

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Jörg Mayer,
Notar in Simbach

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Schriftleitung:

Dr. Ulrich Göbl,
Notarassessor

Dr. Anja Heringer,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193



BMF-Schreiben zur
ertragsteuerlichen
Behandlung der
objektbezogenen
Kosten bei Umwand-
lungsvorgängen

Aufsätze

Regler: Die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO 261

Sefrin: Die Grundbuchpublizität – Kein Formalismus, sondern
Garant für Rechtssicherheit 268

Braun/Daum: Die Sicherungszession als Unsicherheitsfaktor
beim kreditfinanzierten Immobilienkauf? 275

Wicke: „Best Practice“ bei der Nummerierung in der
Gesellschafterliste 283

Lautner: Grundstückserwerb durch Gesellschaften
bürgerlichen Rechts unter Geltung der gesetzlichen
Neuregelungen des ERVGBG 286

Tagungsberichte

Poschenrieder: Grundlagen zu Praxis und Geschichte
des Notariats 293

Rechtsprechung

Erfordernis einer ausdrücklichen Bewilligungserklärung
nach § 19 GBO neben der Auflassung
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2009, 3 Wx 231/09) 307
mit Anmerkung *Demharter* 308

Grundstückserwerb durch bestehende GbR
(OLG München, Beschluss vom 5.2.2010, 34 Wx 116/09) 310

Keine Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil
(BGH, Urteil vom 28.10.2009, IV ZR 82/08) 320

mit Anmerkung *Dietz* 322

Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung einer
wirtschaftlichen Neugründung

(OLG München, Urteil vom 11.3.2010, 23 U 2814/09) 326

mit Anmerkung *Apfelbaum* 328

Nummerierung der Gesellschafterliste

(OLG Bamberg, Beschluss vom 2.2.2010, 6 W 40/09) 331

Keine Gebühr nach § 55 KostO für elektronisch beglaubigte
Abschrift

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.2.2010, I-10 W 148/09) 334

mit Anmerkung *Diehn* 335

Grunderwerbsteuer auf im Kaufpreis enthaltene Kosten
für Erschließung und Naturschutz-Ausgleichsmaßnahmen
(BFH, Urteil vom 23.9.2009, II R 20/08) 335

mit Anmerkung *Gottwald/Grziwotz* 336

Hinweise für die Praxis

Sicherungsrealast und Grundbucheintragung (*Grziwotz*) 341

Inhalt

Aufsätze

- Regler*: Die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO **261**
- Sefrin*: Die Grundbuchpublizität – Kein Formalismus, sondern Garant für Rechtssicherheit **268**
- Braun/Daum*: Die Sicherungszession als Unsicherheitsfaktor beim kreditfinanzierten Immobilienkauf? **275**
- Wicke*: „Best Practice“ bei der Nummerierung in der Gesellschafterliste **283**
- Lautner*: Grundstückserwerb durch Gesellschaften bürgerlichen Rechts unter Geltung der gesetzlichen Neuregelungen des ERVGBG **286**

Tagungsberichte

- Poschenrieder*: Grundlagen zu Praxis und Geschichte des Notariats **293**

Buchbesprechungen

- Ruge: Begründung von Wohnungseigentum an Bestandsimmobilien (*Rapp*) **295**
- Albrecht/Albrecht: Die Patientenverfügung (*Müller*) **296**
- Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung (*Everts*) **297**
- Lipp (Hrsg.): Handbuch der Vorsorgeverfügungen (*Renner*) **298**
- von Hoyenberg: Vorweggenommene Erbfolge (*Everts*) **299**
- Benz: Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG) (*Heckschen*) **301**
- Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft (*Weigl*) **302**
- Böttcher/Ries: Formularpraxis des Handelsregisterrechts (*Waldner*) **303**
- Herrler/Schneider: Von der Limited zur GmbH (*Weiler*) **304**
- Korts/Korts: Die Kleine Aktiengesellschaft;
Korts/Korts: Die Große Aktiengesellschaft (*Schwab*) **304**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Wucherähnliches Geschäft bei grobem Missverhältnis von Grundstückswert und Kaufpreis (BGH, Urteil vom 5.3.2010, V ZR 60/09) **306**

Sachen- und Grundbuchrecht

2. Erfordernis einer ausdrücklichen Bewilligungserklärung nach § 19 GBO neben der Auflassung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2009, 3 Wx 231/09) **307**
mit Anmerkung *Demharter* **308**
3. Grundstückserwerb durch bestehende GbR (OLG München, Beschluss vom 5.2.2010, 34 Wx 116/09) **310**

Inhalt (Fortsetzung)

4. Grundstückserwerb durch bestehende GbR
(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.2.1010, 5 W 371/09) **311**

Familienrecht

5. Unterhaltsberechnung bei Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten
(BGH, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 65/09) **313**
6. Volljährigenadoption nach dem Tod des Annehmenden
(OLG München, Beschluss vom 2.2.2010, 31 Wx 157/09) **319**

Erbrecht

7. Keine Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil
(BGH, Urteil vom 28.10.2009, IV ZR 82/08) **320**
mit Anmerkung *Dietz* **322**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. Anwendbarkeit der Regeln zur „wirtschaftlichen Neugründung“ bei Mantelverwendung
(BGH, Beschluss vom 18.1.2010, II ZR 61/09) **324**
9. Nachweis der Vertretungsberechtigung ausländischer Gesellschaften
(OLG München, Beschluss vom 9.3.2010, 31 Wx 36/10) **325**
10. Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung
(OLG München, Urteil vom 11.3.2010, 23 U 2814/09) **326**
mit Anmerkung *Apfelbaum* **328**
11. Nummerierung der Gesellschafterliste
(OLG Bamberg, Beschluss vom 2.2.2010, 6 W 40/09) **331**
12. Firma mit Ortsangabe bedarf keines Nachweises über eine führende Stellung am Ort
(OLG München, Beschluss vom 28.4.2010, 31 Wx 117/09) **332**

Kostenrecht

13. Keine Gebühr nach § 55 KostO für elektronisch beglaubigte Abschrift
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.2.2010, I-10 W 148/09) **334**
mit Anmerkung *Diehn* **335**

Inhalt (Fortsetzung)

Steuerrecht

14. Grunderwerbsteuer auf im Kaufpreis enthaltene Kosten für Erschließung und Naturschutz-Ausgleichsmaßnahmen (BFH, Urteil vom 23.9.2009, II R 20/08) **335**
mit Anmerkung *Gottwald/Grziwotz* **336**
15. Grunderwerbsteuer für Kostenübernahme einer Naturschutz-Ausgleichsmaßnahme (BFH, Urteil vom 28.10.2009, II R 18/08) **339**

Hinweise für die Praxis

1. Sicherungsreallast und Grundbucheintragung (*Grziwotz*) **341**
2. Ertragsteuerliche Behandlung der durch einen Umwandlungsvorgang entstandenen objektbezogenen Kosten des Vermögensübergangs (BMF-Schreiben vom 18.1.2010 – IV C 2 – S 1978-b/0) **341**

Standesnachrichten **343**

Sonstiges **III**

4 | **MittBayNot** Begründet 1864

Juli/August 2010 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Ulrich Gößl,

Dr. Anja Heringer

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München

Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO – Änderungen durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) –

Von Notar a. D. Dr. *Rainer Regler*, München

Die Beschwerde wegen der Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars einschließlich der Beschwerde gegen einen notariellen Vorbescheid ergänzt die Urkundsgewährpflicht und sichert die Unparteilichkeit des Notars. Sie dient ferner der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes i. S. v. Art. 19 Abs. 4 GG gegen notarielles Handeln und Unterlassen. Mit dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind zum 1.9.2009 Änderungen des Rechts der Beschwerde im Berufs- und Verfahrensrecht in Kraft getreten.¹ Der folgende Beitrag untersucht die damit verbundenen Unterschiede zur bisherigen Rechtslage und gibt Formulierungshilfen für die Praxis.

I. Allgemeines

Der Rechtsbehelf der sog. Untätigkeitsbeschwerde gibt den Beteiligten ein Mittel zur landgerichtlichen Überprüfung der Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars (§ 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO). Von spezialgesetzlicher Normierung abgesehen stellt die Beschwerde gemäß § 15 Abs. 2 BNotO eine abschließende Regelung des Rechtsschutzes gegen die Verweigerung notarieller Amtstätigkeit dar. Eine Klage gegen den Notar auf Vornahme oder Unterlassen einer Amtshandlung vor den Verwaltungsgerichten oder den ordentlichen Gerichten der streitigen Gerichtsbarkeit ist aufgrund des speziellen berufsrechtlichen Rechtsbehelfs nicht statthaft. Eine dennoch eingereichte Klage ist an das nach § 15 Abs. 2 BNotO zuständige Beschwerdegericht zu verweisen (§ 17 a Abs. 2 GVG analog).² Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO erlaubt es bezüglich eines konkreten Sachverhalts, die Verpflichtung zur Vornahme einer Urkundstätigkeit (§ 15 Abs. 1 BNotO) von der berechtigten Verweigerung der Amtstätigkeit (§ 14 Abs. 2 BNotO) zu scheiden. Im Hinblick auf den noch zu behandelnden Vorbescheid kommt der Zweck des vorbeugenden Rechtsschutzes, nämlich die Vermeidung

nicht mehr zu beseitigender Folgen hinzu. Die Notarbeschwerde dient hierdurch der Rechtssicherheit und dem Schutz des Rechtsverkehrs; sie sichert ferner die unparteiliche Stellung des Notars (§ 14 Abs. 1 BNotO).

§ 15 Abs. 2 BNotO in der Fassung des FamFG (Art. 24 Nr. 1 FGG-RG) bestimmt, dass gegen die Verweigerung der Urkundstätigkeit oder sonstigen Amtstätigkeit des Notars die Beschwerde stattfindet (Satz 1). Beschwerdegericht ist eine Zivilkammer des LG, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat (Satz 2). Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Satz 3).

II. Anwendungsbereich

1. Verweigerung der notariellen Amtstätigkeit

Der Anwendungsbereich der Notarbeschwerde hat sich durch das FamFG nicht geändert. Er ist weiter als derjenige der Urkundsgewährpflicht nach § 15 Abs. 1 BNotO. Die Dritte Berufsrechtsnovelle³ nahm die bisherige ständige Rechtsprechung⁴ auf und erklärte die Beschwerde gegen die Verweigerung der Urkunds- und im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG

¹ BGBl 2009 I, S. 2586.

² Vgl. auch *Hertel* in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, 2003, S. 167, 168 ff.; MünchKommZPO/Zimmermann, 3. Aufl., § 17 a GVG Rdnr. 17.

³ BGBl 1998 I, S. 2585.

⁴ Vgl. BGH, DNotZ 1980, 496; *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurKG, 2. Aufl., § 15 BNotO Rdnr. 31.

auch gegen die Verweigerung der sonstigen Tätigkeit des Notars für statthaft. Die Beschwerde ist bereits gegen die bloße Untätigkeit statthaft, ein ablehnender (Vor-)Bescheid ist nicht erforderlich.⁵ In der gerichtlichen Praxis dürfte sich das Gros der Beschwerden gegen die Verweigerung notarieller Betreuungstätigkeiten (§§ 23, 24 BNotO) richten, weniger gegen die Verweigerung der Urkundstätigkeit (§§ 20–22 BNotO).

Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nicht statthaft, soweit gesetzliche Spezialregelungen bestehen: Beurkundungsverfahrenrechtlich geht die Spezialregelung des § 54 BeurkG vor. Hiernach ist gegen die Ablehnung der Erteilung der Vollstreckungsklausel oder einer Amtshandlung nach §§ 45, 46, 51 BeurkG sowie gegen die Ersetzung der Urschrift die Beschwerde gegeben. Hauptanwendungsfall ist die Erteilung von Abschriften und Ausfertigungen nach § 51 BeurkG. Beim Verfahren auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel ist zu berücksichtigen, dass Rechtsschutz nach § 54 BeurkG nur gegen die *Ablehnung* der Klauselerteilung⁶ möglich ist. Dagegen ist die Beschwerde nach § 54 BeurkG nicht statthaft für den Schuldner, der sich gegen die Klauselerteilung zur Wehr setzen möchte. Dieser ist auf die vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfe verwiesen (§§ 732, 767, 768 ZPO – Klauselerinnerung, Klauselgegenklage und Vollstreckungsgegenklage). Auch ein Rückgriff auf § 15 Abs. 2 BNotO ist in diesem Fall nicht statthaft.⁷ Die nachstehenden Ausführungen gelten für die Beschwerde nach § 54 BeurkG wegen dessen Abs. 2 entsprechend.

Die Kostenbeschwerde nach § 156 KostO ist *lex specialis* bei Einwendungen gegen die Kostenberechnung, die Verzinsungspflicht, die Zahlungspflicht und gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel.

Im notariellen Vermittlungsverfahren nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz wird nach allgemeiner Auffassung⁸ lediglich die allgemeine Beschwerde nach § 58 FamFG, nicht aber die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO als statthaft angesehen.

In den übrigen Fallkonstellationen bleibt die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO statthaft, sie steht insofern neben anderen statthaften Rechtsbehelfen. Ausdrücklich bestimmt dies § 54 c Abs. 5 BeurkG für die Beachtlichkeit des Widerrufs einer Anweisung bei der notariellen Verwahrung. Hier stehen die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gegen das (angekündigte⁹) notarielle Handeln aufgrund des öffentlichrechtlichen Charakters der Verwahrung und die zivilrechtliche Klage gegen den Vertragspartner aufgrund der mit diesem geschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarung nebeneinander. Auch das Rechtsmittel der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO steht aufgrund des unterschiedlichen Verfahrensgegenstandes neben der Beschwerdemöglichkeit nach § 15 Abs. 2 BNotO.¹⁰

⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1998, 747; Everts, ZNotP 2005, 220 f.; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 180; Preuß, DNotZ 2010, 265, 269 f.; Reithmann, ZNotP 2005, 57 ff. Siehe aber unten Ziffer III. 2.

⁶ Ebenso gegen die Ablehnung der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (OLG Köln, MittBayNot 2007, 244; BayObLG, DNotZ 2000, 370; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 861).

⁷ Ganz h. M., vgl. OLG Köln, MittBayNot 2007, 244; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 861; BayObLG, MittBayNot 1998, 271; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 170; Limmer in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 54 BeurkG Rdnr. 2; Reithmann in Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 85.

⁸ Vgl. Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 170 f. m. w. N.

⁹ Im Falle des Vorbescheids (siehe Ziffer II. 2).

¹⁰ OLG München, FGPrax 2008, 265; ferner OLG München, DNotZ 2009, 537.

Die Möglichkeit der Beschwerde besteht freilich nur dann, wenn die Rechtswirkungen des notariellen Handelns entweder durch Untätigkeit noch nicht eintreten konnten oder trotz notariellen Tätigwerdens jedenfalls noch nicht eingetreten sind.¹¹ So ist nach allgemeiner Auffassung die Beschwerde nicht mehr statthaft, wenn der Notar das von ihm verwahrte Geld bereits ausbezahlt oder die notarielle Fälligkeitsmitteilung versandt hat und aufgrund dieser die Zahlung vom Schuldner veranlasst wurde.¹² Das Abstellen auf den Zeitpunkt der Beendigung der Amtshandlung¹³ ist demgegenüber unscharf, da der Eintritt der Rechtswirkungen hiermit nicht immer zusammenfällt. Ist eine Rückgängigmachung der notariellen Verfahrensweise nicht mehr möglich, bleibt lediglich die Überprüfung in einem Amtshaftungsprozess. Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO scheidet ebenfalls aus bei Auskunftsverlangen gegenüber dem Notar; dessen Zulässigkeit und gerichtliche Überprüfung bestimmt sich nach § 18 Abs. 1 bis 3 BNotO. Eine Beschwerde scheidet schließlich ferner aus, wenn der untätig gebliebene oder qua Vorbescheid handelnde Notar durch Amtsniederlegung oder aus sonstigen Gründen das Amt des Notars nicht mehr innehat. Es kommt dann eine Beschwerde gegen denjenigen in Betracht, dem die Urkunden, Akten und Bücher gemäß §§ 51 Abs. 1 Satz 2, 58 Abs. 2 Satz 1 BNotO übertragen worden sind, sofern dieser zur Fortführung der Amtsgeschäfte verpflichtet ist.¹⁴ Entsprechendes gilt bei einer Amtssitzverlegung.

Die Vorschrift des § 64 Abs. 3 FamFG sieht als Nachfolgeverordnung des § 24 Abs. 3 FGG die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes vor, nämlich durch eine einstweilige Anordnung oder durch die Aussetzung der Vollziehung einer Handlung des Notars. Einstweiliger Rechtsschutz ist auf Antrag aber auch von Amts wegen nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts möglich. Anders als nach dem FGG¹⁵ ist nach dem FamFG kein Hauptsacheverfahren mehr erforderlich, so dass einstweilige Maßnahmen auch isoliert möglich sind.¹⁶

2. Notarieller Vorbescheid

Actus contrarius der notariellen Untätigkeit ist die Vornahme einer Amtstätigkeit. Für den Notar besteht nach allgemeiner Auffassung die Möglichkeit, eine beabsichtigte Amtshandlung vorab durch Vorbescheid anzukündigen.¹⁷ Zweck des Vorbescheids ist die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, da er nicht mehr zu beseitigenden Folgen ein Rechtsschutzverfahren vorschaltet.¹⁸ Der Vorbescheid kann sich insbesondere empfehlen, wenn der Notar von den Beteiligten

¹¹ Frenz in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 34; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 177 m. w. N.

¹² BGH, DNotZ 1991, 682; OLG Düsseldorf, DNotZ 1987, 562; OLG München, MittBayNot 2008, 69 f.; Frenz in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 34; Hertel in Ganter/Hertel/Westmayer, Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 1943.

¹³ Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 90; Bohrer, Berufsrecht, 1991, Rdnr. 203.

¹⁴ Hierzu Bracker in Schippel/Bracker, BNotO, § 51 Rdnr. 54 ff.

¹⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1983, 703.

¹⁶ Müller-Magdeburg, ZNotP 2009, 216, 219.

¹⁷ BayObLG, MittBayNot 1998, 200 f.; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 228 ff.; Hertel in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167 ff.; Reithmann in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 82; ders., ZNotP 2005, 57 ff.; Vollhardt, MittBayNot 1996, 323, 324; Winkler, MittBayNot 1998, 141 ff.

¹⁸ OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 228; Reithmann in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 83.

gemeinsam bevollmächtigt ist, eine bestimmte Erklärung abzugeben, die Voraussetzungen für diese Erklärung aber tatsächlich umstritten sind oder beim Vollzug der Urkunde Auslegungsfragen aufgetreten sind. Häufige Konstellationen sind die Vornahme von Auszahlungen von einem Notaranderkonto und die Vorlage von Eintragungsanträgen, für die bestimmte Voraussetzungen notwendig sind. Der Vorbescheid findet im Beurkundungs- und im Treuhandverfahren Anwendung. Der Sonderfall des § 54 c Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 i. V. m. Abs. 5 BeurkG bildet ein Vorbescheidsverfahren nach.¹⁹ Verpflichtet zu einem Vorbescheidsverfahren ist der Notar freilich nicht. Ergibt ein Vorbescheid, so ist dieser Verfahrensgegenstand des Beschwerdeverfahrens nach § 15 Abs. 2 BNotO.²⁰ Keinen ausreichenden Beschwerdegegenstand stellen bloße Hilfstätigkeiten und Vorbereitungshandlungen für eine Urkunds- oder Betreuungstätigkeit dar. Hierunter werden unter Verweis auf die Unanfechtbarkeit gerichtlicher Zwischenentscheidungen u. a. die Beiziehung von Urkunden, die Unterbrechung der Beurkundungsverhandlung und auch die Ablehnung der Berichtigung von Urkunden nach § 44 a BeurkG²¹ gefasst.²²

Das Gesetz sieht den notariellen Vorbescheid weder ausdrücklich vor noch verbietet es ihn. Das FamFG hat hierbei keine Änderung gebracht.²³ Der beschwerdefähige Vorbescheid wurde richterrechtlich für das Erbscheinsverfahren entwickelt und später auch im Verfahren auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nutzbar gemacht.²⁴ Das FamFG regelt zwar, dass Beschlüsse, welche die Genehmigung von Rechtsgeschäften zum Gegenstand haben, erst mit ihrer Rechtskraft wirksam werden (§ 40 Abs. 2 FamFG). Das bisherige Vorbescheidsverfahren wird insoweit als ineffizient angesehen.²⁵ Für streitige Erbscheinsverfahren sieht § 352 Abs. 2 FamFG aus Effizienzgründen nunmehr ein spezielles Verfahren vor, wonach die sofortige Wirksamkeit des dem Erbschein zugrundeliegenden Beschlusses ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Wirksamkeit des Beschlusses zurückgestellt wird. Insofern hat der *gerichtliche* Vorbescheid seine Bedeutung verloren, zumal § 58 Abs. 1 FamFG bestimmt, dass die Beschwerde nur noch gegen die im ersten Rechtszug ergangenen gerichtlichen Endentscheidungen statthaft ist, sofern durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Eine „klassische“ Endentscheidung in diesem Sinn trifft der Notar naturgemäß nicht, wenn er qua Vorbescheid die nach seiner Auffassung zutreffende Vorgehensweise ankündigt. Die Begründung des Regierungsentwurfs führt indes aus, dass die Möglichkeit für den Notar, einen beschwerdefähigen Vorbescheid zu erlassen, unberührt bleibt.²⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Neuregelung des § 15 Abs. 2 BNotO mit der Verweisung auf das FamFG als andere gesetzliche Bestimmung zu § 58 Abs. 1 FamFG zu verstehen. Weder die Untätigkeit des Notars noch die Ankündigung eines positiven Tuns sind Endentscheidungen, dennoch ist in beiden Fällen weiterhin die Beschwerde statthaft. Der bislang fehlenden Kodifizierung des Vorbescheids im Rahmen der Notarbeschwerde sowie dem Erbscheinsverfahren nach dem FamFG

sind keine Aussagen zur Statthaftigkeit des Vorbescheids zu entnehmen.²⁷ Das Vorbescheidsverfahren dient dem Primärrechtsschutz, es verlagert gegensätzliche Beteiligteninteressen in ein vorbeugendes Rechtsschutzverfahren. Hierdurch können nicht mehr zu beseitigende Folgen vermieden werden, der Vorbescheid als Instrument des vorbeugenden Rechtsschutzes wird indes nicht zur bloßen Zwischenentscheidung.²⁸ Demnach ist im Hinblick auf die Zulässigkeit des notariellen Vorbescheidsverfahrens durch das FamFG keine Änderung der bisherigen Rechtslage eingetreten.²⁹

III. Verfahren

Der Notar nimmt im Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO die Stellung der ersten Instanz ein. Er ist weder Beschwerdegegner noch Verfahrensbeteiligter.³⁰ Kosten können ihm nicht auferlegt werden.³¹ Eine Änderung durch das FamFG ist insoweit nicht eingetreten. Das Verfahrensrecht des FamFG harmoniert, wie sich nachfolgend zeigen wird, nicht ohne weiteres mit der Notarbeschwerde, insbesondere in Form der Untätigkeitsbeschwerde. Da der Gesetzgeber aber gezielt eine Vereinheitlichung des Rechtsschutzverfahrens bezweckte und hierbei auch die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BNotO anpasste, ist von der Geltung insbesondere auch der Vorschriften über die Beschwerdefrist und der Rechtsbehelfsbelehrung gemäß §§ 39, 63 FamFG auch für die Untätigkeitsbeschwerde auszugehen.³²

Ausgangspunkt des Beschwerdeverfahrens nach dem FamFG ist die Vorschrift des § 58 FamFG, wonach das Institut der befristeten Erstbeschwerde die bislang unbefristete Beschwerde nach § 19 FGG ersetzt. Die Beschwerde eröffnet eine zweite Tatsacheninstanz und hemmt den Eintritt der formellen Rechtskraft. Ihr kommt indes grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zu. Allerdings kann im Wege der einstweiligen Anordnung der Vollzug der angefochtenen Entscheidung ausgesetzt werden (§ 64 Abs. 3 FamFG).

1. Einlegung, Beschwerdeberechtigung

a) Bislang war die Beschwerde beim Notar oder dem zuständigen LG einzulegen (§ 15 Abs. 2 BNotO i. V. m. § 21 FGG – *iudex a quo* oder *ad quem*). Das FamFG bestimmt in § 64 Abs. 1, dass die Beschwerde ausschließlich beim Notar

²⁷ A. A. *Heinemann*, FamFG für Notare, 2009, Rdnr. 624 ff.: Aufgrund der Neuregelung des Erbscheinsverfahrens im FamFG sei der Vorbescheid gesetzeswidrig und könne allenfalls aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes und der Verfahrensökonomie als zulässig erachtet werden.

²⁸ So aber *Heinemann*, FamFG für Notare, Rdnr. 628 ff., der sich statt des notariellen Vorbescheids für einen (notariellen) Feststellungsbeschluss analog § 352 Abs. 1, 2 FamFG ausspricht.

²⁹ *Sandkühler*, DNotZ 2009, 595 ff.; im Ergebnis ebenso *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 270 f.

³⁰ Grundlegend *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 78; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, 16. Aufl., § 58 Rdnr. 83. Der Notar kann ausnahmsweise beschwerdeberechtigt sein, wenn er durch die gerichtliche Anweisung in eigenen Rechten betroffen sein kann (BVerfG, DNotZ 1992, 56; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 59 Rdnr. 67).

³¹ Allg. Ansicht, vgl. nur BayObLG, DNotZ 1997, 77 ff.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 539, 541.

³² Ebenso *Heinemann*, FamFG für Notare, Rdnr. 594 ff.; a. A. dagegen *Preuß* (DNotZ 2010, 265, 273 f. und bereits in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 5. Aufl., § 54 Rdnr. 12 ff.), die darauf abstellt, dass die Notarbeschwerde „kein Rechtsmittel in einem genuinen FamFG-Verfahren“ sei und deshalb „nicht im Fokus des Gesetzgebers“ gestanden habe, ferner dass die Wertgrenze dem Verfahrensgegenstand der Notarbeschwerde widerspreche.

¹⁹ *Hertel* in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 183; *Sandkühler*, DNotZ 2009, 595 f.

²⁰ BayObLG, MittBayNot 1998, 200 f.

²¹ Vgl. hierzu OLG Frankfurt, DNotZ 1997, 79.

²² *Hertel* in FS 200 Jahre Notarkammer Pfalz, S. 167, 176 f.; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 95.

²³ Zutreffend *Sandkühler*, DNotZ 2009, 595 ff.; anders *Heinemann*, DNotZ 2009, 6, 38, 43: „contra legem“.

²⁴ Vgl. BGHZ, 20, 255, 257; BVerfG, DNotZ 2000, 387, 391.

²⁵ Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/6308, S. 170.

²⁶ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/6308, S. 324.

einulegen ist. Die Einlegung beim Beschwerdegericht ist maßgeblich zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung entfallen. Nach allgemeinen Grundsätzen wirkt eine beim unzuständigen Gericht eingelegte Beschwerde nur fristwahrend, wenn sie während des Fristlaufs noch bei der zuständigen Stelle, hier beim Notar, eingeht. Gerichte sind verpflichtet, Schriftsätze und Beschwerden im ordentlichen Geschäftsgang an die zuständige Stelle weiterzuleiten.³³

Die Beschwerde kann durch Einreichung einer Beschwerdeschrift (Alt. 1) oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle (Alt. 2) eingelegt werden (§ 64 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Die Beschwerdeschrift kann auch durch Tele- und Computerfax eingelegt werden. In der Praxis dürfte die Alt. 1 den Regelfall darstellen. Möglich ist auch die Einlegung durch ein elektronisches Dokument gemäß § 14 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 130 a ZPO (qualifizierte elektronische Signatur), sofern die Länder diese Möglichkeit der Übermittlung zugelassen haben (§ 14 Abs. 4 FamFG). Eingelegt ist die Beschwerde, wenn sie in den Macht- und Verfügungsbereich des Notars, d. h. seiner Geschäftsstelle, gelangt ist.³⁴ Unterhält der Notar ein Postfach, das beispielsweise regelmäßig von seinen Mitarbeitern geleert wird, genügt die Zuleitung in das Postfach für die Einlegung der Beschwerde. Bei der Einlegung per Tele- oder Computerfax ist bezüglich der fristwährenden Einlegung nicht der Zeitpunkt des Ausdrucks, sondern des vollständigen Empfangs oder der Speicherung auf der Empfangseinheit maßgeblich.³⁵ Die Einlegung der Beschwerde durch einen Bevollmächtigten ist möglich, Anwaltszwang besteht nicht. Die Vollmacht bedarf nach dem FamFG nunmehr der Schriftform (§ 11 Satz 1 FamFG), eine für den Vorgang allgemein erteilte Vollmacht berechtigt auch zur Einlegung der Beschwerde (§ 11 Satz 5 FamFG i. V. m. §§ 81 ff. ZPO).

b) Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch die Untätigkeit des Notars oder durch sein qua Vorbescheid angekündigtes Verhalten in seinen Rechten beeinträchtigt ist (§ 59 FamFG). Das Beurkundungsverfahren stellt ein öffentlichrechtliches Verfahren dar, bei dem ein verfahrenseinleitender Antrag an den Notar auf Vornahme einer Amtshandlung gestellt wird.³⁶ Unabhängig vom Erlass eines Beschlusses durch den Notar ist jedenfalls der Antragsteller und Beschwerdeführer Verfahrensbeteiligter (§§ 59 Abs. 2, 7 Abs. 1 FamFG: formelle Beschwer). Als beeinträchtigte Rechte kommen alle dem Beschwerdeführer zustehenden materiellen Rechte, privatrechtliche oder öffentlichrechtliche, in Betracht. Erforderlich ist ein unmittelbarer nachteiliger Eingriff. Eine Sonder- oder Gesamtrechtsnachfolge umfasst auch die Beschwerdeberechtigung, sofern das beeinträchtigte Recht übertragbar oder vererblich ist.³⁷ Das Recht muss dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Entscheidung des Notars bereits zugestanden haben und ihm während des Verfahrens bis zur Entscheidung über die Beschwerde auch weiterhin zustehen. Wird eine Beschwerde durch den gesetzlichen Vertreter eingelegt, ist ggf. durch Auslegung zu bestimmen, ob die Beschwerde im Namen des Vertretenen oder zusätzlich auch in eigenem Namen eingelegt ist. Bei Beteiligten kraft Amtes besteht eine zulässige gesetzliche

Verfahrensstandschaft, die wiederum bis zur Beschwerdeentscheidung fortbestehen muss.³⁸ Behörden sind beschwerdeberechtigt, wenn ihnen das Beschwerderecht durch Gesetz ausdrücklich zuerkannt ist (§ 59 Abs. 3 FamFG) oder wenn sie in der Erfüllung ihrer öffentlichrechtlichen Aufgaben betroffen sind (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG).

2. Beschwerdefrist, Beschwerdewert

a) Das FamFG sieht mit der Beschwerdefrist in § 63 erstmals die befristete Beschwerde als den zentralen Rechtsbehelf im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Mit der Befristung soll das Beschwerdeverfahren vereinheitlicht und Rechtssicherheit schneller herbeigeführt werden. Nach der Neuregelung ist die Notarbeschwerde binnen einer Frist von einem Monat einzulegen, wobei die Frist mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten beginnt (§ 63 Abs. 1, 3 Satz 1 FamFG). Die Verkürzung der Frist auf zwei Wochen gemäß § 63 Abs. 2 FamFG kommt für die Notarbeschwerde nicht in Betracht. Für den Fall, dass die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden kann, sieht § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG vor, dass die Frist spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses beginnt.

Durch das Erfordernis der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an die Beteiligten wird erkennbar, dass die bezweckte Vereinheitlichung des Beschwerdeverfahrens nicht mit der notariellen Untätigkeitsbeschwerde harmoniert. Bei bloßer Untätigkeit des Notars ist die Beschwerde statthaft; nicht erforderlich ist, dass der Notar seine Entscheidung pro Untätigkeit in einem Beschluss dokumentiert.³⁹ Bleibt der Notar untätig, nimmt er die beantragte Amtstätigkeit also nicht in angemessener Zeit vor, obwohl er an sich amtsbereit und amtsfähig ist,⁴⁰ so liegt zwar ein anfechtbares Verhalten vor. Es wird indes keine Beschwerdefrist in Lauf gesetzt. Auch die Regelung des § 63 Abs. 3 Satz 2 FamFG hilft nicht weiter, da diese darauf abstellt, dass eine Zustellung nicht bewirkt werden kann und damit die Fallgruppen der fehlenden oder fehlerhaften Bekanntgabe, nicht aber das gänzliche Fehlen eines bekanntgabefähigen Beschlusses erfasst. Bei bloßer Untätigkeit beginnt daher keine Beschwerdefrist zu laufen.⁴¹ Zum Zwecke des Ingangsetzens der Beschwerdefrist kann es sich daher empfehlen, die Entscheidung, nicht tätig werden zu wollen, den Beteiligten schriftlich bekannt zu machen.

In das Beschwerdeverfahren des FamFG passt hingegen der notarielle Vorbescheid. Das FamFG sieht die schriftliche Bekanntgabe des Beschlusses (§ 41 FamFG) vor. Es genügt die Aufgabe zur Post, eine förmliche Zustellung ist nicht erforderlich, aber möglich (§ 15 Abs. 2 FamFG) und aus Gründen der Beweissicherung empfehlenswert. Die Berechnung der Frist richtet sich nach § 16 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 222 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 3 BGB. Bezüglich des Fristlaufs ist zu beachten, dass es auf den individuellen Zugangszeitpunkt für jeden Beteiligten ankommt und damit nicht auf den Zeitpunkt der letzten Zustellung abzustellen ist.⁴² Bei Versäumen

³⁸ Meyer-Holz in Keidel, FamFG, § 59 Rdnr. 27 ff.

³⁹ Zum Teil wird ein solcher Beschluss auch als unzulässig angesehen (vgl. Everts, ZNotP 2005, 220 f.). Diese Auffassung lässt sich nach Einführung einer Beschwerdefrist kaum mehr vertreten.

⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, DNotZ 1998, 747; Müller-Magdeburg, ZNotP 2009, 216; Reithmann in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 79.

⁴¹ Ebenso Heinemann, DNotZ 2009, 6, 37; a. A. Preuß, DNotZ 2010, 265, 279; keine Anwendung von § 63 FamFG.

⁴² Bumiller/Harders, FamFG, § 63 Rdnr. 4; Netzer, ZNotP 2009, 303, 305; Preuß, DNotZ 2010, 265, 275.

³³ BVerfG, NJW 1995, 3173; BayObLG, NJW-RR 2001, 444; Sternal in Keidel, FamFG, § 63 Rdnr. 42 m. w. N.

³⁴ BVerfG, NJW 1986, 244; BGH, NJW 1984, 1239: „tatsächliche Verfügungsgewalt“.

³⁵ Zu diesem Themenkomplex: Sternal in Keidel, FamFG, § 63 Rdnr. 35 m. w. N.

³⁶ Winkler, BeurkG, 16. Aufl., Einl. Rdnr. 28 ff. m. w. N.

³⁷ Meyer-Holz in Keidel, FamFG, § 59 Rdnr. 6 ff.; Bumiller/Harders, FamFG, § 59 Rdnr. 4 ff.

der Frist verbleibt die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 17 FamFG).

b) In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Notarbeschwerde nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 600 € übersteigt (§ 61 Abs. 1 FamFG). Bleibt der Beschwerdewert unterhalb dieser Grenze, ist die Beschwerde nur nach Zulassung durch die 1. Instanz, hier also durch den Notar, zulässig (§ 61 Abs. 2 FamFG). Die Zulassung, an welche das Beschwerdegericht gebunden ist, erfordert einen Zulassungsgrund gemäß § 62 Abs. 3 FamFG.⁴³ Die Wertbegrenzung bleibt ohne Auswirkung auf die Zulässigkeit der Beschwerde in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten. Nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten dürften im Bereich der Notarbeschwerde aber den Ausnahmefall darstellen, da, sobald ein vermögensrechtliches Rechtsverhältnis betroffen oder aus einem nichtvermögensrechtlichen Verhältnis eine vermögenswerte Leistung streitgegenständlich ist, eine vermögensrechtliche Angelegenheit i. S. v. § 61 Abs. 1 FamFG bejaht wird.⁴⁴ Maßgeblich wird sein, ob sich das Rechtsschutzbegehren des Beschwerdeführers auf das Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels bezieht.⁴⁵ Beschwerden gegen die Nichtvornahme von Vollzugshandlungen oder gegen die Ankündigung bestimmter Vollzugshandlungen qua Vorbescheid im Bereich des Liegenschafts- sowie des Handels- und Gesellschaftsrechts dürften stets eine vermögensrechtliche Angelegenheit zum Gegenstand haben. Als nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten werden regelmäßig Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁴⁶ und Verfahren auf Betreuerbestellung angesehen.

Anlass für die Untätigkeit des Notars oder die Ankündigung einer bestimmten Amtshandlung sind häufig das Fehlen formeller oder materieller Vollzugsvoraussetzungen oder ein Streit der Beteiligten hierüber. Ferner hat der Notar in jedem Verfahrensstadium zu prüfen, ob er seine Mitwirkung an dem Rechtsgeschäft nach § 14 Abs. 2 BNotO zu versagen hat oder nach Beurkundung den Vollzug nicht mehr weiter betreiben darf. In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung zur Befangenheit des Notars gemäß § 16 Abs. 2 BNotO zu sehen. Das notarielle Verhalten, das die Beschwerde auslöst, resultiert in diesen Fällen zwar nicht aus einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, sondern aus der gemeinsamen Anweisung der Beteiligten an den Notar und dem Beurkundungs- und Berufsrecht. Allerdings ist auch in diesen Fällen die Wertgrenze des § 61 Abs. 1 FamFG zu beachten, da nach dem Willen des Gesetzgebers das Rechtsschutzbegehren des Beschwerdeführers für die Einordnung als vermögensrechtliche Angelegenheit entscheidend sein soll. Für Notarbeschwerden in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten verbleiben sonach nur wenige notarielle Vorgänge. Zu denken ist beispielsweise an die Ablehnung der Beurkundung einer Vollmacht in persönlichen und gesundheitlichen Angelegenheiten wegen fehlender Geschäftsfähigkeit.

Im Hinblick auf das Erreichen des Beschwerdewerts gilt Folgendes: Der Beschwerdewert muss nicht mit dem Umfang der Beschwerde identisch sein, er kann freilich nicht höher, jedoch niedriger sein. Für den Beschwerdewert ist der Umfang der mit der Beschwerde bezweckten Abänderung der streitbefan-

genen Entscheidung relevant. Er entspricht damit dem Abänderungsinteresse.⁴⁷ Der Beschwerdewert ist auch nicht mit dem Verfahrens- oder Gebührenwert des § 40 FamGKG identisch.⁴⁸ Als maßgeblicher Zeitpunkt für das Übersteigen der Wertgrenze des § 61 Abs. 1 FamFG wird grundsätzlich der Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde angesehen.⁴⁹

3. Rechtsbehelfsbelehrung

Der Notar als erste Instanz im Beschwerdeverfahren hat nach § 39 FamFG nunmehr eine Rechtsbehelfsbelehrung abzugeben. Eine ausdrücklich normierte Belehrungspflicht war dem Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit bislang fremd.⁵⁰ Das FamFG fordert aus Fürsorgegesichtspunkten gegenüber den Verfahrensbeteiligten, dass jeder Beschluss eine Rechtsbehelfsbelehrung enthalten muss. Maßstab für die Rechtsbehelfsbelehrung ist, dass ein Verfahrensbeteiligter in die Lage versetzt wird, ohne Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters form- und fristgerecht den richtigen Rechtsbehelf gegen die ergangene Entscheidung einzulegen. Eine ordnungsgemäße Belehrung erfordert daher die Bezeichnung des statthaften Rechtsbehelfs, des für die Einlegung zuständigen Gerichts und dessen Anschrift sowie der einzuhaltenden Form und Frist. Da kein Anwaltszwang besteht ist ein entsprechender Hinweis entbehrlich. Allgemein wird auch der Hinweis für notwendig erachtet, dass der Rechtsbehelf in deutscher Sprache eingelegt werden muss (§ 184 GVG).⁵¹ Die Rechtsbehelfsbelehrung wird als Bestandteil des Beschlusses selbst angesehen. Insofern sollte die Belehrung den Gründen der Entscheidung nachfolgen und von der Unterschrift des Notars umfasst sein.⁵² Allerdings dürfen die Anforderungen hierfür nicht überspannt werden. In der Praxis empfiehlt sich vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Anspruchs der Beteiligten auf effektiven Rechtsschutz, die Rechtsbehelfsbelehrung nicht auf ein gesondertes Blatt oder die Rückseite der Entscheidung zu setzen, sofern die Rückseite über die Belehrung hinaus keinen Entscheidungsinhalt aufweist.

Enthält die Entscheidung des Notars keine oder keine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung, so hat dies – anders als bislang bei befristeten Rechtsbehelfen⁵³ – keine Auswirkung auf den Beginn der Beschwerdefrist des § 63 FamFG. Vielmehr wird im Rahmen des Verfahrens auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermutet, dass die Frist ohne Verschulden versäumt wurde (§ 17 Abs. 2 FamFG).⁵⁴ Keiner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf es indes im Rahmen der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO, wenn der Notar eine Amtstätigkeit (nur) verweigert und seine Weigerung den Beteiligten nicht durch mit Rechtsbehelfsbelehrung versehenem Beschluss bekannt gibt. Wie in Ab-

⁴³ Eine Zulassung der Beschwerde durch den Notar dürfte angesichts der hohen Anforderungen der Zulassungsgründe selten in Betracht kommen.

⁴⁴ BGHZ 14, 72, 74; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 61 Rdnr. 2 ff. m. w. N.

⁴⁵ Vgl. BGH, NJW 1986, 3143; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 61 Rdnr. 2.

⁴⁶ Anders aber Familienstreitsachen nach § 112 FamFG!

⁴⁷ Zu dieser Thematik umfassend: *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 61 Rdnr. 6 ff.

⁴⁸ Bei fehlenden Anhaltspunkten für den Beschwerdewert vertritt *Meyer-Holz* (in Keidel, FamFG, § 61 Rdnr. 13), dass auf einen Beschwerdewert von 3.000 € gemäß § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO bzw. § 42 Abs. 3 FamGKG abgestellt werden soll.

⁴⁹ Vgl. BGH, FamRZ 2009, 495.

⁵⁰ Eine Belehrungspflicht konnte sich aber aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) ergeben, vgl. *Bumiller/Harders*, FamFG, § 39 Rdnr. 1.

⁵¹ BGH, NJW 1982, 532; *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 39 Rdnr. 11 ff.; *Bumiller/Harders*, FamFG, § 39 Rdnr. 5 f.

⁵² *Meyer-Holz* in Keidel, FamFG, § 39 Rdnr. 10.

⁵³ Nach der Rechtsprechung wurde bei fehlender Rechtsbehelfsbelehrung die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf gesetzt (vgl. BayObLG, FamRZ 1994, 323; *Bumiller/Harders*, FamFG, § 39 Rdnr. 7).

⁵⁴ Vgl. hierzu bereits BGH, NJW 2002, 2171.

schnitt III. 2.) ausgeführt, wird in diesem Fall die Beschwerdefrist bereits nicht in Gang gesetzt.

4. Notarielle Verschwiegenheitspflicht

Gelangt eine Entscheidung des Notars in das Beschwerdeverfahren, sind die Beteiligten häufig daran interessiert, nicht nur vom verfahrensleitenden Notar in seiner Eigenschaft als 1. Instanz Auskunft zu erhalten, sondern auch Einsicht in die beim Notar geführten Akten zu erhalten. Grundsätzlich gilt die notarielle Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO umfassend. Sie erstreckt sich auf sämtliche dem Notar bei der Amtsausübung bekannt gewordenen Angelegenheiten. Erfasst werden der gesamte Inhalt der Verhandlungen und alle Angelegenheiten, die aus Anlass der Verhandlungen zur Kenntnis des Notars und seiner Hilfspersonen gelangt sind. Gleiches gilt für Besprechungen oder die Ablehnung einer Amtstätigkeit. Auch der Umstand, dass ein Beteiligter einen Termin vereinbart hat und/oder diesen wahrgenommen hat, fällt unter die Verschwiegenheitspflicht.⁵⁵ § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO nimmt zwar Offenkundiges und Bedeutungsloses aus dem Schutzbereich aus. Die Verschwiegenheitspflicht besteht indes im Interesse der Beteiligten, so dass ein subjektiver Maßstab anzulegen ist.⁵⁶ Im Zweifel fällt die in Frage stehende Angelegenheit unter die Verschwiegenheitspflicht. Allerdings besteht gegenüber den Beteiligten selbst grundsätzlich *keine* Verschwiegenheitspflicht.⁵⁷ Etwas anderes kann dann gelten, wenn dem Notar eine Angelegenheit von einem Beteiligten besonders anvertraut worden ist, die dem anderen Beteiligten nicht bekannt ist.⁵⁸ Von dieser Ausnahme abgesehen ist es dem Notar erlaubt, den am Beurkundungsverfahren formell und materiell Beteiligten⁵⁹ Auskunft zu erteilen.

Die Erteilung von Abschriften bestimmt sich nach der Sondervorschrift des § 51 BeurkG. Ein allgemeines Recht auf Einsicht in die Nebenakten des Notars besteht nicht.⁶⁰ Ein Einsichtsrecht lässt sich aber bejahen in Schriftstücke, die der die Einsicht begehrende Beteiligte dem Notar selbst eingereicht hat, ferner in Fällen, in denen sämtliche Beteiligte den Notar von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden haben. Gegebenenfalls ist die Erklärung eines Beteiligten zu ersetzen (§ 18 Abs. 2 BNotO). Kein Einsichtsrecht besteht aber in Schriftstücke des Notars, auf denen er eigene Aufzeichnungen gemacht hat.

5. Abhilfe, Entscheidung, Rechtsschutz

a) Dem Notar wird wie dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, ermöglicht, der Beschwerde abzuweichen, falls er ihre Begründetheit bejaht (§ 68 Abs. 1 FamFG). Bislang war eine Abhilfe durch das Gericht, dessen Entscheidung mit einem befristeten Rechtsbehelf angefochten wurde, nicht zulässig (§ 18 Abs. 2 FGG). Für die Notarbeschwerde wurde

die Möglichkeit der Abhilfe jedoch allgemein bejaht.⁶¹ Die Abhilfe nach § 68 Abs. 1 Hs. 1 FamFG setzt nicht die Statthaftigkeit und Zulässigkeit der eingelegten Beschwerde voraus.⁶² Neue Tatsachen sind zu berücksichtigen. Die Abhilfeentscheidung ergeht durch begründeten Beschluss nach Anhörung des anderen Beteiligten. Gegen die Abhilfeentscheidung kann der andere Beteiligte Beschwerde einlegen, vorausgesetzt die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Auch insoweit ist eine Rechtsbehelfsbelehrung durch den Notar gemäß § 39 FamFG veranlasst.⁶³

Hält der Notar die Beschwerde für unzulässig oder unbegründet, so hat er sie unverzüglich dem LG, in dessen Bezirk er seinen Amtssitz hat, als dem Beschwerdegericht vorzulegen (§ 68 Abs. 1 Hs. 2 FamFG). Dies geschieht durch einen Nichtabhilfebeschluss⁶⁴, der das Abhilfeverfahren mit Vorlage beim Beschwerdegericht abschließt. Eine gesonderte Begründung ist dann erforderlich, wenn durch die Beteiligten zwischenzeitlich neue Tatsachen vorgebracht worden sind.⁶⁵

b) Das Beschwerdegericht kann die Beschwerde als unzulässig oder unbegründet zurückweisen, die Entscheidung des Notars aufheben und eine eigene Sachentscheidung treffen oder die Sache zur anderweitigen Entscheidung zurückverweisen. Eine eigene Sachentscheidung stellt insbesondere die Anweisung an den Notar dar, eine bestimmte Amtshandlung vorzunehmen oder nicht vorzunehmen. Die Beschwerde ist begründet, wenn der Beschwerdeführer durch das (angekündigte) Verhalten des Notars rechtswidrig in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Das Beschwerdegericht hat über den gesamten Sach- und Rechtsstand, so wie er sich im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts darstellt, zu entscheiden.⁶⁶ Bei Untätigkeitsbeschwerden ist das Spannungsfeld zwischen der Urkundsgewährpflicht des § 15 Abs. 1 BNotO und den Versagungsgründen nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG zu berücksichtigen. Insofern hat das Beschwerdegericht auf der Grundlage der dem Notar *erkennbaren* Tatsachen nur zu prüfen, ob die Verweigerung der Amtstätigkeit auf vertretbaren Erwägungen beruht und nicht willkürlich oder rechtsmissbräuchlich ist.⁶⁷ Das Gericht kann die Rechtssache mit den Beteiligten in einem Termin erörtern, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist daher optional (§ 32 Abs. 1 FamFG). Das Freibeweisverfahren stellt das Regelverfahren dar (§§ 29, 30 FamFG).

c) Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet nur noch die Rechtsbeschwerde zum BGH statt (§ 70 FamFG). Die Rechtsbeschwerde tritt an die Stelle der bislang zulässigen weiteren Beschwerde (§ 27 FGG) und der Möglichkeit der Divergenzvorlage (§ 28 Abs. 2 FGG). Insofern wurde durch das FamFG eine allgemeine Rechtsbeschwerde nach Maßgabe der §§ 574 ff. ZPO eingeführt. Die Rechtsbeschwerde ist nur statthaft, wenn sie das Beschwerdegericht zugelassen hat (§ 70 Abs. 1 FamFG). Eine zulassungsfreie Notarrechtsbeschwerde existiert nicht. Die Zulassung erforder-

⁵⁵ Vgl. *Kanzleiter* in Schippel/Bracker, BNotO, § 18 Rdnr. 6 m. w. N.

⁵⁶ *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 18 BNotO Rdnr. 4 ff.

⁵⁷ *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 18 BNotO Rdnr. 28; *Kanzleiter* in Schippel/Bracker, BNotO, § 18 Rdnr. 7.

⁵⁸ Insofern hat der Notar darauf zu achten, dass er keinen Verstoß gegen die Unparteilichkeit begeht (§ 14 Abs. 1 BNotO).

⁵⁹ Zum Meinungsstand siehe *Eylmann* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 18 BNotO Rdnr. 30 ff.

⁶⁰ *Limmer* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 51 BeurkG Rdnr. 16.

⁶¹ Vgl. *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 38; *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 87.

⁶² Streitig, vgl. *Sternal* in Keidel, FamFG, § 68 Rdnr. 9 m. w. N.

⁶³ *Sternal* in Keidel, FamFG, § 68 Rdnr. 12.

⁶⁴ Aufgrund der Stellung des Notars als 1. Instanz im Beschwerdeverfahren steht der Vorlage an das Beschwerdegericht die notarielle Verschwiegenheitspflicht nicht entgegen.

⁶⁵ OLG München, Rpfleger 2004, 167; *Bumiller/Harders*, FamFG, § 68 Rdnr. 3; *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 281.

⁶⁶ *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 45; *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 92.

⁶⁷ BGH, DNotZ 1970, 444, 446; *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 91 ff.

dert die grundsätzliche Bedeutung der Angelegenheit oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht möglich. Für die Rechtsbeschwerde zum BGH besteht Anwaltszwang (§ 10 Abs. 4 FamFG).⁶⁸

IV. Folgen für den Notar

Das Beschwerdeverfahren hat für den Notar haftungsrechtliche Konsequenzen. Wird dem Notar durch das Beschwerdegericht die Anweisung erteilt, eine bestimmte Amtshandlung vorzunehmen, kann ihm aus der Befolgung der Anweisung kein Haftungsvorwurf gemacht werden.⁶⁹ Eine Haftung ist aber möglich, wenn den Beteiligten aus der unberechtigten Verweigerung der Amtshandlung ein Schaden entstanden ist. Eine Bindungswirkung des Beschwerdeverfahrens für einen etwaigen Haftpflichtprozess besteht nicht. Unterlassen es die Beteiligten trotz des notariellen Hinweises Beschwerde einzulegen, steht einem etwaigen Haftungsanspruch die schuldhaft eingelegte Nichteinlegung eines Rechtsmittels gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m. § 839 Abs. 3 BGB entgegen.⁷⁰

V. Formulierungshilfen

Für die notarielle Praxis können folgende Formulierungen hilfreich sein:

1. Ablehnung einer Amtshandlung

I. Sachverhalt: Antrag auf Vornahme einer Amtshandlung vom (Datum)

II. Entscheidung: Beschluss

(1) Der Antrag wird abgelehnt.⁷¹

(2) Gründe: (...)

(3) Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist die Beschwerde statthaft. Über die Beschwerde, die in deutscher Sprache bei mir, Notar (Name) in (Amtssitz und Adresse der Geschäftsstelle) schriftlich oder zur Niederschrift eingelegt werden muss, entscheidet das Landgericht (Landgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat). Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie binnen eines Monats nach schriftlicher Bekanntgabe dieses Beschlusses eingelegt wird.

(4) Unterschrift Notar

⁶⁸ Näher zur Rechtsbeschwerde *Netzer*, ZNotP 2009, 303, 308.

⁶⁹ *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 55; *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 96.

⁷⁰ *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, § 15 BNotO Rdnr. 55; *Reithmann* in Schippel/Bracker, BNotO, § 15 Rdnr. 96.

⁷¹ Nach Fristablauf kann aber mangels Rechtskraft der Entscheidung grundsätzlich ein erneuter Antrag auf Vornahme der Amtshandlung gestellt werden (vgl. auch *Heinemann*, FamFG für Notare, Rdnr. 623; *Preuß*, DNotZ 2010, 265, 268 f.).

2. Ankündigung einer Amtshandlung (Vorbescheid)

I. Sachverhalt: Die Vornahme einer bestimmten Amtshandlung steht in Frage

II. Entscheidung: Beschluss

(1) Hiermit kündige ich an, wie folgt zu verfahren: (Schilderung der Verfahrensweise)

Diese Verfahrensweise steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass gegen die heutige Ankündigung kein zulässiger Rechtsbehelf eingelegt wird.

(2) Gründe: (...)

(3) Rechtsbehelfsbelehrung: (siehe 1. [3])

(4) Unterschrift Notar

3. Nichtabhilfeentscheidung⁷²

I. Sachverhalt: Bezugnahme auf die Beschwerdeeinlegung; Bestätigung des Eingangs

II. Entscheidung: Beschluss

(1) Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage helfe ich der Beschwerde nicht ab. Ich werde die Beschwerde stattdessen unverzüglich dem Landgericht (Landgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat) zur Entscheidung vorlegen.

(2) Gründe: (vgl. ggf. bereits Ausführungen im Beschluss über die Ablehnung der beantragten Amtshandlung oder im Vorbescheid; jeweils Berücksichtigung neuen Vorbringens)

(3) Unterschrift Notar

4. Abhilfeentscheidung

I. Sachverhalt: Bezugnahme auf die Beschwerdeeinlegung; Bestätigung des Eingangs und ggf. der Zulässigkeit

II. Entscheidung: Beschluss

(1) Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage werde ich der Beschwerde abhelfen. Ich werde wie folgt verfahren: (Schilderung der Verfahrensweise)

(2) Gründe: (...)

(3) Unterschrift Notar

Ist ein weiterer Beteiligter betroffen, so ist dieser vor der Abhilfe anzuhören. Die Abhilfeentscheidung ist ihm mit Rechtsbehelfsbelehrung (siehe 1. [3]) bekannt zu machen und die Abhilfe bis zum Ablauf der Beschwerdefrist auszusetzen.

⁷² Die Nichtabhilfeentscheidung ergeht durch Beschluss. Den Beteiligten gegenüber würde es verfahrensrechtlich auch genügen, dass der Notar sie von der Vorlage des Vorgangs an das Beschwerdegericht benachrichtigt.

Die Grundbuchpublizität – Kein Formalismus, sondern Garant für Rechtssicherheit –

Von Notar Dr. Benno Sefrin, Haßloch

Zahlreiche Änderungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung der vergangenen Jahre im Grundstücksrecht stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung von Rechtssicherheit durch Grundbucheintragungen einerseits und der Forderung nach Erleichterung des Rechtsverkehrs durch den sogenannten Bürokratieabbau andererseits. Der nachfolgend abgedruckte Festvortrag des Pfälzisch-Bayerischen Notartages 2009 geht diesem Spannungsverhältnis anhand der aktuellen Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung nach.

I. Einleitung

Im Jahr 1905 hat das RG in Leipzig die Funktion des Grundbuchs u. a. wie folgt verkündet: „Man kann und muss es insbesondere [...] als Hauptzweck des [...] neu geschaffenen Grundbuchs erklären, dass dadurch auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen geschaffen und erhalten werden sollen. Dieser Zweck ist so selbstverständlich, dass er in der Begründung der betreffenden Gesetzgebung, [...] keiner Erörterung bedurfte.“¹

Dagegen verneinte der BGH im Jahre 1999 die Notwendigkeit einer Grundbucheintragung bei einer erloschenen Auflassungsvormerkung unter anderem mit folgenden Worten: „Durch die Aufhebung des gesicherten Anspruchs wird die im Grundbuch verbliebene Eintragung unrichtig. Solange sie nicht gelöscht ist, kann sie ohne Verlautbarung im Grundbuch wieder werthaltig gemacht werden. [...] eine Löschung und Neueintragung des gleichen Rechts bzw. der gleichen Vormerkung [wären] unnötiger Formalismus.“²

In die gleiche Richtung geht die Sicht des heutigen Gesetzgebers, die der Begründung des Entwurfes zum neuen WEG aus dem Jahre 2007 entnommen ist: „Die Beschlussammlung des Verwalters und nicht das Grundbuch ist für den Käufer das geeignete Informationsmedium. [...] Ein darüber hinausgehender Schutz durch Eintragung von Beschlüssen in das Grundbuch ist nicht geboten, zumal solche Eintragungen dem von Bund und Ländern verfolgten Ziel des Abbaus bürokratischer Hemmnisse und der Stärkung privater Initiativen zuwiderlaufen.“³

Angesichts dieser Auffassungen stellt sich die Frage, ob die Notwendigkeit einer Verlautbarung dinglicher Rechte im Grundbuch heute noch zeitgemäß ist. Dient sie auch weiterhin der Verwirklichung von Rechtssicherheit im Grundstücksrecht, oder ist die Eintragung dinglicher Rechte im Grundbuch mittlerweile als *unnötiger Formalismus* und Hemmschuh privater Initiativen entbehrlich geworden?

II. Rechtssicherheit als Säule unseres Rechtssystems

1. Die Rechtssicherheit im Allgemeinen

Die Rechtssicherheit und die Zweckmäßigkeit des Rechts sind neben der Gerechtigkeit die drei Säulen unseres freiheitlichen Rechtsstaates.⁴ Nach *Gustav Radbruch* dienen sie der

Verwirklichung der *Rechtsidee*,⁵ der wir Juristen letztlich alle verpflichtet sind. Individuelle Freiheit erfordert, wie das BVerfG mehrfach ausgeführt hat, die Gewährleistung von Rechtssicherheit durch Verlässlichkeit der Rechtsordnung.⁶

Im Grundstücksverkehr hat dieser Grundsatz eine besondere Bedeutung.⁷ Grundstücke sind Güter von hohem Wert. Sie sind nicht beliebig vermehrbar und haben sowohl im Privatververkehr als auch im Wirtschaftsleben eine überragende Bedeutung erlangt. Sie dienen dem Bürger als Kapitalanlage und dem Realkredit als Pfand.⁸

Der Rechtsverkehr mit Grundstücken muss deshalb besonders sicher sein: Dingliche Rechte und Rechtsverhältnisse an Grundstücken müssen für jeden Beteiligten eindeutig und klar erkennbar sein.⁹ Das bedeutet, dass die Eigentumsverhältnisse einschließlich der inhaltlichen Befugnisse des Eigentümers, die dinglichen Belastungen und die Rangverhältnisse untereinander ohne große Schwierigkeiten feststellbar sein müssen. Rechtsnachfolger im Eigentum müssen sich ihres lastenfreien Grundstückserwerbs sicher sein; Grundpfandrechtsgläubiger brauchen Planungssicherheit bei der zwangsweisen Verwertung. Nur dann genügt unser Rechtssystem diesem Anspruch, *Rechtssicherheit im Immobilienverkehr* zu gewährleisten.

2. Gesetze als Basis der Rechtssicherheit

Gesetze sind die Basis der Rechtssicherheit.¹⁰ Sie bilden den Rahmen, in dem sich Rechtsbeziehungen entwickeln können und Vertrauensschutz entstehen kann. Wo gesetzliche Regelungen fehlen, kommt es zum Wildwuchs von Rechtsinstituten und Rechtsverhältnissen. Das kann zum Zusammenbruch von Wirtschaftssystemen und zur Bedrohung ganzer Volkswirtschaften führen, was wir in den vergangenen beiden Jahren in einem anderen Wirtschaftsbereich (Finanzmarktkrise) mit Schrecken erfahren mussten. Hier haben international verbindliche Rechtsnormen zur Begrenzung des menschlichen Profitstrebens gefehlt. Gesetze müssen deshalb auch im Grundstücksrecht dem Postulat der Rechtssicherheit in besonderer Weise genügen und sind an diesem Maßstab zu messen.

¹ RGZ 61, 374, 377.

² BGH, MittBayNot 2000, 104, 106.

³ BT-Drucks. 16/887, S. 20 f.

⁴ *Kissel* in Gesetz und Richterspruch in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 15, 17; *ders.* in FS Hromadka, 2008, S. 189 ff.

⁵ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, 2. Aufl., S. 73 ff.

⁶ BVerfGE 60, 253, 267 = NJW 1982, 2425.

⁷ RGZ 61, 374, 377; 145, 343, 354; *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., § 14 Rdnr. 1 f.; *Kesseler*, ZNotP 2008, 231; *Michalski*, MittBayNot 1988, 204, 206.

⁸ *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Einleitung Rdnr. B 8; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2; *Weike*, notar 2009, 92, 93.

⁹ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., S. 191 f.

¹⁰ *Kissel* in Gesetz und Richterspruch in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 15 ff., 17; *ders.* in FS Hromadka, S. 189.

Neue gesetzliche Regelungen, z. B. im WEG, wonach der Inhalt des Sondereigentums und die zentralen Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander nicht mehr in einem mit öffentlichem Glauben versehenen Register abzubilden sind, sondern in die Hand juristischer Laien gelegt werden,¹¹ können diesem Anspruch nicht gerecht werden.¹² Der für die Rechtssetzung angegebene Grund des angeblichen Abbaus bürokratischer Hemmnisse¹³ darf nicht zu einer Gefahr für die Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr werden. Gesetze, die die Grundlagen unseres Liegenschaftsrechts in Frage stellen, gefährden die Sicherheit und Verlässlichkeit des Grundstücksverkehrs.

3. Die Verantwortung der Rechtsprechung

Aber neben der Gesetzgebung ist auch die Rechtsprechung in besonderer Weise dazu aufgerufen, diesem Grundsatz zu dienen und mit ihren Entscheidungen Vertrauensschutz zu gewährleisten.¹⁴ Höchstgerichtliche Grundsatzentscheidungen, wie z. B. zur Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft¹⁵ und zur Teilrechtsfähigkeit der WEG-Gemeinschaft¹⁶ bilden das bestehende Recht nicht nur fort; *sie setzen im Ergebnis neues Recht*.¹⁷ Sie müssen deshalb rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen. In der Rechtsquellenlehre wird ihnen unmittelbarer Rechtsquellencharakter zugesprochen.¹⁸ Das bedeutet zum einen, dass eine Änderung einer gefestigten Rechtsprechung nur ausnahmsweise hingenommen werden kann, wenn – mit den Worten des großen Senates des BGH – „schlechthin zwingende Gründe dafür sprechen“¹⁹ und zum anderen, dass bei neu zu entscheidenden Rechtsfragen die unmittelbaren Folgen der Entscheidung auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht ausgeblendet werden dürfen.

In seinem Beschluss vom 4.12.2008²⁰ hat der BGH bekanntlich entschieden, dass die namenstragende GbR unter ihrer Namensbezeichnung – ohne Angabe der Gesellschafter – in das Grundbuch einzutragen ist.²¹ Diese Entscheidung hatte in Anbetracht der damaligen Gesetzeslage gravierende Auswirkungen auf den Rechtsverkehr: Der Verlautbarungsfunktion des Grundbuchs, wer als Eigentümer zur Verfügung über ein Grundstück berechtigt ist, und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs wurden die Grundlagen entzogen.²² Nach dieser

Entscheidung war ein sicherer Eigentumserwerb von einer GbR nicht mehr möglich.²³

Der BGH ist nicht darauf eingegangen, wie – auf der Grundlage des damaligen Rechts – die Sicherheit im Rechtsverkehr noch aufrechterhalten werden konnte.²⁴ Er hat den Gesetzgeber zum Handeln aufgefordert; bis dahin müsse man die Schwierigkeiten eben in Kauf nehmen.²⁵ Diese Sichtweise wird der Verantwortung der Judikative nicht gerecht. *Grundlagenurteile*, die das geltende Recht fortbilden und damit im Ergebnis neues Recht setzen,²⁶ dürfen die unmittelbaren materiellrechtlichen Folgen ihrer Entscheidungen nicht ausblenden. Sie geben ansonsten dem Rechtsverkehr Steine statt Brot.

Entscheidungen, die in der Praxis zu extremer Rechtsunsicherheit führen, müssen Wege aufzeigen, diese Unsicherheit auf der Grundlage des geltenden Rechtes zu verhindern. Können sie das nicht, müssen die Entscheidungen im Ergebnis anders lauten. Auch wenn der Gesetzgeber jetzt reagiert und die Problematik entschärft hat,²⁷ kann nicht darüber hinweg gesehen werden, dass zunächst eine Phase großer Rechtsunsicherheit bestand. Das deutsche Grundstücksrecht gewährleistet Rechtssicherheit in besonderem Maße durch seine grundlegenden Prinzipien, insbesondere den Verlautbarungszwang in Verbindung mit dem Publizitätsprinzip.²⁸

III. Grundlagen des deutschen Immobilienrechtes

1. Allgemeines

Unser Liegenschaftsrecht ist geprägt von einem sinnvoll aufeinander abgestimmten System und Zusammenspiel materieller und formeller Rechtsvorschriften.²⁹ Das *materielle Grundstücksrecht* regelt die Voraussetzungen dinglicher Rechtsänderungen, bestimmt den Rang und Inhalt sowie die Rechtswirkungen privater dinglicher Rechte im Grundstücksverkehr.³⁰ Das *formelle Grundstücksrecht* bestimmt in der Grundbuchordnung und ihren Ausführungsbestimmungen die Einrichtung des Grundbuchs als öffentliches Register und legt die Voraussetzungen fest, wo und wie eine Grundbucheintragung zu erfolgen hat.³¹ Es ist auf die Abbildung der materiellen Rechtslage gerichtet und dient mithin der Verwirklichung und Wahrung subjektiver Rechte an Grundstücken.³² Das *Eintragungsverfahren* als rechtsstaatlich geordnetes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit soll sicherstellen, möglichst einfach und schnell, andererseits aber auch möglichst umfassend materielle Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs miteinander in Einklang zu bringen.³³

11 So § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG für Beschlüsse der Wohnungseigentümer nach § 23 Abs. 1 WEG, auch wenn diese von der gesetzlichen Regelung abweichen oder eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer abändern.

12 *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16, 17 f.; *Saumweber*, MittBayNot 2007, 357, 362 f.

13 BT-Drucks. 16/887, S. 20 f.

14 *Hagen* in FS Schippel, 1996, S. 173, 180; *Schilken*, Gerichtsverfassungsgesetz, 4. Aufl., Rdnr. 39 f.

15 BGH, MittBayNot 2001, 192.

16 BGH, MittBayNot 2005, 495.

17 *Canaris*, ZGR 2004, 69, 70, hat die Entscheidung zur Rechts- und Parteifähigkeit der BGB-Gesellschaft als „eine der spektakulärsten richterlichen Rechtsfortbildungen seit Inkrafttreten des BGB“ bezeichnet.

18 *Rüthers*, Rechtslehre, 4. Aufl., Rdnr. 235 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 429.

19 BGHZ 85, 64 = NJW 1983, 228.

20 BGHZ 179, 102 = DNotZ 2009, 115 = MittBayNot 2009, 225 = NJW 2009, 594.

21 Anders noch BayObLG, MittBayNot 2005, 143; OLG Celle, ZfIR 2006, 426 m. Anm. *Knöfel* = DNotI-Report 2006, 90; vgl. dazu *Lautner*, MittBayNot 2005, 93; *Wagner*, ZNotP 2006, 408.

22 Vgl. *Hertel*, DNotZ 2009, 121, 122; siehe auch *Zimmer*, MDR 2009, 237; *Reymann*, ZfIR 2009, 81; *Volmer*, ZfIR 2009, 97; *Hartman*, ErbStB 2009, 77.

23 Vgl. statt vieler *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177; *Hertel*, DNotZ 2009, 121.

24 So auch *Volmer*, ZfIR 2009, 97, 98.

25 BGH, MittBayNot 2009, 225, 227.

26 Vgl. hierzu *Kissel* in FS Hromadka, S. 189.

27 Zu den Neuerungen durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG), BGBl 2009 I, S. 2713, siehe unten IV. 1.

28 Vgl. hierzu *MünchKommBGB/Köhler*, 5. Aufl., vor § 873 Rdnr. 14 ff.

29 *MünchKommBGB/Köhler*, vor § 873 Rdnr. 18 f.

30 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, § 14 Rdnr. 7 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 13.

31 *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, Einleitung Rdnr. B 2 f.

32 *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, Einleitung Rdnr. B 2 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2.

33 Vgl. hierzu *Staudinger/Gursky*, BGB, 2007, Vorbem. zu §§ 873 ff. Rdnr. 26.

2. Die Konstitutivfunktion der Grundbucheintragung

Die Notwendigkeit der *Verlautbarung dinglicher Rechte* in einem öffentlichen Register stellt ein *zentrales Prinzip* des deutschen Liegenschaftsrechts dar.³⁴ Die Transparenz dinglicher Rechte und Rechtsverhältnisse ist ein besonderes Gut, das wir gerade in der jüngeren Vergangenheit im Zusammenhang mit der Bewältigung der Finanzmarktkrise wieder mehr zu schätzen gelernt haben. Dort haben in besonderem Maße Transparenz und Erkennbarkeit nach außen gefehlt.

Im *materiellen Grundstücksrecht* verlangt § 873 Abs. 1 BGB für die Übertragung des Eigentums sowie für die Begründung, Übertragung und Belastung beschränkter dinglicher Rechte an Grundstücken neben der dinglichen Einigung auch die Eintragung im Grundbuch. Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, bedürfen somit im Grundsatz alle privaten dinglichen Rechte an Grundstücken zu ihrer Rechtswirksamkeit einer Verlautbarung im Grundbuch.³⁵ Sie hat konstitutive Wirkung, d. h. sie wirkt unmittelbar rechtsbegründend.³⁶

Die Eintragung dient der Sichtbarmachung der an einem einzelnen Grundstück bestehenden dinglichen Rechte und bezweckt damit, wie das RG zutreffend ausgeführt hat, „auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für Grundstücke zu schaffen“.³⁷ Sie führt regelmäßig zu der erstrebten Konvergenz zwischen materiellem Rechtszustand und formeller Registerlage.³⁸ Je stärker dingliche Rechtsbeziehungen nicht mehr aus dem Grundbuch erkennbar sind, desto mehr wird dieser Grundsatz aufgeweicht. Die der Grundbucheintragung entsprechende materielle Rechtswirkung tritt jedoch nur ein auf der Grundlage einer vertraglichen Einigung.³⁹ Ansonsten kommt es zur *Unrichtigkeit des Grundbuchs*.⁴⁰

3. Das Publizitätsprinzip

Jede Zivilrechtsordnung mit öffentlichen Registern steht deshalb vor der Frage, wie in solchen Fällen der Konflikt zwischen dem *materiellen Sein* der wahren Rechtslage mit dem nach außen tretenden *Schein der Registereintragung* zu lösen ist. Im deutschen Grundstücksrecht dienen die Vorschriften der *Beweislastregeln* und des *gutgläubigen Erwerbs* diesem Zweck. Sie bringen das *materielle Publizitätsprinzip* zum Ausdruck, durch das der öffentliche Glaube des Grundbuchs verwirklicht wird.⁴¹ Dabei begründet zunächst § 891 BGB die widerlegbare Vermutung des Gesetzes für das Bestehen eines im Grundbuch eingetragenen und für das Nichtbestehen eines im Grundbuch gelöschten Rechtes. Im Interesse des redlichen Rechtsverkehrs steigert § 892 BGB diese widerlegbare Vermutung über die Richtigkeit des Grundbuchs zur unwiderleglichen Vermutung. Im Grundbuch nicht eingetragene Rechte

und Verfügungsbeschränkungen werden auch als nicht bestehend betrachtet.⁴²

Die *Richtigkeitsvermutung (positive Publizität)* des Grundbuchs wird durch eine *Vollständigkeitsvermutung (negative Publizität)* erweitert.⁴³ Rechtsgeschäftliche gutgläubige Erwerber können sich auf die Zuverlässigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchinhalts sowohl in negativer als auch in positiver Hinsicht verlassen. Dem Grundbuch ist auf diesem Wege *öffentlicher Glaube* für den Schutz des redlichen rechtsgeschäftlichen Erwerbs beigelegt worden (Gutgläubenswirkung).⁴⁴ Ohne diesen Vertrauensschutz aus § 892 BGB wären Grund und Boden zu Kreditzwecken kaum verwendbar.⁴⁵ Die Autorität des staatlich geführten Registers würde sich wegen der Gefahr einer Irreführung wegen Unrichtigkeit und Lückenhaftigkeit sogar als „Falle für den redlichen Geschäftsverkehr“ erweisen.⁴⁶

Dieses Vertrauen setzt aber voraus, dass die Grundbucheintragung auch den materiellen Rechtszustand im Grundstücksrecht wiedergibt. Die Divergenz zwischen dem Sein der wahren Rechtslage und dem Schein der Grundbucheintragung darf nicht zur Regel werden. Ansonsten verliert die Publizitätsfunktion des Grundbuchs im Ergebnis ihre Legitimation.

IV. Aushöhlung des Eintragungsgrundsatzes und der Publizitätswirkung des Grundbuchs im Einzelnen

1. Die Rechtsprechung zur GbR

Die Entscheidung des BGH zur Grundbuchfähigkeit der GbR vom 4.12.2008⁴⁷ kam für viele nicht überraschend. Sie war die Fortführung einer seit vielen Jahren sich abzeichnenden Rechtsentwicklung. Mögen zahlreiche Forderungen, wegen der entstehenden Rechtsunsicherheit wieder zur ursprünglichen Betrachtungsweise zurückzukommen,⁴⁸ noch so berechtigt gewesen sein; das Rad der juristischen Zeit konnte nicht zurückgedreht werden.

Seit *Flume*⁴⁹ in den siebziger Jahren die dogmatischen Grundlagen für die Außen-GbR als teilrechtsfähiger Gruppe gelegt hatte, das Umwandlungsrecht den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft zuließ,⁵⁰ die Insolvenzordnung sie für insolvenzfähig erklärte⁵¹ und die Rechtsprechung ihr Scheck- und Wechselfähigkeit zusprach,⁵² war diese Entwicklung vorgezeichnet.⁵³

Diese Entscheidungen betrafen zunächst jedoch Einzelaspekte der rechtlichen Einordnung. Sie hatten keinen unmittelbaren Einfluss auf die Stellung der Gesellschaft im Grundstücksverkehr. Das änderte sich grundlegend mit der *Anerkennung ihrer (Teil-)Rechtsfähigkeit* im Jahre 2001 durch den

³⁴ Baur/Stürner, Sachenrecht, § 14 Rdnr. 8; Staudinger/Gursky, Vorbem. zu §§ 873 ff. Rdnr. 7; Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2; Mackeprang in Weirich, Grundstücksrecht, 3. Aufl., Rdnr. 443.

³⁵ Michalski, MittBayNot 1988, 204, 205; Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 14.

³⁶ Böttcher in Meikel, Grundbuchrecht, Einleitung Rdnr. B 10.

³⁷ RGZ 61, 374, 377; 145, 343, 354.

³⁸ So zu Recht MünchKommBGB/Köhler, vor § 873 Rdnr. 14.

³⁹ MünchKommBGB/Köhler, vor § 873 Rdnr. 15.

⁴⁰ Demharter, Grundbuchordnung, 27. Aufl., § 22 Rdnr. 7.

⁴¹ Vgl. MünchKommBGB/Köhler, vor § 873 Rdnr. 14; Staudinger/Gursky, Vorbem. zu §§ 873 ff. Rdnr. 40.; Michalski, MittBayNot 1988, 204, 206; Münch, DNotZ 2001, 535.

⁴² RGZ 116, 177, 180 f.; MünchKommBGB/Köhler, § 892 Rdnr. 1.
⁴³ MünchKommBGB/Köhler, § 892 Rdnr. 1.

⁴⁴ Vgl. Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 17.

⁴⁵ MünchKommBGB/Köhler, § 892 Rdnr. 1.

⁴⁶ RGZ 117, 257, 265; Mugdan III, S. 115; MünchKommBGB/Köhler, § 892 Rdnr. 2.

⁴⁷ BGH, MittBayNot 2009, 225.

⁴⁸ Siehe nur Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 188.

⁴⁹ Flume, ZHR 136 (1972), 177.

⁵⁰ §§ 191 Abs. 2 Nr. 1, 226 UmwG.

⁵¹ § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

⁵² BGH, NJW 1997, 2754; MittBayNot 2001, 192.

⁵³ Zur Entwicklung der Diskussion zur Gesamthandslehre in Literatur und Rechtsprechung siehe MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 299 ff.

zweiten Zivilsenat.⁵⁴ Jetzt wurde der traditionellen Gesamthandslehre endgültig der juristische Boden entzogen.⁵⁵

Damit waren nicht mehr die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Gebundenheit Träger des Gesellschaftsvermögens, sondern die GbR selbst.⁵⁶ Das galt auch für die Fähigkeit, Eigentümer von Grundbesitz und Inhaber dinglicher Rechte an Grundstücken zu werden.⁵⁷ Da das Grundbuch den Zweck habe, die materielle Rechtslage zutreffend wieder zu geben, sah sich der BGH gezwungen, auch nur die Gesellschaft selbst ohne ihre Gesellschafter als Rechtsinhaber in das Grundbuch eintragen zu müssen.⁵⁸

Diese Sichtweise ist nachvollziehbar, aber nicht erschöpfend. Das Grundbuch hat nicht nur den Zweck, die materielle Rechtslage abzubilden, sondern dadurch Rechtssicherheit zu gewährleisten.⁵⁹ Die Art und Weise einer Grundbucheintragung ist danach zu beurteilen, wie sie diesem Zweck am besten dienen kann. Die Verfahrensvorschriften der Grundbuchordnung haben sich diesem Ziel unterzuordnen.⁶⁰

An die Eintragung knüpfen die Vermutung der Richtigkeit und der Schutz des gutgläubigen Erwerbs an. Bei einer GbR als Rechtsinhaber konnte das nur funktionieren, wenn sich die Identität der Gesellschaft und deren Vertretungsberechtigte aus dem Grundbuch selbst ergeben.⁶¹ Um die *Publizität des Objektes* zu erhalten, müsste das Grundbuch die *Publizität des Subjekts* herstellen.⁶² Über eine extensive Auslegung des § 47 GBO und eine entsprechende Anwendung der Gutgläubensvorschriften des BGB wäre dies möglich gewesen.⁶³ Der BGH hat sich leider nicht in der Lage gesehen, diesen Weg mitzugehen⁶⁴ und hat dadurch – wie bereits ausgeführt – Rechtsunsicherheit hervorgerufen.⁶⁵

Mit der Verabschiedung des neuen § 899 a BGB hat der Gesetzgeber die Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung sowohl bezüglich der im Grundbuch eingetragenen Gesell-

schaft als auch hinsichtlich der dort verlaublichen Gesellschafter wiederhergestellt.⁶⁶ Über die entsprechende Anwendung der §§ 892 bis 899 BGB wird auch der gute Glaube an die Vertretungsbefugnis der eingetragenen Buchberechtigten wieder geschützt.⁶⁷ Durch diese gesetzliche Erweiterung der Grundbuchpublizität ist die Rechtssicherheit in diesem Bereich wieder hergestellt worden.

Die weiteren Rechtsprobleme im übrigen Rechtsverkehr mit der GbR sind damit nicht gelöst worden. Die Vermutungswirkung des § 899 a BGB erstreckt sich nur in „Ansehung des für die Gesellschaft eingetragenen Rechtes“. Das Grundbuch übernimmt nicht die allgemeine Stellung eines mit öffentlichem Glauben ausgestatteten *GbR-Registers*.⁶⁸ Die Unsicherheit über die Existenz und Vertretungsberechtigung der GbR als Vertragspartner und Prozessgegner bleibt deshalb im Übrigen in vollem Umfang bestehen.⁶⁹ Bei der Schaffung der neuen Vorschriften handelt es sich nur um eine „gesetzgeberische Notfallmedizin“⁷⁰; eine differenzierte Diagnose und Therapie kann nur durch eine grundlegende Reform der §§ 705 ff. BGB beseitigt werden.

2. Die Rechtsentwicklung zur Auflassungsvormerkung

Aber nicht nur bei der GbR, sondern auch im Bereich der *Auflassungsvormerkung* hat die Rechtsprechung dafür gesorgt, dass das Grundbuch seine inhaltliche Aussagekraft eingebüßt hat.⁷¹

Bei einer Vormerkung nach § 885 BGB war der Inhalt des gesicherten Anspruchs durch Bezugnahme auf die zugrundeliegende Urkunde⁷² bzw. durch Angabe des Schuldgrundes⁷³ durch die Einsichtnahme in das Grundbuch für den Rechtsverkehr allgemein erkennbar.⁷⁴ Bei jeder wesentlichen Änderung war zur Wirksamkeit der Vormerkung eine Eintragung im Grundbuch notwendig. So hatte der BGH bereits 1959 bei einem Wiederkaufsrecht entschieden, dass „die Erweiterung eines durch Auflassungsvormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs ohne Eintragung im Grundbuch unwirksam sei.“⁷⁵ Jeder konnte damit aus dem Grundbuch erkennen, wie weit der Schutz einer vorrangig eingetragenen Vormerkung reicht. In den Jahren 1999 und 2007 änderte der BGH

⁵⁴ BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = MittBayNot 2001, 192.

⁵⁵ So auch MünchKommBGB/Ulmer, § 705 Rdnr. 301.

⁵⁶ BGH, MittBayNot 2001, 192 f.

⁵⁷ BGH, MittBayNot 2007, 118; a. A. Demharter, FGPrax 2007, 7.

⁵⁸ BGH, MittBayNot 2009, 225, 227 f.; OLG Stuttgart, NJW 2008, 304 = DNotZ 2007, 383; Flume, ZHR 136 (1972), 177, 195; Hadding, ZGR 2001, 712, 724; Leipold in FS Canaris, 2007, S. 221, 230 f.; Ulmer, ZIP 2001, 585, 594 f.; Wagner, ZIP 2005, 637, 645; a. A. BayObLG, MittBayNot 2003, 60; MittBayNot 2005, 143; OLG Celle, ZfIR 2006, 426; OLG München, MittBayNot 2005, 35; Kremer, RNotZ 2004, 239, 245; Lautner, MittBayNot 2006, 37; Wertenbruch, NJW 2002, 324, 329.

⁵⁹ Lautner, MittBayNot 2005, 93, 96 und oben III.; einschränkend Leipold in FS Canaris, 2007, S. 221, 230: „Das Grundbuch hat [...] eine dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht.“

⁶⁰ Vgl. Münch, DNotZ 2001, 535, 548 f.; K. Schmidt, NJW 1984, 2249, 2250.

⁶¹ BayObLG, MittBayNot 2003, 60, 61 f.; Hertel, DNotZ 2009, 121, 122; Knöfel, AcP 205 (2005), 645, 685; Kremer, RNotZ 2004, 239, 245; Lautner, MittBayNot 2006, 37.

⁶² Vgl. K. Schmidt, NJW 2001, 993, 1002; ders., ZIP 1998, 2, 7; ders., NJW 1984, 2249, 2250.

⁶³ Staudinger/Gursky, § 892 Rdnr. 47; Jeep, notar 2009, 30, 31; Kesseler, ZIP 2007, 422, 423 f.; MünchKommBGB/Köhler, § 892 Rdnr. 18; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 184; ders., MittBayNot 2007, 92, 96; a. A. Reuter, AcP 207 (2007), 673, 712 f.; Tavakoli Fehrenbacher, DB 2007, 382, 384 f.; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330, 337 f.; Wagner, ZIP 2005, 637, 644.

⁶⁴ BGH, MittBayNot 2009, 225, 227 f.

⁶⁵ Bluml/Schellenberger, BB 2009, 400, 402 f.; Hartmann, ErbStB 2009, 76, 77; Hertel, DNotZ 2009, 121; Jeep, notar 2009, 30; Reymann, ZfIR 2009, 81, 82; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177; Volmer, ZfIR 2009, 97; Zimmer, MDR 2009, 237.

⁶⁶ So auch OLG München, MittBayNot 2009, 466, 467; Lautner, DNotZ 2009, 650, 652; kritisch hingegen Scherer, NJW 2009, 3063, 3064, nach der die Eintragungen der Gesellschaft genügt hätten und Zweifel bei der Vertretungsbefugnis durch Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden beseitigt werden könnten.

⁶⁷ Vgl. hierzu jurisPK-BGB/Toussaint, 4. Aufl., § 899 a Rdnr. 27 ff.; Lautner, DNotZ 2009, 650, 652.

⁶⁸ So ausdrücklich die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13437, S. 30; Palandt/Bassenge, 69. Aufl., § 899 a Rdnr. 5; Lautner, DNotZ 2009, 650, 652; Rebhan, NotBZ 2009, 445, 447; Schürnbrand/Weiß, ZJS 2009, 607, 611; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1453.

⁶⁹ OLG München, NZG 2010, 341 = MittBayNot 2010, 310 (in diesem Heft), II. 1.; Lautner, DNotZ 2009, 650, 657 ff.; Rebhan, NotBZ 2009, 445, 449; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1453 ff.

⁷⁰ Zitat nach Dr. Oliver Vossius, Präsident des Deutschen Notarverein e. V.

⁷¹ Vgl. hierzu BGH, DNotZ 1959, 399; MittBayNot 2000, 104; MittBayNot 2008, 212; DNotZ 2009, 356 ff.

⁷² Schönerl/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1514.

⁷³ Staudinger/Gursky, § 883 Rdnr. 333; vgl. auch RGZ 133, 267, 270; BGH, NJW 1952, 62.

⁷⁴ Vgl. hierzu Amann, DNotZ 2008, 520, 526; Demharter, MittBayNot 1997, 214 ff.

⁷⁵ BGH, DNotZ 1959, 399.

diese Rechtsauffassung überraschend.⁷⁶ Eine erloschene Auflassungsvormerkung könne wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwendet und eine bestehende Rückauflassungsvormerkung auf weitere Rücktrittsgründe erstreckt werden. Eine neue materiellrechtliche Bewilligung und ein gleicher sicherungsfähiger Anspruch seien hierfür ausreichend. Irgendeiner Verlautbarung im Grundbuch bedürfe es nicht. Sie wäre „unnötiger Formalismus“.⁷⁷

Demnach konnte der „Akku“ sowohl „neu geladen“ als auch in seiner „Kapazität erweitert“ und damit die „Ladung erhöht“ werden, ohne dass es nach außen für den Rechtsverkehr erkennbar wird.⁷⁸ Beide Entscheidungen haben überwiegend massive Kritik erfahren.⁷⁹ Auf die zahlreichen dogmatischen Vorbehalte – etwa im Hinblick auf eine nicht berücksichtigte analoge Anwendung der §§ 877, 1180 BGB⁸⁰ – möchte ich nicht näher eingehen. Meine Kritik geht vielmehr dahin, dass dadurch – ohne dogmatischen Zwang – die *Aussagekraft des Grundbuchs* weiter geschwächt worden ist. Die Rechtsprechung senkt die Anforderungen an die inhaltliche Verlautbarung dinglicher Rechte im Grundbuch immer mehr ab. Sie verschlechtert damit die Rechtssicherheit im Liegenschaftsrecht insgesamt.⁸¹

Auch im Anwendungsbereich des § 311 b BGB hat der Rechtsverkehr keine ausreichende Sicherheit mehr: Vertragsbeteiligte haben die Möglichkeit, die einer Vormerkung zugrundeliegenden Ansprüche – ggf. sogar durch formlose Vereinbarungen – vollständig auszutauschen, ohne dass Dritte hiervon Kenntnis erhalten. Die harmlos erscheinende Vormerkung zur Eintragung einer Nutzungsdienstbarkeit an einem PKW-Abstellplatz kann ohne Grundbucheintragung auf das gesamte Gebäude erstreckt werden;⁸² ein Anspruch auf Rückübertragung eines Grundstücks, der nach der bisherigen Grundbucheintragung auf enumerativ aufgezählte Fälle beschränkt war, kann beliebig erweitert werden.⁸³

Zwar orientiert sich der BGH zunächst mit seinen Entscheidungen an dem Wortlaut der §§ 873 Abs. 1, 879 Abs. 2, 892 Abs. 2 BGB, indem er die Bewilligung der Vormerkung (§ 885 Abs. 1 BGB) ihrer Eintragung nachfolgen lässt,⁸⁴ doch nicht in letzter Konsequenz: Entgegen § 879 Abs. 2 BGB kommt der aufgeladenen Vormerkung nicht der Rang zum Zeitpunkt ihrer Eintragung, sondern erst zum Zeitpunkt der nachfolgenden Bewilligung zu.⁸⁵ Indessen hilft dies wenig,

wenn sich nach der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek herausstellt, dass eine Rückauflassungsvormerkung plötzlich auch ein freies Rückforderungsrecht aufgrund privatschriftlicher Vereinbarung sichert. Drittgläubiger haben keine Möglichkeit mehr, sich verlässlich aus dem Grundbuch oder den Grundakten Kenntnis darüber zu verschaffen, ob eine Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz Erfolg haben wird.⁸⁶ Von daher forderte die frühere Rechtsprechung die Eintragung des Schuldgrundes, wenn „die Gefahr der Verwechslung verschiedener Schuldgründe besteht“.⁸⁷ Die neue Rechtsprechung nimmt hingegen die *größtmögliche Verkehrsfreundlichkeit* in den Blick,⁸⁸ öffnet dabei aber *missbräuchlichen Gestaltungen* Tür und Tor.⁸⁹ Die wirtschaftliche Verwertbarkeit eines Grundstücks wird auf diesem Wege stark beeinträchtigt.

Die Grundbuchpraxis hat auf die Änderung der Rechtsprechung teilweise bereits reagiert: Wo früher eine Löschung durch Vorlage einer Sterbeurkunde problemlos möglich war, verlangt sie jetzt zu Unrecht die Löschungsbewilligung der Erben.⁹⁰ Das Grundbuchamt hat jedoch aufgrund seiner beschränkten (formalen) Prüfungskompetenz – ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine Extension oder Novation – keine Berechtigung, die Löschung einer Auflassungsvormerkung mit Vorlage einer Sterbeurkunde abzulehnen. Eine notarielle Nachforschungspflicht besteht ebenfalls nicht. Doch in materieller Hinsicht können weder der Notar noch das Grundbuchamt jetzt noch sicher sein, ob die eingetragene Vormerkung mit ihrem ursprünglichen Inhalt besteht oder nicht; sie könnte außerhalb des Grundbuchs neu entstanden oder erweitert worden sein.⁹¹

3. Die Rückschlagsperre des § 88 InsO

Diese neue Rechtsauffassung zur Auflassungsvormerkung wurde im Jahre 2006 auch vom neunten Zivilsenat des BGH bei der sog. Rückschlagsperre des § 88 InsO übernommen.⁹²

Nach der Entscheidung lebt eine nach dieser Vorschrift unwirksame Zwangssicherungshypothek – ohne Vermerk im Grundbuch – wieder neu auf, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück aus der Masse freigibt.⁹³ Das Grundbuch gibt auch hier keine Auskunft mehr darüber, ob und ggf. wann dies der Fall ist. Der Rang hinsichtlich weiterer Rechte ist nicht mehr zu erkennen; eine Löschung wegen Unrichtigkeit regelmäßig ausgeschlossen.⁹⁴ Diese Entscheidung widerspricht ebenfalls elementaren Grundsätzen unseres Immobiliarsachenrechts. Unwirksame im Grundbuch eingetragene Rechte können nur mit Neueintragung im Grundbuch wieder auferstehen.⁹⁵ Das Grundbuch entfernt sich mit solchen Gerichtsentscheidungen immer weiter davon, Auskunft über die wahre dingliche Rechtslage geben zu können.⁹⁶

⁷⁶ BGH, MittBayNot 2000, 104; MittBayNot 2008, 212.

⁷⁷ Insoweit etwas missverständlich, weil der BGH von einem erweiterten Anspruch bzw. von einem „Austausch des Anspruchs“ spricht; vgl. hierzu *Amann*, MittBayNot 2000, 197, 200; *ders.*, DNotZ 2008, 520, 523.

⁷⁸ *Amann*, DNotZ 2008, 520, 522 f.

⁷⁹ *Amann*, MittBayNot 2000, 197; *ders.*, DNotZ 2008, 521 ff., 523; *Demharter*, MittBayNot 2000, 106; *ders.*, MittBayNot 2008, 214; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 333; *Kessler*, NZI 2008, 327; *Schubert*, JR 2001, 61; *Streuer*, Rpfleger 2000, 155; *Volmer*, ZfIR 2000, 207; *Zimmer*, NJW 2000, 2978; *ders.*, ZfIR 2008, 91.

⁸⁰ Vgl. hierzu *Amann*, DNotZ 2008, 520, 523 f.; a. A. *Krause*, NotBZ 2008, 407, 408 f.; *Krüger* in FS Krämer, 2009, S. 475, 479 f.

⁸¹ So auch *Demharter*, MittBayNot 2008, 214, 216; *Staudinger/Gursky*, § 883 Rdnr. 71.

⁸² Was hingegen bei einer eingetragenen, aufschiebend bedingten Dienstbarkeit nur durch Eintragung im Grundbuch möglich wäre, vgl. *Amann*, DNotZ 2008, 520, 525.

⁸³ Vgl. BGH, MittBayNot 2008, 212.

⁸⁴ BGH, MittBayNot 2000, 104, 105; *Krüger* in FS Krämer, S. 475, 478 f., 486 f.

⁸⁵ BGH, MittBayNot 2000, 104, 106; *Krüger* in FS Krämer, S. 475, 487 f.

⁸⁶ *Demharter*, MittBayNot 2008, 214, 216. Da sich auf die Erweiterungsurkunde keine Eintragung gründet (§ 10 Abs. 1 GBO) ist überdies fraglich, ob diese Urkunde überhaupt zu den Grundakten genommen werden dürfte (*Demharter*, a. a. O., Fn. 22).

⁸⁷ RGZ 133, 267, 270.

⁸⁸ *Krüger* in FS Krämer, S. 475, 495.

⁸⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Amann*, DNotZ 2008, 520, 527 ff.; *Kessler*, NZI 2008, 327, 328.

⁹⁰ Vgl. hierzu *Heggen*, RNotZ 2008, 213, 217.

⁹¹ *Heggen*, RNotZ 2008, 213, 216.

⁹² BGH, Rpfleger 2006, 253 = DNotZ 2006, 514.

⁹³ BGH, Rpfleger 2006, 253, 255 = DNotZ 2006, 514.

⁹⁴ *Demharter*, Rpfleger 2006, 256, 257.

⁹⁵ *Demharter*, Rpfleger 2006, 256, 257.

⁹⁶ *Demharter*, Rpfleger 2006, 256, 257.

4. Öffentlichrechtliche Einflüsse

Das gilt auch für die zahlreichen Gesetze des *öffentlichen Bodenrechtes*, die mit ihren Veräußerungs- und Belastungsbeschränkungen sowie Vorkaufsrechten und Veränderungssperren heute – im Gegensatz zu früher – immer stärker auf den privaten Grundstücksverkehr einwirken.⁹⁷ Obwohl sie – wie die privaten dinglichen Rechte – absolute Rechtswirkungen haben, sind sie nach herrschender Meinung nicht eintragungsfähig und nehmen deshalb auch nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.⁹⁸

Neben das Grundbuch sind *öffentlichrechtliche Verzeichnisse* getreten, die den Grundsatz der Vollständigkeit und Richtigkeit des Grundbuchinhaltes ebenfalls stark beeinträchtigen. Ich erinnere nur an die *Baulastenverzeichnisse* und die *Bodenschutzkataster* der Länder, in denen z. B. allein in Bayern derzeit über 17 500 Grundstücke aufgeführt sind.⁹⁹ Ihr Inhalt findet im Grundbuch keine Berücksichtigung, obwohl sie unmittelbaren Einfluss auf den Privatverkehrsverkehr haben. Das führt zu Konflikten und beeinträchtigt die Sicherheit des privaten Grundstücksverkehrs zusätzlich.¹⁰⁰ Die Forderung nach der Eintragungsmöglichkeit solcher öffentlichrechtlicher Beschränkungen ist in den letzten Jahren deshalb zu Recht immer stärker geworden.¹⁰¹

5. Die WEG-Novelle

Aber neben der Rechtsprechung und öffentlichrechtlichen Einflüssen hat auch der Gesetzgeber dazu beigetragen, den Publizitätsgrundsatz des Grundbuchs weiter auszuweiten.

Am 1.7.2007 ist das Wohnungseigentumsänderungsgesetz in Kraft getreten,¹⁰² mit dem die Legislative sowohl auf die sog. „Jahrhundertentscheidung“ des BGH¹⁰³ zur Unwirksamkeit von sogenannten *Zitterbeschlüssen* reagiert als auch die Grundsatzentscheidung zur Teilrechtsfähigkeit der WEG-Gemeinschaft¹⁰⁴ in das Gesetz integriert hat. Bis zur vorgenannten Entscheidung des BGH im Jahre 2000 entsprach es ständiger Praxis, dass die Versammlung der Wohnungseigentümer auch durch *Mehrheitsbeschluss* dauerhafte Änderungen der Gemeinschaftsordnung beschließen konnte, obwohl hierfür nach dem Gesetz eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer erforderlich gewesen wäre.¹⁰⁵ Wurde dieser (an sich rechtswidrige) Zitterbeschluss nicht fristgerecht angefochten und für ungültig erklärt, so erwuchs er in Bestands-

kraft und wirkte ohne Grundbucheintragung auch gegenüber Rechtsnachfolgern.¹⁰⁶

Der BGH setzte dieser Praxis ein Ende. Er erklärte diese sog. *vereinbarungsändernden Beschlüsse* für nichtig. Eine Befugnis der Eigentümer könne sich nur aus dem Gesetz selbst oder einer Vereinbarung aller Wohnungseigentümer, einer sog. *Öffnungsklausel*, ergeben.¹⁰⁷ Der fünfte Senat hob den *Grundsatz der Rechtssicherheit* besonders hervor: Beschlüsse der Wohnungseigentümer entsprächen häufig nicht dem Klarheits- und Bestimmtheitsgebot; Rechtsnachfolger im Eigentum verdienten jedoch Vertrauensschutz in grundbuchrechtlich legitimierte Vereinbarungen. Die Publizitätswirkung des Grundbuchs dürfe nicht durch Zitterbeschlüsse entkräftet werden.¹⁰⁸

Die Kritik, die ich bereits an der Rechtsprechung der letzten Jahre geübt habe, ist hier also unberechtigt. Mit dieser Entscheidung hat der BGH das Wohnungseigentum wieder auf seine sachenrechtlichen Grundlagen zurückgeführt und dem Publizitätsgrundsatz Geltung verschafft.¹⁰⁹

Sehen wir uns an, ob auch der Gesetzgeber diesem Bestreben Rechnung getragen hat: Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümersammlung ist durch das Gesetz punktuell erweitert worden, was im Grundsatz auch zu begrüßen ist.¹¹⁰ Die Möglichkeit einer Öffnungsklausel, wonach Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung auch durch Mehrheitsbeschluss geändert werden können, wird vom Gesetz jetzt ausdrücklich anerkannt.¹¹¹ Nach § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG sind solche vereinbarungsändernden Beschlüsse – jedenfalls nach dem Wortlaut dieser Vorschrift – nicht in das Grundbuch einzutragen.

In der Begründung des Gesetzentwurfes ist zu lesen, dass jetzt die im Gesetz vorgeschriebene Beschlussammlung des Verwalters und nicht das Grundbuch für den Bürger das geeignete Informationsmedium sei. Das führe zu einer *Entbürokratisierung*, zur Kostenreduzierung und zu einer *Stärkung privater Initiativen*.¹¹² Wenn diese Sichtweise des Gesetzgebers zukünftig Schule macht, ist unser bewährtes Grundbuchsystem in seinen Grundfesten bedroht. Die Verlautbarungs- und Publizitätsfunktion des Grundbuchs wird nicht nur ausgehöhlt, sondern im Ergebnis aufgegeben.¹¹³ Wesentliche Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer sind in Zukunft nicht mehr aus dem mit guten Glauben versehenen öffentlichen Register, sondern aus einer privaten Beschlussamm-

⁹⁷ Vgl. ausführlich *Michalski*, MittBayNot 1988, 204.

⁹⁸ *Michalski*, MittBayNot 1988, 204, 205; *Morvilius* in Meikel, Grundbuchrecht, Rdnr. C 28; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 27.

⁹⁹ Stand zum 31.3.2009. Quelle Bayerisches Staatsministerium für Umwelt und Gesundheit.

¹⁰⁰ *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, Rdnr. B 14; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3.

¹⁰¹ *Böttcher* in Meikel, Grundbuchrecht, Rdnr. B 14; Münch-KommBGB/*Köhler*, vor § 873 Rdnr. 20 jew. m. w. N.; *Michalski*, MittBayNot 1988, 204, 208; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3, 3201.

¹⁰² BGBI 2007 I, S. 370 ff.

¹⁰³ BGHZ 145, 158 = DNotZ 2000, 854 = NJW 2000, 3500 = MittBayNot 2000, 546.

¹⁰⁴ BGHZ 163, 154 = DNotZ 2005, 776 = NJW 2005, 2061 = MittBayNot 2005, 495.

¹⁰⁵ Hieran scheiterten in der Vergangenheit, gerade bei großen Wohnanlagen, notwendige Anpassungen der Gemeinschaftsordnung, vgl. *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 336 f.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16; *Deckert*, NZM 2002, 414; *Demharter*, NZM 2000, 1153; *Hügel*, DNotZ 2007, 326; *Kreuzer* in FS Seuß, 2007, S. 163 ff.; *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 341 f.; *Saumweber*, MittBayNot 2007, 357 ff.; *Schneider*, RPflegler 2002, 503; *Wenzel*, ZNotP 2004, 170; *ders.* in FS *Deckert*, 2002, S. 517.

¹⁰⁷ BGH, MittBayNot 2000, 546.

¹⁰⁸ BGH, MittBayNot 2000, 546; vgl. hierzu auch *Deckert*, NZM 2002, 414, 415; *Häublein*, ZMR 2000, 423, 426; *Rapp*, DNotZ 2000, 185, 189; *Röll*, ZWE 2000, 13, 15.

¹⁰⁹ So zu Recht *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 342.

¹¹⁰ BT-Drucks. 16/887, S. 10 f.; abgedr. bei *Bärmann*, WEG, 10. Aufl., Anh. II, S. 1448. Vgl. hierzu im Einzelnen *Saumweber*, MittBayNot 2007, 357; *Hügel*, DNotZ 2007, 326.

¹¹¹ Vgl. *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 339. Es muss aber in der Gemeinschaftsordnung ausdrücklich eine Öffnungsklausel vorgesehen sein, BGH, NZM 2009, 866.

¹¹² BT-Drucks. 16/887, S. 20 f.

¹¹³ Vgl. OLG München, NJW 2010, 450 = DNotZ 2010, 196 = MittBayNot 2010, 204 m. Anm. *Schöner*; *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16, 17; *Kreuzer* in FS Seuß, S. 155, 163; *Saumweber*, MittBayNot 2007, 357, 363.

lung ersichtlich.¹¹⁴ Im Wohnungseigentumsrecht ist damit bereits ein *außeramtliches „Sekundärgrundbuch“* geschaffen worden.¹¹⁵ Das Grundbuch wird hier nicht mehr die maßgebliche Auskunftsquelle sein.¹¹⁶

Die Rechtssicherheit im Wohnungseigentumsrecht wird abhängig von der Kenntnis und Sorgfalt eines i. d. R. juristischen Laien, des Verwalters der Wohnanlage. Die Begründung, Aufhebung und Neuordnung von Sondernutzungsrechten,¹¹⁷ die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt, die Nutzungsänderung einer Gewerbeeinheit in einen Abstellraum finden keine Verlautbarung mehr im Grundbuch. Dabei ist es in das Belieben der Wohnungseigentümergeinschaft gestellt, ob sie – sofern eine Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung vorhanden ist – eine Regelung durch Beschluss, d. h. ohne Publizität im Grundbuch, oder durch Vereinbarung, also mit Verlautbarung im Grundbuch, trifft.¹¹⁸ Es kommt – nach der Ansicht des OLG München – alleine auf die äußere Form und nicht auf den Inhalt an.¹¹⁹ Bisherige Grundbucheintragungen werden dadurch zukünftig in großer Zahl unrichtig. Dies führt zu einer immer stärker werdenden *Divergenz* zwischen materieller Rechtslage und Grundbuchinhalt. Der Kreditverkehr hat keine Sicherheit mehr über Art, Nutzungsmöglichkeit und damit letztlich Verkehrswert des Beleihungsobjekts.¹²⁰

Die Beschlussammlung des Verwalters ist kein geeignetes Mittel, diese Defizite aufzufangen. Über die Jahre hinweg werden sich hier wirksame, unwirksame, teilunwirksame und nichtige Beschlüsse finden.¹²¹ Der Inhalt des Sondereigentums wird für den Rechtsverkehr zur reinen Spekulation. Ein gutgläubiger Erwerb findet nicht statt.¹²² Das ausgefeilte rechtsstaatliche System unseres Grundstücksrechts, das in der bewährten Zusammenarbeit zwischen Notar und Grundbuch wurzelt, wird vollständig ausgehebelt. Das ist keine gute Entwicklung. Es bleibt zu hoffen, dass die Kautelarpraxis Wege findet, auch weiterhin die zentralen Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer im Grundbuch zu dokumentieren. An die höchstgerichtliche Rechtsprechung geht der Appell, das bei ihren zukünftigen Entscheidungen auch zu legitimieren.¹²³ Beim neuen § 10 Abs. 4 Satz 2 WEG ist auch zukünftig nicht das *Gewand*, sondern der *Inhalt* maßgebend.¹²⁴

V. Zusammenfassung und Ausblick

Das deutsche Liegenschaftsrecht bietet mit seinem bewährten Zusammenwirken von Grundbuch und Notar auch im interna-

tionalen Vergleich erhebliche Vorteile.¹²⁵ Auch in Zukunft werden wir uns dem *Wettbewerb der Rechtssysteme* stellen müssen. Die Globalisierung der Welt macht nicht an der Tür des deutschen Grundstücksrechts Halt. Die sog. *ZERP-Studie*¹²⁶ war nicht der letzte Angriff auf unser bewährtes lateinisches Notariat und das deutsche Grundbuchsystem. Wir sind deshalb alle dazu aufgerufen, dieses System den modernen Anforderungen unserer Zeit anzupassen und weiterzuentwickeln.

Ein Schritt dazu war die *Verabschiedung des Gesetzes für den elektronischen Grundbuchverkehr*, das am 1.9.2009 in Kraft getreten ist. Nach dem Vorbild des Handelsregisters haben wir jetzt die Möglichkeit des elektronischen Grundbuchverfahrens und der elektronischen Grundakte geschaffen.¹²⁷ Die Publizität des Handelsregisters ist durch die Aufnahme der Gesellschafterliste und die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen bei der GmbH gestärkt worden.¹²⁸ Gehen wir im Grundstücksrecht nicht weiterhin den Weg zurück, sondern nach vorne. Die technischen Möglichkeiten hierfür sind gegeben. Die Übernahme öffentlichrechtlicher Beschränkungen des Grundstücksverkehrs¹²⁹, die Aufnahme von Registergericht und Registernummer bei Gesellschaften¹³⁰, der Vermerk von Baulasten und der Hinweis auf Altlasten bzw. die Verknüpfung mit den jeweiligen Registern können dazu beitragen, die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung des Grundbuchinhalts in Zukunft wieder zu stärken.

Das deutsche Grundbuchsystem mit seinem hohen Maß an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist eine der großen Leistungen der deutschen Rechtswissenschaft und der Gesetzgebung.¹³¹ Der *Eintragungsgrundsatz* in Verbindung mit dem *Publizitätsgrundsatz* sind die Grundlagen dieses Systems. Sie dienen der Rechtssicherheit als Säule unserer Rechtsordnung. Die Tendenz weiter hieran zu rütteln, gefährdet das ganze System. Wir müssen diesen Gefahren wirkungsvoll begegnen. Geben wir nicht die Stärke jahrhundertalter Erfahrungen¹³² auf mit dem Argument, eine Grundbucheintragung sei unnötiger Formalismus und private Rechtssammlungen das bessere Informationsmedium. Diese Einschätzung wird der Verantwortung, die wir alle im Hinblick auf die Gewährleistung von Rechtssicherheit im Grundstücksverkehr tragen, nicht gerecht. Das Grundbuch muss der Spiegel aller dinglichen Rechte an Grundstücken bleiben und darf nicht zu einem verzerrten Abbild derselben werden.¹³³ Die Publizität des Grundbuchs ist weiterhin zeitgemäß und der Garant für Rechtssicherheit.¹³⁴

¹¹⁴ *Armbrüster*, DNotZ 2003, 493, 503 f.; *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 342; *ders.*, DNotZ 2000, 185.

¹¹⁵ *Kreuzer* in FS Seuß, S. 155, 162 f.

¹¹⁶ So zu Recht *Rapp*, DNotZ 2000, 185, 189.

¹¹⁷ *Armbrüster*, AnwBl 2005, 16.

¹¹⁸ Freilich nur, sofern der Inhalt einem Beschluss zugänglich ist, vgl. hierzu MünchKommBGB/*Commichau*, § 10 WEG Rdnr. 47 ff.

¹¹⁹ OLG München, NJW 2010, 450 f. = DNotZ 2010, 196 = MittBayNot 2010, 204 m. Anm. *Schöner*; a. A. *Böttcher*; Rpfleger 2009, 181, 195 f. m. w. N.

¹²⁰ Vgl. *Kreuzer* in FS Seuß, S. 155, 163 f.; *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 341.

¹²¹ *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 191.

¹²² *Böttcher*, Rpfleger 2009, 181, 191; *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 341.

¹²³ So auch *Rapp*, DNotZ 2009, 335, 342, 353.

¹²⁴ A. A. OLG München, NJW 2010, 450 = DNotZ 2010, 196 = MittBayNot 2010, 204 m. Anm. *Schöner*.

¹²⁵ So zu Recht *Franzmann*, MittBayNot 2009, 346.

¹²⁶ COMP/2006/D3/003, Conveyancing Services Market, abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html.

¹²⁷ Siehe dazu: *Abicht*, notar 2009, 346; *Meyer/Mödl*, DNotZ 2009, 743.

¹²⁸ § 16 Abs. 3 GmbHG.

¹²⁹ *Michalski*, MittBayNot 1988, 204, 208.

¹³⁰ Vgl. *Kössinger*, notar, 2009, 120.

¹³¹ *Mackeprang* in Weirich, Grundstücksrecht, Rdnr. 442.

¹³² Vgl. zur Geschichte *Weike*, notar, 2009, 92, 93 f.

¹³³ *Böhringer* in Meikel, Grundstücksrecht, Einleitung Rdnr. A 46; vgl. auch *Kesseler*, ZNotP 2008, 231 ff.

¹³⁴ Mein herzlicher Dank geht an Herrn Notarassessor Dr. *Peter Wolf* und das Deutsche Notarinstitut in Würzburg für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Festvortrages.

Die Sicherungszession als Unsicherheitsfaktor beim kreditfinanzierten Immobilienkauf?

– zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.6.2008, V ZR 83/07 –

Von Notarassessor *Stefan Braun*, LL. M. (London), Maître en droit (Paris), München,
und Notarassessor *Tilman Daum*, Licencié en droit (Paris), Weilheim

Zu den hervorragendsten geistigen Delikatessen, die das deutsche Recht zu bieten hat, gehört zweifellos die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis. Da Hauptaugenmerk des Notars der Abschluss wirksamer Verträge und nicht deren Rückabwicklung ist, könnte man allerdings vermuten, dass dieses Gebiet für Notare nur eine untergeordnete Rolle spielt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Solche – nicht nur von Examenskandidaten – gefürchteten Konstellationen kommen in der notariellen Praxis zuhauf vor. Hinter dem unscheinbaren Terminkalendereintrag „Kauf und Grundschuld“ verbirgt sich in aller Regel ein Paradebeispiel hierfür. Es lohnt sich daher auch für den Vertragsgestalter, sich näher mit der Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis zu befassen. Allein durch die Gestaltung wirksamer Rechtsgeschäfte vermag ein Notar nicht zu verhindern, dass die Vertragsbeteiligten unter tatkräftiger Mithilfe des BGH in ein rückabwicklungsrechtliches Bermudadreieck geraten. Vielmehr kann es auch, wenn sämtliche notariellen Rechtsgeschäfte wirksam sind, zur Rückabwicklung kommen. Solcherlei Unbill droht beispielsweise, falls ein im Zusammenhang mit dem Kauf abgeschlossener Darlehensvertrag – auf dessen Abschluss und Inhalt der Notar regelmäßig keinerlei Einfluss hat – nicht wirksam ist.

Auch wenn dies dem erfahrenen Praktiker als Wiederholung von Banalitäten erscheinen mag, möchten wir zunächst die typische Interessenlage beim Immobilienkaufvertrag kurz in Erinnerung rufen (I). Sie bildet den Hintergrund für die nähere Analyse der Rückabwicklung im Fall einer Störung in den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Verkäufer, Käufer und der den Kaufpreis finanzierenden Bank (II). Anlass hierfür ist insbesondere, dass der BGH diese Interessen in seiner Argumentation zu einer jüngeren Entscheidung¹ vollkommen unbeachtet gelassen hat (III). Schließlich möchten wir untersuchen, wie der vertragsgestaltende Jurist den verschiedenen Interessen angesichts dieser Rechtsprechung Rechnung tragen kann (IV).

I. Typische Interessenlage

Ausgangspunkt für die Interessenbewertung ist das gemeinsame Ziel von Käufer und Verkäufer, das Eigentum an der Immobilie und den Kaufpreis gegeneinander „einzutauschen“ (vgl. § 433 Abs. 1 Satz 1 und § 433 Abs. 2 BGB). Dies bedeutet nicht zuletzt, dass es sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer essentiell ist, bei diesem Leistungsaustausch nicht Gefahr zu laufen, den eigenen Leistungsgegenstand zu verlieren, ohne den des anderen zu erhalten und ihn auch behalten zu dürfen. Woher der Käufer das Geld zur Begleichung des Kaufpreises nimmt, ist dabei grundsätzlich allein dessen Sache und spielt für den Verkäufer, solange er den Kaufpreis tatsächlich erhält, keine Rolle.² Bekommt der Verkäufer sein Geld, kann ihm andererseits letztlich egal sein, was anschließend mit dem verkauften Eigentum geschieht.

Nimmt der Käufer für die Beschaffung des Kaufpreises kein Darlehen auf, weil er die erforderlichen Mittel „auf der hohen Kante“ hat, oder kann er seinem Darlehensgeber eigene Sicherheiten anbieten, so lassen sich die Interessen der Beteiligten in der Regel ohne weiteres miteinander in Ausgleich bringen: Der Vollzug der Eigentumsumschreibung wird bis zur Kaufpreiszahlung ausgesetzt und die Kaufpreisfälligkeit von der Eintragung einer Vormerkung und der Sicherung der

vertragsgemäßen Lastenfreistellung abhängig gemacht.³ Mit der Finanzierung hat der Verkäufer hier nichts zu tun.

Um die Finanzierung muss sich allerdings auch der Verkäufer ein Stück weit Gedanken machen, wenn der Käufer den Kaufgegenstand zugunsten der den Kaufpreis finanzierenden Bank belasten möchte. Denn einerseits ist die Bank in aller Regel nicht bereit, ein Darlehen auszubezahlen, bevor zu ihren Gunsten ein Grundpfandrecht im Grundbuch eingetragen ist.⁴ Andererseits erlangt der Käufer das Eigentum und damit die zur Bestellung eines Grundpfandrechts erforderliche Verfügungsbefugnis erst nach Zahlung, wenn wie üblich der Vollzug der Auflassung bis dahin ausgesetzt wird. Ohne eine Mitwirkung des als Eigentümer nach wie vor verfügungsbefugten Verkäufers bei der Grundpfandrechtsbestellung droht daher der geplante Verkauf zu scheitern.

Angesichts der eingangs geschilderten Interessenlage wird der Verkäufer zu dieser Mitwirkung für gewöhnlich nur bereit sein, solange er sicher sein kann, dass er entweder sein Geld bekommt oder die Belastung wieder aus dem Grundbuch verschwindet, falls die Zahlung des Kaufpreises ausbleibt. Für irgendwelche Verbindlichkeiten des Käufers gegenüber der Bank will der Verkäufer dagegen keinesfalls aufkommen müssen. Hieraus folgt, dass für den Verkäufer eine Grundpfandrechtsbestellung vor Kaufpreiszahlung nur akzeptabel ist, wenn das Grundpfandrecht bis zur vollständigen Begleichung des Kaufpreises nur in Höhe der auf den Kaufpreis geleisteten Zahlungen valutiert werden kann. Dies wird in der Regel durch eine entsprechende Einschränkung der Zweckerklärung erreicht.⁵ Hiervon abgesehen ändert sich jedoch an der Interessenlage im Vergleich zum Kauf ohne Finanzierungsmitwirkung nichts. Es bleibt daher im Übrigen dabei,

³ Vgl. hierzu im Einzelnen *Brambring* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A I, VIII, 2., Rdnr. 180 ff.; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2, Kapitel 2, A. X, 2., Rdnr. 306 ff.

⁴ Sofern sich die Finanzierungsgläubigerin hierauf einlässt, könnte allerdings – wie beim Teilflächenkauf häufig praktiziert – mit der „Verpfändung der Vormerkung“ gearbeitet werden. Vgl. hierzu *Munzig* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kapitel 10, B. IV, 3., Rdnr. 13 ff.

⁵ Vgl. *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A I, IV, Rdnr. 118 ff.; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kapitel 2, A. XII, 1. b), Rdnr. 359 ff.; siehe zur Einschränkung der Sicherungsabrede auch unten IV.

¹ Siehe BGH, Urteil vom 27.6.2008, V ZR 83/07 = DNotZ 2008, 923 = ZNotP 2008, 362; kritisch hierzu auch *Keim*, DNotZ 2009, 245.

² Ebenso *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247.

dass die Kaufpreisfinanzierung Sache des Käufers und seiner Bank ist. Insbesondere ist der Verkäufer normalerweise nicht bereit, sich mit irgendwelchen Risiken aus dem Bereich eines zur Finanzierung des Kaufpreises geschlossenen Darlehensvertrages zu belasten.⁶ Der folgende Blick auf die möglichen Auswirkungen einer Störung in den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Verkäufer, Käufer und der den Kaufpreis finanzierenden Bank soll zeigen, ob eine Mitwirkung bei der Bestellung von Grundpfandrechten für den Verkäufer ohne solche Risiken möglich ist.

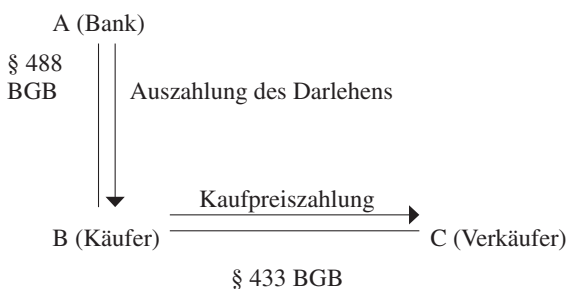
II. Der Grundstückskauf als bereicherungsrechtliches Dreipersonenverhältnis

Wie funktioniert die Rückabwicklung im Fall einer Störung in den schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Verkäufer, Käufer und dessen Bank? Vom Wortlaut der gesetzlichen Regelung der §§ 812 ff. BGB ist für die Lösung des Bereicherungsausgleichs im Mehrpersonenverhältnis keine große Hilfestellung zu erwarten. Allerdings bieten die Orientierung an typischen Interessenlagen und der wertende Vergleich mit Fallkonstellationen auf sicherem Terrain ein ausreichendes Instrumentarium, um diesen Klassiker des Bereicherungsrechts dogmatisch und praktisch in den Griff zu bekommen.⁷

1. Die Leistungskette als Referenzmodell

Sicheres Referenzmodell und damit maßgebliche Entscheidungshilfe ist die sog. Leistungskette. Dies ist eine Konstellation, in der gerade kein Mehrpersonenverhältnis im eigentlichen Sinne entsteht. Vielmehr wird hier der Bereicherungsgegenstand entlang der Kausalverhältnisse von A an B (Deckungsverhältnis) und von B wiederum an C (Valutaverhältnis) weitergegeben. Konkretisiert auf die Situation des Grundstückskaufs ist dies der bereits angesprochene Fall, dass der Käufer zwar den Kaufpreis mit Mitteln aus einem Darlehen aufbringt, jedoch eine Absicherung der Bank durch die Bestellung eines Grundpfandrechts am Vertragsgegenstand nicht erforderlich ist. Hier kann die Darlehensvaluta bzw. der Kaufpreis „über Eck“ von der Bank an den Käufer und von diesem an den Verkäufer fließen.⁸

Leistungskette:



⁶ Vgl. auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247.

⁷ Lesenswert zum praktischen Nutzen von dogmatischen Differenzierungen für die Anwendung der §§ 812 ff. BGB, sowie zur Kritik hieran (exemplarisch etwa *Jakobs*, NJW 1992, 2524; gegen ihn *Martinek*, NJW 1992, 3141 und *Canaris*, NJW 1992, 3143) *Staudinger/S. Lorenz*, BGB, 2007, § 812 Rdnr. 36 m. w. N.

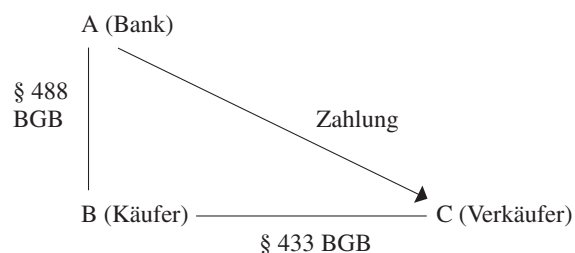
⁸ In der Praxis wird die Zahlung allerdings auch in dieser Konstellation regelmäßig unter Einschaltung einer Bank, nämlich als Überweisung erfolgen. Für die Überweisung gilt grundsätzlich das unten zur Anweisungslage gesagte, wobei in diesem Fall „als allgemeiner Grundsatz unbestritten“ (*Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 50 m. w. N.) ist, dass die Bank sich bei Mängeln im Kausalverhältnis an ihren Kunden halten muss.

Die Bank tritt hier ausschließlich gegenüber ihrem Kunden, dem Käufer, in Erscheinung, an den sie das Darlehen zur Erfüllung des Darlehensvertrages (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) auszahlt. Im Falle der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages ergibt sich die Rückabwicklung für diese Konstellation ohne weiteres aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB: Die Darlehensauszahlung ist eine „Leistung“ i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB des Darlehensgebers.⁹ Diese hat der Käufer mangels Wirksamkeit des Darlehensvertrages ohne rechtlichen Grund erlangt. Er ist daher der Bank zur Herausgabe verpflichtet. Niemand wird hier ernsthaft in Erwägung ziehen, den Verkäufer mit einem Anspruch der Bank aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu behelligen, nur weil der Käufer anschließend den Kaufpreis an den Verkäufer gezahlt hat. Vielmehr darf der Verkäufer den Kaufpreis behalten, da die Leistung des Käufers aufgrund des Kaufvertrages und daher mit Rechtsgrund erfolgte.

2. Direkte Zahlung an den Verkäufer ohne Abtretung des Auszahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB

Komplizierter wird es allerdings im Fall der Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers beim Grundstückskauf, da die Bank (A) hier zur Absicherung des Verkäufers (vgl. oben I) in aller Regel das dem Käufer (B) gewährte Darlehen unmittelbar an den Verkäufer (C) ausbezahlen hat. In dieser Konstellation bewirken die Beteiligten ihre Erfüllungsleistungen nicht mehr unmittelbar an ihren eigenen Vertragspartner und somit parallel zu den zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnissen. Vielmehr erfolgt die Vermögensverschiebung – unter Vernachlässigung der zugrundeliegenden Kausalverhältnisse – direkt von A ohne Zwischenerwerb des B an C.¹⁰ Der Grundfall der Leistungskette wandelt sich daher in ein erfüllungs- und bereicherungsrechtliches Mehrpersonenverhältnis. Der Direktleistung des A an C kann zusätzlich eine Abtretung des Anspruchs des B gegen A an C vorausgegangen sein, notwendig ist dies freilich nicht. Da eine solche Abtretung die bereicherungsrechtliche Beurteilung zusätzlich erschwert, soll im Folgenden zunächst die Rückabwicklung der Direktleistung, der keine Abtretung der Ansprüche aus dem Deckungsverhältnis zugrunde liegt, betrachtet werden.

Direkte Zahlung:



Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung in dieser für gewöhnlich¹¹ als schlichte Anweisungslage (im weiteren Sinne) bezeichneten Konstellation ist vergleichsweise einfach aufzuklären. Nach Lesart der herrschenden Meinung kann im Bereich der Mehrpersonenverhältnisse grundsätzlich nur eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung „entlang“ der Leis-

⁹ Zum bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff siehe sogleich.

¹⁰ Dass die Rückabwicklung einer solchen Konstellation kein neues Problem und keine spezifische Schwierigkeit des deutschen Bereicherungsrechts ist, zeigt die Diskussion hierzu im römischen Recht, vgl. etwa D.12.6.6.3 und D.16.1.8.3.

¹¹ Siehe etwa *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49 m. w. N.

tungsbeziehungen erfolgen.¹² Wegen dieses Vorrangs der Leistungsbeziehung kann sich die Lösung auf dem Boden der herrschenden Meinung an dem sog. zweigliedrigen Leistungsbeziehung orientieren. Danach wird „Leistung“ i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB als bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens definiert.¹³ Da die Zahlung durch die Bank eine bewusste Vermögensverschiebung darstellt, kann den Schlüssel nur das zweite Element, der Leistungszweck, liefern. Im Fall des Grundstückkaufs mit Finanzierungsmitwirkung des Verkäufers kommt als solcher Zweck lediglich die Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit in Betracht: Nämlich entweder zum Zwecke der Darlehensauszahlung (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder zur Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2 BGB).¹⁴ Zu klären ist somit, welcher Beteiligte welche Verbindlichkeit zu erfüllen bezweckt, wenn A (hier die Bank) an C (hier den Verkäufer) zahlt. Diese Zwecksetzung gibt zugleich den Verlauf der bereicherungsrechtlich relevanten Leistungsbeziehungen vor. Nur zwischen dem Leistenden und dem Gläubiger der durch die Vermögensverschiebung zu erfüllenden Verbindlichkeit (= Leistungsempfänger) besteht eine Leistungsbeziehung.

In der Konstellation der schlichten Anweisungslage existieren unter Zugrundelegung dieses Leistungsbegriffs trotz der Direktzuwendung des A an C in aller Regel zwei Leistungsbeziehungen. Vorbehaltlich konkreter Anhaltspunkte, die eine andere Beurteilung nahelegen, ist davon auszugehen, dass der Leistende mit der Vermögensverschiebung nur die Erfüllung derjenigen Verbindlichkeit bezweckt, deren Schuldner er selbst ist.¹⁵ Somit liegt in der einheitlichen Vermögensverschiebung einerseits eine Leistung des A an B unter Einschaltung des C als Empfangsmittler und andererseits eine Leistung des B an C unter Einschaltung des A als Leistungsmittler, der auf Geheiß des leistenden B agiert.¹⁶ Die Leis-

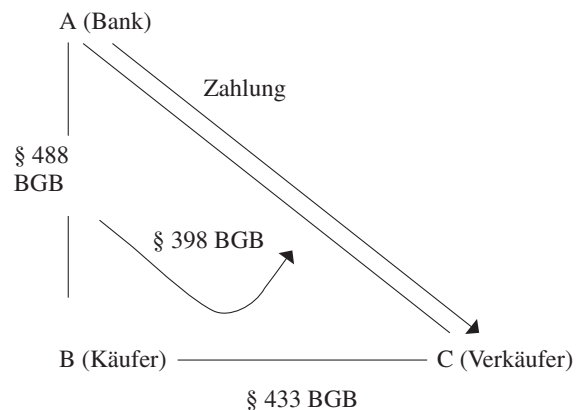
tungsbeziehungen und damit auch eine etwaige bereicherungsrechtliche Rückabwicklung verlaufen demnach wie bei der Leistungskette parallel zu den zugrundeliegenden Schuldverhältnissen.¹⁷ Ist A eine den Kaufpreis für das Vertragsgrundstück finanzierende Bank und zahlt sie aufgrund eines Darlehensvertrags mit dem Käufer B die Darlehensvaluta unmittelbar an den Verkäufer C aus, handelt es sich dabei um eine Leistung der Bank an den Käufer, die ausschließlich zur Erfüllung der Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag erfolgt,¹⁸ sowie zugleich um eine Leistung des Käufers an den Verkäufer zur Erfüllung der Kaufpreisschuld.¹⁹ Stellt sich nach Auszahlung des Darlehens heraus, dass der Darlehensvertrag zwischen Bank und Käufer unwirksam (geworden) ist, kann die Bank die Rückzahlung des Darlehensbetrags allein vom Käufer als Empfänger ihrer Leistung verlangen.

Dieses Ergebnis leuchtet auch aus erfüllungsrechtlicher Sicht ohne weiteres ein. Denn nur, wenn die Zahlung der Bank an den Verkäufer zugleich deren Verpflichtung zur Auszahlung des Darlehens (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Kaufpreisschuld (§ 433 Abs. 2 BGB) des Käufers erfüllt, sind hiermit, wie von allen Beteiligten gewünscht und erwartet, beide Ansprüche „erledigt“. Wäre dies nicht der Fall, hätte dies befremdliche Konsequenzen: Entweder könnte der Käufer nach wie vor die Auszahlung des Finanzierungskredits verlangen, obwohl der Kaufpreis von der Bank beglichen wurde, oder aber der Verkäufer könnte noch den Kaufpreis fordern, obwohl er durch die Darlehensauszahlung an ihn bereits den geschuldeten Betrag erhalten hat.

3. Abtretung des Auszahlungsanspruchs aus § 488 Abs. 1 Satz 1 BGB

Welche Auswirkungen hat es nun, wenn der Käufer seinen Auszahlungsanspruch gegen die Bank an den Verkäufer abtritt? Die Bank bezweckt mit ihrer Leistung nach wie vor die Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit. Gläubiger dieser Verbindlichkeit ist aber nach der Abtretung des korrespondierenden Anspruchs der Verkäufer.

Direkte Zahlung:



¹² Vgl. nur *Palandt/Sprau*, BGB, 69. Aufl., § 812 Rdnr. 2, 10 m. w. N. Dieses „Dogma vom Vorrang der Leistung“ lässt sich zwar kaum mit dem Wortlaut des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB („durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten“) begründen. Es ist jedoch grundsätzlich als Ausdruck der zutreffenden Wertung gerechtfertigt, dass einerseits der Leistungsempfänger nichts herausgeben muss, wenn die der empfangenen Leistung zugrundeliegende Kausalbeziehung intakt ist, sowie andererseits jeder Partei die Einwendungen gegen ihren Vertragspartner erhalten bleiben und sie insoweit nicht mit Risiken (Insolvenz, Geschäftsunfähigkeit etc.) aus der Sphäre eines am Vertrag unbeteiligten Dritten belastet werden soll. Vgl. allgemein zu dem in der „Analyse der Einwendungs- und Konkursrisiken“ bestehenden Test für Probleme im bereicherungsrechtlichen Dreipersonenverhältnis *Canaris*, NJW 1992, 869, 870, und ausführlich *ders.* in FS Karl Larenz, 1973, S. 799, 802 ff. Siehe auch zusammenfassend *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 6.

¹³ Vgl. nur BGHZ 58, 184, 188, sowie jüngst BGH, NJW-RR 2009, 705, 706, *Palandt/Sprau*, § 812 Rdnr. 3 jeweils m. w. N.; zur Kritik an diesem Leistungsbegriff vgl. *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 4 ff. m. w. N.

¹⁴ Andere rechtserhebliche Zwecke können sein: die Schaffung eines neuen Rechtsverhältnisses gerade durch die Vermögensverschiebung – wie etwa im Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Handschenkung – oder „der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg“ i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. *Reuter/Martinek*, § 4 II 2. b), S. 89 ff.). Diese Zwecke spielen in der Situation der Finanzierungsmitwirkung beim Grundstückskauf jedoch regelmäßig keine Rolle.

¹⁵ Siehe bereits RGZ 87, 36, 39 und hierzu *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 4; siehe ferner die ausführliche Diskussion bei *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49 ff. m. w. N. auch zur a. A.

¹⁶ Eine abweichende Beurteilung ist demzufolge geboten, wenn die Bank gar nicht auf Geheiß ihres Kunden, sondern „eigenmächtig“ ohne dessen zurechenbare Veranlassung tätig wird. Vgl. hierzu nur *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 51 m. w. N. sowie mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

¹⁷ *Bamberger/Roth/Wendehorst*, BGB, 2. Aufl., § 812 Rdnr. 185 m. w. N.; zum gleichen Ergebnis gelangt man auf der Basis der „Theorie des konditionsauslösenden Mangels“, vgl. hierzu *Canaris*, NJW 1992, 869, 870 f. m. w. N.

¹⁸ So auch *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49 m. w. N. („es ist atypisch, dass eine Bank außer der Leistung auf die Deckungsbeziehung etwa noch den weiteren Zweck verfolgt...“); *Larenz/Canaris*, SBT II/2, § 70 IV., S. 223; *Bamberger/Roth/Wendehorst*, § 812 Rdnr. 183, 185.

¹⁹ *Bamberger/Roth/Wendehorst*, § 812 Rdnr. 185 f.; *Larenz/Canaris*, SBT II/2, § 70 IV., S. 223; siehe auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 246 m. w. N.

Die unbekümmerte Anwendung der soeben dargelegten Regeln zur Bestimmung der bereicherungsrechtlich relevanten Leistungsbeziehungen führt zu dem von der schlichten Leistungslage abweichenden Ergebnis, dass nunmehr eine Leistungsbeziehung unmittelbar zwischen Bank und Verkäufer existiert. Wäre dies richtig, könnte die Bank ihre Leistung beim Verkäufer kondizieren, wenn sich herausstellt, dass der abgetretene Anspruch nicht bestand oder er später wegfällt. Dies bedeutet, dass die finanzierende Bank im Fall der Unwirksamkeit des Darlehensvertrags die Rückzahlung der Darlehensvaluta vom Verkäufer und – mangels Leistung im Verhältnis zum Käufer – nur vom Verkäufer verlangen könnte, soweit die Abtretung des vermeintlichen Darlehensauszahlungsanspruchs an den Verkäufer reichte.

Eine solche Direktkondition widerspricht allerdings in eklatanter Weise den schutzwürdigen Interessen des Verkäufers.²⁰ Dieser wird unter normalen Umständen das Eigentum am Kaufgegenstand nur dann aufgeben wollen, wenn er weiß, dass er dafür „sein Geld“ bekommt. Lässt man im Fall eines nichtigen Finanzierungsdarlehens allerdings die Direktkondition der Bank beim Verkäufer zu, so nützt es Letzterem wenig, wenn die Auflassung – wie in aller Regel – bis zur Zahlung „ausgesetzt“ wird. Denn ein vertragstreuer Verkäufer wird dem Notar den Erhalt des (vermeintlichen) Kaufpreises bestätigen und damit den Vollzug der Auflassung des Vertragsgrundstücks auslösen, sobald er – hochofret – den Eingang der Überweisung durch die Bank des Käufers auf seinem Konto feststellt. Diese Freude wird allerdings nur von kurzer Dauer sein, wenn die Bank die an den Verkäufer geflossene Darlehensvaluta von diesem wieder zurückfordert, (nur) weil ihr Darlehensvertrag mit dem Käufer unwirksam war. Nun wird der überraschte Verkäufer, der vermutlich weder die Bestimmungen des Darlehensvertrages noch die Gründe für dessen Unwirksamkeit kannte, realisieren, dass er sein Eigentum verloren hat, ohne den Kaufpreis tatsächlich erhalten zu haben.²¹

Durch die Direktkondition wird der Verkäufer – entgegen der typischen Interessenlage (vgl. oben) – mit Risiken aus dem Bereich der Kaufpreisfinanzierung, die man bei unvoreingenommener Betrachtung wohl eher dem Käufer und dessen Bank aufbürden würde, belastet.²² Sieht man die Zahlung der Bank ausschließlich als Leistung der Bank auf deren Verpflichtung aus dem Darlehensvertrag an und gestattet daher die Direktkondition, so bleibt dem Verkäufer immerhin der Kaufpreisanspruch. Bei einer Geldschuld tritt der zur Erfüllung i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB notwendige Leistungserfolg nämlich nur ein, wenn der Leistungsempfänger den Zahlungsbetrag endgültig behalten darf.²³ Der Fortbestand dieses Anspruchs bedeutet für den Verkäufer im Falle der Zahlungsunfähigkeit seines Vertragspartners freilich nur einen sehr schwachen Trost. Er steht im Krisenfall mit leeren Händen da.

²⁰ Ebenso *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247.

²¹ Allein der Umstand, dass der Verkäufer im Zusammenhang mit der Zahlung sein Eigentum am Grundstück verloren hat, wird einen Entreicherungsseinwand i. S. d. § 818 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht rechtfertigen können. Der Verkäufer war einerseits schon vor Erhalt des Geldes durch den Kaufvertrag zur Übereignung verpflichtet und wurde mit der Übereignung von der entsprechenden Verbindlichkeit befreit. Andererseits hat er immer noch den vollen Kaufpreisanspruch gegen den Käufer. Vgl. zur Frage der Entreicherung auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 248 m. w. N.

²² Siehe auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247, der zu Recht darauf hinweist, dass der Verkäufer „auf keinen Fall in Streitigkeiten zwischen dem Käufer und seinem finanzierenden Darlehensgeber hineingezogen werden“ will.

²³ BGH, ZNotP 2008, 362, 364.

Die Absicherung des Verkäufers durch die Vollzugsanweisung an den Notar wird auf diesem Wege *ad absurdum* geführt.

Angesichts dieser interessenwidrigen Ergebnisse liegt es auf der Hand, die zunächst gefundene Lösung normativ zu korrigieren.²⁴ Eine solche Korrektur kommt natürlich nur in Betracht, wenn die einzig denkbare andere Festlegung der Leistungsbeziehungen und der damit verbundene Rückabwicklungsweg, nämlich die Leistung und Rückabwicklung „über Eck“, den Interessen der Beteiligten besser gerecht werden. Hinsichtlich der Interessen des Verkäufers steht dies nach dem oben Gesagten außer Frage: Denn stellt sich die Zahlung der Bank an ihn als Leistung seines Vertragspartners, des Käufers, auf die Kaufpreisschuld dar, so darf er „sein Geld“ unabhängig von der Wirksamkeit des Darlehensvertrages behalten, solange nur der von ihm abgeschlossene Kaufvertrag wirksam ist. Ist der Kaufvertrag unwirksam, so sieht er sich zwar einem Herausgabeanspruch des Käufers ausgesetzt, er kann jedoch im Rahmen der Rückabwicklung seinerseits die Rückkauflassung des verkauften Grundstücks verlangen.

Aus denselben Gründen wird die Abwicklung „über Eck“ auch den Interessen des Käufers eher gerecht. Ist die Zahlung der Bank als deren Leistung an den Käufer und zugleich als Leistung des Käufers an den Verkäufer anzusehen, kann der Käufer nämlich vom Verkäufer den Kaufpreis (Zug um Zug gegen Rückübereignung des Kaufgegenstandes) herausverlangen, falls der Darlehensvertrag wirksam ist, der Kaufvertrag jedoch keinen Bestand hat. Besteht zwar ein Kaufvertrag, aber kein wirksamer Darlehensvertrag (mehr), so ist der Käufer bei dieser Lösung freilich gegenüber seiner Bank zur Herausgabe der Darlehensvaluta verpflichtet.²⁵ Dies ist jedoch in aller Regel nicht unbillig. Zum einen ist es unter normalen Umständen Sache des Käufers, wie er die Mittel aufbringt, um seine Zahlungsverpflichtung (§ 433 Abs. 2 BGB) zu erfüllen. Schließt er hierzu Darlehensverträge ab, ist es nur konsequent ihn mit den betreffenden Problemen zu belasten. Zum anderen kann der Käufer als Vertragsteil des Darlehensvertrages etwaige Unwirksamkeitsgründe eher erkennen oder verhindern als der hieran völlig unbeteiligte Verkäufer. Insgesamt ist somit der Käufer im Vergleich zum Verkäufer „näher dran“, die aus dem Darlehensvertrag resultierenden Risiken zu tragen. Dass der Käufer damit im Ergebnis mit den Gefahren aus zwei Vertragsverhältnissen, nämlich Kauf- und Darlehensvertrag, belastet wird, ist nicht weiter verwunderlich, da er als Einziger an beiden Verträgen beteiligt ist.²⁶

Bleibt noch die Bank. Eine Wahl zwischen Kondition beim Käufer und Direktkondition beim Verkäufer und die damit einhergehende wundersame Schuldnerverdopplung lässt sich sicherlich nicht begründen. Somit ist zu entscheiden, ob es den Interessen der Bank eher entspricht, wenn sie sich zur

²⁴ Diese Korrektur – nicht jedoch eine Überprüfung des Ergebnisses anhand der Interessenlage – erspart sich, wer auf eine Orientierung am zweigliedrigen Leistungsbegriff verzichtet und entsprechend der „Theorie des konditionsauslösenden Mangels“ annimmt, dass der Bereicherungsausgleich grundsätzlich zwischen den Parteien des fehlerhaften Kausalverhältnisses stattfindet (vgl. hierzu *Canaris*, NJW 1992, 869, 870 m. w. N.).

²⁵ Eine andere, hier jedoch nicht erhebliche Frage ist, ob im Fall eines sog. Doppelmangels (Unwirksamkeit von Kaufvertrag und Darlehensvertrag) eine Direktkondition interessengerecht ist. Vgl. hierzu *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 54 m. w. N.; *Bamberger/Roth/Wendehorst*, § 812 Rdnr. 185.

²⁶ Auch im Verhältnis zwischen Käufer und Bank ist regelmäßig der Käufer näher an den Risiken des anderen Vertragsverhältnisses (hier also des Kaufvertrages) „dran“.

Rückforderung eines zu Unrecht ausgezahlten Darlehens an den Zahlungsempfänger, also den ihr womöglich völlig unbekanntem Verkäufer wenden muss, oder ob sie sich an ihren Vertragspartner, den Käufer, halten kann. Die Antwort fällt nicht schwer. Die Bonität des Käufers konnte die Bank vor der Darlehensgewährung überprüfen, so dass sie mit dem Risiko von dessen Zahlungsunfähigkeit nicht unbillig belastet wird.²⁷ Ganz anders ist dies beim Verkäufer, dessen finanzielle Situation die Bank für gewöhnlich nicht kennt. Hinzu kommt, dass beim Verkäufer ein erhebliches Risiko besteht, dass dieser den Kaufpreis, im Glauben hierüber frei verfügen zu können, sogleich wieder ausgegeben hat (zudem ist der Verkäufer womöglich nicht mehr auffindbar). Im Vermögen des Käufers ist dagegen das Kaufgrundstück üblicherweise noch (als Bereicherung dem Werte nach) vorhanden. Notfalls kann die Bank die zu ihren Gunsten hieran bestellte Grundschuld verwerten, wegen der Einschränkung der Zweckerklärung bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung jedoch nur in Höhe der Beträge, die tatsächlich als Kaufpreis – und nicht nur als Darlehensvaluta – an den Verkäufer geflossen sind. Auch aus Sicht der Bank ist somit eine Verortung der Leistungsbeziehungen zwischen den jeweiligen Vertragsschließenden der Kausalverhältnisse und damit eine etwaige Rückabwicklung „über Eck“ vorzugswürdig.

Sofern keine außergewöhnlichen Umstände vorliegen, stellt sich die Zahlung der Bank an den Verkäufer – wie bei der schlichten Anweisungslage – als Leistung der Bank an deren Kunden, den Käufer, und zugleich als Leistung des Käufers an den Verkäufer dar. Zweck der erstgenannten Leistung ist die Erfüllung des Darlehensvertrages, der zweitgenannten die Erfüllung des Kaufvertrages. Die Abtretung des Auszahlungsanspruchs ändert an der Interessenlage der Beteiligten, verglichen mit der schlichten Anweisungslage (oben 2.) nicht das Geringste.²⁸ Schließlich könnten die Beteiligten die erstrebte Abwicklung ihrer Schuldverhältnisse durch eine einzige unmittelbare Vermögensverschiebung grundsätzlich auch ohne die Abtretung erreichen. Im Gegenteil, die Abtretung des Auszahlungsanspruchs erfolgt in aller Regel nur sicherungshalber, bestenfalls erfüllungshalber. Sie soll daher die Rechtsstellung des Verkäufers gegenüber den Rechtswirkungen der Anweisung nur verbessern und verstärken. Den Abtretungsempfänger gegenüber dem schlichten Anweisungsempfänger durch die Gewährung einer Direktkondition zu benachteiligen, erscheint auch vor diesem Hintergrund widersinnig.

III. Abweichende Interessenbewertung durch den V. Senat des BGH

Entgegen der obigen Interessenanalyse soll jedoch nach einer neueren Entscheidung des V. BGH-Senats²⁹ bei Unwirksamkeit des Darlehensvertrages die Rückabwicklung regelmäßig im Wege der Direktkondition zwischen Verkäufer und Bank erfolgen. Dieser Entscheidung lag ein Kaufvertrag über Wohnungseigentum zugrunde, der im Rahmen der Regelungen zur Finanzierungsmitwirkung des Käufers unter anderem die Abtretung der Auszahlungsansprüche an den Verkäufer vorsah (vgl. zu dieser Konstellation soeben II. 3.). Wegen der Nichtigkeit des Darlehensvertrages ging die Abtretung ins Leere, ein Anspruch auf Darlehensauszahlung bestand nicht und

konnte somit auch nicht erfüllt werden. Angesichts der Nichtigkeit des Darlehensvertrages verneint der BGH jedoch zudem auch das Vorliegen einer Erfüllungsleistung auf den Kaufpreisanspruch aus dem wirksamen Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer und lässt die Direktkondition der Bank beim Verkäufer zu.

Zur Begründung führt der BGH zunächst – insoweit durchaus nachvollziehbar – aus, die Erfüllung der Kaufpreisforderung durch die Darlehensauszahlung setze voraus, dass die Zahlung der Bank die Verbindlichkeit des Käufers erfüllen soll und mit einer entsprechenden Tilgungsbestimmung versehen ist.³⁰ Fehle eine solche Tilgungsbestimmung, könne die Zahlung des Darlehensgebers an den Verkäufer dem Käufer nicht als eigene rechtsgrundbewehrte Zahlung auf die Kaufpreisschuld zugerechnet werden. Sie bleibe eine Zahlung auf eine Nichtschuld. Diese sei ggf. (direkt) im Verhältnis der Bank zum Verkäufer nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln.³¹ Da nach Auffassung des Gerichts weder eine eigene Tilgungsbestimmung der Bank i. d. S. § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB hinsichtlich der Kaufpreisschuld vorlag, noch dem nichtigen Darlehensvertrag eine wirksame Tilgungsbestimmung des Käufers entnommen werden konnte, sah sich der V. Senat mit der Frage konfrontiert, ob in den Regelungen des Kaufvertrages eine Tilgungsbestimmung des Käufers enthalten sein könnte.

Mag man den Ausführungen des BGH bis zu diesem Punkt im Wesentlichen noch folgen, so gibt doch der Fortgang der Begründung des Senats Anlass zur Verwunderung. Denn auch nach Auslegung der Bestimmungen zur Finanzierungsmitwirkung in der Kaufvertragsurkunde vermochte der BGH keine wirksame Tilgungsbestimmung zu entdecken. Dabei stellt der V. Senat selbst zunächst Folgendes fest: „Die Abtretungsklausel enthält zwar die „unwiderrufliche“ Anweisung der Beklagten [Käufer] an die Klägerin [Bank], die Darlehensvaluta in Höhe des Kaufpreises an den Verkäufer auszuzahlen. Daraus lässt sich auch eine Tilgungsbestimmung der Beklagten ableiten.“³² Dies leuchtet ohne weiteres ein, wenn man sich an die eingangs geschilderte Interessenlage erinnert: Zweck der Bestimmungen zur Finanzierungsmitwirkung ist es gerade, den Käufer in die Lage zu versetzen, das Vertragsgrundstück seinem Darlehensgeber als Sicherheit zur Verfügung zu stellen, damit das so abgesicherte Darlehen zur Erfüllung der in derselben Urkunde übernommenen Kaufpreiszahlungsverpflichtung an den Verkäufer fließen kann. Schon dieser Umstand rechtfertigt im Regelfall die Annahme, dass es sich im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer um eine Kaufpreiszahlung (mit dementsprechender Tilgungsbestimmung des Käufers) handelt, wenn der Verkäufer „sein Geld“ von der Bank erhält.³³ Dies gilt natürlich erst recht, wenn weitere Bestimmungen im Vertrag enthalten sind, die – wie die Einschränkung der Zweckbestimmung, die Anweisung zur direkten Zahlung oder die Abtretung der Auszahlungsansprüche – ermöglichen bzw. sicherstellen sollen, dass der Verkäufer den Kaufpreis in jedem Fall direkt von der Bank erhält. Der BGH schränkt jedoch seine zutreffende Feststellung „unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer beiderseits interessengerechten Auslegung“³⁴ sogleich wieder ein. Er behauptet, Anweisung und Tilgungsbestimmung seien

²⁷ Ähnlich auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247.

²⁸ Siehe allgemein zum wertenden Vergleich mit der Anweisungslage *Canaris* in FS Karl Larenz, S. 799, 834 ff., und JZ 1993, 377, 387, sowie *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 6, 41 ff. m. w. N.

²⁹ DNotZ 2008, 923.

³⁰ Vgl. BGH, DNotZ 2008, 923 (Rdnr. 28).

³¹ Vgl. BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 31).

³² BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

³³ Dies gilt insbesondere, wenn der Käufer als Auftraggeber der Überweisung im Kontoauszug des Verkäufers erscheint; vgl. hierzu *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49.

³⁴ BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

nach dem – leider nicht zitierten – Wortlaut der Klausel „die Folge der zuvor erklärten Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs.“³⁵

Dieses Verständnis der Regelungszusammenhänge stellt jedoch die Verhältnisse auf den Kopf. Besinnt man sich auf die Interessenlage, so wird klar, dass die Regelungen zur direkten (Kaufpreis-)Zahlung durch die Bank an den Verkäufer und die sich hieraus ergebende Tilgungsbestimmung den Ausgangspunkt des Regelungskomplexes bilden. Die hierzu im Kaufvertrag getroffenen Vereinbarungen sollen bestmöglich gewährleisten, dass der Verkäufer, der seinen vertragsgegenständlichen Grundbesitz als Sicherheit für ein von seinem Vertragspartner benötigtes Darlehen zur Verfügung stellt, auch tatsächlich die Darlehenssumme als Kaufpreiszahlung erhält und die bestellte Grundschuld nicht anderweitig valuiert werden kann. Damit die Bank bei dieser Konstruktion mitspielt, muss sichergestellt sein, dass sie schuldbefreiend an den Verkäufer leisten und so den gegen sie gerichteten Auszahlungsanspruch (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfüllen kann. Dies kann zum einen mittels einer entsprechenden Anweisung des Käufers erfolgen, welche die Bank als Angewiesene ermächtigt, schuldbefreiend an den Verkäufer als Anweisungsempfänger zu leisten (§§ 362 Abs. 2, 787 Abs. 1 BGB).³⁶ Die Bank kann zum anderen auch dann schuldbefreiend an den Verkäufer (und nur an diesen) leisten, wenn er infolge einer Abtretung Anspruchsinhaber geworden ist. Einer zusätzlichen Anweisung bedarf es dann gar nicht, so dass diese auch kaum als „die Folge der zuvor erklärten Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs“ erscheinen kann.

Unabhängig davon, ob die Vertragsteile die Mitwirkung der Bank bei der direkten (Kaufpreis-)Zahlung mittels Anweisung und/oder Abtretung erreichen wollen, bedarf es aber in jedem Fall der Tilgungsbestimmung des Käufers.³⁷ Nur diese lässt – wie von den Beteiligten gewollt und erwartet – die Zahlung durch die Bank zu einer Erfüllung des Kaufpreisanspruchs durch den Käufer werden. Entscheiden sich die Beteiligten statt oder neben der Anweisung für die Abtretung, so erfolgt dies ersichtlich in dem Bestreben, die Rechtsposition des Verkäufers gegenüber der eines bloßen Anweisungsempfängers weiter zu stärken. Warum die Abtretung der Auszahlungsansprüche als zusätzliche, aber keineswegs unverzichtbare Sicherheit für den Verkäufer an der Tilgungsbestimmung irgendetwas ändern sollte, ist nicht nachvollziehbar.

Bedauerlicherweise ist der V. Senat hier jedoch anderer Ansicht. Seines Erachtens entspricht es den Interessen der am Kaufvertrag Beteiligten, dass „die Anweisung zur Auszahlung an den Verkäufer und die darin enthaltenen Tilgungsbestimmung nur für den Fall der Wirksamkeit der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs gelten sollten.“³⁸ Dies möchte der BGH folgendermaßen begründen: „Für den Verkäufer erkennbar konnten und wollten sich die Beklagten ihm gegenüber nur dazu verpflichten, die Klägerin aufgrund eines wirksamen Darlehensverhältnisses zu Zahlungen anzuweisen und entsprechende Tilgungsbestimmungen zu übermitteln. Etwas anderes wäre ihnen rechtlich auch gar nicht möglich gewesen. Ohne den Darlehensvertrag konnten die Beklagten

die Zahlung der Klägerin nicht zur eigenen Zahlung auf den Kaufvertrag bestimmen.“³⁹

Diese Argumentation erscheint allenfalls auf den ersten Blick logisch. Tatsächlich liegt ihr jedoch ein mit Grundprinzipien der deutschen Privatrechtsordnung kaum in Einklang zu bringendes Verständnis des Verhältnisses zwischen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft zugrunde. Denkt man die Auffassung des BGH konsequent zu Ende, so ließe sich auf deren Grundlage auch behaupten, ein Verkäufer wolle und könne sich nur zur Übereignung einer Sache verpflichten, deren Eigentümer er tatsächlich ist, oder gar, ein Verkäufer wolle für den Käufer erkennbar den Kaufgegenstand nur zur Erfüllung eines wirksamen Kaufvertrages übereignen. Theoretisch ist eine solche Sichtweise natürlich denkbar, mit dem Abstraktions- und Trennungsprinzip ist sie jedoch kaum vereinbar.

Bei seiner Argumentation scheint sich der V. Senat wenig darum zu kümmern, dass die Anweisung ein eigenständiges, abstraktes Rechtsgeschäft ist, für dessen Wirksamkeit Art und Inhalt der zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse ebenso wenig von Bedeutung sind, wie etwa die Wirksamkeit eines Kaufvertrages für die Übereignung einer Sache.⁴⁰ Der in einem Kaufvertrag mit Finanzierungsmitwirkung enthaltenen „unwiderruflichen“ Anweisung wird man zwar auch die (konkludente) Verpflichtung des anweisenden Käufers entnehmen können, eben diese Anweisung nicht zu widerrufen und die angewiesene Bank zu einer Auszahlung entsprechend der Anweisung zu bestimmen.⁴¹ Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Anweisung und die Verpflichtung hierzu ebenso voneinander verschieden sind, wie etwa Kauf und Auflassung. Gleiches gilt – unabhängig von deren genauer dogmatischer Einordnung⁴² – auch hinsichtlich der Tilgungsbestimmung, wobei diese zudem, selbst wenn sie in der entsprechenden Erklärung (konkludent) enthalten ist, nicht einfach mit der Anweisung gleichgesetzt werden kann.

Selbstverständlich kann der Käufer aufgrund eines nichtigen Darlehensvertrages von der Bank eine Auszahlung weder an den Verkäufer noch an sonst jemandem verlangen. Die rechtliche Befugnis des anweisenden Käufers, die angewiesene Bank zu einer Auszahlung an den Verkäufer entsprechend der Anweisung zu bestimmen (man könnte insoweit zur terminologischen Unterscheidung von einer „Weisung“⁴³ sprechen), kann sich nur aus den Rechtsbeziehungen im Deckungsverhältnis ergeben.⁴⁴ Hieraus folgt jedoch nicht, dass der Käufer sich nicht unabhängig hiervon gegenüber dem Verkäufer verpflichten „konnte und wollte“, für die direkte Zahlung der Bank zu sorgen. Einen allgemeinen Erfahrungssatz, dass nur Verpflichtungen übernommen wer-

³⁵ BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

³⁶ *Staudinger/Marburger*, BGB, 2009, § 783 Rdnr. 22; *MünchKommBGB/Habersack*, 5. Aufl., § 783 Rdnr. 32; zu der umstrittenen Frage, wie die Anweisung einer bestehenden Verbindlichkeit des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden zugeordnet wird, vgl. auch *Staudinger/Marburger*, § 787 Rdnr. 2; *MünchKommBGB/Habersack*, § 787 Rdnr. 3.

³⁷ *Larenz/Canaris*, SBT II/2, § 62 I.2. e), S. 39.

³⁸ BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

³⁹ BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

⁴⁰ Vgl. etwa BGHZ 147, 269, 275; *Staudinger/Marburger*, § 783 Rdnr. 4; *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49 f.; *MünchKommBGB/Habersack*, § 783 Rdnr. 6, 17 jeweils m. w. N.; siehe auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 247.

⁴¹ Ein Verzicht auf das Widerrufsrecht gemäß § 790 BGB gegenüber dem Anweisungsempfänger hindert einen gegenüber dem Angewiesenen erklärten Widerruf des Anweisenden nicht (*Staudinger/Marburger*, § 790 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Habersack*, § 790 Rdnr. 3). Umstritten ist, ob ein Verzicht auf das Widerrufsrecht unmittelbar gegenüber dem Angewiesenen möglich ist (befürwortend die wohl h. M., *Staudinger/Marburger*, § 790 Rdnr. 7 m. w. N.).

⁴² Vgl. hierzu *MünchKommBGB/Schwab*, § 812 Rdnr. 49.

⁴³ Diese Terminologie verwendet beispielsweise auch *Staudinger/S. Lorenz*, § 812 Rdnr. 49 ff.; *Staudinger/Marburger*, § 783 Rdnr. 22.

⁴⁴ Die Anweisung als solche ermächtigt zwar zur Zahlung an den Dritten, sie entfaltet für den Angewiesenen, hier also die Bank, keinerlei Bindungswirkung, vgl. nur *Staudinger/Marburger*, § 783 Rdnr. 22.

den, die auch erfüllt werden können, gibt es nicht. Eine solche Vorstellung wäre auch mit der Existenz des Leistungsstörungsrechts nicht in Einklang zu bringen. Man fragt sich, ob der V. Senat auch die Übereignungsverpflichtung des Verkäufers einer fremden Sache ablehnen würde, weil ihm eine Übereignung „rechtlich auch gar nicht möglich gewesen“ sei.

Vor allem aber hat die Frage, ob eine Verpflichtung des Käufers bestand, eine Auszahlung an den Verkäufer zu veranlassen, mit der hier allein interessierenden Wirksamkeit der Zweck- und Tilgungsbestimmung gar nichts zu tun. Warum es den Interessen auch nur eines Vertragsteils entsprechen sollte, diese Tilgungsbestimmung unter die Bedingung der Wirksamkeit des Darlehensvertrags im Deckungsverhältnis zu stellen, ist schlicht nicht zu erkennen. Die Tilgungsbestimmung kann „unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer beiderseits interessengerechten Auslegung“⁴⁵ nur dahingehend verstanden werden, dass Beträge, die seitens der Bank zur Tilgung des abgetretenen Auszahlungsanspruches – mag dieser bestehen oder nicht – an den Verkäufer geleistet werden, als Kaufpreiszahlung des Käufers gelten sollen. Käufer und Verkäufer haben gleichermaßen ein Interesse, dass der Zahlungsanspruch aus ihrem auf einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Vertrag mit der Zahlung der Bank erfüllt ist.⁴⁶ Allein dieses Verständnis entspricht auch der reinen Sicherungsfunktion der Abtretung des Auszahlungsanspruches. Auf die Frage, ob dem Käufer mangels wirksamen Darlehensvertrags tatsächlich die Rechtsmacht fehlt, diese Auszahlung an den Verkäufer durch „Weisung“ oder durch Abtretung des Auszahlungsanspruches zu bewirken, kommt es daher für das Bestehen der Tilgungsbestimmung nicht an. Ebenso wenig spielt es irgendeine Rolle, ob die Bank die Tilgungsbestimmung des Käufers an den Verkäufer übermittelte,⁴⁷ da diese Bestimmung ja bereits im Kaufvertrag enthalten ist.

Es mag sein, dass besondere Umstände des vom BGH entschiedenen Falles tatsächlich dessen Ergebnis zu rechtfertigen vermochten (etwa, wenn Verkäufer und Bank aus Sicht des Käufers im selben Lager standen), zumal sich nach der Rechtsprechung bei der Rückabwicklung im Dreipersonenverhältnis „jede schematische Lösung verbietet und in erster Linie die Besonderheiten des einzelnen Falles zu beachten sind.“⁴⁸ Das Urteil des V. Senats und dessen Begründung lassen solche Besonderheiten jedoch allenfalls errahnen.

IV. Auswege für den Vertragsgestalter

Unabhängig davon, ob die Auffassung des V. Senats zutreffend ist oder nicht, stellt sich die Frage, ob und ggf. wie die Vertragsgestaltung auf dessen Entscheidung reagieren kann. Wer nicht darauf vertrauen will, dass der BGH ohnehin bei nächster Gelegenheit im Sinne der oben dargestellten Interessenlage entscheiden wird, muss darüber nachdenken, seine Vertragsmuster anzupassen. Dabei gilt es zu bedenken, dass der V. Senat sein Ergebnis, eine wirksame Tilgungsbestimmung liege nicht vor, im Wege der Auslegung gewonnen hat. Ansatzpunkt des Vertragsgestalters sollte daher sein, Fragen über die Auslegung der Tilgungsbestimmung gar nicht auf-

kommen zu lassen und somit der Auslegung des BGH den Boden zu entziehen.

Regelungen, die gewährleisten, dass eine Grundpfandrechtsbestellung nur erfolgen kann und darf, wenn die zugehörige Sicherungsabrede eingeschränkt wird, sollten ohnehin in keiner Finanzierungsvollmacht fehlen. Es gilt sicherzustellen, dass vom Käufer bestellte Grundpfandrechte bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur in Höhe tatsächlich mit Tilgungswirkung auf dessen Kaufpreisforderung⁴⁹ erbrachter Beträge verwertet werden dürfen. Eine solche Einschränkung der Sicherungsabrede könnte beispielsweise folgendermaßen lauten:⁵⁰

Die Grundsuldgläubigerin darf die Grundsuld nur in Höhe der Beträge, welche mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet wurden, als Sicherheit verwerten und nur insoweit behalten. Alle weitergehenden Zweckerklärungen, Sicherungs- und Verwertungsvereinbarungen innerhalb oder außerhalb dieser Urkunde gelten erst, nachdem der Kaufpreis vollständig bezahlt ist, in jedem Fall ab Eigentumsumschreibung ...⁵¹

Zwar dient diese Gestaltung in erster Linie dazu, die Verwertbarkeit der Grundsuld auf solche Beträge zu beschränken, die als Kaufpreiszahlung an den Verkäufer geflossen sind. Eine korrekt formulierte Sicherungsabrede erscheint jedoch auch geeignet, das Auslegungsergebnis des BGH zur Tilgungsbestimmung in Frage zu stellen. Zentrale Bedeutung kommt hierbei der Verknüpfung zwischen Grundschuldvaluierung und Tilgung der Kaufpreisschuld zu. Enthalten nämlich sowohl Kaufvertrag als auch Grundschuldbestellung eine solche Einschränkung der Sicherungsabrede, so drängt sich folgender Schluss auf: Von der Bank entsprechend den Zahlungsbestimmungen des Kaufvertrages geleistete Beträge sollen gerade diese Tilgungswirkung, die eine Verwertung der Grundsuld erst zulässt, haben. Es liegt daher nahe, dass die Zahlung der Bank schon allein aufgrund der Sicherungsabrede mit einer entsprechenden Tilgungsbestimmung verbunden ist.⁵² Leider teilt der BGH noch nicht einmal mit, ob sich im seiner Entscheidung zugrundeliegenden Fall in Kaufvertrag oder Grundschuld überhaupt Bestimmungen zur Einschränkung der Sicherungsabrede fanden.

⁴⁹ Zu beachten ist, dass die Gestaltung auch den Fall abdecken muss, dass gemäß den Zahlungsbestimmungen des Kaufvertrages Zahlungen nicht unmittelbar an den Verkäufer erfolgen dürfen, sondern zum Zwecke der Lastenfreistellung an dessen Gläubiger zu leisten sind. Daher ist nicht auf die tatsächliche Zahlung an den Verkäufer, sondern allgemeiner auf die Tilgung des Kaufpreises abzustellen.

⁵⁰ Unsere Formulierung orientiert sich an den Formulierungsvorschlägen von *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A. I. IV., Rdnr. 120 und *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kapitel 2, A. I. 1. b) Rdnr. 3. Für wertvolle Hinweise danken wir außerdem Notar a. D. Dr. *Oswald Braun*, Starnberg.

⁵¹ Diese Formulierung erlaubt eine Valutierung (etwa zur Zahlung von Kosten, zum Bebauen der Vertragsfläche oder zum Erwerb eines anderen Objekts), auch wenn/soweit der Käufer den Kaufpreis anderweitig aufgebracht hat. Wer dies vermeiden möchte, sollte in Anlehnung an *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A. I. IV., Rdnr. 120, und *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kapitel 2, A. I. 1. b) Rdnr. 3. eine Verwertung nur soweit zulassen, „als die Grundschuldgläubigerin tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Käufers geleistet hat“. Besteht die Sorge, dass der Käufer sein Eigenkapital nicht aufbringt, kann die Verwertungsbefugnis ggf. noch weiter eingeschränkt und von der Tilgung des gesamten Kaufpreises abhängig gemacht werden (vgl. *Reymann*, MittBayNot 2008, 272, 274).

⁵² Die Frage, ob es sich hierbei um eine von der Bank überbrachte Tilgungsbestimmung des Käufers (vgl. hierzu oben Fn. 18) oder eine eigene Tilgungsbestimmung der Bank (vgl. *Keim*, DNotZ 2009, 245, 250 f.) handelt, spielt im Ergebnis keine Rolle.

⁴⁵ BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

⁴⁶ Vgl. oben (I.). Ohne Erfüllung wäre der Käufer womöglich weiterhin zur sofortigen Kaufpreiszahlung verpflichtet, während er einem gegen ihn gerichteten Bereicherungsanspruch der Bank unter Umständen Einreden oder Gegenansprüche entgegenhalten kann.

⁴⁷ Vgl. BGH, DNotZ 2008, 923, 924 (Rdnr. 32).

⁴⁸ BGHZ 122, 46, 52 f. m. w. N.; vgl. in jüngerer Zeit beispielsweise BGH, NJW 2004, 1169.

Ob die bislang häufig praktizierte Gestaltung mit einer Kombination aus Anweisung zur direkten Darlehensauszahlung an den Verkäufer und Abtretung der Auszahlungsansprüche noch unverändert beibehalten werden sollte, ist fraglich. Bei der „unwiderruflichen“ Anweisung, nur entsprechend den Bestimmungen des Kaufvertrages auszuzahlen, wird es jedoch verbleiben müssen. Denn dies ist, wie bereits dargestellt, erforderlich, damit die Bank überhaupt schuldbefreiend an den Verkäufer leisten kann. Die Abtretung ist dagegen, wie bereits erwähnt, im Regelfall entbehrlich. Um die Mitwirkung der Bank sicherzustellen, reichen Anweisung und Einschränkung der Sicherungsabrede völlig aus. Zudem geht die entsprechende Bestimmung ohnehin regelmäßig ins Leere, da im Darlehensvertrag üblicherweise die Abtretbarkeit der Auszahlungsansprüche ausgeschlossen wird.⁵³ Insbesondere ist eine solche Abtretung dann auch nicht geeignet, zu verhindern, dass Gläubiger des Käufers dessen Auszahlungsanspruch pfänden. Daher sollte die Abtretung, die der V. Senat zum Ausgangspunkt seiner Auslegung machte und die daher in gewisser Weise die Wurzel allen Übels ist, entfallen.⁵⁴

Eine zusätzliche Strategie, um zu vermeiden, dass den Beteiligten im Falle der Unwirksamkeit des Darlehensvertrages später das Fehlen einer Tilgungsbestimmung bezüglich der Kaufpreisschuld unterstellt wird, könnte darin bestehen, eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung unmittelbar in den Kaufvertrag aufzunehmen. Eine an den Interessen der Vertragsbeteiligten orientierte Formulierung solch einer Tilgungsbestimmung könnte etwa wie folgt lauten:

Die Vertragsteile vereinbaren,⁵⁵ dass in ihrem Verhältnis untereinander sämtliche vom Käufer veranlasste Zahlungen,

welche die Finanzierungsgläubigerin an den Verkäufer leistet, unabhängig von der Wirksamkeit der betreffenden Darlehensverträge, als Zahlungen des Käufers auf dessen Kaufpreisschuld anzusehen sind. Der Käufer⁵⁶ gibt hiermit eine entsprechende unwiderrufliche Tilgungsbestimmung ab, welche der Verkäufer annimmt.⁵⁷

Natürlich kann eine solche Klarstellung aber die Einschränkung der Sicherungsabrede – das „Kernstück“ jeder Finanzierungsvollmacht⁵⁸ – nicht ersetzen! Es handelt sich lediglich um eine Ergänzung der Regelungen zur Kaufpreiszahlung. Zwingend erforderlich ist diese Klarstellung freilich nicht. Schon allein aufgrund der Einschränkung der Sicherungsabrede – und bei einer wirklich interessengerechten Auslegung im Normalfall sogar ohne diese – müsste der BGH zu dem Ergebnis gelangen, dass die Bank des Käufers ihre Zahlung nicht beim Verkäufer kondizieren und ihm damit den einmal erhaltenen Kaufpreis wieder entreißen darf.

56 Dagegen sind Gestaltungen, die auf eine eigene ausdrückliche Tilgungsbestimmung der Bank hinsichtlich des Kaufpreises abzielen (vorsichtig in diese Richtung *Keim*, DNotZ 2009, 245, 250 m. w. N.) unseres Erachtens nicht zu empfehlen. Sie sind nicht nur für den Notar in der Abwicklung kaum zu überwachen. Vor allem bergen sie mannigfache Folgeprobleme, wenn seitens der Bank ohne die angestrebte Tilgungsbestimmung ausbezahlt wird (Soll dies dann gar keine Erfüllungswirkung haben? Darf die Grundschild dennoch verwertet werden? Muss der Verkäufer den Erhalt des Kaufpreises dennoch bestätigen? etc.).

57 Als denkbare Gestaltungsalternative könnte die Unabhängigkeit der im Kaufvertrag ohnehin enthaltenen Anweisung von der Wirksamkeit des Darlehensvertrages ausdrücklich festgeschrieben werden.

58 *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A. I. IV., Rdnr. 122; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2, Kapitel 2, A. XII. 1. b), Rdnr. 358.

53 Vgl. *Amann* in Beck'sches Notar-Handbuch, A. I. IV., Rdnr. 123; *Keim*, DNotZ 2009, 245, 249 m. w. N.

54 So auch *Keim*, DNotZ 2009, 245, 251.

55 Zur Zulässigkeit der Tilgungsvereinbarung vgl. MünchKommBGB/*Wenzel*, § 362 Rdnr. 14.

„Best Practice“ bei der Nummerierung in der Gesellschafterliste

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Bamberg vom 2.2.2010, 6 W 40/09¹ –

Von Notar Dr. *Hartmut Wicke*, LL. M., München

In die Gesellschafterliste der GmbH sind seit Inkrafttreten des MoMiG bekanntlich die laufenden Nummern der von den jeweiligen Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile aufzunehmen (§§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Wenngleich konkrete verbindliche Vorgaben für die Nummerierung im Gesetz nicht vorgesehen sind, und man in diesem Bereich keine bedeutenderen Rechtsprobleme von nennenswerter Komplexität erwarten würde, hatte sich das (nach dem FamFG unmittelbar als Beschwerdeinstanz zuständige) OLG Bamberg kürzlich mit der folgenden Frage zu befassen, die in Literatur und Registerpraxis bereits zu unterschiedlichen Auffassungen geführt hatte: Muss eine einmal vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile beibehalten werden, wenn aufgrund einer Veränderung im Bestand der Gesellschafter nach § 40 GmbHG eine neue Gesellschafterliste erstellt und beim Registergericht eingereicht wird? Das OLG Bamberg bejahte die Frage für den Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen, deren Umfang bei der Übertragung nicht (durch Teilung oder Zusammenlegung) geändert wurde. Der Beschluss bietet Anlass, die Thematik der Nummerierung von Geschäftsanteilen ein wenig genauer unter die Lupe zu nehmen.

I. Die Entscheidung des OLG Bamberg

In der streitgegenständlichen Liste waren die Angaben unter den laufenden Nummern 1 bis 12 der Gesellschafterliste durchgestrichen und die Erwerber der Geschäftsanteile unter den laufenden Nummern 13 bis 24 eingetragen. Nach dem Beschluss des OLG Bamberg war die einmal vergebene Nummerierung – im Einklang mit der Auffassung des LG Augsburg² und im Gegensatz zur Position des LG Stendal³ – beizubehalten. Die Beschwerde gegen die Zurückweisung der Veröffentlichung der Gesellschafterliste durch das Registergericht wurde daher als unbegründet zurückgewiesen, die Rechtsbeschwerde zum BGH aber zugelassen.

II. Prüfungsrecht des Registergerichts trotz Fehlens gesetzlicher Vorgaben?

Die Entscheidung mag auf den ersten Blick überraschen, wenn man sich vor Augen führt, dass sich weder im GmbHG, noch in der HRV oder auch nur in der Regierungsbegründung irgendein Hinweis darauf findet, wie die Nummern zu vergeben sind.⁴ Darüber hinaus hat das Registergericht im Hinblick auf die Gesellschafterliste primär die Funktion einer Verwahrestelle mit sehr eingeschränkten Kontrollzuständigkeiten. Jede Verzögerung bei der Aufnahme der Gesellschafterliste führt zu einem Aufschub der damit verbundenen Rechtswirkungen und kann insbesondere notwendige Beschlussfassungen der noch nicht gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG legitimierten aktuellen Gesellschafter hinauszögern. Zu berücksichtigen ist aber, dass nach der Rechtsprechung – im Einklang mit der herrschenden Literatur – das Registergericht die Einhaltung der für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Anforderungen gemäß § 40 GmbHG zu überwachen hat und dass darüber hinaus bei offenkundigen materiellen Mängeln eine Beanstandung erfolgen kann.⁵ Der Umfang der Prüfungskompe-

tenz ist damit letztlich davon abhängig, wie weitreichend die Gerichte die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der formalen Ausgestaltung der Liste verstehen. Wenn das OLG Bamberg die Art der Nummerierung als Teil der formalen Anforderungen des § 40 GmbHG ansieht, dann liegt dem sicherlich ein weites Begriffsverständnis zugrunde, unvertretbar erscheint die Rechtsauffassung aber nicht. Als sachdienliche Alternative wäre es im konkreten Fall denkbar gewesen, dass das Registergericht entsprechend einer verbreiteten Praxis die Liste unverzüglich aufgenommen und die Beteiligten im Nachgang auf Bedenken aufmerksam gemacht hätte.⁶ Möglicherweise hätte man sich dann pragmatisch auf die nachträgliche Einreichung einer korrigierten Liste verständigen können. Ob aber die Erfüllung der Verpflichtung aus § 40 Abs. 2 GmbHG dem Notar gegenüber durch Zwangsgeld nach § 14 HGB durchgesetzt werden kann, erscheint als fraglich.⁷

III. Lückenlose Nachvollziehbarkeit der Anteilsentwicklungen

1. Beibehaltung der Nummerierung von Geschäftsanteilen mit unveränderten Nennbeträgen

Nach Auffassung des OLG Bamberg legt bereits der Gesetzeswortlaut von § 40 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG nahe, dass die Geschäftsanteile fest mit einer Nummer verbunden werden müssen und dadurch eine konkrete Individualisierung erhalten. Wichtiger als das Wortlautargument erscheint der Sinn und Zweck der Nummernvergabe. § 40 GmbHG verfolgt das Anliegen, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und ist im Zusammenhang mit § 16 GmbHG zu sehen, wonach die Gesellschafterliste die Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte und zugleich Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von GmbH Geschäftsanteilen ist.⁸ Der Nummerierung kommt die Funktion zu, eine zweifelsfreie Identifizierung der Geschäftsanteile zu gewährleisten.⁹ Da nach neuem Recht gleichzeitig mehrere Geschäftsanteile mit einer minimalen 1-Euro-Stückelung übernommen werden

¹ MittBayNot 2010, 331 (in diesem Heft).

² NZG 2009, 1032.

³ NZG 2010, 393.

⁴ MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 28.

⁵ OLG München, DNotZ 2009, 869, 870; OLG München, NZG 2009, 797 f.; OLG Jena, BeckRS 2010, 07734; Scholz/Schneider, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Nachtrag MoMiG, § 40 Rdnr. 36; Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 11; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 75; Wicke, GmbHG, 2008, § 40 Rdnr. 6; einschränkend DNotI-Report 2009, 190 m. w. N. zum Streitstand.

⁶ MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 226.

⁷ Ablehnend OLG München, NZG 2009, 797; siehe auch Böttcher/Ries, Formularpraxis des Registerrechts, 2009, 881.

⁸ OLG Jena, BeckRS 2010, 07734; Wicke, GmbHG, § 40 Rdnr. 1.

⁹ Hasselmann, NZG 2009, 409, 413; Wicke, GmbHG, § 8 Rdnr. 4.

können, wird auf diese Weise zugleich dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen.¹⁰ Darüber hinaus wird allgemein davon ausgegangen, dass anhand der eingereichten Listen die Entwicklung des Gesellschafterbestandes und Veränderungen im Umfang der Beteiligung lückenlos nachvollziehbar sein müssen.¹¹ Diese Vorgabe kann beim Übergang eines Geschäftsanteils auf einen anderen Gesellschafter ohne Änderung des Nennbetrags zweifellos dadurch erfüllt werden, dass die einmal vergebene Nummer beibehalten wird, da der Werdegang der Gesellschafterverhältnisse anhand der Kette der eingereichten Listen ohne weiteres erkennbar ist.

2. Verminderte Übersichtlichkeit bei Neunummerierung

Werden neue Nummern vergeben, lässt sich die Historie der Anteilsverhältnisse hingegen nur dann zuverlässig verfolgen, wenn diese im Rahmen der in der Praxis üblichen Veränderungsspalte oder auf andere Weise sichtbar gemacht wird.¹² Im konkreten Fall des OLG Bamberg scheint sich aufgrund der Angabe der bisherigen Nummer in einer gesonderten Spalte ergeben zu haben, woher der jeweilige Anteil stammt. Die Neuvergabe von Nummern bei einer Veränderung in der Person der Gesellschafter ohne Teilung und Zusammenlegung der Anteile macht die für die Rechtswirkungen des § 16 GmbHG maßgebliche aktuelle Liste aber in jedem Fall unübersichtlicher, ohne dass der Erkenntniswert für den Rechtsverkehr in irgendeiner Form gesteigert würde. Vornehmlich aus Zweckmäßigkeitsgründen ist daher mit dem OLG Bamberg und der herrschenden Literatur davon auszugehen, dass die Nummern von Geschäftsanteilen mit unveränderten Nennbeträgen in der Gesellschafterliste regelmäßig beizubehalten sind und eine Neunummerierung somit ausscheiden muss.¹³ Wie das LG Augsburg zutreffend formuliert hat: „Eine derartige Nummerierung hätte keinen Wert.“¹⁴

IV. Umschreibung der Gesellschafterliste?

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die vom OLG Bamberg geforderte Beibehaltung der Nummerierung eines im Nennbetrag unveränderten Geschäftsanteils unter allen Umständen und gewissermaßen für die Ewigkeit gelten muss oder ob nicht in bestimmten Fällen Ausnahmen von diesem Grundsatz anzuerkennen sind. Eine neue Nummerierung kann insbesondere dann erforderlich werden, wenn die bisherige Liste unübersichtlich geworden ist. Im Grundbuch- und Handelsregisterrecht ist für entsprechende Konstellationen die Möglichkeit einer Umschreibung des betreffenden Grundbuch- oder Registerblatts vorgesehen (§ 28 GBV, § 21 HRV). Für die weniger regulierte und teilweise privat geführte Liste können in dieser Hinsicht keine strengeren Maßstäbe gelten. Da es sich aber um eine seltene und außergewöhnliche Maßnahme handelt, ist hierfür ein Beschluss der Gesellschafterversammlung notwendig.¹⁵ Um dem Erfordernis der lücken-

losen Nachvollziehbarkeit der Anteilsentwicklung auch in dieser Konstellation Rechnung tragen zu können, dürfte es erforderlich und daher ausnahmsweise zulässig sein, dass der betreffende (privatschriftliche oder notarielle) Gesellschafterbeschluss der Liste gemäß § 40 Abs. 1 bzw. 2 GmbHG als Anlage beigefügt wird oder dem Registergericht sonst zur allgemeinen Einsichtnahme übermittelt wird;¹⁶ im Interesse der Klarheit erscheint dieser Weg vorzugswürdig gegenüber aufwendigen Detailangaben in einer Veränderungsspalte. Sofern der Beschluss die Anteilsveränderungen hinreichend erkennen lässt, ist die Gesellschafterversammlung aber letztlich frei darin zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen eine erneute Vergabe der Nummern erfolgt und wie diese festzusetzen sind. Weitergehende, vom Registergericht zu prüfende materielle Voraussetzungen bestehen daher nicht. Wurde der Beschluss notariell beurkundet, reicht der Notar die geänderte Liste mit den neuen Nummern ein, andernfalls der Geschäftsführer.

V. Nummerierung bei Teilung und Zusammenlegung

1. Diskutierte Ansätze

Das OLG Bamberg hat die Frage offengelassen, inwieweit die laufende Nummerierung Änderungen erfahren kann, wenn die Veränderung einen Geschäftsanteil selbst betrifft, wie im Fall der Teilung oder Zusammenlegung. Die Beibehaltung derselben Nummer für mehrere nach Teilung neu entstehende Anteile würde bei gleichen Nennbeträgen eine Identifizierung ausschließen und muss daher ausscheiden. Als „Best Practice“ erscheint es, für alle durch Teilung entstandenen (Teil-) Geschäftsanteile neue Nummern zu vergeben, die bisher noch gänzlich frei waren.¹⁷ Favorisiert wird daneben in der Literatur eine Gliederung nach Abschnittsnummern (1.1, 1.2 usw.)¹⁸, die aber bei mehrfachen Teilungen eher unübersichtlich wird. Dem Geschäftsführer oder Notar wird innerhalb des durch die Funktion der Gesellschafterliste vorgegebenen Rahmens eine eigene Entscheidungsbefugnis zugestanden.¹⁹ Abzuraten ist schon im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut „Nummern“ hingegen von einer Verwendung von ergänzenden Buchstaben (1a, 1b).²⁰ Eine neue Nummer sollte ferner bei der Zusammenlegung mehrerer Anteile vergeben werden. Dies kann auch bei einer Gliederung nach Abschnittsnummern erforderlich werden, wenn beispielsweise die Anteile mit den laufenden Nummern 1.2.3 und 3.4.5 zusammengelegt werden sollen.

2. Veränderungsspalte

Es dürfte sich inzwischen allgemein eingebürgert haben, im Rahmen einer Veränderungsspalte zu vermerken, wie und aus welchen Geschäftsanteilen die neu entstandenen Geschäftsanteile hervorgegangen sind.²¹ Nimmt man das o. g. Anliegen

¹⁰ MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 27.

¹¹ Vgl. OLG Jena, BeckRS 2010, 07734; LG München, BeckRS 2010, 02390; Wicke, GmbHG, § 40 Rdnr. 4; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 5; Roth/Altmeppen, GmbHG, § 40 Rdnr. 8.

¹² Vgl. auch LG Stendal, NZG 2010, 393.

¹³ Scholz/Schneider, GmbHG, § 40 Rdnr. 12; van de Loo, GWR 2010, 189; LG Augsburg, NZG 2009, 1032; a. A. LG Stendal, NZG 2010, 393; Wachter, NZG 2009, 1001, 1002.

¹⁴ NZG 2009, 1032, 1033.

¹⁵ Vgl. Wicke, GmbHG, § 37 Rdnr. 3.

¹⁶ Vgl. auch Tebben, RNotZ 2008, 441, 456.

¹⁷ Vgl. Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 738; Wicke, GmbHG, § 8 Rdnr. 4; Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 469; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 32 f., nach dessen Auffassung es auch zulässig ist, wenn ein Teil des bisherigen Geschäftsanteils die bisherige Nummer behält.

¹⁸ Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2000; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1042; sympathisierend OLG Jena, BeckRS 2010, 07734.

¹⁹ OLG Jena, BeckRS 2010, 07734.

²⁰ D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1042; siehe aber das Muster von Kroiß/Everts/Poller, GmbH-Registerrecht, Rdnr. 126.

²¹ Zur Zulässigkeit siehe OLG Jena, BeckRS 2010, 07734; Wicke, DNotZ 2009, 874.

erst, dass anhand der eingereichten Listen die Entwicklung des Gesellschafterbestandes und Veränderungen im Umfang der Beteiligung lückenlos nachvollziehbar sein müssen, bedeutet dies, dass etwa bei einer Abtretung mehrerer Geschäftsanteile mit gleichen Nennbeträgen an jeweils unterschiedliche Gesellschafter unter gleichzeitiger Zusammenlegung bei den Erwerbem entsprechende Angaben über die erfolgte Veränderung nicht nur „wünschenswert“²², sondern zwingend erforderlich sein können. In der Praxis ist es weit verbreitet, bei einer Neuvergabe von Nummern im Anschluss an eine Teilung oder Zusammenlegung die alten weggefallenen Angaben unter der bisherigen Nummer im Sinne einer Rötung zu unterstreichen.

VI. Weitere Fragen

Die Nummerierung der Anteile gehört nicht zum zwingenden Satzungsinhalt des § 3 Abs. 1 GmbHG.²³ Die erstmalige Vergabe der Nummern erfolgt bei der Gründung daher durch die Geschäftsführer, bei der Kapitalerhöhung durch den Notar, jeweils nach pflichtgemäßem Ermessen und ohne das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses.²⁴ Es können aber auch die Gesellschafter die laufenden Nummern vorab festsetzen, etwa im Rahmen der Gründungssatzung oder aufgrund eines Beschlusses zur Kapitalerhöhung oder zur Teilung bzw. Zusammenlegung von Geschäftsanteilen.²⁵ Bei einer Kapitalerhöhung durch Nennwertaufstockung bestehender Anteile empfiehlt es sich im Interesse der Einfachheit, die bisherige Nummerierung beizubehalten, ebenso bei

der Nennwertherabsetzung im Rahmen einer Kapitalherabsetzung. Auch eigene Geschäftsanteile der GmbH, kaduzierte, nicht wirksam übernommene oder sonst untergegangene Anteile sind mit entsprechendem Vermerk aufzuführen.²⁶

VII. Fazit

Es bleibt zu hoffen, dass nach Befassung des BGH mit der vorliegenden Rechtsfrage die erwünschte Klarheit hinsichtlich der Nummerierung in der Gesellschafterliste geschaffen und sich dann alsbald eine pragmatische und möglichst einheitliche Linie in der Praxis durchsetzen wird. Die teilweise privat geführte und beim Handelsregister hinterlegte Gesellschafterliste mit den in § 16 GmbHG vorgesehenen Rechtswirkungen ist ein echtes Novum im deutschen Recht, das mit relativ geringem Regelungsaufwand eingeführt wurde. Nach einer ersten Erprobungsphase lässt sich aber konstatieren, dass ein zentrales Ziel der Neuregelung, die Schaffung transparenter Beteiligungsverhältnisse, schon nach sehr kurzer Zeit in nachhaltiger Form erreicht worden ist. Die Zuverlässigkeit der Listenangaben hat sich in der Praxis deutlich erhöht, die Möglichkeiten der Online-Abfrage zur Ermittlung der Beteiligungsverhältnisse werden weitläufig genutzt. Ungeachtet einzelner offen gebliebener Fragen und sinnvoller Verbesserungsvorschläge im Detail²⁷ scheint sich die Gesellschafterliste daher zu einem sehr erfolgreichen Kapital der GmbH-Reform zu entwickeln.²⁸

²² Vgl. LG Augsburg, NZG 2009, 1032, 1033.

²³ Zutreffend *Tebben*, RNotZ 2008, 441, 456; a. A. wohl *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 40 Rdnr. 11.

²⁴ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1042; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 17.

²⁵ *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 413.

²⁶ *Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 5; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, § 40 Rdnr. 9; zur Problematik untergegangener Geschäftsanteile im Hinblick auf § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n. F. siehe *Wicke*, GmbHG, § 34 Rdnr. 3; DNotI-Report 2010, 29.

²⁷ Vgl. *Wicke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 28.

²⁸ Vgl. auch *Wachter*, GmbHR 2010, R 113.

Grundstückserwerb durch Gesellschaften bürgerlichen Rechts unter Geltung der gesetzlichen Neuregelungen des ERVGBG

– zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 5.2.2010, 34 Wx 116/09¹ und des OLG Saarbrücken vom 26.2.2010, 5 W 371/09-134² –

Von Notar *Konrad Lautner*, Straubing

Nach einem Beschluss des OLG Schleswig³ aus dem letzten Jahr sind nun zwei weitere obergerichtliche Entscheidungen ergangen, die sich mit der Frage des Grundstückserwerbs durch eine GbR nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelungen zur Behandlung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Grundstücksrecht durch das ERVGBG⁴ beschäftigen. Alle drei Entscheidungen zeigen, dass der Gesetzgeber offenbar nur einen Teil der Probleme der nun auch von ihm als rechtsfähig anerkannten⁵ GbR im Grundstücksrecht gelöst hat.

Standen in der bisherigen Diskussion wegen der Nachweisschwierigkeiten, die bei der rechtsfähigen GbR im Grundbuchverfahren hinsichtlich Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung bestehen, vor allem die Fragen im Vordergrund, die bei Grundstücksveräußerungen durch eine GbR auftreten, verlagert sich derzeit das Blickfeld auf die Fragen des Erwerbs durch eine GbR: Stellte man noch vor Kurzem⁶ fest, man bringe eine rechtsfähige GbR zwar ins Grundbuch hinein, aber nicht mehr heraus,⁷ so müsste man nunmehr diesen Satz wohl eher genau umgekehrt formulieren. Denn veräußert eine unter Nennung ihrer Gesellschafter im Grundbuch bereits eingetragene GbR Grundbesitz und handeln dabei sämtliche eingetragenen Gesellschafter für die Gesellschaft, hilft jetzt die wie § 891 BGB auch im Grundbuchverfahren zu beachtende⁸ gesetzliche Vermutung des § 899 a Satz 1 BGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO,⁹ wonach die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der GbR tatsächlich deren Gesellschafter sind und weitere Gesellschafter nicht vorhanden sind, so dass die eingetragenen Gesellschafter als gemeinsam vertretungsberechtigt gelten (§§ 714, 709 Abs. 1 BGB). Zudem umfasst § 899 a Satz 1 BGB nach herrschender Meinung¹⁰ darüber

hinaus die Vermutung, dass die Gesellschaft (noch) existiert. Weitere Existenz- und Vertretungsnachweise können und dürfen daher vom Grundbuchamt in den Veräußerungsfällen i. d. R. nicht verlangt werden.¹¹ Die Nachweisfragen beim Erwerb von Grundstücken und beschränkt dinglichen Rechten durch eine rechtsfähige GbR regeln die neuen Vorschriften dagegen nicht. § 899 a BGB hilft insoweit wegen der Beschränkung seiner Reichweite auf das eingetragene Recht selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft schon anderweitig im Grundbuch eingetragen ist.¹² In den Erwerbsfällen finden daher die allgemeinen Bestimmungen und Grundsätze des Grundbuchverfahrensrechts Anwendung, insbesondere die §§ 19, 20 und 29 GBO.

I. Die erwerbende GbR – Nachweise im Grundbuchverfahren

Zur Frage des Umfangs der Prüfungspflicht von Notar und Grundbuchamt bei Rechtsgeschäften mit einer GbR auf Erwerberseite wird unstreitig entsprechend allgemeiner grundbuchrechtlicher Verfahrensgrundsätze unterschieden, ob Eintragungen unter Geltung des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO) oder des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO) erfolgen sollen.¹³ Besonders deutlich zeigen dies die Ausführungen des 2. Zivilsenats des OLG Schleswig¹⁴ zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für eine GbR. Zu Recht stellt das Gericht dort zunächst klar, dass bei der Eintragung der Vormerkung – verfahrensrechtlich ein Fall des § 19 GBO – hinsichtlich der Person des Erwerbers vom Grundbuchamt ohne besondere Anhaltspunkte keine weiteren Nachforschungen anzustellen sind und insbesondere auch nicht die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags verlangt werden kann. Anschließend weist es aber das Grundbuchamt konsequent darauf hin, dass das bei der nachfolgenden Eigentumsumschreibung anders zu sehen sein wird. Denn dann gilt § 20 GBO, so dass nach allgemeinen Regeln¹⁵ vom Grundbuchamt Existenz und Identität der erwerbenden Gesellschaft und die

1 MittBayNot, 2010, 310 (in diesem Heft).

2 MittBayNot, 2010, 311 (in diesem Heft).

3 DNotZ 2010, 296 = NotBZ 2010, 113.

4 Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 11.8.2009, BGBl I, S. 2713. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes sind in Kraft getreten am 18.8.2009. Zur Neuregelung ausführlich *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613; *Krauß*, notar 2009, 429, 434; *Kuckein/Jenn*, NZG 2009, 848; *Lautner*, DNotZ 2009, 650; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421; *Steffek*, ZIP 2009, 1445; *Wicke*, GWR 2009, 336.

5 A. A. ersichtlich nur *Scherer*, NJW 2009, 3063, die mit einer für mich nicht nachvollziehbaren Argumentation vertritt, dass der Gesetzgeber durch § 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB die Rechtsfähigkeit der GbR wieder in Frage gestellt habe.

6 Nach dem Beschluss des BGH, MittBayNot 2009, 225.

7 *Lautner*, NotBZ 2009, 77, 80; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 616.

8 *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 47 Rdnr. 32.

9 Bei Eintragungen vor dem 18.8.2009 i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB. Siehe hierzu bereits: OLG München, MittBayNot 2009, 466 und MittBayNot 2010, 126 = FGPrax 2009, 257.

10 BT-Drucks. 16/13437, S. 26 f., 31; *Demharter*, GBO, § 47 Rdnr. 32 f.; BeckOK-BGB/*Eckert*, Ed. 16, Stand: 1.2.2010, § 899 a Rdnr. 3; jurisPK-BGB/*Toussaint*, 4. Aufl. 2008, § 899 a Rdnr. 23; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 541; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 623; *Krauß*, notar 2009, 429, 430; *Langenfeld*, ZEV 2010, 17, 21; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 667; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 447; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 422; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337 f.; a. A. *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1453 f.; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 174; zweifelnd auch: *Palandt/Bassenge*, BGB, 69. Aufl. 2010, § 899 a Rdnr. 6.

11 OLG München, MittBayNot 2009, 466 und NotBZ 2009, 414 = FGPrax 2009, 257.

12 OLG Schleswig, DNotZ 2010, 296; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 659, 660 f.; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 178; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 450; *Krauß*, notar 2009, 429, 436; a. A. *Hertel*, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2009/2010“, S. 24 f.

13 *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 177; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 657 ff.; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 540; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 617 f.

14 DNotZ 2010, 296.

15 *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl. 2006, § 20 Rdnr. 186, 188; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 20 Rdnr. 1.

Vertretungsberechtigung der Handelnden zu prüfen sind.¹⁶ Und die Vermutung des § 899 a BGB gilt, wie das Gericht richtig feststellt, trotz Eintragung der GbR auf demselben Grundbuchblatt als Berechtigte der Auflassungsvormerkung nicht für die nachfolgende Eintragung ihres Eigentumserwerbs, da die Eintragung der Eigentumsumschreibung eben nicht in „Ansehung des eingetragenen Rechts“, also der Vormerkung, erfolgt.¹⁷

1. Der Anwendungsbereich des § 19 GBO

Das Grundbuchamt braucht und darf also im Anwendungsbereich des § 19 GBO im Normalfall nicht prüfen, ob die in der Eintragungsbewilligung bezeichnete GbR existiert, tatsächlich aus den dort bezeichneten Gesellschaftern besteht und diese daher zu deren Vertretung berechtigt sind.¹⁸ Es ist lediglich eine abstrakte Plausibilitätskontrolle vorzunehmen.¹⁹ Nur wenn aufgrund konkreter, dem Grundbuchamt bekannter Tatsachen, ein Erwerb der in der Bewilligung bezeichneten GbR nicht in Betracht kommt, weil diese nicht existiert oder jedenfalls nicht aus den angegebenen Gesellschaftern besteht, darf das Grundbuchamt die Eintragung ablehnen. Dies gilt natürlich entsprechend auch für den Notar, sofern er lediglich die Eintragungsbewilligung des Betroffenen beurkundet. Namentlich *Bestelmeyer*²⁰ kritisiert dieses Ergebnis, weil damit ungeprüft ein Gesellschafterbestand ins Grundbuch gelange, an den später zulasten der materiell berechtigten GbR ein gutgläubiger Erwerb anknüpfen könne. Nur ist dies eben wie auch sonst Folge des formellen Konsensprinzips, mit dem das Gesetz im Interesse einer Erleichterung des Grundbuchverfahrens die Gefahr eines materiellrechtlich unrichtigen Grundbuchs in Kauf nimmt.²¹ Und wenn der Gesetzgeber mit § 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB die Eintragung der Gesellschafter (wieder) zum Grundbuchinhalt macht, obwohl diese Eintragung nicht den Berechtigten selbst verlaubar, sondern dessen Gesellschafterbestand, gilt das eben auch für die vom Betroffenen in der Eintragungsbewilligung bezeichneten Gesellschafter. Eine „Situation, (...) die im Immobilienrecht ihresgleichen sucht“²², ist das aus meiner Sicht deshalb nicht. Zuzugeben ist allerdings, dass bei den registrierten Personengesellschaften (OHG, KG, PartG) eine vergleichbare Situation, nämlich dass durch eine der Gesellschaft u. U. gar nicht zurechenbare Erklärung eines Dritten²³ Gesellschafter fälschlich ins Register gelangen und daran ein gutgläubiger Erwerb anknüpft, nicht eintreten könnte. Denn deren vertretungsberechtigte Gesellschafter können bekanntermaßen nur aufgrund einer Anmeldung aller Gesellschafter selbst, §§ 108, 161 Abs. 2 HGB, § 4 Abs. 1 Satz 1 PartGG, in das Handels- bzw. Partnerschaftsregister eingetragen werden, nicht aufgrund von Verfahrenserklärungen eines wie auch immer betroffenen Dritten. Allerdings halte ich diese auf den Besonderheiten des Grundbuchverfahrensrechts beruhende

Diskrepanz deshalb für hinnehmbar, weil durch § 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB das Grundbuch nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers gerade nicht zu einem allgemeinen Gesellschaftsregister für die GbR werden sollte²⁴ und auch nicht geworden ist. Die Folgen eines etwaigen gutgläubigen Erwerbs für die berechtigte GbR aufgrund des Handelns in Wahrheit nicht an der Gesellschaft beteiligter Personen beschränken sich somit allenfalls auf den Verlust des konkreten Rechts, das für die GbR eingetragen wurde. Darüber hinausgehende Konsequenzen für etwaige weitere Rechtsgeschäfte der fälschlich eingetragenen Gesellschafter dieser GbR mit für die Gesellschaft unkalkulierbaren Haftungsrisiken, wie sie bei den registrierten Personengesellschaften gemäß § 15 Abs. 3 HGB, § 5 Abs. 2 PartGG eintreten könnten, so dass die herrschende Meinung²⁵ die Reichweite dieser Vorschriften zu Recht durch das Erfordernis der Zurechenbarkeit einschränkt, gibt es für die GbR nicht.

2. Der Anwendungsbereich des § 20 GBO

Da demgegenüber unter Geltung des materiellen Konsensprinzips des § 20 GBO die Einigung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO so nachgewiesen werden muss, wie sie sachlichrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist,²⁶ sind auch die Existenz und die Identität der erwerbenden Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für sie Handelnden in dieser Form²⁷ dem Grundbuchamt – und wegen §§ 12, 17 BeurkG ebenso dem Notar – nachzuweisen. Das stellen richtigerweise sowohl das OLG München und das OLG Saarbrücken als auch schon zuvor das OLG Schleswig²⁸ nochmals ausdrücklich klar.

a) Entbehrlichkeit des Nachweises wegen § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO?

§ 47 Abs. 2 Satz 2 GBO, der die für den Berechtigten geltenden Vorschriften der GBO als auf die einzutragenden Gesellschafter entsprechend anwendbar erklärt, befreit hiervon nicht.²⁹ Die Bedeutung dieser Vorschrift besteht nicht darin, dass sie die Gesellschafter verfahrensrechtlich wieder zu „Quasiberechtigten“ erklärt und damit die alte Rechtslage vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR wieder herstellt. Berechtig ist und bleibt nach Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Neuregelung und entsprechend dem gesetzgeberischen Willen allein die GbR. Der Zweck der Vorschrift liegt vielmehr darin, für den zur Identifizierung der berechtigten GbR und zum Nachweis der Vertretungsmacht gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch einzutragenden Zusatzinhalt „Gesellschafterbestand“ und die hiermit verbundene neue beschränkt registerliche Funktion³⁰ des Grundbuchs die Verfahrensbestimmungen des Grundbuchrechts zur Anwendung zu bringen. Die Rechtsverhältnisse der erwerbenden GbR selbst müssen daher trotz § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO nach allgemeinen Regeln nachgewiesen werden, genauso wie etwa die einer OHG.

¹⁶ Lautner, DNotZ 2009, 650, 657 ff.; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 177 f.; Böttcher, ZNotP 2010, 173, 176; ZfIR 2009, 613, 618; Wicke, GWR 2009, 336, 337.

¹⁷ NotBZ 2010, 113.

¹⁸ Böhringer, Rpfleger 2009, 537, 540; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 617 f.; Lautner, DNotZ 2009, 650, 660.

¹⁹ Böhringer, Rpfleger 2009, 537, 540.

²⁰ Rpfleger 2010, 169, 177.

²¹ KEHE/Munzig, GBO, § 19 Rdnr. 6; Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 6, 9.

²² Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 177.

²³ Darin liegt aus meiner Sicht das Problem, nicht darin, dass die GbR bestimmt, welche Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden, wie Bestelmeyer meint, Rpfleger 2010, 169, 177.

²⁴ BT-Drucks. 16/13437, S. 30.

²⁵ Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 15 Rdnr. 19 m. w. N.

²⁶ Demharter, GBO, § 20 Rdnr. 14, 38.

²⁷ Die Anwendbarkeit des § 29 GBO wurde auch vom BGH in seiner Entscheidung vom 4.12.2008 nicht in Frage gestellt, MittBayNot 2009, 225, 227.

²⁸ DNotZ 2010, 296.

²⁹ So aber Hertel, DAI-Skript (Fn. 12), S. 19.

³⁰ Lautner, DNotZ 2009, 650, 652.

b) Entbehrlichkeit des Nachweises aus materiellrechtlichen Gründen?

Neuerdings wird allerdings von *Weimer* bestritten,³¹ dass bei einer erwerbenden GbR, die im Zeitpunkt des Erwerbs nach Angabe der für sie Handelnden bereits bestanden hatte, auch die Identität der erwerbenden Gesellschaft mit einer früher gegründeten zu prüfen sei. Letztlich wird von ihm damit argumentiert, dass materiellrechtlich immer entweder irgendeine GbR, deren Gesellschafter die handelnden Personen sind, als erwerbende Gesellschaft bereits besteht oder jedenfalls aufgrund konkludenter Neugründung durch die als ihre Gesellschafter handelnden Personen in der Erwerbsurkunde zur Entstehung kommt und es daher, wenn und weil die Vertretungsberechtigung der Handelnden und die Existenz (irgend-) einer GbR damit nachgewiesen sei, auf Identitätsfragen („Ist diese GbR mit einer früher gegründeten identisch?“) aus Sicht des Verfahrensrechts gar nicht ankomme.³² Die Prämissen dieser Ansicht sind jedoch weder aus Sicht des materiellen Rechts noch aus der des Grundbuchverfahrensrechts richtig.

aa) Zum einen liegt schon nicht in jedem Auftreten von Personen mit der Behauptung, für eine zwischen ihnen bereits bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Grundstück erwerben zu wollen, die konkludente Neugründung einer GbR, falls die behauptete GbR bislang nicht existiert hat.³³ Denn wie will man beispielsweise einer Erklärung: „Wir kaufen und erwerben für die aus uns bestehende GbR mit dem Namen X und dem Sitz in Y, gegründet durch Vertrag vom 1.1.2010“ nach allgemeinen Auslegungsregeln aus der Sicht eines sorgfältigen Erklärungsempfängers, §§ 133, 157 BGB, den Erklärungswert beimessen „Wir gründen eine andere GbR mit dem Namen X mit dem Sitz in Y heute neu“? M. E. fehlt es in einem solchen Fall schon an einem diesbezüglichen, für den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung zwingend notwendigen, erkennbaren Rechtsbindungswillens³⁴ der Gesellschafter. Denn diese wollen in Bezug auf die GbR ersichtlich nur insoweit eine Willenserklärung, und zwar gegenüber dem Verkäufer, abgeben, als sie damit im Rahmen der zum Zustandekommen von Kaufvertrag und Auflassung erforderlichen Willenserklärungen die von ihnen vertretene Gesellschaft als Vertragspartei bezeichnen, § 164 Abs. 1 BGB, während im Verhältnis zueinander ein auf Neuabschluss eines Gesellschaftsvertrags gerichteter Verpflichtungswille offensichtlich fehlt. Erklärungsempfänger der Willenserklärungen, die den *Gesellschaftsvertrag* zustande bringen sollen, sind ja fraglos die jeweils anderen Gesellschafter und nicht, wie *Weimer* meint,³⁵ der Verkäufer des Grundstücks. Es mag ja sein, dass dem Verkäufer egal ist, welche aus den Handelnden bestehende GbR sein Grundstück kauft.³⁶ Für die Gesellschafter, und auf deren Empfängerhorizont kommt es materiellrechtlich hierfür einzig an, gilt das aber sicher nicht. Ihnen hier im Zweifel immer die konkludente Gründung einer Neu-GbR zu unterstellen, ist daher schon auf

materiellrechtlicher Ebene mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nicht vereinbar. Mit einem geheimen Vorbehalt i. S. d. § 116 BGB lässt sich genauso wenig argumentieren.³⁷ Ein solcher setzt nämlich ebenfalls das Vorliegen des objektiven Tatbestands einer Willenserklärung, in diesem Fall: gerichtet auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, voraus.³⁸

Denkbar wäre materiellrechtlich, wenn überhaupt, allenfalls die Annahme einer konkludenten rechtsgeschäftlichen Bestätigung eines Gesellschaftsvertrags i. S. d. § 141 BGB,³⁹ die vom Gesetz gemäß § 141 Abs. 1 BGB als Neuvornahme unter erleichterten Voraussetzungen⁴⁰ behandelt wird. Eine solche würde aber erfordern, dass vor der Beurkundung des Erwerbsvertrags eine, wenn auch nichtige, Willenseinigung zwischen den Handelnden über den Gesellschaftsvertrag überhaupt zustande gekommen ist,⁴¹ so dass sie ins Leere geht, wenn es an einer Einigung zwischen den für die GbR Handelnden bisher völlig fehlte. Doch auch wenn ein nichtiger Gesellschaftsvertrag bereits abgeschlossen war, verlangt die herrschende Meinung für eine Bestätigung einen Bestätigungswillen in der Weise, dass bei den Beteiligten zumindest erkennbare Zweifel an der Wirksamkeit des ursprünglichen Rechtsgeschäfts bestehen müssen.⁴² Ohne solche erkennbaren Zweifel wenigstens eines der Gesellschafter kommt eine konkludente Bestätigung nicht in Betracht. In den hier fraglichen Fällen werden die Gesellschafter aber in aller Regel nicht an der Wirksamkeit ihres Gesellschaftsvertrags zweifeln. Materiellrechtlich ist es daher keineswegs so, dass jedes Auftreten mehrerer Personen mit der Behauptung, für eine zwischen ihnen bereits bestehende GbR erwerben zu wollen, eine GbR neu entstehen lässt, wenn diese bislang nicht existierte.

bb) Zum anderen ist es aber eben auch grundbuchverfahrensrechtlich nicht gleichgültig, welche aus den Handelnden bestehende GbR ein Grundstück erwirbt. Das OLG München hat in seinem Beschluss genau dies deutlich gemacht. Denn es stellt zu Recht klar, dass unabhängig von der Frage des Nachweises im Grundbuchverfahren jedenfalls die Auflassungserklärung selbst für Grundbuchzwecke hinsichtlich der erwerbenden Gesellschaft so bestimmt sein muss, dass deren Identität als unverwechselbares Rechtssubjekt feststeht.⁴³ Dieser allgemeine, aus dem Bestimmtheitsgebot folgende Grundsatz,⁴⁴ der natürlich auch für Eintragungsbewilligung und Eintragungsantrag gilt, zwingt bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts dazu, diese in der Erwerbsurkunde über die bloße Angabe ihrer Gesellschafter hinaus so genau zu bezeichnen, dass sie unverwechselbar identifiziert werden können. Ein- und dieselben Beteiligten können schließlich mehrere Gesellschaften bürgerlichen Rechts haben. Die erforderliche Bestimmtheit der Bezeichnung kann durch Angabe von Name und Sitz der Gesellschaft (vgl. § 15 Abs. 1 c) GBV) geschehen, aber auch, wie das OLG München ausführt, durch die Angabe der Daten der Gründung der Gesellschaft. Richtig ist ferner die Feststellung des Gerichts, dass es dem Grund-

³¹ NotBZ 2010, 17, 31; NZG 2010, 335.

³² *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 31.

³³ *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 661; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 182 f.

³⁴ MünchKommBGB/*Kramer*, 5. Aufl. 2006, Vorbem. zu §§ 116 ff. Rdnr. 9.

³⁵ NotBZ 2010, 27, 30.

³⁶ Wobei auch das schon zweifelhaft ist: Es ist dem Verkäufer trotz persönlicher Haftung der Gesellschafter wohl nicht gleichgültig, ob z. B. eine renommierte Anwaltssozietät mit entsprechendem Betriebs- und damit Haftungsvermögen oder irgendeine ad hoc gegründete vermögenslose Objekt-GbR sein Grundstück kauft!

³⁷ So aber *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 179; *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 30.

³⁸ BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 116 Rdnr. 2.

³⁹ Vgl. *Krauß*, notar 2009, 429, 437.

⁴⁰ MünchKommBGB/*Busche*, § 141 Rdnr. 1.

⁴¹ *Palandt/Ellenberger*, § 141 Rdnr. 3.

⁴² MünchKommBGB/*Busche*, § 141 Rdnr. 14 m. w. N.

⁴³ *Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 5; *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 66.

⁴⁴ BeckOK-GBO/*Reetz*, Ed. 8, 1.1.2010, § 13 Rdnr. 43; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 18.

buchamt nicht hilft, dass die auf Erwerberseite Handelnden selbst wissen, für welche GbR sie erwerben wollen. Denn insoweit gelten die Grundsätze für die Auslegung von Grundbucheintragungen. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt; außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände dürfen zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Auf das, was die Bewilligenden gewollt haben, kommt es nicht an.⁴⁵ Damit scheitert auch grundbuchverfahrensrechtlich eine Auslegung oder Umdeutung der Grundbucheintragungen der für die GbR Handelnden dahingehend, dass diese für eine etwa konkludent neu gegründete GbR erwerben wollen. Wegen des Bestimmtheitsgrundsatzes kann es also verfahrensrechtlich gerade nicht offenbleiben, welche GbR erwerben soll, eine, die es (angeblich) bereits gibt oder eine ad hoc neu gegründete. Die Feststellung der Identität bleibt somit weder Notar noch Grundbuchamt erspart.

An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass die Ausführungen des OLG München zur Bestimmtheit von Grundbucheintragungen selbstverständlich auch im Anwendungsbereich des § 19 GBO gelten. In der Bewilligung einer Dienstbarkeit oder Grundschuld für eine GbR muss daher die berechtigte GbR ebenfalls so genau bezeichnet sein, dass deren Identität als unverwechselbares Rechtssubjekt feststeht.

c) Nachweis durch Geständniserklärungen der Gesellschafter?

Wie nun der notwendige Nachweis von Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung unter Geltung des § 20 GBO in Form des § 29 Abs. 1 GBO erbracht werden kann, wenn ein Grundstück für eine bereits bestehende GbR erworben werden soll, ist nach wie vor sehr umstritten. Das OLG Schleswig brauchte dazu allerdings mangels Verfahrensrelevanz nicht Stellung zu nehmen und das OLG München tat es nicht, weil es ja schon die Auffassung selbst hinsichtlich der Person des Erwerbers als für Grundbuchzwecke nicht ausreichend bestimmt ansah. Lediglich das OLG Saarbrücken entschied die Frage und folgte der – zweifellos praxisfreundlichen – Auffassung,⁴⁶ dass die bloße Angabe der Gesellschafter in der notariellen Erwerbsurkunde, für eine zwischen ihnen bestehende bestimmte GbR erwerben zu wollen, den erforderlichen Nachweis erbringe. Es fragt sich, ob das so richtig sein kann.

Zur Begründung dieser Auffassung wurde bislang größtenteils materiellrechtlich argumentiert, nämlich mit der Auslegung der Erklärungen der für die GbR Handelnden als konkludente Neugründung einer GbR oder konkludente Bestätigung einer bestehenden GbR i. S. d. § 141 BGB.⁴⁷ Es wurde bereits oben nachgewiesen, dass dies in aller Regel nicht haltbar sein wird. Das OLG Saarbrücken dagegen macht sich diese Argumentation erst gar nicht zu eigen, sondern begründet seine Entscheidung mit der Annahme einer – von der rechtsgeschäftlichen Bestätigung i. S. d. § 141 Abs. 1 BGB streng zu unterscheidenden – konkludenten Tatsachenbestä-

gung im Sinne einer Geständniserklärung im Grundbuchverfahren. Es ist bereits seit Langem im Grundbuchrecht allgemein anerkannt, dass über den eigentlich engeren Wortlaut des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO hinaus zur Eintragung erforderliche Erklärungen auch dadurch nachgewiesen werden können, dass der Erklärende selbst die früher erfolgte Abgabe einer Erklärung oder Vornahme eines Rechtsgeschäfts in zumindest öffentlich beglaubigter Form zugesteht.⁴⁸ Das klassische Beispiel hierfür ist die in der Praxis häufige Vollmachtsbestätigung. Allerdings genügt eine solche Geständniserklärung als Nachweis nur, wenn keine Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit der Bestätigung bestehen und der Bestätigende im Zeitpunkt der Abgabe der Bestätigung noch die Rechtsmacht hatte, die bestätigte Handlung vorzunehmen.⁴⁹

Dem OLG Saarbrücken ist zuzustimmen, soweit es in den Angaben der für die Gesellschaft Handelnden in der notariellen Erwerbsurkunde eine konkludente Zugeständniserklärung erkennt. Die oben angeführten Bedenken gegen die Annahme einer konkludenten Neugründung oder Bestätigung i. S. d. § 141 BGB greifen insoweit nicht, weil es hier nicht um Willenserklärungen, sondern um Wissenserklärungen der Gesellschafter geht. Dennoch halte ich die Auffassung des OLG Saarbrücken nicht für richtig. Denn die Frage, ob diejenigen, die die Bestätigungserklärung abgeben, die erforderliche Rechtsmacht dazu haben, also die vertretungsberechtigten Gesellschafter einer bestimmten existenten GbR sind, soll gerade erst durch die Bestätigungserklärung nachgewiesen werden.⁵⁰ Das unterscheidet diesen Fall von dem einer Vollmachtsbestätigung oder dem Fall des Nachweises des Eintritts einer Bedingung in Form einer Abtretung durch Zugeständnis der beiden an der Abtretung Beteiligten, wie ihn einst das BayObLG⁵¹ entschieden hatte. Folgte man dem OLG Saarbrücken, so würde man bloße Behauptungen von Personen, deren Legitimation in keiner Weise geklärt ist, als Nachweis i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO akzeptieren. Das ließe sich aber mit dem Zweck des § 29 GBO, die Übereinstimmung des Grundbuchinhalts mit der materiellen Rechtslage insbesondere wegen der Gefahren eines späteren gutgläubigen Erwerbs sicherzustellen,⁵² kaum noch vereinbaren. Im Übrigen könnte eine solche Geständniserklärung immer nur von allen (behaupteten) Gesellschaftern abgegeben werden, weshalb sie als Nachweis jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn für die Gesellschaft nicht alle Gesellschafter auftreten, sondern nur einzelne davon aufgrund organschaftlicher Vertretungsmacht gemäß dem Gesellschaftsvertrag oder aufgrund Vollmacht der Gesellschaft. Denn die organschaftliche Vertretungsmacht umfasst nicht die Abgabe von Erklärungen zum Bestand der Gesellschaft, weil diese die Grundlagen der Gesellschaft betreffen. Und Vollmachten würden nur helfen, wenn darin die übrigen Gesellschafter die

⁴⁵ BayObLG, DNotZ 2002, 950 = Rpfleger 2002, 619; OLG Naumburg, FGPrax 2004, 202, 203; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28.

⁴⁶ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 4. Aufl. 2007, Rdnr. 286; Weimer, NotBZ 2010, 27; ders., NZG 2010, 335; Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304, 305; ders., MittBayNot 2009, 421, 424; ders., MittBayNot 2009, 177, 179 f.; Böhringer, NotBZ 2009, 86, 88; Böttcher, ZNotP 2010, 173, 177; ders., ZfIR 2009, 613, 618.

⁴⁷ Weimer, NotBZ 2010, 27; Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 179 f.; Krauß, notar 2009, 429, 437.

⁴⁸ BGHZ 29, 366 = NJW 1959, 883 m. w. N.; BayObLG, MittBayNot 1984, 186; OLG Köln, Rpfleger 1986, 298; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, AT VII, Rdnr. 73; Demharter, GBO, § 29 Rdnr. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 154, 3536.

⁴⁹ BGHZ 29, 366 = NJW 1959, 883; OLG Köln, Rpfleger 1986, 298; Demharter, GBO, § 29 Rdnr. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3536 (Fn. 1418).

⁵⁰ Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 182; vgl. auch Schubert, ZNotP 2009, 178, 180, zur eidesstattlichen Versicherung. Daher kann ich auch Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304, 305, und Böttcher, ZNotP 2010, 173, 177, nicht folgen, wonach der Beweiswert dieser Erklärung genauso hoch sei wie der der ausdrücklichen Gründung der GbR (im oder unmittelbar vor dem) Erwerbsvertrag.

⁵¹ MittBayNot 1984, 186.

⁵² Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, § 29 Rdnr. 1; Demharter, GBO, § 29 Rdnr. 2.

Handelnden auch im eigenen Namen zur Abgabe solcher Bestätigungserklärungen ermächtigt hätten. Eine bloße Geständniserklärung zum Bestand der Gesellschaft, den Gesellschaftern und deren Vertretungsbefugnis, und zwar gleich ob ausdrücklich oder konkludent, kann daher als Existenz-, Identitäts- und Vertretungsnachweis richtigerweise nicht genügen, so sehr mir bewusst ist, dass dies den Wünschen der Praxis enorm entgegenkäme.

d) Nachweis durch eidesstattliche Versicherung?

Richtig ist allerdings, wenn das OLG Saarbrücken den Nachweis durch eidesstattliche Versicherung der Gesellschafter ablehnt, wie er zwischenzeitlich von etlichen Grundbuchämtern und einigen Beschwerdegerichten verlangt bzw. zugelassen wurde.⁵³ Denn die eidesstattliche Versicherung ist im Grundbuchverfahren wegen der grundsätzlichen Geltung der Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO nur ganz ausnahmsweise als Nachweis zulässig (v. a. gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO, § 18 GBMAßnG).⁵⁴ Ferner kommt der eidesstattlichen Versicherung überhaupt nur dann ein besonderer Beweiswert zu, wenn sie mit der Strafdrohung der §§ 156, 161 StGB belegt ist. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Zuständigkeit des Grundbuchamts zur Entgegennahme solcher Versicherungen fehlt es aber daran in den hiesigen Fällen.⁵⁵

e) Nachweis durch Gesellschaftsvertrag in Form des § 29 GBO?

Es bleibt der – vom OLG Saarbrücken allerdings ausdrücklich abgelehnte – Nachweis durch Vorlage eines öffentlich beglaubigten oder beurkundeten Gesellschaftsvertrags. Dagegen wird vom Gericht⁵⁶ ebenso wie in der Literatur⁵⁷ immer wieder eingewandt, der Gesellschaftsvertrag sage nichts über den Fortbestand der Gesellschaft und der Vertretungsmacht der darin aufgeführten Gesellschafter aus, da er nur die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gründung der GbR wiedergebe und zwischenzeitlich jederzeit formlos geändert worden sein könnte (aufgrund Gesellschafterwechsel usw.). Dies ist zweifellos richtig.

Dennoch halte ich nach wie vor⁵⁸ einen Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO in der Regel für einen tauglichen, aber auch notwendigen Nachweis für Existenz und Identität⁵⁹ einer bereits bestehenden Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis ihrer Gesellschafter. Und ohne konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich Veränderungen ergeben haben, können über einen vorgelegten Gesellschaftsvertrag hinaus

keine weiteren Nachweise verlangt werden.⁶⁰ Letzterem neigt übrigens offenbar auch der V. Zivilsenat des BGH in seinem, allerdings den Fall eines Vollstreckungstitels betreffenden, Beschluss vom 4.12.2008⁶¹ zu. Wenn dagegen vorgebracht wird, man behandle den Vertrag dann wie eine Vollmachtsurkunde und das verbiete sich anders als bei einer solchen deshalb, weil die Vollmachtsurkunde im Gegensatz zu einem Gesellschaftsvertrag etwas über das gegenwärtige Bestehen der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten aussage,⁶² ist dies nicht richtig. Denn auch, wenn der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde besitzt, kann die Vollmacht nicht wirksam erteilt oder zwischenzeitlich widerrufen worden oder aber die Vollmachtsurkunde abhandengekommen sein. Lediglich mit Rücksicht auf § 172 BGB und wegen der Unmöglichkeit, den Fortbestand der Vollmacht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, kann das Grundbuchamt nach allgemeiner Auffassung im Regelfall entsprechend allgemeiner Erfahrungssätze vom Bestehen der Vollmacht ausgehen, wenn der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde ist.⁶³ Gibt es aber Gründe für Zweifel, kann das Grundbuchamt sehr wohl auch bei Vorlage einer Vollmachtsurkunde weitere Nachweise verlangen.⁶⁴

Nicht anders kann das m. E. bei Vorlage des Gesellschaftsvertrags sein. Zum einen kommt diesem – nach allerdings bestrittener Auffassung – bei einer rechtsfähigen GbR ähnlich einer Vollmacht Rechtsscheinwirkung zu, und zwar für die Existenz der Gesellschaft und die Vertretungsmacht der darin bezeichneten Gesellschafter,⁶⁵ so dass eine Gleichbehandlung mit den Vollmachten gerechtfertigt ist. Doch selbst wenn man dem nicht folgen will, so bleibt das Problem, dass es sich beim Fortbestand⁶⁶ von Gesellschaft und Vertretungsberechtigung (= Nichtauflösung der Gesellschaft, Nichtausscheiden bzw. Nichteintritt von Gesellschaftern, Nichtänderung des Gesellschaftsvertrags usw.) wie beim Fortbestand einer Vollmacht (= Nichtwiderruf) um eintragungshindernde, negative Tatsachen handelt, die nie in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden können. Das hat nichts mit der Umformulierung einer positiven, eintragungsbegründenden Tatsache in eine negative zu tun,⁶⁷ sondern schlicht mit einem allgemeinen, beim Nachweis jeglicher Art von Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren immer bestehenden Problem. Der von der Gegenauffassung angeführte Beschluss des KG vom 21.10.2008⁶⁸ steht dem nicht entgegen, da es dort um die Frage des Nachweises der ursprünglich wirksamen Erteilung einer Vollmacht ging, nicht um den Nachweis ihres Fortbestands.

Ohnehin kommt man nicht ohne den Gesellschaftsvertrag als Vertretungsnachweis aus, wenn nur einzelne Gesellschafter

⁵³ Z. B. LG Traunstein, Rpfleger 2009, 448; LG Magdeburg, NJW-RR 2009, 1528.

⁵⁴ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 181; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618; siehe auch *Schubert*, ZNotP 2009, 178, 180.

⁵⁵ Hierzu ausführlich *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 181 f.

⁵⁶ Das OLG München lässt die Frage in seinem Beschluss noch offen. Aus der instanzgerichtlichen Rspr. z. B.: LG Traunstein, Rpfleger 2009, 448.

⁵⁷ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 178 ff. m. w. N.; *Zimmer*, NZM 2009, 187, 188; *Böhringer*, NotBZ 2009, 86, 89.

⁵⁸ *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 658; *ders.*, NotBZ 2009, 77, 83 f.; ebenso *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618, 625; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1450; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337.

⁵⁹ Im Übrigen dürfte der bei – nicht nach – Beurkundung vorgelegte und der Urkunde gemäß § 12 Satz 1 BeurkG beigefügte Gesellschaftsvertrag dazu führen, dass die Anforderungen des OLG München an die zur eindeutigen Identifizierung erforderliche Bestimmtheit der Bezeichnung der erwerbenden GbR sicher erfüllt sind.

⁶⁰ *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 177, *ders.*, ZfIR 2009, 613, 625 f.; *Hertel*, DNotZ 2009, 121, 126 f.; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 659; *ders.*, NotBZ 2009, 77, 83 f.; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 424, *ders.*, DNotZ 2010, 304, 306; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1450; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337.

⁶¹ MittBayNot 2009, 225, 228; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1451 f.; *Lautner*, NotBZ 2009, 77, 83 f.; a. A.: *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 179 f.; die auf einen Vollstreckungstitel bezogenen Aussagen des BGH seien nicht übertragbar.

⁶² So aber *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 179.

⁶³ *Bauer/v. Oefele/Knothe*, GBO, § 29 Rdnr. 163 ff.; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 65, § 19 Rdnr. 80.

⁶⁴ *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 80 m. w. N.

⁶⁵ *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 661 f. m. w. N.; ausführlich *ders.*, NotBZ 2007, 229, 233 f.

⁶⁶ *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 80.

⁶⁷ So aber *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 180 f.

⁶⁸ DNotZ 2009, 546 = RNotZ 2009, 165.

einer GbR unter Verweis auf eine entsprechende organschaftliche Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag zur Beurkundung erscheinen und keine Vollmachten der Gesellschaft vorhanden sind.⁶⁹

Schließlich spricht für die hiesige Auffassung die Gleichbehandlung der GbR mit im Grundbuch einzutragenden, insbesondere nicht registrierten, rechtsfähigen Auslandsgesellschaften, aber auch mit diversen deutschen nicht registrierten Rechtssubjekten, etwa Stiftungen bürgerlichen Rechts und rechtsfähigen Entitäten des öffentlichen Rechts, vor allem des Kirchenrechts.⁷⁰ Bei all diesen Rechtssubjekten fehlt streng genommen ein für Grundbuchzwecke tauglicher, mit den deutschen Registern oder wenigstens Vollmachtsurkunden vergleichbarer Vertretungsnachweis. Trotzdem werden sie im Grundbuch eingetragen. Die bloße Behauptung der Handelnden in der notariellen Erwerbsurkunde zu den Verhältnissen des erwerbenden Rechtssubjekts lässt man dabei als Existenz- und Vertretungsnachweis allerdings nicht genügen. Vielmehr wird als Nachweis das verlangt, was, je nachdem, um welches Rechtssubjekt es sich handelt, in Form des § 29 GBO jeweils überhaupt objektiv als Nachweis zur Verfügung gestellt werden kann. Das kann die Bescheinigung des Secretary einer Limited über deren Vertretungsverhältnisse oder die Vertretungsbescheinigung einer deutschen Stiftungsaufsichtsbehörde sein. Damit hat es dann aber im Normalfall, wenn also keine begründeten Zweifel des Grundbuchamts an der Richtigkeit der Nachweise bestehen, auch sein Bewenden. Konsequenterweise muss man dann m. E. bei einer bereits existenten GbR in entsprechender Weise verfahren, d. h. den Gesellschaftsvertrag in Form des § 29 GBO als objektiv möglichen Nachweis verlangen, im Normalfall aber auch genügen lassen.

Das zwingt zwar die GbR-Gesellschafter, ihren Vertrag schriftlich abzuschließen und zumindest öffentlich beglaubigen zu lassen. Die Überlegung des OLG Saarbrücken, wonach nach der Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein GbR-Register fraglich sei, ob man im Grundbuchverfahren Nachweiserfordernisse aufstellen könne, die letztlich einen Formzwang für GbR-Gesellschaftsverträge begründen, ist dennoch verfehlt. Denn der Gesetzgeber wollte mit dem ERVGBG keinesfalls die allgemeinen Grundsätze des Grundbuchverfahrens über den Haufen werfen. Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, geht es bei allen hier relevanten Fragen aber letztlich um die Anwendung genau dieser allgemeinen grundbuchverfahrensrechtlichen Grundsätze. Ein „Sonderrecht“ der GbR sollte es insoweit über die neuen Vorschriften des § 47 Abs. 2 GBO, § 899 a BGB hinaus nicht geben. Zudem zwingt § 29 GBO nicht nur bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts dazu, materiellrechtlich eigentlich formfreie Willenserklärungen zumindest öffentlich beglaubigt abzugeben, wie gerade der Fall der Vollmachten zeigt.

II. Hinweise für die Praxis

Da die Problematik also nach wie vor nicht geklärt ist, sollte die Praxis einstweilen wie folgt verfahren:

⁶⁹ *Bauer/v. Oefele/Schaub*, AT VII, Rdnr. 273; *Ruhwinkel*, DNotZ 2010, 304, 305; ebenso *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3635, wenn der Abschluss des Gesellschaftsvertrags erst kurz zurückliegt; a. A. *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189; *Krauß*, notar 2009, 429, 437, wonach es in solchen Fällen stets der Vorlage von Vollmachten – ggf. neben dem Gesellschaftsvertrag – bedarf.

⁷⁰ Vgl. *Lautner*, NotBZ 2009, 77, 84; im Ansatz ähnlich, wenn auch mit anderem Ergebnis *Hertel*, DAI-Skript (Fn. 12), S. 20 f.

1. Ausdrückliche Neugründung im Erwerbsvertrag

Unstreitig ist ja der Nachweis von Existenz der Gesellschaft und Vertretungsberechtigung der für diese handelnden Gesellschafter in der Form des § 29 GBO erbracht, wenn diese die GbR in der notariellen Urkunde, die die Auflassung enthält, ausdrücklich gründen.⁷¹ Identitätsfragen können sich dann naturgemäß nicht stellen.⁷² Wann immer möglich, sollte der Notar daher auf eine solche ausdrückliche Gründung in der notariellen Erwerbsurkunde hinwirken. Dies gilt auch dann, wenn tatsächlich bereits eine personenidentische GbR zwischen den Beteiligten existieren sollte, bei der der Nachweis von Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist.⁷³ Zusätzliche Kosten löst das jedenfalls dann nicht aus, wenn sich der Inhalt des beurkundeten Gesellschaftsvertrags lediglich auf die gesetzlichen Regelungen beschränkt.⁷⁴ Diese Lösung funktioniert allerdings zunächst nicht, wenn nur einzelne Personen zur Beurkundung erscheinen, die als kraft Gesellschaftsvertrags oder aufgrund Vollmacht vertretungsberechtigte Gesellschafter für eine bereits existierende Gesellschaft auftreten, bei der nach ihrer Behauptung noch weitere Gesellschafter vorhanden sind. Hier fehlt es an jeglicher Rechtsmacht der Erschienenen, eine Gesellschaft auch namens der anderen Gesellschafter neu zu gründen. Deshalb sollte man die Erschienenen in einem solchen Fall bei der Gründung der Gesellschaft als vollmachtlose Vertreter handeln lassen und Genehmigungen der übrigen (behaupteten) Gesellschafter dazu einholen. Probleme mit diesem Verfahren gibt es auch, wenn die Auflassung, wie häufig etwa bei Bauträgerverträgen, bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zurückgestellt wird oder, bei einem Teilflächenverkauf, erst nach Vorliegen des Vermesungsergebnisses erklärt werden kann. Die explizite Neugründung im vorangehenden Kaufvertrag hilft hier unmittelbar für die vom Grundbuchamt zu prüfende Auflassung nichts. Und die nochmalige Gründung derselben GbR in der Auflassungsurkunde kommt denklogisch nicht in Betracht, allenfalls die einer neuen GbR, was aber dem Willen der auf Seiten der GbR Beteiligten eklatant widersprechen dürfte.⁷⁵ In solchen Fällen sollte man mit entsprechenden Auflassungsvollmachten der GbR im Kaufvertrag arbeiten, und zwar entweder an den Verkäufer oder an einzelne Gesellschafter der GbR. Dies gilt entsprechend für später zu bestellende Finanzierungsgrundschulden.⁷⁶

Leider scheidet allerdings die ausdrückliche Neugründung als sicherste Lösung oft am entgegenstehenden Willen der Beteiligten oder an deren Steuerberater, wenn diese für eine bereits bestehende GbR erwerben wollen, wie ich selbst in meiner Praxis schon mehrfach feststellen musste.

⁷¹ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 183; *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 29; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 658 und NotBZ 2009, 77, 83; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618; *ders.*, ZNotP 2010, 173, 176; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 450. Ob eine – ggf. konkludente – Gründung in solchen Fällen materiellrechtlich eigentlich oft schon vor der notariellen Beurkundung erfolgt sein dürfte, wie *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 29, meint, spielt dafür letztlich keine Rolle.

⁷² *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 29; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 658.

⁷³ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 183; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 450; dort jeweils auch zur Beseitigung des Nebeneinanderseins zweier Gesellschaften durch Anteilsübertragung.

⁷⁴ Notarkasse A.d.ö.R., Streifzug durch die Kostenordnung, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1503.

⁷⁵ Daher dürfte auch die von *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 184, vorgeschlagene Notgründung in der Praxis eher schwierig durchzusetzen sein.

⁷⁶ Hierzu *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 184.

Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass die Frage kein ausschließlich grundbuchverfahrensrechtliches Problem ist. Für den Verkäufer eines Grundstücks kann es vielmehr mit handfesten Nachteilen verbunden sein, wenn der Kauf für eine in Wirklichkeit nicht (mehr) existente GbR oder für eine existente GbR durch nicht vertretungsberechtigte Personen abgeschlossen wird und dadurch unwirksam ist.⁷⁷ Der Verkäufer hat dann zwar gegen die Handelnden einen Anspruch aus § 179 BGB (ggf. in analoger Anwendung).⁷⁸ Doch hat er unter Umständen erhebliche Probleme, eine für die GbR zwischenzeitlich aufgrund seiner Bewilligung (§ 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, § 19 GBO) eingetragene Vormerkung wieder aus dem Grundbuch herauszubekommen. Mit einer Löschungsvollmacht im Kaufvertrag oder Schubladenlöschungsbewilligung ist ihm dabei mangels Existenz der Gesellschaft bzw. Vertretungsberechtigung der Handelnden nicht geholfen. Damit läuft der Verkäufer über diese Schwierigkeiten nicht belehrende Notar Gefahr, sich einer Schadensersatzhaftung auszusetzen, ähnlich wie bei der Eintragung einer Vormerkung für eine englische Limited ohne vorherigen Nachweis ihrer Existenz und Vertretungsverhältnisse.⁷⁹ Im Interesse des Verkäufers und im eigenen Interesse sollte daher der Notar auch gegenüber unwilligen Gesellschaftern auf einer expliziten Neugründung der erwerbenden GbR bestehen.

2. Ausdrückliche Bestätigung gemäß § 141 BGB?

Kommt dennoch die Neugründung der GbR als zweifellos sicherster Weg nicht in Betracht, weil die GbR nach Aussage der Beteiligten bereits existiert und sie für genau diese GbR erwerben wollen, ohne sich vom Notar umstimmen zu lassen, ist an eine ausdrückliche rechtsgeschäftliche Bestätigung des Gesellschaftsvertrags in der notariellen Erwerbsurkunde i. S. d. § 141 BGB zu denken. Wie allerdings oben bereits dargestellt, hilft diese materiellrechtlich nichts, wenn bislang

⁷⁷ Wobei allerdings nach hier vertretener Auffassung (Fn. 65) viele dieser Fälle über die Anwendung allgemeiner Rechtsscheinsgrundsätze bzw. § 172 BGB analog auf die vorgelegte Gesellschaftsvertragsurkunde gelöst werden könnten.

⁷⁸ Bei nicht existenter Gesellschaft; vgl. *Palandt/Ellenberger*, § 177 Rdnr. 3.

⁷⁹ BGH, NJW 1993, 2744 = DNotZ 1994, 485.

überhaupt keine Willenseinigung vorliegt, so dass man hilfsweise für diesen Fall zugleich immer eine ausdrückliche Neugründung vereinbaren sollte. Diese Lösung erschien mir bislang vorzugswürdig. Allerdings könnte es damit jetzt Probleme aufgrund der vom OLG München aufgestellten Anforderungen an die Bestimmtheit der Bezeichnung der erwerbenden GbR in der Auflassung geben. Denn letztlich stünde in einem solchen Fall nie zur Überzeugung von Notar und Grundbuchamt fest, ob nun die behauptete früher gegründete GbR oder eine im Erwerbsvertrag durch Neugründung erst zustande gekommene GbR erwerben soll.

3. Alternativen?

Kommt eine explizite Neugründung nicht in Betracht und teilt man die vorstehenden Bedenken gegen die Bestätigungslösung, bleibt die Rechtslage vorerst leider weiterhin unsicher.

Grundbuchverfahrensrechtlich gilt dann: Auf den praxisfreundlichen Weg des OLG Saarbrücken würde ich mich derzeit noch nicht verlassen, zumal das OLG München erkennen lässt, dass es so einer „großzügigen“ Auffassung wohl eher nicht folgen wird. Ob die Grundbuchämter entsprechend der hier dargelegten Auffassung einen Gesellschaftsvertrag in Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO als Vertretungsnachweis genügen lassen werden, ist ebenso ungewiss. Man wird wohl bis zu einer höchstrichterlichen Klärung nicht umhinkommen, im Einzelfall mit dem zuständigen Grundbuchrechtspfleger vorab zu klären, welcher Auffassung er folgen will. Wegen der oben geschilderten materiellrechtlichen Risiken für den Verkäufer sollten aber in einem solchen Fall unbedingt notarielle Hinweise in die Erwerbsurkunde aufgenommen werden,⁸⁰ wonach der Notar mangels Register Existenz der GbR und Vertretungsberechtigung der Handelnden nicht sicher prüfen kann, so dass bei Unrichtigkeit der Angaben der Käuferseite die Gefahr der Unwirksamkeit von Kaufvertrag und Zwangsvollstreckungsunterwerfung besteht und Schwierigkeiten bei der Vormerkungslöschung auftreten können, wodurch die anderweitige Veräußerung des verkauften Grundbesitzes erheblich behindert werden kann.

⁸⁰ Vgl. *Krauß*, notar 2009, 429, 437.

TAGUNGSBERICHT

Grundlagen zu Praxis und Geschichte des Notariats

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 10.2.2010

Von *Thomas Poschenrieder*, M. A., München

Mit einer Veranstaltung zum Thema „Grundlagen zu Praxis und Geschichte des Notariats“ setzte die Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 10.2.2010 ihre Reihe von Tagungen fort, mit denen der Austausch zwischen Notaren, Wissenschaftlern und Studenten gefördert werden soll.

Der Geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Prof. Dr. *Johannes Hager*, betonte in seinem Grußwort, der Wissenschaft sei daran gelegen, in die Praxis „hineinwirken zu können“, und dankte den Notaren, die der Forschungsstelle für Notarrecht Tagungen ermöglichten und damit genau solche Gelegenheiten schufen.

Prof. Dr. *Hans-Georg Hermann*, Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, führte in die Vorträge der Tagung ein, indem er auf ein Grundproblem juristischer Arbeit hinwies, der verlässlichen schriftlichen Fixierung von Rechtsvorgängen. Dabei unterschied *Hermann* drei Teilfragen. Erstens: Wer bürgere für die Qualität der Beglaubigungen? Im wittelsbachischen Bayern sei beispielsweise schon im 16. Jahrhundert ein Konzessionssystem praktiziert worden, das nicht nur eine landesherrliche Zulassung vorausgesetzt habe, sondern von allen Notaren zusätzlich eine bestandene landesherrliche Eignungsprüfung verlangt habe. Daran knüpfte *Hermann* die Frage, wie weit in räumlicher Hinsicht die Garantie der Authentizität gehe. Heute sei z. B. eine Außenwirkung deutscher Notarsurkunden in anderen Rechtsordnungen eine sensible Frage, während im Mittelalter Beglaubigungen päpstlicher und kaiserlicher Notare auf der ganzen Welt Geltung beansprucht hätten. Zuletzt stellte *Hermann* die Frage, was die Authentizität der Urkunde garantiere. Da der Notar am Beginn der Authentifizierungskette stehe, komme seiner Identifizierbarkeit entscheidende Bedeutung zu. Eine maßgebliche Rolle hätten hierfür früher die sog. Notariatssignete übernommen.

Mit diesen Notariatssigneten beschäftigte sich der erste Vortrag von *Albrecht Liess*, Ltd. Archivdirektor a. D. bei der Generaldirektion der staatlichen Archive Bayerns, mit dem Titel „Notariatsinstrumente bis zum Ende des 16. Jahrhunderts in bayerischen Archiven“. Der Referent stellte Notariatssignete aus einem Sammelband vor, der von der Generaldirektion der Staatlichen Archive Bayerns herausgegeben worden ist und dessen Drucklegung von der Landesnotarkammer Bayern finanziell gefördert wurde (Generaldirektion der Staatlichen Archive Bayerns [Hrsg.], *Notare und Notarssignete vom Mittelalter bis zum Jahr 1600* aus den Beständen der Staatlichen Archive Bayerns, München 2008). Die Edition umfasst die Signete von knapp 3000 Notaren aus ganz Europa und hält diese chronologisch geordnet und mit Angaben zur Person der Notare versehen für vergleichende Forschungen zugänglich.

Wenngleich die Entstehung der Signete nicht abschließend erforscht sei, könne man annehmen, so *Liess*, dass die „gewöhnlichen Zeichen“ auf das Kreuz zurückzuführen seien, das die römischen Schreiber seit Justinian ihrer Unterschrift

hätten voranstellen müssen. Daraus dürften sich für jeden Notar unverwechselbare Zeichen entwickelt haben, die er eigenhändig seinen Urkunden angefügt habe.

Der Kreuzform seien zunächst geometrische Figuren oder Buchstaben des eigenen Namens beigefügt worden, später habe sich aus ihr die Grundform einer Monstranz entwickelt. Diese Grundform sei in der Folge abgewandelt und aufgelockert worden. So sei z. B. der Signetfuß in ein Schriftband aufgelöst worden. Im 15. Jahrhundert seien der Gestaltung der Notarszeichen keine Grenzen gezogen worden. Der Bilderreichtum der späteren Signete lasse sich in vier Hauptgruppen gliedern: Signete mit christlichen Inhalten, Signete mit Herrschaftssymbolen, redende Signete, die den Familiennamen des Notars symbolisieren sollten, und Signete mit phantastischen oder ornamentalen Zeichnungen. Die Monstranz sei jedoch die gebräuchlichste Form geblieben. Es falle ins Auge, so *Liess*, dass die deutschen Notare häufig bildliche Elemente benutzt hätten, während die französischen Signete abstrakter gehalten seien.

Prof. Dr. *Franck Roumy* von der Université Panthéon-Assas (Paris II) referierte anschließend über „Die Entwicklung des Notariats und des Notariatsrechts in Frankreich seit dem Mittelalter“. *Roumy* erinnerte an zwei Besonderheiten der notariellen Urkunden. Sie erbrächten vollen Beweis und könnten direkt vollstreckbar sein. Dieses Notariatsmodell habe sich im 11. Jahrhundert in Italien herausgebildet und sei dann in Westeuropa rezipiert worden. Das französische Notariat habe sich in vier Phasen entwickelt: Erstens der Einführung des italienischen Notariats in Südfrankreich, zweitens der gleichzeitigen Entwicklung eines Gerichtsnotariats in Nordfrankreich, drittens einer allmählichen Vereinigung dieser Notariate ab dem 15. Jahrhundert, sowie viertens der vollständigen Vereinheitlichung seit der Revolution.

Im Zuge des Handelsverkehrs habe das italienische Notariat in Südfrankreich im 12. Jahrhundert Fuß gefasst. Die Notare hätten eine freiwillige Gerichtsbarkeit ausgeübt. Mit dem Signet des Notars versehene Urkunden seien vollstreckbar gewesen. Unter dem Einfluss der Kapetinger seien die Notare der Städte und der örtlichen Lehnsherren durch königliche Notare ergänzt worden. Der Zugang zum königlichen Notariat sei kontrolliert und von verschiedenen Voraussetzungen abhängig gemacht worden, von denen *Roumy* z. B. ein mehrjähriges Praktikum und eine Berufsprüfung nannte. Zur Authentifizierung der Notare seien Name und Signet jedes Notars im Gerichtsbezirk registriert worden. Man habe Protokolle und öffentliche Urkunden unterschieden, wobei nur königliche Notare zur Beurkundung berechtigt gewesen seien. Zudem habe jeder Notar ein Register über alle erstellten Protokolle führen müssen (Imbreviatur-Buch).

In Nordfrankreich habe sich zeitgleich aus dem Brauch von Privatpersonen, Rechtsgeschäfte zu Beweiszwecken vor einem kirchlichen Gericht zu schließen, ein anderes System entwickelt. Der kirchliche Richter habe für die Parteien eine

öffentliche Urkunde mit seinem Siegel erstellt. Später hätten sich die Offiziale durch Anstellung von Notaren entlastet, welche die Urkunden verfasst hätten. Nach Siegelung durch den Offizial seien diese Notarsurkunden vollstreckbar gewesen. Die königliche Gerichtsbarkeit habe dieses System für Nordfrankreich Ende des 13. Jahrhunderts kopiert und zum einen die Notare des Châtelet, des ordentlichen Gerichts der Pariser Vogtei, eingeführt mit dem Privileg, im ganzen Königreich zu beurkunden. Daneben sei in jedem nordfranzösischen königlichen Gerichtsbezirk ein dreistufiges Beurkundungssystem eingeführt worden, das sog. System des Tabellionats. Von Notaren verfasste Protokolle seien durch Tabellionen öffentlich beurkundet worden, um zuletzt zum Zwecke der Vollstreckbarkeit vom Gericht versiegelt zu werden.

Diese beiden Systeme hätten sich ab dem 15. Jahrhundert einander angenähert. Auch die nordfranzösischen Notare seien zur Führung von Imbreviatur-Büchern verpflichtet worden. Im Süden seien in Anlehnung an die nordfranzösische Praxis die Signete durch die Unterschriften der Notare ersetzt worden. Zudem habe sich die Praxis im Norden mit den Protokollen der Notare begnügt und keine versiegelten Urkunden verlangt. Nachdem die französischen Könige ab dem 16. Jahrhundert die Vereinheitlichung der Systeme vorangetrieben hätten, sei den nördlichen Notaren gestattet worden, öffentliche Urkunden auszustellen, und seit Ludwig XIV. hätten sie diese Urkunden selbst siegeln und somit vollstreckbar machen dürfen. Zudem sei in dieser Zeit die Berufsausbildung mit einem fünfjährigen Praktikum in einer Notarskanzlei einheitlich gewesen, ebenso die Rechtsstellung als Eigenbesitzer eines öffentlichen Amtes.

Im Zuge der Französischen Revolution sei die Vereinheitlichung der beiden Notariatsysteme abgeschlossen worden. Das Notariatswesen sei in dem Gesetz vom 25. Ventöse im Jahr XI der Republik (16.3.1803) geregelt worden, das noch heute teilweise in Kraft sei. Nach wenigen späteren Änderungen stelle sich das französische Notariat seither folgendermaßen dar. Die Notare – Frauen seien 1948 zugelassen worden – übten freiwillige Gerichtsbarkeit aus mit dem Zweck, unmittelbar vollstreckbare Urkunden auszustellen. Die Urkunden seien mit dem Siegel des Notars und dem Wappen der französischen Republik zu versiegeln. Seit 1986 könne jeder Notar in ganz Frankreich beurkunden. Die Ausbildung habe sich 1973 von einer reinen Berufsausbildung zu einer Kombination aus einem zweijährigen universitären Jura-Studium und einem zweijährigen Praktikum gewandelt. Aufgrund eines Steuergesetzes aus dem Jahr 1816 sei es den Notaren möglich, ihre Amtsnachfolger selbst vorzuschlagen, was zu einer Käuflichkeit des öffentlichen Amtes führe. Ausnahmen gälten im Elsass und an der Mosel, wo das Notariat teilweise an das deutsche System angelehnt sei.

Abschließend bemerkte *Roumy*, man sei in Frankreich auf das eigene System wieder zunehmend stolz, nachdem die Subprime-Krise Zweifel am alternativen anglo-amerikanischen Weg genährt und China kürzlich das öffentliche Notariat rezipiert habe.

Zum Abschluss der Tagung sprach Dr. *Thomas Nesseler*, Hauptgeschäftsführer der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde, über „Das Notariat als Fall von sog. ‚Experten-Laien-Kommunikation‘“. Zur Erklärung der Frage, weshalb man in derselben Sprache aneinander vorbeireden könne, gab der Referent einen Überblick über verschiedene Sprachtheorien. *Nesslerer* betonte, dass Kommunikation ein sozialer Vorgang sei, bei dem Sender und Empfänger sich austauschten, mithin sozial interagierten. Dazu müssten zuvor gemeinsame Träger von Information, die Sprachzeichen, gelernt werden. Diese gemeinsamen Informationsträger würden von Sender und Empfänger in unterschiedlichen Lebenssituationen gelernt. Die verschiedenen Lebensgeschichten blieben bei der Verwendung der Sprachzeichen unterbewusst präsent und stellten einen Grund dar, weshalb Kommunikation misslingen könne. Zudem würden bei einer sprachlichen Interaktion mit den Sprachzeichen nicht nur der sachliche Informationsgehalt ausgetauscht, sondern auch emotionale Inhalte. Ferner sei sprachliches Handeln stets intentional. Wenn zu unterschiedliche Erwartungshaltungen aufeinanderträfen, misslinge Kommunikation ebenfalls.

Im Fortgang stellte *Nesslerer* fest, dass die Standardsituation in der notariellen Praxis einer Experten-Laien-Kommunikation nicht streng dialogisch ablaufen könne, da wegen des Wissensvorsprungs des Experten nahezu immer eine asymmetrische Beziehung zwischen Sender und Empfänger vorliege. Dialogmodelle in Anlehnung an *Habermas*, die auf einer symmetrischen Beziehung aufbauten, seien daher für solche Kommunikation nicht geeignet. *Nesslerer* schlug vor, im Rahmen von asymmetrischen Beziehungen „Dialog“ als eine Haltung zu begreifen, den anderen ernst zu nehmen und bei seinem Kenntnisstand „abzuholen“. Dabei sei für ein positives emotionales Umfeld zu sorgen, das die Aufmerksamkeit für den anderen und damit das Gelingen von Kommunikation befördere. Der Sender solle stets durch Rückfragen überprüfen, wie er verstanden worden sei.

Mit dem dritten Vortrag war der offizielle Teil der Tagung zu Ende. Im Anschluss bot sich bei einem Empfang die Gelegenheit, sich auszutauschen und mit den Referenten ins Gespräch zu kommen. Insgesamt betrachtet hat die Forschungsstelle für Notarrecht mit dieser Tagung wieder ein interessantes Forum geschaffen, auf dem Vertreter von Wissenschaft und Praxis ins Gespräch kommen konnten.

BUCHBESPRECHUNGEN

Ruge: Begründung von Wohnungseigentum an Bestandsimmobilien. Verlag Dr. Kovac, 2009. 158 S., 68 €

In dem von *Niki Ruge* vorgelegten Buch werden die Grundfragen des dinglichen Begründungsaktes für Wohnungseigentum dargestellt. Dies ist, neben der Gestaltung der Gemeinschaftsordnung, das hauptsächliche Betätigungsfeld des Notars auf diesem Rechtsgebiet. Der Titel des Buches beschränkt sich dabei auf Bestandsimmobilien, wobei im Mittelpunkt die „Mieterprivatisierung“ steht, also die Umwandlung von Mietwohnungen in Eigentumswohnungen und deren anschließender Verkauf an die bisherigen Mieter. Dieser Vorgang führt immer wieder zu rechtspolitischen Diskussionen und auch zu Aktivitäten des Gesetzgebers, stellt jedoch wohnungseigentumsrechtlich gesehen keine Besonderheit dar. Dies ergibt sich daraus, dass nach § 3 Abs. 1 WEG Wohnungseigentum sowohl an einem errichteten Gebäude als auch an einem erst noch zu errichtenden Gebäude begründet werden kann. Die dinglichen Voraussetzungen sind in beiden Fällen identisch. Die weiteren Darstellungen in *Ruges* Arbeit passen denn auch sowohl für die Begründung von Wohnungseigentum an bestehenden Gebäuden als auch an erst noch zu errichtenden.

Das Buch stellt zunächst drei Grundmodelle für die Bemessung der Größe der Miteigentumsanteile bei einer Wohnungseigentumsbegründung gemäß § 8 WEG dar. Sie können bemessen werden entweder nach der Anzahl der Wohnungen, nach dem Verhältnis der Wohnflächen zueinander oder nach dem Verhältnis des Wertes der Wohnungen zueinander, wobei auch bei jeder Wohnung der Wert des Sondereigentums einzubeziehen wäre (S. 15 ff.). Zutreffend wird im Regelfall das Verhältnis der Wohnflächen zueinander als sachgerechter Maßstab für den Miteigentumsanteil vorgeschlagen (S. 18). Die Ausführungen wenden sich dann der Frage zu, wie (absichtlich oder unabsichtlich) missglückte Bemessungen der Miteigentumsanteile, die auch entsprechende Auswirkungen auf die Lasten und Kostentragung haben, korrigiert werden können. Diskutiert werden Ansprüche aus §§ 138 Abs. 1, 826 BGB sowie – bevorzugt – aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls oder der Veränderung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB). Die Rechtsprechung löst diese Fälle über eine Rechtsfortbildung, gestützt auf § 242 BGB (BayObLGZ 1985, 50; 1991, 398). Zutreffend ist der Hinweis von *Ruge* (S. 21 Fn. 42), dass der neue § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG hier nicht weiter hilft; diese Vorschrift gibt lediglich einen Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander, jedoch keinen Anspruch auf Veränderung der dinglichen Zuordnung von Eigentum. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Auswirkungen verfehlter Bemessungen der Miteigentumsanteile auf die Haftungsverfassung eingegangen: Nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG besteht eine teilschuldnerische Haftung eines jeden Wohnungseigentümers im Außenverhältnis für Verpflichtungen, die die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer treffen. Verfehlte Bemessungen der Miteigentumsan-

teile führen danach zu verzerrten Haftungsverpflichtungen der einzelnen Wohnungseigentümer. Zu Recht wird dargelegt, dass § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG eine zwingende Vorschrift ist (S. 26), wobei sich aber die richtige Begründung wohl daraus ergibt, dass eine abweichende Vereinbarung nicht das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander (§ 10 Abs. 2 Satz 1 WEG) betreffen würde, sondern deren Außenverhältnis zu Dritten. Eine Vereinbarung hierzu würde jedoch einen unzulässigen Vertrag zulasten eines Dritten darstellen.

Die Frage, ob ein bestimmter Gebäudeteil dem gemeinschaftlichen Eigentum oder dem Sondereigentum zuzuordnen ist, spielt eine große Rolle bei der Frage der Kostentragung für Instandsetzungen. In der Praxis vielfach verbreitet ist dabei eine beispielhafte Aufzählung von Gegenständen des Sondereigentums. Dies wird von *Ruge* zu Recht kritisiert (S. 32), da damit der Eindruck einer konstitutiven Regelung erweckt wird. Eine solche ist jedoch in diesem Bereich nicht möglich, da die Abgrenzung der beiden Eigentumssphären gesetzlich zwingend in § 5 Abs. 2 WEG geregelt ist. Die Streitigkeiten um die Kosten für Balkonsanierungen (vgl. OLG München, DNotZ 2007, 690) liefern hierzu ein anschauliches Beispiel.

Die Raumeigenschaft besteht nach *Ruge* nur dann, wenn ein typischer und spürbarer Unterschied zum ungeschützten Aufenthalt im Freien besteht (S. 41). Für Balkone, Loggien und dergleichen soll jedoch eine Ausnahme hiervon gelten. Damit befindet sich zwar *Ruge* in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (*F. Schmidt*, MittBayNot 2001, 442), erklärt jedoch nicht den Grund für die Abweichung.

Breiten Raum nimmt die Darstellung des Begriffs „Wohnung“ im Sinne des WEG ein (S. 34–50) wobei methodisch vorbildlich eine historische und teleologische Auslegung geleistet wird. Dasselbe gilt für die Frage der Sondereigentumsfähigkeit von „Garagenstellplätzen“ gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG. Zweifel sind jedoch angebracht zu der Aussage, nach dem „natürlichen Sprachgebrauch“ seien Garagenstellplätze auch solche Stellplätze, die sich zwar nicht in dem Gebäude befinden, aber unmittelbar dazugehören, insbesondere wenn sie auf dem Dach des Garagengebäudes liegen und durch dieses erreicht werden können (S. 70). Jedenfalls nach dem süddeutschen Sprachverständnis und der hier vorherrschenden Verkehrsauffassung gewährt ein „Garagenstellplatz“ den Schutz vor Witterungseinflüssen.

Die weiteren Abschnitte befassen sich mit dem Aufteilungsplan und der Abgeschlossenheitsbescheinigung (S. 85 ff.).

Das Buch von *Ruge* stellt eine gelungene Zusammenfassung aller Fragen der dinglichen Begründung von Wohnungseigentum dar. Bei den umstrittenen Fragen findet sich jeweils die instruktive Darstellung des Meinungsstandes in Rechtsprechung und Literatur. Eine detaillierte Gliederung ermöglicht den gezielten Zugriff auf einzelne Fragestellungen. Das Buch ist deshalb sowohl für den Unterricht als auch für die tägliche Praxis des WEG-Anwenders nützlich.

Notar Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg a. Lech

Albrecht/Albrecht: Die Patientenverfügung. Giese-king, 2009. 121 S., 29 €

Es war zu erwarten, dass infolge der Flut von familien- und erbrechtlichen Reformen des letzten Jahres auch eine Flut von Begleitliteratur hierzu über den Juristen hereinbrechen wird. Während sich mit der Reformliteratur zum FamFG mittlerweile mühelos eine gotische Kathedrale nachbauen lässt und die Reformliteratur zur Erbrechtsreform immerhin noch für eine romanische Kirche ausreichen würde, zeigt sich die auch für Notare interessante Reformliteratur zur Patientenverfügung nach wie vor sehr übersichtlich. Man kann darüber nachdenken, woran das liegen mag? Vielleicht ist das Thema doch nicht so sehr von juristischem Interesse? Oder man hatte sich von der Reform mehr erwartet? Dass dem Thema in der notariellen Praxis keine praktische Bedeutung zukäme, lässt sich heutzutage jedenfalls – anders als noch vor zehn bis 15 Jahren – nicht mehr vertreten, nachdem Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten mittlerweile fast allerorts zum „täglichen Geschäft“ des Notars zählen. Ich vermute, dass die relativ geringe Anzahl von Publikationen eher damit zusammenhängt, dass das Thema über den juristischen Bereich hinausreicht und zudem die Verabschiedung des 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, mit dem die Patientenverfügung zum 1.9.2009 in Deutschland gesetzlich geregelt wurde, doch für viele Autoren und Verlage überraschend gekommen ist.

Umso wichtiger ist es daher, wenn sich jemand zu Wort meldet, der mit der Patientenverfügung bestens vertraut ist, wie dies bei der hier angezeigten Monographie der Fall ist. Das interdisziplinäre Autorenteam – Frau Dr. med. *Elisabeth Albrecht* ist Fachärztin für Innere und Palliative Medizin in Regensburg und leitet dort eine spezialisierte ambulante Palliativversorgung, Herr Dr. jur. *Andreas Albrecht* ist Notar in Regensburg und hat in seiner notariellen Praxis fast täglich mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zu tun – spricht für sich. Es ist daher überaus erfreulich und anerkennenswert, dass das Ehepaar *Albrecht* einen guten Teil des letzten Sommers dafür „geopfert“ hat, seine umfangreichen Erfahrungen und Kenntnisse in diese gelungene Neuerscheinung auf dem Buchmarkt einzubringen.

Das für Bücher aus der FamRZ-Schriftenreihe vom Umfang her gesehen schlanke Buch (121 Seiten) ist in neun Abschnitte gegliedert. Nach einer kurzen Einleitung (Teil A) werden die Gesetzgebungsgeschichte (Teil B) und die neuen gesetzlichen Regelungen im Überblick (Teil C) vorgestellt. Die Teile D und E widmen sich der Errichtung und Anwendung der Patientenverfügung. Teil F beinhaltet eine Übersicht der im Rahmen der Reform offengebliebenen Fragen. Abgerundet wird das Werk durch einen Formulierungsvorschlag (Teil G) sowie eine zusammenfassende Würdigung (Teil H). Im Anhang finden sich schließlich noch ein Schaubild sowie die einschlägigen Gesetzestexte aus dem BGB und FamFG.

Schon die Einleitung bietet für Juristen interessante Einblicke in die Perspektive der Ärzte, die Patientenverfügungen ja nicht immer unkritisch gegenüberstehen. *Albrecht/Albrecht* führen aus, dass das Handeln des Arztes geleitet wird von der Bindung an den hypokratischen Eid, wodurch er sich verpflichtet fühle, dem Patienten die Segnungen moderner Medizin zukommen zu lassen. Außerdem wüssten viele Ärzte um sich häufig ändernde Wünsche und Präferenzen ihrer Patienten (Rdnr. 4). Im Hinblick auf die besondere Situation am Lebensende sei schließlich aus intensivmedizinischen Studien bekannt, dass intensivmedizinisch versorgte Patienten ihren Zustand weit weniger negativ erlebten als ihre Angehörigen (Rdnr. 7). *Albrecht/Albrecht* beklagen in diesem Zusammen-

hang, dass die Bedenken und Ängste der Angehörigen bislang zu wenig mit dem Arzt besprochen würden. Sie sehen einen wesentlichen Fortschritt des neuen Gesetzes darin, dass das vielschichtige Kommunikationsproblem jetzt (vgl. § 1901 b BGB) durch ein dialogisches Verfahren zwischen Arzt und Vertreter des nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten unter Mitwirkung von weiteren Angehörigen gelöst werden soll (Rdnr. 9, ähnlich Rdnr. 47). Insgesamt betrachtet stehen die Autoren den neuen verfahrensrechtlichen Regelungen sehr aufgeschlossen und positiv gegenüber.

Bei der Erörterung der neuen gesetzlichen Regelungen wird zunächst die in § 1901 a Abs. 1 BGB n. F. legaldefinierte Patientenverfügung dem bloßen „Behandlungswunsch“ nach Abs. 2 der Vorschrift gegenübergestellt. Nach der Analyse von *Albrecht/Albrecht* handelt in beiden Fällen der Vertreter (Betreuer oder Bevollmächtigter des Patienten), da ihm eine eigene Prüfungskompetenz vom Gesetz eingeräumt und auferlegt wird (Rdnr. 38). Aus der erforderlichen Subsumtionsleistung des Vertreters, die in eine Willenserklärung einmünde, leiten sie ab, dass die Patientenverfügung keine unmittelbare Bindungswirkung habe und sich in erster Linie an den Vertreter des Patienten, nicht den Arzt, richte (Rdnr. 108 ff., 140 ff.). Damit widersprechen die Autoren der bislang herrschenden Meinung zur Rechtsnatur der Patientenverfügung und deren unmittelbarer Bindungswirkung. Diese Interpretation des neuen Gesetzes ist aus meiner Sicht allerdings nicht zwingend und wird auch in der bislang erschienenen Reformliteratur überwiegend nicht vertreten.

In dem für Notare wichtigen Kapitel über die Errichtung einer Patientenverfügung geht es um die generellen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Patientenverfügung bzw. eines Behandlungswunsches. In diesem Zusammenhang wird völlig zu Recht von einer regelmäßigen Aktualisierung der Patientenverfügung abgeraten, da die unterlassene Bestätigung als Distanzierung von der Verfügung missverstanden werden könnte (Rdnr. 87 ff.). Nicht anschließen kann ich mich allerdings der von den Autoren vertretenen Ansicht, dass sich viele der verbreiteten Patientenverfügungen im Hinblick auf das in § 1901 a Abs. 1 BGB normierte „Bestimmtheitsmerkmal“ auf der Ebene nicht ausreichend bestimmter Anordnungen bewegten und bloße Behandlungsanweisungen i. S. v. § 1901 a Abs. 2 BGB darstellten. Da es sich bei der Patientenverfügung um eine Vorausverfügung handelt, bei der die konkrete Behandlungssituation häufig noch nicht bekannt ist, müssen abstrakt oder allgemeiner gehaltene Formulierungen für typische Behandlungssituationen ausreichen, wenn man der Patientenverfügung i. S. v. § 1901 a Abs. 1 BGB n. F. einen praxisrelevanten Anwendungsbereich einräumen will.

Hervorzuheben ist schließlich noch der Hinweis aus der ärztlichen Praxis, dass der Anwendungsbereich einer Patientenverfügung nicht so häufig sei wie allgemein angenommen werde, da der Patient relativ lange als selbst (aktuell) einwilligungsfähig anzusehen sei (Rdnr. 208 ff.). Diese Mitteilung mangelnder großer Relevanz mag etwas darüber hinweg trösten, dass im Rahmen der Reform leider einige – auch grundlegende – Rechtsfragen offengeblieben sind (wie z. B. die nach der Notwendigkeit der Bestellung eines Vertreters trotz Vorliegen einer Patientenverfügung), so dass nach wie vor vieles, was die Patientenverfügung betrifft, umstritten ist.

Zusammenfassend betrachtet lässt sich damit feststellen: Bei dem angezeigten Werk handelt es sich um eine sehr gut lesbare und aussagekräftige Lektüre, die für alle mit der Patientenverfügung befassten Personen und Institutionen wichtige Informationen und Denkanstöße liefert. Nach dem eigenen Vorwort versucht das Werk den Schulterschluss zwischen

Recht und Medizin. Dies ist ohne weiteres gelungen. Für die 2. Auflage würde ich mir wünschen, dass das Buch in medizinischer Hinsicht weiter ausgebaut würde. Denn eine ausführlichere Darstellung der Grundlagen der Intensiv- bzw. Palliativmedizin – die für dieses Autorenteam keine Schwie-

rigkeit darstellen dürfte – wäre für die Notare im Hinblick auf die Beratung der Beteiligten und die Abfassung von Patientenverfügungen eine unschätzbare große Hilfe.

Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller*, Würzburg

Göppinger/Börger: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 9. Aufl., Beck, 2009. 557 S., 72 € + CD-ROM

Das Buch erschien erstmals 1969 (!) als erster Band der „NJW-Schriftenreihe“ (seit 2005 umbenannt in „NJW-Praxis“), noch allein verfasst durch *Göppinger*. Angesichts der Tatsache, dass ein großer Teil der mittlerweile über 80 Bände dieser Reihe schon seit Langem nicht mehr lieferbar ist, muss man dem Begründer des Werks und dem Verlag für ihr Durchhaltevermögen Respekt zollen. Mit der 8. Auflage (2005) wurde, mit einem Kreis neuer Autoren, das zuletzt 1998 erschienene Buch praktisch wiederbelebt und konnte sogleich nahtlos an die konzeptionelle und inhaltliche Tradition der Voraufgaben anknüpfen.

Struktur und Konzeption des Buches haben sich auch seit der Voraufgabe nicht verändert. Auf deren Rezension in dieser Zeitschrift darf ich daher verweisen (MittBayNot 2007, 31). Das äußere Erscheinungsbild hat sich durch ein größeres Format mit größerer Schrift und dünnerem Papier eher zum Positiven geändert. Weil man an der Zahl der Seiten offenbar sparen wollte, ist die Formatierung aber gleich geblieben mit der Folge, dass man sich jetzt durch eng beschriebene, optisch nur wenig gegliederte Seiten kämpfen muss. Dafür ist dem Buch erstmals eine CD-ROM mit Formulierungsvorschlägen beigegeben.

Inhaltlich ist seit Erscheinen der Voraufgabe im Recht der Scheidungsfolgen kaum ein Stein auf dem anderen geblieben. Materiellrechtlich sind von den Änderungen der letzten Jahre fast alle klassischen Ehescheidungsfolgen betroffen, nämlich der nacheheliche Unterhalt, der Versorgungsausgleich, der Zugewinnausgleich und die Regelungen zu Ehwohnung und Haushalt. Das FamFG hat das Verfahren vor den Familiengerichten umgestaltet und das Kostenrecht hat eine Änderung durch die Einführung des Gesetzes über Kosten in Familiensachen erfahren.

Dies hat z. B. dazu geführt, dass das Kapitel „Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich“ komplett neu geschrieben ist, und zwar durch *Brüggen*. Als ehemalige Standesangehörige hat die Autorin bei der Bundesnotarkammer das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs in seiner Entstehung begleitet und kennt es somit „von der Pike auf“. Dass dadurch der Inhalt gerade für die notarielle Vertragsgestaltung besonders brauchbar ist, muss also nicht extra betont werden. Beispielhaft sei auf die Ausführungen *Brüggens* zum Verhältnis von Versorgungsausgleich und Güterrecht (3. Teil Rdnr. 41 ff.) eingegangen: Nicht selten höre ich in meiner Praxis, mit der Einbeziehungsregelung in § 2 VersAusglG sei die Gefahr der Entziehung von Versorgungsanswartschaften durch Kapitalwahlrechte (vgl. BGH, DNotZ 2003, 542) gebannt. Das ist jedoch mitnichten der Fall, sondern nur bei Anrechten auf Betriebsrente nach dem BetrAVG oder aus einem zertifizierten Altersvorsorgevertrag („Riester“, „Rürup“). In der notariellen Praxis kommt jedoch häufig eine private Alters-

vorsorge, zumal von Unternehmern, vor, die sich außerhalb dieser Bahnen bewegt. So findet das BetrAVG auf Betriebsrenten herrschender Gesellschafter-Geschäftsführer keine Anwendung, worauf *Brüggen* zu Recht hinweist. Ausgenommen sind auch „unzertifizierte“ Rentenversicherungen bzw. private Altersvorsorgemodelle. Durch § 2 VersAusglG wird auch nicht verhindert, dass ein Verpflichteter vor Durchführung des Versorgungsausgleichs seine Versicherung z. B. kündigt und sich den Rückkaufwert auszahlen lässt. Damit bleiben Manipulationsgefahren bestehen (vgl. *Everts*, ZFE 2005, 44), wie sie die Autorin anhand der nach wie vor unterschiedlichen Stichtage veranschaulicht. Aus diesem Grund dürften lt. *Brüggen* vertragliche Regelungen zu einer direkten Teilhabe an z. B. Versicherungen nach wie vor ihre Bedeutung haben. Leider fehlen im Bereich des Versorgungsausgleichs konkrete Formulierungsvorschläge. Allerdings meine ich, dass man in der Praxis trotz der strukturellen Änderungen durch das VersAusglG nach wie vor mit den klassischen, wenigen „Mustern“ – Ausschluss, Ausschluss gegen direkte Kompensation – auskommen wird und Spezialregelungen häufig nicht sinnvoll oder gefragt sind.

Bei der nachehelichen Vermögensauseinandersetzung findet sich jetzt erstmals ein Abschnitt zur Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft (mit Formulierungsbeispiel).

Im Rahmen des Ehegattenunterhalts nach der Scheidung wurden die erweiterten Befristungsmöglichkeiten kautelarjuristisch umgesetzt. Weiterhin vorbildlich sind die ausdifferenzierten Regelungen und Formulierungsvorschläge zum Kindesunterhalt. Wenn ich hier etwas entwerfen muss, geht mein erster Griff nach wie vor zum *Göppinger/Börger*. Das gilt auch für die anderen Bereiche jenseits der klassischen Scheidungsfolgentrias, wofür ich in der letzten Besprechung das Wort „Schatzkästchen“ verwendet habe: Vereinbarung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht, zu Hausrat/Haushalt(s)gegenständen und Ehwohnung sowie Vereinbarungen zum Namensrecht.

Nochmals erweitert worden ist der Bereich „Steuerrecht“. In welchem familienrechtlichen Werk findet man schon Ausführungen zu Bausparverträgen – die aber praktisch sehr häufig bei Scheidungen eine Rolle spielen? Die Bereiche, die auch den Notar häufiger unmittelbar bei seiner Entwurfsfertigung berühren (Einkommensteuerveranlagung nach § 26 EStG, begrenztes Realsplitting) sind von Grund auf verständlich dargestellt. Jedoch vermisst man an dieser Stelle Formulierungsvorschläge.

Im Ergebnis nimmt das Werk aufgrund seiner Aktualität derzeit die Spitzenstellung in der Vertragsgestaltungsliteratur zum Familienrecht ein. Schon deshalb ist seine Anschaffung uneingeschränkt zu empfehlen. Das gilt aber auch, wenn demnächst ein ausgeprägteres „Formularbuch“ (z. B. das des Kollegen *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, zuletzt 2. Aufl. 2007) mit den familienrechtlichen Neuerungen nachziehen sollte. Es bleiben dann immer noch die Stärken

des Göppinger/Börger in den scheinbar abseitigen Bereichen der Scheidungsfolgen und im Steuerrecht. Das Buch sollte daher nicht nur, wie bisher wohl überwiegend, in der An-

waltschaft seinen verdienten Zuspruch finden, sondern auch im Notariat.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Lipp: Handbuch der Vorsorgeverfügungen. Vahlen, 2009. 637 S., 98 €

Wer hätte sich vor zehn oder 15 Jahren vorstellen können, dass zum Thema Vorsorgeverfügungen ein über 600 Seiten umfassendes Handbuch erscheint? Nur wenige Rechtsberater beschäftigten sich damals mit dem Thema und gute Musterformulierungen fehlten weitgehend. Heute ist die Thematik aus der Beratungspraxis der Notare nicht mehr hinwegzudenken. Das hier zu besprechende Handbuch wird mit Sicherheit schnell einen wichtigen Platz in der Literatur erobern können; auch für Notare ist es eine ergiebige und zuverlässige Fundquelle.

Alle drei Bearbeiter des Handbuchs sind renommierte und fachkundige Kenner der Materie. Die Gliederung des Werkes, das auf fast alle Teilaspekte der Materie eingeht, orientiert sich an den Schwerpunkten der Tätigkeit der Autoren: Teil I („Grundlagen privater Vorsorge“) wurde von *Lipp*, Professor an der Universität Göttingen, bearbeitet. Teil II („Gestaltung privater Vorsorge“) hat der Praktiker *Spalckhaver*, Rechtsanwalt und Notar in Kassel, übernommen. Für Teil III („Private Vorsorge im internationalen Rechtsverkehr“) zeichnet *Röthel*, Professorin an der Bucerius Law School in Hamburg, verantwortlich. In Teil IV enthält das Handbuch eine Reihe von umfassenden Textmustern, aber auch sonst sind viele Formulierungsbausteine eingearbeitet.

Notare, die Mandanten betreuen, die sich viel im Ausland aufhalten oder dort über Vermögen verfügen, werden gerne auf das Handbuch zurückgreifen. Bei solchen Mandanten stellt sich z. B. die Frage, ob ihre Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung auch im Ausland anerkannt werden. Auf über 120 Seiten gibt *Röthel* einen detaillierten Überblick über die Rechtslage in wichtigen europäischen Staaten (Schweiz, Österreich, Frankreich, Belgien, Niederlande, Italien, Spanien, England, Wales und Schottland) sowie in den USA. Schön wäre es, wenn auch unseren wichtigen östlichen Nachbarn, insbesondere Polen, in der nächsten Auflage ein Kapitel gewidmet werden könnte.

Lipp und *Spalckhaver* machen sich stark dafür, die Vorsorgevollmacht immer im Rahmen eines von ihnen als „Fürsorgeorganisation“ (§ 8 Rdnr. 11) bezeichneten rechtlichen Gesamtkontextes zu sehen, zu dem unverzichtbar auch das Vorsorgeverhältnis als Grundverhältnis gehört. Der das Grundverhältnis behandelnde Teil (§ 15) gehört zu den umfangreichsten Abschnitten des Werkes. Zahlreiche Ausgestaltungshinweise für die Praxis werden gegeben. Mancher Gedankengang schießt aus meiner Sicht allerdings über das Ziel hinaus: Trifft den Alleinbevollmächtigten, der sich auf eine längere Auslandsreise begibt, ohne seine vorherige Erreichbarkeit sicherzustellen, tatsächlich eine Schadensersatzpflicht wegen Verstoßes gegen seine „Bereithaltungspflicht“ (§ 15 Rdnr. 32)? Als Notar frage ich mich, ob ich nicht ein schlechtes Gewissen haben muss, wenn ich die Textmuster am Ende des Buches betrachte – im Vergleich zu den von mir verwendeten Texten sind sie erheblich länger und ausführlicher. Und ein etwas unguutes Gefühl beschleicht mich, wenn

der individuelle Zeitaufwand für Beratung und Regelung mit zwei bis vier Stunden angesetzt wird (diese Angaben finden sich im Zusammenhang mit anwaltlichen Zeithonorarvereinbarungen; vgl. § 7 Rdnr. 18). Bin ich ein schlechter Notar, wenn ich bemüht bin, praxistaugliche Texte in weniger Zeit entstehen zu lassen?

Mit erstaunlicher Offenheit benennt *Spalckhaver* die sehr unterschiedlichen Gebühren von Rechtsanwälten und Notaren. Beträgt das Aktivvermögen des Mandanten 300.000 €, kann der Anwalt für Beratung und Entwurf von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung knapp 2.400 € fordern, die Beurkundungsgebühren eines Notars betragen dagegen knapp 170 € (alles ohne Umsatzsteuer und Schreibauflagen; vgl. § 7 Rdnr. 15 f.).

Es überrascht ein wenig, dass einige Themen in dem Handbuch kaum angesprochen werden. Das gilt z. B. für die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden. Lediglich in § 17 Rdnr. 14, § 18 Rdnr. 14 und in § 13 Fn. 200 wird die Thematik kurz gestreift; im Stichwortregister fehlt jeder Hinweis. Auch wenn die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden zu Recht kritisiert und als „legislatorischer Flop“ (so *Milzer*, FÜR 2007, 69, 73) bezeichnet wird, sollte sie in einem Handbuch nicht weitgehend unerwähnt bleiben. So hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1.9.2009 gerade geregelt, dass ihr die Qualität einer öffentlichen Beglaubigung zukommt.

Die rechtspolitische Debatte um die Patientenverfügung und die Entstehungsgeschichte der gesetzlichen Neuregelung bleiben in dem Handbuch weitgehend ausgeklammert. Die Autoren hatten damit wohl nicht vor dem Erscheinen des Buches gerechnet. Sehr ehrlich heißt es im Vorwort, dass die Neuregelungen zwar eingearbeitet wurden, das Werk sich jedoch im Übrigen auf dem Stand des Frühjahrs 2009 befindet. Eine vertiefende Auseinandersetzung mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen und den dogmatischen Fragen zur Patientenverfügung fehlt daher leider. Erfreulich ist allerdings, wie klar *Lipp* zu dem Thema „Aktualisierungsbedarf“ von Patientenverfügungen Stellung nimmt: Regelmäßige Bestätigungen sind nicht erforderlich; die notarielle Urkunde sollte auch keine entsprechende Empfehlung enthalten (§ 17 Rdnr. 246 ff.).

Andere Gestaltungsfragen werden mit manchmal erstaunlicher Detailverliebtheit behandelt. Unter dem Stichwort „Urkundenbesitz als Wirksamkeitsbedingung“ werden die Unterschiede erörtert, die sich daraus ergeben, ob die Vorsorgevollmacht allein unter die aufschiebende Bedingung der Besitzerlangung des Originals (bzw. der Ausfertigung) der Vollmacht gestellt wird, oder ob an das Innehaben des Besitzes angeknüpft wird oder ob zusätzlich noch die Möglichkeit der Vorlage der Urkunde im Original (Ausfertigung) verlangt wird (§ 13 Rdnr. 129 ff.).

Die große Bedeutung, die *Lipp* und *Spalckhaver* dem Grundverhältnis, also dem Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer einräumen, wurde bereits erwähnt. Insofern ist es durchaus konsequent, wenn das ausführliche

am Ende des Werkes zu findende Textmuster davon ausgeht, dass Vollmachtgeber und Bevollmächtigter gemeinsam vor dem Notar erscheinen und ihre Erklärungen zu Vollmacht und Vorsorgeverhältnis abgeben. Man darf gespannt sein, ob die Entwicklung tatsächlich in diese Richtung gehen wird.

Manche der Gestaltungsüberlegungen sind aus meiner Sicht zu komplex. Die Anwender erscheinen mir überfordert. Ein Beispiel: In ihrem Grundmuster (Anhang 1) knüpfen *Lipp* und *Spalckhaver* die aufschiebend bedingte Ersatzvollmacht an das Erlöschen der Hauptvollmacht. Unter den Erlöschensgründen finden sich die Kündigung des Auftragsverhältnisses durch den Bevollmächtigten oder dessen Verzicht auf die Vollmacht. Zwar wird im Text (§ 14 Rdnr. 228 f.) die Problematik des Nachweises durch öffentliche Urkunde angesprochen. Ich befürchte dennoch, dass die Praxis mit solchen Gestaltungsvorschlägen überfordert ist. Der Notar darf nie vergessen: Mit Vorsorgevollmachten müssen in der Praxis fast

immer Nichtjuristen umgehen. Sie erteilen die Vollmacht, sie werden als Bevollmächtigte eingesetzt und ihnen gegenüber wird die Vollmacht verwendet. Ich will damit nicht für unangemessene Vereinfachungen eintreten. Aber ich stimme *Milzer* (NJW 2003, 1836 ff.) uneingeschränkt zu, der sich für eine „adressatengerechte“ Vorsorgevollmacht stark macht. Dem werden die Gestaltungsvorschläge von *Lipp* und *Spalckhaver* aus meiner Sicht nicht immer gerecht.

Fazit: Ein interessantes Handbuch, bei dem sich die wissenschaftliche Durchdringung der Materie mit vielen Formulierungsmustern und praktischen Gestaltungsvorschlägen verbindet. Die Brücke zwischen theoretisch-dogmatischer Aufarbeitung und praktischer Umsetzung wird geschlagen – auch wenn ich nicht jedem Gestaltungsvorschlag vorbehaltlos zustimme.

Notar Dr. *Thomas Renner*, Erfurt

von Hoyerberg: Vorweggenommene Erbfolge. Beck, 2010. 435 S., 59 € + CD-ROM

„Die vorweggenommene Erbfolge gehört zu den anspruchsvollsten Gebieten der Beratung und Vertragsgestaltung. Sie wirft komplexe Fragen nicht nur im Zivil- und Steuerrecht auf, sondern auch im Insolvenz- und Sozialrecht.“ Angesichts dieser zutreffenden Feststellungen des Autors am Anfang seines Vorwortes und dem riesigen Literaturangebot im Übrigen erstaunt es den Praktiker, wie wenig Monographien sich hier zur Hilfestellung finden. Sieht man von den schon ein wenig angegrauten Werken von *J. Mayer* (Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 2. Aufl. 2001) und *Waldner* (Vorweggenommene Erbfolge, 2003) ab, fallen mir eigentlich nur drei Konkurrenzprodukte ein: Der „Langenfeld/Günther“ (Grundstückszuwendungen zur lebzeitigen Vermögensnachfolge, 6. Aufl. 2009), der „Krauß“ (Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2009) und – jetzt wieder – der „Spiegelberger“ (Vermögensnachfolge, 2. Aufl. 2010, für Juni 2010 angekündigt). Gegen diese eingeführten, vielleicht schon etwas „überevollen“ Bücher, tritt nun der Wuppertaler Kollege *v. Hoyerberg* an, unterstützt von der Bonner Anwältin *Verpoorten*. Dieser An- und Auftritt ist für mich überzeugend gelungen, wobei dies vor allem dem Konzept des Autors geschuldet ist: Die Ausführungen gehen jeweils von einzelnen Vertragsgrundmustern aus, mit ausgelagerten „Nebenumstern“ (Varianten/Ergänzungen), dazu die Erläuterungen. Trotzdem entsteht nicht der Eindruck einer „Spielwiese“ wie beim Kersten/Bühling oder beim Münchener Vertragshandbuch, sondern einer Einzeldarstellung aus einem Guss. Es muss aber jeder selbst wissen, ob er mit dieser Darbietung in seiner täglichen Praxis gut auskommt.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass das in der Reihe „Recht Steuern Formulare“ erschienene Buch für die bekannten Ästheten unseres Standes durch das Druckhaus Thomas Müntzer (!) schön ausgestattet ist, wider den Trend mit Festeinband und festem Papier. Gemessen am nicht allzu großen Werkumfang ist der Preis dafür jedoch recht hoch – zur Einführung eines Werks angesichts der Konkurrenz vom Verlag vielleicht etwas ungeschickt angegangen.

Dargestellt werden u. a.:

– Die Grundstücksüberlassung in verschiedenen Varianten (ohne Gegenleistungen, gegen Nießbrauchsvorbehalt oder

gegen Wohnungsrecht; Überlassung eines Bauplatzes, Überlassung gegen dauernde Last, Altenteil oder Pflegeverpflichtung; verschiedene Verfügungsverbote und Rückforderungsrechte; Übernahme von Grundpfandrechten mit und ohne Schuldhaftentlassung im Außenverhältnis).

– Die Überlassung von Unternehmen und Betriebsvermögen (z. B. Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen gegen Nießbrauch oder dauernde Last; Überlassung von Anteilen an Personengesellschaften; familieninterne Stimmrechtsbindungsverträge zur Minderung der Erbschaftsteuerlast nach neuem Recht).

– Muster zur Gründung einer Familien-Holding (etwa als GmbH & Co. KG unter Einbringung von Grundvermögen), einer vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Stiftung zur dauerhaften Regelung der Vermögensnachfolge.

Verwandte Rechtsgebiete, etwa der Erb- und Pflichtteilsverzicht oder Regelungen im Verhältnis zu weichenden Erben, werden ebenfalls mit Formulierungsvorschlägen behandelt.

Daneben enthält das Werk auch Hinweise und Formulierungsvorschläge zur vorweggenommenen Erbfolge in der Ehe (etwa ehebedingte Zuwendungen, Güterstandswechsel und Güterstandsschaukel) sowie in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Wohltuend ist, dass unter „vorweggenommene Erbfolge“ nicht auch noch die Gestaltung von Vorsorgevollmachten subsumiert wird. Wo dies im vergleichbaren Schrifttum geschieht, bleibt mangels Durchdringung und Kürze häufig kein praktischer Nutzen.

Vermisst habe ich bei meiner täglichen Arbeit – das Buch heißt ja eben nicht nur „Überlassungsverträge“ – Verträge unter Ehe- und Lebenspartnern, Eltern, Kindern und Schwiegerkindern zur Investitionsabsicherung auf (noch) fremdem Grund und Boden, wobei es sich zumeist um Privatdarlehensverträge mit Schwerpunkt „Störfallvorsorge“ handelt (vgl. etwa *Bruch*, MittBayNot 2008, 173, 182; Formulierungsbeispiele bei *Schlögel*, MittBayNot 2009, 100, 109; zuvor schon *N. Mayer*, ZEV 1999, 384, 435). Diese bilden einen ernstzunehmenden und – jedenfalls an meiner Notarstelle – häufig nachgefragten Mosaikstein bei der Regelung der Vermögensweitergabe (wenn und weil eben diese noch *nicht* in Betracht kommt). Die aktuelle Rechtsprechung des BGH (MittBayNot 2009, 137) zu Ausgleichsansprüchen beim

Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft hilft der Kautelarjurisprudenz jedenfalls nicht. Soweit v. *Hoyenberg* immerhin Investitionen des Schwiegerkinds in den Grundbesitz anspricht (Kap. 6 Rdnr. 11 ff.) gerät dies viel zu kurz: Sofern die Investitionen überhaupt in den Zugewinnausgleich fallen, bekäme der Investor ja bestenfalls die Hälfte. Und dass sie in den Zugewinnausgleich fallen, ist längst nicht gesagt. Weder muss die Investition zu einer entsprechenden Wertsteigerung führen, noch ist jedes Investitionsobjekt ertragbringend, zumal im Verhältnis zur Höhe der Aufwendungen. Und womöglich fallen die Aufwendungen als ehebedingte Zuwendungen oder Schenkungen ihrerseits ja gar nicht in den Zueinn. Die Schlussfolgerung, es bedürfe in solchen Fällen keines Darlehensvertrages, ist daher klar zu widersprechen.

Schön gelungen sind die Gestaltungsvorschläge zum Wohnungsrecht und die Erläuterungen dazu (Kap. 3 Rdnr. 98 ff.), insbesondere zum Sozialhilferegress, auch wenn der Rezensent dort unter falsch geschriebenem Namen zitiert wird. Die sozialrechtlichen Implikationen, die am Besprechungstisch immer häufiger werden, sind auch im Übrigen an der jeweils relevanten Stelle vorbildlich eingearbeitet. Im „Nießbrauchsmodell“ der vorweggenommenen Erbfolge haben mir die Ausführungen zur Behandlung bereits eingetragener, vorrangiger Grundpfandrechte gefallen (Kap. 3 Rdnr. 55 ff.) und dabei die Betonung, dass die Neuvaluierungsabrede, insbesondere die Abtretung der Rückgewähransprüche, regelmäßig nicht mehr ist als ein bloßes Beruhigungsmittel für die Beteiligten, die Nagelprobe aber nicht besteht (vgl. BGH, MittBayNot 2007, 45). Die hiermit verbundenen Probleme ergeben sich aber auch bei Überlassungen mit Versorgungsrechten statt mit Nießbrauchsvorbehalt. Die Ausführungen hierzu in Kap. 4 Rdnr. 6 ff. könnten insoweit noch ergänzt werden, und sei es nur durch eine Verweisung.

Sehr ausführlich beschrieben und mit ausziselieren Mustern versehen ist der Abschnitt zu den vertraglichen Rückforderungsrechten (Kap. 3 Rdnr. 155 ff.). Hier bleibt wenig unangesprochen, insbesondere die Ausführungen zur Mehrheit von Berechtigten überzeugen, ebenso zur Ausübung und Form des Verlangens. Zu Recht kritisch sieht der Autor die Ausgestaltung als „höchstpersönliches“ Recht. Zu ergänzen wäre, dass sich in einem solchen Fall bei Geschäftsunfähigkeit Probleme nicht nur bei der Frage nach der Rückforderung selbst ergeben, sondern auch schon bei der Entscheidung über die Ausübung überhaupt. Dies führt m. E. dazu, dass materiell auch kein Rangrücktritt durch einen Betreuer/Bevollmächtigten mehr erteilt werden kann, weil dem stets, gleichsam spiegelbildlich, die Entscheidung über die (Nicht-)ausübung des Rückforderungsrechts zugrunde liegt. Möglicherweise schlägt dies auch auf die Bewilligung durch. Die Praxis hat die hiermit verbundenen Probleme jedenfalls noch nicht hinreichend erkannt, geschweige denn aufgearbeitet.

Für den Fall der Rückauffassung bei Ausübung des Rechts durch den Berechtigten ist an die Möglichkeit einer entsprechenden Vollmachtsgestaltung zwischen Erwerber und Veräußerer bereits im Überlassungsvertrag zu denken (Kap. 3 Rdnr. 242 ff.). Der an sich richtigen Einschätzung des Verfassers, dass solche Vollmachten in der Praxis meist nicht gewünscht werden, möchte ich im Falle des Vorversterbens des Erwerbers vor dem Veräußerer jedoch widersprechen. Aus Raumgründen muss eine Erörterung der Interessenlagen und Möglichkeiten solcher Fälle an dieser Stelle unterbleiben.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang noch, dass v. *Hoyenberg* ein gesondertes Muster für ein Rückforderungsrecht bei unerwarteter Schenkungsteuer bereithält (Musterüberschrift unglücklich „Erbchaftsteuer“). Diese steuerlich ohne weiteres zulässige Gestaltung könnte in der Praxis häufiger genutzt werden; ihr steht wahrscheinlich die – unbegründete – Angst vor § 42 AO entgegen. Vergleichbar könnte man in der Neuauflage erwägen, auch ein Rückforderungsrecht für den Fall eines unerwarteten Sozialhilferegresses beim *Übernehmer* einzufügen (Übergaben an „Sorgenkinder“).

Für einen „Landnotar“ zu kurz kommen die typischen Natural-Gegenleistungen beim Übergabevertrag, namentlich bei Hofübergaben. Tischkostvereinbarungen (nebst etwaigen Ersatzleistungen) sind jedenfalls noch nicht als exotisch zu bezeichnen. Auch über die „richtige“ Brennholzvereinbarung könnte man manchen Aufsatz schreiben. Dieses Manko kann man aber dem Autor als (Groß-)stadtnotar schlecht anlasten, jeder schreibt zu Recht aus seiner beruflichen Warte.

Ein Ärgernis, insbesondere mit den Bauern- und Landwirtschaftsverbänden, aber auch in dem hier zu besprechenden Werk, ist indes die Verknüpfung der Pflegeverpflichtung im Leibgeding mit den Pflegestufen nach SGB XI. Der Autor schafft hier leider keine Abhilfe, sondern suggeriert die Kunstgerechtigkeit dieser Gestaltung. Das Gegenteil ist der Fall. Die Pflegestufenkonstruktion scheidet schon daran, dass sie nicht bedenkt, wer denn (und wann) die Pflegestufe festlegt, insbesondere das Überschreiten der vertraglich für maßgeblich vereinbarten Pflegestufe. Noch komplizierter wird es, wenn sich die Pflegestufen respektive deren angeblich so klare Definition einmal ändern sollten. Der Gestaltungshinweis v. *Hoyenbergs*, man müsse hierfür mit statischen Verweisungen arbeiten, hilft gerade nicht, sondern führt dann erst recht und direkt in die Sackgasse. Die Pflegestufenverweisung passt auch inhaltlich-strukturell nicht, weil einzelne typische Austragsleistungen auch bzw. erst in Pflegestufe II „vorkommen“, wohl aber von Anfang an Bestandteil der Wart- und Pflegeverpflichtung sein sollen (z. B. Hilfe beim Essen), umgekehrt die Wart und Pflege gemäß Übergabe regelmäßig keine geschulte medizinische Versorgung vorsieht, solche Maßnahmen aber in Stufe I zum Teil enthalten sind (z. B. Augentropfen, Tromboseverband).

Das Werk steht auf dem neuesten Stand der zivil- und steuerrechtlichen Grundlagen. Die Erbschaftsteuerreform ist eingearbeitet, ebenso das im Juli 2009 verabschiedete Gesetz zur Reform des Erb- und Verjährungsrechts. Auch der kürzlich eingeführte Gutgläubensschutz bei der Grundbucheintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist bereits berücksichtigt. Angesichts des Fertigstellungsdatums (Dezember 2009) hätte sich der Purist im Literaturverzeichnis die aktuellen Auflagen der Werke von *Krauß* und *Langenfeld/Günther* bzw. eine Auseinandersetzung mit diesen gewünscht. Alle Muster und Formulierungshilfen sind auf der beiliegenden CD-ROM enthalten.

Fazit: Eine Bereicherung für die Welt der Überlassungen! Bei den Schnittstellen zum gesellschaftsrechtlichen Bereich würde ich aber weiterführende Werke mit heranziehen. Das Buch lege ich aufgrund seines didaktischen Aufbaus besonders dem Notarnachwuchs in Assessorat und Inspektorat ans Herz. Vielleicht ist trotz des Preises der Chef/die Chefin ja zu einem Sponsorium bereit.

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Benz: Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG). Beck, 2010. 438 S., 79 €

Das vorliegende Werk von *Benz* stellt seine Dissertationsschrift dar und fasst in beeindruckender Weise auf knapp 440 Seiten umfassend alle Rechtsfragen, Streitpunkte und praktischen Auswirkungen der verdeckten Sacheinlage sowie die Rechtsfragen rund um die Rückzahlung von Einlagen sowohl bei der Gründung als auch bei der Kapitalerhöhung zusammen und zeigt Lösungswege auf. Aus dem Vorwort ergibt sich, dass *Benz* diese Arbeit schon während seiner Tätigkeit beim DNotI errichtet hat. Sie weist daher auch den für die notarielle Tätigkeit erfreulichen praktischen Bezug auf. Der Arbeit ist ein umfassendes Literaturverzeichnis und eine Rechtsprechungsübersicht, die das Auffinden der zitierten Entscheidungen deutlich erleichtert, vorangestellt.

Nachdem *Benz* zunächst die Entwicklung des Rechtsinstituts der verdeckten Sacheinlage kurz aufzeigt, erläutert er im Anschluss daran die Neuregelungen durch das MoMiG. Die Thematik verdeutlicht er immer wieder durch die Bildung von Fallbeispielen (vgl. beispielsweise S. 25) und erhöht dadurch die Lesbarkeit für den Praktiker. Vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2009, 766 – Qivive) sind die Ausführungen zur Thematik „Anwendung der Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage auf nichteinlagefähige Güter“ von besonderem Interesse. Gut nachvollziehbar und durch den Einbau von Tabellen besser verständlich sind die Ausführungen zum Cash-Pool (S. 46 ff.). *Benz* macht deutlich, dass die sog. Mischfälle, bei denen neben § 19 Abs. 4 GmbHG auch § 19 Abs. 5 GmbHG zur Anwendung kommt, in der Praxis besondere Probleme aufwerfen und zeigt hier praktische Lösungswege auf.

Teilweise wird in der Praxis vorgeschlagen, die Thematik der verdeckten Sacheinlage durch eine offene Sacheinlage zu vermeiden. *Benz* stellt in diesem Sachzusammenhang darauf ab, ob die Sacheinlagegeschäfte teilbar sind und vertritt die Auffassung, dass solche teilbar neben der offenen Sacheinlage stehenden Sachgeschäfte einer registerlichen Kontrolle nicht zu unterwerfen sind. Für die Praxis ist darauf hinzuweisen, dass diese Rechtsfrage noch nicht entschieden ist.

Ein für die Praxis besonders bedeutsames Thema sind die sog. Umsatzgeschäfte, die nach einer Gründung zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter getätigt werden. Für gewöhnliche Umsatzgeschäfte spricht nach Auffassung von *Benz* keine Vermutung für eine verdeckte Sacheinlage. Es ist darauf hinzuweisen, dass derartige gewöhnliche Umsatzgeschäfte bisher nicht Gegenstand der Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH waren. Allerdings ist in der Tendenz *Benz* Recht zu geben, wenn er zu dem Ergebnis gelangt, dass der Gesellschafter, der anstatt eines anderen Lieferanten beispielsweise die Gesellschaft mit Papier beliefert – worin auch der Gegenstand seines Unternehmens besteht – nicht mit jeder Lieferung in die Gefahr der verdeckten Sacheinlage gerät.

Die Anwendung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage auf die UG (haftungsbeschränkt) stellt einen weiteren Teil der

Erörterungen von *Benz* dar und ist bisher durch die Rechtsprechung nicht geklärt. Zu Recht vertritt hier *Benz* die Auffassung, dass die Wirkung des § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG der UG (haftungsbeschränkt), die entgegen dem Gesetz eine verdeckte Sacheinlage zulässt, nicht zugutekommt. Weniger überzeugend ist es, dass *Benz* dies für Kapitalerhöhungsmaßnahmen, bei denen das Stammkapital auf über 25.000 € erhöht wird, anders beurteilen will.

Benz beschäftigt sich sodann sehr ausführlich mit der dogmatischen Einordnung des sog. Anrechnungsmodells. Es ist weder aus der Regierungsbegründung noch aus dem Gesetz ersichtlich, welchem dogmatischen Ansatz hier der Gesetzgeber gefolgt ist. Die verschiedenen Lösungen, die dazu bisher in der Literatur entwickelt wurden, werden umfassend erörtert, und *Benz* zeigt im Ergebnis auf, dass es sich um die Anordnung einer Differenzhaftung handelt.

Von erheblicher Bedeutung für die Praxis ist die Frage, mit welchem Wert und zu welchem Zeitpunkt die Anrechnung und ggf. eine Differenzhaftung zu berechnen ist (S. 140–160). Alle Fragen rund um die Beweislastregelung werden umfassend abgehandelt. Im Anschluss finden sich bei *Benz* Ausführungen zu dem besonders problematischen Fall der verdeckten gemischten Sacheinlage. *Benz* stellt zu Recht fest, dass hier bei der verdeckten gemischten Sacheinlage grundsätzlich die Regeln zur vollständig verdeckten Sacheinlage zur Anwendung kommen müssen. Inwieweit es dem Praktiker anhand der von *Benz* in seinem Werk entwickelten Formeln erleichtert wird, Folgen verdeckter Sacheinlagen einfacher zu berechnen, dürfte auch davon abhängen, inwieweit der Praktiker einem derartigen Formelverständnis zugänglich ist.

Die verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der Rückwirkungsregelung beleuchtet *Benz* nachdrücklich. In der Folge erörtert er, inwieweit die früheren Heilungsregelungen heute noch Bedeutung haben. In einem weiteren Kapitel werden die Auswirkungen der Neuregelungen für den Geschäftsführer dargelegt und es wird auch auf die strafrechtlichen Fragen eingegangen. Die Haftungsnormen für eine zivilrechtliche Schadensersatzhaftung beleuchtet *Benz* ebenfalls. Am Ende dieses Kapitels zeigt er die Ersatzansprüche gegenüber dem Inferenten und den Mitgesellschaftern auf.

In einem weiteren Teil des Werkes werden sachnahe Institute dargestellt, bevor im eigentlichen Teil 2 die Rechtsprobleme rund um die Einlagenrückzahlung (§ 19 Abs. 5 GmbHG) umfassend erörtert werden.

Es lässt sich feststellen, dass jeder Praktiker und derjenige, der sich wissenschaftlich mit den Neuregelungen zu § 19 Abs. 4 und 5 GmbHG beschäftigt, an dem Werk von *Benz* nicht vorbeikommt. Die Rechtsfragen werden in der Tiefe durchdrungen, die Literatur ist umfassend gewürdigt und von *Benz* eingeordnet. Das Streben nach Lösungen, die für die Praxis verträglich sind, prägt das Werk von *Benz*, welches auch für den Notar eine wertvolle literarische Hilfestellung darstellt.

Notar Dr. *Heribert Heckschen*, Dresden

Blaurock: Handbuch Stille Gesellschaft. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2010. 924 S., 129 €

Das Handbuch zur Stillen Gesellschaft von Prof. Dr. *Uwe Blaurock* (Vorauslage rezensiert in MittBayNot 2004, 29), die derzeit umfassendste Darstellung zur stillen Gesellschaft, ist nunmehr in 7. Auflage erschienen.

Dabei beschränkt sich das Handbuch zumeist nicht auf eine kurze Darstellung, sondern erläutert die dargestellten Fakten und zeigt – für das Verständnis hilfreich – oftmals die Entwicklung verschiedener Bereiche der stillen Gesellschaft auf und wird damit auch wissenschaftlichen Ansprüchen gerecht. Enthalten sind neben den gängigen Themen z. B. auch eine ausführliche Darstellung zur stillen Publikumsgesellschaft und sogar Hinweise zur stillen Gesellschaft im internationalen Steuerrecht und zu ihrer Behandlung in anderen Rechtsordnungen.

Das Handbuch befindet sich ausweislich des Vorworts auf dem Stand August 2009. Kompetent eingearbeitet sind nunmehr insbesondere die Unternehmensteuerreform 2008, das MoMiG, das BilMoG und die Erbschaftsteuerreform.

Bei der Gründung einer GmbH & Still vertritt *Blaurock* mit der herrschenden Meinung die Auffassung, dass die Formalien für den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrags gemäß §§ 292 ff. AktG nicht eingehalten werden müssen (vgl. Rdnr. 7.34 ff.; etwas überraschend finden sich die diesbezüglichen Ausführungen nicht in § 9 betreffend die Errichtung der stillen Gesellschaft, sondern in § 7 betreffend die Gewinn- und Verlustbeteiligung). Die besseren Argumente sprechen zwar für die Gegenmeinung (vgl. *Heckschen*, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., D. III. Rdnr. 121 m. w. N.), für die Praxis kann jedoch ein Notar die herrschende Meinung, der bisher auch die registerrechtliche Rechtsprechung folgt, zugrunde legen. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass ohne Einhaltung der Formalien für einen Teilgewinnabführungsvertrag im Einzelfall die steuerliche Anerkennung in Frage gestellt wird, vgl. FG Berlin-Brandenburg, DStRE 2008, 868 f.

Steuerlich weist *Blaurock* auf die Problematik hin, dass eine im Privatvermögen gehaltene typische stille Beteiligung der Abgeltungsteuer unterfällt und damit Werbungskosten nach § 20 Abs. 9 EStG grundsätzlich nicht mehr abzugsfähig sind. Verlustanteile wurden nach bisher überwiegender Meinung als Werbungskosten und nicht als negative Einnahmen angesehen, so dass die Verlustanteile dann nicht mehr abzugsfähig sein könnten (vgl. *Blaurock*, Rdnr. 22.222). Die Finanzverwaltung hat glücklicherweise solche dogmatischen Überlegungen außer Betracht gelassen und geht – wie auch von mir in meinem Aufsatz, MittBayNot 2009, 23, 25, zugrunde gelegt – im BMF-Erlass zur Abgeltungsteuer vom 22.12.2009, Az. IV C 1-S 2252/08/10004 von einer grundsätzlichen Abzugsfähigkeit der Verlustanteile aus (vgl. dort Tz. 4). *Blaurock* beschäftigt sich auch mit den ebenfalls nicht abschließend geklärten Problematiken von Verlusten im Falle der Auflösung und der Veräußerung der stillen Beteiligung sowie der Insolvenz des Inhabers (Rdnr. 22.250 ff.).

Für die typische Unterbeteiligung an einem im Privatvermögen gehaltenen GmbH-Anteil sieht *Blaurock* das Problem, dass eine auf diesen Anteil entfallende Gewinnausschüttung zunächst in voller Höhe beim Inhaber des GmbH-Anteils und dann noch einmal in Höhe des an den Unterbeteiligten weitergeleiteten Gewinnanteils bei diesem zu versteuern ist, also eine teilweise Doppelbesteuerung stattfindet (vgl. Rdnr. 31.62). *Blaurock* weist des Weiteren zutreffend darauf hin, dass die steuerliche Anerkennung der typischen Unterbetei-

ligung an einem GmbH-Anteil umstritten ist (Rdnr. 31.56) und der BFH in der unentgeltlichen Zuwendung einer solchen Unterbeteiligung keinen schenkungsteuerfähigen Gegenstand sieht, sondern lediglich die Weiterleitung der Gewinnanteile als potentiell schenkungsteuerpflichtig ansieht. Er zieht aber daraus nicht den für mich naheliegenden Schluss, dass die Weiterleitung der Gewinnanteile an den Unterbeteiligten an einem GmbH-Anteil eben deshalb lediglich einen Schenkungsteueratbestand auf einer nachgeschalteten Ebene der Gewinnverwendung darstellt, nicht aber einen einkommensteuerrelevanten Tatbestand.

Für die nächste Auflage wären Anregungen:

– Die Fundstellen sind ausweislich des Vorworts „von zahlreichen überholten oder inzwischen nicht mehr relevanten älteren Nachweisen entlastet worden“. Trotzdem finden sich – auch im schnelllebigen steuerlichen Teil – noch zahlreiche für meinen Geschmack viel zu alte Fundstellen, z. B. sind (wahlos aufgehoben) in den Fußnoten auf den Seiten 652–655 u. a. zitiert: RFH v. 16.8.1934, RFH v. 12.1.1953, RFH v. 11.3.1936, BFH v. 19.2.1965, BFH v. 20.2.1959 und Erl. des Fin. Min. NRW v. 2.8.1956. Um einer Verunsicherung des Lesers über die Aktualität der Ausführungen *Blaurocks* vorzubeugen und dem Rechtsberater auch gerichtstaugliche Fundstellen an die Hand zu geben, wäre eine weitere Aktualisierung der Nachweise empfehlenswert.

– Das Stichwortverzeichnis lässt den Leser nicht selten im Stich, z. B. bei den probeweisen nachgeschlagenen Stichworten: „Sozialversicherungspflicht“ (des „tätigen“ stillen Gesellschafters; dies erscheint mir ein hier praxisrelevantes Thema, ist aber – soweit ersichtlich – lediglich im Text in Rdnr. 6.42 kurz angesprochen); „KWG“ bzw. „Bank-“ bzw. „Einlagengeschäft“ bzw. „Kapitalmarktrechtliche Schranken“ bzw. „Prospekthaftung“ (Erläuterungen zur diesbezüglichen (Un-)Zulässigkeit einer stillen Beteiligung bzw. Haftungsfragen finden sich in Rdnr. 19.80 ff.); „Rangrücktritt“ (immerhin zu finden unter „Nachrangabrede“).

– Einige praxisrelevante Themen im Zusammenhang mit einer stillen Beteiligung sind trotz des Umfangs des Handbuchs nicht oder nur sehr untergeordnet berücksichtigt. So fehlen z. B. – soweit ersichtlich – konkretere Gestaltungshinweise zur Schenkungsebene bei unentgeltlicher Zuwendung bzw. Einräumung einer stillen Beteiligung, insbesondere im Hinblick auf Gegenleistungen, z. B. Nießbrauch, Leibrente, Rückforderungsrechte usw. Ebenso scheint mir die Umsatzsteuerpflicht bei Vergütungen an einen tätigen stillen Gesellschafter nicht näher behandelt (vgl. hierzu z. B. BMF v. 31.5.2007, DStR 2007, 1039, Beispiel 11). Nicht gefunden habe ich auch Ausführungen zur Verjährung der Einlageforderung (vgl. hierzu z. B. OLG Schleswig, NZG 2009, 256; im Stichwortverzeichnis fehlt das Stichwort „Verjährung“ gänzlich).

– Die Darstellung könnte teilweise etwas prägnanter bzw. ergebnisorientierter sein und wirkt gelegentlich etwas unübersichtlich, so dass sich der Leser dann länger in bestimmte Fragen vertiefen muss, um Antworten zu finden, als ihm möglicherweise lieb ist. Dies gilt z. B. für die – zugegebenermaßen auch nicht ganz einfache – Thematik etwaiger Zahlungsansprüche des stillen Gesellschafters bzw. gegen diesen bei Insolvenz des Geschäftsinhabers (§ 17).

– Die beigelegten Mustertexte könnten teilweise noch etwas präziser gefasst sein (vgl. die diesbezüglichen Hinweise in meiner letzten Rezension).

Zusammenfassend: Das Handbuch behandelt die stille Gesellschaft ausführlich und kompetent sowohl in zivil- bzw. gesell-

schaftsrechtlicher als auch in steuerlicher Hinsicht. Trotz des Umfangs der Darstellung werden allerdings nicht alle praxisrelevanten Fragen im Zusammenhang mit einer stillen Beteiligung beantwortet. Sucht der Kautelarjurist kurze ergebnisorientierte Gestaltungsanregungen für eine stille Gesellschaft,

ist der Erwerb des Blaurocks kein unbedingtes „Muss“. Wer sich über Rechtsfragen zur stillen Gesellschaft jedoch vertieft informieren will, kommt am Blaurock kaum vorbei.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Böttcher/Ries: Formularpraxis des Handelsregisterrechts. 2. Aufl., RWS, 2009. 598 S., 79 €

Im Vergleich zur – von *Krafka* in MittBayNot 2003, 483 besprochenen – Erstaufgabe ist die 2. Auflage um 122 Seiten gewachsen und in Wahrheit noch weit umfangreicher geworden, da die Seiten keineswegs mehr so „locker bedruckt“ sind, wie der damalige Rezensent ein wenig maliziös bemerkt hat; auch die Zahl der Muster, die man im Internet für die weitere Verarbeitung komfortabel abrufen kann, ist auf 197 erhöht.

Dabei beschränkt sich das Buch – entgegen seinem Titel – keineswegs auf das Registerrecht, sondern behandelt auch zahlreiche Fragen des materiellen Gesellschaftsrechts, deren Auswahl und Relevanz für das Registerrecht sich mitunter jedenfalls nicht ohne weiteres erschließt, wie beispielsweise in Rdnr. 928–987 GmbH-Gesellschafterbeschlüsse. Der Schwerpunkt liegt aber sicherlich bei den Anmeldungen zum Handelsregister.

Ausführlich behandelt sind auch praktisch eher seltene Fragestellungen (z. B. Registerrecht der EWIV, Rdnr. 585–669) und – neu in der 2. Auflage – auch das Recht der Partnerschaftsgesellschaft, das Vereinsrecht und das Umwandlungsrecht, Letzteres in einer sehr gegliederten Beschränkung auf die praktisch ernsthaft in Betracht kommenden Anmeldungen und unter Ausklammerung der ausgesprochenen Orchideenfälle. Trotz des Umfangs ist das Buch übrigens sehr sorgfältig redigiert; nur ganz selten finden sich Fehler wie eine verunglückte Graphik zur GmbH & Co. KG (Rdnr. 488–490), der „ausländische“ (statt: Ausländer-)Verein in Rdnr. 2193 und die doch sehr küchenlateinische Interpretation von „L. S.“ als *locum sigulum* (sic!). Auch bei der Bemerkung, die Gerichtgebühren für die Eintragung einer großen Kommanditeinlage betragen „in etwa“ (!) ein Zehntel der Gebühren für die Eintragung von zehn kleinen Kommanditeinlagen (Rdnr. 236), verblüfft; *iudex non calculat*? Der Hinweis erfolgt im Rahmen eines sehr knappen Abschnitts über die Gerichtskosten in Handelsregistersachen; Notarkosten sind nicht behandelt.

Das hier angezeigte Buch ist auf der Höhe der Zeit – soweit dies bei der Dynamik des GmbH-Registerrechts nach dem MoMiG möglich ist. Auch der in der Voraufgabe noch ignorierte elektronische Rechtsverkehr ist angemessen behandelt. Das Vorwort gibt als Stichtag der Bearbeitung den 26.6.2009 an; das FamFG ist bereits durchgehend eingearbeitet; die Herabsetzung der Justizverwaltungsgebühr für den Dokumentenabruf von 4,50 € auf 1,50 € dagegen, da erst im August 2009 Gesetz geworden, noch nicht (Rdnr. 243); ebensowenig konnten die Änderungen im Vereinsrecht durch die Gesetze vom 25. und 26.9.2009 noch berücksichtigt werden. Alle

wichtigen neuen Entscheidungen sind bis in die Jahresmitte 2009 verarbeitet, etwa die zur Schiedsfähigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen (BGH, DNotZ 2009, 620; Rdnr. 787) oder dazu, dass Artikulierbarkeit einer Firma genügt (BGH, MittBayNot 2009, 160).

Als Richter oder Rechtspfleger am Registergericht kann man bekanntlich zwei sehr unterschiedliche Annäherungen an seine Arbeit finden: die Anmeldungen wohlwollend sehen und (notfalls nach Auslegung des Gemeinten) eintragen, wenn das rechtlich irgendwie möglich ist. Oder aber annehmen, dass jede Anmeldung irgendeinen Mangel hat, den man nur zu finden wissen muss. *Böttcher/Ries* sind engagierte Vertreter der ersteren Methode, was sehr sympathisch ist; man sollte aber nicht versäumen, die mitunter nur aus den Fußnoten ersichtlichen Gegenstimmen zu beachten, will man sich nicht Hoffnungen machen, die ein gerichtlicher Sachbearbeiter, der zur anderen Fraktion gehört, dann nicht erfüllen wird. Ich nenne beispielshalber die Auffassung, dass der Beglaubigungstag einer Handelsregisteranmeldung irrelevant sei, weil es ausschließlich auf den Tag des Eingangs bei Gericht ankomme (Rdnr. 86; a. A. BayObLG, Rpfleger 2004, 51), dass die Firmierung als gGmbH zulässig sei (Rdnr. 746; a. A. OLG München, MittBayNot 2007, 236), die „Abfindungsversicherung“ bei der Sonderrechtsnachfolge in einen Kommanditanteil keine höchstpersönlich abzugebende Erklärung sei (Rdnr. 441 ff.; a. A. KG, Rpfleger 2009, 570) und es für die Rechtzeitigkeit einer Änderung des Geschäftsjahrs auf die Anmeldung ankomme (Rdnr. 1049; a. A. OLG Schleswig, NJW-RR 2000, 1425: Eintragung). Streng ist das Buch nur bei der Anmeldung der Zweigniederlassung einer Limited; hier wird nicht nur die Anmeldung des Gegenstands der Zweigniederlassung, sondern auch die des Gegenstands der Hauptniederlassung gefordert (Rdnr. 1317); das ist wenig praktikabel.

Das Buch hat – in der täglichen Arbeit zum Nachschlagen benutzt – kaum Wünsche offen gelassen. Für besonders glücklich halte ich die Ausführungen zu den „Handelsregisteranmeldungen auf Vorrat“ (Rdnr. 83–87), zu den Möglichkeiten der Regelung der Vertretungsbefugnis bei der GmbH & Co. KG (Rdnr. 515) und den Hinweis auf den offenbar weithin unbekanntem § 9 c GmbHG, der die Amtsermittlung nach § 26 FamFG deutlich einschränkt (Rdnr. 809). Noch mehr als in der ersten Auflage ist das durch ein weit überdurchschnittliches Stichwortverzeichnis gut erschlossene Werk jetzt – bei allen Unterschieden in der Konzeption des jeweiligen Titels – eine durchaus ernstzunehmende Konkurrenz zu den Büchern von *Krafka/Willer* und *Schmidt/Sikora/Tiedtke*.

Notar Dr. *Wolfram Waldner*, Bayreuth

Herrler/Schneider: Von der Limited zur GmbH. Beck, 2010. 120 S., 32 €

Aufgrund der in den letzten Jahren ergangenen Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit – namentlich in Sachen *Centros*, *Überseering*, *Inspire Art* und *SEVIC Systems* – wurde die englische Private Company Limited by Shares auch für Unternehmen, die ausschließlich in Deutschland tätig sind, zu einer beliebten Rechtsform. Das schnelle Gründungsverfahren sowie das geringe Mindestkapital von nur 1 £ verführte eine Vielzahl von Gründern, in England Briefkastengesellschaften zu gründen, deren Geschäftsbetrieb allein von einer Zweigniederlassung in Deutschland unterhalten wird. Eine ganze Reihe von professionellen Anbietern hat auf dieser Basis in Deutschland für eine gewisse Zeit ein lukratives Geschäftsmodell entwickelt.

Mit der Einführung der UG (haftungsbeschränkt) durch das MoMiG sind viele der (vermeintlichen) Vorteile der englischen Limited gegenüber der deutschen GmbH wie insbesondere derjenige des niedrigeren Mindeststammkapitals entfallen, weshalb das entsprechende Klientel mittlerweile in aller Regel UGs gründet. So waren zwölf Monate nach Inkrafttreten des MoMiG laut einer Untersuchung von *Bayer/Hoffmann/Lieder* (GmbH 2010, 9) bereits 19.563 UGs in den Handelsregistern der Republik eingetragen. Die Limited ist also nicht mehr en vogue.

Auf der anderen Seite sind vielen Limited-Gründern mittlerweile die Nachteile der englischen Limited, wie insbesondere die geringe Akzeptanz im Rechtsverkehr, erhöhte Haftungsrisiken der Gesellschafter, laufende Kosten usw., bewusst geworden. Für diese Mandanten stellt sich nun die Frage, auf welchem Weg ihre Gesellschaften wieder in den deutschen Rechtskreis zurückkehren können. Nachdem eine schlichte Aufgabe der Limited und Übertragung des Geschäftsbetriebs auf eine neu gegründete GmbH gravierende steuerliche Nachteile mit sich bringen kann und im Übrigen nur im Einvernehmen mit Gläubigern und Vertragspartnern funktioniert (§ 415 BGB), rückt vermehrt die Möglichkeit der Verschmelzung der Limited auf eine deutsche GmbH in den Vordergrund. Die im Jahr 2007 eingeführten §§ 122 a ff. UmwG ermöglichen eine solche transnationale Verschmelzung, wobei mangels Erfahrungen in diesem Bereich bei vielen Rechtsanwendern erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die Gestaltung derartiger Vorgänge zu beobachten sind.

Die bayerischen Kollegen *Susanne Schneider* und *Sebastian Herrler*, seines Zeichens Geschäftsführer des DNotI, haben die erfolgreiche Umsetzung einer derartigen Verschmelzung

in der Praxis nun zum Anlass genommen, einen Leitfaden zu den zivil- und steuerrechtlichen Rahmenbedingungen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung einer Limited auf eine deutsche GmbH zu verfassen. Aus Praktikersicht nicht genug loben kann man den Ansatz der beiden Autoren, auf weit-schweifige theoretische Hintergründe zu verzichten, sondern vielmehr nach einer kurzen Einführung anhand der zu erstellenden Verschmelzungsdokumentation die einzelnen Schritte einer solchen Umstrukturierung im Detail darzustellen. Die Autoren bieten dabei nicht nur Muster für sämtliche aus deutscher Sicht notwendigen Dokumente, sondern erläutern darüber hinaus ausführlich die nach englischem Recht bestehenden Erfordernisse und Verfahrensabläufe. Der besonders lobenswerte Abdruck sämtlicher in England erforderlichen Formulare ermöglicht sogar einen Verzicht auf die Beiziehung englischer Kollegen. Abgerundet wird das Werk durch eine Darstellung der kostenrechtlichen und steuerlichen Aspekte einer derartigen Transaktion.

Das durchgespielte Fallbeispiel geht davon aus, dass zunächst die Limited-Anteile als Sacheinlage in eine neu zu gründende GmbH eingebracht werden, um anschließend eine (vereinfachte) Verschmelzung der Tochter-Limited auf die Mutter-GmbH durchführen zu können. Dieser Weg hat den Vorteil, dass weder ein Verschmelzungsbericht, noch eine Verschmelzungsprüfung noch ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter der übertragenden Limited erforderlich sind. Bei diesem Vorgehen ist allerdings zu beachten, dass der vorgelagerte Einbringungsverfahren erhebliche Kosten verursacht, sofern die einzubringenden Anteile an der Limited – was aber die Ausnahme sein dürfte – einen hohen Wert haben. In diesen Fällen sollte ggf. abweichend von dem vorgeschlagenen Vorgehen eine direkte Verschmelzung ohne Herstellung der Mutter-Tochter-Konstellation durchgeführt werden, was zwar etwas komplizierter, aber dennoch handhabbar ist. In der großen Vielzahl der Fälle jedoch dürfte das vorgeschlagene Vorgehen aufgrund der damit verbundenen Erleichterungen vorzugswürdig sein.

Als Fazit bleibt, dass es den Autoren insgesamt gesehen in hervorragender Weise gelingt, alle erforderlichen Schritte der Verschmelzung einer Limited auf eine GmbH in verständlicher Weise und mit allen hierfür notwendigen Mustern und Formularen darzustellen. Das Werk ist damit in der Tat – auch wenn man mit einer solchen Wertung eher zurückhaltend umgehen sollte – nahezu unentbehrlich für jeden Berater, der mit der Verschmelzung einer Limited auf eine deutsche GmbH befasst wird.

Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

Korts/Korts: Die Kleine Aktiengesellschaft. 5., überarb. Aufl., Recht und Wirtschaft, 2008. 47 S., 15 €; Korts/Korts: Die Große Aktiengesellschaft. 2., überarb. Aufl., Recht und Wirtschaft, 2008. 57 S., 15 €

In der Reihe Heidelberger Musterverträge werden zahlreiche Vertragsmuster samt kurzen Kommentierungen veröffentlicht. Hierzu gehören auch die beiden hier anzuzeigenden Musterformulare zur „kleinen“ und „großen“ Aktiengesellschaft (AG), die in bereits fortgesetzter Auflage als Heft 90 bzw. 123 der Reihe erschienen sind. Jedenfalls seit den grundlegenden Reformgesetzen der 90er-Jahre ist die AG eine be-

rechtigte Alternative bei der Rechtsformwahl. Spätestens mit der nächsten Existenzgründungswelle wird sie wahrscheinlich erneut einen Boom erleben. Die jüngsten gesetzgeberischen Änderungen im Rahmen des MoMiG und des ARUG haben dafür bereits den Boden bereitet.

Der Band „Kleine Aktiengesellschaft“ stellt gewissermaßen das Grundwerk der beiden Formularmuster dar. Dieser enthält ein Gründungsprotokoll für die Bargründung einer kleinen Aktiengesellschaft, die dazugehörige Satzung, Geschäftsordnungen für Vorstand und Aufsichtsrat sowie Gründungsbericht, Gründungsprüfungsbericht samt Bericht eines Notars als Gründungsprüfer und zugehöriger Registeranmeldung. An

diesen ersten Formularteil schließt sich eine gesellschaftsrechtliche Kommentierung der Satzung sowie kurze Ausführungen zu den weiteren Mustern an. Abgerundet wird die Darstellung schließlich durch eine knappe Darstellung der Umwandlungsmöglichkeiten einer GmbH in eine AG, die in der Praxis die wohl häufigste Gestaltung zum Weg in eine AG sein dürfte.

Als Ergänzung dient der Band zur Großen Aktiengesellschaft, der das vorgenannte Buch um die Bestandteile ergänzen soll, die bei Gestaltung einer großen oder börsennotierten AG zu beachten seien. Insbesondere letzteres Heft überzeugt nicht: Die für die Große Aktiengesellschaft angebotene Satzung wird nicht individuell kommentiert, sondern lediglich ergänzt durch eine Einführung in die Entwicklung des deutschen und europäischen Aktien- und Kapitalmarktrechts sowie die nationale und internationale Arbeitnehmermitbestimmung. Für die Gestaltung ist dies leider wenig konkret; die vorgeschlagenen Satzungsregelungen im Hinblick auf Kapitalmarktvorschriften zu *directors dealings* (§ 15 a WpHG) sowie bei Anwendbarkeit des US-amerikanischen *Sarbanes-Oxley-Acts* – hierzu enthält das Heft eine lesenswerte, kurze Einführung – sind in

der Praxis nicht gebräuchlich, aber auch nicht erforderlich. Derartige Regelungsziele lassen sich praktikabler etwa in einer Geschäftsordnung oder vergleichbaren Verwaltungsrichtlinien verwirklichen.

Einen besseren Eindruck hinterlässt hingegen das Heft zur „Kleinen Aktiengesellschaft“, das recht instruktiv für Gründer erscheint. Hier wäre vielleicht noch der erste Beschluss des Aufsichtsrats zur Wahl seines Vorsitzenden sowie des ersten Vorstands (§ 30 Abs. 4 AktG) zu ergänzen. Wünschenswert wären schließlich noch Erläuterungen zu den in der Praxis aufgrund des Grundsatzes der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) wichtiger werdenden schuldrechtlichen Aktionärsvereinbarungen (hierzu schon *D. Mayer*, MittBayNot 2006, 281). Insgesamt können die beiden Bände als preisgünstige Kurzeinführung für Gründer angesehen werden. Für die notarielle Praxis sollte auf die bewährten, größeren Formularwerke von *Happ* (Aktienrecht, 3. Aufl. 2007) oder *Lorz/Pfisterer/Gerber* (Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, 2005) zurückgegriffen werden.

Notar Dr. *Martin T. Schwab*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 138 Abs. 1, 311 Abs. 3, 311 b, 346, 812 Abs. 1 Satz 2 (*Wucherähnliches Geschäft bei grobem Missverhältnis von Grundstückswert und Kaufpreis*)

Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages gemäß § 138 Abs. 1 BGB bei grobem Missverhältnis von Grundstückswert und Kaufpreis

BGH, Urteil vom 5.3.2010, V ZR 60/09

Die Kläger waren Eigentümer des mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks F. Weg 1 in M. Das Grundstück war für die B. Bank mit einer Grundschuld über 2.400.000 DM zuzüglich Zinsen belastet. Auf Antrag der Bank wurde am 4.1.2005 die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet. Die Bank war jedoch bereit, gegen Zahlung von 1.200.000 € bis zum 31.8.2005 von der Versteigerung Abstand zu nehmen.

Mit Notarvertrag vom 25.8.2005 verkauften die Kläger das Grundstück für 1.200.000 € an die Beklagten. Die Auflassung erfolgte in der Notarverhandlung. Mit privatschriftlich am selben Tag geschlossener „Vereinbarung über die Modalitäten zur Vermietung und zum Verkauf F. Weg 1“ (im Folgenden „Vereinbarung“) verpflichteten sich die Beklagten gegenüber den Klägern unter anderem, das Haus für den Zeitraum vom 1.9.2005 bis zum 31.8.2007 der Klägerin zu 2 zu vermieten und das Grundstück bis zum 1.9.2007 zum „maximal erzielbaren Preis“ weiter zu verkaufen. Von dem einvernehmlich festzulegenden Weiterverkaufspreis sollten 1.515.000 € zuzüglich der Steuerbelastung der Beklagten aus dem Weiterverkauf den Beklagten zustehen, im Übrigen sollte der Erlös den Klägern zustehen. An dem Weiterverkauf, „insbesondere bei der Erzielung eines möglichst hohen Verkaufserlöses“ hatten beide Vertragsparteien mitzuwirken.

Mit weiterem privatschriftlich am 25.8.2005 geschlossenen Vertrag verkauften die Kläger den Beklagten für 80.000 € einen Teil der Einrichtung des Hauses, mit einem vierten am selben Tag privatschriftlich geschlossenen Vertrag mietete die Klägerin zu 2 das Haus für den Zeitraum vom 1.8.2005 bis zum 31.8.2007 für monatlich 6.000 €. Der Kaufpreis für das Grundstück wurde von den Beklagten bezahlt. Das Versteigerungsverfahren wurde aufgehoben. Im April 2006 wurden die Beklagten als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

In der Folgezeit kam es zu Spannungen zwischen den Parteien. Mit Schreiben vom 22.12.2006 forderten die Kläger die Beklagten schließlich unter Fristsetzung auf, dem gemeinsamen Weiterverkauf des Grundstücks zuzustimmen und einer aus der „Vereinbarung“ abgeleiteten Verpflichtung nachzukommen, das Haus mit einem Aufwand von 160.000 € zu renovieren. Die Beklagten unterließen beides. Daraufhin erklärten die Kläger den Rücktritt von den Verträgen vom 25.8.2005.

Sie machen geltend, die Verträge vom 25.8.2005 bildeten eine Einheit, durch die insbesondere gewährleistet werden sollte, dass ihnen der Erlös aus dem letztlich erstrebten Verkauf des Grundstücks an einen Dritten zukomme, soweit er den Aufwand der Beklagten für deren Zwischenerwerb übersteige. Die Formnichtigkeit der außerhalb des Notarvertrags am 25.8.2005 privatschriftlich vereinbarten Verträge sei durch die Eintragung der Beklagten in das Grundbuch geheilt. Ohne deren Wirksamkeit sei der Kaufpreis in sittenwidriger Weise zu niedrig vereinbart.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 160.000 € zuzüglich Zinsen und zur Zurückübertragung des Grundstücks nach näherer Maßgabe zu verurteilen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Der Senat hat die Revision zugelassen, soweit sich die Beklagten gegen die Abweisung des Antrags auf Zurückübertragung des Grundstücks wenden. Den hierher gehenden Antrag verfolgen sie mit der Revision weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Kläger auf Rückübertragung des Grundstücks. Es meint, ein Recht der

Kläger zum Rücktritt vom Vertrag bestehe nicht, weil die Beklagten ihre Pflichten aus dem Kaufvertrag erfüllt hätten und durch den Abschluss der „Vereinbarung“ keine weiteren Pflichten der Beklagten begründet worden seien. Die „Vereinbarung“ habe zu ihrer Wirksamkeit notarieller Beurkundung bedurft. Der Formmangel sei nicht durch die Eintragung der Beklagten in das Grundbuch geheilt, weil das Zustandekommen des Kaufvertrags nicht von dem Abschluss der „Vereinbarung“ abhängig gewesen sei. Ein Recht der Kläger zum Rücktritt vom Kaufvertrag folge auch nicht aus § 313 Abs. 3 BGB. Unterstelle man, die Kläger hätten den Kaufvertrag im Hinblick auf die Begründung einer wirksamen Verpflichtung der Beklagten zum Weiterverkauf und zur Auskehrung des Gewinns hieraus abgeschlossen, seien die Pflichten der Beklagten aus den getroffenen Vereinbarungen vertraglich begründet, so dass für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage kein Raum bleibe. Ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks folge auch nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB. Der Weiterverkauf des Grundstücks sei nicht Zweck des Kaufvertrags gewesen. Der Kaufvertrag sei auch nicht wegen Wuchers nichtig. Der Kläger zu 1 habe den behaupteten Wert des Grundstücks gekannt; die bevorstehende Zwangsversteigerung habe nicht zu einer Notlage der Kläger geführt, weil sie das Grundstück auch anderweit hätten verkaufen können. Daher könne dahingestellt bleiben, ob das Grundstück den von den Klägern behaupteten Wert habe.

II.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung teilweise nicht stand.

1. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler einen Anspruch der Kläger auf Rückübertragung des Grundstücks nach § 346 Abs. 1 BGB verneint. Der am 25.8.2005 zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag verpflichtete die Beklagten zur Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises. Die Zahlung ist erfolgt. Die von den Klägern als Grund für den Rücktritt vom Vertrag geltend gemachten Pflichtverletzungen haben allein Pflichten der Beklagten aus der „Vereinbarung“ zum Gegenstand. Die „Vereinbarung“ ist jedoch schon deshalb nichtig, weil sich die Beklagten in dieser zum Weiterverkauf des Grundstücks verpflichtet haben und es zur Wirksamkeit der „Vereinbarung“ daher gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurfte.

Der Formmangel ist nicht durch den Vollzug der Auflassung vom 25.8.2005 im Grundbuch gemäß § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt worden. Anders würde es sich nur verhalten, wenn der Kaufvertrag und die „Vereinbarung“ eine Einheit bildeten, ohne die der Kaufvertrag nicht geschlossen worden wäre (st. Rspr., vgl. BGHZ 63, 359, 362; 74, 48 f.; 78, 346, 349). Ohne Bedeutung ist insoweit, dass die „Vereinbarung“ den Abschluss des Kaufvertrags voraussetzt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Kaufvertrag nicht ohne den Abschluss der „Vereinbarung“ zustande gekommen wäre (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 2000, 951 = MittBayNot 2000, 101; NJW 2001, 226; NJW 2002, 2559 = MittBayNot 2003, 46). Insoweit bedarf es zwar keines übereinstimmenden Willens der Vertragsparteien. Es reicht vielmehr aus, wenn nur eine der Vertragsparteien das Grundstück ohne den Abschluss des weiteren Vertrages nicht geschlossen hätte und die andere Vertragspartei dies erkannt oder hingenommen hat (BGH, NJW 1987, 1069).

Dass es sich so verhält, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht. Die hiergegen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie haben keinen Erfolg, von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Bewertung des Berufungsgerichts auch materiellrechtlich nicht fehlerhaft. Insbesondere konnte das Berufungsgericht aus dem Umstand, dass die Parteien in dem notariell beurkundeten Kaufvertrag angegeben haben, keine weiteren Vereinbarungen getroffen zu haben, schließen, dass dennoch vereinbarte Regelungen nach dem Willen der Parteien jedenfalls nicht mit dem Kaufvertrag eine rechtliche Einheit bilden sollten.

2. Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht auch das Bestehen eines Rücktrittsrechts nach § 313 Abs. 3 BGB im Ergebnis ohne Rechtsfehler verneint. Die formnichtige „Vereinbarung“ konnte weder zu den Umständen noch zu den Vorstellungen der Parteien gehören, die Grundlage ihres formgerechten Kaufvertrags geworden sind. Ist sie, wie die Kläger behaupten vor der Beurkundung des Kaufvertrags geschlossen worden und beruht der Kaufvertrag auf der Erwartung, die „Vereinbarung“ werde erfüllt werden, dann war sie nicht Grundlage, sondern Inhalt des Kaufvertrags. Dass es sich so verhielt, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Ist die Vereinbarung, wie die Beklagten behaupten, nach der Beurkundung des Kaufvertrags abgeschlossen worden, kann sie schon deshalb nicht Grundlage des Kaufvertrags sein, weil dieser abgeschlossen war, bevor die „Vereinbarung“ zustande gekommen ist.

3. Entgegen der Meinung der Revision ist auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Anspruch der Kläger auf Rückübertragung des Grundstücks nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB verneint hat. Unmittelbarer Zweck des Verkaufs des Grundstücks an die Beklagten war es, die drohende Zwangsversteigerung des Grundstücks zu verhindern. Dieser Zweck ist erreicht worden.

Die Beklagten haben sich in der „Vereinbarung“ zum Weiterverkauf des Grundstücks und zur Auskehrung des hieraus erwarteten Gewinns an die Kläger verpflichtet. Die Formnichtigkeit der „Vereinbarung“ führt zur Unwirksamkeit der darin getroffenen Regelungen. Das hätte nur dann zur Folge, dass die unwirksam „vereinbarten“ Pflichten der Beklagten einen weiteren – nicht erreichten – Zweck des Verkaufs des Grundstücks gebildet hätten, wenn festgestellt werden könnte, dass der Weiterverkauf bei Abschluss des Kaufvertrags vereinbart war oder die Kläger zu diesem Zeitpunkt den Weiterverkauf und die Auskehrung des Gewinns für die Beklagten erkennbar erwartet hatten. Mit den insoweit notwendigen Feststellungen verhält es sich nicht anders als mit der Behauptung der Kläger, der Abschluss des Kaufvertrags sei von der „Vereinbarung“ abhängig gewesen.

4. Mit Erfolg macht die Revision jedoch geltend, dass das Berufungsurteil insoweit fehlerhaft ist, als es eine Nichtigkeit des Kaufvertrags nach § 138 BGB verneint.

Die Kläger haben den Wert des Grundstücks im Zeitpunkt des Verkaufs an die Beklagten im Berufungsverfahren mit 2.300.000 € behauptet. Durch ihre weiteren Ausführungen zur Ermittlung dieses Betrags ist diese Behauptung entgegen der Meinung der Revisionserwiderung nicht eingeschränkt worden. Auf der Grundlage des Vortrags der Kläger besteht zwischen dem Wert des Grundstücks und dem mit den Beklagten vereinbarten Kaufpreis ein krasses Missverhältnis. Trifft die Behauptung der Kläger zu, kann der Kaufvertrag vom 25.8.2005 als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Das Bestehen eines groben

Missverhältnisses zwischen den in einem gegenseitigen Vertrag vereinbarten Leistungspflichten begründet nach der Rechtsprechung des Senats die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten, die nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des vereinbarten Vertrags führt (BGHZ 146, 298, 301). Die Vermutung beruht auf dem Erfahrungssatz, dass in der Regel außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not oder nicht ohne einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand zugestanden werden und dass der Begünstigte diese Erfahrung teilt. Die Vermutung erstreckt sich auf zwei Momente, nämlich einerseits darauf, dass Umstände vorliegen, die die freie Entschliebung des Benachteiligten beeinträchtigt haben, und andererseits darauf, dass der Begünstigte sich diese Situation zunutze gemacht hat (BGHZ 146, 298, 302 m. w. N.). Die bedrängte Situation der Kläger bei Abschluss des Kaufvertrags folgte hier schon aus der Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks. Sie wurde durch die bei Abschluss des Kaufvertrags unmittelbar bevorstehende Beendigung der zur Vermeidung der Versteigerung von der Gläubigerin gesetzten Frist noch gesteigert (vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, 5. Aufl., § 138 Rdnr. 149; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 138 Rdnr. 78; Staudinger/Sack, BGB, 2003, § 138 Rdnr. 78).

Dass der Kläger zu 1 den Wert des Grundstücks kannte, erschüttert die aus dem Missverhältnis des Wertes der beiderseits geschuldeten Leistungen folgende Vermutung entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht, weil nichts für die Annahme spricht, die Kläger hätten das Grundstück unabhängig von dessen Wert den Beklagten zu dem vereinbarten Preis verkauft (BGH, NJW 2007). Dass die Kläger das Grundstück noch vor Ablauf der von der Gläubigerin gesetzten Frist – zu einem dem behaupteten Verkehrswert von 2.500.000 € entsprechenden oder nahe kommenden Preis – anderweit hätten verkaufen können, ist eine Unterstellung, die durch den Vortrag der Parteien nicht gedeckt ist.

III.

Zu einer abschließenden Entscheidung ist der Senat nicht in der Lage, weil die Beklagten den von den Klägern behaupteten Wert des Grundstücks bestritten haben und es an Feststellungen hierzu fehlt. Diese sind nachzuholen.

2. BGB § 925; GBO §§ 19, 20 (*Erfordernis einer ausdrücklichen Bewilligungserklärung nach § 19 GBO neben der Auflassung*)

Einer einschränkungslos erklärten Einigung über den Eigentumswechsel kann im Wege der Auslegung die verfahrensrechtliche Bewilligung der Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch entnommen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2009, 3 Wx 231/09

Die Beteiligten haben vor dem Notar Dr. G. in W. am 19.2.2009 einen „Übergabevertrag“ beurkunden lassen, wonach der Übergeber (Beteiligte zu 2), handelnd für sich im eigenen Namen sowie als Übernehmer für die Beteiligten zu 1, seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem oben genannten Grundbesitz an die Beteiligten zu 1 als Übernehmer übergibt.

In Ziffer 1. des Übergabevertrages sind sich die Vertragsparteien über den Eigentumswechsel einig.

Die Beteiligten zu 1, die im Notartermin nicht anwesend waren, genehmigten am 21.2.2009 sämtliche in dem Vertrag vom 19.2.2009 abgegebenen Erklärungen.

Unter Vorlage dieses notariellen Vertrages haben die Beteiligten sodann die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt des AG Mönchengladbach beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 18.6.2009 mitgeteilt, diesem Antrag könne nicht entsprochen werden, weil eine Eintragungsbewilligung des Übergebers in der Form des § 19 GBO nicht vorliege.

Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel der Beteiligten mit dem Antrag, die Eigentumsumschreibung ohne zusätzliche Eintragungsbewilligung allein aufgrund des materiellen Konsenses i. S. d. § 20 GBO vorzunehmen, hat das LG mit Beschluss vom 8.10.2009 zurückgewiesen und hat zur Begründung ausgeführt:

Der Nachweis der Einigung gemäß § 20 GBO ersetze nicht die nach § 19 GBO für die Eintragung erforderliche Bewilligung des Betroffenen als Verfahrenshandlung. Ziffer Nr. 1 des Übergabevertrages enthalte ausschließlich Auflassungserklärungen i. S. d. § 20 GBO. (...)

Aus den Gründen:

II.

Das gemäß §§ 71 Abs. 1, 78 Satz 1, 80 GBO als weitere Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten hat auch in der Sache Erfolg. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts beruht auf einer Rechtsverletzung i. S. d. §§ 78 Satz 2 GBO, 546 ZPO.

Die Vorinstanzen haben zu Unrecht in der unterbliebenen Vorlegung einer Eintragungsbewilligung des Betroffenen in der Form des § 19 GBO ein Eintragungshindernis gesehen. Denn die in der notariellen Urkunde niedergelegte vorbehaltlose Einigung über den Eigentumswechsel lässt sich dahin auslegen, dass dieselbe zugleich auf den grundbuchlichen Vollzug der Einigung abzielt und daher die von der Beteiligten zu 2 konkludent erklärte und von den Beteiligten zu 1 als Übernehmer akzeptierte Bewilligung einschließt.

1. Zum Erfordernis der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) neben dem Nachweis der Einigung (§ 20 GBO) werden im Wesentlichen drei Meinungen vertreten:

a. Nach *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 97 muss neben dem Nachweis der Einigung (§ 20 GBO) stets auch der Nachweis der Bewilligung (§ 19 GBO) erbracht werden. Diese kann nicht im Wege der Auslegung der Einigung entnommen oder durch diese entbehrlich werden.

b. Nach anderer Auffassung (OLG Stuttgart, MittBayNot 2008, 122; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 20 Rdnr. 2) sind grundsätzlich Einigung und Bewilligung nachzuweisen. In aller Regel werde aber die Auslegung ergeben, dass die sachlichrechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält.

c. Einer dritten Meinung (*BeckOK-GBO/Hügel*, Stand 1.10.2009, Rdnr. 3) zufolge hat das Grundbuchamt zu prüfen, ob eine den Anforderungen des § 19 GBO entsprechende Bewilligung vorliegt sowie ob eine materiellrechtliche Einigung, die den Verfahrensvorschriften der §§ 20, 29 GBO genügt, nachgewiesen wurde. Sofern jedoch die sachenrechtliche Einigung einer Auslegung zugänglich ist, könne in der materiellrechtlichen Erklärung auch die verfahrensrechtliche Bewilligung enthalten sein (so auch OLG Köln, FGPrax 2009, 6; DNotZ 1992, 371; MittRhNotK 1997, 327 ff.). Diese „Doppelerklärung“ müsse sich aber mit verfahrensrechtlichen Mitteln problemlos feststellen lassen. Aus diesem Grund könne der überwiegenden Ansicht nicht beigetreten werden, die in der materiellen Einigung regelmäßig die formelle Bewilligung enthalten sehe, sofern nicht ein gegenteiliger Wille ausdrücklich erklärt oder den Umständen nach deutlich erkennbar sei.

2. a. Die im Anschluss an *Schöner/Stöber* vertretene Meinung der Vorinstanzen überzeugt nicht.

Abgesehen davon, dass es sich hierbei keineswegs um die moderne oder gar herrschende Auffassung handelt, sperrt die – von den Vorinstanzen zutreffend im Anschluss an den BGH (BGHZ 84, 202 = NJW 1982, 2817) befürwortete – Einordnung der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO als eine dem formellen Grundbuchrecht zuzuordnende Erklärung rein verfahrensrechtlicher Natur, die sich mit der materiellrechtlichen Erklärung des Betroffenen nach § 20 GBO begrifflich nicht decke, nicht den Schluss, dass in dem Nachweis der Einigung (§ 20 GBO) zugleich auch die Bewilligung nach § 19 GBO gesehen werden kann.

b. Es mag offenbleiben, ob der Meinung 1. b. oder c. der Vorzug zu geben ist. Denn nach beiden Ansichten bedarf es vorliegend – zutreffend – der Abgabe einer ausdrücklichen Bewilligung nach § 19 GBO nicht.

Folgt man der Meinung b., so ergibt die Auslegung – in Ermangelung einer Abweichung vom Regelfall, insbesondere des Fehlens irgendwelcher einschränkender Erklärungen – dass die sachlichrechtliche Einigung („Über den Eigentumswechsel sind die Beteiligten einig.“) – von ihrer vorbehaltlosen Zielrichtung her – auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält.

Folgt man der Meinung c., so lässt sich die „Doppelerklärung“ mit verfahrensrechtlichen Mitteln, also insbesondere ohne subtile materielle Prüfung, mit Blick auf die einschränkungslos erklärte Einigung über den Eigentumswechsel problemlos feststellen.

Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf befasst sich mit dem Verhältnis der materiellrechtlichen Auflassung zu der dem Verfahrensrecht zuzuordnenden Eintragungsbewilligung. Über das Verhältnis von § 19 GBO, der für eine Grundbucheintragung eine Bewilligung verlangt, zu § 20 GBO, der den Nachweis der Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt vorschreibt, ist in den vergangenen Jahren viel geschrieben worden.¹ Zuletzt hat sich *Kessele*² in einem längeren Aufsatz mit der Problematik befasst. Mit dessen Argumenten setzt sich das OLG Düsseldorf allerdings nicht auseinander.

1. Rechtsnatur der Eintragungsbewilligung

Nach heute allgemein vertretener Meinung handelt es sich bei der Eintragungsbewilligung um eine rein verfahrensrechtliche Erklärung. Jedenfalls haben sich keine gegenteiligen Stimmen mehr Gehör verschafft. Dies war nicht immer so, ist vielmehr das Ergebnis einer längeren Entwicklung. Während die Eintragungsbewilligung zunächst als rein rechtsgeschäftliche Erklärung angesehen wurde, entsprach es sodann lange Zeit allgemeiner Meinung, dass es sich dabei um eine zwar dem Verfahrensrecht angehörende, aber auch rechtsgeschäftliche Erklärung handelt. Der im vergangenen Jahr verstorbene Notar a. D. *Rudolf Ertl*³ hat durch seine überzeugenden Ausführungen die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass die Ansicht von der Doppelnatur der Eintragungsbewilligung durch die von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Bewilligung abgelöst wurde. Allerdings hat sich der BGH bisher

¹ Siehe dazu *Behmer*, Rpfleger 1984, 306; *Weser*, MittBayNot 1993, 253.

² ZNotP 2005, 176.

³ Siehe den Nachruf in MittBayNot 2009, 497.

nicht ausdrücklich zu dieser bekannt. Durch einen Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf⁴ aus dem Jahr 1981 sollte eine Antwort des BGH zu der umstrittenen Frage nach der Rechtsnatur der Eintragungsbewilligung eingefordert werden. Der BGH⁵ hat sich dem jedoch verweigert und die Streitfrage unentschieden gelassen, weil es in dem zu entscheidenden Fall nicht darauf angekommen sei. *Ertl*⁶ hat dies kritisiert, weil der BGH die Auffassung von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung gleichwohl als Grundlage seiner Entscheidung verwendet habe, ohne sich jedoch ausdrücklich zu ihr zu bekennen.

2. Verhältnis der Eintragungsbewilligung zur Auflassung

Die Anerkennung der Eintragungsbewilligung des § 19 GBO als nur verfahrensrechtliche Voraussetzung einer Grundbucheintragung hat Auswirkungen auf das Verhältnis zu der materiellrechtlichen Grundlage der Eintragung. In der Regel ist dies die Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung, die erst durch ihre Eintragung in das Grundbuch vollendet wird (§ 873 Abs. 1 BGB). Grundsätzlich kann die Einigung als materielles Rechtsgeschäft nicht die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung ersetzen und schon gar nicht die einseitige Eintragungsbewilligung die Einigung. Etwas anderes kann auch nicht daraus abgeleitet werden, dass § 20 GBO im Fall der Auflassung den Nachweis der Einigung gegenüber dem Grundbuchamt verlangt. Die äußere Abfolge der §§ 19, 20 GBO spricht vielmehr dafür, dass zu der sonst immer ausreichenden Eintragungsbewilligung bei der Auflassung ausnahmsweise der Nachweis der Einigung hinzukommen muss. Damit stehen das Ausreichen der Eintragungsbewilligung und die Notwendigkeit eines Nachweises der Einigung zueinander im Verhältnis von Regel und Ausnahme.⁷

Inzwischen entspricht es der nahezu einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, dass im Fall der Auflassung dem Grundbuchamt die Einigung gemäß § 20 GBO nachgewiesen, außerdem aber auch eine Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO vorgelegt werden muss. Eine andere, von der Rechtsprechung vor vielen Jahren vertretene und sodann wieder aufgegebene Auffassung vertritt – soweit ersichtlich – nur noch *Kessler*⁸, allerdings mit durchaus beachtenswerten Argumenten. Er begründet seine Meinung insbesondere damit, dass das grundsätzliche Ausreichen der einseitigen Bewilligung unter Verzicht auf den Nachweis der dinglichen Einigung eine Vereinfachung für die Beteiligten und das Grundbuchamt zum Ziel hat, die aber nicht mehr erreicht werden kann, wenn das Gesetz diesen Nachweis wie im Fall des § 20 GBO vorschreibt oder die Beteiligten ihn in anderen Fällen freiwillig in grundbuchmäßiger Form erbringen. Daher erübrige sich in diesen Fällen die Eintragungsbewilligung. *Kessler* hält damit den Nachweis der Einigung für die Regel und das Ausreichen der einseitigen Bewilligung für die Ausnahme. In dem Fehlen des Wörtchens „nur“ in § 19 GBO im Gegensatz zu § 13 Abs. 1 GBO und § 20 GBO sieht er eine Bestätigung dafür, dass eine Eintragungsbewilligung nicht zwingende Voraussetzung jeder Eintragung ist.

Auch in dieser Frage hat sich allerdings der BGH bisher nicht ausdrücklich festgelegt. Aufgrund seiner Entscheidung vom

24.4.1987⁹ kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass auch nach seiner Ansicht zur Grundbucheintragung außer der Auflassung die Bewilligung erforderlich ist. Im Übrigen heißt es in dieser Entscheidung, „gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung *nur*, wenn derjenige sie bewilligt, (...)“. Das von *Kessler* im Gesetzestext des § 19 GBO vermisste „nur“ hat der BGH damit eingefügt. Insoweit herrscht Übereinstimmung mit anderen Obergerichten. So heißt es in der Entscheidung des BayObLG vom 17.2.1994¹⁰: „Zur Vornahme einer Eintragung im Grundbuch ist *stets* die Bewilligung (...) nach § 19 GBO (...) erforderlich. Soll eine Auflassung eingetragen werden, ist (...) zusätzlich der Nachweis der dinglichen Einigung (...) erforderlich.“ Das OLG Köln geht in seinem Beschluss vom 10.2.1992¹¹ offensichtlich als selbstverständlich davon aus, dass zur Auflassung immer die Bewilligung hinzutreten muss. Dort ist ausgeführt, gegen die beantragte Eigentumsumschreibung bestünden keine Bedenken, weil sich aus den vorgelegten Unterlagen „die Auflassung gemäß § 20 GBO (...) sowie die Eintragungsbewilligung“ ergäben.

3. Nachweis der Eintragungsbewilligung

Wenn außer der Auflassung eine Eintragungsbewilligung für erforderlich gehalten wird, stellt sich die Frage, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit das Grundbuchamt von einer solchen ausgehen kann. Dabei kommen zwei Möglichkeiten in Betracht. Entweder wird eine ausdrückliche Erklärung verlangt, dass die Eintragung bewilligt wird, oder es wird als ausreichend angesehen, dass sich die Bewilligung im Weg der Auslegung der Auflassungserklärung ergibt. Die dazu im Einzelnen in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Meinungen lassen sich nicht so klar gegeneinander abgrenzen, wie dies das OLG Düsseldorf vorgibt.

*Böttcher*¹² vertritt die Auffassung, die materielle Einigung enthalte die Bewilligung nicht, auch nicht regelmäßig; diese müsse vielmehr stets daneben vorliegen. Es könne sich aber ergeben, dass ein Doppeltatbestand vorliege, was sich aber mit verfahrensrechtlichen Mitteln ohne weiteres feststellen lassen müsse. Zu den verfahrensrechtlichen Mitteln gehört auch die Auslegung, zu der das Grundbuchamt nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Auf diese kann jedoch nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnis führt.¹³ Auch soweit die Ansicht vertreten wird, die Auflassung enthalte „in aller Regel“ auch die Bewilligung, kann dies nur das Ergebnis einer Auslegung sein.¹⁴ „Ohne weiteres“ kann davon nicht ausgegangen werden.¹⁵

Bei der Auslegung ist auf den Wortlaut und den Sinn einer Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt.¹⁶ Bei der Auflassung erklärt der Veräußerer, mit dem Erwerber über den Eintritt der Rechtsänderung, nämlich den Übergang des Eigentums auf den Erwerber, einig zu sein

⁴ Rpfleger 1981, 177.

⁵ NJW 1982, 2817 = Rpfleger 1982, 414.

⁶ Rpfleger 1982, 417.

⁷ Kritisch dazu *Weser*, MittBayNot 1993, 253.

⁸ ZNotP 2005, 176.

⁹ DNotZ 1988, 109 = MittBayNot 1987, 245, ähnlich auch die Entscheidung vom 2.4.1993, NJW 1993, 2316.

¹⁰ DNotZ 1995, 56.

¹¹ DNotZ 1993, 136 = MittBayNot 1992, 88.

¹² Vgl. *Meikel*, GBO, 10. Aufl., § 20 Rdnr. 6; ebenso *Hügel*, GBO, § 20 Rdnr. 3.

¹³ BGH, DNotZ 1996, 84 = MittBayNot 1995, 122.

¹⁴ OLG Stuttgart, MittBayNot 2008, 122 m. Anm. *Demharter*; OLG Köln, FGPrax 2009, 6; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 20 Rdnr. 2.

¹⁵ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 97.

¹⁶ Allg. M.; vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.

(§§ 873 Abs. 1, 925 BGB). Voraussetzung für den Eigentumsübergang ist die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch, die ihrerseits eine Eintragungsbewilligung voraussetzt. Für einen unbefangenen Betrachter ist die nächstliegende Bedeutung der Auflassungserklärung, dass der Veräußerer auch den Vollzug des Rechtsübergangs will und damit auch die hierfür erforderliche Eintragungsbewilligung abgibt. Denkbar ist zwar, dass er den Rechtsübergang – aus welchen Gründen auch immer – nicht sofort, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt herbeiführen will und daher die Eintragung noch nicht bewilligt. Die nächstliegende Bedeutung der Auflassungserklärung ist dies aber jedenfalls dann nicht, wenn sich ihr für diese Willensrichtung des Veräußerers keinerlei Anhaltspunkte entnehmen lassen. Eine Auslegung dahin, dass der Veräußerer die Grundbucheintragung überhaupt nicht will, stünde im Widerspruch zu der in der Auflassung erklärten Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung.

4. Zusammenfassung

Es liegt in der Hand und damit in der Verantwortung der Notare, Unklarheiten und Zweifel darüber, ob die außer der Auflassung erforderliche Eintragungsbewilligung erklärt ist, nicht aufkommen zu lassen. Dazu genügt es, dass in der Auflassungsurkunde ausdrücklich entweder die Eintragungsbewilligung erklärt oder klaggestellt wird, dass vom Veräußerer nur die Auflassung erklärt, nicht aber auch die Grundbucheintragung bewilligt wird. Die erörterten Probleme treten nur auf, wenn es der Notar im Einzelfall versäumt, die gebotene und den Beteiligten des Beurkundungsvorgangs gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG geschuldete Klarheit zu schaffen.

Johann Demharter, Richter am BayObLG a. D., München

3. GBO §§ 18, 20, 29; GBV § 15 (Grundstückserwerb durch bestehende GbR)

Beim Grundstückserwerb durch eine bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts müssen sich bereits aus der Auflassungsurkunde hinreichende Merkmale zur Identität der Gesellschaft ergeben. Dies verlangt Angaben, die es ermöglichen, die Gesellschaft als unverwechselbares Rechtssubjekt zu identifizieren. Andernfalls ist der Eintragungsantrag zurückzuweisen, ohne dass es noch darauf ankommt, ob und wie die Gesellschaft als Erwerberin in der Lage wäre, Existenz, Identität und Vertretungsberechtigung im Grundbuchverfahren nachzuweisen.

OLG München, Beschluss vom 5.2.2010, 34 Wx 116/09

Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 29.12.2008 brachte sie diesen Grundbesitz in eine bereits bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ein, die – wie in der Vertragsurkunde in einer Vorbemerkung festgehalten – zwischen ihr und der Beteiligten zu 2 errichtet worden war. Als Gegenstand des Unternehmens wird das Halten und Verwalten von Grundbesitz angegeben. Zur selben Urkunde wurde das Grundstück aufgelassen; die Beteiligten zu 1 und 2 bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zum Gesamthandseigentum der GbR, der Beteiligten zu 3.

Auf Vollzugsantrag vom 17.9.2009 hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 28.10.2009 den fehlenden Vertretungsnachweis für die GbR beanstandet und den Beteiligten unter Fristsetzung aufgegeben, einen in der Form des § 29 GBO abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag nebst eidesstattlicher Versicherung der (Gründungs-)Gesellschafter darüber vorzulegen, dass sich seit Vertragsschluss keine Veränderung hinsichtlich des Gesellschafterbestandes und der

Vertretungsregelung ergeben habe. Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen:

II.

Die vom Urkundsnotar namens der Beteiligten zulässig (vgl. § 15 Abs. 2 GBO; dazu *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdnr. 20) erhobene Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO) hat insoweit Erfolg, als die Zwischenverfügung aufzuheben ist. Eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO darf nämlich nur ergehen, wenn ein behebbarer Mangel vorliegt (vgl. *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 5 ff.). Dies ist nicht der Fall. Vielmehr wäre der Antrag wegen eines unbehebbareren Eintragungshindernisses sofort zurückzuweisen gewesen (vgl. BayObLGZ 1984, 136; OLG München, NZM 2010, 49).

1. Das Problem, im Grundbuchverfahren den Nachweis von Identität, Existenz und Vertretungsberechtigung einer bestehenden GbR, die Grundvermögen erwerben will, zu erbringen, ist auch durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) vom 11.8.2009 (BGBl I, S. 2713) nicht gelöst worden. Einerseits wird ein Grundstückserwerb deshalb nur für möglich gehalten, wenn explizit eine Neugründung vorgenommen und sodann die Anteile auf die „Alt-GbR“ übertragen werden (vgl. *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 450). Andererseits werden Angaben der Beteiligten im Erwerbsvertrag zum Bestand der Gesellschaft bereits für ausreichend erachtet (*Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 179 f.; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618 f.). Andere Stimmen verlangen (zusätzlich) einen (Vertretungs-) Nachweis durch eidesstattliche Erklärungen (etwa LG Traunstein, Rpfleger 2009, 448; LG Darmstadt vom 24.3.2009, 26 T 31/09; *Tebben*, NZG 2009, 288, 291; *Bielicke*, Rpfleger 2007, 441, 443); nach einer verbreiteten Meinung ist die Vorlage eines – sonst formlos abschließbaren – Gesellschaftsvertrags hier in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO unerlässlich (*Lautner*, DNotZ 2009, 650, 658 f.; *ders.*, NotBZ 2009, 77, 83; wohl auch *Tebben*, NZG 2009, 288, 292; vgl. ferner BGH NJW 2009, 594, Leitsatz 3 und Rdnr. 25) oder jedenfalls „grundsätzlich“ notwendig (vgl. *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618).

2. Der Senat braucht im Rahmen dieses Verfahrens darauf nicht näher einzugehen. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob die in der Zwischenverfügung angesprochenen Hilfsmittel (Gesellschaftsvertrag, eidesstattliche Versicherungen) grundsätzlich geeignet sind, den grundbuchtauglichen Nachweis für Identität, Existenz und Vertretung der erwerbenden Gesellschaft zu erbringen. Denn bereits die vorgelegte Urkunde ist ungeeignet, mit der für Grundbucheintragungen notwendigen Bestimmtheit die Identität der Gesellschaft, an die das Grundstück aufgelassen wird und die als Eigentümerin eingetragen werden soll, festzustellen. Der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen, erfordert klare und eindeutige Eintragungen. Dementsprechend haben die Beteiligten auf klare und eindeutige Erklärungen auch über die Person des Berechtigten, sei es eine natürliche Person, sei es eine juristische Person oder ein rechtsfähiger Personenverband wie die GbR, zu achten (vgl. § 15 GBV; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 5; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., vor GBV Rdnr. 54, § 15 GBV Rdnr. 2). Im Anwendungsbereich des § 20 GBO müssen dem Grundbuchamt neben der Vertretungsberechtigung der für sie Handelnden

auch die Existenz und Identität der Gesellschaft – in grundbuchmäßiger Form – nachgewiesen sein (vgl. OLG Schleswig, DNotZ 2010, 296; Lautner, DNotZ 2009, 650, 657; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618).

3. Hieran fehlt es. Das Grundstück wurde aufgelassen an eine GbR, von der lediglich bekannt ist, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sie „bereits“ errichtet hatten. Außerdem wird in der Urkunde noch der Gegenstand des Unternehmens in einer Form verlautbart, der keine Alleinstellung für sich beanspruchen kann. Angesichts der Möglichkeit, dass dieselben Gesellschafterinnen mehrere Gesellschaften bürgerlichen Rechts halten (vgl. Lautner, DNotZ 2009, 650, 659), was auch vorliegend nicht ausgeschlossen werden kann, reichen diese Angaben nicht aus. Notwendig wären eindeutige die Gesellschaft als unverwechselbares Rechtssubjekt identifizierende Angaben, wozu etwa Erklärungen zum Gründungsort und zum Gründungszeitpunkt, aber auch Name und Sitz (vgl. § 15 Abs. 1 lit. c) GBV), gehören können. Entbehrlich mag dies sein, wenn gleichzeitig ein (notarieller) Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wird. So liegt der Fall aber nicht.

Auch die nachträgliche Vorlage eines in der Form des § 29 GBO geschlossenen Gesellschaftsvertrages (so Lautner, DNotZ 2009, 650, 658; noch großzügiger Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618) könnte hieran nichts ändern, da nicht sichergestellt werden kann, dass er die zunächst nicht näher bezeichnete Gesellschaft betrifft. Dass den Beteiligten die Identität der Gesellschaft bekannt ist, ändert am Ergebnis nichts, da bei der Auslegung von Grundbucheintragungen außerhalb der Eintragungsbewilligung liegende Umstände nur insoweit herangezogen werden dürfen, als sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28). Darauf, was der Bewilligende gewollt hat, kommt es nicht an (BayObLG, Rpfleger 2002, 619). Da das Grundstück ausdrücklich in die schon bestehende Gesellschaft eingebracht werden soll, kommt auch eine Umdeutung dahin, das Grundstück in eine gleichzeitig neu gegründete Gesellschaft einbringen zu wollen, nicht in Betracht (vgl. hierzu auch OLG Schleswig, DNotZ 2010, 296). Dies würde dem klaren Wortlaut widersprechen. Die Voraussetzungen, unter denen das Grundbuchamt eine Willenserklärung in entsprechender Anwendung des § 140 BGB umdeuten kann (vgl. Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 30 m. w. N.; Lautner, DNotZ 2009, 650, 658), liegen ersichtlich nicht vor.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Lautner, MittBayNot 2010, 286 (in diesem Heft).

4. GBO § 29 (Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR)

Beim Erwerb durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann der erforderliche Nachweis zum Bestehen der Gesellschaft und zum aktuellen Gesellschafterbestand durch den notariellen Kaufvertrag als öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO erbracht werden.

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.2.2010, 5 W 371/09

Mit notariellem Kaufvertrag vom 19.6.2009 – UR-Nr. (...) des Notars X. – erwarb die Antragstellerin, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz. Im Urkundeneingang ist als Erwerber aufgeführt:

„Immobilien-Gesellschaft B., eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, Sitz: (...), bestehend und vertreten aus bzw. durch ihre Gesellschafter

1. A. B., geb. am (...), wohnhaft in (...),
2. B. B., geb. am (...), wohnhaft in (...),
3. C. B., geb. am (...), wohnhaft in (...).“ (...)

Mit Zwischenverfügung vom 1.12.2009 hat das AG Saarbrücken – Saarländisches GBA – um Vorlage des Gesellschaftsvertrages der Erwerberin in der Form des § 29 GBO sowie um eidesstattliche Versicherung sämtlicher Gesellschafter, dass sich seit Vertragsschluss keine Änderungen des Gesellschafterbestandes ergeben haben, gebeten.

Gegen diese Zwischenverfügung hat die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 8.12.2009 Beschwerde eingelegt und der Beschwerdeschrift eine Kopie des schriftlichen Gesellschaftsvertrages vom 18.6.1993 beigelegt. Sie ist der Ansicht, die Existenz der Gesellschaft sei durch die Erklärungen in dem Grundstückskaufvertrag ausreichend geführt, durch die hinreichend in öffentlich beglaubigter Form dokumentiert sei, dass die dort als Gesellschafter genannten natürlichen Personen eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet haben und auch die einzigen Gesellschafter sind (bestehend ... aus ...).

Aus den Gründen:

II.

(...)

Sie ist auch begründet, weil die vom AG Saarbrücken – Saarländisches GBA – in der Zwischenverfügung vom 1.12.2009 und dem Nichtabhilfebeschluss vom 21.1.2010 angenommenen Eintragungshindernisse der beantragten Eintragung der Antragstellerin als Eigentümerin nicht entgegenstehen. Zu der beantragten Eigentumsumschreibung sind weitere Nachweise in Form eines beglaubigten Gesellschaftsvertrages und eidesstattlicher Versicherungen der Gesellschafter über das unveränderte Fortbestehen des Gesellschafterbestands nicht erforderlich. (...)

c) Da die auch für das GBA geltende Vermutung des § 899 a BGB, dass sowohl die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft als auch die dort ausgewiesenen Gesellschafter in Ansehung des eingetragenen Eigentums berechtigt und verfügungsbefugt sind, weitere Nachweise nur dort entbehrlich macht, wo die Gesellschaft bereits als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist (vgl. hierzu OLG München, MittBayNot 2009, 466; MittBayNot 2010, 310; OLG Frankfurt, Beschl. v. 19.11.2009, 20 W 70/09, zitiert nach juris), bleibt Ausgangspunkt der Überlegungen im Streitfall deshalb die für den Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen allgemein geltende Regelung des § 29 GBO, deren Anwendbarkeit der BGH in seiner Entscheidung vom 4.12.2008 (NJW 2009, 594) nicht in Zweifel gezogen hat.

Nach Abs. 1 dieser Bestimmung soll eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden; andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem GBA offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden. Zu den „sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen“ i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO gehören auch die Einigungserklärungen nach § 20 GBO sowie alle weiteren Erklärungen – wie etwa Vollmachten –, die eine grundbuchrechtliche Erklärung ergänzen und begründen (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., § 29 GBO Rdnr. 154).

aa) Das AG ist auf der Grundlage der gegenwärtigen Rechtslage zu Recht davon ausgegangen, dass bei dem Erwerb eines Grundstücks durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Nachweise zu deren Bestehen, zu den Angaben über deren Gesellschafter und zu dem Handeln einer vertretungsberechtigten Person zu erbringen sind. Hinsichtlich der Anforderungen an den Nachweis hat es sich einer weitverbreiteten Ansicht angeschlossen, die hierzu die Vorlage eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO für notwendig hält (vgl. LG Traunstein, Rpfleger 2009, 448; LG Oldenburg, Beschl. v. 17.3.2009, 17 T 204/09, zitiert nach juris; wohl auch *Tebben*, NZG 2009, 288; als Nachweismöglichkeit in Betracht gezogen in BGH, NJW 2009, 594); mit Blick auf nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages möglicherweise eingetretene Veränderungen der relevanten Rechtsverhältnisse der Gesellschaft hat es ergänzend die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen der Gesellschafter gefordert (vgl. LG Traunstein, a. a. O.; LG Ingolstadt, MittBayNot 2009, 300; nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für Veränderungen; *Tebben*, a. a. O.).

bb) Das Fehlen der geforderten Unterlagen steht der beantragten Eintragung aber schon deshalb nicht entgegen, weil der erforderliche Nachweis zum Bestehen der Gesellschaft und zum aktuellen Gesellschafterbestand im Streitfall durch den notariellen Kaufvertrag als öffentlicher Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 GBO erbracht ist.

(1) Daran, dass dieser die als Eigentümerin einzutragende Gesellschaft bürgerlichen Rechts so konkret bezeichnet, dass deren Identität mit der für Grundbucheintragungen notwendigen Bestimmtheit festgestellt werden kann, bestehen keine Zweifel.

(2) Zwar enthält die notarielle Kaufvertragsurkunde vom 19.6.2009 nicht selbst die Vereinbarung eines Gesellschaftsvertrages, was den Vorgaben des § 29 GBO ohne weiteres genügen würde. Die Antragstellerin weist aber zu Recht darauf hin, dass die Bezeichnung der Gesellschaft im Urkundeneingang als „Immobilien-Gesellschaft B., Gesellschaft bürgerlichen Rechts...“, bestehend und vertreten aus bzw. durch ihre Gesellschafter“ inzidenter die (bestätigende) Erklärung der Gesellschafter – deren ordnungsgemäße Vertretung durch den handelnden Gesellschafter das AG zu Recht als in der Form des § 29 GBO nachgewiesen angesehen hat – enthält, dass es die genannte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts tatsächlich gibt und dass diese (gegenwärtig) aus den namentlich genannten Gesellschaftern besteht.

(3) Wenn auch § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bei strenger Auslegung an sich die Beurkundung des nachzuweisenden Rechtsgeschäfts selbst fordert, so ist in anderem Zusammenhang allgemein anerkannt, dass auch in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebene „Bestätigungs- oder Geständniserklärungen“, in denen die zuvor erfolgte Abgabe einer Erklärung oder Vornahme eines Rechtsgeschäfts durch den Erklärenden bzw. Vornehmenden selbst bestätigt wird, zum grundbuchrechtlichen Nachweis ausreichend sein können (vgl. BGH, NJW 1959, 883 m. w. N. zur Vollmachtsgeständniserklärung bzw. Vollmachtbestätigungsurkunde; RGZ 104, 358; BayObLG, Beschl. v. 22.11.1990 – BReg. 2 Z 128/90, zitiert nach juris; OLG Köln, Rpfleger 1986, 298; BayObLG, MittBayNot 1984, 186, für den Eintritt einer Bedingung in Form der Abtretung; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 154; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 29 Rdnr. 10; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., Einl. I Rdnr. 89). Für den Nachweis der Vollmacht ist dies mit der Erwägung begründet worden, dass der Vollmachtgeber ohne weiteres die Rechtsmacht habe, ungeachtet der von ihm bereits erteilten Vollmacht die rechtsgeschäftliche Vollmachterteilung zu wiederholen oder zu bestätigen (vgl. hierzu BayObLG, MittBayNot 1984, 186).

(4) Dieser Grundsatz lässt sich auch auf den vorliegenden Fall übertragen, in dem das Bestehen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und deren aktueller Gesellschafterbestand in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sind. Für eine unterschiedliche Behandlung der tatsächlichen Erklärung der Gesellschafter, dass eine GbR mit dem konkret bezeichneten Gesellschafterbestand gegründet worden sei und in dieser Form auch gegenwärtig noch fortbestehe, und dem (erneuten) Abschluss eines Gesellschaftsvertrages in der Kaufvertragsurkunde besteht keine Veranlassung. Das gilt jedenfalls dann, wenn – wie im Streitfall – keine konkrete Veranlassung besteht, an der Richtigkeit der Erklärung zu zweifeln. Der Senat schließt sich deshalb der Auffassung an, nach der der notarielle Erwerbs- bzw. Übertragungsvertrag zum Nachweis der Existenz der dort genannten Gesellschaft und des jeweiligen Gesellschafterbestands grundsätzlich genügt (vgl. *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 179; wohl auch *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1451; vom OLG München, MittBayNot 2009, 466, ohne nähere Begründung noch als „höchst zweifelhaft“ angesehen; MittBayNot 2010, 310, schlicht offengelassen).

Da der Nachweis hier durch den notariellen Kaufvertrag als öffentliche Urkunde erbracht ist, kommt es nicht auf die umstrittene Frage an, ob es sich bei den zur Existenz und zum Gesellschafterbestand einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu erbringenden Nachweisen um „zu der Eintragung erforderliche Erklärungen“ i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO handelt, für deren Nachweis eine öffentlich beglaubigte Urkunde ausreicht, oder um „andere Voraussetzungen der Eintragung“ i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, deren Nachweis grundsätzlich eine öffentliche Urkunde verlangt (vgl. hierzu *Steffek*, ZIP 2009, 177 m. w. N.).

cc) Im Streitfall bedarf es zum Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen mithin keiner weiteren Nachweise. Dies führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung des AG, dem die Sache zur weiteren Behandlung und Entscheidung über den Eintragungsantrag zurückzugeben ist (vgl. *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 35, § 77 Rdnr. 12 ff., 24).

2. Wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen in anderen Fällen – außerhalb der Vermutensregel des § 899a BGB – zu geschehen hat, muss nicht allgemein entschieden werden (vgl. hierzu die Überlegungen in BGH, NJW 2009, 594; *Zimmer*, NZM 2009, 187; *Kessler*, NZM 2009, 190; *Tebben*, NZG 2009, 288). Hinsichtlich der vom AG in Betracht gezogenen Nachweismöglichkeiten weist der Senat jedoch ergänzend auf Folgendes hin:

(1) Nachdem der Gesetzgeber bewusst auf die Errichtung eines Registers für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts verzichtet hat (vgl. Begründung, BT-Drucks. 16/13437, S. 28, 30), stellt sich hier zum einen die grundsätzliche Frage, ob mit dieser gesetzgeberischen Entscheidung das Verlangen von Nachweisen vereinbar ist, die diesen Anforderungen gleich- oder zumindest nahekommen, um das fehlende Register zu ersetzen und im Ergebnis auf die Einführung eines Formzwangs für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hinauslaufen.

Ungeachtet dessen ist der Beweiswert notariell beurkundeter oder beglaubigter Gesellschaftsverträge ohnehin gering, weil sich jedenfalls der unveränderte Fortbestand der Gesellschaft nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lässt. Selbst wenn der Gesellschaftsvertrag und etwaige weitere Vereinbarungen über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft in der Form des § 29 GBO vorliegen, so liefert dies nämlich keinen Beleg dafür, dass weder weitere Vereinbarungen außerhalb dieser Urkunden bestehen, noch nachträgliche Veränderungen – in Bezug auf die Vertretungsverhältnisse oder auf den Ge-

sellschafterbestand – eingetreten sind, was jederzeit formfrei möglich ist. Selbst die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Formbedürftigkeit späterer Änderungen hilft hier nicht weiter, weil sie jederzeit formfrei wieder aufgehoben werden kann (vgl. *Palandt/Ellenberger*, BGB, 68. Aufl., § 125 Rdnr. 14).

(2) Zum anderen stellt sich die Frage, inwieweit die Zulassung anderer, verfahrensfremder Nachweise in Betracht kommt, soweit ein Urkundenbeweis i. S. d. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO zum Nachweis des Vorliegens oder Nichtvorliegens von Tatsachen nicht möglich ist. Die Zulässigkeit der eidesstattlichen Versicherung als Nachweismittel ist – außerhalb des § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO – nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, insbesondere für das Nichtvorliegen eintragungshindernder Tatsachen, anerkannt (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 159 m. w. N.; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 63 ff.). Für eintragungsbegründende Tatbestände gilt grundsätzlich § 29 Abs. 1 GBO (vgl. OLGR Köln 2007, 612). Ungeachtet der Zulässigkeit dieses Nachweismittels hängt dessen Beweiswert davon ab, dass die Strafandrohung des § 156 StGB eine gewisse Gewähr für die Richtigkeit der an Eides statt abgegebenen Erklärungen bietet. Allerdings sind nicht alle den Gerichten gegenüber abgegebenen falschen eidesstattlichen Versicherungen strafbar (vgl. BGH, NJW 1953, 994), sondern nur insoweit, als diese zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt i. S. d. § 156 StGB auch zuständig sind. Dies setzt zwar nicht zwingend eine gesetzliche Ermächtigung voraus; erforderlich ist aber zumindest, dass die jeweilige gerichtliche Behörde nach der einschlägigen Verfahrensordnung dazu berufen ist, ein förmliches Beweisverfahren durchzuführen, das die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen mit sich bringt, und die eidesstattliche Versicherung gerade über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht und in dem Verfahren, zu dem sie abgegeben wird, auch abgegeben werden darf (vgl. BGH, NJW 1953, 994; 1966, 1037). Die ein solches Beweisverfahren vorsehenden §§ 29–31 FamFG gelten im Eintragungsverfahren der Grundbuchordnung aber gerade nicht; das Grundbuchamt ist vielmehr auf die im Eintragungsverfahren zulässigen Beweismittel beschränkt (vgl. OLGR Köln 2007, 612 für § 12 FGG; BayObLG, NotBZ 2004, 279; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 26).

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Lautner*, MittBayNot 2010, 286 (in diesem Heft).

5. BGB §§ 1578, 1578 b, 1609; ZPO § 323 (*Unterhaltsberechnung bei Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten, Drittelmethode*)

- a) **Der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten ist bei Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten zur gleichmäßigen Aufteilung des Einkommens der Beteiligten nach der sog. Drittelmethode zu bemessen (im Anschluss an BGHZ 177, 356 = MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911; BGH, MittBayNot 2009, 149; BGHZ 179, 196 = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411 und BGH, NJW 2009, 1271).**
- b) **Auf Seiten des neuen Ehegatten kommt es bei der Unterhaltsbemessung nicht auf dessen Anspruch auf Familienunterhalt an, sondern auf den hypothetischen Unterhaltsanspruch im Fall einer Scheidung. Kommt hierfür ein Anspruch wegen Kinderbetreu-**

ung in Frage, so haben elternbezogene Gründe nach § 1570 Abs. 2 BGB, die auf der Rollenverteilung in der neuen Ehe beruhen, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben.

- c) **Im Abänderungsverfahren ist der Einwand der Befristung ausgeschlossen, wenn sich seit Schluss der mündlichen Verhandlung im vorausgegangenem Verfahren die für eine Befristung wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nicht geändert haben (im Anschluss an BGH, FamRZ 2004, 1357 und FamRZ 2001, 905). Beruht der Unterhaltsanspruch allein auf § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) und wurde dieser zuletzt im Jahr 2007 durch Urteil festgelegt, so ergibt sich aus dem Inkrafttreten des § 1578 b BGB am 1.1.2008 für sich genommen noch keine Änderung der wesentlichen Verhältnisse. Auch § 36 Nr. 1 EGZPO bietet in diesem Fall gegenüber § 323 ZPO keine eigenständige Abänderungsmöglichkeit.**

BGH, Urteil vom 18.11.2009, XII ZR 65/09

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie streiten um die Abänderung eines Titels über nahehelichen Unterhalt.

Der 1957 geborene Kläger und die 1956 geborene Beklagte heirateten im Jahr 1975. Ihre Ehe blieb kinderlos. Sie trennten sich im Juli 2002. Auf den am 14.2.2003 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe geschieden, rechtskräftig seit dem 21.10.2003.

Die Beklagte besuchte die Sonderschule und begann eine Ausbildung als Einzelhandelskauffrau, deren Abschluss zwischen den Parteien streitig ist. Zum Zeitpunkt der Eheschließung arbeitete die Beklagte als Hilfsarbeiterin und war bis 1978 erwerbstätig. Danach ging sie während des ehelichen Zusammenlebens keiner Erwerbstätigkeit nach. Von 1995 bis 1997 pflegte sie ihren Vater. Seit der Trennung arbeitet die Beklagte teilschichtig als Reinigungskraft.

Der Kläger war zunächst Vulkaniseurmeister. Während des ehelichen Zusammenlebens bildete er sich zum Chemieingenieur fort und arbeitet in diesem Beruf bis heute. Der Kläger heiratete im Jahr 2004 erneut. Aus der Ehe ist ein im Februar 2005 geborener Sohn hervorgegangen. Außerdem adoptierte der Kläger im Jahr 2006 den 1997 geborenen Sohn seiner jetzigen Ehefrau. Seine Ehefrau ist nicht erwerbstätig.

Durch einen Prozessvergleich vom 12.4.2005 legten die Parteien den nahehelichen Unterhalt der Beklagten ab Januar 2005 auf monatlich 618 € fest. Im Jahr 2007 erstrebte der Kläger eine Herabsetzung des Unterhalts. Durch Urteil vom 21.8.2007 setzte das Familiengericht den Unterhalt herab, zuletzt ab Januar 2008 auf monatlich 607 €.

Im vorliegenden Verfahren begehrt der Kläger wiederum die Herabsetzung des Unterhalts. Er beruft sich auf die seit 1.1.2008 geänderte Rechtslage, nach der – anders als bisher – seine Unterhaltspflicht gegenüber seiner jetzigen Ehefrau zu berücksichtigen und in Anbetracht fehlender ehebedingter Nachteile der Beklagten außerdem eine zeitliche Begrenzung des Unterhalts vorzunehmen sei.

Das Familiengericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Es hat den Unterhalt ab dem 16.4.2008 auf monatlich 290 € reduziert, eine Befristung hingegen abgelehnt. Die dagegen eingelegte Berufung des Klägers, mit der er eine weitere Herabsetzung auf monatlich 214 € sowie eine Befristung des Unterhalts bis zum 30.6.2009 erstrebt hat, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Klägers, mit der er seine zuletzt gestellten Anträge weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg. (...)

II.

Das hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht ist zu Recht von der Zulässigkeit der Abänderungsklage ausgegangen.

Auf das Abänderungsverfahren ist wie auf das Verfahren im Allgemeinen nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1, 2 FGG-RG das vor dem 1.9.2009 geltende Recht anzuwenden. Die Zulässigkeit der Abänderungsklage ergibt sich bereits aus § 323 ZPO, ohne dass es eines Rückgriffs auf die insoweit nur klarstellende Regelung in § 36 Nr. 1 EGZPO bedarf. Denn nach der Gesetzesbegründung des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes vom 21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) handelt es sich bei § 36 EGZPO nicht um einen eigenen, neu geschaffenen Abänderungsrechtsbehelf (BT-Drucks. 16/18130, S. 32). § 36 Nr. 1, 2 EGZPO stellt – neben dem einschränkenden Kriterium der Zumutbarkeit einer Abänderung – somit lediglich klar, dass die Gesetzesänderung, soweit sie zu einer Änderung der wesentlichen Verhältnisse führt, ein Abänderungsgrund i. S. v. § 323 Abs. 1 ZPO ist.

Das Berufungsgericht hat eine Änderung der wesentlichen Verhältnisse mit Recht in der durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007 geänderten Rangfolge gesehen, die auch – mittelbare – Auswirkungen auf die für die Bedarfsbemessung maßgeblichen Kriterien hat, des Weiteren in der geänderten Rechtsprechung des Senats zur Bedarfsermittlung bei Wiederverheiratung des unterhaltspflichtigen Ehegatten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats stellt neben der Gesetzesänderung auch eine Änderung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl bei Urteilen als auch bei Vergleichen einen Abänderungsgrund dar (vgl. BGH, FamRZ 2001, 1687, 1690 und FamRZ 2003, 848, 851 f. und BGHZ 177, 356, 380 = FamRZ 2008, 1911, 1917 f.).

Ob die Abänderung bestehender Unterhaltstitel erst ab der Verkündung des Senatsurteils vom 30.7.2008 (BGHZ 177, 356 = MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911) zulässig ist (so OLG Celle, NJW 2009, 1758; vgl. BGH, FamRZ 2003, 848) oder – wofür die bereits im Jahr 2006 geänderte Rechtsprechung des Senats zur Berücksichtigung nachehelich entstandener Unterhaltspflichten (BGHZ 166, 351, 362 = FamRZ 2006, 683, 686) im Zusammenhang mit dem Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007 spricht – bereits ab dem 1.1.2008, kann hier offenbleiben. Denn das AG ist bei der Unterhaltsfestsetzung zugunsten des Klägers von der Abänderbarkeit schon vor dem 30.7.2008 (hier: ab Rechtshängigkeit der Abänderungsklage am 16.4.2008) ausgegangen. Da allein der Kläger Rechtsmittel eingelegt hat und die von ihm erstrebte weitere Herabsetzung bereits aus anderen Gründen scheitert, kommt es auf einen früheren Abänderungszeitpunkt nicht an.

2. Wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, hat die Beklagte – lediglich – einen Anspruch auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs. 2 BGB. Übereinstimmend mit dem abzuändernden Prozessvergleich hat es einen teilweisen Anspruch wegen Erwerbslosigkeit nach § 1573 Abs. 1 BGB nicht zugesprochen und der Beklagten statt dessen ein teils fiktives Einkommen aus Vollzeittätigkeit zugerechnet.

Die Revision rügt zu Unrecht, dass das Berufungsgericht dem erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers hätte nachgehen müssen, die Beklagte könne mehr als das berücksichtigte – teils fiktive – Einkommen von bereinigt 936 € erzielen. Hierfür hat sich der Kläger erstinstanzlich auf den Tarifvertrag zur Regelung der Mindestlöhne für gewerbliche Arbeiter in der Gebäudereinigung berufen. Zwar ist das Berufungsgericht darauf nicht ausdrücklich eingegangen, sondern hat allein auf die Bindungswirkung des Ausgangstitels abgestellt. Das ist aber nicht zu beanstanden. Zweifelhaft ist hier bereits ein ordnungsgemäßer Berufungsangriff nach §§ 513 Abs. 1, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, weil die Berufungsbegründung lediglich

pauschal auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen nebst Beweisanträgen verwiesen hat. Das begründet noch keine konkreten Anhaltspunkte, warum die vom AG näher begründeten Feststellungen fehlerhaft sein sollten. Jedenfalls war das Berufungsgericht aber wegen des nicht hinreichend dargelegten Abänderungsgrundes nicht gehalten, dem Vorbringen des Klägers nachzugehen. Denn zur Darlegung einer wesentlichen Veränderung mangelt es an dem Vorbringen, dass das in den bisherigen Titeln zugrunde gelegte Einkommen dem Tariflohn und der dazu als einschlägig vorgetragenen Lohngruppe bereits entsprochen habe oder sonst daran orientiert worden sei. Das Berufungsgericht war daher nicht gehalten, den vom Kläger angebotenen Beweis zu erheben.

3. Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsbedarf der Beklagten – wie schon das AG – ausgehend von den (erzielbaren) Einkommen der Parteien ermittelt, indem es neben den Parteien auch die jetzige Ehefrau des Klägers in die Berechnung einbezogen und den Bedarf nach einem Drittel der zusammengerechneten Einkünfte bemessen hat. Damit ist das Berufungsgericht der neueren Rechtsprechung des Senats gefolgt (BGHZ 177, 356 = MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911; BGH, MittBayNot 2009, 149 und BGHZ 179, 196 = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411; ebenso OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1254; OLG Bremen, NJW 2009, 925; OLG Celle, NJW 2009, 1758; OLG Braunschweig, FamRZ 2009, 977).

Die vom Berufungsgericht – im Zusammenhang mit der Erwerbsobliegenheit der jetzigen Ehefrau des Klägers – gegen die Senatsrechtsprechung erhobenen Bedenken, die es unter Hinweis auf die Rechtssicherheit zurückgestellt hat, sind ebenso wie die im Schrifttum geäußerte Kritik (etwa von *Maurer*, FamRZ 2008, 1919; FamRZ 2008, 1985; *Griesche*, FPR 2008, 63; *Grandel*, NJW 2008, 796) unbegründet. Der Senat nimmt die Kritik jedoch zum Anlass für eine ergänzende und zusammenfassende Begründung seiner Rechtsprechung.

a) Die Anknüpfung des Unterhaltsbedarfs an die ehelichen Lebensverhältnisse soll dem Unterhaltsberechtigten auch nach der Scheidung die Teilhabe am ehelichen Lebensstandard ermöglichen. Im Vergleich zu anderen Bedarfsmaßstäben, etwa dem angemessenen Lebensbedarf, der sich allein aus der Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten ergibt, knüpft das Gesetz damit den Unterhaltsbedarf an die Lebensstellung des Unterhaltspflichtigen an (abgeleitete Lebensstellung; vgl. BGHZ 179, 196, 204 f. = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411, 414). Es handelt sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die dem geschiedenen Ehegatten eine Teilhabe an dem auch aufgrund eigener Leistungen des Unterhaltsberechtigten erreichten höheren Lebensstandard gewähren soll (BGHZ 153, 358 = FamRZ 2003, 590 und BGH, FamRZ 2003, 848). Diese Wertung hat auch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) beibehalten.

aa) Eine Anknüpfung an den besseren Lebensstandard des Unterhaltspflichtigen aus dem Gesichtspunkt der Teilhabe ist indessen nur insoweit gerechtfertigt, als dieser selbst in den Genuss eines höheren Lebensstandards kommt. Mit anderen Worten ist die Verbesserung des Lebensstandards des Unterhaltsberechtigten, weil der geschiedene Ehegatte einen höheren Lebensstandard hat, auch nur berechtigt, wenn der Ehegatte den höheren Lebensstandard auch nach der Scheidung tatsächlich noch hat. Dementsprechend ist nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats eine nacheheliche Einkommensverringerung bereits bei der Bedarfsbemessung zu berücksichtigen (BGHZ 153, 358 = FamRZ 2003, 590 und

BGH, FamRZ 2003, 848). Diese Rechtsprechung hat der Senat konsequent fortgeführt und auch auf nachehelich erstmals entstandene Unterhaltspflichten angewendet, zunächst auf den Kindesunterhalt (BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683 und BGH, DNotZ 2008, 533 = FamRZ 2008, 968, 972), später auch auf die nach Wiederverheiratung gegenüber dem neuen Ehegatten entstandene Unterhaltspflicht (BGHZ 177, 356 = MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911; BGH, MittBayNot 2009, 149 und BGHZ 179, 196 = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411 und BGH, FamRZ 2009, 579). Daran ist festzuhalten.

bb) Die gegenteilige Sichtweise knüpft durch die Anwendung des Stichtagsprinzips auch auf Einkommensreduzierungen an den früheren Zustand an und schreibt diesen über die Scheidung hinaus fort. Die Fortschreibung eines früheren Zustands stellt jedoch der Sache nach eine Fiktion dar, indem der Unterhaltspflichtige rechtlich so gestellt wird, als hätte er sein früher höheres Einkommen noch immer, auch wenn dieses in Wirklichkeit entweder gesunken oder durch weitere Unterhaltspflichten geschmälert worden ist.

Eine solche Fortschreibung der früheren Einkommensverhältnisse bedarf indessen der besonderen Begründung. Sie setzt voraus, dass der Unterhaltspflichtige sich aus Rechtsgründen an dem früheren Zustand festhalten lassen muss. Das ist in Bezug auf die Wiederverheiratung jedenfalls nach der seit dem 1.1.2008 geltenden Rechtslage nicht mehr der Fall.

Eine Einkommensfiktion ist dann angebracht, wenn dem Unterhaltspflichtigen vorzuwerfen ist, dass er den früheren Zustand nicht aufrechterhalten hat. Das wäre etwa der Fall, wenn er unter Verstoß gegen seine Erwerbsobliegenheit seine Arbeitsstelle aufgegeben hat (vgl. BGHZ 179, 196, 205 = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411, 414 und BGH, DNotZ 2008, 533 = FamRZ 2008, 968, 972). Auf die Wiederverheiratung des Unterhaltspflichtigen kann der Gesichtspunkt der Obliegenheitsverletzung allerdings von vornherein nicht zutreffen (BGHZ 179, 196, 206 f. = FamRZ 2009, 411, 414). Der Unterhaltspflichtige ist von Rechts wegen an der Wiederverheiratung nicht gehindert. Diese wird auch ansonsten nicht rechtlich missbilligt, sondern ist als Bestandteil der Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantiert. Anders als nach dem bis 1977 geltenden Scheidungsrecht ist die Unterhaltspflicht auch nicht mehr mit dem Verschulden am Scheitern der Ehe verknüpft, was eine Fortschreibung der früher besseren Verhältnisse allenfalls aus dem Gesichtspunkt einer Entschädigung noch rechtfertigen könnte.

Eine Nichtberücksichtigung von Unterhaltspflichten und Fortschreibung des früheren Einkommens nach der Scheidung ließe sich demnach nur noch rechtfertigen, wenn von dem Unterhaltspflichtigen zu verlangen wäre, neu hinzu getretene Unterhaltspflichten entweder aus anderen Mitteln zu befriedigen oder aber seine eigene Lebensführung – und die seiner neuen Familie – im Hinblick auf eine ungeschmälerte Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten – zusätzlich (d. h. mehr, als er es auch bei einer Dreiteilung muss) – einzuschränken.

Ein darauf abzielender Wille des Gesetzgebers lag allerdings dem 1. EheRG noch zugrunde und kam in den Erwägungen zum Rangverhältnis des geschiedenen und des neuen Ehegatten zum Ausdruck. Nach den damaligen Vorstellungen war die zweite Ehe des Unterhaltspflichtigen mit einer „wirtschaftlichen Hypothek“ belastet, die von der zweiten Ehefrau mitgetragen werden müsse (BT-Drucks. 7/650, S. 143). Den Ehegatten der neuen Ehe werde die Möglichkeit, eine „Hausfrauenehe“ zu wählen, oft nicht mehr offenstehen, und in

manchen Fällen werde von ihnen auch auf Kinder verzichtet werden müssen (BT-Drucks. 7/650, S. 143). In diesem Zusammenhang steht auch das vom Berufungsgericht verwendete Argument aus § 1353 BGB, dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen werde (zu den Hintergründen siehe *Schubert*, Die Reform des Ehescheidungsrechts von 1976, S. XLIX f.) und keine „Lebensabschnittsgemeinschaft“ sei.

Mit derartigen Erwägungen stellte der Gesetzgeber des 1. EheRG die (zeitliche) Priorität der ersten Ehe in den Vordergrund. Er nahm gleichzeitig Abstand von der bis 1977 gültigen Rechtslage. Danach hatte zwischen geschiedenem und neuem Ehegatten – ohne Rücksicht auf das Verschulden des Unterhaltspflichtigen am Scheitern der Ehe – Gleichrang bestanden (nahezu allg. Meinung zu § 59 EheG 1946; vgl. *Hoffmann/Stephan*, EheG, 2. Aufl., § 59 Rdnr. 30). Schon nach der Rechtsprechung des RG waren bei der Unterhaltsbemessung im Fall konkurrierender (geschiedener) Ehegatten die Interessen der neuen Ehefrau mit denen der geschiedenen Ehefrau zumindest gleichwertig zu berücksichtigen (vgl. RGZ 48, 112 und RGZ 75, 433, 434).

An den gegenüber der Rechtslage bis 1977 geänderten Wertungen des 1. EheRG hält das Gesetz seit dem 1.1.2008 nicht mehr fest. Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) hat vom grundsätzlichen Vorrang der ersten Ehe Abstand genommen. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zählt nicht mehr die zeitliche Priorität der Eheschließung, sondern allein die Schutzbedürftigkeit des Berechtigten (BT-Drucks. 16/1830, S. 23). Der geschiedene Ehegatte müsse sich bei Hinzutreten weiterer Unterhaltsberechtigter eine Schmälderung des auf ihn entfallenden Unterhaltsanteils gefallen lassen. Er habe keinen „Vertrauensschutz“ dahingehend, dass sich durch Wiederheirat und Gründung einer Zweitfamilie der Kreis der unterhaltsberechtigten Personen nicht vergrößere und seine Unterhaltsquote nicht gekürzt werde (BT-Drucks. 16/1830, S. 24). Damit ist hinreichend deutlich, dass insoweit die Erwägungen zum 1. EheRG, auf deren Grundlage sich die Argumentation des Berufungsgerichts noch bewegt, keine Gültigkeit mehr haben.

Auch bei langer Ehedauer ist der geschiedene Ehegatte schließlich nach der neuen Gesetzeslage gegenüber dem kinderbetreuenden Ehegatten aus der zweiten Ehe (ebenso wie auch einer kinderbetreuenden nicht verheirateten Mutter) nicht mehr vorrangig. Der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten ist überdies selbst bei langer Ehedauer nicht zwangsläufig in den zweiten Rang einzuordnen, sondern gemäß § 1609 Nr. 2 BGB nur unter Berücksichtigung ehebedingter Nachteile (BGHZ 177, 356, 382 = MittBayNot 2009, 144, 148 = FamRZ 2008, 1911, 1918).

cc) Eine Bedarfsbemessung ohne Berücksichtigung von nach der Scheidung hinzugetretenen Unterhaltspflichten ist demnach vom gesetzgeberischen Willen schon deswegen weder gefordert noch getragen, weil das Gesetz anders als noch das 1. EheRG vom Unterhaltspflichtigen nicht mehr verlangt, dass er sich bei Eingehung einer zweiten Ehe über die damit ohnehin verbundenen Einbußen beim Lebensstandard hinaus zusätzlich einschränkt, um den Unterhalt der geschiedenen Ehefrau auf einem Stand zu halten, der ihm selbst nicht mehr zur Verfügung steht.

b) Dem Berufungsgericht ist zuzugeben, dass die vom Senat praktizierte Methode, die allerdings den vom OLG Hamm seit 1985 – für gleichrangige Ehegatten – aufgestellten Leitlinien im Wesentlichen entspricht (Nr. 40; FamRZ 1984, 963, 966; vgl. dazu auch *Hampel*, Bemessung des Unterhalts, Rdnr. 646 ff. und *ders.*, FamRZ 1995, 1177; später Nr. 36, vgl. FamRZ 2001, 1121, 1125 und aktuell – Stand 1.1.2008 –

Nr. 24.2.1, FamRZ 2008, 347, 353), jedenfalls gemessen an den ursprünglichen Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers zu einer teilweisen Zusammenfassung von Bedarf und Leistungsfähigkeit führt und damit die Vorschrift des § 1581 BGB in der Bedarfsermittlung teilweise aufgeht (vgl. BGHZ 166, 351, 359 f. = FamRZ 2006, 683, 685). Hierbei handelt es sich indessen um eine vereinfachende Rechtsfortbildung, die vom allgemein praktizierten Halbteilungsgrundsatz sowie der darauf beruhenden Bedarfsbemessung nach Quoten ausgeht und sich an vorhandenen gesetzlichen Wertungen orientiert. Die Zusammenfassung von Bedarf und Leistungsfähigkeit wird bei Einkommensreduzierungen, die nicht durch hinzugetretene Unterhaltspflichten verursacht worden sind (etwa unverschuldete Arbeitslosigkeit oder Erwerbsunfähigkeit des Unterhaltspflichtigen), seit geraumer Zeit allgemein akzeptiert. Der Senat hat bereits anhand der Entwicklung der Rechtsprechung dargestellt, dass das zunächst auch vom Senat angewandte Stichtagsprinzip zunehmend zu lockern war (BGHZ 179, 196, 201 ff. = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411, 413 f.), weil es sowohl zulasten des Unterhaltspflichtigen als auch – im Hinblick auf nach der Scheidung hinzutretendes Einkommen – zulasten des Unterhaltsberechtigten zu unbilligen (teils verfassungswidrigen, BVerfG, FamRZ 2002, 527) Ergebnissen führte, die das Prinzip selbst und dessen schematische Anwendung schon frühzeitig in Frage stellten.

Die Bedarfsermittlung nach einer Quote vom Einkommen geht zudem davon aus, dass ein Einkommen in der fraglichen Größenordnung vollständig zur Bestreitung des Lebensunterhalts verbraucht wird und die – geschiedenen – Ehegatten daran gleichmäßig teilhaben sollen. Bei dieser in der Praxis durchweg angewendeten Methode bestimmt das Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht erst dessen Leistungsfähigkeit, sondern schon den Bedarf des Unterhaltsberechtigten (vgl. BGH, DNotZ 2010, 56 = FamRZ 2009, 1300, 1305). Die Bedarfsbemessung nach Quoten stellt damit in der Sache bereits einen Bedarf und Leistungsfähigkeit zusammenfassenden Verteilungsvorgang dar, bei dem die Interessen beider Parteien des Unterhaltsverhältnisses zu berücksichtigen sind (vgl. *Klinkhammer*, FF 2009, 140, 142 f.). Diese vereinfachende Handhabung hat schon in der bisherigen Unterhaltspraxis dazu geführt, dass die Kontrolle der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB abgesehen von der festen Untergrenze des sog. Ehegattenselbstbehalts weitgehend entbehrlich geworden ist, weil der dem Unterhaltspflichtigen aufgrund des Quotenunterhalts verbleibende Anteil zugleich seinem eigenen angemessenen Unterhalt nach § 1581 Satz 1 BGB entspricht. Das ist jedenfalls seit der durch Senatsurteil vom 13.6.2001 (BGHZ 148, 105 = FamRZ 2001, 986) geänderten Rechtsprechung zur Behandlung des Einkommens des Unterhaltsberechtigten aus einer nach der Scheidung aufgenommenen Erwerbstätigkeit regelmäßig der Fall. Dementsprechend bleibt etwa ein trennungsbedingter Mehrbedarf der geschiedenen Ehegatten in der Praxis nunmehr regelmäßig außer Betracht, weil das gesamte Einkommen beider Ehegatten in die Bedarfsbemessung einbezogen wird und schon aufgrund der Halbteilung die Interessen beider Ehegatten angemessen berücksichtigt werden (BGH, FamRZ 2007, 1303, 1305; vgl. auch *Klinkhammer*, FF 2009, 140, 143).

Dass es sich bei dieser Praxis wie auch bei ihrer Weiterentwicklung durch den Senat im Wesentlichen um eine vereinfachende Zusammenfassung handelt und die Wertungen des § 1581 BGB (z. B. die Heranziehung nicht prägenden Einkommens im Rahmen der Billigkeitsabwägung) dadurch nicht außer Kraft gesetzt werden, sondern weiterhin zu beachten sind, ist in die Rechtsprechung des Senats etwa bei der Einbeziehung zusätzlichen Einkommens aus einem Karrie-

resprung (BGHZ 179, 196, 207 f. = DNotZ 2009, 550 = FamRZ 2009, 411, 414 f. und BGH, FamRZ 2009, 579) oder des Splittingvorteils aus der neuen Ehe (BGHZ 177, 356, 376 = MittBayNot 2009, 144, 147 = FamRZ 2008, 1911, 1916) bereits eingeflossen. Ein unterschiedlicher Rang der Ehegatten wirkt sich schließlich erst dann aus, wenn der sog. Ehegattenselbstbehalt nicht gewahrt ist (vgl. BGHZ 166, 351 = FamRZ 2006, 683 und BGHZ 177, 356, 374 f. = MittBayNot 2009, 144, 147 = FamRZ 2008, 1911, 1916), was auch in der Düsseldorfer Tabelle (Anm. B. IV) und den Leitlinien der Oberlandesgerichte (Nr. 21.4) seinen Niederschlag gefunden hat.

c) Dass die Drittelmethode zur rechnerischen Ermittlung der wechselseitig voneinander abhängigen Unterhaltsansprüche auch besser geeignet ist, zeigt ein Vergleich mit der vom Berufungsgericht bevorzugten Bedarfsbemessung, wie sie aufgrund der bis 2007 bestehenden Rechtslage praktiziert worden ist.

aa) Das vom Berufungsgericht angeführte Berechnungsbeispiel (Einkommen des Unterhaltspflichtigen: 3.000 €, des geschiedenen Ehegatten: 1.500 € und des neuen Ehegatten: 0 €), mit der es die nach seiner Auffassung übermäßige und unverhältnismäßige Entwertung des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten verdeutlichen will, belegt bei näherem Hinsehen das Gegenteil.

Nach dem Berufungsgericht ergibt sich im Beispielfall ein zusammengerechnetes Einkommen (nach jeweiligem Abzug des sog. Anreizsiebels, vgl. Anm. B. I. der Düsseldorfer Tabelle, Stand: 1.1.2009) von 3.857,14 €, was zu einem Bedarf (je $\frac{1}{3}$) von 1.285,71 € führt. Daraus errechne sich ein Unterhaltsanspruch des neuen Ehegatten von 1.285,71 €, während der Bedarf des geschiedenen Ehegatten durch eigenes Einkommen gedeckt sei, was insoweit zutreffend ist. Unrichtig ist demgegenüber, dass dem neuen Ehegatten „ohne die Dreiteilung“ ebenfalls 1.285,71 € zustünden (gegenüber – zutreffend – 428,57 € für den geschiedenen Ehegatten bei Abzug eines geschätzten Splittingvorteils von 500 €). Hierbei hat das Berufungsgericht übersehen, dass bei der Berechnung des Bedarfs des neuen Ehegatten folgerichtig der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten vorweg abzuziehen wäre, was zu einem Bedarf des neuen Ehegatten von nur 1.102,04 € führen würde ($= [3.000 € - 428,57 €] \times \frac{1}{3}$).

Unter Berücksichtigung dieser Korrektur zeigt sich anhand des Beispiels, dass die vom Berufungsgericht gegenübergestellte „Berechnung ohne Dreiteilung“ nicht zu angemessenen Ergebnissen führt. Denn im Ergebnis verblieben dem Unterhaltspflichtigen 1.469,39 € und der neuen Ehefrau 1.102,04 €, insgesamt also – einschließlich des für die zweite Ehe reservierten Splittingvorteils – 2.571,43 €. Demgegenüber stünde der geschiedenen Ehefrau als Einzelperson neben ihrem Einkommen von 1.500 € ein Unterhalt von 428,57 € zur Verfügung und insgesamt demnach 1.928,57 €. Ein solches Ergebnis ist offensichtlich unangemessen (zu ähnlichen Ergebnissen gelangt *Grandel*, NJW 2008, 796, 797) und lässt sich vor allem nicht mit dem Gedanken der Teilhabe oder einem Vertrauensschutz zugunsten des geschiedenen Ehegatten rechtfertigen.

Ein solches Ergebnis widerspräche insbesondere dem eigenen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach die geschiedene und die neue Ehe verfassungsrechtlich gleichwertig sind. Auch eine Ergebniskorrektur auf der Ebene der Leistungsfähigkeit, die ausgehend von der Ansicht des Berufungsgerichts und der von ihm unterstellten Gleichrangigkeit der Beklagten mit der jetzigen Ehefrau konsequent hätte durchgeführt werden müssen und zudem von einem – vom Senat abgelehnten – aus der Unterhaltsquote abgeleiteten Selbstbehalt

des Unterhaltspflichtigen ausgehen müsste (vgl. BGHZ 166, 351, 360 ff. = FamRZ 2006, 683, 684 f. und BGHZ 179, 196, 203 = MittBayNot 2009, 144, 145 = FamRZ 2009, 411, 413), würde zu keiner gleichmäßigen Teilhabe führen. Denn bei der dann notwendigen Mangelfallberechnung wäre für die geschiedene Ehefrau aufgrund der vorherigen Bedarfsermittlung „ohne Dreiteilung“ ein höherer Einsatzbetrag zu veranschlagen als für die neue Ehefrau, was wiederum zu einem nicht gerechtfertigten Ungleichgewicht zugunsten der geschiedenen Ehefrau führen würde.

bb) Die vom Senat angewendete Drittelmethode führt demgegenüber ausgehend von der rechtlichen Gleichwertigkeit von erster (geschiedener) und zweiter Ehe zu einer gleichmäßigen Verteilung des vorhandenen Einkommens. Dass der Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau in dem Berechnungsbeispiel des Berufungsgerichts entfällt, erklärt sich dadurch, dass das von ihr erzielte Einkommen zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs ausreicht (vgl. *Gerhardt/Gutdeutsch*, FamRZ 2007, 779, 781). Dass sich ihr Unterhaltsbedarf aufgrund der Wiederverheiratung des Unterhaltspflichtigen reduziert hat, steht im Einklang damit, dass dessen eigener Lebensstandard aufgrund seiner weiteren Unterhaltspflicht zwangsläufig ebenfalls abgesunken ist und wahrt somit den Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe. Auch die neue Ehefrau kann schließlich durch den Unterhalt ohne weiteres keinen höheren Lebensstandard als die geschiedene Ehefrau erreichen.

Etwas anderes ergibt sich nur bei einem nach der Scheidung hinzugetretenen Einkommen, etwa aufgrund des Splittingvorteils aus der neuen Ehe oder aber aufgrund eines bei Scheidung der ersten Ehe nicht vorhersehbaren Karrieresprungs. Dass sich der Unterhalt der geschiedenen Ehefrau in diesen Fällen nicht unangemessen verringert, wird dadurch gewährleistet, dass zusätzliches Einkommen hieraus in die Berechnung nach der Drittelmethode einzubeziehen ist. Dass dadurch wiederum die zweite Ehe nicht benachteiligt werden darf (vgl. BVerfG, FamRZ 2003, 1821, 1823 f.), wird durch die notwendige Vergleichsberechnung mit dem hypothetischen Bedarf der geschiedenen Ehefrau ohne Wiederverheiratung sichergestellt (BGHZ 177, 356, 376 = MittBayNot 2009, 144, 147 f. = FamRZ 2008, 1911, 1916), die gewährleistet, dass der Bedarf der geschiedenen Ehefrau nicht höher liegt, als er ohne die zweite Eheschließung läge. Diese Berechnung ist vom Berufungsgericht schließlich für den vorliegenden Fall zutreffend durchgeführt worden, und auch das AG hatte die Vergleichsbetrachtung bereits angestellt.

4. Den offenen Unterhaltsbedarf der jetzigen Ehefrau des Klägers hat das Berufungsgericht ab Januar 2009 unter Berücksichtigung eines von ihr erzielbaren Erwerbseinkommens bemessen. Es hat damit den Unterhalt der jetzigen Ehefrau „im Rahmen der Angemessenheitsprüfung“ entsprechend den für geschiedene Ehegatten geltenden Grundsätzen behandelt und dies mit der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung begründet. Das ist im Ergebnis richtig (ebenso *Wendl/Gutdeutsch*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 399; ähnlich FA-FamR/*Gerhardt*, 6. Aufl., Rdnr. 6/253 b; a. A. OLG Bremen, FPR 2009, 181).

a) Allerdings folgt aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht, dass eine geschiedene Ehe mit einer bestehenden in jeder Hinsicht gleichzubehandeln wäre. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht in vielerlei Hinsicht vom Gegenteil aus. Das zeigt sich insbesondere an den Unterhaltstatbeständen mit Einsatzzeitpunkten (§§ 1571–1573 BGB) sowie der Befristung und Begrenzung nach § 1578 b BGB,

die den geschiedenen Ehegatten aufgrund der durch die Scheidung beendeten Rechtsbindung schlechter stellen als den Ehegatten in einer bestehenden Ehe. Das stimmt damit überein, dass aus einer bestehenden Ehe ihrer Natur nach stärkere rechtliche Bindungen erwachsen als aus einer geschiedenen. Das Abstellen auf den in § 1353 BGB enthaltenen Satz, dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird, ist in Anbetracht der durch die Scheidung beendeten Ehe dagegen widersprüchlich und läuft auf eine Fiktion des Fortbestands der geschiedenen Ehe und der aus ihr erwachsenden – gegenseitigen – Rechtswirkungen hinaus.

b) Die vom Berufungsgericht angestellte Betrachtung erweist sich jedoch aus anderen Gründen als zutreffend. Im Fall der unterhaltsrechtlichen Konkurrenz eines geschiedenen Ehegatten mit dem jetzigen Ehegatten ist zu berücksichtigen, dass durch die von den Ehegatten der neuen Ehe frei gewählte Rollenverteilung der bestehende Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nicht über Gebühr geschmälert werden darf.

Zwar ist die den Anspruch auf Familienunterhalt (§ 1360 BGB) begründende Rollenverteilung gemäß § 1356 BGB gesetzlich zulässig und kann regelmäßig nicht als rechtsmissbräuchlich bewertet werden (vgl. auch BGH, FamRZ 2009, 762 zum Verhältnis von Familienunterhalt und Volljährigenunterhalt und – zur bis 2007 geltenden Rechtslage – BGH, FamRZ 2007, 1081 zum Verhältnis von Familienunterhalt und Minderjährigenunterhalt).

Andererseits darf die das Innenverhältnis der Ehegatten betreffende Rollenverteilung die – dem neuen Ehegatten bekannte – Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten nicht übermäßig beeinträchtigen. Dieser Gedanke findet im Ansatz bereits in der sog. Hausmannrechtsprechung des Senats (BGHZ 169, 200, 205 f. = FamRZ 2006, 1827, 1828 m. w. N.) seinen Ausdruck. Auch wenn in diesen Fällen die Wahl der Haushaltsführung durch den Unterhaltspflichtigen in Rede steht, sind mit der durch diese Rechtsprechung nur einschränkend akzeptierten Rollenverteilung mittelbare Auswirkungen auf die Aufgabenverteilung innerhalb der bestehenden Ehe verbunden, die der neue Ehegatte nach § 1356 Abs. 2 Satz 2 BGB mittragen muss. Die daraus entstehenden Einschränkungen der neuen Ehe sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfG, FamRZ 1985, 143, 145).

Im Hinblick auf die hier vorliegende Unterhaltskonkurrenz von geschiedenem und neuem Ehegatten ist aber vor allem bestehenden gesetzlichen Wertungen Rechnung zu tragen, dass die Rollenverteilung der zweiten Ehe im Fall des Zusammentreffens mit Ansprüchen auf Geschiedenenunterhalt nicht ausschlaggebend sein darf. Dass es bei der Unterhaltskonkurrenz von geschiedenem und neuem Ehegatten nicht auf den dem neuen Ehegatten zustehenden Familienunterhalt ankommt, ist bereits in § 1609 Nr. 2 BGB und § 1582 BGB a. F. geregelt worden. Schon nach § 1582 BGB a. F. war im Rahmen des Vergleichs der beiden Unterhaltsansprüche aus erster und zweiter Ehe beim neuen Ehegatten nicht auf den Familienunterhalt abzustellen, sondern darauf, ob der neue Ehegatte bei entsprechender Anwendung der §§ 1569 bis 1574 BGB, § 1576 BGB und des § 1577 Abs. 1 BGB unterhaltsberechtigt wäre. Hintergrund dieser Regelung war, dass der Gesetzgeber es für unbillig hielt, dass allein der geschiedene Ehegatte auf eine Erwerbstätigkeit verwiesen würde. Es müsse vielmehr erwartet werden, dass der Ehegatte des Verpflichteten seine Möglichkeiten in gleichem Maße ausschöpfe, wie es dem Geschiedenen obliege (BT-Drucks. 7/650, S. 142 f.). An dieser Wertung – an deren Verfassungsmäßigkeit keine Zweifel bestehen – hat das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom

21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) festgehalten. Das zeigt sich daran, dass es nach § 1609 Nr. 2 BGB im Konkurrenzfall ebenfalls nicht darauf ankommt, ob dem ein Kind betreuenden neuen Ehegatten ein Anspruch auf Familienunterhalt nach § 1360 BGB zusteht. Auch hier ist stattdessen auf die hypothetische Betrachtung abzustellen, ob der neue Ehegatte im Fall einer Scheidung – wegen Kinderbetreuung – unterhaltsberechtigter wäre.

Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass die unterhaltsberechtigten (geschiedenen) Ehegatten im Hinblick auf die Erwerbsobliegenheit gleich zu behandeln sind und die das Innenverhältnis der neuen Ehe betreffende Rollenverteilung bei der Bemessung des für den neuen Ehegatten zu reservierenden Unterhaltsbetrages nicht entscheidend ist. Dass sich die genannten Regelungen auf den Unterhaltsrang beziehen, steht ihrer Heranziehung für die Frage der Unterhaltsbedürftigkeit im Rahmen der Drittmethode schließlich nicht im Wege. Vielmehr ist eine Einbeziehung des vom neuen Ehegatten erzielbaren Einkommens bereits bei der Bedarfsermittlung erforderlich, weil das gesetzgeberische Ziel der Gleichbehandlung von geschiedener und neuer Ehe im Hinblick auf die Bedürftigkeit und die Erwerbsobliegenheit anderenfalls unterlaufen würde.

Das zeigt sich am folgenden Beispielfall: Der geschiedene Unterhaltspflichtige ist wiederverheiratet und hat mit seiner neuen Ehefrau ein fünfjähriges Kind. Er hat ein (um den Kindesunterhalt und Erwerbsanreiz bereinigtes) Einkommen von 2.400 €. Die nach langer Ehe dauer geschiedene Ehefrau erzielt krankheitsbedingt kein Einkommen. Die neue Ehefrau könnte neben der Kinderbetreuung ein Einkommen von (bereinigt um den Erwerbsanreiz) 600 € erzielen. Würde man hier das erzielbare Einkommen erst bei der Mangelverteilung (auf der Ebene der Leistungsfähigkeit) berücksichtigen, so würde dies zu einem verzerrten Ergebnis führen. Der Bedarf nach der Drittmethode betrüge jeweils 800 €. Es läge ein Mangelfall vor (2.400 € – 800 € – 800 € < 1.000 €). Bei der Mangelfallberechnung müsste nunmehr nach § 1609 Nr. 2 BGB das erzielbare Einkommen der neuen Ehefrau berücksichtigt werden. Sie hätte dann einen Unterhaltsanspruch von 200 € (= 800 € – 600 €), während der geschiedenen Ehefrau nicht mehr als 800 € zustünden. Dann würden aber dem Unterhaltspflichtigen trotz Mangelfalls sogar 1.400 € verbleiben. Die zu unterstellende Erwerbsobliegenheit der neuen Ehefrau würde sich im Ergebnis nicht niederschlagen. Bezieht man dagegen das von der neuen Ehefrau erzielbare Einkommen bereits bei der Bedarfsermittlung ein, so ergibt sich ein Bedarf von jeweils 1000 €. Ein Mangelfall liegt dann nicht vor.

c) Demnach ist für den in die Berechnung einzustellenden Unterhalt der neuen Ehefrau darauf abzustellen, ob diese nach § 1570 BGB unterhaltsberechtigter wäre. Das Berufungsgericht hat hier jedenfalls ein erzielbares Einkommen von nur 76 € unterstellt, welches rechnerisch bereits ausreicht, um den vom AG der Beklagten noch aufrechterhaltenen Unterhalt von 290 € zu verteidigen. Das ist nicht zu beanstanden.

aa) Der aufgrund der gebotenen Gleichbehandlung maßgebliche hypothetische Geschiedenenunterhaltsanspruch der neuen Ehefrau macht eine Prüfung der nachehelichen Unterhaltstatbestände nach §§ 1570 ff. BGB erforderlich. Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht mangels anderer Gründe, die für eine vollständige Unterhaltsbedürftigkeit in Betracht kommen, zu Recht allein auf § 1570 BGB abgestellt. Es hat jedenfalls ein Einkommen aus einer Arbeitstätigkeit im Umfang von vierzehn Stunden im Monat für erzielbar gehalten, welches rechnerisch zur Aufrechterhaltung des mit der

Berufung allein angegriffenen Unterhalts von 290 € bereits ausreicht. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen und ist im Hinblick auf § 1570 Abs. 1 BGB nicht zu beanstanden.

bb) Allerdings kommt jedenfalls im Ausgangspunkt auch die mögliche Unterhaltsverlängerung nach § 1570 Abs. 2 BGB aus elternbezogenen Gründen in Betracht. Der aus elternbezogenen Gründen verlängerte Betreuungsunterhalt weist indessen Besonderheiten auf, die im Konkurrenzfall nur eine eingeschränkte Berücksichtigung zulassen. Denn eine mögliche Unterhaltsverlängerung wegen der Gestaltung von Kinderbetreuung und Erwerbstätigkeit in der Ehe würde ebenfalls maßgeblich von der Rollenverteilung in der neuen Ehe abhängen. Damit wäre den Ehegatten der neuen Ehe wiederum die Möglichkeit eröffnet, durch die interne Rollenverteilung den Unterhaltsanspruch der geschiedenen Ehefrau zu entwerthen, was der oben aufgeführten gesetzlichen Gleichbewertung der Erwerbsobliegenheiten des geschiedenen und des neuen Ehegatten widerspräche. Demzufolge kann es für die Berücksichtigung eines von der neuen Ehefrau erzielbaren Einkommens nicht darauf ankommen, dass dem neuen Ehegatten bei hypothetischer Betrachtung ein Anspruch auf Ehegattenunterhalt nach § 1570 Abs. 2 BGB zustünde, wenn dieser sich allein aus der Rollenverteilung in der neuen Ehe ergäbe.

Etwas anderes mag gelten, wenn etwa der geschiedene Ehegatte seinerseits einen Anspruch aus elternbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 2 BGB gehabt hat oder noch hat, was im vorliegenden Fall aber nicht in Rede steht. Wenn dagegen der geschiedene Ehegatte bei inzwischen abgeschlossener Kinderbetreuung aufgrund der bis 2007 gültigen Rechtslage noch in den Genuss des inzwischen überholten Altersphasenmodells gekommen ist, kann dies wegen der Gesetzesänderung nicht für die Gleichbehandlung der neuen Ehe angeführt werden. Dass die erste Ehe – wie im vorliegenden Fall – noch als Hausfrauenehe geführt wurde, ist schließlich ebenfalls nicht maßgeblich, weil insoweit für die geschiedene und die neue Ehe unterschiedliche Ausgangslagen bestanden und im Rahmen der ersten Ehe anders als in der zweiten Ehe noch nicht auf weitere Unterhaltsansprüche Rücksicht zu nehmen war. Nach der für die Beurteilung maßgebenden Zeit nach der Scheidung unterlag die Beklagte gleichermaßen einer Erwerbsobliegenheit.

cc) Unter Berücksichtigung der aufgeführten Grundsätze könnte sich im vorliegenden Fall aufgrund der nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts nach § 1570 Abs. 2 BGB allein aus Gründen ergeben, die mit der in der zweiten Ehe getroffenen Rollenverteilung zusammenhängen. Da sonstige elternbezogene oder kindbezogene Gründe einer Erwerbstätigkeit in dem vom Berufungsgericht festgestellten geringen Umfang jedenfalls nicht entgegenstehen, hat das Berufungsgericht zu Recht auch für die zweite Ehefrau ein erzielbares Einkommen in die Berechnung eingestellt.

d) Das Berufungsgericht hat zur Frage der sich aus dem Zusammenleben in der zweiten Ehe ergebenden Haushaltsersparnis (vgl. BGH, FamRZ 2008, 594, 597 f.; OLG Braunschweig, FamRZ 2009, 977, 980; *Gutdeutsch/Gerhardt*, FamRZ 2007, 779, 780) keine Feststellungen getroffen. Das war hier im Ergebnis auch nicht notwendig, weil nur noch der Antrag des Klägers auf Herabsetzung unter den vom AG ausgeteilten Unterhaltsbetrag von 290 € im Streit stand und eine Herabsetzung schon aus den oben angeführten Gründen nicht in Betracht kam.

5. Das Berufungsgericht hat den vom Kläger geltend gemachten Einwand der Befristung (§ 1578 b Abs. 2 BGB)

als gemäß § 323 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen betrachtet. Der Kläger habe den Einwand der Befristung bereits im Vorverfahren geltend machen und ihn in seinem damaligen Klageantrag berücksichtigen müssen, weil unter den Umständen des vorliegenden Falles alle für eine zeitliche Begrenzung maßgeblichen Tatsachen seinerzeit bereits festgestanden hätten. Dem ist zu folgen.

Nach § 323 Abs. 2 ZPO ist eine Abänderungsklage nur insoweit zulässig, als behauptet wird, dass die Gründe, auf die sie gestützt wird, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung, in der eine Erweiterung des Klageantrags oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden seien. Konnte deswegen eine zeitliche Begrenzung des Ehegattenunterhalts bzw. seiner Bemessung nach den ehelichen Lebensverhältnissen bereits zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Ausgangsverfahrens vorgetragen und geltend gemacht werden, ist eine Abänderungsklage mit dem Ziel einer zeitlichen Unterhaltsbegrenzung bei gleich gebliebenen Verhältnissen wegen § 323 Abs. 2 ZPO unzulässig. Die Entscheidung, einen Unterhaltsanspruch von einem bestimmten Zeitpunkt an aus Billigkeitsgründen zu begrenzen, setzt dabei nicht voraus, dass dieser Zustand bereits erreicht ist. Soweit die betreffenden Gründe schon im Ausgangsverfahren entstanden oder jedenfalls zuverlässig vorauszusehen waren, mussten sie auch im Ausgangsverfahren berücksichtigt werden. Die Entscheidung über eine Unterhaltsbegrenzung kann dann wegen § 323 Abs. 2 ZPO grundsätzlich nicht im Rahmen einer Abänderungsklage nachgeholt werden (BGH, FamRZ 2004, 1357, 1360 und FamRZ 2001, 905).

Im vorliegenden Fall hat sich seit der mündlichen Verhandlung im Vorprozess für die Frage der Befristung des Unterhalts keine wesentliche Veränderung ergeben. Der Unterhaltsanspruch der Beklagten ergab sich schon seinerzeit allein aus § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) und konnte daher nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. zeitlich begrenzt werden. Dass es bei der anzustellenden Billigkeitsabwägung nicht mehr vorrangig auf die Dauer der Ehe ankam, sondern auf dem Unterhaltsberechtigten entstandene ehebedingte Nachteile, galt bereits aufgrund der Rechtsprechung des Senats seit dem Senatsurteil vom 12.4.2006 (FamRZ 2006, 1006) und ist bis zum Inkrafttreten des Unterhaltsrechtsänderungsgesetzes vom 21.12.2007 (BGBl I, S. 3189) durch die vom Berufungsgericht aufgeführten weiteren Senatsentscheidungen bestätigt worden. Insofern hat die Neuregelung in § 1578 b BGB somit die vom Senat angewandten Kriterien für eine Befristung des Unterhalts im Rahmen des Aufstockungsunterhalts lediglich gesetzlich klargestellt.

Entgegen der Revision kann die seit dem Senatsurteil vom 30.7.2008 (BGHZ 177, 356 = MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911) im Hinblick auf die Konkurrenz von geschiedener und neuer Ehe geänderte Rechtsprechung und die nunmehr anzuwendende Drittelmethode nicht für eine zusätzliche wirtschaftliche Entflechtung der geschiedenen Ehegatten angeführt werden, die ihrerseits eine Neubewertung der für die Befristung streitenden Umstände eröffnen könnte. Denn hierbei handelt es sich um eine dem Kläger als Unterhaltspflichtigen ohnedies günstige Änderung, die für sich genommen schon zu einer Unterhaltsreduzierung führt. Die weitere Unterhaltspflicht gegenüber seiner jetzigen Ehefrau bestand dagegen schon während des Vorprozesses und konnte im Rahmen der Billigkeitsabwägung nach § 1573 Abs. 5 BGB a. F. berücksichtigt werden. Die Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern waren schließlich seinerzeit bereits bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigt worden. Auch das Senatsurteil vom 30.7.2008 (BGHZ 177, 356, 380 =

MittBayNot 2009, 144 = FamRZ 2008, 1911, 1918) lässt sich für eine Zulassung des Befristungseinwands allein aufgrund der gesetzlichen Neuregelung nicht anführen. Im Ausgangsfall dieser Entscheidung ging es um einen Unterhaltstitel, der vor Änderung der Rechtsprechung zur Unterhaltsbefristung errichtet worden war.

b) Darüber hinaus eröffnet § 36 Nr. 1 EGZPO – wie oben unter 1. a ausgeführt – keine eigenständige Abänderungsmöglichkeit, sondern stellt lediglich klar, dass die Gesetzesänderung ein Anwendungsfall des § 323 Abs. 1 ZPO ist. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich hierbei nicht um einen eigenen, neu geschaffenen Abänderungsrechtsbehelf. In der Sache sei eine Anpassung von bestehenden Titeln und Unterhaltsvereinbarungen danach nur möglich, wenn eine wesentliche Änderung der Unterhaltsverpflichtung eintrete (BT-Drucks. 16/1830, S. 32 f.). Die Wesentlichkeitsschwelle sei i. S. v. § 323 Abs. 1 ZPO zu verstehen: In einer Gesamtschau aller Umstände – ggf. auch von der Reform unabhängiger Umstände – sei zu prüfen, in welchem Umfang sich die für Unterhaltsverpflichtung und -bemessung maßgeblichen Verhältnisse geändert hätten (BT-Drucks. 16/1830, S. 33).

Dadurch wird zugleich bestätigt, dass das neue Unterhaltsrecht nur dann zur Abänderung bestehender Titel berechtigt, wenn bestimmte Umstände erst durch die Gesetzesänderung erheblich geworden sind und diese gegenüber der bisherigen Rechtslage zu einer wesentlichen Änderung führt. Auch durch § 36 Nr. 2 EGZPO soll – nur – sichergestellt werden, dass Umstände, die erst durch das neue Recht erheblich geworden sind, in das Verfahren eingeführt werden können (BT-Drucks. 16/1830, S. 33). Im vorliegenden Fall sind die für die Befristung angeführten Umstände nicht erst durch das neue Unterhaltsrecht erheblich geworden. Sie hätten – wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat – bereits aufgrund der zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Vorprozess geltenden Gesetzeslage und Rechtsprechung für eine Befristung des Unterhalts vorgebracht werden können.

6. BGB § 1753 Abs. 2 (Volljährigenadoption nach dem Tod des Annehmenden)

Ablehnung einer Volljährigenadoption nach dem Tod des Annehmenden, wenn der Antrag zum Zeitpunkt des Todes noch nicht bei Gericht eingereicht war und der Notar nur „für den Fall des Todes des Antragstellers“ mit der Einreichung betraut war.

OLG München, Beschluss vom 2.2.2010, 31 Wx 157/09; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Mit notarieller Urkunde vom 11.11.2008 beantragten die Beteiligten zu 1 und 2 die Annahme der Beteiligten zu 1 (geb. 1956) als Kind durch die Beteiligte zu 2 (geb. 1928).

Unter Ziffer III der notariellen Urkunde ist ausgeführt:

„Schließlich wurde darauf hingewiesen, dass mit dem Antrag auf Annahme als Kind verschiedene Unterlagen beim Vormundschaftsgericht einzureichen sind, insbesondere auch Heirats- und Geburtsurkunden usw. Die Beteiligten werden den Antrag selbst beim AG einreichen. Für den Fall des Todes des Antragstellers wird der beurkundende Notar mit der Einreichung des Antrags auf Annahme als Kind beim zuständigen Vormundschaftsgericht betraut.“

Die Annehmende verstarb am 16.2.2009, bevor der Adoptionsantrag beim AG eingereicht worden war. Am gleichen Tag reichte die Beteiligte zu 1 den Adoptionsantrag unter Hinweis auf das zwischenzeitliche Versterben der Annehmenden beim AG ein. Mit Beschluss vom 14.10.2009 lehnte das AG die Adoption ab. Die Beschwerde wies das

LG mit Beschluss vom 24.11.2009 zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. (...)

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

Nach dem Tode des Annehmenden ist der Ausspruch über die Annahme als Kind nur zulässig, wenn der Annehmende den Antrag beim Vormundschaftsgericht (seit 1.9.2009: beim Familiengericht) eingereicht oder bei oder nach der notariellen Beurkundung des Antrags den Notar damit betraut hat, den Antrag einzureichen (§ 1753 Abs. 2 BGB). Keine dieser Voraussetzungen, die sinngemäß für die Annahme Volljähriger gelten (§ 1767 Abs. 2 Satz 2 BGB), liegt hier vor.

a) Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass der Antrag in der ersten Alternative des § 1753 Abs. 2 BGB vor dem Tod des Annehmenden beim AG eingereicht worden sein muss. Das ergibt sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut („wenn der Annehmende den Antrag ... eingereicht ... hat“). Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass es nur auf die materielle Willenserklärung vor dem Notar ankomme, alles Übrige sei Vollzug dieser Willensäußerung, weshalb der Antrag auch nicht zwingend vor dem Tod des Annehmenden eingereicht sein müsse, findet im Gesetz keine Stütze. Nach dem Tod des Annehmenden ist ein Ausspruch der Adoption grundsätzlich unzulässig. § 1753 Abs. 2 BGB lässt hiervon eine Ausnahme unter engen Voraussetzungen zu, die darauf abstellen, dass der Antrag entweder bereits durch Eingang bei Gericht wirksam geworden ist, oder dass sein unverzügliches Wirksamwerden ohne weiteres Zutun des Annehmenden durch entsprechende Anweisung an den Notar zur Einrichtung bei Gericht zuverlässig in die Wege geleitet ist. Für eine vom Wortlaut abweichende erweiternde Auslegung der Vorschrift in dem von der Beschwerdeführerin gewünschten Sinn ist kein Raum.

b) Hier war der Antrag vor dem Tod der Annehmenden noch nicht beim (damals noch zuständigen) Vormundschaftsgericht eingereicht. Die im Laufe des Verfahrens erörterte Frage, ob die Einreichung auch durch die mit Generalvollmacht versehene Beteiligte zu 1 hätte geschehen können, ist nicht entscheidungserheblich; denn auch diese hat den Antrag nicht vor dem Tod der Annehmenden eingereicht. Zwischen der notariellen Beurkundung und dem Tod der Annehmenden lagen mehr als drei Monate, in denen die Einreichung bei Gericht unterblieben ist. Nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 war die Einreichung zurückgestellt worden, weil man zunächst die beizubringenden Urkunden beschaffen wollte. Das zeigt, dass die Einreichung bewusst unterblieben ist. Es bedarf daher auch keiner Erörterung, ob § 1753 Abs. 2 BGB auch dann anwendbar wäre, wenn der Antrag rechtzeitig auf den Weg zum Gericht gebracht worden wäre, aber dort wegen einer vom Antragsteller nicht zu vertretenden Verzögerung erst nach dem Tod des Annehmenden eingegangen wäre. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Im Übrigen kommt es auf die Beweggründe der Antragstellerinnen, die Einreichung zurückzustellen, im hier erörterten Zusammenhang nicht an. Sollten die Antragstellerinnen, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, der irrigen Annahme gewesen sein, dass der Antrag erst eingereicht werden könne, wenn man alle Unterlagen beisammen habe, so ändert das nichts am Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Adoptionsausspruch.

c) Zutreffend hat das LG auch die zweite Alternative des § 1753 Abs. 2 BGB verneint, wonach es ausreicht, dass der Annehmende den Notar mit der Einreichung des Antrags bei Gericht betraut hat. Die hier vorgenommene Beauftragung des Notars „für den Fall des Todes des Antragstellers“ erfüllt dieses gesetzliche Erfordernis nicht; denn sie ist nicht darauf gerichtet, ein Eltern-Kind-Verhältnis zwischen Lebenden zu begründen. Selbstverständlich muss auch in Fällen, in denen das Gesetz ausnahmsweise die Adoption noch nach dem Tode des Annehmenden zulässt, die Absicht der Beteiligten auf eine Adoption zu Lebzeiten gerichtet gewesen sein, eine von vornherein angestrebte postmortale Adoption ist in jedem Fall unzulässig (vgl. *Staudinger/Frank*, BGB, 2007, § 1753 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Maurer*, 5. Aufl., § 1753 Rdnr. 5; *Bamberger/Roth/Enders*, BGB, 2. Aufl., § 1752 Rdnr. 2; AG Ratzeburg, NJWE-FER 2000, 7, in *Juris* nur LS). Es kann offenbleiben, ob im vorliegenden Fall von vornherein nur eine postmortale Adoption beabsichtigt war. Selbst wenn man die ernsthafte Absicht der Beteiligten unterstellt, den Antrag selbst noch zu Lebzeiten der Annehmenden bei Gericht einzureichen, so haben sie die Absicht jedenfalls nicht verwirklicht. In diesem Fall kann auch die auf den Tod des Antragstellers hinausgeschobene Beauftragung des Notars die nachträgliche Adoption nicht rechtfertigen.

7. BGB §§ 2042 ff. (*Keine Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil*)

Will der Erblasser bei der Auseinandersetzung unter Miterben die Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil über die dazu bestehenden gesetzlichen Regeln insbesondere in § 2050 BGB hinaus erreichen, muss er dies durch letztwillige Verfügung anordnen; für eine Erbauseinandersetzung verbindliche Anordnungen können dagegen nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden.

BGH, Urteil vom 28.10.2009, IV ZR 82/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten darüber, ob sich der Kläger lebzeitige Zuwendungen des Erblassers, seines am 25.7.2003 gestorbenen Vaters, auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss.

Der Kläger entstammt der ersten, 1977 geschiedenen Ehe des Erblassers. Er hat eine Schwester und eine außerehelich geborene Halbschwester. In einem eigenhändigen Testament vom 7.2.1978 setzte der Erblasser seine zweite Ehefrau, den Kläger und dessen Halbschwester zu gleichen Teilen als Erben ein. Der Erblasser schenkte dem Kläger Wertpapiere und traf mit ihm eine am 27.7.1978 in Maschinschrift gefertigte, vom Erblasser und vom Kläger unterschriebene Schenkungsvereinbarung, in der unter anderem vorgelesen ist:

„2. [Der Kläger] hat sich die heutige Schenkung im Betrag von 3,6 Mio. DM auf seinen Erb- oder Pflichtteil am künftigen Nachlass seines Vaters anrechnen zu lassen oder bei der Erbauseinandersetzung zur Ausgleichung zu bringen, ist aber zur Herauszahlung eines etwaigen Mehrbetrages nicht verpflichtet.“

Mit notariellem Erbvertrag vom 3.9.1984 verzichtete der Kläger gegenüber dem Erblasser auf seinen Pflichtteil. Am 4.9.1984 setzte der Erblasser den Kläger erbvertraglich zu einem Viertel seines Nachlasses als Erben ein.

Die zweite Ehe des Erblassers blieb kinderlos. Nach dem Tod seiner zweiten Frau im Jahre 1995 heiratete der Erblasser die Beklagte. Auch diese Ehe blieb kinderlos. Im Jahre 1997 gewährte der Erblasser dem Kläger eine weitere Zuwendung i. H. v. 600.000 DM. Am 8.9.1997 unterzeichnete der Kläger eine mit der Maschine geschriebene Erklärung, in der es u. a. heißt:

„Der [Kläger] anerkennt die Schenkung erhalten zu haben und erklärt hiermit dem Schenker [Erblasser] gegenüber ausdrücklich und unwiderruflich, dass er der Anrechnung der DM 600.000,00 auf etwaige Pflichtteilsansprüche am Nachlass des Schenkers zustimmt.“

In einem eigenhändigen Testament vom 3.9.1998 setzte der Erblasser die Beklagte zu seiner Alleinerbin ein. Weiter ist u. a. bestimmt:

„3) Meinen Sohn [Kläger] sowie meine Tochter A. setze ich je auf den Pflichtteil, wobei je auf ihren Pflichtteil dasjenige anzurechnen ist, was ich ihnen in der Vergangenheit zugewandt habe, auch wenn dadurch der Pflichtteil voll aufgebraucht ist.“

In einem eigenhändigen Testament vom 15.3.1999 heißt es u. a.:

„3) Mein Sohn [Kläger] hat in der Vergangenheit Zuwendungen im Betrag von insgesamt DM 6 Mio. erhalten, durch welche sein Pflichtteil, auf den er verzichtet hat, voll aufgebraucht wäre. Lediglich vorsorglich setze ich ihn auf den Pflichtteil.“

Das Nachlassgericht hat einen gemeinschaftlichen Erbschein erteilt, in dem der Kläger zu $\frac{1}{4}$ und die Beklagte zu $\frac{3}{4}$ als Erben ausgewiesen werden. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er sich die Schenkung des Erblassers vom 27.7.1978 i. H. v. 3,6 Mio. DM nicht auf sein durch Erbvertrag vom 4.9.1984 erhaltenes Erbe anrechnen lassen müsse. Widerklagend beantragt die Beklagte festzustellen, dass sich der Kläger auch den Betrag von 600.000 DM auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

I.

Das LG und ihm folgend das Berufungsgericht halten die hier über die Anrechnung oder Ausgleichung der Vorempfänge außerhalb letztwilliger Verfügungen getroffenen Regelungen für formungültig. Zwar könne gemäß § 2050 Abs. 3 BGB die Ausgleichung bei der durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erfolgten Zuwendung in der Form angeordnet werden, die für die Zuwendung selbst gelte. Das betreffe aber nur die Ausgleichung unter Abkömmlingen (§§ 2050 Abs. 1, 2052 BGB). Für die hier vorzunehmende Auseinandersetzung zwischen einem Abkömmling und der Witwe bleibe es bei dem Grundsatz, dass Teilungsanordnungen oder Vermächtnisse nur durch letztwillige Verfügungen angeordnet werden können. Im Übrigen könne durch eine bei der Zuwendung getroffene, grundsätzlich keiner Formvorschrift unterliegende Bestimmung zwar gemäß § 2315 Abs. 1 BGB die Anrechnung eines Vorempfanges auf den Pflichtteil angeordnet werden. Im vorliegenden Fall gehe es aber um eine Anrechnung auf den Erbteil des Klägers. Aus § 2315 Abs. 1 BGB könne auch nicht geschlossen werden, dass eine Anrechnung insoweit erst recht formlos möglich sein müsse. Vielmehr trage § 2315 Abs. 1 BGB der Besonderheit Rechnung, dass der Erblasser das Pflichtteilsrecht – anders als die Erbteile einzelner Miterben – nicht durch letztwillige Verfügung einschränken könne. Um auf den Pflichtteil anrechenbare Vorempfänge zu ermöglichen, ohne dass es für die Anrechnung eines Pflichtteilsverzichts gemäß § 2346 BGB bedürfe, lasse das Gesetz eine grundsätzlich formfreie Anrechnungsbestimmung bei der Zuwendung zu. Das könne nicht analog auf die Anrechnung von Vorempfängen bei der Erbauseinandersetzung übertragen werden. Schließlich könne die Anrechnung auch nicht durch einen außerhalb erbrechtlicher Regeln stehenden Vertrag sui generis zwischen Erblasser und Erben verbindlich vereinbart werden.

Soweit den Testamenten des Erblassers vom 3.9.1998 und 15.3.1999 Anrechnungsbestimmungen zu entnehmen seien, werde dadurch die ervertragsliche Einsetzung des Klägers als

Erbe zu $\frac{1}{4}$ beeinträchtigt. Das Berufungsgericht stellt fest, die Parteien hätten in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt, dass dem Kläger bei einer Anrechnung von 3,6 Mio. DM sowie 600.000 DM von seinem Erbteil überhaupt nichts mehr verbliebe. Die testamentarischen Anordnungen seien daher gemäß §§ 2289 Abs. 1 Satz 2, 2291 BGB unwirksam.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Zwar ist streitig, ob die Vereinbarung vom 27.7.1978 etwa nur die im Testament vom 7.2.1978 vorgesehene Erbfolge betreffe, also durch den Erbvertrag vom 4.9.1984 gegenstandslos geworden sei, ob die Vereinbarung vom 27.7.1978 und die Erklärung vom 8.9.1997 bei der Zuwendung oder erst nachträglich zustande gekommen sind und ob die in der Erklärung vom 8.9.1997 sowie in den Testamenten des Erblassers vom 3.9.1998 und 15.3.1999 vorgesehene Anrechnung auf den Pflichtteil auch auf den Erbteil des Klägers bezogen werden könne. Darauf kommt es aber nicht an.

1. Soweit von Anordnungen zur Anrechnung der Vorempfänge auf den Erbteil des Klägers in den Testamenten des Erblassers vom 3.9.1998 und 15.3.1999 ausgegangen werden kann, hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass solche Anordnungen das durch Erbvertrag vom 4.9.1984 vertragsmäßig auf ein Viertel des Nachlasses eingeräumte Erbrecht des Klägers beeinträchtigen. Die Anordnungen sind daher gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Da es um eine Einschränkung oder Aufhebung der Erbeinsetzung und nicht etwa eines vertraglich angeordneten Vermächtnisses oder einer Auflage geht, kommt auch eine testamentarische Aufhebung mit Zustimmung des Begünstigten gemäß § 2291 BGB hier nicht in Betracht. Vielmehr hätte es gemäß § 2290 BGB eines ändernden Erbvertrages bedurft. Das zieht die Revision nicht in Zweifel.

2. Sie vertritt vielmehr den Standpunkt, der Erblasser könne mit dem Empfänger einer Zuwendung im Rahmen des lebzeitigen Zuwendungsgeschäfts und nach den für dieses geltenden Formvorschriften eine Anrechnung von Vorempfängen im Erbfall auch außerhalb der in §§ 2050 Abs. 3, 2315 Abs. 1 BGB geregelten Fallkonstellationen vereinbaren. Wenn es wie hier um Schenkungen des Erblassers gehe, werde das Rechtsgeschäft einschließlich der vereinbarten Anrechnung durch Vollzug wirksam (§§ 518 Abs. 2, 2301 Abs. 2 BGB). Dem ist nicht zu folgen.

a) Die Ansicht der Revision lässt sich nicht auf eine Analogie zu § 2050 Abs. 3 BGB stützen. Auch wenn es sich bei der dort zugelassenen Anordnung ebenso wie bei der Zuwendung selbst um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, rechtfertigt dies nicht den Schluss, für lebzeitige Anordnungen dieser Art gelte ganz allgemein Vertragsfreiheit gemäß § 311 BGB. Denn es geht nicht um die Verbindlichkeit des Vereinbarten im Verhältnis der an der Vereinbarung Beteiligten. Es kommt vielmehr auf die Verbindlichkeit gegenüber Dritten in der Zeit nach dem Erbfall bei einer Erbauseinandersetzung an. Insoweit hat der Gesetzgeber, wenn sich die Miterben nicht einigen, die Regeln der §§ 2042 ff. BGB vorgegeben.

Danach ist eine Ausgleichungsanordnung in der Rechtsform, die für die lebzeitige Zuwendung maßgebend ist, nur bei der Zuwendung und nur hinsichtlich der Ausgleichung unter Abkömmlingen möglich (§§ 2050 Abs. 1, 2052 BGB). Im Übrigen richtet sich die Verteilung des Nachlasses unter Miterben, soweit es um Abweichungen von den gesetzlichen Erbquoten geht, nach den letztwilligen Verfügungen des Erblassers, der gemäß § 2048 BGB Teilungsanordnungen treffen und einzel-

nen Miterben Vorausvermächtnisse aussetzen kann (§ 2150 BGB). Auf diesem Wege kann der Erblasser Auseinandersetzungsregeln Bedeutung auch in Fällen verschaffen, für die sie nach dem Gesetz an sich nicht vorgesehen sind (vgl. BGH, FamRZ 1992, 665 unter 3 a = DNotZ 1993, 169). Soweit der Erblasser Bestimmungen für die Auseinandersetzung unter Miterben treffen will, muss dies also grundsätzlich durch letztwillige Verfügung geschehen; für eine Auseinandersetzung verbindliche Anordnungen können dagegen – von den Sonderfällen des § 2050 Abs. 1 und 3 BGB abgesehen – nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden getroffen werden (so auch MünchKommBGB/Heldrich, 4. Aufl., § 2050 Rdnr. 36; Soergel/M. Wolf, BGB, 13. Aufl., § 2050 Rdnr. 22; Palandt/Edenhofer, BGB, 68. Aufl., § 2050 Rdnr. 1).

b) Dass eine nicht in der Form einer letztwilligen Verfügung erfolgte Anordnung, sich Vorempfänge auf den Erbteil anrechnen zu lassen, erst recht zulässig sein müsse, wenn durch derartige Anordnungen nach § 2315 Abs. 1 BGB sogar die Anrechnung auf den Pflichtteil wirksam angeordnet werden könne, überzeugt nicht. Nach § 2315 Abs. 1 BGB kann der Erblasser die Anrechnung auf den Pflichtteil und damit dessen Verringerung im Erbfall nach den für das Zuwendungs-geschäft geltenden Formvorschriften wirksam bei der Zuwendung anordnen. Gäbe es diese Möglichkeit nicht, bedürfte es zur Wirksamkeit der Anrechnungsanordnung eines Pflichtteilsverzichts in der Form des § 2348 BGB, weil der Erblasser den Pflichtteil nicht durch letztwillige Verfügung einschränken kann. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur Anordnung einer Anrechnung von Vorempfängen auf den Erbteil auch in Fällen, in denen es nicht um die Auseinandersetzung unter Abkömmlingen geht; insoweit kann der Erblasser einseitig letztwillige Verfügungen treffen, und zwar auch nachträglich (RGZ 67, 306, 309; 71, 133, 135; 90, 419, 422; BGH, NJW 1982, 575 unter III 3 a. E.). Was das Gesetz für den Pflichtteil zur Vermeidung eines notariell zu beurkundenden Erbverzichts zulässt, um anzurechnende Vorempfänge zu erleichtern, kann nicht auf Anordnungen für den Erbteil übertragen werden.

c) Allerdings kann ein Erblasser gemäß §§ 328, 331 BGB einem Dritten schuldrechtliche Ansprüche gegen den Vertragspartner des Erblassers ohne Einhaltung der für Verfügungen von Todes wegen vorgeschriebenen Form zuwenden. Die Rechtsbeziehungen sowohl im Deckungsverhältnis zwischen dem Erblasser und seinem Vertragspartner als auch im Valutaverhältnis zwischen Erblasser und Drittem richten sich nach Schuldrecht und nicht nach Erbrecht (st. Rspr., BGHZ 41, 95, 96; 46, 198, 201 f.; 66, 8, 12 ff.; 157, 79, 82 f.; BGH, NJW 1984, 480 unter 1; NJW 2008, 2702 Tz. 19). Die Person des begünstigten Dritten muss bei Abschluss des Rechtsgeschäfts im Deckungsverhältnis noch nicht feststehen; es genügt, wenn sie bestimmbar ist (BGH, NJW-RR 2008, 683 Tz. 10 = DNotI-Report 2008, 36).

Durch einen solchen, grundsätzlich formfreien Vertrag kann sich der Versprechende aber nicht wirksam zu einer Anrechnung oder einer Ausgleichung verpflichten, der Bedeutung für eine Erbauseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB zukäme; dafür bedürfte es, wenn es sich nicht um Anordnungen des Erblassers nach §§ 2050 Abs. 1 und 3, 2315 BGB handelt, letztwilliger Verfügungen (insoweit unklar MünchKommBGB/Heldrich, § 2050 Rdnr. 31; Staudinger/Werner, BGB, 2002, § 2050 Rdnr. 33; Soergel/M. Wolf, § 2050 Rdnr. 19). Ein Vertrag zugunsten Dritter könnte demgegenüber nur einen außerhalb der Erbauseinandersetzung stehenden, für die Verteilung des Nachlasses rechtlich unerheblichen Anspruch gegen den Versprechenden persönlich auf eine bestimmte oder bestimmbare Leistung begründen. Einen der-

artigen Anspruch macht die Beklagte hier nicht geltend. Die Klageanträge richten sich vielmehr auf Feststellungen zur Vorbereitung einer Erbauseinandersetzung (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 1220 unter I). Erbteilung kann der Kläger ohne jede Anrechnung der Vorempfänge verlangen.

Im Übrigen liegt es fern, die Vereinbarungen des Erblassers mit dem Kläger vom 27.7.1978 und vom 8.9.1997 als Vertrag zugunsten Dritter auszulegen oder umzudeuten. Sie sind nicht auf Leistungen des Klägers zugunsten von Miterben außerhalb der Erbauseinandersetzung gerichtet, sondern sollen die Ansprüche des Klägers auf seinen Erbteil gerade bei einer Erbauseinandersetzung bzw. bei Geltendmachung eines Pflichtteils beschränken. Um dies zu erreichen, hätte es letztwilliger Verfügungen bedurft, über deren Form der Erblasser, der mehrfach testiert hat, unterrichtet war. Er hat eine Anrechnung der Vorempfänge des Klägers ausdrücklich in seinem Testament vom 3.9.1998 angeordnet, freilich beschränkt auf den Pflichtteil, auf den der Kläger ohnehin verzichtet hatte, und im Widerspruch zur erbvertraglichen Einsetzung des Klägers (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Anmerkung:

1. Sachverhalt und Ergebnis der Entscheidung

Vom umfangreichen Sachverhalt sind vor allem folgende Punkte relevant: Der Erblasser hat seinem Sohn aus erster Ehe (= dem Kläger) zu Lebzeiten mehrfach umfangreiche Wertpapierpakete im Volumen von insgesamt ca. 6 Mio. DM zugewendet. Dabei hat er jeweils (wohl teils wirksam, teils wegen nachträglicher Bestimmung unwirksam) die Anrechnung auf den Pflichtteil (und in wenigstens einem Fall auch „auf den Erbteil“) bestimmt, was sich aber im Ergebnis nicht auswirkt, da der Sohn einerseits einen wirksamen Pflichtteilsverzicht gegenüber seinem Vater erklärt hat und andererseits vom Vater tags darauf (!) erbvertraglich zu einem Viertel als Erbe eingesetzt wurde. Diese Erbeinsetzung blieb wegen der erbvertraglichen Bindungswirkung aus § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB trotz mehrerer abweichender Erbeinsetzungen in späteren Testamenten bestehen. Gerichtlich zu klären war deshalb allein, ob die Stiefmutter (= die Beklagte und dritte Ehefrau des Erblassers) als Miterbin dem Kläger bei der Erbauseinandersetzung dessen Vorempfänge als Anrechnungsposten auf sein Viertel am Nachlass entgegenhalten kann. Dies kann die Beklagte nach dem zu erwartenden Ergebnis der Entscheidung nicht, da eine Anrechnung von Vorempfängen auf den Auseinandersetzungsanspruch eines Miterben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vom Gesetz nicht vorgesehen ist.

2. Terminologie und dogmatischer Hintergrund

Der Leitsatz der Entscheidung mag beim eiligen Leser zunächst Verwirrung stiften, bringt er doch die Begriffe „Anrechnung“, „Erbteil“ und „Rechtsgeschäft unter Lebenden“ in engem Zusammenhang. Dies ist etwas unglücklich, da die eigentliche „Anrechnung“ i. S. d. § 2315 BGB, die sich bekanntlich allein auf den Pflichtteil bezieht, gar nicht gemeint ist. Diese kann der Erblasser gerade durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (und zwar durch einseitige Bestimmung) bewirken. Freilich nur vor oder bei¹ der Schenkung – nicht im Nachhinein. Letzteres trifft in weiten Teilen der Bevölkerung auf Unverständnis, wenn z. B. ein Kind im Rahmen eines Bauvorhabens nach Laienverständnis bereits „seinen Teil bekommen“ hat – jedoch ohne eine entsprechende Anrechnungsbestimmung – und sich im Rahmen der Beratung

¹ MünchKommBGB/Lange, 4. Aufl. 2004, § 2315 Rdnr. 6.

zur Nachlassplanung herausstellt, dass der Pflichtteilsanspruch ungeschmälert bestehen blieb. Eine nachträgliche Anrechnung durch Verfügung von Todes wegen, die jedenfalls für Schenkungen ab Inkrafttreten der Erbrechtsreform auch verfassungsrechtlich unproblematisch gewesen wäre,² hat der Gesetzgeber soeben verworfen. Es bleibt zur Reparatur allenfalls der gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht gemäß §§ 2346, 2348 BGB,³ der allerdings die Mitwirkung des Beschenkten voraussetzt, die oft aufgrund geänderter Verhältnisse (persönliches Zerwürfnis, eingetretene Geschäftsunfähigkeit o. ä.) nicht mehr erreicht werden kann.

3. Inhalt der Entscheidung

Die Revision vertrat die Auffassung, die als Rechtsgeschäft unter Lebenden abgeschlossenen Vereinbarungen könnten entsprechend § 2050 Abs. 3 BGB als „Anrechnung auf den Erbteil“ ausgelegt und aufrechterhalten werden. Unterstützend wurde argumentiert, dies müsse „erst Recht“ möglich sein, wenn doch das noch stärker ausgestaltete Pflichtteilsrecht in § 2315 Abs. 1 BGB die Anrechnung auf den Pflichtteil zulasse. Beides vermag nicht zu überzeugen: Die Bestimmung zur Ausgleichung als Nachlassverteilungsregelung in Form des Rechtsgeschäfts unter Lebenden in § 2050 Abs. 3 BGB ist ein gesetzlich geregelter Ausnahmefall, der den Grundsatz der Nachlassverteilung (nur) durch letztwillige Verfügung nicht außer Kraft setzt. Der Rekurs auf das Pflichtteilsrecht verfährt ebenfalls nicht, da kein Bedürfnis für ein Rechtsinstitut „Anrechnung auf den Erbteil“ besteht: Dem Erblasser steht – anders als beim zwingenden Pflichtteilsrecht – eine Regelung der Nachlassverteilung durch letztwillige Verfügung offen.

Die Nachlassverteilungsgrundsätze, die aus den Regelungen des Erblassers erkennbar waren, können weder als Ausgleichungsanordnung gemäß § 2050 Abs. 3 BGB noch als (Voraus-)vermächtnis i. S. d. §§ 2147, 2150 BGB⁴ aufrechterhalten werden. Eine Ausgleichung kommt nur unter Abkömmlingen, nicht aber im Verhältnis zur Witwe des Erblassers in Betracht, §§ 2050 Abs. 1, 2052 BGB. Für ein (Voraus-)vermächtnis fehlte es bei den maschinenschriftlichen Vereinbarungen schon an der Einhaltung der Testamentsform, §§ 2231, 2247 BGB. Es kommt auch kein sog. „Erbchaftsvertrag“ i. S. d. § 311 b Abs. 5 BGB in Betracht, da dieser nur zwischen gesetzlichen Erben und nicht mit dem Erblasser abgeschlossen werden kann.

Anhaltspunkte für einen Vertrag zugunsten eines Dritten auf den Todesfall i. S. d. §§ 328, 331 BGB liegen wohl schon mangels eines bestimmbar bezeichneten Begünstigten nicht vor. Ein Vertrag zugunsten eines Dritten würde auch lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch des Begünstigten gegen den Versprechenden begründen, nicht aber unmittelbare Auswirkung auf die Erbaueinandersetzung gemäß §§ 2042 ff. BGB haben. Die gewünschte Anrechnung auf den Erbteil erfordert nicht nur eine von der Vertragsfreiheit gedeckte

Regelung zwischen den Vertragsteilen, sondern eine darüber hinaus auch gegenüber den Miterben wirkende Regelung.⁵ Die Frage eines rein schuldrechtlichen Anspruchs, so gestellt zu werden, als wäre eine wirksame Anrechnung auf den Erbteil möglich, ist ein anerkannter Versuch die verunglückte Regelung noch zu retten, wirft aber neue Fragen auf: Die Konstruktion ist wohl recht weit hergeholt und es bleibt ungeklärt, ob dieser Vertrag nicht seinerseits Ansprüche des Vertragserben aus § 2287 BGB auslöst,⁶ auf die dann (ggf. konkludent) verzichtet worden sein müsste.

4. Folgen für die Praxis

Die Erkenntnisse aus der Entscheidung lassen sich – unter Berücksichtigung weiterer im Regelungsumfeld „Anrechnung“ liegender Rechtsinstitute – wie folgt zusammenfassen:

Die Anrechnung auf den Pflichtteil gemäß § 2315 Abs. 1 BGB erfolgt durch Rechtsgeschäft unter Lebenden vor oder bei⁷ Schenkung. Durch letztwillige Verfügung im Nachhinein ist sie nicht möglich (geworden).

Die Ausgleichung unter den gesetzlichen Erben bei der Nachlassverteilung findet aufgrund Gesetzes bzw. Anordnung des Erblassers durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (vor oder bei der Zuwendung) statt, §§ 2050 ff. BGB. Durch Verfügung von Todes wegen kann sie im Wege eines entsprechenden Vermächtnisses modifiziert (also begrenzt oder erweitert) werden.⁸ Nicht möglich ist hingegen – wie die vorliegende Entscheidung richtig feststellt – die Erweiterung der Ausgleichungswirkungen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden im Sinne einer Anrechnung von Vorausempfangen auf den Erbteil bei der Nachlassverteilung. Sie ist auch nicht erforderlich: Eine „Anrechnung auf den Erbteil“ kennt das BGB nicht. Das Regelungsziel kann durch entsprechende Anordnungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen umgesetzt werden.

Der Erkenntnisgewinn der Entscheidung ist insofern schlicht. Umso erstaunlicher, dass offenbar eine oberstergerichtliche Klärung erforderlich war.⁹ Dies mag daran liegen, dass das rechtlich richtige Ergebnis am Erblasserwillen und dessen Vereinbarungen mit dem Kläger vollkommen vorbei geht. Allerdings liegt der Fehler eindeutig beim Erblasser,¹⁰ der trotz der komplizierten Verhältnisse (drei Ehen, Kinder aus verschiedenen Verbindungen, beträchtliches Vermögen und zahlreiche Vorausempfangen) auf eine professionelle Nachlassberatung verzichtet hat und so die notwendige Anpassung des Erbvertrags übersah. Dies ist umso bedauerlicher, wenn man die Kosten einer vorsorgenden Beratung und Regelung

⁵ A. A. *Leipold*, ZEV 2010, 34 f., der die darin liegende „Sperrwirkung“ für schuldrechtliche Vereinbarungen kritisiert und Verträge zugunsten aller Miterben oder bestimmter Miterben für grundsätzlich möglich hält. Allerdings legt er nicht dar, wie die Begünstigten dieses Vertrags vorliegend zu bestimmen wären. Richtig ist allerdings, dass eine schuldrechtliche Regelung neben der Erbaueinandersetzung zwischen den Miterben denkbar ist. Dies schließt die vorliegende Entscheidung m. E. auch nicht aus. Eine solche Regelung bedarf aber einer entsprechenden Ausgestaltung und kann wohl im Regelfall nicht einer bloßen „Anrechnungsbestimmung auf den Erbteil“ entnommen werden.

⁶ *Leipold*, Erbrecht, 12. Aufl. 1998, Rdnr. 425.

⁷ *MünchKommBGB/Lange*, 4. Aufl. 2004, § 2315 Rdnr. 6.

⁸ *Nieder/Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 232; Formulierungsvorschläge bei *Reimann/Bengel/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, Formularteil Rdnr. 34 f.

⁹ Ebenso *Odersky*, notar 2010, 74.

¹⁰ So auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2009, 294985.

² Vgl. *Keim*, MittBayNot 2010, 85, 95.

³ *Nieder/Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 2 Rdnr. 295; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, 2. Aufl. 2008, § 2346 Rdnr. 17; vgl. auch Formulierungsbeispiel bei *Mohr*, ZEV 1999, 257, 259.

⁴ Die in der Entscheidung auch angeführte Teilungsanordnung gemäß § 2048 BGB wäre wohl schon nicht geeignet, das Ziel zu erreichen, da sie die Nachlassverteilung zwar gegenständlich jedoch nicht wertverschiebend regelt. Vgl. *MünchKommBGB/Heldrich*, 4. Aufl. 2004, § 2048 Rdnr. 2; *Bamberger/Roth/Lohmann*, 2. Aufl. 2008, § 2048 Rdnr. 1.

mit denen des nun geführten Rechtsstreits über drei Instanzen vergleicht! Der erbrechtliche Berater kennt die zur Verfügung stehenden Rechtsinstitute und wählt geeignete Gestaltungsmittel, um den Nachlassverteilungsplan des Rechtsuchenden umzusetzen. Untaugliche Regelungen in privatschriftlichen Erklärungen juristischer Laien wird die Entscheidung aber wohl auch künftig nicht verhindern können, da deren Verfasser nicht zum Leserkreis der einschlägigen Rechtsprechung gehören.

Notarassessor Dr. *Florian M. Dietz*, Fürth

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. GmbHG § 11 (*Anwendbarkeit der Regeln zur „wirtschaftlichen Neugründung“ bei Mantelverwendung*)

1. **Eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. „wirtschaftlichen Neugründung“ anwendbar sind, kommt nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann.**
2. **Eine „leere Hülse“ in diesem Sinne liegt dann nicht vor, wenn die Gesellschaft nach Gründung und Eintragung konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung der Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit im Rahmen des statutarischen Unternehmensgegenstandes entfaltet (Fortführung von BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 [nur Leitsatz]).**

BGH, Beschluss vom 18.1.2010, II ZR 61/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

(...)

Ein Grund, die Revision gegen das angefochtene Urteil wegen einer höchstrichterlich zu klärenden Rechtsfrage zuzulassen, besteht weder im Hinblick auf den Gesichtspunkt der Vorratsgründung noch hinsichtlich der Kriterien einer Mantelverwendung. Der Senat hat bereits entschieden, dass von einer Vorratsgründung dann nicht auszugehen ist, wenn die Gründer einer GmbH – wie unstreitig hier – die Absicht haben, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, wobei die üblichen Anlauf- und Vorlaufzeiten außer Betracht zu bleiben haben (BGH, DNotZ 1994, 107). Die Rechtsfrage, unter welchen Voraussetzungen eine Mantelverwendung vorliegt, hat der Senat ebenfalls hinreichend geklärt (BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 [nur Leitsatz]). Der vorliegende Fall wirft zu diesen Problemkreisen keine höchstrichterlich klärungsbedürftigen neuen Rechtsfragen auf. Auch der vom Berufungsgericht der Zulassung der Revision zugrunde gelegte Gesichtspunkt des Kriteriums der „Leere des Geschäftsmantels“ ist hier – selbst nach Auffassung des Berufungsgerichts – nicht entscheidungserheblich. Es lag zu keiner Zeit ein „leerer Geschäftsmantel“ vor.

Das Berufungsgericht hat die Sache auch im Ergebnis zutreffend entschieden.

1. Da die Gründer auch nach dem Vortrag des klagenden Insolvenzverwalters bei der Gründung der Insolvenzschnuldnerin die Absicht hatten, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen, kommt eine entsprechende Anwendung der vom Kläger geltend gemachten Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung nach den dargelegten Grundsätzen des Senats zur Vorratsgründung nicht in Betracht.

2. Auch die Grundsätze der Mantelverwendung finden hier keine Anwendung.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt eine Mantelverwendung, auf die die Regeln der sog. „wirtschaftlichen Neugründung“ anwendbar sind, nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine „leere Hülse“ ist, also kein aktives Unternehmen betreibt, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebs – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtbaren Weise anknüpfen kann. Die vom Senat entwickelten Regeln sollen Vorkehrungen im Interesse des Geschäftsverkehrs dagegen schaffen, dass ein leer gewordener Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb seinen – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung mit ihren präventiv wirkenden gläubigerschützenden Regeln einer die beschränkte Haftung gewährenden Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit – ggf. wieder – aufzunehmen (BGHZ 155, 318, 324 = DNotZ 2003, 951, 954).

b) Nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war die Insolvenzschnuldnerin bei der vom Kläger geltend gemachten Geschäftsaufnahme im November 2003 keine solche „leere Hülse“, erst recht war die später aufgenommene Geschäftstätigkeit nicht „gänzlich neu“.

aa) Die Insolvenzschnuldnerin war kein leerer Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb, sondern seit ihrer Gründung (April 2003) und Eintragung (Mai 2003) damit befasst, die Aufnahme ihrer nach außen gerichteten Geschäftstätigkeit vorzubereiten. Der darlegungs- und beweiselastete (BGH, NJW 1998, 233, 234 = MittBayNot 1998, 44) Kläger hat den entsprechenden unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht substantiiert bestritten. Vielmehr ergibt sich bereits aus dem eigenen Vortrag des Klägers, dass die Gemeinschnuldnerin im Zeitraum zwischen ihrer Gründung und Eintragung im April bzw. Mai 2003 und dem vom Kläger geltend gemachten Datum 15.11.2003, Vorbereitungstätigkeiten zur Verwirklichung der mit der Gründung angestrebten Geschäftstätigkeit entfaltet hat. Der Kläger selbst stützt sich im Rahmen der Berechnung seiner „Vorbelastungsbilanz“ auf den auch im Übrigen unstreitigen Umstand, dass die Gemeinschnuldnerin am 21.5.2003, also weniger als eine Woche nach ihrer Eintragung, den Anwaltsberatungsvertrag mit dem zweiten Gesellschafter der Gemeinschnuldnerin, G. K., geschlossen hat. Weiter stützt der Kläger die Berechnungen in seiner Vorbelastungsbilanz auf angebliche Verbindlichkeiten der Gemeinschnuldnerin gegenüber dem Beratungsunternehmen K. GmbH aus den Rechnungen vom 2.9.2003, 12.9.2003, 1. und 15.10.2003 sowie vom 14.11.2003. Es liegt nach den Umständen auch nahe und ist deshalb plausibel, dass dem Übernahmevertrag mit der A. GmbH vom 14.11.2003 Planungsaktivitäten und Vertragsverhandlungen sowie Rechtsprüfungen vorausgegangen sein müssen.

Zu Unrecht stützt sich der Kläger auf die „Kurzgeschichte“ des Geschäftsführers vom 17.5.2005. Wenn dort davon die Rede ist, dass „die Geschäftstätigkeit am 15.11.2003“ begonnen wurde, dann ergibt sich aus den Umständen und dem Kontext

des Schreibens selbst, dass insoweit allein die Aufnahme des Geschäftsbetriebs nach außen gemeint war.

bb) Zu Unrecht meint der Kläger ferner, es handle sich hier um die Aufnahme einer gänzlich neuen Geschäftstätigkeit, die nur auf dem Wege einer Neugründung hätte stattfinden können. Es ist unzutreffend anzunehmen, die tatsächliche Geschäftsaufnahme habe am 15.11.2003 in einem völlig anderen, von dem ursprünglichen Geschäftszweck zu unterscheidenden Geschäftsfeld des Betriebs einer kleinen Sprachschule stattgefunden. Das Berufungsgericht hat insoweit im Gegenteil rechtsfehlerfrei festgestellt, dass auch der Betrieb einer kleinen Sprachschule vom im Gesellschaftsvertrag festgelegten und entsprechend am 16.5.2003 eingetragenen Unternehmensgegenstand („Betreuung von Studenten, Auszubildenden, Schülern aller Art ...; Ausbildung, Fortbildung, Umschulung und Bildung aller Art ...; Betreibung von Kindergärten, Schulen, Fachhochschule) und sogar der Firma („L“ steht für „languages“) gedeckt ist. Entsprechendes gilt auch für den Übernahmevertrag vom 14.11.2003, der u. a. die Übernahme von Mietverträgen vorsah. Denn der statutarisch festgelegte und eingetragene Unternehmensgegenstand der Gemeinschuldnerin umfasst auch die Gesichtspunkte „Erwerb, Anmietung, Verwaltung und Betreibung von Gebäuden für die genannten Zwecke der Gesellschaft“.

9. GmbHG § 54 (Nachweis der Vertretungsberechtigung ausländischer Gesellschaften)

Ist in einem dem deutschen Handelsregister vergleichbaren ausländischen Register – hier: japanisches Handelsregister – für eine dort ansässige Gesellschaft eine Person als „vertretungsberechtigt“ ausgewiesen, kann das Registergericht grundsätzlich davon ausgehen, dass diese alleinvertretungsberechtigt ist. Weiterer Ermittlungen zu etwaigen Beschränkungen der Vertretungsmacht bedarf es regelmäßig nicht, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte hierfür gegeben sind.

OLG München, Beschluss vom 9.3.2010, 31 Wx 36/10; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Gegenstand des Verfahrens ist die Eintragung von Gesellschafterbeschlüssen zur Euroumstellung mit Kapitalerhöhung und Satzungsneufassung im Handelsregister der beteiligten GmbH.

Alleinige Gesellschafterin der beteiligten GmbH ist die in Japan ansässige U. Inc. Bei der Gesellschafterversammlung vom 27.10.2009 wurde sie aufgrund der Stimmrechtsvollmacht vom 24.8.2009 von Y., dem Geschäftsführer der GmbH, vertreten. Die Vollmacht wurde von „President and CEO“ S. erteilt, den der in Übersetzung vorgelegte beglaubigte Auszug aus dem japanischen Handelsregister als „vertretungsberechtigtes“ Vorstandsmitglied ausweist. Neben ihm wird ein weiteres Mitglied des Vorstands als vertretungsberechtigt aufgeführt.

Die Vollmacht lautet auszugsweise:

„Der Bevollmächtigte ist ermächtigt, den Vollmachtgeber in Gesellschaftsversammlungen der in Abschnitt I. bezeichneten Gesellschaft zum Zwecke der Euroumstellung mit Kapitalerhöhung i. H. v. 354,06 € und der Satzungsänderung in folgenden Punkten zu vertreten:

§ 1 Firma und Sitz

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

§ 3 Dauer und Geschäftsjahr

§ 4 Stammkapital

Die Vollmacht gewährt kein Recht zur Verfügung, insbesondere zur Veräußerung und Belastung der in Abschnitt I. bezeichneten Beteiligung an der Gesellschaft.“

Mit Zwischenverfügung vom 27.1.2010 beanstandete das Registergericht, die beschlossene und angemeldete Neufassung der Satzung sei nicht von der Vollmacht gedeckt. Auch lasse der Registerauszug nicht erkennen, ob S. einzelvertretungsbefugt sei. Mit der Beschwerde wies der Notar darauf hin, dass neben der Anpassung des Stammkapitals in § 4 von 500.000 DM auf 256.000 € lediglich redaktionelle Änderungen vorgenommen seien, nämlich der Wegfall eines Satzzeichens in § 1, die Anpassung der Schreibweise „Gesellschafterbeschluss“ an die neue Rechtschreibung in § 5 und die Ergänzung des Wortes „elektronischer“ Bundesanzeiger in § 6 Abs. 3. Diese seien von der Vollmacht umfasst. Als Vertretungsnachweis müsse jedenfalls die Angabe im japanischen Handelsregister ausreichend sein, zumal im Regelfall das Siegel der Gesellschaft als Nachweis ausreiche.

Das Registergericht half der Beschwerde nicht ab. Die Vollmacht sei beschränkt auf ganz bestimmte einzelne Satzungsbestimmungen im Zuge der Euroumstellung, für weitere Änderungen sei kein Raum. Das japanische Handelsregister nenne eine weitere vertretungsberechtigte Person, woraus folge, dass beide nur Gesamtvertretungsmacht hätten.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§ 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG) und auch begründet. Entgegen der Auffassung des Registergerichts bestehen keine begründeten Zweifel daran, dass die Vollmacht wirksam erteilt wurde und die angemeldete Neufassung der Satzung umfasst.

1. Bei der Anmeldung von Satzungsänderungen prüft das Registergericht neben den formellen Voraussetzungen bei begründeten Bedenken auch die Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen. Wenn der angemeldete Änderungsbeschluss nichtig oder unwirksam ist, darf er nicht eingetragen werden, wobei das Registergericht nicht nach verborgenen Nichtigkeitsgründen zu suchen braucht (allg. M.; vgl. BayObLGZ 2000, 325, 326; BayObLGZ 1991, 337, 340; *Keidel/Heinemann*, FamFG, 16. Aufl., § 374 Rdnr. 56, 58; *Krafka/Willer*, Registerrecht, 7. Aufl., Rdnr. 1025 ff.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl., § 54 Rdnr. 20; *Scholz/Priester/Neil*, GmbHG, 10. Aufl., § 54 Rdnr. 35; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., § 54 Rdnr. 9; *Roth/Altmeyen*, 6. Aufl., § 54 Rdnr. 18). Nachdem bei der Ein-Personen-GmbH die Unwirksamkeit der Stimmabgabe auch die Unwirksamkeit des gefassten Beschlusses nach sich ziehen kann, hat das Registergericht zu Recht Wirksamkeit und Umfang der Bevollmächtigung überprüft (vgl. BayObLGZ 2000, 325; OLG Frankfurt, FGPrax 2003, 134), dabei aber die Anforderungen überspannt.

2. Es kann offenbleiben, ob hier Anlass zu Bedenken hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des „President & CEO“ S. bestand, der für die Alleingesellschafterin die Vollmacht vom 24.8.2009 erteilt hat, und ob die Vorlage eines Auszugs aus dem japanischen Handelsregister erforderlich war. Jedenfalls ist durch den vorgelegten Auszug aus dem japanischen Handelsregister hinreichend belegt, dass die Stimmrechtsvollmacht von einem hierzu befugten Vertreter der Alleingesellschafterin erteilt wurde. Das Register weist ihn als „vertretungsberechtigt“ aus, für eine Beschränkung seiner Vertretungsbefugnis lässt sich aus ihm nichts entnehmen. Der Umstand allein, dass noch ein weiteres Vorstandsmitglied als „vertretungsberechtigt“ aufgeführt wird, stellt keinen hinreichenden Anhaltspunkte dafür dar, dass beide nur Gesamtvertretungsberechtigt sind. Vielmehr sind nach dem Wortlaut der Eintragung beide uneingeschränkt vertretungsbefugt. Etwaige Zweifel an der Vertretungsbefugnis des Erteilers der Vollmacht sind mit dem Auszug aus dem japanischen Handelsregister ausgeräumt. Es besteht kein Anlass, weitere

Ermittlungen durchzuführen und zusätzliche Nachweise für die (Allein-)Vertretungsbefugnis zu verlangen.

Soweit das Registergericht in der Nichtabhilfeentscheidung ausführt, nach japanischem Recht bestehe regelmäßig nur Gesamtvertretungsmacht, wenn es mehrere Vertretungsberechtigte gebe, trifft das nicht zu. Mit der zum 1.5.2006 in Kraft getretenen Reform des japanischen Gesellschaftsrechts wurde die Gesamtvertretungsbefugnis bei der Aktiengesellschaft abgeschafft. Es sind nun grundsätzlich die Mitglieder des Verwaltungsrats einzeln vertretungsbefugt, die Gesellschaft kann die Vertretungsbefugnis auf einzelne Verwaltungsratsmitglieder beschränken (*Dernaier*, ZJapanR 2005, 123, 148; allgemein zur Reform vgl. *Takahashi*, AG 2007, 476; *Kübler*, ZHR 170, 213).

Die vom Registergericht herangezogene Kommentierung (*Widmann/Mayer/Heckschen*, UmwG, § 13 Rdnr. 105.32) berücksichtigt nicht die umfassende Reform des japanischen Gesellschaftsrechts im Jahr 2006, sondern stützt sich ausschließlich auf Literatur aus den Jahren 1979 und 1999. Im Übrigen wird auch dort – für die Rechtslage vor der Reform – darauf hingewiesen, dass in der Rechtspraxis jedes Vorstandsmitglied für seinen Geschäftsbereich umfassende Vertretungsmacht habe.

3. Die Auslegung der Vollmacht vom 24.8.2009 ergibt, dass diese nicht nur zu Änderungen der Satzung im Zusammenhang mit der Euroumstellung ermächtigt. Eine derartige Beschränkung enthält sie entgegen der Auffassung des Registergerichts nicht, sondern umfasst ausdrücklich die Vertretung „zum Zwecke der Euroumstellung mit Kapitalerhöhung“ und (zum Zwecke) der „Satzungsänderung in folgenden Punkten“, nämlich §§ 1 bis 4 der Satzung. Die Vollmacht wird damit nicht – wie das Registergericht meint – „im Sinne der Änderung ganz bestimmter einzelner Satzungsbestimmungen im Zuge der Euroumstellung präzisiert“, denn die Euroumstellung wirkt sich nur bezüglich § 4 der Satzung aus. Die Vollmacht kann deshalb nur dahin verstanden werden, dass jegliche – auch inhaltliche – Satzungsänderungen jedenfalls in den §§ 1 bis 4 der Satzung ermöglicht werden sollen. Der Bevollmächtigte kann damit wesentliche Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages – zu Firma und Sitz, zum Gegenstand des Unternehmens und zu seiner Dauer sowie zum Stammkapital – inhaltlich umfassend abändern. Es erscheint fernliegend, dass der Bevollmächtigte demgegenüber zu bloßen redaktionellen Änderungen in den nicht ausdrücklich erwähnten Bestimmungen der §§ 5 und 6 der Satzung nicht befugt sein sollte. Um nichts anderes handelt es sich bei der Einfügung des Wortes „elektronischer“ vor „Bundesanzeiger“ in § 6 (Allgemeine Bestimmungen), der damit lediglich in seinem Wortlaut wiedergibt, was nach § 12 Satz 3 GmbHG seit dem 1.1.2007 bereits kraft Gesetzes gilt. Die Anwendung der derzeit geltenden Rechtschreibregeln auf den unveränderten Satzungstext des § 5 (Vertretung und Geschäftsführung) stellt keine Satzungsänderung dar. Der geänderte und ergänzte englische Text ist, wie das Registergericht zutreffend angemerkt hat, ohnehin nicht Gegenstand der Satzung.

10. GmbHG §§ 8 Abs. 2, 9, 13 Abs. 2 (*Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung*)

1. **Unterbleibt – entgegen der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 [nur Leitsatz]) – die Offenlegung der wirt-**

schaftlichen Neugründung einer GmbH gegenüber dem Registergericht, führt dies in entsprechender Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter.

2. **Diese Haftung trifft auch den Erwerber eines Geschäftsanteils einer GmbH.**

OLG München, Urteil vom 11.3.2010, 23 U 2814/09; mitgeteilt von Dr. *Andrea Muthig*, Richterin am OLG München

Der Kläger ist Insolvenzverwalter und nimmt die Beklagte als alleinige Gesellschafterin der Schuldnerin in entsprechender Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung nach einer Mantelverwendung in Anspruch.

Über das Vermögen der Schuldnerin, der U. GmbH, wurde mit Beschluss des AG Mühlendorf am Inn am 8.2.2007 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Schuldnerin war mit notarieller Urkunde vom 3.11.1993 unter der Firma „M. Vertrieb GmbH“ mit Sitz in N. gegründet worden. Geschäftsgegenstand war der Vertrieb von medizinischen Heil-, Hilfs- und Pflegemitteln sowie der Handel mit Waren aller Art. Die Gesellschaft wurde am 28.12.1993 in das Handelsregister beim AG München eingetragen. Am 9.10.1996 übertrugen die Gesellschafter A. und T. ihre Geschäftsanteile jeweils auf den dritten Gesellschafter K. Nach dem Jahresabschluss zum 31.12.2004 verfügte die Schuldnerin Ende 2003 über keine Aktiva. Am 21.7.2004 beschloss die Gesellschafterversammlung eine Änderung der Firma in „U. Vertriebs GmbH“, eine Verlegung des Sitzes der Gesellschaft nach M. am Inn und eine Änderung des Geschäftsgegenstandes; außerdem wurde K. mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer abberufen und S. zur neuen Geschäftsführerin bestellt. Diese Änderungen wurden zur Eintragung im Handelsregister angemeldet und im Handelsregister des AG Traunstein am 17.9.2004 eingetragen. Ab 21.7.2004 war die Schuldnerin wieder mit erweitertem Geschäftszweck operativ tätig. Am 30.12.2005 hat K. den vom ihm gehaltenen Geschäftsanteil i. H. v. DM 50.000 auf die Beklagte übertragen. Am 1. und 21.3.2006 hat die Beklagte als Einlage auf das Stammkapital insgesamt € 25.000 eingezahlt. Bisher wurden Forderungen i. H. v. € 36.926,53 zur Tabelle festgestellt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

1. Der Beklagten ist darin zuzustimmen, dass in dem Erwerb des Geschäftsanteils von K. an der Schuldnerin durch die Beklagte kein Mantelkauf zu sehen ist, da die Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt unstreitig seit ca. eineinhalb Jahren operativ tätig war. Zu Recht sieht das LG jedoch in der Aufnahme der operativen Tätigkeit Mitte 2004 durch den damaligen Alleingesellschafter mit dem gemäß Gesellschafterbeschluss vom 21.7.2004 erweiterten Geschäftszweck eine Mantelverwendung, die nach der Rechtsprechung des BGH dem Registergericht hätte offengelegt werden müssen.

Für die Abgrenzung der Mantelverwendung von der Umorganisation oder Sanierung einer (noch) aktiven GmbH ist entscheidend, ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betrieb, an das die Fortführung des Geschäftsbetriebes – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebietes – in irgendeiner wirtschaftlichen und gewichtigen Weise anknüpft oder ob es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Geschäftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen – neuen oder alten – Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleisteten Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit ggf. wieder aufzunehmen (BGHZ 155, 318 ff. = DNotZ 2003, 951). Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist somit der Umstand, ob die fragliche Gesellschaft im Augenblick ihrer Wiederbelebung überhaupt noch ein Unter-

nehmen betrieb oder bereits tatsächlich stillgelegt war, während es auf einen Gesellschafterwechsel – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht ankommt (vgl. *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl., § 3 Rdnr. 38). Um eindeutige Fälle einer zur analogen Anwendung des Gründungsrechts führenden wirtschaftlichen Neugründung handelt es sich bei der Verwendung eines praktisch vermögenslosen Alt-Mantels für den Betrieb eines neuen Unternehmens in der Rechtsform der GmbH (*Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 3 Rdnr. 156).

Die Beklagte hat eingeräumt, dass aufgrund betrieblicher Umstände das operative Geschäft der Schuldnerin „ruhiger“ geworden sei. Wie ihre Behauptung, es sei jedoch nicht zu einer Einstellung der Geschäftstätigkeit gekommen, mit den sich aus der Bilanz zum 31.12.2004 ergebenden Zahlen für 2003 vereinbar sein soll, hat die Beklagte nicht dargelegt, so dass dem nur allgemeinen Beweisangebot im Schriftsatz vom 4.7.2007 nicht nachzugehen war. Die Feststellung des LG, es habe im Hinblick auf den Jahresabschluss vom 31.12.2004 keinen Zweifel daran, dass der vormalige Geschäftsbetrieb der Schuldnerin eingestellt worden war, wurde im Berufungsverfahren auch nicht mehr angegriffen.

2. Die Verwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels ist nach dem Beschluss des BGH vom 7.7.2003 (a. a. O.) gegenüber dem Registergericht offenzulegen. Diese Offenlegung ist mit der – am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtenden – Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden. Die Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister vom 21.7.2004 gemäß Urkunde des Notars T. enthält weder eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung noch eine Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG. Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Schuldnerin ist eine Offenlegung dieser wirtschaftlichen Neugründung in der gebotenen Weise unstrittig nicht erfolgt.

3. Nach der Entscheidung des BGH vom 7.7.2003 (a. a. O., Tz. 15) ist die reale Kapitalaufbringung als zentrales, die Haftungsbegrenzung auf das Gesellschaftsvermögen rechtfertigendes Element bei der Mantelverwendung nicht nur durch die registergerichtliche Präventivkontrolle, sondern weitergehend auf der materiellrechtlichen Haftungsebene durch entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung – bezogen auf den Stichtag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht – sicherzustellen.

a) Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass die Gesellschafter, wenn sie mit der sofortigen Aufnahme der Geschäfte vor Anmeldung und Offenlegung einverstanden waren, für Verluste eintreten müssen, die bis zu dem genannten Stichtag entstanden sind; dies entspricht dem Unterbilanzhaftungskonzept. Ob dies auch dann gilt, wenn vor der Anmeldung/Offenlegung das neue Projekt scheitert, also die sog. Verlustdeckungshaftung oder die Regeln über die unechte Vorgesellschaft gelten sollen, hat der BGH nicht entschieden und am 7.7.2003 auch nicht entscheiden müssen (*Goette*, DStR 2004, 461, 464).

b) Unterbleibt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, an die der BGH als Stichtag anknüpft, führt dies nach Ansicht des Senats grundsätzlich (zu etwaigen Entlastungsmöglichkeiten s. u. unter c) zu einer zeitlich unbeschränkten Haftung der Gesellschafter.

Dies entspricht der Auffassung des OLG Jena (NotBZ 2007, 26 und MittBayNot 2005, 60), dass bei späteren Vermögensminderungen der GmbH jederzeit die Vorbelastungshaftung eingreifen kann, wenn zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung das satzungsmäßige Stammkapital der GmbH

zwar uneingeschränkt vorhanden war, jedoch eine Offenlegung unterblieben ist.

Auch in der Literatur wird der Beschluss des BGH vom 7.7.2003 ganz überwiegend dahingehend verstanden, dass er zur Konsequenz habe, Gesellschafter einer Mantel-GmbH, die – aus welchen Gründen auch immer – diesen Beschluss nicht beachten und später mit ihrem Unternehmen scheitern, hafteten entgegen § 13 Abs. 2 GmbHG bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger persönlich unbegrenzt. Die Rechtsprechung des BGH wird allerdings vor allem wegen dieses Ergebnisses kritisiert (vgl. z. B. *Altmeppen*, DB 2003, 2050, 2051; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 14c; *K. Schmidt*, NJW 2004, 1345, 1350; *Wicke*, NZG 2005, 409, 411).

Nach Ansicht von *Schütz* (NZG 2004, 746, 748) soll dagegen in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die mit einer nicht offengelegten wirtschaftlichen Neugründung einhergehenden Satzungsänderungen ins Handelsregister eingetragen wurden, nur eine Unterbilanzhaftung greifen, die auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Satzungsänderungen zum Handelsregister bezogen wird. Dies entspricht der von der Beklagten im Schriftsatz vom 7.2.2008 vertretenen Meinung, Voraussetzung für eine Unterbilanzhaftung sei eine Differenz zwischen dem Wert des Gesellschaftsvermögens und dem Stammkapital zum Zeitpunkt der Wiederbelebung der Gesellschaft und diese habe der Kläger darzulegen und zu beweisen. Diese Auffassung ist jedoch nicht mit der Rechtsprechung des BGH vereinbar. Nach dem Beschluss des BGH vom 26.11.2009 (NZG 2008, 147), dem ein dem streitgegenständlichen vergleichbarer Fall zugrunde lag, kann nur bei Altfällen aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht an die im Wege der Rechtsfortbildung entwickelte Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung als Stichtag für die (bis dahin andauernde) Unterbilanzhaftung angeknüpft werden.

c) Die im Schrifttum an der Rechtsfortbildung durch den BGH geäußerte Kritik (z. B. *Altmeppen*, DB 2003, 2050, 2051 f.), steht einer entsprechenden Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung jedenfalls nicht grundsätzlich entgegen, da den Bedenken gegen eine „unabsehbare Haftung“ nach Ansicht des Senats insbesondere dadurch Rechnung getragen werden könnte, dass es den Gesellschaftern und Geschäftsführern ermöglicht wird, sich durch den Nachweis haftungsbefreiend zu entlasten, dass im Zeitpunkt der Revitalisierung der „GmbH-Hülse“ das statutarische Stammkapital durch Gesellschaftsvermögen gedeckt war (vgl. *Altmeppen*, DB, 2003, 2050, 2052; *Goette*, DStR 2004, 461, 465). Auch der von *Goette* (a. a. O. Fn. 25) zitierte Vorschlag *Ulmers*, Differenzhaftungsgrundsätze entsprechend § 9 GmbHG heranzuziehen, um so das sich in Jahren sonst u. U. ins Uferlose steigende Haftungsrisiko des „nichtsahnend“ agierenden Gesellschafters zu beschränken, kommt zur Haftungsbegrenzung in Betracht. *Ulmer* unterscheidet zwischen der Verwendung eines vermögenslosen Alt-Mantels (einer „leeren Hülse“) und sonstigen Fällen der Wiederverwendung einer zwar nicht nur vorübergehend inaktiven, jedoch noch über eigenes Vermögen verfügenden GmbH für den neuen Geschäftsbetrieb. Seiner Ansicht nach ist auch bei dem letztgenannten Fall zwar an der Pflicht der Anmeldenden zur Offenlegung der Wiederverwendung des Alt-Mantels festzuhalten, er hält es jedoch schon angesichts der Abgrenzungsprobleme gegenüber der den Gesellschaftern freistehenden bloßen Reorganisation einer noch aktiven GmbH unverhältnismäßig, als Sanktion der Nichtoffenlegung zur grundsätzlich unbegrenzten Unterbilanzhaftung der Gesellschafter zu

kommen. Es reiche vielmehr aus, die Gesellschafter in derartigen Fällen analog § 9 GmbHG auf die Differenz zwischen Stammkapital und im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich vorhandenem Gesellschaftsvermögen haften zu lassen. Freilich sollte der Nachweis des bei der Anmeldung der Satzungsänderungen vorhandenen Vermögens und seines Wertes mangels Registerkontrolle Sache der sich hierauf berufenden Gesellschafter sein (*Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 3 Rdnr. 166). Bei der Verwendung eines praktisch vermögenslosen Altmantels erscheinen *Ulmer* dagegen die mit der Analogie verbundenen Haftungssanktionen einer zeitlich und höhenmäßig unbegrenzten Unterbilanzhaftung für Gesellschafter und Geschäftsführer sowie die Pflicht zur Offenlegung der Neugründung gegenüber dem Registergericht angemessen (*Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 3 Rdnr. 156).

Ob die Möglichkeit einer Entlastung oder Haftungsbeschränkung auf die Differenz zwischen Stammkapital und im Zeitpunkt der Anmeldung tatsächlich vorhandenem Gesellschaftsvermögen anzuerkennen ist, kann hier offenbleiben, da sich die Beklagte insoweit auf den pauschalen Vortrag beschränkt hat, eine Differenz zwischen Stammkapital und Wert des Gesellschaftsvermögens habe nicht vorgelegen. Das LG hatte im Beschluss vom 3.4.2008 indes ausgeführt, dass es Sache der Antragsgegner sei, darzulegen und ggf. nachzuweisen, dass das satzungsmäßige Stammkapital bis zur Eintragung der Neugründung noch voll vorhanden oder wieder aufgefüllt war. Dazu lägen keine substantiierten Angaben der Antragsgegner vor.

d) Dass die Beklagte im März 2006 vorsorglich als Einlage auf das Stammkapital insgesamt 25.000 € gezahlt hat, obwohl die Stammeinlage auf den übertragenen Geschäftsanteil nach Versicherung des Veräußerers R. K. voll eingezahlt war, führt nicht zu einer Haftungsbefreiung. Der Kläger macht keinen Anspruch auf Erbringung der Stammeinlage geltend. Eine wirtschaftliche Neugründung löst auch keine neuen Einlagepflichten aus. Der BGH spricht in dem Beschluss vom 7.7.2003 von einer entsprechenden Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung, nicht dagegen von einer entsprechenden Anwendung der §§ 5, 7, 19 GmbHG. Mit der Zahlung der Beträge von 15.000 € und 10.000 € war weder eine Offenlegung der bereits 2004 erfolgten wirtschaftlichen Neugründung noch eine Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 GmbHG verbunden.

4. Die Beklagte haftet als Alleingesellschafterin der Schuldnerin. Der Erwerber eines Geschäftsanteils haftet auch für Ansprüche aus Differenzhaftung und Unterbilanzhaftung (*Ulmer/Winter/Löbke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 33; *Scholz/Winter/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 40). Für die vom BGH im Beschluss vom 7.7.2003 entwickelte entsprechende Anwendung des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung gilt nach Auffassung des Senats nicht anderes.

a) Die Unterbilanzhaftung sichert das Vertrauen der Gläubiger auf den ungeschmälernten Bestand des Stammkapitals im Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft (*Geck*, DStR 1996, 627, 629). Dementsprechend soll durch die im Beschluss des BGH vom 7.7.2003 festgelegte Pflicht, eine wirtschaftliche Neugründung dem Registergericht offenzulegen und das Vorhandensein des statutarischen Stammkapitals zu versichern, das Registergericht einen Anstoß erhalten zu prüfen, ob für das neue Unternehmen die Kapitalschutzvorschriften beachtet worden sind und die – neuen – Gläubiger gewiss sein können, mit einer Gesellschaft in Beziehungen zu treten, die zumindest im Zeitpunkt der Offenlegung über einen Haftungsfonds und eine Betriebsvermögensreserve in der von den Gesellschaftern selbst festgelegten Höhe verfügt (*Goette*,

DStR 2004, 461, 463). Aus dem mit der vom BGH angeordneten entsprechenden Anwendung der Unterbilanzhaftung verfolgten Zweck ergibt sich, dass nicht nur die Gesellschafter haften, die einen leeren GmbH-Mantel wiederbelebt haben ohne dies offenzulegen, sondern auch neue Gesellschafter.

b) Das Schleswig-Holsteinische OLG (ZIP 2007, 822; Urteil vom 4.5.2007, Az. 5 U 100/06, Tz. 35) hielt es zwar für fraglich, ob eine derartige Unterbilanzhaftung auch gegenüber einem Erwerber von Geschäftsanteilen geltend gemacht werden kann, weil für den ähnlich gelagerten Fall eine Haftung wegen Auszahlung der Stammeinlage eine Nacherwerberhaftung überwiegend abgelehnt wird, konnte die Frage aber letztlich offenlassen. Nach Ansicht des Senats ist die entsprechende Anwendung der Unterbilanzhaftung jedoch weder mit der Auszahlung der Stammeinlage entgegen § 30 GmbHG noch mit der Gründerhaftung aus § 9 a GmbHG oder Schadensersatzpflichten vergleichbar, die durch schuldhaftes Verhalten entstanden sind. Für Letztere haftet nach wohl überwiegender Meinung im Schrifttum (*Ulmer/Winter/Löbke*, GmbHG, § 16 Rdnr. 36; *Scholz/Winter/Seibt*, GmbHG, § 16 Rdnr. 40; a. A. *Geck*, DStR 1996, 627, 629) allein der Veräußerer. Während sich die Gründerhaftung nach § 9 a GmbHG nicht unmittelbar aus der Mitgliedschaft, sondern aus einem schuldhaften Verhalten des Gesellschafters ergibt, der falsche Angaben gemacht hat, lässt sich der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur analogen Unterbilanzhaftung bei wirtschaftlicher Neugründung nicht entnehmen, dass diese Verschulden des Gesellschafters oder Geschäftsführers voraussetzt.

c) Entgegen der Ansicht der Beklagten führt der Umstand, dass sie 2005 den Geschäftsanteil an einer aktiven GmbH erworben hat, nicht ohne weiteres dazu, dass die Grundsätze der analogen Gründerhaftung für sie nicht anwendbar sind. Ihre Argumentation, dem Erwerber eines GmbH-Anteils sei es nicht möglich, alle Veränderungen der Gesellschaft und alle registerrechtlichen Schritte zu überprüfen, greift jedenfalls dann nicht durch, wenn es sich – wie hier – um den auch für Außenstehende leichter erkennbaren Fall einer Wiederbelebung einer vermögenslosen GmbH handelt. Der Beklagten wäre es Ende 2005 ohne weiteres möglich gewesen, sich den Jahresabschluss zum 31.12.2004 vorlegen zu lassen, aus dem sich ergibt, dass die Schuldnerin Ende 2003 über keine Aktiva verfügte.

d) Ob die Beklagte von der im Jahr 2004 erfolgten Mantelverwendung positive Kenntnis hatte, ist unerheblich. Auch die Unterbilanzhaftung nach einer Mantelverwendung setzt nicht voraus, dass sich der Gesellschafter, der eine GmbH wirtschaftlich neu gründet ohne die Rechtsprechung des BGH zu beachten, dessen bewusst ist.

Anmerkung:

– zugleich auch Anmerkung zu BGH, MittBayNot 2010, 324 (in diesem Heft) –

Die beiden vorstehenden Entscheidungen behandeln Fragen der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Neugründung von GmbHs. Hier gilt seit den Entscheidungen des BGH vom 9.12.2002¹ und 7.7.2003² der Grundsatz, dass auf die Verwendung von Vorrats- oder Mantelgesellschaften die Gründungsvorschriften des GmbHG analog anzuwenden sind.

¹ BGH, DNotZ 2003, 443 = MittBayNot 2003, 230.

² BGH, DNotZ 2003, 951 = MittBayNot 2004, 133 (nur LS).

I. Die Entscheidung des BGH

Der BGH präzisiert die tatbestandlichen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Neugründung. Hier stellt sich das Problem, die wirtschaftliche Neugründung von einer Umstrukturierung, Sanierung oder anderweitigen Neuausrichtung einer Gesellschaft abzugrenzen. Der BGH stellt in seiner Grundsatzentscheidung vom 7.7.2003 darauf ab, „ob die Gesellschaft noch ein aktives Unternehmen betrieb, an das die Fortführung des Geschäfts – sei es auch unter wesentlicher Umgestaltung, Einschränkung oder Erweiterung seines Tätigkeitsgebiets – in irgendeiner wirtschaftlich noch gewichtigen Weise anknüpft oder es sich tatsächlich um einen leer gewordenen Gesellschaftsmantel ohne Geschäftsbetrieb handelt, der seinen neuen oder alten Gesellschaftern nur dazu dient, unter Vermeidung der rechtlichen Neugründung einer die beschränkte Haftung gewährleistende Kapitalgesellschaft eine gänzlich neue Geschäftstätigkeit – ggf. wieder – aufzunehmen“.³

Die vorstehenden Ausführungen des BGH zur Abgrenzung der Umorganisation von einer wirtschaftlichen Neugründung sind nicht eindeutig und haben daher Unsicherheiten in der Praxis nach sich gezogen. So stellte sich bislang insbesondere die Frage, ob die Revitalisierung einer nicht mehr unternehmerisch tätigen Hülse notwendige Voraussetzung für eine wirtschaftliche Neugründung ist oder bereits die völlige Umstellung des bisherigen Unternehmensgegenstandes und die Aufnahme eines gänzlich anderen Geschäftsbetriebs (z.B. Hosenknopfproduktion statt Hubschrauberproduktion)⁴ eine wirtschaftliche Neugründung darstellen. Denn auch in diesem Fall wird nicht an die bisherige unternehmerische Tätigkeit „angeknüpft“. Würde man dies annehmen, müssten bei jeder Neuausrichtung des Unternehmens und der damit verbundenen grundlegenden satzungsmäßigen Änderung des Unternehmensgegenstandes vorsorglich die Anforderungen einer wirtschaftlichen Neugründung beachtet werden und insbesondere eine Offenlegung in der Handelsregisteranmeldung erfolgen. Auf der Grundlage des Gedankens der Vermeidung der Umgehung von Gründungsvorschriften wurde schon bislang die Revitalisierung einer überhaupt nicht mehr unternehmerisch tätigen GmbH als notwendige Voraussetzung in der Literatur gefordert.⁵

Der BGH stellt diese enge Sichtweise nunmehr in der zu besprechenden Entscheidung ausdrücklich klar und schafft hier Rechtssicherheit. Zwar knüpft er in seinen Leitsätzen textlich an die interpretationsbedürftigen Ausführungen in den Entscheidungsgründen seiner Grundsatzentscheidung vom 7.7.2003 an. Er interpretiert sie nunmehr aber unter Rückgriff auf den Begriff der „leeren Hülse“ einer GmbH, die kein aktives Unternehmen mehr betreibt, eindeutig in dem dargestellten engeren Sinn. Für das tatbestandliche Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung kommt es somit allein auf die Unternehmenslosigkeit der Gesellschaft an, ohne dass zusätzliche Voraussetzungen wie eine Veräußerung von Anteilen, einer Änderung von Firma, Unternehmensgegenstand oder Sitz vorliegen müssen. Maßgeblich abgestellt wird in der Entscheidung des BGH auf die grundlegende Funktion der Rechtsfigur, im Interesse des Rechtsverkehrs eine Umgehung der präventiv wirkenden gläubigerschützenden Regeln der Kapitalaufbringung zu vermeiden. Trotz der Schwächung der präventiven Kapitalaufbringung durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Vermeidung von Miss-

bräuchen (MoMiG),⁶ insbesondere durch das zulässige offen gelegte Hin- und Herzahlen der Einlage (§ 19 Abs. 5 GmbHG) oder die Einführung der Unternehmergeellschaft mit geringem Stammkapital (§ 5 a GmbHG), misst der BGH der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle offenbar nach wie vor große Bedeutung zu.

Im konkreten Fall wurde eine GmbH im April 2003 gegründet und im Mai 2003 eingetragen. Die Geschäftstätigkeit wurde erst im November 2003 aufgenommen. In der Zwischenzeit wurden Vorbereitungstätigkeiten zur Verwirklichung der mit der Gründung angestrebten Geschäftstätigkeit entfaltet, ohne dass die Geschäftstätigkeit nach außen bereits aufgenommen worden ist. Eine Umgehung der Gründungsvorschriften lag hier nicht vor, sondern eine sorgfältige und seriöse Vorbereitung der Aufnahme der Geschäftstätigkeit. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass eine wirtschaftliche Neugründung sogar dann vorliegen kann, wenn nach vorübergehender Einstellung einer unternehmerischen Tätigkeit durch denselben Gesellschafter-Geschäftsführer dieselbe unternehmerische Tätigkeit wieder aufgenommen wird. Hier bleiben Abgrenzungsschwierigkeiten erhalten.

II. Die Entscheidung des OLG München

Das Urteil des OLG München behandelt eine Rechtsfolge der Nichtbeachtung der Gründungsvorschriften bei der wirtschaftlichen Neugründung, nämlich die sog. Unterbilanzhaftung. Die Unterbilanzhaftung wurde von der Rechtsprechung zunächst bei der regulären Gründung (Neueintragung einer GmbH) entwickelt. Danach gilt der Grundsatz: Um sicherzustellen, dass das Stammkapital zumindest im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH wertmäßig vorhanden ist, haften die Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Vor-GmbH anteilig, aber unbeschränkt der GmbH gegenüber (Innenhaftung) entsprechend ihrer Beteiligungsquote (pro-ratarisch)⁷ für alle im Zeitpunkt der Eintragung der GmbH vom Gesellschaftsvermögen nicht abgedeckte Verluste bis zur Höhe des Stammkapitals jedoch abzüglich des satzungsmäßig festgelegten Gründungsaufwands.⁸ Bei der wirtschaftlichen Neugründung tritt an die Stelle der Eintragung der GmbH der Tag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister. Bezogen auf diesen Stichtag muss die Unversehrtheit des Stammkapitals gewährleistet sein.

Die Anwendbarkeit der Unterbilanzhaftung führt in der praktischen Konsequenz zu erheblichen Haftungsrisiken, insbesondere bei der Verwendung von Mantelgesellschaften. Der die Mantelgesellschaft aktivierende Gesellschafter haftet im Ergebnis nahezu unbeschränkt⁹ für sämtliche Verbindlichkeiten, die in der bisherigen Gesellschaft begründet worden und nicht durch das bei der wirtschaftlichen Neugründung vorhandene nach der Satzung erforderliche Kapital gedeckt sind. Unterbleibt die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht, führt dies zu einer zeit-

⁶ Vgl. *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, Einführung, Rdnr. 11, 21 ff.

⁷ Fällt einer der pro-ratarischen haftenden Gesellschafter aus, greift die subsidiäre Haftung der Mitgesellschafter nach § 24 GmbHG ein. Ob die Ausfallhaftung auf die Höhe des Stammkapitals der GmbH beschränkt ist, ist von der Rechtsprechung noch nicht geklärt (vgl. BGH, DNotZ 2002, 472, 474 f.). In der Literatur ist diese Rechtsfrage umstritten (vgl. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 24 Rdnr. 8).

⁸ BGH, NJW 1997, 1507; BAG, NJW 1998, 628.

⁹ Der Umfang der Haftung für die Mitgesellschafter ist insbesondere davon abhängig, ob die Ausfallhaftung auf die Stammkapitalziffer beschränkt wird (vgl. Fn. 7).

³ BGH, DNotZ 2003, 951, 954 = MittBayNot 2004, 133 (nur LS).

⁴ So ein Beispiel von *Altmeyden*, DB 2003, 2050, 2053.

⁵ Vgl. *Goette*, DStR 2004, 461, 465.

lich unbeschränkter Haftung der Gesellschafter auch für die Geschäftstätigkeit nach der Aktivierung der GmbH trotz ihrer erfolgten Registrierung.

Konsequenz einer analogen Anwendung der Gründungsvorschriften ist auch, dass die Unterbilanzhaftung – wie im zu besprechenden Fall – den Erwerber eines GmbH-Anteils trifft, und zwar verschuldensunabhängig auch denjenigen, der vom Vorliegen der Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Neugründung gar keine Kenntnis hat und an ihr nicht beteiligt war. Den Grundsatz des BGH der Gleichstellung der wirtschaftlichen Neugründung zur echten Neugründung wendet das OLG München im vorliegenden Fall konsequent an. Denn gemäß § 16 Abs. 2 GmbHG haftet ein Anteilserwerber neben dem Veräußerer für im Zeitpunkt der Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister rückständige Einlageverpflichtungen. Der Begriff der rückständigen Einlageverpflichtung erfasst auch eine Unterbilanzhaftung, die ja nicht auf die Stammkapitalziffer beschränkt ist.¹⁰

Die scharfe Folge der Unterbilanzhaftung bei der wirtschaftlichen Neugründung wird in der Literatur kritisiert.¹¹ Es werden daher verschiedene Modelle von Entlastungsmöglichkeiten diskutiert:

(1) Teilweise wird gefordert, den Gesellschaftern den haftungsbefreienden Entlastungsbeweis zu ermöglichen, dass das Stammkapital im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung, also bei Aufnahme des „neuen“ Unternehmens, voll gedeckt war.¹²

(2) Nach einer anderen Auffassung soll der vorstehende Entlastungsbeweis des Fehlens einer Unterbilanz im Zeitpunkt der Revitalisierung der „GmbH-Hülse“ nur ausnahmsweise zugelassen werden, nämlich wenn bei der wirtschaftlichen Neugründung kein Anlass für die Konsultation eines Rechtsberaters wie eines Rechtsanwaltes oder Notars bestand,¹³ insbesondere also eine Satzungsänderung nicht erforderlich war.

(3) Schließlich wird der Einwand der Beseitigung der Unterbilanz befürwortet.¹⁴ Wird danach die Unterbilanz nach dem Stichtag der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung durch Einlagen der Gesellschafter, Gewinne der Gesellschaft, Auflösung von Rückstellungen oder andere Maßnahmen beseitigt, soll auch die Haftung entfallen. Diese Auffassung hilft somit nur in Sachverhalten, in denen später eine Offenlegung tatsächlich erfolgt, was in der Entscheidung des OLG München nicht geschehen ist.

Ob die Entlastungsmöglichkeiten nach Ziffer (1) und (2) eingreifen, konnte im zu besprechenden Fall offenbleiben, da es hierzu nach den Entscheidungsgründen an einem Sachvortrag fehlte. Ob die höchstrichterliche Rechtsprechung eine solche Entlastungsmöglichkeit zulassen wird, lässt sich naturgemäß nur schwer prognostizieren. Wendet man jedoch das Dogma des BGH der Gleichstellung der wirtschaftlichen Neugründung zur echten Neugründung einer GmbH konsequent an, muss der Entlastungsbeweis versagt bleiben, da es an dem der Eintragung vergleichbaren Tatbestand der Offenlegung gefehlt hat. Diese Gleichsetzung von Eintragung und Offenlegung führt zu überschießenden Haftungsrisiken bei der

wirtschaftlichen Neugründung. Denn im Gegensatz zum klar feststellbaren Tatbestand der Eintragung einer GmbH ist das Vorliegen einer wirtschaftlichen Neugründung für die Beteiligten weniger leicht erkennbar. Ihnen ist aufgrund der bereits erfolgten Registrierung der GmbH regelmäßig nicht bewusst, dass sie bis zur Offenlegung letztlich einer unbeschränkten Haftung mit demselben Risiko wie ein persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft ausgesetzt sind. Trotzdem erscheint es nicht überzeugend, wie die unter Ziffer (2) dargestellte Auffassung auf die Notwendigkeit der Einholung von Rechtsrat bei der Revitalisierung der GmbH abzustellen. Denn übersieht der Rechtsberater schuldhaft das Vorliegen des Tatbestandes einer wirtschaftlichen Neugründung kann dessen Haftung in Anspruch genommen werden. Zudem lässt sich ein derartiges Differenzierungskriterium in keiner Weise aus dem Gesetz entnehmen.

Der Einwand der nachträglichen Beseitigung der Unterbilanz liegt nicht auf der Linie der Rechtsprechung des BGH. Ein solcher Einwand wird auch bei der Unterbilanzhaftung im Fall einer echten Neugründung vom BGH nicht zugelassen.¹⁵ Bei einer verbotenen Einlagenrückgewähr nach § 30 GmbHG entfällt der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG ebenfalls nicht, wenn das Gesellschaftsvermögen zwischenzeitlich anderweitig bis zur Höhe des Stammkapitals hergestellt ist.¹⁶

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Haftungsregime im GmbH-Recht unterschiedlich streng ausgeprägt und nicht aufeinander abgestimmt sind. In Fällen des Hin- und Herzählens hat der BGH vor der Neufassung des § 19 Abs. 5 GmbHG durch das MoMiG angenommen, dass keine Leistung zur endgültigen freien Verfügung des Geschäftsführers vorliegt (§ 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).¹⁷ Jedoch hat er eine einfache Heilungsmöglichkeit derartiger Fälle anerkannt. Kommt es später zur Rückzahlung des ausgereichten Darlehens an die Gesellschaft, gilt dies als Zahlung auf die noch offene Einlageschuld, selbst wenn die Zahlung irrig als „Darlehensrückzahlung“ bezeichnet wird.¹⁸

Schließlich ist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BGH zur Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG bei verbotener Einlagenrückgewähr einzugehen. Hier wird die Ausfallhaftung (Solidarhaftung) der übrigen, nicht die Einlagenrückgewähr empfangenden Gesellschafter, auf die Stammkapitalziffer beschränkt, und zwar mit dem Argument, unkalkulierbare Haftungsrisiken zu vermeiden.¹⁹ Dieser pauschale Argumentationsansatz würde auch Entlastungsmöglichkeiten nach den in Ziffer (1) und (2) dargestellten Auffassungen rechtfertigen. Auf jeden Fall könnte er auch im Bereich der Unterbilanzhaftung zu einer Begrenzung der Solidarhaftung führen. Dem Gesellschafter bzw. Erwerber eines Anteils ist aber mit diesem Ansatz nur beschränkt geholfen, da seine eigene pro-rata-Haftung bei entsprechender Unterbilanz auch höher als die Stammkapitalziffer liegen kann.

Im konkreten Fall hat der erwerbende Gesellschafter versucht, sich auf diese Haftungsbeschränkung auf die Stammkapitalziffer nach § 31 Abs. 3 GmbHG zu berufen, und zwar mit dem Argument, bei der Frage einer Unterbilanzhaftung nach Nichtoffenlegung einer Mantelverwendung handele es sich um einen vergleichbaren Fall zur nach § 30 GmbHG verbotenen Einlagenrückgewähr. Hinter dieser Argumentation

¹⁰ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 16 Rdnr. 42; Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 12.

¹¹ Altmeyden, DB 2003, 2050, 2052; Heidenhain, NZG 2003, 1051, 1053; Heidinger/Meyding, NZG 2003, 1129, 1133; Schmidt, NJW 2004, 1345, 1350; Wicke, NZG 2005, 409, 411.

¹² Altmeyden, DB 2003, 3050, 2052; Wicke, NZG 2005, 409, 411.

¹³ Goette, DStR 2004, 461, 465.

¹⁴ Heidenhain, NZG 2003, 1051, 1053.

¹⁵ BGHZ 165, 391 = DNotZ 2006, 539.

¹⁶ BGHZ 144, 336, 341 f. = MittRhNotK 2000, 348.

¹⁷ BGH, DNotZ 2006, 218 = GmbHR 2006, 43.

¹⁸ BGH, DNotZ 2006, 218 = GmbHR 2006, 43.

¹⁹ BGH, DNotZ 2002, 472, 473.

steht das unterschiedliche Haftungsregime für den Erwerber eines GmbH-Anteils im Fall einer Unterbilanz einerseits und einer verbotenen Einlagenrückgewähr andererseits. Bei der Unterbilanz haftet der Erwerber nach § 16 Abs. 2 GmbHG in derselben Weise wie der Veräußerer. Die verbotene Einlagenrückgewähr ist hingegen nicht von § 16 Abs. 2 GmbHG erfasst,²⁰ so dass ein Erwerber nur über § 31 Abs. 3 GmbHG im Wege der Ausfallhaftung und somit beschränkt auf die Stammkapitalziffer haftet. Die Argumentation mit § 30 GmbHG ist aber aufgrund der dogmatischen Einordnung einer wirtschaftlichen Neugründung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung von vornherein aussichtslos.

Schließlich zeigt die Entscheidung des OLG München die großen Haftungsrisiken für den Erwerber eines GmbH-Anteils in Fällen, in denen ein Anteil an einer GmbH erworben wird, bei der eine nicht offengelegte wirtschaftliche Neugründung vorliegt. Dieses Risiko kann nur über eine sorgfältige Ermittlung der Historie der GmbH durch den Erwerber vermindert werden. Für den vertragsgestaltenden Juristen stellt sich die Frage, ob die Entscheidung Anlass für eine Anpassung der Gewährleistungskataloge in Fällen von GmbH-Anteilsübertragungen gibt. Hier erscheinen folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

Bisher wird regelmäßig eine Garantie für die Aufbringung des Stammkapitals und des Nichtvorhandenseins einer verbotenen Einlagenrückgewähr vereinbart.²¹ Bei den gängigen Formulierungen stellt sich die Frage, ob sich die Garantie nur auf die Aufbringung des Stammkapitals bei der echten Neugründung bezieht oder auch auf den Fall der wirtschaftlichen Neugründung. Dass auch eine mögliche wirtschaftliche Neugründung einbezogen ist, sollte in der Formulierung ausdrücklich klargestellt werden.

Die Risiken eines Anteilserwerbers gehen jedoch über eine mögliche noch vorhandene Unterbilanz im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder eines anderen vereinbarten Stichtags für die Garantie (z. B. dinglicher Übergang des Anteils) hinaus. Denn ist die Offenlegung einer wirtschaftlichen Neugründung nicht erfolgt, haftet der Erwerber des Anteils auch für seine eigene Geschäftstätigkeit fort. Der Mangel der Offenlegung ist nämlich noch immer nicht behoben. Es erscheint daher sinnvoll, eine zusätzliche Garantie zu vereinbaren, wonach eine wirtschaftliche Neugründung der GmbH nicht erfolgt ist bzw. sämtliche wirtschaftlichen Neugründungen ordnungsgemäß offengelegt wurden. Zu beachten ist, dass im Fall einer solchen Garantie in dem Verhältnis der Vertragsbeteiligten zueinander der Veräußerer letztlich die Haftung für den wirtschaftlichen Misserfolg der Geschäftstätigkeit des Erwerbers übernimmt. Denn beim Erwerber kann sich eine mögliche Unterbilanz noch verschärfen oder sogar erst entstehen. Trotzdem erscheint diese Risikoverteilung gerechtfertigt, weil der Erwerber bei fehlender Kenntnis der wirtschaftlichen Neugründung davon ausgehen konnte, seine Geschäftstätigkeit in einer haftungsbeschränkenden Rechtsform auszuüben.

Stellt die zu beurkundende Anteilsübertragung in Verbindung mit weiteren damit im Zusammenhang stehenden tatsächlichen und rechtlichen Maßnahmen selber eine wirtschaftliche Neugründung dar und wird diese ordnungsgemäß offengelegt, entsteht das zusätzliche Problem, ob die Offenlegung

der zweiten wirtschaftlichen Neugründung den Mangel der Nichtoffenlegung der ersten wirtschaftlichen Neugründung in dem Sinne heilt, dass nur für die bei Offenlegung der zweiten wirtschaftlichen Neugründung vorhandene Unterbilanz gehaftet werden muss. Diese Heilungswirkung ist zu bejahen. Denn die Offenlegung hat dieselbe Funktion wie die Eintragung der GmbH bei echter Neugründung. Dem Rechtsverkehr ist bewusst, dass bezogen auf diesen Tag das Stammkapital unversehrt zur Verfügung steht bzw. stehen muss. Der Sinn und Zweck der Unterbilanzhaftung ist erfüllt. Die Haftungsrisiken eines Erwerbers eines GmbH-Anteils sind somit geringer, wenn im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung selber eine offengelegte wirtschaftliche Neugründung vorliegt.

Notar Dr. Sebastian Apfelbaum, Lohr a. Main

11. GmbHG §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 9 c Abs. 2 Nr. 2, 40 Abs. 1 und Abs. 2 (Nummerierung der Gesellschafterliste)

1. **Auch dann, wenn die geänderte Gesellschafterliste einer GmbH durch den Urkundsnotar zum Handelsregister eingereicht wird, hat das Registergericht zu prüfen, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht.**
2. **Bei der Einreichung einer solchen neuen Gesellschafterliste ist die ursprünglich vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile beizubehalten (Anschluss an LG Augsburg, NZG 2009, 1032 = Rpfleger 2009, 514 und gegen LG Stendal, NotBZ 2009, 422).**

OLG Bamberg, Beschluss vom 2.2.2010, 6 W 40/09; mitgeteilt von Peter Herdegen, Richter am OLG Bamberg

Der Beschwerdeführer ist Notar. Am 2.11.2009 reichte er beim AG Coburg – Registergericht – eine von ihm erstellte Gesellschafterliste ein, die wie folgt aufgebaut war:

Lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Bisherige lfd. Nr. der Geschäftsanteile	Gesellschafter (Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort bzw. Firma und Sitz)	Anzahl der einzelnen Geschäftsanteile (in DM)	Summe der Nennbeträge	Veränderungen

In der vom Beschwerdeführer vorgelegten Liste waren unter den laufenden Nummern 1 bis 12 der 1. Spalte die Namen der bisherigen Gesellschafter, deren Anzahl der Geschäftsanteile sowie die Summe der Nennbeträge angegeben. Diese Eintragungen waren jeweils vom Beschwerdeführer durchgestrichen worden. Unter den laufenden Nummern 13 bis 24 der 1. Spalte folgten die Namen der neuen Gesellschafter, die mit Vertrag vom 2.11.2009 die Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben haben, sowie für jeden Gesellschafter die Anzahl der Geschäftsanteile und die Summe der Nennbeträge.

Mit Schreiben vom 11.11.2009 beanstandete der Rechtspfleger des Registergerichts die vom Beschwerdeführer vorgelegte Gesellschafterliste, insbesondere sollte die Nummerierung in Spalte 1 der Liste nach den Streichungen mit den lfd. Nrn. 1 ff. fortgesetzt werden.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Das Registergericht hat zu Recht die vom Beschwerdeführer vorgelegte Gesellschafterliste beanstandet und deren Veröffentlichung abgelehnt.

²⁰ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 31 Rdnr. 7.

²¹ Vgl. etwa die Formulierung von Gerber in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 5, Rdnr. 2, § 5 Ziffer (1) 1.3: „Das Stammkapital der Gesellschaft ist in voller Höhe ordnungsgemäß durch Bareinlage erbracht und offene oder verdeckte Rückzahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen sind nicht erfolgt.“

Das Registergericht war zu dieser Prüfung und Entscheidung befugt. Zwar weist der Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass dem Registergericht kein materielles Prüfungsrecht hinsichtlich der nach § 40 Abs. 2 GmbHG einzureichenden Gesellschafterliste zusteht. Das Registergericht hat jedoch zu prüfen, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht, da § 40 GmbHG gläubigerschützend i. S. v. § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist (LG Augsburg, Rpfleger 2009, 514; LG Stendal, NotBZ 2009, 422; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl., Nachtrag MoMiG, § 40 Rdnr. 11; *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, 19. Aufl., § 40 Rdnr. 75; *Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 6). Im Rahmen dieser Prüfungscompetenz hat das Registergericht zu Recht die Form der Nummerierung in der vom Beschwerdeführer vorgelegten Liste beanstandet.

Ob eine einmal vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile einer Gesellschafterliste beibehalten werden muss, wenn aufgrund einer Veränderung im Bestand der Gesellschafter nach § 40 GmbHG eine neue Gesellschafterliste erstellt und beim Registergericht eingereicht werden muss, ist umstritten. Teilweise wird die Beibehaltung der ursprünglichen Nummerierung der Geschäftsanteile nicht für notwendig erachtet (LG Stendal, a. a. O.). Es reiche aus, wenn aus der Liste die aktuellen Gesellschafter mit den diesen zuzuordnenden Geschäftsanteilen zu entnehmen seien (LG Stendal, a. a. O.). Nach anderer Auffassung ist die einmal vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile dagegen beizubehalten (LG Augsburg, Rpfleger 2009, 514; *Scholz/Schneider*, GmbHG, Nachtrag MoMiG, § 40 Rdnr. 12; *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, § 40 Rdnr. 13).

Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Nach dem Wortlaut von § 40 Abs. 1 GmbHG in der seit dem 1.11.2008 geltenden Fassung haben die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die *laufenden Nummern* der von einem jeden derselben *übernommenen Geschäftsanteile* (Anm.: Hervorhebungen durch den Senat) zu entnehmen sind. Bereits diese Formulierung zum Inhalt der Liste deutet darauf hin, dass die vom Gesetz geforderte laufende Nummerierung sich auf die vorhandenen Geschäftsanteile bezieht. Die Nummerierung repräsentiert deshalb nicht nur die Anzahl der Eintragungen in der Liste. Vielmehr soll durch die laufende Nummerierung jeder Geschäftsanteil eine konkrete Individualisierung erhalten.

Zudem ist § 40 Abs. 1 GmbHG im Zusammenhang mit der ebenfalls neu gefassten Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zum Inhalt der Gesellschafterliste bei Neugründung einer GmbH zu sehen. Danach soll jedem vorhandenen Geschäftsanteil eine laufende Nummer zugeordnet sein, die bei der Gründung der Gesellschaft festgelegt wird (*Scholz/Schneider*, GmbHG, § 40 Rdnr. 11). Die Geschäftsanteile der Gesellschaft werden dadurch bereits bei der Gründung der GmbH fest mit einer Nummer verbunden. § 40 GmbHG knüpft mit den in Abs. 1 der Vorschrift genannten Anforderungen bezüglich des Inhalts der vorzulegenden Gesellschafterliste unmittelbar an die wortgleiche Formulierung in § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG an. In der neuen Gesellschafterliste sollen daher nur die vorgenommenen Änderungen dokumentiert werden (LG Augsburg, Rpfleger 2009, 514). Die Eintragungen der früheren Gesellschafterliste, die von den Änderungen nicht betroffen sind, sind beizubehalten. Das gilt auch für die Zuordnung einer laufenden Nummer zu einem Geschäftsanteil. Ändert

sich der Geschäftsanteil selbst nicht, weil dieser, wie im hier zu entscheidenden Fall, nur veräußert wurde, ändern sich zwar die Angaben zu den Gesellschaftern, nicht aber der Geschäftsanteil als solcher. Daher hat es in diesem Fall bei der alten Nummerierung zu verbleiben (*Scholz/Schneider*, GmbHG, § 40 Rdnr. 12).

Dieses Verständnis der vorgeschriebenen Nummerierung der Geschäftsanteile entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG. Die Bedeutung der Gesellschafterliste wurde durch die Neuregelungen des MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026) erheblich aufgewertet. Insbesondere ist nunmehr auf der Grundlage der Gesellschafterliste der gutgläubige Erwerb eines Geschäftsanteils oder eines Rechts an einem Geschäftsanteil möglich (§ 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Die Gesellschafterliste erhält dadurch die Funktion eines Rechtsscheinträgers, der über den aktuellen Stand der Geschäftsanteile und der Gesellschafter Auskunft gibt. Anders als beim Grundbuch ist hierfür eine chronologische Fortschreibung der Liste nicht erforderlich. Die Liste gewährt nur Vertrauensschutz im Hinblick auf die in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG genannten Angaben. Sie muss daher den Inhalt der vorangegangenen Liste nicht enthalten. Die Bedeutung der Gesellschafterliste verlangt nach einer übersichtlichen und eindeutigen Darstellung, aus der für einen Dritten zweifelsfrei erkennbar ist, welche Geschäftsanteile zum aktuellen Zeitpunkt vorhanden sind und von wem der einzelne Geschäftsanteil derzeit gehalten wird. Die Liste ist somit nicht chronologisch und mit Streichungen zu führen, sondern nur mit den vorgeschriebenen Angaben zu dem aktuellen Gesellschafterkreis (*Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, § 40 Rdnr. 8). Diesen Erfordernissen wird eine Gesellschafterliste aber nur dann gerecht, wenn die einmal vorgenommene Nummerierung der Geschäftsanteile in den nachfolgenden Listen beibehalten wird. Nur dann kann der Liste, ggf. durch einen Vergleich mit der ursprünglichen Gesellschafterliste, zweifelsfrei entnommen werden, ob bei einem konkreten Geschäftsanteil eine Veränderung in der Person des Gesellschafters oder ähnliche Veränderungen stattgefunden haben. Inwieweit die laufende Nummerierung Änderungen erfahren kann, wenn die Veränderung einen Geschäftsanteil selbst betrifft, etwa bei einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die vom Beschwerdeführer vorgelegte Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG jedenfalls im Hinblick auf die von ihm vorgenommene Art der Nummerierung nicht entspricht. Das Registergericht hat daher die Veröffentlichung dieser Liste zu Recht abgelehnt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Wicke*, MittBayNot 2010, 283 (in diesem Heft).

12. HGB § 18 Abs. 2 Satz 1 (*Firma mit Ortsangabe bedarf keines Nachweises über eine führende Stellung am Ort*)

1. **Die Aufnahme einer Ortsangabe in den Namen einer Firma stellt, gleich ob diese in attributiver oder substantivischer Form erfolgt, in der Regel nicht allein deshalb einen Verstoß gegen das Irreführungsverbot dar, weil die Firma keine führende oder besondere Stellung in dem Ort nachgewiesen hat. Anderes kann**

gelten, wenn zusätzliche Angaben in dem Firmennamen die Berühmung einer solchen besonderen Stellung nahelegen.

2. Die Firma „M. Hausverwaltung GmbH“ für eine Gesellschaft mit Sitz in einer Münchner Nachbargemeinde ist eintragungsfähig; auf eine führende oder besondere Stellung der Gesellschaft im Wirtschaftsraum München kommt es nicht an.

OLG München, Beschluss vom 28.4.2010, 31 Wx 117/09; eingesandt von Notar Dr. Robert Walz, München

Mit Anmeldung vom 16.6.2009 wurde für die Beteiligte zu 1 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, dass die Firma geändert worden sei; die neue Firma laute nunmehr „M. Hausverwaltung GmbH“. Nachdem das Registergericht eine Stellungnahme der IHK für M. und O. eingeholt hatte, erließ es am 13.7.2009 eine Zwischenverfügung, dass die Anmeldung nicht vollzogen werden könne. Bezug nehmend auf die Stellungnahme der Beteiligten zu 2 müsse die Satzung entsprechend geändert werden; „M.“ sei nicht eintragungsfähig, da der Beschwerdeführerin nicht die Stellung eines führenden Unternehmens der Branche für M. zukomme. Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 seine gegenteilige Rechtsauffassung mitgeteilt hatte, erging am 6.8.2009 eine weitere Zwischenverfügung mit dem Inhalt, dass es bei der Zwischenverfügung vom 13.7.2009 verbleibe. Aufgrund der von der Beteiligten zu 1 eingelegten Beschwerde hob das LG die Zwischenverfügung(en) des AG mit Beschluss vom 10.9.2009 auf. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet. (...)

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand. Die von dem LG getroffene Entscheidung erweist sich als rechtsfehlerfrei.

a) Rechtsfehlerfrei ist das LG zu dem Ergebnis gelangt, dass die in dem Firmennamen aufgenommene Ortsbezeichnung nicht gegen das Irreführungsverbot i. S. d. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB verstößt.

aa) Zur Irreführung geeignet i. S. d. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB sind solche Angaben, die bei einem Angehörigen der angesprochenen Verkehrskreise Fehlvorstellungen hervorrufen können. Ob eine Eignung zur Irreführung gegeben ist, ist vom Standpunkt der beteiligten Verkehrskreise, z. B. Käuferschaft, branchenkundige Kaufleute, Lieferanten und Kreditgeber, zu beurteilen (*Ensthaler/Steitz*, HGB, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 20). Im Zuge der Novellierung des § 18 Abs. 2 HGB durch das Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) dient als Maßstab in § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB nun nicht (mehr) das Verständnis eines „nicht unerheblichen Teils“ der angesprochenen Verkehrskreise, sondern – objektiviert – die Sicht des durchschnittlichen Angehörigen des betroffenen Personenkreises bei verständiger Würdigung (vgl. BT-Drucks. 13/8444, S. 53). Maßgebend ist also entsprechend europäischen Vorgaben auf den „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ (EuGH, EuZW 1998, 526 m. Anm. *Leible*) abzustellen (vgl. OLG Stuttgart, FGPrax 2004, 40, 41 m. w. N.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 472; *Ensthaler/Steitz*, HGB, § 18 Rdnr. 20; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Zimmer*, HGB, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 36; *MünchKommHGB/Heidinger*, 2. Aufl., § 18 Rdnr. 46). Die Irreführungseignung ist daher in der Regel normativ festzustellen (*Lutter/Welp*, ZIP 1999, 1073, 1079; *Ensthaler/Steitz*, HGB, § 18 Rdnr. 20). Demgemäß spielen für die Ermittlung der Verkehrsauffassung die früher häufig herangezogenen (Meinungsforschungs-)Gutachten oder Umfragen der Industrie-

und Handelskammer keine bedeutende Rolle mehr, auch wenn ein Rückgriff auf derlei Empirie bei Vorliegen besonderer Umstände im Einzelfall als Faktor für die zu treffende Entscheidung nach wie vor möglich ist (*Ensthaler/Steitz*, HGB, § 18 Rdnr. 20).

Das LG musste daher entgegen dem Beschwerdevorbringen vor seiner Entscheidung über die ihm bereits vorliegende Stellungnahme der Beteiligten zu 2 hinaus nicht zwingend eine weitere Stellungnahme einholen. Ein Verstoß gegen die dem LG obliegende Amtsermittlungspflicht liegt nicht vor.

bb) Im Rahmen des § 18 Abs. 2 HGB a. F. wurde nach herrschender Auffassung bei einer Verwendung von Ortsnamen in substantivischer Form zur Bezeichnung einer Firma diese eher als reine Ortsbezeichnung gesehen, während bei Verwendung des Ortsnamens in attributiver Form damit die Aussage einer besonderer Qualifikation und Leistungsfähigkeit in dem betreffenden Gebiet verbunden wurde (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 228; OLG Jena, Rpfleger 1996, 462; BayObLG, NJW-RR 1986, 839).

(1) Seit dem HRefG 1998 hat sich in der Literatur ein Wandel in der Auslegung des § 18 Abs. 2 HGB vollzogen. Aufgrund des geänderten Maßstabes (Sicht eines durchschnittlichen Angehörigen der angesprochenen Verkehrskreise) sei auch aus der Verwendung der attributiven Verwendung von Ortsnamen nicht herzuleiten, dass die Gesellschaft eine besondere Qualifikation oder Stellung behaupte. Weder bestehe eine Vermutung noch ein Erfahrungssatz für eine führende oder besondere Stellung des Unternehmens in dem in der Firma genannten Ort oder Gebiet (*MünchKommHGB/Heidinger*, § 18 Rdnr. 145; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Zimmer*, HGB, § 18 Rdnr. 56; *Ensthaler/Steitz*, HGB, § 18 Rdnr. 28; *Röhrich/Westphalen/Ammon/Ries*, HGB, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 67). Lediglich in besonders gelagerten (Einzel-) Fällen könne eine verständige Würdigung der in dem Firmennamen enthaltenen Angaben eine Berühmung einer Spitzenstellung oder Alleinstellung nahelegen (*MünchKommHGB/Heidinger*, § 18 Rdnr. 57).

(2) Auch in der Rechtsprechung hat sich ein solcher Wandel vollzogen. Die vor dem HRefG 1998 vertretene Auffassung, dass die Aufnahme einer geographischen Bezeichnung in die Firma auch eine Aussage über die Größe oder die Marktstellung des Unternehmens beinhalte, wird als überholt angesehen (vgl. OLG Stuttgart, FGPrax 2004, 40, 42; offengelassen OLG Frankfurt, FGPrax 2005, 1333; a. A. aber nicht tragend OLG Frankfurt, Rpfleger 2001, 428). Die Verwendung eines Ortsnamens stelle keinen Verstoß gegen das Irreführungsverbot i. S. d. § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB (mehr) dar, da solche geographischen Bezeichnungen regelmäßig nur als Hinweis auf den Sitz (Ort oder Region) oder das Haupttätigkeitsgebiet einer Firma verstanden werden (OLG Stuttgart, FGPrax 2004, 40, 42).

Dieser im Nachgang zur Novellierung des § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB geänderten Rechtsprechung tritt der Senat bei. Dabei ist es nach Auffassung des Senats auch unmaßgeblich, ob die in dem Namen der Firma aufgenommene Ortsbezeichnung in attributiver oder substantivischer Form verwendet wird.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der informierte Durchschnittsverbraucher der Art der Verwendungsform einer Ortsangabe (attributiv oder substantivisch) überhaupt einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt beimisst. Entgegen dem Beschwerdevorbringen verbindet der informierte Durchschnittsverbraucher nach Auffassung des Senats auch bei Verwendung des attributiven Zusatzes der Ortsbezeichnung nicht die – mit dem Erscheinungsbild der modernen Wettbewerbs-

wirtschaft im Widerspruch stehende – Vorstellung, dass das so firmierende Unternehmen das einzige oder einzige bedeutende Unternehmen dieser Art in der Region sei (vgl. auch OLG Stuttgart, FGPrax 2004, 40, 42). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch dann, wenn im konkreten Fall zusätzliche Angaben in den Firmennamen mit aufgenommen werden, die eine Alleinstellung oder eine besondere Bedeutung der Firma nahelegen.

Demgemäß ist im Hinblick auf das Irreführungsverbot i. S. d. § 18 Abs. 2 HGB grundsätzlich lediglich zu fordern, dass zu dem verwendeten geographischen Begriff überhaupt ein im weitesten Sinne realer Bezug gegeben ist (MünchKommHGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 143). Dies ist etwa dann gegeben, wenn die Firma ihren Sitz in dem angegebenen Ort hat, wobei es bei Angabe einer nahe gelegenen Großstadt ausreicht, dass der tatsächliche Sitz des Unternehmens dem Wirtschaftsgebiet der Großstadt unterfällt (MünchKommHGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 144).

cc) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes erweist sich die Entscheidung des LG als rechtsfehlerfrei.

Weitere besondere Zusätze und Angaben über die attributiv verwendete Ortsangabe hinaus, die eine Alleinstellung oder eine besondere Bedeutung der Firma nahelegen (z. B. „Die“), weist der zur Eintragung angemeldete Firmenname nicht auf. Auch ist der Sitz der Firma in U. dem Wirtschaftsbereich M.s zuzuordnen.

b) Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist bei der Namenswahl der Firma auch die nach § 18 Abs. 1 HGB erforderliche Eignung zur Kennzeichnung und (abstrakte) Unterscheidungskraft gegeben. Dies ist dann der Fall, wenn die Kennzeichnung nach ihrer Art geeignet ist, ihren Inhaber von anderen Unternehmensträgern zu unterscheiden. Bloße Branchen- oder Gattungsbezeichnungen (wie hier: „Hausverwaltung“) erfüllen diese Individualisierungsfunktion regelmäßig nicht und widersprechen gleichzeitig dem Freihaltebedürfnis des Verkehrs (MünchKommHGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 26). Branchen- oder Gattungsbezeichnungen können – wie vorliegend – aber auch durch Ortsnamen (OLG Frankfurt, Rpfleger 2005, 366; KG Berlin, FGPrax 2008, 35 = DNotZ 2008, 392; *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 218) individualisiert werden. Dass in München weitere Unternehmen mit demselben Geschäftsgegenstand ansässig sind, steht einer Eignung i. S. d. § 18 Abs. 1 HGB nicht entgegen (vgl. KG Berlin, FGPrax 2008, 35 = DNotZ 2008, 392).

Kostenrecht

13. BeurkG § 39 a; KostO § 55 (*Keine Gebühr nach § 55 KostO für elektronisch beglaubigte Abschrift*)

Die Erstellung einer qualifizierten elektronischen Signatur gemäß § 39 a BeurkG löst keine Gebühr gemäß § 55 Abs. 1 KostO aus, weil der Gebührentatbestand auf papiergebundene Beglaubigungen beschränkt ist. Eine analoge Anwendung scheidet aus, weil der Gesetzgeber die Ausdehnung der Gebühr nach § 55 KostO auf elektronische Beglaubigungen bei Änderung des § 55 KostO hätte berücksichtigen und in den Gebührentatbestand aufnehmen können.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.2.2010, I-10 W 148/09

Aus den Gründen:

Die auf Anweisung des Präsidenten des LG erhobene weitere Beschwerde des Kostengläubigers gegen den angefochtenen Beschluss ist gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO statthaft, weil das LG sie wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen hat. Sie ist begründet und führt zur teilweisen Abänderung der angefochtenen Kostenrechnung.

Der Kostengläubiger beglaubigte unter der Urkundennummer die Unterschriften unter einer nicht von ihm entworfenen Handelsregisteranmeldung der Beteiligten zu 2 betreffend den Eintritt bzw. das Ausscheiden von Kommanditisten. Ferner übermittelte er dem Handelsregister der AG Düsseldorf über das elektronische Gerichtspostfach – jeweils in elektronisch beglaubigter Form – die vorbezeichnete Handelsregisteranmeldung, eine gleichlautende vom Honorarkonsul der Bundesrepublik Deutschland beglaubigte Anmeldung, die Abschrift einer Registervollmacht des eintretenden Kommanditisten und die Abschrift einer Erbscheinsausfertigung. Für die qualifizierte Signatur gemäß § 39 a BeurkG berechnete der Notar eine Gebühr gemäß § 55 Abs. 1 KostO i. H. v. 20 € zuzüglich MWSt. Eine solche hätte jedoch nicht erhoben werden dürfen.

§ 55 Abs. 1 KostO erstreckt sich seinem Wortlaut nach auf die Beglaubigung von „Ablichtungen und Ausdrucken“, mithin auf papiergebundene Beglaubigungen. Hierunter fällt eine elektronische Signatur nicht. Sie bezieht sich auf ein elektronisches Dokument bzw. eine Datei. Dass die Kostenordnung die Begriffe „Ausdrucke“ und „Datei“ unterscheidet, wird deutlich z. B. in § 89 KostO, wo für die elektronische Übermittlung einer Datei (anstelle eines Ausdrucks) besondere Gebühren bestimmt werden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 39 a BeurkG. Dort ist bestimmt, dass Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG, worunter u. a. die Beglaubigung „von Abschriften, Abdrucken und Ablichtungen und dergleichen“ fällt, auch elektronisch errichtet werden können. Damit wird die elektronische Beglaubigung dem papiergebundenen Beglaubigungsvermerk gleichgestellt. Hieraus kann aber nicht gefolgert werden, dass dies auch für die anfallenden Notarkosten zu gelten habe. Nach §§ 141, 1 KostO können nur die in der Kostenordnung bestimmten Kosten erhoben werden. In der Kostenordnung hat der Gesetzgeber im Zuge der Einführung des § 39 a BeurkG auch § 55 KostO geändert. Dort hat er aber lediglich den Begriff „Abschriften“ durch die Begriffe „Ablichtungen und Ausdrucke“ ersetzt, um Ausdrucke elektronisch gespeicherter Daten den Ablichtungen gleichzustellen (vgl. BR-Drucks. 609/04, Art. 14 Abs. 2 Nr. 7, S. 138 ff.); elektronische Beglaubigungen hat er dagegen nicht aufgenommen. Damit hat er zum Ausdruck gebracht, dass der Gebührentatbestand auf papiergebundene Beglaubigungen beschränkt bleiben soll. Hätte der Gesetzgeber die Gebühr nach § 55 KostO auf elektronische Beglaubigungen ausdehnen wollen, hätte er dies bei Änderung des § 55 KostO berücksichtigen und in den Gebührentatbestand aufnehmen können. Unter den gegebenen Umständen kann nicht von einer unbewussten Lücke im Gesetz ausgegangen werden, so dass auch eine analoge Anwendung des § 55 KostO nicht in Betracht kommt (a. A.: *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand Dez. 2009, § 55 Rdnr. 5 m. w. N.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke/Reimann*, KostO, 17. Aufl., § 41 a Rdnr. 132, § 55 Rdnr. 1 a; *Otto*, JurBüro 2007, 120).

Anmerkung:

Der Notar hat für die elektronische Beglaubigung von zum Handelsregister einzureichenden Unterlagen je eine Gebühr nach § 55 Abs. 1 Satz 1 und 2 KostO in Höhe der Mindestgebühr von 10 € erhoben. Der Senat meint, § 55 Abs. 1 KostO sei auf papiergebundene Beglaubigungen beschränkt. Er irrt.

1. Der Wortlaut lässt diese Beschränkung nicht erkennen: Eine Ablichtung ist jede Vervielfältigung des Originals. Auf das Verfahren und die Art der Herstellung kommt es nicht an. Deshalb ist es egal, ob manuelle, fotografische oder laser-gestützte Methoden zum Einsatz kommen. Auch muss das Produkt – die Ablichtung – nicht auf Papier verkörpert sein, insbesondere ist kein Nachdruck – anders als beim „Ausdruck“ i. S. v. § 55 Abs. 1 KostO – erforderlich. Vielmehr ist jede Form der Repräsentation zulässig, insbesondere die elektronische, deren Visualisierung nicht durch Tinte auf einem körperlichen Träger (Papier, Folie, Glas usw.), sondern durch die Anzeige auf einem Bildschirm erfolgt.¹

2. Anlass für eine teleologische Reduktion von § 55 KostO besteht nicht. Was eine Beglaubigung ist, wird im Beurkundungsgesetz festgelegt. Im vorliegenden Fall war nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB ein einfaches elektronisches Zeugnis zwingend. Auf diese Weise wird Sinn und Zweck der Beglaubigung, nämlich die inhaltliche Übereinstimmung einer Abschrift mit dem Original rechtsverbindlich zu bestätigen, ebenso erreicht (§§ 39 a Satz 1, 39 BeurkG) wie in anderen Fällen durch die Beglaubigung der beispielsweise handschriftlichen Übertragung mittels Kugelschreiber.

3. Es ist nicht erkennbar, dass kostenrechtlich nur ein Ausschnitt der Beglaubigungstätigkeit des Notars relevant sein soll. Beurkundungsrechtlich wird mit der Beglaubigung einer Abschrift i. S. v. § 42 Abs. 1 BeurkG hinsichtlich der „Abschrift“ auf § 39 BeurkG Bezug genommen. Gemeint sind „Abschriften, Abdrucke, Ablichtungen und dergleichen“. Der Begriff ist weit und umfasst elektronische Dokumente. Deshalb kann sich § 39 a Satz 1 BeurkG für die elektronische Beglaubigung auf die Aussage beschränken, dass Beglaubigungen ebenso elektronisch errichtet werden können wie nichtelektronische nach § 39 BeurkG. Der Notar fertigt entweder ein einfaches elektronisches Zeugnis oder ein einfaches Zeugnis. Hier wie dort handelt es sich um die Beglaubigung einer „Abschrift“ nach § 42 BeurkG. Der Senat missversteht insoweit auch die Gesetzeshistorie: Im Zuge des Justizkommunikationsgesetzes wurde das Wort „Abschriften“ in § 55 und anderen Stellen der KostO durch die Wörter „Ablichtungen und Ausdrücke“ ersetzt.² Die wörtliche Übereinstimmung von Beurkundungs- und Kostengesetz wurde dadurch zwar aufgehoben. Damit sollte begrifflich klargestellt werden, dass der Ausdruck aus einer elektronischen Akte nicht kostenfrei erfolgt.³ Die Änderung lag in der expliziten Erwähnung des Ausdrucks, während die Ablichtung als allgemeinerer Begriff der früheren Abschrift nachfolgte. Die Beglaubigung einer Abschrift ist sowohl beurkundungsrechtlich methodenoffen (§§ 39 und 39a BeurkG), als auch kostenrechtlich einheitlich zu behandeln. Die Schlussfolgerung des Senats, elektronische Beglaubigungen seien bei dieser Gelegenheit nicht aufgenommen worden, geht daran vorbei, dass insoweit kein Regelungsbedarf und keine Regelungsabsicht bestand. Die (beglaubigte) „Abschrift“ bereits hätte die elektronische Beglaubigung um-

fasst, die „Ablichtung“ erfasst diese erst recht. Auch die handschriftliche Fertigung einer Abschrift wäre kostenrechtlich als Beglaubigung einer Ablichtung anzusehen.

4. Aus der in § 89 Abs. 1 Satz 2 KostO geregelten Dokumentenpauschale folgt ebenso wenig ein anderes Ergebnis wie aus § 136 Abs. 3 KostO. Für die Überlassung oder Übermittlung von Dateien wurden Sondervorschriften geschaffen. Regelungsbedarf in § 55 KostO bestand insoweit nicht, weil sich der Tatbestand der Beglaubigung – anders als bei der Dokumentenpauschale – aus deren beurkundungsrechtlichen Definition ableitet.

Notarassessor Dr. *Thomas Diehn*, LL. M. (Harvard), Berlin

Steuerrecht

14. GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer auf im Kaufpreis enthaltene Kosten für Erschließung und Naturschutz-Ausgleichsmaßnahmen*)

Kauft ein Erwerber von einer Gemeinde ein Grundstück, das im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits erschlossen ist, und enthält der vereinbarte Kaufpreis Kosten für die Erschließung sowie für durchgeführte Ausgleichsmaßnahmen nach § 135 a Abs. 2 BauGB für den Naturschutz, gehört auch der auf die Erschließung und die Ausgleichsmaßnahmen entfallende Teil des Kaufpreises zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.

BFH, Urteil vom 23.9.2009, II R 20/08

Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 16.4.2004 erwarb der Kläger zusammen mit B von der Ortsgemeinde S ein 888 m² großes Grundstück, das bereits erschlossen war.

Der Kaufpreis betrug – unter Zugrundelegung von 43,50 € je m² Grundstücksfläche – 38.628 €. In dem Kaufpreis von 43,50 € je m² waren Erschließungsbeiträge i. H. v. 13,2629475 € je m² Grundstücksfläche, Ausbaubeiträge für die Abwasserbeseitigung und ein Baukostenzuschuss für den Anschluss an die Wasserversorgung i. H. v. 12,531904 € je m² Grundstücksfläche sowie Kostenersatzbeträge nach den §§ 135 a bis 135 c BauGB für Ausgleichsmaßnahmen für den Naturschutz i. H. v. 0,1935352 € je m² Grundstücksfläche enthalten. Weitere Erschließungsbeiträge sowie der Kostenersatz für Haus- und Grundstücksanschlüsse gingen im Innenverhältnis zulasten der Käufer.

Der Beklagte (das FA) setzte mit Bescheid vom 12.7.2004 gegenüber dem Kläger Grunderwerbsteuer i. H. v. 675 € fest. Dabei wurde die Bemessungsgrundlage ausgehend von einem hälftigen Anteil des Klägers am Kaufpreis mit 19.314 € ermittelt.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Entgegen der Auffassung des FG gehört auch der Teil des Kaufpreises, der auf die Erschließung und die Ausgleichsmaßnahmen nach § 135 a Abs. 2 BauGB für den Naturschutz entfällt, zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.

1. Bei einem nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG grunderwerbsteuerbaren Grundstückskaufvertrag bemisst sich die Grunderwerbsteuer gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG nach dem Wert der Gegenleistung. Als Gegenleistung gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG u. a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen.

a) Der Kaufpreis ist in Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Recht (§ 433 Abs. 2 BGB) das Entgelt für den Kaufge-

¹ Zum Einscannen als Ablichtung etwa OLG Bamberg, NJW 2006, 3504 f.

² BGBl I 2005, S. 837, 854.

³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/4067, S. 57.

genstand „Grundstück“ (*Sack* in Boruttau, GrEStG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 206; *Pahlke* in Pahlke/Franz, GrEStG, 3. Aufl. 2005, § 9 Rdnr. 73). Zum Kaufpreis gehört alles, was der Käufer vereinbarungsgemäß an den Verkäufer leisten muss, um den Kaufgegenstand zu erhalten (vgl. BFHE 154, 158 = BStBl II 1988, S. 900). Für den Umfang der Gegenleistung im Grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne ist entscheidend darauf abzustellen, in welchem Zustand die Vertragsbeteiligten das Grundstück zum Gegenstand des Erwerbs gemacht haben (vgl. BFHE 194, 452 = BStBl II 2002, S. 93 m. w. N.; BFHE 215, 301 = BStBl II 2007, S. 614).

b) Ist ein Grundstück im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags bereits tatsächlich erschlossen, kann Gegenstand eines solchen Vertrages nur das erschlossene Grundstück sein. In diesem Fall gehören die im Kaufvertrag ausgewiesenen Kosten für die Erschließung grundsätzlich zur Gegenleistung. Das gilt auch, wenn der Erwerber ein erschlossenes Grundstück von einer Gemeinde kauft, der Kaufpreis Kosten für die Erschließung enthält und insoweit eine öffentlichrechtliche Beitragspflicht nach der Rechtsprechung des BVerwG (DVBl 1984, 188) erst dann entsteht, wenn sich das Grundstück nicht mehr im Eigentum der zur Beitragshebung berechtigten Gemeinde befindet.

Dementsprechend sind Kostenerstattungsbeträge, die wegen durchgeführter Ausgleichsmaßnahmen für den Naturschutz als Berechnungsfaktor bei der Festlegung des Kaufpreises für ein gemeindeeigenes Grundstück berücksichtigt werden, ebenfalls als Teil des Kaufpreises in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen.

2. Danach ist im Streitfall der vereinbarte Kaufpreis in hälftiger Höhe als Gegenleistung anzusetzen.

a) Bei Abschluss des Kaufvertrags war das Grundstück – wie zwischen den Beteiligten unstrittig ist – bereits erschlossen. Gegenstand der Übereignungsverpflichtung der Gemeinde konnte daher nur das erschlossene Grundstück sein. Bei den im Kaufvertrag als Teil des Kaufpreises bezeichneten Beträgen für die Erschließung, den Ausbau der Abwasserbeseitigung, den Baukostenzuschuss für den Anschluss an die Wasserversorgung und die Kostenerstattung für Ausgleichsmaßnahmen handelte es sich nicht um anteilige eigennützige Leistungen des Klägers, die für einen noch herzustellenden künftigen Grundstückszustand zu erbringen waren. Vielmehr waren diese Kaufpreisteile, soweit sie auf den Kläger entfallen, kraft kaufvertraglicher Verpflichtung allein für die Übertragung des Miteigentumsanteils an einem Grundstück zu entrichten, für das die Erschließungsanlagen hergestellt und Ausgleichsmaßnahmen für den Naturschutz durchgeführt waren.

b) Der Kaufvertrag enthält auch keine Vereinbarungen über eine Ablösung künftig entstehender Erschließungskosten und der Kostenerstattungsbeträge für Ausgleichsmaßnahmen (vgl. hierzu BVerwGE 84, 183). Denn im notariell beurkundeten Kaufvertrag wurde lediglich bestimmt, dass die Erschließungsbeiträge und einmaligen Anliegerbeiträge im Kaufpreis enthalten sein sollten. Die im Einzelnen genannten Beiträge und Kosten waren danach Bestandteil des privatrechtlich vereinbarten Kaufpreises. Die spätere Bescheinigung der Gemeinde S vom 8.10.2004, dass in dem Kaufpreis Ablösebeträge enthalten seien, kann die im Kaufvertrag fehlende Vereinbarung zu einer Ablösung nicht ersetzen.

Aus dem BFH-Urteil vom 11.2.2004 (BFHE 204, 489 = BStBl II 2004, S. 521) können keine anderen Schlussfolgerungen gezogen werden. Denn diese Entscheidung ist zu einem nicht vergleichbaren Sachverhalt ergangen. Sie betrifft

den Erwerb eines noch nicht erschlossenen Grundstücks unter Übernahme des vom Veräußerer wirksam abgeschlossenen Ablösevertrags.

3. Das BFH-Urteil vom 30.1.1985 (BFHE 143, 161 = BStBl II 1985, S. 373), das zu Vorauszahlungen auf den Erschließungsbeitrag ergangen ist, ist im Streitfall ebenfalls nicht einschlägig. Denn derartige Vorausleistungen wurden im notariell beurkundeten Vertrag vom 16.4.2004 nicht vereinbart.

4. Der Senat kann offen lassen, ob die Einbeziehung von Erschließungskosten in die Gegenleistung ausgeschlossen ist, wenn beim Erwerb eines gemeindeeigenen erschlossenen Grundstücks die Gemeinde die Erschließungsbeiträge gegenüber dem Erwerber abgabenrechtlich geltend macht (vgl. z. B. Erlasse des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 25.7.2002, 3-S 4521/13, Tz. 1, DStR 2002, 1532; der Oberfinanzdirektion Hannover vom 10.8.2004, S 4521-2-StH 232, S 4521-4-StO 241, Tz. 1; *Baumann*, UVR 2004, 64, 66).

5. Da das FG von anderen Grundsätzen ausgegangen ist, war die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Die Klage war abzuweisen. Der vom FA erlassene Grunderwerbsteuerbescheid, in dem als Bemessungsgrundlage der auf den Kläger entfallende hälftige Anteil am Kaufpreis berücksichtigt wurde, und die Einspruchsentscheidung verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten.

Anmerkung:

– zugleich auch Anmerkung zu BFH, MittBayNot 2010, 339 (in diesem Heft) –

I. Regelbemessungsgrundlage: Wert der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 GrEStG)

Nach § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer nach dem Wert der Gegenleistung.¹ Zur Gegenleistung gehört jede Leistung, die der Erwerber als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks gewährt oder die der Veräußerer als Entgelt für die Veräußerung des Grundstücks empfängt. Es ist folglich eine kausale Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Gegenleistung erforderlich; nicht nötig ist dagegen, dass die Gegenleistung zwischen Erwerber und Veräußerer ausgetauscht wird.² Der Wert der Gegenleistung ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG selbst dann Bemessungsgrundlage, wenn er außergewöhnlich niedrig ist, insbesondere hinter dem Verkehrswert des Grundstücks zurückbleibt. Erforderlich ist allerdings, dass diese geringe Gegenleistung ernsthaft gewollt ist und sich überhaupt in eine Relation zum Wert des übertragenen Grundstücks bringen lässt. Liegt dagegen lediglich eine „symbolische Gegenleistung“ vor, so ist die tatsächliche Gegenleistung nach anderweitig vom Erwerber übernommenen sonstigen Leistungen i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bzw. ggf. gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GrEStG zu ermitteln.³

Eine grunderwerbsteuerliche Gegenleistung liegt nur vor, wenn der Erwerber einem anderen gegenüber eine Leistung erbringt. Hieran fehlt es bei den sog. eigennützigen Erwerberleistungen, da hier der Erwerber Leistungen nur für sich selbst bewirkt. Ist etwa Gegenstand eines Erwerbsvorgangs nur das

¹ Ausführlich zum Ganzen *Gottwald*, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 613 ff.

² BFH, BStBl II 1989, S. 466.

³ Handelt es sich jedoch um eine Schenkung, so ist der Vorgang gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit; vgl. ferner zu symbolischen Kaufpreisen in der Grunderwerbsteuer *Teiche*, UVR 2005, 115 ff.

unbebaute Grundstück und veranlasst der Erwerber selbst eine Bebauung des erworbenen Bauplatzes, so gehören die Baukosten nicht zur Gegenleistung.⁴ Selbst wenn sich der Erwerber gegenüber dem Veräußerer (z. B. gegenüber der Gemeinde) zur Bebauung oder zur Gebäuderenovierung verpflichtet, handelt es sich um eine eigennützige Erwerberleistung. Gleiches gilt für die im Bauträgervertrag vereinbarten Eigenleistungen des Käufers.

Die Frage, ob für das Grundstück zu entrichtende öffentlich-rechtliche Abgaben (z. B. Erschließungsbeiträge gemäß § 127 BauGB bzw. Kanal- und Straßenausbaubeiträge gemäß KAG) oder Aufwendungen zur Erfüllung sonstiger öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen (z. B. Altlastensanierung oder bauordnungsrechtliches Gebot zur Beseitigung von Bauwerken) zur Gegenleistung zählen,⁵ entscheidet sich nach dem für die Besteuerung maßgebenden Grundstückszustand.⁶ Zu prüfen ist daher, welcher (Erschließungs-)Zustand sich aus den Vereinbarungen der Parteien bzw. dem gewollten wirtschaftlichen Ergebnis ergibt.⁷ Entscheidend ist somit, ob Gegenstand des Erwerbsvorgangs ein erschlossenes oder ein unerschlossenes Grundstück ist. Finden sich keine Hinweise auf die Maßgeblichkeit eines künftigen (Erschließungs-)Zustandes, so kann die Bemessungsgrundlage nur nach dem tatsächlichen (Erschließungs-)Zustand im Zeitpunkt der Veräußerung bestimmt werden.

Man kann die bisherige Rechtsprechung der Finanzgerichte wie folgt zusammenfassen:

- Unproblematisch fehlt es an einer Gegenleistung, wenn die entsprechende öffentlich-rechtliche Verpflichtung erst nach dem Zeitpunkt des grunderwerbsteuerlichen Erwerbsvorganges entsteht. Hier erbringt der Erwerber die Leistung zu seinem eigenen Vorteil; es handelt sich um eine eigennützige Erwerberleistung. Dies gilt auch dann, wenn sich der Erwerber gegenüber dem Veräußerer vertraglich zur Übernahme noch nicht entstandener Beitragsleistungen verpflichtet hat.⁸
- Ebenfalls keine Gegenleistung ist eine vom Grundstücksveräußerer bereits gezahlte und vertraglich auf den Erwerber abgewälzte Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag gemäß § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Gleiches gilt für Vorausleistungen nach Landeskommunalabgabenrecht.
- Sofern öffentlich-rechtliche Abgaben oder Verpflichtungen bereits zeitlich vor dem Zeitpunkt des grunderwerbsteuerlichen Erwerbsvorganges entstanden und gegen den Grundstücksveräußerer geltend gemacht worden sind, ist regelmäßig das Grundstück in erschlossenem Zustand verkauft. Die zur Abgeltung dieser Abgaben erbrachten Aufwendungen des Erwerbers zählen daher zur Gegenleistung,⁹ so dass sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer entsprechend erhöht.
- Demgegenüber soll nach einem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.10.2002, welches im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder erging, die vom Verkäufer aufgrund einer Ablösungsvereinbarung bereits geleistete Zahlung nicht in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage einzuberechnen sein.¹⁰
- Verkauft ein Erschließungsunternehmer ein Baugrundstück an einen Käufer, so soll nach einem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.12.2002 danach differenziert werden, ob es sich bei der vom Verkäufer übernommenen Verpflichtung, das Grundstück zu erschließen, um eine rechtlich selbständige Vereinbarung handelt oder nicht. Hat demnach der Verkäufer die Verpflichtung übernommen, das Grundstück im erschlossenen Zustand zu verschaffen, wird das Grundstück in diesem Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs mit der Folge, dass der auf die Erschließung entfallende Teil des Kaufpreises Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks ist. Hat sich dagegen der Verkäufer durch eine weitere, rechtlich selbständige Vereinbarung (Werkvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag) neben der Grundstücksübertragung auch selbst zur Durchführung der Erschließung verpflichtet, so ist das Entgelt hierfür nicht als Gegenleistung für die Grundstücksübertragung zu behandeln, selbst wenn beide Verpflichtungen zusammen beurkundet werden.¹¹ Soweit der private Erschließungsunternehmer und der verkaufende Grundstückseigentümer nicht identisch sind, zählen die Erschließungskosten selbst dann nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage, wenn der Kaufvertrag und die Vereinbarungen zur Grundstückserschließung eine rechtliche oder tatsächliche Einheit bilden.¹²
- Bei einem Grundstückserwerb von einer Gemeinde ist die Besonderheit zu beachten, dass nach der früheren Rechtsprechung zu den bundesrechtlich geregelten Erschließungsbeiträgen diese für ihr eigenes Grundstück nicht erschließungsbeitragspflichtig ist.¹³ Die Beitragspflicht kann hier erst nach Übereignung des Grundstücks auf den Erwerber entstehen. Deshalb wurde nach bislang überwiegender Auffassung ein vom Erwerber noch zu entrichtender Erschließungsbeitrag nicht zur Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage gezählt. Dieser Auffassung ist allerdings der BFH mit der oben wiedergegebenen Entscheidung vom 23.9.2009 teilweise entgegengetreten: Kauft ein Erwerber von einer Gemeinde ein Grundstück, das im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits erschlossen ist, und enthält der vereinbarte Kaufpreis Kosten für die Erschließung sowie für bereits durchgeführte Ausgleichsmaßnahmen nach § 135 a Abs. 2 BauGB für den Naturschutz, so gehört nach Auffassung des Gerichts auch der auf die Erschließung und die Ausgleichsmaßnahmen entfallende Teil des Kauf-

⁴ Vgl. BFH, BStBl II 1993, S. 308 u. BFH, BStBl II 1994, S. 409; vgl. auch BFH, DStRE 2002, 1459.

⁵ Ausführlich *Grziwotz/Gottwald*, UVR 2005, 13 ff.

⁶ Vgl. den Erlass v. 25.7.2002, FinMin Baden-Württemberg, DStR 2002, 1532; vgl. ausführlich zum Verhältnis von Erschließungskosten und Grunderwerbsteuer *Gottwald/Mehler*, MittBayNot 2001, 438 ff.; *Bruschke*, UVR 2002, 281 ff. An der Grunderwerbsteuerlichen Rechtslage hat sich auch durch die zivilrechtliche Neuregelung in § 436 BGB nichts geändert; vgl. *Baumann*, UVR 2004, 69.

⁷ Vgl. Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg v. 26.6.2001, DStR 2001, 1216.

⁸ Vgl. BFH, BStBl II 1971, S. 252 u. BFH, ZfIR 2001, 854.

⁹ Vgl. BFH, BStBl II 1968, S. 690.

¹⁰ Vgl. Schreiben des Bay. StMinFin v. 30.10.2002, GZ 36 – S 4521–006–46222/02. Es ist auf alle offenen Fälle anzuwenden und tritt an die Stelle der Bezugsschreiben FMS v. 4.9.1989–37 – S 4521–6/24–53903 – und FMS v. 15.1.1990–37 – S 4521–6/34–76120; a. A. Ziffer 2. a Abs. 2 des Erlasses des Niedersächsischen Finanzministeriums v. 16.12.2002, S 4521–7342. Siehe dazu auch BFHE 215, 301 = BStBl II 2007, S. 614 = DStRE 2007, 912 = ZfIR 2008, 339.

¹¹ Vgl. Schreiben des Bay. StMinFin v. 30.10.2002, GZ 36 – S 4521–006–46222/02.

¹² Vgl. BFH, DStR 2001, 1247.

¹³ Vgl. BVerwG, DVBl 1984, 188 u. BVerwG, NVwZ 1985, 912.

preises zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer. Sofern im Kaufvertrag die entsprechenden Erschließungsbeiträge als Teil des Kaufpreises ausgewiesen werden, handele es sich nicht um eigennützige Erwerberleistungen; vielmehr seien diese Kaufpreisteile kraft kaufvertraglicher Verpflichtung allein für die Übertragung des Grundstücks im erschlossenen Zustand zu entrichten. Kann die Gemeinde landesrechtlich selbst Beitragsschuldner sein,¹⁴ sind bereits bisher die der Gemeinde erstatteten Beiträge Teil der Gegenleistung.¹⁵

II. Erschließung und Beitragspflicht

Erschließungs- und sonstige Anliegerbeiträge sowie Kostenersatzpflichten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen haben nur bedingt etwas mit dem Zustand des Kaufgrundstücks zu tun. Auch der baurechtliche Begriff des „Erschlossenseins“ (§§ 30 Abs. 1 und 2, 34 Abs. 1, 35 Abs. 1 und 2, 131 Abs. 1 BauGB) ist nicht identisch mit dem erschließungsbeitragsrechtlichen Begriff (§ 133 Abs. 1 BauGB). Erschlossen ist ein Grundstück, wenn eine Anlage oder Maßnahme eine bauliche Nutzung des Grundstücks ermöglicht.¹⁶ Das erschließungsbeitragsrechtliche Erschlossensein wird wesentlich von dem bebauungsrechtlichen bestimmt.¹⁷ Es ist wesentliche Voraussetzung für die Einordnung einer Fläche als Bauland und damit auch für das erschließungsbeitragsrechtliche Erschlossensein. Für die Wertermittlung, die Grundlage der grunderwerbsteuerlichen Bemessung der Gegenleistung ist, muss jedoch zwischen der Erschließung als Zustandsmerkmal und dem beitragsrechtlichen Zustand unterschieden werden, denn eine durchgeführte, aber nicht abgerechnete Maßnahme wird im gewöhnlichen Geschäftsverkehr weiterhin als Kostenfaktor in Rechnung gestellt.¹⁸

Dieser beitragsrechtlich verstandene „Erschließungsvorteil“¹⁹ wäre auch der richtige Anknüpfungspunkt für die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer. Die Erstattung bereits entrichteter Zahlungen und die Übernahme schon entstandener Zahlungspflichten hinsichtlich der Beiträge und naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen sind danach grunderwerbsteuerrechtlich relevant. Dies würde dann ebenso für eine Ablösung der Zahlungspflicht gelten. Beim öffentlichen (!) Erschließungsvertrag erbringt der Unternehmer die Bauleistungen gegenüber der Gemeinde; der Private zahlt an ihn dafür, dass bei ordnungsgemäßer Durchführung keine oder nur begrenzte Beitragspflichten entstehen. Da im Normalfall ein erschlossenes Grundstück verkauft wird, sind diese Zahlungen Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer. Bei Vorausleistungen ist Gegenstand des Kaufs ein teilweise beitragsrechtlich abgerechnetes Grund-

stück, so dass nach der hier vertretenen Ansicht auch diese Zahlungen in die Grunderwerbsteuer einzubeziehen wären.

Dass sich baurechtliches und beitragsrechtliches Erschlossensein unterscheiden, zeigen nicht zuletzt auch die gemeindeeigenen Grundstücke. Sie unterliegen, landesrechtlich unterschiedlich, teilweise erst der Beitragspflicht, sobald das Eigentum übertragen oder ein Erbbaurecht bestellt wird.²⁰ Vermischt man nicht wie der BFH den baurechtlichen mit dem beitragsrechtlichen Erschließungsbegriff, muss nicht auf den wegen § 311 b Abs. 1 BGB höchst bedenklichen „Taschenspielertrick“ der Verweisung auf spätere Abgabebescheide ausgewichen werden. Entsteht die Beitragspflicht erst beim Erwerber, ist Gegenstand der Veräußerung ein nicht abgerechnetes Grundstück, so dass per Bescheid oder aufgrund Vereinbarung „abgerechnete“ Beträge keine Gegenleistung darstellen. Dass dadurch die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer auch vom Landesrecht bestimmt wird, stellt keinen „Systembruch“ dar, da es nur um die landesrechtlichen Voraussetzungen geht, nicht um das Anknüpfungsmerkmal für die grunderwerbsteuerliche Beurteilung. Landesrechtlich geregelte öffentliche Lasten erhöhen bei einem Erwerb in der Zwangsversteigerung, falls sie ins geringste Gebot fallen, ebenso die Bemessungsgrundlage.

III. Abgabenrechtlicher „Taschenspielertrick“?

Ausdrücklich offen gelassen wurde vom BFH allerdings, ob die Einbeziehung der entsprechenden Erschließungskosten in die grunderwerbsteuerliche Gegenleistung jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn beim Erwerb eines gemeindeeigenen erschlossenen Grundstücks die Gemeinde die Erschließungsbeiträge gegenüber dem Erwerber abgabenrechtlich geltend macht²¹. Dies setzt allerdings zunächst voraus, dass die Gemeinde abgabenrechtlich nicht selbst Beitragsschuldner ist. Dies ist in Bayern, nachdem auch die Erschließungsbeiträge Landesrecht sind,²² auch hinsichtlich dieser nicht mehr sicher. Es ist nämlich dogmatisch kaum begründbar, wieso eine Gemeinde bei KAG-Beiträgen selbst Beitragsschuldner sein kann, während dies bei den nunmehr landesrechtlich geregelten Erschließungsbeiträgen nicht der Fall sein soll.²³ Insofern ist bereits fraglich, ob der vom BFH offen gelassene Ausweg in Bayern möglich ist. Zudem kann eine abgabenrechtliche Geltendmachung nach wohl noch herrschender Meinung nicht bedeuten, dass die Beiträge vertraglich „abgabenrechtlich“ geltend gemacht werden können.²⁴ Nur wenn man der Gemeinde mit der Mindermeinung²⁵ dieses Rechtsformwahlrecht zugesteht, wäre der „Ausweg“ gangbar. Will die Gemeinde nicht das Risiko eingehen, dass sie die Beiträge nach dem nunmehr geltenden Landesrecht abgabenrechtlich nicht mehr geltend machen kann, muss sie diese allerdings vorsorglich im Kaufvertrag vereinbaren. Macht die Gemeinde für den Erwerber erkennbar die Eigentumsumschreibung von der Entrichtung der Erschließungs-

¹⁴ Vgl. BayVGh, BayVBl 1986, 84 u. BayVGh, KStZ 1988, 144; vgl. auch das Schreiben des Bay. StMinFin, DB 1990, 1699.

¹⁵ Differenzierend aber noch BFH, ZfR 2001, 853; vgl. nunmehr auch FinMin Baden-Württemberg, Erlass vom 16.12.2009, DB 2010, 140: Da infolge einer Gesetzesänderung zum 1.10.2005 das Erschließungsbeitragsrecht in Landesrecht übernommen wurde (BGBl I 2005, S. 206), könne nach Auffassung des FinMin Baden-Württemberg bei gemeindeeigenen Grundstücken an der grunderwerbsteuerlichen Differenzierung zwischen Erschließungsbeiträgen nach BauGB und Beiträgen nach KAG nicht mehr festgehalten werden.

¹⁶ Siehe nur OVG Koblenz, NVwZ-RR 2006, 722.

¹⁷ BeckOK/Spannowsky/Uechtritz/Eiding, BauGB, § 131 Rdnr. 12.1.

¹⁸ § 5 Abs. 3 WertV; vgl. Kleiber in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: Januar 2010, § 5 WertV Rdnr. 76.

¹⁹ BGH, DNotZ 1994, 52.

²⁰ Siehe nur Dirnberger in Jäde/Dirnberger/Weiß, BauGB, 6. Aufl. 2010, § 133 Rdnr. 3.

²¹ Nach einem Schreiben des Bay. StMinFin vom 30.10.2002 sind nicht abgabenrechtlich geltend gemachte Erschließungsbeiträge nicht in die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen; vgl. Bay. StMinFin vom 30.10.2002, GZ 36-S4521-006-46222/02.

²² BayVGh, MittBayNot 2003, 240 = BayVBl 2003, 21.

²³ Vgl. dazu bereits Grziwotz, MittBayNot 2003, 200, 203.

²⁴ Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 8. Aufl. 2007, § 6 Rdnr. 9; Quaes, BauR 1999, 1113 u. Birk, BauR 1990, 205, 208.

²⁵ Vgl. dazu ausführlich Krautzberger in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 11 Rdnr. 160 u. Grziwotz in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 124 Rdnr. 14.

beiträge abhängig, bedarf dies ohnehin der Beurkundung. Insofern ist der scheinbare Ausweg des BFH auch beurkundungsrechtlich bei der bescheidsmäßigen Geltendmachung der Abgaben problematisch. An dieser Stelle zeigt sich nochmals deutlich der Widerspruch in den Entscheidungsgründen, die einmal auf den tatsächlichen Grundstückszustand und dann wiederum auf die abgabenrechtliche Geltendmachung abstellen.

Für die Vertragsgestaltung empfiehlt sich bei Grundstückskäufen von Gemeinden: Sind die sachlichen Beitragspflichten noch nicht entstanden, kann, wenn die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind (Bestimmungen über die Ablösung bzw. Regelung in der Satzung), eine Ablösung erfolgen. Allerdings ist im Hinblick auf die Abgabengleichheit eine Ausnahme dann zu machen, wenn die im Eigentum von Privaten stehenden Grundstücke bereits bescheidsmäßig abweichend von der Ablösung abgerechnet wurden.

Generell sollte die Gegenleistung hinsichtlich des reinen Grundstückspreises und der einzelnen Erschließungs- und Anliegerbeiträge aufgeschlüsselt werden.

Ist das Grundstück noch nicht erschlossen, weil zwar der Bebauungsplan in Kraft getreten ist, aber mit der Sicherung der Erschließung erst bis zum Bezug zu rechnen ist, sollte dies im Kaufvertrag klargestellt werden. Veräußert die Gemeinde einen Bauplatz mit Baupflicht, wird sie ohnehin in eine „Erschließungspflicht hineinrutschen“. Hier kann ausdrücklich geregelt werden, bis zu welchem Zeitpunkt die Sicherung der Erschließung vorliegen muss.

Sind die Erschließungsanlagen in Natur bereits vorhanden, sollte die Gemeinde im Hinblick auf den Umstand, dass sie in Bayern hinsichtlich der KAG-Beiträge selbst Beitragsschuldner ist und dies hinsichtlich der nunmehr landesrechtlich geregelten Erschließungsbeiträge bisher nicht entschieden wurde, kein Risiko eingehen. Deshalb ist eine die Grunderwerbsteuer möglicherweise ausschließende Regelung im Wege der abgabenrechtlichen Geltendmachung der Beiträge nicht empfehlenswert. Insofern ist der Praxistipp, auch beim Kauf eines bereits erschlossenen Grundstücks von der Gemeinde als Erschließungsträger keine kaufvertragliche Übernahme der Erschließungskosten zu vereinbaren, jedenfalls in Bayern höchst gefährlich, da die Gemeinde abgabenrechtlich sich den Beitragsschuldner nicht frei aussuchen kann.²⁶

Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen,
und Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

²⁶ So *Ihle*, notar 2010, 117, 118.

15. GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 (*Grunderwerbsteuer für Kostenübernahme einer Naturschutz-Ausgleichsmaßnahme*)

Verpflichtet sich eine Stadt als Verkäuferin eines Grundstücks, auf dem die vom Erwerber beabsichtigte Nutzung einen naturschutzrechtlichen Eingriff erfordert, die noch ausstehende Ausgleichsmaßnahme an anderer Stelle (§ 135 a Abs. 2 BauGB) durchzuführen, und verpflichtet sich der Erwerber zur Zahlung der dadurch entstehenden Kosten, sind diese auch dann Teil der Gegenleistung sowie der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer, wenn die Ausgleichsmaßnahme an anderer Stelle dem erwor-

benen Grundstück i. S. v. § 9 Abs. 1 a Satz 2 BauGB zugeordnet worden ist.

BFH, Urteil vom 28.10.2009, II R 18/08

Die Klägerin erwarb durch notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 18.12.2000 von der Stadt ein Grundstück. Um die beabsichtigte gewerbliche Nutzung zu ermöglichen, hatte die Stadt noch den Flächennutzungsplan zu ändern und einen Bebauungsplan aufzustellen. Außerdem waren aus Gründen des Naturschutzes auf einem anderen Grundstück Ausgleichsmaßnahmen („Waldumwandlung“) vorzunehmen. Die anteiligen Kosten dieser Ausgleichsmaßnahmen von 40.000 DM übernahm die Klägerin neben dem nach Quadratmetern berechneten Kaufpreis. Der Kaufvertrag wurde unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens des Bebauungsplans abgeschlossen. Die Bedingung trat mit Rechtskraft des Plans am 21.9.2002 ein.

Der Beklagte (das FA) sah in der Kostentragung für die Ausgleichsmaßnahmen eine sonstige Leistung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und setzte auf dieser Grundlage die Steuer mit Bescheid vom 24.10.2002 fest. Nach erfolglosem Einspruch führte das Klageverfahren zunächst in der mündlichen Verhandlung vom 15.10.2007 durch Erklärung des FA zu Protokoll des Gerichts bei einer Bemessungsgrundlage von 169.810 DM zu einer Herabsetzung der Steuer auf 3.038,61 € (5.943 DM).

In dem verbliebenen Streitpunkt, ob die Übernahme der Kosten der Ausgleichsmaßnahmen zur Gegenleistung gehöre, folgte das FG der Klägerin, die das verneinte, und gab der Klage insoweit statt.

Mit der Revision rügt das FA fehlerhafte Anwendung der §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die Kosten für die erforderliche Ausgleichsmaßnahme sind Teil der Gegenleistung i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und damit der Bemessungsgrundlage (§ 8 Abs. 1 GrEStG).

1. Entgegen der Ansicht der Beteiligten und des FG konnte im Streitfall ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Ausgleichsmaßnahme der Waldumwandlung an anderer Stelle – wenn überhaupt – nur gemäß § 135 a BauGB und nicht etwa auf der Grundlage des NNatG entstehen.

a) Die naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen mit ihrem Grundprinzip von Eingriff, Ausgleich und Ersatz, wie sie bundesrechtlich nunmehr in den Rahmenvorschriften der §§ 18 und 19 BNatSchG und landesrechtlich in den §§ 7 bis 12 NNatG enthalten sind, sind gemäß der weiteren Rahmenregelung des § 21 BNatSchG nicht anwendbar, wenn aufgrund der Aufstellung, Änderung, Ergänzung oder Aufhebung von Bauleitplänen (§ 1 Abs. 2 BauGB) Eingriffe in Natur und Landschaft zu erwarten sind und deshalb über die Vermeidung, den Ausgleich und den Ersatz nach den Vorschriften des BauGB zu entscheiden ist. Hintergrund der Regelung ist, dass die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege nur einmal geprüft werden sollen. Flächennutzungspläne und Bebauungspläne erfüllen auch nicht etwa selbst die Voraussetzungen eines Eingriffs i. S. d. §§ 18 und 19 BNatSchG bzw. der §§ 7 ff. NNatG; sie bereiten derartige Eingriffe ggf. lediglich vor (so *Lorz/Müller/Stöckel*, Naturschutzrecht, 2. Aufl., § 21 Rdnr. 6).

b) Nach § 135 a Abs. 2 Satz 1 BauGB ist eine Kostentragungspflicht des Vorhabenträgers oder Eigentümers davon abhängig, dass die Maßnahmen zum Ausgleich an anderer Stelle dem Eingriffsgrundstück nach § 9 Abs. 1 a BauGB zu-

geordnet worden sind. Ist dies geschehen, bestimmt § 135 a Abs. 3 BauGB, die Kosten können geltend gemacht werden, sobald die Grundstücke, auf denen Eingriffe zu erwarten sind, baulich oder gewerblich genutzt werden dürfen. Die Erstattungspflicht entsteht mit der Herstellung der Maßnahmen zum Ausgleich durch die Gemeinde.

2. Im Streitfall sollte die durch den zu erwartenden Eingriff erforderlich werdende Ausgleichsmaßnahme der „Waldumwandlung“ nicht auf dem erworbenen Grundstück, sondern an anderer Stelle erfolgen. Eine öffentlichrechtliche Verpflichtung, die Kosten zu erstatten, konnte daher gemäß § 135 a Abs. 2 Satz 1 BauGB unter den Voraussetzungen des Abs. 3 der Vorschrift nur entstehen, wenn die Ausgleichsmaßnahme dem von der Klägerin erworbenen Grundstück nach § 9 Abs. 1 a BauGB zugeordnet worden ist. Ob dies geschehen ist, ist nicht festgestellt, kann aber auf sich beruhen.

a) Ist eine Zuordnung unterblieben, hat sich die Stadt des Rechts, den Vorhabenträger oder Eigentümer nach § 135 a BauGB zu den Kosten der Ausgleichsmaßnahme heranzuziehen, begeben (vgl. *Söfker* in Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rdnr. 238; *Löhr* in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rdnr. 98b; *Mitschang*, ZfBR 2005, 644, 646). Wollte die Stadt die Kosten in diesem Fall nicht selbst tragen, war sie darauf angewiesen, die Kosten vertraglich abzuwälzen. Die kaufvertragliche Übernahme der Kosten wäre dann ohne weiteres Teil des Kaufpreises i. S. d. § 9

Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und damit in die Bemessungsgrundlage gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG einzubeziehen.

b) Ist im Streitfall eine Zuordnung erfolgt, rechnet die kaufvertragliche Übernahme der Ausgleichskosten ebenfalls zur Gegenleistung, da die Stadt sich verpflichtet hatte, die noch erforderliche Ausgleichsmaßnahme durchzuführen und das Grundstück naturschutzrechtlich geordnet auf die Klägerin zu übertragen. Erwerbsgegenstand war daher das Grundstück mit dem an anderer Stelle ausgeglichenen Eingriff. Zwar betraf die an anderer Stelle noch durchzuführende Ausgleichsmaßnahme nicht einen in der Zukunft noch zu schaffenden tatsächlichen (körperlichen) Zustand des zu übertragenden „Eingriffsgrundstücks“ (vgl. dazu *Sack* in Boruttau, GrEStG, 16. Aufl., § 9 Rdnr. 136 ff.; *Hofmann*, GrEStG, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 7; *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 3); die Ausgleichsmaßnahme an anderer Stelle wirkt aber auf die Nutzbarkeit des zu übertragenden „Eingriffsgrundstücks“ in einer Weise ein, die einer tatsächlichen Veränderung des Grundstückszustands vergleichbar ist. Sie gestattet nämlich auf dem zu übertragenden Grundstück den Eingriff in das Landschaftsbild oder den Naturhaushalt (§ 1 a Abs. 3 Satz 1 BauGB) als tatsächliches Geschehen. Damit gelten für die vertragliche Übernahme der Kosten einer dem „Eingriffsgrundstück“ zugeordneten Ausgleichsmaßnahme nach § 135 a Abs. 2 BauGB bei der Anwendung der §§ 8 und 9 GrEStG dieselben Grundsätze wie bei der Übernahme der Erschließungskosten.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Sicherungsreallast und Grundbucheintragung

I. Reallast, Sicherungsabrede und Zwangsvollstreckungsunterwerfung

Ebenso wie eine Grundschuld kann auch eine Reallast zur Sicherung einer Zahlungsverpflichtung dienen. Es muss sich um eine wiederkehrende und bestimmbar Leistung handeln (§ 1105 Abs. 1 BGB). Meist sichert sie Zahlungsverpflichtungen im Rahmen von Übergabeverträgen, nämlich Leibrenten oder dauernde Lasten (vgl. nur *Mayer*, Der Übergabevertrag, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 350 ff.). Dingliche Reallast und schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung sind durch eine Sicherungsabrede verbunden. Dient die Reallast der Sicherung einer auf Lebenszeit des Berechtigten begrenzten Zahlungsverpflichtung, kann eine Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO im Grundbuch eingetragen werden, da Rückstände möglich sind („... mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des/der Berechtigten genügt“).

Dem Übergeber stehen bei Nichterbringung der Zahlung drei Möglichkeiten zur Verfügung:

- Er kann die Zahlung der schuldrechtlichen Leibrente vom Vertragspartner verlangen,
- er kann aus der dinglichen Reallast in den belasteten Grundbesitz vollstrecken, da die Reallast – ebenso wie Grundpfandrechte – ein Verwertungsrecht (§§ 1105, 1107, 1118, 1147 BGB) ist, und
- er kann den Eigentümer, der für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Einzelleistungen aus der Reallast mit seinem gesamten Vermögen haftet (§ 1108 BGB), persönlich in Anspruch nehmen.

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung müsste deshalb exakt lauten (nach *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 27.23):

Der Übernehmer unterwirft sich wegen der Verpflichtung zur Zahlung der Leibrente (in der wertgesicherten Form) wegen der bestellten Reallast und wegen der gesetzlichen Verpflichtung, die während der Dauer seines Eigentums fällig werdende Leistungen aus der Reallast auch persönlich zu erbringen, der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

II. Die Verdinglichung der Sicherungsabrede

Bei der Sicherungsgrundschuld kann die Sicherungsabrede („Zweckerklärung“) nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Der Grundstückseigentümer konnte deshalb einem neuen

Grundschuldgläubiger nach einer Abtretung keine Einreden aus dem Kreditvertrag entgegenhalten (BGHZ 103, 72, 81 = DNotZ 1988, 492). Dies hat der Gesetzgeber im Rahmen des Risikobegrenzungsgesetzes (§ 1192 Abs. 1 a BGB) teilweise korrigiert. Eine Eintragung der Sicherungsabrede im Grundbuch ist allerdings bei der Sicherungsgrundschuld weiterhin nicht zulässig (siehe nur *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 2290) und wegen der gesetzlichen Normierung auch nicht erforderlich. Ein gutgläubiger einredefreier Erwerb ist auch bei Unkenntnis vom Sicherungscharakter nicht möglich. Gleiches würde bei der Sicherungsreallast gelten, wenn man § 1192 Abs. 1 a BGB als Verbraucherschutzregelung analog anwenden würde (siehe *Staudinger/Mayer*, BGB, 2009, Einl. zu §§ 1005–1112 Rdnr. 63 a). Allerdings handelt es sich bei dieser Vorschrift um eine Ausnahmbestimmung, bei der eine analoge Anwendung eigentlich nicht in Betracht kommt.

Bei der Reallast kann jedoch die Sicherungsabrede nach herrschender Meinung verdinglicht werden (siehe nur OLG Hamm, FGPrax 1998, 9; LG Augsburg, MittBayNot 2005, 47). Grund ist, dass die persönliche Haftung des Grundstückseigentümers gemäß § 1108 BGB abbedungen werden kann; das Gesetz lässt somit erkennen, dass Modifizierungen des dinglichen Inhalts der Reallast möglich sind (ablehnend *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1310 a). Dadurch soll die doppelte Inanspruchnahme des Eigentümers vermieden werden. Der Wortlaut ging in den entschiedenen Fällen allerdings darüber hinaus, indem er die gegenseitige Anrechnung der Zahlung aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den Ansprüchen aus der Reallast als Leistungsverweigerungsrecht zuließ. Sowohl der jeweilige Grundstückseigentümer als auch der jeweilige Rentenberechtigte sollten die Zahlung verweigern können, wenn bereits aus der anderen Verpflichtung geleistet wurde (vgl. *Krauß*, Überlassungsverträge in der Praxis, 2. Aufl. 2010, Rdnr. 1403 f.). Eintragungsfähig ist jedoch nur die Einrede des Eigentümers, nicht diejenige des schuldrechtlich Leistungspflichtigen. Deshalb muss die Formulierung lauten:

Die Zahlungen aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und die dinglichen Ansprüche aus der Reallast sind jeweils gegeneinander anzurechnen. Dem Rentenverpflichteten und dem Grundstückseigentümer steht ein Leistungsverweigerungsrecht als Einrede zu, wenn der Rentenbetrag aus einer dieser Verpflichtungen geleistet wurde. Die Eintragung der Einrede des Eigentümers in das Grundbuch bei der Reallast wird bewilligt und beantragt.

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

2. Ertragsteuerliche Behandlung der durch einen Umwandlungsvorgang entstandenen objektbezogenen Kosten des Vermögensübergangs

BMF-Schreiben vom 18.1.2010 – IV C 2 – S 1978-b/0

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder gilt zur Anwendung

des UmwStG in der bis zur Neufassung durch das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) vom 7.12.2006 (BGBl I, S. 2782, ber. BGBl 2007 I, S. 68) geltenden Fassung sowie zur Anwendung des UmwStG in der vorgenannten Neufassung, zuletzt geändert durch das Gesetz zur Beschleunigung

des Wirtschaftswachstums (Wachstumsbeschleunigungsgesetz) vom 22.12.2009 (BGBl I, S. 3950), Folgendes:

Mit Urteil vom 15.10.1997 (BStBl II 1998, S. 168) zur Verschmelzung von Genossenschaften und mit Urteil vom 17.9.2003 (BStBl II 2004, S. 686) zur Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft hat der BFH entschieden, dass es sich bei einer Verschmelzung auf Ebene des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers um ein Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft handelt. Der BFH geht dabei davon aus, dass sich die Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und das Vorliegen eines Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfts tatbestandlich nicht ausschließen.

Die aufgrund einer Verschmelzung beim übernehmenden Rechtsträger anfallenden objektbezogenen Kosten der Vermögensübertragung – insbesondere die Grunderwerbsteuer – sind daher als Nebenkosten der Anschaffung aktivierungspflichtig. Das gilt auch dann, wenn z. B. der übertragende und der übernehmende Rechtsträger vereinbart haben, die Grunderwerbsteuer jeweils zur Hälfte zu übernehmen. Wirtschaftlich gesehen, handelt es sich bei der Steuer gleichwohl um ausschließlich eigenen Aufwand des übernehmenden Rechtsträgers, für den der übertragende Rechtsträger in seiner Übertragungsbilanz keine Rückstellung bilden darf. Der Grunderwerbsteueranspruch entsteht erst nach Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister und damit bei der

Übernehmerin. Ein Abzug als Betriebsausgaben oder Werbungskosten kommt insoweit nicht in Betracht. Für die Aufspaltung und Abspaltung gilt dies – mit Ausnahme der Aussagen zur Zulässigkeit einer Rückstellungsbildung bei der Abspaltung – entsprechend. Vereinbarungen, wonach der übertragende Rechtsträger aufgrund einer Abspaltung anfallende Grunderwerbsteuer voll oder teilweise trägt, sind im Hinblick auf das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG) bzw. einer Entnahme (§ 4 Abs. 1 Satz 2 EStG) zu prüfen.

Abweichend von den oben genannten Grundsätzen zur Aktivierungspflicht von objektbezogenen Kosten der Vermögensübertragung gilt aus Gründen des Vertrauensschutzes in allen noch offenen Anwendungsfällen der §§ 3 und 16 UmwStG – in der bis zur Neufassung durch das Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG) vom 7.12.2006 (BGBl I, S. 2782, ber. BGBl 2007 I, S. 68) geltenden Fassung – die Tz. 04.43 des BMF-Schreibens vom 25.3.1998 (BStBl II, S. 268) mit der Maßgabe, dass ein Wahlrecht zur Aktivierung der Grunderwerbsteuer oder zur Behandlung als sofort abzugsfähige Betriebsausgabe oder Werbungskosten besteht. Dieses Wahlrecht kann vom übernehmenden Rechtsträger nur einheitlich für alle noch offenen Anwendungsfälle ausgeübt werden.

STANDESNAHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Walter Kaiser, Rothenburg, verstorben am 21.4.2010

Notar a. D. Dr. Egbert Fried, Pirmasens, verstorben am 23.4.2010

Notar a. D. Karl Ritter, Weilheim, verstorben am 30.5.2010

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.5.2010:

Notar Fritz Baßler, Mutterstadt

Mit Wirkung vom 1.1.2011:

Notar Prof. Dr. Manfred Bengel, Fürth

Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Passau

Mit Wirkung vom 1.3.2011:

Notar Heinz-Wilhelm Hillmann, Bamberg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.5.2010:

Ludwigsstadt dem Notar a. D.
Prof. Thomas Reich

Mit Wirkung vom 1.6.2010:

Aichach dem Notarassessor
(in Sozietät mit Notar Dr. Thomas Kilian
Armin Riedel) (bisher in München
Notarstellen
von Oefele/Dr. Götte)

Mit Wirkung vom 1.7.2010:

Mallersdorf-Pfaffenberg dem Notarassessor
Nico Matheis
(bisher in München
Notarstellen
Dr. Basty/Haasen)

Hengersberg dem Notarassessor
Johannes Hecht
(bisher in Bayreuth
Notarstellen
Dr. Gottwald/Zuber)

Rothenburg o. d. Tauber dem Notar
Holger Freitag
(bisher in Riedenburg)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Die Sozietät Dr. Streber/Dr. Schubert, München, wurde mit Wirkung vom 1.2.2010 aufgehoben. Die Notare haben sich zur Nutzung gemeinsamer Geschäftsräume verbunden.

Notar Dr. Benno Sefrin, Hassloch, wurde mit Wirkung vom 1.6.2010 zum Justizrat ernannt

Die Sozietät Portenhauser/Siebenhaar, Augsburg, wurde mit Wirkung vom 1.6.2010 aufgehoben

Notarassessor Dr. Frank Buchhold, Pirmasens (Notarstelle Küper), ab 1.5.2010 in Germersheim (Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessor Achim Färber, Kempten (Notarstellen Dr. Zechiel/Müller-Dohle), ab 1.5.2010 in München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer)

Notarassessorin Stephanie Pelzer, Pegnitz (Notarstelle Heinrich), ab 1.6.2010 in München (Notarstellen Dr. Walz/Dr. Vollrath)

Notarassessor Ulrich Simon, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber), ab 1.6.2010 in Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard)

Notarassessor Robert Martin, Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl), ab 7.6.2010 in Augsburg (Notarstelle Hille)

Die Notarstelle Zwiesel wurde mit Wirkung vom 1.7.2010 aufgehoben. Die Notare Prof. Dr. Dr. Grziwotz und Vogt-Grziwotz, Regen, führen die Geschäftsstelle in Zwiesel fort. Notarin Vogt-Grziwotz verwahrt die Urkunden von Notar Dr. Wolfgang Löbl.

Amtmann i. N. Claus Voith, München (Notarstelle Dr. Krauß), ab 1.9.2010 in München (Notarstellen Dr. Götte/Lautner)

Oberinspektorin i. N. Ricarda Wegerer, Nürnberg (Notarstelle Schallock), ab 15.5.2010 in Nürnberg (Notarstellen Eckersberger/Dr. Göppel)

5. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Oberinspektorin i. N. Petra Weißthanner, München (Notarstelle Dr. Bohrer), zum 1.12.2009 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Manfred Krach, Schwabach (Notarstellen Dr. Böhmer/Dr. Schneider), ab 1.6.2010 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hans Lugert, Tirschenreuth (Notarstelle Greiner), ab 1.6.2010 im Ruhestand

Oberamtsrat Günther Neugebauer, Ingolstadt (Notarstellen Dr. Ott/Dr. Wegmann), ab 1.5 im Ruhestand

Oberinspektorin i. N. Marlen Jarzina, Lauf a. d. Pegnitz (Notarstelle Scheckenhofer), zum 30.6.2010 ausgeschieden

Oberamtsrat i. N. Johann Wiedenmann, Augsburg (Notarstellen Prof. Dr. Jerschke/Dr. Bernhard), ab 1.7.2010 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Augsburg, Notarstelle Portenhauser
E-Mail: kanzlei@notar-portenhauser.de

Augsburg, Notarstelle Siebenhaar
Kobelweg 85, 86156 Augsburg
Telefon: 0821 4509820
Telefax: 0821 45098222
E-Mail: kanzlei@notar-siebenhaar.de

Hof, Notarstelle Habelbeck
E-Mail: kontakt@notar-hasselbeck.de

München, Notarstelle Wilfert-Kammer
Windenmacherstraße 2, 80333 München

Tegernsee, Notarstelle Schwarzer
E-Mail: info@notariat-tegernsee.de

Trostberg, Notarstellen Mehler/Dr. Vierling
Bayernstraße 8 (im Königshof), 83308 Trostberg

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl,
Notarassessorin Dr. Anja Heringer

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 12,50 € 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.
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer

SONSTIGES

Veranstaltungen des DAI

1. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Immobilienrecht (Wälzholz)
20.8.2010 in Heusenstamm
2. Zivil- und steuerrechtliche Schnittstellen im Erbrecht (Wälzholz)
21.8.2010 in Heusenstamm
3. Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz)
27.8.2010 in Oldenburg
2.10.2010 in Kiel
4. Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis – Ausgewählte Fragen im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger)
13.9.2010 in Heusenstamm
5. Haftungsfallen im Erbrecht (Ivo, Müller)
18.9.2010 in Köln
6. 8. Jahresarbeitstagung des Notariats
23.–25.9.2010 in Würzburg
7. Ausgewählte Fragen zum Thema Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Müller, Renner)
1.10.2010 in Kassel
8. Die Grunderwerbsteuer in der notariellen Praxis (Fumi, Gottwald)
1.10.2010 in Bochum
9. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht (Heckschen, Heidinger)
2.10.2010 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Bork/Schäfer: GmbHG. RWS Verlag, 2010. 1 249 S., 98 €
2. Habersack/Schäfer: Das Recht der OHG – Kommentar. De Gruyter, 2010. 1 485 S., 199 €
3. Hüffer: AktG. 9. Aufl., Beck, 2010. 2 022 S., 128 €
4. Jennißen: WEG. 2. Aufl., O. Schmidt, 2010. 1 376 S., 99 €
5. Michalski (Hrsg.): GmbHG. 2 Bände. 2. Aufl., Beck, 2010. 2 380 u. 2 078 S., 378 €
6. Münch: Vereinbarungen zum neuen Versorgungsausgleich. Beck, 2010. 235 S., 29,50 € + CD-ROM
7. Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz. Band 1: §§ 1–34. Beck, 2010. 2 494 S., 248 €
8. Pahlke/Franz: GrEStG. 4. Aufl., Beck, 2010. 671 S., 84 €
9. Pfundstein: Pflichtteil und ordre public. Beck, 2010. 381 S., 68 €
10. Sauter/Schweyer/Waldner: Der eingetragene Verein. 19. Aufl., Beck, 2010. 381 S., 32 €
11. Schlecht & Partner/Taylor Wessing (Hrsg.): Unternehmensnachfolge. 2. Aufl., ESV, 2010. 526 S., 78 €
12. Schlitt/Müller: Handbuch Pflichtteilsrecht. Beck, 2010. 864 S., 108 €
13. Schwab: Handbuch des Scheidungsrechts. 6. Aufl., Vahlen, 2010. 2 131 S., 168 €
14. Timme: WEG. Beck, 2010. 1 160 S., 98 €
15. Winkler: Vorsorgeverfügungen. 4. Aufl., Beck, 2010. 114 S., 16,90 € + CD-ROM

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F