

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 11

MittRhNotK

November 1998

Grundschulden aus der Sicht von Notar und Bank*

(von Notarassessor Hartmut Pfeifer, Saarlouis und Homburg/Saar)

- A Einleitung
- B Rahmenbedingungen
- I. Interessen der Bank
 - II. Interessen des Sicherungsgebers
 - III. Ausgangssituation für den Notar
 1. Belehrungspflicht
 - a) Belehrungspflicht gegenüber Besteller und Darlehensnehmer
 - b) Belehrungspflicht gegenüber sonstigen Beteiligten
 - c) Belehrungspflicht gegenüber der Bank
 2. Erforschen des Willens der Beteiligten
 - a) Darlehensvertrag
 - b) Zweckerklärung
- C Einzelne Problempunkte
- I. Allgemeines
 1. Materiell-rechtliche Bindungswirkung
 - a) Gesetzliche Ausgangssituation
 - b) Bindung durch Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt
 - c) Bindung durch Aushändigung einer Bewilligung an den Gläubiger
 2. Abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen
 - a) Zulässigkeit
 - b) Verhältnis zur Grundschuld
 - c) Persönliche Haftung des Sicherungsgebers, der nicht Darlehensnehmer ist
 3. Persönliche Anwesenheit der Beteiligten
 - a) Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung
 - b) Vollmacht für den Verkäufer zu den Kreditsicherungsgeschäften
 4. Kostenersparnis
 - a) Zwei Grundschulden
 - b) Unterwerfung wegen eines zuletzt zu zahlenden Teilbetrages
 5. Zweckerklärungen
 - a) Ausgangslage
 - b) Wirksamkeit des weiten Sicherungszwecks
 - (1) Darlehensnehmer und Sicherungsgeber sind identisch
 - (2) Darlehensnehmer und Sicherungsgeber sind nicht identisch
 - c) Verhalten des Notars
 - (1) Belehrung
 - (2) Änderung der Urkunde
 6. Belastungsvollmacht
 - a) Risiken für den Verkäufer
 - b) Erteilen der Belastungsvollmacht
 - (1) Belastungsvollmacht durch Bevollmächtigten des Verkäufers
 - (2) Belastungsvollmacht durch vollmachtlosen Vertreter des Verkäufers
 - c) Inhalt der Belastungsvollmacht
 - (1) Abtretung des Darlehensanspruchs
 - (2) Zahlungsanweisung
 - (3) Einschränkung der Zweckerklärung
 - d) Dingliche Vollstreckungsunterwerfung
 - e) Rangrücktritt oder Wirksamkeitsvermerk
 - II. Besondere Fallkonstellationen
 1. Übernahme der Grundschuld in rein dinglicher Haftung
 - a) Problematik der Rückgewähransprüche
 - (1) Risiko der vorherigen Abtretung an Dritte
 - (2) Reduzierung der Rückgewähransprüche auf Löschung
 - (3) Aufhebung und Neubegründung der Rückgewähransprüche
 - b) Dingliche Vollstreckungsunterwerfung
 2. Übernahme der Grundschuld in dinglicher und des besicherten Darlehens in persönlicher Haftung
 - a) Schuldbeitritt
 - b) Schuldübernahme
 - c) Konsequenzen für den Notar
 3. Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs
 - a) Ausgangslage
 - b) Gegenstand des Pfandrechts
 - c) Qualität als Kreditsicherheit
 - d) Vertragsgestaltung
 - (1) Form
 - (2) Gesicherte Forderung
 - (3) Anzeige an den Schuldner
 - (4) Vermerk bei der Vormerkung
 - (5) Umwandlung in eine Sicherungshypothek
 - (6) Eintragung der Grundschuld
 - e) Verpfändung des Anwartschaftsrechts

* Dieser Beitrag ist die erweiterte und mit Fußnoten versehene Fassung eines Referates, das der Verfasser am 20.06.1998 anlässlich einer Fortbildungsveranstaltung der Saarländischen Notarkammer gehalten hat.

A Einleitung

Die Grundschuld ist das mit Abstand wichtigste Kreditsicherungsmittel zur Sicherung von Bankkrediten, soweit diese einen gewissen Mindestbetrag überschreiten. Die Hypothek, die aufgrund ihrer Akzessorität weit weniger flexibel einsetzbar ist, wurde in der Praxis der Kreditwirtschaft weitgehend durch die Grundschuld verdrängt¹.

Von Seiten der Darlehensnehmer und Sicherungsgeber wird das Verlangen der Kreditinstitute nach Sicherung durch Grundschulden weitestgehend akzeptiert. Auch ist die Funktion der Grundschuld weiten Teilen der Bankkunden in den elementaren Grundzügen bekannt. Einzelheiten dieser höchst abstrakten und in den Details auch schwierigen Materie sind jedoch dem Laien kaum zu vermitteln².

Für den Notar gehört der Kontakt mit der Grundschuld – sei es bei Bestellung, Abtretung, Löschung oder im Zusammenhang mit der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen – zur täglichen Praxis und verursacht in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auch keine Probleme. Dennoch können gerade im Zusammenhang mit dieser scheinbar unproblematischen Tätigkeit durchaus schwierige und bisweilen auch haftungsträchtige Konfliktsituationen auftreten.

Im folgenden sollen – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – einige Problemfelder im Bereich der Grundschuld dargestellt werden. Dabei soll die in der Praxis weitaus häufigste Fallkonstellation, nämlich die Sicherungsgrundschuld zugunsten eines Kreditinstituts³, im Mittelpunkt der Ausführungen stehen. Die Grundschuld für sonstige Sicherungsnehmer sowie die Eigentümergrundschuld sollen nur am Rande behandelt werden.

B Rahmenbedingungen

Bei der Bestellung von Grundschulden befindet sich der Notar in der Regel im Spannungsfeld der verschiedenen ausgerichteten Interessenlagen und Erwartungshaltungen von Bank einerseits und Darlehensnehmer sowie Eigentümer des zu belastenden Grundbesitzes⁴ andererseits.

I. Interessen der Bank

Die Bank hat – in absteigender Reihenfolge – folgende Interessen:

- Die Bank will eine möglichst werthaltige Sicherheit⁵ für möglichst viele Darlehen bekommen.
- Die Bank legt ferner Wert darauf, im Krisenfall möglichst schnelle und weitreichende Zugriffsmöglichkeiten⁶ auf das Vermögen des Schuldners und evtl. auch des mit ihm nicht identischen Sicherungsgebers haben.
- Die Bank will im Sinne einer schlanken Betriebsstruktur auch den Verwaltungsaufwand hinsichtlich ihrer Kreditsicherheiten möglichst gering halten⁷.
- Die Bank will den Darlehensnehmer möglichst lange an sich binden.

Bei alledem ist zu beachten, daß bei den Banken infolge der in

den letzten Jahren nicht gerade bankenfreundlichen Rechtsprechung erhebliche Verunsicherung eingetreten ist⁸. Banken fürchten nämlich insbesondere Rechtsprechung, die jahrelang geübte Verfahrensweisen ohne Vorankündigung verwirft, so daß dadurch eine faktische Rückwirkung eintritt. Sicher geglaubte Engagements stehen durch Änderungen der Rechtsprechung plötzlich unbesichert da, und eine Nachbesserung der Sicherheitenlage ist dann oft nicht mehr möglich. Das hat zu großer Vorsicht geführt: Oft wird daher beispielsweise bei Erweiterung des Kreditengagements unter Ausnutzung freigebliebener Sicherheiten die Zweckerklärung wiederholt. Auch wird der in der Regel sehr hohe Grundschuldzins (15 bis 18 %) nur ungern durch Darlehen über den Nennbetrag der Grundschuld hinaus valutiert⁹.

II. Interessen des Sicherungsgebers

Der Bank steht der Sicherungsgeber gegenüber, der grundsätzlich nicht an einer Sicherheitengestellung interessiert sein kann, dieses Zugeständnis aber machen muß, damit er oder ein Dritter in den Genuß des Kredites kommen kann.

In dieser Situation hat er – ebenfalls in absteigender Reihenfolge – diese Interessen:

- Er will den Umfang der besicherten Verbindlichkeiten möglichst beeinflussen oder zumindest überschauen können.
- Er will im Krisenfall möglichst viel von seinem Vermögen retten können.
- Er will die Kosten für die Bestellung der Sicherheiten möglichst gering halten.
- Er will in vielen Fällen den benötigten Kredit möglichst bald abrufen. Das Verfahren der Sicherheitengestellung soll also möglichst schnell ablaufen.

Zu beachten ist aber, daß der Sicherungsgeber die Darlehensangelegenheit und die damit verbundene Grundschuldbestellung oft mit großem Optimismus und ohne Sinn für die damit möglicherweise verbundenen Gefahren angeht. So treten in zu vielen Fällen die beiden letztgenannten Punkte (Kosten- und Zeitfaktor) gegenüber den erstgenannten, für den Sicherungsgeber u.U. existentiellen Aspekten in den Vordergrund.

Die vorstehende Reihenfolge der Aspekte entspricht daher der objektivierten Interessenlage des Sicherungsgebers, leider aber oft nicht der tatsächlichen.

Die beiden letztgenannten Ziele (Kosten- und Zeitfaktor) stehen den Interessen der Bank grundsätzlich nicht entgegen, und der Sicherungsgeber kann bei ihrer Verfolgung durchaus mit der Unterstützung durch die Bank rechnen, sofern dadurch die vorstehend dargestellten Interessen der Bank nicht beeinträchtigt werden. Auf diese Weise kann die Bank nämlich in Zeiten zunehmenden Konkurrenzdrucks Kundenfreundlichkeit zeigen.

III. Ausgangssituation für den Notar

In dieser Situation sich weitgehend widersprechender Interessen ist es Aufgabe des Notars, bei der Beurkundung von Grundschulden darüber zu wachen, daß den berechtigten Interessen beider Parteien in möglichst weitreichendem Umfang Rechnung getragen wird.

1 Wegen der Gründe im einzelnen vgl. Reithmann, DNotZ 1982, 67 ff.

2 Reithmann, DNotZ 1982, 67, 86 f.

3 Im folgenden soll daher der Sicherungsnehmer stets als „Bank“ bezeichnet werden.

4 Unter den Oberbegriff „Grundbesitz“ werden im folgenden auch die grundstücksgleichen Rechte wie Wohnungs- und Teileigentum sowie Erbbaurechte gefaßt, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt ist.

5 Diese betriebswirtschaftliche Interesse wird zum Teil noch verstärkt durch gesetzliche Vorgaben, insbesondere im Anwendungsbereich des Hypothekendarlehensgesetzes und des Gesetzes über die öffentlich-rechtlichen Pfandbriefanstalten.

6 Entscheidend ist die Möglichkeit des schnellen Zugriffs, ob tatsächlich auch schnell zugegriffen wird, ist eine Frage des Einzelfalles.

7 Dieses Interesse schlägt sich beispielsweise dort nieder, wo Banken Wert legen auf einheitliche Kredit- und Grundschuldbedingungen, um den Aufwand bei der Einzelfallprüfung zu minimieren, und die Rückgewähransprüche auf den Löschungsanspruch reduzieren, um sich die u.U. umfangreiche Prüfung der Rechtslage nach Abwicklung des Darlehensverhältnisses zu ersparen (vgl. BGH, MittBayNot 1990, 163, 164; Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 61; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 2. Aufl. 1992, Rn. 428 ff.).

8 Dazu Neuhoß, NJW 1993, 2840 ff.

9 Vgl. Gabeldiel, Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Aufl. 1991, Rn. 6.2.4.: „Erfahrungsgemäß laufen auch langjährig anerkannte Gestaltungen Gefahr, durch die Rechtsprechung eingeschränkt zu werden, wenn von ihnen exzessiv Gebrauch gemacht wird.“

Wenn die Grundschuldbestellung beurkundet wird oder der Notar die Unterschrift unter einer von ihm entworfenen Urkunde beglaubigt, greift § 17 BeurkG ein. Danach hat der Notar die Pflicht, den Willen der Beteiligten zu erforschen, den Sachverhalt zu klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und die Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiederzugeben.

Das gilt jedoch nicht, wenn der Notar lediglich die Unterschrift eines Beteiligten unter einer nicht von ihm entworfenen Erklärung beglaubigt¹⁰.

Der Handlungsspielraum des Notars ist jedoch nicht allzu groß, da die Kreditinstitute in aller Regel genaue Vorstellungen über die zu vereinbarenden Bedingungen haben und diese auch durch die von ihnen gestellten Formulare vorgeben. Wesentliche Abweichungen von diesen Vorgaben werden von den Kreditinstituten regelmäßig nicht hingenommen und bringen die Darlehensgewährung in Gefahr.

1. Belehrungspflicht

a) Belehrungspflicht gegenüber Besteller und Darlehensnehmer

Bei der Beurkundung von Grundschulden ist in erster Linie eine intensive Belehrung des Grundschuldbestellers und des evtl. von diesem verschiedenen Schuldners erforderlich.

Da dieser gegenüber der Bank in der Regel der ungewandtere und unerfahrenere ist, muß der Notar gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG darauf achten, daß er nicht benachteiligt wird.

Gläubiger der Belehrungspflicht ist zunächst nur der formell an der Beurkundung Beteiligte i.S.v. § 6 Abs. 2 BeurkG, d.h. derjenige, der die zu beurkundende Erklärung – sei es im eigenen oder fremden Namen – vor dem Notar abgibt¹¹. Tritt also für den Grundschuldbesteller oder Schuldner ein Vertreter mit oder ohne Vertretungsmacht auf, so ist nur der Vertreter zu belehren.

Art und Umfang der Belehrungspflicht richten sich wie bei jeder Beurkundung nach der konkreten Erforderlichkeit, d.h. nach dem Bildungsgrad, der Intelligenz und vor allem der Erfahrung der Beteiligten im Rechtsverkehr¹². Wenn und soweit die Beteiligten die erforderliche Kenntnis haben, besteht kein Belehrungsbedürfnis.

Gegenstand der Belehrung können angesichts der Vielzahl der in einer Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte, formellen Bewilligungen und Grundbuchanträge nicht alle Regelungen sein¹³. Versuchte man dies, so gäbe man dem Beteiligten Steine statt Brot, denn man würde ihn mit Informationen derart überfrachten, daß er nicht mehr in der Lage wäre, die für seinen Fall wirklich wichtigen und u.U. gefährlichen Aspekte zu erkennen. Die Belehrung muß sich vielmehr auf die Klauseln der Urkunde konzentrieren, die für den Grundschuldbesteller und Darlehensnehmer nachteilig sein können und Gefahren für ihn bergen können.

Der Notar muß daher über solche Bestimmungen belehren, von denen er annehmen muß, daß sie dem Beteiligten nicht bekannt sind und sich für ihn negativ auswirken können, wobei beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen müssen¹⁴. Bei der Bestellung von Grundschulden zugunsten deutscher Kreditinstitute ist i.d.R. eine Belehrung erforderlich¹⁵.

- über die Erhöhung der dinglichen und persönlichen Haftung über den Nennbetrag hinaus durch Grundschuldzinsen und Nebenleistungen¹⁶,
- über das abstrakte Schuldversprechen bzw. Schuldaner-

kenntnis und die damit verbundene Haftung mit dem gesamten Vermögen unter Umkehr der Beweislast,

- über die dingliche und persönliche Vollstreckungsunterwerfung nebst Nachweisverzicht für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung¹⁷ und
- über die Zweckerklärung, sofern sie in der Grundschuldurkunde enthalten ist und – besonders bei Personenverschiedenheit von Darlehensnehmer und Sicherungsgeber – für den Sicherungsgeber nachteilig sein kann.

Wird die Grundschuld zugunsten Privater oder als Eigentümergrundschuld bestellt, so ist darüber hinaus eine intensive Belehrung über die Gefahren geboten, die sich aus der Natur der Grundschuld als abstraktes Kreditsicherungsmittel ergeben: Tritt nämlich der Inhaber der Grundschuld diese an einen gutgläubigen Dritten ab, so verliert der Sicherungsgeber die Einreden aus dem Sicherungsvertrag¹⁸.

b) Belehrungspflicht gegenüber sonstigen Beteiligten

Eine ähnlich weitgehende Belehrungspflicht trifft den Notar gegenüber Personen, die mit ihren dinglichen Rechten (z.B. Wohnrecht, Nießbrauch) gegenüber der Grundschuld im Range zurücktreten.

Hier sind die Beteiligten über die Bedeutung des Ranges im Grundbuch, insbesondere in einem etwaigen Zwangsversteigerungsverfahren eingehend zu belehren. Auch der Haftungsrahmen der Grundschuld, der sich wegen der Grundschuldzinsen und der Nebenleistungen erheblich über den Nennbetrag hinaus erhöhen kann, ist darzustellen. Aus Haftungsgründen empfiehlt es sich dringend, einen entsprechenden Belehrungsvermerk in die Urkunde aufzunehmen.

Fraglich ist, ob eine Belehrung darüber zulässig oder gar erforderlich ist, daß die Position des Zurücktretenden durch Abtretung der Rückgewähransprüche oder eine Nichtvaluierungserklärung der Bank gestärkt werden kann. Rechtsprechung und Literatur dazu sind nicht ersichtlich.

Bei der Neubestellung nachrangiger Rechte ist diese Belehrung angesichts der Unparteilichkeitsverpflichtung des Notars auch gegenüber dem Eigentümer weder notwendig noch zulässig. Dadurch würde nämlich die wirtschaftliche Verwertung der vorrangigen Grundschuld durch den Eigentümer eingeschränkt. Hier ist allenfalls auf entsprechende Frage diese Möglichkeit darzustellen¹⁹.

Beim Rangrücktritt besteht jedoch eine andere Ausgangslage. Hier gibt nämlich der Zurücktretende eine schon vorhandene Position auf und hat daher ein berechtigtes Interesse daran, nicht mehr Einbuße an Sicherheit zu erfahren als notwendig. Ist also erkennbar, daß der Zurücktretende nur die Besicherung eines bestimmten Kredits ermöglichen will, so darf und muß der Notar die Möglichkeit der Abtretung der Rückgewähransprüche oder die Anforderung einer Nichtvaluierungserklärung empfehlen. Zu diesbezüglichen Nachforschungen ist der Notar indes nicht verpflichtet.

c) Belehrungspflicht gegenüber der Bank

Der Grundschuldgläubiger, der ja in der Regel an der Beurkundung nicht teilnimmt und auch nicht anwesend ist, ist grundsätzlich nicht zu belehren²⁰. Eine Belehrung des Gläubigers dürfte im übrigen im Regelfall auch kaum erforderlich sein, wenn Gläubiger ein Kreditinstitut ist, dessen verantwortliche Personen und Sachbearbeiter täglich mit Grundschulden befaßt sind und das Grundschuldformular u.U. sogar selbst gestaltet haben.

10 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 58 m.w.N.

11 Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 17, Rn. 52.

12 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 58.

13 Reithmann, DNotZ 1982, 67, 88 f.; Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 58.

14 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 58.

15 Ausführlich hierzu Rastätter, BWNotZ 1990, 57 ff.

16 Dieser Punkt wird sehr häufig von den Beteiligten selbst angesprochen.

17 Gerade aus den Vollstreckungsunterwerfungen folgt die Beurkundungsbedürftigkeit.

18 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 59.

19 Vgl. BGH, DNotZ 1989, 45 ff.; Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 64 f.; beide für den Fall der nachrangigen Grundschuld.

20 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 58.

Zu beachten ist aber, daß im Einzelfall auch gegenüber formell nicht Beteiligten eine Belehrungspflicht bestehen kann. Diese erweiterte Belehrungspflicht ergibt sich aus der allgemeinen Betreuungsverpflichtung des Notars in Anlehnung an §§ 1, 14 BNotO. Das setzt voraus, daß ein Dritter in irgendeiner Weise an den Notar herangetreten ist und aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles für den Notar die Vermutung nahe liegt, daß der Dritte mangels Kenntnis der Rechtslage einen Schaden erleidet²¹. Diese Situation kann durchaus auch im Rahmen von Grundschuldbestellungen eintreten, so daß auch hier in bestimmten Fällen eine Belehrungspflicht gegenüber der Bank bestehen kann.

Kommt also beispielsweise der Grundschuldaufrag von der Bank und erkennt der Notar, daß seitens der Bank falsche Vorstellungen über Wirksamkeit oder Inhalt der Grundschuld bzw. der beigefügten Zweckerklärung bestehen, so hat er die Bank entsprechend aufzuklären.

2. Erforschen des Willens der Beteiligten

a) Darlehensvertrag

Große Anstrengungen zur Erforschung des Willens der Beteiligten werden meist nicht erforderlich sein, da das zu beurkundende Geschäft – die Grundschuldbestellung – in der Regel eindeutig ist.

Fraglich ist aber, ob der Notar gemäß § 17 BeurkG verpflichtet ist, Nachforschungen über das zugrundeliegende schuldrechtliche Kreditgeschäft und den Zweck der Grundschuld anzustellen. Diese Frage stellt sich insbesondere im Hinblick darauf, daß Kreditinstitute zunehmend dazu übergehen, die Zweckerklärungen von der Grundschuldbestellung zu isolieren und aus dem Einflußbereich des Notars herauszunehmen.

Für eine Pflicht zur Nachforschung könnte sprechen, daß in der Regel ein Darlehen den Anlaß für eine Grundschuldbestellung darstellt und daher ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Darlehen und Grundschuld besteht.

Dem ist jedoch zu entgegnen, daß die Grundschuld aufgrund der gesetzlichen Regelungen als abstraktes Sicherungsmittel konzipiert ist und gerade kein unmittelbarer rechtlicher Zusammenhang mit den zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verhältnissen besteht. Darüber hinaus wird der Darlehensvertrag oft auch erst nach Bestellung der Grundschuld abgeschlossen.

Eine Pflicht des Notars zu Nachforschungen über den Darlehensvertrag kann daher in keinem Fall bestehen.

b) Zweckerklärung

In engerem Zusammenhang mit der Grundschuld steht jedoch die Sicherungsabrede, die sogenannte Zweckerklärung; sie gibt der Grundschuld erst ihre Bestimmung. Die Abfassung der Zweckerklärung kann für den Sicherungsgeber größere Gefahren bergen, als die Bestellung der Grundschuld selbst, so daß eine Belehrung über die Zweckerklärung oft notwendiger wäre als über den Inhalt der Grundschuld²². Das gilt insbesondere dort, wo die Grundschuld zur Sicherung von Verbindlichkeiten Dritter bestellt wird.

Wird die Zweckerklärung nicht zusammen mit der Grundschuld beurkundet, so ist jedoch der Notar nicht verpflichtet, diesbezügliche Nachforschungen anzustellen. Denn auch die Zweckerklärung ist nicht Teil der Grundschuldbestellung und von dieser abstrakt zu beurteilen. Aufgrund der bestehenden Gesetzeslage kann die Zweckerklärung eben jederzeit formfrei vereinbart oder geändert werden.

Etwas anderes gilt jedoch dort, wo für den Notar offenkundig ist, daß aufgrund der Zweckerklärung Gefahren für den Sicherungsgeber drohen können. Das ist zum einen natürlich dann

der Fall, wenn er darauf angesprochen wird oder ihm eine derartige Zweckerklärung vorgelegt wird, zum anderen aber auch, wenn das in der Urkunde enthaltene Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen von einer anderen Person als dem Grundschuldbesteller abgegeben wird. In letzterem Fall liegt die Vermutung nahe, daß der Grundstückseigentümer eine Sicherheit für Verbindlichkeiten des persönlichen Schuldners stellt. In dieser Situation ist der Grundschuldbesteller auf die Gefahren hinzuweisen, die mit einer weit gefaßten Zweckerklärung – Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche gegen den Schuldner – verbunden sein können, und der Notar kann ihm empfehlen, gegenüber der Bank auf einer eingeschränkten Zweckerklärung zu bestehen, die zumeist von den Banken auch akzeptiert wird.

Erfolgt eine solche Belehrung, so ist es aus Beweisgründen ratsam, sie in der Niederschrift zu dokumentieren.

C Einzelne Problempunkte

I. Allgemeines

1. Materieell-rechtliche Bindungswirkung

a) Gesetzliche Ausgangssituation

Die Grundschuld entsteht materieell-rechtlich nicht nur durch Eintragung in das Grundbuch; vielmehr ist gemäß § 873 Abs. 1 BGB darüber hinaus die Einigung von Gläubiger und Eigentümer erforderlich.

Das diesbezügliche Angebot des Eigentümers liegt regelmäßig konkludent in der Bewilligung der Grundschuld.

Die Annahmeerklärung des Gläubigers bedarf weder aus materieell-rechtlicher noch aus grundbuchverfahrensrechtlicher Sicht einer bestimmten Form. Sie wird spätestens dann konkludent erteilt, wenn das durch die Grundschuld besicherte Darlehen ausgezahlt wird.

Vor Eintragung in das Grundbuch ist jedoch der Eigentümer gemäß § 873 Abs. 2 BGB an seine Erklärung nur dann gebunden,

- wenn die Erklärungen beider Parteien notariell beurkundet sind,
- wenn die Erklärungen vor dem Grundbuchamt abgegeben sind,
- wenn die Erklärungen beider Parteien beim Grundbuchamt eingereicht sind oder
- wenn der Eigentümer dem Gläubiger die Eintragungsbewilligung in grundbuchtauglicher Form ausgehändigt hat.

Die Bank ist jedoch daran interessiert, den Sicherungsgeber möglichst frühzeitig an die Grundschuldbestellung zu binden. Das gilt insbesondere dann, wenn die Grundschuld bereits bestehende Verbindlichkeiten des Darlehensnehmers besichern soll.

Zur Herbeiführung der Bindung kommen die ersten beiden vorgenannten Möglichkeiten in der Praxis nicht in Betracht, da Erklärungen der Bank regelmäßig nicht beurkundet werden und die Beurkundungsbefugnis des Grundbuchamtes weggefallen ist (§ 56 Abs. 4 BeurkG).

Da die Vorschrift des § 873 Abs. 2 nicht abdingbar ist, kann die Bindung auch nicht dadurch erreicht werden, daß der Eigentümer die Grundschuld ausdrücklich unwiderruflich bestellt²³. Die bisweilen anzutreffende dahin gehende Formulierung in Grundschuldformularen ist daher unwirksam.

21 BGH, DNotZ 1989, 45 ff. m.w.N.; Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 17, Rn. 53 f.; Rastlatter, BWNotZ 1990, 57, 62 ff. mit Beispielfällen.

22 Reithmann, DNotZ 1982, 67, 87 f.

23 BGH, DNotZ 1967, 370, 371 m. zust. Anm. Wöbelauer; Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 109; Palandt/Bassenge, BGB, 57. Aufl. 1998, § 873, Rn. 16.

b) Bindung durch Einreichung der Erklärungen beim Grundbuchamt

In Betracht kommt jedoch die Bindung durch Einreichung der beiderseitigen Erklärungen beim Grundbuchamt.

Diese tritt jedenfalls dann ein, wenn das Grundschuldformular eine von zeichnungsberechtigten Vertretern der Bank unterschriebene Annahmeerklärung enthält und die beide Erklärungen enthaltende Urschrift eingereicht wird. Die Beglaubigung der Unterschrift des Bankvertreters ist nicht erforderlich.

Die Urschrift wird jedoch nur eingereicht, wenn die Bewilligung lediglich beglaubigt wird. Wird sie hingegen beurkundet, so verbleibt die Urschrift beim Notar (§ 25 Abs. 1 BNotO). Die zum Grundbuchamt eingereichte Ausfertigung vertritt zwar die Urschrift im Rechtsverkehr, jedoch erstreckt sich diese Wirkung nicht auf die nicht beurkundete Erklärung der Bank, selbst wenn sich diese auf dem gleichen Papierbogen wie die Urschrift der Urkunde befindet.

Die Annahmeerklärung der Bank muß daher in anderer Form beim Grundbuchamt eingereicht werden. Dies geschieht zwar in der Regel nicht explizit. Jedoch ist der grundbuchrechtliche Antrag der Bank auf Eintragung der Grundschuld als konkludente materiell-rechtliche Annahmeerklärung auszulegen²⁴. Es genügt also, wenn der Antrag auf Eintragung der Grundschuld vom Notar im Auftrag der Bank (auch) in deren Namen gestellt wird²⁵.

Zu beachten ist aber, daß auch die Erklärung des Eigentümers beim Grundbuchamt eingereicht werden muß. Dazu ist es erforderlich, daß eine Ausfertigung der Urkunde eingereicht wird. Eine beglaubigte Abschrift genügt zwar den Anforderungen des Grundbuchrechts, vertritt aber nicht die Urschrift im Rechtsverkehr. Wird also – wie vereinzelt anzutreffen – nur eine beglaubigte Abschrift der Grundschuldbestellungsurkunde eingereicht, so tritt die Bindungswirkung nicht bereits mit Antragstellung namens der Bank ein. Dieses Verfahren ist daher nicht zu empfehlen.

c) Bindung durch Aushändigung einer Bewilligung an den Gläubiger

Bereits vor Antragstellung beim Grundbuchamt kann eine Bindung dadurch herbeigeführt werden, daß der Bank eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt wird.

Auch hier ist zu beachten, daß die Bewilligung in Urschrift oder Ausfertigung ausgehändigt werden muß, eine beglaubigte Abschrift also nicht genügt²⁶.

Bei lediglich beglaubigten Bewilligungen, von denen keine Ausfertigung erteilt werden kann, ist dieses Verfahren umständlich, da die Urschrift vom Notar beim Grundbuchamt eingereicht werden soll und der Umweg über die Bank die Angelegenheit verzögern würde.

In diesen Fällen, aber auch bei der Beurkundung von Grundschulden empfiehlt es sich daher aus Sicht der Bank, den Notar zum Empfang der Bewilligung in Urschrift bzw. Ausfertigung zu bevollmächtigen²⁷. Eine solche Vollmacht kann zwar oft konkludent angenommen werden²⁸, jedoch empfiehlt es sich aus Beweisgründen, die Vollmacht ausdrücklich zu erteilen. Die Bindung tritt jedoch erst ein, wenn die Ausfertigung – soweit erforderlich – tatsächlich angefertigt ist²⁹ und der Notar die

Inbesitznahme für die Bank auf Urschrift oder Ausfertigung erkennbar manifestiert hat³⁰.

Der Notar muß diese Handlungen daher unverzüglich vornehmen, sofern ein entsprechender Auftrag der Bank vorliegt.

2. Abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen

Regelmäßig verlangt die Bank neben der vollstreckbaren Grundschuld ein abstraktes Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen des Darlehensnehmers nebst Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen.

Dieses Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen tritt als weiteres, selbständiges Sicherungsmittel neben die Grundschuld. Es ist von letzterer rechtlich unabhängig³¹. So wird es insbesondere von der Abtretung der Grundschuld nicht per se erfaßt, sondern muß ausdrücklich mit abgetreten werden³².

Das Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen hat für die Bank den Vorteil, daß dadurch die Beweislast für das Bestehen der persönlichen Forderung, anders als beim zugrundeliegenden Darlehen, beim Schuldner liegt.

Durch die Vollstreckungsunterwerfung sollen im wesentlichen zwei Risiken abgedeckt werden:

Zum einen kann die Bank auf diese Weise in das gesamte Vermögen des Schuldners vollstrecken, wenn und soweit sie in der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz ausgefallen ist.

Zum anderen kann die Bank ohne Vollstreckung in den Grundbesitz auf das sonstige Vermögen der Schuldner zugreifen. Das kann selbst bei Krediten an Normalverdiener zur Anschaffung von Grundbesitz relevant werden, etwa dann, wenn das Darlehen bereits weitgehend zurückgeführt ist und der relativ geringe Restbetrag wegen Streitigkeiten der Darlehensnehmer untereinander (etwa in einem Scheidungsverfahren) nicht mehr bedient wird. Dann kann die Vollstreckung in das sonstige Vermögen schneller, kostengünstiger und sogar für die Schuldner weniger einschneidend sein als die Vollstreckung in den Grundbesitz.

a) Zulässigkeit

Die Zulässigkeit dieser Praxis – auch im Hinblick auf das AGBG – wird in der Rechtsprechung³³ trotz vereinzelt geäußerten Widerspruchs in der Literatur³⁴ eindeutig bejaht.

Zunächst ist festzuhalten, daß die bloße Möglichkeit des Mißbrauchs eines abstrakten Schuldanerkenntnisses durch den Gläubiger nicht zur Sittenwidrigkeit des Schuldanerkenntnisses führt, da diese Möglichkeit bei jedem abstrakten Sicherungsmittel besteht³⁵.

In der persönlichen Haftungsübernahme mit Vollstreckungsunterwerfung liegt auch keine überraschende Klausel i.S.v. § 3 AGBG, da der Notar über den Inhalt der Urkunde belehrt³⁶. Eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners gemäß § 9 Abs. 1 AGBG liegt nicht vor, da die Bank schutzwürdige Interessen verfolgt. Dies gilt auch im Hinblick auf die Vollstreckungsunterwerfung, denn das Gesetz stellt die vollstreckbare Urkunde und das gerichtliche Urteil in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ausdrücklich gleich und gewährt dem Schuldner ausreichenden Vollstreckungsschutz³⁷. Auch scheidet die Klausel nicht an § 11 Nr. 15 AGBG, denn die Beweislastumkehr durch das Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen ist die Folge

24 BGHZ 60, 52; Gaberdiel, a.a.O., Rn. 3.1.9.

25 Die Antragstellung auch durch die Bank ist ungeachtet der dadurch entstehenden Kostenpflicht ohnehin aus Sicht der Bank dringend anzuraten: Selbst wenn anderweitig materiell-rechtliche Bindung des Eigentümers an die Grundschuldbestellung eingetreten ist, kann er ansonsten die Eintragung der Grundschuld vorläufig durch Rücknahme seines Eintragungsantrages verhindern, wodurch Rangverschlechterungen eintreten können.

26 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 109.

27 Vgl. Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 109.

28 BGH, NJW 1963, 36, 37; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 873, Rn. 18.

29 BGH, DNotZ 1967, 370, 371, m. zust. Anm. Wöbelauer; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 109.

30 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 109.

31 BGH, DNotZ 1992, 657, 659.

32 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 5.8.1.

33 BGH, DNotZ 1987, 488 ff.; OLG Hamm, DNotZ 1987, 500 ff.

34 Stürner, JZ 1977, 431 f.

35 BGH, DNotZ 1980, 307, 310.

36 BGH, DNotZ 1987, 488, 491; OLG Hamm, DNotZ 1987, 500.

37 BGH, DNotZ 1987, 488, 491.

dieser durch das Gesetz vorgesehenen Rechtsinstitute³⁸. Da somit durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht von Rechtsvorschriften abgewichen wird, greifen §§ 9 bis 11 AGBG nicht ein (§ 8 AGBG).

b) Verhältnis zur Grundschuld

Das persönliche Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen ist in seinem Entstehen nicht vom Entstehen der Grundschuld abhängig. Der Gläubiger kann daher daraus Befriedigung suchen, wenn die Grundschuld noch nicht eingetragen ist, und auch dann, wenn feststeht, daß die Grundschuld überhaupt nicht zur Eintragung gelangen wird³⁹. Denn die persönliche Haftungsübernahme ist ein zusätzliches Kreditsicherungsmittel, daß selbständig neben die Grundschuld tritt und gerade dann an Bedeutung gewinnt, wenn die Grundschuld (noch) nicht entstanden ist⁴⁰.

Jedoch darf der Gläubiger nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des BGH aus Grundschuld und Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen mangels ausdrücklich anderer Formulierung insgesamt nur einmal in Höhe des gesicherten Betrages vorgehen⁴¹. Das gilt entgegen einzelner Stimmen in der Literatur⁴² unabhängig davon, ob die Haftung „für die Zahlung des Grundschuldbetrages“ oder „für einen Geldbetrag in Höhe der Grundschuld“ bzw. für einen genau bezifferten Betrag übernommen wurde. In beiden Fällen würde die Annahme einer kumulativen Haftung den Wortlaut wohl über Gebühr strapazieren⁴³.

Fällt jedoch der Gläubiger in der Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz ganz oder teilweise aus, so bleibt der persönliche Anspruch aus dem Schuldanerkenntnis nebst Vollstreckungsunterwerfung in Höhe des Betrages, mit dem der Gläubiger ausgefallen ist, bestehen⁴⁴. Denn gerade in diesem Fall erlangt die persönliche Haftung Bedeutung.

c) Persönliche Haftung des Sicherungsgebers, der nicht Darlehensnehmer ist

Eine besondere Problematik ergibt sich dann, wenn der Eigentümer des zu belastenden Grundbesitzes nicht Darlehensnehmer und auch sonst nicht persönlicher Schuldner ist, aber dennoch als zusätzliche Sicherheit ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen abgeben und sich deswegen der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen soll.

Nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁵ scheidet diese Haftungsübernahme zwar nicht wegen der Beweislastumkehr an § 11 Nr. 15 AGBG (vgl. oben). Jedoch greife § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ein, denn in der Übernahme der persönlichen Haftung liege eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners, weil vom wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des Grundschuldrechts abgewichen werde, wonach der Sicherungsgeber grundsätzlich nicht persönlich zu haften brauche.

Das erscheint zwar nicht überzeugend, denn die persönliche Haftung ergibt sich nicht aus der Grundschuld, sondern aus dem Schuldanerkenntnis bzw. Schuldversprechen und entspricht damit der gesetzlichen Regelung der §§ 780 ff. BGB. Die Anwendung des § 3 AGBG wäre eher angebracht, so daß die persönliche Haftungsübernahme bei entsprechender Belehrung wirksam wäre. Maßgeblich für die Praxis ist aber die Rechtsprechung des BGH.

Die Folge ist, daß sich die Unwirksamkeit auch nicht durch Belehrung vermeiden läßt.

Sofern also dennoch die persönliche Haftung des Drittsicherungsgebers gewünscht wird, so muß und kann diese durch gesonderte Vereinbarung begründet werden⁴⁶.

Erfährt der Notar also, daß Sicherungsgeber und Darlehensnehmer personenverschieden sind und der Sicherungsgeber auch nicht aufgrund sonstiger Vereinbarung (z.B. Bürgschaft) bereits schuldrechtlich für das Darlehen haftet, so muß er neben der Grundschuldbestellung eine zweite Urkunde aufnehmen, in der der Sicherungsgeber die gewünschte persönliche Haftung übernimmt und sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Zu diesbezüglichen Nachforschungen ist er aber nicht verpflichtet⁴⁷. Die Bank sollte daher im eigenen Interesse ein solches Vorgehen anregen.

Dabei stellt sich jedoch neben der negativen Kostenfolge ein weiteres Problem: Wird beim Schuldanerkenntnis in der Grundschuldurkunde von der Rechtsprechung noch angenommen, daß dieses nicht zu einer Verdoppelung des Sicherungsrahmens führe⁴⁸, sich der Gläubiger aus Grundschuld und Schuldanerkenntnis also insgesamt nur einmal befriedigen dürfe, so ist dies bei der Aufnahme von Grundschuldbestellung und Schuldanerkenntnis in zwei verschiedenen Urkunden keineswegs selbstverständlich. Rechtsprechung und Literatur sind zu dieser Frage nicht ersichtlich. Es empfiehlt sich daher, in beiden Urkunden eine Klarstellung vorzunehmen, die wohl in der Regel eine nur alternative Haftung vorsehen dürfte.

3. Persönliche Anwesenheit der Beteiligten

Vereinzelt sind Vorgehensweisen zu beobachten, durch die die persönliche Anwesenheit des Betroffenen bei der Beurkundung durch Vollmachten planmäßig umgangen werden soll.

Damit sind selbstverständlich nicht Belastungsvollmachten zur Kaufpreisfinanzierung gemeint. Die Tatsache, daß dabei der (Noch-)Eigentümer des zu belastenden Grundbesitzes nicht persönlich anwesend ist, ist unbedenklich, denn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise erleidet er keinen Nachteil, wenn sein Grundbesitz belastet wird, um dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises zu ermöglichen.

a) Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung

Bedenklich erscheint demgegenüber folgende Vorgehensweise, die vereinzelt von Banken vorgeschlagen wird:

Die Grundschuld wird bestellt durch Bewilligung, unter der die Unterschrift des Eigentümers lediglich beglaubigt wird. Die Urkunde enthält zwar auch ein abstraktes Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis; eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz wegen der Grundschuld und in das gesamte Vermögen wegen der persönlichen Haftung wird jedoch zunächst nicht gewünscht. Statt dessen enthält das Grundschuldformular eine unwiderrufliche Vollmacht für die Bank, befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB die vorgenannten Unterwerfungen unter die Zwangsvollstreckung namens des Eigentümers und Darlehensnehmers zu erklären.

Auf diese Weise sollen Notargebühren gespart werden, denn bei der einfachen Unterschriftsbeglaubigung fällt statt der vollen Gebühr gemäß § 36 Abs. 1 KostO für die Grundschuldbestellung mit Vollstreckungsunterwerfung lediglich eine 1/4-Gebühr, begrenzt auf maximal 250,- DM, nach § 45 KostO an⁴⁹.

38 BGH, MittBayNot 1991, 158, 159; BGH, DNotZ 1987, 488, 492; OLG Hamm, DNotZ 1987, 500 f.

39 BGH, DNotZ 1992, 657 ff.

40 BGH, DNotZ 1992, 657, 659.

41 BGH, DNotZ 1992, 657, 659; BGH, ZIP 1990, 1390, 1391; BGH, DNotZ 1988, 487 ff.; anders noch BGH, ZIP 1987, 439, 441.

42 Rehbein, WuB I F 3 - 3.87.

43 A.A. Schmitz-Valckenberg, DNotZ 1988, 489 ff.

44 BGH, ZIP 1990, 1390 ff.

45 BGH, MittBayNot 1991, 158, 160.

46 BGH, MittBayNot 1991, 158, 160.

47 Siehe oben B III. 2.

48 Siehe oben C I. 2. b).

49 Wird der Notar mit dem Grundbuchvollzug betraut, so fällt daneben eine 1/4-Gebühr nach § 146 Abs. 2 KostO an. Die Kostenersparnis tritt allerdings nicht ein, wenn der Notar den Entwurf der Bewilligungsurkunde - etwa durch Einsetzen der Grundbuchdaten - fertigt. Dann sind zwar Grundbuchbewilligung, Vollmachtenerteilung und persönliches Schuldanerkenntnis gegenstandsgleich gem. § 44 Abs. 1 KostO, jedoch ist wegen des Schuldanerkenntnisses bzw. Schuldversprechens eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1, 145 Abs. 1 KostO zu erheben; dabei handelt es sich nämlich nicht um eine Grundbucherkklärung i.S.v. § 38 Abs. 2 Nr. 5 KostO.

Obwohl zunächst auf eine Vollstreckungsunterwerfung verzichtet wird, müßte die Bank keine Einbuße an Sicherheit hinnehmen, denn aufgrund der Vollmacht kann sie sich jederzeit sowohl dinglichen als auch einen persönlichen Titel verschaffen.

Die so erteilte Vollmacht ist jedoch unwirksam: Zwar können Vollstreckungsunterwerfungen als Prozeßhandlungen grundsätzlich durch Vertreter erklärt werden⁵⁰. Auch kann eine Vollmacht nach § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich formfrei erteilt werden. Das gilt jedoch nicht, wenn die formfreie Bevollmächtigung im Ergebnis zur Umgehung der Formvorschriften für das damit vorzunehmende Geschäft führen würde. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vertretene durch die Vollmachterteilung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht ebenso gebunden wird wie durch die Vornahme des formbedürftigen Geschäfts selbst⁵¹. Die unwiderrufliche Vollmacht für den Gläubiger unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kommt aber wirtschaftlich der Vollstreckungsunterwerfung selbst gleich. Denn der Eigentümer und Schuldner hat keine Möglichkeit der Einflußnahme darauf, ob die Vollstreckungsunterwerfung mit Wirkung gegen ihn beurkundet wird oder nicht. Der Gläubiger kann sich so in kürzester Zeit ohne Mitwirkung des Eigentümers oder Schuldners einen Titel verschaffen.

Die unwiderrufliche Vollmacht zur Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung bedarf daher der notariellen Beurkundung, in Beglaubigungsform ist sie unwirksam⁵². Auch eine Umdeutung in eine formfrei wirksame widerrufliche Vollmacht ist nicht möglich, da der Vollmachtgeber regelmäßig nicht von der Widerruflichkeit weiß und er daher gleichermaßen gefährdet ist.

Eine Kostenersparnis läßt sich also durch vorgenanntes Verfahren nicht erreichen, denn wegen des in der Urkunde enthaltenen Schuldanerkenntnisses bzw. Schuldversprechens fällt bei Beurkundung eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO an.

Eine Kostenersparnis läßt sich allenfalls erreichen, wenn man in der Grundschuldbestellungsurkunde auf das Schuldanerkenntnis verzichtet, dann fällt nur eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5 KostO an. Jedoch ist aus Sicht der Bank zu beachten, daß die Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung weder den Einzelrechtsnachfolger des Schuldners und Grundstückseigentümer bindet noch in dessen Konkurs Bestand hat⁵³.

Diese Vorgehensweise hat sich daher zu Recht nicht durchgesetzt, und der Notar kann seine Mitwirkung verweigern, wenn dennoch der Auftrag zur Beglaubigung der Unterschrift unter einer solchen unwiderruflichen Vollmacht an ihn herangetragen wird, da die Erklärung zum Teil offensichtlich unwirksam ist⁵⁴.

b) Vollmacht für den Verkäufer zu den Kreditsicherungsgeschäften

Bedenklich erscheint auch die folgende Vorgehensweise: Ein Kaufvertrag (meist Bauträger-Kaufvertrag) wird in der Weise abgeschlossen, daß Angebot und Annahme getrennt beurkundet werden. In dem vom Käufer abgegebenen Angebot ist der Auftrag an den Verkäufer zur Bestellung der Finanzierungsgrundschuld im Range vor der Eigentumsverschaffungsvormerkung für den Käufer sowie – und das ist entscheidend – eine Vollmacht zur Abgabe eines Schuldanerkenntnisses nebst persönlicher Vollstreckungsunterwerfung zugunsten des Finanzierungsgläubigers enthalten. Die Grundschuld nebst Schuldanerkenntnis und Vollstreckungsunterwerfung wird dann durch den

Verkäufer unmittelbar nach Annahme des Angebots bestellt.

Dieses Verfahren bietet dann der Verkäufer dem Käufer als zusätzlichen Service an: Der Käufer muß kein zweites Mal beim Notar erscheinen.

Die oben dargestellten Bedenken greifen hier nicht durch, denn die Vollmacht an den Verkäufer wird notariell beurkundet und ist somit wirksam.

Bedenken ergeben sich allerdings aus beurkundungsrechtlicher Sicht, insbesondere im Hinblick auf § 17 Abs. 2 a BeurkG (n.F.): Ein solches Verfahren birgt – zumindest, wenn der Käufer in Grundstücksgeschäften unerfahren ist – die Gefahr, daß er die Zusammenhänge nicht mehr durchschaut. Die getrennte Beurkundung von Angebot und Annahme weicht an sich schon so weit vom herkömmlichen Verständnis geschäftsunerer Person von Kaufvertrag ab, daß sie erhebliche Verständnisprobleme aufwerfen kann. Die systematische Aufspaltung ist daher bereits abzulehnen⁵⁵. Wird zudem noch in die Angebotsurkunde die vorgenannte Vollmacht aufgenommen, so wird ein weiteres vom Kaufvertrag verschiedenes Rechtsgeschäft mit dem Kaufvertrag vermengt. Ein großer Teil der betroffenen Käufer dürfte selbst bei ordnungsgemäßer Belehrung überfordert sein, die komplexen Zusammenhänge dann noch innerhalb relativ kurzer Zeit zu durchschauen. Eine effektive Belehrung des Käufers i.S.v. § 17 Abs. 1 BeurkG wird somit sehr schwierig⁵⁶. Da der Notar aber nach § 17 Abs. 2 a BeurkG das Verfahren so zu gestalten hat, daß die Einhaltung insbesondere der Belehrungspflichten gewährleistet ist, erscheint bei diesem Vorgehen äußerste Zurückhaltung angebracht.

Nur am Rande sei angemerkt, daß ein solches Verfahren, bei dem der Käufer die Grundschuld nicht persönlich bestellt, die Akzeptanz der diesbezüglichen Kostenrechnung nicht unbedingt erhöhen dürfte.

4. Kostenersparnis

Namentlich bei hohen Grundschuldbeträgen drängt der Sicherungsgeber und Darlehensnehmer häufig darauf, kostensparende Wege der Grundschuldbestellung zu suchen. Die Bank ist dazu durchaus bereit, soweit dadurch ihr Interesse an effektiver Sicherung nicht zu weit eingeschränkt wird.

Da oben bereits die Bevollmächtigung der Bank zur Vollstreckungsunterwerfung verworfen wurde, bieten sich im wesentlichen zwei Möglichkeiten an:

a) Zwei Grundschulden

Zum Teil wird in diesen Fällen der Kredit durch zwei Grundschulden am selben Grundstück besichert, von denen die erst-rangige mit Vollstreckungsunterwerfung beurkundet wird und die zweit-rangige betragsmäßig höhere Grundschuld lediglich durch beglaubigte Bewilligung ohne Vollstreckungsunterwerfung bestellt wird.

Dabei fallen zwar wegen der Aufteilung in zwei Grundschulden geringfügig höhere Grundbuchgebühren an; auch die Löschungskosten sind deshalb höher. Jedoch sind die Notargebühren geringer, denn für die nur beglaubigte Bewilligung fällt selbst bei Anfertigung des Entwurfs durch den Notar nur eine halbe Gebühr an (§ 38 Abs. 2 Nr. 5 a KostO)⁵⁷. Insgesamt ist der Gebührenaufwand also geringer.

Die Bank ist dann in voller Höhe abgesichert. Sie kann im Verwertungsfall aus der erst-rangigen Grundschuld vollstrecken

50 Rastätter, BWNNotZ 1990, 57, 60; Schippers, DNotZ 1997, 683, 694; Dux, WM 1994, 1145, 1456.

51 Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 167, Rn. 2 m.w.N.; für den Fall der unwiderruflichen Vollmacht zur Vollstreckungsunterwerfung: Dux, WM 1994, 1145 ff.; für den Fall der unwiderruflichen Vollmacht zu Grundstückskaufverträgen ebenso; BGH, DNotZ 1952, 477 f.; BGH, DNotZ 1966, 93 ff.

52 Ebenso Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 167, Rn. 2; Dux, WM 1994, 1145, 1148.

53 Dux, WM 1994, 1145, 1151 ff.

54 Zur Verweigerung der Unterschriftsbeglaubigung bei offensichtlicher materiell-

rechtlicher Unwirksamkeit vgl. LG München, MittBayNot 1972, 181; allgemein zur Ablehnung von Urkundsgeschäften; Winkler, MittBayNot 1998, 141 ff.

55 Beck'sches Notar-Handbuch/Kutter, 2. Aufl. 1997, A II Rn. 25; vgl. auch Bau-trägermerkblatt der Landesnotarkammer Bayern, Stand 01.08.1997, S. 4.

56 Wohl aus diesem Grund rät die Landesnotarkammer Bayern im Bau-träger-merkblatt, S. 9 von diesem Verfahren ab.

57 Fertigt der Notar den Entwurf nicht, so fällt sogar nur eine ¼-Gebühr nach § 45 KostO an, die auf 250,- DM begrenzt ist, wenn der Notar nicht den Grund-buchvollzug betreibt.

und im Verteilungstermin auf beide Grundschulden Zuteilungen erhalten.

Dieses Verfahren hat jedoch für die Bank den Nachteil, daß der Eigentümer des belasteten Grundbesitzes in der Zwangsvollstreckung auf die vollstreckbare Grundschuld zahlen kann und so die Möglichkeit hat, der Bank den Titel „aus der Hand zu schlagen“. Spätestens im Zwangsvollstreckungsverfahren kann sich nämlich die Bank auf anderweitige Zahlungsvereinbarungen nicht mehr berufen. Geschieht dies, so ist die Bank doch wieder auf das langwierige Klageverfahren angewiesen, um weiter vollstrecken zu können. Um die Zahlung auf die vollstreckbare Grundschuld zu erschweren, darf die erstrangige Grundschuld also nicht zu niedrig angesetzt werden, was wiederum die Kostenersparnis verringert.

b) Unterwerfung wegen eines zuletzt zu zahlenden Teilbetrages

Den vorstehenden Nachteilen für die Bank kann begegnet werden, wenn eine einzige Grundschuld bestellt wird, der Eigentümer sich aber nur wegen eines zuletzt zu zahlenden Teilbetrages der Zwangsvollstreckung unterwirft.

Zu beachten ist, daß die Unterwerfung nicht wegen eines letzt-rangigen Teilbetrages erfolgt, da eine solche Rangbestimmung zur Teilung der Grundschuld führt⁵⁸. Dann würden in das Grundbuch zwei Grundschulden eingetragen, wovon nur die nachrangige vollstreckbar wäre. Betreibt die Bank aus dieser Grundschuld die Zwangsvollstreckung, so fällt die vorrangige Grundschuld ins geringste Gebot und könnte Bieter abschrecken.

Bei der vorgeschlagenen Methode handelt es sich dagegen lediglich um eine Verrechnungsabrede, so daß es bei der einheitlichen Grundschuld bleibt.

Die Bank kann aus der Grundschuld die Zwangsvollstreckung betreiben und erhält in der Verteilung Zuteilungen auf die gesamte Grundschuld.

Wird die Grundschuld in derselben Urkunde bestellt, in der auch die Unterwerfungserklärung enthalten ist, fällt an Notargebühren eine volle Gebühr aus § 36 Abs. 1 KostO aus dem Betrag, dessentwegen die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung erklärt wird, oder eine halbe Gebühr aus § 38 Abs. 2 Nr. 5 a) KostO in Höhe des Grundschuldbetrages an, wenn der Notar den Entwurf fertig, je nachdem, welche Gebühr höher ist (§ 44 Abs. 1 S. 1 KostO). Da nur eine Grundschuld bestellt wird, fallen die gleichen Gerichtsgebühren für Eintragung und Löschung an wie bei der herkömmlichen Vorgehensweise. Dieses Modell ist in Rechtsprechung⁵⁹ und Literatur⁶⁰ anerkannt. Der Eigentümer des belasteten Grundbesitzes hat auch nicht die Möglichkeit, den Titel durch Zahlung auf den vollstreckbaren Teilbetrag zu vernichten, da es sich um eine einheitliche Grundschuld handelt und er ohne Zustimmung des Gläubigers gemäß § 266 BGB nicht zu Teilleistungen berechtigt ist⁶¹. Auch eine vorzeitige Ablösung des vollstreckbaren Teilbetrages durch Dritte, die am belasteten Objekt dinglich berechtigt sind (§§ 1150, 268 BGB) ist nicht möglich, da das Ablösungsrecht Dritter nicht weiter geht als das des Eigentümers⁶².

Da durch die Beschränkung der Vollstreckungsunterwerfung auf einen zuletzt zu zahlenden Teilbetrag die Sicherungsinteressen der Bank nicht beeinträchtigt werden, ist diese Vorgehensweise ein probates Mittel zur Kostenersparnis bei hohen Grundschuldbeträgen.

5. Zweckerklärungen

a) Ausgangslage

Der vielleicht problematischste Bereich im Zusammenhang mit dem Recht der Grundschulden liegt bei den Zweckerklärungen.

Durch die Zweckerklärung wird die wirtschaftliche Relevanz der Grundschuld erst festgelegt.

Der Notar wird – wie bereits erwähnt – immer seltener mit der Beurkundung von Zweckerklärungen betraut.

Über die Beweggründe der Banken, die Zweckerklärungen vom Einflußbereich des Notars fernzuhalten, läßt sich nur spekulieren.

Für den Sicherungsgeber ist dies nachteilig, denn eine genaue Belehrung über den Inhalt der Zweckerklärung durch Bankangestellte ist nicht immer gewährleistet.

Objektiv betrachtet läßt sich aber auch sagen, daß es auch für die Bank durchaus sinnvoll sein kann, die Zweckerklärung zusammen mit der Grundschuld beurkunden zu lassen⁶³. Denn für die Frage der Wirksamkeit des weiten Verwendungszwecks kommt es nach der Rechtsprechung u.U. entscheidend darauf an, ob die Betroffenen aufgeklärt wurden und die Klausel damit ihren Überraschungscharakter i.S.v. § 3 AGBG verloren hat⁶⁴. Zwar kann diese Aufklärung auch durch einen Angestellten der Bank erfolgen. Jedoch kann die Mitwirkung des Notars für die Bank aus prozeßtaktischer Sicht den Vorteil haben, daß im Hinblick auf § 17 BeurkG zumindest ein erster Anschein für das ordnungsgemäße Verhalten des Notars sprechen müßte⁶⁵ und notfalls mit dem Notar ein neutraler Zeuge zur Verfügung steht.

b) Wirksamkeit des weiten Sicherungszwecks

Banken sind naturgemäß daran interessiert, durch die Grundschuld einen möglichst weiten Bereich der Geschäftsverbindung zu ihrem Kunden abzusichern, und bevorzugen daher möglichst weitreichende Zweckerklärungen. So wird in vielen Fällen ein vorformulierter Sicherungszweck vereinbart, demzufolge die Grundschuld nebst Zinsen und Nebenleistung alle gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der Bank gegen den Darlehensnehmer sichert.

Diese Regelung ist im Lichte des AGBG zu prüfen. Im folgenden soll daher untersucht werden, in welchen Fällen der von Banken bevorzugt verwandte weite Sicherungszweck zulässig ist.

(1) Darlehensnehmer und Sicherungsgeber sind identisch

Sofern Sicherungsgeber und Darlehensnehmer identisch sind, ist der weite Sicherungszweck, also auch die Einbeziehung künftiger Forderungen unbedenklich. Denn eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung nach § 9 AGBG kann nicht vorliegen, weil es an einer gesetzlichen Regelung der Zweckerklärungen fehlt. Überraschend ist die Klausel nicht, da jedermann damit rechnen muß, daß er mit seinem Grundstück auch für seine eigenen künftigen Schulden haften muß⁶⁶.

Dies gilt jedoch nur, soweit banktypische Forderungen betroffen sind; sonstige Ansprüche, etwa deliktische oder bereicherungsrechtliche, die nicht im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung stehen, sind dadurch nicht abgedeckt⁶⁷.

Sofern auch Forderungen einbezogen werden sollen, die die Bank von Dritten erwirbt, oder solche, die der Sicherungsgeber in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter einer oHG oder KG eingeht, sollte dies zur Vermeidung von Unklarheiten ausdrücklich festgehalten werden⁶⁸.

58 DNotI-Report 1998, 53 f.

59 BGH, NJW 1990, 258 ff.

60 DNotI-Report 1998, 53 ff.

61 BGH, NJW 1990, 258, 260; DNotI-Report 1998, 53, 54; a.A. Wolfsteiner, DNotZ 1990, 589, 590 f., der allerdings zum gleichen Ergebnis gelangt, da der Eigentümer an die Zahlungsabrede gebunden sei und deshalb nicht auf den vollstreckbaren Teilbetrag zahlen könne.

62 BGH, NJW 1990, 258, 260; a.A. Wolfsteiner, DNotZ 1990, 589, 591 f.

63 Keim, MittBayNot 1994, 406, 409.

64 BGH, MittBayNot 1997, 358; BGH, NJW 1992, 1822, 1823; BGH, NJW 1990, 576, 577.

65 Keim, MittBayNot 1994, 406, 409.

66 BGH, DNotZ 1987, 495, 496 f.; Gaberdiel, a.a.O., Rn. 11.3.1 ff.

67 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 11.3.1 m.w.N.

68 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 11.3.1 f.

(2) Darlehensnehmer und Sicherungsgeber sind nicht identisch

Wesentlich problematischer ist die Rechtslage dann, wenn Darlehensnehmer und Sicherungsgeber nicht identisch sind.

Das ist insbesondere auch dann der Fall, wenn Eheleute ein Grundstück belasten, das ihnen in Bruchteilseigentum gehört. Selbst wenn Anlaß für die Bestellung ein Darlehen ist, für das sie gesamtschuldnerisch haften, so sind Kreditnehmer und Darlehensnehmer hinsichtlich solcher Verbindlichkeiten personenverschieden, die vor oder nach diesem Zeitpunkt nur einer von beiden eingeht, sofern dafür auch der Miteigentumsanteil des anderen Ehegatten haften soll⁶⁹.

Die Rechtsprechung wertet die Einbeziehung von gegenwärtigen und künftigen Ansprüchen der Bank gegen den vom Sicherungsgeber verschiedenen Darlehensnehmer grundsätzlich als überraschend i.S.v. § 3 AGBG, wenn Anlaß für die Bestellung der Grundschuld ein bestimmtes Darlehen war⁷⁰.

Zulässig ist der weite Sicherungszweck dagegen auch im Hinblick auf die Personenverschiedenheit,

- wenn die Sicherheit nicht aus Anlaß eines bestimmten Kredits erfolgte, sondern von vornherein zur Absicherung der gesamten Geschäftsverbindung⁷¹,
- wenn der Sicherungsgeber in Kreditgeschäften erfahren ist⁷²,
- wenn der Sicherungsgeber aufgrund wirtschaftlicher und personeller Verflechtung mit dem Darlehensnehmer eine rechtliche Position innehat, aufgrund derer er den Umfang der besicherten Verbindlichkeiten beeinflussen kann (etwa der Geschäftsführer einer GmbH)⁷³ oder
- wenn der Sicherungsgeber anläßlich der Unterzeichnung der Zweckerklärung individuell auf den Umfang der Haftung hingewiesen wurde⁷⁴.

Der BGH stellt jedoch ausdrücklich klar, daß sich die Unwirksamkeit des weiten Verwendungszwecks allenfalls aus § 3 AGBG ergeben könne. Denn da es keine gesetzlichen Regeln für Zweckerklärungen gebe, sei eine unangemessene Abweichung von wesentlichen gesetzlichen Grundlagen nicht möglich⁷⁵. Das ist zwar in der Literatur z.T. auf Widerspruch getroffen⁷⁶, maßgebend für die Praxis kann aber nur die Rechtsprechung des BGH sein.

c) Verhalten des Notars

(1) Belehrung

Der Notar befindet sich daher in einer eigenartigen Lage: Belehrt er den Schuldner, wie es gemäß § 17 BeurkG seine Pflicht ist, so wirkt sich die Belehrung, die ja dem Schutz des Schuldners dienen soll, zu dessen Nachteil aus: Die Klausel verliert ihren Überraschungscharakter, und der Schuldner kann die Unwirksamkeit nach § 3 AGBG nicht mehr geltend machen⁷⁷. Belehrt der Notar nicht, so hat der Schuldner die Chance, daß die Klausel nach § 3 AGBG unwirksam ist.

Das Unterlassen der Belehrung kann aber für den Notar keine echte Alternative sein. Das ergibt sich nicht nur aus einer positivistischen Anwendung des § 17 BeurkG, sondern auch aus folgenden Gründen: Zum einen kann der Notar in der Regel aus seiner Sicht nicht zuverlässig beurteilen, ob der weite Si-

cherungszweck nicht aus einem der oben genannten Gründe doch wirksam ist, etwa weil eine Besicherung ohne konkreten Anlaß erfolgt oder der Sicherungsgeber geschäftserfahren ist. Zum anderen können aber auch unwirksame Klauseln eine quasi-normative Kraft entfalten⁷⁸, wenn der Sicherungsgeber nichts von der Unwirksamkeit weiß und sich deshalb nicht darauf berufen kann. Der Sicherungsgeber hat daher in jedem Fall einen Anspruch auf ordnungsgemäße Belehrung⁷⁹.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, daß sich der Notar u.U. der Bank gegenüber schadenersatzpflichtig macht, wenn er eine mangels Belehrung unwirksame Zweckbestimmung beurkundet und die Bank auf die Wirksamkeit vertraut⁸⁰.

Eine Belehrung ist daher in jedem Fall erforderlich. Aus Beweisgründen sollte der Notar die erfolgte Belehrung auch in der Urkunde vermerken. Die Aufnahme eines sogenannten Bedenklichkeitsvermerks⁸¹ in die Urkunde ist nicht angebracht, da die Unwirksamkeit wegen des Überraschungseffekts durch die Belehrung gerade ausgeschlossen ist und ansonsten kein Unwirksamkeitsgrund vorliegt.

(2) Änderung der Urkunde

Angesichts dieser Situation bietet es sich an, dem Sicherungsgeber ggf. zu empfehlen, eine Einschränkung der Zweckerklärung vorzunehmen⁸². Davon wird zwar in der Literatur zum Teil abgeraten, da der Notar die Hintergründe des speziellen Kreditgeschäfts nicht kenne und durch eine solche Einschränkung die Durchführung des Geschäfts gefährdet werde⁸³.

Dieses Risiko läßt sich ausschalten, indem der Notar den Beteiligten rät, die Angelegenheit mit der Bank abzustimmen oder besser selbst das Gespräch mit dem zuständigen Sachbearbeiter der Bank sucht⁸⁴. Ist dieses Gespräch nicht möglich oder führt es zu keinem Ergebnis und besteht der Sicherungsgeber dennoch auf Beurkundung, so soll der Notar dies in der Urkunde vermerken⁸⁵.

6. Belastungsvollmacht

Muß der Käufer eines Grundstücks den Kaufpreis durch Bankkredit finanzieren und besteht die Bank auf grundpfandrechtl. Absicherung, so ist eine Bestellung der Finanzierungsgrundschuld schon vor Eigentumsumschreibung aufgrund Belastungsvollmacht meist unumgänglich.

a) Risiken für den Verkäufer

Die mit der Belastungsvollmacht verbundenen Risiken für den Verkäufer halten sich in Grenzen: Zum einen besteht die Möglichkeit, daß der Verkäufer wegen der Notar- und Grundbuchkosten in Anspruch genommen wird. Zum anderen kann er eine gewisse Rufschädigung erleiden, wenn die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz vor Eigentumsumschreibung betrieben wird und er als Vollstreckungsschuldner auftritt⁸⁶. Das muß der Verkäufer aber hinnehmen, da er ansonsten nur den wohl eng begrenzten Kreis von Käufern ansprechen könnte, die den Kaufpreis ohne Belastung des erworbenen Grundbesitzes finanzieren können⁸⁷.

Um den Verkäufer zu schützen, sollte die Vollmacht darauf beschränkt sein, Grundpfandrechte zugunsten inländischer Kredit- und Versicherungsinstitute zu bestellen.

Dabei ist allerdings zu beachten, daß bisweilen auch Arbeitgeberdarlehen besichert werden müssen. Da der Grad der

69 BGH, MittBayNot 1989, 83 ff. = DNotZ 1989, 609.
70 BGH, DNotZ 1992, 562 ff.; BGH, DNotZ 1987, 487 f.
71 BGH, DNotZ 1987, 485 f.; BGH, DNotZ 1987, 493, 495.
72 BGH, MittBayNot 1992, 42, 43; BGH, DNotZ 1987, 493, 495.
73 BGH, DNotZ 1992, 563, 564 f.; BGH, DNotZ 1987, 493, 495.
74 BGH, MittBayNot 1997, 358; BGH, NJW 1992, 1822, 1823; BGH, NJW 1990, 576, 577.
75 BGH, MittBayNot 1992, 42, 43; BGH, DNotZ 1987, 493, 494.
76 Keim, MittBayNot 1994, 406 ff.
77 Keim, MittBayNot 1994, 405, 409; Amann, MittBayNot 1997, 341 ff.
78 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 62; ders., DNotZ 1987, 459, 481.

79 Zwischen verschiedenen Arten der Belehrung differenzierend Amann, MittBayNot 1997, 341 ff.
80 Keim, MittBayNot 1994, 406, 409.
81 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 62.
82 Roemer, MittRhNotK 1991, 69, 81; Rieder, MittBayNot 1983, 203, 204 f.
83 Rastätter, BWNotZ 1990, 57, 62; ders., DNotZ 1987, 459, 483 f.
84 Roemer, MittRhNotK 1991, 69, 81.
85 Roemer, MittRhNotK 1991, 69, 81.
86 Zu den Risiken: Kersten/Bühling/Wolfsteiner, 20. Aufl. 1994, § 36 S. 376 f.
87 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 377 f.

Gefährdung des Verkäufers von der Bonität des potentiellen Grundschuldgläubigers abhängt, muß im Einzelfall entschieden werden, ob die Belastungsvollmacht entsprechend erweitert werden soll. Wichtig ist aber, daß vor Eigentumswechsel nur dann Grundschulden bestellt werden können, wenn die Vollmacht entsprechend erweitert wird oder der Verkäufer bei der Grundschuldbestellung mitwirkt. Selbst wenn eine Grundschuld ohne entsprechende Grundlage aus Nachlässigkeit des Grundbuchamtes eingetragen wird, ist sie nicht wirksam zustande gekommen.

b) Erteilen der Belastungsvollmacht

Bei der Aufnahme der Belastungsvollmacht in den Kaufvertrag treten insbesondere dann Probleme auf, wenn der Verkäufer vertreten wird.

(1) Belastungsvollmacht durch Bevollmächtigten des Verkäufers

Wird der Verkäufer durch einen Bevollmächtigten vertreten, so ist darauf zu achten, daß die Vollmacht ihn auch dazu berechtigt, eine Belastungsvollmacht zu erteilen. Diese Befugnis ist nämlich nicht schon in der Vollmacht zum Verkauf und zur Veräußerung enthalten, sondern muß ausdrücklich erteilt werden⁸⁸. Dem ist auch Genüge getan, wenn der Bevollmächtigte berechtigt ist, den Grundbesitz zu belasten und Untervollmacht zu erteilen.

(2) Belastungsvollmacht durch vollmachtlosen Vertreter des Verkäufers

Wird der Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages und Erteilen der Belastungsvollmacht vollmachtlos vertreten, so scheint zunächst § 180 S. 1 BGB der Wirksamkeit der Belastungsvollmacht entgegenzustehen. Nach § 180 S. 1 BGB ist nämlich bei einseitigen Rechtsgeschäften – und die Vollmachterteilung wird nach ganz h.M. als solches angesehen – Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Nach § 180 S. 2 BGB gilt dies aber nicht, wenn der andere Teil (der Käufer) die fehlende Vertretungsmacht kennt und mit dem Handeln einverstanden ist. Sofern der Vertreter das Fehlen der Vertretungsmacht also offenlegt, steht § 180 S. 1 BGB der Genehmigungsfähigkeit der Vollmachterteilung nicht entgegen⁸⁹.

Die Genehmigung wirkt gemäß § 184 BGB zurück, so daß auch die Bestellung einer Grundschuld zwischen Kaufvertrag und Genehmigung durch den Vertretenen wirksam wird⁹⁰.

c) Inhalt der Belastungsvollmacht

Zum Schutz des Verkäufers muß gewährleistet sein, daß sein Grundbesitz bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur insoweit zur Sicherung von Kredit für den Käufer dient, als die Bank Zahlungen auf den Kaufpreis geleistet hat.

In der Literatur ist umstritten, wie dies durch inhaltliche Gestaltung der Belastungsvollmacht bzw. der zu bestellenden Grundschuld zu erreichen ist.

(1) Abtretung des Darlehensanspruchs

Die in der Praxis weitverbreitete Aufnahme der Abtretung des Darlehensauszahlungsanspruchs an den Verkäufer in der Grundschuldbestellungsurkunde ist in der Literatur auf Kritik gestoßen.

So wird vertreten, diese Abtretung scheitere regelmäßig am Ausschluß der Abtretung in den Darlehensverträgen der Banken⁹¹.

Das ist indes nicht zutreffend: Zwar enthalten die Darlehensverträge der Banken regelmäßig Abtretungsverbote, jedoch sind Abtretungen selbstverständlich mit Zustimmung der Bank dennoch zulässig. Wird also die Vollmacht an die Bedingung geknüpft, daß die Darlehensforderung an den Verkäufer abgetreten wird, und nimmt die Bank das Angebot auf Begründung der aufgrund Belastungsvollmacht bestellten Grundschuld an, so genehmigt sie konkludent die Abtretung. Zumindest handelt es sich aber treuwidrig, wenn sie trotz Beharrns auf dem Abtretungsausschluß die aufgrund Belastungsvollmacht bestellte Grundschuld valutiert.

Außerdem wird vertreten, der Verkäufer erhalte durch die Abtretung mehr als ihm zustehe und es bestünde die Gefahr, daß er den Anspruch auf Auszahlung des Darlehens verfrüht geltend mache⁹².

Diese Gefahr läßt sich aber ausschließen, indem die Abtretung aufschiebend bedingt durch die Kaufpreisfälligkeit erklärt und der Höhe nach auf die Höhe des noch offenen Kaufpreises beschränkt wird.

Die Abtretung des Darlehensanspruchs des Käufers erscheint demnach unbedenklich.

Vor dem Hintergrund des Kostenrechts stellt sich die Frage, ob die Abtretung im Kaufvertrag erfolgen solle oder erst in der Grundschuldbestellungsurkunde. Wird die Abtretung in den Kaufvertrag aufgenommen, so ist sie gegenstandsgleich⁹³ mit der Belastungsvollmacht (§ 44 Abs. 1 KostO), und es fallen keine zusätzlichen Gebühren an. In der Grundschuldbestellungsurkunde tritt sie aber als gegenstandsverschiedenes⁹⁴ Geschäft neben die darin enthaltenen Erklärungen. Das führt nach § 44 Abs. 2 a) KostO zu einer Erhöhung des Geschäftswerts um den abgetretenen Betrag.

Die Rechtsprechung verlangt daher z.T., daß die Abtretungserklärung in den Kaufvertrag aufgenommen werden müsse, andernfalls liege eine unrichtige Sachbehandlung vor⁹⁵.

Das mag dann richtig sein, wenn bei Beurkundung des Kaufvertrages feststeht, bei welchem Kreditinstitut der Käufer in welcher Höhe finanziert. Steht das nicht fest, so ist eine Abtretung im Kaufvertrag nicht möglich. Denn dann kann die abgetretene Forderung nicht hinreichend bestimmt werden, so daß die Abtretung möglicherweise unwirksam ist⁹⁶. In diesen Fällen erscheint es sicherer, die Abtretung in die Grundschuldurkunde aufzunehmen.

(2) Zahlungsanweisung

Neben der Abtretung des Darlehensanspruchs erfolgt oft eine Anweisung an die Bank, das Darlehen bei Fälligkeit bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung unmittelbar an den Käufer auszahlen⁹⁷.

Diese Anweisung ist auch dann wirksam, wenn die Abtretung aufgrund eines Abtretungsverbotes nicht greift, etwa weil die Bank hierzu ihre Zustimmung verweigert. Daher hat die Anweisung auch neben der Abtretung durchaus ihre Funktion.

(3) Einschränkung der Zweckerklärung

Unabdingbar ist neben der Abtretung die Einschränkung der Zweckerklärung hinsichtlich der Grundschuld, so daß die Bank die Grundschuld bis zur vollständigen Zahlung des Kaufpreises nur insofern als Sicherheit verwerten oder behalten darf, als sie tatsächlich Zahlungen auf den Kaufpreis geleistet hat. Die weitergehenden Sicherungsabreden gelten erst dann, wenn der Kaufpreis vollständig bezahlt ist⁹⁸.

88 Schippers, DNotZ 1997, 683, 684 f.

89 Ausführlich hierzu Schippers, DNotZ 1997, 683 ff.

90 Schippers, DNotZ 1997, 683, 690 ff.

91 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 376; Germer, BWNotZ 1991, 116, 117.

92 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 376.

93 OLG Köln, MittRhNotK 1989, 87 ff.

94 OLG Köln, MittRhNotK 1989, 87 ff.; LG Stuttgart, BWNotZ 1990, 166 f.

95 OLG Köln, MittRhNotK 1989, 87 ff.

96 LG Stuttgart, BWNotZ 1996, 93 m. zust. Anm. Firnau; a.A. Bühler, BWNotZ 1996, 94.

97 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Brambring, a.a.O., A I Rn. 251.

98 Germer, BWNotZ 1991, 116, 117; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 376.

So wird verhindert, daß die Bank aufgrund ihrer zumeist verwandten weiten Zweckbestimmungserklärung Zugriff auf das Grundstück des Verkäufers hat, obwohl dieser den Kaufpreis noch nicht (vollständig) erhalten hat.

Die Rückgewähransprüche hinsichtlich der so bestellten Grundschuld werden an den Käufer abgetreten, allerdings auf schiebend bedingt durch die vollständige Kaufpreiszahlung⁹⁹.

d) Dingliche Vollstreckungsunterwerfung

In der Regel wünscht die Bank auch bei den aufgrund Belastungsvollmacht bestellten Grundschulden eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz.

Diese wird herkömmlicherweise durch den Eigentümer nach § 800 ZPO mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer erklärt.

Zu beachten ist jedoch, daß Eigentümer zum Zeitpunkt der Bewilligung und auch in der Regel zum Zeitpunkt der Eintragung der Grundschuld noch der Verkäufer ist. Die Bank benötigt aber in aller Regel einen Titel gegen den Käufer, der erst in Zukunft Eigentümer wird.

Da die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen den Erwerber in diesem Fall erst erfolgen kann, wenn er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, und diese Tatsache durch den Notar bei Erteilung der Klausel zu prüfen ist, fällt eine halbe Gebühr nach § 133 KostO an¹⁰⁰.

Diese Gebühr läßt sich leicht vermeiden, indem sich neben dem Eigentümer auch der Käufer als zukünftiger Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz unterwirft und auf den Nachweis des Eigentumswechsels bei Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung verzichtet wird¹⁰¹. Die Zulässigkeit dieser Unterwerfung durch den Erwerber als künftigen Eigentümer ist mittlerweile allgemein anerkannt¹⁰².

Die Grundschuldformulare einiger Banken sehen diese Möglichkeit bereits vor; wo dies nicht der Fall ist, dürfte eine entsprechende Ergänzung nicht auf Widerstand bei den Banken treffen.

e) Rangrücktritt oder Wirksamkeitsvermerk

Die aufgrund Belastungsvollmacht bestellte Grundschuld muß im Interesse der Bank auch gegenüber der für den Käufer im Kaufvertrag bewilligten Vormerkung Bestand haben.

Werden Kaufvertrag und Grundschuld zeitnah beurkundet, stellt das kein Problem dar. Der Notar beantragt dann die Eintragung der Grundschuld vor der Eintragung der Vormerkung.

Ist aber die Vormerkung bereits zur Eintragung beantragt oder gar schon eingetragen, so muß sichergestellt werden, daß die Grundschuld dem Vormerkungsberechtigten gegenüber wirksam ist.

In der Vergangenheit galt als einziger Weg zu diesem Ziel der Rangrücktritt der Vormerkung gegenüber der Grundschuld.

Neuerdings wird aber eine zweite Möglichkeit vorgeschlagen: Der Vormerkungsberechtigte (Käufer) stimmt der Grundschuldbestellung in der Grundschuldurkunde zu. Materiell-rechtlich hat das zur Folge, daß die Grundschuld ihm gegenüber wirksam ist, so daß die Vormerkung insoweit ihre Wirkung verliert. Um dieser Rechtslage im Grundbuch Ausdruck zu verleihen, wird die Eintragung eines sogenannten Wirksamkeitsvermerks

bei der Grundschuld verlangt¹⁰³. Dieser Wirksamkeitsvermerk – und das sei der entscheidende Vorteil gegenüber der Rangänderung – verursacht nach einer zum Teil vertretenen Ansicht keine Kosten¹⁰⁴.

Das Verfahren ist in der Literatur auf breite Zustimmung getroffen¹⁰⁵. In der Rechtsprechung ist es aber nicht unumstritten: So wird die Zulässigkeit vom OLG Saarbrücken¹⁰⁶ bejaht, während sie vom OLG Köln¹⁰⁷ verneint wird. Zwar vermag die dafür vom OLG Köln gelieferte Begründung nicht zu überzeugen, denn die bloße Tatsache, daß eine Rangänderung möglich ist, führt nicht per se zur Unzulässigkeit des Wirksamkeitsvermerks. Jedoch ist der Notar verpflichtet, den sichersten Weg zu wählen. Solange aber eine klärende Entscheidung des BGH in dieser Frage fehlt, erscheint es angesichts der divergierenden Entscheidungen der verschiedenen OLG nicht unbedenklich, mit dem Wirksamkeitsvermerk zu arbeiten. Hinzu kommt, daß die Kostenfolge uneinheitlich beurteilt wird: Setzt sich nämlich die Ansicht des BayObLG¹⁰⁸ durch, wonach eine ¼-Gebühr anfällt, so hat der Wirksamkeitsvermerk keine Vorteile gegenüber dem Rangrücktritt¹⁰⁹.

7. Rangbericht

Da die Valutierung der Grundschuld meist kurzfristig erfolgen soll, die Bearbeitungsdauer bei vielen Grundbuchämtern aber infolge Überlastung erheblich ist, muß der Notar in einem Großteil der Fälle einen Rangbericht erstellen.

Wegen dessen Inhalt sei auf den Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer¹¹⁰ verwiesen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, daß selbst der Anschein vermieden werden muß, der Notar übernehme die Gewähr dafür, daß die Grundschuld tatsächlich an der bedungenen Rangstelle eingetragen wird. Die von manchen Kreditinstituten immer noch vorgesehene Formulare zur Abgabe des Rangberichts enthalten meist derartige für den Notar nicht akzeptable Formulierungen und dürfen daher keinesfalls verwandt werden.

Trotz eindeutiger Fassung werden Rangberichte von Banken aber regelmäßig in ihrer Bedeutung überschätzt und eben als Garantie des Notars angesehen.

Die trotz Rangbericht verbleibenden Risiken sind bei Banken weithin unbekannt.

a) Konkursrisiko

Insbesondere wird übersehen, daß der Rangbericht nicht dagegen schützt, daß über das Vermögen des Eigentümers vor Stellung des Antrags auf Eintragung der Grundschuld das Konkursverfahren eröffnet worden sein kann. Der Konkursvermerk im Grundbuch hat nämlich nur deklaratorischen Charakter, so daß die Grundschuld in diesem Fall nicht wirksam entstehen kann.

b) Löschung vorrangiger Rechte

Auch die Löschung vorrangiger Rechte kann nicht sichergestellt werden. Selbst wenn die Löschung auch namens des Eigentümers beantragt ist, kann sie durch Zusammenwirken des Eigentümers mit dem Gläubiger des vorrangigen Rechts verhindert werden, indem beide den Löschantrag zurücknehmen. Die Bank als Gläubiger der einzutragenden Grundschuld hat nämlich kein eigenes Antragsrecht hinsichtlich der Löschung vorrangiger Rechte¹¹¹. Als sicherer wird daher z.T.

99 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 376.

100 Korinthenberg/Reimann, Kostenordnung, 13. Aufl. 1995, § 133, Rn. 13; BayObLG, DNotZ 1976, 59 ff.

101 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 379, vgl. auch Formulierungsvorschlag bei Germer, BWNotZ 1991, 116, 118.

102 Inzwischen h.M.: KG, DNotZ 1988, 238 ff.; BayObLG, MittBayNot 1987, 26 f.; OLG Saarbrücken, DNotZ 1977, 624 ff. (anders noch die Vorinstanz: LG Saarbrücken, NJW 1977, 584 f.); Zöller/Stöber, ZPO, 19. Aufl. 1995, § 800, Rn. 5; Zawar, NJW 1977, 585.

103 Ausführlich Lehmann, NJW 1993, 1558 ff.

104 LG Saarbrücken, MittRhNotK 1997, 243 f.; Lehmann, NJW 1993, 1558, 1560; a.A. BayObLG, MittRhNotK 1998, 141.

105 Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1523; Demharter, Grundbuchordnung, 22. Aufl. 1997, § 22, Rn. 19; Gursky, DNotZ 1998, 273 ff.

106 OLG Saarbrücken, MittRhNotK 1995, 25.

107 OLG Köln, Rpfleger 1998, 106 f. = DNotZ 1998, 311 ff.

108 BayObLG, MittRhNotK 1998, 141.

109 Schmidt, MittRhNotK 1998, 141 f.

110 DNotZ 1987, 3 f.

111 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 3.9.1; Clemente, a.a.O., Rn. 111.

vorgeschlagen, zunächst den Rangrücktritt vorrangiger Rechte zu beantragen, weil die Bank sich diesem Antrag anschließen kann¹¹². Das ist aber in der Praxis schwer durchzusetzen, weil dadurch zusätzliche Kosten anfallen.

c) Haftung des Notars

Letztlich ist auch das Vertrauen in die Haftpflicht des Notars überzogen. So werden teilweise auch Kredite in zweistelliger Millionenhöhe auf Rangbericht hin ausbezahlt, ohne zu beachten, daß selbst in einem eindeutigen Haftungsfall in vielen Fällen die Haftpflichtversicherung des Notars nicht ausreichen dürfte, um einen Schaden zu ersetzen.

II. Besondere Fallkonstellationen

1. Übernahme der Grundschild in rein dinglicher Haftung

Beim Abschluß eines Grundstückskaufvertrages¹¹³ stellt sich für den Erwerber die Frage, ob er bereits auf dem Vertragsgrundbesitz bestehende Grundschulden in rein dinglicher Haftung (ohne die besicherten Forderungen) übernehmen will, wenn er beabsichtigt, bei der bereits eingetragenen Bank zu finanzieren.

Aus der Sicht der Bank, die bereits den Verkäufer besichert hat, ist die damit verbundene (allerdings oft überschätzte) Kostenersparnis ein gewichtiges Argument, um den Käufer als neuen Kunden zu gewinnen.

Bei der Gestaltung eines entsprechenden Kaufvertrages muß beachtet werden, daß aus dieser dinglichen Übernahme keine zusätzlichen Risiken gegenüber dem üblichen Verfahren, bei dem die alten Grundpfandrechte gelöscht werden, resultieren.

So muß eine Erklärung der Gläubigerbank eingeholt werden, daß die Grundschild künftig – nach Ablösung evtl. noch bestehender Verbindlichkeiten des Verkäufers – nurmehr zur Sicherung von Verbindlichkeiten des Käufers dient.

An diese Voraussetzung wird üblicherweise die Kaufpreisklage geknüpft¹¹⁴.

Im Interesse des Verkäufers muß die Bank außerdem erklären, daß die in der Grundschildurkunde evtl. übernommene persönliche Haftung des Verkäufers mit Ablösung seiner Verbindlichkeiten erlischt¹¹⁵ und sie bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung die Grundschild nur insoweit verwertet oder behält, als sie tatsächlich Zahlungen auf die Kaufpreisschild des Käufers geleistet hat.

Weniger häufig werden folgende Problempunkte beachtet:

a) Problematik der Rückgewähransprüche

Meist werden die Rückgewähransprüche hinsichtlich übernommener Grundpfandrechte im Kaufvertrag an den Käufer abgetreten¹¹⁶.

(1) Risiko der vorherigen Abtretung an Dritte

Dabei besteht jedoch die Gefahr, daß die Abtretung ins Leere geht, wenn der Verkäufer die Rückgewähransprüche zuvor an einen Dritten abgetreten hat¹¹⁷. Ist eine anderweitige Abtretung erfolgt, so läuft der Käufer Gefahr, daß der Dritte nach Ablösung der zugrundeliegenden Verbindlichkeiten die Abtretung der Grundschild an sich verlangt und so auf den Grundbesitz zugreifen kann. Selbst wenn die Bank – geschützt durch § 407

Abs. 1 BGB – die Grundschild an den Käufer zurückgewährt hat, ist dieser dem Dritten nach § 816 Abs. 2 BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet¹¹⁸. In diesen Fällen stehen dem Käufer zwar Ersatzansprüche gegen den Verkäufer zu, er trägt aber das Risiko der Durchsetzbarkeit.

Die Abtretung der Rückgewähransprüche an den Käufer kann ihn davor nicht schützen, da er diese Forderungen nicht gutgläubig erwerben kann. Auch ein Hinweis durch die Bank muß nicht erfolgen, da diese nicht zwingend über die Abtretung informiert sein muß: Die Anzeige der Abtretung an den Schuldner (Bank) ist nicht Wirksamkeitsvoraussetzung¹¹⁹.

Daher kann der Käufer durch Abtretung der Rückgewähransprüche nicht gesichert werden.

Zum Teil wird deshalb vertreten, der Käufer könne gegen dieses Risiko nicht wirksam geschützt werden¹²⁰.

(2) Reduzierung der Rückgewähransprüche auf Löschung

Man begegnet diesem Risiko zum Teil dadurch, daß im Kaufvertrag die Ansprüche auf Rückgewähr der übernommenen Grundschild auf den Anspruch auf Löschung reduziert werden und der Anspruch auf Abtretung oder Verzicht ausgeschlossen wird¹²¹. Darin ist ein Angebot an die Bank auf Änderung des Sicherungsvertrages zu sehen, das diese noch annehmen muß; die Annahme durch die Bank ist dann Fälligkeitvoraussetzung.

Diese vertragliche Reduzierung der Rückgewähransprüche ist auch bei vorheriger Abtretung an einen Dritten diesem gegenüber wirksam, sofern die Abtretung der Bank nicht angezeigt wurde. Gemäß § 407 Abs. 1 BGB muß nämlich der neue Gläubiger (der Dritte) jedes Rechtsgeschäft zwischen altem Gläubiger (Verkäufer) und Schuldner (Bank) in Ansehung der Forderung gegen sich gelten lassen, sofern der Schuldner (Bank) die Abtretung nicht kennt.

Wurde die Abtretung aber der Bank angezeigt, so wird sie das Angebot auf Reduzierung der Rückgewähransprüche nicht annehmen, um sich nicht schadenersatzpflichtig zu machen.

Durch die Reduzierung der Rückgewähransprüche auf Löschung wird die Zugriffsmöglichkeit des Dritten auf den Vertragsgrundbesitz verhindert, denn dieser kann nicht mehr die Abtretung der Grundschild an sich verlangen, sondern nur noch Löschung. Das nutzt ihm aber nur dann, wenn er auf dem Vertragsgrundbesitz nachrangig besichert ist. Der Schaden beim Käufer hält sich dann in Grenzen; er kann allenfalls die Möglichkeit verlieren, die Grundschild erneut zu valutieren.

Gefahr droht dem Käufer aber in dieser Fallkonstellation jedoch, wenn er sein Eigentum am Vertragsgrundbesitz im Wege der Zwangsvollstreckung wieder verliert und die beim Kauf übernommene Grundschild ins geringste Gebot fällt und bestehen bleibt.

Das Bargebot fällt dann entsprechend dem Nennbetrag der Grundschild niedriger aus und der Käufer als Vollstreckungsschuldner ist darauf angewiesen, sich die Grundschild nach Ablösung der zugrundeliegenden Verbindlichkeiten abtreten zu lassen und daraus Befriedigung zu suchen. Sind aber die Rückgewähransprüche auf Löschung reduziert, entfällt diese Möglichkeit; die Löschung kommt nur dem neuen Eigentümer, der durch Zuschlag erworben hat, zugute. Aus diesem Grunde hat der BGH¹²² – mit Zustimmung der Literatur¹²³ – die ausnahmslose formulärmäßige Reduzierung der Rückgewähran-

112 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 3.9.1.

113 Das gilt selbstverständlich auch bei anderen Formen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs; der Einfachheit halber wird aber im folgenden nur von „Kauf“, „Käufer“ und „Verkäufer“ gesprochen.

114 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Brambring, a.a.O., A I Rn. 344.

115 Vgl. Münchener Vertragshandbuch/Nieder, 3. Aufl. 1992, S. 3.

116 Vgl. Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 369; Beck'sches Formularhandbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht/Schippel, 6. Aufl. 1995, S. 145; Wurm/Wagner/Zartmann/Götte, Das Rechtsformularbuch, 13. Aufl. 1994, S. 217; Münchener Vertragshandbuch/Nieder, a.a.O., S. 4.

117 Angesichts der schwierigen Materie der Rückgewähransprüche ist es oft kein

Zeichen bösen Willens, wenn der Verkäufer dies nicht offenbart; in vielen Fällen weiß er davon nichts.

118 Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

119 Anders als bei der Verpfändung (§ 1280 BGB); bei der Pfändung ist die Zustimmung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner Wirksamkeitsvoraussetzung (§ 829 Abs. 3 ZPO).

120 Wörbelaue, DNotZ 1965, 519, 526; Münchener Vertragshandbuch/Nieder, a.a.O., S. 17; Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

121 Beck'sches Notar-Handbuch/Brambring, a.a.O., A I Rn. 344.

122 BGH, DNotZ 1989, 618 ff.

123 Rastätter, BWNNotZ 1990, 57, 61.

sprüche bei Grundschuldbestellung für unzulässig erklärt. Eine Regelung dahin gehend, daß die Reduzierung auf Löschung dann nicht gelte, wenn der Käufer sein Eigentum in der Zwangsversteigerung verloren habe, hilft bei der Grundschuldbüchernaahme auch nicht, denn dann kommt statt des Käufers wieder der Zessionar zum Zuge.

Wenn sich auch die beschriebenen Gefahren in der Praxis wohl nicht gerade häufig realisieren werden, so erscheint dennoch die Reduzierung der Rückgewähransprüche auf Löschung nicht die ideale Lösung zu sein.

(3) Aufhebung und Neubegründung der Rückgewähransprüche

Besser erscheint es daher, zwischen Verkäufer, Bank und Käufer eine Vereinbarung zu treffen, wonach der Rückgewähranspruch des Verkäufers (aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung) aufgehoben und in der Person des Käufers ein neuer eigener Anspruch begründet wird¹²⁴. Die diesbezüglichen Erklärungen von Verkäufer und Käufer werden in den Kaufvertrag aufgenommen, und die Bank muß ihre Erklärung zusammen mit der Änderung der Zweckerklärung im übrigen abgeben, was Fälligkeitvoraussetzung ist.

Die Bank verpflichtet sich dadurch originär gegenüber dem Käufer, diesem nach Beendigung des neuen Sicherungszwecks die Grundschuld zurückzugewähren.

Da an dieser Vereinbarung der Gläubiger mitwirkt, handelt es sich gerade nicht um eine Abtretung, die ja ins Leere ginge.

Diese Vereinbarung zwischen altem Gläubiger (Verkäufer) und Schuldner (Bank) ist gemäß § 407 Abs. 1 BGB dem neuen Gläubiger gegenüber wirksam, wenn die Bank die Abtretung nicht kennt¹²⁵. Kennt sie die Abtretung, so wird sie ihre Mitwirkung verweigern, und es muß eine andere Art der Abwicklung des Vertrages gesucht werden. Für die Bank ist diese Vorgehensweise daher risikolos.

Für den Käufer besteht kein Risiko, da er in jedem Fall einen neuen eigenen Anspruch gegen die Bank erhält. Das gilt selbst dann, wenn sich die Bank nicht auf die Schuldnerschutzvorschrift des § 407 Abs. 1 BGB beruft oder trotz Kenntnis von der bisherigen Abtretung mitwirkt.

Wenn die Bank aufgrund des neuen Rückgewähranspruchs die Grundschuld löschen läßt, auf sie verzichtet oder sie an den Käufer abtritt, so entstehen keine Ansprüche des Dritten gegen den Käufer aus § 816 Abs. 2 BGB¹²⁶. Denn die Bank leistet an den Berechtigten des neuen Rückgewähranspruchs und gerade nicht auf den alten, dem Dritten aufgrund Abtretung zustehenden Anspruch. Die Begründung des neuen Rückgewähranspruchs in der Person des Käufers als solche stellt ebenfalls keine Leistung an den Käufer i.S.v. § 816 Abs. 2 BGB dar, denn die Bank verfolgt gegenüber dem Käufer keinen eigenen Zweck. Sie stimmt der Begründung des neuen Anspruchs zu, um vom alten Anspruch des Verkäufers befreit zu werden; es liegt somit eine Leistung an den Verkäufer vor. Für den Käufer bestehen daher keine Risiken.

Der Verkäufer macht sich aufgrund der hier beschriebenen Vorgehensweise zwar gegenüber dem Dritten schadenersatzpflichtig, da er dessen erworbene Rückgewähransprüche vernichtet. Das tut er aber auch, wenn er – wie üblich – im Kauf-

vertrag der Löschung der Grundpfandrechte zustimmt. Für ihn bestehen also ebenfalls keine größeren Risiken als bei der Abwicklung des Vertrages unter Löschung der alten Grundpfandrechte.

Der Dritte verliert bei diesem Verfahren seine Rückgewähransprüche und ist ebenso auf Schadenersatzansprüche gegen den Verkäufer angewiesen wie bei Löschung der alten Grundschulden.

Die Aufhebung der alten und Begründung neuer Rückgewähransprüche in der Person des Käufers stellt daher eine für alle Beteiligten akzeptable Lösung dar, die keine zusätzlichen Risiken gegenüber der Löschung der alten Grundschulden birgt.

b) Dingliche Vollstreckungsunterwerfung

Bei der Übernahme in dinglicher Haftung gibt der Erwerber in der Regel im Kaufvertrag ein abstraktes Schuldanerkenntnis oder -versprechen gegenüber der Bank in Höhe des Grundschuldbetrages nebst Nebenleistung ab und unterwirft sich deshalb der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Das wird regelmäßig von der finanzierenden Bank verlangt; selbst wenn dies nicht ausdrücklich geschieht, so ist anzunehmen, daß die Bank Wert darauf legt, wenn der Verkäufer dies bei Grundschuldbestellung getan hat.

Eine Vollstreckungsunterwerfung in den belasteten Grundbesitz unterbleibt dagegen meist¹²⁷, da der Verkäufer sich seinerzeit mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer der Vollstreckung in den Grundbesitz unterworfen hat (§ 800 ZPO). Die Vollstreckungsklausel zu jener Urkunde kann daher nach Umschreibung des Eigentums auf den Käufer umgeschrieben werden.

Dafür fällt jedoch eine halbe Gebühr gemäß § 133 KostO an.

Aus diesem Grund erscheint es sinnvoll, daß der Käufer sich im Kaufvertrag auch der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld in den erworbenen Grundbesitz unterwirft¹²⁸. Das ist zulässig, auch wenn der Käufer dann noch nicht Eigentümer des Grundbesitzes ist¹²⁹. Wenn sich der Käufer darüber hinaus damit einverstanden erklärt, daß die vollstreckbare Ausfertigung ohne Nachweis des Eigentumswechsels erteilt werden kann, so kann diese der Bank sofort zugesandt werden.

Da die dingliche Vollstreckungsunterwerfung gegenstands-gleich mit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung ist, fallen keine zusätzlichen Kosten an.

Zwar besteht in diesen Fällen die Möglichkeit, daß sich die Bank zusätzlich die Vollstreckungsklausel aus der Grundschuldbestellungsurkunde umschreiben läßt¹³⁰, jedoch ist dieses Risiko zumindest dann hinnehmbar, wenn es sich bei dem Gläubiger um ein inländisches Kreditinstitut handelt, da der Gläubiger natürlich verpflichtet ist, bei Rückgewähr sämtliche vollstreckbare Ausfertigungen zurückzugeben.

2. Übernahme der Grundschuld in dinglicher und des besicherten Darlehens in persönlicher Haftung

Soll im Kaufvertrag¹³¹ nicht nur die Grundschuld, sondern auch das zugrundeliegende Darlehen in persönlicher Haftung über-

124 Formulierungsvorschlag bei Gaberdiel, a.a.O., Rn. 16.4.3.: „Nach Wegfall des neuen Sicherungszwecks hat der Gläubiger die Grundschuld an den Erwerber zurückzugewähren.“ Die Formulierung sollte m.E. deutlicher ausfallen, etwa indem der Satz vorangestellt wird: „Die bisherigen Rückgewähransprüche des Verkäufers werden aufgehoben.“

125 Gaberdiel, a.a.O., Rn. 16.4.5.

126 Allgemein zur Problematik des § 816 Abs. 2 BGB in diesem Zusammenhang vgl. Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 151.

127 Beck'sches Formularbuch/Schippel, a.a.O., S. 145; Wagner/Wurm/Zartmann/Götte, a.a.O., S. 218; Münchener Vertragshandbuch/Nieder, a.a.O., S. 3.

128 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 21 S. 202; Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 147; Wolfsteiner, DNotZ 1968, 392, 403.

129 Inzwischen h.M.: Zöller/Stöber, ZPO, a.a.O., § 800, Rn. 5; BayObLG, MittBay-Not 1987, 26 f.; KG, DNotZ 1988, 238 ff.; Zavar, NJW 1977, 585; OLG Saarbrücken, DNotZ 1977, 624 ff. (anders noch die Vorinstanz: LG Saarbrücken, NJW 1977, 584 f.).

130 Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 147; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rn. 38.14.

131 Diese Problematik stellt sich auch und gerade bei anderen Formen rechtsgeschäftlichen Erwerbs (z.B. ehebedingten Zuwendungen, vorweggenommener Erbfolge). Der Einfachheit halber wird dennoch im folgenden von „Kauf“, „Käufer“ und „Verkäufer“ gesprochen.

nommen werden, so sind zunächst die gleichen Punkte wie bei der rein dinglichen Übernahme (1. a) und b)) zu beachten:

Auch hier sollten die Rückgewähransprüche aufgehoben und in der Person des Käufers neu begründet werden sowie eine dingliche Vollstreckungsunterwerfung des Käufers beurkundet werden.

Darüber hinaus stellt sich folgende Problematik:

a) Schuldbeitritt

Tritt der Käufer einer bestehenden grundpfandrechtlich besicherten Schuld des Verkäufers bei, etwa weil er einen Bruchteil am Grundstück erwirbt, so ist das VerbrKrG zu beachten¹³².

Der BGH¹³³ hat nämlich entschieden, daß dieses Gesetz auf den Schuldbeitritt entsprechend anzuwenden ist, mit der Folge, daß insbesondere die Formvorschriften des § 4 VerbrKrG gelten und der Kreditvertrag die nach § 4 Abs. 1 S. 4 Nr. 1 VerbrKrG vorgeschriebenen Angaben (Nettokreditbetrag, Kosten, Effektivzins etc.) enthalten muß. Fehlen diese Angaben, so ist der Schuldbeitritt gemäß § 6 Abs. 1 VerbrKrG unwirksam. Diese Unwirksamkeit wird auch nicht nach § 6 Abs. 2 VerbrKrG geheilt, da keine Auszahlung des Darlehens an den Beitretenden erfolgt.

Das hat zur Folge, daß dem Gläubiger aus dem Schuldbeitritt keinerlei Ansprüche gegen den Käufer zustehen.

b) Schuldübernahme

Aus den Entscheidungsgründen ist zu schließen, daß die vorstehenden Grundsätze auch für die befreiende Schuldübernahme gelten müssen¹³⁴.

Auch hier sind daher die Angaben nach dem VerbrKrG erforderlich.

Bei Verstoß hiergegen dürfte ebenfalls keine Heilung nach § 6 Abs. 2 VerbrKrG eintreten, da das Darlehen nicht an den Übernehmenden ausbezahlt wird.

c) Konsequenzen für den Notar

Es stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die dargestellten Probleme für die notarielle Vertragsgestaltung haben.

Eine Aufnahme der nach obigen Ausführungen erforderlichen Angaben und Belehrungen nach dem VerbrKrG in den Kaufvertrag, in dem Schuldbeitritt oder Schuldübernahme zwischen Verkäufer und Käufer vereinbart werden, dürfte jedoch nicht erforderlich sein. Denn die Angaben nach VerbrKrG betreffen das Verhältnis zwischen Bank und Käufer als neuem Darlehensnehmer, während der Kaufvertrag Regelungen zwischen Verkäufer und Käufer trifft¹³⁵.

Jedoch kann der Notar mit der Problematik konfrontiert werden, wenn die Bank in diesem Zusammenhang in irgendeiner Weise an ihn herantritt. Vor dem Hintergrund der allgemeinen Betreuungsverpflichtung (s.o.) wird der Notar dann verpflichtet sein, die Bank auf diese Erfordernisse hinzuweisen.

3. Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs

a) Ausgangslage

In einigen Fällen ist die Finanzierung des Kaufpreises nicht mittels Belastungsvollmacht zu erreichen. Die Gründe hierfür können verschieden sein: Meist liegt es daran, daß Veräußerer eine Gemeinde ist, der die Belastung des Grundbesitzes aufgrund kommunalrechtlicher Vorschriften nicht ohne weiteres gestattet ist. Bisweilen scheitert eine Belastungsvollmacht aber auch daran, daß der Veräußerer nicht zur deren Erteilung bereit ist,

oder daran, daß nur eine noch zu vermessende Teilfläche verkauft wird und die Stammparzelle nicht belastet werden kann.

In diesen Fällen kann die Zeit bis zur Eintragung der Grundschuld dadurch überbrückt werden, daß der Bank der Anspruch des Käufers auf Eigentumsverschaffung verpfändet wird.

Ähnlich stellt sich die Sachlage dar, wenn als Kreditsicherheit offene Rückübertragungsansprüche an Grundstücken nach dem VermG dienen sollen. Auf die Besonderheiten dieses Verfahrens soll aber hier nicht eingegangen werden.

b) Gegenstand des Pfandrechts

Gegenstand des Pfandrechts sind der schuldrechtliche Anspruch des Käufers auf Verschaffung des Eigentums am Vertragsgrundbesitz gegen den Verkäufer sowie zweckmäßigerweise sämtliche sonstige Ansprüche des Käufers aus dem Kaufvertrag.

Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung besteht so lange, bis der Käufer Eigentümer geworden ist, also auch dann, wenn die Auffassung bereits erklärt ist, selbst wenn der Antrag auf Eigentumsumschreibung schon gestellt ist¹³⁶.

c) Qualität als Kreditsicherheit

Aus Sicht der Bank ist allerdings zu beachten, daß durch die Verpfändung des Anspruchs keine dingliche, sondern nur eine schuldrechtliche Sicherung erreicht wird. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Verpfändung bei der Vormerkung des Käufers im Grundbuch eingetragen wird. Die Bank kann nicht dagegen geschützt werden, daß der Kaufvertrag etwa zuvor rückgängig gemacht worden ist oder daß der Käufer den Anspruch bereits vorrangig anderweitig abgetreten hat. Zum Teil wird diese Art der Sicherheit auch als reine „Dekoration eines Personalkredits“¹³⁷ angesehen. Dementsprechend wird die Verpfändung auch längst nicht von allen Kreditinstituten akzeptiert, und eine vorherige Absprache mit der Bank ist dringend zu empfehlen.

d) Vertragsgestaltung

Bei der Gestaltung des Verpfändungsvertrages sind insbesondere folgende Punkte zu beachten¹³⁸.

(1) Form

Aus materiell-rechtlicher Sicht ist die Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs formfrei möglich. Es empfiehlt sich jedoch, die Verpfändung in derselben Urkunde vorzunehmen, in der die letztlich einzutragende Grundschuld beurkundet wird, so daß die dafür maßgeblichen Formvorschriften – bei Vollstreckbarkeit die Beurkundungsform – eingreifen. Auch ist anzuraten, daß sich der Verpfänder wegen des Pfandrechts selbst der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft¹³⁹, so daß schon aus diesem Grund eine Beurkundung der Verpfändungserklärung erforderlich ist.

Die Verpfändung ist ein zweiseitiger Vertrag, so daß die Bank die Verpfändung annehmen muß. Diese Erklärung ist ebenfalls formfrei möglich; jedoch sind zum Vollzug – wie nachstehend noch darzustellen – Grundbucheklärungen der Bank notwendig, die wegen § 19 Abs. 1 S. 1 GBO zumindest in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden müssen.

(2) Gesicherte Forderung

Das Pfandrecht als akzessorisches Kreditsicherungsmittel bedarf einer Forderung, zu deren Sicherung es bestellt wird. Dazu bietet sich das in der Grundschuldbestellungsurkunde in der Regel abgegebene Schuldversprechen bzw. Schuldanerkennen an¹⁴⁰.

132 Kaufhold, DNotZ 1998, 254, 258 ff.

133 BGH, DNotZ 1998, 29 ff. m. zust. Anm. v. Westphalen.

134 V. Westphalen, DNotZ 1998, 33, 34 ff.; Kaufhold, DNotZ 1998, 254, 258 ff.

135 Kaufhold, DNotZ 1998, 254, 259; Kurz, DNotZ 1997, 552, 562 ff.

136 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36, S. 372 f.; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1584.

137 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 373.

138 Im Rahmen dieser Abhandlung ist eine erschöpfende Darstellung der diesbezüglichen Problematik nicht möglich; wegen weiterer Einzelheiten sei daher auf die ausführliche und mit weiteren Nachweisen versehene Darstellung bei Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1555 ff. verwiesen.

139 Vgl. Muster bei Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 375.

140 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 374; Haegeler/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1559.

(3) Anzeige an den Schuldner

Zur Wirksamkeit einer Verpfändung ist nach § 1280 BGB die Anzeige durch den Verpfänder (Käufer) an den Schuldner (Verkäufer) erforderlich. Da das Pfandrecht erst mit dieser Anzeige entsteht, ist es im Sinne der Rangwahrung dringend notwendig, die Anzeige unverzüglich vorzunehmen.

Um die Anzeige im Interesse der Bank zu gewährleisten, ist eine Vollmacht für diese¹⁴¹ oder den Notar¹⁴² sinnvoll.

(4) Vermerk bei der Vormerkung

Die Verpfändung kann im Wege der Grundbuchberichtigung bei der für den Käufer im Grundbuch eingetragenen Vormerkung vermerkt werden. Die Eintragung erfolgt aufgrund Nachweises der Verpfändung oder aufgrund Bewilligung des Vormerkungsberechtigten (Käufer). Da der Nachweis wegen der erforderlichen Mitwirkung des Pfandgläubigers (Bank) und der Anzeige an den Verkäufer u.U. in grundbuchtauglicher Form schwer zu führen ist, empfiehlt es sich, eine diesbezügliche Berichtigungsbewilligung des Käufers in die Urkunde aufzunehmen¹⁴³.

Zwar ist dieser Vermerk nicht konstitutiv für das Zustandekommen des Pfandrechts. Jedoch hat der Vermerk entgegen einer zum Teil in der Literatur vertretenen Ansicht¹⁴⁴ durchaus einen Sinn: Er schützt nämlich die Bank davor, daß ein Dritter gutgläubig erwirbt, wenn der Käufer als Vormerkungsberechtigter einer vormerkungswidrigen Verfügung über das Grundstück zustimmt; Löschung oder Rangrücktritt der Vormerkung werden dann nicht mehr ohne Zustimmung der Bank eingetragen¹⁴⁵.

Um das Verfahren zu vereinfachen, sollte daher die Bank schon bei Bestellung des Pfandrechts der Löschung der Vormerkung zustimmen¹⁴⁶ für den Fall, daß die kraft Gesetzes entstehende Sicherungshypothek den Rang der Vormerkung erhält und daß sie Vorrang vor allen anderen etwa bei Eigentumsübergang entstehenden Rechten erhält.

(5) Umwandlung in eine Sicherungshypothek

Mit Erfüllung des verpfändeten Anspruchs, nämlich dem Eigentumserwerb durch den Käufer, erlischt das Pfandrecht, und kraft Gesetzes entsteht außerhalb des Grundbuchs als Surrogat eine Sicherungshypothek für die Bank. Diese wird aufgrund Berichtigungsbewilligung des Käufers und Antrag der Bank, die ebenfalls im Vorfeld beurkundet werden sollten, eingetragen.

Diese Sicherungshypothek hat Rang nach allen Rechten, die im Kaufvertrag für den Verkäufer oder Dritte bestellt wurden, aber Vorrang vor allen vom Käufer bewilligten weiteren Eintragungen, selbst wenn deren Bewilligung vor Verpfändung erfolgte¹⁴⁷.

Zwar kann die Sicherungshypothek nur Rang nach vom Verkäufer zwischenzeitlich beantragten Rechten erhalten, jedoch sind diese Eintragungen der Bank gegenüber aufgrund des Vormerkungsschutzes relativ unwirksam (§§ 883, 888 BGB). Das gilt auch, wenn die Verpfändung nicht im Grundbuch bei der Vormerkung vermerkt ist. Die Bank kann den Rangrücktritt dieser Rechte zugunsten ihrer Sicherungshypothek verlangen¹⁴⁸.

(6) Eintragung der Grundsuld

Da die Sicherungshypothek jedoch nicht die letztlich gewollte Kreditsicherheit ist, muß an ihrer Stelle die bestellte Grundsuld eingetragen werden.

Ob dies für die Bank risikolos möglich ist, ohne die Sicherungshypothek zumindest als Durchgangsstadium einzutragen, ist letztlich nicht geklärt¹⁴⁹. Der sicherste Weg besteht also darin, die Eintragung der Sicherungshypothek und deren sofortige Umwandlung in eine Grundsuld gemäß dem Inhalt der Bestellungsurkunde zu beantragen.

e) Verpfändung des Anwartschaftsrechts

Zum Teil wird auch die Verpfändung des Anwartschaftsrechts am Grundbesitz als Alternative zur Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs vorgeschlagen¹⁵⁰.

Jedoch sind die Einzelheiten des Anwartschaftsrechts und erst recht die von dessen Verpfändung sehr umstritten.

Andererseits gewährt die Verpfändung des Anwartschaftsrechts der Bank gegenüber der Verpfändung des bloßen Anspruchs keinerlei Vorteile.

Da aber auch nach Entstehen des Anwartschaftsrechts die Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs noch möglich ist, ist diese unter dem Gesichtspunkt des sichersten Weges vorzugswürdig¹⁵¹, zumal auch bei Konkurrenz der Pfandrechte an Anspruch und Anwartschaftsrecht ausschließlich das Prioritätsprinzip gilt¹⁵².

141 Vgl. Muster bei Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 375.

142 Vgl. Muster bei Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1555.

143 Vgl. Muster bei Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1555 und bei Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 375.

144 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 373.

145 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1574.

146 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 374 f.

147 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1576 a.

148 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1575 a.

149 Vgl. dazu Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1580; Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 373 f.

150 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1589 ff.

151 Kersten/Bühling/Wolfsteiner, a.a.O., § 36 S. 372 f.

152 Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1592.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung im Lichte des Handelsrechtsreformgesetzes und des AGB-Gesetzes

(von Hans-Jürgen Heil, Notarassessor aus Düsseldorf)

1. Problemstellung
2. Zulässigkeit der GbR mbH nach dem Handelsrechtsreformgesetz
 - a) Untersuchung nach der bisherigen Rechtslage unter Beachtung der Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
 - aa) Akzeptanz der GbR mbH in Rechtsprechung und Literatur
 - bb) Haftungsverhältnisse bei Vertragsschluß ohne besondere Abreden zur Haftung
 - aaa) Traditionelle Lehre („Vermögenslehre“)
 - bbb) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie
 - ccc) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie
 - cc) Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung unter Beachtung der Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
 - aaa) Traditionelle Lehre („Vermögenslehre“)
 - bbb) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie
 - ccc) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie
 - ddd) Zwischenergebnis
 - dd) Einwirkung des Handelsrechts auf die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung
 - b) Untersuchung nach der neuen Rechtslage
 - aa) Gesetzliche Grundlagen
 - bb) Stellungnahmen in der Literatur
 - cc) Stellungnahme
 - aaa) Auslegung der einschlägigen Vorschriften
 - bbb) Handelsrechtlicher Typenzwang?
 - ccc) Fazit
3. Umwandlung der GbR mbH in eine Personenhandels-gesellschaft und die Folgen
4. Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung und AGB-Gesetz
 - a) Problematik
 - b) Prüfung der Vertragsbedingungen am AGB-Gesetz
 - aa) Prüfungsgegenstand des AGB-Gesetzes: Vertragsbedingungen
 - bb) Prüfungsmaßstab: §§ 9 und 11 Nr. 7 bis 11 AGBG
 - cc) Überprüfung der Haftungsbeschränkung am AGB-Gesetz unter Zugrundelegung der verschiedenen Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts
 - aaa) Traditionelle Ansicht (Vermögenslehre)
 - bbb) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie
 - ccc) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie
 - c) Folgen der Unzulässigkeit einer Haftungsbeschränkung
 - d) Bedeutung des bloßen Auftretens als „GbR mit beschränkter Haftung“ und Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung durch Geschäftsbezeichnung nach dem AGB-Gesetz
 - aa) Doppelverpflichtungstheorie
 - bb) Traditionelle Lehre und Akzessorietätstheorie
5. Würdigung der dargestellten Theorien
6. Folgerungen für die notarielle Praxis
 - a) Zulässigkeit der GbR mit Haftungsbeschränkung und Wirkung des AGB-Gesetzes
 - b) Klarstellung der Haftungsfrage durch den Notar in der Niederschrift
 - c) Belehrungen durch den Notar
 - d) Beurkundung eines GbR-Vertrages

1. Problemstellung

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung ist das Resultat einer juristischen Konstruktion, mit der auf der Grundlage des Rechts der Gesellschaft (§§ 705 ff. BGB) durch Einschränkung der Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter oder durch sonstige Abrede mit dem Geschäftspartner eine der Kommanditgesellschaft angenäherte Haftungssituation für die Gesellschafter geschaffen werden soll¹. Durch die Beschränkung der Vertretungsmacht auf die Verpflichtung der Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen soll erreicht werden, daß die Gesellschafter nur mit diesem haften.

Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit einer in der beschriebenen Weise beschränkten Haftung zum bisher geltenden Recht anerkannt und lediglich verlangt, daß die Beschränkung der Vertretungsmacht den Dritten hinreichend erkennbar ist². Er hat dabei strenge Anforderungen an die Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung für den Rechtsverkehr gestellt³. Rechtsdogmatisch ist die Annahme der vollen Haftung aller Gesellschafter bei fehlender Erkennbarkeit der Beschränkung der Vertretungsmacht eine Rechtsscheinhafung, da die Gesellschafter durch das Dulden des Auftretens der geschäftsführenden Gesellschafter für die Gesellschafter ohne Offenlegung der Haftungsbeschränkung den Rechtsschein einer „typischen“ Gesellschaft (mit voller Haftung aller Gesellschafter) zurechenbar gesetzt haben⁴.

In der neueren Literatur findet sich nunmehr eine Stellungnahme Schöns, wonach die vermögensverwaltende Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung aufgrund der Möglichkeit der Registrierung einer KG (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB) unzulässig sei und die Gesellschafter darauf verwiesen seien, Haftungsbeschränkungen auf dem Wege der Registrierung einer KG zu begründen⁵. Die vor allem aus steuerlichen Gründen bisher gewählte Konstruktion der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung ist damit in Frage gestellt.

Der Notar ist mit der fraglichen Konstruktion insoweit befaßt, als diese Gesellschaftsform aus steuerlichen Gründen oft Grundbesitzverwaltung betreiben soll, so daß jedenfalls der Grundstückseinbringungsvertrag und je nach den Umständen auch

1 Palandt/Thomas (57. Aufl.) § 714, Rn. 4; eingehend Gummert ZIP 1993 S. 1063; Wellkamp NJW 1993 S. 2715; Kögel DB 1995 S. 2201; K. Schmidt NJW 1998 S. 2161, 2164 und DB 1998 S. 61 spricht von als BGB-Gesellschaften verfaßten „Kommanditgesellschaften bürgerlichen Rechts“ oder, falls eine GmbH beteiligt ist, von der „GmbH & Co. GbR“; Hasselbach MDR 1998 S. 1200.
2 BGH NJW 1992 S. 3037 ff.; Palandt/Thomas § 714, Rn. 4; schon RGZ 155, 75, 87.

3 BGH BB 1990 S. 1085; BGH NJW 1992 S. 3037 ff. (= DB 1992 S. 2083 f.).
4 So die zutreffende dogmatische Begründung von MünchKommUlrer (3. Aufl.) § 714, Rn. 36 mit 31; Cordes JZ 1998 S. 548; ebenso BGH NJW 1992 S. 3037, 3039; nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht.
5 Schön DB 1998 S. 1169, 1177; erstaunlicherweise noch weniger sicher formuliert a.a.O. auf S. 1176: „spricht vieles dafür“; a.A. zum neuen Recht K. Schmidt NJW 1998 S. 2161, 2164: müssen damit noch nicht als unzulässig angesehen werden.

der Gesellschaftsvertrag formbedürftig nach § 313 S. 1 BGB sind⁶. Ferner kann eine GbR mit Haftungsbeschränkung als Urkundsbeteiligter auftreten wollen, etwa als Bauträger in einem Bauträgervertrag.

Zunächst soll (unter 2.) die fortbestehende Zulässigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Haftungsbeschränkung geprüft werden, dann (unter 3.) wird die Frage untersucht, welche Folgen die – möglicherweise unbemerkte – Umwandlung einer GbR mbH kraft Gesetzes in eine Personenhandelsgesellschaft hat. Weiter wird (unter 4.) geprüft, inwieweit die Haftungsbeschränkung nach dem Gesetz zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen unwirksam sein kann. Schließlich werden (unter 5.) die im Aufsatz dargestellten unterschiedlichen Theorien gewürdigt und (unter 6.) Folgerungen für die notarielle Praxis gezogen sowie das Ergebnis kurz zusammengefaßt.

2. Zulässigkeit der GbR mbH nach dem Handelsrechtsreformgesetz

a) Untersuchung nach der bisherigen Rechtslage unter Beachtung der Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

aa) Akzeptanz der GbR mbH in Rechtsprechung und Literatur

Auszugehen ist davon, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes⁷ in Lehre und Rechtsprechung als zulässig angesehen wurde⁸, wobei nur im Einzelfall eine hinreichende Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung als nicht gegeben angenommen wurde⁹. Die Diskussion um die Wirksamkeit einer Haftungsbeschränkung leidet daran, daß die bestehenden Theorien zur Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht sauber getrennt werden und die dogmatischen Grundlagen nicht hinreichend geklärt und beachtet werden¹⁰.

bb) Haftungsverhältnisse bei Vertragsschluß ohne besondere Abreden zur Haftung

aaa) Traditionelle Lehre („Vermögenstheorie“)

Typischerweise wird ohne besondere Abreden bei einem Handeln für die Gesellschaft nach traditioneller Ansicht jeder Gesellschafter mit seinem gesamten Vermögen verpflichtet, §§ 714, 718, 420 ff. BGB¹¹. Einzig rechtsfähig sind die Gesellschafter. Das Gesellschaftsvermögen ist nur ein gesamthänderisch gebundenes Sondervermögen und eine besondere gemeinsame Haftungsmasse neben dem sonstigen Vermögen der Gesellschafter. Man kann daher plastisch von der „Vermögenstheorie“ sprechen¹². Die Gesellschafter werden mangels besonderer Abrede nach den dargestellten allgemeinen Grundsätzen aus gemeinsamem rechtsgeschäftlichen Handeln voll persönlich verpflichtet¹³.

bbb) Gruppen-Lehre

Die sog. „Gruppen-Lehre“¹⁴ geht von der Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechend § 124 Abs. 1 HGB aus, obwohl diese Vorschrift als speziell handelsrechtliche Norm für die BGB-Gesellschaft systematisch eindeutig nicht gilt. Die Gesellschafter als Gruppe bilden die teilrechtsfähige Gesellschaft, neben der die Gesellschafter als weitere Rechtssubjekte stehen.

Die Haftung der selbständig neben der Gesellschaft stehenden Gesellschafter leiten die Vertreter der „Gruppen-Lehre“ einesteiils durch entsprechende Anwendung des § 128 Abs. 1 HGB her (sog. „Akzessorietätstheorie“), andernteils mittels der Theorie von der Doppelverpflichtung, wonach bei der Erklärung, für die Gesellschaft handeln zu wollen, regelmäßig die Verpflichtung der Gesellschafter konkludent miterklärt sei¹⁵.

Im untersuchten Fall kommt die Gruppenlehre in beiden Varianten – jedenfalls bei nicht formbedürftigen Rechtsgeschäften¹⁶ – ebenso wie die Vermögenstheorie zum Ergebnis der vollen Verpflichtung der Gesellschafter auch mit ihrem sonstigen Vermögen.

cc) Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung unter Beachtung der Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung soll sich die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken. Dies kann je nach zugrunde gelegter Theorie zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf verschiedene Weise geschehen.

aaa) Traditionelle Lehre („Vermögenstheorie“)

Nach traditioneller Lehre werden die Gesellschafter ohne besondere Abrede – wie dargelegt – voll verpflichtet. Denkbar ist daher die vertragliche Abrede einer Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, indem eine entsprechende Klausel in den Vertrag aufgenommen wird.

Ein zweiter Weg wird darin gesehen, daß ein handelnder Gesellschafter die anderen aufgrund Vollmacht vertritt und diese Vollmacht auf eine Verpflichtung der übrigen Gesellschafter mit dem Gesellschaftsvermögen beschränkt ist¹⁷. Diese Beschränkung ist deutlich offenzulegen, um nicht eine Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters als falsus procurator (§ 179 BGB) oder die der übrigen nach Rechtsscheinsgrundsätzen zu begründen¹⁸. In der Offenlegung der Vollmachtsbeschränkung und deren Akzeptanz liegt aus der Sicht der traditionellen Lehre ebenfalls eine vertragliche Haftungsbeschränkung im Einvernehmen mit dem Vertragspartner¹⁹, denn würde diese nicht – konform mit der Vollmachtsbeschränkung – vereinbart, wäre gerade die Haftung als falsus procurator oder gar die Rechts-scheinhafung unvermeidliche Folge²⁰: Wer sich ohne vertragliche Haftungsbeschränkung verpflichtet, bewirkt eine volle Haftung, für die die Vollmacht gerade nicht ausreichte. Der Ver-

6 Palandt/Heinrichs § 313, Rn. 9; ausführlich differenzierend in diesem Bereich die Kommentierung von Staudinger/Wufka zu § 313, Rn. 49 ff., 55 ff. BGB mit Beispielen.

7 BGBl. 1998 Teil I, Nr. 38, S. 1474 ff.

8 Siehe die Nachweise oben FN 1 bis 3 und ferner K. Schmidt DB 1998 S. 61; Petersen GmbHR 1997 S. 1088 ff.; Cordes JZ 1998 S. 548 f.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1996, 1.A., Rn. 57 ff.; Wenz, MittRhNotK 1996 S. 377, 381.

9 Vgl. BGH NJW 1992 S. 3037 ff.; Cordes a.a.O.; ausführlich Kögel a.a.O. S. 2202 ff.; sehr streng neuerdings Thür. OLG vom 28.4.1998, 3U 580/97 (in diesem Heft): Es oblige der Gesellschaft, den Vertragspartner vollständig über eine vom Gesetz abweichende Rechtsfolge aufzuklären. Dazu müsse die Abkürzung „mbH“ zumindest ausgeschrieben werden; ähnl. Hasselbach MDR 1998 S. 1204: Haftungsbeschränkung grundsätzlich unzulässig, außer bei möglichst weitgehender Publizität.

10 Zutreffend Hasselbach MDR 1998 S. 1200, der aber selbst diese Grundlagen auch nicht näher untersucht.

11 Palandt/Thomas § 718, Rn. 8 unter Zugrundelegung der traditionellen Ansicht; explizit auch Staudinger/Keffler § 714, Rn. 14; Larenz Schuldrecht II, 12. Aufl. 1981, S. 392; ferner Jauernig/Störner § 705 Anm. 1 und §§ 714, 715 Anm. 1 und 2; Medicus, Schuldrecht II, 8. Aufl. 1997, § 110 III 2 und IV 2; Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, Rn. 964; Zöllner FS Gernhuber S. 563; Cordes a.a.O. S. 548 f.; Berndt/Boin NJW 1998 S. 2854 ff., 2861.

12 Cordes a.a.O. S. 546 m.w.N.; ähnl. Wenz MittRhNotK 1996 S. 377, 378.

13 Vgl. FN 11 m.w.N.

14 Grundlegend Flume ZHR 136 (1972) S. 177; Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts I, 1. Teil, 1977, § 5 (S. 68 ff.) und § 16 (S. 326 ff.); ihm folgend etwa MünchKommUlmer § 714, Rn. 23 ff.

15 Einerseits MünchKommUlmer § 714, Rn. 23 ff., folgend der Gruppen-Lehre von der teilrechtsfähigen Gesellschaft und der Theorie von der Doppelverpflichtung, m.w.N.; andererseits K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 1799 f., als Vertreter der Akzessorietätstheorie für die unternehmenstragende GbR.

16 Zu Problematik der konkludenten Mitverpflichtung der Gesellschafter bei Formbedürftigkeit siehe unten 5.

17 Auch der BGH NJW 1992 S. 3037, 3038/39 differenziert zwischen Vereinbarung und Vollmachtsbeschränkung.

18 Vgl. BGH NJW 1992 S. 3037 ff. = DB 1992 S. 2083; Cordes a.a.O. S. 548; MünchKommUlmer a.a.O., Rn. 34.

19 Zutreffend OLG Düsseldorf NJW 1990 S. 2133: Bedarf die gewünschte Haftungsbeschränkung vielmehr einer vertraglichen Vereinbarung mit dem jeweiligen Mandanten; ebenso Hasselbach MDR 1998 S. 1201 f: Haftungsbeschränkungsvereinbarung erforderlich, Argumentation über Vertretungsrecht nicht schlüssig (wobei Hasselbach nicht auf die durchaus sehr bedeutende Auswirkung der abweichenden Theorien eingeht).

20 Ebenso Hasselbach MDR 1998 S. 1202.

tragspartner muß also mit der Haftungsbeschränkung einverstanden sein²¹, wenn der gewünschte Erfolg erzielt werden und vom Grundsatz der unbeschränkten Haftung einer Vertragspartei, nach traditioneller Sicht also der Gesellschafter persönlich, abgewichen werden soll²².

Für den handelnden, die übrigen vertretenden Gesellschafter ist dessen Haftungsbeschränkung nur mit einer vertraglichen Abrede begründbar und nicht mit einer Vollmachtsbeschränkung, da er sich nicht selbst vertritt²³.

bbb) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie

Nach der „Gruppen-Lehre“ in Verbindung mit der Theorie von der Doppelverpflichtung kommt der Vertrag mit der Gesellschaft als teilrechtsfähige Einheit im Sinne des § 124 Abs. 1 HGB zustande. Hierbei beschränkt sich die Haftung der Gesellschafter zunächst einmal auf das Gesellschaftsvermögen, da die Gesellschaft verpflichteter Rechtsträger ist. Die Gesellschafter einer GbR mbH müssen jedoch darauf achten, daß sie sich nicht doppelt – also auch mit ihrem sonstigen Vermögen – verpflichten, indem sie die Nichthaftung mit diesem Vermögen erkennbar machen, also zur Vermeidung eines Rechtsscheins deutlich machen, daß die Gesellschafter als Privatpersonen, als zusätzliche Rechtsträger, nicht verpflichtet werden²⁴.

Hier liegt keine vertragliche Haftungsbeschränkung vor, denn der einzige Vertragspartner, die Gesellschaft, wird voll verpflichtet²⁵. Es wird lediglich keine zusätzliche Verpflichtung der Gesellschafter begründet²⁶. Diese wäre auch intern unzulässig, weil typischerweise die Vollmacht dazu nicht erteilt ist²⁷.

ccc) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie

Die „Gruppen-Lehre“ in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie (§ 128 HGB analog)²⁸ müßte nach der ihr zugrunde liegenden Dogmatik fordern, daß die gesetzliche Haftung entsprechend § 128 HGB abbedungen wird. Die Haftung wird hier nicht aus einem Vertretungstatbestand hergeleitet²⁹, so daß die Einschränkung der Vertretungsmacht nicht zielführend ist³⁰. Eine entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag wäre vor dem Hintergrund dieser Theorie so auszulegen, daß der geschäftsführende Gesellschafter die Haftung entsprechend § 128 HGB in Verträgen mit Dritten abbedingen muß. Dies wäre ein vertraglicher Haftungsausschluß betreffend weitere Rechtsträger³¹, der grundsätzlich zulässig ist, sofern er in den Verträgen mit den Dritten vereinbart wird, der jedoch unzulässig ist, wenn er nur unter den Gesellschaftern vereinbart würde, ohne daß er zum Gegenstand des Vertrags mit den Dritten gemacht würde, § 128 S. 2 HGB³².

ddd) Zwischenergebnis

Sämtliche Varianten der Haftungsbeschränkung müssen nach dem im Schuldrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit³³ als grundsätzlich zulässig angesehen werden, vorbehaltlich einer Prüfung nach dem Gesetz zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen³⁴. Folglich kann ein Gesellschaftsvertrag nach § 705 ff. BGB abgeschlossen werden, in dem die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters vereinbarungsgemäß beschränkt ist, und es steht den Gesellschaftern grundsätzlich ebenso frei, ihre Haftung durch Vereinbarung mit Dritten auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, eine weitergehende Haftung gar nicht erst zu übernehmen bzw. eine gesetzliche Haftung entsprechend § 128 S. 1 HGB mit dem Privatvermögen abzubedingen³⁵. Auf die Vermeidung von Rechtsscheintatbeständen und der Falsus-procurator-Haftung ist zu achten.

Klarzustellen ist, daß der sog. numerus clausus der Gesellschaftsformen der GbR mit Haftungsbeschränkung nicht entgegensteht, denn sie ist selbstverständlich kein neuer Gesellschaftstyp, sondern eine klassische Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nur die jedem zu Gebote stehenden Gestaltungsmittel des Zivilrechts (etwa Vollmachtsbeschränkungen oder Haftungsbeschränkungsabreden) so weit wie möglich ausnutzt, um eine für sie als günstig angesehene Haftungssituation herbeizuführen³⁶.

dd) Einwirkung des Handelsrechts auf die Zulässigkeit der Haftungsbeschränkung

Das Handelsrecht in seiner bisherigen Fassung stand der Vereinbarung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung nicht grundsätzlich entgegen. Zwar unterwarfen die §§ 105 ff. HGB Personengesellschaften, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben, zwingend dem Recht der Personenhandelsgesellschaften, so daß eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in diesen Fällen nicht vereinbart werden konnte: Die Gesellschaft war dann kraft Gesetzes Personengesellschaft (§§ 105, 161 HGB), selbst eine ausdrückliche gegenteilige Abrede unbeachtlich. Insoweit kann man von einem Typen- oder Rechtsformzwang sprechen³⁷.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung war jedoch im minderkaufmännischen und nicht-kaufmännischen, vor allem vermögensverwaltenden, Bereich denkbar und – insbesondere aus steuerlichen Gründen – verbreitet. Da für diese nach dem eindeutigen Wortlaut (§§ 1 ff., 4 Abs. 2 HGB a.F.) und Ziel des Gesetzes das Personenhandelsgesellschaftsrecht des HGB nicht galt, konnte dieses die Vereinbarung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung auch nicht beschränken³⁸.

21 Ebenso Hasselbach a.a.O.

22 Anders stellt sich die Lage aus der Sicht der Doppelverpflichtungslehre in Verbindung mit der Gruppenlehre dar, vgl. Kögel DB 1995 S. 2205, dessen Ansicht a.a.O. („weniger als vertragliches Übereinkommen...“, sondern vielmehr Mitteilung bzw. Kundgabe“) auf dem Boden der traditionellen Lehre nicht zutreffend ist.

23 Insoweit übereinstimmend BGH ZIP 1990 S. 610, 613.

24 Zur Rechtsscheinhaftung MünchKommUlmer § 714, Rn. 36 und bereits oben FN 4.

25 In diesem Sinne auch Cordes a.a.O. S. 549; auf dem Boden der Doppelverpflichtungslehre etwa dogmatisch nicht korrekt das Thür. OLG a.a.O., das von einer gegenüber „der“ gesetzlichen Regelung abweichenden Rechtsfolge bei beschränkter Haftung der Gesellschafter und einer „Haftungsbeschränkung“ spricht. Mit dieser Begrifflichkeit bewegt sich das Thür. OLG auf dem Boden der traditionellen Lehre, obwohl es von der Doppelverpflichtungstheorie ausgeht; bei dieser findet jedoch keine „Haftungsbeschränkung“ statt, dazu näher noch unten 5.

26 Dies analysiert zutreffend Cordes a.a.O. S. 549; dem entsprechend Ulmer a.a.O., Rn. 26: „daneben“ und Rn. 31: „bedarf es auf die Verpflichtung auch der Gesellschafter persönlich gerichteter Willenserklärungen“. Diese können ggf. stillschweigend miterklärt werden, was fragwürdigerweise mit der auf der (offenbar unverzichtbaren) traditionellen Ansicht fußenden Verkehrsauffassung begründet wird, Ulmer a.a.O., Rn. 31; krit. Cordes a.a.O. S. 548: mehr in die Willenserklärung hinein- als aus ihr herausgelesen.

27 MünchKommUlmer § 714, Rn. 31 ff., 35, 36.

28 K. Schmidt GesR S. 1786 für die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft.

29 Flume I/1 (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1977) § 16 IV 3 S. 326 f.; ebenso MünchKommUlmer § 714, Rn. 26, der aber diese Theorie nicht vertritt.

30 Darauf weisen zutreffend MünchKommUlmer § 714, Rn. 26 und Gummert, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 1995, § 12, Rn. 46 hin.

31 Zutreffend Cordes a.a.O. S. 549.

32 Baumbach/Hopt § 128, Rn. 37 und 38; volenti non fit iniuria.

33 Dazu Palandt/Heinrichs Einf. v. § 305, Rn. 11 und Einf. v. § 145, Rn. 7; diesen hebt auch das Thür. OLG a.a.O. hervor („Privatautonomie“), stellt aber an die Vereinbarung der „Haftungsbeschränkung“ strenge Anforderungen.

34 Dazu unten 4.; inkonsequent und ohne dogmatische Grundlegung Hasselbach MDR 1998 S. 1204, der auf S. 1202 die – selbstverständlich bestehende – Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung hervorhebt und dann auf S. 1204 die GbR mbH als grundsätzlich unzulässig bezeichnet, mit Ausnahme von Fällen „weitgehender Publizität“.

35 So zur Haftung in der OHG eindeutig Baumbach/Hopt § 128, Rn. 35 und 38; BGH BB 1971 S. 975.

36 Dies verkennt Hasselbach MDR 1998 S. 1202, der die GbR mbH wegen des numerus clausus als grundsätzlich unzulässig ansieht; seine Argumentation kann jedoch zutreffend gegen die Gruppen-Lehre mit Doppelverpflichtung angewandt werden, siehe näher unten 5.

37 Schön DB 1998 S. 1169 und 1176; K. Schmidt Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 5 II 3 (S. 107 ff.).

38 Im Ergebnis ebenso Palandt/Thomas § 714, Rn. 4 und alle, die die Zulässigkeit der GbR mbH bisher bejahten (oben FN 1-3).

b) Untersuchung nach der neuen Rechtslage

aa) Gesetzliche Grundlagen

Die Neufassung des Kaufmannsrechts durch das Handelsrechtsreformgesetz definiert ein Handelsgewerbe in § 1 Abs. 2 HGB n.F. als jeden Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Ein gewerbliches Unternehmen, dessen Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB n.F. Handelsgewerbe ist, gilt als Handelsgewerbe im Sinne des HGB, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist, § 2 S. 1 HGB n.F. Der Unternehmer ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen, § 2 S. 2 HGB n.F. Speziell für die Gesellschaft bestimmt § 105 Abs. 2 HGB n.F.: Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 HGB n.F. Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist, § 2 S. 2 und 3 HGB n.F. gilt entsprechend. Das Recht der Kommanditgesellschaft verweist insoweit auf das Recht der OHG, § 161 Abs. 2 HGB.

bb) Stellungnahmen in der Literatur

Schön argumentiert zur Stützung des von ihm – offenbar selbst nur zögerlich³⁹ – befürworteten Verbots der vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung, das HGB stelle nunmehr die bewährten und ausdifferenzierten Regelungen der §§ 171, 172 HGB zur Verfügung, die im Zusammenspiel mit der Buchführungspflicht (§§ 6, 238 ff. HGB) und der Gewinnzuordnung (§§ 167–169 HGB) eine Sicherung der Haftungsmasse bewirkten. Er bejaht daher für den Fall, daß eine Haftungsbeschränkung gewünscht wird, einen „Typenzwang“ auf die Option nach § 105 Abs. 2 HGB n.F., der eine privatautonome Haftungsbeschränkung minderer Publizität ausschliesse⁴⁰. Dagegen hält K. Schmidt die GbR mbH weiterhin für „nicht unzulässig“⁴¹.

cc) Stellungnahme

Der nicht durch das Gesetz begründbare These Schöns kann nicht gefolgt werden:

aaa) Auslegung der einschlägigen Vorschriften

Das Gesetz räumt in § 105 Abs. 2 HGB n.F. **ausdrücklich** dem Unternehmer die Berechtigung zur Eintragung ein, **ohne ihn dazu verpflichtet zu wollen**. Zutreffend spricht die Literatur daher von einer „Option“ und von der „Einräumung eines Rechts“⁴² oder gar von einem „Angebot des Gesetzgebers“⁴³. Schön meint selbst, daß es Fälle geben kann, in denen die Gesellschafter bewußt nicht von der Option des § 105 Abs. 2 HGB Gebrauch machen wollen⁴⁴. Aus den §§ 105 Abs. 2 i.V.m. § 2 S. 2 HGB wird erkennbar, daß der Gesetzgeber ein schutzwürdiges Interesse des Unternehmers daran anerkennt, sich nicht den „strengen“ Regeln des Handelsrechts unterwerfen zu müssen. Das HGB eröffnet lediglich die Möglichkeit für Kleingewerbetreibende (§ 2 HGB n.F.) oder vermögensverwaltende Gesellschaften, sich dem HGB zu unterstellen. Macht man von dieser Option keinen Gebrauch, gilt das HGB folglich für diese Gesellschaften nicht und kann daher übliche bürgerlich-rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten auch nicht verbieten. Ein sol-

ches Verbot als Einschränkung der Vertragsfreiheit hätte außerdem deutlich im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen. Aus der Einräumung einer Option das Verbot anderer Gestaltungsmöglichkeiten schließen zu wollen, erscheint zu weitgehend und unzutreffend. Es stehen daher die allgemeinen Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts zur Verfügung, somit auch die bisher anerkannte Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung.

bbb) Handelsrechtlicher Typenzwang?

Als Argumentationsgrundlage für die Bejahung eines Verbots der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung kommt auch nicht die Lehre vom handelsrechtlichen Typenzwang in Betracht, auf die auch Schön abstellt⁴⁵. Das Handelsrecht gilt für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung gerade nicht. Das Schuldrecht, zu dem auch das bürgerliche Gesellschaftsrecht gehört, kennt keinen Typenzwang⁴⁶. Vereinzelt Bestrebungen in der Literatur, nach bürgerlichem Recht ohne weiteres zulässige Gestaltungen nur deshalb für unzulässig zu halten, weil das Handelsgesetzbuch eine **freiwillige** Gestaltungsalternative eröffnet, sind schon im Bereich der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft – zu Recht – gescheitert⁴⁷: Die Tatsache, daß die Miterben, denen in Erbengemeinschaft ein Handelsgeschäft angefallen ist, nach dem HGB die Möglichkeit haben, durch – selbstverständlich freiwilligen – Gesellschaftsvertrag eine Personenhandelsgesellschaft zu gründen, wurde vom Bundesgerichtshof zutreffend nicht als Verbot der Fortführung eines Handelsgeschäfts in Erbengemeinschaft angesehen⁴⁸. Dem ist die Literatur weitgehend gefolgt⁴⁹. Die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, seine Rechtsverhältnisse dem HGB **freiwillig** unterstellen zu können, bewirkt keinerlei Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeiten nach bürgerlichem Recht.

ccc) Fazit

Auch nach Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung weiterhin grundsätzlich zulässig für alle die Fälle, in denen nicht nach neuem Recht ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB n.F. zwingend anzunehmen ist, insbesondere bei rein vermögensverwaltender Tätigkeit oder bei Kleingewerbetreibenden im Sinne des § 2 HGB n.F. Ob die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung oder eine Gründung und Handelsregistereintragung einer KG nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB gewählt werden sollte, ist daher im Beratungsgespräch nach Erörterung aller Vor- und Nachteile, die mit beiden Optionen verbunden sind (etwa: risikoärmere Haftungsbeschränkung bei der KG, Geltung des strengeren Handelsrechts, Vor- und Nachteile der Publizität, Eintragungskosten) zu klären⁵⁰, wobei auch die steuerlichen Auswirkungen – wenn der Notar nicht selbst berät – durch einen Angehörigen der steuerberatenden Berufe geprüft werden sollten. Ferner ist die Problematik des AGB-Gesetzes zu beachten, die nachfolgend erörtert wird.

3. Umwandlung der GbR mbH in eine Personenhandelsgesellschaft und die Folgen

Ist der Notar mit einer GbR mit Haftungsbeschränkung als Urkundsbeteiligte befaßt, empfiehlt es sich, vorab festzustellen, ob die Gesellschaft nicht zwischenzeitlich ein Handelsgewerbe im Sinne der Neufassung des HGB betreibt, das nicht nur kleingewerblich im Sinne des § 2 HGB ist. Dann läge eine Umwand-

39 A.a.O. S. 1176: „spricht vieles dafür“.

40 A.a.O. S. 1176, 1177.

41 NJW 1998 S. 2164.

42 Schön a.a.O. S. 1174 und 1176.

43 K. Schmidt DB 1998 S. 61.

44 A.a.O. S. 1176.

45 Schön a.a.O.; einen solchen befürwortend auch Fischer ZHR 144 (1980) S. 1 ff., 17 zum Recht der unternehmenstragenden Erbengemeinschaft („Rechtsformzwang“ zur OHG bzw. KG).

46 Palandt/Heinrichs Einf. v. § 305, Rn. 11.

47 Für einen Rechtsform- bzw. Typenzwang in diesem Bereich Staub/Fischer (3. Aufl.) § 105 HGB, Rn. 65a und ders., ZHR 144 (1980) S. 1 ff., insb. S. 17.

48 BGH JZ 1985 S. 243 ff. m.A. John = BGH Z 92, 259; vorher schon BGH NJW

1951 S. 311; BGH Z 17, 299, 302; ebenso schon ROHG 23, 166; RGZ 132, 138; BayObLG JW 1931 S. 3129.

49 Heymann/Emmerich, HGB, (2. Aufl.) § 1 HGB, Rn. 22; Hüffer ZGR 1986 S. 603, 609 ff.; Wolf AcP 181 (1981) S. 480, 482 ff.; Strothmann ZIP 1985 S. 969; K. Schmidt NJW 1985 S. 2785, 2787 f. und Handelsrecht § 5 I b; Canaris, Handelsrecht, (22. Aufl.), S. 144 ff.; Hohensee, Die unternehmenstragende Erbengemeinschaft (1994), S. 171 ff.; Baumbach/Hopt, HGB, (29. Aufl.), § 1 HGB, Rn. 21; Erman/Schlüter § 2032 BGB, Rn. 44 ff.; Jauernig/Stürner § 2032 BGB Anm. 4a; Kipp/Coing, Erbrecht, (14. Bearb.), § 114 IV 8; MünchKomm/Düts § 2032 BGB, Rn. 44 ff.; Staub/Ulmer, (4. Aufl.), § 105 HGB, Rn. 55.

50 In diesem Sinne auch K. Schmidt NJW 1998 S. 2164 und DB 1998 S. 61.

lung kraft Gesetzes in eine Personenhandelsgesellschaft vor, die ihren eigenen Regeln folgt. Eine GbR mit Haftungsbeschränkung ist der KG verwandt. Eine GbR wandelt sich regelmäßig in eine OHG um, sie kann aber zur KG werden, wenn sie die Voraussetzungen der §§ 161, 105 HGB erfüllt⁵¹.

Ist in der GbR bei allen Gesellschaftern die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, kann man nicht von einer Kommanditgesellschaft ausgehen, denn diese setzt zumindest einen Vollhafter (Komplementär) voraus, eine KG nur bestehend aus Kommanditisten gibt es nach § 161 Abs. 1 HGB nicht⁵². Da keine eindeutige Abrede getroffen ist, wer voll und wer nur beschränkt haftet, wird man annehmen müssen, daß alle Gesellschafter bis zur Herbeiführung eines wirksamen Abschlusses eines Kommanditgesellschaftsvertrages bei einvernehmlichem Weiterbetrieb des Unternehmens eine OHG betreiben und nach § 128 HGB voll persönlich haften. Dies ist auch aus Gründen der gesellschaftlichen Gleichbehandlung⁵³ aller Gesellschafter geboten, die ja alle nur beschränkt haften wollten, so daß keiner verpflichtet ist, alleine die volle Haftung zu übernehmen. Man wird die vertretungsberechtigten Gesellschafter aber in der Regel aus dem ursprünglichen Vertrag für verpflichtet halten müssen, bei Umwandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Personenhandelsgesellschaft eine Haftungsbeschränkung mit Dritten durch Abbedingung des § 128 HGB herbeizuführen, was sogar im Einzelfall stillschweigend möglich ist⁵⁴.

Ob in dem weiteren Auftreten als „GbR mit beschränkter Haftung“ bei erkennbarer Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in Unkenntnis des Vorliegens einer Personenhandelsgesellschaft eine Abbedingung der Haftung nach § 128 HGB gesehen werden kann, ist eine Frage der Auslegung der Willenserklärungen, aber jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich der Vertragspartner bei Offenlegung der konkret formulierten Haftungsbeschränkung auf diese einläßt und den Vertrag schließt⁵⁵.

Ist die konkrete Haftungsbeschränkung („auf das Gesellschaftsvermögen“) nicht erklärt, sondern nur auf eine nicht näher definierte „Haftungsbeschränkung“ erkennbar verwiesen, die sich auch auf andere denkbare Beschränkungsvarianten beziehen könnte (etwa eine summenmäßige Haftungsbeschränkung), wird man letztlich hierin einen Verweis auf das dem Gegenüber unbekanntes Innenrecht der Gesellschaft sehen müssen, den der Geschäftspartner mit seinem Einverständnis in den Vertragsschluß einschließlich der Haftungsbeschränkung akzeptiert⁵⁶. Diese Auslegung ist jedoch bei formbedürftigen Verträgen, in denen alle Nebenabreden beurkundungsbedürftig sind, nicht möglich, denn die Art der Haftungsbeschränkung wäre nicht Urkundsinhalt.

Eine andere Frage ist außerdem, ob die Abbedingung der vollen persönlichen Haftung nach dem AGB-Gesetz wirksam ist⁵⁷.

4. Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung und AGB-Gesetz

a) Problematik

Die dargestellte Zulässigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung wirft die Frage auf, wie diese

Gesellschaftsform zu behandeln ist, wenn sie Rechtsgeschäfte tätigt, die dem Gesetz zur Regelung allgemeiner Geschäftsbedingungen unterfallen, etwa im Bereich der Verbraucherverträge (z.B. der Bauträgerverträge). Ferner ist zu prüfen, ob im Auftreten der Gesellschaft als „GbR mit beschränkter Haftung“ nicht schon das Stellen einer allgemeinen Geschäftsbedingung liegt, die anhand des AGB-Gesetz zu prüfen ist.

Rechtstatsächlich ist festzustellen, daß sich der Rechtsverkehr im allgemeinen auf eine Haftungsbeschränkung auf eine Vermögensmasse, deren Bestand und Entwicklung für Dritte nicht übersehbar ist, häufig nicht einlassen wird⁵⁸ bzw. daß dies jedenfalls bei nicht vollkommen ungewandten Geschäftspartnern zur Infragestellung des Vertragsabschlusses führen wird⁵⁹.

b) Prüfung der Vertragsbedingungen am AGB-Gesetz

aa) Prüfungsgegenstand des AGB-Gesetzes: Vertragsbedingungen

Das AGB-Gesetz regelt Vertragsbedingungen, die eine Partei bei Abschluß eines Vertrages stellt, §§ 1 Abs. 1 S. 1, 24a AGBG. Die Vertragsbedingungen müssen entweder von einer Seite für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und gestellt sein oder als gestellt gelten, §§ 1 Abs. 1 S. 1, 24 a Ziffer 1 AGBG. Ausreichend für eine Kontrolle anhand der §§ 9 und 11 AGBG sind auch vorformulierte Vertragsbedingungen, die nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluß nehmen konnte, § 24a Ziffer 2 AGBG.

Folglich unterfallen vertragliche Haftungsbeschränkungsabreden der Vertragsparteien grundsätzlich der Prüfung nach dem AGB-Gesetz, wohingegen die rechtliche Gestalt einer Vertragspartei nicht der Prüfung nach diesem Gesetz unterliegt. Das AGB-Gesetz regelt nicht die Zulässigkeit der Teilnahme eines Rechtsträgers am Rechtsverkehr, der nach den gesetzlichen Vorschriften besteht. Selbstverständlich ist daher die GmbH oder die KG ein zulässiger Teilnehmer am Rechtsverkehr. Das AGB-Gesetz macht insoweit keine Einschränkungen, auch wenn durch die Teilnahme dieser Rechtsträger eine Haftungsbeschränkung der dahinterstehenden Personen erreicht wird.

bb) Prüfungsmaßstab

Prüfungsmaßstab sind §§ 9 und 11 Nr. 7 bis 11 AGBG⁶⁰.

- Die Unzulässigkeit der Haftungsbegrenzung, etwa auf ein bestimmtes Vermögen oder eine bestimmte Geldsumme, ist in § 11 AGBG nur in Nr. 7 für die dort genannten Fälle ausdrücklich geregelt. Haftungsbegrenzungen werden aber auch im Bereich der § 11 Nr. 8 und 11 für unzulässig angesehen⁶¹, leitet man dies nun aus dem Haftungsausschlußverbot dieser Normen selbst ab oder aus § 9 AGBG als Auffangnorm.
- Prüfungsmaßstab ist im übrigen § 9 AGBG, wonach Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, § 9 Abs. 1 AGBG. Dies ist dann der Fall, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt sind, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist, § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG.

51 Heymann/Horn § 161, Rn. 93.

52 Statt aller Baumbach/Hopt § 161, Rn. 3; Heymann/Horn § 161, Rn. 1.

53 Dazu Baumbach/Hopt § 109, Rn. 29 ff.; BGHZ 16, 70; 20, 369.

54 Baumbach/Hopt § 128, Rn. 38.

55 In diesem Sinne auch Hasselbach MDR 1998 S. 1202, der darauf abstellt, ob der Vertragspartner die Haftungsbeschränkung erkennt und akzeptiert.

56 Kritisch dazu Hasselbach a.a.O.: bloßes Schweigen sei keine Willenserklärung; dies ist ein unzutreffender Ansatz, denn der Vertrag wird ja geschlossen, also schweigt man nicht: Die Haftungsbeschränkungsabrede ist Bestandteil des durch Erklärungen geschlossenen Vertrages, sofern die Auslegung von Angebot und Annahme dies ergibt; der weitere Hinweis, der Verwendungsgegner könne die Haftungsbeschränkungsklausel übersehen oder in ihrer Bedeutung falsch einschätzen, verkennt, daß seine Erklärung aus dem Empfängerhorizont auszulegen ist: Sollte die Haftungsbeschränkung seitens der Gesellschaft aus Sicht des Erklärungsempfängers erkennbar zum Vertragsinhalt gemacht werden, liegt in seiner vorbehaltlosen Annahme die Er-

klärung des Einverständnisses in den gesamten Vertrag, einschließlich der Haftungsbeschränkung; a.A. – strenger – auch Thür. OLG a.a.O.: Es obliege der Gesellschaft, die Haftungssituation aufzuklären; der hier vertretene Standpunkt beruht darauf, daß der Verweis auf die Haftungsbeschränkung erkennbar war und bei Vertragsschluß gem. Auslegung akzeptiert wurde, was im Rahmen der Vertragsfreiheit ohne weiteres zulässig ist; eine andere Frage ist, ob die Auslegung immer die Haftungsbeschränkung ergibt und welche Schranken das AGB-Gesetz setzt, dazu siehe unten 4.

57 Dazu sogleich.

58 In diesem Sinne Flume a.a.O. 16 IV (S. 328); auf den fehlenden Kapitalschutz macht auch Hasselbach a.a.O. S. 1200 aufmerksam.

59 Wenz MittRhNotK 1996 S. 381; Gummert a.a.O. § 12, Rn. 43; Kögel a.a.O. S. 2201; Hasselbach, a.a.O., S. 1200: Geruch mangelnder Seriosität.

60 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 36.

61 Palandt/Heinrichs, § 9 AGBG, Rn. 40.

In dieser Hinsicht sind nun die Haftungsverhältnisse in der GbR mbH zu prüfen, wobei die einzelnen Theorien gesondert zu untersuchen sind.

cc) Überprüfung der Haftungsbeschränkung am AGB-Gesetz unter Zugrundelegung der verschiedenen Theorien zur Haftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

aaa) Traditionelle Ansicht (Vermögenstheorie)

Die traditionelle Lehre muß – auch wenn eine Vollmachtsbeschränkung vorliegt – jedenfalls zusätzlich mit einer vertraglichen Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen – in Anpassung an die Vollmacht – arbeiten⁶², die zweifellos der Überprüfung nach dem AGB-Gesetz unterfällt. Die Haftungsbeschränkung kann sich entweder aus einer gesonderten Klausel im Vertrag ergeben, des Inhalts, daß die Haftung der Gesellschafter sich auf eine Haftung mit dem Gesellschaftsvermögen beschränke. Sie könnte sich ferner möglicherweise schon aus dem Auftreten als „GbR mit Haftungsbeschränkung“ und dessen Hinnahme durch den Geschäftspartner ergeben⁶³.

Es handelt sich hier in beiden Fällen nicht um quasi vor Vertragsschluß ausgeübte Gestaltungsmacht durch bloße Vollmachtsbeschränkung⁶⁴, sondern um eine zur Vermeidung der Rechtsschein- oder Falsus-procurator-Haftung erforderliche vertragliche Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in Anpassung an die Vollmacht⁶⁵.

Haftungsfreizeichnungsklauseln⁶⁶ haben das Ziel, die gesetzliche oder vertragliche Haftung des Verwenders auszuschließen oder zu begrenzen⁶⁷. Denkbar sind neben Haftungsausschlüssen vor allem Haftungsbeschränkungen, die den Umfang der Haftung beschränken und das Entstehen des Anspruchs dem Grunde nach unberührt lassen. Beispiele sind etwa summenmäßige Haftungsbeschränkungen⁶⁸.

Die pauschale Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ohne Ausnahme ist schon wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 AGBG unwirksam, sofern dieser anwendbar ist⁶⁹, da der Verstoß in diesem Bereich die Klausel insgesamt – ohne geltungserhaltende Reduktion, § 6 Abs. 2 AGBG – unzulässig macht. Wer eine Haftungsbeschränkung für grob fahrlässige Vertragsverletzungen des Verwenders nicht vereinbaren darf, darf dies erst recht nicht pauschal⁷⁰.

Im Bereich der Haftungsausschlußverbote des § 11 AGBG (bei grobem Verschulden, Nr. 7, Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, Nr. 11, Verzug oder Unmöglichkeit, Nr. 8) sind auch Haftungsbeschränkungen jeglicher Art unzulässig⁷¹, sei es, weil dies – wie in § 11 Nr. 7 AGBG – ausdrücklich angeordnet ist, oder um die genannten Haftungsausschluß-Klauselverbote nicht auszuhöhlen⁷².

Im Bereich des § 11 Nr. 10 AGBG muß dasselbe gelten. Das Verbot des Gewährleistungsausschlusses könnte ausgehöhlt werden, wenn man zwar formal gemäß § 11 Nr. 10 AGBG haftete, jedoch aufgrund vertraglicher Abrede mit dem Verwendungsgegner nur mit einem nicht werthaltigen und nicht in der Kapitalaufbringung und -erhaltung überwachten Gesellschaftsvermögen⁷³. Der Vertragszweck wäre dann auch im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG gefährdet.

Werden die Bereiche der speziellen Haftungsausschluß-Klauselverbote von der Haftungsbeschränkung ausgenommen⁷⁴, oder liegt ein kaufmännischer Verkehr vor, in dem § 11 AGBG nach § 24 Ziffer 1 AGBG keine Anwendung findet, ist § 9 AGBG zu prüfen.

Summenmäßige Haftungsbeschränkungen sind außerhalb der besonderen Haftungsausschlußklauselverbote nur zulässig, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zum vertragstypischen Schadensrisiko stehen⁷⁵. Unwirksam sind Regelungen, die als Haftungshöchstsummen ein Mehrfaches des vom Verwendungsgegner zu zahlenden Entgelts vorsehen⁷⁶.

Daraus folgt, daß nicht nur im Anwendungsbereich der genannten Haftungsausschluß-Klauselverbote des § 11 AGBG, sondern allgemein die generelle vertragliche Haftungsbeschränkung auf ein diffuses, der unüberprüfbar Willkür der Gesellschafter ausgesetztes, schwer greifbares Gesellschaftsvermögen⁷⁷ jedenfalls in Verträgen wie Bauträgerverträgen, wo es um erhebliche Haftungsbeträge gehen kann, generell nach § 9 Abs. 1 AGBG wegen der Unangemessenheit der Haftungsbeschränkung unzulässig ist. Wesentliche Vertragsklauseln, wie etwa über die Gewährleistung, würden auch drohen, vollständig leerzulaufen, wenn man eine Haftungsbeschränkung dahin gehend zuließe, daß man mittels vertraglicher Abrede mit dem Geschäftspartner etwa im Bauträgervertrag auf ein diffuses, willkürlich beeinflussbares „Gesellschaftsvermögen“ zu verweisen in der Lage wäre.

Man kann dagegen nicht einwenden, daß die Haftungsbeschränkung bei der GmbH kraft Gesetzes bestehe, denn diese haftet als juristische Person voll und beschränkt ihre Haftung nicht vertraglich durch Abrede mit dem Vertragspartner. Entsprechendes gilt für die KG, bei der die Haftungsbeschränkung für die Kommanditisten auch nicht durch vertragliche Abrede, sondern durch die Struktur als teilrechtsfähige Einheit nach §§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB eintritt. Auch aus der Tatsache, daß ein quasi vermögensloser Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen als natürliche Person keine größere Sicherheit bietet, kann nichts Gegenteiliges geschlossen werden, denn auch er beschränkt seine Haftung gerade nicht im Vertrag mit seinem Vertragspartner, dem sog. Verwendungsgegner. Durch eine als zulässig angesehene Haftungsbeschränkung läuft der Gegenüber des Verwenders Gefahr, daß sich der Verwender nicht ordnungsmäßig um die Vertragserfüllung kümmert, ohne dafür irgendwie einstehen zu müssen. Solange dies nicht im Rechtskleid der beteiligten Rechtsperson begründet liegt, sondern erst durch die Abrede mit dem Verwender hervorgerufen wird, fällt dies in den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes. Auf dem Boden der traditionellen Lehre kann eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen – wie dargelegt – nur durch vertragliche Abrede mit dem Geschäftspartner erreicht werden, da die einzigen Rechtsträger, die Gesellschafter, grundsätzlich voll persönlich verpflichtet werden und auch bei interner Beschränkung der Vertretungsmacht zur Vermeidung der Falsus-procurator-Haftung oder Rechtsscheinhaftung eine vertragliche Haftungsbeschränkung mit dem Verwendungsgegner auf das Gesellschaftsvermögen zwingend erforderlich ist. Die Haftungsbeschränkung muß sich daher am AGB-Gesetz messen lassen.

62 Siehe oben 2. a) cc) aaa).

63 Dazu näher unten 4 d).

64 In diese Richtung aber auf der Grundlage der Doppelverpflichtungslehre korrekt MünchKomm/Ulmer § 714, Rn. 40; Kögel a.a.O. S. 2205 f.

65 Siehe oben 2. a) cc) aaa).

66 Statt aller Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 36; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 9, Rn. 156; BGH NJW 1984 S. 1350, 1351.

67 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 36.

68 So Heinrichs a.a.O.

69 § 11 AGBG gilt etwa nicht unmittelbar bei Verwendung gegenüber einem Kaufmann, wenn der Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört, § 24 Nr. 1 AGBG.

70 Rechtsfolge ist die Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung, zu prüfen ist dann die Vertretungsmacht und eine Falsus-procurator-Haftung oder Rechtsscheinhaltung, dazu unten 4. c).

71 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 40.

72 Diesen Begriff verwendet das OLG München NJW-RR 1994 S. 742.

73 Dazu schon oben unter 4. a) m.w.N. und noch näher im folgenden.

74 Zu prüfen ist dann, ob die Vollmacht der Mitgesellschafter überhaupt noch ausreicht!

75 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 47; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 9, Rn. 156; BGH NJW 1993 S. 335; OLG München NJW-RR 1994 S. 742: andernfalls Aushöhlung der Rechte, so daß Vertragszweck gefährdet.

76 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 47; BGHZ 77, 130 ff.: Angemessenheit des Interessenausgleichs; BGHZ 89, 368.

77 Darauf weist zutreffend Cordes a.a.O. S. 549 hin, der aber das AGBG nicht prüft; in diese Richtung auch, ohne das AGBG zu prüfen, Flume a.a.O. S. 328 und Hasselbach MDR 1998 S. 1200.

Haftet nach dem Gesellschaftsvertrag der GbR und dem Vertrag mit dem Verwendungsgegner mindestens ein Gesellschafter voll, so ist eine Unzulässigkeit der im übrigen pauschalen Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach dem AGB-Gesetz im Anwendungsbereich des strengen § 11 Nr. 7 AGBG gegeben, denn auch hier liegt eine vertragliche Haftungsbeschränkung des Verwenders vor. Dies begegnet zwar vor dem Hintergrund Bedenken, daß der voll Haftende, wäre er alleiniger Verwender, selbstverständlich nicht mehr Sicherheit bieten würde, obwohl der Vertragsschluß unbedenklich zulässig wäre. Das AGB-Gesetz bietet jedoch einen Schutz vor vertraglichen Beschränkungen der vollen Haftung durch den vom Verwendungsgegner ausgesuchten Vertragspartner. Wenn dies mehrere sind, gelten seine Regelungen für alle. Es steht selbstverständlich frei, die Haftungsbeschränkung im einzelnen auszuhandeln und so dem AGB-Gesetz zu entgegen⁷⁸.

Eine andere Frage ist es ferner, ob in dem Vertrag angemessene bestimmte Haftungshöchstsummen zulässig sind. Hier kann der Verwendungsgegner das Risiko wenigstens abschätzen, so daß der BGH diese Form der Haftungsbeschränkung – Angemessenheit vorausgesetzt – grundsätzlich anerkennt⁷⁹. Zu beachten ist aber die Einschränkung, daß im Anwendungsbereich der Haftungsausschluß-Klauselverbote jegliche Haftungsbegrenzung unzulässig ist⁸⁰, so daß dort die Vereinbarung einer pauschalen angemessenen Haftungshöchstsumme unwirksam wäre⁸¹.

bbb) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie

Die „Gruppen-Lehre“ in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie muß zum gleichen Ergebnis kommen, da die Abbedingung der gesetzlichen Haftung entsprechend § 128 S. 1 HGB ebenfalls nur vertraglich mit dem Verwender vorgenommen werden kann, arg. ex § 128 S. 2 HGB. Die Abbedingung der Haftung entsprechend § 128 HGB ist daher in Bauträgerverträgen mit regelmäßig hohem Haftungsrisiko bei pauschaler Beschränkung ein Verstoß gegen § 11 Nr. 7 AGBG in dessen Anwendungsbereich, bei differenzierter Regelung im obigen Sinne oder im kaufmännischen Verkehr ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG.

ccc) Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie

Die „Gruppen-Lehre“ mit der Theorie der Doppelverpflichtung führt zu einem anderen Ergebnis: Da der verpflichtete Rechtsträger „GbR mbH“ ja voll haftet, bedarf die Vermeidung der zusätzlichen Haftung der Gesellschafter neben der Gesellschaft keiner Haftungsbeschränkungsabrede, sondern zur Vermeidung eines entgegengesetzten Rechtsscheins lediglich einer Klarstellung der Nichthaftung weiterer Rechtsträger, nämlich der Gesellschafter⁸². Diese Klarstellung des Vertragspartners⁸³ ist grundsätzlich kein nach dem AGB-Gesetz unzulässiger Vorgang, denn daß sich einem Vertragspartner neben dem anderen Vertragspartner weitere nicht gesetzlich automatisch haftenden Rechtsträger verpflichten müßten, ist nicht gesetzlich vorgesehen⁸⁴.

Der handelnde Gesellschafter, der von allen bevollmächtigt ist, muß gleichfalls nicht seine Haftung vertraglich ausschließen, sondern lediglich klarstellen, daß er neben dem verpflichteten teilrechtsfähigen Rechtsträger Gesellschaft nicht haftet, um einen entsprechenden Rechtsschein zu vermeiden⁸⁵.

Da das AGB-Gesetz keine Kontrolle des Rechtsträgers ermöglichen soll und die (natürlich zulässige) klare und eindeutige Bezeichnung des alleinigen Vertragspartners nicht regelt, ist nach der Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Doppelverpflichtungstheorie der Dritte darauf verwiesen, sich seinen Geschäftspartner sorgfältigst auszusuchen.

Ein Umgehungstatbestand des AGB-Gesetzes nach § 7 AGBG liegt nicht vor, denn die Gründung einer BGB-Gesellschaft ist selbstverständlich ein legitimer Vorgang. Da das Ergebnis dennoch befremdet, stellt sich die Frage, ob die hier untersuchte Dogmatik der BGB-Gesellschaft zutreffend ist⁸⁶. Ansonsten könnten im Einzelfall § 242 BGB, § 138 BGB oder § 826 BGB⁸⁷ helfen.

c) Folgen der Unzulässigkeit einer Haftungsbeschränkung

Faktisch kommt man bei einer nach dem AGB-Gesetz unzulässigen Haftungsbeschränkungsabrede zu einem Vertragsinhalt, in dem alle Gesellschafter eine volle Verpflichtung auch mit ihrem Privatvermögen eingehen.

Haben alle Gesellschafter gehandelt, werden sie vollumfänglich verpflichtet, da kein Vertretungsvorgang vorliegt und die Haftungsbeschränkung unwirksam ist.

Haben nur einzelne Gesellschafter für alle – für die übrigen kraft beschränkter Vollmacht – gehandelt, ist der Vertrag nach § 177 BGB schwebend unwirksam und kann noch genehmigt werden. Eine Rechtsscheinhaftung kommt nicht in Betracht, denn der Rechtsschein voller Haftung ist durch das deutlich erkennbare Auftreten als „GbR mit Haftungsbeschränkung“ ja gerade beseitigt⁸⁸. Die Unwirksamkeitsanordnung des AGB-Gesetzes kann nicht eine fehlende Vertretungsmacht überwinden. Der handelnde Gesellschafter hat also eine Verpflichtung aller Gesellschafter – ungewollt, kraft AGB-Gesetz – zum Vertragsinhalt gemacht, wofür ihm die Vertretungsmacht fehlt. Er haftet daher, wenn nicht genehmigt wird, als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 179 BGB.

d) Bedeutung des bloßen Auftretens als „GbR mit beschränkter Haftung“ und Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung durch Geschäftsbezeichnung nach dem AGB-Gesetz

Durch die Erkennbarmachung der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen könnte nach der traditionellen Lehre und der Gruppen-Lehre mit Akzessorietätstheorie, wenn sich der Vertragspartner damit einverstanden erklärt, eine vertragliche Haftungsbeschränkung erreicht werden. Nur die Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Theorie von der Doppelverpflichtung kommt zu dem Ergebnis, daß durch die Erkennbarmachung der Haftungslage lediglich eine nicht dem AGB-Gesetz unterfallende Klarstellung des Vertragspartners vorliegt.

Fraglich ist nun, ob für die Zwecke der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen das Auftreten unter der deut-

78 Näher unten 4. d) bb).

79 Siehe oben FN 75 m.w.N.

80 Palandt/Heinrichs § 9 AGBG, Rn. 40 und 45.

81 Zu den Folgen einer AGB-widrigen Haftungsbeschränkung siehe unten 4. c).

82 MünchKommUlmer § 714, Rn. 40 („Zerstörung des Rechtsscheins einer Doppelverpflichtung“), 26 ff., 35 ff., der etwas unklar in Rn. 35 von einer Haftungsbeschränkung auf das Gesamthandsvermögen spricht, obwohl nach seiner Theorie der Gesamthand („Doppelverpflichtung“) richtiger von einer unterbleibenden Erweiterung der Haftung auf die Gesellschafter zu sprechen wäre (vgl. a.a.O., Rn. 26: Handeln namens der Gesellschaft bewirke im Zweifel nicht nur Haftung der Gesamthand, sondern daneben auch eine solche der Gesellschafter persönlich; Rn. 31: Zur Verpflichtung der Gesellschafter bedarf es entsprechender, auf die Verpflichtung auch der Gesellschafter persönlich gerichteter Willenserklärungen); zutreffend Cordes a.a.O. S. 549; ebenso Gummert MÜHdB GesR Band 1, § 12, Rn. 47.

83 Insoweit auf dem Boden der hier geprüften Lehre zutreffend Kögel a.a.O.

S. 2205: Mitteilung, Kundgabe, keine vertragliche Haftungsbeschränkungsabrede.

84 MünchKommUlmer a.a.O.; Kögel a.a.O.; Arnold BB 1996 S. 597, 601 f.; Palandt/Heinrichs § 1 AGBG, Rn. 4.

85 Insoweit sind die von Grunewald a.a.O., Rn. 61 dargestellten Schwierigkeiten des Sichselbstvertretens nicht gegeben: Natürlich würde eine volle Haftung durch Eigenhandeln entstehen (BGH ZIP 1990 S. 610, 613). Nur muß diese volle Eigenhaftung nicht vertraglich abbedungen werden, sondern nach der Theorie der Doppelverpflichtung nur der Vertragspartner („die teilrechtsfähige Gesellschaft allein“) bei Vertragsschluß deutlich bezeichnet sein und zur Meidung eines Rechtsscheins deutlich werden, daß eine Gesellschafterhaftung bei keinem Gesellschafter bestehen soll; zustimmend Grunewald a.a.O. Ob dazu das Auftreten als GbR mbH ausreicht, s. u. 4. d).

86 Dazu sogleich unter 5.

87 Dazu Gummert MÜHdB GesR Band 1, § 12, Rn. 43.

88 Grunewald 1.A., Rn. 57; Hopt GesR, Rn. 177.

lichen Geschäftsbezeichnung als „GbR mbH“ ausreicht⁸⁹. Der Alternativvorschlag ist, die Haftungsbeschränkung unabgekürzt auszusprechen bzw. auszuschreiben: „GbR mit beschränkter Haftung“ oder „mit Haftungsbeschränkung“⁹⁰. Die Bedeutung dieses Auftretens im Rechtsverkehr ist zu prüfen.

aa) Doppelverpflichtungstheorie

Vor dem Hintergrund der Gruppentheorie mit Doppelverpflichtungslehre ist folgendes festzustellen: Der Bundesgerichtshof hat im Recht der GmbH die Abkürzung lediglich wegen der Bekanntheit derselben im Rechtsverkehr als Ausnahme von dem Grundsatz ausreichen lassen, daß derjenige voll persönlich haftet, der eine Haftungsbeschränkung nicht deutlich werden läßt⁹¹.

Im Sinne der Lehre von der Doppelverpflichtung wird der deutliche Hinweis auf die Haftungsbeschränkung jeden Rechtschein der persönlichen Haftung zerstören, auch wenn keine konkreten Haftungsverhältnisse offenbart sind, denn ein guter Glaube an einen Rechtschein ist dann nicht mehr schutzwürdig⁹². Wenn das deutlich erkennbare Kürzel „mbH“ verwendet wird, dürfte es wegen der höchstrichterlich anerkannten Bekanntheit der Abkürzung aus dem GmbH-Recht als allgemein ausreichend angesehen werden können, um den Rechtschein einer vollen Haftung der Gesellschafter persönlich – im Sinne der hier abgelehnten Doppelverpflichtungslehre – zu zerstören, zumal auch im Recht der GmbH die Abkürzung „mbH“ allein stehend verwendet werden kann⁹³ (Bsp.: Max Müller Gesellschaft für Pressevertrieb mbH). Angesichts der Gegenstimmen in der Literatur ist jedoch zur Vorsicht und damit nicht zur Abkürzung zu raten.

bb) Traditionelle Lehre und Akzessorietätstheorie

Im Sinne der traditionellen Lehre und der Akzessorietätstheorie ist fraglich, ob allein das Auftreten als BGB-Gesellschaft „mit Haftungsbeschränkung“ oder gar „mbH“ schon als haftungsbeschränkende Vertragsbedingung aufzufassen ist oder nur als Geschäftsbezeichnung bzw. als bloßer Hinweis darauf, daß bei dieser Gesellschaft bei Vertragsabschlüssen mit Haftungsbeschränkungen zu rechnen ist, die dann erst gesondert ausformuliert werden müssen.

Aus der Geschäftsbezeichnung wird in keiner Weise deutlich, wie die Haftungsbeschränkung aussehen soll, beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen, auf bestimmte Personen, Haftungssummen, Verschuldensformen etc.⁹⁴. Eine gesetzlich vertypete Haftungsbeschränkung wie bei der GmbH existiert im Bereich der GbR nicht. Es ist vielmehr bei dem bloßen Hinweis auf die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner vollkommen unklar, wie diese aussehen soll.

Es wäre allerdings denkbar, daß sich der Vertragspartner mit der für ihn erkennbaren, aber unklaren Verweisung auf das Innenrecht der Gesellschaft einverstanden erklärt und die Haftungsbeschränkung unbenahmt so hinnimmt, wie sie intern unter den Gesellschaftern vereinbart ist⁹⁵. Letztlich entscheidet die Auslegung der Willenserklärungen der Beteiligten. Bei formbedürftigen Geschäften ist allerdings zu beachten, daß die genaue vertragliche Haftungsbeschränkung formgerecht erklärt

werden muß, was durch den Verweis auf ein unbekanntes, nicht den Vertragsinhalt bildendes Innenrecht der Gesellschaft unmöglich ist⁹⁶.

Im Zweifel ist bei dem erkennbaren Auftreten als „GbR mit Haftungsbeschränkung“ seitens des Verwenders wohl die unmittelbare Rechtswirkung einer Haftungsbeschränkung gemäß den internen Abreden gewollt und dies vom Erklärungsempfänger auch so aufzufassen, so daß er diese mit Vertragsschluß akzeptiert⁹⁷. Ist im Vertrag, wie im Notarvertrag wegen der Amtspflicht zur klaren Formulierung üblich, die Haftungslage klar anderweitig geregelt, ist die Geschäftsbezeichnung jedoch nur als reine Bezeichnung auszuliegen, nicht als Vertragsbedingung.

Legte man die Geschäftsbezeichnung gleichzeitig auch als Vertragsbedingung aus, ist diese sicherlich für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und gestellt, so daß sie am AGB-Gesetz zu messen wäre. Unschädlich wäre ihre Kürze und das Auftauchen in der Geschäftsbezeichnung⁹⁸. Da die Klausel in vollem Umfange eine pauschale vertragliche Haftungsbegrenzung herbeiführen soll, also auch im Bereich des Klauselverbots des § 11 Nr. 7 AGBG, ist sie schon nach dessen Wortlaut im Anwendungsbereich dieser Norm unzulässig⁹⁹ und muß damit bei Geltung des § 11 Nr. 7 AGBG insgesamt als vor dem AGB-Gesetz unzulässig angesehen werden. Eine geltungserhaltende Reduktion gibt es in diesem Falle nicht, § 6 Abs. 2 AGBG.

Im kaufmännischen Verkehr im Sinne des § 24 Ziffer 1 AGBG gelten insoweit nicht §§ 10 und 11 AGBG, sondern nur § 9 AGBG. Auch hier kann eine pauschale Haftungsbeschränkung auf ein diffuses Gesellschaftsvermögen nicht als zulässig angesehen werden, da keineswegs die vom BGH geforderte „angemessene“ Haftungsbeschränkung gesichert ist¹⁰⁰.

Die Gesellschafter dürfen daher vor dem Hintergrund der traditionellen Lehre, aber auch der Akzessorietätslehre, die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nicht für eine Vielzahl von Fällen vorformulieren und stellen bzw. in Verbraucherverträgen verwenden, ohne daß die Haftungsbeschränkung im Einzelfall ausgehandelt ist, § 1 Abs. 2 AGBG. Das Aushandeln ist auch bei Verbraucherverträgen weiterhin zulässig, um den Schranken des AGBG zu entgehen¹⁰¹. Dazu genügt die meist nur theoretische Möglichkeit der Einflußnahme des Verwendungsgegners nicht¹⁰². Eine Individualvereinbarung liegt vor, wenn der Verwender die Haftungsbeschränkung ernsthaft zur Disposition stellt und der Verwendungsgegner die reale Möglichkeit hat, den Inhalt der Vertragsbedingungen zu beeinflussen und zu verändern. Auch ohne textliche Änderung kann ausnahmsweise ein Aushandeln vorliegen, wenn der andere Teil nach gründlicher Erörterung von der Sachgerechtigkeit der Regelung überzeugt wird¹⁰³.

Den Gesellschaftern gemeinsam steht es natürlich frei, die Haftungsbeschränkung zur Disposition zu stellen. Ist nur ein Gesellschafter als bevollmächtigter Vertreter vor Ort, kann auch er Verhandlungen mit den übrigen zwecks Entfall der Haftungsbeschränkung anbieten und die Haftungsbeschränkung ernsthaft zur Disposition stellen.

89 Dafür etwa Hadding, Festschrift Rittner, 1991, S. 133, 140 f.; gegen Abkürzungen MünchKommUlmer § 714, Rn. 39; Kögel a.a.O.; der BGH NJW 1992 S. 3037, 3039 läßt offen, ob das eine oder das andere überhaupt ausreichend ist; ebenso nunmehr Thür. OLG a.a.O., das „mindestens“ ein Ausschreiben der Haftungsbeschränkung verlangt.

90 MünchKommUlmer a.a.O.; Grunewald 1.A., Rn. 60; vor dem Hintergrund der von diesen Autoren vertretenen Lehre von der Doppelverpflichtung sind die gewählten Formulierungen fragwürdig, da keine Haftung des Vertragspartners beschränkt wird, siehe näher unten 5. und schon oben 2 a) cc) aaa).

91 BGHZ 62, 230; Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 4 GmbHG, Rn. 51 und 53, alle zur GmbH.

92 In diesem Sinne Grunewald a.a.O., Rn. 60.

93 Emmerich a.a.O., Rn. 53.

94 Dieses Problem erkennen der BGH a.a.O. (kritisch, aber offenlassend) und Grunewald a.a.O., Rn. 60 (wegen der Offenbarkeit mit Rückfragemöglichkeit die Haftungsbeschränkung bejahend).

95 Siehe schon oben Ziffer 3. m.w.N., insbesondere auf Hasselbach und Thür. OLG a.a.O..

96 Siehe dazu bereits oben 3.

97 Enger Hasselbach und Thür. OLG, s.o. Abschnitt 3 m.w.N.; ähnl. wie hier OLG Hamm NJW 1985 S. 1846 f.; der BGH NJW 1992 S. 3037 ff. scheint großzügiger als das Thür. OLG a.a.O. zu sein, ist aber letztlich unentschieden; den erforderlichen Schutz des Vertragspartners muß das AGB-Gesetz leisten, nicht künstlich erscheinende hohe Anforderungen an die Auslegung der die Haftungsbeschränkung herbeiführenden Willenserklärungen.

98 Kögel a.a.O..

99 Palandt/Heinrichs § 9, Rn. 45 und schon oben bei 4 b) cc) aaa).

100 Siehe dazu schon oben FN 75 m.w.N.

101 Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl. 1997, § 24a, Rn. 35, mit Hinweisen auf das EU-Recht; Palandt/Heinrichs § 24a, Rn. 9; Heinrichs NJW 1996 S. 2190, 2192; Eckert ZIP 1996 S. 1238 f.

102 Dazu und zum folgenden Palandt/Heinrichs § 24a AGBG, Rn. 9, jedoch nicht unmittelbar zur GbR mbH.

103 Palandt/Heinrichs § 1 AGBG, Rn. 18; BGHZ 84, 111; BGH NJW 1991 S. 1679 und NJW 1992 S. 2285; a.A. wohl BGH NJW 1988 S. 410; ob die Überzeugung im untersuchten Fall möglich ist, ist jedoch angesichts des „diffusen“ Gesellschaftsvermögens zweifelhaft, vgl. Flume a.a.O.

Weist der Notar im Rahmen seiner Belehrungsfunktion auf die hohen Risiken der Haftungsbeschränkung auf ein nicht kontrolliertes, diffuses Gesellschaftsvermögen hin, wird das erforderliche Aushandeln häufig von sich aus unter den Beteiligten seinen Gang nehmen¹⁰⁴. Dies sollte sicherheitshalber in der Urkunde dokumentiert werden, wenn die Haftungsbeschränkung letztlich doch vereinbart werden soll. Werden Ausnahmen von der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Haftungsbeschränkung vorgenommen, ist unbedingt vorher zu prüfen, ob die Mitgesellschafter für diese Ausnahmeregelungen auch Vollmacht erteilt haben, sofern nicht alle Gesellschafter selbst mitwirken.

5. Würdigung der dargestellten Theorien

Die Gruppen-Lehre weckt in der Kombination mit der Doppelverpflichtungstheorie im untersuchten Bereich erhebliche Bedenken: Die Kontrahierung mit einem Rechtsträger, in dem niemand persönlich haftet, ohne daß die Gründung, Kapitalaufbringung und -erhaltung bei dem Rechtsträger auch nur in Grundzügen geregelt und überwacht wäre, ist für den Verwendungsgegner gefährlich, da sich wegen der eingeschränkten Einstandspflicht niemand ernstlich zur Meidung seiner Haftung um die Erfüllung der Vertragspflichten kümmern müßte und letztlich eine Haftung nur mit dem diffusen Gesellschaftsvermögen bestünde¹⁰⁵, wobei mangels vertraglicher Haftungsbeschränkung diese nicht einmal der Kontrolle des AGB-Gesetzes unterfiele¹⁰⁶. Insofern sind die Haftungsverhältnisse in der BGB-Gesellschaft unter Zugrundelegung dieser Dogmatik durchaus gegenüber der OHG und KG ungewöhnlich¹⁰⁷. Hier liegt ersichtlich ein Widerspruch zur Wertung des Gesetzgebers vor

- einerseits in den Gründungs-, Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregelungen der einschlägigen Gesetze für juristische Personen¹⁰⁸, und
- andererseits in der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit nur von Personenhandelsgesellschaften¹⁰⁹, bei denen die gesetzliche volle Haftung mindestens eines Gesellschafters in §§ 124, 128, 161 Abs. 1 und 2 HGB ausdrücklich angeordnet ist¹¹⁰ und nur durch eine vertragliche Haftungsbeschränkungsabrede beseitigt werden kann, die grundsätzlich dem AGB-Gesetz unterfällt¹¹¹. Eine (teil-)rechtsfähige und rechtlich selbständige Vermögensmasse, die nicht juristische Person ist und bei der auch niemand neben der Vermögensmasse im gesetzlichen Regelfall haftet, ist dem deutschen Recht fremd¹¹².

Es liegt daher nahe, daß es nicht dem Gesetzesplan entspricht, ein (teil-)rechtsfähiges Gebilde zuzulassen, in dem weder der

eine noch der andere Grundsatz verwirklicht ist. Bestätigt wird dies durch das AGB-Gesetz, das vor vertraglichen Haftungsbeschränkungen schützen will und ad absurdum geführt würde, wenn man diese durch „Gestaltungsmacht“ vor Vertragsabschluß aushebeln könnte, die nicht den beiden dargestellten Grundtypen (juristische Person / Personenhandelsgesellschaft mit mindestens einem gesetzlich haftenden Vollhafter) unterfällt.

Denkbar (aber soweit ersichtlich noch nicht vertreten) wäre die generelle Anwendung des Umgehungsparagraphen § 7 AGBG auf BGB-Gesellschaften mit „Haftungsbeschränkung“ auf das Gesellschaftsvermögen. Wer diese Ansicht auf dem Boden der Doppelverpflichtungslehre vertritt, sollte sich jedoch fragen, ob nicht seine Dogmatik von dem (teil-)rechtsfähigen Gebilde BGB-Gesellschaft eine Umgehung des Gesetzes ist, denn selbstverständlich muß die gesetzlich vorgesehene Gesellschaft bürgerlichen Rechts in ihrer Grundstruktur – also ohne daß sich weitere Rechtsträger zusätzlich verpflichten – ein tauglicher Teilnehmer am Rechtsverkehr sein, der nicht pauschal eine Gesetzesumgehung im Sinne des § 7 AGBG darstellt. Dies spricht eindeutig für die traditionelle Lehre oder – wenn man von ihr abweichen will – für die Akzessorietätstheorie.

Es ist hier nicht der Ort, umfassend auf den Theorienstreit im Gesellschaftsrecht einzugehen, der zum Teil heftig¹¹³ und beschwörend¹¹⁴ geführt wird. Hält man sich die gesetzlichen Grundlagen vor Augen, ist der traditionellen Lehre zu folgen, da

- nach § 714 BGB die Gesellschafter, nicht aber die Gesellschaft vertreten werden,
- nach § 718 Abs. 1 BGB das Gesellschaftsvermögen gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter, nicht der Gesellschaft ist,
- nach § 736 ZPO zur Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, nicht eines gegen die Gesellschaft, und
- eine Norm wie § 124 HGB, die Gegenteiliges anordnen würde, im BGB nicht existiert und auch offenkundig angesichts der dargestellten klaren anderslautenden Regelungen nicht planwidrig fehlt¹¹⁵. Dies wird auch bestätigt dadurch, daß der Regelungsbereich des § 124 Abs. 2 HGB in § 736 ZPO eine eigenständige Regelung im Sinne der traditionellen Lehre erfahren hat.

In ihrer Konsequenz liegt die durchweg in der Rechtsprechung anerkannte fehlende Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, so daß im Grundbuch einzutragen die einzelnen Gesellschafter in Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind (§ 47 GBO)¹¹⁶.

104 Wenz a.a.O. S. 381 und Kögel a.a.O. S. 2201 sowie Gummert (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, 1995, § 12, Rn. 43) und Hasselbach MDR 1998 S. 1200 weisen zu Recht auf die Schwierigkeiten hin, die in der Praxis für die Gesellschaft bestehen, die „Haftungsbeschränkung“ in einer Verhandlung beim Vertragspartner durchzusetzen.

105 Kritisch insoweit auch Flume a.a.O. S. 328, der die Doppelverpflichtungslehre nicht vertritt; im gleichen Sinne Gummert MüHdB GesR I, § 12, Rn. 49; ähnl. neuerdings Hasselbach MDR 1998 S. 1200 und 1202 (der dies jedoch unzutreffend als ein Problem der GbR mbH und nicht als eines der Gruppen-Theorie mit Doppelverpflichtungslehre erkennt).

106 So in der Tat auf dem Boden dieser – abzulehnenden – Theorie zutreffend Kögel a.a.O. S. 2205 f.; MünchKommUlmer § 714, Rn. 40; Palandt/Heinrichs § 1 AGBG, Rn. 4.

107 A.A. Grunewald a.a.O. 1.A., Rn. 58, die erkennt, daß bei der OHG, für die die Akzessorietätstheorie gesetzlich vorgesehen ist, eine – dem AGBG unterfallende – vertragliche Haftungsbeschränkung vorliegt, bei der GbR mbH jedoch eine bloß fehlende Haftungserweiterung auf weitere Rechtsträger (s.o. 4. b) cc) zur Akzessorietätstheorie).

108 Darauf weisen zutreffend Gummert a.a.O. § 12, Rn. 49 und Hasselbach a.a.O. bezüglich der GbR mbH hin, ohne jedoch zu vertreten, daß dies ein Grundproblem der „Gruppen-Lehre“ mit Doppelverpflichtungstheorie ist.

109 Und natürlich auch der Partnerschaften nach dem PartGG, deren Regelung dem HGB in der untersuchten Frage nachgebildet ist.

110 Jede KG hat mindestens einen Komplementär, Baumbach/Hopt § 161, Rn. 3; Heymann/Horn § 161, Rn. 1.

111 Siehe oben 4. b) cc) bbb) zur Akzessorietätstheorie.

112 Zutreffend ähnl. – jedoch unter Nichtbeachtung der teilrechtsfähigen Personenhandelsgesellschaften – Hasselbach a.a.O. S. 1202, der auch die Dimension seiner Aussage offenbar unterschätzt: Diese ist kein Argument gegen die

„GbR mbH“ im Sinne einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nur die allen zu Gebote stehenden privatautonomen Gestaltungsmittel einsetzt (Vollmachtsbeschränkung, Haftungsbeschränkungsabrede), sondern ein Argument, das die Gruppen-Lehre im Kern trifft, siehe sogleich; selbst im nicht-rechtsfähigen Verein ist die volle persönliche Haftung des „Handelnden“ ausdrücklich als gesetzlicher Regelfall angeordnet, § 54 S. 2 BGB.

113 Zöllner a.a.O. S. 566 „Selbstgewißheit“; sehr weitgehend Ulmer AcP 198 S. 116; die Kommentatoren und Lehrbuchautoren, die die Gegenmeinung vertreten, würden das Personenengesellschaftsrecht nicht als einen Schwerpunkt ihrer Interessen behandeln.

114 Ulmer AcP 198 S. 136 und 151.

115 Palandt/Thomas § 705, Rn. 17; Zöllner Festschrift Gernhuber 1993 S. 563; Cordes JZ 1998 S. 545 ff.; Larenz Schuldrecht II, 12. Aufl., § 60 IV c (S. 396); weitere Nachweise oben FN 11; a.A. Grunewald a.a.O. 1.A., Rn. 54 („kein Fehler“); auch Ulmer AcP 198 (1998) S. 115/16 als Repräsentant der Gruppen-Lehre räumt den Widerspruch zum klaren Gesetzeswortlaut ein; K. Schmidt, GesR, 60 III (S. 1786), behauptet, der Gesetzgeber hätte die Gesellschaftshaftung für Schulden der Gesamthandsgesellschaft bürgerlichen Rechts nicht geklärt, eine Norm wie § 128 HGB fehle. Dies ist zutreffend, denn das Gesetz geht entsprechend der traditionellen Lehre nur von Schulden der Gesellschafter als alleinige Rechtsträger aus und hat daher eine den §§ 124 Abs. 1, 128 HGB entsprechende Regelung bewußt nicht vorgesehen. Die Forderung von K. Schmidt a.a.O., § 128 HGB analog anzuwenden, ist daher mangels planwidriger Lücke unzutreffend (insoweit zustimmend Grunewald 1. A., Rn. 110).

116 BayObLG JZ 1986 S. 108; OLG Düsseldorf NJW 1997 S. 1991 und DNotZ 1997 S. 737 mit Anm. Demharter; Palandt/Thomas § 705, Rn. 17; Demharter, Grundbuchordnung, 22. Aufl., § 47 GBO, Rn. 21.

Bei derart klaren Vorgaben durch Wortlaut und Systematik kann der dazu im krassen Widerspruch stehenden „Gruppen-Lehre“, die auch dem Willen des historischen Gesetzgebers nicht entspricht¹¹⁷, keinesfalls eine größere systematische Stimmigkeit¹¹⁸ attestiert werden, die ihr zum Erfolg verhelfen könnte.

Spricht also für die sog. „Gruppen-Lehre“ nur, daß sie im Einzelfall zu sachgerechteren Ergebnissen führen kann¹¹⁹, so ist diese angesichts der klaren gesetzlichen Vorgaben, dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Verlässlichkeit der Gesetzesfassung und der Tatsache, daß auch ihre bessere Sachgerechtigkeit keineswegs allgemein akzeptiert ist¹²⁰, abzulehnen¹²¹. Bloße rechtspolitische Kritik an der Gesetzeslage reicht nicht aus, eine Rechtsfortbildung zu betreiben¹²². Es soll hier ausdrücklich betont werden, daß es für die vertragsgestaltende Praxis und die Rechtssuchenden wünschenswert ist, zumindest so weit wie möglich eine verlässliche gesetzliche Grundlage vorzufinden und daß diese nicht ohne Not durch Theorien contra legem¹²³ zu durchbrechen ist, wenn auch mit der dem Gesetz entsprechenderen Fassung letztlich sachgerechte Ergebnisse zu erzielen sind.

An den dargestellten gesetzlichen Grundlagen haben auch neuere gesetzgeberische Maßnahmen wie das Umwandlungsgesetz oder die Insolvenzordnung nichts geändert¹²⁴, zumal die maßgeblichen Normen des BGB und der ZPO unverändert blieben.

Entscheidend ist ferner, daß selbst die Repräsentanten der Gruppen-Lehre offensichtliche Schwierigkeiten haben, die Prämissen ihrer Lehre durchzuhalten: So müßte man auf der Grundlage der Theorie der Doppelverpflichtung nicht wie Ulmer¹²⁵, Grunewald¹²⁶ und der BGH¹²⁷ sowie das Thür. OLG¹²⁸ von der GbR mit „Haftungsbeschränkung“ sprechen, sondern von der „GbR mit fehlender zusätzlicher Gesellschafterhaftung“¹²⁹, da die Haftung der Gesellschaft als „Gruppe“ gerade nicht beschränkt ist und die Vermeidung einer zusätzlichen – nur durch konkludente Erklärung hergeleiteten – Haftung weiterer Rechtsträger, vor allem aber die Vermeidung einer Rechtscheinhaftung, nicht als Haftungsbeschränkung bezeichnet werden kann.

Weiter kann die Doppelverpflichtungslehre die angeblich konkludent erklärte¹³⁰ Gesellschafterhaftung nur mit einer diffusen Verkehrsauffassung erklären¹³¹, die sich unter Zugrundelegung der neuen Dogmatik gar nicht gebildet hätte¹³² und sich letztlich auf die traditionelle Lehre stützt, welche sich uneingeschränkt auf die Auslegungsregel des § 714 BGB sowie die §§ 420 ff. BGB berufen kann. Konkludente Erklärungen sind zudem bei formbedürftigen Erklärungen höchst problematisch, so daß der Notar auf eine exakte Beschreibung der Haftungssituation Wert legen muß. Dies ist ein künstliches durch die Dop-

pelverpflichtungstheorie geschaffenes Problem, das sich bei der traditionellen Lehre gar nicht stellen würde: Hier wäre selbstverständlich, daß die vollumfängliche Verpflichtung der Gesellschafter – als allein Rechtsfähige – erklärt wird, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Die vorliegende Untersuchung zeigte schließlich, daß die teilrechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Sinne der Gruppenlehre mit Doppelverpflichtungstheorie ein dem Gesetzesplan nicht entsprechender Fremdkörper im Recht der natürlichen Personen und (teil-)rechtsfähigen Gesellschaften wäre: Es existiert hier weder eine juristische Person, deren Gründung, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung enger reglementiert und überwacht wäre¹³³, noch mindestens eine vollhaftende natürliche oder juristische Person, wie sie § 161 Abs. 1 HGB als Mindeststandard für die KG fordert, es sei denn, deren Haftung würde zusätzlich („Doppelverpflichtung“) vereinbart. Die stillschweigende Mitverpflichtung der Gesellschafter ist eine von der Begründung her¹³⁴ sehr fragwürdige und bei formbedürftigen Geschäften nicht funktionierende Konstruktion, die auch nur vordergründig über die wahre Problematik hinwegtäuscht: Ohne Not wird gegen den Gesetzesplan ein für den Rechtsverkehr gefährlicher, weder durch Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften noch durch das AGB-Gesetz kontrollierter Rechtsträger geschaffen, bei dem niemand persönlich haftet. Rechtsfortbildung, die sich gegen den Wortlaut des Gesetzes stellt, muß Gesetzestreue aus dem Geist des positiven Rechts belegen¹³⁵. Dies ist angesichts des dargelegten Widerspruchs zum Gesetzesplan zum Scheitern verurteilt.

Das gefundene Ergebnis spricht dafür, daß die Theorie von der Doppelverpflichtung in Verbindung mit der Gruppen-Lehre unzutreffend ist. Die daraus resultierende Haftungsverfassung wäre ein Fremdkörper im Gesellschaftsrecht¹³⁶.

Der Gruppen-Lehre in Verbindung mit der Akzessorietätstheorie kann dies nicht in gleichem Umfange entgegengehalten werden, denn diese Haftungsverfassung entspricht dem HGB. Auch hier gilt jedoch, daß der Gesetzesfassung, Systematik und Entstehungsgeschichte in Verbindung mit der Rechtssicherheit ein so hoher Wert zukommt, daß zu wünschen ist, daß der allein mit Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte übereinstimmenden traditionellen Lehre („Vermögenslehre“) endlich wieder der Vorzug eingeräumt wird.

6. Folgerungen für die notarielle Praxis

a) Zulässigkeit der GbR mit Haftungsbeschränkung und Wirkung des AGB-Gesetzes

– Die GbR mbH ist auch unter Beachtung des Handelsrechtsreformgesetzes weiterhin zulässig. Der neue erweiterte Kaufmannsbegriff ist jedoch zu beachten, auf dessen

117 Zutreffend Ulmer AcP 198 S. 130, 131.

118 So in der Tat aber Ulmer a.a.O. S. 151 und Einzelargumente zusammenfassend auf S. 115.

119 So Ulmers zweites Argument a.a.O.

120 Kritisch zur Gruppen-Lehre zuletzt Zöllner a.a.O. S. 566 ff.; Cordes a.a.O.; Berndt/Boin a.a.O. und die oben FN 11 genannten Autoren; unentschieden Hopt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, Rn. 176 ff.: im praktischen Ergebnis keine wesentlichen Unterschiede (!).

121 Im Ergebnis ebenso Cordes JZ 1998 S. 546 ff.: Vertreter der Gruppenlehre haben der „Beweislast“ zur Überwindung der klaren gesetzlichen Vorgaben aus Wortlaut und Systematik nicht genüge getan; ebenso die in FN 11 genannten Autoren.

122 Dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, S. 262; daher dieser konsequent traditionell in Schuldrecht II a.a.O. S. 396, der zwar auch von „Doppelverpflichtung“ spricht, aber damit auf den Boden der traditionellen Lehre nur die Haftung der Gesellschafter mit mehreren Vermögensmassen meint.

123 Gegen die Überwindung von Wortlaut, Systematik und Historie des Gesetzes hat offenbar auch Zöllner a.a.O. S. 566 FN 11 („mehr vordergründig“, „durch das Wesen der Sache überwindbar“) keine grundsätzlichen Einwände, der aber selbst die traditionelle Lehre vertritt; bedenkl. Ulmer AcP 198 S. 150: „Einzuräumen ist den Anhängern der traditionellen Lehre ..., daß die ‚Gruppen‘-Lehre sich nicht aus den auf die gesellschaftsrechtliche Gesamtheit bezogenen Vorschriften des BGB und der ZPO ableiten läßt“. Eine Theorie, die sich nicht einmal aus dem maßgeblichen Gesetz ableiten läßt, sondern nur

aus den von Ulmer a.a.O. dargestellten weiteren Theorien, kann nur als offenbar nicht gesetzesgemäß bezeichnet werden.

124 Berndt/Boin NJW 1998 S. 2854 ff., m.w.N zu Gegenansichten (etwa auf Timm, NJW 1995, S. 3209, 3211 ff.).

125 MünchKommUlmer § 714, Rn. 39.

126 GesR, Rn. 58 und 60.

127 NJW 1992 S. 3038, 3039.

128 vgl. FN 9.

129 Oder zutreffend insoweit Grunewald a.a.O. 1.A., Rn. 60: „BGB-Gesellschaft ohne persönliche Gesellschafterhaftung“.

130 Kritisch Cordes a.a.O.: mehr hineingelesen als ausgelegt

131 MünchKommUlmer § 714, Rn. 31; Grunewald a.a.O., Rn. 59, zu Recht kritisch wegen der zweifelhaften weiteren längerfristigen Wirkungsdauer dieser Verkehrsauffassung angesichts der neuen Dogmatik.

132 Grunewald a.a.O.

133 Insoweit zutreffend Gummert a.a.O. § 12, Rn. 49 und Hasselbach a.a.O. S. 1200 und 1202 zur GbR mbH, ohne dies als das Grundproblem der gesamten „Gruppen-Lehre“ mit Doppelverpflichtungstheorie zu erkennen.

134 Kritisch Cordes a.a.O.: mehr in die Erklärung hinein- als aus ihr herausgelesen; krit. sogar Grunewald a.a.O., Rn. 59.

135 So in anderem Zusammenhang K. Schmidt, Handelsrecht, 4. Aufl. 1994, § 8 I 1 c) (S. 244).

136 Zutreffend Hasselbach a.a.O. S. 1200 und 1202, der dies allerdings unzutreffend auf die GbR mbH bezieht.

Grundlage nunmehr in erweitertem Umfang Personenhandels-gesellschaften kraft Gesetzes entstehen. Außerdem ist die nunmehr bestehende Option einer vermögensverwaltenden KG als Alternative für Einzelfälle hervorzuheben.

- Die Haftungsbeschränkung einer GbR mbH, die Bauträger ist – denkbar nur im kleingewerblichen Bereich des § 2 HGB n.F. – ist vor dem Hintergrund der traditionellen Lehre und der Akzessorietätstheorie nach § 11 Nr. 7 AGBG innerhalb von dessen Anwendungsbereich unwirksam, außerhalb nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, wenn die Haftung pauschal auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt wird. Die Vertretenen haften mangels Vertretungsmacht dennoch nicht. Die Handelnden haften mangels Genehmigung nach § 177 BGB voll persönlich als falsus procurator, § 179 BGB.

Die abzulehnende „Gruppenlehre“ i.V.m. der Theorie der Doppelverpflichtung sieht dagegen hierin keinen dem AGB-Gesetz unterfallenden Sachverhalt.

- Die Haftungsbeschränkung aus dem bloßen Auftreten als „GbR mit Haftungsbeschränkung“ ist grundsätzlich als Vertragsbedingung anzusehen und dann ein Verstoß gegen §§ 11 Nr. 7 oder 9 AGB-Gesetz, sofern diese Normen Anwendung finden.
- Die Haftungsbeschränkung ist daher in jedem Falle zur Meidung eines Verstoßes gesondert auszuhandeln, § 1 Abs. 2 AGBG. Diese Möglichkeit besteht auch bei Verbraucherverträgen.
- Die abzulehnende „Gruppenlehre“ i.V.m. der Theorie der Doppelverpflichtung sieht im Auftreten der Gesellschaft als „GbR mit Haftungsbeschränkung“ keinen dem AGB-Gesetz unterfallenden Sachverhalt.

b) Klarstellung der Haftungsfrage durch den Notar in der Niederschrift

Da der Notar die Willenserklärungen der Beteiligten in der Niederschrift klar und unzweideutig wiedergeben soll (§ 17 Abs. 1 BeurkG), und in den Fällen des § 313 S. 1 BGB alle vertraglichen Abreden beurkunden muß, aus denen sich das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt¹³⁷, muß die Frage der Haftung (wer haftet womit?) klar und eindeutig geregelt sein.

Vor dem Hintergrund der traditionellen Lehre ergibt sich aus §§ 714, 420 ff. BGB eine volle Haftung aller Gesellschafter aus ihrem Auftreten als Gesellschafter bürgerlichen Rechts, wenn nichts Abweichendes zum Ausdruck kommt. Dasselbe ergibt sich nach der Akzessorietätstheorie entsprechend § 128 HGB.

Vor dem Hintergrund der weitverbreiteten, sich immerhin als herrschend bezeichnenden¹³⁸ Lehre von der Doppelverpflichtung sollte die volle Haftung auch der Gesellschafter neben der Gesellschaft – wenn sie gewollt ist – klargestellt oder andernfalls – soweit zulässig – klar verneint werden¹³⁹.

Da nicht eindeutig ist, welche Ansicht in der Rechtsprechung letztlich den Vorzug genießt¹⁴⁰, empfiehlt es sich, die Haftungsfrage unter Beachtung der dargestellten Theorien möglichst eindeutig (§ 17 Abs. 1 BeurkG) im Notarvertrag zu regeln und ihr nicht auszuweichen¹⁴¹.

Der konkrete Inhalt der Haftungsbeschränkung kann nicht durch bloßen Verweis auf ein Innenrecht der Gesellschafter (Gesellschaftsvertrag, Vollmachten) definiert und zum Vertragsgegenstand gemacht werden, wenn dieses Innenrecht nicht gemäß den Techniken des Beurkundungsgesetzes in die Beur-

kundung wirksam einbezogen wurde. Die bloße Abrede, bezüglich der GbR werde „eine Haftungsbeschränkung“ vereinbart, ist als Vertragsvereinbarung im Notarvertrag zu ungenau, da eine gesetzlich vertypete Haftungsregelung der GbR mbH nicht besteht.

Wird von der Haftungsverfassung nach Gesellschaftsvertrag in Verträgen mit Dritten bewußt oder ungewollt (kraft gesetzlicher Regelung des AGB-Gesetzes) abgewichen, sind die Vollmachten der Gesellschafter kritisch darauf zu prüfen, ob ihr Umfang für die getroffene Vereinbarung ausreicht.

c) Belehrungen durch den Notar

Wollen die Gesellschafter einer GbR mbH als Urkundsbeteiligte bloß mit dem Gesellschaftsvermögen haften, sollte der Notar zumindest in die Niederschrift die Belehrung aufnehmen, daß der Vertrag eine Haftung nur des nicht kontrollierten Gesellschaftsvermögens beinhaltet und dies erhebliche Ausfallrisiken des Vertragspartners bei der Durchsetzung seiner Ansprüche birgt, daß aber umgekehrt die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung im Hinblick auf das AGB-Gesetz, Treu und Glauben und die guten Sitten nicht höchstrichterlich geklärt und damit unsicher ist, sowie daß im Falle einer Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung der Vertrag mangels Vertretungsmacht schwebend unwirksam ist. Auf die damit verbundenen erheblichen Folgen sollte der Notar hinweisen.

Hier zeigt sich, daß die in der Literatur angenommene These, im praktischen Ergebnis bestünden zwischen den Theorien keine wesentlichen Unterschiede¹⁴², nicht zutrifft. Es zeigt sich ferner, daß die Rechtspraxis darauf angewiesen ist, mit klaren gesetzlichen Vorgaben zu arbeiten.

Bei der Regelung der Haftungsfrage hat der Notar das AGB-Gesetz zu beachten, Zweifel über die Unwirksamkeit einer Klausel mit den Beteiligten zu erörtern und – wenn beide Seiten auf der Klausel bestehen – in der Niederschrift zu vermerken (§ 17 Abs. 2 BeurkG). Wird eine Regelung „ausgehandelt“, sollte dies in der Niederschrift vorsichtshalber ausreichend dokumentiert werden.

d) Beurkundung eines GbR-Vertrages

Die Beurkundung eines GbR-Vertrages mit darin vorgesehener Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist natürlich nicht unzulässig, zumal das AGB-Gesetz auf das Innenrecht von Gesellschaften keine Anwendung findet, § 23 Abs. 1 AGBG.

Eine generelle Unzulässigkeit der Betätigung als GbR mit Haftungsbeschränkung läßt sich aus dem AGB-Gesetz nicht herleiten: Folgt man der sich als herrschend bezeichnenden¹⁴³ Gruppenlehre mit Doppelverpflichtungstheorie, ist das AGB-Gesetz nicht einschlägig, und selbst unter Zugrundelegung der traditionellen Ansicht können die Beteiligten die Anwendung des AGB-Gesetzes – wie gezeigt – durch jeweiliges Aushandeln vermeiden. Die geschäftsführenden Gesellschafter müssen darauf achten, daß sie sich im Rahmen des AGB-Gesetzes bewegen, was angesichts der gezogenen Grenzen für gestellte Haftungsbeschränkungsabreden und der Regelungen über Verbraucherverträge in der Praxis nicht einfach sein dürfte, wenn man – wie hier – der traditionellen Ansicht folgt. Insoweit sind die Rechtsformen einer GmbH oder einer GmbH & Co. KG deutlich leichter handhabbar, bieten dem Rechtsverkehr aber auch – wie dargelegt – einen etwas höheren Schutz.

Der Notar wird mit den Beteiligten die Vor- und Nachteile der GbR mbH und die möglicher Alternativen erörtern¹⁴⁴.

137 Palandt/Heinrichs, § 313, Rn. 25; BGHZ 63, 361; NJW 84, 974.

138 Kögel a.a.O. S. 2202; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, S. 100; MünchKomm/Ulmer § 714, Rn. 30; kritisch Hopt, Handels- und Gesellschaftsrecht, Band II, 1996 (GesR), Rn. 179.

139 Zum Meinungsstreit oben 5.

140 Vgl. Hopt GesR, Rn. 179; Wenz a.a.O. S. 377, 378: Die Rechtsprechung entscheidet derzeit auf dem Boden der vermögensrechtlichen Lehre, aber ihre Formulierungen sind durchaus mehrdeutig.

141 Weniger streng Wenz a.a.O. S. 381: „...im Grundstücksverkehr kann es deshalb sinnvoll sein, dem Geschäftspartner die Haftungsbeschränkung ausdrücklich offenzulegen und darüber einen Nachweis zu schaffen, etwa durch Erwähnung im notariellen Kaufvertrag“.

142 Hopt GesR, Rn. 179; dagegen zutreffend MünchKomm/Ulmer § 714, Rn. 27.

143 Vgl. Kögel a.a.O. S. 2202; Hüffer, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 1996, S. 100; MünchKomm/Ulmer § 714, Rn. 30; kritisch Hopt GesR a.a.O., Rn. 179.

144 Näher 2. b) cc) ccc).

Die Frage- und Vermerkpflcht des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG

(von Notarassessor Dr. Marc Hermanns, Köln)

I. Einleitung

Am 8. September 1998 ist das Dritte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze in Kraft getreten. Die Gesetzesnovelle enthält auch eine Vielzahl von Änderungen des Beurkundungsrechts. Insbesondere hat es sich der Gesetzgeber angelegen sein lassen, die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG neu zu fassen und wesentlich zu erweitern. Die Neufassung und Verschärfung der Mitwirkungsverbote ist sicher nicht allein Folge der nunmehr gesetzlich geregelten Sozietätsfähigkeit von Anwaltsnotar und Wirtschaftsprüfer¹. Zwar mag diese neue Möglichkeit der interprofessionellen Sozierung und das zum Teil offen ausgesprochene Anliegen der „Beratung aus einer Hand“ die Bedeutung der Mitwirkungsverbote und ihrer strikten Durchsetzung nochmals unterstreichen. Allerdings wurden die bisher geltenden Mitwirkungsverbote auch vor und unabhängig von der Zulassung der Wirtschaftsprüfer-sozietät als unzureichend, umgehungsfreundlich und kontrollfeindlich angesehen. Es war daher nur konsequent, wenn der Gesetzgeber im Zuge der BNotO-Novelle die Mitwirkungsverbote des § 3 BeurkG tatbestandlich konkretisierte und ihre Durchsetzbarkeit erleichterte.

Für die Praxis von außerordentlicher Bedeutung ist das neue Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG, der dem Notar eine Beurkundung verbietet,

„wenn es sich handelt um

...

7. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit oder einer Person im Sinne der Nr. 4 außerhalb ihrer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen.“

Die besondere Bedeutung, die der Gesetzgeber diesem neuen Mitwirkungsverbot beimißt, wird dadurch unterstrichen, daß der Notar gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung i.S.d. Nr. 7 zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken hat.

II.

Der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG

Der Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG und des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG legen die Annahme nahe, daß diese Bestimmungen gleichermaßen für den hauptberuflich tätigen Notar wie für den Anwaltsnotar gelten. Bereits in den ersten Tagen nach Inkrafttreten der Gesetzesnovelle ist indes deutlich geworden, daß die Geltung der Frage- und Vermerkpflcht des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG im Bereich des hauptberuflichen Notariats äußerst zweifelhaft ist. Es ist den Klienten des hauptberuflich tätigen Notars nicht zu vermitteln, warum der Notar jede seiner Urkunden mit einem Vermerk befrachten muß, der im Bereich des hauptberuflichen Notariats auch eine theoretische Bedeutung nur in ausgesuchten Einzelfällen haben kann. Der Erklärungs- und Rechtfertigungsaufwand, der den Notar trifft, steht in keinem Verhältnis zu der Anzahl der Fälle, in denen der Vermerk denkbarerweise Bedeutung haben kann. Es wird berichtet, daß die Frage des Notars in nicht wenigen Fällen dazu führt, daß die Klienten mit Unverständnis und Mißtrauen auf die Erklärungsversuche des Notars reagieren, da dieser ja offenbar

Anlaß hat, sie über Nebentätigkeiten außerhalb seines Amtes zu informieren.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Frage- und Vermerkpflcht des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG tatsächlich auch den hauptberuflich tätigen Notar trifft. Die Beantwortung dieser Frage wird maßgeblich davon abhängen, ob die mit dem Gesetzesbefehl verfolgten Zwecke auch gegenüber dem hauptberuflich tätigen Notar verfolgt werden müssen.

1. Der Gesetzeszweck der Bestimmung

Die Regelung in § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG ist insofern ein berufs- und notarverfahrensrechtliches Unikum, als dem Notar die Pflicht auferlegt wird, die Urkundsbeteiligten über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Mitwirkungsverbots zu befragen. Es ist derzeit nur in Ansätzen erkennbar, welche Schwierigkeiten die praktische Handhabung der Bestimmung aufwerfen wird. Beispielsweise kann sich die in § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG vorgeschriebene Frage naturgemäß nur an die formell Beteiligten der Urkunde richten. Die zu erfragende Vorbefassung i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG dürfte jedoch bereits bei einer materiellen Beteiligung einer Person vorliegen². Dies bedeutet, daß der Notar die an der Urkunde formell Beteiligten über eine Vortätigkeit für die an der Urkunde materiell Beteiligten befragen muß. Angesichts der Einzigartigkeit dieser Regelung ist es nicht möglich, den Regelungszweck in Anlehnung an bekannte gesetzliche Bestimmungen zu ermitteln. Es bleiben nur die diesbezüglich knappen Äußerungen in der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 21. März 1996³.

Die Bundesregierung begründet die Anordnung der Frage- und Vermerkpflcht wie folgt:

„Durch die in dem neuen Satz 3⁴ vorgesehene Pflicht, nach einer etwaigen Vorbefassung im Sinne der Nr. 7 zu fragen und dies sowie die Beantwortung in der Urkunde zu dokumentieren, wird dem in einer beruflichen Verbindung tätigen Notar die Bedeutung dieses Mitwirkungsverbotes in besonderer Weise bewußt gemacht und eine effektive Überwachung seiner Einhaltung durch die Aufsichtsbehörden gewährleistet. Dafür, daß der Notar diese Pflicht ernst nehmen wird, spricht die besondere Tragweite eines Verstoßes durch Beurkundung einer anderen als der gegebenen Antwort. Ein solches Verhalten dürfte den Strafbestand der Falschbeurkundung im Amt nach § 348 StGB erfüllen, was den Verlust des Notaramtes zur Folge haben könnte.“

Der Gesetzgeber verfolgt also durch die Anordnung der Frage- und Vermerkpflcht einen doppelten Zweck: Zum einen soll dem Notar bei jeder Beurkundung die besondere Bedeutung des Mitwirkungsverbots der Nr. 7 in Erinnerung gerufen und zum anderen soll den Aufsichtsbehörden eine effektive Kontrolle der Einhaltung des Mitwirkungsverbots ermöglicht werden. Schlagwortartig lassen sich diese beiden Funktionen mit den Begriffen „Appellfunktion“ und „Kontrollfunktion“ bezeichnen. Nur gleichsam erläuternd wird hinzugefügt, daß der Notar „diese Pflicht“, also die Frage- und Vermerkpflcht, ernst nehmen werde, da eine wahrheitswidrige Beurkundung den Strafbestand des § 348 StGB erfülle. Durch diese Äußerung soll allerdings kein weiterer eigenständiger Regelungszweck, etwa der der Pönalisierung des Verhaltens des Notars, angesprochen werden. Die Strafbarkeit nach § 348 StGB ist nach Ansicht des Gesetzgebers strafgesetzliche *Folge* einer wahrheitswidrigen Beur-

1 So auch Eylmann, NJW 1998, S. 2929, 2931.

2 Ebenso Vaasen/Starke, DNotZ 1998, S. 661, 670.

3 BT-Drucks. 13/4284.

4 Gemeint ist der heutige § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG.

kundung⁵, nicht aber war es *Ziel* des Gesetzgebers, das mitwirkungsverbotswidrige Verhalten eines Notars unter Strafandrohung zu stellen.

Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob die vom Gesetzgeber mit der Anordnung der Frage- und Vermerkplicht erstrebten Ziele Beachtung auch gegenüber dem hauptberuflich tätigen Notar erfordern.

a) Die Appellfunktion

Die besondere Bedeutung des Mitwirkungsverbots des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG rechtfertigt es nach Ansicht des Gesetzgebers, dem Notar die Frage- und Vermerkplicht aufzuerlegen. In der Praxis des Anwaltsnotariats hat sich gezeigt, daß Möglichkeiten bestehen, die bisher bestehenden Mitwirkungsverbote, etwa durch Niederlegung des vorangegangenen anwaltlichen Mandates oder dessen beschränkte Erteilung nur auf die beruflich verbundenen Personen unter Aussparung des Anwaltsnotars, zu umgehen. Zudem können sich aus den erweiterten Möglichkeiten zur Ausübung anderer Berufe und zur Eingehung interprofessioneller Sozietäten neue Gefährdungen für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Amtsausübung ergeben⁶. Es ist daher nur folgerichtig, wenn der Gesetzgeber aus diesem strukturell höheren Gefährdungspotential die Konsequenz eines verschärften Mitwirkungsverbotes zieht und diesem Mitwirkungsverbot angesichts der besonderen Gefahren, die sich aus den neuen Strukturen ergeben, besondere Bedeutung beimißt. Die im Bereich des Anwaltsnotariats *regelmäßig und institutionell* bestehende Möglichkeit einer Vorbefassung außerhalb der Amtstätigkeit korrespondiert mit der Regelanordnung der Frage- und Vermerkplicht. Diese ist – anders ausgedrückt – notwendige Konsequenz und Preis für die Möglichkeit der Ausübung weiterer Berufe außerhalb der Amtstätigkeit.

Es soll an dieser Stelle nicht untersucht werden, ob im Bereich des hauptberuflichen Notariats überhaupt Anwendungsfälle für das neue Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG denkbar sind⁷. Der Gesetzeszweck des Mitwirkungsverbots – die Sicherung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit – lassen es allerdings zweifelhaft erscheinen, ob insoweit eine Differenzierung zwischen der Tätigkeit des hauptberuflich tätigen Notars und der des Anwaltsnotars möglich ist. Eines dürfte indes unstreitig sein: Das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG kann im Bereich des hauptberuflichen Notariats auch theoretisch nur in sehr vereinzelt Ausnahmefällen eingreifen, nämlich allenfalls dann, wenn der Notar bereits im Rahmen einer Nebentätigkeit für einen der Urkundsbeteiligten tätig war⁸. Für den Bereich des hauptberuflichen Notariats kann daher – anders als für das Anwaltsnotariat – nicht die Rede davon sein, daß das Mitwirkungsverbot eine besondere Bedeutung habe. Das Gegenteil ist richtig: Selbst bei unterstellter Anwendbarkeit auf den hauptberuflich tätigen Notar wird das Mitwirkungsverbot faktisch in nur sehr wenigen Fällen Bedeutung erlangen können.

Steht damit fest, daß für das Mitwirkungsverbot allenfalls ein nur sehr kleiner Anwendungsbereich im hauptberuflichen Notariat besteht, folgt notwendig, daß die mit einer besonderen Bedeutung des Mitwirkungsverbots gerechtfertigte Appellfunktion der Frage- und Vermerkplicht für das hauptberufliche Notariat keine Bedeutung haben kann. Die Frage- und Vermerkplicht rechtfertigt sich im Bereich des Anwaltsnotariats aus der Vorgabe, daß weitere Berufe außerhalb der Amtstätigkeit ausgeübt werden und hieraus besondere Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Amtsausübung entstehen können.

Mangels entsprechender Gefährdungslage bedarf es im hauptberuflichen Notariat nicht des besonderen Appells durch die Frage- und Vermerkplicht.

b) Die Kontrollfunktion

Mit der Anordnung der Frage- und Vermerkplicht verfolgte der Gesetzgeber ferner das Ziel, eine effektive Überwachung der Einhaltung des Mitwirkungsverbots durch die Aufsichtsbehörden zu gewährleisten. Die Frage- und Vermerkplicht kann in der Tat zu einer höheren Kontrolleffizienz beitragen, wenn sie der Aufsichtsbehörde Erkenntnisse vermittelt, die ihr bislang nicht zur Verfügung standen. Die Behörden der Notaraufsicht haben zum Beispiel keine Erkenntnisse über Art und Umfang der weiteren beruflichen Tätigkeiten des Anwaltsnotars und seiner Sozian. Sie können daher nicht beurteilen, in welchen Fällen möglicherweise eine Kollision mit dem Mitwirkungsverbot der Nr. 7 droht. Dieses Erkenntnisdefizit rechtfertigt die Erschließung neuer Erkenntnisquellen durch Anordnung der Frage- und Vermerkplicht.

Im Bereich des hauptberuflichen Notariats bedarf der Notar zur Übernahme einer Nebenbeschäftigung grundsätzlich der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Nicht genehmigungspflichtig sind nur die in § 8 Abs. 4 BNotO genannten Tätigkeiten. Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Notaraufsichtsbehörden insoweit über keine Erkenntnisquellen verfügen. Der Gesetzgeber hat im Bereich des § 8 Abs. 4 BNotO lediglich auf die spezielle Möglichkeit einer Präventivkontrolle im Genehmigungsverfahren verzichtet, nicht aber auf die grundsätzlichen Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörden. Sie können Mißbräuchen auch im Bereich der genehmigungsfreien Nebentätigkeiten entgegenzutreten⁹ und können vom Notar jederzeit Auskunft über Art und Umfang auch genehmigungsfreier Nebentätigkeiten verlangen. Es stünde der Aufsichtsbehörde schließlich ohne weiteres frei, für die genehmigungsfreien Nebentätigkeiten Anzeigepflichten zu begründen. Diese umfassenden nebentätigkeitsrechtlichen Kontrollbefugnisse und Erkenntnismöglichkeiten der Aufsichtsbehörden machen ergänzende beurkundungsrechtliche Kontrollbefugnisse entbehrlich. Mangels Erkenntnisdefizits der Aufsichtsbehörden bedarf es nicht der Erschließung weiterer Erkenntnisquellen. Hieraus folgt, daß auch die Kontrollfunktion der Frage- und Vermerkplicht im Bereich des hauptberuflichen Notariats keine eigenständige Bedeutung hat.

c) Zwischenergebnis

Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen erscheint die Ausgangslage im Anwaltsnotariat im Hinblick auf Tätigkeiten außerhalb der Amtstätigkeit als grundlegend verschieden von der Situation im hauptberuflichen Notariat. Die Vortätigkeiten des Anwaltsnotars unterscheiden sich gerade im Hinblick auf die mit der Anordnung der Frage- und Vermerkplicht verfolgten Ziele qualitativ und quantitativ von etwaigen Vortätigkeiten des hauptberuflich tätigen Notars. Die mit der Anordnung der Frage- und Vermerkplicht verfolgten Ziele des Gesetzgebers legen daher eine wertende Differenzierung dahin nahe, daß diese Pflichten auf den hauptberuflich tätigen Notar nicht anwendbar sind.

2. Methodische Zulässigkeit der Nichtanwendung

Fraglich ist allerdings, ob es auch methodisch zulässig ist, § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG entgegen seinem eindeutigen Wortlaut nicht auf den hauptberuflichen Notar anzuwenden.

5 Angesichts der Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofes vom 27. August 1998, ZNotP 1998, S. 462, ist durchaus zweifelhaft, ob diese Rechtsansicht zutrifft. Mit dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof festgestellt, daß sich ein Notar nicht der Falschbeurkundung im Amt schuldig macht, wenn er außerhalb seines Amtsbezirks eine Beurkundung vornimmt und dabei wahrheitswidrig angibt, dies sei am Ort seines Amtssitzes geschehen. Die Angabe über den Ort der Beurkundung nehme nämlich nicht an der öffentlichen Beweiskraft der Urkunde teil, da ihr Fehlen die Qualität der Niederschrift als öffentliche Urkunde nicht berühre.

6 So Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 13/4184, S. 36.

7 Bejahend Vaasen/Starke, DNotZ 1998, S. 661, 670; dagegen Heller/Vollrath, MittBayNot 1998, 322.

8 Tätigkeiten des hauptberuflichen Notars vor seiner Ernennung dürften vom Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 BeurkG von vornherein nicht erfaßt sein, da solche Tätigkeiten nicht „außerhalb der Amtstätigkeit“ ausgeübt wurden. *Außerhalb der Amtstätigkeit* kann nämlich nur tätig werden, wer bereits ein Amt innehat; im Ergebnis ebenso Heller/Vollrath, MittBayNot 1998, 322, 325.

9 Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl., § 8 Rn. 3.

Die Rückführung einer nach ihrem Wortsinn zu weit gefaßten Regel auf den ihr nach dem Regelungszweck zukommenden Anwendungsbereich stellt methodisch eine teleologische Reduktion der Vorschrift dar¹⁰. Die Rechtfertigung jeder teleologischen Reduktion liegt in dem Gebot der Gerechtigkeit, Ungleiches ungleich zu behandeln, d.h. die von der Wertung her erforderlichen Differenzierungen vorzunehmen. Wenn also oben begründet wurde, daß die mit der Frage- und Vermerkplicht verfolgten Ziele eine wertende Differenzierung nahelegen, so ist es methodisch nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, die vom Wortlaut des Gesetzes unterlassene Differenzierung im Wege der teleologischen Reduktion des Gesetzes vorzunehmen.

Im Einzelfall kann sich die teleologische Reduktion einer Vorschrift allerdings deswegen verbieten, wenn ein vorrangiges Interesse an Rechtssicherheit die strikte Einhaltung der eindeutigen Norm verlangt¹¹. Eine Nichtanwendung der Frage- und

Vermerkplicht auf den hauptberuflich tätigen Notar stellt allerdings keine Gefährdung der Rechtssicherheit dar, da eine klar abgegrenzte Fallgruppe vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen wird. Zweifelsfragen über den Anwendungsbereich der Norm können auch nach erfolgter Restriktion nicht entstehen.

III.

Schlußfolgerung und Zusammenfassung

Die vom Gesetzgeber mit der Anordnung der Frage- und Vermerkplicht verfolgten Zwecke werden im Bereich des hauptberuflichen Notariats verfehlt. Hieraus folgt, daß die auf das Anwaltsnotariat zugeschnittene Bestimmung des § 3 Abs. 1 S. 2 BeurkG teleologisch dahin zu reduzieren ist, daß sie für den hauptberuflich tätigen Notar nicht gilt.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Sondereigentumsfähigkeit von Kellerräumen

(Saarländisches OLG, Beschluß vom 15. 4. 1998 – 5 W 145/97-50 – mitgeteilt von Notarin Dr. Christa Oechsler, Saarlouis)

WEG § 5 Abs. 2

Kellerräume, in denen sich Wasser- und Gaszähler befinden, können sondereigentumsfähig sein.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Ast. sind Eigentümer des im Grundbuch von ... eingetragenen Grundbesitzes, und zwar die Ast. zu 1) je zu ¼ und der Ast. zu 2) zu 1/2. Auf dem Grundstück befindet sich ein Wohnhaus, welches unterkellert ist. In einem Kellerraum befinden sich die Anschlüsse für die Versorgungsleitungen. An dieses Wohnhaus ist weiterer Wohnraum – ohne Kellerräume – angebaut. Beide Wohnungen haben von außen her zugängliche getrennte Eingänge.

In der Urkunde der Notarin haben die Ast. die ¼ Anteile der Ast. zu 1) zu einem ½-Miteigentumsanteil zusammengefaßt und gem. § 3 WEG die Teilung des Grundbesitzes erklärt.

Nach dem Aufteilungsplan sollen die einzigen vorhandenen Kellerräume im Sondereigentum des Eigentümers der Wohnung Nr. 1 stehen. In einem Kellerraum befindet sich eine Gasuhr und eine Wasseruhr, an der auch die Leitungen für die Wohnung Nr. 2 angeschlossen sind.

In diesem Vertrag ist unter § 3 Nr. 2 (Sondernutzungsrechte, Durchgangsrechte sowie sonstige Rechte; Durchgangs- und Durchfahrtsrechte) bestimmt:

„Der jeweilige Eigentümer der Einheit Nr. 2 erhält ein Durchgangsrecht folgenden Inhalts:

Er ist befugt, durch das Treppenhaus der Wohnung 1 zu gehen, um in das Kellergeschoß und in den Kellerraum, welcher nach vorn und von der Straße aus gesehen links gelegen ist, zu gelangen und zurück, um die Gasuhr und die Wasseruhr sowie sonstige Leitungen der Wohnung Nr. 2 zu kontrollieren, zu warten und instandzuhalten.“

Mit Zwischenverfügung vom 22. 11. 1996 hat das AG – GBA – Saarlouis u.a. beanstandet, an dem Kellerraum, in dem sich der Wasser- und Gaszähler befindet, könne nicht Sondereigentum begründet werden. Denn Räume, in denen sich zentrale Versorgungseinrichtungen befänden, könnten nicht Gegenstand von Sondereigentum sein. Dies gelte auch für die Zuwege zu diesen Räumen. Auch diese Räume und die Zuwege ständen zwingend im Gemeinschaftseigentum.

Gegen diese Verfügung haben die Ast. eine auf diese Beanstandung beschränkte Erinnerung eingelegt.

...

Das AG – GBA – Saarlouis hat der Erinnerung nicht abgeholfen. Das LG Saarbrücken hat die als Beschwerde anzusehende Erinnerung zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 78 GBO) und begründet; die Entscheidung des LG beruht auf einer Verletzung des Gesetzes.

Nach § 18 Abs. 1 GBO hat das GBA den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Ast. eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht. Das ist der Fall, wenn eine gesetzliche Voraussetzung der beantragten Eintragung – noch – fehlt. Was als gesetzliche Voraussetzung anzusehen ist, ist nach allen in Betracht kommenden Vorschriften verfahrensrechtlicher und sachlichrechtlicher Art zu beurteilen. Würde der Vollzug der begehrten Eintragung das Grundbuch unrichtig machen, liegt ein Hindernis i.S.d. § 18 GBO vor (vgl. Horber/Demharter, 18. Aufl. 1989, § 18 GBO, Nr. 2a).

Die angefochtene Entscheidung hat das Hindernis darin gesehen, daß die beabsichtigte Begründung von Sondereigentum an dem Kellerraum, in dem sich Wasser- und Gaszähler befinden, nicht möglich sei, weil dieser Raum notwendigerweise im Gemeinschaftseigentum stehen müsse, die beantragte Eintragung also gegen § 5 WEG verstoße. Das trifft jedoch nicht zu.

Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Teile des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, sowie Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, selbst wenn sie sich im Bereich der im Sondereigentum stehenden Räume befinden. Ob eine Anlage oder Einrichtung, die in einem der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehörenden Gebäude untergebracht ist, den Wohnungseigentümern zum gemeinschaftlichen Gebrauch dient und deshalb nicht durch Teilungserklärung (§ 8 WEG) zum Gegenstand des Sondereigentums gemacht werden kann, beurteilt sich nach der Art der betreffenden Anlage oder Einrichtung, nach ihrer Funktion und Bedeutung für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (BGHZ 73, 302, 311). Die Anlage muß nach ihrer Zweckbestimmung so auf die gemeinsamen Bedürfnisse der Wohnungseigentümer zugeschnitten sein, daß eine Vorenthaltung der gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis durch Bil-

¹⁰ Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl., S. 391.

¹¹ Larenz, a.a.O., S. 392.

dung von Sondereigentum ihren schutzwürdigen Belangen zu widerlaufen würde (BGH a.a.O.).

1. Dient eine Anlage oder Einrichtung, etwa eine Heizung, also in diesem Sinn dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer, so ist sie gemeinschaftliches Eigentum. Damit dient aber grundsätzlich auch der Raum, in dem sich die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Anlage oder Einrichtung befindet, dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer und muß gem. § 5 Abs. 2 WEG gleichfalls gemeinschaftliches Eigentum sein. Zu den Anlagen und Einrichtungen i.S. dieser Vorschrift gehören folglich auch Räume (BGHZ 73, 302, 311; BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224). Grundsätzlich müssen dabei auch die Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum ermöglichen, wie Fahrstühle, Treppenaufgänge und dergleichen, ebenfalls im gemeinschaftlichen Eigentum stehen (vgl. BGHZ 78, 225, 227 = DNotZ 1981, 565, BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224 BayObLG MittBayNot 1995, 204, 206 = DNotZ 1995, 631). Sie können hingegen im Sondereigentum stehen, wenn der gemeinschaftliche Raum seiner Beschaffenheit nach – was etwa bei einem Dachboden der Fall ist (vgl. BayObLG MittBayNot 1992, 331 = DNotZ 1992, 490; BayObLG MittBayNot 1995, 204 = DNotZ 1995, 631) – nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient. Schließlich kann ein Raum dann im Gemeinschaftseigentum stehen, wenn sein Zweck darin besteht, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen und zu erhalten. Dies trifft u.a. auf Flächen und Flure zu, die zur Bewirtschaftung und Versorgung der Wohnungen und des Gemeinschaftseigentums dienen. Dazu zählen auch ein Geräte- raum (BayObLG MittBayNot 1995, 204 = DNotZ 1995, 631), oder Räume, in deren Bereich sich die zentralen Zähl-, Schalt-, Sicherungs- oder Besichtigungseinrichtungen der gemeinschaftlichen Wasser-, Wärme- und Energieversorgungsanlagen des Gebäudes befinden (BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224). Die Begründung von Gemeinschaftseigentum ist insoweit erforderlich, weil die Anlagen einen ständigen Bedienung-, Kontroll- und Wartungsaufwand erfordern. Andernfalls – bei Sondereigentum – könnte der Sondereigentümer durch eigenmächtige Verfügungen im Rahmen seiner Raumbherrschaft (§ 13 Abs. 1 WEG) den gemeinschaftlichen Gebrauch stören. § 5 Abs. 2 WEG will dies gerade verhindern (BGH a.a.O.). Ist solchermaßen Gemeinschaftseigentum vorhanden, stehen die Zugänge zu diesen Flächen im Gemeinschaftseigentum, weil andernfalls ein ungestörter Gebrauch nicht möglich wäre.

Die Zuordnung eines Raumes zum Sondereigentum und der in ihm befindlichen Einrichtungen und Anlagen zum gemeinschaftlichen Eigentum sind durch die Regelung des § 5 Abs. 2 WEG allerdings nicht ausgeschlossen. Sie kann vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Einrichtung und Anlage dient, er also beispielsweise nicht nur als Heizungsraum oder Heizungskeller benutzt wird (vgl. BGHZ 73, 302, 311; NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224; BayObLG MittBayNot 1992, 331, 332 = DNotZ 1992, 490). Dabei reicht aber nicht jeder denkbare Sondervorteil dieses Raumes zur Begründung von Sondereigentum aus.

2. Nach diesen Maßstäben ergibt sich für vorliegenden Fall:

In dem Kellerraum befindet sich keine Anlage oder Einrichtung i.S.d. § 5 Abs. 2 WEG, die dazu führt, daß auch der Raum zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum stehen müßte. Die Frage einer Zuordnung des Kellerraumes zu dem gemeinschaftlichen Eigentum, weil Anlagen oder Einrichtungen, wie eine Heizung oder andere zentrale Versorgungseinrichtungen, im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, stellt sich nur dann, wenn letztere wesentliche Bestandteile des der Gemeinschaft gehörenden Grundstücks oder der ihr gehörenden Gebäude sind (vgl. BGH NJW 1975, 688; BGHZ 73, 302). Bei Wasser-

und Gaszählern ist dies aber nicht der Fall (vgl. Palandt/Heinrichs, 56. Aufl., § 93 BGB, Rn. 6; BayVerfG NVwZ 82, 369); diese werden von den Versorgungsunternehmen nur mietweise zur Verfügung gestellt. Beide Zähler sind selbständige, leicht lösbare Teilstücke, die jederzeit, etwa zum Zweck einer Reparatur auswechselbar und für einen anderen Grundstücksanschluß verwendbar wären. Dagegen sind die Versorgungsleitungen zu diesen Zählleinrichtungen und die vor den Zähl- einrichtungen befindlichen Hauptabsperrhähne wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (vgl. MünchKomm, 3. Aufl., § 94 BGB, Rn. 10). Ab den Abzweigungen stehen die Leitungen aber bereits im Sondereigentum der betreffenden Wohnungseigentümer (Weitnauer, 8. Aufl. 1995, § 5 WEG, Rn. 25; Bär- mann/Pick/Merle, 7. Aufl. 1997, § 5 WEG, Rn. 33). Damit stehen in dem Kellerraum nur die Leitungsrohre und die Hauptabsperrhähne bis zu den Abzweigungen im gemeinschaftlichen Eigentum. Das Vorhandensein von Leitungsrohren in Kellerräumen oder Mauern, auch wenn es sich um zentrale Zuleitungen handelt, führt aber ebensowenig wie das Vorhandensein von Abwasserrohren dazu, die Bestimmung des Raumes allein als auf den gemeinschaftlichen Gebrauch gerichtet anzusehen. Der Zweck des Raumes als Kellerraum eines der Wohnungseigentümer wird durch die Durchführung von im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Versorgungsleitungen, auch wenn diese auf Putz liegen, nicht berührt. § 5 Abs. 2 WEG geht gerade davon aus, daß dies der Fall sein kann. Der Zugang zu diesen Versorgungsleitungen für Zwecke der Instandhaltung und der Instandsetzung wird durch § 14 Abs. 4 WEG gewährleistet, und zwar in dem gleichen Umfang, als ob die Leitungen durch anderes Sondereigentum führen würden. Nichts anderes ergibt sich daraus, daß sich neben den Versorgungsleitungen noch die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Hauptabsperrhähne in dem Kellerraum befinden. Denn dieses gemeinschaftliche Eigentum ist ebensowenig wie bei dem Vorhandensein von Leitungen – anders als bei einer Heizungsanlage und möglicherweise einem Raum, der zur Lagerung von Heizöl dient – für den Kellerraum prägend.

Der Kellerraum steht auch nicht deshalb zwingend im gemeinschaftlichen Gebrauch, weil sein Zweck darauf gerichtet wäre, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen und der Gemeinschaftsräume zu ermöglichen und zu erhalten. Hiervon ist allerdings das LG ausgegangen. Es hat zwar gesehen, daß sich in dem Kellerraum lediglich die Zählleinrichtungen für zwei Eigentumswohnungen befinden und sich damit der Sachverhalt wesentlich von demjenigen in der Entscheidung des BGH (NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224) unterscheidet. Das LG arbeitet aber mit Unterstellungen, wenn es ausführt, es seien regelmäßige Wartungs- und Reparaturarbeiten erforderlich und im Falle eines Wasserrohrbruchs eines Defekts der Gasleitung müsse jederzeit ein sofortiges Einschreiten eines jeden betroffenen Wohnungseigentümers an Ort und Stelle ermöglicht werden. Ausgangspunkt der Überlegungen kann nur die Teilungserklärung sein. In dieser wird nur von einem Wasser- und einem Gaszähler gesprochen. Einen Erfahrungssatz, daß derartige Zähler regelmäßige Wartungs- und Reparaturarbeiten erfordern, gibt es aber nicht. Das Gegenteil ist hier der Fall. Lediglich im Abstand mehrerer Jahre werden die Zähler von den Versorgungsunternehmen gegen neue ausgetauscht. Ansonsten wird einmal im Jahr der Zählerstand abgelesen. Für das jährliche Ablesen, den Austausch der Zähler durch das Versorgungsunternehmen und im Einzelfall erforderliche Reparaturarbeiten ist das in der Teilungserklärung eingeräumte Recht ausreichend, den Keller der Wohnung Nr. 1 zu betreten oder durch Dritte betreten zu lassen, wenn und soweit dies erforderlich ist, um an Wasseranschluß, Wasseruhr oder Gasanschluß Kontroll- und Wartungs- oder Reparaturarbeiten durchführen zu lassen.

Nicht haltbar ist auch die Ansicht des LG, im Falle eines Wasserrohrbruchs oder eines Defektes in der Gasleitung müsse der Raum sofort von den Miteigentümern betreten werden können, weil sich in dem Kellerraum die Hauptabsperrhähne befinden. Das LG berücksichtigt nicht die hier vorliegenden Beson-

derheiten. Diese sind zu beachten, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob der Zweck des Kellerraumes darauf gerichtet ist, der Gesamtheit der Wohnungseigentümer einen ungestörten Gebrauch ihrer Wohnungen zu ermöglichen und zu erhalten, der Kellerraum nach seiner Zweckbestimmung also so auf die gemeinsamen Bedürfnisse der Wohnungseigentümer zugeschnitten ist, daß eine Vorenthaltung der gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis deren schutzwürdigen Belangen zuwiderlaufen würde. Als solche kommt nur die Möglichkeit in Betracht, an die Hauptabsperrhähne zu gelangen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es sich hier nur um eine Eigentumsanlage mit zwei Wohneinheiten handelt. Es ist nur ein Sondereigentümer vorhanden, welcher den Kellerraum betreten muß, der dem anderen Sondereigentümer gehört. Seinen schutzwürdigen Belangen kann aber auch durch andere rechtliche Möglichkeiten Rechnung getragen werden als durch Begründung gemeinschaftlichen Eigentums. Dazu genügt die in der Teilungserklärung eingeräumte Befugnis, den Kellerraum zu betreten. Eine gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis über einen ganzen Raum – und dann auch die Zugangswege zu diesem Raum – ist allein für die Möglichkeit, an die Absperrhähne zu gelangen, nicht erforderlich. Dies würde auch der Regelung des § 5 Abs. 2 WEG nicht entsprechen, wonach durchaus Sondereigentum an einem Raum und gemeinschaftliches Eigentum an der darin befindlichen Anlage nicht ausgeschlossen ist.

Das von der angefochtenen Entscheidung angenommene Eintragungshindernis besteht folglich nicht.

2. Liegenschaftsrecht – Zur Grundbuchberichtigung mittels eröffneten Erbvertrages

(OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 29. 6. 1998 – 20 W 251/98 – mitgeteilt von Vors. Richter am OLG Horst Richter, Frankfurt/Main)

GBO § 35

BGB §§ 2274; 2278; 2290; 2293; 2296

Liegt außer einem notariellen Erbvertrag ein später privatschriftlich abgeschlossener Aufhebungsvertrag der Erbvertragsschließenden vor, so kann das GBA zur Umschreibung des Grundbuchs auf den Erben die Vorlage eines Erbscheins nicht verlangen, weil es selbständig über die Formgültigkeit des Aufhebungsvertrages entscheiden muß. Die nur auf Vermutungen gestützte Möglichkeit, daß ein vorgelegter Erbvertrag später formgerecht aufgehoben worden ist, rechtfertigt das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nicht.

Zum Sachverhalt:

Als Eigentümerin des eingangs näher bezeichneten Grundstücks ist der am 30. 4. 1997 verstorbene Rentner S. im Grundbuch eingetragen. Die Testamentsakten enthalten eine privatschriftliche letztwillige Verfügung des Erblassers vom 31. 8. 1978 mit einer handschriftlichen Veränderung vom 28. 8. 1990, einen privatschriftlichen Vertrag zwischen dem Erblasser und der Ast. vom 10. 8. 1984 (dem Testament beigelegt), einen notariellen, zwischen dem Erblasser und der Ast. geschlossenen Erbvertrag vom 15. 4. 1986, ein privatschriftliches Testament des Erblassers vom 6. 3. 1987 mit Nachträgen vom 24. 7. 1987 und 5. 8. 1987 (Ergänzung des Erbvertrags), ein vom Erblasser eigenhändig geschriebenes Schriftstück mit dem Datum vom 17. 8. 1995, das vom Erblasser und der Ast. unterzeichnet worden ist, sowie die Eröffnungsniederschrift des Nachlaßgerichts vom 13. 5. 1997.

In dem notariellen Erbvertrag vom 10. 8. 1986 haben der Erblasser und die Ast. sich vertragsgemäß gegenseitig als Alleinerben eingesetzt. Als einseitige Verfügungen haben der Erblasser seine drei Kinder und die Ast. zwei ihrer Nichten zu Schlußerben des Längerlebenden eingesetzt. Die Vertragsschließenden haben sich den Rücktritt von dem Erbvertrag unter der Voraussetzung vorbehalten, daß sie gleichzeitig in dem Rücktrittsschreiben erklären, nicht bereit zu sein, die Lebensgemeinschaft mit dem anderen fortzusetzen. Weiter haben sie vereinbart, daß der Rücktritt durch notariell beur-

kundete Erklärung gegenüber dem anderen erfolgt und diesem zu Lebzeiten zugehen muß.

Das vom Erblasser und der Ast. unterzeichnete Schriftstück mit dem Datum des 17. 8. 1995 lautet wie folgt:

„Der Erbvertrag (beim AG R. hinterlegt) ist infolge Änderung der darin angeführten Umstände/Fakten zwischen Herrn S. ab dem 17. 8. 95 und Frau S. ab dem 17. 8. 95 ungültig!

Beide Partner haben jeder für sich ein handschriftliches Testament abgeschlossen und diese beiden Testamente in einem Banksafe bei der Bank B. hinterlegt. Dies erklären beide gewesenen Vertragspartner mit Ort, Datum und Unterschriften.“

Nach dem Inhalt der Testamentsakten ist das in dem Schriftstück vom 17. 8. 1995 erwähnte, angeblich in einem Banksafe hinterlegte Testament des Erblassers nicht zum Nachlaßgericht gelangt und nicht auffindbar.

Die Ast. hat unter Bezugnahme auf den vom Nachlaßgericht am 13. 5. 1997 eröffneten Erbvertrag vom 15. 4. 1986 beantragt, sie aufgrund Erbfolge als Eigentümerin des eingangs näher bezeichneten Grundstücks einzutragen. Nachdem der Rechtspfleger ihr durch Zwischenverfügung die Beibringung eines Erbscheins binnen vier Monaten aufgegeben hatte, hat der Rechtspfleger durch Beschluß vom 4. 12. 1997 den Berichtigungsantrag zurückgewiesen, da trotz des Formmangels der Erklärungen der Erbvertragsschließenden vom 17. 8. 1995 die Wirksamkeit der Aufhebung des Erbvertrages nicht endgültig ausgeschlossen sei.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der beiden Vorentscheidungen und zur Anweisung an das GBA, neu über den Berichtigungsantrag vom 29. 8. 1997 zu entscheiden.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das LG die zu ihm eingelegte Beschwerde mit Recht für zulässig erachtet, obwohl die Ast. die Zwischenverfügung vom 2. 10. 1997 nicht angefochten hat. Die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags kann auch dann mit der Begründung erhoben werden, daß der angegebene Grund unrichtig sei, wenn der Ast. die auf denselben Grund gestützte Zwischenverfügung nicht angefochten hatte (KEHE/Kuntze, 4. Aufl., § 71, Rn. 16; Demharter, 22. Aufl., § 18 GBO, Rn. 54; Kleist MittRhNotK 1983, 133, 143).

In der Sache selbst hält die angefochtene Entscheidung der rechtlichen Nachprüfung jedoch nicht stand. Beide Vorentscheidungen beruhen auf einer Verletzung des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO.

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO). Beide Urkunden – der Erbvertrag vom 15. 4. 1986 und die Eröffnungsniederschrift vom 13. 5. 1997 – liegen hier vor. Alsdann kann das GBA die Vorlage eines Erbscheins nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 S. 2 HS 2 GBO). Dabei steht es nicht im Belieben des GBA, den Erbschein zu verlangen. Das Bestehen auf der Vorlage eines Erbscheins ist nur dann gerechtfertigt, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts wirkliche Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (Demharter, a.a.O., § 35 GBO, Rn. 39). Die Vorinstanzen haben nicht verkannt, daß der Inhalt des Erbvertrags vom 15. 4. 1986 eindeutig eine Erbeinsetzung der Ast. enthält. Sie meinen jedoch, wegen des Vorhandenseins des privatschriftlichen „Aufhebungsvertrags“ vom 17. 8. 1995 sei nicht auszuschließen, daß eine weitere letztwillige Verfügung vorliege, durch die der Erbvertrag ungültig geworden ist. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Liegt außer einem öffentlichen Testament auch ein später errichtetes eigenhändiges Testament des Erblassers vor, dann hat das GBA auch zu prüfen, ob das privatschriftliche Testament außer Betracht bleiben muß, weil es wegen eines Formfehlers offenbar nichtig ist (KGJ 37 A, 245, 248; KGJ 47 A, 144, 146; JFG 18, 332, 334; BayObLG Rpfleger 1983, 18, 19; KEHE/Herrmann, a.a.O., § 35 GBO, Rn. 65; Haegele/Schöner/Stöber, 11. Aufl., Rn. 794; Meyer-Stolte, Rpfleger 1975, 313, 314). Vorliegend ist jeder Zweifel darüber ausgeschlossen, daß die vom Nachlaßgericht eröffneten Urkunden des Erblassers vom 6. 3. 1987 und 17. 8. 1995 schon wegen Formungültigkeit die in dem Erbvertrag vom 15. 4. 1986 verfügte Erbeinsetzung der Ast. nicht berühren. Die Beseitigung der bindenden Wirkung des Erbvertrages durch einen Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) oder durch Ausübung eines im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktritts (§ 2293 BGB) erfordert die notarielle Beurkundung der entsprechenden Erklärungen (§§ 2290 Abs. 4, 2296 Abs. 2 BGB). Daran fehlt es hier. Deshalb bleibt Eintragungsgrundlage der Erbvertrag vom 15. 4. 1986.

Die Ansicht des LG, gleichwohl sei die Vorlage eines Erbscheins erforderlich, weil nach Lage der Umstände mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß noch eine andere Verfügung von Todes wegen vorliege, die die Erbeinsetzung der Ast. durch den Erblasser im Erbvertrag vom 15. 4. 1986 beseitigt habe, trifft nicht zu.

Die Möglichkeit, daß ein vorgelegtes öffentliches Testament vom Erblasser durch eine spätere Verfügung von Todes wegen geändert worden ist, kann niemals von der Hand gewiesen werden. Trotzdem läßt § 35 Abs. 1 S. 2 GBO die Führung des Nachweises der Erbfolge durch Vorlage eines in öffentlicher Urkunde enthaltenen Testaments und des Eröffnungsprotokolls zu. Das Gesetz steht also nicht auf dem Standpunkt, daß die abstrakte Möglichkeit des Vorhandenseins einer späteren Verfügung die Beweiskraft eines öffentlichen Testaments ausschließt. Das GBA darf deshalb die Vorlage eines Erbscheins nur dann fordern, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, daß eine wirksame spätere Verfügung tatsächlich vorliegt, durch die die Erbfolge geändert worden ist (KG OLGE 23, 344; OLG München JFG 22, 184; OLG Hamm JMBI NRW 1963, 180; KEHE/Herrmann, a.a.O., Rn. 77, Meikel/Roth, 7. Aufl., Rn. 129, je zu § 35 GBO; Haegele/Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 788). Die Tatsache, daß der Erblasser und die Ast. in dem wegen Formmangels unwirksamen „Aufhebungsvertrag“ vom 17. 8. 1995 erwähnt haben, jeder habe für sich durch privatschriftliches Testament, das bei einer Bank hinterlegt sei, anders testiert, gibt einen solchen Anhalt nicht. Abgesehen davon, daß ausweislich der Akten des Nachlaßgerichts ein bei einer Bank hinterlegtes Testament des Erblassers nicht zum Nachlaßgericht gelangt und nicht auffindbar ist, läßt der Inhalt des „Aufhebungsvertrages“ vom 17. 8. 1995 nur den Schluß darauf zu, daß der Erblasser und die Ast. der irrigen Meinung waren, durch ihre privatschriftlichen Erklärungen die Wirkungen des Erbvertrags vom 15. 4. 1986 beseitigen zu können.

Nach alledem bedarf es der Vorlage eines Erbscheins nicht. Wirkliche Zweifel, daß die Ast. Alleinerbin geworden ist, bestehen nicht.

3. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung des Ausschlusses der Abtretbarkeit bei der Vormerkung

(BayObLG, Beschluß vom 3. 9. 1998 – ZZ BR 117/98 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB §§ 398; 399; 883

GBO § 22

1. Der Ausschluß der Abtretbarkeit des durch eine Vormerkung gesicherten künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs bei Ausübung eines Ankaufsrechts kann im Grundbuch eingetragen werden.

2. Wird der Eigentumsverschaffungsanspruch auf einen Dritten übertragen, kann dies im Weg der Grundbuchberichtigung im Grundbuch bei der Vormerkung vermerkt werden.

3. Ist im Grundbuch bei der Vormerkung ein Ausschluß der Abtretung nicht eingetragen, genügt zur Grundbuchberichtigung bei Abtretung des gesicherten Anspruchs die Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Vormerkungsberechtigten.

Zum Sachverhalt:

Zu notariellen Urkunden vom Jahr 1982 räumte die Bet. zu 1) der Bet. zu 2) bezüglich ihres Grundstücks ein Ankaufsrecht ein, das die Bet. zu 2) berechnete, den Abschluß eines Kaufvertrags an bestimmten bezeichneten Tagen zu bestimmten Kaufpreisen und die Übereignung des Grundstücks zu verlangen. In den Urkunden bewilligte die Bet. zu 1) die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des sich aus dem Ankaufsrecht ergebenden Übereignungsanspruchs. In der maßgebenden Urkunde vom 26. 1. 1982 heißt es am Schluß: „Weitere Abreden wurden nicht getroffen.“

Die Vormerkung wurde am 11. 10. 1983 in das Grundbuch eingetragen.

Zur notariellen Urkunde vom 23. 12. 1997 trat die Bet. zu 2) den Anspruch auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrags mit der Bet. zu 1) und den künftigen Übereignungsanspruch aufgrund des Ankaufsrechts an die Bet. zu 3) ab und bewilligte die Eintragung der Abtretung bei der Auflassungsvormerkung im Grundbuch im Weg der Grundbuchberichtigung.

Den Antrag auf Eintragung der Abtretung hat das GBA durch Zwischenverfügung vom 10. 2. 1998 beanstandet und die Zustimmung der Bet. zu 1) verlangt. Die Erinnerung/Beschwerde dagegen hat das LG durch Beschl. vom 15. 6. 1998 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 2) und 3).

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt: Die Zustimmung der Bet. zu 1) sei erforderlich, weil diese durch die beantragte Eintragung der Abtretung möglicherweise in ihren Rechten beeinträchtigt sei. Es bestünden nämlich Zweifel daran, ob das Ankaufsrecht übertragbar sei. Nur wenn das Ankaufsrecht wirksam abgetreten worden sei, könne die Bet. zu 3) Gläubigerin des künftigen Übereignungsanspruchs geworden sein.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die zugunsten der Bet. zu 2) eingetragene Vormerkung sichert deren künftigen Eigentumsverschaffungsanspruch bei Ausübung des Ankaufsrechts (§ 883 Abs. 1 BGB). Wird dieser Anspruch wirksam auf einen Dritten übertragen, geht auch die den Anspruch sichernde Vormerkung außerhalb des Grundbuchs auf den Dritten über. Das Grundbuch, das als Berechtigten der Vormerkung weiterhin den ursprünglichen Berechtigten ausweist, ist unrichtig (BayObLGZ 1962, 322, 325; 1971, 307, 310 = DNotZ 1972, 233; KEHE/Ertl, 4. Aufl., § 22 GBO, Rn. 47; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., § 22 GBO, Rn. 31). Es kann dadurch berichtigt werden, daß der Übergang des Anspruchs, also die Abtretung (§ 398 BGB), bei der Auflassungsvormerkung vermerkt wird. Insoweit gilt grundsätzlich nichts anderes als bei einer Pfändung oder Verpfändung des gesicherten Anspruchs (vgl. dazu BayObLGZ 1976, 190 = DNotZ 1977, 107; BayObLG Rpfleger 1985, 58; Demharter, 22. Aufl., § 26 GBO, Rn. 26 und Anh. zu § 26 Rn. 50). Die Eintragungsfähigkeit der Abtretung ergibt sich schon daraus, daß durch sie die Grundbuchunrichtigkeit beseitigt wird (vgl. Staudinger/Gursky, 12. Aufl., § 883 BGB, Rn. 218).

b) Die Grundbuchberichtigung setzt entweder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO voraus oder eine Berichtigungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der berichtigenden Eintragung betroffen wird (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO). Der Eintragungsantrag der Bet. zu 2) und 3) hat hier eine Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung zum

Ziel. Erforderlich und ausreichend ist dazu eine Bewilligung der im Grundbuch als Berechtigte der Vormerkung eingetragenen Bet. zu 2), weil diese ihre Buchposition durch die Berichtigung verliert. Allerdings wäre eine Berichtigungsbewilligung der im Grundbuch als Vormerkungsberechtigte eingetragenen Bet. zu 2) keine ausreichende Eintragungsgrundlage, wenn die Abtretung des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs ausgeschlossen sein sollte; in diesem Fall würde der Bet. zu 2) die Bewilligungsbefugnis fehlen.

Zu Recht weisen die Bet. zu 2) und 3) allerdings darauf hin, daß dabei allein auf die Abtretbarkeit des künftigen Übereignungsanspruchs abzustellen ist, weil nur dieser durch die Vormerkung gesichert ist. Ob das aus dem Ankaufsrecht fließende Recht, den Abschluß eines Kaufvertrags zu verlangen, abgetreten werden kann (vgl. §§ 399, 413 BGB), ist demgegenüber nicht von ausschlaggebender Bedeutung (siehe dazu Haegele/Schöner/Stöber, 11. Aufl., Rn. 1456).

c) Der Übereignungsanspruch kann dann nicht abgetreten werden, wenn sich durch die Abtretung der Inhalt der Leistung ändern würde oder die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen ist; dabei ist ein vertraglicher Ausschluß auch nachträglich möglich (§ 399 BGB). Bei einem Anspruch auf Eigentumsverschaffung ist in der Regel eine Inhaltsänderung nicht anzunehmen, weil eine Änderung in der Person des Gläubigers eine solche nicht bewirkt (BayObLGZ 1971, 307, 311 f. = DNotZ 1972, 233). Ein vertraglicher Ausschluß der Abtretbarkeit des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs wurde bei Einräumung des Ankaufsrechts nicht vereinbart. In der Urkunde ist ausdrücklich ausgeführt, daß weitere als in ihr enthaltene Abreden nicht getroffen wurden; einen Abtretungsausschluß enthält die Urkunde nicht. Denkbar ist allerdings ein nachträglicher Ausschluß der Abtretbarkeit in der Zeit zwischen Einräumung des Ankaufsrechts im Jahr 1982 und der Abtretung im Jahr 1997. Von einem solchen kann aber in dem vorliegenden Berichtigungsverfahren nicht ausgegangen werden. Nach allg. M. kann ein Ausschluß der Abtretbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden (KG KGJ 40, 232 f., KG HRR 1934, 557; Demharter, Anh. zu § 13 GBO, Rn. 23). Die Eintragungsbedürftigkeit wird, insbesondere bei einer Hypothek, damit begründet, daß dadurch ein gutgläubiger Erwerb verhindert werden kann (vgl. KG HRR 1934, 557). Auch wenn ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung nicht in Betracht kommt, falls es an einer wirksamen Übertragung fehlt, weil sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht auf den Bestand des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erstreckt (BayObLG Rpfleger 1993, 58), ist die Eintragungsfähigkeit eines Abtretungsausschlusses auch bei der Vormerkung zu bejahen. Andernfalls würde nämlich eine Grundbuchberichtigung bei einer Abtretung auf unüberwindbare Schwierigkeiten stoßen, weil sich der Unrichtigkeitsnachweis auch auf die negative Tatsache erstrecken müßte, daß ein Ausschluß nicht, auch nicht nachträglich, vereinbart wurde. Dieser Nachweis wäre auch bei einer Berichtigungsbewilligung erforderlich, weil bei einem solchen Ausschluß die Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Vormerkungsberechtigten nicht ausreichend wäre. Hier ist ein Abtretungsausschluß nicht im Grundbuch eingetragen, so daß von der Abtretbarkeit auszugehen ist. Aufgrund der Berichtigungsbewilligung der Bet. zu 2) ist daher das Grundbuch dadurch zu berichtigen, daß die Abtretung des künftigen Eigentumsverschaffungsanspruchs an die Bet. zu 3) bei der Vormerkung im Grundbuch vermerkt wird.

4. Liegenschaftsrecht – Erlöschen des Nießbrauchs an GbR-Anteil bei Vereinigung aller Anteile in eine Hand

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 14. 9. 1998 – 3 Wx 209/98 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Johannes Schütz, Hünxe)

BGB §§ 398; 413; 705; 719; 1068 ff.

1. Werden sämtliche Mitgliedschaftsrechte an einer GbR auf einen einzigen Erwerber übertragen, so erlischt die Gesellschaft.

2. War ein Anteil an der Gesellschaft, deren Gesellschaftsvermögen aus Grundstücken bestanden hatte, mit einem Nießbrauch belastet, so ist der Antrag, diesen Nießbrauch ins Grundbuch einzutragen, zurückzuweisen, weil der Gegenstand, der dem Nießbrauch unterliegen soll, nicht mehr existiert.

Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 1) und sein Bruder waren als Mitglieder einer GbR, deren Gesellschaftsvermögen ausschließlich aus den oben genannten Grundstücken bestand, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Mit Notarvertrag vom 27. 2. 1990 in Verbindung mit dem Notarvertrag vom 8. 5. 1991 schenkte Herr ... der Bet. zu 2) seine Gesellschaftsbeteiligung unter Vorbehalt eines Nießbrauchs. Am 11. 9. 1990 und 24. 10. 1991 wurde dies durch berichtigende Eigentumsumschreibung und Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch vollzogen.

Am 13. 5. 1993 schenkte der Bet. zu 1) der Bet. zu 2) seinen Gesellschaftsanteil unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs. Das AG – Rechtspfleger – wies mit Beschl. vom 1. 2. 1994 den Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs zurück mit der Begründung, daß ein Gesellschaftsanteil nicht mehr bestehe, da eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht mehr existiere. Antragsgemäß wurde die Bet. zu 2) am 22. 7. 1994 als Alleineigentümerin der oben genannten Grundstücke eingetragen. Einen wiederholten Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs wies das AG – Rechtspflegerin – mit Beschl. vom 19. 1. 1995 zurück. Nachdem zwischenzeitlich Herr ... am 28. 5. 1995 verstorben war, wurde antragsgemäß am 4. 6. 1997 in der zweiten Abteilung beider Grundbücher eine Verfügungsbeschränkung „aufgrund der Nießbrauchsbestellung an dem von ... auf ... übertragenen Gesellschaftsanteil“ eingetragen.

Mit Antrag vom 10. 2. 1998 haben die Bet. wiederum die Eintragung des Nießbrauchs beantragt. Das AG – Rechtspflegerin – hat durch Beschl. vom 13. 2. 1998 den Antrag zurückgewiesen, weil es im Hinblick auf die eingetragene Verfügungsbeschränkung an einem Rechtsschutzinteresse fehle und weil die Gesellschaft untergegangen sei.

Die dagegen gerichtete Beschwerde der Bet. hat das LG zurückgewiesen.

Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Bet. ihr ursprüngliches Ziel weiter.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG).

Das LG hat ausgeführt, den Bet. fehle nicht das Rechtsschutzinteresse aufgrund der Eintragung der Verfügungsbeschränkung am 4. 6. 1996. Denn eine Verfügungsbeschränkung sei qualitativ etwas anderes als ein Nießbrauch. Die Eintragung des Nießbrauchs scheitere aber daran, daß der Gesellschaftsanteil, auf den sich der Nießbrauch beziehe, nicht mehr bestehe, da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die zuletzt als zweigliedrige Gesellschaft zwischen den Bet. bestanden habe, dadurch untergegangen sei, daß der Bet. zu 1) seinen Gesellschaftsanteil auf die Bet. zu 2) durch notariellen Vertrag vom 13. 5. 1993 übertrug.

Diese Ausführungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

Es ist heute grundsätzlich anerkannt, daß die Übertragung der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einschließlich des Gesellschaftsanteils durch Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig ist (vgl. nur OLG Hamm OLGZ 86, 316; MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl. 1997, § 719 BGB, Rn. 15 ff.; je m.w.N.). Auch die Übertragung aller Mitgliedschaftsrechte auf einen einzigen Erwerber ist zulässig; in diesem Fall geht das Gesellschaftsvermögen ohne Liquidation im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Erwerber über. Nach h.M. erlischt

dabei die Gesellschaft (BGH NJW 1978, 1525 = DNotZ 1978, 556; OLG Hamm, a.a.O., Ulmer, a.a.O., § 719 BGB, Rn. 20; Palandt/Thomas, 57. Aufl., § 719 BGB, Rn. 3; Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 217).

Der Senat folgt dieser Rechtsauffassung. Sie trägt dem Gedanken Rechnung, daß die gem. § 705 BGB für den Bestand einer Personengesellschaft unerläßliche Vertragsgrundlage in Wegfall kommt, wenn sich die Mitgliederzahl auf einen Gesellschafter reduziert (vgl. Ulmer, a.a.O. vor § 723 BGB, Rn. 9, § 705 BGB, Rn. 1).

Mit dem Erlöschen der Gesellschaft durch den Vertrag vom 13. 5. 1993 ist auch der Gesellschaftsanteil des Bet. zu 1) erloschen. Es fehlt mithin der Gegenstand, der dem Nießbrauch unterliegen sollte. Daran ändert auch der Hinweis der Bf. nichts, daß der Gesellschaftsanteil bereits mit dem Nießbrauch belastet war, als er der Bet. zu 2) geschenkt wurde. Die Bf. vertreten die Ansicht, weil die Bet. zu 2) nicht Rechtsinhaberin eines unbelasteten Gegenstandes geworden sei, bestehe der Nießbrauch des Bet. zu 1) fort, ebenso wie der bereits im Grundbuch eingetragene Nießbrauch zugunsten von ... nach Vereinigung aller Gesellschaftsanteile nicht erloschen sei, wie das LG ausgeführt habe.

Der Rechtsauffassung der Bet. kann de lege lata nicht gefolgt werden. Wie heute ganz überwiegend anerkannt ist, ist die Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil zulässig. Es handelt sich dabei um den Nießbrauch an einem Recht. Das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot des § 719 BGB steht ihm nicht entgegen, weil keine Einzelbefugnisse abgespalten werden, sondern die Mitgliedschaft zur Gänze mit dem Recht eines Dritten belastet ist (Karsten Schmidt, a.a.O., S. 561; vgl. auch drs., a.a.O., S. 1826). Nießbraucher und Besteller sind gemeinsam an dem Gesellschaftsanteil berechtigt, und der Nießbraucher wird für die Dauer des Nießbrauchs in den Gesellschaftsverband einbezogen (Ulmer, a.a.O., § 705 BGB, Rn. 82). Deshalb ist ohne das Vorhandensein eines Gesellschaftsanteils bzw. ohne Existenz eines Gesellschaftsverbandes ein Fortbestehen des am Gesellschaftsanteil bestellten Nießbrauchs nicht denkbar.

Dem Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs an dem vom Bet. zu 1) und der Bet. zu 2) geschenkten Gesellschaftsanteil ist daher zu Recht nicht entsprochen worden.

Ob die gegenwärtige Grundbucheintragung der Bet. zu 2) als Alleineigentümerin der Grundstücke unwirksam ist, wie die Bf. geltend machen, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Es spricht allerdings nichts für ihre Auffassung: Unwirksamkeit der Schenkung vom 13. 5. 1993 im Hinblick auf die damit verbundene Beeinträchtigung des Nießbrauchs – § 1071 BGB – kommt nicht in Betracht, weil der Bet. zu 1) die Übertragung seines Gesellschaftsanteils wollte. Die Schenkung ist auch nicht unter der Bedingung erfolgt, daß der Nießbrauch zum Tragen komme.

Soweit die Bf. argumentieren, der Nießbrauch des Bet. zu 1) müsse trotz der Vereinigung der Gesellschaftsanteile in der Hand der Bet. zu 2) Bestand haben, weil ja auch der Nießbrauch des ... durch diesen Vorgang nicht erloschen sei, berufen sie sich auf Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung. Das LG hat dort die Auffassung vertreten, den Nießbrauch des (1995 verstorbenen ...) hätten die Bet. nicht ohne dessen Zustimmung zum Erlöschen bringen können, weil gem. § 1071 Abs. 1 S. 1 BGB ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht durch Rechtsgeschäft nur mit Zustimmung des Nießbrauchers aufgehoben werden könne und die Vereinigung aller Anteile auf die Bet. zu 2) zu einer Aufhebung des Gesellschaftsanteils geführt hätte.

Dieser Rechtsansicht vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Vielmehr ist mit dem Übertragungsvorgang vom 13. 5. 1993 auch der Nießbrauch des ... erloschen, weil die Gesellschaft, mithin auch der diesen Nießbrauch unterliegende Gesellschaftsanteil erloschen ist. Zwar bedarf der Gesellschafter

ter zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte, die zum Untergang des Geschäftsanteils führen und dadurch den Nießbraucher beeinträchtigen, der Zustimmung des Nießbrauchers. Doch berührt dessen fehlende Zustimmung nicht die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit der Ausübung; sie kann nur eine Schadensersatzpflicht des Gesellschafters herbeiführen (so mit Recht OLG Hamm BB 1971, 13 = DNotZ 1971, 247 in dem vergleichbaren Fall der Kündigung der Gesellschaft durch einzelne Gesellschafter zum Zwecke der Auflösung).

Den Bet. ist zuzugeben, daß der Erwerb unbelasteten Alleineigentums an den ehemaligen Gesellschaftsgrundstücken nicht das Ziel des notariellen Vertrags vom 13. 5. 1993 war. Indessen sind die Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Verfügung in einem solchen Fall begrenzt, weil die Wirkungen der Anwachsung, Abwachsung und Gesamtrechtsnachfolge beim Austritt bzw. Eintritt bzw. Letztverbleiben eines Gesellschafters als gesetzliche, folglich unausweichliche Rechtsfolgen eintreten (vgl. Karsten Schmidt, NJW 1996, 3325). Im übrigen kann, worauf schon das LG hingewiesen hat, das Interesse der Bet. dadurch gewahrt werden, daß sie einen Grundstücksanteil mit einem Nießbrauch zugunsten des Bet. zu 1) belasten.

5. Liegenschaftsrecht – Löschungserleichterung bei Reallast beinhaltet keine Bevollmächtigung zur Löschung

(BayObLG, Beschluß vom 8. 10. 1998 – ZZ BR 133/98 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

GBO §§ 19; 23; 29; 31
BGB §§ 140; 1105

1. Bei einer Reallast, die die Kosten der Beerdigung und der Grabpflege zum Gegenstand hat, kann eine unzulässige Löschungserleichterung grundsätzlich nicht in eine Bevollmächtigung des Berechtigten zur Löschung umgedeutet werden.
2. Die Bevollmächtigung zur Zurücknahme eines Eintragungsantrages bedarf der grundbuchrechtlichen Form.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) ist im Grundbuch als Eigentümerin von Grundstücken in F., die Bet. zu 2) (ihre Schwester) als Miteigentümerin eines Grundstücks in M. eingetragen. An den Grundstücken wie an weiteren, in anderen Amtsgerichtsbezirken gelegenen Grundstücken der beiden Bet. und ihrer Schwester L. ist bzw. war jeweils eine Reallast – Recht auf Pflege, Hilfe, Beheizung, Beleuchtung, Verpflegung, Bestattung, Grabstein, Grabpflege – als Gesamtrecht für Vater und Mutter der Bet. eingetragen mit dem Hinweis, daß die Reallast „bei Todesnachweis löscherbar“ sei. Nach der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung gehören zum Inhalt der Reallasten auch die Aufwendungen für die standesgemäße Bestattung der Berechtigten, die üblichen Trauerfeierlichkeiten, einen würdigen Grabstein sowie die Pflege und Erhaltung des Grabs für mindestens 30 Jahre.

Die Bet. haben am 1. 10. 1997 beantragt, die Reallasten zu löschen; sie haben unbeglaubigte Fotokopien von Sterbeurkunden für ihre Eltern (verstorben am 12. 12. 1996 und 7. 3. 1997) sowie von Erbscheinausfertigungen vorgelegt, nach denen sie und L. Erben bzw. Erbserben der verstorbenen Eltern zu jeweils 1/3 sind.

Das GBA hat die Löschanträge mit Zwischenverfügung vom 9. 2. 1998 beanstandet. Vor Ablauf der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 GBO könnten die Reallasten auch nur mit Bewilligung der Erben gelöscht werden, die in notariell beglaubigter Form vorzulegen seien.

Mit Schriftsatz vom 25. 2. 1998 hat L. die Löschanträge im Namen der Bet. zurückgenommen; nach Ablauf der Jahresfrist würden neue Anträge gestellt. Das GBA hat die (ursprünglich gestellten) Anträge mit Beschluß vom 27. 4. 1998 zurückgewiesen. Der Nachweis der Erbfolge und die notariell beglaubigten Löschungsbewilligungen der Rechtsnachfolger seien zwar wegen Ablaufs der Jahresfrist nicht mehr erforderlich; die Sterbeurkunden seien aber weder in Urschrift noch in beglaubigter Abschrift vorgelegt worden. Die Zurücknahme der Löschanträge durch L. sei unwirksam. Ein Antrag könne nur vom Ast. selbst zurückgenommen werden; die

Rücknahmeerklärung bedürfe der notariellen Beglaubigung. Eine formlose Rücknahme sei nicht möglich.

Gegen diesen Beschluß hat L. mit Schreiben vom 14. 5. 1998 ein Rechtsmittel eingelegt und beantragt, den Beschluß aufzuheben.

...

Aus den Gründen:

...

1. ...

2. Die Erstbeschwerde der Bet. ist nicht begründet; das GBA hat deren Löschanträge im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

a) Die Zurücknahme der Löschanträge ist mangels notarieller Beglaubigung der Vollmacht und der Rücknahmeerklärung nicht wirksam geworden.

(1) Während für den Eintragungs- (auch Löschan-)Antrag selbst keine besondere Form vorgeschrieben ist (vgl. aber Demharter, 22. Aufl., § 30 GBO, Rn. 5; Meikel/Böttcher, 8. Aufl., § 13, Rn. 30), bedarf die Erklärung, durch die ein Eintragungsantrag zurückgenommen wird, gem. § 31 S. 1 GBO der in § 29 Abs. 1 S. 1 GBO vorgeschriebenen Form der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung; diese Vorschrift ist auf die Bevollmächtigung zur Zurücknahme eines Antrags entsprechend anzuwenden (vgl. Demharter, Rn. 19, Meikel/Sieveling, 7. Aufl., Rn. 20, KEHE/Herrmann, 4. Aufl., Rn. 12, je zu § 31 GBO).

Im Schrifttum (Demharter und Meikel/Sieveling, a.a.O.) werden Zweifel daran geäußert, ob sich aus der Entscheidung BayObLGZ 1955, 48, 53 = DNotZ 1956, 206 nicht etwas anderes ergibt. Der Senat stellt nunmehr klar, daß § 31 GBO entsprechend anwendbar ist. Weder die Rücknahmeerklärung von L. noch die erst später nachgewiesene Bevollmächtigung durch die Bet. entspricht dem Formerfordernis des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO. Von diesem Erfordernis kann nicht abgesehen werden; für Billigkeitserwägungen läßt das Grundbuchverfahrensrecht mit seinen formellen Grundsätzen keinen Raum.

(2) Nach § 31 S. 2 GBO gilt das Formerfordernis von Satz 1 nicht, wenn der Antrag auf eine Berichtigung des Grundbuchs gerichtet ist. Diese Ausnahme liegt hier nicht vor, da die Reallasten durch den Tod der Berechtigten nicht in vollem Umfang erloschen sind. Zu den durch die Reallasten gesicherten Leistungen gehören neben den Kosten der Bestattung und der Trauerfeier auch die des Grabsteins und der Grabpflege für mindestens 30 Jahre. Diese Leistungen werden erst nach dem Tode der Berechtigten fällig; insoweit sind die Reallasten nicht auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt und die Vorschriften der §§ 22, 23 GBO nicht einschlägig (vgl. BayObLGZ 1983, 113, 116 ff. = DNotZ 1985, 41; BayObLGZ 1997, 121, 123 = DNotZ 1998, 66; BayObLG NJW-RR 1988, 464 f. = MittRhNotK 1988, 116). Da die Reallasten im Umfang dieser Leistungen nach dem Tode der ursprünglich Berechtigten fortbestehen, handelt es sich bei der Löschung insoweit um rechtsändernde Eintragungen. Da die Löschung der ganzen Reallasten beantragt ist und über die Anträge nur einheitlich entschieden werden kann, ist § 31 S. 2 GBO damit insgesamt nicht anwendbar.

b) Nach der Rspr. des Senats (BayObLGZ 1997, 121 ff. = DNotZ 1998, 62) kann die Bewilligung einer Löschungserleichterungsklausel, die sich nicht auf die zu Lebzeiten des Berechtigten zu erbringenden Leistungen einer Reallast bezieht und deshalb insoweit unwirksam ist, nicht in eine Vollmacht des Berechtigten über den Tod hinaus, auch diesen Teil der Reallast löschen zu lassen, umgedeutet werden.

Die vor allem aus dem Blickwinkel der Praxis beachtlichen Einwände, die Frank (MittBayNot 1997, 217 f.) und Amann, DNotZ 1998, 6 ff. – vor allem S. 7, 8 – gegen den zuletzt zitierten Beschluß vorgebracht haben, geben jedenfalls im vorliegenden Fall dem Senat keinen Anlaß, von seiner Rspr. abzugehen. Der von Frank und Amann vorgeschlagene Weg soll in den sogenannten „Altfällen“ dem Eigentümer des belasteten Grund-

stücks die Schwierigkeiten und Kosten ersparen, die mit der Ermittlung der Erben und insbesondere mit der Beschaffung ihrer Löschanbewilligungen verbunden sein können. In manchen Fällen werden die Erben auch zur Bewilligung der Löschung nicht oder nur gegen eine „Abfindung“ bereit sein (vgl. Amann, a.a.O., S. 8). Hier stellen sich diese Schwierigkeiten nicht, da die Erbfolge offenbar feststeht und die Erben, die zugleich Eigentümer der verschiedenen belasteten Grundstücke und Miteigentumsanteile sind, selbst ein Interesse an der Löschung der Reallasten haben und sie ohne weiteres bewilligen werden. Die Kosten für die Löschanbewilligungen der Eigentümer fallen, da § 23 GBO für diesen Teil der Reallast nicht einschlägig ist, in jedem Fall an.

Gegen die Meinung von Frank und Amann sprechen aus der Sicht des Senats, für den neben praxisbezogenen auch dogmatische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, auch grundsätzliche Bedenken: Wie die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäfts in ein anderes Rechtsgeschäft nach § 140 BGB setzt die Umdeutung einer unzulässigen und unwirksamen Grundbucheintragung in eine Bevollmächtigung durch den Berechtigten über den Tod hinaus in entsprechender Anwendung des § 140 BGB voraus, daß die Bevollmächtigung bei Kenntnis der Unzulässigkeit oder Unwirksamkeit gewollt sein würde. Es liegt ein Widerspruch darin, daß es dem Willen des Berechtigten entsprechen soll, dem Eigentümer eine Vollmacht zu erteilen, die zur Aufhebung und Löschung eines Teils der Reallast in dem Augenblick ermächtigt, in dem dieser Teil des Rechts erst zum Tragen kommt und für den Rechtsnachfolger des Berechtigten Bedeutung erlangen kann. Das gilt unbeschadet dessen, daß von der Vollmacht nicht der Berechtigte selbst, sondern nur dessen Erben betroffen sind. Es läge näher, die Erklärungen der Bet. bei Bestellung der Reallast dahin auszulegen, daß die erst nach dem Tode des Berechtigten fälligen Leistungen von vornherein nicht durch die Reallast gesichert sein sollten. Eine solche Auslegung dürfte jedoch in der Regel an dem eindeutigen Wortlaut der Erklärungen scheitern.

c) Das GBA hat die Löschanträge der Bet. im Ergebnis somit zu Recht zurückgewiesen, da die Voraussetzungen für eine Löschung nicht gegeben sind. Erforderlich sind neben dem Nachweis der Rechtsnachfolge (durch Ausfertigung der Erbscheine, beglaubigte Abschriften genügen nicht – vgl. BayObLGZ 1994, 158, 160 = MittRhNotK 1994, 254; Demharter, § 35 GBO, Rn. 23) gem. §§ 19, 29 Abs. 1 S. 1 GBO notariell beglaubigte Löschanbewilligungen aller Erben (Erbesben; Sterbeurkunden brauchen neben den Erbscheinen nicht vorgelegt zu werden). Zurückweisung der Anträge und nicht Erlaß einer Zwischenverfügung war nach § 18 Abs. 1 GBO geboten, da die fehlende Bewilligung der unmittelbar Betroffenen nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht werden darf (vgl. BayObLGZ 1988, 229 ff. = DNotZ 1989, 361 = MittRhNotK 1988, 208; BayObLG MittBayNot 1990, 307 = DNotZ 1991, 894; BayObLG MittBayNot 1995, 42; OLG Zweibrücken OLGZ 1991, 153 f.).

d) Daß zwei Grundbuchämter die Reallasten an den in ihren Bezirken gelegenen Grundstücken gelöscht haben, ändert nichts an der Rechtslage.

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Prüfung des Registergerichts bezüglich der Gründe für den Widerruf der Prokura

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 25. 2. 1998 – 3 Wx 27/98 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Johannes Schütz, Hünxe)

HGB §§ 48 I; 52

GmbHG §§ 35; 46 Nr. 7

FGG § 142 I

1. Zur Rechtmäßigkeit der Löschung einer (Gesamt-)Prokura im Handelsregister und zur Ablehnung eines Amtslöschanverfahrens mit dem Ziel, die im Handelsregi-

ster eingetragene Löschung der Prokura rückgängig zu machen.

2. Welche Gründe den Geschäftsführer der GmbH zum Widerruf der Prokura bewegen haben und ob diese Gründe einer sachlichen Überprüfung standhalten, ist im registerrechtlichen Verfahren nicht zu prüfen.

Zum Sachverhalt:

Die betroffene Gesellschaft hat der Bet. B. im Jahre 1995 Gesamtprokura erteilt. Die entsprechende Eintragung im Handelsregister erfolgte am 19. 7. 1995.

Mit Schreiben vom 23. 9. 1996 teilte der Geschäftsführer der Gesellschaft der weiteren Bet. mit, der Aufsichtsrat der Gesellschaft habe in seiner Sitzung vom 20. 9. 1996 durch einstimmigen Beschluß die ihr erteilte Prokura der Gesellschaft entzogen. Die Löschung der Prokura im Handelsregister sei beantragt worden.

Die weitere Bet. widersprach mit Schreiben vom 8. 10. 1996 der beantragten Löschung, weil der Widerruf des Aufsichtsrates formell unwirksam sei.

Am 20. 12. 1996 beantragte der Notar Dr. ... unter Bezugnahme auf die Eintragungsanmeldung des Geschäftsführers der Gesellschaft die Eintragung der Löschung der Prokura im Handelsregister. Dem entsprach der Rechtspfleger des AG mit Verfügung vom 28. 1. 1997. Die Eintragung erfolgte am 30. 1. 1997.

Die weitere Bet. hat gegen die Löschung „Erinnerung“ und sofortige Beschwerde eingelegt und gem. § 142 FGG beantragt, die Eintragung „die Prokura P. B. ist erloschen“ zu löschen. Sie hat die Auffassung vertreten, ein wirksamer Widerruf sei nicht erfolgt.

...

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist nicht begründet, denn die Entscheidung des LG weist keinen Rechtsfehler i.S.d. § 27 FGG auf.

1. ...

2. Das LG hat bei seiner Entscheidung zunächst zutreffend die Erstbeschwerde als unzulässig angesehen, soweit sie sich gegen die am 30. 1. 1997 vorgenommene Eintragung und die dieser Eintragung vorhergehende „Eintragungsverfügung“ richtete.

Nach einhelliger Auffassung ist gegen eine Eintragung eine Beschwerde bzw. Erinnerung nicht statthaft (KGJ 33 A, 315; 41 A, 102; 48 A 137; BayObLGZ 1979, 351, 353; Rpfleger 1984, 274 = DNotZ 1985, 168; OLG Hamm OLGZ 1976, 392, 395; OLG Frankfurt OLGZ 1983, 189, 190 = DNotZ 1983, 384; Keidel/Kuntze/Winkler, 13. Aufl., Rn. 5 zu § 19 FGG und Rn. 4 zu § 142 FGG; Jansen, 2. Aufl., Rn. 15 zu § 19 FGG). Ob von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind, wenn lediglich die *Ergänzung* einer vorgenommenen Eintragung verfolgt wird (vgl. BGHZ 104, 61, 63 = DNotZ 1989, 236), kann hier dahinstehen, denn ein solcher Ausnahmefall liegt nicht vor. Die weitere Bet. B. verlangt gerade nicht die Aufrechterhaltung der Eintragung, sondern deren Beseitigung.

3. Zur Ablehnung eines Amtslöschungsverfahrens hat das LG ausgeführt, die Eintragung der Löschung am 30. 1. 1997 sei nicht wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig gewesen. Die der Bet. B. erteilte Prokura habe durch den Geschäftsführer der GmbH jederzeit – formlos – widerrufen werden können. Die Anmeldung des Widerrufs zur Eintragung sei ordnungsgemäß erfolgt, das Registergericht habe daher keine Befugnis gehabt, Einwendungen der Bet. B. aus dem „Innenverhältnis“ zu prüfen.

Diese Erwägungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

a) Das LG hat zutreffend eine Verpflichtung des Registergerichts, die begehrte Löschung der am 30. 1. 1997 erfolgten Eintragung durch Eintragung eines entsprechenden Vermerkes (§ 142 Abs. 1 FGG) vorzunehmen, verneint. Soweit die Bet. B.

die Auffassung vertritt, nach § 142 Abs. 1 FGG müsse auf Antrag ein Amtslöschungsverfahren eingeleitet werden, läßt sich dies der genannten Bestimmung nicht entnehmen. § 142 Abs. 1 FGG erlaubt es lediglich dem Registergericht, eine „unzulässige“ Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen zu löschen.

b) Die der Bet. B. erteilte Prokura ist wirksam widerrufen worden. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Prokura nach den Bestimmungen des HGB und des GmbHG grundsätzlich ohne Rücksicht auf das der Erteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis jederzeit widerruflich ist (§ 52 Abs. 1 HGB) und der Widerruf bei der GmbH durch den Geschäftsführer erfolgt ist (§§ 48 Abs. 1, 52 HGB, § 35 Abs. 1 GmbHG).

Daß nach § 10 Nr. 2 j des Gesellschaftsvertrages der GmbH vom 7. 5. 1973 die Geschäftsführung bei der Bestellung und Abberufung von Prokuristen der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, hat auf die Wirksamkeit einer vom Geschäftsführer erklärten Abberufung eines Prokuristen keinen Einfluß. Mit dieser Regelung ist die bereits im Gesetz (§ 46 Nr. 7 GmbHG) hinsichtlich der Bestellung eines Prokuristen getroffene Bestimmung auch auf die Abberufung eines Prokuristen ausgedehnt worden. Nach einhelliger Auffassung betrifft aber § 46 Nr. 7 lediglich das Innenverhältnis und beschränkt nicht die Vertretungsmacht des Geschäftsführers für die Erteilung der Prokura (BGHZ 62, 166, 169 = DNotZ 1975, 110; KG NJW-RR 1992, 34, 35 = MittRhNotK 1991, 317; Scholz/Karsten Schmidt, 8. Aufl., Rn. 124 zu § 46 GmbHG). Das Registergericht hat danach bei der Anmeldung einer Erteilung einer Prokura oder eines Widerrufs einer Prokura zur Eintragung in das Handelsregister grundsätzlich nicht zu prüfen, ob ein Beschluß nach § 46 Nr. 7 GmbHG oder eine – wie hier – nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrates vorliegt.

Ob dies auch gilt, wenn dem Registergericht Anhaltspunkte für ein eigenmächtiges Vorgehen des Geschäftsführers vorliegen, weil insoweit begründete Zweifel bestehen können, ob nicht die Prokuraerteilung oder der Widerruf der Prokura wegen Mißbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam ist (vgl. Scholz/Karsten Schmidt, a.a.O., Rn. 132), kann hier dahinstehen, weil sich aus dem Protokoll über die Sitzung des Aufsichtsrates der GmbH zu Nummer 6 ergibt, daß der Aufsichtsrat jedenfalls mit dem Widerruf der Prokura einverstanden war, denn es ist der einstimmige Beschluß gefaßt worden, daß die Prokura der Bet. B. gem. § 10 Abs. 2 j des Gesellschaftsvertrages widerrufen wird.

...

Die übrigen von der Bet. B. erhobenen Einwendungen gegen die Entscheidung des LG greifen ebenfalls nicht durch. Soweit sie darauf verwiesen hat, bei dem Widerruf seien zwingende Formvorschriften nicht beachtet worden, er habe nämlich nur in gleicher Weise erfolgen können wie die Erteilung der Prokura, ist bereits vom LG darauf hingewiesen worden, daß der Widerruf der Prokura formlos erfolgen kann, und zwar regelmäßig gegenüber dem Prokuristen oder der Öffentlichkeit durch Löschung im Handelsregister und Bekanntmachung gem. § 15 HGB.

Welche Gründe den Geschäftsführer der Gesellschaft zum Widerruf der Prokura bewegen haben und ob diese Gründe einer sachlichen Überprüfung standhalten, ist im vorliegenden registerrechtlichen Verfahren nicht zu prüfen.

...

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Notwendigkeit der Bezeichnung der durch Kapitalerhöhung zu erbringenden Gegenleistung bei Verschmelzung von Schwestergesellschaften

(OLG Frankfurt/Main, Beschluß vom 10. 3. 1998 – 20 W 60/98 – mitgeteilt von Richter am OLG Karl Friedrich Piorreck, Frankfurt/Main)

1. Eine Zwischenverfügung im Handelsregisterverfahren ist nur anfechtbar, wenn sie ein behebbares Eintragungshindernis bezeichnet und unter Fristsetzung für den Fall der Nichtbeseitigung die Zurückweisung des Antrags angedroht wird.
2. Bei einer Schwester-Fusion, bei der die übernehmende Gesellschaft eine GmbH ist, muß der Verschmelzungsvertrag für jeden übertragenden Rechtsträger die Angaben nach den §§ 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 46 Abs. 1 S. 1 UmwG enthalten.

Zum Sachverhalt:

Durch Vertrag vom 20. 8. 1997 haben die Ast. und 6 weitere Gesellschaften mit beschränkter Haftung ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Ausschluß der Abwicklung gem. §§ 2 ff., 46 ff. UmwG und gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten an ihre jeweils alleinige Gesellschafterin, die Firma A S.A., eine Aktiengesellschaft des französischen Rechts mit Sitz in ..., auf die Firma N Deutschland GmbH mit Sitz in München im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme übertragen. Als Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens sämtlicher übertragenden Gesellschaften gewährt die N Deutschland GmbH der Firma A S.A., der auch sämtliche Anteile an der übernehmenden Gesellschaft gehören, einen neuen Geschäftsanteil in Höhe von 4.884.000,- DM, der durch eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft um denselben Betrag geschaffen wird. Die Kapitalerhöhung ist inzwischen im Handelsregister der Firma N Deutschland GmbH beim AG München eingetragen.

Das AG – Registergericht – Frankfurt/Main hat beanstandet, daß der Verschmelzungsvertrag nicht die Gegenleistung für jede der übertragenden Gesellschaften ausweist und zum Ausdruck gebracht, daß damit ein wesentlicher Bestandteil des Verschmelzungsvertrages fehle und dieser neu beschlossen und dem Vertrag neu zugestimmt werden müsse. Die gegen die Verfügung gerichtete Beschwerde der Ast. hat das LG zurückgewiesen.

Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Ast. ihren Antrag auf Eintragung der Verschmelzung weiter.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig, aber nicht begründet.

Allerdings hätte das LG die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen müssen; denn die richterliche Verfügung vom 27. 8. 1997 stellt keine rechtsmittelfähige Zwischenverfügung dar. Eine solche liegt nur vor, wenn einem Ast. die Beseitigung eines behebbaren Hindernisses aufgegeben und unter Fristsetzung für den Fall der Nichtbeseitigung die Zurückweisung des Antrags angedroht wird (vgl. dazu BayObLG BB 1997, 2396; BayObLG DNotZ 1995, 224; vgl. für Zwischenverfügungen in Grundbuchsachen den Senatsbeschuß NJW-RR 1997, 401 = MittRhNotK 1997, 235).

Danach stellt sich die Verfügung des Registergerichts als eine nicht anfechtbare Zwischenverfügung dar. Sie weist auf ein Eintragungshindernis hin, das im Rahmen des laufenden Eintragsverfahrens nicht behebbar ist, sondern den neuen Abschluß des Verschmelzungsvertrages erfordert. Daß das Registergericht seine Verfügung selbst als anfechtbare Zwischenverfügung angesehen hat, ändert daran nichts (vgl. dazu BayObLG DNotZ 1995, 224; Senatsbeschuß a.a.O.).

Das Registergericht wird nunmehr abschließend über den Eintragungsantrag entscheiden müssen.

Für das weitere Verfahren bemerkt der Senat folgendes:

Nach § 2 UmwG kommt die Verschmelzung von Rechtsträgern nur im Wege der Aufnahme oder im Wege der Neugründung und nur gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften des übernehmenden oder neuen Rechtsträgers an die Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger in Betracht. Ein Anteils-umtausch entfällt ausschließlich nur dann, wenn sich alle An-

teile eines übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden (§§ 5 Abs. 2, 54 UmwG).

Der Verschmelzungsvertrag muß nach § 5 Abs. 1 UmwG mindestens folgende Angaben enthalten:

„1. den Namen oder die Firma und den Sitz der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger;

2. die Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens jedes übertragenden Rechtsträgers als Ganzes gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften an dem übernehmenden Rechtsträger;

3. das Umtauschverhältnis der Anteile und gegebenenfalls die Höhe der baren Zuzahlung oder Angaben über die Mitgliedschaft bei dem übernehmenden Rechtsträger;

4. bis 9. ...“

Bei einer Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH als übernehmender Gesellschaft ist im Verschmelzungsvertrag zusätzlich für jeden Anteilshaber eines übertragenden Rechtsträgers der Nennbetrag zu bestimmen, den die übernehmende Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihm zu gewähren hat (§ 46 Abs. 1 S. 1 UmwG).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es danach erforderlich, daß der Verschmelzungsvertrag – abgesehen vom Fall des § 5 Abs. 2 UmwG – die in § 5 Abs. 1 UmwG genannten Angaben enthält (vgl. zum Mindestinhalt Widmann/Mayer, § 5 UmwG, Rn. 10 ff.). Wenn Angaben nach § 5 Abs. 1 UmwG fehlen, kann die Verschmelzung nicht eingetragen werden. Fehlen Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG, ist der Verschmelzungsvertrag nichtig (Kallmeyer/Marsch-Barner, § 5 UmwG, Rn. 63; Lutter, § 5 UmwG, Rn. 91, 92; vgl. dazu auch Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum UmwG, § 5, Rn. 106) und kann auch durch Eintragung der Verschmelzung nicht geheilt werden (Lutter, a.a.O.).

Der Senat stimmt den Vorinstanzen darin zu, daß bei einer Verschmelzung mehrerer Rechtsträger, bei der die übernehmende Gesellschaft eine GmbH ist, die Angaben nach den §§ 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 46 Abs. 1 S. 1 UmwG nicht entbehrlich sind, sondern für jeden übertragenden Rechtsträger in den Verschmelzungsvertrag aufgenommen werden müssen. Da dies nicht geschehen ist, liegt ein wirksamer Verschmelzungsvertrag zwischen der Ast. und der GmbH nicht vor.

Für die sogenannte Schwester-Fusion gilt nichts anderes. Der Gesetzgeber hat die Schwester-Fusion bei der Änderung des Umwandlungs- und Verschmelzungsrechts durch das Umwandlungsgesetz vom 28. 10. 1994 bedacht, aber auch für den hier gegebenen Fall, daß sich alle Anteile an allen beteiligten Schwestergesellschaften in einer Hand befinden, davon abgesehen, Erleichterungen – wie sie für die Verschmelzung einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft nach § 5 Abs. 2 UmwG bestehen – zu schaffen (Begründung zu § 54 UmwG – abgedruckt bei Widmann/Mayer, a.a.O.). Der Gesetzgeber hat ganz bewußt entschieden, daß auch bei der Schwester-Fusion durch Aufnahme eine Anteilsgewährungspflicht besteht (vgl. dazu Widmann/Mayer, § 55 UmwG, Rn. 83.4; Lutter/Winter, a.a.O., § 54, Rn. 15 ff.; Kallmeyer, a.a.O., § 54 UmwG, Rn. 10; Sagasser/Bula, Umwandlungen, Rn. 121; Kowalski, GmbH 1996, 158; Priester, DNotZ 1995, 427, 441; a.A. Knott, DB 1996, 2423). Das bedeutet, daß auch bei der Verschmelzung durch Aufnahme von GmbHs, deren Anteile alle in einer Hand liegen, zwingend bei der übernehmenden GmbH eine Kapitalerhöhung durchzuführen und für jeden Rechtsträger, der übertragen wird, ein Anteil an der übernehmenden Gesellschaft zu gewähren ist.

Der Senat hat keinen Anhaltspunkt dafür gefunden, daß der Gesetzgeber bei der Beteiligung mehrerer Rechtsträger an einer Verschmelzung neben der Gestattung vielfältiger Kombinationsmöglichkeiten auch die materiellen Verschmelzungsregeln für den einzelnen beteiligten Rechtsträger gegenüber der Einzelverschmelzung erleichtern wollte. Vielmehr sind für jeden

beteiligten Rechtsträger die für seine Rechtsform maßgeblichen allgemeinen und besonderen Vorschriften des UmwG anzuwenden.

Der Senat hat auch keinen Anhaltspunkt dafür, daß durch die Gestattung der Verschmelzung von mehreren GmbHs in einem Verschmelzungsvorgang einzelnen notleidenden GmbHs eine Verschmelzung durch Aufnahme ermöglicht werden sollte, die im Falle ihrer Einzelverschmelzung mangels Werthaltigkeit nicht in Frage käme (vgl. dazu Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Rn. 241; Dehmer, UmwG/UmwStG, 2. Aufl., § 55 UmwG, Rn. 26 ff.). Für die Meinung der weiteren Beschwerde, der Gesetzgeber sei – wie selbstverständlich – von der Saldierungsmöglichkeit und einem einheitlichen Kapitalerhöhungsvorgang ausgegangen, hat der Senat eine Bestätigung nicht gefunden.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Vorschriften über die Kapitalerhöhung bei der GmbH. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Kapitalerhöhung stehen einer Aufnahme von Angaben über den Anteilsaustausch im Verschmelzungsvertrag selbst dann nicht entgegen, wenn das Verbot der Übernahme mehrerer Stammeinlagen auch für den Fall der Verschmelzung mehrerer Rechtsträger auf eine GmbH als übernehmende Gesellschaft gelten sollte.

Der Annahme der weiteren Beschwerde, § 46 Abs. 1 S. 1 UmwG gelte nicht für den Fall, daß ein oder mehrere übertragende Rechtsträger jeweils nur einen Anteilshaber haben, vermag der Senat nicht zu folgen; denn die zusätzliche Aufnahme der in § 46 Abs. 1 S. 1 UmwG enthaltenen Festsetzungen ist zwingend (Widmann/Mayer, a.a.O., § 46 UmwG, Rn. 4). Zweck der Vorschrift ist es, die Gegenleistung in den Fällen zu verlautbaren, in denen eine GmbH als übernehmende Gesellschaft fungiert (vgl. Lutter/Winter, a.a.O., § 46 UmwG, Rn. 2). Gerade auch bei der Verschmelzung mehrerer Rechtsträger liegt ein Bedürfnis zur Bestimmung des Nennbetrages, den die übernehmende GmbH jedem Anteilshaber der übertragenden Rechtsträger zu gewähren hat, auf der Hand. Daß insoweit eine Ausnahme im Falle der Schwester-Fusion gelten soll, ist nicht ersichtlich.

Das Ergebnis erscheint dem Senat unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten auch nicht unbillig. Das Gesetz sieht die Möglichkeit, Verschmelzungen ohne Anteilsaustausch und ohne Kapitalerhöhung durchzuführen, ausdrücklich vor (§§ 5 Abs. 2, 54 UmwG). Die Alleingesellschafterin der Ast. hätte von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen können.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Haftungsbeschränkung bei BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Thüringer OLG, Urteil vom 28. 4. 1998 – 3 U 580/97)

BGB § 714

Keine Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen durch Verwendung der Bezeichnung „GbRmbH“ im Rechtsverkehr.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Kl. macht Mietzins für die Vermietung einer Betonbrecheranlage sowie Gerichts- und Anwaltskosten aus einem Rechtsstreit mit einer Firma geltend, von der die Kl. ihrerseits die Betonbrecheranlage angemietet hatte.

Die Bkl. haben sich mit Vertrag vom 9. 5. 1994 unter dem Namen zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen.

Die Bkl. haben unter § 1 Abs. 4 des Vertrages vom 9. 5. 1994 vereinbart: „Die Haftung der Gesellschaft nach außen ist auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt.“

Unter § 2, 2 heißt es:

„Die Gesellschafter erbringen an die Gesellschaft bis 31. 5. 1994 folgende Einlagen

- | | |
|---------------------------|--------------|
| a) der Gesellschafter A | 6.250,- DM |
| b) der Gesellschafter B | 3.750,- DM |
| c) die Gesellschafterin C | 2.500,- DM.“ |

Unter § 7 Abs. 1 wird aufgeführt:

„Die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft erfolgt durch die Gesellschafter je einzeln.

Die Geschäftsführer müssen bei allen Geschäftsführungsmaßnahmen die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen nach § 1 Abs. 4 dieses Vertrages beachten und haben demgemäß Vertretungs- und Verpflichtungsbefugnis nur für das Gesellschaftsvermögen.“

Mit Gesellschafterbeschuß vom 19. 11. 1995 ist die Gesellschaft der Bkl. zum 31. 12. 1995 aufgelöst worden. Die Schlußbilanz zum 31. 12. 1995 hat keinen Gewinn ausgewiesen.

Am 17. 6. 1994 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über eine Betonbrecheranlage Pegson zum monatlichen Mietzins von 25.000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer für 2½ Monate.

Der Bkl. zu 1) unterzeichnete in Vertretung für die GbRmbH den Vertrag.

Unter der Rubrik „Mieter“ ist die Bezeichnung „GbRmbH“ eingefügt.

Nach dem Ende der Mietzeit und nach Rückgabe der Brecheranlage an die Kl. legte diese mit Schreiben vom 22. 9. 1994 Rechnung über 34.270,- DM, sowie über 5.175,- DM.

Beide Schreiben waren gerichtet an die GbRmbH.

Auf den Gesamtrechnungsbetrag von 39.445,- DM leisteten die Bkl. in Teilbeträgen insgesamt 17.000,- DM.

...

Die Kl. war der Ansicht, die Bkl. hafteten für die Klageforderung persönlich. Aus dem Kürzel „GbRmbH“ lasse sich nicht der Ausschluß der persönlichen Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft ableiten. Die Bezeichnung der von den Bkl. gegründeten BGB-Gesellschaft genüge den Anforderungen von Rechtsprechung und Literatur an einem wirksamen Haftungsausschluß nicht.

...

Aus den Gründen:

Die Berufung der Bkl. ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet, somit zulässig. Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Die Bkl. sind zur Zahlung des Mietzinses für die streitgegenständliche Betonbrecheranlage verpflichtet gem. § 535 BGB. Sie haften für die Mietschuld persönlich. Die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen ist nicht wirksam erfolgt.

Nach der Theorie von der sogenannten Doppelverpflichtung, die auch vom BGH so vertreten wird (BGHZ 74, 240, 241 = DNotZ 1979, 537; BGHZ 79, 374, 377 = ZIP 1980, 289 = DNotZ 1981, 485) begründen die Geschäftsführer beim Handeln namens der Gesellschaft nicht nur eine Haftung der Gesamthand (mit dem Gesellschaftsvermögen), sondern daneben grundsätzlich auch eine solche der Gesellschafter persönlich (mit ihrem Privatvermögen – vgl. auch MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl., Anm. 26 zu § 714 BGB).

Die persönliche Haftung ist daher der gesetzliche Regelfall.

Haftungsbeschränkungen auf das Gesellschaftsvermögen in Form ausdrücklich mit dem Gläubiger vereinbarter oder im Gesellschaftsvertrag verankerter Regelungen sind zulässig, vgl. Wellkamp, Risikobegrenzung in der Unternehmer-BGB-Gesellschaft, NJW 1993, 2715 und Heermann, Haftungsbeschränkung in der BGB-Außengesellschaft, BB 1994, 2421, müssen aber eindeutig und für den Geschäftspartner erkennbar sein.

Die bloße für den Vertragspartner nicht erkennbare Klausel im Gesellschaftsvertrag, mit der die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen oder die Vollmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter dahin begrenzt wird, daß nur Verpflichtungen mit einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten

Haftung wirksam eingegangen werden dürfen, ist jedoch allein nicht geeignet, die Haftung zu begrenzen. Vielmehr muß diese Beschränkung auch dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber zum Ausdruck kommen (h.M. in Rspr. und Schrifttum, vgl. statt vieler: BGH NJW 1992, 3037, 3039 = MittRhNotK 1992, 16 und MünchKomm/Ulmer, a.a.O., Rn. 38 ff. m.w.N.).

Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Die Bekl. berufen sich insoweit auf ihren Namen, unter dem sie im Rechtsverkehr und auch gegenüber der Kl. aufgetreten sind:

„GbRmbH“.

Eine „GbRmbH“ ist bisher noch keine im Rechtsverkehr anerkannte Rechtsfigur. Außerhalb der gesetzlich geregelten Rechtsformen, zu denen eine GbRmbH nicht gehört, gibt es keine von Rspr. und Schrifttum anerkannte Rechtsform. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß einer GbR grundsätzlich als Ausfluß der Privatautonomie zugestanden wird, ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken. Mit der Anerkennung dieser Möglichkeit ist nicht gleichzeitig der Freibrief verbunden, durch Anhängen der auf die beschränkte Haftung deutenden Buchstaben GmbH und an die GbR die persönliche Haftung der Gesellschafter zu beschränken.

Der Rechtsverkehr ist mit dieser Konstruktion nicht vertraut; er weiß nicht, was sich hinter dieser Bezeichnung verbirgt.

Auch wenn das Kürzel „mbH“ zunächst eine Haftungsbeschränkung zum Ausdruck bringen soll, gibt es insofern keinerlei Vorschriften darüber. Die Beschränkung ist auch nicht in ein öffentliches Register eintragbar.

Der Senat kann auch nicht der Argumentation der Bekl. folgen, der Kl. gegenüber sei die Haftungsbeschränkung wirksam geworden, weil sie die von den Bekl. gewählte Bezeichnung selber in Anschreiben oder Rechnungen an die Bekl. verwandt habe. Insofern verweist die Kl. zutreffend auf die im Geschäftsverkehr übliche Praxis.

Es obliegt auch nicht dem Vertragspartner der Gesellschaft, eine etwa offene Haftungssituation aufzuklären. Ein aufmerksamer Gläubiger wird dies vielleicht tun. Allerdings dürfen demjenigen, der dies unterläßt, daraus keine rechtlichen Nachteile entstehen. Denn es ist im wesentlichen Verpflichtung desjenigen, der eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Rechtsfolge (hier: beschränkte Haftung der Gesellschafter einer GbR) anstrebt, den Vertragspartner vollständig über die Abweichung aufzuklären. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Tatsache, daß der von der Bekl. verwendete Zusatz „mbH“ Assoziationen zu einer GmbH weckt, diese Rechtsform aber Vertrauen genießt aufgrund Kapitalbeschaffungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften, das die GbRmbH nicht für sich in Anspruch nehmen kann.

Zu berücksichtigen ist ebenfalls, daß Gegenstand des Unternehmens der Bekl. der Betrieb einer Deponie- und Bauschuttrecyclingsanlage war, somit ein Handelsgewerbe i.S.v. § 1 Abs. 2 Nr. 2 HGB bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB vorliegt. Zwar kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Zusammenschluß der Bekl. auch gleichzeitig eine OHG darstellte und damit auch eine gesamtschuldnerische Haftung aller Gesellschafter unabdingbar ist, weil sich nicht ergibt, daß der Betrieb der Bekl. nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte, § 4 Abs. 1 HGB.

Auf jeden Fall bildeten die Bekl. eine sogenannte Erwerbsgesellschaft, die im Geschäftsverkehr aufgrund des Geschäftszwecks mit einem kaufmännischen Handelsgewerbe, bei der die persönliche Haftung zumindest nicht für alle Gesellschafter ausgeschlossen werden kann, in Verbindung gebracht wird. Unter diesem Aspekt sind an die Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung weitergehendere Anforderungen zu stellen als zum Beispiel bei Bauherrengesellschaften, die in der Rechtsform der GbR betrieben werden und bei der der BGH in

BGHZ 75, 26 die gesamtschuldnerische Haftung verneint und nur eine anteilige Haftung bejaht hat.

Denn maßgeblich für die Erkennbarkeit ist im Einzelfall nicht nur die Ausgestaltung der beteiligten GbR, sondern insbesondere auch der jeweilige Vertragsgegenstand, vgl. Heermann, Haftungsbeschränkungen in der BGB-Außengesellschaft, a.a.O., 2421. Damit wäre vorliegend mindestens zu fordern gewesen, daß die Abkürzung mbH ausgeschrieben worden wäre oder der ausdrückliche Hinweis erfolgte „Haftung beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen“. Erst ein weitergehender oder deutlicher Hinweis auf die Haftungsbeschränkung hätte auch eine Informationsobliegenheit für die Kl. ausgelöst. Es kann dahingestellt bleiben, ob das Kürzel GbRmbH firmenrechtlich irreführend und damit gem. § 37 Abs. 1 HGB unzulässig ist, so Heermann, a.a.O., 2430; a.A. MünchKomm/Ulmer, a.a.O., Anm. 39 zu § 714 BGB. Jedenfalls fehlt es an der Erkennbarkeit der Haftungsbeschränkung.

Im Hinblick auf die der Kl. gegenüber unwirksame Haftungsbeschränkung haften die Bekl. für die Mietzinsforderung der Kl. somit persönlich entsprechend dem gesetzlichen Regelfall ohne Beschränkung auf das Gesamthandsvermögen.

Zwar waren die Bekl. zu 2) und 3) an dem Vertragsabschluß mit der Kl. nicht persönlich beteiligt, sondern wurden vom Bekl. zu 1) vertreten, wobei dieser gem. § 7 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Bekl. lediglich bevollmächtigt war, die weiteren Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen zu verpflichten. Diese Vollmachtsbeschränkung wurde jedoch nach außen nicht ausreichend offengelegt, so daß vom Bestehen einer unbeschränkten, dem Umfang der organschaftlichen Vertretungsmacht entsprechenden Vollmacht i.S.v. § 714 BGB nach Rechtscheingrundsätzen auszugehen ist, vgl. BGH NJW 1987, 3124.

Die Rechtsscheinhaftung für den Fall der Mitunternehmer BGB-Gesellschaft geht dabei über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht hinaus und beruht auf dem Gedanken der unternehmensrechtlichen Anscheinsvollmacht, die das Vertrauen in die Normalgestaltung des Geschäftstypes bei alltäglichen Geschäften schützt, vgl. Karsten Schmidt, DB 1973, 653, 656 und MünchKomm/Ulmer, a.a.O., 3. Aufl., Anm. 36 zu § 714 BGB).

Ausgehend von der Regelung des § 714 BGB gilt die Vermutung der Einzelvertretungsbefugnis und unbeschränkten Haftung der Vertretenen. Es obliegt nun den vertretenen Gesellschaftern, diesen Rechtsschein durch geeignete Maßnahmen zu zerstören, insbesondere eine deutliche Namensgestaltung herbeizuführen, wenn die Haftungsbeschränkung auf diesem Wege erkennbar gemacht werden soll.

Ein unbefangener Dritter geht bei rechtsgeschäftlichen Kontakten zu einer GbR ohne Hinzutreten weiterer Umstände regelmäßig auch von einer persönlichen Haftung nicht nur der Mitgesellschafter, sondern auch des handelnden Geschäftsführers aus. Dieser hat deshalb auch insoweit das berechnete Vertrauen des Rechtsverkehrs zu erschüttern. Ob dies nun durch einen eindeutigen Hinweis bei Vertragsschluß zu geschehen hat, so Ulmer a.a.O., 3. Aufl., Anm. 44 zu § 714 BGB oder anhand sämtlicher Umstände zu prüfen ist, vgl. Heermann, a.a.O., S. 2426, kann vorliegend dahinstehen, da der Bekl. zu 1) bereits durch das mit der Stellvertretung gekoppelte Eigenhandeln unbeschränkt verpflichtet wurde.

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung von Freiberuflern

(BayObLG, Beschluß vom 24. 9. 1998 – 3Z BR 58/98 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

HGB §§ 18; 37

FGG §§ 134; 140

KostO § 119

1. Gegen eine BGB-Gesellschaft von Freiberuflern (hier Sozietät aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirt-

schaftsprüfern) darf das Registergericht einschreiten, wenn der Name der Sozietät, insbesondere sein Rechtsformzusatz geeignet ist, über die Rechtsform der Gesellschaft irreführen.

2. Eine Sozietät aus Freiberuflern darf in ihrer Namensbezeichnung nicht die Zusätze „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ oder „GbRmbH“ aufnehmen.

3., 4. und 5.

Zum Sachverhalt:

Das AG – Rechtspfleger – hat am 28. 3. 1996 gegen eine Sozietät von Steuerberatern, Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern, die sich in der Rechtsform einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen haben, folgende Androhungsverfügung erlassen:

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird aufgefordert, innerhalb einer Frist von 3 Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Verfügung die Firmierung „A Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ zu unterlassen oder die Unterlassung mittels Einspruch gegen die Verfügung zu rechtfertigen. Andernfalls wird ein Zwangsgeld in Höhe von 3.000,- DM festgesetzt (§§ 37, 14 HGB, §§ 132 FGG ff.).

Gegen diese am 1. 4. 1996 zugestellte Verfügung haben die Gesellschafter am 4. 6. 1996 Einspruch eingelegt. Mit Beschluß vom 6. 8. 1996 hat das AG – Rechtspfleger – den Einspruch als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat die Gesellschaft „sofortige Beschwerde“ eingelegt, die der Amtsrichter als sofortige Erinnerung behandelt und dem LG zur Entscheidung vorgelegt hat. Das LG hat mit Beschluß vom 2. 2. 1998 die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diese am 18. 2. 1998 zugestellte Entscheidung richtet sich die am selben Tag eingelegte sofortige weitere Beschwerde der Sozietät.

Aus den Gründen:

Dem Rechtsmittel ist aus verfahrensrechtlichen Gründen stattzugeben.

1. Das LG hat die sofortige Beschwerde der Sozietät zurückgewiesen, obwohl die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Androhung eines Ordnungsgeldes nicht gegeben waren:

...

(1) Im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um unbefugten Firmengebrauch nach § 37 HGB. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen kommt deshalb eine Zwangsgeldandrohung nach § 14 HGB, §§ 132 ff. FGG nicht in Betracht.

...

2. Für das weitere Verfahren sind folgende Hinweise veranlaßt:

a) Da es um unzulässigen Firmengebrauch bzw. Namensgebrauch einer Sozietät aus Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern geht, erscheint es geboten, die jeweils zuständige Berufskammer von Anfang an am Verfahren nach § 37 HGB, § 140 FGG zu beteiligen (vgl. § 126 FGG und für Rechtsanwälte § 59g BRAO n.F. sowie §§ 4, 6 Partnerschaftsregisterverordnung – PRV – vom 16. 6. 1995 – BGBl. I, 808).

b) Umstritten ist, ob ein Einschreiten des Registergerichts nach § 37 HGB auch bei einer täuschenden Namensbezeichnung eines Zusammenschlusses von Freiberuflern (Sozietät) zulässig ist. Canaris, Handelsrecht, 22. Aufl., § 11 III 1 S. 183 vertritt z.B. die Auffassung, daß zumindest ein gewerbliches Unternehmen gegeben sein muß (vgl. auch RöWest/Ammon, § 37 HGB, Rn. 13). Das Handelsrechtsreformgesetz (BGBl. I 1998, 1474) grenzt in seinem neuen Gewerbebegriff zwar weiterhin die Freiberufler aus Traditionsgründen aus (vgl. Ammon, DStR 1998, 1474, 1475 m.w.N.); das Firmen- und Namensrecht gewinnt aber auch für Freiberufler-Sozietäten immer mehr an Bedeutung. Die Anwalts-GmbH ist bereits de lege lata zulässig (vgl. BayObLG NJW 1995, 199; Begründung des Regierungsentwurfes zur Änderung der BRAO u.a., BT-Drucks. 13/9820

S. 11). Sie ist nunmehr auch gesetzlich normiert (vgl. Gesetz zur Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Patentanwaltsordnung und anderer Gesetze vom 31. 8. 1998 BGBl. I, 2600, das insoweit am 1. 2. 1999 in Kraft tritt). Nach § 59c BRAO n.F. können Gesellschaften mit beschränkter Haftung, deren Unternehmensgegenstand die Beratung und Vertretung in Rechtsangelegenheiten ist, als Rechtsanwaltsgesellschaften zugelassen werden. Die Firmenbezeichnung ist in § 59k BRAO n.F. geregelt. Schließen sich Freiberufler in einer Partnerschaft zusammen, findet nach § 2 Abs. 2 PartGG auf ihren Namen § 37 HGB entsprechende Anwendung. Der Senat vertritt die Auffassung, daß § 37 HGB nicht nur auf Nichtkaufleute, die ein gewerbliches Unternehmen betreiben, anzuwenden ist, sondern auch für Sozietäten von Freiberuflern gilt, deren Name in keinem Register eingetragen bzw. dort nicht eintragungsfähig ist. Das bedeutet, daß das Registergericht auch gegen Freiberufler-Sozietäten vorgehen kann, sofern firmen- oder namensrechtliche Vorschriften verletzt sind; denn auch wenn dieser Personenkreis keine Firma im Rechtssinne führt, kann dies nicht den Zweck haben, ihn vom Gebot der Firmen- oder Namenswahrheit freizustellen (vgl. MünchKomm/Bokelmann, § 4 HGB, Rn. 9 u. 11, RöWest/Röhricht, § 4 HGB, Rn. 26, je m.w.N.).

c) Allerdings greift § 37 HGB nicht schon dann ein, wenn eine Sozietätsbezeichnung „firmenähnlich“ ist. Voraussetzung ist vielmehr, daß darüber hinaus auch firmenrechtliche Vorschriften verletzt sind. Das ist hier zu bejahen.

(1) Die Namensbezeichnungen „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ und „GbRmbH“ sind geeignet, über gesellschaftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irreführen; die Täuschungseignung ist auch ersichtlich (vgl. § 18 Abs. 2 HGB). Es kommt nicht darauf an, ob eine solche Haftungsbeschränkung nach Anwaltsrecht zulässig ist (vgl. § 51a Abs. 1 Nr. 1 BRAO) und ob sie durch einen solchen Hinweis in der Namensbezeichnung wirksam mit dem Mandanten vereinbart werden kann (dazu BGH NJW 1992, 3037, 3039 = MittRhNotK 1992, 16 u. BGH NJW 1998, 1864, 1866 m.w.N. = DNotZ 1998, 634; ferner MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl., § 714 BGB, Rn. 39). Hier ist entscheidend, ob die gewählte Rechtsformbezeichnung geeignet ist, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse irreführen.

(2) Der Irreführungsbegriff des § 18 Abs. 2 HGB erfaßt, wie schon bisher, den Firmenkern, die Firmenbestandteile und die Firma in ihrer Gesamtheit; vor allem aber darf ein Rechtsformzusatz nicht über die tatsächlich gewählte Rechtsform täuschen (so schon zur bisherigen Gesetzesfassung Staub/Hüffer, 4. Aufl., § 18 HGB, Rn. 24; Heymann/Emmerich, 2. Aufl., § 18 HGB, Rn. 26; RöWest/Ammon, § 18 HGB, Rn. 34). Das neue Firmenrecht, das den Unternehmen eine weitgehend freie Wahl ihrer Firma gewährt, verlangt die Ausrichtung der Firma an drei wesentlichen Funktionen, nämlich der Unterscheidungskraft und der damit einhergehenden Kennzeichnungswirkung, der Ersichtlichkeit des Gesellschaftsverhältnisses und der Offenlegung der Haftungsverhältnisse. Deshalb ist nunmehr in jede Firma ein Rechtsformzusatz aufzunehmen und auf allen Geschäftsbriefen zu verlautbaren (vgl. §§ 19, 37a HGB; Ammon, DStR 1998, 1474, 1478 f.). Die damit einhergehende und zu Recht verstärkte Betonung des Rechtsformzusatzes bedeutet aber, daß gerade insoweit eine Irreführung nicht hinnehmbar ist. Die Rechtsanwaltsgesellschaft muß nach § 59k BRAO n.F., § 4 Abs. 2 GmbHG n.F. zwingend die Bezeichnung „Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten, wobei in erster Linie an „Rechtsanwaltsgesellschaft mBH“ zu denken ist. Eine Verwechslungsgefahr mit einer GmbH kann nicht vernachlässigt werden, da die Haftungsverhältnisse insoweit für die angesprochenen Verkehrskreise (Mandanten) wesentlich sind. Die BGB-Gesellschaft unterliegt nicht den im GmbHG normierten Vorschriften über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, bei ihr muß kein Gesellschaftskapital vorhanden sein; die Mindestversicherungssumme beträgt nach § 51 Abs. 4 BRAO für jeden Versicherungsfall 500.000,- DM,

während sie bei der Rechtsanwalts-GmbH mindestens 5.000.000,- DM für jeden Versicherungsfall betragen muß (§ 59j BRAO n.F.). Es besteht daher die ersichtliche Gefahr, daß bei einer Bezeichnung wie „Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung“ oder „GbRmbH“ der Eindruck entsteht, es handle sich um einen gesetzlich normierten Gesellschaftstypus, bei dem die Haftungsbeschränkung eine gesetzliche Folge der gewählten Gesellschaftsform ist. Der Zusatz „mit beschränkter Haftung“ oder „mbH“ ist als Rechtsformzusatz den nach dem GmbHG errichteten Gesellschaften vorbehalten. Anderen Gesellschaften ist die Führung eines solchen Zusatzes untersagt, sie haben eine etwaige Haftungsbeschränkung in anderer Form kundzutun (vgl. dazu Heermann, BB 1994, 2421, 2430 m.w.N.; Hachenburg/Heinrich, 8. Aufl., § 4 GmbHG, Rn. 55 ff.; Heckelmann, in FS Quack 1991, S. 243, 252; Gummert, Hdbch. des Gesellschaftsrechts Bd. 1, § 12, Rn. 48, 49; dazu auch Thüringer OLG, Urteil vom 28. 4. 1998 – 3 U 580/97 S. 12 f.; ferner LG München I DB 1998, 1322 zu § 3 UWG; a.A. z.B. Hadding, in FS Rittner 1991, S. 133, 141, der allerdings nicht auf den firmenrechtlichen Aspekt eingeht; zur Haftungsbeschränkung bei der BGB-Gesellschaft allgemein: Gummert, ZIP 1993, 1063). Davon geht auch das LG im Ergebnis zutreffend aus.

(3) Wie die Sozietät die von ihr gewollte Haftungsbeschränkung in der Sozietätsbezeichnung offenkundig machen kann, ist ausschließlich ihre Sache. Im vorliegenden Verfahren ist nur über die Zulässigkeit der tatsächlich gewählten Bezeichnung zu entscheiden; eine bestimmte zulässige Bezeichnung darf das Registergericht weder vorschreiben noch erzwingen wollen.

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Firmierung „+ Partner“ bei der GmbH

(LG Köln, Beschluß vom 6. 9. 1998 – 87 T 29/98 – mitgeteilt von Notar Dr. Schwarz, Düsseldorf)

PartGG § 11 S. 1 u. 3 GmbHG § 4 Abs. 2

Zur Fortführung der Bezeichnung „+ Partner“ in der Firma einer GmbH bei Änderung anderer Firmenbestandteile.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Gem. notariell beglaubigtem Vertrag ist die Bf. mit Firmennamen:

X + Partner Industrieberatungs ... GmbH

gegründet und – nach Verlegung des Firmensitzes – im Handelsregister eingetragen worden.

In der Gesellschafterversammlung vom 19. 2. 1998 ist die Verlegung des Sitzes von D. nach K. sowie die Änderung der Firma in

X & Partner Consulting GmbH

beschlossen worden.

Mit dem angefochtenen Beschluß ist der Antrag auf Eintragung der Sitzverlegung nebst Firmenänderung unter Hinweis auf den Inhalt der eingeholten gutachterlichen Stellungnahme der hiesigen Industrie- und Handelskammer kostenpflichtig zurückgewiesen worden.

Hiergegen wendet sich die – zulässige – Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet.

Abweichend von der Auffassung des AG K., das sich erkennbar die Ansicht der Industrie- und Handelskammer zu K. zu eigen gemacht hat, verstößt die beschlossene Umfirmierung nicht gegen § 11 PartGG. Die Bf. kann die Ausnahmebestimmung des § 11 S. 3 PartGG für sich in Anspruch nehmen.

Der gegenteiligen Auffassung vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Diese findet in dem zur Begründung angezoge-

nen Beschluß des BGH vom 23. 4. 1997 (BB 1997, 1500 f. = DNotZ 1997, 985) keine Stütze.

Hiernach ist allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft i.S.d. Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes, die nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gegründet oder umbenannt werden, die Bezeichnung „und Partner“ in allen insoweit möglichen Schreibweisen verwehrt. Dies gilt ausdrücklich trotz des zwingenden Rechtsformzusatzes (§ 4 Abs. 2 GmbHG) auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Gleichwohl ist diese Entscheidung nicht einschlägig. Die Bf. hat schon vor dem hier maßgeblichen Stichtag die Bezeichnung „+ Partner“ geführt. Die in der Gesellschafterversammlung beschlossene Änderung betrifft allein andere Firmenbestandteile als Hinweis auf den Firmengegenstand (früher: „Industrieberatung ...“, jetzt „Consulting“).

Eine „Umbenennung“ der vorliegenden Art ist von der Entscheidung des BGH ersichtlich nicht betroffen. Der BGH hatte – wie sich aus dem Vorlagebeschluß des BayObLG vom 2. 8. 1996 (GmbHR 1996, 853) ergibt, einen andersgearteten Sachverhalt zu beurteilen. Dort ging es um die Umbenennung einer Firma ohne diesen Zusatz in eine solche mit Zusatz „+ Partner“ nach Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes, überdies um die Rechtsfrage, ob § 11 S. 1 PartGG auf Kapitalgesellschaften überhaupt Anwendung findet. Mit einer Firmenänderung der vorliegenden Art ist diese Entscheidung nicht befaßt, so daß auch aus ihrer redaktionellen Überschrift nicht – hierüber hinausgehend – geschlossen werden kann, daß jedwede Umbenennung den Bestandsschutz des § 11 S. 2 PartGG hinfällig macht.

11. Zwangsvollstreckungsrecht – Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht bei Bauträgerverträgen nach MaBV

(BGH, Urteil vom 22. 10. 1998 – VII ZR 99/97)

BGB §§ 134; 218 Abs. 1 S. 2

MaBV §§ 3 Abs. 2 S. 1; 12

1. Unterwirft sich ein Erwerber in einem Bauträgervertrag der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen, so ist diese Erklärung gem. §§ 3, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtig, wenn der Notar ermächtigt ist, die Vollstreckungsklausel ohne besonderen Nachweis zu erteilen.

2. § 218 Abs. 1 S. 2 BGB ist auf eine gem. §§ 3, 12 MaBV i.V.m. § 134 BGB nichtige Unterwerfungserklärung nicht anwendbar.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. verkaufte mit notariellem Vertrag vom 15. 6. 1992 an die Bekl. ein Grundstück und verpflichtete sich gleichzeitig zur Errichtung einer Doppelhaushälfte. Die Fälligkeit des Kaufpreises war entsprechend der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) geregelt.

Wegen aller in der notariellen Urkunde eingegangenen Zahlungsverpflichtungen unterwarfen sich die Bekl. der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in ihr gesamtes Vermögen. Der Kl. sollte auf Verlangen ohne besonderen Nachweis eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden.

Die von der Kl. errichtete Doppelhaushälfte wurde von den Bekl. im November 1992 bezogen und spätestens zu Beginn des Jahres 1993 abgenommen. Die Parteien stritten in der Folgezeit über Mehrforderungen der Kl. sowie über angebliche Bauwerksmängel. Nach längerem Schriftwechsel kam es am 28. 9. 1995 zu einem gemeinsamen Besichtigungstermin. Der Bekl. zu 1) kündigte dabei eine abschließende Stellungnahme an, welche am 18. 12. 1995 bei der Kl. einging. Er errechnete darin zugunsten der Kl. eine Restforderung in Höhe von 6.268,- DM und erklärte, diese als Sicherheit für die Beseitigung diverser Mängel einzubehalten.

Mit ihrer seit dem 5. 2. 1996 anhängigen Klage fordert die Kl. u.a. einen Kaufpreisrest in Höhe von 6.964,28 DM. LG und OLG haben die Klage insoweit wegen Verjährung abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Kl. Das Berufungsgericht hat die Revision zugunsten der Kl. zu der Frage zugelassen, ob eine in einem notariellen Bauträgervertrag enthaltene, dem AGB-Gesetz unterliegende Vollstreckungsunterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht unwirksam ist.

Aus den Gründen:

Die Revision hat keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die in der notariellen Urkunde titulierte Kaufpreisforderung gem. § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB in zwei Jahren verjährt. Es meint, die Verjährungsregelung des § 218 Abs. 1 S. 2 BGB greife nicht, weil die in der notariellen Urkunde erklärte Vollstreckungsunterwerfung wegen eines Verstoßes gegen die MaBV unwirksam sei. Zur Begründung zitiert es insoweit das Urteil des OLG Hamm, BauR 1996, 141. Zudem hält das Berufungsgericht die Vollstreckungsunterwerfung gem. §§ 9, 11 Nr. 15 AGBG für unwirksam.

2. Der Senat tritt den Erwägungen des Berufungsgerichts im ersten Punkt bei.

a) Die Wirksamkeit einer Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wird in Rspr. und Lit. unterschiedlich beurteilt. Der Senat hat bislang nur zur formellen Wirksamkeit (Vollstreckungsfähigkeit) solcher Klauseln Stellung genommen, die Frage ihrer möglichen Unwirksamkeit aus materiell-rechtlichen Erwägungen aber offengelassen (BGHZ 118, 229, 231 f. m.N. = DNotZ 1993, 235 zum damaligen Meinungsstand).

Die Rspr. ist seither mit Billigung von Teilen des Schrifttums vermehrt dazu übergegangen, solche Klauseln wegen Verstoßes gegen die MaBV (OLG Hamm BauR 1996, 141; OLG-Report Hamm 1996, 27; OLG Hamm, Urteil vom 18. 9. 1996 – 25 U 2/96; OLG Nürnberg IBR 1995, 461; LG Nürnberg-Fürth IBR 1998, 11; Kniffka, ZfBR 1992, 195; Marcks, 6. Aufl., § 3 MaBV, Rn. 29; zum Meinungsstand vgl. auch DNotRep 1995, 153) oder das AGBG (OLG Düsseldorf BauR 1996, 148; Wolf/Horn/Lindacher, 3. Aufl., § 11 Nr. 15 AGBG, Rn. 24; Koeble, Rechts Handbuch Immobilien, Bd. I, § 17, Rn. 115 g) als unwirksam anzusehen. Die Gegenauffassung in Rspr. und Lit. hält solche Klauseln weiterhin für wirksam, schlägt aber teilweise Modifikationen bei der Formulierung des „Nachweisverzichts“ vor (OLG Köln SFH, § 11 Nr. 15 AGBG Nr. 2; OLG Celle BauR 1998, 199; Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl., Rn. 272 ff.; ders., MittBayNot 1992, 311; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl., Rn. 329 ff.; Cuyper, ZfBR 1998, 4 f.; Reithmann/Meichsner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., Rn. 218 ff.; F. Schmidt in Münchener Vertragshandbuch, Bd. IV 1, 3. Aufl., Kap. I.30, Rn. 57; Wolfsteiner, MittBayNot 1995, 438; Vogel, BauR 1998, 925). Teilweise wird schließlich auch die Auffassung vertreten, unwirksam sei allein der „Nachweisverzicht“, nicht aber die Unterwerfungsklausel selbst (OLG Stuttgart OLGZ 1994, 101, 103; Ulmer/Brandner/Hensen, 8. Aufl., § 11 Nr. 15 AGBG, Rn. 13).

b) Durch die Aufnahme der Vollstreckungsunterwerfung in den Erwerbvertrag hat die Kl. gegen ihre Verpflichtungen aus §§ 3, 12 MaBV verstoßen (aa). Das führt zur materiell-rechtlichen Unwirksamkeit der Klausel (bb). § 218 Abs. 1 S. 2 BGB ist deshalb nicht anwendbar (cc).

aa) § 3 Abs. 2 S. 1 MaBV verpflichtet den Bauträger u.a., Vermögenswerte der Auftraggeber nur entsprechend dem Bauablauf entgegenzunehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen zu lassen. Diese Bestimmung soll in Kombination mit § 3 Abs. 1 MaBV erreichen, daß Leistungen der Erwerber ein entsprechender Gegenwert am Bauvorhaben gegenübersteht (BR-Drucks. 179/75, S. 4 der Begründung). Diese Ver-

braucherschutzbestimmung bezweckt einen weitgehenden Schutz des Auftraggebers vor Vermögensschädigungen, beispielsweise im Konkurs des Bauträgers.

Dieser Schutzzweck gebietet es, die beiden Tatbestandsalternativen des § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 MaBV weit auszulegen. Die Begriffe „entgegenzunehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen zu lassen“ erfassen sämtliche dem Gewerbetreibenden zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, in den Besitz von Vermögenswerten der Auftraggeber zu gelangen oder zumindest eine Verfügungsbefugnis hierüber zu erhalten (vgl. Marcks, a.a.O., § 3 MaBV, Rn. 7).

Durch die Vollstreckungsunterwerfung in der hier zu beurteilenden Form wird für den Bauträger eine solche Möglichkeit geschaffen. Aufgrund der Klausel kann er im Wege der Zwangsvollstreckung auf die Vermögenswerte des Auftraggebers zugreifen, ohne daß die in § 3 MaBV geregelten Fälligkeitsvoraussetzungen vorliegen müssen. Die durch die Unterwerfungserklärung herbeigeführte Gestaltung des Bauträgervertrages kommt somit einer Ermächtigung des Bauträgers, über Vermögenswerte des Erwerbers zu verfügen, wirtschaftlich nahe. Denn es steht durch den Nachweisverzicht ganz im Belieben des Bauträgers, jederzeit und in beliebiger Höhe die Zwangsvollstreckung einzuleiten. Der Erwerber läuft damit Gefahr, Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne durch einen entsprechenden Gegenwert am Bauvorhaben gesichert zu sein. Hierdurch werden seine Risiken entgegen der zwingenden Regelung der §§ 3, 12 MaBV erheblich verschärft. § 12 MaBV verbietet dem Gewerbetreibenden bereits eine Beschränkung der nach § 3 MaBV bestehenden Verpflichtungen. Eine solche Beschränkung liegt in der im Zusammenhang mit dem notariellen Erwerbvertrag geschaffenen Möglichkeit des Zugriffs in der Zwangsvollstreckung, die ohne die Unterwerfungserklärung nicht bestünde. Auf die Frage, inwieweit die Erwerber durch rechtzeitige Rechtsbehelfe gegen eine ungerechtfertigte Inanspruchnahme im Wege der Zwangsvollstreckung einen endgültigen Zugriff verhindern können, kommt es nicht an.

bb) Die mit dem Nachweisverzicht versehene Unterwerfungserklärung ist wegen des Verstoßes gegen § 12 MaBV gem. § 134 BGB unwirksam. Die Frage, ob verbotswidrige Rechtsgeschäfte nach § 134 BGB nichtig sind, ist aus Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beantworten. Entscheidend ist, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluß des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Die Nichtigkeit kann im Ausnahmefall auch aus der Verletzung einseitiger Verbote folgen, falls der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann (BGHZ 88, 240, 243 m.w.N.; BGHZ 131, 385, 389; st. Rspr.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die unmittelbaren materiellen Auswirkungen der Vertragsgestaltung gebieten ungeachtet des prozessualen Charakters der Unterwerfungserklärung (vgl. hierzu BGH NJW 1996, 2792 m.w.N.) die Anwendung des § 134 BGB. Die Verbotsvorschrift des § 12 MaBV richtet sich gegen den Bauträger (vgl. hierzu BGHZ 88, 240 u. BGHZ 131, 385). Die MaBV bezweckt mit dem Verbot den Schutz des Erwerbers im konkreten Vertragsverhältnis. Dieser Schutz ist nur durch die Nichtigkeit zu erreichen.

cc) Nach § 218 Abs. 1 S. 2 BGB verjährt ein Anspruch aus einer vollstreckbaren Urkunde in dreißig Jahren. Ist die Unterwerfungserklärung wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB i.V.m. § 12 MaBV nichtig, kann diese Wirkung nicht eintreten. Unbeschadet des Umstandes, daß auch aus einer formell wirksamen Unterwerfungserklärung die Zwangsvollstreckung möglich ist (BGHZ 118, 229 = DNotZ 1993, 235) gibt § 218 Abs. 1 BGB nichts dafür her, aus einer Unterwerfungserklärung materiell-rechtliche Verjährungsfolgen herzuleiten, obwohl diese Erklärung gesetzlich verboten und deshalb materiell-rechtlich auch unwirksam ist. Das würde dem mit dem gesetzlichen Verbot bezweckten Schutz des Erwerbers zuwiderlaufen.

3. Auf die weiteren Erwägungen des Berufungsgerichts zum Verstoß gegen das AGBG kommt es demnach nicht an.

Das Berufungsgericht erachtet die Verjährungseinrede als begründet. Es geht dabei zugunsten der Kl. von einem Ende der regulären Verjährungsfrist am 31. 12. 1995 aus (§§ 196 Abs. 1 Nr. 1, 201 BGB). Es verneint eine Hemmung der Verjährung aufgrund der Verhandlungen der Parteien und läßt offen, ob die Bekl. mit der Erhebung der Verjährungseinrede gegen Treu und Glauben verstoßen haben könnten. Der darauf beruhende Einwand sei der Kl. abgeschnitten, weil sie nach Zugang des letzten Schreibens der Bekl. nicht rechtzeitig verjährungsunterbrechende Maßnahmen ergriffen habe.

Auch dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

12. Steuerrecht – Einkünfte aus Gewerbebetrieb hier: gewerbliche Bauunternehmung

(BFH, Urteil vom 14. 1. 1998 – X R 1/96)

GewStG § 2
EStG § 15 Abs. 2

Der Erwerb eines Grundstücks, dessen anschließende Bebauung mit einem Sechsfamilienhaus und die hiermit in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang stehende Veräußerung führen zu Einkünften aus Gewerbebetrieb („gewerbliche Bauunternehmung“).

Zum Sachverhalt:

Der Ehemann der Kl. und Revisionskl. (Kl.) – A.B. – ist Malermeister. Er betrieb bis Mitte des Jahres 1982 ein Malergeschäft als Einzelunternehmer. Seit diesem Zeitpunkt wird das Unternehmen aufgrund einer Betriebsaufspaltung von der A.B.-GmbH (im folgenden: GmbH) fortgeführt, an welcher A.B. zu 55 v.H. und drei Söhne zu je 15 v.H. beteiligt sind.

Mit Vertrag vom 1. 6. 1981 hatte A.B. den Bauplatz P-Straße in S zum Kaufpreis von 23.460,- DM erworben. Der Erwerb wurde am 7. 9. 1981 im Grundbuch eingetragen. Am 6. 11. 1981 wurden die Aufhebung des Kaufvertrages und der Auflassung beurkundet. Sodann verkaufte der ursprüngliche Eigentümer das Grundstück an die Kl.

Bereits am 30. 10. 1981 hatte die Kl. einen Antrag auf Baugenehmigung eines Vierfamilienhauses auf dem genannten Grundstück eingereicht. Das mit Bescheid vom 11. 1. 1982 genehmigte Bauvorhaben wurde im Juni 1982 um den Bau zweier weiterer Wohnungen im Dachgeschoß erweitert. Die Kl. vergab verschiedene Gewerke an Bauunternehmen. Einen erheblichen Teil der Bauarbeiten führten ihre Familienangehörigen unentgeltlich aus. Die von der Kl. aufgewendeten Herstellungskosten beliefen sich auf 391.930,71 DM. Es entstanden Finanzierungsaufwendungen und sonstige Kosten (Grundsteuer, Gebäudeversicherung usw.) in Höhe von 925,- DM (1981), 6.830,- DM (1982) und 18.392,- DM (1983). Die Stadt S erteilte mit Bescheid vom 22. 8. 1983 eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für insgesamt sechs Wohnungen.

Mit notariellem Vertrag vom 5. 9. 1983 veräußerte die Kl. das zu diesem Zeitpunkt noch ungeteilte Grundstück zum Preis von 700.000,- DM an die GmbH. Diese übernahm ein Darlehen der Volksbank in Höhe von 100.000,- DM. Ebenfalls am 5. 9. 1983 wurde die Aufteilungserklärung für sechs Eigentumswohnungen durch die GmbH notariell beurkundet. Die GmbH veräußerte die Wohnungen wie folgt:

Vertrag vom 14. 9. 1983 Wohnung Nr. 3 für 149.000,- DM,

Vertrag vom 15. 9. 1983 Wohnung Nr. 1 für 140.000,- DM,

Vertrag vom 17. 11. 1983 Wohnung Nr. 4 für 182.000,- DM,

Vertrag vom 25. 11. 1983 Wohnung Nr. 2 für 172.000,- DM.

Die Wohnungen Nr. 5 und 6 befinden sich derzeit noch im Betriebsvermögen der GmbH.

Nach einer Außenprüfung vertrat der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, die Kl. habe sich mit den das

Grundstück P-Straße betreffenden Rechtsgeschäften gewerblich betätigt. Es setzte mit Bescheid vom 29. 8. 1988 für das Streitjahr 1983 einen einheitlichen Gewerbesteuer-Meßbetrag in Höhe von 14.335,- DM fest. Auf den hiergegen eingelegten Einspruch hin ermäßigte das FA den Gewerbesteuer-Meßbetrag auf 11.120,- DM. Im übrigen hatte der Einspruch keinen Erfolg.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage insoweit stattgegeben, als u.a. eine Schätzung des gewerblichen Gewinns nach den Grundsätzen des Betriebsvermögensvergleichs vorzunehmen sei. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

1. Das FG hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Kl. mit dem Ankauf des unbebauten Grundstücks, der *Bebauung* und der Veräußerung des bebauten Grundstücks nach Art einer gewerblichen Bauunternehmerin/Bauträgerin tätig geworden ist. Der hier zu beurteilende Erwerbsvorgang, die Bebauung des Grundstücks sowie die bei Ankauf und Bebauung zumindest bedingt beabsichtigte zeitnahe Veräußerung, die in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang miteinander stehen, erfüllen den Tatbestand des § 15 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes (EStG).

2. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 des Gewerbesteuergesetzes (GewStG) unterliegt der Gewerbesteuer jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird. Unter Gewerbebetrieb ist ein gewerbliches Unternehmen i.S.d. EStG zu verstehen (§ 2 Abs. 1 S. 2 GewStG). Die Tätigkeit muß die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 EStG erfüllen und darf sich nach den Umständen des Einzelfalls nicht als private Vermögensverwaltung darstellen. Die Absicht, gewerbliche Gewinne zu erzielen, muß durch eine Tätigkeit verfolgt werden, die nach allgemeiner Auffassung als unternehmerisch gewertet wird (BFHE 106, 84 = BStBl. II 1972, 700, unter II. 2.). Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und der nicht steuerbaren Sphäre ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und auf die Verkehrsanschauung abzustellen. In Zweifelsfällen ist maßgebend, ob die Tätigkeit, soll sie in den gewerblichen Bereich fallen, dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsanschauung einen Gewerbebetrieb ausmacht und einer privaten Vermögensverwaltung fremd ist (BFHE 178, 86, 90 = BStBl. II 1995, 617, unter C. 1.).

Nach st. Rspr. des BFH wird die Grenze von der privaten Vermögensverwaltung zum Gewerbebetrieb überschritten, wenn die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung gegenüber der Nutzung von Grundbesitz i.S. einer Fruchtziehung aus zu erhaltenden Substanzwerten entscheidend in den Vordergrund tritt (BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617, unter C. 1.).

3. Die Rspr. legte mit der Formel von der „Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung“ Gewicht auf die Gewinnerzielung durch den An- und Verkauf von Grundstücken, mithin den Grundstücks-„Handel“ im eigentlichen Wortsinne. Die neuere Rspr. betont indes die eigenständige rechtliche Bedeutung der zum Kernbereich der gewerblichen Betätigung gehörenden Produktion von Gütern für Zwecke des Verkaufs.

a) Der Große Senat des BFH hat in seinem Beschluß in BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617 (unter C. II. 2.) entschieden: Die „Zahl der Objekte und der zeitliche Abstand der maßgebenden Tätigkeiten (Anschaffung, Bebauung, Verkauf)“ haben für die Beurteilung am Maßstab des § 15 EStG eine indizielle Bedeutung. „Die von der Rspr. entwickelten Beweiszeichen dienen dem Zweck, eine die Gleichheit der Rechtsanwendung gewährleistende Zuordnung zum ‚Bild des Gewerbebetriebes‘ – der Handel mit Grundstücken durch marktmäßigen Umschlag erheblicher Sachwerte sowie die Bauunternehmung – bzw. zur privaten Vermögensverwaltung zu ermöglichen.“

b) Im Anschluß hieran hat der erkennende Senat durch Urteil (BFHE 180, 51 = BStBl. II 1996, 303) ausgeführt: Die Bebauung eines Grundstücks des Privatvermögens *ohne* Absicht der Veräußerung ist auch dann private Vermögensverwaltung, wenn dies in großem Umfang geschieht und hierbei erhebliche Fremdmittel eingesetzt werden. Hingegen liegt eine gewerbliche Tätigkeit vor, wenn der Bauherr „nach Art eines Bauträgers/Bauunternehmers“ zwei gewerbliche Großobjekte (Supermarktgebäude) errichtet, sofern er jedenfalls im Zeitpunkt der Bebauung die zumindest bedingte Absicht einer Veräußerung hat. Die Gesamtheit dieser Tätigkeiten stellt sich unter besonderer Berücksichtigung der Bebauung für Zwecke der Veräußerung nicht als Fruchtziehung aus zu erhaltenden Vermögenswerten dar. Die Gewerblichkeit ergibt sich hier nicht lediglich aus der wiederholten Anschaffung und Veräußerung von Wirtschaftsgütern i.S. eines marktmäßigen Umschlags von Sachwerten. Die Errichtung von gewerblich genutzten Gebäuden der in jenem Fall zu beurteilenden Größenordnung zum Zwecke der Veräußerung entspricht dem Bild des „typischen“ – produzierenden – Unternehmers, der eigeninitiativ tätig wird und Produktionsfaktoren – die eigene Arbeitsleistung, Eigen- und Fremdkapital, selbständig und nichtselbständig erbrachte Leistungen Dritter – zu marktfähigen Güter- und Dienstleistungsangeboten bündelt und sie auf eigenes Risiko am Markt absetzt. „Urbild“ des auf dem Grundstücksmarkt tätigen Produzenten ist der Bauunternehmer. Auch der Große Senat hat in seinem Beschluß in BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617 (unter C. II. 2.) den Bauunternehmer als Beispiel für den auf dem Grundstücksmarkt gewerblich tätigen Produzenten erwähnt. „Typischer“ Gewerbetreibender bleibt der Unternehmer auch, wenn er auf einem ihm gehörenden Grundstück ein Gebäude errichtet und dieses bestimmungsgemäß verkauft.

Ergibt sich hiernach die Zuordnung zum „Bild des Gewerbebetriebes“ bereits unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen und mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen „Produktion für den Markt“, kann dieses Ergebnis nicht mehr aufgrund der Indizwirkung einer geringen Zahl von „Objekten“ korrigiert werden.

4. Der erkennende Senat hält an den Rechtsgrundsätzen seines Urteils in BFHE 180, 51 = BStBl. II 1996, 303 fest. Er erachtet darüber hinaus diese Grundsätze als auch für den vorliegend gegebenen Fall anwendbar, daß ein einziges Mehrfamilienhaus mit sechs Wohneinheiten in zumindest bedingter Absicht der Veräußerung errichtet und in zeitlichem Zusammenhang hiermit veräußert wird.

Die Bauausführung „in eigener Regie“ zur Veräußerung von Neubauten gehört zum Kernbereich der „Bauunternehmung“ (vgl. – in handelsrechtlicher Sicht – Staub/Brüggemann, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 1982, § 1, Rn. 64). Die *Errichtung* auch nur eines einzigen Gebäudes kann nachhaltig i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG sein, weil für diese Annahme ausreicht, daß die Erledigung des Bauauftrags mehrere (Einzel-)Tätigkeiten erfordert (BFHE 72, 533 = BStBl. III 1961, 194, zur Rechtslage bei Arbeitsgemeinschaften vor Einfügung des § 2a GewStG; allgemein zum Rechtsbegriff „nachhaltig“ BFHE 145, 33, 36 f. = BStBl. II 1986, 88).

Nur aufgrund dieser Auslegung der §§ 2 Abs. 1 GewStG, 15 Abs. 2 EStG ist eine den Erfordernissen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes – GG –) genügende Erfassung aller Fälle einer gewerblichen Produktion von Gütern für den Markt möglich, wie sie vom Großen Senat des BFH (BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617) gefordert wird. Errichtet jemand aufgrund entsprechender Verpflichtung auf einem dem Besteller gehörenden Grundstück ein Gebäude, ist er, da er sich insoweit als Bauunternehmer betätigt, gewerblich tätig. Dies muß erst recht der Fall sein, wenn er sich zusätzlich verpflichtet hat, den von ihm bebauten Grund und Boden zu übereignen. Nichts anderes gilt, wenn ein Bauunternehmer einen Bau „in eigener Regie“ und auf eigene Rechnung zum Zwecke der Veräußerung errichtet.

5. Die Grundsätze über die Indizwirkung der sog. Drei-Objekt-Grenze stehen dieser Annahme schon deswegen nicht entgegen, weil die Kl. ein Mietwohngebäude mit sechs Wohneinheiten errichtet und veräußert hat.

a) Nach der Rspr. des BFH kommt der sog. gewerbliche Grundstücks-„Handel“ in der Regel erst dadurch zustande, daß der Veräußerer eine Anzahl bestimmter Objekte (Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser, Eigentumswohnungen – Wohneinheiten –) zuvor gekauft oder *bebaut* und sie in zeitlichem Zusammenhang hiermit veräußert hat (BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617). Überwiegend ist bei der Anwendung der Drei-Objekt-Grenze zumeist nicht unterschieden worden zwischen den Fällen des Handels mit baulich unveränderten Objekten einerseits und den Fällen der unternehmerischen Wertschöpfung (Errichtung bzw. rechtlich gleichwertige Modernisierung von Wohnobjekten) in Veräußerungsabsicht (vgl. z.B. BFHE 158, 214 = BStBl. II 1990, 1053; BFH NV 1989, 784; BFHE 159, 167 = BStBl. II 1990, 1054; BFHE 163, 66 = BStBl. II 1991, 345; BFHE 167, 401, 403 = BStBl. II 1992, 1007; BFHE 165, 498 = BStBl. II 1992, 143; BFHE 173, 313 = BStBl. II 1994, 463; BFH NV 1994, 20; ausdrücklich auch BFH NV 1997, 170, 173; a.A. FG des Saarlandes EFG 1992, 407). Eine private Vermögensverwaltung hat der BFH im Urteil in BFHE 159, 167 = BStBl. II 1990, 1054 auch dann angenommen, wenn sich der Veräußerer den Erwerbern gegenüber zur schlüsselfertigen Bebauung zweier Grundstücke verpflichtet hatte.

b) Die bisherige Rspr. hatte offengelassen, ob die „Drei-Objekt-Grenze“ nur für sog. „Wohneinheiten“ – Einfamilienhäuser, Zweifamilienhäuser und Eigentumswohnungen (vgl. BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617, unter C. II. 2.) – gilt. Der XI. Senat hatte in seinem Beschluß (BFHE 171, 31 = BStBl. II 1993, 668) nicht über die *Errichtung* von anderen Gebäuden als „Wohneinheiten“ zu befinden (vgl. BFHE 180, 51 = BStBl. II 1996, 303, unter 2. c). Auch zeitlich nach Ergehen des Beschlusses des Großen Senats in BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617, der hierzu nicht Stellung genommen hatte, ist diese Frage höchststrichlicher nicht abschließend entschieden worden. Der IV. Senat hat in seinen Urteilen (BFH NV 1996, 535 und BFHE 180, 121, 129 f. = BStBl. II 1996, 369) offengelassen, ob ein Mehrfamilienhaus *ein* „Objekt“ i.S. der einschlägigen Rspr. ist.

Zwar hat der VIII. Senat in seinem Urteil (BFH NV 1997, 170) ausgeführt, Objekt i.S. der Rspr. zum gewerblichen Grundstückshandel sei „jedes einzelne Immobilienobjekt ..., das selbständig veräußert und genutzt werden“ könne. Auch ein – vom Steuerpflichtigen zeitnah zur Veräußerung errichtetes – Wohngebäude mit neun Wohnungen sei vor der Teilung in Eigentumswohnungen ein einziges Objekt i.S. der „Drei-Objekt-Grenze“; erst die Teilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG) schaffe die zivilrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung selbständiger Wirtschaftsgüter. Die Art des Gebäudes und dessen Nutzung ließen keinen Schluß auf die für die Zuordnung zu einer Einkunftsart maßgebende Intensität und den Umfang dieser Tätigkeiten des Veräußerers zu. Diese Aussage war indes nicht entscheidungserheblich, da dieses Mietwohngebäude mit weiteren drei Objekten in einen gewerblichen Grundstückshandel einbezogen wurde und schon deswegen die Zahl von drei Objekten überschritten war.

c) Auch der erkennende Senat braucht nicht abschließend zu entscheiden, ob der *bloße An- und Verkauf* von anderen – insbesondere größeren – Objekten als Wohneinheiten gewerblich ist, wenn die Zahl von vier Objekten nicht erreicht ist, wie es etwa das Bundesministerium der Finanzen (BMF) annimmt (BStBl. I 1990, 884, Rn. 9). Die Gleichheit der Rechtsanwendung (vgl. BFHE 178, 86 = BStBl. II 1995, 617, unter C. II. 2.) gebietet jedenfalls bei „Großobjekten“ der hier zu beurteilenden Art eine Unterscheidung zwischen den Fällen des bloßen Handels und der unternehmerischen Wertschöpfung nach Art eines Bauunternehmers/Bauträgers.

6. Das Urteil des FG entspricht diesen Grundsätzen. Die Kl. hat die Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 EStG erfüllt. Mit umfangreichen, im vorstehend dargelegten Sinne nachhaltigen grundstücksbearbeitenden Tätigkeiten hat sie unter Einsatz von Fremdkapital und unter Inanspruchnahme von Dienstleistungen Dritter eine beabsichtigte Wertsteigerung erzielt, die rechtlich nicht mehr als bloße Frucht einer verwaltenden Nutzung vorhandenen Vermögens gewertet werden kann. Die auf Wertschöpfung gerichtete nachhaltige Tätigkeit erhält ihren Rechtscharakter als gewerblich zugleich aufgrund der Absicht, mit Veräußerung des geschaffenen Produkts am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilzunehmen. Die Grenze von der nichtsteuerbaren Vermögensverwaltung zur Gewerblichkeit ist damit überschritten.

Ist bei dem rechtlich gebotenen Abgleichen mit dem Typus des Bauträgers das Tatbestandsmerkmal „nachhaltig“ (§ 15 Abs. 2 EStG) infolge der auf unternehmerische Wertschöpfung gerichteten koordinierten Bautätigkeit erfüllt, ist es unerheblich, daß die Verfügungsmacht über das „Produkt“ dem Abnehmer in einem einmaligen Umsatzakt verschafft wird. Auch hat die Kl. mit ihrer Bautätigkeit am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilgenommen.

7. Die Verfahrensrüge, die sich auf das Nichtvorliegen einer Wiederholungsabsicht und die Absicht bezieht, nur an die GmbH zu verkaufen, ist aus den vorgenannten Gründen des materiellen Rechts gegenstandslos.

Auch die weiteren Verfahrensrügen verhelfen der Revision nicht zum Erfolg. Die Tatsachenwürdigung des FG, daß die Kl. schon beim Erwerb und der Bebauung des Grundstücks eine bedingte Absicht der Wiederveräußerung hatte, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Würdigung des FG ist möglich; ein Verstoß gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze liegt nicht vor.

Ein die Veräußerungsabsicht indizierender zeitlicher Zusammenhang zwischen Ankauf bzw. Bebauung eines Grundstücks und dessen Veräußerung wird in der Regel angenommen, wenn die Zeitspanne zwischen der Errichtung des Gebäudes und dem Verkauf weniger als fünf Jahre beträgt (BFHE 165, 498 = BStBl. II 1992, 143, m.w.N. der Rspr.). Beträgt der Zeitabstand der für die Einstufung als gewerbliche Wertschöpfung maßgebenden Tätigkeiten wie im Streitfall nur zwei Jahre, sind an die Widerlegung der Vermutung strenge Anforderungen zu stellen (BFHE 164, 347 = BStBl. II 1991, 844). Je kürzer der Zeitraum zwischen Erwerb und Veräußerung ist, um so eher ist davon auszugehen, daß ein Grundstück zum Zwecke der Veräußerung erworben worden ist. An die Widerlegung der Vermutung sind bei kurzen Zeitabständen „sehr strenge Anforderungen“ zu stellen. Beträgt der Zeitabstand weniger als ein Jahr, ist „ohne weiteres davon auszugehen“, daß zumindest auch die Ausnutzung des Vermögenswertes selbst in Erwägung gezogen war; dies ist für die Bejahung einer gewerblichen Betätigung ausreichend (BFHE 164, 347 = BStBl. II 1991, 844; BFH NV 1994, 94, m.w.N.).

8. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob in der Zwischenschaltung der GmbH ein Scheingeschäft i.S.d. § 41 der Abgabenordnung (AO 1977) oder ein Mißbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO 1977) liegt (vgl. BFHE 165, 498 = BStBl. II 1992, 143). Nach dieser Entscheidung kommt eine mißbräuchliche Gestaltung insbesondere dann in Betracht, wenn die in den Vertrieb eines – sofort oder wenig später parzellierten – Grundstücks eingeschaltete Gesellschaft im wesentlichen nur zu dem Zweck des Kaufs und Weiterverkaufs der Grundstücke gegründet worden ist und einen so hohen Kaufpreis gezahlt hat, daß von vornherein nur ein Verlust oder ein unerheblicher Gewinn aus dem Weiterverkauf zu erwarten war.

13. Steuerrecht – Haftung des Gründungsgesellschafters bei einer unechten Vor-GmbH

(BFH, Urteil vom 7. 4. 1998 – VII R 82/97)

AO 1977 § 191 Abs. 1, Abs. 4

HGB §§ 1 Abs. 2; 123 Abs. 2; 128

BGB §§ 421; 427; 705 ff.

1. Die Gesellschafter einer vermögenslosen Vor-GmbH haften den Finanzbehörden gegenüber unmittelbar im Verhältnis ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die durch die Vorgesellschaft begründeten Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis.

2. Erweist sich die Gründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft, weil die Eintragungsabsicht schon ursprünglich fehlte oder später aufgegeben worden ist, ohne daß die Gesellschafter ihre geschäftliche Tätigkeit sofort eingestellt hätten, haften diese nach den für Personengesellschaften geltenden zivilrechtlichen Vorschriften unmittelbar und unbeschränkt.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. gründete zusammen mit Frau O durch notariellen Vertrag vom 15. 2. 1993 die „O GmbH“. Von der Stammeinlage in Höhe von 50.000,- DM übernahmen der Kl. laut Gesellschaftsvertrag 13.000,- DM und Frau O 37.000,- DM. Frau O wurde zur alleinigen Geschäftsführerin der Gesellschaft bestellt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit. Neben dem Gesellschaftsvertrag existiert eine auf den 30. 1. 1993 (zurück-)datierte privatschriftliche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, wonach der Kl., der Bauingenieur ist, als Gesellschafter nur auftreten soll, um die Gewerbezulassung zu ermöglichen. Er sollte keine Rechte auf Gewinnbeteiligung aus dem Gesellschaftsvertrag, aber auch keine Pflichten, wie z.B. Kapitaleinlagen, finanzielle Einlagen bei Konkurs, Haftungen u.a. haben. Zu sämtlichen Rechten und Pflichten stehe allein Frau O. Für eine Mitarbeit werde mit dem Kl. ein gesonderter Beratervertrag abgeschlossen. Ein Vertrag über freie Mitarbeit als Bauingenieur kam zwischen der GmbH in Gründung (GmbH i.G.) und dem Kl. mit Wirkung vom 1. 3. 1993 zustande.

Die Gesellschaft nahm im Februar 1993 ihre Geschäftstätigkeit auf. Zur Eintragung in das Handelsregister gelangte die Gesellschaft in der Folgezeit nicht. Vielmehr meldete Frau O als Geschäftsführerin das Gewerbe am 10. 12. 1993 ab und beantragte die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH i.G. Der Antrag wurde am 21. 12. 1993 mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse zurückgewiesen.

Mit Haftungsbescheiden vom 8. 6. 1994 nahm der Bkl. den Kl. – neben Frau O – für rückständige Umsatzsteuer und Lohnsteuer der GmbH i.G. in Haftung.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

Die Feststellungen des FG tragen das gefundene Ergebnis – unbeschränkte Haftung des Kl. – nicht. Das FG geht in seiner Entscheidung davon aus, daß die Gesellschafter einer gescheiterten vermögenslosen Vorgesellschaft für Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis grundsätzlich persönlich und unbeschränkt haften. Mit dieser Begründung konnte das FG indes die Klage nicht abweisen; sie widerspricht in dieser Allgemeinheit der neueren höchstrichterlichen Rspr., der der erkennende Senat folgt.

1. Zutreffend hat das FG entschieden, daß der Kl. als Gesellschafter einer vermögenslosen GmbH i.G. für die rückständigen Steuer- bzw. Haftungsschulden der Gesellschaft persönlich in Haftung genommen werden konnte. Nach § 191 AO 1977 kann durch Haftungsbescheid in Anspruch genommen werden, wer kraft Gesetzes für eine Steuer haftet, wobei die Haftung sowohl auf steuerrechtlichen als auch auf zivilrechtlichen Haftungsvorschriften beruhen kann (§ 191 Abs. 1, Abs. 4

AO 1977, vgl. BFHE 138, 414, 418 = BStBl. II 1983, 545, und BFHE 158, 1 = BStBl. II 1989, 952).

a) Der Kl. ist Gesellschafter geworden. Entgegen seiner Ansicht ist er mit Abschluß des notariell beurkundeten Vertrages zur Gründung einer GmbH vom 15. 2. 1993 Gesellschafter der O GmbH i.G. geworden. Der Gesellschaftsvertrag ist durch notarielle Urkunde formgültig i.S.d. § 2 GmbHG zustande gekommen und von beiden Gesellschaftern unterzeichnet worden. Es gibt keine Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Beitritts; der Kl. war geschäftsfähig und hat in Anwesenheit des Notars eigenhändig die Unterschrift geleistet. Damit enthält der Gesellschaftsvertrag die wirksame Beitrittserklärung des Kl. (vgl. Baumbach/Hueck, 16. Aufl., § 2 GmbHG, Rn. 4, 10).

Insbesondere führen die auf den 30. 1. 1993 datierten nicht mitbeurkundeten Vereinbarungen zwischen dem Kl. und Frau O weder zur Unwirksamkeit des Beitritts noch zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages. Der nach § 3 Abs. 1 GmbHG notwendige Inhalt des Gesellschaftsvertrages ist beurkundet worden. Die getroffenen Nebenabreden über die Freistellung von der Haftung und von Rechten und Pflichten aus der Gesellschaft bedürfen keiner Beurkundung nach § 3 Abs. 2 GmbHG; denn sie enthalten nicht die Verpflichtung des Kl. zu gesetzlichen Leistungen für die Gesellschaft, sondern betreffen lediglich eine schuldrechtliche Haftungsabrede zwischen den Gesellschaftern. Solche Nebenverträge, die jederzeit außerhalb des Gesellschaftsvertrages möglich sind, berühren die gesellschaftsrechtliche Stellung nicht (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 GmbHG, Rn. 57 f.) und führen ohne Vorliegen weiterer besonderer Umstände auch nicht zur Annahme einer bloßen Scheingründung i.S.d. § 117 BGB (h.M., vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 1 GmbHG, Rn. 40, m.w.N., und BGHZ 21, 379, 381 = DNotZ 1957, 97). Auch der Wortlaut in Ziff. 1 der Vereinbarung vom 30. 1. 1993 spricht gegen die Annahme einer bloßen Scheingründung bei Errichtung des Gesellschaftsvertrages, denn dort heißt es ausdrücklich: „Gesellschafter werden die o.g. Personen.“ Damit war das Zustandekommen der Gesellschaft gewollt, selbst wenn der Kl. als Gesellschafter nur eingeschrieben werden sollte, um die Gewerbezulassung zu bewirken. Da der Kl. im eigenen Namen handelte und im Gesellschaftsvertrag Verpflichtungen eingegangen ist, treffen ihn gesellschaftsrechtlich die Pflichten als Gründungsgesellschafter (vgl. BGHZ 31, 258, 263 f.).

b) Zu Recht hat das FG die Haftung des Kl. als Handelnder i.S.d. § 11 Abs. 2 GmbHG verneint, da der Kl. vereinbarungsgemäß nicht nach außen für die Gesellschaft aufgetreten ist. Das FA konnte – wie das FG zutreffend ausgeführt hat – den Haftungsbescheid über Lohnsteuer/Kirchenlohnsteuer auch nicht (zusätzlich) auf die steuerrechtlichen Haftungstatbestände des § 69 i.V.m. §§ 34, 35 AO 1977 stützen. Gem. § 69 AO 1977 haften die in §§ 34, 35 AO 1977 bezeichneten Personen, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt werden. Nach § 34 Abs. 1 AO 1977 haben die gesetzlichen Vertreter natürlicher und juristischer Personen und Geschäftsführer von nichtrechtsfähigen Personenvereinigungen und Vermögensmassen deren steuerliche Pflichten zu erfüllen und insbesondere dafür zu sorgen, daß die Steuern aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Nach § 34 Abs. 2 AO 1977 haben die Mitglieder oder Gesellschafter diese Pflichten nur zu erfüllen, soweit nichtrechtsfähige Personenvereinigungen ohne Geschäftsführer sind. Der Kl. gehört nicht zu diesem Personenkreis. Im Streitfall war Frau O im Gesellschaftsvertrag zur alleinigen Geschäftsführerin bestimmt worden (vgl. BFH NV 1986, 71, 73).

2. Der Kl. haftet nach den Grundsätzen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an einer Vorgesellschaft.

a) Mit dem Zustandekommen des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages ist die Gesellschaft errichtet und besteht, solange die GmbH nicht in das Handelsregister eingetragen ist,

als Vorgesellschaft – Vor-GmbH – fort, für die es gesetzliche Regelungen nicht gibt. Sie wird als sog. „unechte Vorgesellschaft“ behandelt, auf die die Regeln einer zivilrechtlichen Personengesellschaft angewandt werden, wenn die GmbH nicht in das Handelsregister eingetragen wird, weil u.a. die Gründer von vornherein nicht die Absicht hatten, die Eintragung als GmbH zu erreichen, oder wenn der Eintragungsantrag nicht ernsthaft weiterbetrieben wird, insbesondere, weil bestehende Eintragungshindernisse nicht beseitigt werden oder Eintragungsunterlagen nicht unverzüglich beschafft werden oder weil die Gesellschaft trotz Ablehnung des Eintragungsantrags und Wegfalls des Gründungsziels ihre Geschäfte weiterbetreibt (st. Rspr. vgl. BFHE 145, 13 = BStBl. II 1986, 156; BFH NV 1987 687; BFH NV 1988, 477; vgl. auch BGHZ 22, 240 ff., sowie Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 GmbHG, Rn. 28 f., m.w.N., und Goette, Anm. DStR 1998, 179, 181). Eine „echte“ Vor-GmbH liegt dagegen vor, wenn und solange die Gesellschafter der Vorgesellschaft die Geschäftstätigkeit einverständlich aufgenommen haben und mit dem Ziel der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister betreiben.

b) Die Frage, ob die Vorgründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft zu qualifizieren ist, hat nach der nunmehr geltenden Rspr. des BGH (BGHZ 134, 333 = ZIP 1997, 679 = NJW 1997, 1507 = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312), der sich das BAG (NJW 1997, 3331 und NJW 1998, 628) sowie das BSG (KTS 1996, 599) angeschlossen haben, entscheidungserhebliche Bedeutung dafür, ob und in welchem Umfang der Gesellschafter einer Vorgesellschaft für die Verbindlichkeiten der gescheiterten GmbH i.G. persönlich in Haftung genommen werden kann.

Mit den genannten Entscheidungen der obersten Bundesgerichte hat die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten einer fehlgeschlagenen Vorgesellschaft eine neue Regelung erfahren. Der BGH hat mit Beschluß (Vorlage an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes) (NJW 1996, 1210) und Urteil in BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507 = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312 seine bisherige Rspr. (vgl. BGHZ 80, 129, 144; BGHZ 91, 148, 152 = DNotZ 1984, 585) zur Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH (unmittelbare persönliche Gesellschafterhaftung, aber beschränkt auf die übernommene und noch nicht geleistete Stammeinlage) aufgegeben und festgelegt, daß die Vorgesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft zwar unbeschränkt, aber nur mittelbar in Form einer Innenhaftung eintreten müßten.

Danach haften die Gründungsgesellschafter nurmehr gegenüber der Vorgesellschaft selbst persönlich und unbeschränkt auf Ausgleich der gesamten Verbindlichkeiten der Vor-GmbH gegenüber ihren Gläubigern. Die Gläubiger der Vorgesellschaft können die Gesellschafter grundsätzlich nicht unmittelbar persönlich wegen der Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch nehmen, sondern müssen sich an die Vorgesellschaft halten (BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507, 1509 = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312). Die Haftung ist zwar nicht (mehr) auf die noch nicht erbrachte Stammeinlage beschränkt. Die Gesellschafter haften jedoch nicht gesamtschuldnerisch, sondern im Verhältnis ihrer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung für die bei der Vorgesellschaft begründeten Verbindlichkeiten (zur eingehenden Begründung verweist der Senat auf das BGH-Urteil in BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507 unter II. 1. der Gründe = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312).

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Innenhaftung der Gesellschafter hält der BGH dann für geboten, wenn die Vorgesellschaft vermögenslos ist, es sich um eine Ein-Mann-Vor-GmbH handelt oder wenn weitere Gläubiger nicht vorhanden sind (vgl. BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507 unter II. 2. a.E. der Gründe = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312); d.h. in Fällen, in denen eine Inanspruchnahme der Vorgesellschaft offensichtlich aussichtslos oder unzumutbar ist. In diesem Falle verbleibt es auch nach jüngster Rspr. des BGH bei der Außenhaftung der

Gesellschafter. Liegt eine der genannten Voraussetzungen vor, so soll der unmittelbare Zugriff auf den Gesellschafter der Vor-GmbH gestattet sein. Der 10. Senat des BAG (NJW 1997, 3331) versteht die Aussagen des BGH hierzu dahingehend, daß der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft auch bei unmittelbarer Inanspruchnahme nur anteilig – entsprechend seinem Beteiligungsverhältnis – haftet. Der Senat folgt dieser von den obersten Gerichtshöfen begründeten und fortgeführten Rspr. auch in Ansehung der hiergegen mit gewichtigen Gründen vorgetragenen Kritik im Schrifttum und in der Rspr. (vgl. die Urteilsbesprechung von Altmeyers, NJW 1997, 1509 und 3272; Gehrlein, NJW 1996, 1193; Gummert, DStR 1997, 1007; Ensthaler, BB 1997, 1209; Karsten Schmidt, ZIP 1996, 354; Flume, DB 1998, 45; vgl. auch FG des Saarlandes EFG 1998, 261, und des FG des Landes Brandenburg EFG 1998, 260, sowie des Landessozialgerichts Baden-Württemberg DStR 1998, 177, und des Landesarbeitsgerichts Köln DStR 1998, 178, mit Anm. Goette, DStR 1998, 179 f.) schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rspr. der obersten Bundesgerichte.

c) Unberührt von den unter II. 2. b dargelegten Rechtsprechungsgrundsätzen bleibt die Haftung der Gesellschafter einer unechten Vorgesellschaft.

Die Beteiligung an einer unechten Vorgesellschaft führt – wie der Senat schon bisher entschieden hat – zur unmittelbaren und unbeschränkten Haftung des Gesellschafters.

Erweist sich eine Gründungsgesellschaft als unechte Vorgesellschaft, weil die Eintragung der GmbH aus einem der unter II. 2. a genannten Gründe endgültig gescheitert ist, so findet für diese Gesellschaft das Recht der Vor-GmbH keine Anwendung (allg. M.: Luther/Hommelhoff, 14. Aufl., § 11 GmbHG, Rn. 9; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 GmbHG, Rn. 28, m.w.N.). Die Vorgesellschaft ist bloßes Durchgangsstadium bei der Entstehung einer GmbH, daher notwendig auf diese ausgerichtet. Allein darauf gründet sich die rechtliche Anerkennung, die bereits weitgehend GmbH-Recht zur Geltung bringt (vgl. auch BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507 unter II. 1. a der Gründe = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312). Ein Personenzusammenschluß ohne diese Zielrichtung (später aufgegeben oder schon ursprünglich fehlend) kann daher nicht Vorgesellschaft sein, sondern unterliegt dem Recht der BGB-Gesellschaft oder der OHG; wobei maßgebend die Gesellschaftsform ist, deren Tatbestandsmerkmale im Einzelfall tatsächlich verwirklicht sind. Es handelt sich entweder um eine OHG, wenn die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB, § 123 HGB) oder um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GbR – (§§ 705 ff. BGB), wenn man davon ausgeht, daß ein Grundhandelsgewerbe nicht vorliegt (vgl. auch BFH NV 1988, 477, 478). In beiden Fällen haftet der Gesellschafter der unechten Vorgesellschaft nach zivilrechtlichen Vorschriften – entweder nach § 128 HGB oder nach § 718 i.V.m. §§ 421, 427 BGB persönlich, gesamtschuldnerisch, unmittelbar und unbeschränkt – für die Schulden der Gesellschaft (st. Rspr. des BFH, vgl. Urteile in BFHE 145, 13 = BStBl. II 1986, 156, 158; BFHE 161, 390 = BStBl. II 1990, 939; in BFH NV 1987, 687, 688, und in BFH NV 1988, 477, 478, sowie BGHZ 22, 240 ff., und Baumbach/Hueck, a.a.O., Rn. 29, m.w.N.). In der gescheiterten unechten Vorgesellschaft gilt also stets das Prinzip der unbeschränkten Außenhaftung (so auch Goette, DStR 1998, 179, 181).

Voraussetzung für diese Haftung ist lediglich, daß die Gesellschafter einverständlich den Geschäftsbetrieb aufgenommen und den steuerbegründeten Sachverhalt während der Zeit ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit verwirklicht haben (vgl. BFHE 173, 306 = BStBl. II 1995, 300, 301 = MittRhNotK 1994, 263). Zivilrechtlich folgt die Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus dem gemeinschaftlichen Handeln der Gesellschafter, d.h. aus der gemeinsamen Tatbestandsverwirklichung oder dem Handeln durch berechnete Vertreter für die Gemeinschaft (BGHZ 56,

355 und NJW 1981, 1213 = DNotZ 1981, 485; vgl. auch BFHE 161, 390 = BStBl. II 1990, 339, 340, und BFHE 158, 1 = BStBl. II 1989, 952). Dabei steht der Haftung für Steuerschulden der Gesellschaft nicht entgegen, daß der Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis kraft Gesetzes entsteht (§§ 37, 38 AO 1977, vgl. BFH NV 1992, 56, m.w.N.).

Der Senat hält an dieser – seiner bisherigen Rspr. entsprechenden – Auffassung fest.

Er sieht sich durch die neuere Rspr. des BGH daran nicht gehindert. Zwar hat der BGH erwogen, wegen der Schwierigkeit, verlässliche tatsächliche Feststellungen über die Aufgabe der Eintragungsabsicht zu treffen, auch in diesen Fällen nur einen als Innenhaftung ausgestalteten Verlustdeckungsanspruch zu gewähren (Vorlagebeschuß NJW 1996, 1210); er hat diese Frage in der Entscheidung in BGHZ 134, 133 = NJW 1997, 1507 unter II. 3. der Gründe = DNotZ 1998, 142 = MittRhNotK 1997, 312, aber ausdrücklich dahinstehen lassen (vgl. auch Anm. Goette, DStR 1997, 628). Der 9. Senat des BAG (NJW 1998, 628) hat unter Hinweis auf die fehlende Bindungswirkung der Ausführungen des BGH im Vorlagebeschuß für den Fall, daß die Gründungsgesellschafter den Geschäftsbetrieb in gewohnter Weise fortsetzen, obwohl die Eintragung der GmbH i.G. ernsthaft nicht mehr in Frage kommt, ebenfalls ausdrücklich an der bisherigen Rspr. des BGH (vgl. BGHZ 80, 129, 143) festgehalten.

Damit verbleibt es für den Gesellschafter einer unechten Vorgesellschaft bei der unbeschränkten persönlichen Haftung. Diese Haftung greift rückwirkend ein, d.h. sie umfaßt alle Verbindlichkeiten, die während des Bestehens der Vorgesellschaft entstanden sind; mithin auch die Steuerrückstände vor Aufgabe der Eintragungsabsicht (vgl. BAG NJW 1998, 628 unter I. 2. e der Gründe; Goette, DStR 1998, 179, 181).

3. Auf der Grundlage dieser Rechtsentwicklung kann die Klage vom Senat nach den bisherigen Feststellungen des FG nicht abschließend entschieden werden.

a) Der Senat geht zwar – wie das FG – davon aus, daß die Vorgesellschaft im Streitfall offensichtlich vermögenslos war. Sie war nach den bindenden Feststellungen des FG, die nicht mit schlüssigen Verfahrensrügen angegriffen worden sind (§ 118 Abs. 2 FGO), ab Anfang Dezember 1993 zahlungsunfähig; der Kl. hat vorgetragen, er habe seine Tätigkeit für die Gesellschaft bereits im Oktober 1993 eingestellt, weil die Gesellschaft finanziell am Ende gewesen sei, der von der als Geschäftsführerin benannten Frau O gestellte Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH i.G. wurde am 21. 12. 1993 mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse zurückgewiesen. Auch die neuere höchstrichterliche Rspr. sieht Vermögenslosigkeit der Vorgesellschaft bereits als vorliegend an, wenn ein Konkursverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden kann (vgl. BAG NJW 1997, 3331, 3333; vgl. auch Goette, DStR 1998, 179 ff.). Die von der Revision aufgeworfene Frage, ob eine Vor-GmbH dann nicht vermögenslos ist, wenn ihr noch Verlustdeckungsansprüche gegen ihre Gesellschaft zustehen, kann daher dahinstehen. Ebenfalls ohne Bedeutung und im übrigen als neues tatsächliches Vorbringen im Revisionsverfahren unbeachtlich (§ 118 Abs. 2 FGO) ist, daß der Gesellschaft möglicherweise Schadensersatzansprüche gegen den Ehemann der Frau O zustehen könnten. Auch auf den zivilrechtlich mit Frau O vereinbarten Haftungsausschluß kann sich der Kl. nicht berufen, da dieser sich auf die kraft Gesetzes entstehenden Steueransprüche nicht auswirken kann (BFHE 161, 390 = BStBl. II 1990, 939, 940).

Damit kommt die unmittelbare persönliche Haftung des Kl. in Betracht, so daß er mit Haftungsbescheid in Anspruch genommen werden durfte.

...

Mitteilungen

Spekulationsgeschäfte i.S.d. § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 EStG hier: Zuflußzeitpunkt bei Einzahlung des Kaufpreises auf ein Notaranderkonto

(Verfügung der OFD Cottbus vom 1. 9. 1998 – S 2256 – 8 – St 110)

Aus gegebenem Anlaß weise ich auf folgendes hin:

Für den Zeitpunkt der Versteuerung eines Spekulationsgeschäftes i.S.d. § 23 EStG gilt das Zu- und Abflußprinzip des § 11 EStG (BFH BStBl. II 1974, 540).

Es stellt sich die Frage, wann der Zufluß beim Verkäufer erfolgt, wenn der Kaufpreis im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages vom Käufer auf ein *Notaranderkonto* eingezahlt worden ist.

In dem BMF-Schreiben (DB 1995, 1252 = MittRhNotK 1995, 285) wird bzgl. der Zurechnung von Kapitalerträgen aus Anderkonten auf das BFH-Urteil (BStBl. II, 404) verwiesen. Danach ist das auf einem Notaranderkonto befindliche Kapital dem Treugeber zuzurechnen. Wer Treugeber in diesem Sinne ist, muß den Hinterlegungsvereinbarungen der Vertragsparteien entnommen werden. Bei Einzahlung des Kaufpreises im Rahmen eines Grundstückskaufgeschäftes auf ein Notarander-

konto kommt als Treugeber somit der Käufer, ab dem Zeitpunkt der Auszahlungsreife aber auch der Verkäufer in Betracht.

Bei der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages wird die – auch als Hinterlegung bezeichnete – Verwahrung durch den Notar zur Sicherung der ordnungsgemäßen Erfüllung der vom Käufer und Verkäufer übernommenen Vertragspflichten vereinbart. Der Sinn der Überweisung auf das Notaranderkonto liegt darin, daß der Käufer die Dispositionsmacht über den Kaufpreis noch nicht vollständig verliert, der Verkäufer sie noch nicht erhält. Somit handelt der Notar in diesem Fall nicht als Treuhänder für den einen oder anderen Teil, sondern für beide Vertragsparteien.

Ein Zufluß des Kaufpreises beim Veräußerer zum Zeitpunkt der Einzahlung auf das Notaranderkonto muß daher wegen der zu diesem Zeitpunkt fehlenden tatsächlichen Verfügungsmacht des Veräußerers über den Kaufpreis und der fehlenden rechtlichen Befugnis, über das Guthaben zu verfügen, verneint werden.

Vielmehr ist für die Frage des Zuflußzeitpunktes beim Veräußerer auf den Zeitpunkt der **Auszahlungsreife** abzustellen. Dieser wird regelmäßig im Kaufvertrag festgelegt.

Personalien

1. Bestellung zum Notar

Notarassessor *Dr. Dirk Eckhardt* (Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer) wurde mit Wirkung vom 24. 11. 1998 zum Notar in Bergisch Gladbach ernannt.

2. Sonstige Veränderungen

Notarassessor *Bernhard Auernhammer* (Notarin Dr. Doyé, Köln) wurde am 16. 11. 1998 Notar Dr. Schmitz-Valckenberg, Köln, zur Ausbildung zugewiesen.

Notarassessor *Peter Dobberahn* (Notariatsverwalter an Stelle des Notars Fortmann in Bergisch Gladbach) wurde am 24. 11. 1998 Notar Dr. Peter, Jülich, zur Ausbildung zugewiesen.

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)

ISSN 1431-1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Wehrstedt, Burgmauer 53, 50667 Köln
(Telefon 02 21/257 52 91 – Telefax 02 21/257 53 10)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 50354 Hürth

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Hefen (10 Ausgaben) und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 98,- DM zuzüglich 7% USt. und wird in einem Betrag am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 12,- DM zuzüglich Versand und 7% USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.