

Es ist schon fraglich, ob überhaupt ein Beurkundungsauftrag für einen Erbvertrag im Zeitpunkt der Aushändigung des Entwurfs vorgelegen hat, denn in diesem Beratungsgespräch haben die Beschwerdeführer nach ihrer Darstellung erklärt, dass eine Beurkundung aus finanziellen Gründen derzeit nicht in Frage komme. Auch die Aktennotiz über den Anruf des Beschwerdeführers lässt keinen Rückschluss auf einen Beurkundungsauftrag zu. Sie besagt lediglich, dass eine Beurkundung wegen finanzieller Probleme der Beschwerdeführer

auch am 10.9.2001 nicht gewünscht war. Letztlich kann dies dahinstehen, denn ein rechtsgeschäftlicher Auftrag zur Fertigung eines Entwurfs ist nicht erwiesen.

Der an den Notar – nach dessen Behauptung – herangetragene Wunsch der Beschwerdeführer um Fertigung eines Erbvertragsentwurfs war keine rechtsgeschäftliche Erklärung gemäß § 133 BGB im Sinne eines Erforderns nach § 145 Abs. 1 KostO. In diesem Sinne durfte der Notar die Bitte auch nicht als Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auffassen. Dass der Notar aus seiner Sicht „kein kostenloses Informationsangebot“ verschicken wollte, ist unerheblich. Aus Sicht der Beschwerdeführer handelte es sich bei der Aushändigung des Entwurfs um eine – unverbindliche – „Gratiszugabe“. Dass sich die Beschwerdeführer bei ihrer Bitte um einen Entwurf überhaupt darüber im Klaren waren, dass die Fertigung eines Entwurfs auch dann kostenpflichtig ist, wenn es nicht zur Beurkundung kommt, ist nicht ersichtlich: Aus dem vorgenannten Aktenvermerk ergibt sich dies jedenfalls nicht. Von einer Kenntnis der Beschwerdeführer durfte auch der Notar nicht ausgehen, denn unstreitig hat er sie nicht entsprechend belehrt. Die Beschwerdeführer mussten aus der vorangegangenen Beurkundung eines Kaufvertrags als juristische Laien nicht erkennen, dass der Entwurf eines Erbvertrags auch bei Nichtbeurkundung kostenpflichtig sein würde. Dass sie ansonsten geschäftserfahren sind, ist ebenfalls nicht ersichtlich.

## Steuerrecht

25. ErbStG §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 9 Abs. 1 Nr. 1; VVG § 11 Abs. 1 (*Entstehung der Erbschaftsteuer bei Erwerb betagter Ansprüche*)

**Die Erbschaftsteuer für betagte Ansprüche, die zu einem bestimmten (feststehenden) Zeitpunkt fällig werden, entsteht dem Regelfall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entsprechend bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers; solche Ansprüche sind ggf. mit ihrem nach § 12 Abs. 3 BewG abgezinsten Wert anzusetzen. Die Erbschaftsteuer für diejenigen betagten Ansprüche, bei denen der Zeitpunkt des Eintritts des zur Fälligkeit führenden Ereignisses unbestimmt ist, entsteht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG erst mit dem Eintritt des Ereignisses.**

BFH, Urteil vom 27.8.2003, II R 58/01; mitgeteilt von Notar-assessor Dr. Arne Everts, Würzburg

Der Ehemann (E) der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin) verstarb aufgrund eines Unfalls am 22.9.1995. Die Klägerin, die die Erbschaft nach ihrem Ehemann ausgeschlagen hat, war Bezugsberechtigte aus mehreren von E abgeschlossenen Lebensversicherungen. Im Jahre 1995 wurden an die Klägerin Versicherungssummen in Höhe von insgesamt 122.247 DM ausgezahlt. Im Februar 1996 zahlte die Versicherung (V) weitere Versicherungsleistungen in Höhe von 620.606 DM an die Klägerin aus, nachdem V wegen der ungeklärten Umstände des Todes des E zunächst die Ermittlungsakten bei der zuständigen Staatsanwaltschaft angefordert und die Prüfung der Leistungspflicht abgeschlossen hatte. Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt) ging davon aus, dass die Erbschaftsteuer für die gesamten der Klägerin zugeflossenen Versicherungsleistungen in Höhe von 742.853 DM bereits im Jahre 1995 entstanden sei, und setzte gegen die Klägerin nach Maßgabe des ErbStG in der vor dem 1.1.1996 geltenden Fassung mit Bescheid vom 17.4.1998 Erbschaftsteuer in Höhe von 14.568 DM fest. Der dagegen erhobene Einspruch hatte keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) änderte den angefochtenen Bescheid und setzte die Erbschaftsteuer auf 0 DM herab. Zur Begründung führte es aus: Die Erbschaftsteuer für die im Februar 1996 gezahlten Versicherungsleistungen sei gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG erst im Jahre 1996 entstanden und daher nach Maßgabe des ErbStG in der ab 1. Januar geltenden Fassung durch das Jahressteuergesetz (JStG) vom 20.12.1996 (BGBl I, 2049) zu besteuern, da die Fälligkeit der Versicherungsleistungen gemäß § 11 Abs. 1 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) erst nach Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles nötigen Erhebungen im Jahre 1996 eingetreten sei. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2001, 1509 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt das Finanzamt fehlerhafte Anwendung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Die Revision ist unbegründet; sie wird gemäß § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückgewiesen. Das FG hat zutreffend erkannt, dass die Steuer für die an die Klägerin im Februar 1996 gezahlten Versicherungsleistungen erst zu diesem Zeitpunkt und damit unter der Geltung des ErbStG i. d. F. des JStG 1997 entstanden ist.

a) Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG gilt als Erwerb von Todes wegen jeder Vermögensvorteil, der aufgrund eines vom Erblasser geschlossenen Vertrages bei dessen Tode von einem Dritten unmittelbar erworben wird. Diese Voraussetzungen erfüllen die an die Klägerin gezahlten Versicherungssummen, weil die Klägerin als Bezugsberechtigte der von E abgeschlossenen Versicherungsverträge bei dessen Tod unmittelbar einen eigenen Rechtsanspruch gegen den Versicherer auf Zahlung der Versicherungssumme erworben hat (§§ 328 Abs. 1, 330 Satz 1 BGB, § 166 Abs. 2 VVG). Die Steuer für diesen Erwerb von Todes wegen ist erst 1996 mit Eintritt der Fälligkeit der Ansprüche entstanden.

Aufgrund der Zuordnung der Erwerbe i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG zu den Erwerben von Todes wegen bestimmt sich die Entstehung der Steuer nach § 9 Abs. 1 ErbStG. Nach Nr. 1 dieser Vorschrift entsteht die Steuer bei Erwerben von Todes wegen im Regelfall mit dem Tode des Erblassers. Hiervon abweichend entsteht jedoch die Steuer für zu einem Erwerb gehörende aufschiebend bedingte, betagte oder befristete Ansprüche nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a (2. Alternative) ErbStG erst mit dem Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Ereignisses. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, da der Leistungsanspruch gegen V im Sinne dieser Vorschrift betagt war.

b) Zivilrechtlich liegt eine Betagung vor, wenn eine Forderung bereits entstanden und lediglich ihre Fälligkeit hinausgeschoben ist (MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 163 Rdnr. 3). Ein solcher betagter Anspruch ist auch der mit dem Versicherungsfall entstehende Zahlungsanspruch des Bezugsberechtigten gegen den Versicherer, weil die Fälligkeit der Versicherungsleistung gemäß § 11 Abs. 1 VVG erst mit Beendigung der zur Feststellung des Versicherungsfalles und des Umfangs der Leistung des Versicherers nötigen Erhebungen eintritt.

c) Nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. Urteil vom 18.3.1987, II R 133/84, BFH/NV 1988, 489, 490), die insoweit Bezug nimmt auf das Urteil des RFH vom 8.9.1931, I eA 173/31 (RStBl 1931, 895), betrifft die Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG jedoch nicht alle Ansprüche, die zivilrechtlich als betagt anzusehen sind. Vielmehr folgt aus der bewertungsrechtlichen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 12 Abs. 3 BewG) Behandlung noch nicht fälliger Forderungen, dass die Erbschaftsteuer für solche Ansprüche, die zu einem bestimm-

ten (feststehenden) Zeitpunkt fällig werden, dem Regelfall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entsprechend bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers entsteht und dass diese Ansprüche ggf. mit ihrem abgezinsten Wert anzusetzen sind. Anders sind jedoch diejenigen betagten Ansprüche zu behandeln, bei denen der Zeitpunkt des Eintritts des zur Fälligkeit führenden Ereignisses unbestimmt ist. Hier versagt § 12 Abs. 3 BewG, weil es an einem bestimmten Zeitpunkt für den Eintritt der Fälligkeit fehlt und weil damit die Berechnungs- oder Schätzungsgrundlagen für eine Abzinsung oder den Ansatz eines niedrigeren Werts als des Nennwerts (§ 12 Abs. 1 BewG) fehlen. In diesen Fällen entsteht die Steuer gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG – wie bei einer aufschiebend bedingten oder befristeten Forderung – erst mit dem Eintritt des Ereignisses, welches zur Fälligkeit des Anspruchs führt.

Diese Differenzierung und die Gleichstellung solcher Ansprüche, bei denen der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit unbestimmt ist, mit aufschiebend bedingten und befristeten Ansprüchen entspricht dem Normzweck des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG.

Dem Hinausschieben des Zeitpunkts der Steuerentstehung durch § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a (1. Alternative) ErbStG liegt die Erwägung zugrunde, dass in diesen Fällen eine wirtschaftliche Bereicherung um das von Todes wegen Erworbene noch nicht im Zeitpunkt des Todes des Erblassers eintritt (vgl. RT-Drucks. III. Wahlperiode Nr. 798, S. 15, zur Vorgängervorschrift des § 14 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG vom 10.8.1925, RGBl I, 320). Dieser Normzweck gilt auch für die aufgrund des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17.4.1974 (BGBl I, 933) eingefügte 2. Alternative des § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG; diese Vorschrift sollte eine den § 4 BewG ergänzende Regelung für die Fälle treffen, in denen zu einem absoluten Erwerb u. a. ein unter einer Betagung stehender Vermögensgegenstand gehört (BT-Drucks. VI/3418, S. 65 f.).

Betagte Ansprüche, bei denen der Zeitpunkt des Eintritts der Fälligkeit unbestimmt ist, führen – anders als zu einem bestimmten Zeitpunkt fällige Ansprüche – noch nicht zu der von § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ErbStG vorausgesetzten wirtschaftlichen Bereicherung. Denn die Ungewissheit des Zeitpunkts der Fälligkeit eines solchen Anspruchs hindert den Erwerber an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung der ihm zugefallenen Vermögensposition. Durch den Erwerb eines derart betagten Anspruchs tritt kein Bereicherungszustand ein, dessen Wert auf den Stichtag (Todestag) ggf. unter Abzinsung festzustellen ist (vgl. RFH, RStBl 1931, 895), vielmehr tritt die wirtschaftliche Bereicherung – wie bei einer aufschiebend bedingten oder befristeten Forderung – erst mit dem Eintritt des Ereignisses ein, welches zur Fälligkeit des Anspruches führt.

d) Für den der Klägerin im Februar 1996 zugeflossenen Betrag ist die Erbschaftsteuer erst 1996, nämlich mit dem Abschluss der zur Feststellung der Leistungspflicht erforderlichen Erhebungen der V entstanden. Denn bis zu diesem Zeitpunkt war der Anspruch der Klägerin auf die Versicherungssumme gemäß § 11 Abs. 1 VVG betagt und der Eintritt des zur Fälligkeit führenden Ereignisses ungewiss.

#### Anmerkung:

1. Das vorstehende Judikat des BFH scheint auf den ersten Blick keine Berührungspunkte mit der täglichen notariellen Praxis aufzuweisen – es geht um die Entstehung der Erbschaftsteuer bei verzögerter Auszahlung einer Lebensversicherungssumme (nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 4

erbschaftsteuerbar<sup>1)</sup>: Problematisch war dabei, ob die Erbschaftsteuer erst mit der Fälligkeit der Versicherungsleistungen gem. § 11 Abs. 1 VVG, also nach Abschluss der Prüfung der Leistungspflicht und Beendigung der hierfür erforderlichen Erhebungen, entstanden war oder nach der Grundregel des § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereits mit dem Tode des Erblassers. Der BFH entschied sich in teilweiser Abweichung von der Rechtsprechung des RFH<sup>2</sup> für die erste Variante, da in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) Anwendung finde, der Auszahlungsanspruch mithin „betagt“ im Sinne dieser Vorschrift sei und es somit erst auf das entsprechende Ereignis, das zur Fälligkeit führe (Abschluss der Prüfung der Leistungspflicht), ankomme. Diese geänderte Auffassung soll aber nur in den Fällen wie dem vorliegenden zum Tragen kommen, in denen der Eintritt des zur Fälligkeit führenden Ereignisses unbestimmt ist. Für Ansprüche, die zu einem bestimmten (feststehenden) Zeitpunkt fällig werden, will der BFH dagegen auch weiterhin die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) praktisch nicht anerkennen. Die Steuer für solche Ansprüche soll vielmehr schon mit dem Erbfall entstehen. Denn aus der bewertungsrechtlichen Behandlung erst mit Eintritt eines späteren, bestimmten Ereignisses fälliger Forderungen (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 12 Abs. 3 BewG) folge, dass die Steuer dem Regelfall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entsprechend schon im Zeitpunkt des Todes des Erblassers entstehe und dass diese Ansprüche dann ggf. mit ihrem auf diesen Zeitpunkt abgezinsten Wert anzusetzen seien, während bei einem unbestimmten Fälligkeitstermin § 12 Abs. 3 BewG versage (fehlende Berechnungsgrundlage für die Abzinsung). Da eine Sachverhaltskonstellation mit einem bestimmten Fälligkeitseignis für den BFH hier nicht zur Entscheidung stand, sind der Leitsatz und die Urteilsgründe insoweit nur als obiter dicta zu verstehen.<sup>3</sup>

2. Die praktische Bedeutung des Urteils für die notarielle Gestaltungstätigkeit wird unmittelbar deutlich, wenn man sich einmal die Folgen einer Übertragung der mit ihm teilweise geänderten Prinzipien auf andere erbschaftsteuerpflichtige Vorgänge vor Augen führt. Insoweit stellt das Urteil eine Grundsatzentscheidung zur Erbschaftsteuerentstehung dar. Vor diesem Hintergrund soll es hier auch besprochen werden. Gelten nämlich Leistungen aus Lebensversicherungen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG als Erwerb von Todes wegen, so spricht nichts dagegen, die nunmehr teilweise geänderte höchstrichterliche Rechtsauffassung auch auf die anderen steuerbaren Erwerbstatbestände auszudehnen, wobei nachfolgend die „betagten“ (also angefallenen, aber noch nicht fälligen<sup>4)</sup> Vermächtnisse herausgegriffen werden sollen. Denn diese kommen wegen ihres Forderungscharakters (§§ 2147, 2174 BGB) dem entschiedenen Sachverhalt am nächsten. Eine solche Fallgestaltung begegnet dem Kautelarjuristen zudem häufig bei den Herausgabevermächtnissen und den sog. „Supervermächtnissen“, wobei die „Erbschaftsteuerermächtnisse“, also – in der Regel – Geldvermächtnisse in Höhe der jeweiligen erbschaftsteuerlichen Freibeträge zum Zwecke der Steuerersparnis, den wichtigsten Anwendungsfall bilden dürften; die Anmerkung beschränkt sich daher aus Raumgründen auf diesen Typus.

1 Nach der Rspr. unterliegt nicht die Einräumung des unwiderruflichen Bezugsrechts als solche der Schenkungsteuer, sondern erst die zur Auszahlung gelangende Versicherungsleistung der *Erbschaftsteuer*, BFH, BStBl II 1999, 742; allgemein zur Lebensversicherung im Erbschaftsteuerrecht etwa *Grewé*, Erbfolgebesteuerung 2004, 13 ff.

2 RStBl 1931, 895.

3 *Meincke*, ZEV 2004, 36, 37.

4 Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl. 2004, § 163 Rdnr. 2.

a) Nach § 2156 BGB kann sich der Erblasser damit begnügen, bei der Anordnung eines Vermächtnisses den Vermächtnisnehmer und den Zweck des Vermächtnisses zu bestimmen. Der mit dem Vermächtnis Beschwerte, in der Regel der überlebende Ehegatte, kann dann nach billigem Ermessen den Gegenstand, die Bedingungen und den Zeitpunkt der Leistungen bestimmen. Bei mehreren mit dem Vermächtnis bedachten Abkömmlingen kann der Beschwerte nach § 2151 BGB die Befugnis erhalten, zu bestimmen, wer von ihnen das Vermächtnis erhalten soll, und hat nach § 2153 BGB die weitere Bestimmungsbefugnis über die Anteile mehrerer Vermächtnisnehmer. Schließlich kann nach § 2181 BGB die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen werden.<sup>5</sup> Die zivilrechtlichen Grundlagen eines derartigen „Supervermächtnisses“ sind also gesichert.

Häufig wird ein derartiges „Supervermächtnis“ zur Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten angeordnet, da das klassische Berliner Testament insofern steuerlich ungünstig ist:<sup>6</sup> Die Alleinerbeinsetzung des überlebenden Ehegatten hat bekanntlich den Nachteil, dass für die Kinder oder Enkel der ihnen zustehende Freibetrag bei der Erbschaftsteuer auf den Tod des Erstversterbenden verloren geht, die steuerliche Bemessungsgrundlage bereits nach dem Tod des Erstversterbenden verbreitert wird (verbunden mit einer entsprechenden Steuerprogression) und das so bereits einmal versteuerte Vermögen beim Tod des Überlebenden nochmals der Erbschaftsteuer unterworfen wird. Sofern man die Steuerfreibeträge der Kinder nicht erst durch Gestaltungen nach dem Erbfall erschließen möchte,<sup>7</sup> etwa durch die Geltendmachung der Pflichtteile der Kinder im Einverständnis mit dem überlebenden Elternteil<sup>8</sup> oder durch gezielte Erbausschlagung gegen Abfindung<sup>9</sup>, etwa durch Nießbrauch, kommt im „Berliner Testament“ die Aussetzung von Geldvermächtnissen mit Vermächtnisanfall bereits nach dem Tod des Erstversterbenden in Betracht. Der vor diesem Hintergrund auftauchende Konflikt zwischen dem Versorgungsinteresse des überlebenden Partners und den Steuersparinteressen lässt sich durch gezielte „Erbschaftsteuerermächtnisse<sup>10</sup>“ entschärfen: Den weichen Erben werden zum Zwecke der Ausnutzung der Erbschaftsteuerfreibeträge nach dem Tode des Erstversterbenden Geldbeträge bis zur Höhe der beim Todeszeitpunkt geltenden erbschaftsteuerlichen Freibeträge ausgesetzt, deren Erfüllung aber nach Zeitpunkt, Umfang und Auswahl dem Erben überlassen bleibt.<sup>11</sup> Eine derart durchgeführte Nachlassabschichtung bereits auf den ersten Erbfall wirkt den beschriebenen steuerlichen Nachteilen einerseits entgegen, andererseits hat der überlebende Ehegatte aufgrund der flexiblen Erfüllungsmodalitäten weitgehend freie Hand. Dabei ist jedoch darauf zu achten, dass dem Überlebenden die Möglichkeit der Vermächtniserfüllung nicht explizit bis zu seinem eigenen Ab-

5 Vgl. zusammenfassend *Langenfeld*, JuS 2002, 351 ff.

6 Vgl. hierzu ausf. *J. Mayer*, DStR 2004, 1371 ff., 1409 ff.; ZEV 1998, 50 ff.; *S. Schmidt*, BWNZ 1998, 97 ff. S. a. *N. Mayer*, ZEV 1997, 325 ff.

7 Hierzu aktuell *J. Mayer*, DStR 2004, 1541 ff.

8 *J. Mayer*, DStR 2004, 1371, 1372 f.; ZEV 1998, 50, 52 ff.

9 Hierzu ausf. *Wachter*, ZNotP 2004, 176, 182 ff.

10 Der Begriff ist insofern unglücklich, als ja nicht die Erbschaftsteuer, sondern die zur Ausnutzung der Freibeträge erforderlichen Vermögensgegenstände vermacht sind. Gleichwohl erscheint mir der Terminus vor dem Hintergrund des Gestaltungsziels plastisch.

11 Ausf. jetzt *J. Mayer*, DStR 2004, 1371, 1374 f.; s. zuvor schon *ders.*, ZEV 1998, 50, 54 ff.

leben verbleibt (was den Beteiligten natürlich im Zweifel die liebste Lösung wäre). Denn in einem solchen Fall könnte § 6 ErbStG eingreifen, der den Grundsatz der Maßgeblichkeit des Zivilrechts insofern durchbricht, als nach § 6 Abs. 1 ErbStG der Vorerbe als Erbe gilt und nach § 6 Abs. 4 ErbStG Nachvermächtnisse und beim Tod des Beschwerten fällige Vermächtnisse den Nacherbschaften gleichstehen. Vermächtnisse, die mit dem Tod des Beschwerten fällig werden, sind damit abweichend vom Zivilrecht als Erwerb vom Beschwerten zu behandeln.

Bestimmten daher z. B. Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament mit gegenseitiger Erbeinsetzung, dass ihren im Übrigen zu Schlusserben eingesetzten Kindern beim Tod des erstversterbenden Elternteils Vermächtnisse zufallen sollen, die erst beim Tod des überlebenden Elternteils fällig werden, so wären diese Vermächtnisse als Erwerb vom überlebenden Elternteil zu versteuern. Folglich läge weder beim Tod des Erstversterbenden noch beim Tod des überlebenden Ehegatten eine die jeweilige Bereicherung durch Erbanfall mindernde Vermächtnislast nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG vor; beim Tod des überlebenden Ehegatten wäre jedoch eine Erblasserschuld nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abzugsfähig.<sup>12</sup> Auch der Vorschlag, das Vermächtnis dadurch vom Tod des zweitversterbenden Ehegatten abzukoppeln, dass man es erst einige Jahre nach dem Tod des überlebenden Ehegatten anfallen lässt oder fällig stellt, dürfte mit Gefahren verbunden sein, da hier eine Umgehung des § 6 Abs. 4 ErbStG im Raume steht.<sup>13</sup> Ein unbestimmter Fälligkeitszeitpunkt für das als solches bereits angefallene Vermächtnis erscheint daher zunächst als einzig möglicher Ausweg.

b) Ist aber bei einer unbestimmten Fälligkeit nach der eingangs dargestellten, aktuellen Rechtsprechung des BFH jetzt § 9 Abs. 1 Nr. 1 a ErbStG anwendbar, so ist bis zu diesem Fälligkeitstermin, also letztlich bis zur Entscheidung des Erben, dieser allein steuerpflichtig und hat zunächst seinen gesamten Erwerb einschließlich dessen, was er zur Vermächtniserfüllung bedarf, zu versteuern; dieser kann dementsprechend solange auch noch nicht nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG steuerlich abgezogen werden. Das bedeutet, dass die mit derartigen Gestaltungen bezweckte Erbschaftsteuerentlastung mit dem ersten Erbfall künftig gerade noch nicht erfolgen könnte, sondern erst mit dem – selbstgewählten – Zeitpunkt der Fälligkeit (der ursprüngliche Erbschaftsteuerbescheid wäre dann zu korrigieren). Für den Erben entstünde in diesen Fällen daher zunächst die höhere Steuerbelastung, dafür stünde ihm aber auch zivilrechtlich die Nutzung der Vermächtnisgegenstände zu. Man kann nicht beides haben.<sup>14</sup> Gleichwohl ist nach meiner Einschätzung nicht davon auszugehen, dass mit diesen Konsequenzen aus der geänderten Rechtsprechung des BFH das Erbschaftsteuervermächtnis „tot“ ist:

Bei einem zu Zwecken der Erbschaftsteuerersparnis angeordneten Supervermächtnis wird man nämlich immer zugleich einen Auffangtermin festsetzen müssen, zu dem das Vermächtnis *spätestens* erfüllt werden muss. Denn andernfalls drohten über § 2181 BGB, wonach dann, wenn die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist, die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig wird, wieder die negativen Folgen des § 6 Abs. 4 ErbStG (wegen § 42 AO sollte der Auf-

fangtermin zudem so bestimmt werden, dass er nach der üblichen Lebenserwartung des Erben voraussehbar vor dessen Todeszeitpunkt liegen wird;<sup>15</sup> es nützt also nichts, bei einem zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits 80-jährigen Erben das Vermächtnis „spätestens 30 Jahre nach dem Tod des Erben des Erstversterbenden“ fällig zu stellen!). Mit dieser notwendigen Einschränkung des oder der Erben auf einen Auffangtermin ist das zur Fälligkeit führende Ereignis aber wieder *bestimmt*.<sup>16</sup> Dass man nicht weiß, ob und wann der Erbe als Schuldner die – ja bereits entstandene – Forderung möglicherweise früher erfüllen wird, ist unbeachtlich, da nach der Grundregel des § 271 Abs. 2 BGB der Schuldner die Leistung vor der Fälligkeit bewirken kann und ein „Wahlrecht“ insoweit keinen Einfluss auf die Fälligkeit selbst hat.<sup>17</sup> In diesem Fall aber bliebe es – folgt man jedenfalls weiterhin dem BFH – infolge Bestimmtheit des Fälligkeitszeitpunktes bei der Nichtanwendbarkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) ErbStG auf solche Vermächtnisse. Die Folge wäre, dass nach dem dann allein einschlägigen § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG die Steuer für das Vermächtnis nach wie vor sofort entsteht und beim Erben die Vermächtnislast für Erbschaftsteuerzwecke auch sofort nach § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG abgezogen werden kann, und zwar je mit dem nach § 12 Abs. 3 BewG abgezinsten Wert,<sup>18</sup> ausgehend vom Auffangtermin. Erfüllt der Erbe das Vermächtnis sodann nach seiner Wahl früher, so liegt hierin zwar seinerseits eine freigebige Zuwendung an den Vermächtnisnehmer, nämlich des Kapitalnutzungsvorteils. Diese wird aber in aller Regel von deutlich geringerem Wert sein; außerdem würde dadurch beim Vermächtnisnehmer nur dem anfänglichen Bewertungsabschlag nach § 12 Abs. 3 BewG nachträglich Rechnung getragen. Der hauptsächlich ins Auge gefasste anfängliche Erbschaftsteuervorteil kann jedenfalls ausgenutzt werden.

3. Die Aussetzung von (Geld-)Supervermächtnissen nach dem Erstversterbenden zur Ausnutzung der erbschaftsteuerlichen Freibeträge kann also auch unter der teilweise geänderten Rechtsprechung des BFH zur Steuerentstehung bei betagten Forderungen noch als probates Gestaltungsmittel empfohlen werden.<sup>19</sup> Also im Ergebnis – zunächst – Entwarnung, „nichts Neues zum Erbschaftsteuervermächtnis“.

Unabhängig von den praktischen Auswirkungen des Urteils ist die Rechtsprechung des BFH zur Entstehung der Erbschaftsteuer bei betagten Forderungen aber weiterhin als contralegal zu kritisieren. Das hier in Rede stehende Judikat ist nämlich nur ein Schritt in die dogmatisch „eigentlich richtige“, weil sich dem Gesetzeswortlaut wieder annähernde, Richtung. Das gilt für erbschaftsteuerbare Ansprüche, die zum Todeszeitpunkt bereits entstanden sind, aber erst zu einem *unbestimmten* späteren Termin fällig werden. Hier ist entgegen der bisherigen Rechtsprechung von RFH und BFH (wieder) § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) ErbStG anwendbar, d. h. Steuerentstehung erst bei Eintritt der Fälligkeit. Bei *bestimmten* Fälligkeitsterminen will der BFH die Einordnung nach wie vor nur bei § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vornehmen (Todeszeit-

<sup>15</sup> Vgl. J. Mayer, ZEV 1998, 50, 55.

<sup>16</sup> Diesen Hinweis verdanke ich meinem Kollegen am DNotI, Notarassessor Dr. Lothar Hipler.

<sup>17</sup> Deshalb ist es auch steuerunschädlich, wenn der mit dem Vermächtnis beschwerte Erbe noch vor Eintritt des Auffangtermins versterben sollte.

<sup>18</sup> Daragan, ZErB 2004, 8, 10.

<sup>19</sup> Zu den ertragsteuerlichen Implikationen infolge des Stundungseffekts vgl. insb. J. Mayer, DStR 2004, 1371, 1375 f.; ZEV 1998, 50, 55; je m. w. N., auch zu möglichen Gestaltungsalternativen (ebd., S. 1409 ff. bzw. S. 57 f.).

<sup>12</sup> Vgl. Erbschaftsteuer-Richtlinien, R 13.

<sup>13</sup> Langenfeld, JuS 2002, 351, 352.

<sup>14</sup> So bereits J. Mayer, ZEV 1998, 50, 56, für das aufschiebend befristete oder bedingte Supervermächtnis.

punkt gleich Steuerentstehungszeitpunkt). Von dieser Differenzierung ist aber in § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) ErbStG weit und breit nichts zu sehen. Der für den BFH entscheidende Hinweis auf das Bewertungsrecht überzeugt nicht, weil die Bewertung ihrerseits die Steuerentstehung voraussetzt, § 11 ErbStG. Mit anderen Worten: Für den BFH hängt die Entstehung der Steuer vom Zeitpunkt der Steuerentstehung ab – somit ein Musterbeispiel für eine *petitio principii*. Die Kautelarpraxis sollte sich daher der Tatsache bewusst sein, dass sie das Konstrukt der „Erbschaftsteuervermächnisse“ letztlich nur auf diesem dogmatischen Lapsus, mithin auf tönernen Füßen, aufbaut und dass das letzte Wort in dieser Frage noch nicht gesprochen sein dürfte. Würde der BFH nämlich die von ihm angestellte Differenzierung aufgeben und einheitlich für alle Arten betagter Vermächnisse § 9 Abs. 1 Nr. 1 a) ErbStG anwenden, wären Liquiditätsvorteil und erbschaftsteuerlicher Entlastungseffekt beim Erben dahin. Erst dann gäbe es etwas wirklich Neues zum „Erbschaftsteuervermächnis“, nämlich, dass es dieses dann vermutlich nicht mehr geben dürfte.

Notarassessor Dr. Arne Everts, Würzburg

26. EigZulG §§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1, 4 Satz 1, 8, 9, 10 (*Keine Eigenheimzulage bei Kaufvertrag ohne Vorlagehaftung des Notars*)

**Ein Kaufvertrag hält dem für die Eigenheimzulage notwendigen Drittvergleich nicht stand, wenn der Kaufpreis monatelang zu  $\frac{3}{4}$  gestundet wird und eine notarielle Kontrolle der vollen Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für die grundbuchliche Wohnungsumschreibung fehlt. (Leit-satz der Schriftleitung)**

FG Saarbrücken, Urteil vom 17.3.2004, 1 K 158/02

Durch notariellen Vertrag vom 14.9.1998 erwarben die Kläger vom damals 75-jährigen Vater der Klägerin zum Preis von 80.000 DM ein Einfamilienhaus, das sie seitdem zusammen mit dem Veräußerer, der in ihrem Haushalt lebt, bewohnen. Besitz, Nutzungen, Gefahr und Lasten gingen am Tage des Grundstückskaufvertrages auf die Kläger über, denen vom Veräußerer in der Vertragsurkunde Quittung darüber erteilt wurde, bereits 20.000 DM des vereinbarten Kaufpreises erhalten zu haben. Die restlichen 60.000 DM waren zum 31.12.1998 zinslos zahlungspflichtig. Mit einer „Bestätigung“ vom 30.12.1998 bescheinigte der Veräußerer den Erhalt des vereinbarten Kaufpreises über 80.000 DM.

Im Anschluss an den Grundstückskauf bauten die Kläger zum Preis von 25.905,50 DM eine Heizungs- und Warmwasseranlage ein, so dass die Kläger – zuzüglich der Notarkosten (843,90 DM) – für Anschaffungskosten in Höhe von insgesamt 106.750 DM am 27.11.1998 beim Beklagten die Gewährung der Eigenheimzulage beantragten.

Nachdem die Kläger wiederholten Aufforderungen des Beklagten, die Kaufpreiszahlung kontenmäßig zu belegen, sowohl während des Antrags- als auch während des Einspruchsverfahrens nicht nachgekommen waren, lehnte der Beklagte durch Bescheid vom 20.9.2000 die Gewährung der Eigenheimzulage ab und bestätigte diese Ablehnung durch Einspruchsentscheidung vom 22.2.2002.

Am 25.3.2002 haben die Kläger beim Finanzamt Klage angebracht.

*Aus den Gründen:*

Die zulässige Klage ist unbegründet.

1. Rechtsgrundlagen

Gemäß §§ 1, 2 Abs. 1 Satz 1, 4 Satz 1, 10 EigZulG besteht für die Anschaffung einer inländischen eigengenutzten

Eigentumswohnung Anspruch auf eine Eigenheimzulage. Bemessungsgrundlage für die Eigenheimzulage sind die Anschaffungskosten für die Wohnung zuzüglich der Anschaffungskosten für den dazugehörenden Grund und Boden (§ 8 Satz 1 EigZulG). Für die Anschaffung einer – wie hier – bereits vor längerer Zeit hergestellten Wohnung beläuft sie sich auf 2,5 v. H. der Bemessungsgrundlage, höchstens jedoch auf 2.500 DM (§ 9 Abs. 2 Satz 1 EigZulG). Sie kann deshalb in voller Höhe beansprucht werden, wenn die jeweiligen Anschaffungskosten – Wohnungskaufpreis, Notarkosten und gegebenenfalls anzuerkennende anschaffungsnahe Aufwendungen – insgesamt mindestens 100.000 DM betragen.

Begünstigte Anschaffungskosten im Sinne des § 8 Satz 1 EigZulG liegen im Anschluss an die ständige Rechtsprechung des BFH zur im Wesentlichen inhaltsgleichen früheren Eigenheimförderung nach § 10 e EStG nur vor, soweit der Wohnungserwerber mit eigenen Aufwendungen für die Anschaffung der Wohnung belastet ist, er also den Kaufpreis für die Wohnung selbst aufgebracht, d. h. diese entgeltlich erworben hat (FG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.12.2001, 14 K 99/00, EFG 2002, 522; FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 9.9.2002, 3 K 102/01, EFG 2002, 1500; Niedersächsisches FG, Urteil vom 26.11.2002, 13 K 465/00, EFG 2003, 679 – sämtliche Urteile mit BFH-Nachweisen –).

Weil es sich bei der Eigenheimzulage um eine Begünstigung handelt, obliegt der Nachweis, ob ein nach dem EigZulG begünstigtes Erwerbsgeschäft vorliegt, dem Wohnungserwerber. Bei einem Grundstücksgeschäft zwischen nahen Angehörigen kommt diesem Nachweis erhöhte Bedeutung zu. Denn auch wenn nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG und des BFH ein Vertrag unter Familienangehörigen nicht mehr in jeder Hinsicht einem ebensolchen Vertrag zwischen fremden Dritten entsprechen muss (s. BVerfG-Beschlüsse vom 7.11.1995, 2 BvR 802/90, BStBl II 1996, 34; vom 15.8.1996, 2 BvR 3027/95, DB 1996, 2470; BFH, Urteil vom 29.10.1997, I R 24/97, BStBl II 1998, 573; BFH/NV 2002, 334 m. w. N.), muss bei einem Grundstückskaufvertrag zwischen Familienangehörigen doch feststehen, dass es sich tatsächlich um ein ernst gemeintes entgeltliches Grundstücksgeschäft handelt (vgl. BFH-Urteile vom 4.6.1991, IX R 150/85, BStBl II, 838; vom 16.12.1998, X R 139/95, BFH/NV 1999, 780; vom 25.1.2000, VIII R50/97, BStBl II, 393 m. w. N.).

Unschädlich kann daher im Einzelfall eine grundsätzlich fremdunübliche Kaufpreiszahlung vor der notariellen Beurkundung des Grundstücksgeschäftes oder die Quittierung einer regelmäßig ebenso unüblichen Barzahlung eines hohen Grundstückskaufpreises sein, sofern sich aus sonstigen Sachverhaltsmomenten zweifelsfrei sowohl die Möglichkeit zur Kaufpreiszahlung ergibt als auch der tatsächliche Abfluss der Kaufpreismittel vom innerfamiliären Grundstückserwerber zum dauerhaften Verbleib beim familiären Grundstücksveräußerer belegen lässt.

Bei der Ermittlung dieser wesentlichen Vertragsinterna trifft die familiären Vertragspartner als Herren des Geschehens eine erhöhte Mitwirkungspflicht (§§ 15 Abs. 1 Satz 1 EigZulG, 1 Abs. 1, 90 Abs. 1 Satz 1 AO). Sie haben dieser Pflicht insbesondere dadurch nachzukommen, dass sie die für den Anspruch auf Eigenheimzulage erheblichen Tatsachen vollständig und wahrheitsgemäß offen legen und die ihnen bekannten Beweismittel angeben (§ 90 Abs. 1 Satz 2 AO). Je mehr die jeweiligen Sachverhaltsumstände auf eine zulagenschädliche Gestaltung hindeuten, desto strengere objektive Beweisanforderungen sind an die Entgeltlichkeit des familiären Grundstückskaufvertrages zu stellen (vgl. BFH, BFH/NV 1999, 780).

## 2. Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall

Daran gemessen haben die Kläger den Nachweis für einen zulagenbegünstigten Wohnungserwerb der Kläger vom Vater der Klägerin nicht erbracht. Denn aus dem Kaufvertrag vom 14.9.1998 lässt sich ein entgeltlicher Wohnungserwerb der Kläger nicht zwingend entnehmen.

Daraus ergibt sich zweifelsfrei lediglich ein sofortiger Eigentümerwechsel des Wohngrundstücks vom Vater der Klägerin zu den Klägern. Zwar ist auch eine Kaufpreiszahlung über 80.000 DM vereinbart, die jedoch trotz des sofortigen Übergangs des wirtschaftlichen Grundstückseigentums auf die Kläger – Lasten, Nutzungen, Besitz und Gefahr gingen noch am Tage des Vertragsschlusses auf sie über (s. dazu BFH, Urteil vom 4.6.2003, X R 49/01, BStBl II, 751) – zu  $\frac{3}{4}$  bis zum Jahresende 1998 gestundet wurde. Bereits dies entspricht nicht der Praxis unter fremden Dritten. Fernerhin fehlt im Kaufvertrag die allgemein fremdübliche notarielle Kontrolle der vollen Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für die grundbuchliche Wohnungsumschreibung. Stattdessen hat der Notar nur die von ihm nicht weiter verifizierte Erklärung der Vertragsbeteiligten, auf den vereinbarten Kaufpreis seien bereits 20.000 DM gezahlt worden, beurkundet, d. h. diese Kaufpreisrate ist nicht vor dem Notar übergeben worden.

Allerdings erklärt der Vater der Klägerin unter dem 30.12.1998 schriftlich, den Kaufpreis von 80.000 DM aus der notariellen Urkunde vom 14.9.1998 erhalten zu haben. Es handelt sich um eine maschinenschriftliche „Bestätigung“, die nach ihrem offenkundig übereinstimmenden Schriftbild mit demjenigen der vom Prozessbevollmächtigten der Kläger im Klageverfahren bei Gericht eingereichten Schriftsätze im Büro des Bevollmächtigten vorgefertigt und dann nach Bedarf vom Vater der Klägerin unterschrieben wurde. Letzteres wird aus dem im Klageverfahren vorgelegten Blankoexemplar und den beiden im Antrags- und im Einspruchsverfahren eingereichten Bestätigungen, welche die Unterschrift des Vaters an unterschiedlichen Stellen tragen, anschaulich deutlich. Das ist ein für eine normale Quittierung völlig untypisches Verfahren. Denn üblicherweise wird eine Quittung vom Zahlungsempfänger nur einmal ausgestellt und dann im Bedarfsfall entsprechend abgelichtet oder gefaxt.

Das alles weckt vorliegend begründete Zweifel, ob die durch die „Bestätigung“ des Streitfalles in einer Summe quittierten beiden Zahlungen von 20.000 und 60.000 DM tatsächlich geflossen sind.

Eventuelle Barzahlungen in der Höhe des streitbefangenen Kaufpreises sind zwar grundsätzlich denkbar, aber für Vertragsverhältnisse unter fremden Dritten regelmäßig untypisch. Gleiches gilt im Allgemeinen für ernst gemeinte Vertragsbeziehungen unter Verwandten. Barzahlungen unter Angehörigen sind eher bei der schenkweisen Zuwendung von Geldbeträgen üblich. Demgegenüber werden geschäftliche Zahlungen an Verwandte, jedenfalls wenn es sich wie hier mit 20.000 bzw. 60.000 DM um hohe Geldbeträge handelt, regelmäßig von Konto zu Konto überwiesen, weil derartig hohe Summen heutzutage üblicherweise nicht zu Hause aufbewahrt oder angespart werden. Gemessen am Maßstab des Fremdvergleichs kann daher die Quittung vom 30.12.1998 nur anerkannt werden, wenn zusätzliche objektiv nachprüfbare Beweisindizien für einen entsprechenden Zahlungsabfluss bei den Klägern und Zahlungszufluss beim Vater der Klägerin sprechen. Solche Indizien sind indes nicht erkennbar.

Der Beklagte hat die bereits im Verwaltungsverfahren durchgehend durch ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten vertretenen Kläger sowohl im Bewilligungs- wie im Einspruchs-

verfahren wiederholt vergeblich zu einem kontenmäßigen Nachweis der Kaufpreiszahlung aufgefordert und deshalb seine Ablehnung der beantragten Eigenheimzulage durch die Einspruchsentscheidung des Streitfalles mangels eines belegmäßigen Nachweises der Entgeltlichkeit des streitigen Wohnungserwerbs bestätigt. Damit bestand für die steuerlich vertretenen Kläger Klarheit darüber, dass der Ausgang des Klageverfahrens von einem überzeugenden Nachweis der Entgeltlichkeit des streitigen Erwerbsvorganges abhängen würde, ohne dass es hierzu noch zusätzlich besonderer Aufklärungsmaßnahmen oder -hinweise seitens des Gerichts bedurfte (s. BFH-Beschluss vom 10.9.2003, X B 132/02, AO-StB 2004, 44, u. juris). Dieser Nachweis ist den Klägern nicht gelungen.

Abgesehen davon, dass die vorgelegten Nachweisunterlagen teilweise übereinander kopiert sind und so den genauen Urkundeninhalt nicht erkennen lassen, lässt sich ihnen lediglich entnehmen, dass die Bausparkasse der Klägerin ein Baudarlehen über 100.000 DM mit einem auf ihr Konto überwiesenen Auszahlungsbetrag in Höhe von 99.670,25 DM gewährt hat, dass hiermit ein durch die Bezahlung der in dem erworbenen Anwesen von den Klägern durchgeführten Heizungs- und Warmwasserbaumaßnahmen entstandener Sollsaldo ausgeglichen wurde und dass sie alsdann, neben einigen kleineren streitunerheblichen Lastschriften und Überweisungen, am 30.12.1998 zweimal 20.000 DM überwiesen haben. Eine dieser Überweisungen lässt weder den Empfänger noch die angewiesene Kontonummer erkennen. Die andere Überweisung ist an eine Frau Gabi S gegangen. Sie gibt als Überweisungsbetrag zwar „Erbschaftsauszahlung“ an. Jedoch ist ein entsprechender Verpflichtungsgrund, wie er bei einer Grundstücksübertragung zur Regelung der Erbfolge üblicherweise aufgenommen wird, der notariellen Erwerbsurkunde vom 14.9.1998 nicht zu entnehmen. Da auch keine Kontoauszüge von einem Konto des Vaters der Klägerin vorgelegt worden sind und deshalb seine Erklärung, den Kaufpreis erhalten zu haben, durch keinerlei objektives Beweisindiz für den tatsächlichen Empfang des Kaufpreises untermauert wird, sind die Kläger nach allem für die inhaltliche Richtigkeit dieser bloßen Erklärung und damit für einen nach dem EigZuLG begünstigten entgeltlichen Grundstückserwerb beweispflichtig geblieben. Denn es widerspricht jeder heutigen Lebenserfahrung, dass die fraglichen 80.000 DM dem Vater der Klägerin bar ausgehändigt und alsdann in dem von ihm im Hause der Kläger bewohnten Zimmer aufbewahrt wurden. Zudem sind entsprechende Barabhebungen der Kläger von ihrem bzw. einem ihrer Konten nicht belegt worden.

Das alles gilt auch für die in der notariellen Urkunde vom 14.9.1998 quittierte erste Kaufpreisrate über 20.000 DM. Hierzu haben die Kläger noch nicht einmal einen Bankbeleg oder einen sonstigen Zahlungsnachweis vorgelegt. Wie sie den Betrag von 20.000 DM vor der erst im Dezember 1998 erfolgten Auszahlung eines höheren Bausparkassen-Darlehens aufgebracht haben können, ist weder ersichtlich noch nachgewiesen. Ebenso fehlt, wie auch für den Restkaufpreis über 60.000 DM, jede Angabe, geschweige denn jeder – insbesondere kontenmäßiger – Nachweis dazu, wie der Vater der Klägerin den fraglichen Kaufpreis verwendet hat.

Angesichts der deshalb im Streitfall nahe liegenden Vermutung, dass der alte Vater der Klägerin den Klägern das streitige Wohngrundstück deswegen übertragen hat, weil er in ihrem Haushalt versorgt wurde, sind die Kläger all dem zufolge den überzeugenden Nachweis schuldig geblieben, dass es sich bei dem beurkundeten Grundstückskaufvertrag um einen tatsächlich ernst gemeinten begünstigten entgeltlichen Wohnungserwerb handelt, so dass ihnen der Beklagte die beantragte Eigenheimzulage zu Recht versagt hat.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### 1. Gesellschafter-Fremdfinanzierung (§ 8 a KStG)

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 15.7.2004, IV A 2 – S 2742 a – 20/04

Das Schreiben, das wegen seiner Länge hier nicht abgedruckt werden kann, ist in BStBl I 2004, 593 und im Internet unter <http://www.bundesfinanzministerium.de/Steuern/Koerperschaftsteuer/-/Umwandlungssteuerrecht-.659.htm> veröffentlicht.

### 2. Formblatt „Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel – öffentliche Urkunde“

ABl EG L 143 vom 30.4.2004, S. 30 f.; vgl. hierzu den Beitrag von *Franzmann*, MittBayNot 2004, 404 (in diesem Heft)

#### BESTÄTIGUNG ALS EUROPÄISCHER VOLLSTRECKUNGSTITEL – ÖFFENTLICHE URKUNDE

1. Ursprungsmitgliedstaat:  
 AT  BE  DE  EL  ES  FI   
 FR  IE  IT  LU  NL  PT   
 SE  UK
2. Gericht/befugte Stelle, das/die die Bestätigung ausgestellt hat
  - 2.1. Bezeichnung:
  - 2.2. Anschrift:
  - 2.3. Tel./Fax/E-Mail:
3. Wenn abweichend, Gericht/befugte Stelle, das/die die öffentliche Urkunde aufgenommen oder registriert hat
  - 3.1. Bezeichnung:
  - 3.2. Anschrift:
  - 3.3. Tel./Fax/E-Mail:
4. Öffentliche Urkunde
  - 4.1. Datum:
  - 4.2. Aktenzeichen:
  - 4.3. Parteien
    - 4.3.1. Name(n) und Anschrift(en) des/der Gläubiger(s):
    - 4.3.2. Name(n) und Anschrift(en) des/der Schuldner(s):

5. Geldforderung laut Bestätigung
  - 5.1. Betrag:
    - 5.1.1. Währung: Euro   
 Schwedische Kronen   
 Pfund Sterling   
 Sonstige Währung (bitte angeben)
    - 5.1.2. Falls sich die Geldforderung auf eine wiederkehrende Leistung bezieht
      - 5.1.2.1. Höhe jeder Rate:
      - 5.1.2.2. Fälligkeit der ersten Rate:
      - 5.1.2.3. Fälligkeit der nachfolgenden Raten:  
 wöchentlich  monatlich   
 andere Zeitabstände (bitte angeben)
      - 5.1.2.4. Laufzeit der Forderung
        - 5.1.2.4.1. Derzeit unbestimmt  oder
        - 5.1.2.4.2. Fälligkeit der letzten Rate
  - 5.2. Zinsen
    - 5.2.1. Zinssatz
      - 5.2.1.1. ... % oder
      - 5.2.1.2. ... % über dem Basissatz der EZB <sup>(1)</sup>
      - 5.2.1.3. Anderer Wert (bitte angeben):
    - 5.2.2. Fälligkeit der Zinsen:
  - 5.3. Höhe der zu ersetzenden Kosten, falls in der öffentlichen Urkunde angegeben:
6. Die öffentliche Urkunde ist im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar.

Geschehen zu ..... am .....

.....  
Unterschrift und/oder Stempel

<sup>(1)</sup> Von der Europäischen Zentralbank auf ihre Hauptrefinanzierungsoperationen angewendeter Zinssatz.

### 3. Bewertung von Gebäuden gem. § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 1996, 456)

*Prüfungsabteilung der Notarkasse München*

Nach Mitteilung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz vom 31.8.2004 hat die Bayerische Landesbrandversicherung AG bereits zum 1.10.2003 die Baukostenrichtzahl für Brandversicherungssummen geändert. Im Zuge dieser Änderung wurde die Baukostenrichtzahl dem Euro-Umrechnungskurs angepasst und zum 1.10.2003 mit 13,3 festgelegt. Die Richtzahl bleibt nach Auskunft der Bayerischen Landesbrandversicherung AG über den 1.10.2004 hinaus bis auf Weiteres unverändert. Nicht auf Euro umgestellt wurden die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in DM mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag; es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen).

Gleiches gilt für die Richtzahl für Betriebseinrichtungen. Diese beträgt seit 1.10.2003 (ebenfalls nach Euro-Umstellung) 7,3.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 15. Auflage, § 19 Rdnr. 58 a verwiesen. Auch wenn heute Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat die Präsidenten der Oberlandesgerichte München, Nürnberg und Bamberg gebeten, die Kostenprüfungsbeamten und die Kostenbeamten zu unterrichten und zu veranlassen, dass auch bei den Gerichten künftig nach dieser neuen Tabelle verfahren wird. Es wurden mit Schreiben vom 23.8.2004 (Az. 5604 – VI – 4032/04) folgende Bewertungshinweise gegeben:

Der Brandversicherungswert (= Versicherungssumme 1914 × Richtzahl der Bayerischen Landesbrandversicherung AG) ist um die altersbedingte technische Wertminderung, die nach der linearen Abschreibung (Anlage 8 b zu den Wertermitt-

lungsrichtlinien – WertR – 2002) zu bestimmen ist, zu kürzen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Versicherungssumme 1914 nicht in Euro umzurechnen ist, weil die Richtzahl entsprechend auf den Euro-Wert umgestellt worden ist. Der danach verbleibende Gebäuderestwert soll regelmäßig 30 % des Brandversicherungswertes nicht unterschreiten (vgl. BayObLG, JurBüro 1984, 904). Eine andere Behandlung ist dann geboten, wenn glaubhaft gemacht wird, dass eine Nutzung nicht mehr möglich ist oder bei einer Verwertung des Grundstücks für das Gebäude ein Erlös nicht mehr zu erzielen wäre.

Von dem Gebäuderestwert (Mindestrestwert) sind im Allgemeinen die vom BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375) festgelegten Sicherheitsabschläge in Höhe von insgesamt 20 % vorzunehmen. Von einem solchen Abschlag sollte (auch in Gebieten mit starker Bautätigkeit) nur abgewichen werden, wenn hierfür konkrete Erkenntnisse vorliegen.

Weitere wertändernde Umstände (insbesondere Baumängel, Bauschäden, Umbau- und Modernisierungsmaßnahmen, wirtschaftliche Wertminderungen wie z. B. ungünstige zeitbedingte Raumgestaltung und Baugestaltung) sind im Einzelfall zu berücksichtigen, wenn sie bekannt sind oder glaubhaft dargelegt werden.

Sofern in den beim Kostenansatz zur Verfügung stehenden Unterlagen (Kopie der Brandversicherungsurkunde oder des Versicherungsscheines, Angaben der Beteiligten usw.) ein anderer Basiswert als die Versicherungssumme 1914 oder nur der Neuwert des versicherten Objektes ausgewiesen ist, ist die Versicherungssumme 1914 dadurch festzustellen, dass auf der Grundlage der zum jeweiligen Zeitpunkt maßgebenden Richtzahl der Bayerischen Landesbrandversicherung AG auf das Jahr 1914 zurückgerechnet wird. Auf das Berechnungsbeispiel der Prüfungsabteilung in MittBayNot 1996, 457 wird hingewiesen.

Die Feststellung des Gebäudewertes nach den vorgenannten Grundsätzen ist in aller Regel auch dann möglich, wenn eine entsprechende Brandversicherung bei einer anderen Versicherungsgesellschaft als der Bayerischen Landesbrandversicherung AG besteht. Aus der Praxis wurde hierzu mitgeteilt, dass die Versicherungsbedingungen dieser privaten Versicherer, soweit sie für die Kostenberechnung relevant sind (insbesondere die Richtzahl), im Wesentlichen denjenigen der Bayerischen Landesbrandversicherung AG entsprechen. In Fällen, in denen kein geeigneter Brandversicherungswert zur Verfügung steht, ist der Wert des Grundbesitzes aufgrund der anderen in § 19 Abs. 2 KostO genannten Anhaltspunkte zu ermitteln, z. B. nach den Preisindizes für Wohngebäude (vgl. hierzu *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 19 Rdnr. 31 ff.; Prüfungsabteilung, MittBayNot 2000, 156).

Aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und zur Gewährleistung einer einheitlichen Sachbehandlung ist es nach Auffassung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz angezeigt, wie bisher eine einheitliche Tabelle zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert zur Verfügung zu stellen, die nach den vorgenannten Grundsätzen zu erstellen ist; dabei berücksichtigen die Wertmultiplikatoren bereits die altersbedingte Wertminderung und den Abschlag.

**Tabelle zur Berechnung  
des Gebäudebrandversicherungswertes**

Stand 1.10.2003,  
ab 1.10.2004 keine Änderung

**Richtzahl** (Teuerungszahl), auf Euro-Wert umgestellt: 13,3

**Allgemeiner Abschlag** (Sicherheitsabschlag): 20 %

**Technische Wertminderung:** Abschlag je nach Alter des Gebäudes

Die Zuordnung der Gebäudearten stellt auf den Regelfall ab. Sofern im konkreten Einzelfall von einer anderen Lebensdauer auszugehen ist, ist die altersbedingte Wertminderung gem. Anlagen 4 und 8 b WertR 2002 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 238 a) festzulegen. Nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse gehören auch Eigentumswohnungen, sofern diese nach der Brandversicherung bewertet werden können, zur Gebäudeart mit einer Lebensdauer von 100 Jahren.

**Gebäudeart**

- A Einfamilienhäuser, Reihenhäuser  
Lebensdauer 100 Jahre
- B Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser,  
Verwaltungs- und Bürogebäude,  
Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser,  
Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels,  
Einkaufsmärkte  
Lebensdauer 80 Jahre
- C Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude,  
Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser  
Lebensdauer 50 Jahre
- D Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen,  
Ställe  
Lebensdauer 30 Jahre

**Berechnungsbeispiel:**

Einfamilienwohnhaus, Baujahr 1990,  
Stammversicherungssumme 1914 = 19.000 DM,  
Grundstücksgröße 1 000 m<sup>2</sup>,  
Vergleichswert des Gutachterausschusses 200 €/m<sup>2</sup>.

**Berechnung:**

a) *Gebäude:*

19.000 DM (Stammversicherungssumme 1914  
– keine Umrechnung auf Euro) × 9,150  
(Richtzahl bei Gebäudealter von 14 Jahren;  
diese ist auf Euro umgestellt) = 173.850 €

b) *Grundstück:*

m<sup>2</sup>-Preis 200 €, hierauf Abschlag  
von 25 % = 150 € × 1 000 m<sup>2</sup> = 150.000 €

**Verkehrswert** gem. § 19 Abs. 2 KostO = 323.850 €

Alter des Gebäudes in Jahren	A 100	B 80	C 50	D 30
1	10,534	10,534	10,427	10,321
2	10,427	10,321	10,214	9,895
3	10,321	10,214	10,002	9,576
4	10,214	10,108	9,789	9,257
5	10,108	10,002	9,576	8,831
6	10,002	9,789	9,363	8,512
7	9,895	9,682	9,150	8,193
8	9,789	9,576	8,938	7,767
9	9,682	9,470	8,725	7,448
10	9,576	9,257	8,512	7,129
11	9,470	9,150	8,299	6,703
12	9,363	9,044	8,086	6,384
13	9,257	8,938	7,874	6,065
14	9,150	8,725	7,661	5,639
15	9,044	8,618	7,448	5,320
16	8,938	8,512	7,235	5,001
17	8,831	8,406	7,022	4,575
18	8,725	8,193	6,810	4,256
19	8,618	8,086	6,597	3,937
20	8,512	7,980	6,384	3,511
21	8,406	7,874	6,171	und
22	8,299	7,661	5,958	darüber
23	8,193	7,554	5,746	(Restwert
24	8,086	7,44	5,533	= 30 %):
25	7,980	7,342	5,320	3,192
26	7,874	7,129	5,107	
27	7,767	7,022	4,894	
28	7,661	6,916	4,682	
29	7,554	6,810	4,469	
30	7,448	6,597	4,256	
31	7,342	6,490	4,043	
32	7,235	6,384	3,830	
33	7,129	6,278	3,618	
34	7,022	6,065	3,405	
35	6,916	5,958	und	
36	6,810	5,852	darüber	
37	6,703	5,746	(Restwert	
38	6,597	5,533	= 30 %):	
39	6,490	5,426	3,192	
40	6,384	5,320		
41	6,278	5,214		
42	6,171	5,001		
43	6,065	4,894		
44	5,958	4,788		
45	5,852	4,682		
46	5,746	4,469		
47	5,639	4,362		
48	5,533	4,256		
49	5,426	4,150		
50	5,320	3,937		
51	5,214	3,830		
52	5,107	3,724		
53	5,001	3,618		
54	4,894	3,405		
55	4,788	3,298		
56	4,682	und		
57	4,575	darüber		
58	4,469	(Restwert		
59	4,362	= 30 %):		
60	4,256	3,192		
61	4,150			
62	4,043			
63	3,937			
64	3,830			
65	3,724			
66	3,618			
67	3,511			
68	3,405			
69	3,298			
70	und			
	darüber			
	(Restwert			
	= 30 %):			
	3,192			

## STANDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar Dr. Dieter Mayer, München, wurde zum Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München bestellt.

#### 2. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Ernst Bubel, Kandel, verstorben am 6.8.2004

#### 3. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 16.7.2004:

Notar Joachim Munzinger, Grünstadt

Mit Wirkung vom 1.5.2005:

Notar Friedrich Dworschak, Lindenberg i. Allgäu

Mit Wirkung vom 1.7.2005:

Notar Dr. Rüdiger Dietel, Hilpoltstein

#### 4. Wiederbestellung zur Notarin:

Notarin a. D. Eva Rumpf wurde nach § 48 c Abs. 1 BNotO mit Wirkung vom 31.8.2004 erneut zur Notarin auf Lebenszeit mit dem Amtssitz München (Notarstelle v. Heynitz/Rumpf) bestellt.

#### 5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.9.2004:

Grünstadt	dem Notar Wolfgang Krebs (bisher in Ludwigshafen)
-----------	---

Mit Wirkung vom 1.10.2004:

Ingolstadt (in Sozietät mit Notar Dr. Hans Schmalzl)	dem Notar Michael Blomeier (bisher in Parsberg /Opf.)
--	---

Miltenberg (in Sozietät mit Notar Dr. Stefan Gutheil)	dem Notarassessor Johannes Schwarzmann (bisher in Rosenheim, Notarstelle Dr. Spiegelberger)
---	---

Rockenhausen (in Sozietät mit Notarin Jutta Schneider)	dem Notarassessor Dr. Christoph Schmidt (bisher in Ludwigshafen, Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)
--	---

Schwandorf	dem Notarassessor Rüdiger Merkle (bisher in Nürnberg, Notarstellen Dr. Ehrhardt/Pilhofer)
------------	---

Mit Wirkung vom 1.11.2004:

München (in Sozietät mit Notar Herbert Oberseider)	dem Notar Franz Ruhland (bisher in Freising)
--	--

#### 6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.8.2004:

Johannes Benz, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann, Sonderurlaub)

Markus Sikora, Berchtesgaden (Notarstelle Dr. Amann)

Mit Wirkung vom 1.9.2004:

Matthias Adam, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Baumann)

Annette Pötting, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Vitali Schmitkel, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Sven Schünemann, Illertissen (Notarstelle Dr. Kössinger)

Mit Wirkung vom 1.10.2004:

Simon Meyer, Altdorf b. Nürnberg (Notarstellen Kirchner/Dr. Thiele)

#### 7. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Michael Schillig, Coburg (Notarstellen Dannecker/Dr. Heil), wurde auf sein Verlangen mit Ablauf des 31.8.2004 aus dem notariellen Anwärterdienst des Freistaates Bayern entlassen.

Notarassessor Dr. Christian Auktor, München (Notarstellen v. Heynitz/Rumpf), ab 1.9.2004 in München (Notarstellen Prof. Dr. Geimer/Dr. Graf v. Stosch)

Notarassessor Clemens Busse, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl), ab 13.9.2004 in Aschaffenburg (Notarstellen Schad/Dr. Seidl)

Notarassessorin Dorothee Vogel, Rockenhausen (Verwalterin der Notarstelle Dr. Schönberger), ab 1.10.2004 in Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Kluge)

#### 8. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.7.2004:

*Zum Notariatsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):*

Alfred Tragl, Ingolstadt (Notarstellen Edler v. Koch/Dr. Schmidt)

*Zum Oberamtsrat i. N. (VerGr. IIa BAT):*

Franz Anthofer, Vilshofen (Notarstellen Dr. Huber/Schmidl)

*Zum Amratsrat i. N. (VerGr. III BAT):*

Klaus Baumann, Bad Windsheim (Notarstelle Dr. Wild)

Alois Betz, Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Alexander Pfäffl, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Kuntz/Dr. Schmalzl)

Harald Schreyer, Fürth (Notarstelle Bode)

*Zum Amtmann i. N. / zur Amtfrau i. N. (VerGr. IVa BAT):*

Heidrun Hörmann, Krumbach (Notarstelle Meyer-Littmann)

Stephan Mayr, Schongau (Notarstellen Ferstl/Ruhland)

Jürgen Reisaus, Fürstfeldbruck (Notarstellen Dr. v. Bary/Dr. Buchta)

Monika Riedler, Türkheim (Notarstelle Elstner)

Jürgen Zeller, Kaufbeuren (Notarstelle Gürtler)

*Zum Oberinspektor i. N. / zur Oberinspektorin i. N.  
(VerGr. IVb BAT):*

Jörg Bayer, Günzburg (Notarstellen Wachter/Dr. Braun)

Jochen Dubau, Würzburg (Notarstellen Kirchner/Baumann)

Angela Eckert, München (Notarstellen Weiß/Dr. Heller)

Matthias Emser, Kirchenlamitz (Notarstelle Dr. Spanhel)

Frank Fritz, Alzenau (Notarstellen Brückner/Dolp)

Simone Gimpl, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Gabriele Götz, Amberg (Notarstellen Dr. Hoffmann/  
Hantke)

Michaela Hassler, Nürnberg (Dr. Steiner/Dr. Kornexl)

Christian Schwürzinger, Ebersberg (Notarstellen Griebel/  
Dr. Baumhof)

Simone Seidel, Bamberg (Notarstellen Wolf/Dr. Reißig)

Verena Sommer, München (Notarstellen Bender/Dr. Brach-  
vogel)

Andreas Stampfer, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

## 9. Ausgeschiedene Angestellte:

Notariatsrat i. N. Robert Deuringer, München (Notarstel-  
len Friedrich/Oberseider), ab 31.8.2004 im Ruhestand

Oberinspektor i. N. Josef Gaab, Oettingen i. B. (Notar-  
stelle Dietrich), ab 31.8.2004 im Ruhestand

Inspektor i. N. Volker Hauffe, München (Notarstelle Kärt-  
ner), zum 30.9.2004 eigene Kündigung

Oberamtsrat i. N. Hermann Müller, Hof (Notarstelle Hoff-  
mann), ab 30.9.2004 im Ruhestand

Amtsrätin i. N. Marianne Schmid, Zusmarshausen (No-  
tarstelle Schmid), ab 30.9.2004 im Ruhestand

## Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Hengersberg, Notarstelle Stelzer, E-Mail: [info@notarstelzer.de](mailto:info@notarstelzer.de)

Wasserburg, Notarstelle Dr. Bartsch/Martin, Tel. 08071 9209-0





---

Schriftleiter: Notarassessor Dr. Markus Krebs, 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, mittbaynot@notarkasse.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

## „Die GmbH im europäischen Vergleich“

Symposium des Instituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin am 12.11.2004,  
Senatssaal der Humboldt-Universität

- |   |  |
|---|--|
| <p><b>9.30 Uhr</b>     <b>Begrüßung</b><br/>Prof. Dr. Rainer Schröder, Institut für Notarrecht</p>  | <p><b>15.30 Uhr</b>     <b>Weitere Reformbestrebungen auf europäischer Ebene</b><br/>Rechtsanwältin Dr. Silja Maul, Linklaters, Frankfurt am Main, bislang National Expert der Europäischen Kommission, Brüssel</p> <p>anschließend Diskussion</p>   |
| <p><b>9.45 Uhr</b>     <b>Die britische Limited in rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Perspektive</b><br/>Prof. Dr. Gerhard Dannemann, Großbritannien-Zentrum der Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Notarrecht</p> | <p><i>16.30 Uhr</i>     <i>voraussichtliches Ende</i></p>  |
| <p><b>10.15 Uhr</b>     <b>Die Rechtslage in ausgewählten Mitgliedstaaten der europäischen Union</b><br/>Notar Thomas Wachter, Osterhofen</p> <p>anschließend Diskussion zu beiden Beiträgen</p>  | <p>Bei Interesse wird um Anmeldung bis zum 5.11.2004 gebeten:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– per Post: Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Institut für Notarrecht, Unter den Linden 6, 10099 Berlin</li> <li>– per E-Mail: <a href="mailto:notarinstitut@rewi.hu-berlin.de">notarinstitut@rewi.hu-berlin.de</a></li> <li>– per Fax: 030 2093-3560.</li> </ul> |
| <p><i>11.15 Uhr</i>     <i>Kaffeepause</i></p>  | <p>Die Teilnahmegebühren (inkl. MWSt, Verköstigung und Tagungsband) sind nach Anmeldung zu entrichten und betragen:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. 100 €</li> <li>– für Nichtmitglieder 150 €</li> <li>– für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung 50 €.</li> </ul>             |
| <p><b>11.45 Uhr</b>     <b>Das Auftreten der Limited in Deutschland – praktische und rechtliche Probleme</b><br/>Notar Dr. Heribert Heckschen, Dresden</p> <p>anschließend Diskussion</p>   | <p>Kostenfrei ist die Veranstaltung für Studierende und Referendare sowie Notarassessoren, die Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind.</p>   |
| <p><i>12.30 Uhr</i>     <i>Mittagspause</i></p>   | <p>Die Teilnahmegebühr ist auf folgendes Konto zu überweisen:<br/>Institut Notarrecht, Rainer Schröder, Sparda-Bank Berlin, Konto: 1497650, BLZ: 120 965 97,<br/>Verwendungszweck: Name, Vorname</p>   |
| <p><b>13.30 Uhr</b>     <b>Wo steht der BGH nach „Centros“ und „Inspire Art“?</b><br/>Prof. Dr. Wulf Goette, Richter am BGH, Mitglied des II. Zivilsenats</p>   | <p>Bitte beachten Sie, dass eine Rückerstattung bereits gezahlter Gebühren nur möglich ist, wenn eine schriftliche Abmeldung bis zum 5.11.2004 erfolgt.</p>  |
| <p><b>14.00 Uhr</b>     <b>Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“</b><br/>Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Hamburg</p> <p>anschließend Diskussion zu beiden Beiträgen</p>   |  |
| <p><i>15.00 Uhr</i>     <i>Kaffeepause</i></p>  |  |

## Veranstaltungen des DAI

1. Intensivkurs Gesellschaftsrecht  
(Langenfeld, Spiegelberger)  
4.–6.11.2004 in Bad Kissingen
2. Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patienten-  
verfügung  
(Müller, Renner)  
13.11.2004 in Bochum
3. Erbrecht in der Kautelarpraxis  
(Kanzleiter, Reimann, von Dickhuth-Harrach)  
19.–20.11.2004 in Köln

**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 6/2004

- |  |  |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Beuthien: Genossenschaftsgesetz. 14., neu bearb. u. erw. Aufl., Beck, 2004. 128 €, 1 388 S.</li> <li>2. Bösl/Sommer (Schriftl.): Unternehmensnachfolge. Handbuch für die Praxis. E. Schmidt, 2004. 516 S., 76 €</li> <li>3. Engl: Formularbuch Umwandlungen. Beck, 2004. 1 051 S., 138 €</li> <li>4. Formularbuch Recht und Steuern. 5., neu bearb. u. erw. Aufl., Beck, 2004. 1 416 S. + CD-ROM, 148 €</li> <li>5. Gegenhardt: Die „LIMITED“ in Deutschland. 3. Aufl., Salzwasser, 2004. 120 S., 25,90 €</li> <li>6. Grziwotz/Koebler: Handbuch Bauträgerrecht. Beck, 2004. 933 S., 128 €</li> <li>7. Haußleiter/Schulz: Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung. 4., erw. u. überarb. Aufl., Beck, 2004. 477 S., 50 €</li> <li>8. Hey: Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken. Beck, 2004. 385 S., 50 €</li> <li>9. Hüffer: Aktiengesetz. 6., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 1 939 S., 112 €</li> <li>10. Jauernig: BGB. 11., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 2 015 S., 55 €</li> <li>11. Joachim: Pflichtteilsrecht für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis. E. Schmidt, 2004. 404 S., 58 €</li> <li>12. Kegel/Schurig: Internationales Privatrecht. 9., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 1 189 S., 57 €</li> <li>13. Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ergänzungsband zur 21. Aufl. Heymanns, 2004. 420 S., 48 €</li> </ol> | <ol style="list-style-type: none"> <li>14. Meincke: Erbschaftsteuergesetz. 14., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 957 S., 78 €</li> <li>15. Müller: Wohnungseigentum. 4., völlig neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 682 S., 48 €</li> <li>16. Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partnerreederei, EWIV. 2. Aufl., Beck, 2004. 2 120 S., 145 €</li> <li>17. Muscheler: Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft. 2., überarb. u. wesentl. erw. Aufl., E. Schmidt, 2004. 812 S., 136 €</li> <li>18. Pause: Bauträgerkauf und Baumodelle. 4., neu bearb. Aufl., Beck, 2004. 647 S., 64 €</li> <li>19. Picot (Hrsg.): Unternehmenskauf und Restrukturierung. 3., vollst. überarb. u. erw. Aufl., Beck, 2004. 1 361 S., 128 €</li> <li>20. Schömmers/Kesen: Internationales Erbrecht Türkei. Beck, 2004. 180 S., 28 €</li> <li>21. Schöning: Privatnützige Stiftungen im deutschen und spanischen Zivilrecht. Heymanns, 2004. 219 S., 59 €</li> <li>22. Singhof/Seiler/Schlitt: Mittelbare Gesellschaftsbeteiligungen. RWS, 2004. 332 S., 49 €</li> <li>23. Sudhoff: Familienunternehmen. 2. Aufl., Beck, 2004.</li> <li>24. Süß/Haas (Hrsg.): Erbrecht in Europa. Zerb, 2004. 1 173 S., 139 €</li> <li>25. Vogt/Hannes: Verträge mit Familienangehörigen. 2., überarb. und erw. Aufl., Beck, 2004. 277 S. + CD-ROM, 24 €</li> </ol> |
|--|--|



Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F