

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr. 9

MittRhNotK

September 1989

## Wettbewerbsrechtliche Probleme in der Praxis des Notars\*

(von Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Tilmann, Düsseldorf)

### I. Belehrungspflicht und kartellrechtliche Haftung des Notars

1. Rechtswidrigkeitsbelehrung
2. Rechtsbelehrung und Betreuungsbelehrung
3. Eigene Verantwortlichkeit des Notars
4. Verantwortlichkeit anderer

### II. Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen

1. Stand der Rechtsprechung
2. Ansatz im Tatbestand

### III. Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen und Erbverträgen

1. Unternehmenskaufverträge
2. Erbauseinandersetzung

### IV. Ausschließlichkeitsbindungen, Schriftform

1. Ausschließlichkeitsbindungen
2. Schriftform

### V. Anzeige und Anmeldung bei Unternehmenszusammenschlüssen

1. Anmeldepflicht oder Anzeigepflicht?
2. Anzeigepflicht
  - a) Größe
  - b) Zusammenschluß
  - c) Verweisung auf kartellrechtliche Beratung
  - d) Gemeinschaftsunternehmen: Fusion oder § 1 GWB?

Ausdruck der gesetzlichen Mißbilligung, eine Sanktion, so daß schon der Abschluß der Verträge nicht „dem Gesetz entspricht“!

Man spricht daher zu Recht vom „Kartellverbot“. Fallen also die zu beurkundenden Verträge und Beschlüsse unter § 1 GWB oder §§ 15, 20, 21 GWB (§ 18 GWB führt nicht zur Unwirksamkeit), so greift die Pflicht des Notars zur „Rechtswidrigkeitsbelehrung“ ein. Daß der Notar seine Belehrung und die Erklärung der Beteiligten in der Niederschrift vermerken soll, ist für die Beteiligten eine Erschwernis, weil sich hieraus später im Bußgeldverfahren der Nachweis eines zumindest bedingten Vorsatzes ergeben kann. Der Notar muß aber nicht nur belehren. Er muß auch prüfen, ob er es bei der einfachen Belehrung lassen darf oder die Beurkundung verweigern muß. Hilft er den Beteiligten wissentlich und willentlich zu einer beurkundeten Wettbewerbsbeschränkung, setzt er sich nämlich selbst der Ahndung einer Ordnungswidrigkeit aus (unten I.3.).

### 2. Rechtsbelehrung und Betreuungsbelehrung

Bleiben wir zunächst bei den Pflichten des Notars gegenüber den Beteiligten. Über die Rechtswidrigkeitsbelehrung nach § 17 Abs. 2 BeurkG hinaus ergibt sich für den Notar auch aus § 17 Abs. 1 BeurkG eine Belehrungspflicht. Nach Satz 1 dieser Vorschrift soll der Notar den Sachverhalt klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren. Neben dieser Pflicht zur Rechtsbelehrung<sup>2</sup> steht die Verpflichtung zur sogenannten Betreuungsbelehrung<sup>3</sup>. Nach Satz 2 der Vorschrift soll der Notar darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden, sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden<sup>4</sup>. Die Rechtsprechung legt die Vorschrift im Sinne einer allgemeineren Belehrungspflicht bei drohenden Nachteilen aus<sup>5</sup>. In einer Entscheidung vom 10.11.1988<sup>6</sup> spricht der BGH sogar von einer „allgemeinen Betreuungspflicht“.

Wendet man die in dieser Entscheidung für steuerliche Folgen verwendeten Formulierungen auf kartellrechtliche Folgen an, so ist ein Notar aufgrund der ihm obliegenden allgemeinen Betreuungspflicht gehalten, über kartellrechtliche Folgen eines von ihm zu beurkundenden Vertrags aufzuklären oder einem Beteiligten anheimzugeben, sich kartellrechtlich beraten zu lassen, wenn der Notar aufgrund der besonderen Umstände des Falles Anlaß zu der Vermutung haben muß, einem Beteiligten drohe ein Schaden, weil er sich der Gefahr einer kartellrechtlichen Verantwortlichkeit nicht bewußt ist.

Kartellrechtliche Folgen können sich für die an einem Kartellvertrag oder einem sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag Beteiligten insbesondere aus den Bußgeldtatbeständen des § 38 GWB ergeben. Auch die Unwirksamkeit des Ver-

### I. Belehrungspflicht und kartellrechtliche Haftung des Notars

#### 1. Rechtswidrigkeitsbelehrung

Nach § 17 Abs. 2 BeurkG soll der Notar bei Zweifeln, ob das zu beurkundende Geschäft dem Gesetz entspricht, insbesondere nach dem Gesetz etwa unwirksam ist, die Bedenken mit den Beteiligten erörtern; bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, soll der Notar seine Belehrung und die Erklärungen der Beteiligten in dem Vermerk festhalten. Ein Gesetz dieser Art ist auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz).

Zwar erfassen die Bußgeldtatbestände des § 38 GWB erst das vertragsgemäße Verhalten als Ordnungswidrigkeit. Auch die zivilrechtliche Unwirksamkeitsfolge ist aber bei den Kartellverträgen und -beschlüssen (§ 1 GWB) und bei den sonstigen wettbewerbsbeschränkenden Verträgen (§ 15 GWB) schon

\* Schriftliche Fassung des am 24. 5. 1989 in Düsseldorf gehaltenen Vortrags.  
1 Dies gilt nicht nur unter Zugrundelegung der Auffassung von K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht-Kartellverwaltungsrecht-Bürgerliches Recht, 1977, 11 ff.; Kartellvertrag und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“, 1978, 9 ff., sondern auch nach der h. M., die nicht § 25 Abs. 1 GWB als Grundtatbestand ansieht, Immenaga/Mestmäcker, § 1 GWB, Anm.14.

2 Ganter. Die Belehrungspflicht des Notars über die Erforderlichkeit einer Auflassungs- oder Eigentumserwerbsvormerkung, NJW 1986, 10171.  
3 Ganter, a.a.O. (Fn. 2)  
4 Neueres Beispiel: BGH NJW 1989, 1002 f.; Arndt, BNotO, 2. Aufl., Anh. zu § 19 BNotO; § 17 BeurkG, Anm. 3.4.2 „Die Rechtsbelehrung“.  
5 BGH NJW 1985, 1225.  
6 BB 1989, 24.

trags ist, wie gesagt, eine nachteilige Folge im Sinne der Vorschrift. Insoweit greift aber schon § 17 Abs. 2 BeurkG ein.

Die Bedeutung der notariellen Betreuungsbelehrung für die an einem kartellverdächtigen Vertrag Beteiligten ist in der „Transportbeton-Entscheidung“ des BGH<sup>7</sup> erkennbar geworden. Der BGH hatte in der „ZVN-Entscheidung“<sup>8</sup> die Gegenstandstheorie aufgegeben, wonach die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt einer vertraglichen Verpflichtung, das Wettbewerbsverhalten selbst also Gegenstand der Bindung sein muß. In der „Transportbeton-Entscheidung“ hat er die Beteiligten unter ausdrücklichem Hinweis auf die noch auf dem Boden der Gegenstandstheorie fußende notarielle Belehrung in subjektiver Hinsicht als entlastet angesehen. Er hat in diesem Ordnungswidrigkeitsverfahren ausgeführt<sup>9</sup>:

„Unter diesen besonderen Umständen kann den Organen (des Unternehmens) nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie unter notarieller Beratung eine Vertragsgestaltung gewählt haben, die an die Grundsätze der Gegenstandstheorie anknüpft.“

### 3. Eigene Verantwortlichkeit des Notars

Ich habe schon angedeutet, daß der Notar das Kartellrecht auch aus Gründen der eigenen Verantwortlichkeit beachten muß. Er ist möglicher Beteiligter an einem mit Bußgeld bedrohten Kartellrechtsverstoß.

a) Eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 GWB kann zwar nur von einer das Unternehmen (also den Kartellrechtsnorm-Adressaten) vertretenden natürlichen Person begangen werden. Der Kreis dieser Personen ist in § 9 OWiG festgelegt<sup>10</sup>. Das OWiG mit seinem einheitlichen Täterbegriff (der nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme unterscheidet) bezeichnet aber auch den als Täter, der an einer von einem anderen begangenen Handlung bewußt und gewollt mitwirkt. § 14 Abs. 1 S. 2 OWiG bestimmt, daß diese Haftung auch dann eingreift, wenn die besonderen persönlichen Merkmale, welche die Möglichkeit der Ahndung begründen, nur bei einem Beteiligten vorliegen.

b) Wenn überhaupt eine Person nach § 9 OWiG haftet<sup>11</sup>, haftet also beispielsweise auch der Leiter der Rechtsabteilung eines Unternehmens<sup>12</sup>. Es haften auch Rechtsanwälte außerhalb des Unternehmens, die den Kartellvertrag organisieren<sup>13</sup>. Auch ein Notar kann ein Beteiligter sein.

c) Der einheitliche Täterbegriff des § 14 OWiG geht allerdings nicht über den Rahmen von Täterschaft und Teilnahme im strafrechtlichen Sinn hinaus<sup>14</sup>. Die eigene Haftung des Notars nach § 14 OWiG setzt daher eine vorsätzliche Haupttat der vertretungsbefugten Person (§ 9 OWiG) und einen vorsätzlichen eigenen Tatbeitrag voraus, der aber auch in der Beurkundung und der hierbei vorgenommenen „Beratung“ liegen kann. Ein Fall dieser Art ist mir bisher nicht bekanntgeworden.

### 4. Verantwortlichkeit anderer

Im Vordergrund stehen für den pflichtbewußten Notar daher die Belehrungs- und Betreuungspflichten in bezug auf wettbewerbsbeschränkende Verträge. Zu den nachteiligen Folgen, über die belehrt werden muß, gehören im Kartellrecht nicht nur die mögliche unmittelbare Haftung der vertretungsberechtigten Personen (§ 9 OWiG) und – neben ihnen – Dritter (§ 14 OWiG) nach § 38 GWB, sondern auch die Haftung für unterlassene Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG.

Soll der Vertrag beispielsweise auf der Ebene von Prokuristen beurkundet werden und enthält der Vertrag unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, so kann sich hieraus eine Haftung des Geschäftsinhabers oder der gesetzlichen Vertreter des Unternehmens nach § 130 OWiG ergeben, wenn diese Personen nicht ohnehin schon nach §§ 9, 14 OWiG haften. Da die Belehrungspflicht des Notars sich nicht nur auf die anwesenden Personen bezieht, sondern auf die Vertragsbeteiligten, sind damit auch die Folgen abzuwehren, die den Unternehmensinhaber (wenn er eine natürliche Person ist) oder die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens treffen.

## II. Wettbewerbsverbote in Gesellschaftsverträgen

### 1. Stand der Rechtsprechung

In der notariellen Praxis begegnen vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen am häufigsten in Gesellschaftsverträgen. Gesellschaftsvertragsparteien vereinbaren regelmäßig Wettbewerbsverbote nicht nur für Geschäftsführer und für geschäftsführende Gesellschafter, sondern auch für nicht-geschäftsführende OHG-Gesellschafter oder Komplementäre sowie für nicht-geschäftsführende Kommanditisten, die nur finanziell beteiligt sind. Nicht selten finden sich für einen Teil dieses unterschiedlichen Personenkreises auch nachvertragliche Wettbewerbsverbote. Wir wollen die Frage des richtigen konstruktiven Ansatzes im Tatbestand des § 1 GWB zunächst zurückstellen. Wo verläuft nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung im Ergebnis die Grenze des Zulässigen?

a) Den OHG-Gesellschafter trifft nach § 112 HGB ein Wettbewerbsverbot, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Das gleiche gilt für den Komplementär der KG nach §§ 161 Abs. 1 und 165 HGB. Auch er ist nach dem HGB zur Unterlassung von Wettbewerb außerhalb der Gesellschaft verpflichtet, selbst wenn er nicht Geschäftsführer ist<sup>15</sup>.

b) Diese dispositiven Vorschriften des HGB und ihnen entsprechende vertragliche Vereinbarungen sind jedoch nach der Rechtsprechung des BGH gegenüber § 1 GWB abzugrenzen und einzuschränken<sup>16</sup>. Dies gilt dann, wenn das Wettbewerbsverbot zur Marktbeeinflussung geeignet ist. Hierfür genügt bereits eine bloße spürbare Verschlechterung der Alternativen der Marktgegenseite<sup>17</sup>. Bei Wettbewerbsverboten, die den Hauptleistungswettbewerb betreffen oder gar ein aktuelles oder potentielles Unternehmen völlig vom Markt fernhalten (Wettbewerbsverbote), neigt der BGH grundsätzlich zur Annahme einer spürbaren Beeinträchtigung der Marktgegenseite. Die nachfolgenden Ausführungen unterstellen die Eignung zur Marktbeeinflussung.

c) Klar unzulässig ist ein Wettbewerbsverbot gegenüber einem nur kapitalistisch beteiligten Gesellschafter, sei er Kommanditist, sei er Komplementär oder OHG-Gesellschafter<sup>18</sup>. Klar zulässig ist demgegenüber ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafters einer KG<sup>19</sup>. Dazwischen liegt eine ganze Bandbreite von Möglichkeiten. Es kommt jeweils auf die Umstände des Einzelfalles an.

d) Welche Grundsätze sind in dieser grauen Zone anzuwenden? Nach der Rechtsprechung des Kartellsenats<sup>20</sup> fallen

7 LM, § 1 GWB, Nr. 25.

8 BGHZ 65, 30.

9 LM, § 1 GWB, Nr. 25, Bl. 3.

10 GK/Fischötter, vor § 38 GWB, Anm. 13.

11 Dies ist Voraussetzung für die Haftung anderer Personen nach § 14 OWiG; Tiedemann, Strafrechtliche Grundprobleme im Kartellrecht, NJW 1979, 1849 f.; Einzelheiten bei Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 8. Aufl., § 9 OWiG, Anm. 8 ff.

12 BKartA WuW/E 1393, 1406 = „Polyamid“

13 Langen/Niederleithinger/Schmidt, § 38 GWB, Anm. 5; GK/Fischötter, vor § 38 GWB, Anm. 14; vgl. Richter, Die Diskriminierung als Kartellordnungswidrigkeit, 1982, 50 ff.; a. A. Reinhart, Die vorsätzliche Zu widerhandlung gegen das Kartellverbot, 1963, 100.

14 GK/Fischötter, vor § 38 GWB, Anm. 14 m. w. N.; Göhler, § 14 OWiG, Anm. 1 ff.

15 BGHZ 89, 162, 165.

16 BGHZ 38, 306, 311 f. = „Kino“.

17 Vgl. BGH WuW/E 2000; BKartA WRP 1985, 411, 414; KG WuW/E 2961, 2963; hierzu: Immenga, Begriffliches zur Wettbewerbsbeschränkung, ZHR 148 (1984), 268 ff.; vgl. ferner BGH WRP 1987, 316.

18 BGHZ 38, 306, 313 ff. = „Kino“.

19 BGHZ 70, 331, 336 = „Gabelstapler“.

20 BGH GRUR 1988, 779 f. = „neuform-Bereich“; vgl. BGH WuW/E 2285, 2288 = GRUR 1986, 910, 912 = „Spielkarten“; WuW/E 2271, 2273 = GRUR 1986, 747 f. = „Taxigenossenschaft“.

wettbewerbsbeschränkende Satzungsbestandteile nicht unter § 1 GWB,

„wenn sie notwendig sind, um das im übrigen kartellrechtlich neutrale Gesellschaftsunternehmen in seinem Bestande und seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten. . . Das Wettbewerbsverbot soll . . . verhindern, daß ein Gesellschafter das Unternehmen von innen her aushöhlt oder gar zerstört und damit einen leistungsfähigen Wettbewerber zugunsten seiner eigenen Konkurrenztaigkeit ausschaltet.“

e) Die Gefahr einer solchen Aushöhlung und Zerstörung sah der 2. Senat des BGH im Fall eines die Gesellschaft beherrschenden Mehrheitsgesellschafters als gegeben an<sup>21</sup>. Der Kartellsenat hat in der „neuform-Entscheidung“<sup>22</sup> als maßgebliches Kriterium den beherrschenden Einfluß auf die Geschäftsführung herausgestellt. Er hat einen solchen Einfluß in einem Fall angenommen, in dem der Gesellschafter zwar aus der Geschäftsführung ausgeschieden war, aber wegen eines satzungsmäßigen Sonderrechts einen der beiden Geschäftsführer benennen und abberufen konnte.

f) Die Argumentation der „neuform-Entscheidung“ ist für die graue Zone zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter (Wettbewerbsverbot zulässig) und dem bloß kapitalistisch beteiligten Gesellschafter (Wettbewerbsverbot unzulässig) richtungsweisend: Entscheidend ist, ob ein maßgeblicher Einfluß auf die Geschäftsführung gegeben ist. Dann kann der Gesellschafter kraft seines Einflusses das Wettbewerbsverhalten der Gesellschaft beeinflussen und zum Nachteil der Gesellschaft und zu seinem Vorteil lähmnen. Der Gesellschafter soll nicht „einen leistungsfähigen Wettbewerber zugunsten seiner eigenen Konkurrenztaigkeit ausschalten“. Die „neuform-Entscheidung“ nennt für einen solchen lähmenden Einfluß auf die Gesellschaft folgende Beispiele:

„Im Interesse des Gesellschafters, der das Konkurrenzprodukt vertreibt, kann eine zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit erforderliche Rationalisierung der Produktion oder eine Ergänzung des Angebots um neu entwickelte Produkte ebenso unterbleiben wie die Erschließung neuer und die Ausnutzung vorhandener Marktchancen.“

Der BGH weist ferner auf die unkontrollierbaren Folgen eines solchen lähmenden Einflusses auf die Gesellschaft hin:

„Hierbei kann in vielen Fällen der objektive Maßstab für die jeweils sachgerechte Maßnahme und für die Frage einer Benachteiligung und deren Ausgleich fehlen (vgl. BGHZ 80, 69, 74).“

g) Die Gefahr eines Mißbrauchs von Insider-Informationen allein trägt das Wettbewerbsverbot nach der „neuform-Entscheidung“ nicht mehr. Diese Gefahr besteht bei den Gesellschaftern stets. Der GmbH-Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist, hat nach § 51 a GmbHG ein Recht auf Auskunft und Einsicht. Dieses Recht ist allerdings nach § 51 a Abs. 2 GmbHG beschränkbar, wenn ein Mißbrauch der Information außerhalb der Gesellschaft zu befürchten ist. Der von der Geschäftsführung ausgeschlossene OHG-Gesellschafter hat ebenfalls ein Einsichtsrecht (§ 118 HGB); dieses Recht kann aber vertraglich eingeschränkt werden (§ 118 Abs. 2 HGB). Der Kommanditist darf den Jahresabschluß durch Bucheinsicht prüfen (§ 166 HGB). Die in § 118 HGB genannten Einsichtsrechte stehen ihm nicht zu (§ 166 Abs. 2 HGB).

Sind diese Informationsbeschaffungsmöglichkeiten auch begrenzt, so können sie doch zu Informationen führen, die für die Gesellschaft schädlich sind. Wollte man allein deswegen die genannten Gesellschafter einem Wettbewerbsverbot unter-

werfen, müßte man ein Wettbewerbsverbot für den gesamten Bereich der §§ 112, 165 HGB akzeptieren; man dürfte das gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbot also nicht über § 1 GWB einschränken.

Der BGH hat aber in den Entscheidungen „Werbeagentur“ und „neuform“ einen Informationsmißbrauch nur im Falle eines maßgeblichen Einflusses auf die Gesellschaft als Grund für ein kartellrechtlich zulässiges Wettbewerbsverbot anerkannt. Er begründet dies damit, daß es dem einflußreichen Gesellschafter möglich ist, Informationen zu erhalten, die über die genannten Beschränkungen in § 51 a GmbHG; §§ 118 und 166 HGB hinaus gehen. Es geht also nur um die Abwehr eines extremen Informationsmißbrauchs, wie er bei maßgeblichem Einfluß auf die Gesellschaft möglich ist<sup>23</sup>.

Festzuhalten ist also: Entscheidend ist, ob ein maßgeblicher Einfluß auf die Geschäftsführung besteht oder nicht. Diesen Einfluß hat der einfache Genosse einer Taxigenossenschaft nicht<sup>24</sup>. Einen solchen Einfluß hat auch nicht –wie ausgeführt – der bloß kapitalistisch beteiligte Kommanditist oder OHG-Gesellschafter<sup>25</sup>.

h) Ist der Zweck des ganzen Vertrages allerdings auf Wettbewerbsbeschränkung gerichtet, so ist auch ein Wettbewerbsverbot zu Lasten des Gesellschafters, der maßgeblichen Einfluß auf die Geschäftsführung hat, unzulässig; der gesamte Vertrag, nicht nur die Klausel, ist dann ein Kartellvertrag<sup>26</sup>. Die Rechtsprechung nimmt nur bei einem „kartellrechtsneutralen Gesellschaftsunternehmen“<sup>27</sup> gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote von der Geltung des § 1 GWB aus.

i) Können zu Lasten eines ausscheidenden Gesellschafters Wettbewerbsverbote vereinbart werden? Die neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsverbot des Gesellschafters vor dem Ausscheiden führt hier zu Argumentationsproblemen.

(1) Ist der Gesellschafter nur aus der Geschäftsführung ausgeschieden, ist er aber noch Gesellschafter und hat er weiterhin maßgeblichen Einfluß auf die Gesellschaft, so ist ein Wettbewerbsverbot zu seinen Lasten kartellrechtlich unbedenklich<sup>28</sup>.

(2) Hat der Gesellschafter nach seinem Ausscheiden aus der Geschäftsführung keinen maßgeblichen Einfluß mehr oder scheidet er unter Verlust seines maßgeblichen Einflusses ganz aus, so kann er die Gesellschaft nicht mehr lähmend beeinflussen. Dieses Argument der „neuform-Entscheidung“ des BGH läßt sich also auf die Zeit nach dem Fortfall des maßgeblichen Einflusses nicht übertragen.

(3) Der ehemals maßgeblich einflußreiche Gesellschafter kann aber noch die Informationen zum Nachteil der Gesellschaft verwenden, die er während der Zeit seines maßgeblichen Einflusses ohne die Beschränkungen in § 51 a Abs. 2 GmbHG; §§ 118 und 166 HGB gesammelt hat. Dies spricht dafür, ein zeitlich begrenztes nachvertragliches Wettbewerbsverbot als mit § 1 GWB vereinbar anzusehen.

Anhaltspunkte lassen sich einer Entscheidung des 2. Zivilsenats<sup>29</sup> entnehmen, die sich mit dem Wettbewerbsverbot zu Lasten eines Geschäftsführers der Gesellschaft zu befassen hatte, der nicht selber Gesellschafter war. Der BGH hat in diesem Fall ein zweijähriges Wettbewerbsverbot als mit § 138 BGB und § 1 GWB vereinbar angesehen. Zu diesem Ergebnis führt eine Abwägung der durch § 1 GWB geschützten Wettbewerbsfreiheit und der Güter und Interessen, denen das vertragliche Wettbewerbsverbot diene. Diese Entscheidung ist auf den geschäftsführenden Gesellschafter und den Gesellschafter mit maßgeblichem Einfluß auf die Geschäftsführung nach dessen Ausscheiden übertragbar.

21 BGHZ 89, 162, 166 – „Werbeagentur“; die dortige Bekl. war mit 80 % sowohl an der Komplementär-GmbH als auch am KG-Kapital beteiligt.

22 a.O. (Fn. 20).

23 BGH GRUR 1988, 780 – „neuform-Bereich“.

24 BGH GRUR 1986, 747 f. ~ „Taxigenossenschaft“.

25 BGHZ 38, 306, 311 – „Kino“; OLG Hamburg WuW/E 3320, 3322; OLG Karlsruhe WM 1986, 1473, 1475; OLG Düsseldorf WuW/E 3328, 3330.

26 BGHSt 30, 270 = NJW 1982, 627.

27 BGH GRUR 1988, 780 – „neuform-Bereich“.

28 So lag der Fall in BGH GRUR 1988, 780 – „neuform-Bereich“

29 BGH NJW 1984, 2366f.

(4) Es muß aber stets geprüft werden, ob eine pauschale, wenn auch zeitlich befristetes Wettbewerbsverbot tatsächlich erforderlich ist. Die vom BGH („neuform-Entscheidung“) geforderte „Notwendigkeit“ setzt eine Prüfung nicht nur in zeitlicher, sondern auch in sachlicher Hinsicht voraus. Andererseits ist ein auf bestimmte Kenntnisse oder bestimmte definierte Tätigkeiten beschränktes Wettbewerbsverbot in der Praxis schwer zu kontrollieren und durchzusetzen. In vielen Fällen wird daher ein zeitlich scharf begrenztes Wettbewerbsverbot für den früheren Tätigkeitsbereich auch aus der Sicht des § 1 GWB die sachgerechteste Lösung sein. Die Gesellschaft steht auch nach dem Ablauf eines so beschränkten Wettbewerbsverbots nicht schutzlos da. Ergänzend können bei einem nachvertraglichen Informationsmißbrauch die §§ 1 und 17 ff. UWG eingreifen<sup>30</sup>.

j) Geschäftsführer einer Gesellschaft, die nicht selbst Gesellschafter sind, können während ihrer Tätigkeit einem Wettbewerbsverbot unterworfen werden<sup>31</sup>. Für die Zeit nach dem Ausscheiden kann ihnen ein zeitlich begrenztes Wettbewerbsverbot auferlegt werden. § 74 Abs. 2 HGB ist nicht anwendbar, der nachvertragliche Wettbewerbsverbot zu Lasten von Handlungsgehilfen von einer Bezahlung abhängig macht<sup>32</sup>.

Die zeitliche Begrenzung des Wettbewerbsverbots eines Geschäftsführers ergibt sich nicht nur aus § 138 BGB i. V. m. Art. 2, 12 GG, sondern auch aus § 1 GWB<sup>33</sup>. Der 2. Senat des BGH hält, wie erwähnt, ein zweijähriges Wettbewerbsverbot (ohne Entgelt) für mit § 1 GWB vereinbar. Der Geschäftsführer ist im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages zwar nicht Unternehmen. Sofern sich das Wettbewerbsverbot auf seine künftige Tätigkeit als Unternehmer bezieht, bindet es ihn aber als potentiellen Unternehmer. Wird für die Zukunft eine abhängige Stellung bei einem Mitbewerber ausgeschlossen, wird der Geschäftsführer dagegen nicht als Unternehmen gebunden. Dann ist nicht § 1 GWB, sondern § 138 BGB die Grundlage für eine zeitliche Befristung des Wettbewerbsverbots.

## 2. Ansatz im Tatbestand

Einige Worte noch zu der Frage, an welcher Stelle des Tatbestandes des § 1 GWB die Abwägung mit dem gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbot anzusetzen hat.

a) Der BGH hat in früheren Entscheidungen zu sonstigen Verträgen i. S. d. §§ 15 ff. GWB angenommen, daß Wettbewerbsverbote, die zur Erreichung des Leistungsaustausches sachlich erforderlich seien, nicht zum gemeinsamen Zweck vereinbart würden. Es würden dann nicht weitergehende, sondern nur gleichgerichtete Interessen verfolgt<sup>34</sup>.

Diese Argumentation macht allenfalls bei den Austauschverträgen Sinn<sup>35</sup>, bei denen eine Vertragsklausel, wenn sie zum gemeinsamen Zweck vereinbart wird, in den Anwendungsbereich des § 1 GWB führen kann (arg. § 20 Abs. 4 GWB).

b) Bei der Anwendung des § 1 GWB auf Gesellschaftsverträge (die immer insgesamt zum gemeinsamen Zweck geschlossen werden) ist diese Argumentation nicht möglich. Sowohl der Kartellsenat<sup>36</sup> als auch der 2. Senat<sup>37</sup> nehmen daher hier richtig eine Interessenabwägung vor. Sie folgen im Ergebnis der sogenannten Immanenzlehre. Danach erfaßt § 1 GWB nach seinem Sinn und Zweck solche Wettbewerbsverbote nicht, die notwendig sind, um kartellrechtsneutrale Gesellschaftsunternehmen in ihrem Bestand und in ihrer Funktion zu erhalten. Es handelt

sich um nichts anderes als um eine von der Rechtsprechung entwickelte ungeschriebene Ausnahme vom Geltungsbereich des § 1 GWB.

## III.

### Wettbewerbsverbote in Unternehmenskaufverträgen und Erbverträgen

#### 1. Unternehmenskaufverträge

a) Auch in Verträgen über die Veräußerung eines Unternehmens finden sich regelmäßig Wettbewerbsverbote. Sie sollen verhindern, daß der Verkäufer die Kundenbeziehungen, die er mitverkauft und -bezahlt erhalten hat, anschließend durch eigene Konkurrenztätigkeit dem Käufer wieder entzieht oder entscheidend beeinträchtigt<sup>38</sup>. Daß solche Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen enthalten sind, hindert nicht ihre Beurteilung nach § 1 GWB. Das Kartellverbot des § 1 GWB spricht zwar von einem „Vertrag zum gemeinsamen Zweck“. Es will aber („soweit“) auch Vertragsklauseln zum gemeinsamen Zweck erfassen, selbst dann, wenn sie in Austauschverträgen enthalten sind (arg. § 20 Abs. 4 GWB).

b) Ein gemeinsamer Zweck in bezug auf das Wettbewerbsverbot liegt grundsätzlich dann vor, wenn die Beteiligten über den Austausch hinaus gleichgerichtete Interessen verfolgen. Dies nimmt der BGH zwar regelmäßig dann an, wenn die Beteiligten den Wettbewerb untereinander beschränken, sei es auch nur den Wettbewerb eines der beiden Beteiligten<sup>39</sup>. Ist das Wettbewerbsverbot in Unternehmensveräußerungsverträgen aber eine „mitbezahlte“ Leistung des Veräußerers und damit Bestandteil der Austauschbeziehung, so ist es nicht zum gemeinsamen Zweck geschlossen<sup>40</sup>.

c) Der BGH hält bei der Veräußerung eines Unternehmens ein Wettbewerbsverbot regelmäßig für erforderlich, um die Beeinträchtigung der Austauschbeziehung zu vermeiden. Er fügt aber stets hinzu, daß das Wettbewerbsverbot nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen nicht unangemessen sein darf. Es muß nach Zeit, Ort und Gegenstand auf das Maß beschränkt werden, das erforderlich ist, damit der Erwerber die ihm bei der Unternehmensübertragung überlassenen Kundenbeziehungen festigen kann.

d) Eine allgemeine zeitliche Grenze läßt sich nicht ziehen. Ein Wettbewerbsverbot für 10 Jahre ist regelmäßig unzulässig<sup>41</sup>. Auch ein fünfjähriges Wettbewerbsverbot kann problematisch sein<sup>42</sup>. Es kommt stets darauf an, wie lange erfahrungsgemäß die Beziehungen der Kunden zur Person des Unternehmers noch fortduern<sup>43</sup>. In einem Ausnahmefall hat das OLG Frankfurt<sup>44</sup> ein 10jähriges Wettbewerbsverbot als unbedenklich angesehen, weil ein vor dem Konkurs stehender Unternehmer bei der Veräußerung von Unternehmensteilen ein solches Wettbewerbsverbot übernehmen mußte, um einen noch erträglichen Übernahmepreis zu erzielen.

Wettbewerbsverbote können auch bei Liefer-, Vertriebs- und Vergleichsverträgen vorkommen<sup>45</sup>. Da diese Verträge üblicherweise nicht vor dem Notar geschlossen werden, verzichte ich auf eine Darstellung. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei dem Unternehmensveräußerungsvertrag.

30 Vgl. Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB, Anm. 374 m. w. N.  
31 BGH NJW 1984, 2366 f.

32 BGH, a.a.O.

33 BGH, a.a.O.

34 BGHZ 68, 6, 9 – „Fertigbeton“; BGH WuW/E 1597 f. – „Erbauseinandersetzung“; 1898 f. – „Holzpaneele“; 2085, 2087 – „Strohgäu-Wochenjournal“.

35 Kritisch auch hier: Emmerich, Kartellrecht, 5. Aufl. 1988, 51; Schmidt, Kartellverbot, 79 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB, Anm. 381.

36 BGH GRUR 1988, 779 – „neuform-Bereich“.

37 BGH NJW 1984, 2366 f. – „Werbeagentur“.

38 BGH WuW/E 1898 f. – „Holzpaneele“

39 BGH WuW/E 2285 ff. – „Spielkarten“; BGHZ 68, 6 ff. – WuW/E 1458 ff. – „Fertigbeton“; Schmidt, Kartellverbot, 53 ff.; Immenga/Mestmäcker, § 1 GWB, Anm. 159.

40 BGH WuW/E 1898 f. m. w. N.; BGH WuW/E 2085, 2087 – „Strohgäu-Wochenblatt“.

41 BGH WuW/E 1900 – „Holzpaneele“.

42 BGH WuW/E 2087 – „Strohgäu-Wochenblatt“.

43 BGH WuW/E 1900 – „Holzpaneele“.

44 BB 1977, 2042.

45 Vgl. Übersicht bei Müller-Url, Kartellrecht, 1989, 55 ff.

## 2. Erbauseinandersetzung

a) Ein typischer „Notar-Vertrag“ ist allerdings der Erbauseinandersetzungsvertrag, wenn sich im Nachlaß ein Unternehmen befindet. Geht es bei der Auseinandersetzung zwischen den Erben um die Übertragung eines Unternehmens und die Regelung der Geschäftsführung, so handelt es sich um einen Austauschvertrag. Damit ist jedoch das in solchen Verträgen mitunter geregelte Wettbewerbsverbot noch nicht von der Anwendung des § 1 GWB ausgeschlossen<sup>46</sup>. Wie bei den Unternehmensveräußerungsverträgen ist zu prüfen, ob das Wettbewerbsverbot Bestandteil der Leistungsbeziehung ist oder ob es darüber hinaus gleichgerichteten Interessen am Ausschluß des Wettbewerbs dient.

b) Der BGH zieht die Grenze dort, wo das Wettbewerbsverbot zur Erhaltung der Äquivalenz der Leistungsbeziehung nicht mehr erforderlich ist. Im Fall „Erbauseinandersetzung“<sup>47</sup> hat er ein dauerndes Wettbewerbsverbot als nicht angemessen angesehen und das Berufungsgericht aufgefordert zu prüfen, ob nicht auch ein zeitlich begrenztes Wettbewerbsverbot ausreichend gewesen wäre.

c) Bei der Bestimmung der Angemessenheit der zeitlichen Grenze kommt es auf alle Umstände an, insbesondere auch auf die kennzeichnerichtliche Lage. Eine Gleichnamigkeit der Erben gebietet jedoch kein unbegrenztes Wettbewerbsverbot. Aus dem Recht der Gleichnamigen ist bekannt, daß beide Seiten Rücksichtnahmepflichten haben<sup>48</sup>. Die Gleichnamigkeit der Vertragspartner ist daher nur eines der zu berücksichtigenden Elemente. Als Richtwert ist – wie bei den Unternehmenskaufverträgen – von Fristen zwischen drei und fünf Jahren auszugehen. Aber auch Wettbewerbsverbote von nur einem Jahr werden von der Rechtsprechung einer sorgfältigen Prüfung unterzogen<sup>49</sup>.

## IV. Ausschließlichkeitsbindungen, Schriftform

### 1. Ausschließlichkeitsbindungen

a) Ein in der notariellen Praxis häufiger Vertragstyp ist die Verpflichtung eines Gastwirts zum ausschließlichen Bezug des Biers eines Bierherstellers. Zwar kann die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, auf dem Grundstück keine anderen Waren als die eines bestimmten Herstellers zu vertreiben, nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein, weil das Recht zur freien Auswahl des Warenlieferanten kein Ausfluß des Eigentumsrechts am Grundstück ist<sup>50</sup>. Eine mit diesem Inhalt eingetragene Dienstbarkeit kann jedoch umgedeutet werden<sup>51</sup> in ein ausschließliches Recht des Bierherstellers oder Bierlieferanten, auf dem belasteten Grundstück Biersorten jeder Art zu vertreiben oder vertreiben zu lassen. Dieses Recht bedingt als dann als Kehrseite das entsprechende Vertriebsverbot für andere Personen (§§ 1027, 1004 BGB); solche Dienstbarkeiten sind sachenrechtlich zulässig<sup>52</sup>. Daß solche Dienstbarkeiten zur Absicherung einer schuldrechtlichen Bezugsverpflichtung bestellt werden, also den Charakter einer „Sicherungsdienstbarkeit“ haben, ist kein Grund zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Auch eine unzulässige Gesetzesumgehung oder ein Scheingeschäft i. S. v. § 117 BGB liegen nicht vor<sup>53</sup>.

b) Das deutsche Kartellgesetz kontrolliert Verpflichtungen zum ausschließlichen Bezug nicht (wie beim Kartellvertrag) mit der Unwirksamkeitsfolge. Es räumt den Kartellbehörden vielmehr nur ein Eingriffsrecht ein (§ 18 Abs. 1 GWB). Deswegen ist § 18 GWB auch kein Schutzgesetz i. S. v. § 35 GWB. Unmittelbare Rechtsfolgen zugunsten des Bindungsschuldners ergeben sich nicht aus dem Kartellgesetz, sondern nur aus § 138 BGB. Die zu den zulässigen Höchstlaufzeiten von Bierlieferungsverträgen ergangene Rechtsprechung<sup>54</sup> setze ich als bekannt voraus. Ist die zulässige Höchstlaufzeit überschritten, dürfte dem Schuldner der Einwand aus § 138 BGB auch gegenüber der Sicherungsabrede zustehen<sup>55</sup>.

c) An dieser Stelle ist ein Blick auf das europäische Recht von Interesse. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge in Art. 85 EWGV setzt voraus, daß der Vertrag geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu berühren. Der Europäische Gerichtshof hält es für möglich, die Auswirkungen eines Absatzsystems insgesamt zu betrachten<sup>56</sup>. Die Oberlandesgerichte Stuttgart und Karlsruhe sowie die Landgerichte Heidelberg und Karlsruhe haben aus dieser Bündeltheorie die Folgerung gezogen, daß der einzelne Bierbezugsvertrag den Regeln des EWG-Wettbewerbsrechts unterliegt<sup>57</sup>. Das OLG Hamm<sup>58</sup> hat demgegenüber in einem Verfügungsverfahren eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht feststellen können, weil ein Vortrag zum Umfang der Vertriebsbindung fehlte.

Ist europäisches Kartellrecht anwendbar, so sind die Regeln der Verordnung Nr. 1984/83 zu beachten, die in den Art. 6 ff. besondere Vorschriften für Bierlieferungsverträge enthalten<sup>59</sup>. Die Funktion solcher Gruppenfreistellungs-Verordnungen liegt aber allein darin, daß bei der Einhaltung der darin enthaltenen Regeln feststeht, daß Art. 85 Abs. 1 und 2 EWGV nicht anwendbar ist. Dagegen bedeutet die Nichteinhaltung der Regeln nicht, daß die betreffenden Vertragsklauseln gegen das EG-Recht verstößen<sup>60</sup>. Es ist dann vielmehr Sache der nationalen Gerichte, eine etwaige Unwirksamkeit nach Art. 85 Abs. 2 EWGV oder nach dem nationalen Recht festzustellen. Die Frage, ob der übrige Vertrag unwirksam ist, richtet sich nach nationalem Recht, in Deutschland also nach der Rechtsprechung zu § 139 BGB<sup>61</sup>. Die Freistellungs-VO für Bierlieferungsverträge sieht eine Höchstfrist von 10 Jahren vor, sofern sich die ausschließliche Bezugspflicht nur auf bestimmte Biere bezieht (Art. 8 Abs. 1 Buchst. d), eine Höchstgrenze von fünf Jahren, wenn sich die ausschließliche Bezugspflicht auf bestimmte Biere und bestimmte andere Getränke bezieht (Art. 8 Abs. 1 Buchst. c).

### 2. Schriftform

Eine häufig als Sanktion wirkende, zulässige und unzulässige Bezugspflicht-Klauseln gleichermaßen betreffende „Sanktion“ ist das Schriftformgebot in § 34 GWB. Ist die Schriftform nicht gewahrt, ist nicht nur die Bezugspflicht unwirksam, sondern der ganze Vertrag<sup>62</sup>.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Schriftformregel in § 34 GWB hat eine Wandlung vollzogen. Die Schriftform betrifft nach der jetzigen Rechtsprechung nur noch die Vereinbarungen, die tatsächlich geschlossen worden sind, eine Verpflichtung zur vollständigen Regelung besteht nicht<sup>63</sup>. Eine Verletzung des Formzwangs liegt daher nur dann vor, wenn die

46 BGH WuW/E 1597 – „Erbauseinandersetzung“.

47 A.a.O. (Fn. 46).

48 Baumbach/Hefermehl, § 16 UWG, Anm. 72 ff.

49 BGH WuW/E 2090, 2094 – „Stadler-Kessel“.

50 BGHZ 29, 244, 249; 74, 293, 298; BGH WuW/E 1700, 2219f.

51 BGH WuW/E 2219f.

52 BGHZ 29, 244, 246; 35, 378, 381; BGH WuW/E 2219f.

53 So im Ergebnis BGH, a.a.O.

54 Vgl. BGHZ 74, 293, 298f.

55 Vgl. BGHZ 74, 293, 298f.; BGH WuW/E 2219f.

56 EuGH WuW/E 777 – GRUR Int. 1988, 237 – „SABA-EG-Vertriebssystem II“; für den Bierbereich: EuGHE 1967, 543 ff. = WuW/E 187 – „de Haecht“.

57 Nachweise bei Wahl. Der Bierlieferungsvertrag nach EG-Kartellrecht in der deutschen Rechtsprechung, NJW 1988, 1431 f.; ders., Der Bierlieferungsvertrag nach dem Wettbewerbsrecht der EG, NJW 1985, 534; ders., Der Bierlieferungsvertrag, 1985, 38 ff.

58 NJW 1988, 1473f.

59 Dazu: Bunte/Sauter, EG-Gruppen-Freistellungs-VOen 1988, 266 ff., 289 ff.

60 EuGHE 1988, 620.

61 EuGHE, a.a.O.

62 Ausnahme: bei völliger Trennbarkeit BGH WuW/E 1426 ff. – „Celler Imbiß“.

63 BGH NJW 1982, 2278; 1980, 1529; GRUR 1984, 298 – „Bierlieferungs-Nachfolgerklausel“.

Parteien mehr vereinbart haben als schriftlich niedergelegt worden ist, wenn also zusätzliche in der Urkunde nicht aufgenommene Abreden getroffen wurden<sup>64</sup>.

§ 34 GWB enthält gegenüber § 126 BGB insoweit eine Erleichterung, als es genügt, wenn die Beteiligten Urkunden unterzeichnen, die auf einen schriftlichen Beschuß, eine schriftliche Satzung oder auf eine Preisliste Bezug nehmen. Außerdem findet § 126 Abs. 2 BGB keine Anwendung, wonach die Vertragsunterzeichnung auf derselben Urkunde erfolgen muß. Der Schriftform ist daher durch einen Briefwechsel genügt. Erforderlich ist aber in jedem Fall, daß die beiden schriftlichen Erklärungen oder der Vertrag auf die begleitende Urkunde in einer nachvollziehbaren Weise Bezug nehmen<sup>65</sup>. Dies wird in der notariellen Praxis besonders zu beachten sein.

Möglicherweise sind übrigens die Sorgen mit der Schriftform des § 34 GWB bald ausgestanden. Der vom Bundeskabinett verabschiedete Entwurf der Kartellgesetznovelle sieht eine vollständige Streichung des § 34 GWB vor.

## V. Anzeige und Anmeldung bei Unternehmenszusammenschlüssen

### 1. Anmeldepflicht oder Anzeigepflicht?

a) Einweites Feld betreten wir mit der Frage, wann bei dem Zusammenschluß von Unternehmen eine Anmeldung oder eine Anzeige erforderlich sind.

(1) Eine unterlassene Vorweg-Anmeldung bei Großfusionen (§ 24 a GWB) ist zwar keine Ordnungswidrigkeit. Sie führt aber zu einem Vollzugsverbot (§ 24 a Abs. 4 GWB), dessen Verletzung eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB ist. Vollzugsgeschäfte sind unwirksam. Unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Anmeldung sind eine Ordnungswidrigkeit (§ 39 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

(2) Auch die Unterlassung der Anzeige bei „mittleren“ Fusionen ist eine Ordnungswidrigkeit (§ 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB), auch hier sind unrichtige oder unvollständige Angaben ordnungswidrig. Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Zusammenschlusses und die Möglichkeiten der materiellen Fusionskontrolle (Untersagung) werden von der Unterlassung der Anzeige jedoch nicht berührt<sup>66</sup>.

b) Großfusionen mit der Verpflichtung zur vorherigen Anmeldung liegen vor, wenn eines der beteiligten Unternehmen einen Jahresumsatzerlös von mindestens 2,0 Mrd. DM hat oder wenn zwei beteiligte Unternehmen einen Jahresumsatz von jeweils 1,0 Mrd. DM oder mehr haben. Für die Umsatzberechnungen gelten die komplizierten Regeln des § 23 Abs. 1 S. 2 bis 7. Da bei solchen Großfusionen in der Regel kartellrechtlich erfahrene Anwälte mitwirken, behandle ich diesen Bereich nicht weiter.

### 2. Anzeigepflicht

#### a) Größe

Häufiger stellt sich in der notariellen Praxis die Frage, ob ein Zusammenschluß von Unternehmen mittlerer Größenordnung angezeigt werden muß. Die umfangreiche und komplizierte Regelung in § 23 GWB sollte von jedem Notar einmal durchgearbeitet werden. Die erste Frage ist, ob die Unternehmen für die Anzeigepflicht *hinreichend bedeutend* sind (§ 23 Abs. 1 GWB). Entweder muß durch den Zusammenschluß ein Marktanteil in einem wesentlichen Teil des Inlands von mindestens 20 % erreicht oder erhöht werden oder ein beteiligtes Unternehmen muß auf einem anderen Markt einen Marktanteil von mindestens 20 % besitzen.

#### b) Zusammenschluß

Unternehmen dieser relevanten Größenordnung müssen einen *Zusammenschluß* anzeigen. Der *Zusammenschluß* ist ein Sammelbegriff, der über eine vollständige Zusammenfassung zweier Unternehmen weit hinausgeht und in einer abschließenden Regelung sowohl Formaltatbestände als auch eine Generalklausel enthält.

(1) Erfäßt werden einmal an privatrechtliche Vorgänge anknüpfende *Formaltatbestände*, nämlich: der Erwerb des Vermögens eines anderen Unternehmens, sei es durch unmittelbaren Vermögenserwerb zu einem wesentlichen Teil, sei es durch Verschmelzung, durch Umwandlung oder in sonstiger Weise (§ 23 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Erfäßt wird weiter der Erwerb von Anteilen an einem Unternehmen auf jeder von insgesamt drei Beteiligungsstufen: über 25 % (bis unter 50 %) des stimmberechtigten Kapitals; Erreichung von 50 % des stimmberechtigten Kapitals; Gewährung einer Mehrheitsbeteiligung i. S. v. § 16 Abs. 1 AktG.

In bezug auf die unterste Beteiligungsschwelle (25 %) gilt der Umgehungstatbestand des § 23 Abs. 2 S. 4 GWB, wonach auch der Erwerb von Anteilen unter 25 % erfaßt wird, wenn der Erwerber durch Vertrag oder auf anderem Wege eine Rechtsstellung verschafft wird, die der Stellung eines Aktionärs mit mehr als 25 % entspricht.

Stimmrechte stehen den Anteilen gleich. Der Erwerb von Anteilen an einem Gemeinschaftsunternehmen steht einem Zusammenschluß zwischen den Müttern gleich. Erfäßt werden ferner Konzernbildungsverträge (§ 23 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Zu den Formaltatbeständen gehört schließlich auch die Herbeiführung der Personengleichheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats, des Vorstands oder eines anderen Geschäftsführungsorgans (§ 23 Abs. 2 Nr. 4 GWB).

(2) Neben den Formaltatbeständen steht eine *Generalklausel*, die jede Unternehmensverbindung erfaßt, die einem Unternehmen über ein anderes einen beherrschenden Einfluß verschafft (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB).

(3) In der Kartellgesetznovelle ist eine weitere *Generalklausel* vorgesehen, wonach ein Zusammenschluß schon dann vorliegt, wenn durch die Verbindung ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen wettbewerblich erheblichen Einfluß auf ein anderes Unternehmen ausüben können. Damit soll auch ein Beteiligungserwerb unter 25 % erfaßt werden, der weder über einen Vertrag zu einer ähnlichen Stellung wie 25 % (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 S. 4 GWB) noch zu einem beherrschenden Einfluß führt (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB). Erforderlich ist auch hier eine gesellschaftsrechtlich vermittelte Unternehmensverbindung<sup>67</sup>. Erfäßt werden sollen insbesondere Gestaltungen, bei denen zusätzlich zu den Einflußmöglichkeiten aus dem unter 25 % liegenden Anteil noch Informations-, Mitsprache- und Kontrollmöglichkeiten hinzukommen<sup>68</sup>.

#### c) Verweisung auf kartellrechtliche Beratung

Kommt von der Bedeutung der Unternehmen (§ 23 Abs. 1 GWB) und von der Art des Zusammenschlusses her eine Anzeigepflicht nach § 23 GWB in Betracht, sollte der Notar den Beteiligten im Rahmen seiner Betreuungspflicht (§ 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG) empfehlen, den Rat eines in Kartellsachen erfahrenen Anwalts in Anspruch zu nehmen. Liegt keine Großfusion vor, kann die Anzeige nach dem Zusammenschluß erfolgen (§ 24 Abs. 2 S. 2 GWB).

#### d) Gemeinschaftsunternehmen: Fusion oder § 1 GWB?

Im Falle der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen sind die §§ 23 ff. GWB und § 1 GWB nebeneinander anwendbar<sup>69</sup>. Bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ist die Anwen-

64 OLG Hamm NJW 1988, 1473f.

65 BGH GRUR 1978, 323 – „Puff“.

66 Von Garmn, § 23 GWB, Anm. 34.

67 Nach den Grundsätzen von BGHZ 90, 381 ff.

68 Entwurf vom 20.1.1989, 52.

69 BGHZ 96, 69 = WuW/E 2169 – „Mischwerke“; dazu Immenga, Gemeinschaftsunternehmen als Kartell und Zusammenschluß – ein Grundsatzurteil des BGH, ZHR 150 (1986), 366 ff.

dung von § 1 GWB nicht ausgeschlossen<sup>70</sup>. Dagegen werden auf ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen nur die Vorschriften der §§ 23 ff. GWB angewendet.

Ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen liegt nach der Praxis des Kartellamts vor, wenn ein funktionsfähiges Gemeinschaftsunternehmen geschaffen wird, das die wesentlichen Unternehmensfunktionen aufweist, marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf einer vor- oder nachgelagerten Stufe für die Muttergesellschaft tätig ist und wenn die Muttergesellschaften ihrerseits auf dem

sachlichen Markt des Gemeinschaftsunternehmens nicht oder nicht mehr tätig sind<sup>71</sup>. Der BGH hat sich dieser Abgrenzung im wesentlichen angeschlossen<sup>72</sup>.

Liegt ein konzentratives Gemeinschaftsunternehmen vor, bestehen keine Bedenken gegen einen Verzicht der Gesellschafter, im Rahmen der dem Gemeinschaftsunternehmen übertragenen Marktfunktionen nicht tätig zu sein. Damit wird eine Form der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen, die tatbestandsmäßig unter § 1 GWB fällt, von dem Anwendungsbereich des Kartellverbots ausgenommen<sup>73</sup>.

## Das Kostenänderungsgesetz zum 1. 7. 1989

### Eine kritische Betrachtung zu § 19 Abs. 3 und 4 KostO

(von Notar Dr. Holger Schmidt, Viersen)

#### Einleitung

#### II. Ausführungen zu § 19 KostO

1. Gesetzesbegründung
2. Begriffsdefinitionen
  - a) Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb
  - b) Hofstelle
  - c) Fortführung des Betriebes
  - d) Abfindung weichender Erben
  - e) Einheitswert
3. Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Einzelfall
  - a) Übertragungsverträge
  - b) Letztwillige Verfügungen
  - c) Familienrechtliche Verträge
4. Höchstgrenze des gemeinen Wertes
5. Nebengebühren

#### III. Schlußbemerkungen

#### I. Einleitung

Das Gesetz zur Regelung des Geschäftswertes bei land- oder forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben und zur Änderung sonstiger kostenrechtlicher Vorschriften<sup>1</sup>, das am 1. 7. 1989 in Kraft getreten ist, hat die KostO nicht grundlegend verändert. Dem § 19 KostO wurden die Abs. 4 und 5 hinzugefügt. Der erste Absatz bringt dabei eine Ausnahmeverordnung zu § 19 Abs. 1 bis 3 KostO in der Weise, daß der Wert bei Geschäften, die der Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle betreffen, den Wert des Grundbesitzes nicht mit dem Verkehrswert, sondern nur mit dem vierfachen des letzten Einheitswertes anzusetzen ist. Diese Sonderbestimmung gilt sowohl bei Rechtsgeschäften unter Lebenden als auch bei Verfügungen von Todes wegen, vorausgesetzt, das Geschäft betrifft die Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle. Die Gesetzesfügung hat, obwohl vom Wortlaut her nicht sehr umfangreich, – ähnlich wie das KostÄndG 1986<sup>2</sup> – viele Zweifelsfragen aufgeworfen. Diese sollen

im folgenden aufgezeigt und Lösungsvorschläge erarbeitet werden. Dabei soll jedoch nicht auf die Grundsatzfrage eingegangen werden, ob der eingefügte § 19 Abs. 4 und 5 KostO verfassungsgemäß ist. Selbst im Gesetzgebungsverfahren<sup>3</sup> wurden hierzu bereits erhebliche Zweifel geäußert. Diese Frage berührt den Praktiker in der täglichen Anwendung weniger. Ihn interessiert mehr die Auslegung der einzelnen Bestimmungen und deren Anwendung im konkreten Fall<sup>4</sup>.

#### II. Ausführungen zu § 19 KostO

##### 1. Gesetzesbegründung

Die Initiative des Landes Baden-Württemberg zu der jetzt eingegangenen Gesetzesänderung wurde im wesentlichen damit begründet, daß die unbestimmte Fassung des § 19 Abs. 2 S. 1 KostO zu einer sehr unterschiedlichen Kostenpraxis der Obergerichte bei der Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes geführt habe. Diese Begründung vermag jedoch die Gesetzesänderung schon aus zwei Gründen nicht zu rechtfertigen. Zum einen ist die angebliche Bewertungsdivergenz der einzelnen OLG gar nicht mehr so groß, nachdem nun auch das OLG Oldenburg<sup>5</sup> seine ursprüngliche Auffassung revidiert hat. Es kommt hinzu, daß die landwirtschaftlichen Grundstücksspreise in den letzten Jahren erheblich gesunken sind. Es dürften deshalb heute nur noch geringe Bewertungsunterschiede bestehen. Zum anderen gibt es in der Kostenrechtsprechung der OLG sehr viel bedeutsamere Meinungsunterschiede, die einer Klärung durch den Gesetzgeber bedürft hätten. Es sei nur an die Diskussion über die kostenrechtliche Bewertung der Abtretung von Auszahlungsansprüchen in Grundpfandrechtsbestellungsurkunden oder an die Einholung von Löschungsunterlagen im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Kaufvertrages erinnert. In Wirklichkeit ging es um eine Privilegierung der Landwirtschaft. Mit dem Scheinargument sollte – einmalig im Kostenrecht – nur die Schaffung einer Sonderregelung für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe gerechtfertigt werden.

Der Wortlaut des § 19 Abs. 4 KostO liest sich auf den ersten Blick ganz einleuchtend. Bei näherem Hinsehen muß man jedoch feststellen, daß die gewünschte Klarheit und Bestimmtheit fehlen. Gleicher gilt für den neu gefaßten § 144 KostO.

70 BGHZ 96, 77 ff.

71 BGHZ 96, 79.

72 BGHZ 96, 82.

73 Immenga, ZHR 150 (1986), 373.

3 BT-Drucks. 11/2343, 6; vgl. auch Otto, Am 1. 7. 1989 in Kraft getretene Änderungen des Kostenrechts, JurBüro 1989, 890.

4 Bisher erschienenes Schriftum: Faßbender, Das Kostenprivileg der Landwirte, Kommentar zu §§ 19 Abs. 4, 5; 107 Abs. 2 S. 1; 107 Abs. 3 S. 1 KostO, Merkur-Verlag, Rinteln 1989; Otto, JurBüro 1989, 889 ff.; Reimann, Zur Auslegung und Anwendung von § 19 KostO nach dem 1. 7. 1989, MittBayNot 1989, 117 ff.; Mümmel, Zur Neufassung der §§ 19 IV, V und 144 KostO, JurBüro 1989, 1337 ff.

5 JurBüro 1989, 988.

Das dürfte daran liegen, daß der Gesetzgeber Begriffe verwandt hat, die im Zivil- oder Kostenrecht bisher nicht bekannt sind. So ist beispielsweise das Wort „Überlassung“ bisher kein gebräuchlicher juristischer Fachbegriff. Auch läßt der Gesetzgeber offen, was unter „Betrieb mit Hofstelle“ gemeint ist. Den Begriff „weichende Erben“ kennt nicht einmal die HöfeO. Es soll deshalb nachstehend versucht werden, die einzelnen Begriffe in ihrem Zusammenhang verständlich zu machen, um so eine brauchbare und vernünftige Gesetzesanwendung zu ermöglichen.

## 2. Begriffsdefinitionen

§ 19 Abs. 4 KostO enthält zwei Alternativen, nämlich

- die Überleitung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutauseinandersetzung,
- Geschäfte, welche „die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise“ betreffen, einschließlich der Abfindungsverträge.

### a) Land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb

Das Gesetz bezieht sich zur Definition des Begriffs „land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb“ zwar auf das Bewertungsgesetz (BewG). Dessen Betriebsbegriff kann aber nicht in vollem Umfang gemeint sein, da nach dem BewG jede einzelne land- oder forstwirtschaftliche Parzelle – mit Ausnahme des Hausgartens – „ein Betrieb“ ist<sup>6</sup>. So kennt z. B. das BewG auch keine Mindestgröße. Aus dem Gesetz läßt sich auch nicht entnehmen, daß der Grundbesitz die Existenzgrundlage des Erwerbers bilden muß. Reimann<sup>7</sup> zieht daraus den Schluß, daß auch die sog. Nebenerwerbstellen kostenbegünstigt werden müßten. Das BVerfG<sup>8</sup> hat jedoch in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß die Begünstigung des landwirtschaftlichen Betriebes im Erbrecht nicht mit den privaten Interessen des Erben zu rechtfertigen sei, sondern alleine aus dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bürgerlichen Familien. Diese Grundsätze müssen auch im Kostenrecht berücksichtigt werden. In verfassungskonformer Auslegung sind deshalb nur solche Betriebe kostenrechtlich privilegierbar, die landwirtschaftlich rentabel wirtschaften<sup>9</sup>. Das ist allerdings nicht von einer bestimmten Grundstücksgröße abhängig. Hilfreich ist hier § 1 Abs. 3 des Gesetzes über eine Altershilfe für Landwirte (sog. GAL). Dort ist die auf Bodenbewirtschaftung beruhende Existenzgrundlage definiert. Die Landwirtschaftsbehörden führen ständig aktualisierte Listen über die sog. GAL-fähigen Betriebe, auf die jederzeit zurückgegriffen werden kann<sup>10</sup>.

Die Anknüpfung an dieses Kriterium ist im übrigen sachlich gerechtfertigt. Was nämlich anderweitig nicht subventioniert werden kann, ist auch bei einer Gebührenberechnung für die Überlassung nicht privilegierbar<sup>11</sup>. Eine verfassungskonforme Auslegung führt weiter zu dem Ergebnis, daß der Großgrundbesitz und der landwirtschaftliche Grundbesitz in der Hand eines Nichtbauern kostenrechtlich nicht begünstigt sein können. Als Obergrenze wird man – regional natürlich differenziert – eine Größe von ca. 100 ha annehmen können. Alles, was darüber liegt, ist nicht nach § 19 Abs. 4 KostO, sondern nach § 19 Abs. 2 KostO mit dem Verkehrswert zu bewerten.

Bei der Überlassung mehrerer land- oder forstwirtschaftlicher Betriebe kann in jedem Falle nur einer kostenpflichtig privilegiert werden. Viele Landwirte haben in der Vergangenheit den Betrieb tatsächlich aufgegeben. Um das Aufdecken von stillen Reserven zu vermeiden, wurde jedoch die steuerliche Aufgabe nicht erklärt. Diese sog. toten Betriebe werden zwar bewer-

tungsrechtlich noch geführt; sie können aber nicht mehr unter § 19 Abs. 4 KostO fallen. Damit scheidet bei der Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO alles landwirtschaftliche Vermögen aus, das im wesentlichen aus Grund und Boden besteht und langfristig verpachtet ist. Auch folgender Fall schließt eine Kostenbegünstigung aus: Um bei Veräußerung einen Enthahmegewinn zu vermeiden, wurden in der Vergangenheit immer mehr Vertragsgestaltungen gewählt, wonach der Ehepartner des Betriebes den Grundbesitz im Privatvermögen hält und diesen dann an den Ehepartner verpachtet. Dieses Vermögen ist selbstverständlich kein landwirtschaftlicher Betrieb i. S. v. § 19 Abs. 4 KostO.

Zum landwirtschaftlichen Betrieb gehören umgekehrt alle Wirtschaftsgüter, die diesem dauernd zu dienen bestimmt sind, also auch Hof- und Wirtschaftsgebäude sowie der normale Bestand an Umlaufbetriebsmitteln, die zur gesicherten Fortführung des Betriebes erforderlich sind. Hierzu gehören insbesondere die Mitgliedschaftsrechte an Maschinengenossenschaften sowie Beteiligungen an Zuckerfabriken oder anderen bürgerlichen Genossenschaften. Auch sogenannte Milchreferenzen und Lieferberechtigungen dienen dem Betrieb. Alles, was aber über diesen normalen Bestand hinausgeht (wie z. B. überdurchschnittlich hohe Betriebsmittel), unterliegt nicht mehr dem § 19 Abs. 4 KostO<sup>12</sup>. Sofern land- oder forstwirtschaftliche Flächen zum Bau- oder zumindest Bauerwartungsland geworden sind, zählen sie – ohne Rücksicht darauf, ob sie steuerlich bereits fortgeschrieben sind – nicht mehr zum Betriebsvermögen. Der auf sie entfallende Teil ist aus dem Einheitswert herauszurechnen. Diese Grundstücke sind dann nach § 19 Abs. 2 KostO mit dem Verkehrswert zu bewerten.

### b) Hofstelle

Zur Abgrenzung nicht privilegierter Fälle hat der Gesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben, daß der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb eine Hofstelle haben muß. Eine Begriffsbestimmung erfolgt jedoch nicht. Mit dem Begriff des Landgutes i. S. v. §§ 98, 1055 Abs. 2, 2049, 2312 BGB ist die Hofstelle nicht gleichzusetzen. Eine entsprechende Anwendung des § 1 HöfeO, die allerdings nur in bestimmten Bundesländern gilt, bietet sich an. Auf den räumlichen Zusammenhang der einzelnen Grundstücke kommt es nicht an, sondern darauf, ob die fraglichen Grundstücke von einer bestimmten Hofstelle aus bewirtschaftet werden. Eine Hofstelle ist aber auch ohne Wirtschaftsflächen denkbar. Die reinen Pachtbetriebe mit gepachteter Hofstelle sind jedoch nicht kostenrechtlich begünstigt, wenn dies auch wenig konsequent und möglicherweise verfassungswidrig ist<sup>13</sup>. Der Gesetzeswortlaut führt bei Ehegattenhöfen zu den gleichen unvertretbaren Ergebnissen. Der Betriebs teil mit der Hofstelle wird nämlich kostenrechtlich bei der Übergabe begünstigt, während der möglicherweise wesentlich größere Betriebsteil des Ehepartners ohne Hofstelle nach den bisherigen Grundsätzen bewertet wird.

Die Hofstelle muß zur Bewirtschaftung der Betriebsfläche „geeignet“ sein. Miteigentum an der Hofstelle genügt nicht, es sei denn, es ist Teileigentum nach dem WEG gebildet worden<sup>14</sup>. Zur Hofstelle gehört auf jeden Fall ein ausreichendes Wohngebäude. Je nach Art der Bewirtschaftung können Wirtschaftsgebäude fehlen. So kommen moderne Ackerbaubetriebe mit einer Wohnung und einem Schuppen für Gerätschaften aus.

Die Hofstelle muß im Zeitpunkt der Überlassung vorhanden sein. Ist dies nicht der Fall, so hilft selbst eine geplante Behebung des Mangels in naher Zukunft nicht. Stillgelegte oder zu gewerblichen Zwecken umgebaute Gebäude haben die Eigenschaften als Hofstelle verloren. Die Altenteilhäuser zählen noch zur Hofstelle. Problematisch wird es, wenn das Wohn-

6 Faßbender a.a.O., Rd.-Nr. 3.

7 MittBayNot 1989, 119.

8 BVerfGE 67, 348 ff.

9 ebenso Otto, JurBüro 1989, 892.

10 Das Beweisaufnahmeverbot des § 19 Abs. 2 S. 1 KostO steht dem nicht entgegen.

11 Vgl. im einzelnen hierzu Faßbender, a.a.O., Rd.-Nrn. 42 f.

12 Für Weinbaubetriebe sind z. B. nur die Vorräte der früheren Jahre als Betriebsvermögen anzusehen, wenn sie noch nicht in Flaschen abgefüllt sind (vgl. § 56 BewG).

13 Vgl. Faßbender, a.a.O., Rd.-Nr. 82.

14 AG Warendorf AgrarR 1987, 272.

gebäude überwiegend zu Fremdenverkehrszwecken genutzt wird. Je nach Fallgestaltung kann dabei die Hoteigenschaft insgesamt entfallen. Das wird man z. B. annehmen müssen, wenn in einem kleineren Betrieb mehr als fünf Zimmer zur Beherbergung von Fremden bereitgehalten werden.

#### c) Fortführung des Betriebes

Die kostenrechtliche Privilegierung tritt nur ein, wenn die Fortführung des landwirtschaftlichen Betriebes gewährleistet ist<sup>15</sup>. Dieses Tatbestandsmerkmal muß sowohl objektiv als auch subjektiv erfüllt sein, und zwar in der Weise, daß

- der Betrieb bäuerlich fortgeführt werden muß,
- die Fortführung des Betriebes durch den Erwerber in der Absicht der Beteiligten liegen muß.

Objektiv muß der Erwerber – sei es der Abkömmling, sei es der Ehepartner – wirtschaftsfähig sein. Die Überlassung braucht jedoch nicht notwendig mit einem Generationswechsel verbunden sein. Auch ein Geschwisterbetrieb kann ein bäuerlicher Familienbetrieb sein. Wird der landwirtschaftliche Betrieb jedoch einem bereits vorhandenen einverlebt, so sind die objektiven Voraussetzungen für eine Fortführung „dieses“ Betriebes nicht mehr gegeben. Behält sich der Veräußerer das Nießbrauchrecht an dem Hof vor, so fehlt diesem Rechtsgeschäft ebenfalls das Kriterium der Fortführung des Betriebes.

Subjektiv fehlt die Fortführungstendenz, wenn die Beteiligten erkennbar andere Zwecke verfolgen als diejenigen der Betriebsfortführung.

Trotz aller Begriffdefinitionen wird mit dem Merkmal „zur Fortführung eines Betriebes“ eine gewisse Unsicherheit bleiben. Ob die Fortführung tatsächlich möglich und gewollt ist, entscheidet sich z. B. bei Verfügungen von Todes wegen erst sehr viel später. Es ist deshalb in diesen Fällen an eine Nacherhebung von Gebühren in entsprechender Anwendung des § 46 Abs. 5 KostO zu denken.

#### d) Abfindung weichender Erben

Soweit die Abfindung in Geld oder geldwerten Gegenständen erfolgt, wird sie mit diesem Wert anzusetzen sein. Soweit Bau-land und Mietobjekte zur Abfindung übergeben werden, ist dieses ebenfalls mit seinem echten Verkehrswert anzusetzen, da nach dem Gesetzeswortlaut nur land- oder forstwirtschaftliches Vermögen mit dem vierfachen Einheitswert zu veranschlagen ist. Soweit es sich um Grundstücke handelt, die ertragsteuerlich zum Privatvermögen gehören, sind diese ebenfalls nicht nach § 19 Abs. 4 KostO zu bewerten.

#### e) Einheitswert

Für die Berechnung des Geschäftswertes ist der Einheitswert heranzuziehen. In diesem ist das Inventar einschließlich des Viehbestandes, welches nach § 33 Abs. 3 BewG zum landwirtschaftlichen Vermögen gehört, enthalten. Der Wert des Inventars kann deshalb dem vierfachen Einheitswert nicht hinzugerechnet werden. Maßgebend ist der Einheitswert, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist. Die in § 19 Abs. 4 KostO enthaltene Verweisung auf Abs. 2 S. 2 und 3 sowie auf Abs. 3 dieser Bestimmung bedeutet, daß dann, wenn der Gegenstand des Geschäfts vom Gegenstand des Einheitswertes „wesentlich“ abweicht oder sich der Einheitswert infolge bestimmter Umstände, die nach dem letzten Feststellungszeitpunkt eingetreten sind, wesentlich verändert, der Geschäftswert selbstständig nach freiem Ermessen auf der Grundlage des Einheitswertes ermittelt werden muß. Was „wesentlich“ ist, läßt

das Gesetz offen. In entsprechender Anwendung des § 22 BewG ist eine Veränderung um mehr als 10 %, mindestens von DM 1000,- wesentlich. Der Notar ist deshalb in Zukunft bei jeder Anwendung des § 19 Abs. 4 KostO gezwungen, die Ermittlung anzustellen, ob die Voraussetzungen für ein Abweichen von dem zuletzt festgestellten Einheitswert vorliegen. Ob Anfragen bei den zuständigen Finanzbehörden weiterhelfen, muß bezweifelt werden, da diese Stellen in der Regel auch nicht auf dem neuesten Stand sind. Die Gesetzesänderung hat also nicht zu einer Erleichterung, sondern eher zu einer Erschwerung der Ermittlung des Geschäftswertes geführt.

### 3. Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den Einzelfall

#### a) Übertragungsverträge

Ein Hofübergabevertrag ist die Übereignung eines Hofes zum Zwecke der Vorwegnahme der Hoferfolge. Nach dem Wortlaut fallen damit die Schenkungsverträge aus der Privilegierung heraus. Das kann aber nicht gewollt sein. Unwesentlich ist demnach, ob die Übernehmer zu den gesetzlichen Erbberechtigten gehören und ob Leistungen an den Übergeber oder Dritte ausbedungen werden. Beim Austausch von Leistungen ist nach § 39 Abs. 2 KostO, wenn der Wert der Leistungen verschieden ist, der höhere maßgebend. Auf den Hofübergabe-vertrag übertragen bedeutet dies, daß der vierfache Einheitswert des Grundbesitzes dem Wert der Gegenleistungen (z. B. Wohnrecht, Pflegeverpflichtung, Veräußerungsverbot mit Rücktrittsrecht) sowie Auflagen gegenübergestellt werden muß. Sofern es sich nicht um größere Betriebe handelt, dürfte die Gegenleistung in der Regel höher sein als der vierfache Einheitswert. In Ermangelung eines ausdrücklichen Ausschlusses von § 39 Abs. 2 KostO wird die Gesetzesänderung – auch wenn der Übergabevertrag ausdrücklich erwähnt ist – nicht zu einer Bewertung nach dem vierfachen Einheitswert führen, sondern zu sehr viel höheren Beträgen. Der vierfache Einheitswert ist also nur Gegenstandswert, nicht Geschäftswert. Mit anderen Worten: Die Gesetzesänderung läuft bei Übergabeverträgen ins Leere. Hier dürfte eindeutig ein gesetzestechnischer Fehler vorliegen<sup>16</sup>.

#### b) Letztwillige Verfügungen

Begünstigt ist jede Art von Erbeinsetzung, sei es die Alleinerfolge, sei es die gegenseitige Erbeinsetzung mit Schlußerbeinsetzung. Die Verfügung kann auch in Form eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung erfolgen<sup>17</sup>. Voraussetzung ist aber immer, daß die Verfügung der Überleitung des Betriebes dient. Verfügt der Landwirt über das beispielsweise zurückbehaltene Altenteilshaus, so kommt eine kostenrechtliche Privilegierung nicht in Betracht. Maßgebend für die Bewertung ist immer der Zeitpunkt der Verfügung. Oft wird sich aber bei Errichtung der letztwilligen Verfügung noch nicht feststellen lassen, ob die gewollte Absicht der betrieblichen Fortführung im Erbfall eintritt.

Erhebliche Auslegungsschwierigkeiten bereitet das Substraktionsgebot des § 46 Abs. 4 KostO. Danach müssen von dem Aktivvermögen die Verbindlichkeiten abgezogen werden. Bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb müßte danach der vierfache Einheitswert angesetzt werden, von dem dann die Schulden mit ihrem Realwert abzuziehen sind<sup>18</sup>. Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Vielmehr wird man die Verbindlichkeiten nur im Verhältnis abziehen dürfen, in welchem der vierfache Einheitswert zum Verkehrswert des landwirtschaftlichen Betriebes steht<sup>19</sup>.

15 Der Begriff „Fortführung“ bedeutet an sich, daß die Voraussetzungen beim bisherigen Inhaber des Betriebes erfüllt sein müssen. Hat z. B. der Inhaber die landwirtschaftlichen Grundstücke verpachtet und übergibt er nunmehr den Betrieb unter Kündigung des Pachtverhältnisses an den Sohn, damit dieser den veroachteten Betrieb nunmehr selbst aufnimmt, so wäre an sich die Voraussetzung für die kostenrechtliche Privilegierung nicht erfüllt. Eine solche enge Wortauslegung ist vom Gesetzgeber wohl nicht gewollt und deshalb auch nicht vertretbar.

16 Faßbender, a.a.O., Rd.-Nr.142; Reimann, MittBayNot 1989, 122.  
17 Reimann, MittBayNot 1989, 121.

18 So Reimann, MittBayNot 1989, 123.

19 Diese Grundsätze werden bereits bei der schenkungsteuerlichen Behandlung von gemischten Schenkungen angewandt. Vgl. die gleichlautenden Erlaße der obersten Finanzbehörden der Länder vom 10.2.1983 = DNotZ 1983, 330.

Ein Beispiel mag die Berechnungsmethode verdeutlichen:

#### Verkehrswert

des landwirtschaftlichen Betriebes:	DM 1.000.000,-
4facher Einheitswert:	DM 200.000,-
Schulden:	DM 500.000,-
Berechnungsmethode: 1 Mio: 200.000,- ergibt das Verhältnis 1 : 5.	
Danach dürften nur $\frac{1}{5}$ der Schulden in Abzug gebracht werden. 200.000,- abzüglich 100.000,- = 100.000,-.	
Dieser Wert ist maßgebend für § 19 Abs. 4 KostO.	

#### c) Familienrechtliche Verträge

Zwar sind Eheverträge in § 19 Abs. 4 KostO nicht ausdrücklich erwähnt worden. Sie sind aber kostenrechtlich privilegiert, wenn sie „in sonstiger Weise“ der Fortführung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes dienen. So ist dies bei der Vereinbarung der Gütertrennung unter landwirtschaftlichen Eheleuten anzunehmen. Im Scheidungsfall kann dann nämlich nicht der Zugewinnausgleichsanspruch entstehen, so daß eine Fortführung des Betriebes nicht gefährdet wird. Bei der Vereinbarung der Gütergemeinschaft würde die Pflichtteilsquote der Kinder erhöht. Diese Vereinbarung ist deshalb der Fortführung des Betriebes nicht förderlich und deshalb von der Privilegierung ausgeschlossen<sup>20</sup>. Für Scheidungsvereinbarungen gilt dann etwas anderes, wenn der Betrieb geschlossen einem Ehegatten zugeteilt wird oder die Abfindung niedriger als nach dem Gesetz festgelegt wird. Werden hingegen höhere Belastungen als nach dem Gesetz vereinbart, so entfällt eine Kostenbegünstigung.

#### 4. Höchstgrenze des gemeinen Wertes

Nach § 19 Abs. 5 KostO ist der gemeine Wert maßgebend, wenn der vierfache Einheitswert höher sein sollte. Durch diese Bestimmung soll vermieden werden, daß ein höherer Wert als der Verkehrswert Geschäftswert wird. Diese Einschränkung

wird aber wohl niemals eine praktische Bedeutung erlangen, da § 19 Abs. 4 KostO zu einem erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Geschäftswert führt.

#### 5. Nebengebühren

Vom Geschäftswert des Hauptgeschäftswertes abhängige Nebengebühren werden von § 19 Abs. 4 KostO mitbetroffen. Dies gilt insbesondere für die Gebühren nach den §§ 58, 59 KostO, die Vollzugsgebühren gemäß § 146 KostO sowie die Entwurfsgebühren nach § 145 KostO. Für betreuende Tätigkeiten nach § 147 KostO ist Grundlage für die Geschäftswertermittlung nicht der vierfache Einheitswert, sondern der Geschäftswert nach den allgemeinen Bewertungsgrundsätzen. Holt der Notar z. B. im Zusammenhang mit einem landwirtschaftlichen Übertragungsvertrag die Schuldübernahmegenehmigung bei einem Grundpfandrechtskläger ein, ist maßgebend allein eine Quote der übernommenen Schuld.

### III. Schlußbemerkungen

Ob die neue Regelung zu einer vom Gesetzgeber gewollten Vereinfachung und Vereinheitlichung der Kostenberechnung führt, muß stark bezweifelt werden<sup>21</sup>. Wegen der unklaren Begriffsbestimmungen in § 19 Abs. 4 KostO, wie z. B. „Hofstelle“ oder „Betrieb“ bestehen erhebliche Auslegungsschwierigkeiten, die eine zweifelsfreie Handhabung des Gesetzes unmöglich machen. Es kommt hinzu, daß die Neufassung gesetzestechnische Fehler beinhaltet, ganz zu schweigen von den erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Neufassung des § 19 KostO kann nur als weiteres negatives Beispiel der heutigen mangelnden Gesetzgebungsleistung angesehen werden.

(Der Beitrag wird mit Ausführungen zu §§ 143, 144 KostO n. F fortgesetzt.)

## Die Personengesellschaft als Erwerber und Steuerschuldner i. S. d. ErbStG\*

(von Notar Dr. Rolf Petzoldt, Solingen)

#### I. Problemstellung

#### II. Das BFH-Urteil vom 7.12.1988

#### III. Auswirkungen der neuen Rechtsprechung

### I Problemstellung

Macht eine Kapitalgesellschaft unentgeltliche Zuwendungen, so ist umstritten, daß als Schenker die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter anzusehen sind. Entsprechend ist die Kapitalgesellschaft Erwerber und damit Steuerschuldner i. S. d. § 20 Abs. 1 ErbStG, wenn sie Empfänger einer freigebigen Zuwendung oder eines Erwerbs von Todes wegen ist. In sämtlichen vorgenannten Fällen ist klar, daß nur die Steuerklasse IV mit dem geringen Freibetrag von 3000 DM und den hohen Steuersätzen Anwendung findet. Freigebige Zuwendungen von einer oder an eine Kapitalgesellschaft sind also steuerlich ungünstig. Anders war es hingegen nach bisher

herrschender Auffassung, wenn auf der Geber- oder Empfängerseite eine Personengesellschaft stand. Das überwiegende Schrifttum und auch der BFH<sup>1</sup> sahen hier als Schenker bzw. Empfänger nicht die Gesellschaft als solche, sondern jeden Gesellschafter entsprechend seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen an. Die positiven Folgen dieser Auffassung liegen auf der Hand. Es handelte sich nicht nur um einen, sondern um mehrere steuerpflichtige Vorgänge, so daß die Progressionswirkung gemindert wurde. Je nachdem in welchem Verhältnis die Beteiligten des einzelnen Vorganges zueinander standen, kam auch eine günstigere Steuerklasse als die Klasse IV zur Anwendung.

### II. Das BFH-Urteil vom 7.12.1988

Für die Personengesellschaft herrschten also im Vergleich zur Kapitalgesellschaft paradiesische Zustände. Die Vertreibung aus dem Paradies hat jetzt der BFH mit seinem Urteil v. 7.12.1988<sup>2</sup> vorgenommen. Im Entscheidungsfall war Erbin eine GmbH und Co. KG. Der BFH hat diese und nicht deren

20 a. A. Reimann, MittBayNot 1989, 121.

21 Selbst der Mitverfasser des Gesetzes im Bundesjustizministerium hegt Zweifel, ob der gewünschte Erfolg eintritt. Vgl. hierzu Otto, JurBüro 1989, 893.

Nachdruck des bereits in der Zeitschrift Neue Wirtschafts-Briefe (NWB), Fach 10, 619 erschienenen Beitrags mit freundlicher Genehmigung des Verlages.

1 BStBl. III 1960, 358.

2 BStBl. II 1989, 237 = MittRhNotK 1989, 201.

Gesellschafter als Erwerber und damit als **Steuerschuldner** i. S. d. § 20 Abs. 1 ErbStG angesehen. Er hat damit seine Rspr. aus dem oben genannten Urteil vom 22. 6. 1960, die er als nicht haltbar bezeichnet, aufgegeben und ist zu der ursprünglichen Rspr. des RFH zurückgekehrt, die unter Hinweis auf die Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens die Erwerbereignenschaft einer Personengesellschaft bejaht hatte.

Bei Auslegung der Begriffe „Schenker“ und „Erwerber“ stützt der BFH sich auf § 2 Abs. 1 Nr. 1 d ErbStG, wonach auch **Personenvereinigungen**, die ihre Geschäftsleitung oder den Sitz im Inland haben, als **Inländer** i. S. d. ErbStG gelten. Er entnimmt dieser Vorschrift, daß der Gesetzgeber Personenvereinigungen als Erwerber oder Schenker ansieht. Er verneint auch Anhaltspunkte dafür, daß der Schenker- bzw. Erwerberbegriff des § 20 Abs. 1 ErbStG ein anderer sei als der des § 2 Abs. 1 Nr. 1 d ErbStG. Er sieht sich an seiner Auslegung auch nicht durch **§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO** gehindert, auf den häufig zur Begründung des gegenteiligen Ergebnisses verwiesen worden ist. Dort ist zwar geregelt, daß Wirtschaftsgüter, die mehreren Personen zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten so zugerechnet werden sollen, als wären sie nach Bruchteilen berechtigt. Diese getrennte Zurechnung hat aber nur zu erfolgen, **soweit sie für die Besteuerung erforderlich** ist. Dieses Erfordernis nimmt der Senat für die entschiedene Fallgestaltung aber gerade nicht an, so daß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO nicht zu einer Gleichstellung der Gesamthandgemeinschaft mit der Bruchteilsgemeinschaft führt. Als Personenvereinigungen i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 d ErbStG erwähnt das Urteil **ausdrücklich** die **Gesamthandgemeinschaften** wie OHG, KG, GbR. Diese können in eigener Rechtszuständigkeit Rechte erwerben und übertragen. Das Vermögen der Gesamthand ist im Verhältnis zu den Gesamthändern wie gegenüber Dritten verselbständigt. Worte zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verlieren, wäre im entschiedenen Fall nicht erforderlich gewesen. Es fällt daher auf, mit welchem **Nachdruck** der BFH die **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** erwähnt. Der steuerliche Berater kann dies nur begrüßen. Werden doch Spekulationen darüber vermieden, ob der BFH auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Erwerber und Steuerschuldner ansieht.

### III.

#### Auswirkungen der neuen Rechtsprechung

Die geänderte Rspr. hat **unstreitig zur Folge**, daß es sich, falls Erwerber bzw. Schenker eine Personengesellschaft ist, um einen **einzigsten** und nicht um mehrere **steuerpflichtige Vorgänge** handelt. Eine Aufspaltung und die damit verbundene Minde rung der Progressionswirkung finden also nicht mehr statt.

**Nicht zu entscheiden** hatte der BFH über die Frage, welche **Steuerklasse** anzuwenden ist. Eine Gesellschaft kann keine familienrechtlichen Bande, die ja in § 15 ErbStG als für die Einstufung maßgeblich angesehen werden, eingehen. In einer

ersten Besprechung des BFH-Urteils vom 7. 12. 1988 hat der Verfasser daher auch spontan erklärt, es sei stets die Steuerklasse IV anzuwenden. In einer Anmerkung zu dem Urteil<sup>3</sup> wird die Frage **als offen** bezeichnet. Betrachtet man das Urteil vom 7. 12. 1988 **isoliert**, so sprechen fast alle Urteilsaussagen für eine Anwendung der Steuerklasse IV. Dies gilt insbesondere für die Hinweise, daß rechtliche und nicht wirtschaftliche Vorgänge maßgebend seien, da die Erbschaftsteuer und Schenkungssteuer grundsätzlich an die bürgerlich-rechtliche Gestaltungsform anknüpfen, und daß es zivil- und handelsrechtlich hinsichtlich des Vermögens der Gesamthand keinen „Durchgriff“ durch die Gesamthand auf die Gesamthänder gebe. Das ErbStG gibt auch keine direkten Anhaltspunkte dafür, daß dem Begriff des Erwerbers oder Schenkers in § 15 Abs. 1 ErbStG eine andere Bedeutung beizumessen wäre als in § 20 Abs. 1 ErbStG. **Argumente für eine günstigere Handhabung** finden sich hingegen im **GrEST-Recht**. Auch dort wird die Gesamthand als selbstständiger Rechtsträger und damit als Erwerber behandelt. Dort wird aber, obwohl der Gesetzeswortlaut des § 3 Nr. 6 GrESTG eine Steuerbefreiung nur für den Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind, und durch sonstige ausdrücklich genannte Personen anspricht, die Befreiungsvorschrift durch die Rspr. auch insoweit angewandt, als der einzelne Gesamthänder in dem genannten familiären Verhältnis zu dem Veräußerer steht. Der **Sinn** der entsprechenden Befreiungsvorschriften des GrESTG **lässt sich** durchaus dem Sinn der unterschiedlichen Steuerklassen des § 15 Abs. 1 ErbStG, insbesondere der dort geregelten Besserstellung der Näherverwandten **gleichstellen**. Es bleibt aber abzuwarten, ob der II. Senat des BFH diesen Schritt vollzieht. Seine grunderwerbsteuerliche Rspr. der vergangenen Jahre jedenfalls war nicht gerade familienfreudlich. Bis zu einer weiteren Entscheidung des BFH hinsichtlich der anzuwendenden Steuerklasse sollte die Praxis **vorsichtig taktieren**. Ein einfaches **Beispiel** zeigt die Auswirkungen einer Behandlung der Gesamthand als Erwerber i. S. d. § 15 Abs. 1 ErbStG, ohne daß die persönlichen Verhältnisse der Gesamthänder bei der Besteuerung berücksichtigt würden:

Ein Vater will **Grundbesitz auf seine Kinder** übertragen. Diese sollen zwecks stärkerer Bindung aneinander den Grundbesitz in Gesellschaft bürgerlichen Rechts halten. Haben die Kinder sich bereits **vor** der Grundstücksübertragung zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts **zusammengeschlossen** und erwerben sie den Grundbesitz zum Gesamthandsvermögen der Gesellschaft, so fände die Steuerklasse IV Anwendung. **Anders** wäre es, wenn der Vater **jedem Kind** einen **Miteigentumsanteil** an dem Grundbesitz überträgt und die Kinder sodann diesen Grundbesitz in eine aus ihnen gebildete Gesamthand einbringen. Hier wäre die Steuerklasse I anzuwenden; die spätere Einbringung würde keine Schenkungssteuer und bei gleicher Beteiligung der Kinder an der Gesamthand wie an der Miteigentümergemeinschaft auch keine Grunderwerbsteuer auslösen.

## Rechtsprechung

**1. Schuldrecht – Umfang der Beurkundungspflicht bei einem sogenannten Mietkaufmodell**  
(OLG Köln, Urteil vom 13. 4. 1989 – 7 U 41/89 – mitgeteilt von Notar Dr. Edmund Liermann, Köln)

wirksamkeit des Optionsvertrages gem. §§ 313, 125 BGB. Die beiden Verträge jedenfalls nicht notwendigerweise eine Einheit.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Der Kl. nimmt den beklagten Notar auf Schadenersatz in Anspruch. Im Jahr 1980 kaufte er im Rahmen eines Mietkaufmodells ein Grundstück. Auf diesem Grundstück sollte ein Einfamilienhaus nebst Garage errich-

### BGB §§ 313; 125

Wird im Zusammenhang mit einem sogenannten „Mietkaufmodell“ nur der Optionsvertrag, nicht aber der Mietvertrag beurkundet, führt dies nicht ohne weiteres zu einer Formun-

3 KÖSDI 1989, 7591.

tet werden. Schon am 16. 9. 1979 schlossen die X-Mietkauf-Betreuungsgesellschaft mbH als Vertreterin des Kl. einerseits und die Eheleute B, andererseits einen Optionsvertrag, der von dem Bekl. beurkundet wurde. Nach dem Vertrag machte der Kl. den Eheleuten B für das Hausgrundstück ein auf 5 Jahre seit dem 1. 2. 1980 befristetes Kaufangebot zu einem Preis von 377.325,- DM. Die Eheleute verpflichteten sich, für die Dauer der Optionsfrist ein Entgelt von jährlich 2,5 % des Kaufpreises zu zahlen. In Abschn. 19 des Optionsvertrages heißt es:

„Den Beteiligten ist bekannt, daß alle Nebenabreden und sonstigen Vereinbarungen, die in einer rechtlichen Einheit mit dem Optionsvertrag stehen, der notariellen Beurkundung bedürfen. Sie erklären ausdrücklich, daß derartige Nebenabreden und Vereinbarungen nicht bestehen, der Optionsvertrag vielmehr rechtlich selbstständig ist.“

Unter dem 28. 11. 1979 schlossen die X-Vermietungsgesellschaft mbH als Vertreterin des Kl. und die Eheleute B einen Mietvertrag über das Hausgrundstück für die Dauer von 5 Jahren seit dem 1. 2. 1980. Zum Abschluß eines Kaufvertrages mit den Eheleuten B kam es dann nicht. In der Folge stellten sich die Eheleute B, die das vereinbarte Optionsentgelt an den Kl. gezahlt hatten, auf den Standpunkt, der Optionsvertrag sei formunwirksam, und forderten das gezahlte Optionsentgelt in Höhe von 47.220,- DM zurück. Im Jahre 1987 schloß der Kl. mit den Eheleuten B einen Vergleich, in dem er sich zur Zahlung von insgesamt 40.000,- DM verpflichtete.

Der Kl. nimmt den Bekl. auf Ersatz eines Teilbetrages des ihm entstandenen Schadens in Anspruch. Er hält dem Bekl. vor, er hätte bei Beurkundung des Optionsvertrages darauf hinweisen müssen, daß möglicherweise auch der Mietvertrag der Beurkundung bedürfte, da beide Verträge eine rechtliche Einheit darstellten.

#### Aus den Gründen:

Entgegen der Annahme des LG steht dem Kl. kein Anspruch gegen den Bekl. gem. §§ 19, 46 BNotO – der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage – zu.

Offen bleiben kann, ob der Bekl. eine Amtspflicht verletzt hat. Denn jedenfalls scheitert eine Haftung des Bekl. daran, daß durch die eventuelle schuldhafte Amtspflichtverletzung dem Kl. kein dem Bekl. zurechenbarer Schaden entstanden ist. Der Kl. will einen Schaden deshalb erlitten haben, weil er den Optionsvertrag für unwirksam hält, er den Eheleuten B deshalb das auf der Grundlage des Optionsvertrages gezahlte Optionsgeld in vollem Umfang zurückgezahlt hat, obwohl er bei Wirksamkeit des Optionsvertrages hierzu allenfalls in Höhe von 1/3 verpflichtet gewesen wäre. Damit beruht der Schaden letztlich auf einem eigenen freien Willensentschluß des Kl. Unter diesen Umständen kann der Schaden dem Schädiger nur dann zugerechnet werden, wenn die Verhaltensweise des Geschädigten durch den Schädiger herausgefordert oder jedenfalls wesentlich mitbestimmt worden ist (Palandt, 48. Aufl., Vorb. § 249 BGB, Anm. 5 B g, ee m. w. N.). Eine solche Herausforderung ist hier deshalb abzulehnen, weil der Mietvertrag nicht formbedürftig war und der Optionsvertrag damit nicht unwirksam war, so daß der Kl. den Eheleuten B nur das Optionsgeld in Höhe von 1/3 hätte zurückzahlen müssen, wie es nach dem Optionsvertrag vorgesehen war. Der darüber hinaus gezahlte Betrag beruht hingegen auf einem dem Bekl. nicht zuzurechnenden freien Willensabschluß des Kl.. Dies ergibt sich im einzelnen aus folgendem:

Der Senat geht ebenso wie das LG von den Grundsätzen aus, die der BGH in seinem Urteil vom 10. 10. 1986 (NJW 1987, 1069 ff. = DNotZ 1987, 350 = MittRhNotK 1987, 46), bei dem es um ein gleichlautendes Mietkaufmodell ging, zur Frage der Formbedürftigkeit des Mietvertrages aufgestellt hat. Danach ist der Mietvertrag formbedürftig, wenn er mit dem Optionsvertrag kraft Parteiwillens eine rechtliche Einheit bildet. Davon soll nach Ansicht des BGH bei den an sich selbstständigen Vereinbarungen dann ausgegangen werden, wenn die Verträge nach dem Willen der Beteiligten derart voneinander abhängig sind, daß sie nicht für sich alleine gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen. Von einem solchen Einheitswillen ist im vorliegenden Fall jedoch nicht auszugehen. Vielmehr hatten die Vertragsparteien den Willen, den Mietvertrag einerseits und den Optionsvertrag andererseits getrennt zu behandeln.

Dies ergibt sich noch nicht aus den Umständen, daß die Verträge in verschiedenen Urkunden niedergelegt worden und daß an beiden Verträgen auf der einen Seite verschiedene Perso-

nen beteiligt sind. Dies steht, wie der BGH in dem vorgenannten Urteil ausgeführt hat, dem erforderlichen Parteiwillen nach einer rechtlichen Einheit der Verträge nicht entgegen.

Auch die Interessenlage ergibt nicht den Trennungswillen der Parteien. Denn der Options- und der Mietvertrag dienten zusammen der Realisierung eines Abschreibungsmodells, bei dem die Einzelregelungen nur in ihrer Gesamtheit für die Parteien die angestrebten wirtschaftlichen Vorteile brachten. Dieser wirtschaftliche Zusammenhang kann, wie der BGH in dem vorgenannten Urteil ausgeführt hat, ein entscheidendes Indiz für die rechtliche Einheit der Verträge sein.

Das LG hat jedoch verkannt, daß der BGH aufgrund seiner im einzelnen dargelegten Überlegungen zu dem Mietkaufmodell in seiner Grundform (NJW 1987, 1069 ff. = DNotZ 1987, 350 = MittRhNotK 1987, 46), die ausnahmslos auch für den vorliegenden Fall zutreffen, nicht festgestellt hat, daß der Mietvertrag bei einem Mietkaufmodell zwingend formbedürftig ist. Nach Ansicht des BGH kann sich vielmehr aus Abschn. 19 des Optionsvertrages, der inhaltsgleich mit der entsprechenden Regel im vorliegenden Fall ist, ergeben, daß die Parteien ernsthaft eine Trennung der beiden Verträge beabsichtigt haben; das ist nach Auffassung des BGH trotz der Besonderheiten bei einem Mietkaufmodell der vorliegenden Art eine Tatfrage. Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte ist hier von einem Trennungswillen der Vertragsparteien auszugehen, da nicht genügend Tatsachen dafür vorgetragen sind, daß die Vertragsparteien entgegen Abschn. 19 des Optionsvertrages den Willen hatten, den Mietvertrag und den Optionsvertrag als Einheit zu behandeln. Dabei ist zunächst maßgeblich, daß nur bei einer ernsthaft gewollten Trennung von Option und Miete die beabsichtigten Steuervorteile erreicht werden konnten. Da aber auch bei einem Trennungswillen der Vertragsparteien das beabsichtigte Mietkaufmodell zu realisieren war, ist nicht ersichtlich, warum die Vertragsparteien mit Abschn. 19 nur eine Scheinerklärung abgegeben haben sollten. Daß möglicherweise ein niedrigerer als der übliche Mietzins vereinbart wurde, wie es der Kl. behauptet, ergibt in Anbetracht der vorgenannten Gesichtspunkte nicht zwingend einen Einheitswillen. Bedeutsam ist nämlich, daß der Kl. nach dem Optionsvertrag im Falle eines Scheiterns des beabsichtigten Grundstückskaufs einen Teil des Optionsgeldes behalten konnte, so daß er neben den Mietzinszahlungen in jedem Fall weitere finanzielle Vorteile für die Überlassung des Objektes zur Nutzung erhalten hätte. Der nicht bestrittene Umstand, daß die Eheleute B auch noch nach den im Optionsvertrag vereinbarten 5 Jahren in dem Objekt gewohnt haben, spricht ebenfalls nicht für einen Einheitswillen. Vielmehr ist daraus eher abzuleiten, daß der Mietvertrag nicht zwingend von dem Optionsvertrag abhängig war. Daß von vornherein geplant war, daß der Mieter später das Haus kaufen sollte – dies ergibt sich auch aus dem vom Kl. vorgelegten Werbematerial – und daß Mietvertrag und Optionsvertrag jeweils über die X-Gruppe in zeitlichen Zusammenhang geschlossen wurden, verdeutlicht lediglich, daß von vornherein beide Verträge beabsichtigt waren. Daraus kann jedoch entgegen der Annahme des Kl. nicht zwingend der Schluß gezogen werden, daß die Vertragsparteien sie als Einheit betrachteten. Vielmehr kann, wie schon ausgeführt, gerade deshalb ein Trennungswille bestanden haben, um dem Kl. die Steuervorteile zu sichern. Daran muß auch den Eheleuten B zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gelegen gewesen sein, da dies zur Gesamtkonzeption gehörte. Weitere Anhaltspunkte dafür, daß die Vertragsparteien entgegen Abschn. 19 des Optionsvertrages den Willen hatten, den Mietvertrag und den Optionsvertrag als eine Einheit zu betrachten, ergeben sich nicht. Dies geht aber zu Lasten des Kl., da sich eine Formbedürftigkeit des Mietvertrages und damit eine Unwirksamkeit des Optionsvertrages hier zu seinen Gunsten – zurechenbarer Schaden – auswirken würde. Im übrigen ergibt sich dies auch daraus, daß zunächst eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, daß Abschn. 19 des Optionsvertrages dem wirklichen Willen der Vertragsparteien entsprochen hat. Nach alledem ist nicht davon auszugehen, daß die Vertragsparteien einen Einheitswillen hatten, so daß der Mietvertrag nicht formbedürftig war. Daraus folgt, daß dem

Bekl. nicht zuzurechnen ist, daß der Kl. den Eheleuten B das Optionsgeld in vollem Umfang zurückgezahlt hat.

bei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 8 b m. w. N.).

## 2. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Auslegung einer Finanzierungsvollmacht

(OLG Düsseldorf, Beschuß vom 24. 5. 1989 – 3 Wx 217/89 – mitgeteilt von Notar Dr. Hartmut Beckmann, Solingen-Ohligs)

### ZPO § 800

**Bevollmächtigt der Verkäufer den Käufer, den Eigentümer dinglich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, erstreckt sich diese Vollmacht auch auf die Erklärung, die Zwangsvollstreckung sei gem. § 800 Abs. 1 ZPO gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) haben durch notarielle Urkunde des Notars Dr. N den Bet. zu 2) und 3) Grundbesitz verkauft. In der Urkunde heißt es u. a.:

„Der Verkäufer bevollmächtigt den Käufer, alle im Zusammenhang mit der Kaufpreisfinanzierung nötigen oder nützlichen Erklärungen abzugeben, insbesondere das Kaufobjekt mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe zu belasten sowie den Eigentümer dinglich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.“

Die Bet. zu 2) und 3) haben in einer weiteren Urkunde des Notars Dr. N eine Grundschuld für die Stadtsparkasse W bestellt, und zwar im eigenen Namen als Darlehensnehmer und künftige Sicherungsgeber sowie als Bevollmächtigte der Bet. zu 1) als derzeitigen Sicherungsgebern. Nr. 2 der Urkunde lautet wie folgt:

„Wegen des Grundschatdkapitals nebst Zinsen unterwirft sich der Sicherungsgeber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in das belastete Pfandobjekt in der Weise, daß die sofortige Zwangsvollstreckung bei einem Grundeigentum auch gegen den jeweiligen Eigentümer zulässig sein soll.“

Auf den Eintragungsantrag des Notars hat das GBA beanstandet, die Belastungsvollmacht umfasse nicht die Unterwerfung des jeweiligen Grundstückseigentümers. Zur Vollziehung der Anträge bedürfe es noch der Ergänzung der Vollmacht oder der Genehmigung der Eigentümer.

Die im Namen der Bet. hiergegen gerichtete Beschwerde des Notars hat das LG zurückgewiesen. Gegen die Entscheidung des LG richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist gem. §§ 78, 80 i. V. m. § 15 GBO zulässig. In der Sache ist es begründet, denn die Entscheidung des LG beruht auf einer Gesetzesverletzung (§§ 78 GBO, 550 ZPO).

Das LG hat ausgeführt, in der notariellen Urkunde des Notars Dr. N sei den Bet. zu 2) und 3) lediglich die Vollmacht erteilt worden, „den Eigentümer dinglich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen“. Damit sei nicht bestimmt, daß die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein solle, wie es § 800 Abs. 1 ZPO vorsehe. Der Vollmacht müsse zu entnehmen sein, daß wegen des Grundpfandrechts die sofortige Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sei. Diese Anforderungen genüge die vorliegend gewählte Formulierung der Vollmacht für die Bet. zu 2) und 3) nicht. Mit dem „Eigentümer“ seien die Verkäufer als gegenwärtige Eigentümer des Grundstücks gemeint. Ob sie die Bet. zu 2) und 3) auch bevollmächtigen wollten, zukünftige Eigentümer der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, werde nicht hinreichend deutlich.

Diese Erwägungen des LG halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das LG ist allerdings richtig davon ausgegangen, daß Umfang und Tragweite der auf eine Grundbucheintragung gerichteten Vollmacht durch Auslegung zu ermitteln sind, wenn der Wortlaut nicht eindeutig ist, und daß dabei die gleichen Grundsätze wie bei der Auslegung von Grundbucherklärungen gelten (Horber/Demharter, 17. Aufl., § 20 GBO, Anm. 8). Hier-

Nicht frei von Rechtsirrtum ist aber die vom LG vorgenommene Auslegung der Vollmachtklausel. Schon der Wortlaut der Belastungsvollmacht spricht eher gegen als für die vom LG vorgenommene Auslegung. Wenn die Bet. zu 2) und 3) nach dem Willen der Bet. zu 1) nur hätten ermächtigt werden sollen, diese als Eigentümer des Grundstücks dinglich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen, so hätte es nahegelegen, anstelle der Worte „den Eigentümer“ das Wort „ihm“ (bezogen auf Verkäufer) zu verwenden. Damit wäre eindeutig klargestellt gewesen, daß eine weitergehende Belastungsvollmacht nicht erteilt werden sollte (so in dem Beschuß des LG Wuppertal vom 16. 2. 1988 – 6 T 197/88 – in dem eine Bevollmächtigung erteilt wurde, „den Verkäufer“ der sofortigen Zwangsvollstreckung in den zu belastenden Grundbesitz zu unterwerfen). Hier ist in der Belastungsvollmacht eingangs vom „Verkäufer“, bei der dinglichen Unterwerfung in die Zwangsvollstreckung aber vom „Eigentümer“ die Rede. Dies läßt darauf schließen, daß mit „Eigentümer“ nicht nur der Verkäufer, sondern auch die Bet. zu 2) und 3) oder andere Personen als spätere Eigentümer gemeint waren. Dem widerspricht auch nicht das Interesse der Bet. zu 1) als Verkäufer und Noch-Eigentümer des Grundstücks. Soweit das LG angenommen hat, wegen der mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung für die gegenwärtigen Eigentümer verbundenen weitreichenden Folgen könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Verkäufer und gegenwärtige Eigentümer, der mit der Beleihung des Grundstücks einverstanden sei und hierzu Vollmacht erteile, gleichzeitig seine Zustimmung zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung des jeweiligen Eigentümers in das Grundstück erteile, entspricht dies der Auffassung des Senats (Rpfleger 1988, 357). Im vorliegenden Fall hat aber – anders als in der genannten Entscheidung des Senats – der Verkäufer und Noch-Eigentümer den Käufer nicht nur zur Beleihung und Belastung des Grundstücks bevollmächtigt, sondern ausdrücklich auch zur Abgabe der Unterwerfungserklärung. Gerade im Hinblick auf den Verkauf des Grundstücks ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Verkäufer die Vollmacht für die dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO nicht für den „jeweiligen“ Eigentümer, sondern nur für sich als Verkäufer und gegenwärtigen Eigentümer abgeben wollte. Die weitere Beschwerde der Bet. führt danach zur Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung und zur Aufhebung der Zwischenverfügung des AG.

## 3. Liegenschaftsrecht/WEG – Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung von Wohnungseigentum

(OLG Hamm, Beschuß vom 7. 4. 1989 – 15 W 513/88 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Dr. Joachim Kuntze, Hamm)

### WEG § 12

### GBO § 29

### BGB § 182 Abs. 2

Die dem Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage vorbehaltene Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums bedarf der für den Grundbuchvollzug erforderlichen Form und kann nicht von einer Kostenübernahme durch den veräußernden Wohnungseigentümer abhängig gemacht werden.

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. gehören der aus drei Eigentümern bestehenden Eigentümergemeinschaft der Wohnungseigentumsanlage Schloß H an. Der Bet. zu 2) ist zugleich deren Verwalt. Der Bet. zu 1) hat sieben Miteigentumsanteile an dieser Anlage verkauft. Nach § 4 der Teilungserklärung bedarf der Verkauf der Zustimmung des Verwalters, die nur aus wichtigem Grund verweigert werden darf. Wird sie versagt, ist die Entscheidung

der Eigentümer herbeizuführen. Der Bet. zu 2) hat binnen der ihm vom Bet. zu 1) gesetzten Fristen die Zustimmung als Verwalter nicht erteilt und in der Eigentümerversammlung mit der ihm aufgrund seiner Miteigentumsanteile zufallenden Stimmenmehrheit gegen die Erteilung gestimmt.

Hintergrund war ein Streit der Bet. um das Bestehen und die rechtzeitige Ausübung eines Vorkaufsrechts des Bet. zu 2) an den verkauften Miteigentumsanteilen. Später hat der Bet. zu 2) in einfacher Schriftform außergerichtlich der Veräußerung dieser Miteigentumsanteile zugestimmt und sich zugleich bereit erklärt, diese Zustimmung notariell beglaubigen zu lassen, sofern der Bet. zu 1) die Kosten dafür übernehme.

#### Aus den Gründen:

Der Bet. zu 1) hat gegen den Bet. zu 2) einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung der Miteigentumsanteile, weil ein wichtiger Grund zur Versagung der Zustimmung nicht besteht. Der Streit zwischen den Bet. über die wirksame Vereinbarung und Ausübung eines Vorkaufsrechts zugunsten des Bet. zu 2) kann nicht als wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung angesehen werden. Wie das LG zutreffend hervorgehoben hat, hindert die Zustimmung, die der Bet. zu 2) als Verwalter abgibt, ihn nicht, ein etwaiges Vorkaufsrecht auf Grund seiner Rechtsstellung als Eigentümer auszuüben. Auch setzt eine wirksame Ausübung eines solchen Vorkaufsrechts das Bestehen eines wirksamen Kaufvertrages, das hier gerade vor der Erteilung der Zustimmung abhängt, voraus. Schließlich kann auch ein etwaiges Bestreben des Bet. zu 2), den Bet. zu 1) im Streit über die Veräußerung seiner Miteigentumsanteile zu einem dem Bet. zu 2) genehmigen Verhalten zu veranlassen, ersichtlich nicht als wichtiger Grund anerkannt werden.

Zu Recht hat das LG weiter angenommen, daß der Bet. zu 2) seiner Verpflichtung zur Zustimmung durch die Abgabe der Zustimmungserklärung in einfacher Schriftform nicht genügt hatte. Denn es ist zwar anerkannt, daß mit Rücksicht auf § 182 Abs. 2 BGB der auf die zustimmungsbedürftige Veräußerung gerichtete Vertrag durch eine formfreie oder in einfacher Schriftform abgegebenen Zustimmungserklärung wirksam wird. Indessen kann damit das Ziel dieses Vertrages, die Veräußerung des Miteigentumsanteils, nicht erreicht werden, weil sie zu ihrer Wirksamkeit gem. § 873 Abs. 1 BGB der Eintragung in das Grundbuch bedarf und das GBA vor der Eintragung zum Nachweis der Zustimmung gem. § 29 GBO die Vorlage der Zustimmungserklärung in notariell-beglaubigter Form verlangen muß. Daraus folgt, daß die Zustimmungserklärung, soll sie ihren Zweck erfüllen, notariell beglaubigt werden muß.

Die Verpflichtung, dies zu veranlassen, trifft den zustimmungspflichtigen Verwalter. Das folgt zum einen daraus, daß seine Mitwirkung bei der Beglaubigung aus der Natur der Sache heraus unerlässlich ist. Zum anderen ergibt es sich daraus, daß die Teilungserklärung mit dem Erfordernis der Zustimmung zur Veräußerung von Miteigentumsanteilen eine Beschränkung der ansonsten unbeschränkt gegebenen Befugnis des einzelnen Eigentümers zur Verfügung über sein Eigentum vornimmt, die allein im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer liegt. Solche Beschränkungen sind mit Rücksicht auf Art. 14 GG rechtlich nur hinnehmbar, soweit sie zur Wahrung schutzwürdiger Interessen unerlässlich sind. Das Interesse der Eigentümergemeinschaft, ein Eindringen von Erwerbern, die ihrer Verpflichtung gegenüber der Gemeinschaft voraussichtlich nicht nachkommen würden, zu verhindern, rechtfertigt es nicht, daß sich der veräußernde Eigentümer nach Erteilung der Zustimmung selbst um die notarielle Beglaubigung der Erklärung, deren er ohne eine entsprechende Regelung in der Teilungserklärung zur Veräußerung gar nicht bedurfte, bemühen muß. Die Verpflichtung des Verwalters, der in derartigen Fällen die Interessen der Wohnungseigentümergemeinschaft wahrnimmt, ist daher von vornherein darauf gerichtet, dem veräußernden Wohnungseigentümer die Zustimmung in notariell-beglaubigter Form zu erteilen.

Die Erfüllung dieser Verpflichtung durfte der Bet. zu 2) nicht, wie es hier geschehen ist, von einer Übernahme der mit der notariellen Beglaubigung verbundenen Kosten für den Bet. zu 1) abhängig machen. Denn aus den vorstehenden Ausführungen

ergibt sich bereits, daß nicht der Bet. zu 1), sondern letztlich die Eigentümergemeinschaft diese Kosten zu tragen hat. Ein Zurückbehaltungsrecht gegen den veräußernden Eigentümer kann dem Verwalter deshalb nicht zustehen. Es läßt sich insbesondere nicht aus einer entsprechenden Anwendung des § 897 BGB herleiten, da dort die Kosten für eine im Interesse des Brichtigungsverlangenden geregelt sind, während es hier um die Kosten einer den Interessen der übrigen Eigentümer dienen den Maßnahme geht.

#### 4. Liegenschaftsrecht/Sozialrecht – Zum Begriff des Altenteilervertrages i. S. d. Art. 96 EGBGB

(LG Duisburg, Urteil vom 15. 2. 1989 – 6 O 353/88 – mitgeteilt von Rechtsanwalt und Notar Uwe Reuter, Mülheim a. d. Ruhr)

##### EGBGB Art. 96

##### PrAGBGB Art. 15 § 9

##### BSHG § 90

Ein unter Vorbehalt eines Wohnungsrechtes geschlossener Übertragungsvertrag über ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück stellt in der Regel keinen Altenteilervertrag i. S. d. Art. 96 EGBGB dar. Eine Umwandlung des Wohnungsrechtes in einen Anspruch auf Zahlung einer Geldrente gem. Art. 15 § 9 PrAGBGB und eine Überleitung dieser Ansprüche auf den Sozialhilfeträger gem. § 90 BSHG scheiden deshalb aus.

(Leitsätze nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Kl. klagt aus übergeleitetem Recht (§ 90 BSHG) der am 26. 6. 1987 verstorbenen Frau F. Der Klage liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Aufgrund notariellen Vertrages vom 27. 11. 1984 übertrug die verstorbene Frau F ihren Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf die Bekl., ihre Tochter.

§ 2 des notariellen Vertrages lautet:

„Die Erschienene zu 2) (die Bekl.) räumt ihrer Mutter (der Erschienene zu 1) an der von ihr bisher bewohnten Wohnung, und zwar drei Räume im Erdgeschoß rechts sowie Küche, Bad und WC im Anbau und zwei Räume im Obergeschoß rechts nebst dem vorne rechts zur Straße belegenen Kellerraum ein lebenslängliches, unentgeltliches Wohnungsrecht ein. Die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit hat nur schuldrechtliche Bedeutung.“

Infolge Pflegebedürftigkeit wurde die verstorbene Frau F am 29. 10. 1985 in einem Pflegeheim untergebracht, wo sie bis zu ihrem Tode verblieb.

Die Kl. trägt vor, sie habe als Sozialhilfeträgerin für die verstorbene Frau F Gesamtaufwendungen in Höhe von monatlich 1500,- DM erbracht.

Die Kl. ist der Ansicht, daß auf § 2 des genannten notariellen Vertrages Art. 15 § 9 Abs. 2 und 3 PrAGBGB zumindest entsprechend Anwendung findet und begehrte von der Bekl., da die Verstorbene das Wohnungsrecht nicht mehr ausnutzen konnte, den auf sie – die Kl. – übergeleiteten Wert des Wohnungsrechts von 348,- DM im Monat für 20 Pflegemonate (insgesamt 6960,- DM).

Die Bekl. macht geltend, die Vorschriften des Art. 15 § 9 Abs. 2 und 3 PrAGBGB betreffen nicht das zwischen ihr und ihrer Mutter vereinbarte Wohnungsrecht gemäß dem notariellen Vertrag vom 27. 11. 1984.

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist nicht begründet.

Der Kl. steht der geltend gemachte Anspruch nicht zu, weil ein solcher Anspruch, den die Kl. gegebenenfalls auf sich hätte überleiten können, der verstorbenen Frau F ebenfalls nicht zu stand.

Art. 96 EGBGB bestimmt als Ausnahmeverordnung, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchs-, Altenteils- oder Auszugsvertrags unberührt bleiben, soweit sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuld-

verhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden.

Voraussetzung für die in NW geltende landesrechtliche Vorschrift des Art.15 PrAGBGB ist jedoch, daß ein Vertrag i. S. v. Art. 96 EGBGB (hier insbesondere ein Altenteilsvertrag) vorliegt.

Der notarielle Vertrag vom 27.11.1984 erfüllt diese Voraussetzungen indessen nicht.

Ein Leibgeding i. S. v. Art. 15 PrAGBGB hat in der Regel die Gewährung des Unterhalts (Wohnung, Naturalleistungen oder/ und eine Rente und Dienste) zum Inhalt, wobei dem Altenteiler ein Wohnungsrecht an einem bestimmten Teil des überlassenen Grundstücks gewährt wird. Auf der anderen Seite soll in Verbindung damit dem Übernehmer ein Gut oder ein Grundstück überlassen werden, kraft dessen Nutzung er sich seine eigene Lebensgrundlage schaffen und gleichzeitig den dem Altenteiler geschuldeten Unterhalt gewinnen kann (BGH MDR 1964, 741).

Es ist zwar in der Rspr. anerkannt, daß unter Umständen – jedenfalls bei städtischen Grundstücken, die keine bauliche Versorgung aus der Parzelle ermöglichen – die Gewährung der Wohnung für die Eltern allein ausreichen kann (OLG Hamm Rpfleger 1986, 270; RGZ 152, 104). Maßgeblich und unverzichtbar ist jedoch, daß dem Übernehmer aufgrund der Übertragung des Grundstücks die Möglichkeit der Begründung einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage geschaffen wird, was bei einem reinen Wohngrundstück nicht der Fall ist (BGH MDR, 1964, 741). Zwar hat das RG in der zitierten Entscheidung bezüglich eines städtischen Grundstücks ausgesprochen, daß im allgemeinen die Gewährung der Wohnung für sich allein die Leistung ist, die der Übernehmer dem Übergeber als Unterhaltsbeitrag aus dem Grundstück leisten kann; die Entscheidung des RG läßt jedoch nicht erkennen, ob dem Übernehmer durch die Übertragung des Grundstücks die Möglichkeit der Begründung einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage geschaffen worden ist. Die Kammer folgt daher der Rspr. des BGH (MDR 1964, 741), wonach neben der Einräumung eines Wohnungsrechts für den Altenteiler als weiteres Merkmal des mit einem Altanteil verbundenen Überlassungsvertrages „ein Nachrücken der folgenden Generation in eine die Existenz wenigstens teilweise begründende Wirtschaftseinheit unter Abwägung der Interessen des abziehenden Altenteilers und des nachrückenden Angehörigen der nächsten Generation“ hinzukommen muß. Ein solcher Sachverhalt lag jedoch der Entscheidung des OLG Hamm (Rpfleger 1986, 270) zugrunde, nach der die Mutter ihrem Sohn einen Gaststättenbetrieb und die dazugehörigen Grundstücke „ersichtlich zur Existenzsicherung“ übergeben hat.

§ 2 des notariellen Vertrages vom 27.11.1984 spricht zwar – entsprechend der Entscheidung des RG (RGZ 152, 104) – i. V. m. dem Verwandtschaftsgrad zwischen der Bekl. und der Verstorbenen für einen gewissen Versorgungscharakter des Vertrages. Es findet sich jedoch nichts, was für die Schaffung einer Lebensgrundlage für die Bekl. durch die Übertragung des Hausgrundstücks spricht. Nach dem Inhalt des notariellen Vertrages handelt es sich um ein kleines Grundstück (376 m<sup>2</sup>), das nach dem Schreiben des Oberstadtdirektors der Stadt S Einfamilienhauscharakter hat. Der Verkehrswert ist in der notariellen Urkunde mit 150.000,- DM angegeben, der Mietwert in dem vorerwähnten Schreiben des Oberstadtdirektors mit 4,- DM/m<sup>2</sup>. Es ist daher nicht ersichtlich, inwieweit die Übertragung des betreffenden Hausgrundstücks auf die Bekl. dieser zum Aufbau oder zur Sicherung einer wirtschaftlichen Existenzgrundlage dienen könnte bzw. konnte. Entsprechend hat der BGH (MDR 1964, 741) entschieden, daß die Überlassung eines reinen Wohngrundstücks für sich selbst noch keine Existenzgrundlage darstellt.

Da nach alledem kein Vertrag i. S. v. Art. 96 EGBGB und Art. 15 PrAGBGB vorliegt, findet die letztgenannte Ausnahmeregelung keine Anwendung. Eine analoge Anwendung kommt

wegen des Ausnahmeharakters der Vorschriften nicht in Betracht.

§ 1093 BGB, der das „normale“ Wohnungsrecht betrifft, sieht keinen dem Art.15 § 9 Abs. 2 und 3 PrAGBGB entsprechenden Geldersatz für den Fall vor, daß der Berechtigte das Wohnungsrecht selbst nicht mehr nutzen kann.

## 5. Familienrecht/Vollstreckungsrecht – Anwendung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften (OLG Köln, Urteil vom 15.3.1989 – 6 U 191/88)

### BGB §§ 1362; 1006 ZPO § 771

**§ 1362 BGB findet auf nichteheliche Lebensgemeinschaften keine Anwendung.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Der Bekl. hat gegen Herrn X Forderungen aus Steuerrückständen in Höhe von 18.640,- DM. Herr X ist mit der Kl. befreundet und seit dem Jahr 1984 in der von ihr gemieteten Wohnung gemeldet. Zur Durchführung der Zwangsvollstreckung ließ der Gerichtsvollzieher im Jahr 1988 die Wohnung der Kl. öffnen und prändete dort verschiedene Gegenstände wie Teppiche, ein Roulettegerät und mehrere Bilder.

Die Kl. hat vorgetragen, sie sei Eigentümerin der gepfändeten Sachen, was eine Unzulässigkeit der Pfändung zur Folge habe.

Der Bekl. hat die Ansicht vertreten, für das Eigentum des Vollstreckungsschuldners spreche die Vermutung der §§ 739 ZPO, 1362 BGB.

§ 1362 BGB finde auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften im Wege der Analogie Anwendung. Der Gesetzgeber habe bei Neufassung dieser Regelung im Jahre 1957 die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht näher berücksichtigt, da diese damals als sittenwidrig empfunden worden sei. Es liege deshalb eine Regelungslücke vor. Nach dem Zweck des § 1362 BGB solle der außenstehende Gläubiger vor einer Überprüfung der Interna der Lebensgemeinschaft geschützt werden. Für den Schuldner ergebe sich bezüglich der Eigentumslage an angeschafften oder eingebrachten Gegenständen kein Unterschied, ob eine Ehe besteht oder nicht. Ein Unrecht entstehe ihm durch die analoge Anwendung des § 1362 BGB nicht. Da der Gerichtsvollzieher in der Wohnung leicht feststellen könne, ob es sich um eine nichteheliche Lebensgemeinschaft handele, sei eine entsprechende Anwendung des § 1362 BGB auch praktikabel.

#### Aus den Gründen:

Die Vollstreckungsmaßnahmen des Bekl. in die Gegenstände in der Wohnung der Kl. waren unzulässig, da der Kl. zumindest als Miteigentümerin der gepfändeten Sachen ein die Veräußerung hinderndes Recht i. S. d. § 771 Abs. 1 ZPO zusteht. Gem. §§ 1008, 1006 BGB wird das Miteigentum der Kl. vermutet, da sie als Mieterin der Wohnung, in welcher sich die gepfändeten Sachen befunden haben, zumindest Mitbesitz an den Sachen hatte. Dem steht die Vermutung der §§ 739 ZPO, 1362 BGB nicht entgegen, da die Kl. mit dem Vollstreckungsschuldner nicht verheiratet ist und diese Vorschrift auf nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht entsprechend anwendbar ist.

Die Frage einer analogen Anwendung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften ist in Rspr. und Lit. umstritten (für eine analoge Anwendung u. a.: LG Hagen, Urteil vom 10.7.1987 – 11 S 249/87; MünchKomm/Wacke, § 1362 BGB, Rd.-Nr.11; Thomas/Putzo, 15. Aufl., § 739 ZPO, Anm. 2; dagegen: LG Frankfurt NJW 1986, 729; Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983, Rd.-Nr. 288; Brox, FamRZ 1981, 1125, 1127 m. w. N.; RGRK/Wenz, § 1362 BGB, Rd.-Nr. 3; Stein/Jonas/Münzberg, § 739 ZPO, Rd.-Nr.11; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 47. Aufl., § 739 ZPO Anm.1 B; Zöller/Stöber, 15. Aufl., § 739 ZPO, Rd.-Nr.13; Weimar, JR 1982, 324). Nach Ansicht des Senats liegen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung nicht vor. Zunächst steht der Rechtscharakter des § 1362 BGB einer analogen Anwendung ent-

gegen. Bei dieser Norm handelt es sich um eine Ausnahmeverordnung, die den Gläubiger im Falle einer ehelichen Wohnungsgemeinschaft begünstigen soll. Der Ausnahmeharakter ergibt sich auch unter Außerachtlassung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft daraus, daß es über diese und die Ehe hinaus noch weitere Formen eines gemeinsamen Haushaltes, etwa von nicht miteinander verheirateten Verwandten oder von Freunden gibt. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber einen § 1362 BGB vergleichbaren Gläubigerschutz nicht vorgesehen.

Soweit teilweise die Ansicht vertreten wird, § 1362 BGB sei auf alle Wohngemeinschaften analog anwendbar (MünchKomm/Wacke § 1362 BGB, Rd.-Nr. 11), ist diese Ansicht mit dem der Vorschrift zugrunde liegenden gesetzgeberischen Zweck, in dem Ausnahmefall der ehelichen Lebensgemeinschaft den Gläubiger vor einer tatsächlichen Vermengung der beweglichen Sachen der Wohnungsgenosse zu schützen (vgl. BGH FamRZ 1976, 81), nicht vereinbar. Eine solche Ausnahmeregelung ist insoweit gerechtfertigt, weil eine derartige Vermengung bei rein freundschaftlichen oder anderweitig zweckgebundenen Wohngemeinschaften nicht in gleicher Häufigkeit auftritt und schon deshalb eine typisierende (gesetzliche) Regelung weniger geboten erscheint.

Eine analoge Anwendung des § 1362 BGB nur auf sog. nichteheliche Lebensgemeinschaften erscheint ebenfalls nicht angezeigt. Insoweit fehlt es bereits an einer Regelungslücke im Gesetz. § 1362 BGB wurde 1957 durch das Gleichberechtigungsgesetz neu gefaßt. Wenn auch die Häufigkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaften seitdem zugenommen hat, so war doch auch schon zu jenem Zeitpunkt diese Lebensform so weit verbreitet, daß sie dem Gesetzgeber bekannt war und von ihm hätte berücksichtigt werden können. Soweit sich der Bekl. darauf beruft, zum Zeitpunkt der Abänderung der Vorschrift habe kein Regelungsbedarf bezüglich der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bestanden, weil diese damals als sittenwidrig angesehen worden sei, deutet dies nicht zwingend auf eine Gesetzeslücke hin. Zunächst umfaßt das BGB mit den Regelungen der §§ 817, 1300 BGB auch solche Tatbestände, die entweder in der Norm selbst als sittenwidrig bezeichnet oder zum Zeitpunkt ihres Erlasses als sittenwidrig empfunden wurden, so daß nicht generell davon ausgegangen werden kann, der Gesetzgeber wolle sittenwidrige Tatbestände nicht regeln. Auch bestanden zum Zeitpunkt der Änderung der Vorschrift genau wie derzeit zahlreiche Arten von Wohnungsgemeinschaften etwa zwischen Freunden oder Verwandten, die nicht als sittenwidrig empfunden wurden und die der Gesetzgeber in einer § 1362 BGB vergleichbaren Form ebenfalls nicht berücksichtigt hat.

Auch die für eine Analogie erforderliche Übereinstimmung der für die rechtliche Wertung entscheidenden Aspekte (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., 366) ist zweifelhaft. § 1362 BGB trägt dem Umstand Rechnung, daß während der Ehe im Regelfall eine Vermischung der beweglichen Habe der Eheleute eintritt, so daß es schwierig ist, das Eigentum jeweils einem Ehegatten zuzuordnen (vgl. BGH FamRZ 1976, 81). Hintergrund ist das gesetzliche Leitbild der Ehe, welches gem. § 1353 BGB von einer lebenslangen Dauer der Ehe und einer Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ausgeht. Ein dementsprechender Bindungswille läßt sich bei den Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht feststellen. Meist ist es gerade die Unsicherheit der Partner über die Dauer der Beziehung und der Wunsch, Bindungen nicht einzugehen, der sie von der Ehe abhält (Diederichsen, NJW 1983, 1017, 1018). Dieser Wunsch nach einer zeitlichen und inhaltlichen Begrenzung verhindert es im Regelfall, daß eine Vermengung des persönlichen Eigentums der Partner der nichtehelichen Beziehung eintritt, die mit der auf Lebenszeit geschlossenen Ehe vergleichbar ist.

Diese Erwägungen stehen auch der Argumentation des Bekl. entgegen, durch § 1362 BGB habe der Gesetzgeber den Zweck verfolgt, im Falle eines gemeinsamen Hausstandes des Schuldners mit einem Dritten den außenstehenden Gläubiger vor der Notwendigkeit einer Überprüfung der Interna schützen

zu wollen. Die Schwierigkeit, die Verhältnisse eines gemeinsamen Hausstandes überprüfen zu können, stellt sich in jedem Fall, in dem der Schuldner mit einer anderen Person zusammenwohnt. Wenn der Gesetzgeber gleichwohl nicht allein an das Merkmal eines gemeinsamen Hausstandes anknüpft, sondern darüber hinaus mit dem Vorliegen einer Wohngemeinschaft von Eheleuten eine bestimmte inhaltliche Ausgestaltung des Innenverhältnisses verlangt, so wird hieran deutlich, daß eine isolierte Betrachtung der Gläubigerinteressen durch § 1362 BGB nicht geboten wird.

Soweit sich die eine Analogie bejahende Ansicht für die Begründung ihrer Meinung auf die Regelung des Art. 6 GG beruft (MünchKomm/Wacke, a.a.O.), greift dies nicht. Eine unmittelbare Berufung auf Art. 6 GG entfällt, da das hierin niedergelegte Grundrecht weder die Interessen des Schuldners noch diejenigen des Gläubigers schützt. Eine analoge Erweiterung der Vermutungswirkung des § 1362 BGB auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften wird durch Art. 6 GG ebenfalls nicht geboten. Insbesondere kann keine Rede davon sein, daß ohne eine solche analoge Erweiterung § 1362 BGB als verfassungswidrig anzusehen wäre.

Eine Verfassungswidrigkeit setzt in diesem Zusammenhang zunächst voraus, daß eine Anwendung des § 1362 BGB nur auf Eheleute dem in Art. 6 GG normierten staatlichen Schutz der Ehe widerspricht. Diese Ansicht wird von einem Teil der Lit. vertreten, da Eheleute durch die Regelung des § 1362 BGB gegenüber anderen Wohngemeinschaften benachteiligt werden, ohne daß dies durch einen sachgerechten Grund gerechtfertigt würde (vgl. Brox, FamRZ 1981, 1125, 1126 m. w. N.).

Es kann aber dahinstehen, ob dieser Ansicht zuzustimmen ist. Auch wenn man § 1362 BGB als eine ausschließlich Ehegatten diskriminierende Sondervorschrift und deshalb als unvereinbar mit Art. 6 GG ansieht, kann dies die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht zugunsten des Bekl. beeinflussen. Rechtsfolge einer solchen Unvereinbarkeit kann jedenfalls nicht eine durch Analogie zu bewirkende Erweiterung des Anwendungsbereiches dieser Vorschrift sein, um auf diese Weise eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung zu beseitigen.

Weiterhin kann aus Art. 6 GG nicht auf einen Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, durch § 1362 BGB Gläubiger auch im Verhältnis zu Mitgliedern nichtehelicher Lebensgemeinschaften zu schützen. Auch einer dahingehenden Annahme stehen bereits der Wortlaut der Norm sowie der Umstand entgegen, daß dem Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Abänderung der Norm die Existenz nichtehelicher Lebensgemeinschaften bekannt war.

Art. 6 GG unterstellt das Institut der Ehe einem besonderen staatlichen Schutz und gebietet damit dem Gesetzgeber den Erlaß von Normen, die die Ehe gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens schützen (BVerfG NJW 1968, 1771). Auch soweit der Gesetzgeber durch die Regelung des § 1362 BGB dieser Aufgabe nicht gerecht geworden sein sollte, ist durch die Rechtsanwendung der in der Vorschrift nach Wortlaut, Gesetzesstellung und Entstehungszeitpunkt ausgedrückte Gesetzgeberwillen zu respektieren, die Eigentumsvermutung jedenfalls auf Eheleute zu beschränken.

Eine verfassungskonforme Auslegung setzt wie jede andere Form der Auslegung voraus, daß eine Norm überhaupt unterschiedlich interpretiert werden kann (BVerfGE 49, 148, 157). Dies ist bei § 1362 BGB, der seinem Wortlaut und seiner gesetzlichen Stellung nach eindeutig an das Bestehen einer Ehe anknüpft, nicht möglich.

Schließlich ist eine analoge Anwendung des § 1362 BGB i. V. m. § 739 ZPO nicht praktikabel. Während der Tatbestand einer Ehe leicht und ohne größeren Aufwand überprüfbar ist, ist der Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nur schwer definierbar und ihr tatsächliches Bestehen nur mit erheblichen Schwierigkeiten feststellbar. Zwar findet eine nichteheliche Lebensgemeinschaft über § 122 BSHG im öffentlichen Recht im Rahmen der Gewährung von Sozialhilfe Berücksichtigung. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Partner einer nichteh-

lichen Lebensgemeinschaft bei der Beantragung von Sozialhilfe dem Staat als Anspruchsteller gegenübertritt und als solcher auch in gewissem Umfang seine persönlichen Verhältnisse darzulegen hat. Im Rahmen der Vollstreckung würde bei einer analogen Anwendung des § 1362 BGB auf nichteheliche Lebensgemeinschaften dem Gerichtsvollzieher eine normative Entscheidung abverlangt, er müßte den Charakter der Wohngemeinschaft überprüfen. Eine Entscheidung dieser Art ist dem Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan in dem formalisierten Zugriffsverfahren grundsätzlich verwehrt (Zöller/Stöber, § 739 ZPO, Anm. V 2). Derartige Prüfungen würden zudem die Zügigkeit des Vollstreckungsablaufs gefährden (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, § 739 ZPO, Rd.-Nr.11). Soweit dem Gerichtsvollzieher überhaupt die Feststellung von Tatsachen obliegt, kann er dabei regelmäßig an leicht überprüfbarer Fakten, wie z. B. Gewahrsam oder offensichtliches Fremdeigentum, anknüpfen. Demgegenüber begegnet die Ermittlung des Wesens der jeweiligen Wohngemeinschaften nicht miteinander verheirateter Personen und der ihnen jeweils zugrunde liegenden Vereinbarungen naturgemäß besonderen Schwierigkeiten. Gilt nach alledem zugunsten der Kl. die Vermutung des Miteigentums an den gepfändeten Sachen, sind die Vollstreckungsmaßnahmen in Gegenstände, die sich in der Wohnung der Kl. befinden, unzulässig.

## 6. Gesellschaftsrecht/GmbH · Leistung von Sicherheiten gem. § 26 Abs.1 KapErhG bei Verschmelzung zweier GmbH (OLG Celle, Urteil vom 2.11.1988 – 9 U 54/88 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Henning Wassermann, Hannover)

### KapErhG § 26

**Bei der Verschmelzung zweier GmbH gewährt § 26 Abs. 1 KapErhG einen Anspruch auf Sicherheitsleistung für fällige Forderungen auch dann nicht, wenn diese bestritten und deshalb nicht sofort durchsetzbar sind.**

(Leitsatz nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Die Kl. begehren von der Bekl. die Leistung von Sicherheiten für Forderungen, die ihnen nach ihrem Vortrag gegen die Bekl. zustehen. Die frühere Firma H. Hausbau GmbH ist aufgrund des Verschmelzungsvertrages vom 12. 6. 1986 und der Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften vom selben Tage mit der Firma H. Haus- und Baulandgrundstücksgesellschaft mbH verschmolzen worden. Dies und die Löschung der Firma H. Hausbau GmbH ist am 20. 8. 1986 im Handelsregister eingetragen worden. Entsprechende Veröffentlichungen erfolgten am 28. 8. 1986.

Der Kl. zu 1) sind von dem Bauunternehmen F. P. Werklohnansprüche gegen die frühere Firma H. Hausbau GmbH abgetreten worden. Der Kl. zu 2) ist Konkursverwalter über das Vermögen der Firma F. P. Vor dem LG ist zwischen den Kl. und der Bekl. ein Rechtsstreit anhängig, in dem es um die Werklohnforderungen des Bauunternehmens F. P. gegen die frühere Firma H. Hausbau GmbH geht.

Die Kl. begehren nun von der Bekl. die Leistung von Sicherheiten. Ihre Forderungen seien zwar fällig, die Kl. müßten jedoch wegen der in dem genannten Rechtsstreit nicht auszuschließenden weiteren Beweiserhebungen noch auf unabsehbare Zeit auf deren Erfüllung warten. § 26 KapErhG sei deshalb im Sinne des Gläubigerschutzes so auszulegen, daß ein Anspruch auf Sicherheitsleistung nur dann entfallen, wenn der Gläubiger einen fälligen Anspruch habe, der unstreitig und durchsetzbar sei. Hingegen bestehe bei einer fälligen Forderung, die bestritten sei, und hinsichtlich derer der Gläubiger auf einen langwierigen Rechtsstreit angewiesen sei, eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, da die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft vor dem Risiko der Verringerung ihrer Haftungsmasse durch den Zugriff der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft geschützt werden müßten.

Das LG hat die Klage abgewiesen; die Berufung der Kl. blieb ohne Erfolg.

### Aus den Gründen:

Die Berufung ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das LG die Klage abgewiesen. Den Kl. steht der geltend gemachte Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht zu.

Nach der – hier allein in Betracht kommenden – Vorschrift des § 26 KapErhG ist den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft, wenn sie sich binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der übertragenden Gesellschaft zu diesem Zweck melden, Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung („Befriedigung verlangen können“) kommt eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung damit dann nicht in Betracht, wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung hat. Hieraus wird allgemein gefolgt, daß eine Sicherheitsleistung für fällige Forderungen nicht verlangt werden kann (Fischer, GmbHG, 12. Aufl., § 26 KapErhG, Rd.-Nr. 5; Hachenburg/Schilling/Zutt, GmbHG, 7. Aufl., § 26 KapErhG, Rd.-Nr. 9; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl., § 26 KapErhG, Rd.-Nr. 6; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, § 26 KapErhG, Rd.-Nr. 7; sowie in der Kommentierung zum Aktienrecht: KK/Kraft, § 347 AktG, Rd.-Nr. 5; Großkomm/Schilling, 3. Aufl., § 225 AktG, Anm. 6, § 347 AktG, Anm. 5; KK/Lutter, § 225 AktG, Rd.-Nr. 14). § 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG unterscheidet nicht danach, ob der vom Gläubiger geltend gemachte Anspruch unstrittig ist oder von der Gesellschaft bestritten wird. In dem einen wie in dem anderen Fall kann der Gläubiger vielmehr Befriedigung seiner Forderung „verlangen“ (vgl. § 194 Abs. 1 BGB). Zwar ist der Gläubiger auch im Falle einer streitigen Forderung daran gehindert, seinen Anspruch sofort durchzusetzen, und muß erst einen Rechtsstreit gegen die Gesellschaft führen, der je nach den Umständen einen kürzeren oder längeren Zeitraum in Anspruch nehmen kann. Diese tatsächlichen Erschwernisse bei der Durchsetzung des Anspruchs ändern indes nichts daran, daß seiner Geltendmachung rechtliche Hindernisse nicht entgegenstehen. Wenn somit § 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung bei einem Anspruch auf Befriedigung der Forderung entfallen läßt, spricht dies dafür, daß dies unabhängig davon gelten soll, ob der Anspruch streitig oder unbestritten ist (KK/Kraft, § 347 AktG, Rd.-Nr. 5). Anders wäre dies dann zu beurteilen, wenn in der genannten Vorschrift statt des Wortes „verlangen“ die Worte „erlangen“ bzw. „erhalten“ Verwendung gefunden hätten.

Äußerungen in der Lit. deuten allerdings darauf hin, daß auch eine streitige Forderung einen Anspruch auf Sicherheitsleistung auslösen könnte, wobei jedoch nicht immer hinreichend klar wird, ob dies für eine streitige noch nicht fällige Forderung gelten soll oder auch für einen bestrittenen Anspruch, der bereits fällig ist (vgl. Großkomm/Schilling, § 225 AktG, Anm. 13; § 347 AktG, Anm. 7). Dabei soll für die Bejahung der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung die – nachgewiesene – Wahrscheinlichkeit des Bestehens der Forderung ausreichen (Fischer, a.a.O., Rd.-Nr. 4; Scholz/Priester, a.a.O., Rd.-Nr. 5; Hachenburg/Schilling/Zutt, a.a.O., Rd.-Nr. 8; Großkomm/Schilling, § 225 AktG, Anm. 13). Im Rechtsstreit soll sich das Gericht mit einer Glaubhaftmachung des Anspruchs begnügen dürfen (Großkomm/Schilling, § 347 AktG, Anm. 7).

Dieser Auffassung vermag der Senat indes nicht zu folgen. Dies insbesondere auch deshalb nicht, weil eine Möglichkeit, sich im Prozeß mit einer „nachgewiesenen Wahrscheinlichkeit“ – was immer das sein mag – oder mit einer Glaubhaftmachung des Anspruchs zu begnügen, nach deutschem Zivilprozeßrecht nicht besteht. Bei § 26 KapErhG handelt es sich um eine materiell-rechtliche Norm, die keine Handhabe bietet, hinsichtlich der Beweisführung von den Vorschriften der ZPO abzuweichen. Für den Anspruch auf Sicherheitsleistung gelten daher die allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätze (vgl. KK/Kraft, § 347 AktG, Rd.-Nr. 5). Das Bestehe eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung ist im Zivilprozeß daher nach den Regeln des Strengbeweises gem. § 286 ZPO zu beurteilen. Es ist deshalb ausgeschlossen, sich im ordentlichen Verfahren mit dem Beweiseiner Wahrscheinlichkeit des Anspruchs zugegnügen. Das wäre allenfalls dann anders zu beurteilen, wenn § 26 Abs. 1 KapErhG die Entstehung der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung von der Wahrscheinlichkeit des vom Gläubiger gemachten Anspruchs abhängig machen würde. Das ist jedoch nicht der Fall.

Wenn man die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auch bei einem streitigen fälligen Anspruch bejahen wollte, würde dies bedeuten, daß der Prozeß um die Sicherheitsleistung parallel zu demjenigen auf Erfüllung geführt werden müßte. Daß dies nicht Sinn der genannten Vorschrift sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Wenn der Gläubiger in dem Rechtsstreit auf Erfüllung seiner Forderung ein zumindest vorläufig vollstreckbares Urteil erstritten hat, bedarf er nicht mehr eines Titels, der die Verpflichtung der Gesellschaft zur Sicherheitsleistung in gleicher Höhe ausspricht. Dieses Ergebnis kann nicht Sinn der genannten Regelung sein.

Für die Auslegung, daß für eine bestrittene fällige Forderung Sicherheitsleistung nicht verlangt werden kann, spricht aus dem Aktienrecht der Umkehrschluß zu § 272 Abs. 3 AktG. In dieser Vorschrift ist für den Fall einer Auflösung einer AG ausdrücklich angeordnet, daß auch für eine streitige Verbindlichkeit dem Gläubiger Sicherheit zu leisten ist, bevor das Vermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt wird. Diese Vorschrift ist der Regelung in § 26 KapErhG insoweit vergleichbar, als in beiden Fällen Gläubiger der Gesellschaft Gefahr laufen, ihr Haftungsobjekt zu verlieren. Gleichwohl sieht weder § 26 KapErhG noch die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts (§§ 225, 347 AktG) eine Sicherheitsleistung für streitige Verbindlichkeiten der Gesellschaft vor. Hieraus ist zu folgern, daß in diesen Fällen eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht entstehen soll.

§ 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG verfolgt damit nicht den Zweck, den Gläubiger vor dem allgemeinen Risiko zu bewahren, einen möglicherweise langwierigen Prozeß führen zu müssen, in deren Verlauf sich die Haftungsmasse der schuldenden Gesellschaft durch den Zugriff anderer Gläubiger verringern kann.

Für diese Auslegung spricht schließlich auch – wie das LG zutreffend hervorgehoben hat – die Entstehungsgeschichte der hier in Rede stehenden Vorschriften jedenfalls des Aktienrechts (vgl. Großkomm/Schilling, § 347 AktG, Anm. 1).

Inwieweit die Vorschrift des § 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG etwa im Rahmen eines Arrest- bzw. einstweiligen Verfügungsverfahrens, für das die Glaubhaftmachung des Anspruches des Gläubigers ausreichen würde, bei der Prüfung eines Arrestgrundes Beachtung finden könnte, mag hier dahinstehen. Es spricht zwar viel dafür, bei einem drohenden Zugriff der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft auf das bisherige Vermögen der übertragenden Gesellschaft einen Arrestgrund für deren Gläubiger zu bejahen; dies bedarf jedoch vorliegend keiner abschließenden Entscheidung, da die Kl. hier nicht im Arrestverfahren vorgegangen sind.

Da den Kl. somit ein Anspruch auf Sicherheitsleistung aus § 26 Abs. 1 S. 1 KapErhG nicht zusteht, war ihre Berufung zurückzuweisen.

## **7. Notarrecht – Mit Hilfe eines Textverarbeitungssystems hergestellte Massenkarteien bzw. Erbvertragsregister als anmeldepflichtige Dateien i. S. d. §§ 2 Abs. 3 Nr. 3; 27 DSG NW 1978; 23 Abs. 1 DSG NW n. F.**

(OLG Köln, Beschuß vom 6. 7. 1989 – 2 VA (Not) 10/87 – nicht rechtskräftig)

**DSG NW 1978 §§ 27; 2 Abs. 3; 1 Abs. 2**

**DSG NW n. F. §§ 23 Abs. 1; 8 Abs. 2**

**BDSG § 7 Abs. 2**

**DONot §§ 13; 14; 16**

**1. Mit Hilfe eines Textverarbeitungssystems hergestellte Massenkarteien bzw. Erbvertragsregister unterliegen nicht der Meldepflicht gem. §§ 27 DSG NW 1978; 23 Abs. 1 DSG NW n. F.**

**2. Das DSG NW 1978 findet auf Notare keine Anwendung.**

- 3. Massenkartei und Erbvertragsregister stellen keine Dateien i. S. d. § 2 Abs. 3 Nr. 3 DSG NW 1978 dar.**
- 4. Eine Pflicht des Notars zur Dateibeschreibung i. S. d. § 8 Abs. 2 DSG NW n. F. besteht nicht, weil die gespeicherten Daten nur vorübergehend vorgehalten werden.**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

**Zum Sachverhalt:**

Der Ast. ist Notar. Bei der Prüfung der Amtsführung des Ast. wurde festgestellt, daß er über ein Textverarbeitungssystem verfügt. Über dieses Textverarbeitungssystem werden unter anderem das Massenbuch in Karteiform und das Erbvertragsregister geführt. Die Massenkartei und das Erbvertragsregister enthalten die gem. §§ 13 Abs. 3; 14 Abs. 2 bzw. § 16 Abs. 3 DONot vorgeschriebenen Angaben. Eine Überprüfung der Funktionen und Möglichkeiten des Systems in Bezug auf die Auswertung gespeicherter Daten im automatisierten Verfahren unterblieb mangels entsprechender Kenntnisse des Prüfers. Angaben des Notars über diese Möglichkeiten fehlen. Durch Verfügung des Ag. wurde der Ast. angewiesen, die im automatisierten Verfahren geführte Massenkartei und das Erbvertragsregister gem. § 27 DSG NW 1978 anzumelden. Im gleichzeitig übersandten Prüfungsbericht ist darauf hingewiesen, daß nach dem Erlaß des Justizministers NW vom 3. 10. 1986 (1552-IC 2) – im Folgenden: Erlaß – u. a. das in Karteiform geführte Verzeichnis der Erbverträge und die Massenkartei als Dateien i. S. d. § 2 Abs. 3 Nr. 3 DSG NW 1978 anzusehen seien, wenn diese Karteien im automatisierten Verfahren geführt werden.

Gegen diese Verfügung richtet sich der Antrag auf gerichtliche Entscheidung.

**Aus den Gründen:**

1. Der Antrag hat in der Sache Erfolg; die angefochtene Verfügung ist rechtswidrig. Die dem Ast. auferlegte Meldepflicht findet weder in § 27 DSG NW 1978, noch in § 23 DSG NW n. F. eine Stütze. Es fehlt eine Ermächtigungsgrundlage zum Erlaß eines belastenden Verwaltungsaktes.

Aus der Bestimmung des § 27 DSG NW 1978 läßt sich für Notare eine Meldepflicht nicht herleiten; das DSG NW 1978 findet auf Notare keine Anwendung, diese sind aus dem Anwendungsbereich ausgenommen, so daß § 27 DSG NW 1978 für Notare nicht gilt.

Zwar hat der Landesgesetzgeber in § 1 Abs. 2 S. 1 DSG NW 1978 personenbezogene Daten in Dateien „sonstiger öffentlicher Stellen“ des Landes unter Schutz gestellt. Unter diesen Begriff sind – entgegen der Ansicht des Ast., der Bundesnotarkammer und der Rheinischen Notarkammer – grundsätzlich sowohl die volziehende, als auch die gesetzgebende und die rechtsprechende Gewalt zu subsummieren. Aus besondern Gründen findet aber § 1 Abs. 2 S. 1 DSG NW 1978 auf sonstige öffentliche Stellen, die Organe der Rechtspflege sind, keine Anwendung; unter die „sonstigen öffentlichen Stellen“ des Landes i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 DSG NW 1978 fallen nämlich nur Exekutivorgane des Landes, nicht aber Notare, die als Organe der Rechtspflege i. S. d. § 7 Abs. 2 Ziff. 2 BDSG anzusehen sind. Organe der Rechtspflege werden von der landesgesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 2 S. 2 DSG NW 1978 nur insoweit erfaßt, als sie Verwaltungsaufgaben erledigen.

Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 und 2 DSG NW 1978 und der Entstehungsgeschichte dieses Gesetzes. Der Bundesgesetzgeber hat in § 7 Abs. 2 Ziff. 2 BDSG die Behörden und sonstigen öffentlichen Stellen der Länder, soweit sie als Organe der Rechtspflege tätig werden, dem BDSG unterstellt, soweit der Datenschutz nicht durch Landesgesetz geregelt wird. Das bedeutet, daß zwar landesrechtliche Bestimmungen für sonstige öffentliche Stellen der Länder, soweit sie als Organe der Rechtspflege tätig werden, an die Stelle der bundesrechtlichen Regelung treten, soweit sie für Organe der Rechtspflege eine Regelung treffen. Der Landesgesetzgeber NW hat datenschutzrechtliche Regelungen für Organe der Rechtspflege aber nicht getroffen. In dem Gesetzentwurf der Landesregierung zum DSG NW 1978 (LT-Drucks. 8/2241) heißt es in der Einzelbegründung zu § 1 Abs. 2 (29):

„Absatz 2 beschreibt den Geltungsbereich des Gesetzes. Die Ausklammerung der Gerichte und Staatsanwaltschaften ist erforderlich, weil dieser Bereich durch § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG abschließend geregelt ist.“

Daraus wird deutlich, daß in der Regierungsvorlage die Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG als abschließende Regelung angesehen wurde, so daß eine landesgesetzliche Regelung nicht getroffen werden sollte. Abweichend vom Wortlaut der Regierungsvorlage werden in § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG aber nicht Gerichte und Staatsanwaltschaften aufgeführt, sondern „Behörden und sonstige öffentliche Stellen der Länder, soweit sie als Organe der Rechtspflege tätig werden“.

Auch in der Begründung des Bundesrates in seiner Anrufung des Vermittlungsausschusses (BR-Drucks. 422/76 vom 25. 6. 1976) zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG wird davon ausgegangen, daß es für die Gerichte und sonstigen Stellen des Bundes und der Länder, soweit sie als Organe der Rechtspflege tätig werden, datenschutzrechtlicher Regelungen grundsätzlich nicht bedarf, weil landes- und bundesrechtliche Verfahrensgesetze dem Schutz des Persönlichkeitsbereichs Rechnung trage.

Dabei ist es unschädlich, daß in den jeweiligen Begründungen zu den Gesetzen immer wieder die Gerichte und gerichtlichen Verfahren bei der Argumentation im Vordergrund stehen; die maßgebliche gesetzliche Regelung des § 7 BDSG spricht nicht von Gericht und Staatsanwaltschaft, sondern von (allen) öffentlichen Stellen, die als Organe der Rechtspflege tätig werden. Es bedarf keiner Erörterung, aus welchem Grund der Landesgesetzgeber diese Formulierung nicht übernommen hat, denn aus der Regierungsvorlage zum Landesdatenschutzgesetz wird deutlich, daß der Landesgesetzgeber keine Regelung treffen wollte, soweit in § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG eine abschließende Regelung getroffen war. Die abschließende Regelung des § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG umfaßt die Organe der Rechtspflege; diese sollen erfaßt werden, soweit sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtspflege personenbezogene Daten verarbeiten (so Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, 3. Aufl. 1981, § 7 BDSG, Rd.-Nr. 55 und 57). Unter § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG fällt der Bereich der Rechtsprechung und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, darunter fallen auch Notare. Daraus folgt zugleich, daß Notare auch nicht unter den Sammelbegriff der „sonstigen öffentlichen Stellen“ in § 1 Abs. 2 S. 1 DSG NW 1978 fallen; diese öffentlichen Stellen sind solche, die Exekutivaufgaben erfüllen, nicht aber solche, die als Organe der Rechtspflege – und nicht in Verwaltungsangelegenheiten – tätig werden (vgl. auch Ruckriegel/v. d. Groeben/Hunsche, Datenschutz und Datenverarbeitung in NW, 1979, Einführung, 10 f. und § 1 DSG NW 1978, Anm. 6).

Dies ergibt sich auch aus dem Gesetzentwurf der Landesregierung zum Gesetz für die Fortentwicklung des Datenschutzes (DSG NW n. F.). Dort ist zu § 2 (Anwendungsbereich) u. a. ausgeführt:

„Wie bisher soll dieses Gesetz auf Gerichte und Behörden der Staatsanwaltschaft nur anwendbar sein, soweit diese Verwaltungsaufgaben erledigen. Als Organe der Rechtspflege unterliegen sie gem. § 7 Abs. 2 S. 1 BDSG dem Bundesdatenschutzgesetz (LT-Drucks. 10/1565, 44).“

Auch aus dieser Begründung wird deutlich, daß der Landesgesetzgeber keine Regelung für Organe der Rechtspflege – soweit sie nicht Verwaltungsaufgaben wahrnehmen – treffen wollte. In § 7 Abs. 2 Nr. 2 BDSG andererseits sind die Rechtspflegeorgane, soweit sie Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, aus Gründen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ausgespart (Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 7 BDSG, Rd.-Nr. 55).

Der Umstand, daß das DSG NW sowohl für die Legislative, als auch für Organe der Rechtspflege landesrechtliche Bestimmungen nur trifft, soweit diese Verwaltungsaufgaben erledi-

gen, macht zusätzlich deutlich, daß das Landesdatenschutzgesetz nur für Organe der Exekutive gelten soll. Wenn auch nicht verkannt wird, daß der Landesgesetzgeber in § 1 Abs. 2 S. 1 DSG NW 1978/§ 2 DSG NW n. F. mit dem Begriff „öffentliche Stelle“ eine generelle Regelung treffen wollte, um den Datenschutz umfassend zu regeln, so hat er es doch versäumt, eine umfassende Regelung für die als Organe der Rechtspflege tätigen „öffentlichen Stellen“ gleichartig zu treffen, falls er dazu überhaupt befugt und gewillt war.

Ob neben diesen Überlegungen bei der Normierung des Landesgesetzes auch der Gedanke eine Rolle gespielt hat, eine Kollision von Bundes- und Landesrecht bei Verfahren der Rechtspflege zu vermeiden (so Stähler, § 2 DSG NW, Rd.-Nr. 7), kann dahinstehen, denn auch Stähler geht davon aus, daß das Landesdatenschutzgesetz nicht gilt für die Verfahren der Rechtspflege.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die Justizminister der Länder und der Bundesminister der Justiz in der vorgelegten Korrespondenz über Datenschutz im Notarbereich die Landesdatenschutzgesetze auf Notare für anwendbar halten. In dieser Korrespondenz fehlen hierzu Begründungen, insbesondere hinsichtlich des Vorbehalts in § 7 BDSG und bezüglich der Voraussetzungen zur Bejahung des Dateibegriffs.

Nach alledem kommt es auf die von den Beteiligten unterschiedlich beantwortete Frage, ob eine Meldepflicht allein deshalb entfällt, weil die vom Ast. vorgehaltenen personenbezogenen Daten nicht zur Übermittlung an Dritte bestimmt sind, § 1 Abs. 2 S. 3 DSG NW 1978, nicht mehr an.

Auf die weitere von den Bet. unter zahlreichen Gesichtspunkten angesprochene Frage der Verfassungsmäßigkeit des Landesdatenschutzgesetzes, auf die Frage der Vereinbarkeit von Landesrecht und Bundesrecht (Art. 31 GG) – insbesondere Pflicht zur Amtsverschwiegenheit gem. § 18 BNotO und auf den Vorrang bundesrechtlicher Verfahrensgesetze – und darauf, ob die Regeln des Landesdatenschutzgesetzes gem. § 2 Abs. 3 DSG NW n. F. hinter die für Notare geltenden besonderen Rechtsvorschriften für den Umgang mit personenbezogenen Daten zurücktreten, kommt es deshalb nicht an.

2. Selbst wenn der Ast. als Notar – entgegen der Ansicht des Senats – Normadressat des Landesdatenschutzgesetzes wäre, ist der angegriffene Verwaltungsakt aber auch deshalb rechtswidrig, weil die Massenkartei und das Erbvertragsregister keine Dateien i. S. d. § 2 Abs. 3 Nr. 3 DSG NW 1978 sind. Danach ist eine Datei – und nur diese ist gem. § 27 DSG NW 1978 anzumelden – eine gleichartig aufgebaute Sammlung von Daten, die nach bestimmten Merkmalen erfaßt und geordnet und nach anderen bestimmten Merkmalen umgeordnet und ausgewertet werden kann. Im übrigen läge auch nach § 3 Abs. 4 DSG NW n. F. keine Datei vor. Nach dieser Bestimmung ist eine Datei eine Sammlung von Daten, die durch automatisierte Verfahren ausgewertet werden kann. Die Voraussetzungen beider Regelungen sind nicht erfüllt. Unter Auswerten einer Sammlung von Daten ist das Auswählen von Teilmengen oder das Ermitteln sonstiger Beziehungen oder Verhältnisse zu verstehen (Stähler, § 3 DSG NW, Rd.-Nr. 20). Schon dies ist bei der Massenkartei und bei dem Erbvertragsregister nicht möglich. Die Massenkartei enthält überhaupt nur eine zusätzliche personenbezogene Angabe zu jedem Beteiligten, nämlich die Bezeichnung der Masse mit den Namen der Beteiligten. Auch im Erbvertragsregister sind als personenbezogene Daten zusätzlich nur die Namen der Vertragschließenden und deren Geburtsdaten angegeben. Diese Angaben enthalten jeweils ein personenbezogenes Datum, nämlich die Kennzeichnung des Vertragschließenden nach Namen und Geburtsdatum. Ob Name und Geburtsdatum als Einheit anzusehen sind, als ein personenbezogenes Datum, ist aufgrund natürlicher Betrachtungsweise festzustellen; dabei ist auf den Informationsgehalt abzustellen (Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 2 BDSG, Rd.-Nr. 190; Ordemann/Schomerus, 4. Aufl. 1988, § 2 BDSG, Anm. 3.3.1). Ohne zusätzliche Speicherung von Wohnort und/oder Anschrift sind Namen und Geburtsdatum als Einheit anzugeben.

sehen, ebenso wie die Anschrift ein Merkmal ist, obwohl sie sich in einzelne Kriterien auflösen läßt (vgl. Ordermann/Schomerus, § 2 BDSG, Anm. 3.3.1; a. A. Weingärtner/Schöttler, DNot, 4. Aufl. 1987, Rd.-Nr.1019, die unter Übernahme der Ausführungen des Erlasses des Justizministers des Landes NW unter anderem die Massenkartei und das Erbvertragsregister als Datei i. S. d. § 2 Abs. 3 Nr. 3 DSG NW 1978 bezeichnen, ohne zu begründen, nach welchen Merkmalen die Umordnung möglich sein soll).

Das Auswählen von Teilmengen nach Vornamen, Nachnamen, Geburtstag, -monat oder -jahr mag zwar theoretisch möglich sein, ist jedoch völlig sinnlos und ändert an der Aussage der ursprünglichen Fassung nichts, weil die obigen Auswertungskriterien keine zusätzlichen Aussagen über die Personen machen; dies ist aber erforderlich (Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 2 BDSG, Rd.-Nr.189). Nicht personenbezogene Daten (Ifd. Nummer, Nummer der Urkundenrolle, Massennummer usw.) bleiben bei der Beurteilung der Möglichkeit einer Auswertung außer Betracht. Die abweichende Ansicht von Ruckriegel (a.a.O., § 2 DSG NW 1978, Anm.12), Merkmal sei jedes zur Ordnung (Umordnung) und Auswertung geeignete Datum (personenbezogen oder nicht), teilt der Senat nicht; die Auffassung wird nicht begründet und geht über den Regelungszweck der Datenschutzgesetzgebung hinaus (vgl. Simitis/Dammann/Mallmann/Reh, § 2 BDSG, Rd.-Nr.191).

Zur Frage, ob die vom Antragsteller vorgehaltenen Daten mit der vorhandenen Software nach bestimmten Merkmalen umgeordnet werden können, führt der Ag. nichts aus. Er argumentiert in diesem Zusammenhang nur mit den Ausführungen des Erlasses, ohne beim Ast. hierzu Feststellungen getroffen zu haben.

3. Schließlich erweist sich die Weisung des Ag. an den Ast. auch deshalb als rechtswidrig, weil gem. § 8 Abs. 2 DSG NW n. F. eine Pflicht zur Dateibeschreibung nicht besteht, wenn Daten bei automatisierter Verarbeitung ausschließlich aus Verarbeitungstechnischen Gründen vorübergehend vorgehalten werden. Ist aber die speichernde Stelle von der Dateibeschreibung befreit, entfällt auch ihre Pflicht gem. § 23 DSG NW n. F., dem Landesbeauftragten für den Datenschutz die Beschreibung der Datei vorzulegen. Diese Regelung des § 23 DSG NW n. F. ist an die Stelle des § 27 DSG NW 1978 getreten und wäre für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Zeitpunkt dieser Entscheidung maßgebend, wenn sich die Ermächtigungsgrundlage des § 27 DSG NW 1978 als tragfähig erwiesen hätte (vgl. Kopp, 7. Aufl. § 42 VerwGO, Rd.-Nr. 47).

Der Ast. hat unwidersprochen vorgetragen, daß in seiner EDV-Anlage mit der Software Textverarbeitung lediglich Daten gespeichert werden, um diese alsbald auszudrucken, und daß die Daten nach dem Ausdruck gelöscht werden können. Unstreitig führt der Ast. die Massenkartei und das Erbvertragsregister weiterhin in schriftlicher Form auf Papier und benötigt die gespeicherten Daten nach dem Ausdruck nicht mehr. Unter diesen Umständen müssen die Daten ausschließlich aus Verarbeitungstechnischen Gründen und nur vorübergehend vorgehalten werden. Einen anderen Grund für die Speicherung hat der Ag. nicht genannt; er hat auch nicht vorgetragen, daß das Merkmal vorübergehend nicht gegeben sei. Demgegenüber haben die Bundesnotarkammer und die Rheinische Notarkammer in ihren Stellungnahmen die Angaben des Ast. zur notwendigen Dauer der Vorhaltung gespeicherter Daten als allgemein üblich bestätigt.

#### **8. Kostenrecht – Kostenrechtliche Behandlung eines Gesellschafterbeschlusses der Vor-GmbH über die Bestellung des Geschäftsführers**

(OLG Oldenburg, Beschuß vom 27.1.1989 – 1 W 152/88)

**KostO §§ 16; 36 Abs.1; 44 Abs.1; 47 Abs.1**

**GmbHG §§ 6 Abs. 3; 46; 47 Abs.1**

1. **Die Gebühren nach § 36 KostO und § 47 KostO entstehen auch dann nebeneinander, wenn der Notar sowohl den GmbH-Gründungsvertrag als auch den Beschuß der Vor-Gesellschaft über die Bestellung des Geschäftsführers in dieselbe Urkunde aufnimmt.**
2. **Eine unrichtige Sachbehandlung liegt nicht vor, wenn der Notar auf die Möglichkeit hingewiesen hat, den Geschäftsführer in dem Gesellschaftsvertrag zu bestellen (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung DNotZ 1980, 774, 776)**

**(Leitsätze nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

Der Notar hatte in einer Urkunde einen GmbH-Gründungsvertrag und die Beschußfassung einer Gesellschafterversammlung der Vorgesellschaft beurkundet. Die Vorgesellschaft hatte auf der Grundlage von § 6 des Gründungsvertrages eine alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin bestellt und diese von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Der Notar hat für die Beurkundung eine 2%o-Gebühr gemäß § 47 KostO und eine 2%o-Gebühr gemäß § 36 Abs. 2 KostO nebst Auslagen und gesetzlicher Mehrwertsteuer berechnet. Der Präsident des LG als vorgesetzte Dienstbehörde hält die Gebühr nach § 47 KostO für nicht entstanden, weil die Bestellung des Geschäftsführers bereits im Gesellschaftsvertrag hätte erfolgen können. Er wies den Notar an, die Entscheidung des LG nach § 156 Abs. 5 S. 1 KostO herbeizuführen.

Das LG hat die Weisungsbeschwerde zurückgewiesen, die Kostennote des Notars bestätigt und die weitere Beschwerde zugelassen. Auf Anweisung des Präsidenten des LG hat der Notar gegen diesen Beschuß weitere Beschwerde eingelegt.

#### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist gem. § 156 Abs. 2 und 5 KostO zulässig. In der Sache bleibt es erfolglos. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (vgl. § 156 Abs. 2 S. 4 KostO).

Zu Recht hat das LG die Kostennote des Notars bestätigt. Die vom Notar gem. § 47 KostO berechnete Gebühr ist für die Beurkundung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung über die Geschäftsführerbestellung neben der Gebühr nach § 36 KostO für die Feststellung des Gesellschaftsvertrages entstanden.

Die Gesellschafterversammlung ist hier als „andere Vereinigung“ i. S. d. § 47 S. 1 KostO anzusehen, da mangels Eintragung der GmbH in das Handelsregister die Vorgesellschaft tätig geworden ist. Bei der Vorgesellschaft handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Organisationsform sui generis, die einem Sonderrecht untersteht, das den gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen GmbH zu entnehmen ist, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt (BGHZ 21, 242 = DNotZ 1956, 608; 45, 338 = DNotZ 1987, 381; 51, 30, 32 = DNotZ 1969, 373). Danach sind in entsprechender Anwendung des § 46 Nr. 5 GmbHG auch Beschlüsse der Vorgesellschaft über die Bestellung des Geschäftsführers möglich (h. M., vgl. BGHZ 80, 212, 214 = DNotZ 1982, 171 = NJW 1981, 2125, 2126; KG JurBüro 1983, 1551, 1552 je m. w. N.). Soweit der Senat in seinem Beschuß vom 25.2.1980 eine abweichende Auffassung vertreten hat (vgl. DNotZ 1980, 774, 776), hält er hieran nicht weiter fest.

Daß der Beschuß der Vorgesellschaft aus Zweckmäßigkeitsgründen in dieselbe Urkunde aufgenommen worden ist wie die Feststellung des Gesellschaftsvertrages, führt nach § 44 Abs. 1 KostO nicht zum Wegfall einer Gebühr. § 44 Abs. 1 KostO setzt voraus, daß alle abgegebenen Erklärungen rechtsgeschäftlicher Natur sind (s. auch Göttlich/Münnler, KostO, 9. Aufl., Stichwort „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“, Anm. 2 m. w. N.). Bei Beschlüssen ist dies nicht der Fall (s. Korintenberg/Ackermann/Wenz/Lappe, 11. Aufl., § 44 KostO, Rd.-Nr. 5 und 61).

In rechtlich nicht zu beanstandender Weise hat das LG auch keine unrichtige Sachbehandlung in der getrennten Beurkundung des Gesellschaftsvertrages einerseits und der Geschäftsführerbestellung andererseits angenommen. Zu Recht

hat es die Frage, ob der Geschäftsführer nach § 6 Abs. 3 S. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag mit der Folge der Ersparnis der Gebühr nach § 47 KostO oder kostenauslösend nach den §§ 46 Nr. 5, 47 Abs. 1 GmbHG durch die Gesellschafterversammlung bestellt werden soll, der Entscheidungsbefugnis der Gesellschafter überantwortet. Die bloße Möglichkeit, die Bestellung des einzelnen Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag zu regeln, führt noch nicht zur Annahme einer unrichtigen Sachbehandlung, wenn wie hier von dem ebenso möglichen Weg der Bestellung durch Gesellschafterbeschuß Gebrauch gemacht wird.

Insbesondere dann, wenn dem Geschäftsführer mit seiner Bestellung ein statuarisches Sonderrecht eingeräumt worden ist (wie z. B. Bestellung auf Lebenszeit), könnte seine Abberufung, sofern er durch den Gesellschaftsvertrag bestellt worden ist, nur im Wege der Satzungsänderung erfolgen (vgl. BGH, DNotZ 1969, 377). In der Regel wird es daher zweckmäßiger sein, von seiner Bestellung im Gesellschaftsvertrag abzusehen und ihn durch Beschußfassung der Gesellschafter zu bestellen (ebenso KG a.a.O., Etzbach, DNotZ 1980, 779, 780). Für seine Abberufung bedarf es dann auch nur eines Beschlusses der Gesellschafter (vgl. §§ 46 Nr. 5; 47 Abs. 1 GmbHG) und keiner kostenverursachenden Satzungsänderung. Hierdurch würden Streitigkeiten mit dem Geschäftsführer darüber vermieden, ob ihm im Gesellschaftsvertrag Sonderrechte eingeräumt werden sollten oder nicht (vgl. Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 7. Aufl. 1987, 229). Daraus erhebt, daß für die getrennte Geschäftsführerbestellung durch Beschuß Gründe sprechen, die zumindest gleichrangig neben den Kostenersparnisgründen stehen. Schon von daher verbietet es sich, in dem vom Notar den Gesellschaftern vorgeschlagenen Weg der getrennten Geschäftsführerbestellung durch Beschuß eine unrichtige Sachbehandlung zu erblicken.

## 9. Steuerrecht – Gesellschaft zur gesamten Hand als Erwerber i. S. d. ErbStG

(BFH, Urteil vom 7.12.1988 – II R 150/85)

**ErbStG 1974 §§ 2 Abs. 1; 20 Abs. 1  
AO 1977 §§ 173 Abs. 1; 174 Abs. 3; 39 Abs. 2  
BewG § 3**

**Erwerber und damit Steuerschuldner i. S. d. § 20 Abs. 1 ErbStG 1974 kann auch eine Gesellschaft zur gesamten Hand sein (Änderung der Rechtsprechung).**

### Zum Sachverhalt:

Alleinerbin der im Jahre 1980 verstorbenen Frau K (Erblasserin) war die Grundstücksverwaltungsgesellschaft X mbH & Co. KG in B (KG), an der u. a. die Kl. mit je 1/15-Anteil als Gesellschafter beteiligt waren. Zusätzlich sollten nach dem Testamente der Erblasserin die Kl. neben weiteren Vermächtnisnehmern ein Vermächtnis in Höhe von je 10.000 DM erhalten.

In der für die Erbin und die Vermächtnisnehmer gemeinsam abgegebenen Steuererklärung wurden die Kl. bei der Aufstellung der bedachten Personen als Vermächtnisnehmer mit Vor- und Zunamen und vollständiger Wohnanschrift angegeben. Bezuglich der KG als Erbin wurde in der Anlage zur Steuererklärung eine Aufstellung der Namen der Kommanditisten der KG beigelegt.

Da die Feststellung des Wertes des Nachlasses längere Zeit in Anspruch nahm, entschloß sich das FA, zunächst nur gegen die Vermächtnisnehmer, u. a. somit auch gegen die Kl. Erbschaftsteuer festzusetzen, und zwar bezüglich der Kl. wegen des ihnen zugewandten Vermächtnisses in Höhe von je 10.000 DM (Beschluß vom 1.9.1981). Dem zuständigen Sachbearbeiter war damals nicht bewußt, daß die Kl. auch an der KG beteiligt waren. Dies wurde dem FA erst bei der Besteuerung der Erbanteile aufgrund einer Nachfrage beim Testamentsvollstrecker bekannt. Daraufhin erließ das FA gegen die Kl. am 9.3.1982 Änderungsbeschluß „nach § 173 AO“, in denen es den Vermächtnissen in Höhe von je 10.000 DM Erbanteile von je 26.120 DM hinzurechnete und die Steuer auf je 6620 DM erhöhte.

### Aus den Gründen:

Die Änderungsbeschluß vom 9.3.1982 sind rechtswidrig.

Eine Änderung der bestandskräftig gewordenen Bescheide vom 1.9.1981 kann unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 173 und 174 AO 1977 nur in Betracht kommen, wenn diese materiell unrichtig sind, weil der den Kl. über die KG zugeflossene Erwerb von Todes wegen in diesen Bescheiden zu erfassen wäre. Das setzt jedoch voraus, daß die Kl. auch bezüglich der Erbeinsetzung der KG als Erwerber und Steuerschuldner anzusehen wären. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des dem Verfahren beigetretenen BMF ist dies jedoch nicht der Fall. Vielmehr ist die KG selbst Steuerschuldner i. S. d. § 20 Abs. 1 ErbStG. Nach dieser Vorschrift ist Steuerschuldner der Erwerber, bei einer Schenkung auch der Schenker.

Die Frage, ob eine Gesellschaft zur gesamten Hand (OHG, KG, GbR) als solche als Erwerber oder Schenkerin i. S. d. ErbStG angesehen werden kann, ist von der Rspr. in der Vergangenheit unterschiedlich beantwortet worden. Während der RFH zunächst diese Frage unter Hinweis auf die „Selbständigung des Gesellschaftsvermögens“ bejahte (vgl. RFHE 1, 197; RFHE 7, 192 = RStBl 1922, 292, und RFH, Steuer und Wirtschaft – StuW – 1922, 1123), hat er in einer späteren Entscheidung (RFHE 23, 282 = RStBl 1928, 270) mit Bezug auf die damals geltenden Vorschriften des § 22 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 ErbStG 1925 i. V. m. § 80 Abs. 2 der Reichsabgabenordnung (entspricht § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977) einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen. Der BFH hat sich dieser Rechtsauffassung (BFHE 71, 295 = BStBl III 1960, 358) angeschlossen, und zwar sowohl für das ErbStG 1951 (unter Hinweis auf die Vorschriften des § 22 Abs. 1 ErbStG 1951 i. V. m. § 3 BewG 1934 und § 11 Ziff. 5 StAnpG) als auch für das ErbStG 1959 (unter Hinweis auf die Vorschriften des § 23 Abs. 1 ErbStG 1959 i. V. m. § 3 BewG 1958 und § 11 Ziff. 5 StAnpG).

In der Lit. wurde die frühere Auffassung des RFH zunächst geteilt (vgl. Stölzle, 1. Aufl., § 9 ErbStG, Anm. 29; Kipp, § 8 ErbStG, Anm. 10 c, § 9 ErbStG, Anm. 54; Ott, Die OHG und die einzelnen Steuern, StuW 1924, 814, 822 f.). In der neueren Lit. vertreten den gleichen Standpunkt nur Meincke/Michel, 8. Aufl., § 1 ErbStG, Anm. 3, und Tipke/Kruse, Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, Stand Juni 1988, § 39 AO 1977, Rd.-Nr. 37. Überwiegend wird jedoch die Auffassung vertreten, daß erbschaftsteuerrechtlich nicht die Gesamthand, sondern die einzelnen Gesellschafter als Schenker, Beschenkte oder Erben zu behandeln sind (vgl. Stölzle, 2. Aufl., § 3 ErbStG, Anm. 111; Finger, 4. Aufl., § 3 ErbStG, Anm. 2; Becker, Reichsabgabenordnung, 7. Aufl., § 80 Anm. 3; Megow/Michel, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 6. Aufl., § 2 Anm. 9; Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 6. Aufl., § 27 IV; Hübschmann/Hepp/Spitaler, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 39 AO 1977 Rd.-Nr. 122; Kapp, 9. Aufl., § 1 ErbStG, Anm. 20; Schild, Erbschaftsteuer und Erbschaftsteuerpolitik bei der Unternehmensnachfolge, 59 f.; Troll, Stand August 1987, § 3 ErbStG Rd.-Nr. 5; Moench, Stand Mai 1988, § 2 ErbStG Rd.-Nr. 1; Petzoldt, 2. Aufl., § 20 ErbStG Rd.-Nr. 7). Soweit über den Hinweis auf das Urteil in BFHE 71, 295 = BStBl III 1960, 358 hinaus dieser Rechtsstandpunkt überhaupt begründet wird, wird geltend gemacht, OHG und KG seien keine Personenvereinigungen i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 d ErbStG 1974 (Megow/Michel, a.a.O.; Schild, a.a.O.), bzw. diese Rechtsauffassung „führt zu befriedigenderen und günstigeren steuerlichen Ergebnissen“ (Moench, a.a.O.).

Das Urteil in BFHE 71, 295 = BStBl III 1960, 358 sowie die überwiegend in der Literatur vertretene Rechtsauffassung, die auch der ständigen Verwaltungspraxis entspricht, ist nicht haltbar. Sie entspricht nicht der Gesetzeslage.

a) Die Begriffe „Schenker“ und „Erwerber“ sind steuerrechtlich und deshalb nach steuerrechtlichen Grundsätzen, insbesondere des Erbschaftsteuerrechts auszulegen. Daß Gesamtgemeinschaften „Erwerber“ und „Schenker“ i. S. d. § 20 Abs. 1 ErbStG 1974 sein können, ergibt sich zum einen unmittelbar aus § 2 Abs. 1 Nr. 1 d ErbStG 1974. Nach dieser Vorschrift

tritt bei einem Erwerb von Todes wegen oder bei einer Schenkung unter Lebenden die Erbschafts- oder (Schenkung-)steuerpflicht ein, wenn u. a. der „Erwerber“ oder „Schenker“ ein Inländer ist. Als Inländer gelten neben natürlichen Personen u. a. Personenvereinigungen, die ihre Geschäftsführung oder ihren Sitz im Inland haben. Die Vorschrift kann ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht anders ausgelegt werden, als daß der Gesetzgeber Personenvereinigungen als „Erwerber“ oder „Schenker“ ansieht. Denn diese sollen unter bestimmten Voraussetzungen als Inländer gelten und als solche „Erwerber“ oder „Schenker“ sein.

Es ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß den Begriffen „Schenker“ oder „Erwerber“ in § 20 Abs. 1 ErbStG 1974 eine andere Bedeutung beizumessen ist als in § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974. Denn das hieße, daß die Steuerpflicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG 1974 zwar bei einem Erwerb durch einen Inländer in Form einer Personenvereinigung eintrate, als steuerpflichtiger Erwerb aber die Bereicherung eines anderen, etwa die Bereicherung der Mitglieder der Personenvereinigung (vgl. § 10 Abs. 1 ErbStG 1974) anzusehen wäre. Für eine solche Auslegung gibt das Gesetz jedoch keine Grundlage. Es mag sein, daß der Gesetzgeber bei der Erbschaftsteuerreform 1974 im Hinblick auf die langjährige, mit der Rechtsprechung übereinstimmende Verwaltungspraxis von der bisherigen Rechtslage ausgegangen ist. Diese Vorstellung hat aber im Gesetz keinen Niederschlag gefunden und muß daher unberücksichtigt bleiben.

Zu den Personenvereinigungen gehören auch die Gesamthandsgemeinschaften wie OHG, KG und GbR. Denn bei diesen handelt es sich um bürgerlich- bzw. handelsrechtlich organisierte Personenzusammenschlüsse, deren Zweck auf die gemeinschaftliche Verwirklichung eines bestimmten Bestrebens gerichtet ist. Ein Grund, diese nicht als Personenvereinigungen anzusehen, ist nicht ersichtlich.

b) Civil- und handelsrechtlich kann die Gesamthandsgemeinschaft von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden „erwerben“. Dies ergibt sich für die OHG und KG aus den §§ 124, 161 Abs. 2 HGB, für die GbR aus § 719 BGB. Die Gesamthandsgemeinschaft kann danach in eigener Rechtszuständigkeit Rechte erwerben und übertragen (vgl. BFHE 112, 351 = BStBl II 1974, 645, 646, letzter Absatz). Das Vermögen der Gesamthand ist im Verhältnis zu den Gesamthändern wie gegenüber Dritten verselbständigt. Die Gesellschafter sind Träger der gemeinschaftlichen Rechte nicht „als Individualpersonen“, sondern „als Teilhaber der zweckgebundenen Personenvereinigung“ (vgl. BFHE 112, 401 = BStBl II 1974, 598, 600, m. w. N.). Civil- und handelsrechtlich gibt es somit hinsichtlich des Vermögens der Gesamthand keinen „Durchgriff“ durch die Gesamthand auf die Gesamthänder. Civil- und handelsrechtliche Grundsätze müssen hier insbesondere deshalb zur Auslegung herangezogen werden, weil die Erbschaftsteuer und Schenkungsteuer grundsätzlich an die bürgerlich-rechtliche Gestaltungsform anknüpft. Maßgebend sind nicht wirtschaftliche, sondern rechtliche Vorgänge (vgl. BFHE 137, 188 = BStBl II 1983, 179, und BFHE 137, 79 = BStBl II 1983, 116). Dies betrifft nicht nur die Frage, ob überhaupt ein Erwerb von Todes wegen oder eine Schenkung unter Lebenden vorliegt, sondern auch die Frage, wer „Schenker“ bzw. „Erwerber“ ist. Daß mittelbar wirtschaftlich die Gesamthänder hinsichtlich des Gesamthandsvermögens bereichert sind, spielt insoweit keine Rolle.

c) Auch aus § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO 1977 ergibt sich keine vom Zivil- und Handelsrecht abweichende Beurteilung. Es ist zwar richtig, daß nach S. 1 dieser Vorschrift Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, den Beteiligten so zugerechnet werden sollen, als wären die Beteiligten nach Bruchteilen berechtigt. Das bedeutet jedoch keine Gleichstellung der Gesamthandsgemeinschaft mit der Bruchteilesgemeinschaft (vgl. BFHE 112, 401 = BStBl II 1974, 598). Vielmehr bleibt es bei der Regelzurechnung des § 39 Abs. 1 AO 1977, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung nicht erforderlich ist. Eine solche Abweichung von der Regelzurechnung des Zivil-

und Handelsrechts der Gesamthandsgemeinschaften ist nur erforderlich, soweit die Besteuerung nicht die Gesamthand, sondern die Gesamthänder erfaßt (vgl. Tipke/Kruse, a.a.O., § 39 AO 1977, Rd.-Nr. 37). Das ist aber – wie oben in Abschnitt a) dargelegt – im ErbStG nicht der Fall. Dieses geht vielmehr davon aus, daß die Gesamthand als solche „Erwerber“ und „Schenker“, und damit auch Steuerpflichtiger sein kann.

Gleiches gilt für § 3 BewG, da auch diese Vorschrift nicht anwendbar ist, soweit nach dem maßgebenden Steuergesetz die Gemeinschaft selbst steuerpflichtig ist.

d) Ohne Bedeutung muß der Hinweis des BMF auf die jahrzehntelange Praxis und auf den wesentlich verstärkten steuerlichen Zugriff bleiben. Denn allein maßgebend ist die Gesetzeslage.

Da im Streitfall hinsichtlich der Erbeinsetzung der KG nicht die Kl. als Gesamthänder, sondern die Gesamthand selbst (KG) Steuerpflichtiger i. S. d. § 20 ErbStG 1974 ist, stellen sich die Erbschaftsteuerbescheide gegen die Kl. vom 1. 9. 1981 als materiell rechtmäßig dar. Eine Änderung dieser Bescheide durfte deshalb nicht vorgenommen werden. Die Änderungsbescheide vom 9. 3. 1982 waren rechtswidrig und sind vom FG im Ergebnis zutreffend aufgehoben worden.

(Vgl. zu dieser Entscheidung den Aufsatz von Petzoldt, MittRh-NotK 1989, 190)

#### **10. Steuerrecht – Rückübertragung eines Grundstücks nach Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als steuerpflichtiger Erwerb i. S. d. § 10 ErbStG (FG Münster, Urteil vom 9. 2. 1989 – III 6189/86 Erb)**

##### **ErbStG § 10**

Wird nach Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein Grundstück zurückübertragen, liegt in dieser Rückübertragung kein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang i. S. d. § 10 ErbStG, wenn die ursprüngliche Übertragung in der Erwartung, die Lebensgemeinschaft werde weiter andauern, erfolgt ist. Dies gilt auch dann, wenn der Übertragungsvertrag keine ausdrückliche Verpflichtung enthält, den Grundbesitz im Fall der Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zurückzuübertragen.

(Leitsätze nicht amtlich)

##### **Zum Sachverhalt:**

Streitig ist das Vorliegen eines schenkungsteuerpflichtigen Tatbestandes.

Der Kl. hatte der Rentnerin P, mit der er in einer Lebensgemeinschaft lebte, durch notariell beurkundeten Vertrag vom 26. 9. 1984 Grundbesitz in A übertragen. Der Nießbrauch an dem Grundbesitz verblieb beim Kl.

Ende 1985 lösten die Bet. ihre Lebensgemeinschaft. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 13. 1. 1986 übertrug Frau P den Grundbesitz auf den Kl. zurück.

Nach der Präambel des Vertrages vom 13. 1. 1986 war die Übertragung des Grundstücks mit Rücksicht auf die zwischen dem Kl. und Frau P bestehende Lebensgemeinschaft erfolgt. Da diese Lebensgemeinschaft aufgelöst worden sei, übertrug Frau P den Grundbesitz auf den Kl. zurück. Die mit der damaligen Übertragung zusammenhängenden Unkosten von 10.000 DM sollte der Kl. Frau P erstatten.

Das beklagte FA bewertete die Rückübertragung des Grundstücks als gemischte Schenkung, deren Wert es mit 32.194 DM ermittelte. Die Schenkungsteuer wurde auf 5820 DM festgesetzt.

Seinen Einspruch begründete der Kl. damit, daß seiner Ansicht nach ein steuerpflichtiger Erwerb i. S. d. § 10 ErbStG nicht vorliege, da es an der notwendigen Bereicherung fehle. Er habe nur das früher erworbene und durch Vertrag vom 26. 9. 1984 auf Frau P übertragene Grundstück zurückhalten. Die Übertragung des Grundstücks sei nur mit Rücksicht auf die Lebensgemeinschaft erfolgt. Nach Scheitern der Lebensgemeinschaft sei die Übertragung daher rückgängig gemacht worden.

Das FA wies darauf hin, daß ein Anspruch auf Rückübertragung nicht vorgelegen habe. Im Schenkungsvertrag vom 26. 9. 1984 sei nicht festgelegt worden, daß im Falle des Scheiterns der Lebensgemeinschaft eine Rückübertragung erfolgen solle. Dies sei freiwillig aufgrund einer moralischen Verpflichtung der Lebensgefährtin geschehen. Im Klageverfahren verfolgt der Kl. sein Begehr weiter.

#### Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet.

Bei der durch den Vertrag vom 13. 1. 1986 durchgeföhrten Rückübertragung des Grundbesitzes handelt es sich um keinen schenkungsteuerpflichtigen Vorgang. Denn entgegen der Ansicht des FA hatte der Kl. gegenüber der Frau P insoweit einen auch gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Rückübertragung. Zwar enthielt der Vertrag vom 26. 9. 1984, durch den der Grundbesitz auf Frau P übertragen wurde, keine ausdrückliche Regelung über eine Rückübertragungsverpflichtung der Frau P. Nach Ansicht des Senats ergibt sich diese Verpflichtung im vorliegenden Fall aber aus dem Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Wie den Präambeln der beiden Verträge vom 26. 9. 1984 und vom 13. 1. 1986 zu entnehmen ist, gehörte das Bestehen und das künftige Bestehenbleiben der Lebensgemeinschaft zu den gemeinsamen Vorstellungen des Kl. und der Frau P, als sie die Grundbesitzschenkung vom 26. 9. 1984 vereinbarten. Der Übertragungswille der Parteien beruhte letztlich auf der Erwartung, die Lebensgemeinschaft werde weiter andauern. Dies läßt sich nach Auffassung des Senats aus den vertraglichen Regelungen vorangestellten Vor-

bermerkungen des Vertrages vom 26. 9. 1984 entnehmen, in denen ausdrücklich auf die bestehende Lebensgemeinschaft einschließlich der unentgeltlichen Haushaltsversorgung durch Frau P hingewiesen wird. Auch in dem Rückübertragungsvertrag vom 13. 1. 1986 erklären die Vertragspartner nochmals ausdrücklich, daß die damalige Grundstücksübertragung mit Rücksicht auf die bestehende Lebensgemeinschaft erfolgt sei und die Rückübertragung nur deshalb notwendig werde, weil die Lebensgemeinschaft aufgelöst worden sei. Dieser eindeutige Hinweis auf den Grund der Rückübertragung läßt die Wichtigkeit der Lebensgemeinschaft und ihres Bestehens für die Bet. und die Bedeutung der aufgelösten Lebensgemeinschaft für die damalige Grundbesitzschenkung erkennen. Es sind auch keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß der Wortlaut der Vertragspräambeln nicht dem Sinn und Zweck des Vertrages und dem Willen beider Vertragsparteien entsprochen hätte. Außerdem entspricht es nicht unbedingt der allgemeinen Lebensorfahrung, daß ein Vertragspartner einen wirtschaftlich bedeutenden Wert auf den anderen Vertragspartner, von dem er sich inzwischen getrennt hat, freiwillig und ohne Rechtsgrund zurücküberträgt. Die Zügigkeit, mit der der ursprünglich geschenkte Grundbesitz problemlos zurückübertragen wurde, weist zusätzlich darauf hin, daß die Vertragsparteien das Bestehen der Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage ihrer Verträge angesehen haben. Mit dem Wegfall dieser Geschäftsgrundlage erhielt der Kl. einen Anspruch auf Rückübertragung. Die Durchführung der Rückübertragung hat somit keinen Schenkungscharakter.

## Mitteilungen

### 1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Inkrafttreten des Gesetzes über Enteignung und Entschädigung für das Land Nordrhein-Westfalen – EEG NW – (GV NW 1989, 365)

Am 20. 6. 1989 ist das Gesetz über Enteignung und Entschädigung für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesenteignungs- und Landesentschädigungsgesetz – EEG NW) verabschiedet worden. Das Gesetz wird am 1. 1. 1990 in Kraft treten. Gegenstand der Enteignung sind gem. § 3 EEG NW unter anderem das Eigentum sowie andere Rechte an Grundstücken. Aus diesem Grunde wird sich das Gesetz auf den Grundbuchverkehr auswirken. Dies gilt in erster Linie für das Enteignungsverfahren. Von besonderem Interesse sind die folgenden Regelungen:

#### § 25

##### Einleitung des Enteignungsverfahrens und Anberaumung des Termins zur mündlichen Verhandlung, Enteignungsvermerk

(1) Das Enteignungsverfahren wird durch Anberaumung eines Termins zu einer mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten eingeleitet. Zu der mündlichen Verhandlung sind der Antragsteller, der Eigentümer des betroffenen Grundstücks, die sonstigen aus dem Grundbuch oder dem Wasserbuch ersichtlichen Beteiligten, die nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 bezeichneten Personen, die ihre Rechte bereits angemeldet haben, und die Gemeinde zu laden. Die Ladung ist zuzustellen. Die Ladungsfrist beträgt einen Monat; sie kann mit Einverständnis der Beteiligten verkürzt werden. Bei weiteren Verhandlungsterminen kann die Enteignungsbehörde die Ladungsfrist auf zwei Wochen festsetzen.

(2) Die Ladung muß enthalten

1. die Bezeichnung des Antragstellers und des betroffenen Grundstücks,

2. den wesentlichen Inhalt des Enteignungsantrags mit dem Hinweis, daß der Antrag mit den ihm beigefügten Unterlagen bei der Enteignungsbehörde eingesehen werden kann,
3. die Aufforderung, etwaige Einwendungen gegen den Enteignungsantrag möglichst vor der mündlichen Verhandlung bei der Enteignungsbehörde schriftlich einzureichen oder zur Niederschrift zu erklären, und
4. den Hinweis, daß auch bei Nichterscheinen über den Enteignungsantrag und andere im Verfahren zu erledigende Anträge entschieden werden kann.

(3) Die Ladung von Personen, deren Beteiligung auf einem Antrag auf Entschädigung in Land beruht, muß außer dem in Abs. 2 vorgeschriebenen Inhalt auch die Bezeichnung des Eigentümers, dessen Entschädigung in Land beantragt ist, und des Grundstücks, für das die Entschädigung in Land gewährt werden soll, enthalten.

(4) Die Einleitung des Enteignungsverfahrens ist unter Bezeichnung des betroffenen Grundstücks sowie des Termins der mündlichen Verhandlung mit den Beteiligten ortsüblich in der Gemeinde öffentlich bekanntzumachen. In der Bekanntmachung sind alle Beteiligten aufzufordern, ihre Rechte spätestens in der mündlichen Verhandlung wahrzunehmen, und darauf hinzuweisen, daß auch bei Nichterscheinen über den Enteignungsantrag und andere im Verfahren zu erledigende Anträge entschieden werden kann. Soweit die Beteiligten der Enteignungsbehörde bekannt sind, ist von der öffentlichen Bekanntmachung abzusehen.

(5) Die Enteignungsbehörde teilt dem Grundbuchamt die Einleitung des Enteignungsverfahrens mit. Das Grundbuchamt hat in die Grundbücher der vom Enteignungsverfahren betroffenen Grundstücke einzutragen, daß das Enteignungsverfahren eingeleitet ist (Enteignungsvermerk). Es hat die Enteignungsbehörde von allen Eintragungen zu benachrichtigen, die nach dem Zeitpunkt der Einleitung des Enteignungsverfahrens im Grundbuch des betroffenen Grundstücks vorgenommen sind und vorgenommen werden.