

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5 Köln 1

Nr. 4

MittRhNotK

April 1984

## Schiedsverträge und Schiedsklauseln in der notariellen Praxis, insbesondere bei letztwilligen Verfügungen

(von Notarassessor Utz Walter, Niederkassel)

- I. Begriff des Schiedsgerichts
- II. Vor- und Nachteile des Schiedsverfahrens
  - 1. Der Zeitfaktor
  - 2. Der Kostenfaktor
  - 3. Geheimhaltung
  - 4. Auswahl und Qualität der Schiedsrichter
  - 5. Schlichtungswirkung
  - 6. Internationale Rechtsstreitigkeit
- III. Vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte
  - 1. Zulässigkeit des Schiedsvertrages
  - 2. Bestimmtheit des Schiedsvertrages
  - 3. Form des Schiedsvertrages
    - a) Ausdrücklichkeit
    - b) Vollständigkeit
    - c) Schriftform
    - d) Besondere Urkunde
    - e) Beurkundungsrechtliche Einzelfragen
      - aa) Ersetzung der Form durch notarielle Beurkundung
      - bb) Erstreckung der notwendigen Beurkundungsform vom Hauptvertrag auf den Schiedsvertrag
    - f) Heilung mangelhafter Schiedsvereinbarungen
  - 4. Form der Schiedsverträge zwischen Vollkaufleuten
  - 5. Besonderer Nichtigkeitsgrund des § 1025 Abs. 2 ZPO
  - 6. Wirkung der Schiedsvereinbarung gegenüber Dritten
    - a) Gesamtrechtsnachfolge
    - b) Einzelrechtsnachfolge
- IV. Schiedsklauseln in Satzungen
  - 1. Begriff
  - 2. Keine satzungsmäßigen Schiedsklauseln bei der OHG und KG
  - 3. Nur statutarische Bindung
  - 4. Problem der unechten Satzungsbestandteile
- V. Letztwillig angeordnete Schiedsgerichte
  - 1. Zulässigkeit, Erbrechtliche Einordnung
  - 2. Formvorschriften
  - 3. Zweckmäßigkeit
  - 4. Die sachlichen Grenzen des Schiedsverfahrens
  - 5. Die persönlichen Grenzen des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter
  - 6. Grenzziehung zwischen Schiedsspruch und Schiedsgutachten
  - 7. Inhalt einer letztwilligen Schiedsklausel
- VI. Zusammenfassung

### I. Begriff des Schiedsgerichts

In den §§ 1025 ff. ZPO ist das Verfahren der durch Rechtsgeschäft bestellten Schiedsgerichte geregelt. Die Vorschriften des 10. Buches der ZPO gelten also nur für Schiedsverträge und letztwillig oder satzungsmäßig angeordnete Schiedsklauseln, nicht aber für Schiedsgerichte, die durch Gesetz, Verordnung oder öffentlich-rechtliche Satzung eingesetzt sind. Für das schiedsgerichtliche Verfahren auf arbeitsrechtlichem Gebiet sind in den §§ 101–110 ArbGG eigenständige Regelungen enthalten. Besonders ausgestaltet ist das zwischenstaatliche Schiedsverfahrensrecht. Es ist in § 1044 ZPO und einer Reihe von Staatsverträgen geregelt.

Die Eigenart des Schiedsverfahrens besteht darin, die Organe der Justizhoheit durch freigewählte Privatpersonen als Schiedsrichter zu ersetzen und damit die staatliche Rechtspflege auszuschalten<sup>1</sup>. Nach dem Grundgesetz ist ein solches Verfahren zulässig<sup>2</sup> und wird auch in fast allen anderen Kulturstaaten geduldet, soweit ihm nicht unverletzliche öffentliche Belange entgegenstehen. Zu den öffentlichen Belangen gehört namentlich die Zwangsvollstreckung des Schiedsspruches. Das Schiedsgericht kann selbst seiner Entscheidung keine Vollstreckbarkeit verleihen, diese wird vielmehr vom Staatsgericht ausgesprochen. Dabei unterliegt das Schiedsverfahren in gewissem Umfang einer Nachprüfung. Im übrigen begnügt sich der Gesetzgeber damit, ein einigermaßen ordnungsgemäßes Verfahren zu sichern.

1 Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann (B/L/A/H), 38. Aufl. 1980, Grundz. § 1025 ZPO. Anm. 2

2 Stober, Staatsgerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1979, 2001; BGHZ 65, 59, 61 m.w.N.

Vom Schiedsverfahren zu unterscheiden ist das *Schiedsgutachtenverfahren*<sup>3</sup>. Bei ihm handelt es sich nicht um die Entscheidung eines Rechtsstreites anstelle des staatlichen Gerichts, sondern nur um die Feststellung von Tatsachen, die für die Entscheidung eines Rechtsstreits erheblich sind. Der Schiedsgutachter kann die Aufgabe haben, den Vertragswillen der Parteien nach billigem Ermessen zu ergänzen, ihn den veränderten Umständen anzupassen (z. B. bei Dauerschuldverhältnissen), oder er kann die Aufgabe haben, einen Vertragsinhalt klarzustellen oder für die Bestimmung des Inhalts und die Entscheidung des Streites die dafür erforderlichen Unterlagen heranzuschaffen und die Tatsachen für die Vertragspartner bindend festzustellen<sup>4</sup>. Aufgabe eines Schiedsgutachters kann es aber auch sein, die Tatsachen unter gewisse Rechtsbegriffe einzuordnen, etwa unter den Begriff des Verschuldens<sup>5</sup> oder unter den des ursächlichen Zusammenhangs zwischen schädigendem Ereignis und Schaden<sup>6</sup>.

Im deutschen Recht ist der Unterschied zwischen dem Schiedsverfahren und dem Schiedsgutachterverfahren nach der Konzeption des Gesetzes erheblich, während die üblichen Schieds- und Schiedsgutachteranordnungen der Verbände für beide Verfahren weitgehend angeglichen sind<sup>7</sup>. Glossner<sup>8</sup> bezeichnet das Schiedsgutachterverfahren treffend als ein Stiefkind des Gesetzgebers. Während dem Schiedsgerichtsverfahren ein ganzes Buch der ZPO gewidmet ist, findet sich für das Schiedsgutachterverfahren nicht ein einziger Paragraph. Rechtsprechung und Literatur haben es bisher auch abgelehnt, auf das Schiedsgutachterverfahren die Vorschriften des 10. Buches der ZPO anzuwenden. Sie wenden vielmehr auf das Schiedsgutachterverfahren die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches über die »Abrede der Bestimmung der Leistung durch Dritte« in den §§ 317–319 BGB als allein maßgeblich an<sup>9</sup>. Das bedeutet, die durch Schiedsgutachten getroffene Bestimmung ist nicht verbindlich bei offenkundiger Unrichtigkeit (§ 319 I 1 BGB) und erfolgt dann durch Urteil (§ 319 II BGB). Die Rüge der Unzulässigkeit der Klage gibt der Schiedsgutachtenvertrag nicht<sup>10</sup>; er begründet auch nicht die Unzulässigkeit des Rechtsweges. Die Wirkung im Prozeß besteht darin, daß das Gericht die einem Schiedsgutachten zu unterbreitenden Tatsachen nicht feststellen darf und die Klage als derzeit unbegründet abweisen muß<sup>11</sup>. Auf diese Weise schließt der Schiedsgutachtenvertrag zumindest vorübergehend den Prozeßweg aus. Im übrigen liefert das Gutachten die Grundlage und die Tatsachen, die für die Entstehung und Höhe der privatrechtlichen Pflichten der Parteien maßgebend sind und insoweit auch das Staatsgericht binden, wenn kein Fall der Unbilligkeit nach § 319 I BGB vorliegt. Ein Unterschied zum Schiedsvertrag zeigt sich auch darin, daß Schiedsgutachtenverträge im Arbeitsrecht zulässig sind<sup>12</sup>.

Für die Abgrenzung zwischen schiedsgutachterlicher und schiedsrichterlicher Tätigkeit ist allein maßgebend der jeweils im Vertrag zum Ausdruck kommende Parteiwille. Bei der Auslegung des Vertrages werden allerdings die von den Parteien verwendeten Begriffe, wie Gutachter, Sachverständiger, Schiedsstelle, Schiedsrichter usw., kaum hilfreich sein. Ein Schiedsvertrag im Sinne von § 1025 ff. ZPO liegt vor, wenn ein Dritter nach dem Willen der Parteien *anstelle* des staatlichen Gerichts entscheiden soll. Der klaren Formulierung eines solchen Parteiwillens und natürlich auch der Erforschung eines etwa dahin gehenden Parteiwillens kommt deshalb überragende Bedeutung zu. Ist ein solcher Wille nicht eindeutig im Vertrag formuliert, so

wird im Zweifel nur eine streitvermeidende Entscheidung ohne den völligen Ausschluß des Rechtsweges — also ein Schiedsgutachten — gewollt sein<sup>13</sup>.

## II.

### Vor- und Nachteile des Schiedsverfahrens

Jeder, der sich entschließt, einen Streitfall einem Schiedsgericht zu übertragen statt dem ordentlichen Gericht, hat dafür bestimmte Gründe. Ob die vom einzelnen erwarteten Vorteile des Schiedsverfahrens auch wirklich eintreten, hängt vielfach vom Einzelfall ab. Hier können nur abstrahiert einige generelle Beurteilungsmaßstäbe genannt werden.

#### 1. Der Zeitfaktor

Ob das Schiedsverfahren schneller ist als ein Verfahren vor dem ordentlichen Gericht, läßt sich von vornherein nicht bestimmen. Zu viele Unwägbarkeiten des Einzelfalles nehmen darauf Einfluß.

Ein Prozeß in erster Instanz vor einem staatlichen Gericht dürfte kaum länger dauern als ein Schiedsverfahren, sofern das Gericht nicht überlastet ist und Termine nicht vertagt werden müssen. Ist eine Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches nötig, so wird das Schiedsverfahren eher länger dauern. Zeitliche Unterschiede werden sich dann ergeben, wenn das Schiedsverfahren keinen Instanzenzug vorsieht, dieser aber beim staatlichen Gericht in Anspruch genommen worden wäre<sup>14</sup>. Tatsächlich ist es jedoch so, daß auch beim staatlichen Gericht die meisten Prozesse in einer Instanz erledigt werden<sup>15</sup>. Dem Zeitvorteil infolge des Fehlens des Instanzenzuges steht das größere Risiko der Fehlentscheidung gegenüber. Im Hinblick darauf und auch wegen des Kostenrisikos sollte man im Schiedsvertrag den Schiedsrichtern auch keine Frist bestimmen, innerhalb derer sie entscheiden müssen.

Die schnelle Erledigung des Schiedsverfahrens kann jedoch auch durch die Abhängigkeit von der Person des Schiedsrichters gehemmt werden. Fällt beim ordentlichen Gericht ein Richter weg, so ist stets ein Vertreter zur Stelle. Fällt ein Schiedsrichter aus, so wird man sich ungern zu seiner Abberufung entschließen<sup>16</sup>.

#### 2. Der Kostenfaktor

Kostengünstiger ist das Schiedsverfahren gegenüber dem staatlichen Prozeßverfahren mit Sicherheit dann, wenn man sich mit einem Einzelschiedsrichter begnügt und auf die Vertretung durch Anwälte verzichtet, wobei man dabei gleichzeitig das Risiko der Fehlentscheidung erhöht. Nimmt man diese Beschränkungen nicht in Kauf, so sind die Kosten des Schiedsverfahrens häufig fast genauso hoch wie in einem durch drei Instanzen geführten Rechtsstreit vor den staatlichen Gerichten. Nur bei sehr hohen Streitwerten ist das staatliche Gerichtsverfahren wesentlich teurer. Andererseits können die Kosten des Schiedsverfahrens sich zu ungeahnten Höhen summieren, wenn wegen der Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches der staatliche Instanzenzug voll ausgeschöpft und der Schiedsspruch in diesem Verfahren aufgehoben wird mit der Folge, daß der Rechtsstreit ein drittes Mal vor den ordentlichen Gerichten, eventuell wieder durch alle Instanzen, verhandelt werden muß<sup>17</sup>.

3 BGHZ 48, 25, 30 = DNotZ 1968, 241

4 Palandt/Heinrichs, 42. Aufl. 1983, § 317 BGB, Anm. 2 b, aa—cc

5 BGH LM § 1025 ZPO Nr. 8

6 BGH WM 1975, 1043

7 Glossner, Das Schiedsgericht in der Praxis, 2. Aufl. 1978, 118, Rd.-Nr. 3

8 Glossner, 118, Rd.-Nr. 3

9 BGHZ 6, 335; Palandt/Heinrichs, § 317 BGB, Anm. 2 b, dd; MünchKomm/Söllner, § 317 BGB, Rd.-Nr. 15

10 BGHZ 9, 138, 143

11 H. M. OLG Zweibrücken NJW 1971, 943 m.w.N.; a. A. B/L/A/H, Grundz. § 1025 ZPO, Anm. 3 C

12 MünchKomm/Söllner, § 317 BGB, Anm. 14

13 Palandt/Heinrichs, § 317 BGB, Anm. 2 d; MünchKomm/Söllner, § 317, Anm. 15 m.w.N.

14 Maier, Handbuch der Schiedsgerichtsbarkeit, 1. Aufl. 1979, 35; Kohler, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, 1. Aufl. 1967, 67 ff.; weniger kritisch: Glossner, 19 (Rd.-Nr. 9); Kessler, Schiedsvertrag und Schiedsverfahren, 1. Aufl. 1970, 11 f.; Schwab, 3. Aufl. 1979, Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar, 3 (Anm. 2 d)

15 Maier, 35

16 Glossner, 19 (Rd.-Nr. 9)

17 Maier, § 5 mit einem Berechnungsbeispiel; Kohler, 74 ff.; Glossner, 18 f. (Rd.-Nr. 7)

### 3. Geheimhaltung

Bei bestimmten gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten wie Unternehmenskäufen, Lizenzverträgen usw. werden die Parteien häufig ein Interesse daran haben, den Streit im vertraulichen Einvernehmen beizulegen und nicht an die Öffentlichkeit dringen zu lassen. Hier empfiehlt sich das Schiedsverfahren, wo im Gegensatz zum staatlichen Prozeß (§ 169 GVG) die Öffentlichkeit ausgeschlossen ist<sup>18</sup>.

### 4. Auswahl und Qualität der Schiedsrichter

Die Schiedsrichter können aus Kreisen gewählt werden, die auf dem betreffenden Gebiet besonders sachkundig sind, wie etwa Spezialjuristen und Kaufleute eines bestimmten Geschäftszweiges. Eine derartige Sachkunde gewährleistet selbst die Kammer für Handelssachen nicht. Kommt es in einem Streit entscheidend auf Spezialkenntnisse an, so brauchen die Parteien den Sachverständigen nicht erst bei der Beweisaufnahme beizuziehen, sondern können ihn unmittelbar als Schiedsrichter bestellen. Der besondere Sachverstand, die Branchenkunde und die daraus folgende wirtschaftliche Betrachtungsweise des Schiedsrichters dürfte der Hauptbeweggrund für seine Ernennung sein. Der Schiedsrichter ist mit den wirtschaftlichen Problemen vertraut und wird das Verfahren und die Lösung des Streites entsprechend dem ihm zustehenden Ermessen in erster Linie an wirtschaftlichen Maßstäben orientieren. Die zeitlich schnelle Erledigung des Streites wird deshalb sein Hauptverfahrensziel sein, und er wird sich bemühen, diesem Ziel alle anderen Erwägungen, deren Berücksichtigung Zeit kosten würde, unterzuordnen. Dies gelingt dem Schiedsgerichtsvorsitzenden natürlich nur dort, wo ihm bei der Gestaltung des Schiedsverfahrens ein weitreichendes Ermessen eingeräumt ist.

Andererseits liegt in der Person des Schiedsrichters auch der am meisten beklagte Fehler der Schiedsgerichtsbarkeit. Die Schiedsgerichte beruhen oft nicht auf dem freien Willen der Parteien und bieten auch nicht immer die Gewähr einer unparteilichen Entscheidung. Angehörige wirtschaftlicher Verbände werden zum Beispiel häufig durch Verbandssatzung gezwungen, sich einem — oft ständig tätigen — Schiedsgericht zu unterwerfen, das aber andererseits nicht die staatlichen Verfahrensgarantien gewährt. Problematisch ist auch die oft fehlende Unparteilichkeit des Schiedsrichters, die darauf beruht, daß ein Parteivertreter zum Schiedsrichter bestellt ist oder dieser sich als Parteivertreter fühlt<sup>19</sup>. Andererseits wird dieses Problem gemildert durch die Bestellung eines Obmanns oder Schiedsgerichtsvorsitzenden, auf dessen Benennung die Parteien meist keinen Einfluß haben und zu dem keine besonderen Bindungen bestehen<sup>20</sup>. Die von den Parteien ernannten Beisitzer werden sich häufig weitgehend gegenseitig neutralisieren, so daß der Schiedsgerichtsvorsitzende den entscheidenden Einfluß gewinnt.

### 5. Schlichtungswirkung

Aufgrund der oben angesprochenen wirtschaftlichen Betrachtung von Rechtsstreitigkeiten sind die Parteien z. B. im Interesse der Aufrechterhaltung der alten Geschäftsbeziehungen weit weniger an rechtlichen Entscheidungen interessiert, sondern vielmehr an einer gütlichen Beilegung des Streites mit einem wirtschaftlich vernünftigen Ergebnis und der Möglichkeit weiterer Zusammenarbeit<sup>21</sup>. Im übrigen ist es selbstverständlich, daß Vergleichsbemühungen eines Schiedsgerichtes, dessen Urteil nicht anfechtbar ist, ein ganz anderes Gewicht haben, als die eines Gerichtes, dessen Entscheidung mit Rechtsmitteln angefochten werden kann<sup>22</sup>.

### 6. Internationale Rechtsstreitigkeiten

Überragende Bedeutung kommt dem Schiedsgerichtsverfahren im internationalen Wirtschaftsverkehr zu. Der international tätige Kaufmann sieht sich einem ihm unbekannten Rechtssystem gegenüber und er befürchtet vielfach — zu Recht oder zu Unrecht — die Benachteiligung von Ausländern. In diesem Falle bietet die Schiedsgerichtsbarkeit die Möglichkeit, sich auf die Gerichtsbarkeit eines bestimmten Staates zu einigen, statt sich auf die unklaren Regeln des internationalen Privatrechts zu verlassen<sup>23</sup>. Gerade in diesem Bereich ist es notwendig, im internationalen Handel erfahrene und mit den Handelsbräuchen vertraute Schiedsrichter einzusetzen, die darüber hinaus auch über die einschlägigen Sprach- und Rechtskenntnisse verfügen.

Für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit gibt es eine Vielzahl von internationalen Konventionen und Staatsverträgen neben den internationalen Handelsbräuchen, auf deren Grundlage sich mittlerweile ein festgegründetes internationales Branchenrecht entwickelt hat, das über die Ländergrenzen hinaus anerkannt und auch von den Schiedsgerichten angewandt wird<sup>24</sup>. Auf eine nähere Darlegung der Probleme der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit muß im Rahmen dieser Bearbeitung verzichtet werden.

## III.

### Vertraglich vereinbarte Schiedsgerichte

#### 1. Zulässigkeit des Schiedsvertrages

Ein Schiedsvertrag ist nur dann wirksam, wenn die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen (§ 1025 Abs. 1 ZPO). Eine Schiedsklausel ist danach zulässig bei allen vermögensrechtlichen Ansprüchen, insbesondere bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Streitigkeiten, Ansprüchen auf Auseinandersetzung und Ausschluß aus Handelsgesellschaften, auf Ausschluß aus einer Körperschaft, auf Firmenrechte und Namensrechte, soweit sie wirtschaftliche Bedeutung haben. Ein Schiedsgericht kann auch dazu berufen werden, Erbmassen aufzuteilen oder Unterhaltsansprüche zu regeln.

Das BGB enthält keine positiven Vorschriften über die Rechtsbereiche, die Gegenstand eines Vergleiches sein können. Unwirksam sind Vergleiche, wenn zwingende Rechtssätze entgegenstehen, z. B. in Ehesachen, weil insoweit den Parteien keine Verfügungsgewalt über den Streitgegenstand zusteht. Auch können Parteien sich nicht über notwendige gerichtliche Genehmigungen, wie z. B. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, vergleichen. Gemäß § 1025a ZPO ist ein Schiedsvertrag auch über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen, unwirksam. Einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung können Schiedsgerichte nach herrschender Ansicht ebenfalls nicht erlassen<sup>25</sup>. Andererseits kann nach herrschender Meinung über den Bestand eines formnichtigen schuldrechtlichen Vertrages durch Vergleich verfügt werden, ebenso wie über den Bestand eines gesetzes- oder sittenwidrigen Rechtsverhältnisses (§§ 134, 138 BGB). In diesen Fällen sind daher Schiedsabsreden ohne weiteres möglich<sup>26</sup>.

Die den Schiedsvertrag abschließenden Parteien müssen ferner über den Gegenstand des Hauptvertrages verfügen können. Dazu gehört die Geschäftsfähigkeit. Vertretung ist zulässig, jedoch reicht eine Prozeßvollmacht nach § 81 ZPO nicht aus, die nur zum Abschluß eines Schiedsvertrages ermäch-

18 Kohler, 79; Maier, 36; kritisch Glossner, 20 (Rd.-Nr. 12)

19 B/L/A/H. Grundz. § 1025 ZPO, Anm. 1 B; Schwab, 4; Kohler 82 ff.; Maier, 37

20 Kohler, 83 f.; Maier, 37 (Rd.-Nr. 5)

21 Maier, 36; Kohler, 98 ff.

22 Vgl. Maier, § 13 mit einer näheren Darstellung der Vergleichsproblematik

23 Glossner, 20 f. (Rd.-Nr. 13)

24 Glossner, 21 (Rd.-Nr. 14); siehe auch Kohler, 117 ff.; Maier, 451 ff.

25 Glossner, Rd.-Nr. 46 m. w. N.

26 BGH MDR 1970, 501; Schwab, 24; Maier, Rd.-Nr. 24

tigt<sup>27</sup>. Einer besonderen Bevollmächtigung bedarf auch der Vormund, wenn der Wert des Vertragsgegenstandes 300,— DM übersteigt (§ 1822 Nr. 12 BGB). Wurde der Schiedsvertrag vor Konkursöffnung geschlossen, so ist der Konkursverwalter daran gebunden. Nach Konkursöffnung kann der Gemeinschuldner dagegen keine den Konkursverwalter bindenden Schiedsverträge eingehen<sup>28</sup>.

## 2. Bestimmtheit des Schiedsvertrages

Gemäß § 1026 ZPO muß sich der Schiedsvertrag auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis beziehen. Dementsprechend ist es unzulässig, einen Schiedsvertrag für alle Streitigkeiten aus einer Geschäftsverbindung oder für alle überhaupt denkbaren Streitigkeiten zwischen den Parteien abzuschließen. Das zur Entscheidung gestellte Rechtsverhältnis muß auf eine individuelle oder individualisierbare Grundlage zurückgeführt werden können, also einen bestimmten Vertrag oder ein bestimmtes Ereignis, aus dem ein Rechtsverhältnis entsteht.

Die im Schiedsvertrag notwendige Eingrenzung der Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ist z. B. für ausreichend angesehen worden bei einer Begrenzung auf bestimmte Geschäftsarten innerhalb einer Geschäftsverbindung<sup>29</sup> oder auch bei einer Vielzahl von Einzelgeschäften, deren Grundlage ein Rahmenvertrag bildete<sup>30</sup>. Ausreichend bestimmt ist ferner eine Klausel, die sich auf die „aus der Erbauseinandersetzung“ ergebenden Rechtsbeziehungen bezieht<sup>31</sup>.

## 3. Form des Schiedsvertrages

Zum Schutze von Geschäftsunkundigen und zum Schutz vor Überrumpelungen durch Schiedsabreden hat der Gesetzgeber für den Schiedsvertrag eine besondere Form in § 1027 Abs. 1 ZPO vorgeschrieben:

- Die Schiedsabrede muß „ausdrücklich“ geschlossen werden und „vollständig“ sein.
- Die Schiedsabrede muß „schriftlich“ vereinbart werden.
- Die Urkunde darf „keine anderen Vereinbarungen“ enthalten als solche, die sich auf die Schiedsabrede und das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen.

### a) Ausdrücklichkeit

Wie bereits bei der Abgrenzung zum Schiedsgutachtenvertrag angesprochen, muß sich aus dem Schiedsvertrag zweifelsfrei ergeben, daß die Streitentscheidung durch das ordentliche Gericht ausgeschlossen und ein eventueller Rechtsstreit einem Schiedsgericht übertragen werden soll. Die Verwendung der Worte „Schiedsvertrag“ oder „Schiedsklausel“ ist nicht vorgeschrieben, aber zur Klarstellung empfehlenswert. Vorstehend wurde bereits darauf hingewiesen, daß notwendiger Inhalt einer solchen Vereinbarung sein muß ein eindeutiger Ausschluß des Rechtsweges zu den staatlichen Gerichten und die Zuweisung der Entscheidung an das private Schiedsgericht. Die Parteien können auch auf eine bestehende Schiedsgerichtsordnung Bezug nehmen<sup>32</sup>. Die Verweisung selbst sollte dann aber auch erkennen lassen, daß eine Entscheidung „durch Schiedsrichter“ gewollt ist. Eine Formulierung könnte etwa lauten:

„Die sich aus dem (nähere Bezeichnung des Hauptvertrages) ergebenden Streitigkeiten werden unter Ausschluß des staatlichen Rechtsweges nach der Schiedsgerichtsordnung des . . . entschieden.“

Nicht genügend wäre folgende Formulierung:

„. . . Streitigkeiten sollen nach Maßgabe der Satzung des X-Verbandes entschieden werden.“

Ausreichend wäre hingegen, wenn hinzugefügt würde:

„. . . Streitigkeiten sollen durch ein Schiedsgericht nach Maßgabe des § 6 der Satzung des X-Verbandes entschieden werden.“

Die Notwendigkeit, im Rahmen der Bezugnahme eindeutig auf ein Schiedsgericht hinzuweisen, ergibt sich aus dem Schutzzweck der Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO. Zweck der Regelung ist es in erster Linie, den Erklärenden vor vertraglichen Bindungen zu warnen, deren weitreichende Bedeutung er möglicherweise nicht erkennt<sup>33</sup>; gleichzeitig dient diese Vorschrift aber auch der Klarstellung des Parteiwillens, der Beweisbarkeit und damit der Rechtssicherheit<sup>34</sup>.

### b) Vollständigkeit

Das OLG Stuttgart hat in einer älteren Entscheidung<sup>35</sup> die Auffassung vertreten, die Gefahr für die Partei liege weniger im Schiedsvertrag selbst, als vielmehr in den Ausführungsbestimmungen, insbesondere über die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes und die Ernennung der Schiedsrichter; insoweit besonders belastende Bestimmungen müßten wenigstens im wesentlichen aufgenommen werden. Der vom OLG Stuttgart angesprochene Gedanke der Vollständigkeit des Schiedsvertrages, also der Notwendigkeit, sich gleichzeitig über das Verfahren vor dem Schiedsgericht zu verständigen und dabei alle wesentlichen Verfahrensvorschriften in die Urkunde aufzunehmen, hat in den §§ 1025 ff. ZPO keinen ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Wegen der ergänzend eingreifenden gesetzlichen Bestimmungen über das schiedsgerichtliche Verfahren reicht es aus, wenn die Parteien vereinbaren, „die sich aus dem (näher bezeichneten Hauptvertrag) ergebenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht unter Ausschluß des staatlichen Rechtsweges zu entscheiden“. Wie bereits erwähnt, ist in dieser verkürzten Form auch der Verweis auf eine bestimmte Schiedsgerichtsordnung zulässig.

Eine solche verkürzte Vereinbarung hat jedoch ihre rechtlichen Grenzen und ihre praktischen Nachteile. Soweit etwa im Wege der Bezugnahme auf eine andere Schiedsgerichtsordnung die nähere inhaltliche Bestimmung des Schiedsvertrages getroffen wird, ist darauf zu achten, daß diese in Bezug genommene Schiedsgerichtsordnung keine Regelungen enthält, die überraschend im Sinne des § 3 AGBG sind<sup>36</sup>.

Mündliche Nebenabreden zur inhaltlichen Ausgestaltung des Schiedsgerichtsverfahrens sind nicht möglich. Solche Nebenabreden unterliegen der Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO<sup>37</sup>. Gemäß § 125 BGB erstreckt sich das Erfordernis der Schriftform auch auf die Nebenabreden. Unwirksame mündliche Nebenabreden können nach § 139 BGB zur Nichtigkeit der ganzen Schiedsabrede führen. Um der Behauptung einer solchen Nichtigkeit durch eine Partei vorzubeugen, empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Klausel in den Schiedsvertrag, etwa wie folgt:

„Die Parteien gehen davon aus, daß die Schiedsabrede in vollem Umfang der Schriftform bedarf. Dementsprechend sind mündliche Nebenabreden nicht getroffen bzw. sind sich die Parteien darüber im klaren, daß etwaige Nebenabreden unverbindlich sind und die Gültigkeit der Schiedsabrede selbst nicht in Frage stellen“<sup>38</sup>.

Der vorgeschriebene Mindestinhalt einer Schiedsgerichtsvereinbarung und deren Ergänzung mit Hilfe der gesetzlichen Bestimmung wird jedoch in aller Regel nicht ausreichen. Mit einer solchen Minimallösung drohen den Parteien erhebliche Nachteile.

27 Schwab, 24

28 Schwytz, Schiedsklauseln und Schiedsvertrag, 9

29 BGH DB 1964, 27 (Kohleimportgeschäfte)

30 RG Warn 08, 568

31 RGZ 100, 76, 79

32 Schwab, 29; B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. B; OLG Hamm WM 1972, 984

33 RGZ 146, 366; OLG Stuttgart JW 1938, 972

34 BGH NJW 1962, 868, 869

35 JW 1938, 972; vgl. auch BGH WM 1984, 230 zur satzungsmäßigen Schiedsklausel

36 Vgl. Maier, Rd.-Nrn. 27, 58

37 B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. 1 E; Maier, Rd.-Nr. 30

38 Maier, Rd.-Nr. 30

Nach § 1028 ZPO ernannt beispielsweise jede Partei „einen“ Schiedsrichter. Das Gesetz sieht also die Ernennung eines Obmannes nicht vor. Ergibt sich zwischen den beiden Schiedsrichtern Stimmengleichheit, so dürfen sie keinen Obmann ernennen<sup>39</sup>, vielmehr tritt die Schiedsabrede gemäß § 1033 Ziff. 2 ZPO außer Kraft. Die betreibende Partei ist dann gezwungen, ihre Rechte vor dem staatlichen Richter weiterzuverfolgen mit der Folge zusätzlicher Kosten und Verzögerungen. Ein derartiges Fehlschlagen eines Schiedsvertrages und sonstige Verzögerungen lassen sich vermeiden, wenn man den Schiedsvertrag mit Sorgfalt ausarbeitet und eine Verfahrensordnung zumindest in den Grundzügen festlegt. Nur dann werden die Vorteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens zum Zuge kommen. Die Parteien sollten deshalb neben dem grundsätzlichen Ausschluß des ordentlichen Rechtsweges mindestens folgende Punkte regeln:

- die Besetzung des Schiedsgerichtes,
- die Wahl der Schiedsrichter, einschließlich einer Verfahrenslösung bei verzögerter Ernennung,
- Wegfall eines Schiedsrichters sowie dessen Ablehnung,
- die Vergütung der Schiedsrichter,
- die wesentlichen Verfahrensvorschriften, wie z. B.
  - a) die Form der Klage,
  - b) die Gewährung des rechtlichen Gehörs,
  - c) Art und Umfang der Beweisaufnahme,
  - d) die Beschlußfassung der Schiedsrichter,
  - e) die Fassung des Schiedsspruches,
  - f) die Begründung des Schiedsspruches,
  - g) die Entscheidung über die Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens,
  - h) das zuständige Staatsgericht für die von ihm und vor ihm vorzunehmenden Maßnahmen (§§ 1045, 1046 ZPO),
  - i) das Verfahren bei Aufhebung des Schiedsspruches durch ein staatliches Gericht.

#### c) Schriftform

Der Schiedsvertrag bedarf der Schriftform des § 126 BGB. Das heißt: Die Urkunde muß von den Parteien „eigenhändig“ durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichen unterzeichnet werden. Nicht genügend ist also eine mechanische oder faksimilierte Unterschrift, die Übermittlung durch Fernschreiber oder durch Telegramm. Nicht erforderlich ist, daß die Unterschriften gleichzeitig geleistet werden. Die Unterschrift muß die Urkunde räumlich abschließen. Bei mehreren gleichlautenden Urkunden reicht es aus, wenn jede Partei die für den Partner bestimmte Urkunde unterzeichnet; geschieht dies nicht in Anwesenheit des Geschäftspartners, so ist darauf zu achten, daß die Urkunde dem Partner auch zugeht<sup>40</sup>. Auf die insoweit bei der notariellen Beurkundung zu beachtenden Besonderheiten wird nachstehend noch eingegangen.

#### d) Besondere Urkunde

Die Schiedsabrede darf „keine anderen Vereinbarungen“ enthalten als solche, die sich auf das schiedsgerichtliche Verfahren beziehen (§ 1027 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz ZPO). Dieses außergewöhnliche Formerfordernis der „besonderen Urkunde“ soll verhindern, daß sich jemand bei umfangreichen Verträgen oder Geschäfts- und Lieferbedingungen einer mehr oder weniger darin versteckt gehaltenen Schiedsklausel unterwirft.

Nur bei strenger Einhaltung dieser Formvorschrift kann diese ihre Warn- und Schutzfunktion ausüben. Das bedeutet nun nicht, daß das Formerfordernis der „besonderen Urkunde“ so weit geht, daß eine Schiedsabrede nur dann gültig wäre, wenn sie auf einem eigenen, vom Hauptvertrag getrennten Blatt un-

terzeichnet wird. Es ist ausreichend, wenn die Schiedsklausel textlich vom Hauptvertrag getrennt wird und von den Parteien neben dem Hauptvertrag *noch einmal gesondert* unterzeichnet wird<sup>41</sup>.

#### e) Beurkundungsrechtliche Einzelfragen

##### aa) Ersetzung der Form durch notarielle Beurkundung?

Die notwendige Schriftform wird gemäß § 126 Abs. 3 BGB ersetzt durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Im Falle einer solchen Beurkundung genügt es, wenn die Vertragsschließenden das Protokoll unterzeichnen. Eine zusätzliche Unterzeichnung des Textes der Schiedsabrede ist nicht notwendig. Dabei ist gleichgültig, ob das Protokoll die Schiedsabrede selbst enthält oder ob gemäß § 9 Abs. 2 BeurkG die Schiedsabrede dem Protokoll als Anlage beigelegt oder auf eine Schrift Bezug genommen wird<sup>42</sup>. Die notarielle Beurkundung ist aber dann nicht ausreichend, wenn die Parteien lediglich ein *einziges* — den Hauptvertrag und die Schiedsabrede umfassendes — *Protokoll* unterzeichnen. Wie der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung aus dem Jahre 1962<sup>43</sup> klargestellt hat, muß die Schiedsabrede in ein besonderes Protokoll oder zumindest eindeutig vom Hauptvertrag getrennt aufgenommen und unterschrieben werden. Die notarielle Beurkundung sei keine höherwertige Form, die die besondere, in § 1027 Abs. 1 ZPO verlangte Urkunde zu ersetzen vermöchte. Der Bundesgerichtshof führt dabei aus, das Formerfordernis des § 1027 Abs. 1 ZPO sei nach der Fassung des Gesetzes die Regel. Die gesetzlich zugelassenen Ausnahmen — etwa für Vollkaufleute nach § 1027 Abs. 2 ZPO — seien als solche zu behandeln und dürften nicht dazu führen, die Regel mehr oder weniger auszuhöhlen. Die Vorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO diene nicht nur dem Schutz geschäftlich ungewandter Personen, sondern trage vielmehr, wie jede Formvorschrift, auch dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung und solle auch im öffentlichen Interesse die Zuständigkeitsgrenze möglichst genau abstecken. Nur durch eine besondere Urkunde werde der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, den Parteien nicht nur den Abschluß des Schiedsvertrages, sondern auch dessen Tragweite bewußt zu machen, verwirklicht werden. Ohne eine Gesetzesänderung könne auch der Richter von dieser Formvorschrift nicht abweichen. Was die notarielle Beurkundung von Hauptvertrag und Schiedsvertrag betrifft, so nimmt der BGH eindeutige Stellung: Es sei nicht recht einzusehen, warum für das notarielle Protokoll ein gegenüber dem Gesetzeserfordernis der besonderen Urkunde differenziertes Recht geschaffen werden solle, bloß weil das bequemer oder die Einhaltung der besonderen Form übersehen worden sei. Interessanterweise läßt der BGH in derselben Entscheidung die Frage dahingestellt, ob diese Grundsätze auch bei einer gerichtlichen Protokollierung gelten. Konsequenterweise müßte dies nach den vom BGH erörterten Grundsätzen zu bejahen sein.

##### bb) Erstreckung der notwendigen Beurkundungsform vom Hauptvertrag auf den Schiedsvertrag?

Die Frage, ob der im Zusammenhang mit einem kraft Gesetzes notariell zu beurkundenden Vertrag abgeschlossene Schiedsvertrag ebenfalls notariell zu beurkunden ist, ist zu verneinen. Der BGH hatte im Jahre 1977<sup>44</sup> darüber zu entscheiden, ob eine mit einem notariellen Kaufanwärttervertrag verbundene und nach § 1027 Abs. 1 ZPO formgerechte Schiedsabrede zusätzlich der Form des § 313 Satz 1 BGB bedarf. Der BGH stützt im konkreten Fall seine Entscheidung auf zwei Gründe.

Zunächst gelangt der BGH durch Auslegung dazu, daß die Parteien im Schiedsvertrag vereinbart hätten, nach ihm auch zu verfahren, wenn die Wirksamkeit des Hauptvertrages in Frage stehe. Wäre in einem solchen Falle der Hauptvertrag infolge eines Formmangels unwirksam, so dürfe diese Formunwirksamkeit nicht auf die Schiedsabrede durchschlagen, denn ande-

39 B/L/A/H, § 1028 ZPO, Anm. 2

40 BGH NJW 1962, 1388

41 H. M. BGHZ 38, 155, 163 = DNotZ 1963, 687; Schwab 31; B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. 1 D

42 BGHZ 38, 155 = NJW 1963, 203 = DNotZ 1963, 687

43 BGHZ 38, 155 = DNotZ 1963, 687

44 BGH DNotZ 1978, 151; a. A. Schönheit, Schiedsgutachten und Schiedsgutachtenvertrag in der notariellen Praxis, MittRhNotK 1959, 256, 262



renfalls würde der mit der Schiedsabrede verfolgte Parteiwille unterlaufen. Aufgrund einer solchen Verselbständigung der Schiedsabrede unterliege diese nicht der für den Hauptvertrag vorgesehenen Form. Abgesehen von dem Hinweis auf diese Besonderheit des Einzelfalles nimmt der BGH in den Gründen eindeutig Stellung und hat seine Begründung insoweit zum Leitsatz der Entscheidung erhoben. Der BGH stellt klar, daß durch die Einhaltung der in § 1027 ZPO geforderten Form dem Schutzzweck beider Formvorschriften genügt sei. Schon die Einhaltung der besonderen Form des § 1027 Abs. 1 ZPO gewährleistet, daß sich die Beteiligten nicht nur des Abschlusses des Schiedsvertrages, sondern auch dessen Tragweite bewußt würden. Der Schutz der Parteien fordere darüber hinaus nicht zusätzlich die Wahrung der Form des Hauptvertrages. Die Schutzvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO gelte für alle Schiedsverträge, und es sei kein Grund dafür ersichtlich, Schiedsverträge zur Regelung von Streitigkeiten aus beurkundungsbedürftigen Hauptverträgen anders als sonstige Schiedsverträge zu behandeln<sup>45</sup>.

Dieser eindeutigen Stellungnahme des BGH ist zuzustimmen. Der Gesetzgeber hat bewußt die außergewöhnliche Form des § 1027 Abs. 1 ZPO gewählt, um den von ihm angestrebten Schutzzweck zu erreichen. Er hat diese Formvorschrift zumindest gleichrangig neben die notarielle Beurkundungsform gestellt. Eine Verbindung beider Formvorschriften ist danach unter dem Blickwinkel des Schutzzweckes nicht gerechtfertigt. Sofern man überdies den Schiedsvertrag als Prozeßvertrag ansieht<sup>46</sup> und nicht wie der BGH als privatrechtlichen Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen<sup>47</sup>, gilt das BGB und damit § 313 Abs. 1 BGB ohnehin nicht, weil für die Form des Prozeßvertrages nur § 1027 ZPO maßgebend ist.

#### f) Heilung mangelhafter Schiedsvereinbarungen

Nach § 1027 Abs. 1 Satz 2 ZPO wird der Mangel der Form durch die Einlassung auf die schiedsgerichtliche Verhandlung zur Hauptsache geheilt. Eine solche Einlassung zur Hauptsache seitens des Schiedsklägers liegt in der Erhebung der Schiedsklage selbst und auf Seiten des Schiedsbeklagten in der Stellungnahme zur Schiedsklage. Dabei muß es sich um eine sachliche Stellungnahme handeln, der bloße Antrag auf Klageabweisung genügt nicht, auch nicht Erklärungen, die nur die Bestellung des Schiedsgerichtes zum Gegenstand haben oder Erörterungen, ob die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes gegeben sei und inwieweit sie reiche<sup>48</sup>.

Die rügelose Einlassung bewirkt die rückwirkende Heilung des Formmangels und macht dadurch den ursprünglich unwirksam geschlossenen Schiedsvertrag wirksam. Ein bisher fehlender Schiedsvertrag kommt durch die Einlassung grundsätzlich nicht zustande<sup>49</sup>. Die Heilungswirkung des § 1027 Abs. 1 Satz 2 ZPO kann sich nur auf den Formmangel beziehen, nicht jedoch die zum Abschluß eines Schiedsvertrages notwendigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Parteien ersetzen.

#### 4. Form der Schiedsverträge zwischen Vollkaufleuten

Die Formvorschriften des § 1027 Abs. 1 ZPO sind nicht anzuwenden, wenn der Schiedsvertrag für beide Teile ein Handelsgeschäft ist und keiner der Parteien Minderkaufmann im Sinne des § 4 HGB ist. Liegen die Voraussetzungen „Handelsgeschäft“ und „Vollkaufmanneigenschaft“ vor, dann bedarf es weder der Ausdrücklichkeit, noch der Schriftform, noch der besonderen Urkunde. Eine Schiedsklausel innerhalb eines anderen Vertrages, eine mündlich abgeschlossene Schiedsvereinbarung oder eine stillschweigend zustandegekommene

Schiedsabrede, etwa durch Bezugnahme auf AGB, sind unter Vollkaufleuten gültig. Die darin liegenden Gefahren, insbesondere die Nichtbeweisbarkeit der mündlich abgeschlossenen Schiedsvereinbarung, die Möglichkeit, daß der anderen Partei etwas unterschoben wird, etwa bei Bezugnahme auf AGB, sind sicherlich erheblich, jedoch wird vom Vollkaufmann — wie auch in anderen Gesetzen — insoweit eine besondere Aufmerksamkeit erwartet.

Zu beachten ist, daß die Vollkaufmanneigenschaft — etwa aller Handelsgesellschaften wie OHG, KG, AG und GmbH — für sich alleine nicht ausreicht. Der Schiedsvertrag muß vielmehr für beide Teile ein Handelsgeschäft sein. Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmannes, die zum Betriebe eines Handelsgewerbes gehören, § 343 Abs. 1 HGB. Dabei gelten die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig, § 344 HGB. Handelsgeschäfte sind damit solche Schiedsvereinbarungen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb vom Vollkaufmann getroffen werden, wozu auch vorbereitende Geschäfte, wie etwa die Ladenmiete, die Liquidationsgeschäfte und sonstige Hilfs- und Nebengeschäfte, z. B. Finanzierung und Versicherungen, gehören<sup>50</sup>.

Im Rahmen von Gesellschaftsverträgen sind Schiedsklauseln in den meisten Fällen nicht formfrei. Kommanditisten sind z. B. keine Vollkaufleute, dementsprechend bedarf eine Schiedsabrede, die ein Kommanditist im Gesellschaftsvertrag vereinbart, der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO, wenn er nicht ausnahmsweise im Hinblick auf ein anderes von ihm betriebenes Gewerbe ohnehin Kaufmann ist und im Rahmen dieses Gewerbes mit der Gesellschaft oder den Gesellschaftern in Beziehung tritt<sup>51</sup>. Das Gleiche gilt für den Geschäftsführer und die Gesellschafter einer GmbH<sup>52</sup>, weil gemäß § 13 GmbH-Gesetz und § 6 HGB nur die GmbH als juristische Person den Handelsgesellschaften gleichgestellt und nur insoweit den für Vollkaufleuten geltenden Vorschriften unterworfen wird. Aus dem gleichen Grund trifft dies auch für die gesetzlichen Vertreter oder die Aktionäre einer AG oder KGaA und den stillen Gesellschafter zu.

Problematisch ist die Rechtslage für Schiedsvereinbarungen in OHG-Verträgen. Betreiben bereits alle am Abschluß des Gesellschaftsvertrages Beteiligten ein vollkaufmännisches Gewerbe und gehört die Vereinbarung zum Betrieb dieses Handelsgewerbes, dann bedarf es selbstverständlich nicht der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO. Ist einer der Beteiligten vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht Kaufmann, so ist streitig, ob der Abschluß des Gesellschaftsvertrages für ihn ein Handelsgeschäft ist und eine damit verbundene Schiedsvereinbarung nicht der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO bedarf. Der BGH hat die Frage in einer Entscheidung angeschnitten<sup>53</sup>, ohne jedoch dazu selbst Stellung zu nehmen. Eine in der Literatur<sup>54</sup> vertretene Auffassung stützt sich im wesentlichen darauf, daß die Gründer der OHG mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages ihr künftiges Handelsgewerbe vorbereiten. Die Vermutung des § 344 HGB, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten, greife auch in diesem Falle ein. Die Gegenansicht lehnt diese Auffassung mit der Begründung ab, die §§ 343 ff. HGB seien auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander nicht anwendbar<sup>55</sup>. Ob die §§ 343 ff. HGB nur im Außenverhältnis zwischen Gesellschaft, Gesellschaftern und Dritten wirken, wofür die einzelnen dort geregelten Tatbestände sprechen, soll dahingestellt bleiben. Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages regelt der Gesellschafter seine Beziehungen zur Gesellschaft und zu den Ge-

45 So auch: B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. 1 C; Maier, 52; Schwab, 31

46 Schwab, 31

47 BGHZ 23, 198, 200 = NJW 1957, 589; BGH NJW 1964, 591; die Rechtsnatur ist in der Lit. hochstreitig, vgl. Nachweise bei: Maier, Rd.-Nr. 20 und B/L/A/H, § 1025 ZPO, Anm. 1

48 RGZ 147, 213; BGH NJW 1967, 2059; B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. 2 B; Maier, Rd.-Nr. 31

49 So jetzt BGH NJW 1967, 2057, 2059; Maier, Rd.-Nm. 32, 34 m. w. N.; anders

noch BGHZ 6, 260; RG JW 39, 501; Baumbach/Schwab, 2. Aufl. 1960, 68 f. (jetzt aufgegeben: Schwab, 32)

50 Maier, Rd.-Nr. 40

51 BGHZ 45, 282, 285 f. = NJW 1966, 1960, 1962

52 RGZ 85, 383

53 siehe Fn. 51

54 Vgl. Nachweise bei: BGH NJW 1966, 1960, 1961

55 B/L/A/H, § 1027 ZPO, Anm. 2 A b; Maier, Rd.-Nr. 41 m. w. N.

sellschaftern. Ob darin die Ausübung eines Handelsgewerbes liegt, wie es § 1 Abs. 1 HGB für den Kaufmann fordert, erscheint zweifelhaft, denn es handelt sich beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages wohl nicht um einen für die Dauer gerechneten Kreis von Geschäften. Die gegenteilige weitherzige Auslegung ist im Rahmen der vom BGH immer wieder betonten Formstrenge nicht angebracht. Die vorstehenden Erörterungen betreffen in erster Linie die Prüfung bereits zustandegekommener Schiedsvereinbarungen. Für noch abzuschließende Gesellschaftsverträge mit Schiedsklauseln sollte man jedes Risiko vermeiden und die Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO beachten.

#### 5. Besonderer Nichtigkeitsgrund des § 1025 Abs. 2 ZPO

Ein Schiedsvertrag ist nach § 1025 Abs. 2 ZPO unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluß oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein Übergewicht über den anderen Teil einräumen. § 1025 Abs. 2 ZPO stellt damit etwas geringere Anforderungen als der allgemeine Nichtigkeitsgrund der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB. In der notariellen Praxis ist also darauf zu achten, daß die Schiedsvereinbarung dem beiderseitigen Parteiwillen entspricht und nicht einseitig diktiert wird. Wegen der jeweils im Einzelfall zu prüfenden Interessenlage soll hier darauf weiter nicht eingegangen werden.

#### 6. Wirkung der Schiedsvereinbarung gegenüber Dritten

##### a) Gesamtrechtsnachfolge

Gesamtrechtsnachfolger sind an die Schiedsvereinbarung gebunden, sofern sich nicht aus dieser etwas anderes ergibt. Gesamtrechtsnachfolgen liegen vor bei Verschmelzungen und Umwandlungen von Handelsgesellschaften nach dem AktG und dem UmwG. Der bedeutendste Fall der Gesamtrechtsnachfolge ist der der Erbfolge. Der in alle Rechte und Pflichten des Erblassers eintretende Erbe ist an die vom Erblasser für ein Rechtsverhältnis getroffene Schiedsgerichtsvereinbarung gebunden. Dies gilt auch für den Nacherben, denn er ist nicht Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern des Erblassers. Der Nacherbe kann jedoch an Schiedsverträge des Vorerben gebunden sein, soweit dieser mit Wirkung für den Nacherben Verfügungsberechtigt war. Nach einer Entscheidung des BGH<sup>56</sup> gelten die bei der Gesamtrechts- und Sondernachfolge entwickelten Grundsätze auch für gesellschaftsvertragliche Eintrittsrechte. Nimmt jemand ein solches im Gesellschaftsvertrag begründetes Eintrittsrecht für sich in Anspruch, so kann er es nur im Einklang mit den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ausüben. Sieht der Gesellschaftsvertrag bei Streitigkeiten ein schiedsrichterliches Verfahren vor, so ist der Eintretende hieran gebunden.

##### b) Einzelrechtsnachfolge

Bei Einzelrechts- oder Sondernachfolge gehen nur einzelne Rechte oder Verbindlichkeiten auf den Nachfolger über oder dieser tritt in bestimmte Rechtsverhältnisse ein. Soweit die Schiedsklausel sich als Eigenschaft der erworbenen Rechtsstellung darstellt, geht die Schiedsvereinbarung auf den Nachfolger über, und es ist nicht in das einseitige Belieben des Erwerbers gestellt, ob er die Rechtsstellung mit oder ohne diese Eigenschaft erwerben will. Für den häufigsten Fall der Sonderrechtsnachfolge, die Abtretung, hat der BGH<sup>57</sup> klargestellt, daß die Wirkung der Abtretung im Übergang der vollen Gläubigerstellung einschließlich der Rechte und Pflichten aus einer

Schiedsklausel besteht. Dabei sei nicht nötig, daß der Sonderrechtsnachfolger der Schiedsabrede in der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO beitrete. Ein Nichtkaufmann kann also auf diese Weise formlos Partner eines Schiedsvertrages werden. Der BGH führt dazu aus, daß der von § 1027 Abs. 1 ZPO geforderte ausdrückliche Abschluß des Schiedsvertrages erkennbar nur für den Abschluß einer solchen Vereinbarung gelte. Wenn auch der Eintritt eines Dritten in Rechte und Pflichten aus einem bereits geschlossenen Schiedsvertrag als Folge des Erwerbs der Rechte aus dem Hauptvertrag — im entschiedenen Fall ein Gesellschaftsvertrag — grundsätzlich unter Formzwang gestellt werden solle, so hätte dies im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden müssen. Der Schutz des Sonderrechtsnachfolgers sei hinreichend dadurch gewährleistet, daß die Schiedsklausel in einer gesonderten Urkunde vereinbart sei. Dem Erwerber sei es grundsätzlich zuzumuten, sich über den Inhalt des von ihm erworbenen Rechts, also auch über eine möglicherweise mit ihm verbundene Schiedsklausel, zu informieren. Ein schutzwürdiges Interesse die Rechtsstellung ohne Bindung an die Schiedsklausel zu erwerben sei grundsätzlich nicht anzuerkennen.

#### IV.

#### Schiedsklauseln in Satzungen

##### 1. Begriff

Gemäß § 1048 ZPO kann ein Schiedsgericht nicht nur durch Vertrag, sondern auch durch andere, nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden. Zu diesen nicht vertraglichen Schiedsgerichten gehören insbesondere die satzungsmäßigen Schiedsgerichte der Vereine und Verbände sowie anderer juristischer Personen des privaten Rechts, wie Stiftungen, Aktiengesellschaften und die GmbH, und nach Ansicht des Reichsgerichts auch nicht rechtsfähige Vereine<sup>58</sup>.

Eine solche statutarische Schiedsabrede hat die Wirkung, daß sie jeden, der einmal Gesellschafter bzw. Vereinsmitglied wird, bindet und nur unter den Voraussetzungen der Satzungsänderung beseitigt werden kann<sup>59</sup>. Die Besonderheit der satzungsmäßigen Schiedsklauseln im Gegensatz zur vertraglichen Schiedsklausel besteht darin, daß die Mitglieder des Vereins oder der sonstigen juristischen Personen allein aufgrund ihrer Unterwerfung als Mitglieder ohne ausdrücklich erklärten Unterwerfungswillen an die Schiedsklausel gebunden werden. Das Reichsgericht hat zur entsprechenden Anwendung von § 1048 ZPO ausgeführt, die Satzung beruhe auf einem Willensakt des Vereins und nicht auf einem Vertrag. Zwar gehe die Gründung auf eine Vereinbarung der sich zur Errichtung zusammenfindenden Mitglieder zurück, sobald aber der Verein ins Leben getreten sei, gelte die Satzung als die von der Persönlichkeit seiner Mitglieder losgelöste Verfassung seines eigenen Lebens<sup>60</sup>.

Im Hinblick auf die weite Auslegung, die das Reichsgericht § 1048 ZPO gibt, wird man eine Schiedsabrede im Rahmen der Teilungserklärung zur Begründung von Wohnungseigentum zum Inhalt des Sondereigentums i. S. der §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG machen können. Denn eine solche Vereinbarung betrifft das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und kann als eine nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügung im Sinne des § 1048 ZPO angesehen werden. Die Argumentation beim nicht rechtsfähigen Verein, nämlich, daß die Satzung „die von der Persönlichkeit der Mitglieder losgelöste Verfassung des Eigenlebens des Vereins“ sei, trifft auch für die Regelungen der Verhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander zu, die nach § 10 Abs. 2 WEG an das jeweilige Sondereigentum geknüpft werden<sup>61</sup>.

56 BGH DNotZ 1980, 699, 700

57 BGH DNotZ 1978, 541

58 Nicht des öffentlichen Rechts: B/L/A/H, § 1048 ZPO, Anm. 1 m.w.N.; rechtsfähiger Verein: RGZ 153, 267, 270; Aktiengesellschaft: BGH DNotZ 1951, 573; GmbH: BGH 38, 155, 159 = DNotZ 1963, 687; nicht rechtsfähiger Verein: RGZ 165, 140, 143; kritisch: KG NJW 1977, 57; ablehnend: Stein/Jonas/

Pohle, 19. Aufl. 1975, § 1048 ZPO, Anm. II 2

59 BGHZ 38, 155, 161 = DNotZ 1963, 687

60 RGZ 153, 267, 270

61 BayObLGZ 1973, 1 m.w.N.; Weitnauer/Wirths, 6. Aufl. 1982, § 43 WEG, Rd.-Nr. 14a

## 2. Keine satzungsmäßigen Schiedsklauseln bei OHG und KG

Nicht zu den satzungsmäßigen Schiedsklauseln gehören diejenigen in Gesellschaftsverträgen von Kommanditgesellschaften oder offenen Handelsgesellschaften, die als Personengesellschaften weder eigene Rechtspersönlichkeit besitzen noch körperschaftlich verfaßt sind<sup>62</sup>. Wer einer solchen Gesellschaft beitrifft, unterwirft sich nicht dem Statut, sondern schließt einen Gesellschaftsvertrag und gleichzeitig damit einen Schiedsvertrag ab. Dies gilt auch bei Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen einer sogenannten Massen- oder Publikums-KG<sup>63</sup>, auch wenn diese Gesellschaften den Kapitalgesellschaften angenähert sind.

## 3. Nur statutarische Bindung; Formfreiheit

Satzungsmäßige Schiedsklauseln im Sinne von § 1048 ZPO können nur Streitigkeiten umfassen, die Gegenstand statutarischer Bindung sein können. Soweit individualrechtliche Streitigkeiten einer Schiedsklausel unterworfen werden sollen, kann dies nur mit einer schuldrechtlichen Schiedsabrede i. S. der §§ 1025 ff. ZPO geschehen<sup>64</sup>. Streitigkeiten der Mitglieder untereinander können von satzungsmäßigen Schiedsklauseln nur insoweit erfaßt werden, als sie sich auf Rechtsverhältnisse beschränken, die Gegenstand der vereinsmäßigen Bindung sind<sup>65</sup>. Gegenstand statutarischer Bindungen können danach sein Stimmrechte, Mitwirkungsrechte, Sonderrechte, Ansprüche auf Gewinnbeteiligung, Beitragspflichten, Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft oder Vereinsstrafen. Demgegenüber sind Individualrechte solche Rechte, die ihrer Natur nach ihre Grundlage nicht in der Satzung bzw. dem Gesellschaftsvertrag haben<sup>66</sup>. Die Wichtigkeit der Unterscheidung dieser beiden Rechtskreise liegt darin, daß satzungsmäßige Schiedsklauseln nicht der Form des § 1027 ZPO bedürfen<sup>67</sup>. Für satzungsmäßige Schiedsklauseln genügt also entweder einfache Schriftform (§§ 22, 59 Ziff. 1 BGB) oder notarielle Beurkundung (§ 2 GmbHG, § 23 AktG). Die wesentlichen Punkte der Schiedsklausel (Zusammensetzung des Schiedsgerichts, Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter) müssen in der Satzung selbst festgelegt werden; sie können nicht einem beliebigen Vereinsorgan und einer Schiedsordnung überlassen bleiben<sup>68</sup>. Die Schiedsabrede ist ferner dem Registergericht bei rechtsfähigen Vereinen einzureichen.

Bezieht die satzungsmäßige Schiedsklausel auch Individualrechte ein und geht sie damit über den gemäß § 1048 ZPO festlegbaren Gegenstand der statutarischen Bindung hinaus, wirkt sie allenfalls unter den vertragschließenden Gründungsmitgliedern und auch nur dann, wenn gleichzeitig die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO gewahrt ist.

## 4. Problem der unechten Satzungsbestandteile

Hierin liegt eine besondere Gefahr beim Gesellschaftsvertrag, denn nicht alles, was im Gesellschaftsvertrag steht, hat Satzungscharakter. Der Gesellschaftsvertrag kann vielmehr auch unechte Satzungsbestandteile enthalten, die nicht kraft autonomer Rechtssetzung, sondern kraft Vereinbarung gelten. Unechte Satzungsbestandteile eines Gesellschaftsvertrages sind zum Beispiel die Bestellung eines Geschäftsführers in der Satzung, Darlehen der Gesellschafter an die Gesellschaft oder Konkurrenzverbote<sup>69</sup>.

Eine Schiedsabrede kann dabei sowohl körperschaftsrechtlich als auch individualrechtlich begründet werden<sup>70</sup>. Nur der Parteiwille oder die Umstände des Einzelfalles entscheiden darüber, ob etwas zum echten Inhalt der Satzung und damit zur bindenden Gesellschaftsregel gemacht worden ist.

Für in Satzungen vorgesehene Schiedsgerichte ist die Abgrenzung zwischen vereinbarter und angeordneter Schiedsgerichtsbarkeit schwierig<sup>71</sup>.

Im Hinblick auf diese kritische Abgrenzung kann für Satzungen der GmbH nur dazu geraten werden, in jedem Fall die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO einzuhalten. Andernfalls läuft man Gefahr, daß nur Streitigkeiten erfaßt werden, die Gegenstand statutarischer Bindung sein können, nicht aber individualrechtliche Streitigkeiten, da insoweit die Einhaltung der notwendigen Form fehlt. Die weitere Frage, ob eine satzungsmäßige Schiedsklausel bei Einbeziehung von Streitigkeiten über Individualrechte aus dem Grunde der Einheit der Schiedsklausel im ganzen der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO bedarf, hat der BGH offen gelassen<sup>72</sup>. Die Formfreiheit hat damit eigentlich nur noch Bedeutung für satzungsmäßige Schiedsklauseln bei Vereinen.

Die unterschiedlichen Folgen bei Vereinbarung einer körperschaftlichen oder vertraglichen Schiedsabrede werden deutlich, wenn man den Eintritt einer Person in eine GmbH betrachtet, deren Gesellschaftsvertrag eine ohne Beachtung der Form des § 1027 ZPO aufgenommene Schiedsklausel enthält. Beim Eintritt in eine solche GmbH, etwa durch Übernahme eines neuen Geschäftsanteils bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung, liegt keine Einzelrechtsnachfolge vor, wie etwa bei der eben beschriebenen Geschäftsanteilsabtretung. Der neu eingetretene Gesellschafter tritt also nicht kraft Rechtsnachfolge in alle Rechte und Pflichten des bisherigen Gesellschafters ein und damit auch nicht in die Schiedsvereinbarung. Der Eintritt des neuen Gesellschafters in die GmbH vollzieht sich vielmehr durch die Übernahme des Geschäftsanteiles. Die satzungsmäßige Schiedsklausel des Gesellschaftsvertrages gilt damit fortan im Rahmen der statutarischen Bindungsmöglichkeit auch für den neu eingetretenen Gesellschafter. Sie erfaßt jedoch nicht Individualrechte des neu eingetretenen Gesellschafters. Der neue Gesellschafter müßte, um auch insoweit gebunden zu sein, der Schiedsabrede ausdrücklich beitreten unter Beachtung der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO. Will man in der notariellen Praxis eine diffizile Prüfung vermeiden und allen Problemen aus dem Wege gehen, so sollte man den sichersten Weg beschreiten und den neu eintretenden Gesellschafter einer Schiedsabrede in der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO beitreten lassen.

## V.

### Letztwillig angeordnete Schiedsgerichte

#### 1. Zulässigkeit, erbrechtliche Einordnung

§ 1048 ZPO nennt die Möglichkeit der Einsetzung von Schiedsgerichten durch letztwillige Verfügung. Das BGB sieht derartige letztwillige Anordnungen nicht vor. In § 1048 ZPO wird die Anordnung als zulässig vorausgesetzt. Der Erblasser kann anordnen, daß alle oder bestimmte Streitigkeiten, die auf der letztwilligen Verfügung beruhen, durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind. Die Rechtsnatur einer solchen Anordnung ist zweifelhaft. Während Kohler<sup>73</sup> bei einer ausschließlichen Zuständigkeit des Schiedsgerichtes von einer Auflage ausgeht, meint Schwab<sup>74</sup> als Vertreter der Theorie des Prozeßvertrages, daß es sich weder um ein Vermächtnis noch um eine Auflage handeln könne, weil beide nur schuldrechtliche Verpflichtungen begründen. Das Reichsgericht hat diese Frage offengelassen und sich lediglich für die Zulässigkeit einer solchen Schiedsklausel ausgesprochen, soweit dem Schiedsrichter keine Befugnisse eingeräumt werden, anstelle des Erblassers Dinge zu ordnen, die dieser bewußt nicht geordnet hat<sup>75</sup>. Die rechtliche Einordnung hat nur Bedeutung im Erbvertrag, näm-

62 BGH DNotZ 1980, 696

63 BGH DNotZ 1980, 696, 698

64 BGHZ 38, 155, 161 f. = DNotZ 1963, 687; Maier, Rd.-Nr. 96

65 OLG Frankfurt JW 30, 3490

66 Maier, Rd.-Nr. 96

67 RGZ 153, 267; 165, 140; BGHZ 38, 155, 159 = DNotZ 1963, 687; B/L/A/H, § 1048, Anm. 3; Maier, Rd.-Nr. 98 m.w.N., kritisch; Vollmer, Satzungsmaßige Schiedsklauseln, 82 ff.

68 BGH WM 1984, 230

69 Vgl. Maier, Rd.-Nr. 96 m.w.N.

70 BGHZ 38, 155, 161 = DNotZ 1963, 687; Wunsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen, 1. Aufl. 1968, 80

71 BGHZ 38, 155, 161 = DNotZ 1963, 687 mit Hinweis auf die Rspr. des RG

72 BGHZ 38, 155, 162 = DNotZ 1963, 687

73 Kohler, Letztwillige Schiedsklauseln, DNotZ 1962, 125, 126 f.

74 Schwab, 248

75 RGZ 100, 76; 170, 380, 383



lich ob die Schiedsklausel nach § 2278 Abs. 2 BGB vertragsgemäß angeordnet werden kann oder ob es sich um eine einseitige Verfügung handelt, die nach § 2299 BGB mit dem Erbvertrag verbunden werden kann. Der von Baumbach/Schwab vertretene Auffassung wird sich die Rechtsprechung in dieser Form nicht anschließen, weil sie den Schiedsvertrag als einen materiell-rechtlichen Vertrag über prozeßrechtliche Beziehungen ansieht<sup>76</sup>. Andererseits überzeugt auch die Begründung von Kohler nicht. Die gesetzliche Definition der Auflage in § 1940 BGB lautet: „Der Erblasser kann durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden (Auflage).“ Die Anordnung einer Schiedsklausel enthält sicherlich keine Verpflichtung des Erben oder Vermächtnisnehmers zu einer Leistung. Wenn Kohler empfiehlt<sup>77</sup>, der Erblasser tue gut daran, die Schiedsklausel ausdrücklich als Auflage zu qualifizieren, so hat dies nicht zur Folge, daß in jedem Falle eine Auflage nach § 1940 BGB anzunehmen ist. Im übrigen muß man sich vor Augen halten, daß das Gesetz auch Verfügungen sonstigen Inhalts zuläßt, die nicht unter eines der in den §§ 1937–1941 BGB ausdrücklich erwähnten Rechtsinstitute subsumiert werden können, z. B. die Bestimmung des Vormundes in § 1777 Abs. 3 BGB oder die Pflichtteilsentziehung in § 2336 BGB. Einer solchen einseitigen Anordnung steht eine letztwillige Schiedsklausel näher. Eine bindende Schiedsanordnung gemäß § 2278 Abs. 2 BGB im Erbvertrag ist deshalb nicht möglich. Man wird sie jedoch auf indirektem Wege, etwa über eine bedingte Erbeinsetzung oder eine Verwirkungsklausel<sup>78</sup> erreichen können.

## 2. Formvorschriften

In Testamenten bedürfen Schiedsklauseln nur der Form für letztwillige Verfügungen. § 1027 Abs. 1 ZPO ist also nicht anzuwenden<sup>79</sup>; dies gilt auch für gemeinschaftliche Testamente, die Erbverträgen nicht gleichstehen<sup>80</sup>. Für Erbverträge gelten die Formvorschriften des § 1027 ZPO nur insoweit, als Streitigkeiten der unmittelbar am Erbvertrag beteiligten Parteien erfaßt werden sollen (z. B. Schiedsvertrag für Streitigkeiten im Zusammenhang mit einer Rücktrittserklärung). Soweit durch den Erbvertrag Dritte bedacht sind, für deren Streitigkeiten untereinander, oder soweit Streitigkeiten zwischen dem überlebenden Teil des Erbvertrages mit solchen Dritten durch Schiedsklauseln erfaßt werden sollen, gelten nicht die Vorschriften für die vertragliche Vereinbarung von Schiedsgerichten (§§ 1025 ff. ZPO) und dementsprechend auch nicht die dort vorgesehenen Formvorschriften<sup>81</sup>. Die durch den Erbvertrag bedachten Dritten stehen in keiner vertraglichen Beziehung zu den Parteien des Erbvertrages; sie erwerben auch nicht aufgrund eines Vertrages, sondern aufgrund ihres erbrechtlichen Anspruchs, der zulässigerweise modifiziert ist<sup>82</sup>.

## 3. Zweckmäßigkeit

Die Einsetzung eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung zur Entscheidung erbrechtlicher Streitigkeiten findet sich in der Praxis recht selten, weil diese Möglichkeit wohl häufig übersehen wird<sup>83</sup>.

Die Vorzüge des Schiedsverfahrens im handelsrechtlichen Bereich kommen in besonderem Maße bei der Regelung von Erbstreitigkeiten zur Geltung. Der Erblasser ist daran interessiert,

daß sein letzter Wille nach seinem Tode sofort oder zumindest in angemessener Zeit erfüllt wird. Deshalb gilt es möglicherweise langwierigen Erbstreitigkeiten vorzubeugen. Das Schiedsverfahren kommt dabei den Beteiligten in mehrerlei Hinsicht entgegen. Der Schiedsrichter kann bei entsprechender Bestellung – prozeß- und materiellrechtlich – nach freiem Ermessen entscheiden, er ist nur an die guten Sitten und den *ordre public* gebunden, §§ 1034, 1041 ZPO. Im Gegensatz zum ordentlichen Gericht kann das Schiedsgericht befreit von allen verögerlichen Förmlichkeiten entscheiden. Eine Erbteilung vor dem ordentlichen Gericht ist z. B. nur dadurch zu erreichen, daß ein Auseinandersetzungsplan vorgelegt und auf den Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrages geklagt wird<sup>84</sup>. Anders beim Schiedsgericht: Es kann, ohne daß ein bestimmter Antrag gestellt werden muß, das Begehren der Parteien aus dem ihm unterbreiteten Sachverhalt ableiten und unter Berücksichtigung von wirtschaftlichen, zweckmäßigen und praktischen Erwägungen entscheiden. Begnügt man sich mit einem Einzelschiedsrichter und verzichtet man auf einen Instanzenzug, so wird das Schiedsgericht im allgemeinen innerhalb kürzester Zeit entscheiden können. Das dient dem Anliegen des Erblassers wie dem Familienfrieden und erspart den Angehörigen langwierige und kostspielige Prozesse. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Erblasser eine ihm oder den Erben besonders nahestehende Person zum Schiedsrichter ernannt. Eine solche vertrauenswürdige Person wird vielfach auch zum Testamentsvollstrecker bestellt. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers lassen sich durch eine Personalunion mit dem Schiedsrichteramt und umgekehrt verstärken. Eine solche Doppelbestellung ist nach herrschender Ansicht zulässig<sup>85</sup>. Die Person des Schiedsrichters und/oder Testamentsvollstreckers ist sicherlich der problematischste Teil einer letztwilligen Schiedsklausel. Je nach Art des Nachlasses und der dabei zu erwartenden Schwierigkeiten kann der Schiedsrichter bei komplizierten erbrechtlichen Problemen überfordert sein.

## 4. Die sachlichen Grenzen des Schiedsverfahrens

Neben der bereits genannten materiellen Grenze des § 1041 Ziff. 2 ZPO und der prozessualen durch § 1034 ZPO ist bei letztwilligen Schiedsklauseln insbesondere § 2065 BGB zu beachten. Danach kann der Erblasser die Bestimmung des Erben oder Vermächtnisnehmers nicht einem Dritten überlassen. Er kann seine letztwillige Verfügung auch nicht in der Weise treffen, daß ein anderer bestimmen kann, ob eine letztwillige Verfügung gelten oder welche Zuwendung eine Person erhalten soll. Das Schiedsgericht tritt also nicht an die Stelle des Erblassers; es kann den Erben nicht auswählen, allenfalls gemäß den Ausnahmevorschriften der §§ 2153 und 2156 BGB entscheiden, wer von mehreren Vermächtnisnehmern den ausgeschätzten Vermächtnisgegenstand erhalten soll oder welcher Anteil des Vermächtnisses den einzelnen Berechtigten zufallen soll. Dem Schiedsrichter steht auch nicht das Recht zu, ein formungültiges Testament für gültig zu erklären<sup>86</sup>, weil die Einhaltung der gesetzlichen Form für Verfügungen von Todes wegen nicht zur Disposition der Beteiligten steht. Das Schiedsgericht kann nur über Streitigkeiten betreffend den Inhalt und die Auslegung der Verfügungen des Erblassers entscheiden, wobei eine vollständig freie Auslegung des letzten Willens, also ein Recht zur authentischen Auslegung, nicht überlassen werden kann<sup>87</sup>. § 2065 BGB schränkt damit den Bereich, der einer vergleichweisen Regelung und damit der Entscheidung eines

76 BGHZ 23, 198, 200

77 Kohler, a. a. O., 127

78 Vgl. Vorschlag bei Kohler, a. a. O., 134 mit dem Ergebnis eines bedingten Vermächtnisses, das wiederum bindend angeordnet werden könnte; widersprüchlich: Sudhof, Handbuch der Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 1973, 178 (Schiedsklausel als Auflage oder Verwirkungsklausel anordnen)

79 Maier, Rd.-Nr. 93; Kohler, a. a. O., 127 m. w. N.

80 Kohler, a. a. O., 127 m. w. N.

81 Maier, Rd.-Nr. 93; Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, 18. Aufl. 1983, 1104; Kohler, a. a. O., 127 m. w. N.; wohl a. A. Sudhof, 177 unter Hinweis auf nicht zutreffende Zitate und ohne nähere Begründung und notwendige Differenzierung

82 Kohler a. a. O., 127

83 Esch/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, 1976, Rd.-Nr. 682

84 Palandt/Keidel, § 2042 BGB, Anm. 5 b

85 RGZ 100, 76, 78 f.; Haegeler/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 6. Aufl. 1979, Rd.-Nr. 117; RGRK/Kregel, 12. Aufl. 1974, Rd.-Nr. 6; Kohler, a. a. O., 126 m. w. N.

86 Kohler, a. a. O., 129, Fn. 24, weist zutreffend darauf hin, daß es dem Testamentsvollstrecker freistehe, auf eine Einigung hinzuwirken, die einer Auseinandersetzung des Nachlasses nach den Bestimmungen des formgültigen Testaments gleichkommt. Von dieser Möglichkeit, dem Erblasserwillen zu entsprechen, werde in der Praxis zu selten Gebrauch gemacht.

87 B/L/A/H, § 1048 ZPO, Anm. 2; Palandt/Keidel, § 2065 BGB, Anm. 2 b

Schiedsrichters zugänglich ist, in einem wesentlichen Punkt ein.

## 5. Die persönlichen Grenzen des Testamentsvollstreckers als Schiedsrichter

Die Personalunion als Schiedsrichter und Testamentsvollstrecker kann zu Interessenkollisionen und damit zu einem Ausschuß vom Schiedsrichteramt führen. Dies ist dann der Fall, wenn der Testamentsvollstrecker selbst Partei ist, denn niemand kann Richter in seiner eigenen Sache sein<sup>88</sup>. Ein dennoch ergangener Schiedsspruch könnte nach § 1041 Ziff. 2 ZPO aufgehoben werden. Selbst betroffen ist der Testamentsvollstrecker z. B. bei Streitigkeiten über die Rechtswirksamkeit von Testamenten, von deren Bestand auch die Bestellung zum Testamentsvollstrecker abhängt<sup>89</sup>, oder Streitigkeiten über die Auslegung eines Testamentes soweit diese den Bestand des Testamentsvollstreckeramtes selbst betreffen<sup>90</sup>. Der Testamentsvollstrecker ist ferner beteiligt an den von ihm geführten Aktivprozessen gemäß § 2212 BGB und den gegen ihn geführten Passivprozessen gemäß § 2213 BGB. Dies gilt auch bei Streitigkeiten über den von ihm nach § 2204 Abs. 2 BGB vorgelagerten Auseinandersetzungsplan, ohne Rücksicht darauf, ob er den Plan nach billigem Ermessen oder nach den Teilungsregeln des Gesetzes aufgestellt hat. In allen genannten Fällen kann der Testamentsvollstrecker nicht Schiedsrichter sein<sup>91</sup>. Hier muß ein Ersatzmann oder mangels eines solchen das ordentliche Gericht entscheiden. Im Hinblick darauf, aber auch im Hinblick auf einen möglichen Ausfall des benannten Einzelschiedsrichters, sollte man sicherheitshalber immer einen Ersatzschiedsrichter bestellen.

Ein nicht unwesentlicher Teil von Erbstreitigkeiten mit viel erheblicherem Inhalt berührt den Testamentsvollstrecker nicht; er wird deshalb einen Streit darüber entscheiden dürfen, wer Erbe ist, soweit es sich dabei um eine bloße Auslegungsfrage und nicht um eine nach § 2065 BGB verbotene Ersetzung des Erblasserwillens handelt. Die Auslegung einzelner testamentarischer Bestimmungen, Meinungsverschiedenheiten über den Grund und die Höhe von Ausgleichspflichten, die Feststellung der Höhe des Übernahmepreises für ein Haus oder die Höhe einer wertgesicherten Rente, die Auskehrung und Bezifferung von Vermächtnissen oder der Streit über die Anfechtbarkeit einzelner Testamente oder darin enthaltener Bestimmungen — soweit davon die Bestellung des Testamentsvollstreckers nicht abhängt — ist für den Testamentsvollstrecker nicht von eigenem Interesse. Bei einem Streit über Grund und Höhe eines Pflichtteilsanspruches, der nach § 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB auch bei Verwaltungstestamentsvollstreckung nur gegen den Erben geltend gemacht werden kann, ist der Schiedsrichter — wie sich aus dieser Vorschrift ergibt — nicht interessiert. Er könnte danach einen entsprechenden Streit entscheiden. Fraglich ist jedoch in diesem Zusammenhang, ob der Pflichtteilsanspruch mit einer Schiedsklausel belastet werden kann, oder ob insoweit die Beschränkung des § 2306 Abs. 1 BGB eingreift. Kohler<sup>92</sup> bejaht diese Frage, da er die Schiedsklausel als Auflage rechtlich einordnet. Lehnt man diese Auffassung — wie oben geschehen — ab, so könnte man argumentieren, der Pflichtteilsanspruch müsse mit einer Schiedsklausel belastet werden können, da die Aufzählung der Beschränkungen und Beschränkungen in § 2306 BGB erschöpfend ist<sup>93</sup> und die Schiedsklausel dort nicht genannt wird. Eine solche formale Argumentation ließe jedoch den Sinn und Zweck des § 2306 BGB außer Betracht. Dem Pflichtteilsanspruch soll als gesetzlichem Anspruch in jedem Falle zur Durchsetzung verholfen werden. Es sind also allenfalls nichtbeschwerende Anordnungen oder solche in guter Absicht möglich.

Ein letztwillig angeordnetes Schiedsverfahren beinhaltet jedoch zumindest in prozeßrechtlicher Hinsicht eine Beschwerde, so daß eine entsprechende Anwendung von § 2306 BGB geboten erscheint. Eine Beschränkung des Pflichtteils durch eine letztwillig angeordnete Schiedsklausel dürfte nicht möglich sein.

Um den Testamentsvollstrecker eher zur Übernahme des Amtes zu veranlassen, wird ihm manchmal unter der Bedingung der Amtsübernahme etwas zugewendet; eine solche Zuwendung kann auch als besondere oder teilweise Testamentsvollstreckervergütung gedacht sein. Solche Zuwendungen beinhalten die Gefahr der Interessenkollision bei Ausübung des Schiedsrichteramtes, insbesondere dann, wenn diese Zuwendungen in Mitbeteiligungen oder Mitberechtigungen am Nachlaß oder Teilen davon bestehen statt in eindeutig bestimmten Einzelgegenständen und einer damit einhergehenden geringeren Wahrscheinlichkeit einer Streitbefangenheit.

## 6. Grenzziehung zwischen Schiedsspruch und Schiedsgutachten

Nicht alle Tätigkeiten im Rahmen der Erbauseinandersetzung, die in den Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers fallen, können gleichzeitig dem Schiedsgericht übertragen werden. Soweit es sich um bloße tatsächliche Feststellungen handelt, also auch keine gerichtliche Entscheidung möglich wäre und einem Schiedsspruch auch keine Vollstreckungswirkung gegeben werden könnte, fallen diese Tätigkeiten unter den Begriff des Schiedsgutachtens. Die Regeln der ZPO für das Schiedsgerichtsverfahren sind darauf weder unmittelbar noch analog anzuwenden, sondern vielmehr die §§ 315 ff. BGB. Solche tatsächlichen Feststellungen sind z. B. die oben genannten Entscheidungen über die Auseinandersetzung nach § 2048 Abs. 2 BGB oder die Bestimmung eines Vermächtnisses oder einer Auflage nach billigem Ermessen gemäß §§ 2156, 2182 BGB, die Benennung eines Vermächtnisnehmers gemäß §§ 2151, 2193 BGB oder aber auch andere tatsächliche Feststellungen wie z. B. die Festlegung eines Grundstücks- oder Geschäftswertes oder eines entsprechenden Übernahmepreises<sup>94</sup>. Die in diesen Fällen zur Entscheidung berufenen Personen sind, auch wenn sie als Schiedsrichter bezeichnet sind, nur Schiedsgutachter mit der Folge, daß ihre Entscheidung für die Erben nicht verbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist, § 319 Abs. 1 BGB.

In der Praxis ist die Grenzziehung zwischen Tatsachen und Rechtsfolgen nicht immer einfach. Man kann allen Komplikationen aus dem Wege gehen, indem man dem Schiedsgericht eine Doppelfunktion zuweist, nämlich sich auch in Bewertungsfragen gutachtlich zu äußern oder sonstige Feststellungen zu treffen<sup>95</sup>. Damit bleibt dem Schiedsgericht im Einzelfall vorbehalten, ob es ein Schiedsgutachten erstatten oder, wenn Zweifel bestehen, ob ein Schiedsgutachten oder ein Schiedsspruch in Frage kommt, sofort ein Schiedsverfahren einleiten will.

## 7. Inhalt einer letztwilligen Schiedsklausel

Bei Kohler<sup>96</sup> findet sich der Entwurf einer letztwilligen Schiedsklausel. Diesem Entwurf ist in seinen wesentlichen Teilen zuzustimmen. Diese Schiedsklausel enthält zunächst die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit einer entsprechenden Aufgabenzuweisung. Der zweckmäßigerweise vorzuziehende Ersatztestamentsvollstrecker sollte aber ebenfalls eine dem Erblasser nahestehende Person sein. Nur so ist sichergestellt, daß der Testamentsvollstrecker die Familienverhältnisse kennt und eine dem Erblasserwillen möglichst nahe kommende Entscheidung trifft. Der Testamentsvollstrecker wird sodann

88 RGZ 100, 76, 79; BGH DNotZ 1965, 98 f.; B/L/A/H, § 1025 ZPO, Anm. 5 D; Kohler, a.a.O., 129

89 Kohler, a.a.O., 130

90 BGH DNotZ 1965, 98

91 Kohler, a.a.O., 130

92 Kohler, a.a.O., 130, Fn. 32

93 Palandt/Keidel, § 2306 BGB, Anm. 2 b

94 RGRK/Kregel, § 1936 BGB, Rd.-Nr. 6; Kohler, a.a.O., 131

95 Kohler, a.a.O., 132 und 134, dort Fn. 52; Sudhoff, 180

96 Kohler, a.a.O., 133

gleichzeitig als Einzelschiedsrichter berufen, wobei er gleichzeitig dazu ermächtigt wird, Tatsachen auch durch Schiedsgutachten feststellen zu lassen. Maier<sup>97</sup> kritisiert die in diesem Zusammenhang von Kohler vorgeschlagene Befugnis des Schiedsrichters, nach freiem Ermessen zu entscheiden. Wie Kohler selbst richtig bemerkt<sup>98</sup>, kommt einer solchen Bestimmung nur geringe Bedeutung zu, da das ordentliche Gericht den Schiedsspruch ohnehin nur auf die Verletzung der guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung überprüfen darf. Dem Erblasser wird es darauf ankommen, seinen Willen verwirklicht zu sehen unter Beachtung ökonomischer und praktischer Gesichtspunkte und weniger im Wege einer starren Gesetzesanwendung. Eine Verwirkungsklausel sichert sodann die Schiedsklausel, indem der Beteiligte, der das ordentliche Gericht anruft, den ihm zugefallenen Teil als Vermächtnis an den oder die Erben herausgeben muß. Maier<sup>99</sup> kritisiert ebenfalls die von Kohler vorgeschlagene Teilunwirksamkeitsregelung. Die dabei dem Testamentsvollstrecker übertragene Lückenfüllung durch Schiedsspruch im Falle einer Teilunwirksamkeit bringe die Tätigkeit des Schiedsrichters leicht in die Nähe des § 2065 BGB. Maier ist zuzugeben, daß darin eine Gefahr liegt. Andererseits kann dem Schiedsrichter aber die Auslegung einer letztwilligen Verfügung insoweit überlassen werden, als sie dem ordentlichen Richter zusteht. Demgemäß ist auch eine ergänzende Auslegung durch den Schiedsrichter zulässig<sup>100</sup>. Daß eine solche Abgrenzung eventuell schwierig ist und den Schiedsrichter, sofern er nicht sorgfältig genug ausgewählt ist, überfordern kann, ist nicht von der Hand zu weisen. Solche kritischen Fälle dürften jedoch die Ausnahme sein, etwa bei besonders komplizierten Erbbestimmungen. Die Notwendigkeit einer Teilunwirksamkeitsregelung läßt sich damit nicht bestreiten.

## VI. Zusammenfassung

Die von Gesetz und Rechtsprechung vorgenommene eindeutige Trennung zwischen Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvertrag und ihrer völlig unterschiedlichen Rechtsfolgen muß man sich stets klar vor Augen halten. Ob die Parteien das eine oder andere wollen, ist genauestens zu ermitteln. Dabei wird man den Parteien im allgemeinen den rechtlich bedeutsamen Unterschied und die weitgehende Wirkung eines Schiedsvertrages erläutern müssen, weil die Klienten häufig nur eine unvollständige, wenn nicht gar falsche Vorstellung vom Schiedsrichter- bzw. Schiedsgutachterwesen haben. Ob das Schiedsverfahren wirklich schneller und billiger als ein Prozeß vor dem ordentlichen Gericht ist, hängt vom Einzelfall ab und insbesondere auch davon, ob man etwa auf Vertretung durch Anwälte und einen weiteren Instanzenzug verzichtet. Der sorgfältigen Auswahl und der Qualität der Schiedsrichter kommt eine überragende Bedeutung zu. Hierbei sollte man den Parteien auch klar machen, daß der Schiedsrichter nicht Parteivertreter sein soll, sondern unparteiischer Richter. Die Anzahl der Schiedsrichter ist in jedem Fall festzulegen, um ein Patt und damit eine

Unwirksamkeit des Schiedsvertrages zu verhindern. Der im einzelnen ermittelte Parteiwille sollte dann auch seinen Niederschlag in den einzelnen Regelungen des Schiedsvertrages finden. Dabei sollte man sich nicht auf eine Minimalregelung beschränken, sondern zumindest die vorstehend unter Ziffer III 3 b genannten Mindestinhalte aufnehmen.

Der häufigste Fehler bei Schiedsverträgen ist die Nichteinhaltung der Form. Es kann nur empfohlen werden, stets die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO zu wahren. Nicht notwendig ist daneben die für den Hauptvertrag geltende Form einzuhalten. Insoweit kann die Einhaltung der Form des § 1027 Abs. 1 ZPO sogar zu einer Arbeiterleichterung führen, indem etwa eine Schiedsvereinbarung einem Gesellschaftsvertrag lediglich beigelegt werden kann und nicht mit verlesen werden muß. Wer jedoch auch in diesem Punkt ganz sicher gehen will und eine Änderung der Rechtsprechung des BGH befürchtet, sollte die Schiedsabrede mitbeurkunden. Die Mitbeurkundung hat überdies den Vorteil, beim Verlesen der Schiedsabrede nochmals die einzelnen Regelungen erläutern zu können und damit der notariellen Belehrungspflicht Genüge zu tun. Für Gesellschaftsverträge sei nochmals betont, daß darin enthaltene Schiedsklauseln in den meisten Fällen nicht formfrei sind. Auch hier ist es ratsam, jedes Risiko zu vermeiden und die Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO zu beachten. Soweit durch § 1048 ZPO bei satzungsmäßigen Schiedsklauseln eine Beachtung dieser Formstrenge nicht verlangt wird, ist darauf zu achten, daß diese Befreiung nur im Rahmen der statutarischen Bindungsmöglichkeit der Mitglieder oder Gesellschafter gewährt wird. Wegen der im Einzelfall problematischen Abgrenzung zwischen individualrechtlicher und statutarischer Streitigkeit kann man auch hier den sichersten Weg gehen und bei Gesellschaftsverträgen die Form des § 1027 Abs. 1 ZPO beachten und auch neu eintretende Gesellschafter in dieser Form der Schiedsabrede beitreten lassen. Da gesellschaftsvertragliche Schiedsklauseln nicht selten sind, sollte man bei der Abtretung eines Geschäftsanteiles den Gesellschaftsvertrag auf etwa darin enthaltene Schiedsklauseln untersuchen und den neuen Gesellschafter notfalls der Schiedsabrede formell beitreten lassen. Die Möglichkeit eines letztwillig angeordneten Schiedsgerichtes zur Lösung möglicher Streitigkeiten wird häufig übersehen, obwohl gerade hier die Vorteile des Schiedsgerichtsverfahrens hervortreten, insbesondere durch die mögliche Verbindung des Testamentsvollstreckeramtes mit dem des Schiedsrichters. Den Schiedsrichter sollte man nicht aus den Reihen der Erben oder Vermächtnisnehmer bestimmen, sondern eine Person wählen, die möglichst neutral dem Nachlaß gegenüber steht, um zu vermeiden, daß der Schiedsrichter wegen der nicht möglichen Entscheidung in eigener Sache ausgeschlossen ist. Die von Kohler vorgeschlagene Formulierung einer letztwilligen Schiedsklausel dürfte in vielen Fällen ausreichen. Es empfiehlt sich, bei der Abfassung von Testamenten und Erbverträgen, in denen zur Sicherung des Erblasserwillens Testamentsvollstreckung angeordnet wird, auch daran zu denken, daß eine Schiedsklausel das Testamentsvollstreckeramt stärken und damit dem Erblasserwillen Geltung verschaffen kann.

## Rechtsprechung

1. Allgemeines/Grundbuchrecht – Nachweis der Vollmacht (OLG Köln, Beschluß vom 14. 12. 1983 – 2 Wx 33/83 – mitgeteilt von Notar Dr. Hans Herz, Köln)

BGB § 171  
GBO § 29

Erteilt der Verkäufer in einem notariellen Kaufvertrag dem Käufer Vollmacht, das verkaufte Grundstück zu Finanzierungszwecken zu beleihen, dann kann diese Vollmacht als

mündliche Innenvollmacht ausgestaltet sein, deren Erteilung und Widerruf sich nach § 171 BGB richten. Aus der Beauftragung des Notars, an allen Rechtsgeschäften aufgrund der Vollmacht mitzuwirken, folgt deren eingeschränkte Widerrufsmöglichkeit. In diesen Fällen kann der Notar in der Form des § 29 GBO bestätigen, daß die Bevollmächtigung in seiner Gegenwart erklärt und ihm gegenüber nicht widerrufen worden ist.

(Leitsätze nicht amtlich)

97 Maier, 109  
98 Kohler, a.a.O., 133

99 Maier, 109  
100 RGRK/Kregel, § 1936 BGB, Rd.-Nr. 6, Palandt/Keidel, § 2084 BGB, Anm. 4 b

## Zum Sachverhalt:

Durch eine von dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten beurkundete Erklärung vom 27. 4. 1983 bewilligte die Beteiligte zu 1) (Verkäuferin und Eigentümerin), vertreten durch den Beteiligten zu 2) (Erwerber), die Eintragung einer Grundschuld in Höhe von 150 000,— DM zugunsten der Kreissparkasse.

In der Urkunde heißt es unter anderem, der Beteiligte zu 2) handle „aufgrund Beleihungsvollmacht im Kaufvertrag in der Urkunde des Notars Dr. H., die bei Beurkundung in Urschrift vorlag“. Die Kaufvertragsurkunde hat weder dem AG noch dem LG vorgelegen.

Unter dem 4. 5. 1983 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Eintragung der Grundschuld beim AG beantragt. Der Rechtspfleger des AG hat den Verfahrensbevollmächtigten durch Zwischenverfügung vom 11. 5. 1983 mit Fristsetzung aufgefordert, eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht vorzulegen und weiter mitzuteilen, ob der Beteiligte zu 2) bei der Beurkundung der Bewilligung im Besitz einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde gewesen sei. Der dagegen gerichteten Erinnerung hat der Richter am AG nicht abgeholfen. Das LG hat die ihm dadurch angefallene Beschwerde zurückgewiesen und seine Entscheidung in erster Linie damit begründet, daß es an der Vorlage einer beglaubigten Abschrift über die Vertretungsmacht des Beteiligten zu 2) fehle. Ergänzend hat die Kammer darauf hingewiesen, daß auch der Nachweis des Nichtvorliegens von Vollmacherlöschungsgründen fehle, was in der Zwischenverfügung zu Recht beanstandet worden sei. AG und LG sind dabei ersichtlich davon ausgegangen, daß es sich um einen Anwendungsfall des § 172 BGB handle.

Mit der dagegen gerichteten weiteren Beschwerde hat der Verfahrensbevollmächtigte erstmals den notariellen Kaufvertrag vom 18. 3. 1983 vorgelegt. Er rügt, das LG habe verkannt, daß die Rechtslage nach § 171 BGB, nicht nach § 172 BGB zu beurteilen sei.

## Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Der angefochtene Beschluß beruht auf einer Gesetzesverletzung (§§ 78 GBO, 550 ZPO).

Die vorliegende Bewilligung (§ 19 GBO) ist in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Dieser Nachweis erstreckt sich auf die Erteilung der Vollmacht und deren Fortbestand im Zeitpunkt der Bewilligung. Insoweit sind entsprechend der unterschiedlichen Regelung in den §§ 170 bis 172 BGB je nach Art und Weise der Bevollmächtigung mehrere Fallgestaltungen zu unterscheiden.

Die Außenvollmacht (§ 170 BGB) erlischt erst durch Anzeige des Vollmachtgebers gegenüber dem Dritten. Eine Innenvollmacht, die der Vollmachtgeber durch „besondere Mitteilung“ einem Dritten kundgegeben hat (§ 171 Abs. 1 BGB), wirkt fort bis zum Widerruf (§ 171 Abs. 2 BGB). Hat der Vollmachtgeber dem Bevollmächtigten eine Vertretungsurkunde ausgehändigt und dieser sie dem Dritten vorgelegt (Fall des § 172 Abs. 1 BGB), dann bleibt das Vertrauen auf die Vertretungsmacht geschützt, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben wird (§ 172 Abs. 2 BGB).

Der Fortbestand der Vollmacht wird im Anwendungsbereich des § 172 BGB dadurch nachgewiesen, daß der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde im Zeitpunkt der Bewilligung vorlegt und damit belegt, daß er sie nicht zurückgegeben hat. Mit dieser Sachlage hat sich der BGH in BGHZ 76, 76 = MittRhNotK 1980, 131 mit kritischer Anmerkung von Kasper befaßt. Auch die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, daß im Ausgangsfall der Fortbestand der Vollmacht den Nachweis voraussetze, daß der Beteiligte zu 2) bei der Beurkundung der Bewilligung im Besitz einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde gewesen sei. Diese rechtliche Beurteilung ist indessen unzutreffend.

Die Rechtslage beurteilt sich nicht nach § 172 BGB, sondern nach § 171 BGB. Aus dem Inhalt der Erinnerungsschrift läßt sich entnehmen, daß die Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) in der Beurkundungsverhandlung mündlich bevollmächtigt hat, im eigenen Namen das veräußerte Grundstück zu beleihen. Diese mündliche Bevollmächtigung ist vom Notar mit beurkundet worden. Das bedeutet indessen entgegen der Annahme der Vorinstanzen nicht, daß hier überhaupt eine besondere Vollmachtsurkunde errichtet werden sollte. Dies sollte gerade nicht geschehen. So erklärt sich die direkte Anweisung (eine „beson-

dere Mitteilung“ im Sinne des § 171 Abs. 1 BGB) an den Notar, bei Rechtsgeschäften aufgrund dieser Vollmacht aus Sicherheits- und Kontrollgründen mitzuwirken. Für den Ausgangsfall ergibt sich daraus, daß die Vertretungsmacht des Beteiligten zu 2) nicht vom Besitz einer Vollmachtsurkunde abhängt und dementsprechend eine solche Urkunde gar nicht zurückgegeben werden kann, wie dies § 172 Abs. 2 BGB vorsieht. Vielmehr bleibt das Vertrauen auf die Vertretungsmacht nach § 171 Abs. 2 BGB geschützt, bis die Vollmacht widerrufen wird. Daß dies nicht geschehen ist, ist in der grundbuchrechtlichen Form des § 29 GBO nachzuweisen. Im Ausgangsfall folgt aus der Beauftragung des Notars, an allen Rechtsgeschäften aufgrund der Vollmacht mitzuwirken, auch eine eingeschränkte Widerrufsmöglichkeit. Die von der Beteiligten zu 1) dem Beteiligten zu 2) erteilte Vollmacht kann nur gegenüber dem Notar widerrufen werden.

Diese materielle Rechtslage bestimmt Form und Umfang der grundbuchrechtlich gebotenen Nachweise. Erforderlich ist der Nachweis, daß die Beteiligte zu 1) den Beteiligten zu 2) bevollmächtigt hat und daß diese Vollmacht nicht gegenüber dem Notar widerrufen worden ist. Daß diese Voraussetzungen vorliegen, kann auch der Notar selbst in der Form des § 29 GBO bestätigen, soweit es sich um sein eigenes Wissen handelt. Ist die Bevollmächtigung in seiner Gegenwart erklärt worden, kann er dies formgerecht bestätigen, desgleichen daß ihm gegenüber kein Widerruf erklärt worden ist. Bei freier Widerrufsmöglichkeit auch gegenüber dem Bevollmächtigten im Fall des § 171 BGB könnte der Notar folglich nicht formgerecht bestätigen, daß der Vollmachtgeber auch gegenüber dem Vollmachtnehmer nicht widerrufen habe.

Ungeachtet dieser Nachweiserleichterungen gilt jedoch der Grundsatz, daß das Grundbuchamt die Wirksamkeit und den Umfang der Vollmacht selbständig prüfen muß, auch wenn der Notar bereits geprüft und das Ergebnis seiner Prüfung für ausreichend befunden hat (vgl. KGJ 1, 326, 327; BayObLGZ 1954, 231; OLG Hamm DNotZ 1954, 38; Horber, 16. Aufl. 1983, § 19 GBO, Anm. 5 E b, S. 180). Deshalb ist es unerlässlich, daß im Ausgangsfall dem Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde vom 18. 3. 1983 UR vorgelegt wird (KG JW 1932, 1153; KGJ 37, A 221; OLG Stuttgart DNotZ 1952, 183; OLG Frankfurt Rpfleger 1972, 306; Horber, a.a.O., § 29 GBO, Anm. 7 c).

**Hinw. d. Schriftl.:** Vgl. zum obigen Beschluß auch den Beschluß des OLG Köln vom 21. 7. 1983, MittRhNotK 1983, 209.

**2. Allgemeines/Grundbuchrecht — Nachweis der Vollmacht** (OLG Köln, Beschluß vom 9. 1. 1984 — 2 Wx 30/83 — mitgeteilt von Notar Dr. Hans Herz, Köln)

## BGB § 172 GBO § 29

**Der nach § 172 Abs. 2 BGB, § 29 GBO erforderliche Nachweis des Fortbestehens einer Verkaufsvollmacht kann nicht dadurch geführt werden, daß der Notar bestätigt, ihm habe die Urschrift der Vollmacht im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen.**

(Leitsatz nicht amtlich)

## Zum Sachverhalt:

Im Wohnungsgrundbuch von H. Bl. 28 sind in der ersten Abteilung die Beteiligten zu 1) bis 3) als Eigentümer eingetragen. Durch notariellen Vertrag vom 26. 4. 1983 des Notars Dr. H. verkauften sie das Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 4) und 5). Im Kaufvertrag haben die Beteiligten unter anderem die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für die Käufer bewilligt. Bei Abschluß des Vertrages ist der Beteiligte zu 1) zugleich als Bevollmächtigter der Beteiligten zu 2) und 3) aufgetreten. Die Vollmachten sind unter dem 14. 7. und 28. 10. 1982 vor dem amtlich bestellten Vertreter des Notars Dr. H. beurkundet worden. In beiden Vollmachtsurkunden ist vorgesehen, daß dem Bevollmächtigten eine Ausfertigung zu erteilen sei. Dies ist nach den Ausführungen im

Schriftsatz vom 15. 9. 1983 auch geschehen. Im notariellen Vertrag vom 26. 4. 1983 hat der amtierende Notar beurkundet, daß die Urschriften der Vollmachten ihm bei Abschluß des Vertrages vorgelegen haben.

Im Mai 1983 haben die Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch beantragt. Das AG hat diesen Antrag durch Zwischenverfügung vom 10. 5. 1983 beanstandet und den Nachweis gefordert, daß der Beteiligte zu 1) am 26. 4. 1983 noch im Besitz einer Ausfertigung der Vollmachten gewesen sei. Der dagegen eingeleiteten Erinnerung der Beteiligten hat das AG nicht abgeholfen. Die infolgedessen als Beschwerde zu behandelnde Erinnerung ist vom LG durch den angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

#### Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 78 GBO).

Der nach §§ 19, 29 GBO erforderliche Nachweis der Bevollmächtigung des Beteiligten zu 1) durch die Beteiligten zu 2) und 3) richtet sich nach § 172 BGB. Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob die Erteilung und der Fortbestand der Vollmacht formgerecht nachgewiesen ist. Hinsichtlich des Fortbestandes hat das LG dies zu Recht verneint.

Nach § 172 Abs. 2 BGB erlischt die Vollmacht durch Rückgabe einer dem Bevollmächtigten ausgehändigten Vollmachtsurkunde an den Vollmachtgeber. Der Fortbestand der Bevollmächtigung setzt deshalb den Nachweis voraus, daß der Bevollmächtigte die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde bei seinem Handeln als Vertreter noch besessen hat. Dieser Nachweis kann nicht dadurch geführt werden, daß der Notar bestätigt, ihm habe die Urschrift der Vollmacht im maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen. Das ist dann, wenn der beurkundende Notar auch die Vollmacht beurkundet hat, selbstverständlich, weil er die Urschrift nicht aushändigen darf (§ 45 BeurkG). Daraus folgt nicht, daß der Bevollmächtigte die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde noch in Besitz hat. Gerade um diesen Nachweis geht es aber.

Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht von dem in BGHZ 76, 76 = MittRhNotK 1980, 131 mit kritischer Anm. Kasper veröffentlichten Urteil des BGH vom 20.12.1979 ab. Dort ging es nur um die Auslegung des Begriffs „vorgelegt“ in § 172 Abs. 1 BGB, weil davon die materiell-rechtliche Beurteilung der Wirksamkeit eines Vertrages abhing. Mit den Erfordernissen des grundbuchrechtlichen Nachweises des Fortbestandes der Vollmacht hat sich der BGH nicht befaßt. Außerdem lag der vom BGH beurteilte Sachverhalt insofern anders, als dort die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde beim Grundbuchamt hinterlegt war. Der Bevollmächtigte konnte sie schon deshalb nicht dem Vollmachtgeber zurückgegeben haben. Im Ausgangsfall hingegen ist ungewiß, wer die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde zur Zeit des Vertragsabschlusses in Händen gehabt hat.

**3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Auflassungsvormerkung** (LG Konstanz, Beschluß vom 2.11.1983 — 1 T 259/83 — mitgeteilt von Notar Dr. Werner Esser, Köln)

#### GBO § 22

**Zur Wiedereintragung einer zu Unrecht gelöschten Auflassungsvormerkung aufgrund Nachweises der Unrichtigkeit**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin ist Miteigentümerin zu ½ Anteil des Grundstücks. Zugleich mit ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch am 30. 6. 1982 löschte das Grundbuchamt die zugunsten von Frau G. in Abteilung 2 unter lfd. Nr. 1 eingetragene Auflassungsvormerkung. Wie sich später herausstellte, erfolgte die Löschung der Vormerkung zu Unrecht. Das Grundbuchamt hat daraufhin gemäß § 53 Abs. 1 GBO von Amts wegen am 13. 1. 1983 einen Widerspruch gegen die Löschung der Auflassungsvormerkung eingetragen.

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 24. 1. 1983 hat Frau G. die Wiedereintragung der zu Unrecht gelöschten Vormerkung mit dem früheren Rang beantragt. Mit Beschluß vom 29. 9. 1983 hat das Grundbuchamt diesen Antrag zurückgewiesen. Seiner Auffassung nach fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis für die Eintragung; darüber hinaus könnte die Eintragung auch nur auf Grund einer öffentlich beglaubigten Eintragungsbewilligung der Beschwerdeführerin erfolgen, die nicht vorgelegt worden sei.

Gegen diesen Beschluß hat Frau G. Beschwerde eingelegt, mit der sie ihr Begehren auf Wiedereintragung der Vormerkung weiterverfolgt.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem LG zur Entscheidung vorgelegt.

#### Aus den Gründen:

Die gemäß § 71 GBO zulässige Beschwerde ist begründet und führte zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Grundbuchamts vom 29. 9. 1983. Zugleich war das Grundbuchamt zur Vornahme der begehrten Eintragung anzuweisen.

Auszugehen ist davon, daß die Vormerkung zwar kein dingliches Recht ist, aber als besonders geartetes Sicherungsmittel dem durch sie geschützten schuldrechtlichen Anspruch — hier auf Übertragung des Eigentums — in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinne einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks verleiht. Sie bewirkt insbesondere die relative Unwirksamkeit von später (ohne Zustimmung des Vormerkungsgläubigers) eingetragenen Grundstücksrechten, sogenannten Zwischenrechten (§ 883 Abs. 2 BGB), und sichert dem dinglichen Recht, auf dessen Einräumung der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch gerichtet ist, denjenigen Rang, der ihm zugekommen wäre, wenn es selbst bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 Abs. 3 BGB). Diesem Charakter der Vormerkung entspricht es auch, ihre Wirksamkeit nicht schon mit der bloßen Löschung im Grundbuch, sondern erst mit dem Eintritt eines materiellen Erlöschenstatbestandes endigen zu lassen, und diese Erlöschenstatbestände wiederum in gewissem Umfang der gesetzlichen Regelung bei echten dinglichen Rechten zu entnehmen. Hiernach erlischt eine Vormerkung einmal mit dem Erlöschen des durch sie gesicherten Anspruchs — das folgt aus ihrer Akzessorietät diesem gegenüber und tritt automatisch ein, macht also das Grundbuch „unrichtig“ — und zum anderen, entsprechend § 875 BGB, durch das Zusammentreffen der Löschung im Grundbuch mit einer materiellrechtlichen Willenserklärung des Vormerkungsgläubigers gegenüber dem Grundbuchamt oder dem durch das Erlöschen Begünstigten, daß er die Vormerkung aufhebe (BGH DNotZ 1973, 367, 369 m.w.N.). Die bloße Löschung im Grundbuch, ohne daß entweder der gesicherte Anspruch erloschen ist oder eine solche (konstitutive) Aufhebungserklärung des Vormerkungsgläubigers vorliegt, läßt das Recht aus der Vormerkung (Vormerkungslage) außerhalb des Grundbuchs fortbestehen und macht daher das Grundbuch „unrichtig“ (BGH, a.a.O.; Haegeler, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Rd.-Nr. 698; Kuntze/Ertel/Herrmann/Eickmann, § 22 GBO, Rd.-Nr. 50). In diesen Fällen hat der Vormerkungsgläubiger die Möglichkeit entweder des Widerspruchseintrags gemäß §§ 894, 899 BGB oder gegebenenfalls von Amts wegen nach § 53 GBO oder auch des Wiedereintrags der Vormerkung (vgl. hierzu insbesondere BayObLG DNotZ 1961, 587), zum anderen besteht aber auch die Möglichkeit des vormerkungsfreien Erwerbs von Zwischenrechten durch einen Gutgläubigen gem. §§ 892, 893 BGB. Infolge der Möglichkeit, daß ein bisher dem Vormerkungsgläubiger gegenüber relativ unwirksames Zwischenrecht in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers voll wirksam wird, bedeutet die Löschung der Vormerkung eine Gefahr für den Vormerkungsgläubiger auch dann noch, wenn er das dingliche Recht, dessen Erwerb die Vormerkung sichern soll, später erwirbt und als Rechtsinhaber im Grundbuch eingetragen wird. Deshalb ist sein Anspruch auf Einräumung des dinglichen Rechts, wenn Zwischenrechte — ohne seine Zustimmung — begründet würden, nicht schon mit seiner Eintragung als Berechtigter und der dazugehörigen Einigung, sondern erst dann voll erfüllt, wenn auch die Zwischenrechte beseitigt, insbesondere im Grundbuch gelöscht sind (BGH, a.a.O.).



Im hier zu entscheidenden Fall liegt eine materiellrechtliche Aufhebungserklärung der Beschwerdeführerin hinsichtlich der Auflassungsvormerkung nicht vor. Es fehlt aber auch bereits am grundbuchrechtlichen Erfordernis hinsichtlich des Löschantrags der Beschwerdeführerin bezüglich der Auflassungsvormerkung. Das Grundbuchamt ist zutreffend davon ausgegangen, daß die im notariellen Kaufvertrag vom 6.10.1978 enthaltene Bevollmächtigung sich lediglich auf die „Erklärung der Auflassung“ bezog, nicht hingegen auf die Löschung der Auflassungsvormerkung. In der Auflassungsurkunde vom 18.3.1983 wird jedoch hinsichtlich der Bevollmächtigung des für die Beschwerdeführerin handelnden Herrn M. ausdrücklich auf Ziffer 9 des Kaufvertrages vom 6.10.1978 abgehoben. Jener enthält aber gerade keine Bevollmächtigung zur Abgabe der Löschantragbewilligung. Damit ist der Nachweis der Unrichtigkeit der am 30.6.1982 zu Unrecht gelöschten Auflassungsvormerkung zugunsten der Beschwerdeführerin gemäß § 22 GBO geführt. Einer Berichtigungsbewilligung bedarf es demgemäß nicht mehr, da diese durch den Nachweis der Unrichtigkeit stets ersetzt wird (vgl. Horber, 15. Aufl., § 22 GBO, Anm. B 3).

Als ein die Auflassungsvormerkung der Beschwerdeführerin beeinträchtigendes Zwischenrecht ist die in Abteilung 3 unter lfd. Nr.1 am 12.2.1981 eingetragene Grundschuld über 120 000,— DM anzusehen. Gläubigerin dieser Grundschuld ist weiterhin die X.-Bank. Ein gutgläubiger vormerkungswidriger Rechtserwerb, der die Vormerkung auch materiell zum Erlöschen gebracht hätte, liegt somit nicht vor. Eine rechtsgeschäftliche Aufhebung der Vormerkung liegt gleichfalls nicht vor. Das somit unrichtige Grundbuch muß daher durch die Wiedereintragung der Vormerkung mit dem früheren Rang und dem Hinweis darauf berichtigt werden, daß die Vormerkung bereits eingetragen war und zu Unrecht gelöscht worden ist (vgl. BayObLG, a.a.O.).

Demgemäß war der angefochtene Beschluß aufzuheben und das Grundbuchamt entsprechend anzuweisen.

#### **4. Familienrecht — Änderung des Vornamens eines adoptierten Kindes**

(LG Aachen, Beschluß vom 2.11.1983 — 3 T 503/83 — mitgeteilt von Notar Werner Münstermann, Geilenkirchen)

##### **BGB § 1757 Abs. 2**

**Zur Zulässigkeit der Änderung des Vornamens eines Kindes, das schon wenige Tage nach der Geburt in Adoptionspflege genommen und von den Adoptionsbewerbern von Anfang an bei dem von ihnen gewählten Vornamen gerufen wurde.**

(Leitsatz nicht amtlich)

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

Die Beteiligten zu 2) haben mit notariell beurkundetem Antrag vom 29.7.1983 beim Vormundschaftsgericht beantragt, die Annahme der von ihren Eltern zur Adoption freigegebenen Beteiligten zu 1) als Kind auszusprechen. Gleichzeitig haben sie beantragt, den Vornamen des Kindes Stefanie in „Sabine“ zu ändern, da das Kind von Anfang an von ihnen mit dem Namen „Sabine“ angesprochen worden sei. Die Änderung des Vornamens diene somit dem Wohl des Kindes und darüber hinaus der Wahrung des Inkognitos. In derselben notariellen Urkunde hat das Kreisjugendamt als Vormund des Kindes seine Einwilligung in die Kindesannahme und den Antrag der Änderung des Vornamens erteilt.

Das Kreisjugendamt hat die Namensänderung mit der Begründung befürwortet, daß es auch für die Adoptiveltern wichtig sei, den Vornamen ihres Kindes selbst bestimmen zu können. Für ein einjähriges Kind sei es schon sehr verwirrend, wenn es plötzlich auf einen anderen Namen hören solle. Sicherlich sei es auch eine Belastung für die Beziehung zwischen den Eltern und dem Kind.

Das am 9.9.1982 geborene Kind lebt seit dem 17.9.1982 im Haushalt der Beteiligten zu 2).

Das AG hat durch Beschluß vom 5.9.1983 die Annahme der Beteiligten zu 1) als Kind der Beteiligten zu 2) ausgesprochen und den Antrag der Beteiligten zu 2) auf Änderung des Vornamens des Kindes Stefanie in „Sabine“ zurückgewiesen. Insoweit hat es zur Begründung ausgeführt, das Wohl des Adoptivkindes gebiete nicht die begehrte Namensän-

derung. Sie sei entgegen der Auffassung der Annehmenden nicht zur Wahrung des Inkognitos notwendig. Im Hinblick auf die Gebräuchlichkeit des Vornamens „Stefanie“ sei die Gefahr, daß die Adoption infolge der Beibehaltung dieses Namens aufgedeckt werden könnte, denkbar gering.

Ebensowenig stelle der Umstand, daß die Annehmenden das Kind seit der Aufnahme „Sabine“ nennen würden, einen schwerwiegenden Grund für die verlangte Namensänderung im Sinne des § 1757 Abs. 2 BGB dar. Wollte man diese Eigenmächtigkeit der Annehmenden billigen, ließe das auf eine freie Vornamenwahl der Adoptiveltern hinaus, die die Gesetzgeber gerade nicht zugelassen habe. Mit Rücksicht darauf, daß das Kind erst ein Jahr alt werde, sei eine psychische Schädigung auch nicht dadurch zu befürchten, daß es künftig wieder mit seinem amtlichen Vornamen „Stefanie“ gerufen werde. Wenn es für das Kind „sehr verwirrend“ sein sollte, plötzlich auf einen anderen Vornamen zu hören, so liege das allein an der eigenmächtigen Umbenennung durch die Annehmenden, für die es keine schwerwiegenden Gründe gebe.

Gegen die Zurückweisung des Antrags auf Änderung des Vornamens haben die Beteiligten zu 2) mit Schreiben vom 28.9.1983 „Einspruch“ erhoben, den sie wie folgt begründen: Nach ihrer Auffassung betrachte man jedes Kind um so mehr als sein eigenes, je mehr man ihm von sich selbst geben könne. Hierzu gehörten neben wichtigen Dingen wie Liebe, Lebenserfahrung usw. auch Nebensächlichkeiten wie z. B. der Name. Die Namensänderung sei auch zur Wahrung des Inkognitos sinnvoll. Zwar sei es richtig, daß der Name „Stefanie“ relativ häufig vorkomme, hierbei müsse man jedoch berücksichtigen, daß den leiblichen Eltern der genaue Geburtstermin bekannt sei und daß Adoptivkinder in der Regel im gleichen Amtsbezirk des Jugendamtes vermittelt würden.

Das AG hat das Einspruchsschreiben der Beteiligten zu 2) als Beschwerde gewertet und dieser nicht abgeholfen, da es sich nach seiner Auffassung nicht um schwerwiegende Gründe im Sinne des § 1757 Abs. 2 BGB handele. Es hat die Akte unter Benachrichtigung der Beteiligten dem LG zur Entscheidung vorgelegt.

Das AG hat das Einspruchsschreiben der Beteiligten zu 2) zutreffend als Beschwerde gewertet, die gemäß §§ 19, 20 FGG zulässig ist und auch in der Sache Erfolg hat.

##### **Aus den Gründen:**

Die angefochtene Entscheidung geht zu Recht davon aus, daß nach § 1757 Abs. 2 BGB eine Änderung des Vornamens bei der Kindesannahme ausnahmsweise dann erfolgt, wenn sie aus schwerwiegenden Gründen zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Entgegen der Ansicht des AG ist die Kammer jedoch der Auffassung, daß diese Voraussetzungen für eine Änderung des Vornamens in der beantragten Weise gegeben sind.

Für die Einschränkung der Befugnis zur Namensänderung waren medizinische Hinweise auf den Vornamen als wesentliches Identifikationsmittel gerade im frühen Alter ausschlaggebend (vgl. Lüderitz, NJW 1976, 1865, 1870). Der Gesetzgeber hat sich zu der geltenden Fassung des § 1757 Abs. 2 BGB gerade aufgrund von Erkenntnissen der entwicklungspsychologischen Forschung entschlossen, nach denen der Vorname in der frühkindlichen Phase der Bindung an eine Bezugsperson und der Entwicklung eines individuellen Bezugssystems zu den wichtigsten Orientierungsmitteln für das Kind gehört (vgl. LG Berlin, FamRZ 1978, 149, 150). Durch § 1757 Abs. 2 BGB soll verhindert werden, daß eine Namensänderung die gedeihliche Entwicklung des Kindes gefährden kann.

Befindet sich ein Kind aber schon wenige Tage nach der Geburt in Adoptionspflege und wird von den Adoptionsbewerbern von Anfang an bei dem von ihnen gewählten Vornamen gerufen, so kann dem Sinn und Zweck des § 1757 Abs. 2 BGB nur Rechnung getragen werden durch eine entsprechende Änderung des amtlichen Vornamens (vgl. MünchKomm/Lüderitz, § 1757 BGB, Rd.-Nr. 11; Lüderitz, a.a.O.). In einem solchen Fall käme die Ablehnung eines entsprechenden Antrags gerade einer vom Gesetzgeber nicht gewollten faktischen Namensänderung gleich.

Die Kammer schließt sich der Ansicht des KG (FamRZ 1978, 208 = MittRhNotK 1978, 113) an, wonach allein das Kindeswohl Maßstab für die gerichtliche Entscheidung ist, ob die begehrte Namensänderung zu gestatten ist oder nicht. Der Begriff „aus schwerwiegenden Gründen“ ist bereits dann erfüllt, wenn dem Wohle des Kindes bei der geänderten Namensführung erheblich besser gedient ist, als wenn es seinen bisherigen amtlichen

Namen führt (vgl. KG. a.a.O.: LG Stuttgart DAVorm 1978, 794; LG Freiburg, FamRZ 1980, 1068).

Die Beteiligte zu 1) ist — da sie im Alter von 9 Tagen zu den Adoptionseletern gekommen ist — praktisch nie mit ihrem von den leiblichen Eltern gegebenen Namen „Stefanie“ gerufen worden, wohingegen sie, da sie mittlerweile etwas über 1 Jahr alt ist, einen persönlichen Bezug zu dem Namen „Sabine“ entwickelt hat. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum diese beginnende „Ich-Identifikation“ des Kindes mit seinem Vornamen auch nur möglicherweise dadurch gestört werden soll, daß die Adoptiveltern das Kind plötzlich mit einem anderen, ihm bisher völlig fremden Namen, an dessen Beibehaltung das Kind keinerlei eigenes Interesse hat, anreden sollen. Dem Wohle des Kindes kann daher nur eine Beibehaltung des bisherigen, ihm vertrauten Rufnamens „Sabine“ dienen und damit eine Änderung des amtlichen Vornamens.

Hinzu kommt, daß die Weiterführung des von den Adoptiveltern gewünschten Namens die Integration des Kindes in die neue Familie fördert und auch aus diesem Grunde dem Wohl des Kindes in hohem Maße dient.

Da allein das Kindeswohl maßgebend ist, konnte bei der Entscheidung nicht berücksichtigt werden, ob dadurch ein eigenmächtiges Handeln der Adoptiveltern im Ergebnis substantiiert wird.

## 5. Erbrecht — Ablieferung von Verfügungen von Todes wegen

(BayObLG, Beschluß vom 21. 6. 1983 — BReg. 1 Z 7 — 11/83 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Dr. Martin Pfeuffer, München)

### BGB §§ 2263a, 2300a

**Die Vorschriften über die Ablieferung von Verfügungen von Todes wegen sind auf Erbverzichtsverträge nicht entsprechend anwendbar.**

(Leitsatz nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Notar Dr. H. verwahrt Erbverzichtsverträge, die sein Amtsvorgänger in den Jahren 1929 und 1930 mit den Erblassern beurkundet hat. Er führte im Jahre 1982 Ermittlungen über das Fortleben der Erblasser durch. Im Juni 1982 lieferte er die Urschriften der Verträge beim AG zur Eröffnung ab.

Das AG gab die Urkunden mit Verfügungen vom 21. und 22. 6. 1982 an den Notar zurück, da sie keine Verfügungen von Todes wegen enthielten, die eröffnet werden mußten. Mit Schreiben vom 6. 7. 1982 lieferte er die Urschriften der Urkunden nochmals „entsprechend § 2300a BGB zur Eröffnung ab“. Dieses Schreiben sah das AG als Erinnerung gegen die Verfügungen vom 21. und 22. 6. 1982 an. Der Rechtspfleger und der Richter halfen den Erinnerungen nicht ab. Der Richter legte sie dem LG vor.

Am 27. 12. 1982 erklärte der Notar, seine Erinnerungen richteten sich nur gegen die Nichtannahme der abgelieferten Urkunden, nicht aber gegen die Ablehnung der Eröffnung.

Mit Beschluß vom 28. 12. 1982 wies das LG die Beschwerden als unbegründet zurück.

Gegen diese Entscheidung richteten sich die weiteren Beschwerden des Notars.

### Aus den Gründen:

A. Die an keine Frist gebundenen weiteren Beschwerden sind statthaft (§ 27 FGG) und formgerecht (§ 29 Abs. 1 Sätze 1 und 3 FGG) eingelegt. Die Beschwerdeberechtigung des Notars ergibt sich bereits aus der Zurückweisung seiner Erstbeschwerden (§§ 20, 29 Abs. 4 FGG; BGHZ 31, 92, 95; BayObLGZ 1982, 363, 364; 1983, 9, 11).

B. Die somit zulässigen Rechtsmittel haben jedoch keinen Erfolg.

1. Die Zulässigkeit der Erstbeschwerden hat das LG, was vom Rechtsbeschwerdegericht selbständig nachzuprüfen ist (BayObLGZ 1983, 67, 70), zutreffend bejaht (§§ 19, 21 FGG). Insbesondere ergab sich die Beschwerdeberechtigung des Notars — wie bereits das LG mit Recht dargelegt hat — aus § 20 Abs. 1 FGG (ebenso für das Beschwerderecht gegen die Ablehnung der Annahme von Testamenten oder Erbverträgen: KGJ 23 A 195; LG Memmingen RPflege 1977, 440; Palandt/Edenhofer, 42. Aufl., § 2300a BGB, Anm. 2; RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2300a BGB, Rd.-Nr. 3; a. A. zum Beschwerderecht des Notars gegen die Ablehnung der Eröffnung einer von ihm abgelieferten Verfügung von Todes wegen: Jansen, 2. Aufl., § 20, FGG, Rd.-Nr. 59). Denn durch die Ablehnung der Annahme der abgelieferten Urkunden wird der Notar an der Erfüllung einer von ihm angenommenen Pflicht gehindert (vgl. LG Memmingen, a.a.O.; Palandt/Edenhofer, a.a.O.). Bei der Beurteilung der Beschwerdeberechtigung kommt es insoweit nur darauf an, daß ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt wäre, wenn die angefochtene Entscheidung sich in seinem Sinn als ungerechtfertigt herausstellen würde (Keidel/Kuntze/Winkler, 11. Aufl., § 20 FGG, Rd.-Nr. 2).

2. In der Sache selbst führt das LG zur Begründung seiner Entscheidung aus, nach § 2300a BGB i. V. mit § 25 Abs. 2 Satz 2 BNotO habe der Notar Erbverträge nach 50 Jahren dem Nachlaßgericht zur Eröffnung abzuliefern, wenn das Fortleben des Erblassers nicht festgestellt werden könne. Diese Vorschriften könnten auf Erbverzichtsverträge nicht entsprechend angewendet werden; denn durch den Erbverzichtsvertrag werde die Erbfolge nicht unmittelbar gestaltet, sondern nur eine Erbschafts- oder Vermächtnisanwartschaft beseitigt.

3. Diese Ausführungen halten im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Der Notar führt zur Begründung seiner weiteren Beschwerden aus, Zweck der §§ 2263a, 2300a BGB sei es zu verhüten, daß Urkunden uneröffnet blieben, die Auswirkungen auf die Erbfolge hätten; das treffe auch auf Eheverträge und Erbverzichtsverträge zu; deshalb sei in der Gemeinsamen Bekanntmachung über die Benachrichtigung in Nachlaßsachen vom 1. 10. 1973 auch eine Benachrichtigung des Standesamtes angeordnet für alle Erklärungen, nach deren Inhalt die Erbfolge geändert werde; die Ablieferung solle zur Eröffnung gerade dann führen, wenn dies durch die Benachrichtigung nicht bewirkt worden sei; eine Beschränkung der Ablieferungspflicht auf Erbverträge führe zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil auch Eheverträge und Erbverzichte die Erbfolge mit dinglicher Wirkung änderten und deshalb die Gefahr bestehe, daß unrichtige Erbscheine erteilt würden.

b) Diese Erwägungen schöpfen die erforderliche rechtliche Beurteilung nicht aus.

Der Umstand allein, daß die die Ablieferung 50 Jahre alter Erbverträge regelnde Vorschrift des § 2300a BGB ihrem Wortlaut nach unmittelbar nur für Erbverträge und nicht für Erbverzichte gilt, mag — wovon LG und Notar ausgehen — eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf Erbverzichte nicht ausschließen. Zwar bildet die Wortbedeutung einer gesetzlichen Bestimmung den Ausgangspunkt ihrer Auslegung. Von der Wortbedeutung kann jedoch einschränkend oder ausdehnend abgewichen werden, wenn Sinn und Zweck der Norm dies erfordern (vgl. Staudinger/Coing, 12. Aufl., Einl. Rd.-Nr. 140). Höher als der Wortlaut des Gesetzes stehen sein Sinn und Zweck (RGZ 142, 36, 40). Demgemäß ist die Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch gegenüber einem sprachlich unzuweideutigen Wortlaut nicht ausgeschlossen (BGHZ 2, 176, 184). Jede Auslegung findet jedoch dort ihre Grenze, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde (BVerfGE 47, 46, 82 m.N.; vgl. BGHZ 46, 74, 76; BayObLGZ 1955, 197, 200; 1965, 294, 304).

Bei den hier maßgebenden gesetzlichen Vorschriften (§§ 1937, 1941, 2346 BGB) handelt es sich um eindeutige Regelungen. Der Gesetzgeber hat in den §§ 2263a, 2300a BGB und in § 25

Abs. 2 Satz 2 BNotO eine Ablieferungspflicht nur für Verfügungen von Todes wegen (§§ 1937, 1941 BGB; vgl. BGH, DRiZ 1971, 26, 27) angeordnet. Der Erbverzicht (§ 2346 BGB) ist aber nach einhelliger Auffassung keine Verfügung von Todes wegen, sondern eine Verfügung unter Lebenden (Palandt/Edenhofer, Überbl. v. § 2346 BGB, Anm. 1 b; vgl. BayObLGZ 1981, 30, 33 f.).

Der Rechtsbeschwerdeführer hebt zwar zutreffend die Übereinstimmungen zwischen Erbvertrag und Erbverzicht hervor. Nach dem (objektivierten) Willen des Gesetzgebers waren aber für die Regelungen der §§ 2263a, 2300a BGB nicht diese Übereinstimmungen, sondern die Unterschiede zwischen beiden Rechtssituationen maßgebend.

Trifft der Erblasser in einem Erbvertrag eine Verfügung von Todes wegen, so ist der durch diese Verfügung Benachteiligte in aller Regel nicht am Erbvertrag beteiligt. Dies veranlaßt die Vertragsparteien häufig, über den Vertragsschluß Stillschweigen zu bewahren. Beim Tode des Erblassers besteht dann die Gefahr, daß der Erbvertrag unberücksichtigt bleibt. Dem sollen die Vorschriften über die Ablieferung des Erbvertrages zum Zwecke der Eröffnung — ebenso wie die Vorschriften über die Ablieferung von Testamenten — entgegenwirken. Die Bestimmungen der §§ 2263a und 2300a BGB sollen verhüten, daß Verfügungen von Todes wegen von Erblassern, deren Tod der verwahrenden Stelle nicht mitgeteilt wurde, auf Dauer uneröffnet bleiben (MünchKomm/Burkhardt, Rd.-Nr. 1, Palandt/Edenhofer, Anm. 2, je zu § 2263a BGB) und deshalb nicht zur Kenntnis der darin Bedachten gelangen (Soergel/Harder, 10. Aufl., Rd.-Nr. 2; Staudinger/Firsching, Rd.-Nr. 3., je zu § 2263a BGB).

Beim Erbverzicht liegen die Verhältnisse anders (vgl. Esch/Schulze zur Wiesche, Handbuch der Vermögensnachfolge, 2. Aufl., Rd.-Nr. 696; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., S. 96; v. Lübtow, Erbrecht, S. 523 ff., 526; MünchKomm/Strobel, § 2346 BGB, Rd.-Nr. 7 und 25). Hier ist der Benachteiligte am Verträge beteiligt. Ihm ist seine Benachteiligung durch den Erblasser deshalb bekannt. Der Erbverzicht wird in aller Regel vereinbart, um — insbesondere durch Abfindung eines Pflichtteilsrechtes (Lange/Kuchinke, S. 101, Fn. 40; Soergel/Damrau, § 2346 BGB, Rd.-Nr. 6) — andere Personen zu begünstigen. Der Erblasser hat keinen Anlaß, den Erbverzicht vor den begünstigten Personen zu verbergen. Die Gefahr, daß beim Eintritt des Erbfalls die Einflußnahme auf die Erbfolge unbekannt ist und deshalb unberücksichtigt bleibt, besteht daher beim Erbverzicht in ungleich geringerem Maße, als dies beim Erbvertrag der Fall ist.

Die für die Ablieferung und Eröffnung von Erbverträgen geltenden Bestimmungen beruhen deshalb auf Erwägungen, die für Erbverzicht nicht zutreffen. Die nur für letztwillige Verfügungen geschaffenen Vorschriften der §§ 2263a und 2300a BGB können somit auf Erbverzicht nicht entsprechend angewendet werden. Demgemäß ist das Schrifttum einhellig der Auffassung, daß die einen jeden treffende Verpflichtung, eine nicht in besondere amtliche Verwahrung gebrachte und in seinem Besitz befindliche letztwillige Verfügung unverzüglich, nachdem er vom Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat, an das Nachlaßgericht abzuliefern (§§ 2259 Abs. 1, 2300 BGB), nicht für Erbverzichtsverträge gilt (Erman, 7. Aufl., Rd.-Nr. 1; MünchKomm/Burkhardt, Rd.-Nr. 6; Palandt/Edenhofer, Anm. 1; Soergel/Harder, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Firsching, Rd.-Nr. 8, je zu § 2259 BGB; vgl. Bartholomeyczik/Schlüter, Erbrecht, 11. Aufl., S. 187 ff.).

4. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, daß der Notar nach der Gemeinsamen Bekanntmachung vom 1.10.1973 verpflichtet ist, das Ständesamt auch von Erbverzichtsverträgen zu benachrichtigen und daß er nach § 16 Abs. 2 Satz 3 DONot auch Erbverzichtsverträge nach Eintritt des Erbfalls dem Nachlaßgericht in beglaubigter Abschrift mitzuteilen hat. Eine Ablieferungspflicht für die Urschriften der Erbverzichtsverträge ergibt sich hieraus nicht. Diese verbleiben vielmehr — ebenso wie alle anderen Notariatsurkunden — grundsätzlich in der Verfügungsmacht des Notars und sind von ihm

dauernd zu verwahren (§ 25 Abs. 1, § 51 Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 19 Abs. 1 Satz 1 DONot, Arndt, BNotO, 2. Aufl., §§ 25, 51, je Anm. II 1). Das AG war daher nicht verpflichtet, die ihm vom Notar vorgelegten Urschriften zur weiteren Verwahrung zu übernehmen. Es wird allerdings gemäß § 2361 Abs. 3 BGB, Art. 37 Abs. 1 AGGVG von Amts wegen zu ermitteln haben, ob die in Betracht kommenden Erbverzichtsverträge bei der Feststellung der Erbfolge jeweils berücksichtigt worden sind.

**6. Notarrecht/Gesellschaftsrecht — Notarbescheinigung**  
(OLG Zweibrücken, Beschluß vom 25.10.1983 — 3 W 120/83 — mitgeteilt von Notar Justizrat Gerhard Held, Meisenheim)

#### **GmbHG § 54 Abs. 1 Satz 2, 2. HS**

**Einer Notarbescheinigung im Sinne des § 54 Abs. 1 Satz 2, 2. HS GmbHG bedarf es nicht, wenn die Gesellschafter die neue Satzung bereits in dem dem Registergericht vorzulegenden Wortlaut beschließen und der Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschuß gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Am 5. 5. 1983 hat eine Gesellschafterversammlung der Beteiligten stattgefunden. Dabei hat der Notar den Versammlungsbeschuß beurkundet, daß die Satzung der Gesellschaft neu gefaßt werde und wie in dem der Urkunde als Anlage beigefügten Text laute. Die Urkundenanlage enthält die gesamte „Satzung der Gesellschaft“. Die Satzung unterscheidet sich hinsichtlich der Firma, des Sitzes der Gesellschaft, des Unternehmensgegenstandes und der Person des Geschäftsführers nicht von der bisherigen Satzung. Ein Unterschied besteht jedoch hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse, denn nach der neuen Satzung kann nur ein Geschäftsführer für die Gesellschaft tätig sein. Die Niederschrift über die Gesellschafterversammlung sowie die genannte Anlage zur Niederschrift haben der gesetzliche Vertreter der alleinigen Geschäftsführerin der Beteiligten und der Notar nach Vorlesen unterschrieben.

Am 10. 5. 1983 hat der Allein-Geschäftsführer der Beteiligten zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet, daß die Satzung neu gefaßt sei. Weitere Angaben enthält die Anmeldung nicht. Dem Antrag, die Anmeldung im Handelsregister zu vollziehen, hat der Urkundsnotar eine Ausfertigung seiner Urkunde beigefügt.

Mit Beschluß vom 1. 7. 1983 hat das AG die Eintragung abgelehnt, weil der neue Wortlaut der Satzung nicht mit einer Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG versehen sei. Außerdem sei nicht beachtet, daß nach § 54 Abs. 2 GmbHG die Änderungen der in § 10 GmbHG bezeichneten Angaben — hier der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer — ausdrücklich angemeldet werden müßten.

Der zuletzt genannten Beanstandung hat die Beteiligte durch Nachtragsänderung vom 25. 7. 1983 abgeholfen. Soweit das Registergericht die Eintragung wegen des Fehlens einer Notarbescheinigung zurückgewiesen hatte, hat die Beteiligte Beschwerde zum LG eingelegt. Die Beteiligte hat vorgetragen, § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG gelte nach Wortlaut und Sinn nicht für den auf völlige Neufassung des Gesellschaftsvertrags gerichteten Beschluß. Denn hier könne der Notar nicht bescheinigen, welche Vertragsteile neu seien und welche Abschnitte unverändert fortgälten.

Die Kammer für Handelssachen des LG hat die Beschwerde mit Beschluß vom 12. 9. 1983 zurückgewiesen. Nach Ansicht des LG fordert § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bei Neufassung der Satzung eine Notarbestätigung mit modifiziertem Wortlaut. Von der Vorlage der Bestätigung könne dagegen auch hier nicht abgesehen werden, weil die Bestätigung die Aufgabe habe, demjenigen, der das Handelsregister einsieht, mitzuteilen, daß die dort befindliche Satzung die gerade maßgebliche Rechtsgrundlage der Gesellschaft sei.

Diesen Beschluß greift die Beteiligte mit der weiteren Beschwerde an. Die Beteiligte rügt als Gesetzesverstoß, das LG habe verkannt, daß § 54 Abs. 1 GmbHG seinem Wortlaut nach nicht für die völlige Neufassung der Satzung gelte. Jedenfalls erlaube der Gesetzeszweck, von der Vorlage einer Notarbestätigung abzusehen, wenn mit der Anmeldung die notariell beurkundete Neufassung des Gesellschaftsvertrages beim Handelsregister eingereicht werde.

## Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist an sich statthaft. Sie ist durch den Notar in zulässiger Weise eingelegt, denn der Notar hat bereits den Antrag gestellt, die Anmeldung der Satzungsänderung im Handelsregister zu vollziehen (§ 29 Abs. 1 Satz 3 FGG). Die Befugnis des Notars zur Antragstellung und damit auch zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Ablehnung dieses Antrages folgt aus § 129 FGG. Denn es geht hier um eine Eintragung, die zu bewirken die Beteiligte verpflichtet war (vgl. § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Die weitere Beschwerde ist begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes, weil § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG — anders als das LG meint — auf den hier gegebenen Fall keine Anwendung findet.

Zweifelsfrei zutreffend gehen die Vorinstanzen in Übereinstimmung mit der Beteiligten davon aus, daß auch die völlige Neufassung des Gesellschaftsvertrages eine Vertragsänderung i. S. des § 54 Abs. 1 GmbHG ist. Dabei kommt es jedenfalls für die Entscheidung dieses Falles nicht darauf an, ob § 54 Abs. 1 GmbHG mit „Gesellschaftsvertrag“ nur die sog. Satzung i. S. eines personenunabhängigen Organisationsstatuts der juristischen Person meint oder ob er auch für Änderungen im spezifisch-schuldrechtlichen Teil des Gesellschaftsvertrages gilt. Denn hier liegt zweifelsfrei eine Änderung der eigentlichen Satzung vor. Andererseits erscheint das Argument der Beteiligten, § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG gelte nach seinem Wortlaut nicht für die völlige Neufassung der Satzung, in dieser Allgemeinheit nicht richtig.

Die Bedeutung des § 54 Abs. 1 GmbHG erschließt sich von der Regelung der §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1 GmbHG her. Danach muß ein vollständiges Exemplar des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages zu den Akten des Handelsregisters eingereicht werden. Mit dieser Vorschrift verfolgt der Gesetzgeber zunächst das Ziel, dem Publikum die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft offenzulegen. Die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages wird gefordert, um sicherzugehen, daß der konkrete Wortlaut der Gesellschaftsvertragsurkunde den Willen der Vertragschließenden wiedergibt. § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bezweckt, die so für das Gründungsstadium der GmbH bewirkte Klarheit und Verlässlichkeit des Handelsregisters bei Satzungsänderungen zu erhalten. Dabei geht das Gesetz zunächst von einer bestimmten Form der Satzungsänderung aus, nämlich dergestalt, daß die Gesellschafter Änderungen nur für einzelne Regelungen des Gesellschaftsvertrages beschließen und es bei der Fortgeltung der übrigen Regelungen belassen. In diesem Fall ergibt die dem Registergericht gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 1. Halbs. GmbHG vorgelegte Neufassung des Gesellschaftsvertrages zwar, nach welchen Grundsätzen die Gesellschaft jetzt verfaßt ist. Unklar bleibt allerdings der Geltungsgrund dieser Neuregelung. Denn für einen nicht ohne weiteres erkennbaren Teil der Satzung ist dies der Änderungsbeschluß der Gesellschafterversammlung, für einen anderen der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag. Diese Ungewißheit wird dadurch beseitigt, daß eine notarielle Bescheinigung den Geltungsgrund der einzelnen Satzungsbestimmungen klarstellt und bekräftigt.

Dieses Klarstellungsbedürfnis entfällt jedoch dort, wo sich aus dem zum Handelsregister eingereichten neuen Satzungstext und aus der Verlautbarung des Handelsregisters unmittelbar und ohne weiteres erkennbar ergibt, daß der jetzt maßgebliche Gesellschaftsvertrag in vollem Umfang neu beschlossen wurde. Nicht ohne weiteres erfüllt ist damit allerdings die Aufgabe der notariellen Bescheinigung, zu bekräftigen, daß der neue Satzungstext mit den Willenserklärungen der Gesellschafter übereinstimmt. Denn der Beschluß über die Satzungsänderung muß nicht bereits in fertiger Vertrags- oder Satzungsform ergangen sein. Es ist vielmehr möglich, daß die Gesellschafter die Satzungsänderung zunächst nur ihrem Inhalt nach beschließen und daß erst später der eigentliche Satzungstext formuliert wird. In diesen Fällen muß ein Notar bestätigen, daß der dem Registergericht zugeleitete Satzungstext sich inhaltlich

mit dem Gesellschafterbeschluß deckt. Insoweit kommt § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG auch dort Bedeutung zu, wo die völlige Änderung der Satzung beschlossen worden ist.

Bedeutungslos ist die notarielle Bescheinigung dagegen dann, wenn der oder die Gesellschafter die neue Satzung bereits in dem dem Registergericht vorzulegenden Wortlaut beschließen und wenn — wie im vorliegenden Fall geschehen — ein Notar die Neufassung der Satzung als Gesellschafterbeschluß gemäß §§ 8 ff. BeurkG wirksam beurkundet. In diesen Fällen erfüllen die Verlautbarung des Handelsregisters, daß die Satzung durch Gesellschafterbeschluß geändert sei (vgl. Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 3. Aufl., Rd.-Nr. 786 ff.), sowie der Wortlaut der bei den Registergerichtsakten befindlichen neuen Satzung die Klarstellungsfunktion der notariellen Bescheinigung. Deren Bekräftigungsaufgabe wird die notarielle Beurkundung der Satzungsneufassung in der Form des Gesellschafterbeschlusses gerecht. Hat mithin die notarielle Bescheinigung bei unmittelbarer Beurkundung des Gesellschaftsbeschlusses in Satzungsform keine selbständige Bedeutung, so kann das Registergericht sein Tätigwerden auch nicht von der Beachtung einer bedeutungslos gewordenen Formalie abhängig machen. Darin stimmt der Senat der im Schrifttum überwiegend vertretenen Ansicht zu (vgl. Keidel/Schmatz/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 740; Roth, 1983 § 54 GmbHG, Anm. 2.2; Groß, Rpfleger 1972, 241, 243 f.; Röhl, DNotZ 1973, 483, 485; Winkler, DNotZ 1980, 578, 594 f.); ohne näher auf die hier maßgebliche Frage einzugehen, hat im übrigen auch das BayObLG in einem Beschluß vom 31. 1. 1978 die Vorlage der beurkundeten Satzungsänderung ausreichen lassen und eine zusätzliche Notarbestätigung nicht gefordert (MittRhNotK 1978, 103).

Das von Priester (Scholz/Priester, 6. Aufl., § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 17) und Ulmer (Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 17) vorgetragene Argument, daß der Gesetzgeber insbesondere auch im Hinblick auf ausländische Benutzer des Handelsregisters Wert auf die Vorlage einer separaten Urkunde gelegt habe, vermag dagegen nicht zu überzeugen. Denn der vom Gesetz geforderte Inhalt der notariellen Bestätigung läßt eher darauf schließen, daß die separate Bescheinigung nur für einen bestimmten Fall der Satzungsänderung gefordert wird, daß es mithin dem Gesetzgeber nicht auf die Änderung als solche, sondern auf deren Modalität im Einzelfall angekommen ist. Im übrigen könnte der Notar bei unmittelbarer Beurkundung der Satzungsneufassung als Gesellschafterbeschluß nur bestätigen, daß die Satzung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung neu gefaßt sei und wie vorgelegt laute. Dies ergibt sich indessen mit einer auch für Ausländer hinreichenden Klarheit aus der beim Handelsregister befindlichen Neufassung selbst.

Auch den weiteren, vom OLG Schleswig in einem Beschluß vom 11. 12. 1972 (DNotZ 1973, 482, 483) genannten Gesichtspunkt, daß nämlich § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG eine Erklärung des Notars zur Erklärung der Gesellschafter verlange, hält der Senat nicht für durchschlagend. Denn das OLG Schleswig übersieht, daß die notarielle Erklärung darin enthalten ist, daß der Notar die die Satzungsänderung bewirkenden Willenserklärungen der Gesellschafter als abgegeben beurkundet (vgl. Winkler, a.a.O., S. 595).

Dieser Beschluß des OLG Schleswig hindert den Senat nicht an einer abschließenden Entscheidung in der Sache. Die weitere Beschwerde wäre nur dann gemäß § 28 Abs. 1, 3 FGG dem BGH zur Entscheidung vorzulegen, wenn die gegenteilige Rechtsansicht des OLG Schleswig die Grundlage des Beschlusses vom 11. 12. 1972 bildete (Jansen, 2. Aufl., § 28 FGG, Rd.-Nr. 26). Die Entscheidung des OLG Schleswig beruht indessen nicht auf der vom Senat abgelehnten Auslegung des § 54 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. GmbHG. Insoweit hat das OLG Schleswig lediglich einen Hinweis gegeben, welche weiteren Eintragungserfordernisse erfüllt sein müssen, sollte ein anderes, vom Registergericht durch Zwischenverfügung angezeigtes und mit der weiteren Beschwerde erfolglos bekämpftes Hindernis beseitigt sein.

## 7. Steuerrecht/ Grunderwerbsteuer — Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung

(BayObLG, Beschluß vom 15.12.1983 — BReg. 2 Z 114/83 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Dr. Martin Pfeuffer, München)

### GrEStG §§ 1 Abs.1 Nr.1; 3 Nr.1; 22

1. Das Grundbuchamt hat vor einer beantragten Eintragung in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ob ein Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 GrEStG vorliegt. Ist dies der Fall, so ist das Verlangen des Grundbuchamts auf Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts grundsätzlich gerechtfertigt.
2. Auf die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung kann, wenn eine Ausnahme von der Besteuerung geltend gemacht wird (hier: § 3 Nr.1 GrEStG: geringwertiges Grundstück), jedenfalls dann nicht verzichtet werden, wenn diese Ausnahme nicht von vornherein in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht außer Zweifel steht (hier: Erwerb eines Grundstücks durch zwei Personen. Verdoppelung der Freigrenze?).

### Zum Sachverhalt:

1. Die Beteiligte zu 1) ist Eigentümerin des im Grundbuch des AG K. von W. Bd. 6 Blatt 422 gebuchten Grundstücks Flst. Nr. 1912 zu 0,6070 ha.

Mit Urkunde des Notars vom 30. 9. 1983 verkaufte die Beteiligte zu 1) das Grundstück an die Beteiligten zu 2) zum Miteigentum zu gleichen Teilen. Die Vertragsteile erklärten die Auflassung und bewilligten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch.

Der Kaufpreis beträgt 8000,— DM; für den Kaufpreis haften die Beteiligten zu 2) als Gesamtschuldner. Gemäß Abschnitt VIII der Urkunde tragen die Beteiligten zu 2) alle Kosten der Beurkundung und eine anfallende Grunderwerbsteuer. Der Notar belehrte die Vertragsteile unter anderem darüber, daß zum Vollzug der Auflassung im Grundbuch eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts erforderlich sei.

2. Auf den gemäß § 15 GBO gestellten Vollzugsantrag des Notars vom 6./10. 10. 1983 verlangte der Rechtspfleger beim AG mit Zwischenverfügung vom 13. 10. 1983 die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts. Diese sei im vorliegenden Fall nicht entbehrlich, da die Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks (Kaufpreis) 5000,— DM übersteige.

Hiergegen richtete sich die Erinnerung des Notars vom 18./20. 10. 1983. Er hält das Verlangen des Grundbuchamts für nicht gerechtfertigt, weil die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung beim Erwerb geringwertiger Grundstücke (Freigrenze: 5000,— DM) nicht verlangt werden könne. Im vorliegenden Fall solle das Grundstück von zwei Personen erworben werden. Bei einem Kaufpreis von 8000,— DM blieben daher beide Erwerber, da zwei voneinander zu trennende Erwerbsvorgänge vorlägen, unter der genannten Freigrenze.

Der Erinnerung haben Grundbuchrechtspfleger und Grundbuchrichter nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das LG mit Beschluß vom 7. 11. 1983 die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Notar eingelegte, am 22. 11. 1983 eingegangene weitere Beschwerde.

### Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§§ 78, 80, 15 GBO) ist nicht begründet.

1. Das LG hat ausgeführt, das Grundbuchamt habe grundsätzlich die Eintragung des Erwerbers eines Grundstücks von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts abhängig zu machen. Hiervon habe es nur dann abzusehen, wenn ein Rechtsvorgang vorliege, der seiner Art nach nicht unter das Grunderwerbsteuergesetz falle oder bei dem ganz offenbar eine Ausnahme von der Besteuerung gemäß §§ 3 ff. GrEStG gegeben sei. Nach § 61 Buchst. d GBGA brauche die Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht vorgelegt zu werden, wenn der Erwerb ein geringwertiges Grundstück betreffe und die Gegenleistung 1000,— DM nicht übersteige. Das Bayerische Staatsministerium der Justiz habe darüber hinaus die Grundbuchämter darauf hingewiesen, beim Erwerb geringwertiger Grundstücke entsprechend § 3 Nr.1 GrEStG (Grenze: 5000,— DM) zu verfahren.

Ob im vorliegenden Fall der Erwerb des Grundstücks gemäß § 3 Nr.1 GrEStG von der Besteuerung ausgeschlossen sei, erscheine zumindest fraglich. Der Kaufpreis betrage 8000,— DM. Steuerschuldner seien die an dem Erwerbsvorgang beteiligten Personen. Deren Zahlung solle durch das Erfordernis einer finanzamtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung sichergestellt werden. Selbst dann, wenn, wie die Beteiligten meinten, die Grunderwerbsteuer von jedem Erwerber nur aus einem Kaufpreis von 4000,— DM erhoben werden könnte, wäre das Verlangen des Grundbuchamts nicht zu beanstanden, weil es allein Aufgabe des Finanzamts, nicht aber des Grundbuchamts sei, diese steuerrechtliche Frage abschließend zu klären.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Nach § 22 Abs.1 GrEStG darf der Erwerber eines Grundstücks in das Grundbuch erst dann eingetragen werden, wenn eine Bescheinigung des zuständigen Finanzamts vorgelegt wird, daß der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Unter „steuerlichen Bedenken“ ist, wie aus § 22 Abs. 2 GrEStG hervorgeht, die Sicherstellung der Entrichtung einer für den Erwerbsvorgang etwa anfallenden Grunderwerbsteuer zu verstehen (vgl. hierzu auch BayObLGZ 1975, 90, 91 = DNotZ 1976, 100).

Ob im Einzelfall eine Steuer zu erheben ist, ist der Entscheidung des Finanzamts vorbehalten; zu diesem Zweck hat das Grundbuchamt grundsätzlich die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung zu fordern (BGHZ 7, 53, 57; BayObLGZ 1957, 303, 304; BayObLG MittBayNot 1979, 168, 169; Kuntze/ Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE —, 2. Aufl. Rd.-Nr. 220; Horber, 16. Aufl., Anm. 6 A, je zu § 20 GBO; Weber, NJW 1973, 2015 f. und 1981, 1940). Dies bedeutet allerdings nicht, daß dem Grundbuchamt in diesen Fällen eine eigene Prüfungspflicht überhaupt nicht zukäme. Vielmehr darf das Grundbuchamt die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung dann nicht verlangen, wenn ein Rechtsvorgang vorliegt, der seiner Art nach nicht unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt; denn in diesem Fall fehlt es an einem rechtlichen Grund dafür, die Eintragung von der Beibringung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig zu machen (BayObLGZ 1948—1951, 678, 681; 1957, 303, 305; BayObLG Rpfleger 1983, 103 = MittRhNotK 1983, 13; OLG Stuttgart Rpfleger 1976, 134 f. m.N.; Haegele/Schöner/ Stöber, 7. Aufl., Rd.-Nr. 2290; KEHE, Horber, Weber, je a.a.O.). Doch muß das Ergebnis dieser Prüfung für das Grundbuchamt eindeutig sein. Die Klärung etwaiger Zweifel in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht am Bestehen eines steuerpflichtigen Vorgangs ist dem Finanzamt vorzubehalten (BayObLG DB 1983, 2567 m.N.).

b) Im vorliegenden Fall kann das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nicht beanstandet werden.

aa) Bei dem Vertrag zwischen den Beteiligten vom 30. 9. 1983 handelt es sich um einen Erwerbsvorgang im Sinn des § 1 Abs.1 Nr.1 GrEStG. Damit ist das Verlangen des Grundbuchamts auf Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung grundsätzlich gerechtfertigt; denn das Gesetz schreibt seinem Wortlaut nach die Vorlage für jeden Fall eines von § 1 GrEStG erfaßten Vorgangs vor.

bb) In der Praxis wird allerdings in einschränkender Auslegung des Gesetzes auf die Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung dann verzichtet, wenn bestimmte Tatbestände der Steuerbefreiung eindeutig erfüllt sind (vgl. z. B. BayObLG DB 1983, 2567). So hat sich gemäß § 61 Buchst. d der Geschäftsanweisung für die Behandlung von Grundbuchsachen (GBGA) vom 7. 12. 1981 (JMBl. S. 190) das Bayer. Staatsministerium der Finanzen damit einverstanden erklärt, daß ein Grundstückserwerb ohne Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung im Grundbuch eingetragen werden kann, wenn der Erwerb ein geringwertiges Grundstück betrifft und die Gegenleistung 1000,— DM nicht übersteigt. Nachdem nach der Neufassung des Grunderwerbsteuergesetzes ab 1.1.1983 der Erwerb eines



Grundstücks von der Besteuerung ausgenommen ist, wenn der Kaufpreis 5000,— DM nicht übersteigt (§ 3 Nr. 1 i. V. mit § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG), hat das Bayer. Staatsministerium der Justiz mit JMS vom 6. 6. 1983 — Gz. 3851 — IV — 178/83 — die Grundbuchämter darauf hingewiesen, daß keine Bedenken bestehen, beim Erwerb geringwertiger Grundstücke (vgl. § 61 Buchst. d GBGA) entsprechend § 3 Nr. 1 GrEStG (Freigrenze 5000,— DM) zu verfahren.

cc) Im vorliegenden Fall beträgt der Kaufpreis, für den die Beteiligten zu 2) als Gesamtschuldner haften, 8000,— DM; er übersteigt daher die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG.

Es mag durchaus zutreffen, daß der Erwerb eines Grundstücks durch mehrere Personen — hier durch im gesetzlichen Güterstand lebende Ehegatten — steuerrechtlich ebenso zu behandeln ist wie die (hier nicht vorliegende) getrennte Veräußerung von Miteigentumsanteilen mit der Folge, daß hinsichtlich der Grunderwerbsteuerschuld keine Gesamtschuldnerschaft der Erwerber anzunehmen ist, vielmehr getrennte Steuervorgänge vorliegen, so daß sich die Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG hier

praktisch verdoppelt (vgl. hierzu BFHE 68, 251; Boruttau/Egly/Sigloch, 11. Aufl., § 1 GrEStG, Rd.-Nr. 33, § 3 GrEStG, Rd.-Nr. 9a, 12, 14, § 15 GrEStG, Rd.-Nr. 16, 17).

Dies zu entscheiden ist aber Sache des Finanzamts, nicht des Grundbuchrechtspflegers. Dessen Aufgabe ist es nicht, unter Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Steuersachen die einschlägigen steuerlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf ihre Anwendungs- und Auslegungsfähigkeit im Sinn des Antragstellers hin zu überprüfen (BayObLGZ 1948—1951, 678, 680; 1957, 303, 304). Das Gesetz geht davon aus, daß das Finanzamt die Bescheinigung auch dann zu erteilen hat, wenn im Einzelfall Steuerfreiheit gegeben ist (§ 22 Abs. 2 Satz 1 a. E. GrEStG). In Fällen, in denen nicht von vornherein auf der Hand liegt, daß keine Grunderwerbsteuer anfällt, muß den Betroffenen daher die Erholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts, die keine wesentliche Mehrbelastung mit sich bringt, zugemutet werden (BayObLG DB 1983, 2567). Die weitere Beschwerde der Beteiligten kann deshalb keinen Erfolg haben.

## Mitteilungen

### 1. Steuerrecht/Grunderwerbsteuer — Umfang der Gegenleistung bei der Grunderwerbsteuer, hier: Einbaumöbel (FinMin. Nds, Erlaß vom 15. 12. 1983 — S 4521 — 53 — 32 3)

Der auf den Miterwerb von Zubehör entfallende Teil des Kaufpreises gehört nicht zur Gegenleistung bei der Grunderwerbsteuer; der Kaufpreis ist deshalb aufzuteilen (s. dazu BFH-Urteile vom 10. 6. 1964, HFR 1965, 468, und 19. 12. 1967, HFR 1968, 292). Einbaumöbel können wesentliche Bestandteile des Gebäudes oder auch Zubehör sein. Möbelstücke, die echte und notwendige Gebäudebestandteile ersetzen, sind stets als wesentlicher Bestandteil des Gebäudes anzusehen. Für die Abgrenzung ist im Zweifel entscheidend, ob die Einbaumöbel nur den Maßen des Raumes angepaßt (Zubehör) oder ob sie so eingepaßt sind, daß sie mit den sie umschließenden Gebäudeanteilen vereinigt sind (wesentliche Bestandteile). Die zivilrechtliche Rechtsprechung ist widersprüchlich. Es ist daher für die Grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung nach den Maßstäben der zum Ertragsteuerrecht ergangenen Urteile des Bundesfinanzhofs vom 1. 12. 1970 (BStBl. II 1971, 162) und vom 29. 10. 1976 (BStBl. II 1977, 152) zu verfahren.

### 2. Steuerrecht/Schenkungsteuer — Schenkungsteuerrechtliche Behandlung der Übertragung von Betrieben und von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds, der in der Rechtsform der vermögensverwaltenden KG geführt wird.

(FinMin. Bayern, Schreiben vom 20. 10. 1983 — 33 — S 3806 — 2/27 — 43 044)

Im Zusammenhang mit der obenstehenden Frage haben die Erbschaftsteuerreferenten der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder die Frage erörtert, ob bei Übertragung

a) von Betrieben und Anteilen an Betriebsvermögen,

b) von Anteilen an einem geschlossenen Immobilienfonds, der in der Rechtsform der vermögensverwaltenden KG geführt wird,

der Steuerwert der Schenkung entsprechend der Wertermittlungsmethode des gemeinsamen Ländererlasses vom 10. 2. 1983 = MittRhNotK 1983, 78 zu ermitteln ist.

Zu a) Wird ein Betriebsvermögen oder ein Betriebsvermögensanteil zugewendet, so gilt nach § 12 Abs. 5 ErbStG als Steuerwert der Schenkung der Unterschiedsbetrag zwischen den Steuerwerten der Besitzposten und den Steuerwerten der Schuldposten bzw. der entsprechende Anteil an diesem Unter-

schiedsbetrag. In diesen Fällen ist für die Anwendung des gemeinsamen Ländererlasses vom 10. 2. 1983 kein Raum. Die Wertermittlungsmethode des Erlasses kann vielmehr — bezogen auf den gemäß § 12 Abs. 5 ErbStG ermittelten Steuerwert des zugewendeten Betriebsvermögens oder des zugewendeten Betriebsvermögensanteils — nur angewandt werden, wenn der Beschenkte andere Schulden und Lasten als Betriebs-schulden zu übernehmen hat.

Zu b) Die Übertragung eines Anteils an einem geschlossenen Immobilienfonds, der in der Rechtsform der vermögensverwaltenden KG geführt wird, kann schenkungsteuerrechtlich nicht anders behandelt werden, als die Übertragung eines Kommanditanteils an einer KG, die einen gewerblichen Betrieb i. S. des § 97 Abs. 1 Nr. 5 BewG unterhält. Daß für gewerbliche Betriebe und Anteile an diesen eine Reinwertermittlung durch § 12 Abs. 5 ErbStG vorgeschrieben ist, für Anteile an einem Immobilienfonds in der Rechtsform einer KG dagegen nicht, rechtfertigt keine unterschiedliche Wertermittlungsmethode. Entscheidend für die Gleichbehandlung dieser Immobilienanteile mit den Kommanditanteilen an einem gewerblichen Betrieb ist, daß hier wie dort aufgrund des handelsrechtlichen Haftungsausschlusses bei schon eingezahlter Kommanditeinlage die Verbindlichkeiten der Gesellschaft für den Bedachten keine eigene wirtschaftliche Belastung darstellen. Da der Bedachte somit für den Erwerb eines Immobilienanteils ohne besondere Zusatzvereinbarung keine Gegenleistung erbringt, kann bei Übertragung eines solchen Anteils die Wertermittlungsmethode des o. a. Erlasses wie bei einem Kommanditeil an einem gewerblichen Betrieb nur angewandt werden, wenn der Bedachte im Rahmen der Zuwendung andere Schulden und Lasten zu übernehmen hat.

### 3. Steuerrecht/Erbschaftsteuer — Bewertung von Geldvermächtnissen bei Befriedigung durch Übertragung eines Grundstücks

(FinMin. Bayern, Erlaß vom 20. 10. 1983 — 33 — S 3802 — 6 — 40 633)

Nach dem BFH-Urteil vom 17. 2. 1982 (MittRhNotK 1982, 158) ist bei der Besteuerung der Einheitswert des Grundstücks zugrunde zu legen, wenn einem Pflichtteilsberechtigten ein Grundstück an Erfüllung statt zur Befriedigung des geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs übertragen wird.