

Buchbesprechung

Besche, Die Pflegeversicherung, 3. Aufl. 2000, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 368 Seiten, 58,- DM

Die Broschüre setzt es sich zum Ziel, als Handbuch die Pflegeversicherung verständlich zu machen. Es ist gegliedert in eine 40 Seiten lange Einführung in das Pflegeversicherungsgesetz sowie in einen sich über 300 Seiten anschließenden Teil des Abdrucks einschlägiger Vorschriften. Dabei handelt es sich insbesondere um das 11. Buch des SGB sowie die weiteren durch das Pflegeveränderungsgesetz eintretenden Änderungen und zwar so, daß die jeweils betroffenen Gesetzesfassungen in ihrer geänderten Form dargestellt sind, darüber hinaus sind weitere Verwaltungsvorschriften und Richtlinien abgedruckt.

Die sehr klar gegliederte Einführung bietet eine sehr verständlich dargestellte Übersicht über den Inhalt der Pflegeversicherung. Dabei wird dargestellt, wie das System der gesetzlichen Pflegeversicherung aufgebaut ist – folgend dem System der gesetzlichen Krankenversicherung – und wie sich daran das System der privaten Pflegeversicherung wertgleich anschließt. Nach der Darstellung der Versicherungspflicht und der Versicherungspflichtigen werden die Leistungen dargestellt, die von erheblichem Interesse für die notarielle Praxis sind. Anhand eines Schaubildes werden dabei die Pflegestufen I, II und III mit dem dabei jeweils anfallenden Pflegebedarf sowie die 11 Lei-

stungsarten des SGB XI dargestellt. Im Anschluß daran werden die Beiträge, schließlich die Leistungserbringer und die Vergütungen erörtert.

Das Handbuch kann ein sehr effizientes Hilfsmittel im Bereich aller Familienverträge sein, in denen die Pflege und Versorgung von Eltern oder sonstigen Beteiligten eine Rolle spielt.

Aus den im Anhang beigefügten allgemeinen Versicherungsbedingungen für die private Pflegeversicherung, dem beigefügten Pflegehilfsmittelverzeichnis, ferner den Pflegebedürftigkeitsrichtlinien sowie den Begutachtungsrichtlinien läßt sich sehr anschaulich erkennen, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der Pflegeversicherung zu erbringen und zu erwarten sind, was überhaupt bei einer Pflege an Leistungen zu erbringen ist und wie die Leistungen erbracht werden können.

Anhand dieser Informationen kann sehr konkret erörtert werden, was davon in der Familie gegebenenfalls geleistet werden kann und wie dazu die Leistungen der Pflegeversicherung unterstützend herangezogen werden können.

Das Verfasser, Andreas Besche, ist Referatsleiter im Verband der privaten Krankenversicherung eV in Köln.

Notar Dr. Peter Bock, Bergisch Gladbach

Personalien

1. Entlassung aus dem Amt

Rechtsanwalt und Notar *Elmar Kohlhaas* in Duisburg ist mit Ablauf des 30. 5. 2000 aus dem Amt des Notars entlassen worden.

Rechtsanwalt und Notar *Friedrich W. Bohnkamp* in Wesel ist mit Ablauf des 3. 7. 2000 aus dem Amt des Notars entlassen worden.

Notar *Dr. Karl-Hugo Fetsch* in Siegburg ist mit Ablauf des 31. 7. 2000 aus dem Amt des Notars entlassen worden.

2. Bestellung zum Notarassessor

Rechtsanwalt *Dr. Stephan Forst* (Düsseldorf) wurde am 3. 7. 2000 zum Notarassessor ernannt (Notar Kleppi, Bonn).

Rechtsanwalt *Dr. Michael Lergon* (Düsseldorf) wurde am 3. 7. 2000 zum Notarassessor ernannt (Notar Dr. Palmer, Düsseldorf).

Rechtsanwalt *Dr. Martin Lohr* (Düsseldorf) wurde am 3. 7. 2000 zum Notarassessor ernannt (Dr. Wochner, Köln).

Assessor *Dr. Robert Schumacher* (Düsseldorf) wurde am 1. 8. 2000 zum Notarassessor ernannt (Notar Dr. Sostmann, Veldert).

3. Sonstige Veränderungen

Der Amtssitz von Notar *Dr. Guido Perau* wurde mit Wirkung vom 3. 7. 2000 von Alsdorf nach Mönchengladbach verlegt (Notarstelle Heinen).

Notarassessor *Dr. Stefan Schmitz* (Notar Niewöhner, Monschau) wurde mit Wirkung vom 3. 7. 2000 zum Notariatsverwalter an Stelle des Notars Dr. Perau in Alsdorf bestellt.

Notarassessor *Dr. Klaus Oertel* (Dr. Schüller, Düsseldorf) wurde mit Wirkung vom 17. 7. 2000 zum Notariatsverwalter an Stelle des Notars Dr. Nenninger in Heinsberg bestellt.

Notarassessor *Markus Dohr* (Notariatsverwalter an Stelle des Notars Heinen, Mönchengladbach) wurde am 24. 7. 2000 Notar Ogilvie in Tönisvorst zur Ausbildung zugewiesen.

Notarassessor *Dr. Markus Zahn* (Notar Dr. Reinartz, Neuss) wurde mit Wirkung vom 1. 8. 2000 zum Notariatsverwalter an Stelle des Notars Dr. Thomas Eschelbach in Leverkusen bestellt.

Notarassessor *Georg Specks* (Notar Dr. Fetsch, Siegburg) wurde am 1. 8. 2000 Notarin Weisgerber in Wiehl zur Ausbildung zugewiesen.

Der Amtssitz von Notar *Dr. Thomas Eschelbach* wurde mit Wirkung vom 1. 8. 2000 von Leverkusen nach Siegburg verlegt (Notarstelle Dr. Fetsch).

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Nr. 9

MittRhNotK

September 2000

Die Beteiligung von Gemeinden an Gesellschaften des Privatrechts in NRW

(von Notarassessor Dr. Stefan Wehrstedt, Köln)

Einleitung

A. Öffentlich-rechtliche Vorgaben

I. Zulässigkeit des Handelns in der Form des Privatrechts

1. Unternehmen und Einrichtungen

- a) Unternehmen
 - aa) Öffentlicher Zweck
 - bb) Leistungsfähigkeit
 - cc) Subsidiarität
- b) Einrichtungen
 - aa) Leistungsfähigkeit
 - bb) Wichtiges Interesse
- c) Einschätzungsspielraum der Gemeinde
 - aa) Holding
 - bb) Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft
 - cc) Belehrungspflichten des Notars

2. Wahl der Rechtsform

- a) Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter
- b) Subsidiarität der Beteiligung an einer AG

3. Verbot der Nachschußpflicht, Leistungsfähigkeit

- a) Gründungsphase
- b) Finanzierungsverantwortlichkeit, Haftung
 - aa) Kapitalerhaltung und -schutz
 - bb) Konzernhaftung

4. Angemessener Einfluß der Gemeinde

- a) Einfluß auf das Überwachungsorgan
- b) Einflußnahme bei der GmbH
- c) Beherrschungsvertrag

5. Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck

6. Jahresabschluß, Lagebericht

II. Anforderungen an die Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts

- 1. Planung, Bekanntgabe, Abschlußprüfung
- 2. Einfluß auf die Gemeindevertreter

B. Die Umsetzung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben im Organisationsstatut

I. AG

- 1. Gegenstand des Unternehmens
- 2. Vorstand
- 3. Aufsichtsrat
 - a) Weisungsrechte
 - b) Verpflichtung zur Amtsniederlegung, Entsendungsrecht
 - c) Informationspflichten
 - d) Zustimmungspflicht, Finanzplanung
 - e) Abstimmungsmehrheit
- 4. Lagebericht, Finanzplanung, Abschlußprüfung

II. GmbH

- 1. Gegenstand des Unternehmens
- 2. Geschäftsführung
 - a) Weisungsrechte
 - b) Besetzung
- 3. Aufsichtsrat

a) Weisungsrechte

b) Verpflichtung zur Amtsniederlegung, Entsendungsrechte

c) Informationspflicht

d) Zustimmungspflicht

4. Gesellschafterversammlung

5. Lagebericht, Finanzplanung, Abschlußprüfung

Fazit

Einleitung

Die Beteiligung von kommunalen Körperschaften (Gemeinden und Kreisen) und Landschaftsverbänden an Gesellschaften des privaten Rechts obliegt nicht allein ihrer freien Entscheidung, sondern ist durch die Vorschriften der Gemeindeordnung, Kreisordnung bzw. Landschaftsverbandsordnung reglementiert.

Maßgeblich sind dabei die in §§ 107 ff. GO NW genannten Voraussetzungen, die für Gemeinden unmittelbar und aufgrund der Verweisungsnormen in § 53 KrO NW und § 23 LVerbO NW für Kreise und Landschaftsverbände mittelbar Anwendung finden. Diese Vorschriften sind durch die grundlegende Reform des kommunalen Verfassungsrechts im Jahre 1994 novelliert und zuletzt durch das 1. Modernisierungsgesetz vom 15. Juni 1999¹ reformiert worden. Zur sprachlichen Vereinfachung wird im weiteren nur von der Gemeinde gesprochen, da die Ausführungen für Kreise und Landschaftsverbände entsprechend gelten.

Im Laufe der Untersuchung werden zunächst die öffentlich-rechtlichen Vorgaben und Voraussetzungen für eine privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden vorgestellt und erläutert. Anschließend werden Vorschläge zur Umsetzung dieser Vorgaben in die Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge der privaten Gesellschaften dargelegt.

A.

Öffentlich-rechtliche Vorgaben

Die Gemeindeordnung sieht im 11. Teil unter der Überschrift „wirtschaftliche Betätigung und nichtwirtschaftliche Betätigung“ eine Reihe von Vorschriften vor, die für die Gemeinde bei einem Tätigwerden in der Form des privaten Rechts von besonderer Bedeutung sind. In § 108 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 GO NW werden die Voraussetzungen aufgezählt, die vorliegen müssen, damit die Gemeinde in diesem Bereich tätig werden darf. Aus der Sicht des Gemeinderechts wird damit die Frage aufgeworfen, ob eine Betätigung überhaupt zulässig ist.

In §§ 108 Abs. 2, Abs. 5, 109, 112 und § 113 GO NW hat der Gesetzgeber bestimmte Anforderungen an die Gemeinde gestellt, die sie hinsichtlich der Art und Weise ihres Tätigseins in der Form des privaten Rechts zu beachten hat. Die Vorschriften geben der Gemeinde also die Vorgaben dafür, wie sie ihre Betätigung zu gestalten hat.

¹ GV. NW, S. 386; vgl. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, Vor §§ 107 Anm. 4.3.

I. Zulässigkeit des Handelns in der Form des Privatrechts

1. Unternehmen und Einrichtungen

Ausgangspunkt bei der Klärung der Zulässigkeit einer Betätigung ist zunächst die in der Gemeindeordnung in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 vorgesehene Unterscheidung zwischen sog. Unternehmen und Einrichtungen.

Nach § 107 Abs. 1 S. 3 GO NW ist der Betrieb von Unternehmen, die als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Gütern oder Dienstleistungen am Markt tätig werden, als wirtschaftliche Betätigung zu verstehen, sofern die Leistung grundsätzlich auch von Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung erbracht werden könnte². § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW spricht insoweit kurz von Unternehmen. Durch diesen weiten Betätigungsbegriff erfaßt der Gesetzgeber einen großen Teil des kommunalwirtschaftlichen Handelns in der Absicht, in diesem Bereich konkrete Anforderungen hinsichtlich des Tätigwerdens der Gemeinde zu begründen³.

Da eine genaue Abgrenzung des Begriffsinhalts nur unzulänglich möglich ist⁴, hat der Gesetzgeber durch die Fiktion des § 107 Abs. 2 GO NW⁵ Betriebsformen herausgenommen, die von der Gemeinde zur Deckung des Eigenbedarfes oder aufgrund gesetzlicher Verpflichtung oder aus sozialen, kulturellen bzw. umweltschützenden Gesichtspunkten unterhalten werden⁶. Diese Betriebsformen werden in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NW zusammenfassend als Einrichtungen bezeichnet.

Ausgehend von dieser Unterscheidung knüpfen § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GO NW verschiedene Voraussetzungen an die Zulässigkeit der Beteiligung von Gemeinden an Einrichtungen bzw. Unternehmen in der Form des Privatrechts. Der Begriff der Beteiligung ist dabei weit zu verstehen und umfaßt den Zustand des Beteiligtseins unabhängig davon, ob er durch Gründung bzw. Anteilserwerb entsteht, und unabhängig davon, ob die Gemeinde alleiniger Inhaber oder lediglich Mitinhaber der Betriebsform ist⁷.

a) Unternehmen

Die Gemeinde darf also nur dann ein Unternehmen in der Form des Privatrechts gründen oder betreiben, wenn die im folgenden genannten Voraussetzungen kumulativ vorliegen.

aa) Öffentlicher Zweck

Eine Beteiligung der Gemeinde an privaten Unternehmen erfordert einen öffentlichen Zweck, der durch die Betätigung des Unternehmens erreicht werden soll, §§ 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW. Die bislang geforderte Dringlichkeit des öffentlichen Zwecks ist durch das 1. Modernisierungsgesetz⁸ entfallen. Eine inhaltliche Änderung ist insoweit nicht eingetreten, da es auch bisher nicht gelungen war, eine Präzisierung dieses Begriffes zu erreichen⁹.

Eine abschließende Definition des Begriffes „öffentlicher Zweck“ gibt es ebenfalls nicht. Sein Vorliegen wird bejaht, wenn die im öffentlichen Interesse stehende Versorgung der Gemeindeglieder durch die unternehmerische Tätigkeit erreicht wird¹⁰. Ein maßgebliches Indiz für das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks wird darin gesehen, daß andere Gemeinden bereits mit Erfolg auf diesem Gebiet tätig waren und dies breite Anerkennung gefunden hat¹¹.

Die reine Gewinnerzielungsabsicht ist kein Selbstzweck, der allein schon ein öffentliches Interesse begründet. Entsprechend § 109 GO NW ist die Absicht der Gewinnerzielung selbstverständlicher Nebeneffekt einer unternehmerischen Tätigkeit der Gemeinde¹².

Kritisch wird dementsprechend eine Beteiligung einer Gemeinde zu beurteilen sein, deren Zweck allein die Erhaltung von Arbeitsplätzen durch Neuzufuß von Kapital bei einem angeschlagenen Unternehmen ist. Zwar wird man auch hier ein öffentliches Interesse an der Erhaltung von Arbeitsplätzen erkennen können, doch muß gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW „bei dem Unternehmen“ die Voraussetzung des § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW gegeben sein. Damit müssen also das Waren- oder Dienstleistungsangebot des Unternehmens der Förderung des öffentlichen Zwecks dienen¹³. Nicht ausreichend ist mithin, daß die Gemeinde durch die Beteiligung ein öffentliches Interesse verfolgt.

Beachtenswert ist dabei aber, daß die Entscheidung der Gemeinde, ob sie sich bei einem Unternehmen beteiligt, nur eingeschränkt gerichtlich bzw. aufsichtsbehördlich überprüfbar ist, da ihr insoweit ein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird¹⁴.

bb) Leistungsfähigkeit

Die Gemeinde darf sich zudem nur in der Form des privaten Rechts an Unternehmen beteiligen, wenn ihr finanzielles Engagement im angemessenen Verhältnis zu ihrer allgemeinen Leistungsfähigkeit steht. Die Kapazitäten der Gemeinde dürfen durch die Gründung bzw. Beteiligung der Gemeinde an dem Unternehmen nicht überfordert werden, was aber wiederum durch die Gemeinde selbst beurteilt werden muß¹⁵. Als spezielle Ausformung dieses Vorbehaltes normiert § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GO NW die Verpflichtung der Gemeinde, sich nicht über ihre wirtschaftlichen Möglichkeiten hinaus zur Erbringung einer Einzahlung auf den Gesellschaftsanteil zu verpflichten.

cc) Subsidiarität

Durch das 1. Modernisierungsgesetz wieder eingeführt wurde der Grundsatz der Subsidiarität, der bis 1994 in der Gemeindeordnung galt. Danach darf eine Gemeinde nur tätig werden, wenn der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser oder wirtschaftlicher erfüllt werden kann, § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW. Ausnahmen von diesen Anforderungen sind für das Tätigwerden im Bereich der Energie- und Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs und der Telekommunikation vorgesehen. Ob es den Gemeinden damit in den genannten Bereichen gestattet ist, selbst dann einer Betätigung nachzugehen, wenn diese durch das gemeindliche Unternehmen nur schlechter als durch die Konkurrenz erfolgen kann, ist zweifelhaft¹⁶. Für den Bereich des privatwirtschaftlichen Handelns dürfte diese Frage nicht so entscheidend sein, da Gemeinde im Falle einer Mehrheitsbeteiligung gemäß den §§ 108 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 109 GO NW die Wirtschaftsgrundsätze zu beachten hat. Soweit also Zweifel an der Wirtschaftlichkeit der Unternehmensführung bestehen, dürfte eine Beteiligung ausscheiden.

Auch wenn durch die erneute Einführung des Subsidiaritätsgrundsatzes keine Änderung hinsichtlich der im Verwaltungs-

2 Beispiele sind Versorgungsleistungen (Wasser, Gas, Strom), Verkehrsbetriebe (Bahn, Bus, Flughafen); Dienstleistungsbetriebe (Bestattungswesen) nach Rehn/Cronage, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 107, Anm. 2.
3 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, Vor § 107 Anm. 3.2.
4 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, Vor § 107 Anm. 3.2.
5 Vgl. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 12.
6 In § 107 Abs. 2 GO werden beispielhaft Einrichtungen benannt.
7 Rehn/Cronage, Stand 5/97, Gemeindeordnung NW, § 108 Anm. I. 4.
8 Vom 15.06.1999 (GV NW, S. 386).
9 Ehlers, NWVB 2000, 1; Lux NWVB 2000, 8; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 5.3.

10 Rehn/Cronage, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 107 Anm. IV. 1.
11 Dieckmann/Heinrichs/Doose, Gemeindeordnung NRW, 1996, Erl. § 107 Anm. 4.; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 107 GO, Rn. 4.
12 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 5.1, Ehlers, NWVB 2000, 1, 8.
13 Erichsen, Kommunalrecht des Landes NRW, 2. Aufl. 1997, § 11 D 2 c) cc).
14 BVerwGE 39, 329, 334; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 5.2 m.w.N.; s.u.: A. I. 1. c).
15 Vogelsang/Lübking/Jahn, Kommunale Selbstverwaltung, 2. Aufl. 1997, Rn. 736; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 107 GO, Rn. 5.
16 Ehlers, NWVB 2000, 1, 4.

recht viel diskutierten Frage der drittschützenden Wirkung dieser Vorschrift erfolgt ist¹⁷, so besteht doch immer die Gefahr eines Verstoßes gegen die guten Sitten im Wettbewerb i.S.d. § 1 UWG¹⁸. Verstößt eine Gemeinde bei ihrem Tätigwerden also gegen den Grundsatz der Subsidiarität, so kann ein dadurch benachteiligter privater Konkurrent aufgrund des Verstoßes gegen § 1 UWG die Gemeinde auf Unterlassung in Anspruch nehmen¹⁹.

b) Einrichtungen

Die aufgrund der gesetzlichen Definition in den §§ 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 107 Abs. 2 GO NW nicht zur wirtschaftlichen Betätigungen zählenden Bereiche des Handelns der Gemeinde in sog. Einrichtungen können in der Rechtsform des Privatrechts geführt werden, wenn es die Leistungsfähigkeit der Gemeinde erlaubt und ein wichtiges Interesse an der Gründung oder Beteiligung vorhanden ist.

aa) Leistungsfähigkeit

Aufgrund der Verweisung in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NW auf § 8 Abs. 1 GO NW hat die Gemeinde bei Beteiligungen an Betriebsformen, die aufgrund ihres Geschäftsgegenstands zu den Einrichtungen zu zählen sind, auf ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu achten. Dabei gelten die zuvor zum Unternehmen gemachten Ausführungen entsprechend, da insbesondere die Verpflichtung zur Wahrung des angemessenen Verhältnisses zwischen der Finanzkraft der Gemeinde und der Höhe der Beteiligung gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GO NW sowohl für Einrichtungen wie auch Unternehmen gilt.

bb) Wichtiges Interesse

Anders als bei Unternehmen im Sinne der GO NW reicht es bei der Beteiligung an Betriebsformen, die zu den Einrichtungen i. S.d. des § 107 Abs. 2 GO NW zu zählen sind, aus, daß ein wichtiges Interesse der Gemeinde an der Beteiligung vorliegt. Da aufgrund der gesetzlichen Konzeption sich Einrichtungen nur mit solchen Tätigkeiten befassen, bei denen sich die Gemeinde kraft Gesetzes betätigen soll bzw. muß, bedarf es nicht einer erneuten Prüfung eines gesonderten öffentlichen Zwecks für eine Beteiligung. Die Voraussetzung „wichtiges Interesse“ soll die Gemeinde nur anhalten, sich mit der Wahl der Rechtsform auseinanderzusetzen. Hat eine entsprechende Abwägung stattgefunden und will sich die Gemeinde in der Form des privaten Rechts betätigen, so wird das Vorliegen eines berechtigten Interesses bereits bejaht²⁰. Auch die wirtschaftlich motivierte Einbeziehung von Privaten wird als ein wichtiges Interesse i.S.d. des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GO NW angesehen²¹. Die von der Gemeinde vorgenommene Abwägung unterfällt ihrer kommunalpolitischen Einschätzungsprerogative mit der Folge einer eingeschränkten Überprüfbarkeit²².

c) Einschätzungsspielraum der Gemeinde

Wie bereits dargestellt, hat die Gemeinde bei der Frage, ob sie sich an Unternehmen oder Einrichtungen des privaten Rechts beteiligen will, einen Entscheidungsspielraum. Die Vorschriften des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GO NW bieten somit nur Anhaltspunkte, die im Rahmen des Abwägungsprozesses der Gemeinde zu berücksichtigen sind. Durch das 1. Modernisie-

rungsgesetz wurde für den Bereich der Unternehmen die Verpflichtung der Gemeinde neu aufgenommen, über die Chancen und Risiken ihrer wirtschaftlichen Betätigung eine Marktanalyse zu erstellen und die Selbstverwaltungsorganisationen von Handwerk, Handel und Industrie zu befragen, § 107 Abs. 5 GO NW. Diese Analyse kann sowohl durch die Kommunalverwaltung selbst als auch durch externe Beratungsgesellschaften erstellt werden²³. Eine zwingende Bindung an das Ergebnis der Marktanalyse ist nicht gegeben²⁴.

aa) Holding

Eine enge Auslegung der genannten Voraussetzungen erscheint nicht geboten. Andernfalls könnte beispielsweise die Gründung einer Holdinggesellschaft durch die Gemeinde zwecks Verwaltung weiterer Gesellschaftsanteile schon als unzulässig angesehen werden²⁵. Die reine Verwaltungstätigkeit einer Holding fällt nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung i.S.d. des § 107 Abs. 1 S. 3 GO NW, da eine unmittelbare Marktbezogenheit fehlt. Hieraus darf aber nicht geschlossen werden, daß eine solche Holding sich außerhalb der Vorschriften der §§ 107 ff. GO NW bewegt und damit rechtlich unzulässig ist. Vielmehr zeigt bereits § 108 Abs. 2 S. 3 und Abs. 5 GO NW, daß die Existenz solcher Beteiligungsgesellschaften von der Gemeindeordnung vorausgesetzt wird. Zudem ist nicht erkennbar, daß durch die Neufassung der Vorschriften im Jahre 1994 das Ziel verfolgt worden ist, solche in der Praxis weit verbreiteten Holdings abzuschaffen²⁶.

bb) Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft

Die Beteiligung der Gemeinde an einem Unternehmen in der Form des Privatrechts setzte früher gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GO NW i.V.m. § 107 Abs. 1 S. 1 GO NW a.F. voraus, daß das Unternehmen wirtschaftlich mit Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft beschäftigt sein mußte. Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft lagen immer dann vor, wenn sie einen speziellen Bezug zu den Bedürfnissen und Interessen der Gemeindeglieder hatten, und das Zusammenleben und -wohnen der Einwohner betrafen²⁷.

Dieser den Prinzipien des Art. 28 Abs. 2 GG entsprechende Grundsatz der gemeindlichen Selbstverwaltung und Allzuständigkeit²⁸ hatte nicht unmittelbar die Beschränkung auf die räumlichen Grenzen des Gemeindegebietes zur Folge²⁹. Bei Unternehmen mit auch überörtlichem Bezug war maßgeblich, ob der Nutzen der Aufgabenerfüllung durch die Gesellschaft den Einwohnern der Gemeinde zugute kam, wobei auf den Ort der eigentlichen Wertschöpfung abgestellt werden sollte³⁰. Insbesondere sollten durch die Neufassung der Beteiligungsvoraussetzungen nicht bereits bestehende zwischengemeindliche Kooperationsformen eingeschränkt werden, soweit ein sachlicher Grund für das (auch) überörtliche Tätigsein bestand. Zu beachten war ferner, daß die Beschränkung auf örtliche Angelegenheiten nur dann gelten sollte, wenn die Beteiligung der Gemeinde auf die Erlangung einer selbständigen unternehmerischen Stellung gerichtet war. Die reine Geldanlage der Gemeinde (z.B. in Aktien) wurde von sämtlichen Voraussetzungen der §§ 107 ff. GO NW a.F. nicht berührt³¹.

Mit dem 1. Modernisierungsgesetz wurde das Tatbestandsmerkmal der örtlichen Gemeinschaft aus § 107 Abs. 1 S. 1 GO

17 Ehlers, NWVB 2000, 1, 5; Lux, NWVB 2000, 7, 8 ff. m.w.N.

18 Ehlers, NWVB 2000, 1, 5; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 15.1.

19 Bsp.: Verbot, im Rahmen der VHS Nachhilfeunterricht anzubieten, OLG Düsseldorf NWVB 1997, 353 ff. mit abl. Anm. Moraing a.a.O. S. 355, ablehnend auch Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 15.2.

20 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. III 2.

21 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. III 2; Diekmann/Heinrichs/Doose, Gemeindeordnung NRW, 1996, § 108 Erl. 1.

22 OVG NW, Städte und Gemeinderat (StuG) 1995, 191.

23 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 8; Ehlers, NWVB 2000, 1, 2.

24 Ehlers, NWVB 2000, 1, 2.

25 Vgl. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 10/94, § 108 Anm. 4.1.

26 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 4.1. BVerfGE 79, 127 ff.; Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 107 Anm. III. 1.

27 Erichsen, Kommunalrecht des Landes NRW, 2. Aufl. 1997, § 11 D 2. c) bb).

28 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 107 Anm. III. 2; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 10/94, § 107 Anm. 4.1.

29 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 107 Anm. III. 3.

30 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV. 1; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 108 GO, Rn. 2.

NW herausgenommen und eine gesonderte Regelung in § 107 Abs. 3 GO NW getroffen. Danach ist die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde außerhalb des Gemeindegebietes nur dann zulässig, wenn die in § 107 Abs. 1 GO NW genannten Voraussetzungen vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Körperschaft gewahrt sind³². Da § 108 GO NW nicht auf die Voraussetzungen des § 107 Abs. 3 GO NW verweist, scheinen diese Anforderungen bei der Beteiligung an Unternehmen in der Form des Privatrechts nicht beachtet werden zu müssen.

Allerdings werden in der verwaltungsrechtlichen Literatur erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit privatwirtschaftlichen Handelns außerhalb des Gemeindegebiets und an der Verfassungsmäßigkeit des § 107 Abs. 3 GO NW geäußert³³. Die Betätigung der Gemeinde über ihre örtlichen Grenzen hinaus rufe Bedenken hinsichtlich der durch Art. 28 Abs. 2 GG, 78 Abs. 2 LV gesetzten Kompetenzgrenzen hervor³⁴. Andererseits wird die Auffassung vertreten, daß die Gemeinde nur dort auf ein Handeln im Gemeindegebiet beschränkt sei, wo sie hoheitlich tätig werde³⁵.

Da § 107 Abs. 3 GO NW für jede Form der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde die Rücksichtnahme auf die Belange anderer Gebietskörperschaften verlangt, erscheint es naheliegend, diese Einschränkung auch im Bereich der Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts anzuwenden. Dabei muß in jedem Einzelfall entschieden werden, ob lediglich ein Fall zulässigen wirtschaftlichen Wettbewerbs unter den privatwirtschaftlich handelnden Gemeinden oder ein Verstoß gegen § 107 Abs. 3 GO NW vorliegt³⁶.

cc) Belehrungspflichten des Notars

Soweit sich dem Notar, der eine Beurkundung unter Beteiligung einer Gemeinde – sei es durch Gründung bzw. Anteilerwerb – vornehmen soll, Zweifel an dem Vorliegen der genannten Voraussetzungen aufdrängen, hat er gemäß § 17 Abs. 2 BeurkG darauf hinzuweisen. Der Beurteilungsspielraum der Gemeinde hat regelmäßig zur Folge, daß der Notar nur sehr eingeschränkt einen Verstoß feststellen können wird. Selbst wenn er einen Verstoß gegen die §§ 107 ff. GO NW für möglich hält, liegt kein Fall des § 14 Abs. 2 BNotO bzw. des § 4 BeurkG vor. Der Notar ist nicht verpflichtet, quasi als (Verwaltungs-)Richter bei bestehenden rechtlichen Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Beteiligung eine Entscheidung zu treffen³⁷. Da die Gemeinde gemäß § 115 GO NW verpflichtet ist, ihr Vorhaben den Aufsichtsbehörden anzuzeigen, kann der Notar sich auch darauf verlassen, daß letztere etwaige Zweifel an der Rechtmäßigkeit ausräumen werden.

Zudem führt ein Verstoß gegen die Vorschriften der Gemeindeordnung nicht zur Nichtigkeit des zivilrechtlichen Geschäftes, sondern allein zur Pflicht der Gemeinde, ihr Verhalten künftig zu ändern. Dies zeigt sich u.a. daran, daß § 108 Abs. 1 S. 2 GO NW der Aufsichtsbehörde gestattet, Ausnahmen zuzulassen.

Dementsprechend wird der Notar die Gemeinde nur auf seine Zweifel aufmerksam machen müssen und es ihrer Entscheidung überlassen, ob sie weiterhin eine Betätigung in der Form des privaten Rechts anstrebt.

2. Wahl der Rechtsform

Eine wesentliche Grundsatzentscheidung bezüglich der Frage, welche Rechtsform die Gemeinde bei privatrechtlichem Han-

deln zu wählen hat, sieht § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW vor. Diese schon seit jeher geltende Vorschrift des Gemeinderechts gebietet es der Gemeinde, sich nur an solchen Betriebseinheiten zu beteiligen, bei denen aufgrund der gewählten Rechtsform eine Beschränkung der Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag sichergestellt ist. Neu durch das 1. Modernisierungsgesetz eingeführt wurde § 108 Abs. 3 GO NW, wonach sich eine Gemeinde an einer AG grundsätzlich nur dann beteiligen darf, wenn der öffentliche Zweck nicht ebensogut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann.

a) Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter

Gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW scheidet grundsätzlich die Beteiligung der Gemeinde an Gesellschaften bürgerlichen Rechts, offenen Handelsgesellschaften oder als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft aus, da bei diesen Gesellschaftsformen keine Haftungsbeschränkung zugunsten der Gesellschafter vorgesehen ist.

Umstritten ist hier jedoch, ob z.B. im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit die Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft gestattet ist. Da durch den begrenzten Gesellschaftszweck die Vertretungsmacht und damit auch die Haftungsgefahr beschränkt sei, wird eine solche Beteiligung teilweise als zulässig angesehen³⁸.

In diesem Bereich scheint allerdings eine enge Auslegung der gemeinderechtlichen Vorschriften geboten, da selbst bei einem kleinen wirtschaftlichen Betätigungsfeld der BGB-Gesellschaft eine unbegrenzte Haftung nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Führt z.B. ein im Rahmen des Gesellschaftszweckes abgeschlossener Vertrag zu einem Schadensersatzanspruch aufgrund von Leistungsstörungen gegen die BGB-Gesellschaft, so ist nicht auszuschließen, daß eine persönliche Haftung der Gesellschafter gegeben ist.

Folgt man dabei der lange Zeit als herrschend angesehenen Theorie der Doppelverpflichtung³⁹, so läge gemäß § 425 BGB zumindest bei dem Gesellschafter, der die Leistungsstörung verursacht hat, eine persönliche Haftung vor⁴⁰. Der BGH hat darüber hinaus eine Haftung sämtlicher Gesellschafter angenommen, wenn es ihm aufgrund der Interessenlage und Verkehrsauffassung geboten erschien⁴¹. Folgt man hingegen unmittelbar der Akzessoritätstheorie und bejaht damit die analoge Anwendung der §§ 128, 129 HGB auf die BGB-Gesellschaft, so ist eine persönliche Haftung sämtlicher Gesellschafter auch für Ansprüche aus Leistungsstörungen ohne weiteres anzunehmen⁴².

Da die Gemeindeordnung ausdrücklich das Risiko einer unbeschränkten Haftung ausschließen will, darf die Gemeinde also keiner BGB-Gesellschaft beitreten, die im Rechtsverkehr Geschäfte vornimmt. Damit bleibt der Gemeinde nur die Beteiligung an einer sog. Innengesellschaft offen, bei der per Definition⁴³ gerade nicht der Willen der Beteiligten besteht, als BGB-Gesellschaft am Rechtsverkehr teilzunehmen.

Bedeutung in der Praxis kommt daher überwiegend der Beteiligung der Gemeinde an Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften zu⁴⁴, die auch Gegenstand der weiteren Untersuchung sind. Soweit eine Beteiligung an einer GmbH & Co KG erfolgen soll, sind die Ausführungen zur GmbH entsprechend übertragbar.

32 Für Versorgungsunternehmen wird in § 107 Abs. 3 S. 2 GO NW der Vorrang des Energiewirtschaftsgesetzes betont.

33 Ehlers, NWVB 2000, 1, 6; Lux, NWVB 2000, 7, 10.

34 Ehlers, NWVB 2000, 1, 6; Lux, NWVB 2000, 7, 10.

35 Moraring, Möglichkeiten und Grenzen des kommunalen Wirtschaftsrechts, in: Anl. zum VKU-Nachrichtendienst, Folge 589, Jan. 1998, S. 8; Wieland, Städte und Gemeinden 1998, 4, a.A. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 4.1. m.w.N.

36 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 4.3.

37 Schippel, BNotO, 8. Aufl. 2000, § 14, Rn. 11; Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 4, Rn. 5 ff.

38 Rehn/Cronage, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV. 1 m.w.N.

39 BGHZ 74, 240, 242; 79, 374, 377; Münch.Komm./Ulmer, 3. Aufl. 1997, § 714, Rn. 26; zur Entwicklung seit BGH MittRhNotK 1999, 353 siehe Hell, MittRhNotK 1999, 337 ff.

40 Münch.Komm./Ulmer, 3. Aufl. 1997, § 714, Rn. 48 m.w.N.

41 BGHZ 56, 355, 362 = NJW 1971, 1001 ff.

42 Münch.Hdb. GesR I/Gummert, 1995, § 12, Rn. 9 ff. m.w.N.; dif. Karsten Schmidt, GesR., 3. Aufl. 1997, § 60 III., S. 1784 ff.

43 Vgl. Karsten Schmidt, GesR, 3. Aufl. 1997, § 58 II. 2., S. 1700.

44 Grziwotz NZG 1999, 55, 56.

b) Subsidiarität der Beteiligung an einer AG

Unbeschadet von den Voraussetzungen des § 108 Abs. 1 GO NW darf die Gemeinde sich nunmehr nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft betätigen bzw. daran beteiligen, wenn der öffentliche Zweck nicht ebensogut in einer anderen Rechtsform erfüllt werden kann, § 108 Abs. 3 GO NW. Maßgeblich für diese Einschränkung durch das 1. Modernisierungsgesetz war die Erkenntnis, daß der Einfluß der Gemeinde als Gesellschafter auf Aktiengesellschaften wegen der zwingenden und vorrangigen Vorschriften des bundesgesetzlichen Aktienrechts gering ist, und damit Vorgaben der §§ 108 ff. GO NW nicht umgesetzt werden konnten⁴⁵. Eine Pflicht, aus bereits bestehenden Gesellschaften auszuscheiden bzw. diese umzuwandeln, wird daraus nicht herzuleiten sein⁴⁶.

3. Verbot der Nachschußpflicht, Leistungsfähigkeit

§ 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GO NW stellt für den Bereich des privatwirtschaftlichen Handelns klar, daß die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde bei der Übernahme einer Gesellschaftsbeteiligung nicht außer Verhältnis zu ihrer Leistungsfähigkeit stehen darf. Da das Gebot zur Beachtung der Leistungsfähigkeit bereits in § 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 für Unternehmen und gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 8 GO NW für Einrichtungen niedergelegt worden ist, kommt der Vorschrift keine selbständige Bedeutung zu⁴⁷.

In § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 GO NW wird ferner festgelegt, daß die Gemeinde sich nicht an einer Gesellschaft beteiligen darf, bei der sie zur Übernahme von Verlusten in unbeschränkter oder unangemessener Höhe verpflichtet ist. Eine solche Verlustübernahme würde als Nachschußpflicht das Gebot der Haftungsbeschränkung durch die gewählte Gesellschaftsform unterlaufen. Daher ist z.B. bei einem Anteilsverkauf der Gemeinde zur prüfen, ob der jeweilige Gesellschaftsvertrag eine solche Nachschußpflicht vorsieht. Insbesondere Nachschußpflichten im Sinne der §§ 26 ff. GmbHG stellen also ein Beteiligungshindernis für die Gemeinden dar und müßten vor dem Anteilsverkauf beseitigt werden. Andernfalls müßte die Gemeinde bei der Aufsichtsbehörde gemäß § 108 Abs. 1 S. 2 GO NW um eine Ausnahmegenehmigung nachsuchen.

Ebenso wird der Grundsatz der Haftungsbeschränkung in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 GO NW für die Beteiligung an Unternehmen der Telekommunikation nochmals hervorgehoben.

Bei der Gesamtbetrachtung des Verbotes einer unbeschränkten Verlustübernahme und des Gebotes der Beteiligung an nur haftungsbeschränkten Gesellschaften⁴⁸ ergeben sich Besonderheiten, die in der Gründungsphase der Gesellschaft und im Hinblick auf eine Durchgriffshaftung der Gemeinde als Gesellschafterin zu beachten sind.

a) Gründungsphase

Aufgrund der gemeinderechtlichen Vorschriften ist der Gemeinde verwehrt, ihr Einverständnis zur Aufnahme von Geschäftstätigkeiten der Gesellschaft während der Gründungsperiode zu erteilen. Die sich in diesem Zeitraum ergebenden Haftungsrisiken dürfen von der Gemeinde nicht toleriert werden, da im Vorgründungsstadium der Zusammenschluß der Gesellschafter als BGB-Gesellschaft bzw. offene Handelsgesellschaft zu werten ist und somit die Aufnahme von unternehmerischen Aktivitäten zu einer unbeschränkten Haftungspflicht führt⁴⁹.

Auch aus Handlungen für eine GmbH in Gründung resultiert eine unbeschränkte Haftung der Gesellschafter zumindest der Gesellschaft gegenüber⁵⁰, was einer unbeschränkten Nachschußpflicht nahekommt.

Folglich sollte in jeder Gründungsvereinbarung ausdrücklich klargestellt werden, daß die Gesellschaft ihre Tätigkeit erst zum Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister aufnehmen darf, und die Beteiligten sollten sich auch tatsächlich an diese Vorschriften halten.

b) Finanzierungsverantwortlichkeit, Haftung

Das gemeinderechtliche Verbot der Vereinbarung einer Nachschußpflicht und die Verpflichtung zur Wahl einer Gesellschaftsform mit Haftungsbeschränkung führen während des Bestehens der Gesellschaft dazu, daß den Grundsätzen des Kapitalschutzes bei der Gesellschaft und der konzernrechtlichen Durchgriffshaftung besondere Beachtung geschenkt werden müssen.

aa) Kapitalerhaltung und -schutz

Grundsätzlich obliegen einer Gemeinde im Rahmen der privatrechtlichen Beteiligung die selben Rechte und Pflichten wie jedem anderen Gesellschafter auch. Dies hat zur Folge, daß z.B. sozialpolitisch motivierte Handlungen einer Gemeinde keine besondere Privilegierung erfahren⁵¹.

Gewährt die Gemeinde beispielsweise im Rahmen einer Anschubfinanzierung ihrer GmbH ein Darlehn oder läßt sie ein solches in der Krise der Gesellschaft aus sozialen Gründen stehen, so sind die Vorschriften des § 31 i.V.m. § 30 GmbHG hierauf ebenso anzuwenden, als hätte ein privater Gesellschafter gleichermaßen gehandelt⁵². Eine Sonderbehandlung der Gemeinde bei Fragen des Kapitalschutzes gibt es also nicht. Nach den Vorschriften der Gemeindeordnung ist ein solches Verhalten zulässig, wenn die Leistungsfähigkeit der Gemeinde dies erlaubt.

bb) Konzernhaftung

Eine besondere Bedeutung der Verantwortlichkeit der Gemeinde für die Lage ihrer Gesellschaften kommt in Hinblick auf eine konzernrechtliche Haftung in Betracht. Da die Frage der Haftungsbeschränkung eine Grundvoraussetzung der Zulässigkeit einer Beteiligung der Gemeinde an privaten Gesellschaften ist, erkennt man unmittelbar die Probleme, die sich aus einer Konzernhaftung ergeben können.

Die Gemeinde hat als Gesellschafterin häufig gänzlich gegensätzliche Interessen zu berücksichtigen⁵³. Zum einen hat sie als Gesellschafterin die Eigeninteressen der Gesellschaft zu fördern und beachten. Zum anderen ist die Gemeinde aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung und dem Sozialstaatsgebot ihren Einwohnern gegenüber verpflichtet, auch Maßnahmen vorzunehmen, die wirtschaftlich unrentabel sind. Bei Mehrheitsbeteiligungen der Gemeinde von über 50 % verdeutlicht dies § 108 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 109 Abs. 1 S. 2 GO NW dadurch, daß die Gewinnerzielungsabsicht nur solange verfolgt werden darf, als die Erreichung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird⁵⁴.

In der Literatur wurde teilweise versucht, aus der gesetzlichen Vorgabe des § 109 GO NW eine Haftungsfreistellung der Gemeinde herzuleiten. Sollte ein Gläubiger der Gesellschaft durch

45 Regierungsbegründung, Landtag Drucksache 12/3730, S. 109; Ehlers NWVB 2000, 1, 2.

46 Vgl. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 7.

47 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 107 Anm. 4.2.

48 S. o. A. I. 2.

49 BGH NJW 1983, 2822 = MittBayNot 1983, 190; Karsten Schmidt, GesR, 3. Aufl. 1997, § 34 III. 2. c), S. 1014 m.w.N.

50 Grundlegend BGHZ 134, 333 = MittRhNotK 1997, 312; Karsten Schmidt, GesR, 3. Aufl. 1997, § 34 III. 3. c), S. 1021.

51 OLG Düsseldorf ZIP 1995, 465 ff.; Anm. Dreher EWIR § 31, 1995 S. 155.

52 OLG Düsseldorf ZIP 1995, 465 ff.; Anm. Dreher EWIR § 31, 1995 S. 155.

53 BGHZ 135, 107, 114; Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433, 442; Paschke, ZHR 152 (1988), 263, 269.

54 Der BGH (Beschl. v. 24.5.2000 – III ZR 252/99) hat jüngst entschieden, daß sich eine Gemeinde nicht dadurch der gesetzlich angeordneten Pflicht zur kostenfreien Bereitstellung von Hallenbädern entziehen kann, daß sie das Hallenbad nicht selbst, sondern durch eine von ihr beherrschten GmbH betreibt.

die Einflußnahme der Gemeinde Nachteile erlitten haben, so ähnele dies einer Sonderbesteuerung, die eine Durchgriffshaftung auf die Gemeinde grundsätzlich ausschließe⁵⁵. Der Gesetzgeber habe der Verfolgung des öffentlichen Zwecks ausdrücklich den Vorrang vor der Gewinnerzielung eingeräumt und zudem von der Gemeinde eine Haftungsbeschränkung verlangt, so daß eine Haftung der Gemeinde nicht vorgesehen sei⁵⁶.

Eine solche Einschätzung wird von der ganz herrschenden Meinung abgelehnt⁵⁷. Zu Recht wird es als ein unzulässiger Widerspruch zur Rechtsformwahl angesehen, daß die Gemeinde sich zwar im zivilrechtlichen Rahmen betätigt, sich bezüglich einer Haftungsprivilegierung aber auf öffentlich-rechtliche Vorschriften berufen können⁵⁸. Dementsprechend hat sich die Frage der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit der Gemeinde als Gesellschafterin nach den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts zu richten. Dabei kommt insbesondere die Konzernhaftung in Betracht.

Die für eine Konzernverantwortlichkeit vorausgesetzte Unternehmereigenschaft der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts ist seit der VEBA/Gelsenberg-Entscheidung des BGH allgemein anerkannt⁵⁹. Eine Sonderstellung des Staates wurde abgelehnt. Dies wird im Umkehrschluß dadurch bestätigt, daß für die Treuhandanstalt in § 28a EGAKtG ausdrücklich festgelegt wurde, daß diese nicht den konzernrechtlichen Vorschriften über herrschende Unternehmen unterliegt.

Damit kann der Gemeinde trotz der gewählten Rechtsform eine unbeschränkte Haftung drohen, da sie auf die Gesellschaft, an der sie beteiligt ist, regelmäßig einen beherrschenden Einfluß i.S.d. § 17 AktG ausübt. Neben dem Maß der Beteiligung an der Gesellschaft sind gerade die Fragen der Einflußnahme durch satzungsmäßige Sonderrechte für die Entscheidung des „Herrschens“ maßgeblich⁶⁰. Der BGH hat in der VW/Niedersachsen-Entscheidung⁶¹ bereits bei einer 20 % Beteiligung das Land Niedersachsen als herrschend angesehen, da diesem Sonderrechte u.a. bei der Besetzung von Aufsichtsratsmitgliedern eingeräumt worden waren. Da die Gemeindeordnung die Gemeinde anhält, sich solche Sonderrechte einräumen zulasen, wird ihr regelmäßig ein herrschender Einfluß zukommen.

Somit besteht ebenso regelmäßig für die Gemeinde die Gefahr, nach den konzernrechtlichen Vorschriften für die Gesellschaft haften zu müssen. Da die Gemeinde keine Unternehmensverträge abschließen darf⁶², kommen die Grundsätze des faktischen Konzerns zu tragen.

(1) Einerseits kann abhängig vom Maß der Einflußnahme eine einfache faktische Abhängigkeit vorliegen, die die Gemeinde zum Ausgleich der Nachteile verpflichtet, die aufgrund ihrer konkreten Einflußnahme bei der Gesellschaft entstehen⁶³; § 311 AktG. Aus der Sicht der Gemeindeordnung kann dies nur durch entsprechende Zurückhaltung der Gemeindevertreter bei den Entscheidungen für die Gesellschaft berücksichtigt werden.

(2) Andererseits kann eine qualifizierte Abhängigkeit vorliegen, die eine allgemeine Verlustausgleichspflicht der Gemeinde nach sich zöge und eine Haftungsbeschränkung gänzlich entfallen ließe. Schwierigkeiten ergeben sich dabei, konkrete An-

haltspunkte zur Abgrenzung des Maßes der Abhängigkeit zu finden, da bisher feste Tatbestandsmerkmale nicht gefunden wurden⁶⁴.

Ein qualifiziertes Konzernverhältnis soll vorliegen, wenn das Eigeninteresse der abhängigen Gesellschaft in einem durch die Kontrolle von Einzelmaßnahmen und durch einen individuellen Nachteilsausgleich nicht mehr beherrschbaren Ausmaß nachhaltig beeinträchtigt wurde⁶⁵, und damit ein objektiver Mißbrauch der Beherrschungsmöglichkeit vorliegt⁶⁶.

Auch wenn personelle Verflechtungen zwischen Gemeinde und Gesellschaft, die durch § 113 GO NW geradezu erzwungen werden, nicht mehr allein ausreichen, ein qualifiziert faktisches Konzernverhältnis anzunehmen⁶⁷, so stellt dies zumindest einen Anknüpfungspunkt für eine Konzernhaftung dar, der eine genauere Betrachtung rechtfertigt.

Für die Gemeinde besteht daher Anlaß, keine weitergehenden Indizien für eine Konzernherrschaft zu liefern, um nicht dadurch Gefahr zu laufen, gegen das Gebot der Haftungsbeschränkung des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW zu verstoßen.

(3) Um dem Widerspruch zwischen den Geboten der Einflußnahme einerseits und der Haftungsbeschränkung andererseits Rechnung zu tragen, empfiehlt es sich, die jeweilige Gesellschaft kraft Gesellschaftsvertrag in hinreichendem Maße auf den öffentlichen Zweck auszurichten⁶⁸. Ein objektiver Mißbrauch von Beherrschungsmöglichkeiten liegt zumindest dann nicht vor, wenn die Gesellschaft unter Wahrung ihrer Eigeninteressen geführt wird⁶⁹. Unabhängig von der Kritik, die an der hinreichenden Bestimmbarkeit des Begriffes des Eigen- bzw. Gesellschaftsinteresses geübt wird⁷⁰, wird man dennoch einen objektiven Mißbrauch im vorgenannten Sinne nicht annehmen können, wenn die Gesellschaft entsprechend dem ihr gesetzten Zweck handelt⁷¹. Da zwar der Zweck der Gesellschaft nicht im Gesellschaftsvertrag angegeben sein muß, aber der jeweilige Gegenstand der Gesellschaft das wesentliche Indiz zur Erkennung des Zweckes darstellt⁷², empfiehlt es sich, bei der Formulierung des Unternehmensgegenstandes sorgfältig vorzugehen. Entsprechend § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 GO NW ist daher die öffentliche Zwecksetzung ausführlich mit aufzunehmen.

Eine daraus ggf. resultierende Haftungsbeschränkung ist auch deshalb gerechtfertigt, weil der Gegenstand der Gesellschaft sowohl den Mitgesellschaftern als auch Dritten gegenüber Auskunft über die Geschäftsbetätigung gibt⁷³. Bei hinreichend konkreter Formulierung des Gegenstandes kann der Mitgesellschafter abschätzen, welche Schwerpunkte der Mehrheitsgesellschafter bei seinen Entscheidungen setzen wird. Auch der Außenstehende kann einen Eindruck bezüglich des Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft bekommen und gewisse wirtschaftliche Rückschlüsse daraus ziehen⁷⁴. Kommt z.B. im Gegenstand schon zum Ausdruck, daß der öffentliche Zweck im Zweifel Vorrang vor der Gewinnerzielungsabsicht hat⁷⁵, so mag das für die Entscheidung der Beteiligung von Privaten oder bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens nachteilig sein. Es verhindert aber eine Konzernhaftung, wenn aufgrund des Einflusses der Gemeinde eine unwirtschaftliche Entscheidung getroffen wird.

55 Hauser, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen S. 171 ff. zit. nach Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433, 438 f.; a.A. Kuhl/Wagner a.a.O.

56 Hauser, Die Wahl der Organisationsform kommunaler Einrichtungen S. 171 ff. zit. nach Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433, 438 f.

57 Vgl. BGHZ 135, 107, 113 f.; Kuhl/Wagner a.a.O., S. 439 m.w.N.

58 Kuhl/Wagner a.a.O. 439; aus den gleichen Gründen scheitert auch der Ansatz, die Gemeinde aus Gedanken der öffentlich-rechtlichen Aufopferungshaftung grundsätzlich immer für ihre Gesellschaften haften zu lassen.

59 BGHZ 69, 334 ff.; Karsten Schmidt, GesellschaftsR, 3. Aufl. 1997, § 31 II 1 b); S. 942; jüngst Keßler GmbHR 2000, 71, 76.

60 Scholz/Emmerich, GmbHG I, 9. Aufl. 2000 Anhang, Rn. 26.

61 BGHZ 135, 107, 113 f.

62 S. u. A. I. 4. c).

63 Karsten Schmidt, GesR, 3. Aufl. 1997, § 31 IV, S. 961.

64 MünchHdb. GmbH/Decher, 1996, § 71, Rn. 8.

65 Karsten Schmidt GesR, 3. Aufl. 1997, § 39 III 3.a) S. 1220.

66 BGHZ 122, 123, 130.

67 BGHZ 122, 123, 128; MünchHdb. GmbH/Decher, 1996, § 71, Rn. 34.

68 Grziwotz NZG 1999, 55, 56 f.

69 Vgl. BGH ZIP 1994, 1690, 1693 = DNotZ 1995, 946; Hommelhoff/Stimpel/Ulmer/Krieger, 1993, Der Tatbestand des qualifiziert faktischen Konzerns, S. 41, 47 ff.

70 Günter Reimer, Unternehmerisches Gesellschaftsinteresse und Fremdsteuerung, S. 9 ff.

71 Noack StUG 1995, 379, 384; Scholz/Emmerich, GmbHG I, 9. Aufl. 2000 Anhang, Rn. 101.

72 MünchHdb. GmbH/Heinrich, 1996, § 4, Rn. 1.

73 Wellner JZ 1986, 721 ff.; ähnlich Grziwotz NZG 1999, 55, 56 f.

74 Vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 3, Rn. 22; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 3, Rn. 9.

75 Worauf die Gemeinde gemäß § 108 Abs. 2 i.V.m. § 109 GO NW bei einer Mehrheitsbeteiligung hinzuwirken hat.

4. Angemessener Einfluß der Gemeinde

Eine weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Beteiligung der Gemeinde ist in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW vorgesehen. Danach soll sich die Gemeinde nur beteiligen, wenn sie einen angemessenen Einfluß auf die Gesellschaft bekommt und dies im Organisationsstatut bzw. in sonstiger Weise gesichert wird. Für die Beteiligung an bzw. die Gründung einer GmbH hat der Gesetzgeber in § 108 Abs. 4 GO NW die Anforderungen noch weiter konkretisiert. Denkbar wäre auch, die Einflußnahme der Gemeinde durch einen Beherrschungsvertrag sicherzustellen.

a) Einfluß auf das Überwachungsorgan

In § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW wird als Beispiel für den angemessenen Einfluß das Mitwirken in einem Überwachungsorgan aufgezählt. Bei der Frage, was unter einem angemessenen Einfluß zu verstehen ist, ist von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen. Das bedeutet, daß die Größe und der Umfang der gemeindlichen Beteiligung und die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen sind⁷⁶. Die Gemeinde darf sich auch nicht dadurch ihres Einflusses begeben, daß sie Geschäftsanteile veräußert, da § 111 Abs. 1 GO NW dies ausdrücklich verbietet, wenn dadurch die Erreichung des öffentlichen Zwecks gefährdet wird. Allerdings wird man hier der Gemeinde wiederum nach ordentlicher Prüfung und Abwägung einen Beurteilungsspielraum zuerkennen müssen. Dementsprechend enthält § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW einen Auftrag und eine Verpflichtung der Gemeinde, das jeweilige Machbare durchzusetzen, und verbietet es ihr, die sich aus den Beteiligungsverhältnissen ergebenden Möglichkeiten brach liegen zu lassen⁷⁷.

Als Einflußmöglichkeit vorstellbar ist z.B. neben der Beteiligung der Gemeinde in dem jeweiligen Aufsichtsorgan der Gesellschaft, die Vereinbarung von Abstimmungsmehrheiten, die ein Überstimmwerden der Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung verhindern⁷⁸.

b) Einflußnahme bei der GmbH

Die Verpflichtung zur Einflußnahme ist durch das 1. Modernisierungsgesetz für die Beteiligung der Gemeinde an einer GmbH noch weiter gefaßt worden. Gemäß § 108 Abs. 3 GO NW darf die Gemeinde sich nur beteiligen, wenn durch die Ausgestaltung im Gesellschaftsvertrag sichergestellt ist, daß die Gesellschafterversammlung auch über folgende Punkte beschließt:

- Den Abschluß und die Änderung von Unternehmensverträgen i.S.d. §§ 291 und 292 Abs. 1 AktG;
- Den Erwerb und die Veräußerung von Unternehmen und Beteiligungen;
- Den Wirtschaftsplan, die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verwendung der Ergebnisse;
- Die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, soweit dies nicht der Gemeinde vorbehalten ist.

Weiter soll im Gesellschaftsvertrag sichergestellt sein, daß die Gemeinde den von ihr bestellten oder vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrates Weisungen erteilen darf, soweit dies gesetzlich zulässig ist.

Insgesamt zielen die Zulässigkeitsvoraussetzungen hinsichtlich der Beteiligung einer Gemeinde an einer GmbH darauf ab, die Gemeinde zu verpflichten, ihren Einfluß auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages geltend zu machen⁷⁹ und damit die Erreichung des öffentlichen Zwecks sicherzustellen.

Die Vorschrift des § 108 Abs. 4 GO NW wird noch dadurch ergänzt, daß die Gemeinde bei Kapitalgesellschaften gemäß § 113 Abs. 3 GO NW verpflichtet wird, darauf hinzuwirken, daß ihr im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt wird, Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.

Diese Vorschriften lassen die Frage aufkommen, ob die Gemeinde damit verpflichtet worden ist, auf die Errichtung eines Aufsichtsrates hinzuwirken, auch wenn er nach dem Gesellschaftsrecht nur fakultativ zu errichten ist (vgl. § 52 GmbHG). Einige der Stimmen in der Literatur gehen davon aus, daß die Aufzählung in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW nur beispielhaft gemeint und die Bestellung eines solchen Gremiums allein eine Frage des Gesellschaftsrechtes sei⁸⁰. Allerdings wird man durch die Neufassung des § 108 Abs. 4 GO NW eine Verpflichtung der Gemeinde annehmen müssen, im Gesellschaftsvertrag der GmbH einen (fakultativen) Aufsichtsrat vorzusehen, soweit es ihr aufgrund ihrer Gesellschafterstellung möglich ist, diese Entscheidung durchzusetzen.

Wie im weiteren noch zu zeigen ist, erscheint es unabhängig von der Frage des rechtlichen Müßens bei der Beteiligung von Gemeinden geboten zu sein, ein solches Überwachungsorgan in der Gesellschaft zu etablieren. Auch wenn beispielsweise bei einer GmbH die Gesellschafter unmittelbar Einfluß auf die geschäftlichen Handlungen nehmen und den Geschäftsführern Weisungen erteilen können, so wird dies häufig der umständlichere Weg sein. Die Einberufung einer Gesellschafterversammlung einer mehrgliedrigen GmbH ist im Hinblick auf die üblicherweise vereinbarten Formalitäten umständlicher als die Befassung eines Beirates mit diesen Angelegenheiten. Auch bei einer Gesellschaft, bei der die Gemeinde alleinige Gesellschafterin ist, wird durch die Einführung eines gesonderten Überwachungsorgans ein erhöhtes Maß an objektiver Kontrolle gewährleistet⁸¹.

c) Beherrschungsvertrag

Die höchste Form der Umsetzung der in den §§ 108 ff. GO NW geforderten Einflußnahme wird aus gesellschaftsrechtlicher Sicht im Abschluß eines Beherrschungsvertrages zu erblicken sein⁸². Die Gemeinde als herrschendes „Unternehmen“ könnte faktisch unbegrenzten Einfluß auf die beherrschte Gesellschaft nehmen und damit alle Forderungen der Gemeindeordnung erfüllen.

Der Abschluß eines solchen Beherrschungsvertrages durch die Gemeinde ruft aber Bedenken im Hinblick auf die Grundsätze des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und Nr. 5 GO NW hervor, da er gemäß § 302 AktG zu einer unbegrenzten Haftung bzw. Nachschußpflicht führt⁸³. Gegen solche Einwände wird vorgebracht, die kommunalrechtlichen Beschränkungen sollten die Gemeinde nur davor schützen, unberechenbare Haftungsrisiken zu übernehmen. Der Abschluß des Beherrschungsvertrages führe aber zu einer vollständigen Beherrschung der Gesellschaft, so daß ein unkalkulierbares Risiko nicht entstehe⁸⁴. Das Risiko sei letztlich nicht höher als bei einem Eigenbetrieb⁸⁵.

Wollte man dieser Argumentation folgen, so könnte eine Gemeinde entgegen der ausdrücklichen Bestimmung des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO NW Gesellschaften in jeder beliebigen Form des Privatrechts gründen, solange sichergestellt ist, daß sie als Mehrheitsgesellschafterin nicht überstimmt werden könnte. Zudem erfolgt jede Beteiligung einer Gemeinde an einer Gesellschaft des privaten Rechts unter dem Vorbehalt, daß der öffentliche Zweck durch die gewählte Rechtsform effektiver und wirtschaftlicher zu erreichen ist. Die Vorteile der

76 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV 5.
77 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 4.4.
78 Grundlegend zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern Kallrath MittRhNotK 1999, 325.
79 Lux NWVB 2000, 7, 11.
80 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV 5.
81 Erle/Becker NZG 1999, 58, 62.

82 Ade, Hdb. Kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 120 ff.
83 Noack StUG 1995, 379, 383.
84 Koch, Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, S. 175 ff.; Ade, Hdb. Kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 121, der aber eine Genehmigung der Aufsichtsbehörde für notwendig erachtet.
85 Koch a.a.O. S. 176.

privaten Betätigung liegen dabei gerade in der Haftungsbeschränkung und der wirtschaftlich gewinnorientierten Betriebsführung. Koppelt man diese Gesellschaft privaten Rechts durch einen Beherrschungsvertrag wieder an die Entscheidungsfindung der Gemeinde, so verhält man sich widersprüchlich und verstößt gegen die Grundgedanken der §§ 108 ff. GO NW⁸⁶.

Insgesamt ist der Abschluß eines Beherrschungsvertrages unmittelbar zwischen Gemeinde und Gesellschaft nicht zulässig.

5. Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck

Konkrete Anforderungen an die Satzungsgestaltung sieht zudem § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 GO NW vor. Danach muß die Satzung ausdrücklich auf den öffentlichen Zweck ausgerichtet sein. D.h., die Gesichtspunkte, die hinsichtlich der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Beteiligung maßgeblich waren, sind bei der Formulierung des Gegenstandes der Gesellschaft mit aufzunehmen⁸⁷.

Mithin ist das Ergebnis der Abwägung der Gemeinde nach den §§ 107 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2, 108 GO NW über das Für und Wider der Betätigung in der Form des Privatrechts im Gegenstand zum Ausdruck zu bringen⁸⁸. Damit bietet sich für den beratenden Notar die Möglichkeit, den eigentlich im internen Bereich der Gemeinde liegenden Entscheidungsprozeß nachzuvollziehen. Dabei kommt der genauen Formulierung des Gesellschaftsgegenstandes im Hinblick auf potentielle konzernrechtliche Haftungsrisiken eine nicht zu unterschätzende Rolle zu⁸⁹.

Die Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck verbietet es nicht, eine Beteiligungsklausel aufzunehmen. Auch der Zusatz „damit zusammenhängende Dienstleistungen vorzunehmen“ ist zulässig, solange der öffentliche Zweck gefördert und nicht in den Hintergrund gedrängt wird⁹⁰.

Interessant wird das Gebot der Ausrichtung auf den öffentlichen Zweck auch im Hinblick auf mittelbare Beteiligungen. Will die in gemeindlicher Beteiligung stehende Gesellschaft selbst Anteile an einer anderen Gesellschaft erwerben, so sieht § 108 Abs. 5 GO NW besondere Voraussetzungen vor. Ist die Gemeinde an der erwerbenden Gesellschaft mit mehr als 25 % beteiligt, so darf der jeweilige Vertreter der Gemeinde in der Gesellschaft nur nach einer Entscheidung des Rates dieser Beteiligung zustimmen. Diese Unterbeteiligung muß dabei wiederum den allgemeinen Anforderungen der §§ 107 ff. GO NW entsprechen⁹¹. Unabhängig davon, daß dem darin zum Ausdruck kommenden Weisungsrecht der Gemeinde als Gesellschafter zwingende Vorschriften des Gesellschaftsrechts entgegenstehen können⁹², wird darauf verwiesen, daß diese Genehmigung nur dann notwendig sei, wenn die Zustimmung des Gemeindevertreters überhaupt notwendig ist⁹³. Danach könnte eine Befragung des Rates also unterlassen werden, wenn die privaten Mitgesellschafter auch aufgrund ihrer Mehrheit allein über die Unterbeteiligung entscheiden könnten und es damit auf das Abstimmungsverhalten des Gemeindevertreters nicht ankommt.

Dieses Beispiel zeugt aber von einer sehr engen Sichtweise des Ausrichtungsgebotes. Aus § 108 Abs. 1 Nr. 6, Nr. 7 und Abs. 5 GO NW ist gerade herzuleiten, daß im Falle einer 25 % Beteiligung der Gemeinde diese durch entsprechende Vorschriften im Gesellschaftsvertrag sicherzustellen hat, daß die Gemeindevertreter nicht überstimmt werden können. Dies wird für die GmbH durch die Einführung des § 108 Abs. 3 Nr. 1 GO NW bestätigt.

Daraus ist für die Vertragsgestaltung herzuleiten, daß es dem wohlverstandenen Interesse der Gemeinde entspricht, die Frage der Unterbeteiligung von einem Zustimmungserfordernis abhängig zu machen, das der Gemeinde auch als Minderheitsgesellschaftlicher Einfluß offen läßt.

6. Jahresabschluß, Lagebericht

Die Gemeinde darf sich gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GO NW nur an einer Gesellschaft des privaten Rechts beteiligen, wenn satzungsmäßig vorgesehen ist, den Lagebericht und den Jahresabschluß entsprechend des 3. Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften erstellen und prüfen zu lassen. Die Prüfung kann, solange es sich um kleine nicht prüfungspflichtige Kapitalgesellschaften i.S.d. § 267 Abs. 1 HGB handelt, auch entsprechend den Vorschriften der Eigenbetriebsverordnung erfolgen (§§ 19 ff. EigVO)⁹⁴. Damit haben die Gesellschaften nicht nur eine Bilanz und Gewinn und Verlustrechnung aufzustellen, sondern auch den Anhang gemäß den §§ 284 ff. HGB und den Lagebericht gemäß § 289 HGB anzufertigen.

II. Anforderungen an die Beteiligung an Gesellschaften des Privatrechts

Die Gemeindeordnung verpflichtet die Gemeinde im Falle einer Beteiligung an einer Gesellschaft privaten Rechts auf diese einzuwirken und die gesetzgeberischen Ziele umzusetzen. Damit wird die Frage angesprochen, wie die Gemeinde ihre Gesellschafterstellung auszuüben hat.

1. Planung, Bekanntgabe, Abschlußprüfung

Bei einer Mehrheitsbeteiligung von mehr als 50 % an einer Gesellschaft sieht § 108 Abs. 2 GO NW eine Pflicht der Gemeinde vor, darauf hinzuwirken, daß

- jährlich ein Wirtschaftsplan aufgestellt wird,
- eine fünfjährige Finanzplanung der Wirtschaftsführung zugrunde gelegt wird,
- die Bekanntmachung aller wesentlichen Ergebnisse erfolgt⁹⁵,
- eine Stellungnahme zur Erreichung des öffentlichen Zweckes erfolgt,
- die Wirtschaftsgrundsätze der Gewinnerzielung beachtet werden.

Zur Erfüllung dieser Pflichten empfiehlt es sich, die genannten Punkte in dem Gesellschaftsvertrag zu verankern. Dies gilt insbesondere auch für die Erstellung des fünfjährigen Wirtschaftsplanes. Auch wenn dieses Mittel der allgemeinen öffentlichen rechtlichen Finanzplanung der Vorschrift des § 83 GO NW angepaßt ist, obliegt die Umsetzung der in § 108 Abs. 2 GO NW geforderten Maßnahmen ausschließlich den zuständigen Organen der Gesellschaft, ohne daß der Gemeinde als Gesellschafterin unmittelbar eine Einflußmöglichkeit zustünde⁹⁶. Daher sollte es den jeweiligen Geschäftsführern oder Vorständen kraft Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag zur Aufgabe gemacht werden, die genannten Grundsätze zu beachten und die notwendigen Pläne und Berichte vorzulegen oder die entsprechenden Prüfungen zu veranlassen.

Eine weitere unmittelbare Einwirkungspflicht der Gemeinde sieht § 112 GO NW vor. Danach soll die Gemeinde bei einer Beteiligung ab 25 % daraufhinwirken, daß eine Abschlußprü-

86 So auch Schwintowski, NJW 1995, 1316, 1319 f.; Paschke ZHR 152 (1988), 263, 272 ff.

87 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV 6; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 108 GO, Rn. 5.

88 Vgl. Formulierungsbeispiel bei Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV 6.

89 S. o. A. I. 3. bb) (3)

90 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 4.5; Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV. 6.

91 Vgl. auch bei der Veräußerung von Beteiligungen § 111 Abs. 2 GO NW.

92 Dazu unten B. I. 3. a).

93 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 6.2.

94 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. IV. 7; Runderlaß des IM vom 16.12.1987 abgedruckt auch bei Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 4.6.

95 Zur Form vgl. Runderlaß des IM vom 16.12.1987 abgedruckt auch bei Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 108 Anm. 5.2.

96 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. V. 2.

fung i.S.d. §§ 53, 54 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG)⁹⁷ vorgenommen wird. Bei einer Mehrheitsbeteiligung stehen ihr diese Rechte kraft Gesetzes zu, wobei allein auf eine Anteilsmehrheit nicht aber auf die Stimmenmehrheit abzustellen ist⁹⁸. Nach § 53 HGrG soll im Rahmen der Abschlußprüfung die ordnungsgemäße Geschäftsführung kontrolliert werden und eine Berichtspflicht des Prüfers bezüglich der allgemeinen Geschäfts- und Ertragslage festgelegt werden. Gemäß § 54 HGrG soll ferner darauf hingewirkt werden, daß mit einem Beschluß, der einer dreiviertel Mehrheit des vertretenen Kapitals bedarf, in der Satzung ein unmittelbares Selbstunterrichtungsrecht der zuständigen Rechnungsprüfungsbehörde festgelegt wird, damit diese eine Betätigungsprüfung nach kaufmännischen Grundsätzen vornehmen kann; vgl. § 44 HGrG⁹⁹.

Die Gemeinde hat ihrer Verpflichtung aus § 112 GO NW auch dann Genüge getan, wenn ihr Vorschlag auf Umsetzung der §§ 53 f. HGrG aufgrund der bestehenden Beteiligungsverhältnisse nicht durchgesetzt wird¹⁰⁰. Stehen ihr allerdings die entsprechenden Mehrheiten zu, so muß sie die Satzung ändern und das Selbstunterrichtungsrecht wahrnehmen¹⁰¹.

2. Einfluß auf die Gemeindevertreter

Neben der unmittelbaren Pflicht zur Einwirkung auf das Gesellschaftsverhältnis sieht die Gemeindeordnung in § 113 GO NW eine konkrete Einflußnahme der Gemeinde auf die gemeindlichen Vertreter vor, die innerhalb der Gesellschaft Aufgaben wahrnehmen. Die Vorschrift regelt dabei ausschließlich die Frage, wer die Gemeinde gegenüber der Gesellschaft vertreten darf¹⁰².

Nach § 113 Abs. 1 GO NW sind diese Vertreter gehalten, die Interessen der Gemeinde in den Gesellschafterversammlungen und Aufsichtsräten zu verfolgen. Sie sind an die Ratsbeschlüsse gebunden und haben ihr jeweiliges Amt in der Gesellschaft auf Beschluß des Rates niederzulegen. Die Vorschrift stellt daher das Verbindungsglied zwischen der kommunalrechtlichen Willensbildung und der Umsetzung in der Gesellschaft dar¹⁰³. § 113 Abs. 1 GO NW bezieht sich dabei grundsätzlich¹⁰⁴ nur auf Vertreter der Gemeinde in Aufsichts- und Kontrollorganen und nicht auf den Vorstand bzw. Geschäftsführer der Gesellschaft¹⁰⁵.

Gemäß § 113 Abs. 3 GO NW hat die Gemeinde bei Kapitalgesellschaften ferner darauf hinzuwirken, daß im Gesellschaftsvertrag vorgesehen wird, daß ihr das Recht zur Entsendung von Gemeindevertretern in die Aufsichtsorgane zugestanden wird. Zudem sind die Gemeindevertreter gemäß § 113 Abs. 5 GO NW verpflichtet, den Rat frühzeitig über Angelegenheiten von besonderer Bedeutung bei der Gesellschaft zu unterrichten.

Die Einflußnahme der Gemeinde gemäß § 113 GO NW auf die gemeindlichen Vertreter steht unter dem Vorbehalt, daß andere (insbesondere gesellschaftsrechtliche) Gesetze nichts Gegenteiliges bestimmen. Damit ist hinsichtlich der Umsetzung dieser Gebote zur Einflußnahme in den jeweiligen Satzungen bzw. Gesellschaftsverträgen zunächst die Frage der rechtlichen Zulässigkeit nach dem einschlägigen Gesellschaftsrecht zu klären. Dies wird daher im weiteren bei der konkreten Umsetzung der gemeinderechtlichen Vorgaben in den Organisationsstatuten der AG und der GmbH untersucht werden.

B.

Die Umsetzung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben im Organisationsstatut

Versucht man nunmehr die kommunalrechtlichen Vorschriften in das Organisationsstatut (Satzung oder Gesellschaftsvertrag) der Gesellschaft privaten Rechts umzusetzen, so ist im weiteren zu prüfen, inwieweit dies aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig und möglich ist.

Da bei der AG gemäß § 23 Abs. 5 AktG die gesetzlichen Vorschriften überwiegend zwingenden Charakter haben, hingegen bei der GmbH weitestgehende Freiheit bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages besteht, wurde in der Literatur schon vor Inkrafttreten des 1. Modernisierungsgesetzes die GmbH als die optimale Rechtsform für eine gemeindliche Beteiligung angesehen¹⁰⁶. Durch § 108 Abs. 3 GO NW hat der Gesetzgeber dieser Einschätzung Rechnung getragen und verpflichtet nunmehr die Gemeinde, von einer Beteiligung an einer AG grundsätzlich Abstand zu nehmen¹⁰⁷.

I. AG

Die kommunalrechtlichen Anforderungen der §§ 107 ff. GO NW haben bei der Gestaltung der Satzung einer Aktiengesellschaft Auswirkungen auf den Gegenstand des Unternehmens, den Vorstand, den Aufsichtsrat, den Lagebericht, die Finanzplanung und die Abschlußprüfung.

1. Gegenstand des Unternehmens

Entsprechend dem in § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 GO NW normierten Ausrichtungsgebot und den dargestellten Überlegungen zu Konzernhaftung¹⁰⁸ ist in der Satzung der Gegenstand der Gesellschaft genau zu bezeichnen. Dabei sollte der öffentliche Zweck, dessen Verfolgung die Gemeinde zur Beteiligung bewogen hat, ausdrücklich hervorgehoben werden. Beispielsweise könnte die Formulierung „sichere, preisgünstige und umweltschonende Versorgung der Gemeinde mit...“¹⁰⁹ insbesondere bei Gesellschaften mit unsicherer Ertragslage noch dadurch ergänzt werden, daß die Erreichung dieses Zweckes Vorrang vor der Gewinnerzielung hat. Auch eine Beteiligungsklausel kann im Gegenstand mit aufgenommen werden¹¹⁰.

2. Vorstand

Ein ausdrückliches Gebot für die Gemeinde, den Vorstand oder sonstige Vertretungsberechtigte aus den eigenen Reihen bei der Gesellschaft zu bestimmen, besteht nicht, da § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW nur bestimmt, daß die Gemeinde einen angemessenen Einfluß haben soll. § 113 Abs. 4 GO NW verdeutlicht aber, daß im Fall, daß ein solches Recht oder zumindest ein Vorschlagsrecht bestehen sollte, der Rat entscheidet.

Bei der Satzungsgestaltung für eine AG ist zu beachten, daß ein bindendes Vorschlagsrecht über die Berufung von Vorstandsmitgliedern unzulässig ist¹¹¹. Umstritten ist selbst, ob ein unverbindliches Vorschlagsrecht (z.B. für den Rat der Gemeinde) in die Satzung mit aufgenommen werden darf. In der Literatur wird schon in einer solchen Regelung die Gefahr der Ausübung eines gewissen Drucks auf die Entscheidung der Aufsichtsratsmitglieder gesehen, was zur Unzulässigkeit führen würde¹¹². Gerade die Vertreter der Gemeinde, die in den Auf-

⁹⁷ Abgedruckt in Sartorius I, Ordnungsnummer 699; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 6.

⁹⁸ Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 7.

⁹⁹ Ausführlich dazu Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 13 ff.

¹⁰⁰ Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 112 Anm. III. 3.; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 112 GO, Rn. 1; a.A. Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 112 Anm. 4.2.

¹⁰¹ Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 112 Anm. III. 3.

¹⁰² Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 11/95, § 113 Anm. II. 1.

¹⁰³ Keßler GmbH 2000, 71, 73.

¹⁰⁴ Ausnahme § 113 Abs. 4 GO NW.

¹⁰⁵ Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 113 GO, Rn. 2.

¹⁰⁶ Ade, Hdb. Kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 89 ff; Grziwotz NZG 1999, 55, 56.

¹⁰⁷ Ehlers NWVBl 2000, 1, 2.

¹⁰⁸ S. o. A. I. 3. b) bb).

¹⁰⁹ Nach Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 108 Anm. 6.

¹¹⁰ S. o. A. I. 5.

¹¹¹ Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 84, Rn. 5; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 84, Rn. 9.

¹¹² So Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 84, Rn. 9 a.A. Großkommentar zum AktG/Meyer-Landrut, 3. Aufl. 1973, § 84 Anm. 2; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Hefermehl, AktG, 1973, § 84, Rn. 9.

sichtsrat bestellt wurden, wären aufgrund der Regelung des § 113 Abs. 1 GO NW zumindest im Innenverhältnis zur Gemeinde einem solchen Druck ausgesetzt. Somit empfiehlt es sich, aufgrund der bestehenden Zweifel auf ein solches unverbindliches Vorschlagsrecht in der Satzung zu verzichten.

3. Aufsichtsrat

Die Gemeindeordnung sieht insbesondere in § 113 GO NW eine Reihe von Bindungen der gemeindlichen Vertreter in den Kontrollorganen der Gesellschaften vor. Gleichzeitig hat der Kommunalgesetzgeber erkannt, daß die Umsetzung dieser Anforderungen in der Satzung der AG wegen der zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts gemäß § 23 Abs. 5 AktG gerade in diesem Bereich äußerst schwierig ist. Daher hat er in § 108 Abs. 3 GO NW eine Beteiligung an Aktiengesellschaften nur im Ausnahmefall für zulässig erklärt. Hinsichtlich der einzelnen Vorgaben der Gemeindeordnung ist folgendes zu beachten:

a) Weisungsrechte

Die Bindung des gemeindlichen Vertreters an die Beschlüsse des Rates gemäß § 113 Abs. 1 GO NW wird im Gesellschaftsrecht unter dem Stichwort des Weisungsrechtes diskutiert. Bei Mitgliedern des Aufsichtsrates einer AG wird die Implementierung von Weisungsrechten von Aktionären grundsätzlich als unvereinbar mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Amtsführung des Aufsichtsratsmitgliedes angesehen¹¹³.

aa) Eine Ausnahme wird zum Teil für solche Aufsichtsratsmitglieder angenommen, die aufgrund eines Entsendungsrechtes im Sinne von § 101 Abs. 2 AktG in den Aufsichtsrat gelangt sind. Nach § 101 Abs. 2 AktG kann in der Satzung vorgesehen werden, daß bestimmten Aktionären das Recht vorbehalten wird, bis zu ein Drittel der gesetzlich vorgesehenen Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen. Da die Gemeinde gemäß § 113 Abs. 3 GO NW auf ein solches Entsendungsrecht hinwirken soll, könnte also zumindest für diese Aufsichtsratsmitglieder die satzungsmäßige Bindung an Weisungen möglich sein. Begründet wird die Zulässigkeit der Weisungsabhängigkeit in diesen Fällen mit der aus § 103 Abs. 2 AktG resultierenden Möglichkeit des entsendungsberechtigten Aktionärs, das entsandte Aufsichtsratsmitglied jederzeit abzurufen. Da dadurch jede unliebsame Entscheidung des Aufsichtsratsmitgliedes unmittelbar sanktioniert werden könne und damit eine Abhängigkeit zum Aktionär bestehe, könne das Aufsichtsratsmitglied zumindest solchen Weisungen unterworfen werden, die dem Gesellschaftszweck entsprächen¹¹⁴.

Dagegen spricht, daß nach § 116 i.V.m. § 93 AktG jedes Aufsichtsratsmitglied bei den ihm obliegenden Aufgaben die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat. Objektiver Maßstab kann dabei nur das Interesse der Gesellschaft sein¹¹⁵. Zudem sind gemäß § 111 Abs. 5 AktG die Aufgaben des Aufsichtsratsmitgliedes höchstpersönlicher Natur und können nur von ihm selbst wahrgenommen werden. Dies korrespondiert mit der persönlichen haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit, welche das Aufsichtsratsmitglied gemäß den §§ 116, 117, 96 AktG trifft. Wäre für entsandte Aufsichtsratsmitglieder eine Weisungsabhängigkeit zulässig, so könnte eine persönliche Verantwortlichkeit nicht aufrecht erhalten werden¹¹⁶.

Diese Faktoren lassen nur den Schluß auf eine unabhängige und weisungsfreie Amtsführung der Aufsichtsratsmitglieder zu, die auch für entsandte Aufsichtsratsmitglieder gilt¹¹⁷.

bb) Da die persönliche Haftung zu den zwingenden und gemäß § 23 Abs. 5 AktG unabänderbaren Vorschriften des Aktienrechts gehört¹¹⁸, widerspricht eine Weisungsmöglichkeit den Vorschriften des AktG¹¹⁹ und der Gesetzesvorbehalt des § 113 Abs. 1 S. 4 GO NW greift ein.

Dieses Ergebnis wird auch nicht durch § 113 Abs. 6 GO NW in Frage gestellt. Die Haftungsfreistellung der gemeindlichen Vertreter für Handlungen, die auf Weisung der Gemeinde erfolgen, berührt nur das gemeindliche Innenverhältnis und hat keinen Einfluß auf die gesellschaftsrechtliche Vorgabe des Aktiengesetzes. Die Weisungsgebundenheit nach der GO NW stellt damit eine interne Obliegenheit des Aufsichtsratsmitgliedes zur Gemeinde dar, die im Regelfall wohl beachtet werden wird, die aber weder durchsetzbar ist noch in die Satzung mit aufgenommen werden kann¹²⁰.

Die Gemeinde kann aber dadurch der Gefahr eines Interessenkonfliktes ihres Aufsichtsratsmitgliedes entgegenwirken, daß sie den Bewertungsmaßstab, an dem sich das Aufsichtsratsmitglied zu orientieren hat, hinreichend genau auf den öffentlichen Zweck abstimmt¹²¹. Sollen also bei der Beteiligung an einem Unternehmen neben der Gewinnerzielungsabsicht noch soziale Komponenten berücksichtigt werden, so sollte dies unbedingt beim Gesellschaftszweck festgehalten werden. Dies mag zwar für private Investoren nicht reizvoll erscheinen¹²², doch vermeidet es Interessenkonflikte und stellt einen gesellschaftsrechtlich nicht zu beanstandenden Weg dar, öffentliche Belange vor die Gewinnerzielungsabsicht zu stellen.

b) Verpflichtung zur Amtsniederlegung, Entsendungsrecht

aa) Neben der Weisungsgebundenheit sieht § 113 Abs. 1 S. 3 GO NW zusätzlich vor, daß die gemeindlichen Vertreter ihr Amt in der Gesellschaft jederzeit auf Beschluß des Rates niederzulegen haben. Diese Verpflichtung zur Amtsniederlegung läßt sich in der Aktiengesellschaft nur bei entsandten Aufsichtsratsmitgliedern durchsetzen, § 103 Abs. 2 AktG. Bei frei gewählten Mitgliedern ist eine Abberufung nur nach den allgemeinen Vorschriften der Abwahl durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß möglich, § 103 Abs. 1 AktG.

Fraglich ist, ob man die Abberufung durch Stimmbindungsvereinbarung oder Satzungsbestimmung auch in das Belieben eines Aktionärs stellen kann. Dabei ist in der Literatur anerkannt, daß die Abberufung bzw. Abwahl von Aufsichtsratsmitgliedern nur dahingehend erleichtert werden kann, daß eine einfache Mehrheit i.S.d. § 133 AktG ausreichen soll. Eine weitergehende Absenkung oder vertragliche Vereinbarung über die Abberufung in anderer Weise als durch Mehrheitsbeschluß der Hauptversammlung ist hingegen unzulässig¹²³. Auch ist es nicht gestattet, eine Differenzierung der Abberufungsmöglichkeiten zwischen einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsrates vorzusehen¹²⁴. Damit muß in der Satzung für alle von der Hauptversammlung gewählten Aufsichtsratsmitglieder eine einheitliche Regelung zur Abberufung vereinbart werden, da alle Mitglieder in ihrer Rechtsstellung den gleichen Rang haben müssen¹²⁵.

bb) Die Verpflichtung der Gemeinde in § 108 Abs. 1 Nr. 6 und § 113 Abs. 3 GO NW, auf angemessenen Einfluß und die Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern hinzuwirken, kann gemäß § 101 Abs. 2 AktG nur dadurch sichergestellt werden, daß ihr ein satzungsmäßiges Entsendungsrecht eingeräumt wird.

113 Münch.Hdb. AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 33 Rn. 7; Kölner Komm./Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 111, Rn. 90; Keßler GmbH 2000, 71, 76 f.

114 Noack, Städte und Gemeinderat (StuG) 1995, 381; Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 113 Anm. IV. 3.

115 Vgl. dazu Münch.Hdb AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 29, Rn. 26 f.

116 Schwintowski NJW 1995, 1316, 1318.

117 BGHZ 36, 296, 306; Münch.Hdb. AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 33, Rn. 7.

118 Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 93, Rn. 3.

119 Vgl. auch Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 111, Rn. 90, wonach das ausdrücklich auch für die Vertreter der öffentlichen Hand gelten soll.

120 Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995, Rn. 329.

121 Noack StuG 1995, 379, 380; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, Anm. 5.4; Grziwotz NZG, 1999, 55, 57.

122 Noack a.a.O.

123 Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 103, Rn. 4; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 103, Rn. 13 ff.

124 BGHZ 99, 211, 215; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 103, Rn. 15.

125 BGH a.a.O. S. 215.

Dadurch wäre es ihr möglich, bis zu ein Drittel der gesetzlich vorgesehenen Zahl der Aufsichtsratsmitglieder zu stellen.

c) Informationspflichten

Die Umsetzung der Informationspflichten, die die Gemeindeordnung den gemeindlichen Vertretern in § 113 Abs. 5 GO NW auferlegt, gestaltet sich aus gesellschaftsrechtlicher Sicht als sehr schwierig.

Bei der Aktiengesellschaft unterliegen die Aufsichtsratsmitglieder gemäß § 116 Abs. 1 i.V.m. § 93 AktG grundsätzlich einer strikten Verschwiegenheitspflicht. Danach haben sie über alle vertraulichen Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, die ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit bekannt geworden sind, Stillschweigen zu bewahren.

Ein Ausnahme wird in den §§ 394, 395 AktG für solche Mitglieder gemacht, die auf Veranlassung einer Gebietskörperschaft in den Aufsichtsrat gewählt worden sind. Diese dürfen der Gebietskörperschaft Informationen der Gesellschaft offenlegen, soweit sie ihr gegenüber eine konkrete Berichtspflicht haben¹²⁶. Durch § 395 AktG sind die Personen, die diese Berichte entgegenzunehmen haben, in die Verschwiegenheitsverpflichtung wiederum mit einbezogen. Gleichzeitig verpflichtet § 113 Abs. 5 GO NW die Vertreter der Gemeinde, dem Rat von Angelegenheiten mit besonderer Bedeutung zu berichten, schränkt diese Berichtspflicht aber wieder dahingehend ein, daß sie nur bestehe, soweit durch Gesetz nicht anderes bestimmt sei. Diese doppelte Verweisung zwischen der Gemeindeordnung und dem AktG führt zur Verwirrung darüber, ob überhaupt und wenn wem Auskünfte zu erteilen sind. Das AktG lockert die Verschwiegenheitspflicht, wenn der Gemeindevertreter eine konkrete Pflicht zur Berichterstattung hat; die Gemeindeordnung sieht eine konkrete Berichtspflicht aber nur vor, wenn das (Aktien-)Gesetz nichts anderes bestimmt. Aufgrund der unklaren Rechtslage werden daher hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht von Gemeindevertretern im Aufsichtsrat einer AG sehr unterschiedliche Ansichten vertreten.

aa) Teilweise wird das Bestehen einer Berichtspflicht von Gemeinderatsmitgliedern grundsätzlich verneint, so daß auch die Ausnahmenvorschrift des § 394 AktG nicht zur Anwendung gelangen kann¹²⁷. Nach anderer Ansicht wird eine allgemeine Berichtspflicht gegenüber dem Rat mit der Begründung bejaht, daß die Ratsmitglieder selbst wegen der gemeinderechtlichen Vorschriften der §§ 30, 43 GO NW zur Geheimhaltung verpflichtet und damit die Belange der Gesellschaft ausreichend geschützt seien¹²⁸. Eine vermittelnde Auffassung versucht entgegen dem Wortlaut des § 113 GO nicht den Rat, sondern den Bürgermeister zum Berichtsadressaten zu machen. Trotz der Verschwiegenheitspflicht der Ratsmitglieder nach den §§ 30, 43 GO NW und § 395 AktG sei eine Geheimhaltung aufgrund der hohen Zahl der Mitwisser andernfalls faktisch nicht möglich¹²⁹.

bb) Bei der Gestaltung der Satzung der AG sollte aufgrund der unglücklichen Verweisung zwischen der Gemeindeordnung und dem Aktiengesetz nach Sinn und Zweck der Vorschriften eine vermittelnde Position gesucht werden.

Für das Gesellschaftsrecht stellt das Verschwiegenheitsgebot einen wesentlichen Umstand dar, der dem Gesellschafterverhältnis immanent ist. Unternehmensdaten und -strategien sind

von zentraler Bedeutung und unterliegen damit der Geheimhaltung. Verstöße dagegen sind strafbewehrt, § 404 AktG, was wiederum den besonderen Stellenwert der Geheimhaltung verdeutlicht. Die §§ 394 f. AktG lassen nur deshalb eine Ausnahme zu, da der Gesetzgeber davon ausging, daß die Offenbarung gegenüber Gebietskörperschaften zu keiner Gefährdung der berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaften führen würde. Die unklare Verweisung des § 113 GO ist daher dahin auszulegen, daß das Gesellschaftsrecht zwingend vorgibt, daß wesentliche Geschäftsgeheimnisse nicht Dritten bekanntgegeben werden dürfen, wenn damit eine Geheimhaltung faktisch unmöglich gemacht wird¹³⁰, was bei einer allgemeinen Berichtspflicht gegenüber dem Gemeinderat letztlich nicht auszuschließen ist¹³¹.

Dementsprechend ist in der Satzung aus Gründen der Klarstellung festzuhalten, daß der Vorstand die Aufgabe übertragen bekommt, einen Bericht über alle Angelegenheiten mit wesentlicher Bedeutung zusammenzustellen, der an den Rat weitergeleitet werden kann. Der Vorstand ist sachnäher und kann daher besser einschätzen, welche Angaben ohne die Gefahr eines Geheimnisverrats offengelegt werden können¹³².

Sollte ein Aufsichtsratsmitglied noch weitere Informationen als wesentlich für die Beteiligung der Gemeinde erachten, so sollte in der Satzung (bzw. Geschäftsordnung des Aufsichtsrates) vorgesehen werden, daß es sich mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern oder dem Vorsitzenden ins Benehmen zu setzen hat, mit dem Ziel, über den Umfang seiner Mitteilung zu beraten¹³³.

Gegen dieses Verfahren spricht auch nicht die Entscheidung des BGH¹³⁴, wonach das gesetzliche Verschwiegenheitsgebot für Mitglieder des Aufsichtsrates nicht durch Satzung oder Geschäftsordnung wirksam verschärft werden kann. Da die gesetzlichen Grenzen der Verschwiegenheit – wie dargelegt – nicht sicher zu bestimmen sind, führt eine entsprechende Satzungsregelung zu keiner Verschärfung. Zudem ist es als ein Verstoß gegen die Pflicht auf vertrauensvolle Zusammenarbeit zu werten, wenn offensichtliche Geschäftsgeheimnisse ohne eine Abstimmung mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern Dritten bekanntgegeben werden¹³⁵. Daher ist es gerechtfertigt, eine Bindung der Aufsichtsratsmitglieder unmittelbar an diese Verfahrensregeln der Satzung vorzusehen. Dieses Verfahren soll das Aufsichtsratsmitglied durch das Gespräch mit seinen Kollegen anhalten, alle Aspekte abzuwägen, bevor es geheime Informationen weitergibt¹³⁶.

Im weiteren muß es dem Aufsichtsratsmitglied dann freigestellt bleiben, beim Vorliegen wichtiger Gründe im Rahmen einer autonomen Entscheidungsfindung auch gegen die Empfehlung der übrigen Aufsichtsratsmitglieder zu handeln und Informationen an die Gemeinde weiterzugeben¹³⁷.

Zudem sollte von Seiten der Gemeinde darauf geachtet werden, daß die Berichte des Aufsichtsratsmitgliedes in einem besonderen Ausschuß verhandelt werden, so daß eine höhere Geheimhaltung und Vertraulichkeit gewährleistet werden kann. Sollte trotz dieser Maßnahmen die Vertraulichkeit nicht sichergestellt werden können, ist davon auszugehen, daß das Verschwiegenheitsgebot des Gesellschaftsrechts Vorrang hat und damit „etwas anderes“ i.S.d. § 113 Abs. 5 S. 2 GO NW gilt¹³⁸.

Insgesamt sollte daher in der Satzung hinsichtlich der Weitergabe von Informationen der Aufsichtsratsmitglieder eine ent-

126 Kölner Kommentar/Zöllner, AktG, 1. Aufl. 1985, § 394, Rn. 3.

127 MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 33, Rn. 34 m.w.N.

128 Vogel, Städte und Gemeinderat (StuG) 1996, 252, 255. Allerdings kann daraus jedenfalls nicht geschlossen werden, die Ratsmitglieder könnten unmittelbar an den Sitzungen des Aufsichtsrates der Gesellschaft teilnehmen, vgl. OVG NW NWVBl 1997, 67 f.

129 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 113 Anm. IV. 5; Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 113 Anm. 9; wohl auch Höffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 43.

130 Noack StuG 1995, 379, 386; Ade, Hdb. Kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 103; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3. Aufl. 1993, Rn. 113.

131 Held/Becker, Kommunalverfassungsrecht NRW, Stand 9/99, § 113 Anm. 9.

132 Ade, Hdb. Kommunales Beteiligungsmanagement, 1997, S. 101; Schmidt-Aßmann/Ulmer BB Beilage 13 S. 5) zu Heft 27, 1988; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 116, Rn. 43.

133 Vogel, StuG 1996, 252, 255.

134 BGHZ 64, 325 ff. = DNotZ 1976, 177.

135 Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 116, Rn. 47.

136 MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 33, Rn. 339 ff.; M. Lutter, Informationen und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Auflage 1984, S. 213 ff.

137 Vgl. Hoffmann, der Aufsichtsrat, 3. Auflage 1994, Rn. 277.

138 Noack StuG 1995, 379, 386; im Erg. auch Schnaudigel, Der Betrieb nicht wirtschaftlicher Unternehmen..., 1995, S. 187; Hoffmann a.a.O., Rn. 279; Schwintowski NJW 1990, 1009, 1014.

sprechende Richtlinie aufgestellt werden, die die Grundsätze aufzeigt, wie mit Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen zu verfahren ist¹³⁹.

d) Zustimmungspflicht, Finanzplanung

Zur Wahrung des Einflusses der Gemeinde bietet es sich weiter an, von der in § 111 Abs. 4 S. 2 AktG genannten Möglichkeit Gebrauch zu machen und einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte in die Satzung mit aufzunehmen.

Selbstverständlich muß dabei beachtet werden, daß nur bestimmte Arten von Geschäften unter den Zustimmungsvorbehalt gestellt werden können, nicht hingegen die Vornahme von Einzelgeschäften¹⁴⁰.

In diesem Zusammenhang wird es ausdrücklich als zulässig angesehen, daß dem Aufsichtsrat die Zustimmung für den Erwerb oder zur Veräußerung von Beteiligungen an anderen Gesellschaften und an Maßnahmen der vorausschauenden Planung vorbehalten wird¹⁴¹. Damit kann also in der Satzung sichergestellt werden, daß die Gemeinde über ihre Vertreter im Aufsichtsrat entsprechend der Vorgaben der §§ 108 Abs. 5 und 111 GO NW Einfluß auf Unterbeteiligungen nehmen kann.

Gleiches gilt für die fünfjährige Finanzplanung des Vorstandes, die vom Aufsichtsrat auf die Ausrichtung hinsichtlich der Erreichung der öffentlichen Zwecksetzung geprüft werden kann.

e) Abstimmungsmehrheit

Da aufgrund eines Entsendungsrechts maximal ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder bestimmt werden kann (§ 101 Abs. 2 S. 3 AktG), ist bei der Satzungsgestaltung noch zu überlegen, ob der Zustimmungsbeschluß des Aufsichtsrates an eine bestimmte Mehrheit geknüpft wird. Dadurch könnte die Möglichkeit eines Überstimmtwerdens der gemeindlichen Vertreter ausgeschaltet und deren Einfluß verstärkt werden.

Grundsätzlich gilt bei der Beschlußfassung des Aufsichtsrates gemäß § 108 Abs. 1 AktG das Prinzip der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen entsprechend § 32 Abs. 1 S. 3 BGB bzw. § 133 Abs. 1 AktG¹⁴². Eine Änderung dieser Mehrheitsverhältnisse durch die Satzung ist nach allgemeiner Meinung bei paritätisch besetzten Aufsichtsräten und bei Entscheidungen, die kraft Gesetzes dem Aufsichtsrat zwingend vorgegeben sind, unzulässig¹⁴³. Ebenso werden Vetorechte einzelner Aufsichtsratsmitglieder für unzulässig gehalten¹⁴⁴.

Da es sich bei dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates aber nicht um eine zwingende gesetzliche Vorschrift handelt, scheint hier eine Modifizierung für nicht paritätisch besetzte Aufsichtsräte nicht ausgeschlossen¹⁴⁵. Allerdings sollte man dabei nicht verkennen, daß die Synchronisierung von Entsendungsrecht und qualifizierter Mehrheit bei der Beschlußfassung einen Einfluß des entscheidungsberechtigten Aktionärs erlaubt, der dem Aktienrecht fremd ist. Dies gilt trotz der gesellschaftsrechtlich garantierten Unabhängigkeit der entsandten Aufsichtsratsmitglieder, da eine faktische Einflußnahme des entscheidungsberechtigten Aktionärs nicht zu verhindern ist. Zudem könnte eine solche Regelung den Rechtsgedanken des § 101 Abs. 2 S. 3 AktG unterlaufen, der durch die zahlenmäßige Beschränkung der entsandten Aufsichtsratsmitglieder den Einfluß

der Aktionäre auf Entscheidungen des Aufsichtsrates beschränken will¹⁴⁶. Insgesamt ist somit in diesem Zusammenhang Zurückhaltung geboten.

4. Lagebericht, Finanzplanung, Abschlußprüfung

Gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GO NW muß in die Satzung aufgenommen werden, daß bezüglich der Erstellung der Bilanz die Vorschriften des 3. Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften beachtet werden.

Weiter sollten – abhängig von der Höhe der Beteiligung der Gemeinde – in der Satzung die Vorgaben des § 108 Abs. 2 GO NW bezüglich Planung und Bekanntgabe umgesetzt werden. Zudem sollten die Abschlußprüfung entsprechend den Vorschriften des § 112 GO NW i.V.m. § 53 HGrG und das Selbstunterrichtungsrecht der Rechnungsprüfungsbehörde gemäß § 54 i.V.m. § 44 HGrG satzungsmäßig verankert werden¹⁴⁷. § 395 Abs. 1 2. Fall AktG verdeutlicht, daß die Rechnungsprüfungsbehörde gemäß § 44 HGrG auch überprüft, ob die gemeindlichen Vertreter im Aufsichtsrat ihre Aufgaben erfüllt und die Interessen der Gemeinde wahrgenommen haben¹⁴⁸. Einer weiteren Konkretisierung in der Satzung bedarf es hierzu nicht.

Um eine eindeutige Regelung zu treffen, sollte es dem Vorstand kraft Satzung zur Aufgabe gemacht werden, die genannten Grundsätze zu beachten und die notwendigen Pläne und Berichte vorzulegen oder die entsprechenden Prüfungen zu veranlassen¹⁴⁹.

II. GmbH

Die kommunalrechtlichen Anforderungen der §§ 107 ff. GO NW sind bei der Gestaltung eines Gesellschaftsvertrages einer GmbH in den nachfolgend genannten Punkten zu berücksichtigen.

1. Gegenstand des Unternehmens

Auch bei der Beschreibung des Unternehmensgegenstandes der GmbH gilt es, das Ausrichtungsgebot des § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 GO NW und die Gefahren einer Konzernhaftung zu beachten¹⁵⁰. Daher ist entsprechend den bei der AG gemachten Ausführungen die Verfolgung des öffentlichen Zweckes deutlich hervorzuheben.

2. Geschäftsführung

Die Gemeinde kann zur Verfolgung ihrer Ziele im Gesellschaftsvertrag sowohl ihren Einfluß auf die Entscheidungen der Geschäftsführung als auch auf die Besetzung der Position der Geschäftsführer festlegen lassen.

a) Weisungsrechte

Gemäß § 37 GmbHG ist es den Gesellschaftern z.B. über die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen fast unbeschränkt möglich, konkreten Einfluß auf die Geschäftsführung insbesondere durch Einzelanweisungen zu nehmen¹⁵¹. Zudem kann gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, daß dem Aufsichtsrat bzw. einzelnen Gesellschaftern die Befugnis übertragen wird, konkrete Weisungen zu erteilen, die von den Geschäftsführern zu beachten sind¹⁵². Auch wenn durch diese Allzuständigkeit der Gesellschafterversamm-

139 Vgl. zur Formulierung Lutter, Informationen und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Aufl. 1984, S. 251 ff.; Münchener Vertragshdb./Höfters, GesR Bd. 1, 4. Aufl. 1996, V. 38.

140 Hoffmann, Der Aufsichtsrat, 3. Aufl. 1994, Rn. 304; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 111, Rn. 18 m.w.N.

141 Hoffmann a.a.O.; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3. Aufl. 1993, Rn. 37; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 111, Rn. 68.

142 Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 108, Rn. 7; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 108, Rn. 41.

143 MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking, 2. Aufl. 1999, § 31, Rn. 58; Kölner Kommentar/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 108, Rn. 46; Lutter/Krieger a.a.O., Rn. 249.

144 Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 108, Rn. 8.

145 So auch MünchHdb. AG/Hoffmann-Becking, 1988, § 31 Rn. 58; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Geßler, AktG, 1973, § 108, Rn. 23; a.A. KölnerKomm/Mertens, AktG, 2. Aufl. 1996, § 108, Rn. 46 und § 11, Rn. 63.

146 Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 101, Rn. 9.

147 Vgl. Formulierungsvorschlag (für Gesellschaftsvertrag einer GmbH) Cronaue, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995, S. 772 ff.; Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 7 ff.

148 Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 394, Rn. 17.

149 Rehn/Cronaue, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 112 Anm. III. 2.

150 S. o. A. I. 3. b) bb).

151 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 37, Rn. 17.

152 Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 37, Rn. 7; Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 37, Rn. 30 ff.

lung die Gefahr nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Geschäftsführer dabei zu „Vertretungs Marionetten“ degradiert werden¹⁵³, ist eine Grenze nur dort zu ziehen, wo die Geschäftsführer erkennen, daß die Weisung zur Insolvenz bzw. Gläubigerschädigung führt¹⁵⁴.

Liegt lediglich eine Minderheitsbeteiligung der Gemeinde vor, so hat sie – soweit wie wirtschaftlich möglich – die Vorgaben der §§ 107 ff. GO NW in anderer Weise sicherzustellen¹⁵⁵. Allerdings ist zu beachten, daß die Gemeinde, die als Gesellschafterin die Leitungsmacht bezüglich des Tagesgeschäfts übernimmt, Gefahr läuft, konzernrechtlich als herrschendes Unternehmen aufzutreten¹⁵⁶.

b) Besetzung

Anders als bei der AG kann bei der GmbH auch einzelnen Gesellschaftern das Recht zur Bestimmung eines (oder mehrerer) Geschäftsführer(s) eingeräumt werden¹⁵⁷. Bei einer Mehrheitsbeteiligung der Gemeinde ist die Verankerung solcher Bestellungsrechte grds. nicht zwingend geboten, da sich die Gemeinde im Rahmen der Gesellschafterversammlung mit ihren Kandidatenwünschen auch ohne satzungsmäßiges Sonderrecht durchsetzen könnte. Zudem sieht die Gemeindeordnung auch nicht unmittelbar eine Einwirkungspflicht dahingehend vor¹⁵⁸, sondern regelt in § 113 Abs. 4 GO NW lediglich für das gemeindliche Innenverhältnis, daß der Rat über diese Personalfrage zu entscheiden hat.

Hat die Gemeinde lediglich eine Minderheitsbeteiligung, möchte sie aber entsprechend § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 GO NW ihren angemessenen Einfluß auf die Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag sicherstellen, so empfiehlt es sich, ihr ein Sonderrecht zur Bestellung eines Geschäftsführers einräumen zu lassen¹⁵⁹. Wird diesem Geschäftsführer per Gesellschaftsvertrag Einzelgeschäftsführungsbefugnis und -vertretungsmacht eingeräumt und werden alle wesentlichen Entscheidungen an einen Zustimmungsvorbehalt z.B. des Aufsichtsrates gekoppelt, bei dem die Gemeindevertreter nicht überstimmt werden können, so ist die Wahrung der Interessen der Gemeinde sichergestellt¹⁶⁰.

Zugleich kann mit dem Recht zur Bestellung durch einen Gesellschafter auch das Recht der jederzeitigen Abberufung verbunden werden¹⁶¹.

3. Aufsichtsrat

Durch das 1. Modernisierungsgesetz ist es der Gemeinde in § 108 Abs. 4 Nr. 2 GO NW zur Auflage für eine Beteiligung an einer GmbH gemacht worden, daß ihr im Gesellschaftsvertrag das Recht eingeräumt werden muß, den Gemeindevertretern im fakultativen Aufsichtsrat Weisungen erteilen zu können. Unabhängig von der begrifflichen Vielfalt, die die Bezeichnung eines solchen Gremiums in den Gesellschaftsverträgen der nicht mitbestimmten GmbH kennt¹⁶², empfiehlt es sich, eine ausführliche Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, um die in §§ 107 ff. GO NW verlangte Einflußnahme der Gemeinde umzusetzen. Dabei sind folgende Gesichtspunkte zu beachten:

a) Weisungsrechte

Der von der Gemeindeordnung geforderte Einfluß auf gemeindliche Vertreter im Aufsichtsrat der GmbH im Sinne der §§ 108 Abs. 4 Nr. 2, 113 GO NW scheint leicht umsetzbar. Da bei der GmbH die Bestellung eines Aufsichtsrates grundsätzlich fakultativ erfolgt, liegt der Schluß nahe, daß es allein dem Gesellschaftsvertrag obliegt, die Rechte dieses Aufsichtsgremiums zu bestimmen¹⁶³. Steht es allein im Willen der Gesellschafter ein Aufsichtsgremium zu berufen, so müßte es ihnen auch freistehen, die Art und Weise der Amtsführung zu regeln. Damit könnten also beliebige Weisungsrechte für die Gemeinde vorgesehen werden. Häufig wird gerade diese Freiheit in der Gestaltung der Satzung der GmbH als der wesentliche Punkt zur Wahl dieser Rechtsform hervorgehoben¹⁶⁴. Auch der Landesgesetzgeber ging bei Einführung des § 108 Abs. 4 Nr. 2 GO NW erkennbar von der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit aus¹⁶⁵.

Dagegen werden allerdings zu Recht erhebliche Zweifel geltend gemacht¹⁶⁶. Dem Wesen eines Aufsichtsrates entspricht es in Anlehnung an § 111 AktG gerade, daß er Überwachungs- und Kontrollaufgaben wahrnimmt und dabei seine Mitglieder in persönlicher Verantwortung zu prüfen haben, daß die Unternehmensinteressen verfolgt werden¹⁶⁷. Diese Funktion läßt sich mit einer Weisungsgebundenheit nicht vereinbaren. Sollten also diese Überwachungsarbeiten kraft Satzungsbestimmung hinter einem Weisungsrecht zurücktreten, so läge ein Gremium vor, daß nicht als Aufsichtsrat im Sinne des § 52 GmbHG angesehen werden könnte. Da das GmbH-Recht keine Verpflichtung zur Bestellung eines Aufsichtsrates vorsieht, ist auch die Schaffung eines solchen Gremiums im Gesellschaftsvertrag zulässig. Allerdings ist zweifelhaft, ob damit den §§ 108 Abs. 4 Nr. 2, 113 GO NW tatsächlich Genüge getan wird. Diese Vorschriften sollen die Gemeinde anhalten, sich hinreichenden Einfluß auf die Gesellschaft zu sichern¹⁶⁸. Dazu stellt es keinen Widerspruch dar, daß die Aufsichtsratsmitglieder die Überwachung der Geschäftsführung vornehmen und dabei insbesondere prüfen, ob der im Gesellschaftsgegenstand genannte öffentliche Zweck verfolgt wird. Daß eine solche Kontrolle nur dann besonders effektiv sein kann, wenn sie eigenverantwortlich und weisungsfrei erfolgt, ist naheliegend. Eine Gefährdung des Einflusses der Gemeinde ist dabei nicht erkennbar. Soweit die Aufsichtsratsmitglieder kraft Gesellschaftsvertrag als Exekutivorgan der Gesellschafter tätig werden sollen, entspricht es ihrer Funktion, Weisungen befolgen zu müssen¹⁶⁹. Eine solche Differenzierung der Weisungsmöglichkeit gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern wird auch den gesellschaftsrechtlichen Anforderungen gerecht¹⁷⁰. Mithin sollte im Gesellschaftsvertrag deutlich gemacht werden, daß die Aufsichtsratsmitglieder ihre Kontrollaufgaben eigenverantwortlich am Gesellschaftsinteresse orientiert wahrzunehmen haben und im weiteren an die Anweisungen der Gemeinde gebunden sind.

Der obligatorische Aufsichtsrat, der aus Gründen des Betriebsverfassungsgesetzes bzw. des Mitbestimmungsgesetzes bei einer GmbH bestellt werden muß, ist den Vorschriften des AktG unterworfen, so daß auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden kann¹⁷⁰.

153 Vgl. dazu MünchHdb. GmbH/Ingerl, 1996, § 37, Rn. 7; a.A. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 37, Rn. 9.

154 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 37, Rn. 18.

155 Vgl. grundsätzlich zum Minderheitenschutz in der GmbH Kallrath MittRhNotK 1999, 325 ff. m.w.N.

156 S. o. A. I. 3. b) bb).

157 Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 6, Rn. 30; dies trifft nur auf die nicht mitbestimmte GmbH zu, andernfalls gelten die Ausführungen zur AG weitestgehend entsprechend.

158 S. o. A. I. 2.

159 Zum Begriff: Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 6, Rn. 30; Beck'sches Hdb. GmbH/Axhausen, 1995, § 5, Rn. 103.

160 Vgl. Münch Vertragshdb./Heidenhain/Meister, GesR Bd. 1, 4. Aufl. 1996, IV. 21. Anm. 10; Kallrath MittRhNotK 1999, 325, 326.

161 Beck'sches Hdb./Axhausen a.a.O., § 5, Rn. 107.

162 Fakultativer Aufsichtsrat; Beirat, Gesellschafterausschuß etc.; vgl. Beck'sches Hdb. GmbH/Müller, 1995, § 6, Rn. 7 ff.

163 Roth/Altmeppen, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 52, Rn. 7; MünchHdb. GmbH/Marsch-Barner/Diekmann, 1996, § 48, Rn. 7.

164 Ade, Hdb. Kommunales Betreuungsmanagement, 1997, S. 128 f.; Scheel/Steup/Schneider/Lienen, Gemeindehaushaltsrecht NRW, 5. Aufl. 1997, Erl. § 113 GO, Rn. 2.

165 Regierungsbegründung Landtag Drucksache 12/3730 S. 109.

166 Keßler GmbHR 2000, 71, 77; Scholz/Schneider, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 52, Rn. 232; Rehn/Cronauge, Gemeindeordnung NW, Stand 5/97, § 113, Anm. IV. 3.

167 Keßler GmbHR 2000, 71, 77; Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 52, Rn. 143.

168 Regierungsbegründung Landtag Drucksache 12/3730 S. 109.

169a Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 52, Rn. 143.

169 Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 52, Rn. 143.

170 S. o. B. I. 3.

b) Verpflichtung zur Amtsniederlegung, Entsendungsrechte

Anders als bei der AG können Entsende- und Abberufungsrechte für einzelne Gesellschafter in beliebiger Art und Weise vereinbart werden¹⁷¹. Aufgrund des in § 52 GmbHG vorgesehenen Vorrangs der gesellschaftsvertraglichen Regelungen und der unvollständigen Verweisung auf die aktienrechtlichen Vorschriften sind der Gestaltungsfreiheit beim fakultativen Aufsichtsrat keine Grenzen gesetzt.

c) Informationspflicht

Die Frage der Informationsrechte und -pflichten ist im GmbHG in § 51a geregelt. Danach hat jeder Gesellschafter ein Auskunftsrecht, welches nicht abdingbar ist; vgl. § 51a Abs. 3 GmbHG. Das Auskunftsrecht erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft, wozu auch die Beschlüsse des Aufsichtsrates gehören¹⁷². Als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde steht damit dem Bürgermeister immer ein Auskunftsrecht gegenüber der Gesellschaft zu¹⁷³.

Weiter kann in der Satzung frei der Umfang der Vertraulichkeit festgelegt werden¹⁷⁴. Dabei kann wiederum den Geschäftsführern die Aufgabe übertragen werden, diejenigen Informationen, die vertraulich zu behandeln sind, zu kennzeichnen und die jeweiligen Aufsichtsratsmitglieder daran zu binden¹⁷⁵.

d) Zustimmungspflicht

Ähnlich wie bei der AG sollte dem fakultativen Aufsichtsrat neben der allgemeinen Kontrolle der Geschäftsführer ggf. das Recht eingeräumt werden, vor Abschluß von Geschäften mit großer wirtschaftlicher Bedeutung zustimmen zu müssen oder ggf. Weisungen an die Geschäftsführung erteilen zu können¹⁷⁶.

4. Gesellschafterversammlung

Gemäß § 108 Abs. 4 Nr. 1 GO NW muß die Gemeinde vor einer Beteiligung an einer GmbH sicherstellen, daß die Gesellschafterversammlung auch beschließt über

- Abschluß oder Änderung von Unternehmensverträgen,
- Erwerb oder Veräußerung von Unternehmen oder Beteiligungen,
- Wirtschaftsplan, Jahresabschluß und Gewinnverwendung und
- Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern.

In der Praxis besteht häufig das Problem, daß mehrere Gemeindevertreter in der Gesellschafterversammlung (aus parteipolitischen Überlegungen heraus) uneinheitlich abstimmen wollen¹⁷⁷. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht müßte dies als Stimmenthaltung gewertet werden, da zumindest nach h.M. aus einem Gesellschaftsanteil nur eine einheitliche Stimme abgegeben werden kann¹⁷⁸. Dies hätte zur Folge, daß der Einfluß der Gemeinde auf die Gesellschaft verlorengehe¹⁷⁹, was den Anforderungen der Gemeindeordnung gemäß § 113 GO NW widerspricht. Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Gemeinde sollten im Rahmen von Abstimmungen im Rat der Ge-

meinde gelöst werden. Da die Gemeindevertreter an die Beschlüsse des Gemeinderates gebunden sind, ist dann eine einheitliche Stimmabgabe ausgeschlossen. Zur Vermeidung von Mißverständnissen und Abstimmungsproblemen sollte die Einheitlichkeit der Stimmabgabe aus einem oder auch mehreren Gesellschaftsanteilen in der Satzung festgeschrieben werden. Ebenso zulässig ist es, im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, daß die Gemeinde als Gesellschafter nur einen Vertreter in die Gesellschafterversammlung entsenden darf^{179a}.

Sieht eine Gemeinde trotzdem die Notwendigkeit, bspw. Vertreter unterschiedlicher Fraktionen des Gemeinderates unmittelbar in die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft einzubeziehen, so empfiehlt es sich, diese durch die Entsendung in den Aufsichtsrat zu beteiligen¹⁸⁰.

5. Lagebericht; Finanzplanung; Abschlußprüfung

Zur Umsetzung der in den §§ 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 8; Abs. 2; 112 GO NW genannten Vorschriften zur Finanzplanung, Abschlußprüfung und Aufstellung eines Lageberichtes etc. kann auf die Ausführungen zur AG verwiesen werden¹⁸¹.

Fazit:

Neben den Vorschriften, die die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit privatwirtschaftlichen Handelns einer Gemeinde regeln, sieht die Gemeindeordnung in den §§ 107 ff. GO NW zudem eine Reihe von Pflichten vor, die konkreten Einfluß auf die Gestaltung der Organisationsverträge der privatrechtlichen Gesellschaften, an denen sich die Gemeinde beteiligen will, haben. Ziel des Kommunalgesetzgebers ist es dabei immer, die Gemeinde vor unkalkulierbaren Risiken zu schützen und die Erreichung des öffentlichen Zwecks sicherzustellen.

Aus der Sicht der Gemeinde stellt sich die Beteiligung an einer GmbH als das geeignetere Mittel dar, die Vorgaben der §§ 107 ff. GO NW umzusetzen. Die weitgehende Freiheit bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages der GmbH erlaubt es, die Erreichung des öffentlichen Zwecks durch die Einflußnahme der Gemeinde als Gesellschafter sicherzustellen und dabei keine unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiken aufkommen zu lassen.

Bei der AG kann aufgrund der zwingenden Vorgaben des AktG die erforderliche Einflußnahme der Gemeinde nicht in entsprechendem Maße garantiert werden. Als Reaktion auf diesen Umstand hat der Gesetzgeber mit Einführung des § 108 Abs. 3 GO NW bestimmt, daß eine Gemeinde sich nur ausnahmsweise an Aktiengesellschaften beteiligen soll.

Bei der Gestaltung der Satzungen bzw. Gesellschaftsverträge müssen die besonderen Anforderungen des öffentlichen Rechts beachtet werden. Zur Vermeidung einer konzernrechtlichen Verantwortlichkeit kommt der sorgfältigen Formulierung des Unternehmensgegenstandes eine besondere Bedeutung zu. Ebenso müssen Regelungen über die Einrichtung von Kontrollorganen, die Erstellung von Lageberichten, eine ausreichende Finanzplanung und die Durchführung von Abschlußprüfungen in das jeweilige Organisationsstatut aufgenommen werden.

171 Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 52, Rn. 42 ff., 50 ff. m.w.N.

172 BGHZ 135, 48, 56 f.; Keßler GmbHR 2000, 71, 78; MünchHdb. GmbH/Schiessl, 1996, § 33, Rn. 10.

173 Keßler GmbHR 2000, 71, 78.

174 MünchHdb. GmbH/Marsch-Barner/Diekmann, 1996, § 48, Rn. 87; Lutter/Krieger, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 3. Aufl. 1993, Rn. 368.

175 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 52, Rn. 17; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 52, Rn. 40.

176 Bsp. für den Gesellschaftsvertrag einer Stadtwerke GmbH bei Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 1995, Rn. 772 ff.; allg. Münch Vertrags-hdb./Heidenhain/Meister, GesR Bd. 1, 4. Aufl. 1996, IV. 20 § 12.

177 Vgl. ausführlich Erle/Becker NZG 1999, 58 ff.

178 GmbHG-Koppensteiner, 3. Aufl. 1997, § 47, Rn. 34 ff.; MünchHdb. GmbH/Ingerl, 1996, § 38, Rn. 20 ff; kritisch Armbrüster in Festschrift für Bezenberger, S. 6. ff.

179 Erle/Becker NZG 1999, 58 ff.; Armbrüster in Festschrift für Bezenberger, S. 13. ff.

179a BGH DNotZ 1990, 116, 117.

180 Erle/Becker NZG 1999, 58, 62.

181 S. o. B. I. 4.

Zur Antragsbefugnis und zu den Eintragungsgrundlagen im Grundbuchberichtigungsverfahren bei angeordneter Testamentsvollstreckung

(zugleich Anmerkungen zu Zahn, MittRhNotK 2000, 89 ff.)

(von Dipl.-Rechtspfleger Wolfgang Schneider, Duisburg,
Lehrbeauftragter an der Fachhochschule für Rechtspflege NW, Bad Münstereifel)

Anknüpfend an die umfassenden Ausführungen von Zahn zur „Testamentsvollstreckung im Grundbuchverkehr“ sollen nachfolgend lediglich zwei Aspekte angesprochen werden, die an der Nahtstelle von Grundbuch- und Nachlaßrecht mit seiner zum Teil erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung die notarielle und die grundbuchgerichtliche Praxis des öfteren beschäftigen:

1. Zur Antragsbefugnis im Rahmen der Grundbuchberichtigung

Nach einem Erbfall wird es regelmäßig zur Grundbuchberichtigung aufgrund Antragstellung eines oder mehrerer Erben kommen¹, sofern nicht ein Ausnahmefall des § 40 GBO vorliegt. Gemäß § 52 GBO ist in diesem Zusammenhang die Ernennung eines Testamentsvollstreckers gleichzeitig mitzutragen, wenn der betreffende Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Die Eintragung erfolgt von Amts wegen; sie ist unzulässig ohne die Eintragung des/der Erben².

Bei der Prüfung des Antrags hat das Grundbuchgericht das Vorliegen der Antragsbefugnis als Ausfluß der sachlichrechtlichen Verfügungsbefugnis zu beachten. Fehlt die Verfügungsbefugnis des Antragsberechtigten, so fehlt ihm auch die erforderliche Antragsbefugnis³.

Unterliegt nun ein Recht⁴ der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, so soll deshalb nach der wohl bisher überwiegenden Meinung die Berichtigung des Grundbuches ausschließlich durch den nur allein verfügungsbefugten Testamentsvollstrecker beantragt werden können⁵.

Diese Ansicht ist nicht unwidersprochen geblieben⁶. Zwar kann natürlich der Testamentsvollstrecker die Berichtigung des Grundbuches beantragen (§ 2205 BGB)⁷.

Zu Recht wird aber neben dem Testamentsvollstrecker auch dem oder den Erben die Möglichkeit der berichtigenden Antragstellung trotz bestehender Testamentsvollstreckung zugestanden.

Der bloße Antrag auf Grundbuchberichtigung stellt nämlich keine rechtsgeschäftliche Verfügung des Erben (z.B. über ein Grundstück) dar, zu der er bei angeordneter Testamentsvollstreckung wegen §§ 2205, 2211 BGB nicht befugt ist. Der Grundbuchberichtigungsantrag ist vielmehr eine reine Verfahrenshandlung, die an der materiellen Rechtslage nichts ändert.

Es hat sich ja bereits außerhalb des Grundbuchs durch Gesamtrechtsnachfolge der Rechtsinhaber geändert; auf die sachlichrechtliche Verfügungsbefugnis kommt es also gar nicht an.

Hinzu kommt, daß auch in anderen Bereichen die Befugnisse des Testamentsvollstreckers nicht immer ausschließlicher Natur sind, sondern neben den fortbestehenden Rechten der Erben einherlaufen, so daß eine mehrfache Befugnis zur Antragstellung im Rahmen der durchzuführenden Grundbuchberichtigung keineswegs ungewöhnlich ist⁸.

Diese Auffassung entspricht auch der Intention des Gesetzgebers.

Es könnte ansonsten in Fällen problematischer Testamentsvollstreckungen (z.B. wegen – noch – fehlender Amtsannahme oder Wegfalls und noch nicht erfolgter Neubestellung eines Testamentsvollstreckers) eine Grundbuchberichtigung unmöglich sein, obwohl der zur Eintragung erforderliche Erbnachweis gemäß § 35 GBO vorliegt (dazu siehe unter 2.) und die Öffentlichkeit ein erhebliches Interesse an der Aktualisierung des Grundbuches hat⁹. Der Erbe allein ist jedenfalls nur schwerlich in der Lage, die Amtsannahme oder Bestellung des Testamentsvollstreckers zu befördern; für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ist er nicht antragsberechtigt¹⁰.

Die Widersprüchlichkeit der bisher überwiegenden Meinung zeigt sich deutlich im Falle der Veräußerung eines Erbanteils. Für diese Verfügung steht dem Miterben die alleinige Verfügungsbefugnis zu; die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers erstreckt sich gemäß § 2205 BGB nur auf die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände und nicht auf die Anteile der Miterben am Nachlaß¹¹. Ein Erbteilserwerber kann somit ohne Beteiligung des Testamentsvollstreckers seine Eintragung im Wege der Grundbuchberichtigung betreiben¹².

Die Berichtigung kann jedoch nur dergestalt erfolgen, daß mit dem Erbteilserwerber sämtliche (von der überwiegenden Meinung als nicht antragsbefugt angesehenen) Miterben in Erbengemeinschaft mindestens gleichzeitig im Grundbuch verlaubar werden¹³.

Dem sein Recht von einem Miterben ableitenden Erbteilserwerber werden somit von der noch herrschenden Meinung im Rahmen der Antragstellung weitergehende Befugnisse eingeräumt als dem Miterben selbst.

1 Antragsberechtigt gemäß § 13 I S.2 GBO ist jeder Erbe: Bauer/v. Oefele/Schaub: GBO 1999, § 13, Rn. 39 f.; Haegeler/Schöner/Stöber: Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 780.

2 BayObLG Rpfleger 1996, 148 = DNotZ 1996, 99 = MittBayNot 1996, 33; mit Einschränkung u. weiteren Nachweisen Bauer/v. Oefele/Schaub a.a.O., § 52, Rn. 30.

3 Vgl. Demharter: Grundbuchordnung; 23. Aufl. 2000, § 13, Rn. 49; Meikel/Böttcher: Grundbuchrecht 8. Aufl. 1997/98, § 13, Rn. 53.

4 Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerkes kann nicht nur bei Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, sondern auch bei Grundstücksrechten, Rechten an solchen Rechten sowie bei Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen erfolgen; vgl. Demharter: a.a.O., § 52, Rn. 14; Eickmann: Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl. 1994, Rn. 393; Bauer/v. Oefele/Schaub a.a.O., § 52, Rn. 28.

5 KGJ 51, 214 (216); OLG München JFG 20, 373 (377); Güthe/Triebe: GBO 6. Aufl. 1936, Vorbem. vor § 13, Rn. 77; Brand/Schnitzler: Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9. Aufl. 1957, S. 164 (Bsp. 2) und S. 536; Demharter a.a.O., § 13, Rn. 50; Bauer/v. Oefele/Wilke a.a.O., § 13, Rn. 42 f.; Staudinger/Reimann: BGB 13. Aufl. 1996, § 2205, Rn. 37; Soergel/Damrau: BGB 12. Aufl. 1992, § 2205, Rn. 91; RGKR/Kregel, BGB, 12. Aufl. 1975, § 2205, Rn. 19; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann (KEHE/Herrmann): GBO, 5. Aufl. 1999, § 13, Rn. 63; Leesmeister: Die Testamentsvollstreckung und ihre Besonderheiten im Grundbuchverfahren in Bd. 11 der Schriftenreihe der Fachhochschule für Rechtspflege NW 1996, 135 (142).

6 Widersprüchlich – zu Fn. 5 – bereits Güthe/Triebe a.a.O., § 52, Rn. 7 unter Hinweis auf eine Entscheidung des KG v. 11.11.1912; Bertsch Rpfleger 1968, 178.

7 Meikel/Böttcher a.a.O., § 13, Rn. 55.

8 Bertsch Rpfleger 1968, 178 (179); LG Stuttgart Rpfleger 1998, 243 = BWNotZ 1998, 146.

9 Vgl. Demharter a.a.O. Übersicht vor § 82.

10 Bengel/Reimann: Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 1998, 2. Kap., Rn. 274; Staudinger/Schilken: BGB 13. Aufl. 1998, § 2268, Rn. 4; Erman/Schlüter: BGB 10. Aufl. 2000, § 2368, Rn. 1; Palandt/Edenhofer: BGB 59. Aufl. 2000, § 2368, Rn. 5; Soergel/Damrau a.a.O., § 2368, Rn. 7; OLG Hamm NJW 1974, 505; BayObLG MDR 1978, 142; a.A. MüKo/Promberger: BGB, 3. Aufl. 1997, § 2368, Rn. 20; Brox: Erbrecht 17. Aufl. 1998, Rn. 598; Lange/Kuchinke: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 39 VIII 2 Fn. 273; Jaemig/Stümer: BGB, 9. Aufl. 1999, § 2368, Rn. 1.

11 BGH NJW 1984, 2464; das gilt aber nicht für den Erbteil an einem anderen Nachlaß, der bereits dem Erblasser zugestanden hatte, a.a.O.

12 Haegeler/Winkler: Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem Handels- und Steuerrecht, 13. Aufl. 1994, Rn. 273; Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 960; Demharter a.a.O., § 13, Rn. 50; Meikel/Böttcher a.a.O., § 13, Rn. 55 aE; KEHE/Herrmann a.a.O., § 13, Rn. 63; LG Essen Rpfleger 1960, 57 mit zust. Anm. Haegeler = DNotZ 1960, 429 (Ls.).

13 BayObLG MittRhNotK 1994, 254 = Rpfleger 1995, 103; Bauer/v. Oefele a.a.O., § 40, Rn. 9; Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 962.

Die neuere Literatur und Rechtsprechung¹⁴ geben daher zu Recht in zunehmendem Maße der differenzierenden Auffassung zum Antragsrecht den Vorzug; sie gelangen damit auch zu einem für alle Verfahrensbeteiligten akzeptablen Ergebnis.

Die dem Erben nach der hier vertretenen Auffassung zukommende Antragsbefugnis korrespondiert hinsichtlich der Eigentümereintragung mit der gemäß § 82 GBO bestehenden Verpflichtung zur Grundbuchberichtigung, denn antragsverpflichtet ist, wer nach allgemeinen Bestimmungen das Antragsrecht hat¹⁵. Die Antragsberechtigung nach § 13 I S. 2 GBO einerseits (und damit eingeschlossen die Antragsbefugnis – s.o.) sowie die Antragsverpflichtung nach § 82 GBO andererseits stimmen damit überein¹⁶.

Auch im Rahmen des § 82 GBO kann somit konsequenterweise neben einem Testamentsvollstrecker auch einem Erben durch das Grundbuchgericht die Verpflichtung auferlegt werden, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung notwendigen Unterlagen zu beschaffen¹⁷.

Antragsberechtigung und Antragsverpflichtung können dem Erben jedoch nur dann zukommen, wenn er auch ohne Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers in die Lage versetzt ist, die zur Grundbuchberichtigung erforderlichen Nachweise beizubringen.

Daß dies dem Erben trotz bestehender Testamentsvollstreckung auch möglich sein wird und im Falle problematischer Testamentsvollstreckungen (s.o.) sogar möglich sein muß, zeigen die nachfolgenden Überlegungen.

2. Zu den Eintragungsgrundlagen des Testamentsvollstreckervermerkes

Zum Zwecke der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes im Grundbuch ist der Nachweis des Bestehens der Verfügungsbeschränkung zu erbringen. Dafür ist nicht positiv der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 35 II GBO erforderlich, der z.B. wegen fehlender Amtsannahme noch nicht gegeben zu sein braucht¹⁸. Denn die Verfügungsmacht des Erben ist nicht nur während der Zeit beschränkt, in der ein Testamentsvollstrecker tatsächlich vorhanden ist und sein Amt ausübt, sondern in der ganzen Zeit, während der nach dem Willen des Erblassers eine Testamentsvollstreckung bestehen soll und kann¹⁹.

Der Nachweis des Bestehens der Verfügungsbeschränkung kann geführt werden

– durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses i.S.d. § 2368 BGB²⁰

oder

– durch Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift²¹.

In beiden Fällen ist Bezugnahme auf die beim selben Gericht geführten Nachlaßakten gemäß § 34 GBO analog zulässig²².

Das Testamentsvollstreckerzeugnis allein genügt jedoch nicht zur Grundbuchberichtigung, da es den Nachweis für die Einsetzung der Erben nicht erbringen kann²³. Es bedarf zusätzlich noch eines Erbnachweises²⁴.

Daneben soll allein die Vorlage eines Erbscheines für die Durchführung der Grundbuchberichtigung und die gleichzeitige Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes nicht ausreichend sein, da sich aus dem Erbschein lediglich die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung, nicht aber der Umfang des der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögens bzw. Rechtsbeschränkungen des Testamentsvollstreckers (§ 2208 BGB) entnehmen lasse²⁵. Dies sei aber wegen § 52 GBO unbedingt erforderlich, da die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerkes nur bei solchen Nachlaßgegenständen erfolgen dürfe, die auch der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen²⁶.

Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist nach § 2364 I BGB ausdrücklich im Erbschein anzugeben. Es besteht insoweit weitgehende Einigkeit, daß entgegen des Wortlauts des § 2364 I BGB nicht die Person des Testamentsvollstreckers, sondern lediglich die Tatsache der Verfügungsbeschränkung von Amts wegen im Erbschein verlaubar werden muß²⁷. Ob dabei auch Beschränkungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers im Erbschein anzugeben sind, hängt davon ab, welcher Art diese Beschränkungen sind.

Nicht im Erbscheinsvermerk über die Testamentsvollstreckung zu berücksichtigen sind *inhaltliche* Beschränkungen des Testamentsvollstreckers²⁸, weil und soweit diese an der mangelnden alleinigen Verfügungsbefugnis des Erben nichts ändern.

Gegenständliche Beschränkungen des Testamentsvollstreckers sind dagegen im Erbschein anzugeben²⁹. Andernfalls würde der Erbschein nämlich eine Verfügungsbeschränkung des Erben ausweisen, die teilweise nicht besteht. Ein Erbschein darf aber nicht durch einen zu weit gefaßten Testamentsvollstreckervermerk eine bestehende Zuständigkeit des Erben verleugnen³⁰.

14 Wie Bertsch Rpfleger 1968, 178 auch Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 803 und 3466 Fn. 11; Haegeler/Winkler: Der Testamentsvollstrecker a.a.O., Rn. 273; Meikel/Böttcher a.a.O., § 13, Rn. 55; Meikel/Kraiss a.a.O., § 52, Rn. 4; Bengel/Reimann a.a.O., 3. Kap., Rn. 79; Palandt/Edenhofer a.a.O., § 2211, Rn. 1; Stöber: GBO-Verfahren und Grundstückssachenrecht 1991; Rn. 168; LG Stuttgart Rpfleger 1998, 243 = BWNotZ 1998, 146; schon früh – allerdings mit Einschränkung – Hesse/Saage/Fischer: Grundbuchordnung; 4. Aufl. 1957, § 52 Anm. IV aE; offengelassen von MüKo/Promberger a.a.O., § 2205, Rn. 90 Hesse/Saage/Fischer a.a.O., § 82 Anm. III 3 B; Demharter a.a.O., § 83, Rn. 15.
15 Bauer/v. Oefele/Budde a.a.O., § 82, Rn. 8.
16 Meikel/Elbeling a.a.O., § 82, Rn. 28; a.A. Demharter a.a.O., § 83, Rn. 15; Bauer/v. Oefele/Budde a.a.O., § 82, Rn. 8; KEHE/Kuntze a.a.O., § 82, Rn. 17; Güthe/Triebeil a.a.O., § 82, Rn. 6 – insoweit aber inkonsequent zu § 52, Rn. 7; Hesse/Saage/Fischer a.a.O., § 82 Anm. III 3 B aE – insoweit aber inkonsequent zu § 52 Anm. IV aE; Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 379 – insoweit aber inkonsequent zu Rn. 803 und 3466 Fn. 11.
17 Güthe/Triebeil a.a.O., § 52, Rn. 3; Haegeler/Winkler a.a.O., Rn. 278; Meikel/Kraiss a.a.O., § 52, Rn. 4; a.A. – nicht differenzierend – Bauer/v. Oefele/Schaub a.a.O., § 52, Rn. 16.
18 BGHZ 25, 275 (282); BGHZ 48, 214 (220).
19 Dessen Erteilung nach h.M. allerdings nicht der Erbe beantragen kann, vgl. Fn. 10.
20 Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 3466; Bengel/Reimann a.a.O., 2. Kap., Rn. 253.
21 Allgem. Meinung vgl. Meikel/Roth a.a.O., § 34, Rn. 3 m.w.N.
22 Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 3466; KGJ 50, 167; OLG Köln Rpfleger 92, 342: Bezeichnung durch den ausgewiesenen TV ist ebenfalls nicht ausreichend.
23 Haegeler/Winkler a.a.O., Rn. 279.
24 Z.T. ohne Begründung: Güthe/Triebeil a.a.O., § 52, Rn. 5; Demharter a.a.O., § 52, Rn. 11; Leesmeister a.a.O., 135 (143); ders: Materielles Liegenschafts-

recht im Grundbuchverfahren, 2. Aufl. 1996, 379 und RpfStud 2000, 41 (43-re Hsp.); Eickmann a.a.O., Rn. 393; Bauer/v. Oefele/Schaub a.a.O., § 52, Rn. 19; Haegeler/Winkler a.a.O., Rn. 279; KEHE/Eickmann a.a.O., § 52, Rn. 4; Zahn MittRhNotK 2000, 89 (101-B I 2); widersprüchlich Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 3466, der einerseits einen Erbschein zur Eintragung des Testamentsvollstreckervermerkes ausreichen lassen will, andererseits aber Beschränkungen des Verfügungsrechts eines Testamentsvollstreckers nur dem Testamentsvollstreckerzeugnis entnehmen will.
26 A.A. Hesse/Saage/Fischer a.a.O., § 82 Anm. III 3 B: „Das Grundbuchamt kann grundsätzlich zunächst davon ausgehen, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung zusteht.“; Meikel/Imhof/Riedel: Grundbuchrecht 6. Aufl. 1970; § 52, Rn. 3: „Der Nachweis ist entbehrlich, wenn der Erbe zugleich mit seiner Eintragung (...) die Eintragung der Testamentsvollstreckung beantragt und damit bewilligt, es sei denn, daß (...) Tatsachen bekannt sind, aus denen sich ergibt, daß der (...) Vermerk unrichtig wäre.“; anders jetzt Meikel/Kraiss a.a.O., § 52, Rn. 9: Die bloße Erklärung des Erben oder Testamentsvollstreckers, es bestehe Testamentsvollstreckung, genügt nicht.
27 Bengel/Reimann a.a.O., 2. Kap., Rn. 240 und Bengel/Klumpff a.a.O., 3. Kap., Rn. 76; Haegeler/Winkler a.a.O., Rn. 723; Firsching/Graf: Nachlaßrecht, 8. Aufl. 2000, Rn. 4.303; Staudinger/Schilken: BGB, 13. Aufl. 1997, § 2364, Rn. 11; a.A. Kipp/Coing: Erbrecht 14. Aufl. 1990; § 128 III 3 b).
28 Staudinger/Schilken a.a.O., § 2364, Rn. 12; MüKo/Promberger a.a.O., § 2364, Rn. 12; Bengel/Reimann a.a.O., 2. Kap., Rn. 248.
29 Bengel/Reimann a.a.O., 2. Kap., Rn. 248; Firsching/Graf a.a.O., Rn. 4.307 jeweils mit Formulierungsvorschlägen; Staudinger/Schilken a.a.O., § 2364, Rn. 12; MüKo/Promberger a.a.O., § 2364, Rn. 12; Lange/Kuchinke a.a.O., § 39 V 2 Fn. 182; Soergel/Damrau a.a.O., § 2364, Rn. 4; Jaemig/Stürmer a.a.O., § 2364, Rn. 1a); LG Mönchengladbach Rpfleger 1982, 382 mit zust. Anm. Heinen/Sigloch Rpfleger 1982, 426; in der Begründung vgl. auch BGH DNotZ 1991, 545.
30 So mit Recht MüKo/Promberger a.a.O., § 2364, Rn. 12.

Unrichtige Grundbucheintragungen durch einen eine Verfügungsbeschränkung anzeigenden Testamentsvollstreckervermerk wären die zwangsläufige Folge, da das Grundbuchgericht die Richtigkeit des vorgelegten Erbscheines nicht nachzuprüfen hat³¹.

Vorstehendes gilt sowohl für den Fall, daß der Testamentsvollstrecker nur für bestimmte Gegenstände des Nachlasses Verfügungsbefugte ist, als auch für den Fall, daß bestimmte Gegenstände von seiner Verfügungsbefugnis ausgenommen sind³².

Diese Auffassung entspricht inzwischen der überwiegenden Meinung³³.

Damit ist die Begründung für die nicht hinreichende Aussagekraft eines Erbscheines im Grundbuchberichtigungsverfahren bei angeordneter Testamentsvollstreckung entfallen; gegenständliche Beschränkungen des Testamentsvollstreckers sind aus dem Erbschein ersichtlich und in der Praxis der Nachlaßgerichte auch schon seit längerem geläufig.

Mit der jetzt als herrschend anzusehenden nachlaßrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist die Vorlage eines Erbscheines mit ausgewiesener Testamentsvollstreckung auch für das Grundbuchgericht zur Durchführung der Grundbuchberichtigung als ausreichend anzusehen³⁴. Gemäß § 52 GBO kann die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks gleichzeitig von Amts wegen erfolgen. Da eventuelle gegenständliche Beschränkungen der Testamentsvollstreckung erkennbar sind, kann das Grundbuchgericht prüfen, ob der betreffende Nachlaßgegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt.

Sofern nicht der Nachweis des Bestehens der Verfügungsbeschränkung durch Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll geführt werden kann, ist der Erbe gleichwohl in der Lage, den Grundbuchbe-

richtigungsantrag trotz angeordneter Testamentsvollstreckung zu stellen; die Beschaffung des dafür notwendigen und ausreichenden Erbnachweises ist ihm nämlich allein möglich³⁵.

Sollte aufgrund der früheren Rechtsmeinung noch ein Erbschein ohne bestehende gegenständliche Beschränkungen der Testamentsvollstreckung erteilt und zur Grundlage einer Grundbuchberichtigung gemacht werden, so bliebe dem Erben die Möglichkeit unbenommen, den entsprechenden Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO zu führen. Der in diesem Fall nachweislich zu Unrecht eingetragene Testamentsvollstreckervermerk könnte alsdann gemäß § 22 GBO (ggf. auch § 84 GBO) gelöscht werden³⁶. Bis zur Klärung wäre allerdings eine zwischenzeitliche Verfügung durch den Erben und damit auch ein gutgläubiger Erwerb Dritter ausgeschlossen (vgl. §§ 2211 II, 892 f BGB)³⁷.

3. Ergebnis

a) Dem Erben steht neben dem Testamentsvollstrecker die Antragsbefugnis für die Grundbuchberichtigung nach einem Erbfall zu.

b) Dem Erben obliegt neben dem Testamentsvollstrecker die Verpflichtung zur Grundbuchberichtigung im Verfahren nach § 82 GBO.

c) Sofern nicht der Nachweis des Bestehens der Verfügungsbeschränkung durch Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll geführt werden kann, kann der Erbe lediglich unter Vorlage eines die Testamentsvollstreckung ausweisenden Erbscheines die Grundbuchberichtigung beantragen. Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks hat dann gemäß § 52 GBO gleichzeitig von Amts wegen zu erfolgen, wenn nicht der Erbschein hinsichtlich der Testamentsvollstreckung Beschränkungen enthält.

31 Haegeler/Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 784; es kommt deshalb nicht auf die Frage an, ob dem Erbschein auch hinsichtlich des Bestehens der vermerkten Verfügungsbeschränkung guter Glaube zukommt – dazu ausführlich MüKo/Promberger a.a.O., § 2365, Rn. 12 m.w.N.

32 MüKo/Promberger a.a.O., § 2364, Rn. 12; Bengel/Reimann a.a.O., 2. Kap., Rn. 248; Firsching/Graf a.a.O., Rn. 4.308 f.; Soergel/Damrau a.a.O., § 2364, Rn. 4.

33 So ausdrücklich Firsching/Graf a.a.O., Rn. 4.307 und MüKo/Promberger a.a.O., § 2364, Rn. 12 auch mit Nachweisen zu der mittlerweile überholten älteren Auffassung.

34 Soweit ersichtlich bisher lediglich Meikel/Kraiss a.a.O., § 52, Rn. 4 und 13.

35 Staudinger/Schilken a.a.O., § 2353, Rn. 38; Soergel/Damrau a.a.O., § 2353, Rn. 28; Palandt/Edenhofer a.a.O., § 2353, Rn. 12.

36 MüKo/Brandner a.a.O., § 2205, Rn. 88; KEHE/Eickmann a.a.O., § 52, Rn. 17 f.

37 Vgl. Zahn, MittRhNotK 2000, 89 (101 – B I 4).

Rechtsprechung

1. Allgemeiner Teil – Zurechnung des Verständnisses des vollmachtlosen Vertreters bei der Auslegung des nachträglich genehmigten Rechtsgeschäftes.

(BGH, Urteil vom 29. 3. 2000 – VIII ZR 81/99)

BGB § 166 Abs. 1

1. Auch bei der Auslegung eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts muß sich der Vertretene, der das Handeln eines in seinem Namen auftretenden vollmachtlosen Vertreters nachträglich genehmigt, dessen Kenntnis und dessen Verständnis vom Inhalt der abgegebenen Erklärungen nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen.

2. (...)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 19. 5. 1994 in der Fassung der notariellen Änderungsvereinbarung vom 9. 12. 1994 erwarb die A. GmbH (im folgenden: Käuferin) sämtliche Geschäftsanteile der Kl. Auf seiten der Verkäuferin, der Bekl., trat der vormalige Liquidator der Kl., Rechtsanwalt G., auf. Der Vertrag in seiner abschließenden Fassung wurde von der Bekl. am 28. 4. 1995 genehmigt. Er enthielt u.a. folgende Vereinbarungen:

§ 10 Entsorgung der Reststoffe

Auf dem Betriebsgelände lagern oberirdisch die in Anlage 5/1 und 5/2 aufgeführten Reststoffe und Chemikalien, die vom Verkäufer bis zum 31. 12. 1995 entsorgt werden.

(...)

Die Kosten sind dem Verkäufer in Rechnung zu stellen.

(...)

§ 24 Liquidatordarlehen

An die Gesellschaft wurden in der Liquidationsphase durch den Verkäufer Liquidatordarlehen in Höhe von insgesamt 5.800.000,- DM auf das Liquidatorkonto ... ausgereicht.

Bis zur Wirksamkeit dieses Vertrages werden aus oben genanntem Konto Aufwendungen der Liquidation beglichen. Der Verkäufer verzichtet auf die Rückzahlung dieses Darlehens durch den Käufer.

Der darüber hinausgehende Betrag ist nicht Gegenstand dieses Vertrages, er steht dem Verkäufer zu.

Die Kl. ließ die unter § 10 genannten Reststoffe und Chemikalien durch Dritte entsorgen und stellte der Bekl. hierfür und für eigenen Personalaufwand insgesamt 3.538.158,92 DM in Rechnung. Aus dem Liquidatordarlehen, das der Kl. von der Bekl. in Höhe von 5.800.000,- DM zur Verfügung gestellt worden war, wurden unter anderem auch Rechnungen für Entsorgungsleistungen in Höhe von insgesamt 991.354,- DM bezahlt. Das Darlehen ist bis auf einen Restbetrag von 311.000,- DM in Anspruch genommen worden.

Die Kl., der die vertraglichen Ansprüche der Käuferin gegen die Bekl. abgetreten worden sind, begehrt von der Bekl. in erster Linie Zahlung von 1.809.000,- DM nebst Zinsen. Hierzu macht sie geltend, die Bekl. sei nach § 24 des notariellen Anteilskaufvertrages verpflichtet gewesen, durch das Liquidatordarlehen als verlorenen Zuschuß dafür zu sorgen, daß der Umlaufvermögensüberschuß der Kl. bei Wirksamwerden des Kaufvertrages noch dem bilanzierten Überschuß in der Bilanz per 31. 5. 1994 entspreche. Dies hätten der vormalige Geschäftsführer der Käuferin und der am Vertragschluß beteiligte Rechtsanwalt G. vereinbart und so hätten auch beide die in § 24 des Vertrages enthaltene Regelung verstanden und gewollt. Soweit daher der bilanzielle Umlaufvermögensüberschuß per 30. 4. 1995 niedriger ausfalle, sei die Bekl. zum Ersatz des Unterschiedsbetrages verpflichtet; dieser belaufe sich auf 1.809.000,- DM.

(...)

Das LG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr – unter Bescheidung des Hilfsantrages – teilweise stattgegeben. Hiergegen wenden sich die Revision der Bekl. und die Anschlußrevision der Kl.

Aus den Gründen:

1. Den von der Kl. geforderten Ausgleichsbetrag für einen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Anteilskaufvertrages, dem 28. 4. 1995, geringeren Umlaufvermögensüberschuß gegenüber der Bilanz per 31. 5. 1994 hat das Berufungsgericht mit der Erwägung verneint, es komme bei der Auslegung von § 24 des notariellen (Änderungs-)Vertrages vom 9. 12. 1994 nicht darauf an, ob die beiden am Vertragsschluß beteiligten Personen, darunter auch der für die Bekl. auftretende Rechtsanwalt G., die dort enthaltene Regelung in dem von der Kl. behaupteten Sinne übereinstimmend verstanden hätten. Maßgeblich sei vielmehr allein, wie die Bekl. bei Genehmigung des Vertrages diesen habe verstehen dürfen und verstanden habe. Hiergegen wendet sich die Anschlußrevision der Kl. mit Erfolg.

a) Zutreffend geht allerdings auch das Berufungsgericht davon aus, daß derjenige, der sich im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei der Abgabe von Willenserklärungen eines Vertreters bedient oder das Handeln eines in seinem Namen auftretenden vollmachtlosen Vertreters nachträglich genehmigt, es im schutzwürdigen Interesse des Adressaten hinnehmen muß, sich nicht auf eigene Unkenntnis berufen zu können, weil ihm nach § 166 Abs. 1 BGB die Kenntnis des Vertreters als eigene zuzurechnen ist (Senat in BGHZ 55, 307, 311; auch BGHZ 83, 293, 296). Die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB und insbesondere des § 166 BGB finden dabei auf die nachträgliche Genehmigung vollmachtlosen Handelns so Anwendung, als hätte der Vertreter bei Vertragsabschluß die erforderliche Vertretungsmacht gehabt (RGZ 68, 374, 376; BGHZ 83, 293, 296; BGHR BGB § 166 Abs. 1, Genehmigung 1 = NJW-RR 1989, 650 unter II 3; NJW 1992, 899 unter II 3 = DNotZ 1993, 164).

b) Daß Rechtsanwalt G. hier als vollmachtloser Vertreter der Bekl. aufgetreten ist und die Bekl. sein Handeln gem. § 184 BGB nachträglich genehmigt hat, kann nicht zweifelhaft sein. Aus den notariellen Vertragsurkunden ergibt sich, daß Rechtsanwalt G. bei Abschluß der Verträge ausdrücklich als vollmachtloser Vertreter der Bekl. in deren Namen gehandelt und als solcher die maßgeblichen Vertragserklärungen abgegeben hat. Dies entspricht auch dem eigenen Vorbringen der Bekl. Soweit das Berufungsurteil die Feststellung enthält, nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Bekl. sei Rechtsanwalt G. weder ihr Verhandlungsführer noch ihr Vertreter gewesen, ist dies mißverständlich und kann sich nur auf das Fehlen einer Vollmacht – sei es für die Aufnahme von Verhandlungen, sei es für die Vorbereitung und den Abschluß von Verträgen – bezogen haben. Daß Rechtsanwalt G. auch nach Auffassung des Berufungsgerichts im Namen der Bekl. als deren vollmachtloser Vertreter tätig geworden ist, ergibt sich im übrigen aus den sonstigen Ausführungen des Berufungsurteils.

Die Genehmigung der Bekl. betrifft auch das vollmachtlose Handeln von Rechtsanwalt G. Dies wird nicht etwa – wie die Bekl. meint – durch den in § 16 des Vertrages für sie vorgesehenen Genehmigungsvorbehalt in Frage gestellt. Daß dort die notarielle Vereinbarung unter den „Vorbehalt der Genehmigung durch den Aufsichtsrat und zusätzlich unter den Vorbehalt der Genehmigung durch die Treuhandanstalt“ gestellt war, hatte – auch hinsichtlich des Gremiumsvorbehalts (vgl. BGH WM 1995, 695 unter II) – lediglich die Bedeutung einer Wiederholung des gesetzlichen Wirksamkeitserfordernisses. Damit lag gerade keine in das Belieben der Bekl. gestellte eigenständige Wollensbedingung i.S.d. Vorschriften der §§ 158 f. BGB vor, die von der Genehmigung vollmachtlosen Vertreterhandelns zu unterscheiden wäre. Vielmehr ist in dem Genehmigungsvorbehalt eine Rechtsbedingung zu sehen, für die §§ 182 f. BGB als

Sondervorschriften gelten, während die Bestimmungen der §§ 158 f. BGB nicht, jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar sind (vgl. Senatsurteil NJW 1996, 3338 unter II 2 c aa = MittRhNotK 1996, 416; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 158, Rn. 9 m.w.N.).

c) Die Zurechnung des Vertreterhandelns nach § 166 Abs. 1 BGB ist – wie das Berufungsgericht nicht verkennt – auch für die Auslegung eines Vertrages maßgeblich. Sowohl für den Inhalt der vom Vertreter abgegebenen Erklärung (BGH WM 1984, 240 = BB 1984, 564) als auch für den Inhalt der vom Vertreter empfangenen Erklärung (BGHZ 82, 219, 222) kommt es entscheidend auf die Willensrichtung und das Verständnis des Vertreters an. Dies gilt ebenso, wenn dem Berufungsgericht in der Annahme zu folgen ist, die von der Kl. behauptete Vorstellung vom Inhalt des Vertrages sei vom Wortlaut der notariellen Vertragsurkunde nicht mehr gedeckt. Auch bei formgebundenen Rechtsgeschäften ist zu beachten, daß diese nicht in einem anderen als dem von den Bet. übereinstimmend gewollten Sinne ausgelegt werden können. Eine gemeinsame Vorstellung der Parteien vom Vertragsinhalt ist daher selbst dann maßgebend, wenn sie keinen Niederschlag in der beurkundeten Erklärung gefunden hat; ein daraus entstehender Beurkundungsmangel kann nach den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften – hier nach § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch die erfolgte Abtretung der Geschäftsanteile – geheilt werden (vgl. BGH NJW 1982, 31 unter II m.w.N.).

d) Auch der Umstand, daß der vorliegende Vertrag nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundungsbedürftig war, kann hier – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – zu keiner anderen Beurteilung führen. Insbesondere ergibt sich aus der Entscheidung des BGH vom 21. 2. 1986 (NJW-RR 1986, 1019) keine Abweichung vom Grundsatz der Zurechnung nach § 166 BGB. Zwar kommt es nach dieser Entscheidung für die Auslegung von beurkundungsbedürftigen Verträgen wegen der Warn- und Schutzfunktion der Beurkundung nach § 313 BGB nicht darauf an, welchen Sinn der von einer Vertragspartei mit den Vorverhandlungen Beauftragte dort einer Vereinbarung beigelegt hat; maßgeblich ist nur, wie die an der Beurkundung beteiligten Vertragsparteien selbst die beurkundeten Erklärungen verstanden haben oder verstehen mußten (BGH a.a.O. unter II 2). Im dort entschiedenen Fall war der Abschluß des beurkundungsbedürftigen Vertrages indes durch den in den vorangehenden Vorverhandlungen Vertretenen persönlich erfolgt, so daß sich dieser die Vorstellungen seines für die Vorverhandlung gewählten Vertreters nur anrechnen lassen mußte, wenn er dessen Vorstellung kannte. Der vorliegende Sachverhalt ist damit bereits deshalb nicht vergleichbar, weil der beurkundungsbedürftige Vertrag nicht durch die Bekl. selbst, sondern durch ihren – wenn auch vollmachtlosen – Vertreter abgeschlossen worden ist. Für den Fall, daß sich der Vertretene beim Vertragsabschluß eines Vertreters bedient, ist jedoch allein der Vertreter der vom Notar zu bezeichnende Bet. i.S.v. § 6 Abs. 2, § 17 BeurkG; die Warn- und Schutzfunktion der Beurkundung für die an dem Rechtsgeschäft Bet. – die für § 15 Abs. 3 GmbHG ohnehin ohne Bedeutung ist (Senatsurteil NJW 1996, 3338 unter II 1 d m.w.N.) – erreicht daher unmittelbar nur den Vertreter (BGHZ 125, 218, 225 = DNotZ 1994, 764 = MittRhNotK 1994, 140), ohne daß es dabei darauf ankommt, ob der Vertreter bevollmächtigt war oder vollmachtlos gehandelt hat. Im übrigen erstreckt sich die Beurkundungspflicht des Vertretergeschäfts nicht auf die Genehmigung vollmachtlosen Handelns durch den Vertretenen (§ 182 Abs. 2 BGB; klarstellend: BGHZ 125, 218, 220 = DNotZ 1994, 764 = MittRhNotK 1994, 140 ff.); die Genehmigung kann daher – anders als dies das Berufungsgericht offenbar annehmen will – dem Abschluß des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäftes nicht gleichgestellt werden.

e) Ein die Zurechnung nach § 166 BGB ausschließender Umstand ergibt sich nicht daraus, daß die Bekl. möglicherweise davon, daß die Vertreter Gl. und G. tatsächlich in § 24 des Vertrages abweichend von dessen Wortlaut die Differenz des Umlaufvermögensüberschusses erfassen wollten, keine Kenntnis hatte und diese vom beurkundeten Wortlaut nicht mehr ge-

deckte Vereinbarung nicht genehmigen wollte. Denn auch insoweit erlangt der Grundsatz Geltung, wonach sich derjenige, der sich im Rechtsverkehr fremder Hilfe bedient und die Wirkung fremden Handelns für sich in Anspruch nimmt, auch die Nachteile in Kauf nehmen muß (Senat in BGHZ 40, 42, 45 m.w.N.). Der Inhalt der Genehmigung, einer empfangsbedürftigen Willenserklärung i.S.d. § 133 BGB, bestimmt sich regelmäßig aus der Sicht des Erklärungsempfängers, hier der Kl. (für die Vollmacht: BGH NJW 1991, 3141 unter 2 a = DNotZ 1992, 94). Ist dieser redlich, so darf er – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – davon ausgehen, daß die Genehmigung das mit dem Vertreter tatsächlich Vereinbarte erfaßt, weil der Genehmigende den (tatsächlichen) Vertragsinhalt kennt oder zumindest kennen kann (vgl. auch BGHZ 125, 218, 225 = DNotZ 1994, 764 = MittRhNotK 1994, 140 zur Begründung, warum die Genehmigung anders als eine Vollmacht nicht genehmigungsbedürftig ist). Teilt der vollmachtlose Vertreter dem Genehmigenden dagegen ein zwischen ihm und dem Geschäftsgegner bestehendes, vom beurkundeten Wortlaut abweichendes Verständnis vom Inhalt des Vertrages nicht mit, so geht diese Unredlichkeit des Vertreters regelmäßig zu Lasten des Vertretenen (vgl. Senat in BGHZ 40, 42, 45).

2. Soweit das Berufungsgericht das Vorbringen der Kl. unberücksichtigt gelassen hat und aus § 24 des Anteilskaufvertrages allein einen Anspruch auf das Liquidatordarlehen bis zu dessen Höchstbetrag von 5,8 Millionen DM als verlorenen Zuschuß für die Aufwendungen der Liquidation herleiten will, kann diese Auslegung daher bereits nach dem oben Ausgeführten keinen Bestand haben. Aber auch dann, wenn sich die Auslegung des Berufungsgerichts nach Durchführung einer Beweisaufnahme zu der entgegenstehenden Behauptung der Kl. bestätigen sollte, hielte der vom Berufungsgericht ermittelte Anspruchsinhalt und die zu dessen Höhe vorgenommene Berechnung den Angriffen der Revision der Bekl. nicht in vollem Umfang stand.

(...)

2. Schuldrecht/Gesellschaftsrecht – Kein Widerruf der vom Treuhänder einer Immobilienfonds GbR aufgrund Vollmacht abgegebenen Darlehensvertragserklärung nach HWiG

(BGH, Urteil vom 2. 5. 2000 – XI ZR 150/99)

**BGB §§ 166; 172; 173
HWiG § 1**

- 1. Bei Einschaltung eines Vertreters zum Abschluß eines Darlehensvertrages kommt es für die Widerruflichkeit der Vertragserklärung nach dem Haustürwiderrufsgesetz jedenfalls grundsätzlich nicht auf die Haustürsituation des Vertretenen bei der Vollmachtserteilung, sondern auf die des Vertreters bei Abschluß des Darlehensvertrages an.**
- 2. Der in seinem Vertrauen auf eine ihm vorgelegte notariell beurkundete Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung geschützte Darlehensgeber darf ohne weiteres davon ausgehen, daß dem Vertretenen ein Recht zum Widerruf der Treuhandvertrags- und Vollmachtserklärung nicht zusteht (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG).**

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verlangt die Rückabwicklung eines Darlehensvertrages, den er mit der beklagten Sparkasse zur Finanzierung seiner Beteiligung an einem Immobilienfonds geschlossen hat.

Aufgrund eines in seiner Wohnung geführten Werbegesprächs mit einem Anlagevermittler beauftragte der Kl. die Vermögensanlagen – Vermittlungsgesellschaft mbH (GmbH) mit der Vermittlung eines entgeltlichen Treuhandvertrages; die Treuhänderin sollte ihrerseits die für den Erwerb und die Finanzierung eines Anteils an einer Im-

mobiliensfonds GbR erforderlichen Geschäfte im Namen und für Rechnung des Kl. abschließen. Der Treuhandvertrag und die – für die Dauer des Treuhandverhältnisses unwiderrufliche – Vollmacht zu dessen Durchführung wurde notariell beurkundet.

Die Treuhänderin schloß unter Vorlage der notariellen Vollmacht im Namen des Kl. mit der Bekl. einen Darlehensvertrag zur Finanzierung des Fondsanteils. Der Darlehensbetrag wurde vereinbarungsgemäß an die Fondsgesellschaft, der der Kl., vertreten durch die Treuhänderin, beigetreten ist, ausgezahlt.

Der Kläger widerrief den Darlehensvertrag unter Hinweis darauf, daß er nicht nach § 2 HWiG belehrt worden sei.

Das LG hat der Klage auf Rückzahlung der auf den widerrufenen Darlehensvertrag erbrachten Leistungen des Kl. und auf Feststellung, daß der Bekl. aus diesem Vertrag keine Rechte zustehen, stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Abweisung der Klage.

(...)

II. (...) § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG, wonach eine auf Abschluß eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung gerichtete Willenserklärung, zu der der Erklärende (Kunde) durch mündliche Verhandlungen im Bereich seiner Privatwohnung bestimmt worden ist, erst wirksam wird, wenn der Kunde, falls ordnungsgemäß belehrt, sie nicht binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft, gewährt dem Kläger kein Recht, die Darlehensvertragserklärung zu widerrufen.

1. Die auf den Abschluß des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung hat nicht der Kl., sondern die von ihm beauftragte und bevollmächtigte Treuhänderin für ihn abgegeben. Die Treuhänderin ist zur Abgabe dieser Erklärung nicht in oder aufgrund einer Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG bestimmt worden. Daß ihre Erklärung nach § 164 Abs. 1 BGB unmittelbar für und gegen den Kl. wirkt, hat zwar zur Folge, daß der Kl. als „Kunde“ der Bekl. i.S.d. § 1 Abs. 1 HWiG anzusehen ist. Daraus ergibt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts aber nicht, daß der Kl. ohne weiteres das Recht hat, die von der Treuhänderin für ihn abgegebene Erklärung zu widerrufen, weil er zum Abschluß des Treuhandvertrages sowie zur Erteilung einer Vollmacht für die Treuhänderin in oder aufgrund einer Haustürsituation veranlaßt worden ist.

a) Ob die Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG bei Abschluß eines Vertrages durch einen Vertreter für diesen oder aber für den Vertretenen vorliegen muß, regelt das Haustürwiderrufgesetz nicht. Aus der Gleichsetzung des „Erklärenden“ mit dem „Kunden“ in der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 HS 1 HWiG ist nicht zu folgern, daß auch bei Abgabe der Vertragserklärung durch einen Vertreter darauf abzustellen ist, ob für den Vertretenen eine Haustürsituation vorgelegen hat. Der Begriff des „Kunden“ legt nur fest, wen die rechtlichen Folgen der Vertragserklärung treffen (Fischer/Machunsky, 2. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 11).

b) Auch der vom Berufungsgericht herangezogene § 164 Abs. 1 BGB gibt auf die angesprochene Frage keine Antwort. Er regelt die Zurechnung der Rechtsfolgen einer von einem Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht für einen anderen abgegebenen Willenserklärung, nicht aber die hier bedeutsame Frage, ob bei Mängeln der Vertragserklärung auf die Person des Vertreters oder aber auf die des Vertretenen abzustellen ist.

2. Diese Frage behandelt, jedenfalls für einen wesentlichen Teilbereich, der vom Berufungsgericht nicht berücksichtigte § 166 BGB.

a) Nach § 166 Abs. 1 BGB kommt es bei Willensmängeln nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die des Vertreters an. Diese Regelung trägt dem Umstand, daß der Vertreter eine

eigene Willenserklärung abgibt, aber auch dem Verkehrsschutz Rechnung (Soergel/Leptien, 13. Aufl., § 166 BGB, Rn. 1). Der Geschäftspartner verhandelt – wie auch im vorliegenden Fall – oftmals nur mit dem Vertreter und kennt deshalb häufig nur dessen Verhandlungssituation.

Das Widerrufsrecht nach § 1 Abs. 1 HWiG setzt nun allerdings keinen Willensmangel i.S.d. § 166 Abs. 1 BGB voraus. Es soll einen situativen Übereilungsschutz gewähren (Auer, ZBB 1999, 161, 163). Diesen hat der Gesetzgeber deshalb für notwendig erachtet, weil in den Verhandlungssituationen i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG erfahrungsgemäß die Gefahr besteht, daß auf die Willensbildung dessen, der sich in oder aufgrund einer Haustürsituation zum Abschluß eines entgeltlichen Vertrags entschließt, in unzulässiger oder unangemessener Weise Einfluß genommen worden ist, also die Gefahr einer mangelhaften Willensbildung gegeben ist.

Der Einflußnahme des Vertragspartners oder eines Dritten ausgesetzt ist grundsätzlich nur derjenige, der mit dem Vertragspartner verhandelt und die Vertragserklärung abgibt. Dies ist bei einem Vertretergeschäft der Vertreter. Aus dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB, den heranzuziehen der Senat keine Bedenken trägt, ist deshalb zu folgern, daß für die situationsbezogenen Voraussetzungen des Widerrufsrechts nach § 1 Abs. 1 HWiG grundsätzlich allein die Person des Vertreters maßgebend ist. Dies entspricht auch der ganz h.M. in Rspr. und Lit. (BGH WM 1991, 860, 861; Staudinger/Werner, 13. Bearb., § 1 HWiG, Rn. 16; MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 15; Soergel/Wolf, 12. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 4; Palandt/Putzo, 59. Aufl., Einl. HWiG, Rn. 3; Fischer/Machunsky, 2. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 63; Klaus/Ose, Verbraucherkreditgeschäfte, 2. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 63; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl., Rn. 1270; Teske BB 1988, 869, 870).

b) Ob es in besonders gelagerten Fällen ausreichen kann, daß sich nicht der Vertreter, sondern – wie hier der Kl. bei Abschluß des Treuhandvertrages und der Erteilung der Vollmacht – der Vertretene in einer Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG befunden hat, bedarf keiner Entscheidung.

Nach § 166 Abs. 2 BGB kann sich der Vertretene auf die Unkenntnis des Vertreters von solchen Umständen nicht berufen, die er selbst kannte, wenn er dem Vertreter für den Abschluß des Rechtsgeschäfts bestimmte Weisungen erteilt hat. Daraus und aus § 166 Abs. 1 BGB hat der BGH für den Fall der arglistigen Täuschung des Vertretenen den Grundgedanken entnommen, es komme bei einem Willensmangel jeweils auf die Person und die Bewußtseinslage desjenigen an, auf dessen Interessenbewertung und Entschließung der Geschäftsabschluß beruhe. Das sei, handele er selbständig, der Vertreter. Dagegen sei es der Vertretene, wenn er dem Vertreter eine besondere Weisung erteilt und damit sein Geschäftswille Abgabe und Inhalt der Vertretererklärung entscheidend bestimmt habe (BGHZ 51, 141, 147). Die Frage, ob dies auch in anderen Fällen von Willensmängeln oder unzulässiger oder unangemessener Willensbeeinflussung des Vertretenen gilt (dafür: MünchKomm/Schramm, 3. Aufl., § 166 BGB, Rn. 41; Palandt/Heinrichs, 59. Aufl., § 166 BGB, Rn. 12; dagegen: Staudinger/Schilken, 13. Bearb., § 166 BGB, Rn. 27; Soergel/Leptien, 13. Aufl., § 166 BGB, Rn. 33), hat der BGH noch nicht entschieden. Sie kann auch hier dahinstehen.

Der Kl. hat der Treuhänderin ausweislich des vorgelegten Treuhandvertrages für den Abschluß des Darlehensvertrages keine bestimmten Weisungen erteilt. Die Treuhänderin hat die Bekl. selbständig handelnd als Partnerin des Darlehensvertrages ausgewählt und auch über die Konditionen des Darlehens ohne Vorgaben des Kl. verhandelt. Die abgegebene Darlehensvertragserklärung beruht auf ihrer Entschließung. Daß dem Treuhandvertrag, der vom Kl. aufgrund einer Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG geschlossen wurde, die Verpflichtung der Treuhänderin entnommen werden kann, zur Finanzierung des Immobilienanteils einen Vertrag über ein Darlehen für den Kl. abzuschließen, ändert unter Berücksichtigung des Ver-

kehrsschutzes, dem Rechnung zu tragen ist, nichts. Wollte man dies anders sehen, wäre es der Bekl. trotz noch so sorgfältiger und umsichtiger Verhandlung unmöglich, einen Widerruf der Darlehensvertragserklärung zu vermeiden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Bekl. habe dies durch eine Widerrufsbelehrung nach § 2 Abs. 1 HWiG erreichen können. Dabei wird insbesondere unberücksichtigt gelassen, daß der Treuhandvertrag und die darin enthaltene Vollmacht notariell beurkundet waren, so daß die Bekl. angesichts des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG keinen Anlaß hatte, eine Widerrufsbelehrung vorzunehmen. Abgesehen davon hätte eine solche hier auch keinen Schutz des Kl. bewirkt. Die Widerrufsbelehrung konnte nämlich allein gegenüber der Vertreterin des Kl. erfolgen (Staudinger/Werner, 13. Bearb., § 2 HWiG, Rn. 48; Fischer/Machunsky, 2. Aufl., § 2 HWiG, Rn. 43).

c) Auch unter Berücksichtigung des § 166 Abs. 2 BGB steht dem Kl. danach kein Recht zu, die Darlehensvertragserklärung zu widerrufen. Daß der Kl. das Geschehen mit dem Abschluß des Treuhandvertrages und der Vollmachtserteilung aus der Hand gegeben hat, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts insoweit ohne rechtliche Bedeutung.

III. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

1. Insbesondere ist der Darlehensvertrag, den die Treuhänderin namens und in Vollmacht des Kl. geschlossen hat, für ihn nicht deshalb unwirksam, weil er die Treuhandvertrags- und die damit verbundene Vollmachtserklärung aufgrund einer Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG abgegeben hat.

Für einen Widerruf der Treuhandvertrags- und/oder der Vollmachtserklärung gegenüber der Treuhänderin hat der Kl. nichts vorgetragen. Ob er diese Erklärungen noch widerrufen kann, ist für die Wirksamkeit des Darlehensvertrages ohne Belang. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Bekl. ist ihr die notariell beurkundete Vollmacht von der Treuhänderin vor Abschluß des Darlehensvertrages vorgelegt worden. Zugunsten der Bekl. greift deshalb § 172 Abs. 1 BGB ein. Die Bekl. durfte danach auf den Inhalt der Urkunde vertrauen, es sei denn, sie hätte die Unwirksamkeit der Vollmacht bei Abschluß des Darlehensvertrages gekannt oder kennen müssen (§ 173 BGB). Davon kann indes selbst dann keine Rede sein, wenn auf die mögliche Widerruflichkeit des Treuhandvertrages abgestellt und zugunsten des Kl. außerdem noch davon ausgegangen wird, auch die Vollmachtserklärung als solche sei widerruflich oder teile nach § 139 BGB das rechtliche Schicksal des Treuhandvertrages.

Nach den in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts mußte der Bekl. zwar bekannt sein, daß der entgeltliche Treuhandvertrag aufgrund einer Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG zustande gekommen war. Daraus ergibt sich indes noch nicht, daß sie bei dem erst Monate später erfolgten Abschluß des Darlehensvertrages die Widerruflichkeit des Treuhandvertrages und der darin enthaltenen Vollmachtserklärung kennen mußte, zumal eine allgemeine Überprüfungs- oder Erkundigungspflicht im Rahmen des § 173 BGB nicht besteht (MünchKomm/Schramm, 3. Aufl., § 173 BGB, Rn. 3).

Die Treuhandvertrags- und die Vollmachtserklärung des Kl. waren notariell beurkundet. Bei solchen Erklärungen besteht nach dem klaren Wortlaut des § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG ein Widerrufsrecht nicht. Darauf durfte die Bekl., ohne daß ihr der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann, ohne weiteres vertrauen. Das gilt selbst dann, wenn § 1 Abs. 2 Nr. 3 HWiG mit der Richtlinie 85/577/EWG vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Abl. Nr. L 372/31 vom 31. 12. 1985), die einen Ausschuß des Widerrufsrechts bei notariell beurkundeten Erklärungen nicht vorsieht, nicht vereinbar oder aber unter Berücksichtigung der Richtlinie, die für Verträge über Immobilien nicht gilt (Art. 3 Abs. 2 a), einschränkend auszulegen sein sollte.

Die Streitfrage, ob dies möglich und notwendig ist (vgl. dazu Staudinger/Werner, 13. Bearb., § 1 HWiG, Rn. 150; MünchKomm/Ulmer, 3. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 49; Fischer/Machunsky, 2. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 207; Stüsser NJW 1999, 1586, 1589) bedarf deshalb ebensowenig der Entscheidung wie die Fragen, ob eine Vollmachtserklärung als solche nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG überhaupt widerrufen werden kann (vgl. dazu Staudinger/Werner, 13. Bearb., § 1 HWiG, Rn. 7; Fischer/Machunsky, 2. Aufl., § 1 HWiG, Rn. 15; Hoffmann ZIP 1999, 1586, 1587 f.) und ob und unter welchen Voraussetzungen die Nichtigkeit oder Widerruflichkeit des Grundgeschäftes die Unwirksamkeit der Vollmacht nach sich zieht (vgl. dazu BGHZ 102, 60, 62 = DNotZ 1988, 550; 110, 363, 369 = DNotZ 1991, 374; Staudinger/Roth, 13. Bearb., § 139 BGB, Rn. 56; MünchKomm/Schramm, 3. Aufl., § 164 BGB, Rn. 94).

2. Der Darlehensvertrag ist ferner auch nicht deshalb unwirksam, weil er mit dem finanzierten Vertrag, der Beteiligung an einem Immobilienfonds, nach den vom Berufungsgericht in anderem Zusammenhang rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen eine wirtschaftliche Einheit bildet und deshalb dessen rechtliches Schicksal teilt (vgl. Senatsurteil BGHZ 133, 254, 261). Für die Widerruflichkeit oder gar die Unwirksamkeit der Fondsgesellschaftsbeteiligung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG ist nichts festgestellt. Auch der Gesellschaftsbeitritt ist nicht vom Kl., sondern von der Treuhänderin für ihn erklärt worden. Daß für sie eine Verhandlungssituation i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG vorlag, ist weder festgestellt noch vorgetragen. In einem solchen Fall kommt ein Widerrufsrecht des Vertretenen, wie dargelegt, grundsätzlich nicht in Betracht.

3. Der Darlehensvertrag ist auch nicht nach §§ 5, 1 und 2 HWiG widerruflich. Eine Umgehung der Vorschriften des Haustürwiderrufgesetzes durch Einschaltung eines Bevollmächtigten kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil bei geschlossenen Immobilienfonds in der Investitionsphase die Einschaltung eines Treuhänders aus organisatorischen Gründen sinnvoll ist.

IV. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und die Klage abweisen.

3. Schuldrecht – Wegfall der Geschäftsgrundlage für die Grundbesitzübertragung an den Schwiegersohn bei Scheidung seiner Ehe.

(OLG Naumburg, Urteil vom 14. 10. 1999 – 11 U 121/99)

BGB §§ 242; 326 Abs. 1; 530 ff.

Im Falle der Schenkung von Eigentum durch die Eltern oder einen Elternteil an ihr verheiratetes Kind und dessen Ehegatten liegt es nahe, daß die Zuwendung an den Schwiegersohn bzw. die Schwiegertochter von der diesen erkennbaren Erwartungen getragen wird, die Ehe werde Bestand haben. Jedoch ist in derartigen Fällen der Fortbestand der Ehe nicht stets Geschäftsgrundlage für das Schenkungsgeschäft. Im Einzelfall können der Annahme, Geschäftsgrundlage der Schenkung an das Schwiegerkind sei der dauerhafte Fortbestand der Ehe, besondere Umstände entgegenstehen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Rückauffassung des hälftigen Miteigentumsanteils des Bekl. an dem Grundstück.

Der Kl. war ursprünglich Alleineigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks. Der Bekl. und die Tochter des Kl. schlossen im Jahre 1987 die Ehe. 1990 schlossen der Kl. einerseits sowie der Bekl. und die Tochter des Kl. andererseits einen notariellen „Überlassungsvertrag“. Darin „überließ“ der Kl. seiner Tochter und dem

Bekl. das streitgegenständliche Grundstück jeweils zu hälftigem Miteigentum. Die Auflassung wurde erklärt. Zugleich bestellten die Erwerber dem Kl. eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Gestalt eines Wohnrechts an den von ihm bewohnten Räumen in dem sich auf dem Grundstück befindlichen Altbau.

Des weiteren heißt es in dem Vertrag:

... „Der Erwerber verpflichtet sich, den Veräußerer im Fall der Gebrechlichkeit, Krankheit oder sonstigen Bedürftigkeit unentgeltlich zu pflegen und zu betreuen, bei der Besorgung der täglichen Angelegenheiten zu unterstützen, zu waschen, sowie die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume in einem ordentlichen und sauberen Zustand zu erhalten.“

(...)

Der Bekl. und seine (damalige) Ehefrau sollten auf dem Grundstück des Kl. einen Anbau aus eigenen Mitteln errichten. Um die notwendige Bankfinanzierung zu gewährleisten, einigten sich die Parteien entgegen der ursprünglichen Absicht des Kl., der das Grundstück zunächst allein seiner Tochter übertragen wollte, darauf, daß den Eheleuten das streitgegenständliche Grundstück je zur Hälfte zu Miteigentum übertragen werden sollte. Den Anbau errichteten die Eheleute aus eigenen bzw. von einer Bank kreditierten Mitteln. Der Bekl. erbrachte darüber hinaus erhebliche eigene Arbeitsleistungen. In der Folgezeit bewohnte der Kl. mit seiner Ehefrau weiterhin den sich auf dem Grundstück befindlichen Altbau, während der Bekl. mit seiner Ehefrau und den beiden gemeinsamen Kindern den Anbau bezog.

Die Ehefrau des Bekl. und Tochter des Kl. zog aus der gemeinsamen Ehwohnung aus. Die Ehe wurde rechtskräftig geschieden. Die erste Ehefrau und nunmehrige Lebenspartnerin des Bekl. zog in dessen Wohnung ein.

Nachdem die Tochter des Kl. die gemeinsame Ehwohnung verlassen hatte, beabsichtigte der Kl., dem Bekl. auch deren Miteigentumsanteil zu übereignen. Die Parteien veranlaßten zu diesem Zwecke einen Notartermin, in dessen Verlauf ihnen jedoch mitgeteilt wurde, daß zu einer Übereignung des der Tochter gehörenden Miteigentumsanteils deren Zustimmung erforderlich ist.

Der Kl. überwies an den Bekl. Beträge in einer Gesamthöhe von 24.100,- DM, mit denen u.a. Dach- und Heizungsarbeiten finanziert werden sollten.

Die Beziehungen zwischen dem Kl. und seiner Ehefrau einerseits und dem Bekl. und dessen Lebenspartnerin andererseits haben sich erheblich verschlechtert. So fand eine körperliche Auseinandersetzung zwischen dem Kl. und der Lebenspartnerin des Bekl. statt. Anlaß und Ablauf dieser Auseinandersetzung sind zwischen den Parteien streitig.

Hilfsweise hat der Kl. die nach seiner Ansicht mit dem Überlassungsvertrag verbundene Schenkung wegen groben Undanks seitens des Bekl. widerrufen.

Das LG hat der Klage stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat der Bekl. Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

(...)

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Dem Kl. steht entgegen der Ansicht des LG unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Rückauflassung des auf den Bekl. übertragenen hälftigen Miteigentumsanteils an dem streitgegenständlichen Grundstück zu.

In der höchstrichterlichen Rspr. werden Überlassungsverträge der hier vorliegenden Art rechtlich unterschiedlich eingeordnet. Während etwa der 10. Zivilsenat des BGH Verträge, in denen Eltern ihrem Kind und dessen Ehegatten Grund- oder Wohnungseigentum ganz oder teilweise unentgeltlich übertragen, nach den Regelungen des Schenkungsrechts beurteilt (s. etwa BGH FamRZ 1999, 705), sieht der 12. Zivilsenat des BGH als Rechtsgrund derartiger Zuwendungen ein gesetzlich nicht geregeltes Rechtsverhältnis eigener Art an, das nicht nach dem Recht der Schenkung zu beurteilen ist (BGH NJW 1995, 1889, 1890 = MittRhNotK 1995, 264; FamRZ 1998, 669 f. = DNotZ

1998, 886). Soweit erkennbar, wurde diese Diskrepanz von den Zivilsenaten des BGH bisher nicht problematisiert. Auch der Senat muß in vorliegender Sache nicht dazu Stellung nehmen, welcher der beiden Rechtsansichten der Vorzug gebührt. Denn der Kl. hat nach keiner der beiden Rechtsauffassungen einen Anspruch auf Rückauflassung des dem Bekl. übertragenen hälftigen Miteigentumsanteils an dem streitigen Grundstück.

1. Ist der notarielle Vertrag als Schenkung, gemischte Schenkung oder Schenkung unter einer Auflage zu qualifizieren, steht dem Kl. weder nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) noch nach den Bestimmungen des Schenkungswiderrufs (§§ 530 ff. BGB) noch wegen Nichterbringung vertraglicher Gegenleistungen (§ 326 Abs. 1 BGB) der geltend gemachte Rückauflassungsanspruch zu.

a) Geschäftsgrundlage sind nach st. Rspr. die bei Abschluß des Vertrages zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (s. nur BGHZ 25, 390, 392; 128, 230, 236 m.w.N. = DNotZ 1995, 396). Die Regeln, die an das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage anknüpfen, sind entwickelt worden, um bei Verträgen – auf der Ebene des vertraglichen Schuldrechts – die Folgen schwerwiegender Störungen des Vertragsgefüges in den Grenzen des Zumutbaren halten zu können (BGH NJW 1972; 152 f.). Sie finden auch auf Schenkungsverträge Anwendung, werden insbesondere nicht durch die Sonderregelungen der §§ 527, 528, 530 BGB ausgeschlossen (BGH FamRZ 1990, 600, 602 m.w.N.). Die Lehre von der Geschäftsgrundlage soll eine den veränderten Umständen entsprechende Anpassung des Vertrages ermöglichen, wenn einer Seite nach der gesamten Interessenlage ein Festhalten an den ursprünglichen Absprachen unter den veränderten Umständen nicht zuzumuten ist. Dies kann anzunehmen sein, wenn sich beim Vertragsabschluß bestehende Erwartungen von dem Vorhandensein oder künftigen Eintritt bestimmter Umstände nicht erfüllen, obwohl der Geschäftswille beider Parteien auf entsprechenden, nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobenen, beim Abschluß des Vertrages aber zutage getretenen gemeinsamen Vorstellungen oder auf Vorstellungen einer Partei allein aufbaut, die dem Geschäftspartner beim Vertragsschluß erkennbar waren und von ihm nicht beanstandet wurden. Voraussetzung ist des weiteren, daß ein Umstand sich als nicht gegeben erweist bzw. nicht eintritt, den mindestens eine Partei beim Vertragsschluß vorausgesetzt hat und der für sie so wichtig gewesen ist, daß sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte, wenn sie die tatsächliche Lage oder Entwicklung gekannt oder vorhergesehen hätte.

Da Vertragsparteien jedweden Umstand zum Gegenstand ihres Geschäftswillens machen können, kann Geschäftsgrundlage auch der Fortbestand einer bereits geschlossenen Ehe einer Vertragspartei sein. Im Falle der Schenkung von Eigentum durch die Eltern oder einen Elternteil an ihr verheiratetes Kind und dessen Ehegatten liegt es nahe, daß die Zuwendung an den Schwiegersohn bzw. die Schwiegertochter von der diesen erkennbaren Erwartungen getragen wird, die Ehe werde Bestand haben. Jedoch ist in derartigen Fällen der Fortbestand der Ehe nicht stets Geschäftsgrundlage für das Schenkungsgeschäft. Ausnahmen sind denkbar (BGH FamRZ 1999, 705, 707; OLG Oldenburg FamRZ 1992, 308: „in der Regel“; vgl. auch – auf der Grundlage der Annahme einer ehebezogenen Zuwendung – BGH NJW 1995, 1889, 1890 f. = MittRhNotK 1995, 264; nicht so deutlich BGH FamRZ 1998, 669 f. = DNotZ 1998, 886). Dies folgt schon daraus, daß die Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt, und bei der Anwendung von § 242 BGB stets alle Umstände des konkreten Falles abgewogen werden müssen. Im Einzelfall können daher auch bei Verträgen der hier vorliegenden Art der Annahme, Geschäfts-

grundlage der Schenkung an das Schwiegerkind sei der dauerhafte Fortbestand der Ehe, besondere Umstände entgegenstehen. So liegt es hier.

Allein aus der Länge und dem Regelungsumfang des zweiten Abschnitts des Übertragungsvertrages folgt zwingend ebenso wenig wie aus dem Verbot, den Grundbesitz zu Lebzeiten des Kl. zu veräußern, daß die Vertragsparteien den Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage zugrunde gelegt haben. Auch aus der Tatsache, daß der Kl. ursprünglich den gesamten Grundbesitz an seine Tochter übertragen wollte, ergibt sich dies nicht. Denn dem steht maßgeblich der Umstand entgegen, daß der Grund für den Abschluß des Überlassungsvertrages vorrangig auch darin bestand, dem Bekl. und seiner damaligen Ehefrau zu ermöglichen, den von ihnen errichteten Anbau zu finanzieren, indem sie das ihnen übertragene Grundstück belasten konnten. Auch hatte der Bekl. ein legitimes Interesse an einer Absicherung seiner Investitionen bzw. seiner Arbeitsleistung für die Errichtung des Anbaus. Aus diesem Grunde bestand er darauf, daß das Grundstück nicht allein auf die Tochter des Kl. übertragen wurde. Die schenkweise Übertragung von Miteigentum an den Bekl. war danach nur ein Teil einer sich in mehreren Schritten vollziehenden Entwicklung. Dies spricht gegen die Anwendung der Regeln vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Sie setzen nämlich nicht nur voraus, daß sich ein Umstand als nicht gegeben erwiesen hat, den mindestens eine Partei als so wichtig vorausgesetzt hat, daß sie den Vertrag nicht oder zumindest nicht in der geschehenen Weise abgeschlossen hätte. Im Rahmen des § 242 BGB ist vielmehr auch den Belangen des anderen Vertragspartners Rechnung zu tragen. Die für die Anwendung des § 242 BGB erforderliche Unzumutbarkeit, an dem vertraglich Vereinbarten festgehalten zu werden, kann deshalb erst dann festgestellt werden, wenn auf der anderen Seite auch der Vertragspartner sich redlicherweise auf die Berücksichtigung des angeblich eine Geschäftsgrundlage bildenden Umstandes hätte einlassen müssen. Da der Bekl. im Rahmen der Ausbau- und Umbaumaßnahmen bereits Vorleistungen erbracht hatte, liegt die Annahme aber eher fern, er hätte sich bei Abschluß des Überlassungsvertrages nach Treu und Glauben darauf einlassen müssen, die unter Einsatz eigenen Kapitals und eigener Arbeit geschaffene Wohnung im Falle eines Scheiterns der Ehe herauszugeben und sich mit einer etwaigen Erstattung in Geld zufriedenzugeben.

Daneben zeigt aber auch das Verhalten des Kl. nach Auszug seiner Tochter aus der ehelichen Wohnung mit großer Deutlichkeit, daß er den Fortbestand der Ehe bei Abschluß des Überlassungsvertrages nicht als Grundlage für die Überlassung des hälftigen Miteigentums an dem Grundstück an den Bekl. ansah. So gewährte er dem Bekl., nachdem seine Tochter bereits aus der ehelichen Wohnung ausgezogen war, noch erhebliche finanzielle Zuwendungen, obwohl ihm nicht verborgen geblieben sein konnte, daß die Trennung der Eheleute faktisch bereits vollzogen war. Er unternahm auch keinerlei Anstrengungen, um eine Rückauflassung des Miteigentumsanteils des Bekl. zu erreichen. Im Gegenteil unternahm er Schritte, um das Gesamtgrundstück auf den Bekl. zu übertragen, wofür sogar bereits ein Notartermin bestimmt war. Ein solches Verhalten ist mit der Behauptung des Kl. nicht in Einklang zu bringen, sein Geschäftswille bei Abschluß des Überlassungsvertrages mit dem Bekl. habe darauf aufgebaut, die Ehe werde von Dauer sein.

Entgegen der Auffassung des LG kann die Erwartung des Kl., er werde im Bedarfsfalle die erforderliche Pflege insbesondere durch seine auf dem gleichen Grundstück wohnende Tochter erhalten, nicht Geschäftsgrundlage des Überlassungsvertrages sein. Die Gewährung von Pflege und Unterstützung des Kl. ist vertraglich als Gegenleistung für die Übertragung des Grundstückseigentums vorgesehen. Was Vertragsinhalt ist, kann jedoch nicht Geschäftsgrundlage des Vertrages sein (BGHZ 90, 74). Diesbezüglich würde, soweit der Bekl. oder die Tochter des Kl. die vertraglich versprochenen Pflegeleistungen nicht erbringen sollten, das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen eingreifen (§ 326 Abs. 1 BGB). Hierzu hat der Kl. indessen

nichts Schlüssiges vorgetragen, denn daß der Bekl. jemals einer Aufforderung des Kl., ihm Unterstützung zu leisten, nicht nachgekommen wäre, hat er nicht dargetan.

b) Ein Anspruch auf Rückübertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem streitgegenständlichen Grundstück steht dem Kl. auch nicht gem. §§ 531 Abs. 2, 812 ff. BGB zu. Die Voraussetzungen für einen Widerruf der Schenkung i.S.d. § 530 Abs. 1 BGB liegen im Streitfall nicht vor. Der Kl. trägt keine Tatsachen vor, aus denen sich ergäbe, daß sich der Bekl. durch eine schwere Verfehlung gegen den Kl. oder einen seiner nahen Angehörigen groben Undanks schuldig gemacht hätte. Selbst, wenn man davon ausginge, daß die nunmehrige Lebenspartnerin des Bekl. den Kl., wie dieser behauptet, grundlos körperlich angegriffen hat, bedeutet dies keine Verfehlung des Bekl. selbst. Daß sich dieser das Handeln seiner Lebensgefährtin zurechnen lassen müßte, ist nicht ersichtlich. Die Vorschrift des § 166 BGB findet keine Anwendung (Palandt/Putzo, 58. Aufl., § 530 BGB, Rn. 5). Es ist auf Grundlage des Sachvortrages des Kl. auch nicht erkennbar, daß sich der Bekl. dadurch des groben Undanks schuldig gemacht haben könnte, daß er das Vorgehen seiner Lebensgefährtin gegen den Kl. nicht unterband.

2. Kein anderes Ergebnis ergibt sich, sieht man den Überlassungsvertrag als sog. ehebezogene Zuwendung an. In diesem Falle käme die Rückabwicklung des Vertrages, da § 326 Abs. 1 BGB auch insoweit aus den oben genannten Gründen ausscheidet, ebenfalls nur nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht (vgl. BGH NJW 1995, 1889, 1890 = MittRhNotK 1995, 264). Deren Voraussetzungen liegen jedoch, wie bereits erörtert, nicht vor.

4. Schuldrecht – Zusicherung der Grundstücksgröße

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 8. 5. 2000 – 9 U 192/99 – mitgeteilt von Richter am OLG Johannes Gode, Düsseldorf)

BGB §§ 462; 463 S. 1; 468

Verkauft ein Bauträger noch zu vermessende Grundstücksflächen und gibt er dabei im notariellen Kaufvertrag die ungefähre Größe dieser Flächen an, so kann die Flächenangabe eine Zusicherung der Grundstücksgröße i.S.d. § 468 BGB darstellen.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. verlangen Reduzierung des Kaufpreises für den Kauf eines Grundstückes, auf dem die Bekl. eine Doppelhaushälfte errichtet hat.

Die Bekl. beabsichtigte, auf noch zu vermessenden Teilflächen sechs Einfamilienhäuser zu errichten.

Mit notariellem Kaufvertrag erwarb die Bekl. aus einem Gesamtgrundstück eine Teilfläche in der ungefähren Größe von 176 qm zum Kaufpreis von 103.000,- DM.

Die Bekl. ihrerseits veräußerte diese Teilfläche als werdende Eigentümerin an die Kl. zum Kaufpreis nebst zu errichtender Doppelhaushälfte. In § 1 „Grundbuchstand“ heißt es, der Verkäufer werde Eigentümer einer Teilfläche in der ungefähren Größe von 176 qm. Wegen der Lage der verkauften Teilfläche wurde auf den der Urkunde beigefügten Lageplan verwiesen. Die Bekl. verpflichtete sich weiter, das Grundstück zu bebauen. Im Vertrag heißt es, der Verkauf erfolge auf der Grundlage der Baubeschreibung, der Baupläne und der Wohnflächenberechnung. Abweichend hiervon werde die Terrasse in einer Größe von ca. 28 qm errichtet, ersichtlich aus der weiteren Anlage zu dieser Urkunde. In diesem Lageplan ist die Grundstücksgröße mit ca. 152 qm angegeben. Der Lageplan ist von den Parteien unterzeichnet.

In § 15 des Vertrages ist die Haftung durch den Verkäufer für eine bestimmte Größe, Güte und irgendwie geartete Beschaffenheit des Grund und Bodens ausgeschlossen.

Die Kl. fordern wegen einer Minderfläche von 24 qm Zahlung von 14.045,52 DM (103.000,- DM : 176 = 585,23 DM/qm).

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist – bis auf einen geringen Teil des Zinsanspruches – begründet. Die Kl. können von der Bekl. wegen der Minderfläche des von ihnen erworbenen Grundstücks Zahlung von 14.045,52 DM verlangen.

Das Zahlungsbegehren der Kl. ist nach Kaufrecht zu beurteilen. Hat der Veräußerer ein Grundstück mit einem darauf zu errichtenden Eigenheim zu übereignen, so handelt es sich um einen aus kauf- und werkvertraglichen Elementen bestehenden Mischvertrag. Soweit der Streit der Parteien allein um die vertragsgemäße Beschaffenheit von Grund- und Boden geht, sind nur die kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften anzuwenden (BGH WM 1984, 941, 942).

Das Zahlungsbegehren der Kl. ist als Gewährleistungsanspruch (sei es als Minderung oder Schadensersatz) gerechtfertigt, §§ 463 S. 1, 462 BGB.

Wegen des vertraglich vereinbarten Gewährleistungsausschlusses in § 15 des Notarvertrages kommen Gewährleistungsansprüche der Kl. nur dann in Betracht, wenn die Bekl. die Größe des Grundstückes zugesichert hat; ein vertraglich vereinbarter Gewährleistungsausschluß erstreckt sich nämlich nicht auf eine im selben Vertrag gewährte Zusicherung (vgl. Palandt/Putzo, a.a.O., § 476, 3).

Die notarielle Vereinbarung der Parteien enthält eine entsprechende Zusicherung der Bekl.

Eine Zusicherung setzt voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft als Kaufsache übernimmt und damit die Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen. Ob eine Zusicherung erfolgt ist, ist eine Frage der Auslegung, bei der das Verhalten des Verkäufers aus Sicht des Käufers unter Berücksichtigung seines Erwartungshorizontes bei objektiver Würdigung der Umstände nach Treu und Glauben zu bewerten ist (BGH NJW 1996, 2027 = DNotZ 1997, 628; vgl. auch BGH NJW 1996, 1465, 1466). Hier sind zur Auslegung die vertraglichen Bestimmungen in § 1 und § 7 der notariellen Vereinbarung heranzuziehen. In § 7 haben die Parteien den Kaufgegenstand bestimmt als „das vorgenannte, noch zu vermessende Grundstück...“. § 7 verweist also auf § 1 der notariellen Vereinbarung. Dort ist das Grundstück beschrieben als „Teilfläche aus dem nachbenannten Grundbesitz in der ungefähren Größe von 176 qm“. Diese Flächenangabe bezieht sich daher auf den Kaufgegenstand und enthält eine Zusicherung seiner Größe. Dies ergibt eine Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung der von der Rspr. zum Verkauf noch zu vermessender Grundstücksteilflächen durch Bauträger entwickelten Grundsätze (vgl. BGH WM 1984, 941 und WM 1978, 1291 = DNotZ 1979, 336). Die Vertragsgestaltung kann in solchen Fällen darauf ausgerichtet sein, das Vertrauen des Erwerbers in die weitestgehende Genauigkeit der Flächenangabe zu erwecken (BGH WM 1984, 941, 943).

So liegen die Dinge hier. Auch bei den Kl. als Käufern wurde durch den der notariellen Vereinbarung als Anlage beigefügten Lageplan, auf den wegen der Lage der verkauften Teilfläche Bezug genommen worden war, der Eindruck erweckt, als sei die Detailplanung der zu errichtenden Doppelhaushälften abgeschlossen und die im Vertragstext enthaltene Flächenangabe so exakt, wie in diesem Planungsstadium möglich, ermittelt worden (vgl. BGH WM 1984, 941, 942). Auch hier wurde durch die Flächenangabe im Vertragstext das Vertrauen der Kl. darauf erweckt, diese Angabe habe weitestgehende Genauigkeit. Die Kl. als Erwerber hatten keinen Anhaltspunkt anzunehmen, hinsichtlich der Einhaltung der angegebenen Grundstücksfläche würden außer den üblichen Vermessungsrisiken noch Unsicherheiten bestehen. Andererseits konnte die Bekl. als Verkäuferin nicht ohne weiteres erwarten, die Kl. als Erwerber seien bereit, eine noch so grobe Abweichung der wirklichen von der vertraglich genannten Flächengröße hinzunehmen (vgl. BGH WM 1984, 941, 943).

Der Annahme einer Zusicherung steht es nicht entgegen, daß es im Vertragstext heißt, der Grundbesitz habe die „ungefähre“ Größe von 176 qm. Diese „ungefähr“-Angabe steht dem Zusicherungscharakter nicht entgegen, da unter einer „bestimmten“ Größe i.S.d. § 468 S. 1 BGB nicht nur ein absolutes Flächenmaß zu verstehen ist (BGH WM 1984, 941, 942 und WM, 1978, 1291, 1292 = DNotZ 1979, 336); mit einer solchen Forderung entfielen jede Größenzusicherung beim Verkauf einer noch nicht vermessenen, aber durch Bezeichnung ihrer Grenzpunkte in der Natur oder durch einen Lageplan genau festgelegten Grundstücksfläche. Bei dem Gewicht, das die Flächengröße für die Preisbildung, aber auch für die Verwendung des Kaufobjektes haben kann, wäre eine so weitgehende Beschränkung der Verpflichtungsfreiheit des Verkäufers nicht vertretbar (BGH WM 1978, 1291, 1292 = DNotZ 1979, 336).

Auch der der Notarurkunde beigefügte zweite Lageplan spricht nicht gegen die Annahme einer Zusicherung. Dieser – weitere – Lageplan, der die qm-Angabe von 152 qm enthält, ist gem. § 3 der Notarurkunde in Bezug genommen zur Bestimmung des Leistungsumfanges der Werkleistung (Errichtung des Bauvorhabens), weil die Terrasse abweichend von der Baubeschreibung in einer Größe von 28 qm errichtet werden sollte. Daß die dort – also in anderem Zusammenhang – angegebene abweichende Grundstücksfläche den Kl. aufgefallen und ihnen die Abweichung von der im Vertragstext zuvor deutlich hervorgehobenen Grundstücksgröße bewußt geworden ist, läßt sich nicht feststellen. Auch der in diesem Zusammenhang in § 1 in Bezug genommene Lageplan enthält keine Flächenangabe. Er enthält darüber hinaus auch durch seine zeichnerische Darstellung keine verbindliche Bestimmung des Leistungsinhaltes.

Schließlich führt – entgegen der Annahme des LG – der vertraglich vereinbarte Gewährleistungsausschluß nicht zu einer anderen Beurteilung. Erwecken die vom Verkäufer im Zusammenhang mit der Grundstücksgröße gemachten Angaben beim Käufer das Vertrauen in die weitestgehende Genauigkeit der Flächenangabe, so kann der sich aus der Sicht des Käufers zu bestimmende Erklärungswert der Ausschlusssklausel nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) nicht dahin bestimmt werden, der Bruch dieses Vertrauens bleibe ohne Sanktion, die Verkäuferin brauche für Abweichungen nicht einzustehen. Vielmehr ist der Gewährleistungsausschluß aus der Sicht des Käufers so auszulegen, der Verkäufer wolle lediglich nicht dafür einstehen, daß das Ergebnis der amtlichen Vermessung der im Vertrag angegebenen qm-Zahl genau entspricht. Der Käufer muß also allenfalls geringfügige Abweichungen infolge üblicher Vermessungstoleranzen hinnehmen (BGH WM 1984, 941, 943), nicht aber Flächenabweichungen der hier vorliegenden Art.

Der von den Kl. geltend gemachte Zahlungsanspruch ist schließlich nicht um eine Vermessungstoleranz im Sinne einer solchen geringfügigen Abweichung (etwa 1 %) zu kürzen. Nach einer kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH (MDR 2000, 144 = DNotZ 2000, 124) zu einer abweichenden Wohnfläche darf die Herabsetzung des Kaufpreises nicht um einen Geringfügigkeitszuschlag von dort 3 % weiter gekürzt werden.

5. Liegenschaftsrecht – Rückgängigmachung rechtswidriger baulicher Veränderungen beim Wohnungseigentum (OLG Schleswig, Beschluß am 20. 3. 2000 – 2 W 140/99)

WEG §§ 14; 16; 21; 22

1. Der Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers, dessen Vorgänger durch rechtswidrige bauliche Veränderungen eine Rückbaunotwendigkeit verursacht hat, ist nur zur Duldung der Beseitigungs- und Wiederherstellungsmaßnahmen verpflichtet.
2. Die Kosten einer solchen Maßnahme sind von der Wohnungseigentümergeinschaft zu tragen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die damalige Eigentümerin teilte das Grundstück in zwei gleichgroße Miteigentumsanteile dergestalt auf, daß mit dem einen das Sondereigentum an dem bereits vorhandenen Einfamilienhaus verbunden war, mit dem anderen das Sondereigentum an einem noch zu errichtenden Einfamilienhaus. Den unbebauten Teil des Grundstücks verkaufte sie am gleichen Tage an die heute noch dort wohnenden Bet. zu 1). Diese ließen auf dem erworbenen Grundstück alsbald einen Flachdachbungalow errichten. Dieser wurde an das vorhandene Einfamilienhaus nach hinten versetzt „angebaut“, und zwar auf einer Länge von 4 Metern.

Ein späterer Inhaber des „älteren“ Miteigentums ließ den hinteren Anbau, an den der Bungalow der Bet. zu 1) grenzte, erhöhen. Die Folgen bilden seitdem den Hauptstreitpunkt zwischen den Miteigentümern. Die Bet. zu 1) hatten der Baumaßnahme des damaligen Miteigentümers nicht zugestimmt.

Das Wohnungseigentum wurde an die Bet. zu 2) und deren damaligen Ehemann verkauft. Der Ehemann übertrug seinen Miteigentumsanteil auf die Bet. zu 2).

Der Bet. zu 1) hat gegen die Bet. zu 2) Antrag auf Beseitigung der festen Verbindungen eingereicht. Dieser Antrag ist mit seinen späteren Veränderungen Gegenstand dieses Verfahrens. Im amtsgerichtlichen Beschluß sind die Bet. zu 2) zur Zustimmung zur Rückbaumaßnahme (teilweiser Anbaudachumbau für ca. 20 – 25.000,- DM), alle Wohnungseigentümer zur Duldung dieser Rückbaumaßnahme und die Bet. zu 2) zur Erstattung der dadurch verursachten Kosten an die Wohnungseigentümergeinschaft verpflichtet worden.

Das LG hat mit dem angefochtenen Beschluß den Beschluß des AG teilweise geändert und die Bet. zu 2) verpflichtet, in das Flachdach der Bet. zu 1) 10 Dachentlüfter einzubauen, die Undichtigkeit am Regenwasserablauf beseitigen zu lassen und die Kosten dieser Maßnahmen (mit einer Ausnahme) zu tragen. Die weitergehenden Anträge der Bet. zu 1) hat es zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Bet. zu 1) mit ihrer sofortigen weiteren Beschwerde. Sie haben deutlich gemacht, daß sie den Rückbau des Anbaus zur Beseitigung der veränderungsbedingten festen Verbindungen zwischen den Häusern weiter anstreben.

Aus den Gründen:

Die zulässige sofortige weitere Beschwerde ist begründet, weil das LG mit seiner Entscheidung die Rechtsnormen für rechtswidrige bauliche Veränderungen von Wohnungseigentum nicht richtig angewendet hat (§ 27 FGG, 550 ZPO).

In der Sache steht fest und ist praktisch außer Streit, daß die Bet. zu 1) den durch die Veränderung des Anbaus geschaffenen Zustand nicht dulden müssen. Rechtsfehlerhaft nimmt das LG jedoch an, daß die Bet. zu 2) zur Beseitigung der dadurch bedingten Störungen verpflichtet ist. Der Senat folgt der h. M. in Rspr. und Lit. (Staudinger/Bub, Rn. 234 ff. zu § 22 WEG; KG WuM 1991, 516; BayObLG WuM 1998, 117), nach der die Sonderrechtsnachfolgerin des Störers, hier die Bet. zu 2), nur zur Duldung der Beseitigungs- und Wiederherstellungsmaßnahme verpflichtet ist. Diese Duldungsverpflichtung gegenüber den Miteigentümern folgt aus § 21 WEG, der gegenseitigen Verpflichtung aller Wohnungseigentümer zu einer der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Eigentums entsprechenden ordnungsgemäßen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung. Zu einer solchen sind die Beseitigung von baulichen Störungen und die Wiederherstellung eines störungsfreien baulichen Zustandes ohne weiteres zu zählen. Dadurch bedingte spezielle Einwirkungen auf das Sondereigentum sind von den davon betroffenen Miteigentümern nach § 14 Nr. 4 WEG zu gestatten.

Der Senat vermag dem LG ferner nicht in der Auffassung zu folgen, die von den Bet. zu 1) favorisierten Maßnahmen wären angesichts der Baukosten „treuwidrig“. Der Anspruch auf Beseitigung von baulichen Veränderungen hat in der Tat grundsätzlich seine Grenze in der Zumutbarkeit. Das setzt aber voraus, daß die Wohnungseigentümergeinschaft die Besei-

tigung der durch den Umbau verursachten Störungen nur unter unverhältnismäßig großen Kosten erreichen könnte. Davon kann bei der bisher in Rede stehenden Summe (25.000,- DM) nach Auffassung des Senats überhaupt nicht die Rede sein (vgl. BayObLG WE 1991, 256-258). Andererseits geht es im Rahmen der von den Bet. zu 1) gestellten Anträge auch nicht um einen vollständigen Rückbau des Anbaus, so daß dessen Zumutbarkeit nicht erörtert werden muß.

Schließlich ist rechtlich auch die schon vom AG jedenfalls dem Grunde nach ausgesprochene Pflicht der Bet. zu 2), die Kosten des Umbaus zu tragen, nach Auffassung des Senats nicht zu halten. Die vom AG herangezogene Regel in § 5 Abs. 1 der Teilungserklärung ist ganz ersichtlich nicht für diesen Fall des Rückbaus rechtswidriger baulicher Veränderungen gedacht. Das LG hat eine Begründung für seine entsprechende Verurteilung nicht gegeben. Die Duldungsverpflichtung der Bet. zu 2) und der entsprechenden Wiederherstellungsanspruch der Bet. zu 1) führen zur gemeinschaftlichen Kostenbelastung, die mangels abweichender Vereinbarung für diesen Fall gem. § 16 Abs. 2 WEG nach dem Verhältnis der Anteile zu tragen ist. Wie weit der Voreigentümer, der durch seine rechtswidrigen baulichen Veränderungen die Rückbaunotwendigkeit verursacht hat, gesetzlich und/oder vertraglich zur Erstattung der Kosten verpflichtet ist, kann im Rahmen dieses Verfahrens nicht entschieden werden.

(...)

6. Liegenschaftsrecht – Verlegung der Ausübungsstelle einer Grunddienstbarkeit

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. 4. 2000 – 9 U 176/99 – mitgeteilt von Richter am OLG Johannes Gode)

BGB § 1023

Können Garagen i.S. einer wirtschaftlich sinnvollen Ausnutzung des Grundstücks nur auf der Ausübungsstelle einer Grunddienstbarkeit errichtet werden und steht geeigneter Ersatzparkraum zur Verfügung, so kann dies die Verlegung der Ausübungsstelle rechtfertigen.

Zum Sachverhalt:

Die Rechtsvorgängerin der Bekl. errichtete fünf Häuser, die durch eine gemeinsame Zufahrtsstraße erschlossen werden. Da auf Flurstück 736 kein Parkraum zur Verfügung stand, wurde zu Lasten des Flurstücks 734 eine Grunddienstbarkeit eingetragen, welches die Benutzung von 4 genau bezeichneten Parkstellplätzen ermöglichte. Flurstücke 735 und 736 gehören der Bekl., die auf dem Flurstück 735 vier nebeneinanderliegende Garagen errichtet hat. Kl. erwarb das Flurstück 734 und wollte im Anschluß an die Garagenzeile der Bekl. auf Flurstück 735 sechs Garagen errichten. An dieser Stelle befindet sich die Ausübungsstelle der Grunddienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer des Flurstücks 734. Die Kl. begehrt die Verlegung dieser Ausübungsstelle und hat Ersatzparkplätze auf ihrem Hofgelände angeboten, was die Bekl. ablehnte.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Berufung hat Erfolg. Die Kl. kann von der Bekl. gem. § 1023 BGB die Verlegung der Ausübungsstelle der an ihrem Grundstück bestellten Grunddienstbarkeit sowie Eintragung dieser Änderung im Grundbuch verlangen.

1. Das Verlangen der Kl. bedeutet eine Veränderung des Inhalts der Grunddienstbarkeit, die im Grundbuch einzutragen ist (vgl. auch BGH WM 1976, 274, 275). Die Stelle, die derzeit in Ansehung der die Bekl. begünstigenden Grunddienstbarkeit zu Parkzwecken von den Mietern des Hauses in Anspruch genommen wird, wurde mit dem der notariellen Urkunde beigefügten Plan festgelegt, und die in Aussicht genommene Verlegung

stellt nicht nur eine unwesentliche Verschiebung dar. Insbesondere unterscheidet sich die Anordnung der Parkplätze von der früheren Anordnung.

2. Die Voraussetzungen für die Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit sind erfüllt, denn die Ausübung an der bisherigen Stelle ist für den Eigentümer des Grundstücks besonders beschwerlich, und eine Verlegung der Ausübung ist mit Rücksicht auf vorhandenen Ersatzparkraum möglich.

Für den Verpflichteten, hier die Kl., ist die Ausübung am bisherigen Ort besonders beschwerlich, wenn sie erhebliche Nachteile und nicht nur bloße Unbequemlichkeiten mit sich bringt (vgl. MünchKomm/Falckenberg, § 1023, Rn. 4). Die Bekl. bzw. die Mieter ihres Hauses (Flurstück 736) üben die Grunddienstbarkeit aus. Die Kl. kann daher auf diesem Teil ihres Grundstückes keine Garagen im Anschluß an die nunmehr vorhandenen vier Garagen der Bekl. auf deren weiteren Grundstück (= Flurstück 735) errichten. Daraus alleine ergibt sich zwar noch keine besondere Beschwerlichkeit. Jede Grunddienstbarkeit, die in Anspruch genommen wird, belastet den Eigentümer, denn er kann mit einem Teil seines Grundstückes nicht nach Belieben verfahren. Eine gewisse Beschwerlichkeit ist daher jeder Grunddienstbarkeit immanent. Es müssen schon weitere Umstände hinzu kommen, um die Ausübung der Grunddienstbarkeit als besonders beschwerlich erscheinen zu lassen.

Solche Gründe lassen sich vorliegend feststellen. Entscheidendes Gewicht hat dabei nicht bereits der von der Kl. vorgetragene Wunsch, den Mietern ihrer Wohnungen im Haus (Flurstück 734) Garagen zur Verfügung stellen zu wollen; diese Absicht könnte sie auch durch Errichtung diverser Garagen an verstreuten Stellen ihres Grundstückes letztendlich erfüllen. Zu berücksichtigen ist hier aber die gesamte Grundstückssituation, die nicht unerheblich von der ursprünglichen Planung abweicht, ohne dass sich dies bisher auf die Parkplatzverteilung bezüglich des klägerischen Hauses ausgewirkt hätte. Der Parkraum wurde seinerzeit eher großzügig gemessen. Die dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes breitzustellenden Stellplätze wurden schräg angeordnet, um ein gutes Einparken bei Benutzung des Weges zu ermöglichen. Die Grunddienstbarkeit zu Lasten des Flurstücks 734 wurde in erster Linie deshalb bestellt, weil im Bereich des Flurstücks 736 mit Rücksicht auf die dort geplante Zufahrt für sämtliche Häuser keine Parkplätze eingerichtet werden konnten. Tatsächlich ist die im Plan vorgesehene Zufahrt jedoch gesperrt. Die ehemals mit Bedacht gewählte schräge Anordnung der Parkplätze ist daher eher ins Gegenteil verkehrt, weil sie sich zur „falschen“ Seite hin öffnen und beim Einparken ein Winkel von 135° zu berücksichtigen ist. Die Bekl. selbst hat auf ihrem Grund Garagen errichtet und damit die Übersichtlichkeit des Gesamtweges des Grundstückes eingeschränkt. Würde die Kl. nunmehr verstreut über ihr Grundstück unter Beibehaltung der Parkplätze entsprechend der eingetragenen Grunddienstbarkeit neue Garagen errichten, würde dies zu einer erheblichen Unübersichtlichkeit für Fußgänger und Autofahrer führen. Zur Vermeidung dieses unfallträchtigen Zustandes ist es geradezu erforderlich, eine einheitliche Fortführung der Garagenkette, d.h. im Anschluß an die Garagen der Bekl., zu wählen. Daran wäre die Kl. aber gehindert, wenn die bisherige Ausübungsstelle der Grunddienstbarkeit beibehalten würde.

3. Die Kl. kann der Bekl. eine gleichwertige Ersatzfläche zur Ausübung der Grunddienstbarkeit auf ihrem Grundstück anbieten.

(...) Demgemäß hat die Kl. der Verlegung der Ausübungsstelle der Grunddienstbarkeit zuzustimmen und eine entsprechende Bewilligung zum Zwecke der Eintragung zu erteilen.

(...) Auch die Baulast, die vom Bauherrn gegenüber der Stadt übernommen wurde, steht der Verlegung der Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht entgegen. Es ist anerkannt, daß eine solche von einem Grundstückseigentümer übernommene Baulast weder dem Eigentümer des begünstigten Grundstückes

einen privatrechtlichen Nutzungsanspruch gewährt, noch den Eigentümer des belasteten Grundstückes privatrechtlich verpflichtet, die Nutzung zu dulden (vgl. BGHZ 88, 97, 100 = DNotZ 1984, 176; OLG Düsseldorf OLGZ 1992, 208, 211). Gegebenenfalls ist von der Kl. eine Abstimmung mit der Erklärungsempfängerin der Baulast, der Stadt, herbeizuführen.

7. Liegenschaftsrecht – Vollstreckungsbeschränkung bei der Grundschuld, hier: Fortbestehen der bei Zuschlag eingetragenen Eigentumsvormerkung
(LG Saarbrücken, Beschluß vom 4. 2. 2000 – 5 T 73/00)

BGB § 1147
ZVG § 59

Die Vereinbarung, daß die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig ist, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die eingetragene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlags noch eingetragen ist, kann zum dinglichen Inhalt einer Grundschuld gemacht werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Ast. haben die Eintragung folgender Inhaltsänderung bei der Grundschuld beantragt:

Die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld ist nur zulässig, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die für die Landeshauptstadt eingetragene Eigentumsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlags noch eingetragen ist.

Das AG – Rechtspflegerin – hat diesen Antrag durch Beschluss zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss hat die Ast. zu 1) Beschwerde eingelegt.

Die Rechtspflegerin hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

Die Auffassung des AG hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Zwar trifft es zu, dass das Recht des Gläubigers nach § 1147 BGB auf jede Zwangsvollstreckung weder schuldrechtlich noch dinglich ausgeschlossen werden kann (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1113 Anm. 2; Palandt, 59. Aufl., § 1147 BGB, Anm. 1).

Um einen solchen absoluten Ausschluss jeglicher Zwangsvollstreckung geht es im vorliegenden Fall jedoch nicht, es handelt sich vielmehr um die Vereinbarung einer Bedingung im Sinne einer Vollstreckungsbeschränkung.

Derartige Vollstreckungsbeschränkungen sind aber zulässig (vgl. Palandt, a.a.O.; Staudinger/Wolfsteiner, a.a.O.).

So ist etwa zulässig die Vereinbarung, daß der Gläubiger nur vollstrecken darf, wenn die Hypothek ersten Rang einnimmt, während er im Übrigen darauf beschränkt sein soll, im Verteilungsverfahren befriedigt zu werden, falls ein vor- oder gleichrangiger Gläubiger vollstrecken sollte. Gleiches gilt für eine Abrede, daß sich der Gläubiger nur einer von einem anderen Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung anschließen darf (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, a.a.O.; KG JW 1931, 3282).

Auch gegen andere Vollstreckungsbeschränkungen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. So kann immer mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, daß nur Zwangsverwaltung,

keine Zwangsversteigerung zulässig ist und umgekehrt (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1113, Anm. 3; RGRK/Mattern, § 1147 BGB, Rn. 12; Ehrmann, BGB, zu § 1147, Rn. 1).

Zulässig ist auch die Abrede, die Hypothek dürfe erst geltend gemacht werden, wenn erfolglos die Verwertung anderer Sicherheiten versucht worden war (vgl. Staudinger, a.a.O.; BGH NJW 1986, 1487 = DNotZ 1986, 342 = MittRhNotK 1986, 97).

Ist demnach sogar die Vereinbarung jeglichen Ausschlusses der Zwangsversteigerung bei bestehendem Recht, die Zwangsverwaltung zu betreiben zulässig, bestehen nach Auffassung der Kammer im vorliegenden Fall keinerlei Bedenken, eine Inhaltsänderung des Inhalts einzutragen, daß die Zwangsversteigerung aus der Grundschuld nur zulässig ist, wenn nach den Versteigerungsbedingungen die eingetragene in Bezug genommene Eigentumsvermerkung durch den Zuschlag nicht erlischt, sondern fortbesteht, wenn sie im Zeitpunkt des Zuschlages noch eingetragen ist.

Auch der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz ist gewahrt. Es ist aus dem Grundbuch ersichtlich, ob der Grundschuldgläubiger, will er die Grundschuld verwerten, den Antrag nach § 59 ZVG stellen muss, dass die Eintragungsvormerkung durch den Zuschlag nicht erlischt.

Das AG war daher unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses anzuweisen, anderweitig über den gestellten Antrag zu entscheiden.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Teilnichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses bei einer AG, hier: Einräumung eines nur mittelbaren Bezugsrechts

(Hanseatisches OLG, Urteil vom 29. 10. 1999 – 11 U 71/99)

**AktG §§ 9 Abs. 1; 182; 185 f., 202; 241 f.
BGB § 139**

- 1. Es ist Sache der Hauptversammlung, nicht des Vorstandes, die Eckpunkte einer Kapitalerhöhung zu beschließen. Hingegen ist es zweckmäßig, üblich und weitgehend zulässig, den Vorstand zu ermächtigen, über die Einzelheiten der Durchführung – hier u.a.: Betrag der Kapitalerhöhung, Ausgabebetrag der neuen Aktien, Bezugsrechtsverhältnis – in eigener Kompetenz unter Beachtung der Weisungen der Hauptversammlung zu befinden.**
- 2. Die Entscheidung, daß den Aktionären ein unmittelbares oder ein mittelbares Bezugsrecht durch ein Bankenkonsortium angeboten wird, kann nicht dem Vorstand überlassen werden. Aus § 186 Abs. 5 AktG („nach dem Beschluß“) folgt, daß bereits die Hauptversammlung die Einräumung eines nur mittelbaren Bezugsrechts zu beschließen hat. Ein dem nicht entsprechender Beschluß der Hauptversammlung ist i.S. von § 139 BGB teilnichtig.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bekl., deren Grundkapital 23,73 Mio. DM betrug, hatte in den letzten Jahren erhebliche Verluste erlitten. Die Kl. sind Aktionäre der Bekl.

Am 2. 12. 1998 fand eine außerordentliche Hauptversammlung der Bekl. statt, auf der der Verlust der Hälfte des Grundkapitals angezeigt wurde und Maßnahmen zur Sanierung und einer umfassenden Umstrukturierung zur Beschlußfassung anstanden.

Unter TOP 2 wurde eine Umwandlung des Grundkapitals in nennbetragslose Stückaktien beschlossen. Unter TOP 3 wurde der Beschluß gefaßt, das Grundkapital im Verhältnis 10 : 1 herabzusetzen.

Zu Tagesordnungspunkt 4 wurden folgende Beschlüsse gefaßt:

Zu TOP 4

„a. Das gemäß den Beschlüssen zu vorstehendem TOP 3 auf 2.373.000,– DM herabgesetzte Grundkapital wird gegen Bareinlagen um bis zu 21.357.000,– DM auf bis zu 23.730.000,– DM durch Ausgabe von bis zu 4.271.400 neuen, auf den Inhaber lautenden Stückaktien erhöht. Die neuen Aktien werden ab dem 1. Januar 1999 gewinnberechtigt sein. Die Bezugsfrist wird zwei Wochen betragen.

b. Der Vorstand wird mit Zustimmung des Aufsichtsrates ermächtigt, die weiteren Einzelheiten der Kapitalerhöhung, ihrer Durchführung und der Bedingungen für die Ausgabe der Aktien festzusetzen. Der Vorstand wird angewiesen, den Ausgabebetrag der neuen Aktien unter Berücksichtigung der aktuellen Marktsituation bestmöglich, nicht jedoch unter 5,– DM je neuer Aktie festzusetzen. Er ist ermächtigt, unter Berücksichtigung des erzielbaren Ausgabebetrages das Bezugsverhältnis und damit die Zahl der auszugebenden neuen Aktien im Rahmen des in lit. (a) genannten Höchstbetrages festzusetzen. Das Bezugsverhältnis muß jedoch mindestens 1 : 2 lauten, entsprechend einem Kapitalerhöhungsbetrag von 4.746.000,– DM und 949.200 neuen, auf den Inhaber lautenden Stückaktien. Der Vorstand ist weiter ermächtigt, festzulegen, daß den Aktionären ein unmittelbares oder ein mittelbares Bezugsrecht nach ganzer oder teilweiser Zeichnung der neu auszugebenden Aktien durch ein Bankenkonsortium mit der Verpflichtung zur Wahrung der Bezugsrechte der Aktionäre angeboten wird. Dazu gehört auch die Festlegung der Bedingungen, zu denen nach Ablauf der für alle Aktionäre geltenden Bezugsfrist Aktionäre über ihr Bezugsrecht hinaus und Dritte die nicht gezeichneten neuen Aktien ihrerseits zum festgesetzten Ausgabekurs zeichnen und beziehen können. Der Vorstand wird weiter angewiesen, die Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses gemäß § 184 AktG nur zusammen mit den Beschlüssen zu TOP 2 und 3 vorzunehmen.

c. Die Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung gemäß § 188 AktG muß spätestens bis zum 30. 4. 1999 erfolgen. Andernfalls wird der Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals ungültig.

d. Der Aufsichtsrat wird ermächtigt, die Fassung des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 der Satzung (Grundkapital) entsprechend der Durchführung der Kapitalerhöhung anzupassen.“

Die Kl. erhoben zu Protokoll Widerspruch gegen den Beschluß zu 4.

Die Kapitalerhöhung wurde vom Vorstand ohne Einschaltung eines Kreditinstitutes durchgeführt, den Aktionären wurde ein unmittelbares Bezugsrecht eingeräumt. Nach dem am 26. 3. 1999 im Bundesanzeiger veröffentlichten Bezugsangebot der Bekl. sollte das Kapital der Bekl. im Verhältnis 1 : 4 um bis zu 9.492.000,– DM durch Ausgabe von bis zu 1.898.400 neuen Stückaktien erhöht werden. Nur ein kleiner Teil der Aktionäre hat von seinem Bezugsrecht Gebrauch gemacht. In das Handelsregister wurde eine Kapitalerhöhung von 9.396.300,– DM eingetragen.

Mit Urteil hat das LG die Anfechtungsklagen abgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Kl.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist zulässig, hat aber in der Sache nur zu einem kleinen Teil Erfolg.

(...)

1. Die gegen den Beschluß zu TOP 4 geltend gemachten Anfechtungsgründe greifen mit einer Ausnahme nicht durch.

Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Beschlusses geht der Senat davon aus, daß es Sache der Hauptversammlung, nicht des Vorstandes ist, die Eckpunkte einer Kapitalerhöhung zu beschließen. Hingegen ist es zweckmäßig, üblich und weitgehend zulässig, den Vorstand zu ermächtigen, über die Einzelheiten der Durchführung in eigener Kompetenz unter Beachtung der Weisungen der Hauptversammlung zu befinden. Das gilt insbesondere für die Fragen, die sich erst im Zusammenhang mit der Durchführung stellen und von der Hauptversammlung nicht abschließend beurteilt werden können. Von einer Ausnahme abgesehen überschreitet der angefochtene Beschluß nicht die Grenze, die zwischen der Kompetenz, die der Hauptversammlung verbleiben muß, und der dem Vorstand einräumbaren Handlungsbefugnis zu ziehen ist.

a) So hält der Senat es für unbedenklich, daß der Betrag der Kapitalerhöhung im Beschluß unter a) offengeblieben ist. Der genaue Betrag muß erst bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister feststehen. Es ist nicht zu beanstanden, daß es dem Vorstand überlassen bleibt, den genauen Betrag aufgrund der Möglichkeiten, die Aktien am Kapitalmarkt unterzubringen, festzusetzen, zumal wenn dies ohne Einschaltung eines Kreditinstitutes geschieht. Nach allg. M., der sich der Senat anschließt, ist lediglich erforderlich, daß die Hauptversammlung einen Mindest- und einen Höchstbetrag vorgibt (vgl. KölnKomm/Lutter zum AktG § 182, Rn. 17, Hüffer, 4. Aufl., § 182 AktG, Rn. 12, je m.w.N.). Das ist hier geschehen. Der Höchstbetrag ist unter a) mit 21.357.000,- DM festgelegt. Der Mindestbetrag ergibt sich aus dem zweiten Absatz des Beschlusses unter b), wonach die Festlegung des Bezugsverhältnisses mindestens einen Kapitalerhöhungsbetrag von 4.746.000,- DM ergeben muß. Auch die in Hinblick auf die Spannweite der möglichen Kapitalerhöhung vorgetragenen Bedenken greifen nicht durch. Soweit es den Höchstbetrag der Kapitalerhöhung angeht, ist darauf hinzuweisen, daß damit nur das ursprüngliche Grundkapital der Gesellschaft erreicht worden wäre. Die Festsetzung eines Mindestbetrages wird von einer verbreiteten Ansicht nicht einmal für erforderlich gehalten (vgl. Krieger in Münchener Handbuch zum Aktienrecht, § 56, Rn. 20; Hüffer §182, Rn. 12). Entscheidend für die Wirksamkeit des Beschlusses ist, daß die Festsetzung des Erhöhungsbetrages nicht im Belieben des Vorstandes stand; vielmehr verlangten die ihm von der Hauptversammlung mit dem Beschluß unter b) erteilten Weisungen, daß die aktuelle Marktsituation bestmöglich zu berücksichtigen war und das erzielbare Ergebnis den Betrag der Kapitalerhöhung bis zur festgelegten Höchstgrenze ergeben sollte.

b) Die Kl. machen zu Unrecht geltend, im Beschluß sei der Mindestausgabebetrag für die neuen Aktien nicht genannt, sondern nur der geringste Betrag nach § 9 Abs. 1 AktG. Darin liegt kein Verstoß gegen § 182 Abs. 3 AktG. Diese Vorschrift verlangt eine Festsetzung des Mindestbetrages nur bei einer durch die Hauptversammlung vorgeschriebenen Überpariemission. Hier ermächtigte der Beschluß den Vorstand zu beiden Möglichkeiten der Emission. Soweit der Vorstand eine Emission zum geringsten Ausgabebetrag durchführen würde, bedurfte es keiner Festsetzung eines Mindestbetrages. Für den Fall der Überpariemission aber bestehen keine Bedenken, daß der anteilige Betrag der Stückaktien am Grundkapital nach § 9 Abs. 1 AktG als Mindestbetrag festgesetzt wurde; nur eine Bestimmung des Mindestbetrages, die zu einer Unterpariemission geführt hätte, wäre unzulässig gewesen (vgl. Hüffer, § 182, Rn. 23). Auch die Ermächtigung an den Vorstand, die Festlegung des Ausgabebetrages davon abhängig zu machen, was für den Vorstand erzielbar sein würde, war zweckmäßig und nicht zu beanstanden.

Auf die Frage, ob eine Festlegung des Ausgabebetrages durch die Hauptversammlung überhaupt notwendig ist und zu welchem Kurs die Aktien bei Fehlen eines Mindestbetrages auszugeben wären, kommt es nicht an.

c) Der Beschluß ist auch nicht deswegen anfechtbar, weil das Bezugsverhältnis nicht festgelegt wurde, sondern vom Vorstand unter Berücksichtigung des erzielbaren Ausgabebetrages zu bestimmen war. Das gilt insbesondere mit Rücksicht auf die von der Hauptversammlung beschlossene Vorgabe, wonach das Bezugsrechtsverhältnis mindestens im Verhältnis 1:2 festzusetzen war. Mit dieser Vorgabe entfallen Bedenken in Hinblick auf die Vereinbarkeit mit § 186 Abs. 3 AktG. Denn der Beschluß verschafft allen Altaktionären – auch denjenigen, die nur eine Aktie besitzen – ein Bezugsrecht, während dem Vorstand nur die Möglichkeit gegeben wurde, den Altaktionären ein umfangreicheres Bezugsrecht einzuräumen, als es der vorgegebenen Mindestquote entsprach. Demgegenüber berufen sich die Kl. zu Unrecht auf die Entscheidung des BGH WM 1999, 1767 = DNotZ 1999, 836. Die im dortigen Fall vorgenommene Kapitalerhöhung führte zu dem Ergebnis, daß ein Altaktionär 60

Altaktien besitzen mußte, um eine neue Aktie erwerben zu können. Eine solche oder eine vergleichbare, gegen die Treupflicht der Gesellschaft gegenüber den Aktionären verstoßende Konsequenz kann sich hier nicht ergeben; sie kann insbesondere auch nicht durch den Vorstand herbeigeführt werden.

Nicht zu beanstanden ist weiter, daß wegen der Möglichkeit, den Ausgabebetrag und das Bezugsverhältnis unterschiedlich festzulegen, auch die Zahl der neuen Aktien, die bis zur Erreichung des Höchstbetrages ausgegeben werden konnten, in die Hand des Vorstandes gelegt wurde. Das ist eine automatische Folge des Umstandes, daß der tatsächliche Ausgabebetrag und das Bezugsverhältnis zulässigerweise durch den Beschluß nicht festgelegt wurden. Auch die Vorschrift des § 182 Abs. 1 S. 5 AktG ist hinreichend beachtet. Die Zahl der Aktien steigt nach der beschlossenen Kapitalerhöhung in demselben Verhältnis wie das Grundkapital.

d) Unbedenklich ist es entgegen der Ansicht der Kl. auch, daß der Beschluß es dem Vorstand überließ, die Bedingungen festzulegen, zu denen Aktionäre über ihr Bezugsrecht hinaus sowie Dritte Aktien zeichnen und beziehen konnten. Eine Grenze für solche weitergehenden Bezugsrechte stellt nur das Bezugsrecht der Altaktionäre dar (§ 187 AktG). Deren Bezugsrecht wurde aber durch die im Beschluß gegebenen Weisungen gewahrt. Denn die Ermächtigung an den Vorstand beschränkt sich nach dem Wortlaut des Beschlusses auf Regelungen nach Ablauf der für die Altaktionäre geltenden Bezugsfrist und erfaßt nur die von ihnen nicht gezeichneten neuen Aktien. Die auf diese Weise eingeschränkte Ermächtigung ist nicht zu beanstanden.

e) Die Kl. können auch keinen Anfechtungsgrund daraus herleiten, daß die Zeichnungsfrist zu lang bemessen sei. Zwar kann ein Beschluß, der eine erheblich zu weite Zeichnungsfrist vorsieht, anfechtbar oder sogar nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig sein, weil er die Grenze zum genehmigten Kapital überschreitet (vgl. KölnKomm/Lutter, § 182, Rn. 17). Das trifft hier aber nicht zu. Denn der Beschluß wurde erst am 2. 12. 1998 gefaßt, die Frist nach § 185 Abs. 1 Nr. 4 AktG lief aber bereits am 30. 4. 1999 ab. Eine Zeichnungsfrist von etwa 6 Monaten wird aber noch für zulässig gehalten (vgl. Lutter a.a.O., Rn. 17). Die hier in Rede stehende Frist ist erheblich geringer.

f) Schließlich wenden die Kl. erfolglos ein, daß mit den Ermächtigungen an den Vorstand die Grenze des § 202 Abs. 3 AktG, die für den dort vorgesehenen Fall des genehmigten Kapitals gilt, überschritten werde. In der Tat liegt die Spannbreite zwischen dem Betrag der Mindesterhöhung (4.746.000,- DM) und dem Höchstbetrag (21.357.000,- DM) erheblich über der Hälfte des Grundkapitals, das nach der Herabsetzung des Grundkapitals durch den Beschluß zu TOP 3 nur noch 2.373.000,- DM betrug. Damit konnte die Kapitalerhöhung weit mehr als 50 % des Grundkapitals betragen. Diese Schranke für genehmigtes Kapital kann aber auf die Kapitalerhöhung nach § 182 AktG nicht übertragen werden. Denn im Fall des § 182 AktG beschließt, worauf die Bkl. zu Recht hinweist, bereits die Hauptversammlung die Kapitalerhöhung; dem Vorstand obliegt nur die Durchführung des Beschlusses. Im Fall des genehmigten Kapitals aber trifft der Vorstand auch die Entscheidung darüber, ob und wann eine Erhöhung stattfindet. Zudem macht es einen Unterschied, ob nach § 202 AktG eine Ermächtigung für 5 Jahre vorliegt oder ob hier der Vorstand eine beschlossene Erhöhung unverzüglich mit zweiwöchiger Bezugsfrist und der auf den 30. 4. 1999 bestimmten Frist nach § 185 Abs. 1 Nr. 4 AktG durchzuführen hat. Auch im übrigen steht der Umfang der Kapitalerhöhung nicht im freien Ermessen des Vorstandes. Er hat, wie bereits ausgeführt, die Weisungen der Hauptversammlung zu befolgen, die ihn hier verpflichteten, unter Berücksichtigung der Marktsituation den bestmöglichen Ausgabekurs zu finden und das erzielbare Kapital bis zum Höchstbetrag zu besorgen.

g) Soweit die Kl. sich weiter darauf berufen, daß der Vorstand die Bezugsfrist von zwei Wochen so ungünstig gelegt habe, daß der Erwerb schwierig gewesen sei, und soweit sie geltend

machen, daß ein Bezugshandel hätte eingerichtet werden müssen, ist das für die Anfechtung des Beschlusses unerheblich. Eine fehlerhafte Durchführung der Kapitalerhöhung durch den Vorstand macht den Beschluß nicht anfechtbar.

(...)

2. Nach Auffassung des Senats ist der Beschluß jedoch aus einem weiteren von den Kl. angeführten Grund fehlerhaft und damit anfechtbar.

a) Der Beschluß ermächtigte den Vorstand festzulegen, daß (gemeint ist wohl: „ob“) den Aktionären ein unmittelbares oder ein mittelbares Bezugsrecht durch ein Bankenkonsortium angeboten wird. Diese Entscheidung kann aber nicht dem Vorstand überlassen werden. Aus den zwingenden gesetzlichen Vorschriften ergibt sich, daß bereits die Hauptversammlung die Einräumung eines nur mittelbaren Bezugsrechts zu beschließen hat. Das folgt aus der Formulierung in § 186 Abs. 5 AktG „nach dem Beschluß“ (vgl. Hüffer § 186, Rn. 45). Mit dem Beschluß unter TOP 4 b), der es dem Vorstand überläßt, ob ein unmittelbares oder ein mittelbares Bezugsrecht angeboten wird, hat die Hauptversammlung dem Vorstand keine hinreichenden Weisungen gegeben, sondern ihm die Entscheidung freigestellt. Eine solche Verlagerung der Entscheidungsbefugnis hält der Senat nicht für zulässig. Daran ändert es nichts, daß der Wortlaut des Beschlusses, soweit er das mittelbare Bezugsrecht betrifft, mit dem in § 186 Abs. 5 AktG vorgegebenen Inhalt in Einklang steht. Denn die Entscheidungskompetenz liegt, da es sich um einen Fall des Ausschlusses des Bezugsrechts handelt, allein bei der Hauptversammlung (vgl. Wiedemann in Großkommentar zum AktG § 186, Rn. 198; Hüffer § 186, Rn. 45). Dafür spricht auch die praktische Bedeutung dieser Frage für die Kapitalerhöhung. Das gilt hier um so mehr, als die Entscheidungsfreiheit des Vorstandes nicht weiter begrenzt, sondern ausdrücklich auf die Fälle ganzer oder teilweiser Zeichnung der neuen Aktien erstreckt wird. Hiergegen läßt sich nicht anführen, daß nach der Fiktion in § 186 Abs. 5 AktG die Einräumung eines mittelbaren Bezugsrechts keinen Ausschluß des Bezugsrechts bedeutet. Die Entscheidung, ob ein mittelbares Bezugsrecht eingerichtet wird, hat gleichwohl die Hauptversammlung zu treffen, erst anschließend greift § 186 Abs. 5 AktG. Sie kann dem Vorstand jedenfalls dann nicht zur alternativen Entscheidung überlassen werden, wenn genaue Entscheidungskriterien fehlen.

b) Die Anfechtung des Beschlusses zu TOP 4 führt insoweit zur Nichtigkeit, als darin die Entscheidung, ein mittelbares Bezugsrecht einzuräumen, dem Vorstand überlassen wird. Diese Teilnichtigkeit hat jedoch nicht zur Folge, daß der gesamte Beschluß zur Kapitalerhöhung unwirksam ist und damit die Kapitalerhöhung ihre Grundlage verliert. Denn die Nichtigkeit von Teilen eines einheitlichen Beschlusses führt nur unter den Voraussetzungen des § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit (BGH NJW 1988, 1214 = DNotZ 1990, 115; NJW 1994, 520, 523; vgl. Hüffer § 241, Rn. 36; Karsten Schmidt in Großkommentar zum AktG § 241, Rn. 27). Es ist also durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln, ob die Hauptversammlung, wenn sie die Nichtigkeit dieses Teils gekannt hätte, am Beschluß im übrigen festgehalten hätte. Diese Auslegung führt hier zu dem Ergebnis, daß die Kapitalerhöhung im Wege der Einräumung eines nur mittelbaren Bezugsrechts beschlossen worden wäre. Denn daß der Wille der Hauptversammlung dahin ging, den Aktionären auch ein unmittelbares Bezugsrecht anzubieten, ergibt sich aus der Tatsache, daß dies alternativ zur Entscheidung des Vorstandes gestellt wurde. Der Fall unterscheidet sich insoweit von den veröffentlichten Entscheidungen, bei denen der Bezugsrechtsausschluß unwirksam war und damit auch der Kapitalerhöhungsbeschluß vernichtet wurde (vgl. OLG Frankfurt ZIP 1993, 509; OLG München ZIP 1993, 676; Karsten Schmidt in Großkomm AktG, Rn. 27 und Wiedemann a.a.O., § 186, Rn. 191, je m.w.N.). Denn hier hatte nicht die Hauptversammlung das Bezugsrecht ausgeschlossen, sondern dem Vorstand die Entscheidung darüber überlassen und gleichzeitig

zum Ausdruck gebracht, daß auch die Einräumung eines unmittelbaren Bezugsrechts von ihrem Willen getragen war. Im übrigen ging es bei den genannten Entscheidungen um einen vollständigen Ausschluß des Bezugsrechts, nicht um das Angebot eines mittelbaren Bezugsrechts nach § 186 Abs. 5 AktG.

Folglich ist nur der Teil des Beschlusses zu TOP 4 b) wirksam angefochten, der sich auf die Einräumung des mittelbaren Bezugsrechts bezieht. Der Kapitalerhöhungsbeschluß mit dem darin enthaltenen Angebot eines unmittelbaren Bezugsrechts bleibt bestehen. Nur in diesem Teilumfang hat die Berufung der Kl. Erfolg.

(...)

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Beibehaltung des Zusatzes „& Partner“ bei Firmenänderung zwecks Anpassung an einen veränderten Gesellschafterkreis
(OLG Stuttgart, Beschluß vom 21. 3. 2000 – 8 W 154/99)

GmbHG § 4
HGB §§ 18; 19 n.F.
PartGG § 11

Eine GmbH, die seit Jahren eine aus den Nachnamen von Gesellschaftern gebildete Firma mit dem Zusatz „& Partner“ geführt hat, ist durch § 11 S. 1 PartGG gehindert, unter Beibehaltung dieses Zusatzes die Firma zwecks Anpassung an einen veränderten Gesellschafterkreis zu ändern.

Zum Sachverhalt:

Für die im Herbst 1980 unter Übernahme eines gemeinschaftlich betriebenen Ingenieurbüros in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft unter der Firma „A. und B. Beratende Ingenieure VBI Gesellschaft für ... Ingenieurbau m. b. H.“ gegründete Ast. ist im Sommer 1981 die geänderte Firma „A., B. & Partner Beratende Ingenieure VBI Gesellschaft für ... Ingenieurbau m.b.H.“ in das Handelsregister eingetragen worden.

Im Mai 1998 hat die Ast. beantragt, ihre Firma zu ändern in „B. & Partner Beratende Ingenieure VBI Gesellschaft für ... Ingenieurbau mbH“, weil der Gesellschafter A. altershalber aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Die örtlich zuständige IHK hat diese Änderung als firmenrechtlich unbedenklich beurteilt. Der Registerrichter hat die Eintragung der geänderten Firma abgelehnt, weil es sich um eine Firmenneubildung und nicht um eine Firmenfortführung handle; der Zusatz „& Partner“ sei nach § 11 S. 1 PartGG unzulässig geworden.

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

Dagegen hat sich die Ast. mit der weiteren Beschwerde gewandt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Ast. ist in der Sache ohne Erfolg. Die in sachlicher Übereinstimmung mit dem AG ergangene landgerichtliche Beschwerdeentscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Zu Recht haben sich die Vorinstanzen auf den Rechtsstandpunkt gestellt, dass § 11 S. 1 des am 1. 7. 1995 in Kraft getretenen Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) der Eintragung der beantragten Firmenänderung entgegensteht.

a) Auf Vorlage nach § 28 Abs. 2 FGG seitens des BayObLG (BayObLGZ 1996, 176 = NJW 1996, 3016 = DB 1996, 2025 = FGPrax 1996, 197 = ZIP 1996, 1702) und unter Ablehnung von der vom OLG Frankfurt vertretenen Rechtsansicht (FGPrax 1996, 157 = ZIP 1996, 1082) hat der BGH durch Beschluss vom 21. 4. 1997 (BGHZ 135, 257 = NJW 1997, 1854 = WM 1997, 1101 = ZIP 1997, 1109 = DB 1997, 1398 = BB 1997, 1500 = FGPrax 1997, 158 = MDR 1997, 862 = GmbHR 1997, 644 = DNotZ 1997, 985) dahin entschieden, dass „allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft, die nach Inkrafttreten des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes gegründet o d e r u m b e n a n n t werden“ (Hervorhebung

nicht im Original), „die Führung des Zusatzes ‚und Partner‘ bzw. ‚Partnerschaft‘ ... verwehrt“ ist, „weil § 11 S. 1 PartGG diese Bezeichnungen ... für Partnerschaftsgesellschaften ‚reserviert‘“. Von dieser Rechtsauffassung abzuweichen, sieht der Senat auch unter Würdigung des Rechtsbeschwerdevorbringens keinerlei Anlass.

b) Die hier beantragte Eintragung hat eine Firmenänderung, eine „Umbenennung“ zum Gegenstand, bei der die Bestimmungen für die Neubildung einer Firma einzuhalten sind. Bei sog. Personenfirmen und ebenso bei gemischten Firmen mit Personennamen ist es seit langem anerkannt, daß eine Änderung der Namen die Aufgabe der alten Firma und Bildung einer neuen Firma darstellt (Senat DNotZ 1971, 249 = RPfl 1971, 152; BayObLGZ 1984, 129, 132 = BB 1984, 1506 = RPfl 1984, 359; vgl. auch RGZ 96, 195; Bokelmann in MünchKomm (1996) § 18 HGB, Rn. 2, 12 f., § 22 HGB, Rn. 1, 36, 64 f., § 24, Rn. 16; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 4, Rn. 31; Bokelmann, Recht der Firmen...bezeichnungen, 3. Aufl. 1986, Rn. 519, 525). Allenfalls der Wegfall einer Vornamensabkürzung oder auch des Vornamens ist bei Personenfirmen als unerhebliche Änderung behandelt worden (vgl. LG Berlin GmbHR 1993, 502). Daran hat sich durch das neue Firmenrecht – trotz der dadurch herbeigeführten Liberalisierung – nichts geändert (vgl. z.B. Scholz/Emmerich, 9. Aufl. 2000, § 4 GmbHG, Rn. 39, 41).

Soweit die Rspr. die Änderung von Firmenzusätzen im Rahmen der Firmenfortführung nach §§ 22, 24 HGB als zulässig oder sogar rechtlich geboten erachtet hat (bes. BGHZ 44, 116 = NJW 1965, 1915 = DNotZ 1966, 306), handelt es sich um Sachbezeichnungen oder andere untergeordnete Firmenbestandteile, die allenfalls geringe Kennzeichnungskraft haben. Der Wegfall des einen von zwei Gesellschafter-Nachnamen betrifft jedoch den sog. Firmenkern, dem die primäre Kennzeichnungsfunktion zukommt, und führt damit zu einer neuen Firma, und zwar auch dann, wenn die weiteren Firmenzusätze unverändert bleiben.

Das in den §§ 21–24 HGB zum Ausdruck gekommene Prinzip der Firmenkontinuität, das seit je her in einem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Firmenwahrheit gestanden hat (vgl. Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 12 III 1, 2) eröffnet nur die Möglichkeit, eine im Kern – und damit hinsichtlich der Personennamen – unveränderte Firma fortzuführen, obwohl die Inhaber- bzw. Gesellschafter-Verhältnisse nicht mehr mit der Wirklichkeit übereinstimmen. Wollen die Gesellschafter dagegen die Firma veränderten Gesellschafterverhältnissen „anpassen“, kann dies trotz Fortbestands des Unternehmensträgers nur durch Bildung einer neuen Firma geschehen. Die Beibehaltung eines Firmenzusatzes, der darüber hinaus keine nennenswerte Kennzeichnungskraft hat, sondern nur ein – bisher für erforderlich angesehenes – Hinweis auf mehr als 2 Gesellschafter ist (vgl. BGHZ 65, 89 = DNotZ 1976, 35), läßt sich dagegen nicht mit dem Argument der Firmenkontinuität rechtfertigen.

c) Diese Sichtweise enthält besonderes Gewicht dadurch, daß nach dem Handelsrechtsreformgesetz dem obligatorischen Rechtsformzusatz im Namen eines Rechtsträgers entscheidende Bedeutung zukommt (vgl. z.B. Bokelmann GmbHR 1998, 57 f.; Jung ZIP 1998, 677 f.). Nachdem der Zusatz „und Partner“ durch § 2 PartGG zum obligatorischen Rechtsformzusatz – entsprechend § 19 Abs. 1 HGB n.F., § 4 GmbHG, § 4 AktG, § 3 Abs. 1 GenG, § 65 BGB, Art. 5 a) EWIV-VO bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 1 EWIV-AusführungsG – erhoben worden ist, liegt es auch im öffentlichen Interesse, die Verwendung dieses Zusatzes außerhalb einer Partnerschaft (i.S.d. PartGG) möglichst zu reduzieren. Die Verwendung von Zusätzen, die auf zwei verschiedene Rechtsformen hinweisen, ist zwar nach § 11 Abs. 2 PartGG möglich; doch rechtfertigt diese Übergangsregel als Ausnahme von der Reservierung des Zusatzes „und Partner“ für die Partnerschaftsgesellschaft keine großzügige Handhabung zur Erhaltung dieses Zusatzes bei der GmbH, für die die-

ser Zusatz nun eigentlich unzutreffend und – fast – irreführend ist.

d) Mit dieser Beurteilung steht der Senat im Einklang mit den Beschlüssen des OLG Karlsruhe vom 5. 12. 1997 (FGPrax 1998, 70 – Unternehmensveräußerung) und vom 29. 4. 1999 (OLGRep 1999, 263). Ein Anlass zur Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG ist nicht ersichtlich. Ob der – wohl großzügigeren – Auffassung des LG Köln (GmbHR 199, 412 = MittRhNotK 1998, 373), gefolgt werden könnte, kann offen bleiben, denn dort betraf die Umbenennung gerade nicht die namensgebenden Personen und damit nicht den Kern der Firma, sondern nur den Zusatz der Branchenzugehörigkeit, für dessen Anpassung an die Wirklichkeit im Rahmen der Firmenfortführung erleichterte Bedingungen gelten. Aus dem Beschluss des OLG Frankfurt vom 19. 2. 1999 (GmbHR 1999, 411 = MittRhNotK 1998, 204) läßt sich nichts für die Rechtsbeschwerde gewinnen, denn diese Entscheidung betrifft eine Umwandlung bei im Kern unveränderter Firma.

Demnach hat die Ast. die Möglichkeit, entweder die derzeit eingetragene Firma einschließlich des Zusatzes „& Partner“ fortzuführen – wobei ein Rückschluss auf die tatsächlichen Gesellschafter ohnehin nicht gerechtfertigt ist – oder eine neue Firma mit einem anderen Gesellschafterzusatz zu bilden.

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Originäre Firmenbildung beim Einzelkaufmann, hier: Anklingen eines Gesellschaftsverhältnisses

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 9. 5. 2000 – 3 Wx 158/00 – mitgeteilt von Notar Wolfgang Welskop, Duisburg-Rheinhausen)

HGB §§ 18 Abs. 2; 19 Abs. 1 Nr. 1

- 1. Die Bezeichnung „Y...Söhne“ deutet im allgemeinen darauf hin, daß bereits der Vater das Geschäft geführt hat, es sich demnach um ein Handelsgeschäft mit einer gewissen Familientradition und überlieferter Erfahrung handelt, dem in verkehrswesentlichen Kreisen erhöhte Wertschätzung und gesteigertes Vertrauen entgegengebracht zu werden pflegt.**
- 2. Bei einem Neugründer, der als Einzelkaufmann ein Geschäft führt, besteht kein schutzwürdiges Interesse daran, in seiner Firma ein Gesellschafterverhältnis anklingen zu lassen, auch wenn er nachfolgend durch den Rechtsformzusatz „e. K.“ – wahrheitsgemäß – auf die Einzelkaufmannseigenschaft hinweist.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Verfahrensbevollmächtigte des Ast. bat um Eintragung der Einzelfirma „Y...SÖHNE e.K.“ ins Handelsregister.

Dies lehnte das AG ab, weil die vorgesehene Bezeichnung der Firma entgegen § 18 Abs. 2 HGB n.F. eine Irreführung besorgen lasse. Der Zusatz „SÖHNE“ deute nämlich auf eine Gesellschaft hin und stehe in Widerspruch zu dem gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB n.F. erforderlichen Einzelkaufmannszusatz.

Die gegen diesen Beschluss gerichteten Rechtsmittel des Ast. haben das LG und der Senat zurückgewiesen.

Der Notar hat nunmehr für den Anmeldepflichtigen abermals die Eintragung der Firma „Y...SÖHNE e.K.“ beantragt. Daß dieselbe vorzunehmen sei, ergebe sich aus dem Beschluß des OLG Hamm vom 8. 7. 1999 (DNotZ 1999, 839), mit dem der Senat sich in seiner vorangegangenen Entscheidung nicht auseinandergesetzt habe.

Das AG hat eine erneute Sachentscheidung abgelehnt, weil sich die erstrebte Rechtsfolge aus dem Beschluß des OLG Hamm nicht herleiten lasse.

Nach Nichtabhilfe durch die Rechtspflegerin hat das LG das Rechtsmittel zurückgewiesen, wogegen sich der Notar für den Ast. mit der weiteren Beschwerde wendet.

Aus den Gründen:

Das gem. §§ 27, 29 FGG zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. Denn die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG).

Das LG hat durch Bezugnahme auf die Beschlüsse des AG ausgeführt:

(...)

Dem vom Ast. angeführten Beschluß des OLG Hamm vom 8. 7. 1999 habe eine andere Fallkonstellation zugrunde gelegen. Dort sei es um eine offene Handelsgesellschaft gegangen, die gem. § 24 HGB nach Ausscheiden eines Gesellschafters von dem verbliebenen Gesellschafter als Einzelfirma habe fortgeführt werden sollen. Hier habe das OLG Hamm für eine derivative Firma die Beibehaltung des Rechtsformzusatzes „OHG“ neben der Angabe des „e.K.“-Zusatzes für zulässig erachtet, wobei der Firma allerdings ein Inhaberszusatz beigefügt gewesen sei. Diese Entscheidung könne daher für die hier beabsichtigte originäre Firmenbildung der „Y...SÖHNE e.K.“ zu keiner anderen Beurteilung führen. Weitere obergerichtliche Entscheidungen zu der Problematik seien nicht bekannt geworden; eine die Meinung des Ast. stützende Rechtsauffassung habe sich auch nicht zwischenzeitlich im Schrifttum durchgesetzt.

Diese Ausführungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Ohne Rechtsfehler sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß Umstände, die ein erneutes Antragsverfahren, mit dem Ziel der Herbeiführung eines weiteren Beschlusses in dieser Sache rechtfertigen könnten, nicht gegeben sind.

Die vom Ast. aufgegriffene Entscheidung des OLG Hamm behandelt in der Tat einen anderen Sachverhalt, nämlich nicht – wie hier – einen Fall der ursprünglichen, sondern einen solchen der abgeleiteten Firmenbildung. In dieser Konstellation kann – anders bei der hier zur Debatte stehenden Neugründung – ein berechtigtes Interesse des Inhabers von Belang sein, mit Rücksicht auf gewachsene Kundenbeziehungen die ursprüngliche Firma möglichst weitgehend beizubehalten.

Hinzu kommt, daß in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall eine Verwechslungsgefahr durch den Zusatz „Inhaber M.D.“ auszuschließen war.

b) Auch eine Wandlung der Meinung im Schrifttum in Richtung der Auffassung des Ast. nach Erlaß des Erstbeschlusses des Senats in dieser Sache haben die Vorinstanzen rechtlich einwandfrei verneint.

Selbst wenn Koller/Roth/Morck bei Einzelkaufleuten das „Anklingen eines Gesellschaftsverhältnisses“ („Ingenieurgesellschaft“) für unproblematisch halten, weil ein Rechtsformzusatz zwingend sei (HGB 2. Aufl. 1999, § 18, Rn. 15) und Nickel/Kunst (in: GK-HGB, 6. Aufl. 1999, § 18, Rn. 32) meinen, es ermangele bei einer Neugründung unter Verwendung der Firmenangabe „Söhne“ wegen fehlender Wesentlichkeit der Angabe für die wirtschaftliche Entscheidung Dritter wohl der Irreführungseignung, so läßt sich mit diesen vereinzelt Kommentaren nicht eine Veränderung der Meinung im Schrifttum zugunsten des Ast. belegen, die eine Abänderung der Erstentscheidung des Senats wegen veränderter Umstände zu rechtfertigen vermag. Überdies ist nicht ersichtlich, worin das schutzwürdige Interesse eines Neugründers, der als Einzelkaufmann ein Geschäft führt, liegen könnte, in seiner Firma ein Gesellschaftsverhältnis anklingen zu lassen, auch wenn er nachfolgend durch den Rechtsformzusatz „e.K.“ – wahrheitsgemäß – auf die Einzelkaufmannseigenschaft hinweist.

Auch erscheint die Auffassung, es fehle in Ermangelung der Wesentlichkeit für die wirtschaftliche Entscheidung Dritter (§ 18 Abs. 2 n.F. HGB) „wohl“ an der Irreführungseignung, nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Denn die Bezeichnung

„...SÖHNE“ deutet im Allgemeinen darauf hin, daß bereits deren Vater das Geschäft geführt hat, es sich demnach um ein Handelsgeschäft mit einer gewissen Familientradition und überlieferter Erfahrung handelt, dem in verkehrswesentlichen Kreisen erhöhte Wertschätzung und gesteigertes Vertrauen entgegengebracht zu werden pflegt.

Die angegriffene Entscheidung des LG und der zugrunde liegende Beschluß des AG, die eine erneute Sachentscheidung ablehnen, sind hiernach zu bestätigen.

11. Handels-/Gesellschaftsrecht – Verzicht des Betriebsrates auf die Einhaltung der Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG

(LG Stuttgart, Beschluß vom 11. 4. 2000 – 4 KfH T 17 + 18/99)

UmwG § 5 Abs. 3

Der Betriebsrat kann auf die Einhaltung der Einmonatsfrist gemäß § 5 Abs. 3 UmwG bezüglich der rechtzeitigen Zuleitung des Verschmelzungsvertrages wirksam verzichten.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die ...GmbH & Co. KG als aufnehmender Rechtsträger und die ...GmbH – eine 100 %ige Tochter der aufnehmenden Gesellschaft – als übertragender Rechtsträger haben am 3. 8. 1999 einen Verschmelzungsvertrag beschlossen, dem die jeweiligen Gesellschafterversammlungen ebenfalls am 3. 8. 1999 zugestimmt haben. Beim übertragenden Rechtsträger besteht kein Betriebsrat, beim Übernehmenden besteht einer. Diesem ist der Entwurf des Verschmelzungsvertrages am 28. 7. 1999 zugeleitet worden. Er hat am 28. 7. 1999 gegenüber dem Handelsregister erklärt, daß er auf die Einhaltung der Einmonatsfrist gem. § 5 Abs. 3 UmwG bzgl. der rechtzeitigen Zuleitung des Verschmelzungsvertrages verzichtet. Mit Schreiben vom 16. 8. 1999 hat der Betriebsrat bestätigt, daß der ihm zugeleitete Entwurf identisch mit dem beurkundeten Verschmelzungsvertrag sei.

Das AG hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil auf die Einhaltung der Monatsfrist durch den Betriebsrat nicht verzichtet werden könne. Im übrigen hat es auf die schwebende Unwirksamkeit wegen noch fehlender Genehmigungen seitens der persönlich haftenden Gesellschafterin der übernehmenden Gesellschaft hingewiesen.

Gegen die Zurückweisung des Eintragungsantrags wegen der Nichteinhaltung der Monatsfrist des § 5 Abs. 3 UmwG haben die Bet. Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Es ist h. M., daß der Betriebsrat wirksam auf die Einhaltung der Frist verzichten kann. Insbesondere Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum UmwG Stand November 1999 weist in Rn. 266 zu § 5 UmwG überzeugend darauf hin, daß das arbeitsrechtliche Informationsrecht des Betriebsrats – wenn auch damit systemwidrig – gesellschaftsrechtlich ausgestaltet ist und deshalb auch die gesellschaftsrechtlichen Grundsätze zur Beurteilung eines Verstoßes gegen diese Frist herangezogen werden müssen. Nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen sind Verletzungen der Informations- und Teilnahmerechte heilbar und verzichtbar. Deshalb hat der vom Betriebsrat am 28. 7. 1999 erklärte Verzicht auf die Einhaltung der Frist diesen Verstoß geheilt. Indirekt hat dies der Betriebsrat mit seinem Schreiben vom 16. 8. 1999 auch bestätigt.

Der Beschluß ist deshalb aufzuheben und die Sache zu weiteren Behandlungen an das AG – Registergericht – zurückzugeben, welches dann auch Gelegenheit hat zu prüfen, ob durch Vorlage der Genehmigungen vom 15. 11. 1999 seinen im übrigen geäußerten Bedenken Rechnung getragen ist.

12. Kostenrecht – Verdrängung der Betreuungsgebühr im Abgeltungsbereich der Hebegebühr (mit Anmerkung Dr. Schmidt, Viersen, in diesem Heft, S. 302)

(OLG Hamm, Beschluß vom 26. 8. 1999 – 15 W 115/99 – mitgeteilt von Richter am OLG Helmut Engelhardt, Emsdetten)

KostO §§ 149; 147 Abs. 2

Steht dem Notar aufgrund eines von den Parteien im Kaufvertrag vereinbarten Treuhandauftrags die Hebegebühr des § 149 KostO zu, so kann er darüber hinaus keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO beanspruchen, wenn ein zur Finanzierung des Kaufpreises eingeschaltetes Kreditinstitut ihm zusätzliche Weisungen bezüglich des bei ihm hinterlegten Geldes erteilt.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) erwarb auf der Grundlage eines notariellen Kaufangebotes, das die amtlich bestellte Vertreterin des Bet. zu 2) beurkundet hatte, eine Eigentumswohnung. Der Kaufpreis in Höhe von 104.490,- DM war auf ein Notaranderkonto des Bet. zu 2) einzuzahlen. Der beurkundende Notar wurde angewiesen, nach Vorliegen der Pfandfreiabklärungen den Finanzierungsbetrag ohne Disagio und Bearbeitungsgebühren bei der finanzierenden Bank, der Bet. zu 3), abzurufen, die diesen Betrag dem angegebenen Notaranderkonto innerhalb von drei Tagen gutzuschreiben hatte. Der Notar wurde ferner angewiesen, aus dem den Kaufpreis übersteigenden Betrag alle Kosten, die aus dem Vertrag zu Lasten der Käuferin entstehen, zu bezahlen, einschließlich der Grunderwerbsteuer. Weiter sollte er über den Kaufpreis zuzüglich Zinsen und abzüglich Bankunkosten zugunsten des Verkäufers erst verfügen, sobald die lastenfreie Eigentumsumschreibung – mit Ausnahme des Rechts Abt. II Nr. 1 des Grundbuchs – sichergestellt sei.

Zugunsten der Bet. zu 3) bestellte die Bet. zu 1) durch eine vom Bet. zu 2) notariell beurkundete Erklärung eine Buchgrundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung und Abtretung der Rückgewähransprüche über einen Betrag von 124.900,- DM. In der Grundschuldbestellungsurkunde beauftragte die Bet. zu 1) unter IV den Notar, von der Urkunde zugunsten der Bank Gebrauch zu machen, und erteilte ihm Vollmacht zum Empfang von Zustellungen und Erklärungen aller Art, die mit der Begründung der Grundschuld im unmittelbaren Zusammenhang stehen. Die Bet. zu 3) zahlte auf ein Notaranderkonto des Bet. zu 2) einen Betrag in Höhe von 110.600,- DM ein und erteilte diesem die Weisung, über den Betrag nur verfügen zu dürfen, wenn gewährleistet sei, dass eine Buchgrundschuld in Höhe von 124.900,- DM zu ihren Gunsten eingetragen und das Eigentum umgeschrieben werde sowie die Rückführungsvereinbarung gem. Schreiben vom 6. 6. 1991 beachtet werde.

Gegenstand des vorliegenden, auf Weisung der Präsidentin des LG eingeleiteten Beschwerdeverfahrens ist die Kostenberechnung des Bet. zu 2), in der er eine Treuhandgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Rechnung gestellt hat. Anderweitig hat er der Bet. zu 1) für die Führung des Notaranderkontos eine Hebegebühr gem. § 149 KostO in Rechnung gestellt.

Der Bet. zu 2) vertritt die Auffassung, ihm stehe eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO neben der Hebegebühr nach § 149 Abs. 1 KostO zu, weil er im Rahmen der Durchführung des Darlehensvertrages die von der Bet. zu 3) erteilten Treuhandaufträge habe berücksichtigen müssen.

Nach Auffassung der Präsidentin des LG wird dagegen durch die Gebühr des § 149 Abs. 1 KostO die Prüfung der Auszahlungsreife des auf dem Notaranderkonto verwahrten Kaufpreises abgegolten.

Das LG änderte durch Beschluß die Kostenberechnung des Bet. zu 1) dahin ab, dass die genannte Betreuungsgebühr und die darauf berechnete Umsatzsteuer entfallen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 2).

Aus den Gründen:

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO).

Zu der in Ansatz gebrachten Betreuungsgebühr hat das LG, das mit der Überprüfung der in formeller Hinsicht nicht zu beanstandenden Kostenberechnung vom 16. 2. 1998 befaßt war, angenommen, eine Gebühr aus § 147 Abs. 2 KostO werde durch die Hebegebühr aus § 149 KostO in aller Regel auch dann verdrängt, wenn der Notar – wie im vorliegenden Fall – neben den Weisungen der Vertragsbeteiligten die ergänzenden Bedingungen der den Kaufpreis finanzierenden Bank zu beachten gehabt habe. Denn da der Abgeltungsbereich des § 149 KostO immer die Prüfung der Auszahlungsreife des auf dem Anderkonto verwahrten Betrages umfasse, könnten die zusätzlichen Weisungen der zu 3) beteiligten Bank, die den Kaufpreis finanziert habe, nicht dazu führen, dass eine zusätzliche Gebühr entstehe. Die insoweit vom Bet. zu 2) zu erbringende Prüftätigkeit hinsichtlich der Auszahlungsreife umfasse auch die Einhaltung der Weisungen der Bet. zu 3), selbst wenn diese von den Weisungen abweichen, die die Vertragsparteien in dem Kaufvertrag über die Eigentumswohnung festgelegt hätten. Die Kammer erkenne nicht, dass ein zusätzliches Treuhandverhältnis entstanden sei, soweit die Bet. zu 3) für die Bet. zu 1) einen Betrag auf das Anderkonto des Bet. zu 2) überwiesen habe (Brambring, Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto, DNotZ 90, 615, 643; Weingärtner, Dienstordnung für Notare, 5. Aufl., Rn. 146 a). Insoweit werde zum Teil vertreten, dass bei Vorliegen zweier verschiedener Auftragsverhältnisse eine Zusatzgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen könne. Aus Sicht der Kammer sei jedoch entscheidend, dass die Gebühr nach § 149 KostO für die Auszahlung des Geldes entstehe und daß damit alle Tätigkeiten abgegolten würden, die mit der Prüfung der Auszahlungsreife verbunden seien, auch wenn unterschiedliche Treuhandverhältnisse vorlägen.

Dieser Rechtsstandpunkt entspricht der st. Rspr. des Senats (vgl. z.B. JurBüro 1987, 418 f. = Rpfleger 1990, 315; JurBüro 1990, 899 f. = MittRhNotK 1990, 224; so auch KG DNotZ 1980, 59 f.; OLG Oldenburg JurBüro 1986, 429 f.; OLG Schleswig SchlHA 1981, 150 f.; Rohs/Wedewer, § 149 KostO, Rn. 12; Mümmler, JurBüro 1989, 409). Wortlaut und gesetzliche Systematik der einschlägigen Bestimmungen des Gebührenrechts zeigen, daß die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO subsidiären Charakter hat und nur für eine Tätigkeit anfallen kann, die nicht von anderweitigen Gebührenbestimmungen erfaßt wird (vgl. Senat FGPrax 1998, 236 = NJW-RR 1999, 583).

Für eine Tätigkeit des Notars, die die Verwahrung und Auszahlung von Geldern betrifft, die sich in seiner Verfügungsmacht befinden, wird die Vergütung besonders in § 149 KostO geregelt.

Soweit demnach der Abgeltungsbereich der Hebegebühr des § 149 KostO reicht, kann eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht entstehen.

Der Abgeltungsbereich der in § 149 KostO bestimmten Hebegebühren umfaßt die gesamte Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars bei der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes (Senat JurBüro 1965, 305 = Rpfleger 1965, 185). Dazu gehört auch die Befolgung der insoweit gegebenen Weisungen und die Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen, wie sie regelmäßig mit diesem Treuhandauftrag verbunden sind. Denn die Befolgung dieser Weisungen und die Feststellung der Auszahlungsvoraussetzungen bereiten die Auszahlung des Geldes vor und bilden daher mit dem Verwahrungsgeschäft eine untrennbare Einheit jedenfalls dann, wenn die Kaufvertragsparteien bereits in dem beurkundeten Kaufvertrage die Einzahlung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto vereinbart und alle Auszahlungsbedingungen festgelegt haben. Der Senat hatte aber bereits auch die Fallgestaltung zu beurteilen (Beschluß vom 29. 10. 1984 – 15 W 288/84), bei der kaufvertraglich die Einzahlung des Kaufpreises auf das Notarander-

konto nach Eintragung der Auflassungsvormerkung und die Auszahlung nach Vorlage sämtlicher zur Umschreibung erforderlicher Unterlagen vorgesehen war, die Bank aber die Auszahlung des Kaufpreises erst nach Eintragung zweier Grundschulden in das Grundbuch angewiesen hatte. Auch für diese Fallgestaltung, bei welcher ein zur Finanzierung des Kaufpreises eingeschaltetes Kreditinstitut dem Notar nach Abschluß des Kaufvertrages zusätzliche Weisungen für die Auszahlung des auf sein Anderkonto überwiesenen Geldbetrages erteilt hatte, ist vom Senat die Anwendung des subsidiären § 147 Abs. 2 KostO verneint worden (ebenso: KG, OLG Köln und OLG Oldenburg, jeweils a.a.O.). Der Senat ist der Gegenmeinung, infolge der Weisungen des Kreditinstituts liege ein weiterer Treuhandauftrag vor, welcher eine zusätzliche Haftung des Notars begründet habe und deshalb eine weitere Gebühr rechtfertige, nicht gefolgt. Er hat darauf verwiesen, daß die Einzahlung des Kaufpreises bereits im Kaufvertrag vorgesehen und damit der Treuhandauftrag an den Notar erteilt worden sei. Die hierfür entstandene Hebegebühr sei unabhängig von dem Arbeitsaufwand bei der Überwachung der Verfügungsanweisungen und könne, wie das OLG Oldenburg (a.a.O.) und das KG (JurBüro 1979, 1563) eingehend dargelegt hätten, durch eine nachträgliche Änderung der Auszahlungsbedingungen – sei es durch den ursprünglichen Auftraggeber des Treuhandauftrages selbst oder einen von diesem eingeschalteten Dritten – nicht berührt werden. Selbst wenn sich aus den zusätzlichen Weisungen des Kreditinstituts betreffend die Eintragung der dinglichen Sicherungen eine erhöhte Verantwortlichkeit des Notars ergebe, so werde diese doch von der Hebegebühr des § 149 KostO erfaßt, welche den gesamten Arbeitsaufwand des Notars im Rahmen des Verwahrungsgeschäfts abgelte und deshalb auch in Fällen überdurchschnittlich großer Belastung nicht nach § 147 Abs. 2 KostO aufgebessert werden könne. An dieser Auffassung, daß zusätzliche Weisungen des Kreditinstituts im Rahmen des bereits durch den Kaufvertrag erteilten Treuhandauftrages liegen und nicht geeignet sind, neben der Gebühr des § 149 KostO auch eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen zu lassen, hält der Senat nach erneuter Überprüfung dieser Rechtsfrage auch für den hier zu beurteilenden Fall fest. Dem Wesen dieses Verwahrungsgeschäfts über den Kaufpreis ist es nicht fremd, daß der Notar bei seiner Durchführung auch zu Dritten in Beziehung tritt, die im Interesse einer Vertragspartei – hier der Käuferin – bei der Vertragsabwicklung eingeschaltet sind. Die Entgegennahme von Weisungen des kaufpreiskreditierenden Dritten ändert nichts daran, daß die Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes gebührenrechtlich ein einheitlicher Vorgang ist.

Auf die Frage, wer der richtige Kostenschuldner einer hier abgelehnten Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO sein könnte, kommt es unter diesen Umständen nicht an. Der Senat hat in dem erwähnten Beschluß vom 29. 10. 1984 – 15 W 288/84 – mit den obigen Erwägungen auch eine Kostenschuldnerschaft des Kreditinstituts verneint, wie sie z.B. Mümmler (JurBüro 1981, 343, 344) bejaht.

Das LG hat mithin zu Recht die angefochtene Kostenberechnung des Notars vom 16. 2. 1998 in dem Sinne abgeändert, daß die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO nebst anteiliger Mehrwertsteuer entfällt. Die weitere Beschwerde des Notars ist zurückzuweisen.

13. Kostenrecht – Geschäftswert für die Eigentums-schreibungsüberwachung bei Kaufpreiszahlung auf Notar-anderkonto (mit Anmerkung Dr. Schmidt, Viersen)
(LG Kleeve, Beschluß vom 7. 1. 2000 – 4 T 364/99)

KostO §§ 146; 147; 149

Der Geschäftswert für die Überwachung der Eigentums-umschreibung ist im „unteren Bereich“ des Ausgangswertes (hier 20 %) anzusetzen, wenn die Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto abgewickelt wird und hierfür eine Hebegebühr gem. § 149 KostO anfällt.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Am 8. 8. 1995 schlossen die Bet. zu 2) und 3) vor dem Notar einen Kaufvertrag ab. Danach kauften sie gemeinsam Grundbesitz von einem Bauträger.

Der Kaufpreis in Höhe von 5.175.000,- DM sollte auf ein Notaranderkonto überwiesen werden. Der Notar wurde im Kaufvertrag mit dem Vollzug des Vertrages, der Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit und der Überwachung der Eigentumsumschreibung beauftragt. Am 24. 10. 1995 wurde dem Notar ein Anwaltsvergleich gem. § 1044 b ZPO übermittelt, der eine Minderung des Kaufpreises auf 4.500.000,- DM beinhaltete. Am 27. 10. 1995 wurden 5.175.000,- DM auf das Notaranderkonto eingezahlt. Der Notar zahlte den Kaufpreis am 31. 10. 1995 an die kreditierende Bank der Verkäuferin aus. Am gleichen Tag stellte der Notar den Bet. zu 1) und 2) die für seine Tätigkeit angefallenen Kosten in Rechnung, wobei er eine Beurkundungsgebühr gem. § 36 Abs. 2 KostO, eine Vollzugsgebühr gem. § 146 Abs. 1 KostO und eine Hebegebühr gem. § 149 KostO berechnete. Außerdem verlangte er für die Fälligkeitsmitteilung und für die Überwachung der Umschreibung je eine Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO. Für die Überwachungsgebühr legte er einen Geschäftswert von 50 % des ursprünglichen Kaufpreises zugrunde.

Im Jahr 1998 wurde die Überwachungsgebühr bei der Überprüfung der Amtsgeschäfte des Notars beanstandet. Der Wert der Gebühr für die Umschreibungsreife sei neben einer Gebühr gem. § 149 KostO nach der Rspr. des OLG Düsseldorf „im unteren Bereich“ des Ausgangswertes anzusetzen. Daher sei eine Anhebung des Wertes auf mehr als 10–20 % des Ausgangswertes nicht ersichtlich.

Der Notar hat dies nicht anerkannt und ist deshalb angewiesen worden, die Entscheidung des LG gem. § 156 Abs. 5 KostO herbeizuführen.

Mit dem am 10. 9. 1999 eingegangenen Antrag auf Entscheidung des LG hat der Notar ausgeführt, daß er keine Veranlassung zur Änderung des Kostenansatzes sehe. Das OLG Düsseldorf habe lediglich in seinen Beschlüssen festgestellt, daß der Kaufpreis eine Bezugsgröße bilde, aus der in der Regel 20 bis 30 vom Hundert als Wert anzusetzen sei. Das OLG Köln billige dem Notar 50 % des Kaufpreises als Geschäftswert zu. Da es sich in dem vorliegenden Fall um eine äußerst schwierig gestaltete Angelegenheit handle, erscheine ein Geschäftswert in Höhe von 50 % des Kaufpreises angemessen.

Aus den Gründen:

Die Kostenrechnung des Notars gegenüber den Bet. zu 2) und 3) ist jeweils auf 21.728,50 DM zu ermäßigen, weil die Kammer für die Berechnung der Überwachungsgebühr nur einen Geschäftswert von 20 % des verminderten Kaufpreises für angemessen hält.

Die für die Überwachung der Umschreibungsreife anfallende Betreuungsgebühr ist grundsätzlich nach einem Geschäftswert von 20–30 % des Kaufpreises in Ansatz zu bringen (OLG Düsseldorf, Beschluß vom 1. 9. 1992, Az.: 10 W 112/91 sowie Beschluß vom 30. 8. 1994, Az.: 10 W 90/94).

Entgegen der Auffassung des Notars kann der Gebühr ein Geschäftswert in Höhe von 50 % des Kaufpreises nicht deswegen zugrunde gelegt werden, weil es sich um eine besonders schwierige Angelegenheit handelt.

Die von dem Notar angeführten schwierigen Tätigkeiten werden von der von ihm erhobenen Hebegebühr (§ 149 KostO), Vollzugsgebühr (§ 146 KostO) und der Gebühr für die Fälligkeitsmitteilung (§ 147 Abs. 2 KostO) umfaßt, so daß die Tätigkeit, für die eine Überwachungsgebühr berechnet werden kann, einen Geschäftswert von 50 % nicht mehr rechtfertigen würde.

Soweit der Notar im Zusammenhang mit der Kaufpreisfälligkeit Tätigkeiten der Prüfung und Bestätigung (Eintragung der Eigentumsvormerkung, Erklärung zum gesetzlichen Vorkaufsrecht, Genehmigungen der Sanierungsbehörde und nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, Zustimmung des Verwalters, Vorliegen der Löschungsunterlagen) anführt, werden diese bereits durch die Gebühr für die Fälligkeitsmitteilung gem. § 147 Abs. 2 KostO abgegolten.

Das Anfordern und die treuhänderische Verwahrung von Löschungsunterlagen ist eine Vollzugstätigkeit, die im Rahmen der Vollzugsgebühr gem. § 146 KostO zu berücksichtigen ist.

Die vom Notar vorgebrachten Schwierigkeiten bezüglich der von Gläubigern und der den Kaufpreis finanzierenden Bank vorgelegten Treuhandaufträge sind bei der Hebegebühr gemäß § 149 KostO zu berücksichtigen, da der Kaufpreis über Notaranderkonto abgewickelt wird. Dann ist nämlich die Überwachung der Auszahlungsreife Gegenstand dieser Gebühr.

Für die Überwachung der Eigentumsumschreibung ist eine Prüfung der Treuhandverträge neben der noch vom Notar vortragenen Berücksichtigung des Kaufpreisminderungsvergleichs zwar ebenfalls notwendig. Dies rechtfertigt das Zugrundelegen eines Geschäftswertes von 50 % des Kaufpreises aber gerade deshalb nicht, weil diese Tätigkeit bereits bei der Gebühr gem. § 149 KostO Berücksichtigung gefunden hat.

Der Geschäftswert für die Überwachung der Eigentumsumschreibung ist nämlich dann „im unteren Bereich“ des Ausgangswertes anzusiedeln, wenn die Abwicklung des Zahlungsverkehrs über Notaranderkonto erfolgt und hierfür eine Hebegebühr gemäß § 149 KostO anfällt. Einerseits trägt der Notar infolge der Bindung der Umschreibung an die Kaufpreiszahlung die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Abwicklung des Vertrages. Andererseits bedarf es infolge der vereinbarten und durchgeführten Zahlungsabwicklung über Notaranderkonto keiner besonderen Überwachungstätigkeit außerhalb des abgewickelten Verwahrungsgeschäftes mehr (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluß vom 6. 7. 1995 – 10 W 41/95).

Zur Berechnung der Überwachungsgebühr ist entgegen der Berechnung des Notars nicht der im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreis von 5.175.000,- DM plus Mehrwertsteuer, sondern der durch den Anwaltsvergleich auf 4.500.000,- DM zzgl. Mehrwertsteuer geminderte Kaufpreis heranzuziehen.

Gebühren werden nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat, § 18 KostO. Die Fälligkeit von Gebühren liegt mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts vor, § 7 KostO.

Am 24. 10. 1995 wurde der Kaufpreis durch Anwaltsvergleich wirksam herabgesetzt. Die Überwachungsgebühr war aber erst nach diesem Zeitpunkt fällig, da die Überwachung der Eigentumsumschreibung erst nach diesem Zeitpunkt endete.

Der Berechnung der Überwachungsgebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO ist somit ein Geschäftswert von 20 % des verminderten Kaufpreises von 4.500.000,- DM zzgl. Mehrwertsteuer zugrunde zu legen, mithin 1.035.000,- DM.

Anmerkung:

(zu den Entscheidungen des OLG Hamm vom 26. 8. 1999 und des LG Kleve vom 7. 1. 2000)

Beide Entscheidungen behandeln in ihrem Kernbereich die in der notariellen Praxis täglich vorkommende Frage der Subsidiarität des § 147 Abs. 2 KostO zu § 149 KostO. Dabei sind verschiedene Fallgestaltungen denkbar.

Das OLG Hamm hatte die Frage zu entscheiden, ob neben der Hinterlegungsgebühr noch eine Betreuungsgebühr in Ansatz gebracht werden kann, wenn ein zur Finanzierung des Kaufpreises eingeschaltetes Kreditinstitut dem Notar zusätzliche Weisungen hinsichtlich des bei diesem hinterlegten Geldes erteilt. Diese Frage hat das OLG Hamm mit Recht verneint (so auch KG, JurBüro 1979, 1563; LG Koblenz, MittRhNotK 1993, 134 mit ausf. Anm. v. Brosette; Mümmler, JurBüro 1995, 300; Streifzug durch die KostO, Rz. 623). Die Entscheidung folgt der Tendenz der Obergerichte, den Abgeltungsbereich des § 149 KostO immer weiter zu fassen. In künftigen Entscheidungen werden sich die Gerichte auch auf den 1998 in das BeurkG eingefügten § 54 e Abs. 2 Nr. 1 berufen, der die Verwahrung vom

„berechtigten Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen“ abhängig macht, also auch den Kreditinstituten. Dem ist jedoch bereits jetzt entgegenzuhalten, daß eine Erweiterung des Verwahrungsbegriffes ohne gleichzeitige Änderung der KostO nicht zu einer Erweiterung des Anwendungsbereiches des letzten Gesetzes führen kann. Dem OLG Hamm ist nicht zu folgen, wenn es zur Stützung seiner Meinung das OLG Oldenburg (JurBüro 1986, 429) zitiert, denn diese Entscheidung behandelt einen anderen Fall, nämlich den, den das LG Kleve zu entscheiden hatte und der ganz anders zu beurteilen ist. Es ging um die Frage, ob neben der Hebegebühr nach § 149 KostO Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO für die Fälligkeitsmitteilung und für die Überwachung der Vollständigkeit der Kaufpreiszahlung als Voraussetzung der Eigentumsumschreibung entstehen können. Die vom OLG Hamm bereits mehrfach negativ beantwortete Frage (vgl. letztmalig JurBüro 1999, 211 = NJW-RR 1999, 583 – ebenso für die Fälligkeitsmitteilung; PfälzOLG Zweibrücken, MittBayNot 1995, 76; OLG Oldenburg, a.a.O.; Bund, DNotZ 1997, 32; Streifzug Rz. 623; für die Einreichungssperre: OLG Frankfurt, JurBüro 1989, 1141) wird vom LG Kleve mit der h. M. (für die Fälligkeitsmitteilung: OLG Düsseldorf, JurBüro 1995, 598; KG, Rpfleger 1986, 282; OLG Celle, MittRhNotK 1996, 91; LG Koblenz, MittRhNotK 1993, 135; und für die Einreichungssperre: OLG Düsseldorf, DNotZ 1993, 279; KG, JurBüro 1986, 903; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 89; OLG Schleswig, MittRhNotK 1996, 91; LG Lübeck, JurBüro 1989, 1429; Bund, DNotZ 1997, 30; Mümmler, JurBüro 1995, 300; Korintenberg/Reimann, § 149, Rz. 9; Klein, JurBüro 1987, 1786; Streifzug der Bay. Notarkasse, Rz. 624) gegenteilig beantwortet. Die Tätigkeit der Überwachung, Prüfung und Bestätigung der Kaufpreisfälligkeit muß als eine eigenständige Betreuungstätigkeit des Notars angesehen werden, die gegenüber der Prüfung, wann welche Geldbeträge ausgezahlt werden können, einen wesentlich anderen Charakter hat. Die Gebühr des § 149 KostO erfaßt nun einmal nur die Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen, nicht aber deren Herbeiführung. Auch hat die Überwachungstätigkeit nichts mit der Abwicklung des Kaufpreises zu tun. Für diese Auffassung spricht auch, daß diese Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO längst entstanden ist, wenn eine Gebühr nach § 149 KostO noch gar nicht angefallen sein kann, weil der Kaufpreis noch nicht auf dem Anderkonto hinterlegt worden ist. Hätte der Notar nicht den Treuhandauftrag übernommen, den Umschreibungsantrag erst nach Einzahlung des Kaufpreises auf dem Anderkonto bei Gericht einzureichen, müßte er gem. § 53 BeurkG den Antrag auf Umschreibung bei Gericht stellen. Für diese betreuende Tätigkeit erhält der Notar die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Ist die Gebühr des § 147 KostO aber erst einmal angefallen, kann sie später nicht wegfallen. Eine Anrechnungsregelung wie bei § 145 Abs. 1 S. 4 KostO ist bei § 149 KostO eben nicht vorgesehen.

Es ist aber zu befürchten, daß alle vorgebrachten Argumente die Gerichte nicht darin hindern werden, den Anwendungsbereich der Hinterlegungsgebühr auch bei diesen Fällen auszuweiten. Ein kleiner Lichtblick stellt in diesem Zusammenhang die letzte Entscheidung des OLG Celle (Nds.Rpfl. 2000, 34 = ZNotP 1999, 455) dar, das seine eigene Rechtsauffassung zu § 147 Abs. 2 KostO gerade im Interesse der Rechtseinheitlichkeit aufgegeben hat. Es ist zu hoffen, daß weitere OLG's sich diesem Bemühen auf Vereinheitlichung der Rechtsprechung anschließen, um so in Deutschland wieder eine einheitlichere Kostenrechtsprechung herbeizuführen. Dieses Bemühen wäre um so wichtiger, als der BGH (MittRhNotK 1997, 322) entschieden hat, daß eine Bindung des Notares an die Kostenrechtsprechung des für ihn zuständigen Oberlandesgerichts in der Regel besteht, selbst wenn andere Oberlandesgerichte überzeugendere Ansichten vertreten sollten.

Was die Höhe des Geschäftswertes anbetrifft, ist dem OLG Kleve allerdings nicht in vollem Umfange zu folgen. Während sonst die Gebührenstufe der Maßstab für die Höhe der Gebühr ist, geschieht dies bei § 147 Abs. 2 KostO durch die Festlegung der Höhe des Geschäftswertes. Gem. § 30 KostO u. a. spielt

dabei das Haftungsrisiko der Angelegenheit ein wichtiges Kriterium. Bei der Fälligkeitsmitteilung zur Hinterlegung besteht das Risiko für den Käufer nur darin, daß er zu früh den Kaufpreis zahlt. Ein Verlustrisiko besteht nicht, da der Kaufpreis auf dem Anderkonto hinterlegt wird. Das Auszahlungsrisiko wird durch die Hinterlegungsgebühr abgegolten. Der Schaden kann höchstens in einem Zinsverlust bestehen. Da dieser nicht genau berechnet werden kann, ist dieser nach § 30 Abs. 1 KostO mit 10 % des zu hinterlegenden Kaufpreises zu berechnen.

Die Überwachungstätigkeit verlangt bei Hinterlegung des Kaufpreises vom Notar keine großen Aufwendungen. Er braucht nur zu prüfen, ob der Kaufpreis in vollem Umfang mit erfüllbaren Auflagen auf dem Anderkonto eingezahlt ist. Es ist deshalb auch in diesem Fall angemessen, nur einen Teil von 10 % des Kaufpreises als Bemessungsgrundlage für die Geschäftswertermittlung anzusetzen. Allerdings ist dabei – entgegen der Auffassung des LG Kleve – nicht von dem ermäßigten Kaufpreis auszugehen, sondern von dem höchsten denkbaren Betrag. Dieser war ja ursprünglich Grundlage für die Überwachungstätigkeit. Daß der Kaufpreis später herabgesetzt wurde, spielt dabei keine Rolle.

Nachdem wegen der Gesetzesänderung in Zukunft kaum noch Anderkonten eingerichtet werden dürften, wird sich auch die vorgenannte Problematik in der notariellen Praxis immer weniger stellen. Der Notar wird deshalb in der Regel bei Fälligkeitsüberwachung ohne Anderkonto eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO von einem Geschäftswert von 30 % des Kaufpreises und für die Einreichungssperre eine weitere Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, ebenfalls von einem Geschäftswert von 30 % des Kaufpreises, erheben können.

Notar Dr. H. Schmidt, Viersen

14. Steuerrecht – Schuldzinsen für von einem Ehegatten aufgenommenes Darlehen als Werbungskosten bei den Mieteinkünften des anderen Ehegatten (BFH, Urteil vom 2. 12. 1999 – IX R 21/96)

ESTG § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1

- 1. Haben Ehegatten zur Finanzierung einer vermieteten Eigentumswohnung, die der Ehefrau gehört, zunächst ein gemeinsames Darlehen aufgenommen, dieses später aber in der Weise umgeschuldet, daß nur noch der Ehemann Darlehensschuldner ist, sind die von ihm gezahlten Schuldzinsen für die Zeit nach der Umschuldung grundsätzlich auch dann nicht abziehbar, wenn die Ehefrau für das neue Darlehen eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen und die auf ihrer Eigentumswohnung lastenden Grundpfandrechte als Sicherheit eingesetzt hat (Anschluß an die Beschlüsse des Großen Senats BFHE 189, 151 = BStBl II 1999, 778 und BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782).**
- 2. Die Ehefrau kann die Schuldzinsen für das vom Ehemann aufgenommene Darlehen jedoch dann als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen, wenn sie sie aus eigenen Mitteln bezahlt hat. Dies ist der Fall, wenn sie ihre Mieteinnahmen mit der Maßgabe auf das Konto des Ehemannes überweist, daß dieser daraus die Schuldzinsen entrichten soll.**

Zum Sachverhalt:

Die Kl. werden als Ehegatten zur Einkommensteuer zusammen veranlagt. Sie erwarben ein Wohnhaus, dessen Wohnung Nr. 2 unmittelbar in das Eigentum der Kl. überging. Zur Finanzierung des Hauskaufs und eines anschließenden Umbaus hatten die Kl. ein gesamtschuldnerisches Darlehen und der Kl. allein ein weiteres Darlehen aufgenommen, für das die Kl. eine selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hatte. Das gesamtschuldnerische Darlehen wurde umgeschuldet. Der Kl. war nunmehr alleine Darlehensnehmer; die Kl. wurde durch eine selbstschuldnerische Bürgschaft und die

Zweckerklärung der Grundpfandrechte mit verpflichtet. Die auf die von der Kl. vermietete Wohnung Nr. 2 entfallenden Schuldzinsen wurden nach den Feststellungen des FG allein aus den Praxiseinkünften des Kl. bezahlt. Der Bekl. (das Finanzamt –FA–) lehnte die Berücksichtigung dieser Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung der Kl. ab.

Das FG gab der Klage statt.

(...)

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Nach § 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückzuverweisen. Das FG hat zu Unrecht Schuldzinsen für vom Kl. aufgenommene Darlehen in vollem Umfang als Werbungskosten der Kl. bei deren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abgezogen.

1. Nach § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit sie mit einer Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen.

a) Das Vorliegen eines solchen wirtschaftlichen Zusammenhangs setzt zunächst voraus, daß die Schuldzinsen für eine Verbindlichkeit geleistet worden sind, die durch die Einkunftserzielung veranlasst ist. Maßgeblich hierfür ist, ob das Darlehen zur Erzielung von Einkünften – im vorliegenden Falle aus Vermietung und Verpachtung – aufgenommen und tatsächlich verwendet worden ist (Senatsurteil BFHE 184, 80 = BStBl II 1997, 772).

Im Streitfall sind die strittigen Darlehen zur Finanzierung der Eigentumswohnung der Kl. verwendet worden, aus der diese Mieteinkünfte erzielt hat. Dies allein reicht aber noch nicht aus, um einen wirtschaftlichen Zusammenhang der Zinsen mit ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu begründen. Ein solcher Zusammenhang mit den Einkünften der Kl. besteht nur, soweit sie die Zinsaufwendungen selbst getragen hat.

b) Aus dem Grundsatz der persönlichen Leistungsfähigkeit ergibt sich, daß der Steuerpflichtige die Aufwendungen i.S.d. § 9 Abs. 1 EStG persönlich tragen muß. Steuersubjekt ist der einzelne Steuerpflichtige, und zwar auch im Falle der Zusammenveranlagung von Eheleuten nach § 26b EStG. Wie dem Steuerpflichtigen gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 und § 8 EStG nur solche Einnahmen zuzurechnen sind, die seine persönliche Leistungsfähigkeit erhöhen, so sind entsprechend nur solche Aufwendungen als Werbungskosten zu berücksichtigen, die seine persönliche Leistungsfähigkeit mindern (Beschluß des Großen Senats BFH, BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782, unter C. IV. 1. b).

c) Trägt ein Dritter Kosten, die durch die Einkunftserzielung des Steuerpflichtigen veranlasst sind (Drittaufwand), so können die Aufwendungen des Dritten im Falle der Abkürzung des Zahlungsweges als Aufwendungen des Steuerpflichtigen zu werten sein. Abkürzung des Zahlungsweges bedeutet die Zuwendung eines Geldbetrags an den Steuerpflichtigen in der Weise, daß der Zuwendende im Einvernehmen mit dem Steuerpflichtigen dessen Schuld tilgt, statt ihm den Geldbetrag unmittelbar zu geben, d.h., dass der Dritte für Rechnung des Steuerpflichtigen an dessen Gläubiger leistet (BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782, unter C. IV. 1. c aa).

d) Für den Fall, daß Eheleute aus gemeinsamen Mitteln laufende Aufwendungen für eine vermietete Immobilie tragen, die einem von ihnen gehört, hat der Große Senat entschieden (BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782, unter C. V. 1.): Grundsätzlich gilt: Sofern keine besonderen Vereinbarungen getroffen sind, wird eine Zahlung jeweils für Rechnung desjenigen geleistet, der den Betrag schuldet. Sind z.B. vom gemeinsamen Konto der Eheleute laufende Aufwendungen, die mit dem Eigentum eines Ehegatten oder dessen Erwerb in Zusammenhang stehen, z.B. Schuldzinsen auf den Anschaffungskre-

dit, Grundsteuern, allgemeine Reparaturkosten, Versicherungsprämien und ähnliche Kosten gezahlt worden, dann sind dies Werbungskosten dieses Ehegatten gem. § 9 Abs. 1 S. 1 und S. 3, Nrn. 1 und 2 EStG, gleichgültig, aus wessen Mitteln das Guthaben auf dem Konto stammte. Insofern besteht kein Unterschied zu den Anschaffungs- oder Herstellungsaufwendungen.

Zur Zurechnung von Anschaffungs- und Herstellungskosten beim Eigentümer-Ehegatten hat der Große Senat entschieden: Beteiligt sich ein Ehegatte finanziell an den Anschaffungs- oder Herstellungskosten eines Hauses, das dem anderen Ehegatten gehört, ist der Eigentümer-Ehegatte grundsätzlich so zu behandeln, als habe er selbst die gesamten Anschaffungs- oder Herstellungskosten aufgewendet (BFHE 189, 151 = BStBl II 1999, 778, unter C. I. 4. a). Nach dem Beschluss des Großen Senats in BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782, unter C. I. 1. gilt für Aufwendungen, die „aus einem Topf“ gezahlt werden, d.h. aus Guthaben, zu denen beide Eheleute beigetragen haben, oder aus Darlehensmitteln, die zu Lasten beider Eheleute aufgenommen worden sind (§ 421 BGB) folgendes: Sind solche Aufwendungen der Immobilie eines Ehegatten zugeordnet, so sind sie in vollem Umfang als für Rechnung des Eigentümers aufgewendet anzusehen. Gleichgültig ist, aus wessen Mitteln die Zahlung im Einzelfall stammt. Dies gilt auch für Zins- und Tilgungsleistungen auf die Darlehensschuld (§ 426 Abs. 1 BGB).

e) Die vorstehenden Rechtssätze des Großen Senats betreffen indessen ausdrücklich nur Schuldzinsen für ein zu Lasten beider Eheleute aufgenommenes gesamtschuldnerisches Darlehen. Sie sind auf Schuldzinsen für ein Darlehen, das ein Ehegatte allein zur Finanzierung der Immobilie des anderen Ehegatten aufgenommen hat, nicht übertragbar. Denn dann leistet der Nichteigentümer-Ehegatte als alleiniger Schuldner der Zinsverpflichtung die Zahlungen für eine bürgerlich-rechtlich allein ihn treffende Verbindlichkeit. Die Immobilie des anderen Ehegatten wird nicht von beiden Eheleuten aus gemeinsamen Mitteln (aus „einem Topf“) finanziert, sondern aus Darlehensmitteln, die der Nichteigentümer-Ehegatte allein auf seine Rechnung beschafft und dem Eigentümer-Ehegatten zur Verfügung gestellt hat (vgl. BFH, BFH/NV 1993, 468, unter 2. b).

Danach sind Zinsen, die ein Ehegatte für ein von ihm allein aufgenommenes Darlehen zahlt, auch dann keine Werbungskosten des anderen Ehegatten, wenn das Darlehen zur Finanzierung einer vermieteten Immobilie des anderen Ehegatten aufgenommen und verwendet worden ist. Bezahlt hingegen der Eigentümer-Ehegatte die Zinsen aus eigenen Mitteln, bilden sie bei ihm abziehbare Werbungskosten, auch wenn der Nichteigentümer-Ehegatte alleiniger Schuldner des Darlehens ist. Denn dann hat der Eigentümer-Ehegatte die Zinsen für das zur Finanzierung seiner Immobilie aufgenommene und verwendete Darlehen tatsächlich selbst getragen.

2. Nach diesen Maßstäben sind die strittigen Schuldzinsen, soweit sie vom Kl. bezahlt worden sind, in den Streitjahren nicht als Werbungskosten der Kl. bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehbar. Nach der Umschuldung war allein der Kl. Schuldner sämtlicher Darlehen und hatte die Zinsen allein für seine Rechnung zu entrichten. Die Mithaftung der

Kl. in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Denn die Bürgschaft stellt lediglich ein Sicherungsrecht für das Kreditinstitut dar, aufgrund dessen die Kl. notfalls für die Verbindlichkeiten ihres Ehemannes einzustehen hatte, ändert aber nichts an seiner alleinigen Schuldnerstellung. Auch die Tatsache, dass die Kl. die auf ihrer Eigentumswohnung lastenden Grundpfandrechte als Sicherheit für die vom Kl. aufgenommenen Darlehen eingesetzt hat, ändert nichts daran, dass der Kl. die Zinszahlungen nicht für ihre, sondern allein für seine Rechnung, d.h. zur Tilgung seiner Schuld, geleistet hat (vgl. BFHE 184, 80 = BStBl II 1997, 772).

3. Da das FG seiner Entscheidung eine andere Rechtsauffassung zugrunde gelegt hat, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat keine ausreichenden Feststellungen dazu getroffen, inwieweit die Kl. die strittigen Schuldzinsen aus eigenen Mitteln bezahlt hat.

(...)

Im zweiten Rechtszug wird das FG festzustellen haben, in welcher Höhe die Kl. selbst aus ihren Mieteinnahmen die Kreditzinsen bezahlt hat. Soweit sie ihre Mieteinnahmen auf das Konto des Kl. überwiesen hat (oder unmittelbar dorthin hat überweisen lassen) mit der Maßgabe, daß der Kl. daraus die Zinszahlungen entrichten sollte, hat sie die Zinsen für die Finanzierung ihrer Eigentumswohnung selbst getragen und kann sie als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abziehen.

15. Steuerrecht – Abziehbarkeit von Schuldzinsen bei gemeinsamen Darlehen von Eheleuten zur Finanzierung der einem von ihnen gehörenden Immobilie

(BFH, Urteil vom 2. 12. 1999 – IX R 45/95, nur Leitsätze)

EStG § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1

- 1. Nehmen Eheleute gemeinsam ein gesamtschuldnerisches Darlehen zur Finanzierung eines vermieteten Gebäudes auf, das einem von ihnen gehört, sind die Schuldzinsen in vollem Umfang als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung des Eigentümerehegatten abziehbar.**
- 2. Nimmt ein Ehegatte allein ein Darlehen zur Finanzierung eines vermieteten Gebäudes auf, das dem anderen Ehegatten gehört, sind die Schuldzinsen nicht abziehbar, es sei denn, der Eigentümerehegatte hat sie aus eigenen Mitteln bezahlt (Anschluß an die Beschlüsse des Großen Senats des BFH BFHE 189, 151 = BStBl II 1999, 778 und BFHE 189, 160 = BStBl II 1999, 782).**

Hinweis der Schriftleitung:

Hinsichtlich der Begründung vgl. auch das im wesentlichen inhaltsgleiche Urteil des BFH vom selben Tage – IX R 21/96, in diesem Heft, S. 303)

Buchbesprechung

Eylmann/Vaasen, Bundesnotarordnung und Beurkundungsgesetz, 2000, 1156 Seiten, DM 218,- (Verlag C. H. Beck, München)

Mit dem Dritten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze vom 31. 8. 1998 (BGBl. I, 2585) hat der Gesetzgeber die Rechtseinheit auf dem Gebiet des notariellen Berufsrechts in Deutschland hergestellt. Das in den neuen Bundesländern bisher noch geltende, von der Volkskammer der ehemaligen DDR erlassene Recht der „Notare in eigener Praxis“ ist durch die neu gefasste Bundesnotarordnung ersetzt worden.

Zugleich hat der Gesetzgeber durch Neugestaltung der BNotO und des Beurkundungsgesetzes sowohl das Amts- und Berufsrecht der Notare als auch das für sie geltende Verfahrensrecht erheblich verändert. Hervorzuheben sind insbesondere: Die Voraussetzungen für den Zugang zum Amt des Notars wurden näher definiert. Die Residenzpflicht wurde stark gelockert. Versicherungssummen und disziplinarische Geldbußen wurden erhöht. Die Beschäftigung volljuristischer Mitarbeiter wurde geregelt. Notarinnen und Notaren, die Kinder oder andere Familienangehörige betreuen, wurde die Möglichkeit einer vorübergehenden Amtsniederlegung eingeräumt.

Weitere, z.T. gravierende Änderungen ergaben sich aus dem Bestreben des Gesetzgebers, den verfassungsrechtlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen. So führte die in der Schlussphase des Gesetzgebungsverfahrens ergangene „Wirtschaftsprüfer-Entscheidung“ des BVerfG (DNotZ 1998, 754) zu einer wesentlichen Erweiterung der dem Anwaltsnotar außer dem Anwaltsberuf erlaubten Ausübung anderer Berufe und zur entsprechenden Erweiterung seiner Sozietätsmöglichkeiten, insbesondere mit Wirtschaftsprüfern. Diese Erweiterung machte es notwendig, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare durch Verschärfung der Mitwirkungsverbote gemäß § 3 BeurkG zu schützen und alle notariellen Amtstätigkeiten in den Geltungsbereich dieser Verbote einzubeziehen. Die Entscheidung des BVerfG zum notariellen Werbeverbot (sog. Logo-Entscheidung) gab Anlass dazu, die Abgrenzung der dem Notar erlaubten und der ihm untersagten Werbung im Sinne einer Liberalisierung neu zu regeln.

Verfassungsrechtliche Gründe gaben auch den Anlass, Amtspflichten der Notare, die bis dahin nur in Verwaltungsvorschriften und in Richtlinien der BNotK und der Ländernotarkammern festgelegt waren, auf eine gesicherte, insbesondere den Anforderungen des Art. 12 GG genügende rechtliche Grundlage zu stellen. Dies geschah insbesondere durch die neuen Vorschriften über das notarielle Verwahrungsverfahren, die nunmehr im Fünften Abschnitt des Beurkundungsgesetzes enthalten sind. Es geschah aber auch durch die nunmehr in § 67 Abs. 2 BNotO eingefügte Ermächtigung der Notarkammern, in Richtlinien die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der auf deren Grundlage erlassenen Verordnungen durch Satzung näher zu bestimmen. Damit wurden die Bedenken gegen die Verbindlichkeit der früher von der BNotK beschlossenen Richtlinien, wie sie nach der Entscheidung des BVerfG zum anwaltlichen Standesrecht bestehen konnten, ausgeräumt.

Die Vielfalt und die Bedeutung der gesetzlichen Neuregelungen rufen nach kompetenter Kommentierung. Praktiker und Theoretiker freuen sich, dass die ihnen bisher schon vertrauten Kommentare diesen Ruf vernommen haben: Der von *Schippel* herausgegebene und noch von ihm selbst in wesentlichen Teilen meisterlich bearbeitete Kommentar zur BNotO ist in siebter Auflage erschienen. Der von *Arndt* begründete, von *Lerch* und *Sandkühler* fortgesetzte und ebenfalls mit allgemeiner Anerkennung bedachte Kommentar zur BNotO präsentiert sich in seiner vierten Auflage. Mit ihren hohen fachlichen Ansprüchen und ihren jeweils besonderen und zu Recht gelobten Qualitäten

werden die Neuauflagen der beiden Kommentare den in sie gesetzten Erwartungen der Praxis gerecht.

Daran knüpft sich die Frage: Bedurfte es einen weiteren Kommentars? Die Frage ist, wenn man den von *Eylmann* und *Vaasen* herausgegebenen Kommentar zur Hand nimmt und sich in ihn vertieft, lebhaft zu bejahen. Er bereichert die Kommentierung des Notarrechts, ohne den Wert der Werke zu schmälern, mit denen er konkurriert. Ein ins Auge springender und sofort überzeugender Vorzug des Kommentars liegt in seiner erweiterten Thematik: BNotO und BeurkG werde als Ganzes in einem Band kommentiert. Damit wird verbunden, was inhaltlich zusammengehört: Notarielles Berufsrecht und notarielles Verwahrungsverfahren dienen gemeinsam den Formzwecken des materiellen Rechts und sind vielfältig miteinander verflochten. Deshalb drängt es sich auf, sie in einem Band gemeinsam zu kommentieren. Dies gilt umso mehr, seitdem durch die gesetzliche Neuregelung das notarielle Verwahrungsverfahren im Fünften Abschnitt des BeurkG geregelt ist. Die Vorzüge des Kommentierens wechselbezoglicher Berufs- und Verfahrensvorschriften in demselben Kommentar wurden genutzt und dadurch noch verstärkt, dass die korrespondierenden Bestimmungen jeweils von demselben Autor kommentiert wurden.

In seinem äußeren Erscheinungsbild präsentiert sich der neue Kommentar in einem beachtlichen Umfang. Der Kommentierung der BNotO sind 776 Seiten gewidmet. Im Anschluss daran wird das Beurkundungsgesetz auf nahezu 300 Seiten erläutert. Damit erreicht der Kommentar, wenn man den kleineren, aber gut lesbaren Druck berücksichtigt, jeweils den äußeren Umfang der Kommentare zur BNotO und zum BeurkG, mit denen er konkurriert. Im Anhang sind die Richtlinien-Empfehlungen der BNotK, der Entwurf der Dienstordnung für Notare und der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts vom 3./4. Februar 1995 als Texte wiedergegeben. Das umfangreiche, nahezu 60 Seiten umfassende Sachverzeichnis erweist sich inhaltlich und drucktechnisch als ein stets zuverlässiger und in schnellen Schritten zum Ziel führender Wegweiser.

Auf Leserfreundlichkeit und schnellen Zugriff zielt auch die innere und äußere Gliederung der Erläuterungen zu den Einzelschriften der beiden Gesetze. Soweit amtliche Überschriften fehlen, werden sie durch nichtamtliche ersetzt. Bei jeder Vorschrift beginnen die Erläuterungen mit einer Übersicht, die in Stichworten mit Randnummern auf die folgenden Darstellungen verweist. Soweit bei einer Vorschrift eine Konkretisierung ihres Inhalts durch die Satzung einer Notarkammer in Betracht kommt, ist die darauf bezügliche Richtlinienempfehlung der BNotK im Anschluss an die Gesetzesvorschrift mit abgedruckt. Umfassende Hinweise auf das einschlägige Schrifttum, wie sie vielen Abschnitten, aber auch manchen Einzelschriften vorangestellt sind, erleichtern dem Leser den vertieften Einstieg in die Materie. Der Lesbarkeit und dem schnellen Zugriff dient es auch, dass die umfassenden Hinweise auf Rechtsprechung und Schrifttum nicht im laufenden Text zu finden, sondern in die Fußnoten verwiesen sind.

Der neue Kommentar profitiert nicht nur von der Erweiterung seiner Thematik und seinen dargestellten technischen Vorzügen, sondern auch von der Zusammensetzung des Kreises seiner Herausgeber und Autoren. *Eylmann* hat als Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, *Vaasen* als Präsident der BNotK bei der Konzeption der umfangreichen Neuregelung in der BNotO und dem BeurkG mitgewirkt. Unter den weiteren Bearbeitern finden sich Repräsentanten sowohl der hauptberuflichen Notare als auch der Anwaltsnotare. Sie bringen die darauf gegründete Erfahrung und Sachkompetenz für die Besonderheiten ihrer jeweiligen Notariatsform ein; zugleich repräsentieren sie aber durch ihr Zusammenwirken auch die Bemühungen der deutschen Notare, die bestehenden Verschiedenheiten zu überbrücken und gemeinsam dem Wohl der Rechtsuchenden zu dienen. Meinungsverschiedenheiten über rechtspolitische Zielsetzungen werden dadurch nicht ausge-

schlossen. Sie können anregen und eine fruchtbare Diskussion hervorrufen.

Alle Bearbeiter sind ausgewiesen durch wissenschaftliche Vertiefung in Probleme des überkommenen Berufsrechts, nicht wenige auch durch Mitwirkung beim Zustandekommen der Neuregelungen. Einbezogen sind auch Autoren mit besonderen Kenntnissen und Erfahrungen im übernationalen Bereich.

Aus rheinischer Sicht erfreut die verstärkte Einbeziehung von Bearbeitern aus dem Bereich des Rheinischen Notariats, das in langer Rechtstradition die Werte des modernen Notariats rechtsstaatlicher Prägung in besonderer Weise verkörpert, die kollegiale Verbundenheit von hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren pflegt und realisiert, die Einheit des für beide geltenden Berufsbildes betont und sie als notwendige Grundlage für die Gesamtinstitution des Notariats fordert.

Die Hoffnungen, die sich auf diese Voraussetzungen gründen, werden durch die Lektüre des neuen Kommentars bestätigt.

Die Herausgeber und Autoren haben es sich, wie es im Vorwort heißt, zum Ziel gesetzt, „den Kolleginnen und Kollegen ein Werk an die Hand zu geben, das ihre tägliche Berufspraxis in effizienter Weise begleitet und unterstützt.“ Dieses Ziel werden sie erreichen. Der Kreis der Nutznießer wird aber darüber hinaus alle erfassen, die mit dem Berufsrecht der Notare befasst werden.

Das Interesse der Leser wird sich vor allem auf die Grundsatzfragen, die Streitfragen, die berufspolitischen Fragen und die Neuregelungen des Berufs- und Verfahrensrechts der Notare richten. Aus der Fülle dieser Themenbereiche können hier nur wenige beispielhaft herausgegriffen werden:

Bei der Kommentierung des § 1 BNotO setzt sich *Frenz* kritisch mit den Grundbegriffen auseinander, die das Wesen und die Aufgaben des Notars prägen. Bei der „vorsorgenden Rechtspflege“ greift er auf die ursprünglichen Begriffsbestimmungen zurück und definiert sie für den Notar als diejenige Rechtsbetreuung, „die durch rechtskundige Mitwirkung bei der Gestaltung privater Rechtsbeziehungen der Rechtssicherheit und Streitverhütung dient.“ Diese Definition trifft den Kern, erfasst aber nicht alle im späteren Verlauf entwickelten Begriffsmerkmale, wie sie z.B. der Definition von *Gonnella* zu entnehmen sind. Danach ist vorsorgende Rechtspflege „die Tätigkeit staatlicher Hoheitsträger, die durch geeignete Maßnahmen, insbesondere durch Mitwirkung bei der Gestaltung und Sicherung privater Rechtsbeziehungen die Interessen des Einzelnen fördert, vor allem ihrer künftigen Verletzung vorbeugt, zugleich aber auch die Interessen anderer und der Allgemeinheit betreut und auf diese Weise der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient.“ Damit wird insbesondere klargestellt, dass es sich bei der vorsorgenden Rechtspflege ausschließlich um hoheitliche Tätigkeiten handelt und dass diese, soweit sie in der Mitwirkung bei der Gestaltung privater Rechtsbeziehungen bestehen, auch auf eine gerechte Ordnung menschlicher Beziehungen ausgerichtet sind.

Die Definition der vorsorgenden Rechtspflege als ausschließlich hoheitliche Tätigkeit hilft bei der begrifflichen Analyse des „öffentlichen Amtes“, das der Notar auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege wahrnimmt. *Frenz* widmet dieser Analyse sehr feinsinnige, interessante und zukunftsorientierte Ausführungen. Er geht davon aus, dass der Notar immer hoheitlich und nicht etwa privatrechtlich tätig wird und dass das BVerfG in diesem Sinne festgestellt hat, dass der Notar Zuständigkeiten wahrnehme, „die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen“ (BVerfGE 73, 280, 294). Er hält es aber nach den gemachten Erfahrungen für denkbar, dass das BVerfG sich in Zukunft selbst korrigiert und dass dadurch oder auch durch die Rechtsprechung des EuGH Notartätigkeit durch Art. 45 EG-Vertrag erfasst werden könnte. Zugleich könnten bestimmte Tätigkeiten des Notars als privatrechtliche Formen der Amtsausübung eingeordnet werden.

Frenz glaubt nicht daran, dass solchen Entwicklungen mit abstrakten Begrifflichkeiten und Definitionen hinreichend begegnet werden kann. Er entscheidet sich deshalb für eine segmentierende Betrachtung, „die die Hoheitlichkeit notarieller Tätigkeit nach dem Charakter ihrer einzelnen Funktionen bestimmt.“ Er kommt nach genauer Analyse mit überzeugender Begründung zu dem Ergebnis, dass die dem deutschen Notar nach geltendem Recht zugeordneten Tätigkeiten immer, also auch im gesamten Bereich der Betreuung nach § 24 BNotO, hoheitliches Handeln darstellen. Maßstab seiner Beurteilung sind dabei vor allem die mit den Tätigkeiten verbundenen Verfahrensziele und Rechtswirkungen sowie die durch die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars geprägten Funktionen, die die deutsche Rechtsordnung mit der Kompetenzzuweisung an den Notar gerade beabsichtigt. Prüfwert könnte in diesem Zusammenhang auch die Frage sein, ob und inwieweit der Gesetzgeber nicht nur durch die innere Konsequenz seiner eigenen Gesamtregelung, sondern auch durch höherrangige Rechtsnormen gehalten ist, die dem Notar zugewiesenen Aufgaben als hoheitliche auszugestalten. Dazu verpflichtet sein könnte er insbesondere durch verfassungsrechtliche Normen, die zur Erfüllung der Gebote des sozialen Rechtsstaates die Gewähr von Rechtssicherheit, Streitverhütung und Schadensverhütung verlangen. Möglicherweise ist auch der Verfassungsgeber höherrangig durch Menschenrechtskonventionen verpflichtet, diese Rechtsgüter hoheitlich zu schützen.

Die Erläuterungen zu § 2 BNotO geben *Frenz* den Anlass zur gründlichen Auseinandersetzung mit dem Spannungsverhältnis zwischen dem Amt des Notars und seiner Berufsfreiheit. Er meint, die Frage, wie viel Berufsfreiheit das Amt des Notars verträgt und inwieweit diese Freiheit durch die staatliche Organisationsgewalt eingeschränkt werden kann, müsse vor allem nach der Wirtschaftsprüfer-Entscheidung des BVerfG (ZNotP 1998, 295) als weitgehend offen angesehen werden. Dies gelte allerdings nicht für die Regelung des Berufszugangs; hier dürfe nach der Rechtsprechung weiterhin davon ausgegangen werden, dass der Organisationsgewalt des Staates ein weitgehender Gestaltungsspielraum verbleibe, der seine Rechtfertigung in den wahrzunehmenden hoheitlichen Funktionen finde.

Anders verhalte es sich mit dem Bereich der Berufsausübungsregelungen. Hier sei eine gänzlich andere Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG festzustellen, die den hoheitlichen Charakter des Notaramtes zurücktreten lasse, damit die staatliche Organisationsgewalt einschränke und in gleichem Maße die Berufsausübungsfreiheit der Notare erweitere. Dies wird sehr eingehend anhand der Rechtsprechung des BVerfG dargelegt und begründet. Die damit aufgezeigten Perspektiven provozieren Sorge um die Zukunft des Notariats und Widerspruch gegen die Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere soweit diese auf der Annahme beruht, dass einheitliche Berufsausübungsregelungen für hauptberufliche Notare und Anwaltsnotare nicht mehr geboten seien, weil für sie kein einheitliches Berufsbild mehr bestehe.

Dieses Anliegen wird von *Schmitz-Valckenberg* in seinen Erläuterungen zu § 3 BNotO aufgegriffen. Er betont die Identität der Strukturelemente, nämlich die Amtstätigkeit als Ausübung hoheitlicher Gewalt durch unabhängige, unparteiliche und möglichst qualifizierte Amtsträger, die es rechtfertigt, dass der Gesetzgeber beide Notariatsformen ohne Unterschiede in der Wertung und damit auch gleichberechtigt nebeneinander gestellt habe. Er folgt im Wesentlichen der von *Löwer* (MittRhNotK 1998, 310/312) vertretenen Auffassung, dass für den Anwaltsnotar kein eigenständiges Berufsbild besteht, weil das Berufsbild des Notars unabhängig von den Ausübungsformen rein funktional als hoheitliche und vorsorgende Rechtspflege durch einen Amtswalter bestimmt und deshalb nach geltendem Recht für Notare und Anwaltsnotare identisch ist. Die Annahme von zwei Berufsbildern sei bedenklich, wenn dadurch die einheitliche Struktur des Notaramtes mit den für seine Ausübung wesentlichen Anforderungen, insbesondere an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit für die eine oder andere „Berufsaus-

übungsform“ in ihren Konturen verwischt werde. Die Amtselemente, die für die Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Gesetzeszweckverwirklichung entscheidend seien, dürften unter den unterschiedlichen Formen der Berufsausübung nicht leiden. Nur dieses Ziel erkläre, wie *Löwer* zur Recht betont habe, die in der BNotO und dem BeurkG enthaltenen Sonderregelungen für den Anwaltsnotar. Hinzuzufügen ist, dass nur damit die Gleichwertigkeit und Gleichberechtigung der beiden Notariatsausübungsformen begründet und aufrechterhalten werden kann.

In seinen Erläuterungen zu § 5 BNotO, wonach nur ein deutscher Staatsangehöriger zum Notar bestellt werden darf, führt *Baumann* näher aus, dass auch ein Staatsangehöriger eines anderen EU-Landes in Deutschland ebenso wenig Notar werden kann wie ein Deutscher in einem anderen EU-Land, denn alle Mitgliedsstaaten der EU, in denen Notariate lateinischer Prägung eingerichtet sind, haben in ihren Notargesetzen einen Staatsangehörigkeitsvorbehalt. Die Tätigkeit des deutschen Notars ist als Teil der vorsorgenden Rechtspflege dem Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Art. 45 EG-Vertrag zuzuordnen. Deshalb bleibt dem einzelnen Land das Recht, die Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgaben des Notars seinen eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Dazu stellt *Baumann* – in Übereinstimmung mit den Erläuterungen von *Frenz* zu § 1 BNotO – fest, dass der deutsche Notar im gesamten Spektrum seiner Tätigkeiten, auch bei beratenden und rechtsbetreuenden Tätigkeiten, als unabhängiger und zur Unparteilichkeit verpflichteter Träger eines öffentlichen Amtes hoheitliche staatliche Funktionen für die BRD wahrnimmt.

In seiner Kommentierung des § 6 BNotO, der die Eignung von Bewerbern für das Amt des Notars regelt, hat *Schmitz-Valckenberg* die Fülle seiner Erfahrungen aus jahrzehntelanger Tätigkeit im Vorstand einer gemischten Notarkammer eingebracht, der zugleich hauptberufliche Notare und Anwaltsnotare angehören. Dies kommt nicht nur seiner Darstellung der Merkmale persönlicher und fachlicher Eignung für die Bestellung zum Notar, sondern auch und besonders seinen Erläuterungen zur Auswahl unter mehreren Bewerbern zugute. Er betont die den Notarkammern obliegende Pflicht, darauf hinzuwirken, dass für die Beurteilung der konkurrierenden Bewerber möglichst einheitliche Maßstäbe angewendet werden. Er macht dazu insbesondere für die Beurteilung der Notarassessoren detaillierte, eingehend begründete und in der rheinischen Praxis schon erprobte Vorschläge, die auf die Fähigkeit des Notarassessors zur Übernahme eines Notaramtes im Zeitpunkt der Zeugniserteilung abstellen, die typische Leistungsentwicklung im Verlaufe des Anwärterdienstes zugrunde legen und durch den Vergleich mit Regelbeurteilungen, die diesem Verlauf entsprechen, die Vergleichbarkeit der Bewerber im Auswahlverfahren gewährleisten. Eingehend dargestellt werden auch die bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Amt des Anwaltsnotars anzuwendenden Maßstäbe, insbesondere das von den Landesjustizverwaltungen aufgestellte Punktesystem, das einen sachgerechten Vergleich unter mehreren Bewerbern ermöglichen und damit die Gleichbehandlung der Bewerber gewährleisten soll.

Mit gewichtigen Argumenten beklagt *Baumann*, dass § 8 Abs. 2 in seiner Neufassung die Möglichkeit der Ausübung weiterer Hauptberufe durch den Anwaltsnotar erheblich erweitert und – veranlasst durch die WP-Entscheidung des BVerfG – auf die Berufe des Patentanwalts, des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers erstreckt hat. Er sieht darin einen Widerspruch zur wachsenden Notwendigkeit verstärkter Spezialisierung der juristischen Berater und die Gefahr der Aufspaltung der Arbeitskraft des Amtsträgers, der Verdrängung des Notaramtes in den Hintergrund und des Verlustes der für die ordnungsmäßige vorsorgende Rechtspflege wichtigen Praxis und Erfahrung des Notars in seinem Amt. Seine Schlussfolgerung, dass mit dieser Ausdehnung der Berufsausübungsmöglichkeiten erhebliche Risiken für die vorsorgende Rechtspflege verbunden sind und dass sich hauptberufliches Notariat und Anwaltsnotariat damit auseinanderentwickelt haben, lässt sich kaum etwas entgegensetzen.

Sehr detailliert und engagiert beschäftigt sich *Baumann* auch mit den infolge der WP-Entscheidung des BVerfG durch § 9 BNotO erweiterten Möglichkeiten für Anwaltsnotare, sich mit Angehörigen anderer Berufe, die kein öffentliches Amt ausüben, zur gemeinsamen Berufsausübung zu verbinden. Das Spannungsfeld, das dadurch entsteht, wird verdeutlicht durch den in § 9 Abs. 3 enthaltenen gesetzlichen Vorbehalt, dass durch die Berufsverbindungen die persönliche und eigenverantwortliche Amtsführung des Notars sowie seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht beeinträchtigt werden dürfen. Diesen Rechtsgütern dienen auch die verschärften Mitwirkungsverbote gemäß § 3 BeurkG, deren Beachtung mit entsprechend erhöhtem Aufwand von den Aufsichtsbehörden zu überprüfen ist. Wegen dieser Auswirkungen hält *Baumann* den § 9 für die problematischste Bestimmung der BNotO. So kritisiert er mit beachtlichen Gründen, dass § 9 seinem Wortlaut nach nur die Landesregierungen im Geltungsbereich des hauptberuflichen Notariats ermächtigt, durch Rechtsverordnungen die Einzelheiten der Ausgestaltung der Berufsverbindungen zu regeln, obwohl im Bereich des Anwaltsnotariats das gleiche Regelungsbedürfnis besteht.

Zu § 9 Abs. 2 BNotO vertritt er die Auffassung, dass diese Vorschrift dem Anwaltsnotar die überörtliche Sozietät nur mit den dort genannten Angehörigen anderer Berufe, nicht aber mit Notaren an anderen Amtssitzen gestatte. Eine gesetzliche Gestattung hätte aus den von *Baumann* genannten Gründen nahe gelegen, lässt sich aber aus dem Gesetzeswortlaut und aus der Entstehungsgeschichte schwerlich ableiten.

Lesenswert und für die künftige Entwicklung bedeutsam sind auch die Ausführungen *Baumanns* zur Ermächtigung der Landesregierungen, die Verbindung hauptberuflicher Notare zur gemeinsamen Berufsausübung von einer vorherigen Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig zu machen. Das Genehmigungserfordernis soll verhindern, dass das öffentliche Amt des Notars über einen Berufsverbindungsvertrag veräußert oder vererblich gestaltet wird. Es kann auch dem Zweck dienen, den gleichen Zugang der Bewerber zum Amt des Notars gegen die Gefahr zu sichern, dass der oder die verbliebenen Mitglieder der Sozietät die Besetzung der Notarstelle auf unangemessene Weise beeinflussen. Entgegengewirkt werden kann auch der Gefahr, dass durch größere Sozietäten die persönliche, selbständige und eigenverantwortliche Amtsausübung eines jeden Mitglieds der Sozietät beeinträchtigt werden oder seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eingeschränkt werden kann. Die inzwischen in den einzelnen Ländern zu diesem Thema erlassenen Rechtsverordnungen, die gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 BNotO auf örtliche Bedürfnisse und Gewohnheiten Rücksicht nehmen dürfen, stimmen zwar in allen Grundwertungen überein, lassen aber in ihren Einzelregelungen nicht unerhebliche Wertungsunterschiede erkennen.

Nachdrücklich und überzeugend kritisiert *Baumann* die WP-Entscheidung des BVerfG, die den Gesetzgeber veranlasst hat, trotz erheblicher, rein sachbezogener Bedenken der mit der Dienstaufsicht betrauten Justizverwaltungen die Berufsverbindungen zwischen Anwaltsnotaren und Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern zuzulassen. Die öffentlichen Notarämter seien damit in den Sog einer zunehmenden Kommerzialisierung der Rechtspflegeberufe geraten, und zwischen hauptberuflichen Notaren und Anwaltsnotaren seien weitere Unterschiede in der Berufsausübung geschaffen worden. Das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Ziff. 7 BeurkG solle die Gefahren der erweiterten Berufsverbindungsmöglichkeiten für das Amt des Notars mildern; seine Beachtung sei aber praktisch kaum kontrollierbar. Durch die Ausdehnung der Berufsverbindungsmöglichkeiten werde die staatliche Dienstaufsicht über die öffentlichen Amtstätigkeiten des Notars seit der Novellierung erheblich erschwert, wahrscheinlich sogar überfordert. Diesem Argument ist uneingeschränkt beizupflichten. Droht aber eine faktische Unvollziehbarkeit der notwendigen Kontrolle über die Beachtung der für das Amt des Notars zum Schutze seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit elementaren Mitwirkungsver-

bote, so kann dadurch die Gültigkeit der Berufsverbindungsregelung insgesamt in Frage gestellt werden.

In seinen Erläuterungen zu § 10 BNotO Rn. 13 kritisiert *Eylmann* die Richtlinienempfehlung der BNotK (Ziffer IX 3) zu Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle des Notars, die danach erfolgen darf, wenn sachliche Gründe vorliegen. Er hält dies für eine „Leerformel“, weil offen bleibe, welche Gründe als sachlich anzuerkennen seien, und befürchtet, dass damit die notarielle Dienstleistungsbereitschaft entgegen dem wohlverstandenen Interesse des gesamten Notariats behindert werden könne. Diese Befürchtung, die einer allgemeinen Tendenz zur Liberalisierung des Notarates entspringt, erscheint nicht begründet. Die sachlichen Gründe, die dem Notar die Vornahme von Amtsgeschäften außerhalb seiner Geschäftsstelle erlauben, sind definierbar als solche, die sich aus der Natur des Amtsgeschäfts oder dessen konkreten Umständen ergeben.

Mit seinen Erläuterungen zu §§ 14 – 17 BNotO bewältigt *Frenz* ein weiteres Kernstück der BNotO in ihrer neuen Fassung. Dies geschieht gründlich und vielfach mit neuen Ansätzen. Die für den Notar geltenden Gebote der Unparteilichkeit, der Unabhängigkeit und der Integrität sowie des Anscheinsverbotes werden systematisch und in ihren Einzelausprägungen dargestellt. Betont wird, dass die Unabhängigkeit des Notars nicht nur gegenüber dem Staat besteht, sondern auch gegenüber den Beteiligten und weiteren Dritten zu wahren ist. Geboten sei auch, dass der Notar gegenüber den Mitarbeitern seiner Geschäftsstelle, vor allem aber gegenüber den mit ihm verbundenen Sozialen seine Unabhängigkeit wahrt. *Frenz* (§ 14, Rn. 13) weist darauf hin, dass dies vor allem für den Anwaltsnotar gelte, der nach der Berufsrechtsnovelle 1998 weitgehend frei sei in der Beteiligung an solchen Verbindungen, deren organisatorische Komplexität angesichts der Anzahl der verbundenen Mitglieder, ihrer möglichen Berufe und ihrer ortsungebundenen Tätigkeiten konzernartige Formen annehmen könne. In solchen organisatorischen Zusammenhängen die Amtsausübung frei von Weisungen Dritter zu halten, stelle den einzelnen Amtsinhaber vor besondere Anforderungen. Ob deren Erfüllung durch Berufsausübungsregelungen und eine insoweit effektive Dienstaufsicht gesichert werden könne, müsse sich erst noch erweisen.

Erwähnenswert sind auch die Hinweise auf das in § 14 Abs. 4 enthaltene Verbot der Vermittlung von Urkundsgeschäften, das auch anwendbar ist, wenn Notare sich wechselseitig Urkundsgeschäfte zuzuweisen versuchen, an deren Beurkundung sie selbst durch Mitwirkungsverbote oder aus anderen Gründen gehindert sind.

In seinen Erläuterungen zur Verschwiegenheitspflicht des Notars (§ 18 BNotO) geht *Eylmann* davon aus, dass diese Pflicht in erster Linie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit des Notars schützt, weil dieses Vertrauen für eine auf rechtsstaatliche Prinzipien gründende Rechtspflege unerlässlich sei. Geschütztes Rechtsgut sei somit das Gemeinwohl. Damit widerspricht er der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, die das Individualinteresse der Beteiligten als Schutzgut ansieht und dafür anführen kann, dass die Beteiligten den Notar von seiner Pflicht befreien können. *Eylmann* hält dem entgegen, dass die Beteiligten die Verfügungsmacht über das dem Notar Anvertraute haben und dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Notare nur erfordert, dass sie nicht gegen oder ohne den Willen der Beteiligten die der Verschwiegenheit unterliegenden Tatsachen preisgeben.

Richtig erscheint sein Hinweis, dass sich der Notar gegenüber seiner Aufsichtsbehörde nicht auf seine Verschwiegenheitspflicht berufen kann, soweit die Aufsichts- und Kontrollrechte aus § 92 BNotO reichen, und dass die Verpflichtung zur Aktenvorlage und Auskunft auf die Personen erweitert worden ist, mit denen sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit denen er gemeinsame Geschäftsräume hat oder hatte, soweit dies für die Prüfung der Einhaltung der Mitwirkungsverbote erforderlich ist.

Zur Haftung des Notars aus Amtspflichtverletzung gemäß § 19 BNotO gibt *Frenz* eine ausführliche und überzeugende Gesamtdarstellung durch sorgfältige Verwendung der vielfältigen Rechtsprechung und Literatur.

In seinen Erläuterungen zu den §§ 20 ff. BNotO befasst sich *Limmer* mit den Zuständigkeitsnormen, durch die die sachliche Zuständigkeit, also der Aufgabenkreis des Notars umschrieben wird. Er stellt dar, dass der Gesetzgeber mit seiner Neuregelung die Begrifflichkeiten in den §§ 20–24 teilweise neu gefasst hat, um eine klarere Systematik der einzelnen Zuständigkeitsbereiche zu erreichen. Dies wird in der Kommentierung deutlich aufgezeigt und systematisch eingeordnet: Der Gesetzgeber hat in § 20 Abs. 1 S. 2 den Begriff der „Bescheinigung“ durch den Begriff der „Beurkundung“ ersetzt, so dass der Notar nach dieser Vorschrift nur zuständig ist für die Beurkundung amtlich von ihm wahrgenommener Tatsachen. Davon unterscheidet sich die „Bescheinigung“ dadurch, dass der Notar auf der Grundlage wahrgenommener Tatsachen rechtliche Schlussfolgerungen zieht; wichtigster Fall dieser Art ist neben der Registerbescheinigung nach § 21 BNotO die im Rahmen der allgemeinen Betreuung nach § 24 BNotO für den Grundbuchverkehr erteilte Notarbescheinigung oder Notarbestätigung, bei der eine gutachterliche Rechtsauskunft des Notars erteilt wird.

Verdienstvoll erscheint es, dass *Limmer* in seinen Erläuterungen die allgemeine Bedeutung der Beurkundungen aufzeigt und heraushebt: Das Beurkundungsverfahren bei Rechtsgeschäften führt nicht nur zu einer öffentlichen Urkunde mit voller Beweiskraft, sondern auch dazu, dass notariell beurkundete Verträge eine höhere innere Vertragsgerechtigkeit und Richtigkeit haben, weil der Notar die Beteiligten nicht nur zu warnen und zu belehren, sondern auch auf eine ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung hinzuwirken hat. Zu Recht betont wird auch die gerichtsentslastende Funktion notarieller Urkunden. Diese Hinweise haben auch eine nicht zu unterschätzende berufspolitische Bedeutung, da der Wert der notariellen Urkunde und der damit verbundenen Beratung und Betreuung zu wenig bekannt und präsent ist.

Ähnlich verhält es sich mit den Bestrebungen, die Gerichte durch außergerichtliche Streitbeilegungs- oder Vermittlungsverfahren zu entlasten und hierzu den Notar als unparteiischen und neutralen Mediator einzuschalten. *Limmer* setzt sich mit diesen Themen eingehend auseinander, weist nach, dass der Notar schon nach geltendem Recht für die außergerichtliche Streitbeilegung zuständig ist, und gibt differenzierte Hinweise für die Gestaltung des notariellen Konfliktvermittlungsverfahrens.

Der unverändert gebliebene § 23 Halbsatz 1 BNotO begründet die Zuständigkeit der Notare für die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten als hoheitliche Tätigkeit. Für das hierbei anzuwendende Verfahren verweist § 23 Halbsatz 2 nunmehr auf die §§ 54a – 54e BeurkG. Für beides hat *Hertel* die Kommentierung übernommen. Dabei erweisen sich die großen Vorzüge der Zusammenfassung beider Regelungsbereiche in demselben Kommentar: *Hertel* liefert eine grundlegende, sehr detaillierte und zugleich transparente Darstellung aus einem Guss. Einleitend gibt er eine umfassende Übersicht über das vorhandene Schrifttum einschließlich der veröffentlichten Formulierungsvorschläge für Verwahrungsanweisungen nach neuem und bisherigem Recht. Alle folgenden Erläuterungen werden mit einer Fülle von Fußnoten versehen, die eine vollständige Verwertung der Rechtsprechung und der Literatur erkennen lassen. Die den Kommentierungen jeweils vorangestellten Übersichten erleichtern das Auffinden der Probleme und ihrer Lösungen; die gefundenen Definitionen und Begriffe schaffen gedankliche Klarheit. Dies allein macht aber, wie *Hertel* feststellt, die Übernahme einer Verwahrung für den Notar nicht attraktiv, weil er mit der Verwahrung die zentrale Rolle bei der Kaufpreisabwicklung übernimmt und damit in jeden Streit der Beteiligten bei der Abwicklung mit hineingezogen wird. Deshalb empfehle sich Zurückhaltung bei der Übernahme der

Verwahrung, wenn eine gleichwertige Absicherungsmöglichkeit für die Beteiligten bestehe. Dieser Tendenz komme es entgegen, wenn § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG nunmehr bestimmt, dass der Notar Geld zur Verwahrung nur annehmen darf, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten besteht. Dabei ist, wie *Hertel* im Einklang mit der herrschenden Meinung feststellt, das Sicherungsinteresse nach objektiven Kriterien, also nicht nach dem bloßen Wunsch der Beteiligten zu bestimmen. Das berechnete Sicherungsinteresse fehlt, wenn das Geschäft von den Beteiligten selbst ebenso gut ohne Einschaltung eines Notars oder eines sonstigen Dritten und ohne Gewährung von Sicherheiten außerhalb des Vertragsobjektes abgewickelt werden könnte.

Mit § 25 BNotO hat der Gesetzgeber klargestellt, dass der Notar volljuristische Mitarbeiter nur beschäftigen darf, soweit dadurch seine persönliche Amtsausübung nicht gefährdet wird. Er hat die Landesregierungen ermächtigt, durch RVO eine entsprechende Genehmigungspflicht einzuführen. *Starke* gibt hierzu eine ausführliche, übersichtliche und von seiner Kenntnis der Entstehungsgeschichte der Vorschrift profitierende Darstellung. Ihm ist darin beizupflichten, dass die Vorschrift nicht nur für den hauptberuflichen Notar, sondern auch für den Anwaltsnotar gilt. Zutreffend erscheint auch sein Hinweis, dass die Möglichkeit des Rückgriffs auf juristischen Sachverstand der Qualität der Amtstätigkeit zugute kommen kann. Hinzuzufügen wäre, dass damit auch die Konkurrenzsituation des hauptberuflichen Notars gegenüber dem Anwaltsnotar auf legitime Weise verbessert werden kann. Die engen Grenzen, die dem Notar durch seine Pflicht zur persönlichen Amtsausübung gezogen sind, werden von *Starke* detailliert dargestellt. Er sieht es mit Recht als bedenklich an, wenn der Notar mehr als einen Vollzeitmitarbeiter mit juristischem Aufgabenkreis beschäftigt, und weist mit eingehender Begründung und Abgrenzungen darauf hin, dass die Beschäftigung von juristischen Mitarbeitern und von Angehörigen anderer rechts- und wirtschaftsberatender Berufe auch noch andere Amtspflichten tangieren kann.

Sehr engagiert, mit anwaltlichem Temperament und mit dem berufspolitischen Ziel einer Liberalisierung befasst sich *Eylmann* mit dem neu in das Gesetz eingefügten § 29 BNotO, der dem Notar jedes gewerbliche Verhalten, insbesondere eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung verbietet. Er gibt eine umfassende Gesamtdarstellung, engagiert sich aber besonders für die Zulässigkeit der Angabe von besonderen Fach- oder Spezialkenntnissen, die sich seiner Meinung nach entgegen der Gesetzesbegründung auf Dauer in der Praxis durchsetzen wird. Er unterscheidet bei der Angabe von Spezialkenntnissen zwischen unzulässiger Selbstbewertung des Notars und zulässigen berufsrelevanten Informationen des rechtsuchenden Publikums, liefert aber für die Abgrenzung keine klaren Grenzl意思. Er meint, in Wirtschaftszentren sei es vor allem für die Notare notwendig, Spezialisierungen herauszubilden und zu verlautbaren, da ihnen nicht wie den Anwaltsnotaren durch die mit ihnen verbundenen Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer die erforderlichen Spezialkenntnisse in der eigenen Kanzlei zur Verfügung stünden. Schon jetzt werde „von Notaren bei komplizierten Vorgängen nicht selten nur noch das zu Papier gebracht und vorgelesen, was andere vorgedacht und entworfen haben.“ Diese kühne Behauptung wird in keiner Weise belegt und widerspricht langer Berufserfahrung. Die Gefahr, nur noch formal zu vollziehen, was andere entworfen haben, droht eher einem Anwaltsnotar, der, ohne im konkreten Fall einem Mitwirkungsverbot zu unterliegen, als letztes Glied einer Kette von Mitgliedern einer Großsozietät tätig wird. Er könnte dazu neigen, die Vorarbeiten seiner Kollegen unkritisch zu respektieren. Dass und in welchem Umfang dies wirklich geschieht, sollte aber auch hier niemand behaupten, ohne es nachzuweisen. Unter dem Stichwort „Kollektivwerbung“ empfiehlt *Eylmann* mit überzeugender Begründung den Notarkammern, die Öffentlichkeit über den Nutzen notarieller Beurkundung, Beratung und Betreuung zu informieren.

Zu den Vorschriften über die Abwesenheit und Verhinderung des Notars und über den Notarvertreter (§§ 38–46 BNotO) gibt *Wilke* eine umfassende, übersichtlich gegliederte, auf den neuesten Stand gebrachte Gesamtdarstellung. Er folgt der Meinung, wonach ungeachtet der neuen §§ 48b ff. auch demjenigen Notar ein Vertreter bestellt werden kann, der wegen Betreuung eines Kindes oder versorgungsbedürftigen Angehörigen sein Notaramt zeitweise nicht ausüben kann, allerdings nicht für längere Frist.

Zum Erlöschen des Amtes und zur vorläufigen Amtsenthebung des Notars äußert sich *Custodis* in einer 79 Seiten umfassenden Gesamtschau, die feinsinnig gegliedert, in klarer Sprache abgefasst und darum gut lesbar ist und den neuesten Stand der Gesetzgebung wiedergibt. Letzteres gilt insbesondere für die Kommentierung der §§ 48b und 48c, welche das Ziel verfolgen, der Vereinbarkeit von Beruf und Familie auch im Notariat – insbesondere im Hinblick auf die Belange der kindererziehenden Notarinnen und Notare – Geltung zu verschaffen, und dazu die Möglichkeit einräumen, das Amt für begrenzte Zeit niederzulegen.

Das Rechtsinstitut des Notariatsverwalters (früher Notariatsverweser), dem eine eingehende gesetzliche Regelung gewidmet ist, wird von *Wilke* ausführlich, systematisch und inhaltlich überzeugend kommentiert. Bei der Erläuterung der Fälle, in denen die Bestellung eines Notariatsverwalters zu erfolgen hat, zeigt er auf, dass es verfassungsrechtlich problematisch ist, wenn das Gesetz bei der Regelung des Falles, dass der Notar ausnahmsweise neben seiner Notartätigkeit mit Genehmigung ein weiteres besoldetes Amt ausübt (§ 8 Abs. 1 S. 2), den hauptberuflichen Notar und den Anwaltsnotar unterschiedlich behandelt: Beim hauptberuflichen Notar kann in diesem Falle nur ein Verwalter, beim Anwaltsnotar nur ein Vertreter bestellt werden, so dass dem letzteren und nur ihm die wirtschaftliche Nutznießung aus dem Amt des Notars neben den Einkünften aus seinem besoldeten Amt verbleibt. Die darin liegende Ungleichbehandlung kann, wie *Wilke* überzeugend darstellt, nicht hingenommen werden. Wie sich die verfassungswidrige Rechtslage im Einzelnen auswirkt und wie sie gesetzgeberisch zu beheben ist, bleibt eine offene Frage, die vom Gesetzgeber alsbald beantwortet werden sollte.

Aus der Fülle der weiteren umfangreichen und überzeugenden Erläuterungen *Wilkes* zum Rechtsinstitut des Notariatsverwalters dürfen wegen ihrer Aktualität seine Anmerkungen zu § 61 Abs. 1 S. 4 besonders angesprochen werden: Seit dem Inkrafttreten der BNotO-Novelle 1998 haftet die Notarkammer für alle Amtspflichten eines Notariatsverwalters nur noch bis zum Betrag der Mindestversicherungssummen der Basisversicherung nach § 19a und der Gruppenanschluss- und Vertrauensschadenversicherung nach § 67 Abs. 3 Nr. 3. Hierzu meint *Wilke*, sei eine teleologische Reduktion in dem Sinne angebracht, dass sich die Notarkammer auf die Mindestversicherungssummen nur berufen könne, wenn sie ihren eigenen Versicherungsschutz auf diese Summen beschränkt habe; anderenfalls müsse sie die übersteigenden Versicherungssummen herauszahlen. Diese Auslegung erscheint nachvollziehbar, ist aber mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes und mit der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht vereinbar. Das sollte aber die Notarkammer im Einzelfall nicht hindern, verfügbare Versicherungsbeträge auch ohne rechtliche Verpflichtung dem Geschädigten ganz oder teilweise zur Verfügung zu stellen.

Die umfangreiche Kommentierung des Zweiten Teils der BNotO, der die Notarkammern und die BNotK betrifft, hat *Hartmann* fast vollständig übernommen. Er kann dabei auf seine wissenschaftlichen Beiträge zu diesem Thema zurückgreifen und schöpft zugleich aus seiner berufspolitischen Beteiligung am Werdegang der gesetzlichen Neuregelung. Ihm gelingt dadurch eine nahezu monographische, in ihren Grundlinien und ihren Details überzeugende Darstellung. Interessant erscheinen dabei insbesondere die Erläuterungen zu den Aufgaben der Notarkammer, die durch die BNotO-Novelle erhebliche

Ergänzungen und Erweiterungen erfahren haben. Durch den in § 67 neu eingefügten Absatz 2 wurde die Zuständigkeit der Notarkammer zum Erlass von Richtlinien begründet, die die Amtspflichten und sonstigen Pflichten ihrer Mitglieder im Rahmen der höherrangigen Gesetze und Verordnungen näher bestimmen. *Hartmann* macht überzeugend deutlich, dass es sich dabei um einen Akt der Rechtsetzung durch Satzung im Rahmen gesetzlicher Zuweisung und auf der Grundlage einer demokratischen Legitimation handelt, so dass keine Bedenken mehr gegen die Qualifikation der Richtlinien als Rechtsnormen bestehen. Bemerkenswert erscheinen auch seine Ausführungen zu dem neu eingefügten Absatz 6 des § 67, der eine Generalklausel für den Aufgabenbereich der Notarkammer darstellt und ihn auf alle Vorgänge ausdehnt, die ihrem Zweck entsprechen. Die praktische Bedeutung wird deutlich an dem Hinweis, dass früher streitig gewordene Fragen, wie etwa der Beitritt der Notarkammer zum Vertrauensschadensfonds oder zum Deutschen Notarinstitut durch die Generalklausel des Absatz 6 vermieden worden wären, und dass sich künftig neu auftretende Aufgaben mit Hilfe dieser Generalklausel lösen lassen. Bei der BNotK ergeben sich, wie *Hartmann* aufzeigt, vergleichbare Vorzüge durch die bei der Novellierung neu eingefügte Generalklausel des § 78 Abs. 2, wonach die BNotK weitere, dem Zweck ihrer Errichtung entsprechende Aufgaben wahrnehmen kann.

Bei seinen Erläuterungen zur Dienstaufsicht über die Notare (§§ 92–94 BNotO) greift *Baumann* die von ihm zu § 9 BNotO behandelten Probleme interprofessioneller überörtlicher Berufsverbindungen von Anwaltsnotaren noch einmal auf. Zuständig für die Aufsichtsmaßnahmen sind nach seiner Meinung alle Aufsichtsbehörden, in deren Bezirken sich Geschäftsräume der überörtlichen Berufsverbindung befinden. Besondere Aufsichtsprobleme treten, wie er zu Recht betont, bei bundesländerübergreifenden überörtlichen Berufsverbindungen auf, weil hier eine einheitliche Dienstaufsicht nur über eine zeit- und kostenaufwendige Amtshilfe erfolgen kann. Besonderes Gewicht ist seiner Meinung nach auf die erheblich verschärften Mitwirkungsverbote gemäß § 3 BeurkG zu legen, deren Beachtung die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars schützen soll. Dem kommt gesteigerte Bedeutung bei den so genannten „Großsozietäten“ zu, weil hier die Umgehungsmöglichkeiten erleichtert und die Aufsichtsmaßnahmen erschwert sind. Dem ist, wie *Baumann* überzeugend darstellt, durch erhöhte Pflichten aller verbundenen Personen zur Erteilung von Auskünften und Vorlage von Akten Rechnung zu tragen.

In seinen Erläuterungen zu den §§ 95–97 BNotO gibt *Stockebrand* eine grundlegende, auf seine langjährigen berufsrechtlichen Erfahrungen gegründete Darstellung des Disziplinarrechts der Notare. Er stellt heraus, dass es sich um einen Teil des öffentlichen Dienstrechts handelt, das dem Interesse der Öffentlichkeit an der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes durch pflichtgemäße Aufgabenerfüllung der Amtsträger dient, diesen Zweck aber nicht durch Strafen, sondern durch Erziehungs- und Reinigungsmaßnahmen verwirklicht und zugleich den von diesen Maßnahmen Betroffenen durch die förmliche Ausgestaltung des Disziplinarverfahrens gegen ungerechtfertigte Maßnahmen schützt. Da die Notare als Teil der Freiwilligen Gerichtsbarkeit einen staatlich gebundenen Beruf mit Nähe zum öffentlichen Dienst ausüben, unterwirft die BNotO die Notare dem beamtenähnlichen Disziplinarrecht. Die im Gesetz offen gelassene Frage nach den Amtspflichten, deren Verletzung Gegenstand eines Disziplinarverfahrens sein kann, beantwortet *Stockebrand* in einer detaillierten und kritischen Darstellung, insbesondere auch der Bagatelverfehlungen und der außerberuflichen Verfehlungen. Für die Praxis wertvoll sind auch seine Erläuterungen zu den Disziplinarvorschriften der Länder, auf die § 96 BNotO wegen der Disziplinarverfahren gegen Notare verweist.

In seinen Erläuterungen zu § 110 BNotO, der Regel, ob die Verfehlung eines Anwaltsnotars im notargerichtlichen Disziplinar-

verfahren oder im anwaltsgerichtlichen Verfahren für Rechtsanwälte zu entscheiden ist, weist *Stockebrand* zu Recht darauf hin, dass dem Anwaltsnotar nach der Neuregelung gestattet ist, nebeneinander auch die Berufe des Patentanwalts, des Steuerberaters, des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers auszuüben, und dass der Gesetzgeber es versäumt hat, in entsprechender Weise die sich daraus ergebenden Kompetenzkonflikte in § 110 BNotO zu regeln. Er empfiehlt, diese planwidrige Lücke durch Analogie zu schließen, und gibt dazu eine eingehende Begründung.

Den weiteren, das Disziplinarverfahren betreffenden Vorschriften der BNotO gibt *Starke* eine ausführliche und überzeugende, auf seine umfangreichen berufs- und standesrechtlichen Erfahrungen gegründete Darstellung.

Wer bei der Lektüre des Kommentars zum Vierten Teil der BNotO mit der Überschrift „Übergangs- und Schlussbestimmungen“ vordringt und dort auf die Erläuterungen zu § 111 stößt, gerät aus mehrfachen Gründen ins Staunen: Unter dem Titel „Anfechtung von Verwaltungsakten nach der BNotO“ findet er zu diesem Thema eine von *Custodis* verfasste, bewundernswerte monographische Darstellung, ein ganzes Lehrbuch des Verfahrensrechts. Er überzeugt sich alsbald durch die Lektüre, dass dieser Aufwand nicht unangemessen ist, sondern der Thematik entspricht, die aber vom Gesetzgeber zu Unrecht in die „Übergangs- und Schlussbestimmungen“ verbannt worden ist. Der Leser erfreut sich an der ausgefeilten, subtilen Darstellung der Problematik des ganzen Systems der Anfechtung von Verwaltungsakten nach der BNotO, auch an der Genauigkeit und Dichte der Sprache, mit der ihm der Stoff dargeboten wird.

Ein weiteres „Gesetz innerhalb des Gesetzes“ findet man, wie *Wilke* zu Recht bemerkt, in dem von ihm kommentierten § 113 BNotO, der umfassend die Einrichtung und die Aufgaben, die Organe und die Finanzierung der Bayerischen Notarkasse regelt. Entsprechendes gilt für § 113a, welcher der Ländernotarkasse in Leipzig, die nach dem Vorbild der Notarkasse in München aufgebaut wurde, eine entsprechende Grundlage in der BNotO gibt. Aus seiner Vertrautheit mit den Besonderheiten des Notarkassensystems liefert *Wilke* eine sehr eingehende und umfassende Darstellung zum Sinn und Zweck der Notarkassen, zu ihrer Organisationsstruktur, zu ihrem Tätigkeitsbereich, ihren Aufgaben und ihren Rechtsverhältnissen zu den Notaren und zur Staatsaufsicht. Die Lektüre kann auch dem Leser empfohlen werden, dem der räumliche Bezug zum Geltungsbereich der Notarkassensysteme fehlt. Interessant für die Notarkammern außerhalb der Tätigkeitsbereiche der beiden Notarkassen sind auch die Erläuterungen zu dem neu eingefügten § 113b, mit dem der Gesetzgeber ihnen die Möglichkeit verschaffen will, nach dem Vorbild der Notarkassen Amtsinhaber neu besetzter Notarstellen finanziell zu unterstützen.

Zu der in denselben Band einbezogenen Kommentierung des BeurkG gibt *Eylmann* eine Einleitung, in der er das den Notaren übertragene Beurkundungswesen der vorsorgenden Rechtspflege zuordnet, die er in Anlehnung an frühere Begriffsbestimmungen als staatliche Tätigkeiten definiert, die das Ziel haben, private Rechtsverhältnisse so zu gestalten, dass die schutzwürdigen Interessen des Einzelnen gefördert und gegen zukünftige Verletzungen gesichert werden mit dem Ziel, auf diese Weise der Gerechtigkeit und dem Rechtsfrieden zu dienen. Grundlage des Beurkundungswesens sind, wie er darstellt, materielle und formelle Formvorschriften, die bestimmte Erklärungen einem Formzwang und damit den Zwecken der Formvorschriften unterwerfen, die *Eylmann* als Warnfunktion, Beweisfunktion und Beratungsfunktion bezeichnet. Rechtsquellen, die für das öffentliche Beurkundungswesen gelten, werden in einer Übersicht dargestellt.

Mit den Erläuterungen zu den §§ 1, 2, §§ 8–16 und §§ 36–54 des BeurkG hat *Limmer* die Bearbeitung des größten Teils des Kommentars zu diesem Gesetz übernommen. Er liefert eine ausführliche, zugleich aber konzentrierte und insgesamt bewundernswerte Darstellung der von ihm behandelten Sachge-

biete, an der wiederum die Vorteile deutlich werden, die sich aus der äußeren und inneren Verbindung der Kommentierung des BeurkG mit der BNotO in einem Bande ergeben.

Ein Beispiel hierfür bieten schon die Erläuterungen zu § 1 BeurkG, in denen die Gelegenheit wahrgenommen wird, in vielfältiger Weise sachliche und begriffliche Abgrenzungen, auch im Verhältnis zum Geltungsbereich der BNotO vorzunehmen. Ein weiteres Beispiel ist die gesetzliche Regelung des notariellen Verwahrungsverfahrens, die der Gesetzgeber bei der Neuordnung in das BeurkG und nicht in die BNotO aufgenommen hat. Bemerkenswert sind auch Hinweise auf die unterschiedliche Verwendung des Begriffs der „Beurkundung“ der BNotO und im BeurkG.

Theoretische Genauigkeit und praktischer Nutzen erweisen sich bei der Kommentierung des § 2 BeurkG vor allem in den Ausführungen zur Internationalen Zuständigkeit, insbesondere zur Vornahme von Beurkundungen im Ausland, zur grenzüberschreitenden notariellen Amtshilfe gemäß dem neuen § 11a BNotO und zu der internationalprivatrechtlichen Frage, inwieweit auch ein ausländischer Notar die vorgeschriebene inländische Form der notariellen Beurkundung erfüllen kann, weil seine Beurkundung als der inländischen gleichwertig zu erachten ist (Rn. 16).

Zu § 8 BeurkG gibt *Limmer* eine ausführliche, gleichwohl konzentrierte und interessante Darstellung der Schutzzwecke, die mit der notariellen Verhandlung bei der Beurkundung von Willenserklärungen verfolgt und mit den Begriffen „Beweissicherung“, „Überlegungssicherung bzw. Warnfunktion“ und „interessengerechte Vertragsgestaltung“ gekennzeichnet werden. Auch hierbei und bei der Kommentierung der folgenden Vorschriften des BeurkG erweisen sich die vielfältigen Vorteile der Kommentierung aus einem Guss zusammen mit der BNotO.

Davon profitieren ersichtlich auch die Erläuterungen von *Frenz* zu den §§ 17–21 BeurkG, insbesondere zum § 17, den er mit gutem Grund als „Kernstück des Gesetzes“ bezeichnet. Diese Vorschrift, die nur für die Beurkundung von Willenserklärungen gilt, ist, wie er darstellt, die Grundlage dafür, dass Formvorschriften des materiellen Rechts die notarielle Beurkundung als Wirksamkeitsvoraussetzung erfordern. Er sagt zu Recht: „Der Pflichtenkatalog des § 17 beschreibt in wenigen Worten die sachliche Grundlage für die obligatorische Mitwirkung von Notaren an bestimmten Rechtsgeschäften“. Bei seiner eingehenden Kommentierung kann *Frenz* weitgehend auf seine Erläuterungen zu § 1 BNotO zurückgreifen. Er vertieft sie durch systematische Darstellung und durch Rückgriff auf die aktuelle Rechtsprechung des BGH, insbesondere auch zur Fürsorgepflicht des Notars gegenüber unerfahrenen und ungewandten Beteiligten, die in Grenzfällen der allgemeinen Unparteilichkeitspflicht vorgeht.

Scharfsinnige und teilweise kritische Ausführungen finden sich in den Ausführungen von *Frenz* zu § 17 Abs. 2a, der neu in das Gesetz aufgenommen wurde und die Notare dazu anhalten will, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die notwendige Belehrung der formell und materiell Beteiligten sichergestellt ist. Berechtigt erscheint seine Kritik an den Richtlinien-Empfehlungen der BNotK, die demselben Zweck dienen, aber durch die wiederkehrende Verwendung des Begriffs „systematisch“ den Eindruck vermitteln könnten, als sei nur eine wiederholte Gestaltungsverfehlung eines Notars unzulässig, während in Wirklichkeit schon die pflichtwidrige Gestaltung des Beurkundungsverfahrens im Einzelfall amtspflichtwidrig ist. Das „systematische“ Verhalten liefert nur ein hohes Maß an Offenbarkeit der Verfehlungen. Nützlich für die tägliche Praxis ist die Darstellung von typischen Fällen, bei denen fehlerhafte Gestaltungen des Beurkundungsverfahrens in Betracht kommen, ins-

besondere bei Verhandlungen mit Bevollmächtigten, zu denen auch Mitarbeiter des Notars gehören können, bei der Aufspaltung der Beurkundung in Angebot und Annahme und bei der gleichzeitigen Beurkundung mehrerer Niederschriften.

Zu den §§ 22–35 BeurkG, die die Beurkundung von Willenserklärungen unter Beteiligung behinderter Personen und Besonderheiten für Verfügungen von Todes wegen betreffen, gibt *Baumann* eine ausführliche und präzise Gesamtdarstellung. Beizutreten ist seiner Kritik am Gesetzgeber, der es versäumt hat, die Pflicht zur Herausgabe widerrufenen Erbverträge sinnvoll zu regeln. Nach wie vor können also Urschriften von Erbverträgen den Beteiligten auch nach einem Widerruf nicht ausgehändigt werden, sondern müssen – sogar gegen den ausdrücklichen Willen aller Vertragspartner – nach deren Tod mitgeteilt werden. *Baumann* sieht darin eine elementare Verletzung der durch Art. 6 GG geschützten Rechtsgüter und hält deshalb eine Novellierung des § 36 BeurkG für geboten.

Mit seinen Erläuterungen zu den §§ 36–54 BeurkG liefert *Limmer* auf 74 Seiten eine sehr umfassende und genaue Darstellung der Vorschriften über „Sonstige Beurkundungen“. Er erweitert und vollendet damit seine Kommentierung der Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen zu einer Gesamtschau, die auch die Beurkundung von anderen Erklärungen als Willenserklärungen sowie sonstigen Tatsachen oder Vorgängen mit einbezieht.

Mit spürbarem Engagement widmet sich *Eylmann* der Kommentierung der in § 3 BeurkG und § 16 BNotO enthaltenen Verbote der Mitwirkung als Notar an Beurkundungen und allen sonstigen Amtsgeschäften. Diese Mitwirkungsverbote, die im Interesse einer geordneten Rechtspflege schon den Anschein einer Gefährdung der Unabhängigkeit vermeiden sollen, treffen, worauf *Eylmann* hinweist, vor allem das Anwaltsnotariat. Sie sind wegen der erweiterten Zulassung nebenberuflicher Tätigkeiten und Berufsverbindungen des Anwaltsnotars erheblich erweitert und verschärft worden. An diesen rechtspolitischen Vorgängen war *Eylmann* als Beobachter und Mitgestalter beteiligt. Diese Vorbefassung kommt seinen interessanten und ausführlichen Erläuterungen zugute. Er definiert den in § 3 durchgängig benutzten Begriff der „Angelegenheit“ als „Rechtsache“, stellt klar, dass es bei der Beteiligung an einer Angelegenheit auf die unmittelbare Sachbeteiligung nach materiellem Recht ankommt und erläutert dies an einer Fülle von Einzelfällen.

Er liefert eine umfassende und genaue Darstellung der einzelnen, in § 3 statuierten Mitwirkungsverbote und legt dabei besonderes Gewicht auf das Mitwirkungsverbot des § 3 Abs. 1 Nr. 7, das darauf zielt, notarielle und außernotarielle Tätigkeiten strikt zu trennen, und deshalb von herausragender Bedeutung für das Anwaltsnotariat ist. Er verweist auf die Vorschriften, die die Beachtung dieser Mitwirkungsverbote sichern sollen. Wenn er unterstellt, die Autoren, die die Anwendbarkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 7 auf hauptberufliche Notare verneinen, wollten „damit contra legem ein Sonderrecht für Nur-Notare begründen“, lässt er von den zwei Seelen in der Brust des Anwaltsnotars die anwaltliche dominant werden. Der Leser, der die hohe Qualität seiner Gesamtdarstellung erkennt, wird ihm dies nachsehen.

Die Gesamtschau des Kommentars erfüllt alle Hoffnungen, mit denen der Leser das Buch zur Hand genommen hat. Sie führt zu der Überzeugung, dass es eines weiteren Kommentars bedurfte, vor allem eines solchen, der das gesamte Notarrecht als Einheit darstellt und dessen Kommentierung bereichert, ohne den hohen Wert der Standardkommentare zu mindern, zu denen er in Konkurrenz tritt.

Notar a.D. Dr. Gustav Römer, Wuppertal