3 MittBayNot Begründet 1864
Mai/Juni 2006 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Andrea Lichtenwimmer, Dr. Martin T. Schwab
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe Manz und Mühlthaler GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Gütergemeinschaft und Gesellschaftsrecht

Von Notarassessor Dr. *Sebastian Apfelbaum*, Berlin

In früherer Zeit war die Gütergemeinschaft gerade in ländlich geprägten Regionen ein häufig vereinbarter Güterstand. Dort ist der Notar infolge dessen heute nicht selten mit Fallgestaltungen konfrontiert, in denen das Recht der Gütergemeinschaft mit dem Gesellschaftsrecht zusammentrifft und sich hieraus Normkollisionen ergeben. Der Beitrag untersucht diese Kollisionsfälle und erarbeitet Lösungsvorschläge.

A. Einleitung

Die Gütergemeinschaft wird heute in der Gestaltungspraxis in der Regel nicht mehr empfohlen. Als nachteilig werden die grundsätzliche Haftung des Gesamtgutes für Verbindlichkeiten beider Ehegatten, das komplexe Nebeneinander verschiedener Vermögensmassen, die Notwendigkeit der Auseinandersetzung im Fall der Beendigung der Gütergemeinschaft sowie einkommen-, erbschaft- bzw. schenkungsteuerliche Folgen empfunden.[1] Allenfalls als Gestaltungsinstrument zur Minderung von Pflichtteilsansprüchen wird die Gütergemeinschaft noch diskutiert, da im Gegensatz zur schenkungsteuerlichen Betrachtungsweise in der Begründung der Gütergemeinschaft nur ausnahmsweise eine Schenkung des begüterten an den bereicherten Ehegatten liegt.[2]

Bei bestehenden Gütergemeinschaften ergeben sich Normkollisionen, wenn ein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte Gründer einer Personen- oder Kapitalgesellschaft ist, wegen ihrer personalistischen Prägung der Ehegatte aber nicht automatisch aufgrund der Gütergemeinschaft Mitgesellschafter werden soll. Noch häufiger sind Fallgestaltungen, in denen bei Gründung der Gesellschaft keinerlei Feststellungen zum ehelichen Güterrecht getroffen wurden und erst anlässlich einer Anteilsabtretung, Gesellschafterversammlung oder sonstigen gesellschaftsrechtlichen Maßnahme sich herausstellt, dass ein Gesellschafter in Gütergemeinschaft verheiratet ist. Auch bei der Beteiligung ausländischer Gesellschafter können sich Probleme stellen. Der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft ist der international am meisten verbreitete Güterstand.[3] Die Errungenschaftsgemeinschaft wird dabei als ein Güterstand verstanden, in dem im Gegensatz zur deutschen Gütergemeinschaft zwar das voreheliche Vermögen getrenntes Vermögen bleibt, ein Vermögenserwerb während der Ehe aber grundsätzlich in das Gesamtgut fällt. Eine Behandlung dieser ausländischen Jurisdiktionen würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, jedoch können die für das Recht der deutschen Gütergemeinschaft dargestellten Lösungsansätze und Hintergründe auch für die Behandlung von Auslandssachverhalten hilfreich sein.

---

1 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, 4. Aufl., vor § 1415 Rdnr. 15; *Staudinger/Thiele*, BGB, 13. Aufl., vor § 1415 Rdnr. 10. Differenzierend: *Behmer*, FamRZ 1988, 339 ff. und *ders*., MittBayNot 1994, 377 ff. So stellt sowohl die Bereicherung, die ein Ehegatte bei Vereinbarung der Gütergemeinschaft erfährt, nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG eine steuerpflichtige Schenkung dar, als auch auf der Grundlage des Bereicherungsprinzips nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG der Rückerwerb des Anteils an dem vom überlebenden Ehegatten seinerzeit in die Gütergemeinschaft eingebrachten Vermögen, wenn der Ehegatte, der das größere Vermögen in das Gesamtgut eingebracht hat, den anderen Ehegatten überlebt und beerbt.

2 BGH, IV ZR 266/90, BGHZ 116, 178; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 63. Aufl., § 2325 Rdnr. 10.

3 *Schotten*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, Anh. II, Rdnr. 389 ff.; *Süß*, Rpfleger 2003, 57, 60 ff.; *Hertel* in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, Teil 7.

B. Die Gütergemeinschaft als Gesellschafter?

Es ist heute einhellige Meinung, dass die Gütergemeinschaft als solche nicht Gesellschafter sein kann.[4] Dahinter steht das klassische Verständnis des Gesamthandsprinzips,[5] wonach es sich bei dem Gesamtgutsvermögen um ein Sondervermögen handelt, dessen Rechtsträger die Ehegatten selbst sind und nicht ein von diesen zu unterscheidendes rechtsfähiges oder teilrechtsfähiges Gebilde, und für dessen Verwaltung lediglich besondere Regeln im Vergleich zum Sonder- oder Vorbehaltsgut gelten.[6]

Diese Rechtsauffassung hat auch vor dem Hintergrund Bestand, dass derzeit die Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit an Personenmehrheiten in der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Trend ist, so bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)[7] und der Wohnungseigentümergemeinschaft.[8] Denn die Frage der Teilrechtsfähigkeit einer Gesamthandsgemeinschaft ist unter Berücksichtigung ihrer gesetzlichen Ausgestaltung und ihrer Grundgedanken zu beantworten. So wurde in einer neueren Entscheidung die Teilrechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft abgelehnt.[9] Zwar bestehen zwischen der Gütergemeinschaft und der GbR insoweit Gemeinsamkeiten, als beide rechtsgeschäftlich begründet werden und auf Dauer angelegt sind. Gewichtiger sind jedoch die Unterschiede, die der mit einer Teilrechtsfähigkeit zwangsläufig verbundenen gewissen Verselbständigung des Gesamtgutsvermögens von ihren Gesellschaftern entgegenstehen.[10] Hervorzuheben ist das durch die Ehe bedingte sehr ausgeprägte persönliche Element. Wählen die Ehegatten den Güterstand der Gütergemeinschaft, so entscheiden sie sich für eine außerordentlich enge und den anderen Güterständen nicht vergleichbare vermögensrechtliche Bindung i. S. einer Vermögens- und Haftungsgemeinschaft. Eine Abstraktion des Gesamthandsvermögens von den Ehegatten über die Annahme einer Teilrechtsfähigkeit erschiene diesen daher befremdlich.

C. Der Gesellschaftsanteil als Bestandteil der verschiedenen Vermögensmassen bei der Gütergemeinschaft

I. Der Personengesellschaftsanteil

1. Der im Gesellschaftsvertrag nicht für übertragbar oder nur mit Zustimmung der Gesellschafter für übertragbar erklärte Anteil

Auch wenn im Gesellschaftsvertrag keine Regelung zur Übertragbarkeit des Personengesellschaftsanteils enthalten ist, ist heute anerkannt, dass die Mitgliedschaft unter der Voraussetzung übertragen werden kann, dass alle Gesellschafter einer derartigen Einzelrechtsnachfolge zustimmen.[11] Nach dem Wortlaut des § 1417 Abs. 2 BGB sind Sondergut hingegen die Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. Trotzdem wird der Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters, zumindest sofern keine Regelungen im Gesellschaftsvertrag zur Übertragbarkeit enthalten sind, als Bestandteil des Sonderguts angesehen.[12] Ist nach dem klassischen Verständnis die Anteilsübertragung eine Vertragsänderung in der Form der Vertragsübernahme, die sich in der Auswechslung einer Vertragspartei widerspiegelt,[13] ist heute weitgehend anerkannt, dass die Anteilsübertragung die Verfügung über ein einziges subjektives Recht, nämlich die Mitgliedschaft, darstellt.[14] In der Literatur wird deshalb die Sondergutsfähigkeit von Anteilen an Personengesellschaften weniger mit dem Wortlaut des § 1417 BGB als mit dem stark ausgeprägten personenrechtlichen Element einer Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft, somit aus Gründen des Gesellschaftsrechts heraus erklärt.[15] Zurückgegriffen werden kann zudem auf den Sinn und Zweck des § 1417 BGB. Danach muss der der Gütergemeinschaft zugrundeliegende Gedanke der Vermögensvergemeinschaftung dort halt machen, wo er zu anderen Rechtsnormen in Widerspruch tritt.[16] Ein Wertungswiderspruch läge aber vor, wenn ein dem Ehemann oder der Ehefrau gehörender Gegenstand nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung nicht durch Rechtsgeschäft frei und ohne Zustimmung Dritter übertragbar ist, er infolge der rechtsgeschäftlichen (ehevertraglichen) Begründung der Gütergemeinschaft aber in das Gesamtgut und damit in die Rechtszuständigkeit beider Ehegatten als Gesamthänder fallen würde.

Entsprechendes gilt, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag der Anteil nur mit Zustimmung aller oder mit zustimmendem Mehrheitsbeschluss übertragbar ist, da hier – beim Erfordernis der Zustimmung aller – die gesetzliche Regellage im Vertrag lediglich wiedergegeben wird bzw. – bei Übertragbarkeit nur bei zustimmendem Mehrheitsbeschluss – die Gesetzeslage insofern unverändert bleibt, als von einer freien Übertragbarkeit keine Rede sein kann.

2. Der nach dem Gesellschaftsvertrag frei übertragbare Anteil und die Gesamtgutsfähigkeit von Anteilen an Personengesellschaften

a) Streitstand

Ob der Anteil eines Ehegatten an einer Personengesellschaft auch dann Sondergut ist, wenn der Gesellschaftsanteil durch

---

4 Vgl. nur BayObLG, 3Z BR 238/02, ZIP 2003, 480; *Baumbach/Hopt*, HGB, 31. Aufl., § 105 Rdnr. 29, § 161 Rdnr. 4; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 17. Aufl., § 1 Rdnr. 36; *Staub/Ulmer*, Großkommentar HGB, 4. Aufl., § 105 Rdnr. 100.

5 *Von Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Band, S. 78 ff., 348 ff.; *Schulze-Osterloh*, Das Prinzip der gesamthänderischen Bindung, S. 174 ff.

6 Heute ganz h. M., vgl. nur *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., § 38 II 3; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1416 Rdnr. 3; *Palandt/Brudermüller*, § 1416 Rdnr. 1; *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 3.

7 BGH, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

8 BGH, V ZB 32/05, ZMR 2005, 547 ff.

9 BGH, XII ZR 187/00, NJW 2002, 3389, 3390.

10 Ablehnend auch BayObLG, 3Z BR 238/02, ZIP 2003, 480 f.

11 BGH, II ZR 8/53, BGHZ 13, 179, 182 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 45 III 2 m. w. N.

12 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1416 Rdnr. 9; *Palandt/Brudermüller*, § 1417 Rdnr. 2; *Soergel/Gaul*, 12. Aufl., § 1417 Rdnr. 5; *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 14.

13 So auch noch in neuerer Zeit *Hadding*, FS Steindorff, S. 31, 39. Dahinter steht das Verständnis der Mitgliedschaft als begriffliche Verkörperung eines Rechtsverhältnisses, aus dem sich die einzelnen subjektiven Rechte und Pflichten eines Gesellschafters erst ergeben und die dieses gleichsam ausfüllen, die aber selbst kein eigenständiges subjektives Recht darstellt.

14 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 2. Teil, Die juristische Person, S. 258; *Lutter*, AcP (180) 1980, 84, 101; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 III 2 b; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 39. Ausführlich und grundlegend *Habersack*, Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges" Recht, S. 106.

15 *Buchner*, FS Beitzke, S. 153, 157; *Reuter/Kunath*, JuS 1977, 376, 379; *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 14.

16 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1417 Rdnr. 19; *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 2.

den Gesellschaftsvertrag für generell frei übertragbar oder zumindest an den Ehegatten frei übertragbar erklärt ist, ist umstritten.[17] Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage – soweit ersichtlich – noch nicht geäußert.

Das Problem der Sondergutsfähigkeit von Personengesellschaftsanteilen wird überlagert von der Frage nach ihrer Gesamtgutsfähigkeit. Denn mit dem Wortlaut des § 1417 Abs. 2 BGB kann die Sondergutsfähigkeit eines übertragbaren Rechts nicht begründet werden. So wird die Einordnung als Sondergut weniger positiv begründet, sie beruht auf der Vorstellung, dass Personengesellschaftsanteile aufgrund von unvereinbaren Normwidersprüchen zum Gesellschaftsrecht genauso wenig Gegenstand des Gesamtguts sein können wie die Erbengemeinschaft Gesellschafter einer werbenden Personengesellschaft sein kann. § 1417 BGB hält nur als dogmatischer Aufhänger im Rahmen einer erweiternden Auslegung her.[18]

Ob und inwieweit ein derartiger Normwiderspruch besteht, ist Gegenstand der Ausführungen unter lit. b) und c).

b) Die Gesamtgutsfähigkeit des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters

Aufgrund der vergleichbaren Fragestellung ist es keine Überraschung, dass zur Begründung der fehlenden Gesamtgutsfähigkeit wie bei der Diskussion zur fehlenden Eignung der Erbengemeinschaft als Gesellschafter einer werbenden Personengesellschaft[19] nahezu ausschließlich auf das starke personenrechtliche Element der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft hingewiesen wird.[20] Dieser klassische gesetzgeberische Gedanke lässt sich aber nicht auf alle Formen von Personengesellschaften übertragen. Ist ein Gesellschaftsanteil aufgrund einer entsprechenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag frei übertragbar, bringen die Gesellschafter damit zum Ausdruck, dass es ihnen auf die Person des Gesellschafters nicht ankommt, das personenrechtliche Element also in den Hintergrund tritt. Besonders deutlich ist dies bei der Publikumspersonengesellschaft. Zum anderen erfordert bei freier Übertragbarkeit auch der Sinn und Zweck des § 1417 BGB keine Einordnung als Sondergut. Ein auf der Unübertragbarkeit beruhender Normwiderspruch existiert nicht. Jedoch sind im Bereich der Haftungsverfassung zwischen Familien- und Gesellschaftsrecht zwar nicht bei der Gesamtverwaltung, aber bei der Einzelverwaltung sowie im Bereich des Organisationsrechts unvereinbare Widersprüche gegeben. Diese sind nur und auf der Grundlage des lex specialis-Grundsatzes durch einen Vorrang des Gesellschaftsrechts zu lösen. Der persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG haftet wegen § 128 HGB ebenso persönlich für Gesellschaftsverbindlichkeiten wie der Gesellschafter einer GbR, auf den diese Vorschrift analog anzuwenden ist.[21] Demnach unterläge auch ein am Gesellschaftsvertrag nicht beteiligter Ehegatte, der nur aufgrund § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB Gesellschafter würde, dieser strengen Haftung. Hierzu steht die Haftungsverfassung der Gütergemeinschaft nicht in Widerspruch, da es sich bei § 128 HGB um einen gesetzlichen Haftungstatbestand handelt und gemäß §§ 1437 ff., 1459 ff. BGB der Ehegatte mit dem Gesamtgut für gesetzliche Verbindlichkeiten im Gegensatz zu rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten stets haftet.[22]

Ein grundlegender Normwiderspruch ergibt sich aber bei der Einzelverwaltung, da hier nach § 1437 Abs. 2 Satz 1 BGB eine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten des nicht verwaltenden Ehegatten mit seinem Sonder- oder Vorbehaltsgut ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist eine Haftung mit diesen Vermögensmassen für Verbindlichkeit der Gesellschaft wegen der Stellung als Mitgesellschafter aufgrund fehlender Zurechenbarkeit nicht begründbar, falls der Ehepartner von der Gesellschafterstellung noch nicht einmal Kenntnis hat oder er sich in keiner Weise als Gesellschafter gerierte. Eine derartige Haftung verstieße auch im Hinblick auf eine drohende unbeschränkte Haftung gegen das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG.[23]

Unvereinbare Widersprüche zwischen dem Recht eines persönlich haftenden Gesellschafters und dem Recht der Gütergemeinschaft ergeben sich sodann bei den Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnissen. Ist nach den ehevertraglichen Bestimmungen oder gemäß § 1421 Satz 2 BGB eine Gesamtverwaltung gegeben, würde die in das Sondervermögen Gesamtgut fallende einheitliche Gesellschaftsbeteiligung durch beide Ehegatten verwaltet. Da der Gütergemeinschaft keine Rechtspersönlichkeit zukommt, sind zwingend beide Ehegatten Gesellschafter. Beiden müsste somit eine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach §§ 709 BGB, 125 Abs. 1 HGB zukommen, da diese nicht durch ein Sondervermögen, sondern stets nur durch eine juristische oder natürliche Person ausgeübt werden kann. Eine dem Gesellschaftsrecht widersprechende Verdoppelung des an einen Anteil geknüpften Geschäftsführungs- und Vertretungsrechts wäre die Folge. Insoweit ist es auch nicht möglich, analog zu den Bestimmungen der §§ 146 Abs. 1 Satz 2 HGB, 18 GmbHG, 69 AktG einen gemeinsamen Vertreter der Gesellschaftsbeteiligung zu bestellen, der sämtliche Gesellschafterrechte ausübt.[24] Der in den §§ 709 BGB, 125 Abs. 1 HGB zum Ausdruck kommende Grundsatz der Selbstorganschaft ist ein grundlegendes Prinzip des Personengesellschaftsrechts, welches der Wahrung der Verbandssouveränität dient, vor allem aber auch notwendige Folge der eigenverantwortlichen persönlichen Haftung entsprechend dem Gedanken „keine

---

17 Für Sondergutseigenschaft *Baumbach/Hopt*, HBG, § 105 Rdnr. 25; *Beitzke*, FamRZ 1975, 574, 575; *Buchner*, FS Beitzke, S. 152, 157; *Lutter*, AcP 161 (1962), 163, 170 ff.; *Reuter/Kunath*, JuS 1977, 376, 378 ff.; *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 14; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 705 Rdnr. 75. Als Gegenstand des Gesamtguts sehen einen solchen Personengesellschaftsanteil an BFH, V 147/65, BB 1969, 571, 572; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 38 II 6; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1416 Rdnr. 9 f.; *Soergel/Gaul*, § 1417 Rdnr. 5; *Tiedtke*, FamRZ 1975, 675, 678.

18 So *Lutter*, AcP 161 (1962), 163, 170 ff. Das BayObLG, 3Z BR 238/02, ZIP 2003, 480 m. krit. Anm. *Grziwotz* hat sich ausdrücklich gegen die Gesamtgutsfähigkeit von Kommanditanteilen ausgesprochen.

19 BGH, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 192; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 V 4; *Staudinger/Marotzke*, § 1922 Rdnr. 178 jeweils m. w. N.

20 *Buchner*, FS Beitzke, S. 153, 157; *Reuter/Kunath*, JuS 1977, 376, 381; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 705 Rdnr. 75.

21 BGH, II ZR 371/98, NJW 1999, 3483.

22 *Behmer*, FamRZ 1988, 339, 344 ff. Für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten ist eine Haftung nur gegeben, wenn der andere Ehegatte dem Geschäft zustimmt oder es ohne dessen Zustimmung nach Maßgabe der §§ 1426, 1429–1434, 1452, 1454–1457, 1357 BGB wirksam ist. Normwidersprüche ergaben sich bei der GbR lediglich auf der Grundlage der früher vertretenen Theorie der rechtsgeschäftlichen Doppelverpflichtung, da insoweit ein rechtsgeschäftlicher Haftungstatbestand vorliegt.

23 Vgl. zum ähnlichen Problem des Erfordernisses des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Zurechenbarkeit bei § 15 Abs. 3 HGB *Canaris*, Handelsrecht, 23. Aufl., § 5 Rdnr. 51.

24 Zu diesem Ansatz bei der Frage, ob die Erbengemeinschaft Gesellschafter einer Personengesellschaft sein kann, vgl. *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 439 ff.

Haftung ohne Herrschaft“ ist.[25] Daher ist die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Interessenlagen nicht gegeben, da bei der Kapitalgesellschaft das Prinzip der Fremdorganschaft gilt und § 146 Abs. 1 Satz 2 HGB lediglich das Liquidationsstadium der Personengesellschaft betrifft, in welchem gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 HGB eine Fremdorganschaft möglich ist. Zwischen der Ausübung des Geschäftsführungs- und Vertretungsrechts als Korrelat der unbeschränkten persönlichen Haftung und der Ausübung der übrigen Verwaltungsrechte besteht somit ein grundlegender Unterschied. Noch deutlicher wird das unüberbrückbare Spannungsverhältnis zwischen dem Recht der Gütergemeinschaft und dem Gesellschaftsrecht bei einer Einzelverwaltung des Gesamtguts, da hier der mithaftende Ehegatte nach den familienrechtlichen Regelungen von einer Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis trotz persönlicher Haftung generell ausgeschlossen wäre.

Konsequenz ist, dass auch der frei übertragbare Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters nicht Gegenstand des Gesamtguts sein kann. Wegen der aufgezeigten Normwidersprüche ist eine Einordnung in diese Vermögensmasse auch dann zu versagen, wenn der Gesellschaftsanteil ausdrücklich von beiden Ehegatten als Gesamthänder erworben wird.[26] Eine Einordnung als Sondergut im Wege der gesetzesübersteigernden Rechtsfortbildung[27] ist daher das sachgerechte Ergebnis entsprechend dem in § 1417 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsprinzip, wonach das Sondergut eine „Notgütermasse zur Beseitigung von Widersprüchen“[28] ist.

c) Die Gesamtgutsfähigkeit von Kommanditanteilen

Aus den Ausführungen unter lit. b) wird deutlich, dass die dort vorgebrachten Argumente der Gesamtgutsfähigkeit des Kommanditanteils nicht entgegengehalten werden können.[29] Denn weder hat der Kommanditist nach § 170 HGB ein organschaftliches Geschäftsführungs- und Vertretungsrecht noch bestehen für ihn besondere Haftungsgefahren. Die Gefahren einer unbeschränkt persönlichen Haftung sind eng begrenzt und können einen Vorrang des Gesellschaftsrechts nicht begründen. Gemäß § 176 HGB droht eine unbeschränkte persönliche Haftung bei der KG-Gründung nur für vor Eintragung der KG im Handelsregister begründete Verbindlichkeiten (Abs. 1) oder beim Beitritt zur bestehenden KG sowie beim derivativen Anteilserwerb vor Eintragung in das Handelsregister (Abs. 2). Zwar kann auch eine derartige Haftung, insbesondere bei Einbringung eines Unternehmens in die KG, erheblich sein. Sind besondere Haftungsgefahren gegeben, erfolgt in der Praxis der Eintritt in die KG oder die Anteilsübertragung aber ausschließlich unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Handelsregister.

Nimmt man eine Gesamtgutsfähigkeit des Kommanditanteils an und erkennt man bei Eintritt in die KG oder Übertragung des Kommanditanteils nicht die zwangsläufige Gesellschafterstellung des Ehegatten, wird dieser nicht als Kommanditist im Handelsregister eingetragen werden. Hieraus ergeben sich keine besonderen Haftungsgefahren. Ist bei ihrer Gründung die Gesellschaft eingetragen, aber die Eintragung eines Kommanditisten unterblieben, wird zwar vielfach eine Haftung in Analogie zu § 176 Abs. 2 HGB befürwortet.[30] Dieser Haftungstatbestand ist auf den in Gütergemeinschaft lebenden Gesellschafter nicht übertragbar, da dieser die Gesellschafterstellung nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Gesetzes über § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB erwirbt. Wegen dieser Erwerbsgrundlage besteht Vergleichbarkeit zum Fall des Erwerbs im Wege der Erbfolge, bei der eine unbeschränkte Haftung auch bei Nichteintragung der Sonderrechtsnachfolge ganz überwiegend abgelehnt wird.[31]

Eine weitere Haftungsgefahr für den Ehegatten-Kommanditisten kann sich aus der Regelung zur Einlagenrückgewähr des § 172 Abs. 4 HGB ergeben. Widersprüche zum Recht der Gütergemeinschaft ergeben sich daraus jedoch nicht, obwohl die Einlagenrückgewähr auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erfolgt und – wie gezeigt – bei diesen Verbindlichkeiten sich Dissonanzen zum Gesellschaftsrecht ergeben können. Denn § 172 Abs. 4 HGB führt nur zu einer Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, nicht der Gesellschaft, so dass es sich letztlich um eine Haftung kraft Gesetzes handelt.[32] Die Rückzahlung ist, die gesellschaftsvertragliche Zulässigkeit vorausgesetzt, im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern wirksam, so dass von der Gesellschaft anders als bei §§ 30, 31 GmbHG, 57 AktG eine Rückgewähr nicht verlangt werden kann.

Das BayObLG hat trotz dieser Argumente eine Gesamtgutsfähigkeit des Kommanditanteils in einer jüngeren Entscheidung ausdrücklich abgelehnt.[33] Konsequenz ist, dass bei der Vertragsgestaltung entsprechend den Ausführungen zum Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters von Sondergut auszugehen ist.

3. Die Personengesellschaft unter Ehegatten

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung können in Gütergemeinschaft lebende Ehegatten unter sich und ohne Beteiligung Dritter eine Personengesellschaft nur gründen, wenn sie die Gesellschaftsanteile dem Vorbehaltsgut zuweisen.[34] Diese Rechtsauffassung begründet der BGH im Wesentlichen mit drei Argumenten. Zum einen liege Sondergut nicht vor, da die ratio legis für die grundsätzliche Nichtüber-

---

25 *Habersack*, Großkommentar HGB, § 125 Rdnr. 5; *Weber*, Privatautonomie und Außeneinfluss im Gesellschaftsrecht, S. 79 ff.

26 Bei anderen, bereits kraft Gesetzes unübertragbaren Rechten wie etwa dem Nießbrauch (§ 1059 BGB) und dem Wohnungsrecht (§ 1093 BGB), die ausdrücklich für beide Ehegatten als Gesamthänder bestellt werden, wird hingegen eine Gesamtgutsfähigkeit bejaht, vgl. *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 3, da bei diesen Rechten anders als beim Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters keinerlei Regelungen existieren, die dieser Vermögenszuordnung entgegenstehen.

27 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 413 ff.

28 Motive IV, 344; *Lutter*, AcP 161 (1962), 153, 167; *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 2.

29 Formulierungsvorschlag von *Grziwotz*, ZIP 2003, 847, 848 bei Annahme der Gesamtgutsfähigkeit des Kommanditanteils: „Kommanditisten sind mit einer in das Gesamtgut fallenden Einlage: Ehemann, geb. am …, Wohnort und Ehefrau, geb. am …, Wohnort, in Gütergemeinschaft … Euro.“

30 *Schlegelberger/Schmidt*, 5. Aufl., § 176 Rdnr. 9; *Schilling*, Großkommentar HGB, § 176 Rdnr. 4.

31 BGH, II ZB 1/89, BGHZ 108, 187, 197; *Baumbach/Hopt*, § 176 Rdnr. 12; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 55 II 2 b ee; *Schilling*, Großkommentar HGB, § 176 Rdnr. 27.

32 *Schlegelberger/Schmidt*, §§ 171, 172 Rdnr. 62; *Schilling*, Großkommentar HGB, § 172 Rdnr. 8.

33 BayObLG, 3Z BR 238/02, ZIP 2003, 480. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass weder aus der Sachverhaltswiedergabe noch aus den Entscheidungsgründen ersichtlich ist, ob der Kommanditanteil frei übertragbar ist. Die Begründung des BayObLG lässt aber darauf schließen, dass die Gesamtgutsfähigkeit von Kommanditanteilen generell abgelehnt wird.

34 BGH, II ZR 154/72, FamRZ 1975, 572.

tragbarkeit der Gesellschaftsanteile (und damit deren Zugehörigkeit zum Sondergut) hier nicht zutrifft. Diese läge darin, dass sich die Gesellschafter nicht gegen ihren Willen eine fremde Person, nämlich den Ehegatten-Gesellschafter, als Gesellschafter aufdrängen lassen müssen. Die Gesellschaft bestehe eben nur aus den Ehegatten. Des Weiteren könnten die Gesellschaftsanteile nicht in das Gesamtgut fallen, da sie als Bestandteil derselben Vermögensmasse ihre Selbständigkeit verlieren und miteinander verschmelzen würden. Hier nimmt der BGH auf das Dogma der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft Bezug. Schließlich könne durch eine formlose rechtsgeschäftliche Erklärung wie der Gesellschaftsgründung kein Sondergut geschaffen werden, dies sei nur in der notariellen Form des Ehevertrags im Wege einer Vorbehaltsgutsvereinbarung nach § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB möglich. Diese Begründung trägt nicht in allen Punkten. Im Ergebnis ist entgegen dem BGH die Gründung einer Personengesellschaft ausschließlich zwischen den Ehegatten auch ohne ausdrückliche Vorbehaltsgutsvereinbarung möglich.[35] Dem ersten Argument des BGH zur fehlenden Sondergutseigenschaft ist entgegenzuhalten, dass gemäß den Ausführungen unter Ziff. 2. die notwendige Sondergutseigenschaft des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters in erweiternder Auslegung des § 1417 BGB mit Normwidersprüchen zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Recht der Gütergemeinschaft zu begründen ist und nicht in erster Linie mit der ratio legis des § 1417 BGB. Die Konsequenz der Entscheidung des BGH, dass eine Personengesellschaft nie entstanden ist, sondern von Anfang an ein Einzelunternehmen vorlag, ist mit dem Sinn und Zweck des § 1417 BGB als Notgüterstand, ein Fehlschlagen des Erwerbs wegen der Unübertragbarkeit des Erwerbsgegenstands an den Ehegatten zu verhindern, überdies nicht zu vereinbaren. Zuzustimmen ist dem BGH in seinem zweiten Begründungsansatz bezogen auf das Dogma der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft, jedoch nur unter der Annahme, die Gesellschaftsanteile fielen in das Gesamtgut und vereinigten sich dort.[36] Zur Begründung ist zurückzugreifen auf das Fundament dieses gesellschaftsrechtlichen Prinzips, nämlich die schuldvertragliche Grundlage jeder Personengesellschaft (§ 705 BGB), ihre Sozietätskonstruktion.[37] Denn von der Rolle als Partei eines Gesellschaftsvertrags bleibt nichts mehr übrig, wenn der vereinigte Anteil gemäß den gütergemeinschaftlichen Regelungen verwaltet wird und so die verwaltungs- und vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrechte bei Gesamtverwaltung gemeinschaftlich oder bei Einzelverwaltung allein durch den verwaltungsberechtigten Ehegatten ausgeübt werden. Die bei Gesellschaftsgründung isoliert gebildeten Anteile verlieren eine logische Sekunde danach mit der Mitberechtigung des anderen ihre Eigenständigkeit und können nicht mehr einzeln zugeordnet werden. Insoweit wird im GmbH-rechtlichen Schrifttum sogar diskutiert, ob jeder Mitberechtigte für sich selbst eine Gesellschaftereigenschaft besitzt oder die Mitberechtigten nur „im Verbund" Gesellschafter sind, da aufgrund der notwendigen gemeinschaftlichen Ausübung der Mitgliedschaftsrechte die materielle Stellung als eigenständiger Gesellschafter soweit herabgewürdigt wird, dass auch formal von einer Gesellschafterposition nicht mehr gesprochen werden kann.[38] Die Begründung des BGH mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft trägt jedoch nur unter der Annahme, die Gesellschaftsanteile fielen in das Gesamtgut. Nach der hier vertretenen Auffassung ist das nur bei frei übertragbaren Kommanditanteilen der Fall, während alle anderen Personengesellschaftsanteile Sondergut sind. Dieser Lösungsansatz führt zu stets tragfähigen Ergebnissen bei der Gründung von Personengesellschaften durch die Ehegatten ohne Beteiligung eines Dritten. Die Gründung einer GbR, OHG oder KG mit einem nicht frei übertragbaren Kommanditanteil ist möglich, da die Anteile sich im Sondergut befinden. Wird eine KG mit einem frei übertragbaren Kommanditanteil gegründet, fällt dieser in das Gesamtgut, während der Anteil des persönlich haftenden Gesellschafters Sondergut ist. In dieser Konstellation tritt aufgrund der Zugehörigkeit zu verschiedenen Vermögensmassen keine Anteilsvereinigung ein, da schon die Rechtsinhaberschaft, einmal die Ehegatten gemeinsam, einmal ein Ehepartner allein, variiert. Auch werden von den Befürwortern des Grundsatzes der Einheit der Mitgliedschaft Ausnahmen in Fällen der Sonderzuordnung des Anteils anerkannt.[39]

Das Formargument des BGH trägt nicht. Denn die Sondergutsfähigkeit ist Konsequenz der gesetzlichen Ausgestaltung des Personengesellschaftsanteils, ausgenommen der frei übertragbare Kommanditanteil. Insofern stellt sich lediglich die Frage, ob bei Einbringung von Gesamtgut in die Personengesellschaft der Einbringungsvertrag formbedürftig ist und sich aufgrund des Beurkundungszusammenhangs auch die Formbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrags ergibt. Der Kreis der Sondergutsgegenstände ist jedoch gesetzlich zwingend festgelegt und somit eine Überführung in diese Vermögensmassen kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung nicht möglich.[40] Wird indes Gesamtgut in eine Gesellschaft eingebracht, deren Anteile zum Sondergut gehören, wird mittelbar Gesamtgut in Sondergut überführt. Letztlich könnte auf diesem Weg das gesamte Gesamtgutsvermögen der Eheleute mittelbar in eine andere Vermögensmasse überführt werden. Gleichwohl wäre auch in diesem extremen Fall nicht von einer Formbedürftigkeit dieses Vorgehens auszugehen. Denn der Einbringungsvertrag wird mit der Gesellschaft geschlossen, die Vermögensinhaber wird. Lediglich der davon zu unterscheidende Anteil, der diesen Vermögenswert repräsentiert und ein eigenständiges subjektives Recht darstellt, gehört dem Gesellschafter. Eine Umgehungsgefahr besteht nicht, da bei Auflösung der Gesellschaft die bislang von diesem Rechtssubjekt gehaltenen Vermögensgegenstände auf den Gesellschafter überführt werden und bei ihm – bei Fehlen der Voraussetzung

---

35 Ebenso *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, S. 65 ff.; *Soergel/Gaul*, vor § 1408 Rdnr. 29; *Staudinger/Thiele*, § 1408 Rdnr. 27, § 1416 Rdnr. 15; *Tiedtke*, FamRZ 1975, 675, 678; *Ulmer*, Großkommentar HGB, § 105 Rdnr. 100. Dem BGH folgen MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1416 Rdnr. 10; *Schünemann*, FamRZ 1976, 137, 138.

36 Die Geltung dieses Grundsatzes wird mit der Rechtsprechung und der h. L. als richtig und maßgeblich unterstellt, BGH, II ZR 182/55, BGHZ 24, 106, 108; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 b m. w. N. Dieses Prinzip in Zweifel ziehend *Bippus*, AcP 195 (1995), 13 ff.; *Esch*, BB 1993, 664 ff.; *Lüttge*, NJW 1994, 5 ff.

37 *Sieveking*, FS Schippel, S. 505, 506; *Ulmer*, ZHR 167 (2003), 103, 104.

38 *Hachenburg/Zutt*, 8. Aufl., § 18 Rdnr. 9. A. A. aber richtigerweise BGH, II ZB 1/79, BGHZ 78, 311. Denn wenn die Rechtsfähigkeit der Gesamthand abgelehnt wird, ist zwingende Folge, dass die einzelnen Gesamthänder Gesellschafter sind. Mit Recht kommt jedoch in der Kennzeichnung als „Verbund" zum Ausdruck, dass die Stellung des einzelnen Gesellschafters nur eine formale ist.

39 So *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 45 I 2 b) bb) bei Hinzuerwerb einer Beteiligung als Vorerbe, einer der Testamentsvollstreckungsanordnung unterliegenden Beteiligung, einer Treuhand-Mitgliedschaft sowie einer mit einem Pfandrecht oder mit einem Nießbrauch belasteten Beteiligung.

40 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1417 Rdnr. 5. Diese Rechtsauffassung ist umstritten. Vgl. hierzu näher Abschnitt C. II. 1.

des § 1417 Abs. 2 BGB – wiederum Gesamtgut werden. Die Gründung einer Personengesellschaft von in Gütergemeinschaft verheirateten Ehegatten bedarf daher nicht der Form des § 1410 BGB.

4. Gestaltungshinweise

Insgesamt ist festzustellen, dass die Rechtslage aufgrund des Fehlens höchstrichterlicher Rechtsprechung weitgehend unklar ist. Als geklärt kann lediglich gelten, dass der nicht frei übertragbare Personengesellschaftsanteil Sondergut ist und die höchstrichterliche Rechtsprechung derzeit noch die formfreie Gründung einer Personengesellschaft unter ausschließlicher Beteiligung der Ehegatten nicht zulässt. In diesem letzten Fall ist eine Vorbehaltsgutsvereinbarung daher unerlässlich. Ebenso ist eine solche anzuraten, wenn zwar bei Gesellschaftsgründung ein Dritter beteiligt ist, eine spätere alleinige Gesellschafterstellung der Ehegatten aber nicht ausgeschlossen werden kann. Denn bei der späteren Übertragung des Personengesellschaftsanteils wird die vorliegende Problematik mit der Folge der sofortigen liquidationslosen Beendigung der Gesellschaft selten erkannt werden, zumal die Anteilsübertragung regelmäßig nicht der notariellen Form bedarf. Ebenso ist eine Vorbehaltsgutsvereinbarung anzuraten, wenn zwar rechtlich ein Dritter beteiligt ist, wirtschaftlich aber letztlich nur die Ehegatten wie bei der beteiligungsidentischen oder der Einheits-GmbH & Co. KG. Denn auch in diesem Fall trägt die Argumentation des BGH zur Umgehung der §§ 1410, 1418 BGB.

Um bei frei übertragbaren Personengesellschaftsanteilen Sicherheit über die Vermögenszuordnung zu haben, ist auch bei diesem Anteilstyp unter dem Gesichtspunkt des „Gebots des sichersten Wegs“ eine Vorbehaltsgutsvereinbarung angezeigt.

II. Der Kapitalgesellschaftsanteil

1. Die Sondergutseigenschaft aufgrund satzungsmäßiger Vinkulierungsklausel

Umstritten ist, ob der nach § 15 Abs. 5 GmbHG an den Ehegatten nicht oder nur mit Zustimmung der Gesellschafter übertragbare GmbH-Anteil oder die nach § 67 Abs. 2 AktG entsprechend vinkulierte Namensaktie aufgrund dieser Übertragungsbeschränkung in das Sondergut fällt.[41] Dahinter steht die allgemeine und umstrittene Fragestellung, ob eine durch Rechtsgeschäft ausgeschlossene Übertragbarkeit eines Vermögensgegenstandes eine Zuweisung zum Sondergut zur Folge hat.[42] Entscheidend gegen Sondergut spricht seine Funktion als Notgütermasse zur Beseitigung von Widersprüchen. Es macht einen Unterschied, ob ein Normwiderspruch durch das Gesetz hervorgerufen wird oder erst durch einen Willensakt, nämlich durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung. Auch bestünde entgegen dem Grundprinzip des § 1416 BGB und entgegen der Formvorschrift der §§ 1410, 1408 BGB für einen Ehegatten die Möglichkeit, über Vinkulierungsvereinbarungen willkürlich Sondervermögen ohne Mitwirkung des anderen Ehegatten zu schaffen.

Aus der Sicht der Vertragsgestaltung kann man sich nicht darauf verlassen, über eine satzungsmäßige Vinkulierungsvereinbarung Sondergut zu begründen. Will man das dauerhafte Verbleiben eines in Gütergemeinschaft lebenden Gesellschafters auf der Ebene des Gesellschaftsvertrags vermeiden, ist dies nur über ein Ausschlussrecht der Gesellschaft bei Nichtabschluss eines entsprechenden Ehevertrags erreichbar.[43]

2. Die Gesamtgutsfähigkeit von Kapitalgesellschaftsanteilen

a) Nach Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister

Kapitalgesellschaftsanteile fallen stets in das Gesamtgut, außer es liegt eine Vorbehaltsgutsvereinbarung vor.[44] Bei der Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung ergibt sich aber auch hier ein Normwiderspruch zwischen dem Gesellschafts- und dem Familienrecht. Die bei der Gütergemeinschaft anwendbaren[45] §§ 18 GmbHG, 69 AktG stimmen mit den Verwaltungsregeln bei der Gütergemeinschaft nur bei gemeinschaftlicher Verwaltung überein, nicht bei Einzelverwaltung. Auch was die Haftung für die Einlageforderung der Gesellschaft anbelangt, führen die §§ 18 Abs. 2 GmbHG, 69 Abs. 2 AktG zu einer gesamtschuldnerischen Haftung beider Ehegatten, während § 1437 BGB eine Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten mit seinem Sonder- und Vorbehaltsgut ausschließt. Einigkeit besteht, dass diese Widersprüche nicht derart gravierend sind wie beim Personengesellschaftsanteil und daher keine Sondergutseigenschaft des Kapitalgesellschaftsanteils begründen können. Umstritten ist aber, ob dem Gesellschaftsrecht oder dem Recht der Gütergemeinschaft der Vorrang zukommt.[46] Lediglich vordergründig kann das Spannungsverhältnis über den lex specialis-Grundsatz gelöst werden. Die §§ 18 GmbHG, 69 AktG träfen nach diesem Verständnis eine spezielle Verwaltungsregelung zu § 1422 BGB. Auch griffe bei der dann gegebenen gemeinschaftlichen Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung nicht der Grund für die begrenzte Haftung ein, der in dem Gedanken „keine volle Haftung ohne Herrschaft“ liegt.

Eine derartige Lösung über den Vorrang des Gesellschaftsrechts führt jedoch zu Folgeproblemen. Die Bestellung des im Aktienrecht zwingenden und im GmbH-Recht möglichen gemeinsamen Vertreters erfolgt nach den Regeln der jeweiligen Rechtsgemeinschaft,[47] also bei Einzelverwaltung durch den verwaltungsberechtigten Ehegatten. Letztlich bestimmte damit der verwaltungsberechtigte Ehegatte trotz der nach §§ 18 Abs. 2 GmbHG, 69 Abs. 2 AktG strengeren Haftung des anderen Ehegatten den gemeinsamen Vertreter allein. Jederzeit könnte er sich selbst zum gemeinsamen Vertreter bestimmen.

Entgegen §§ 18 GmbHG, 69 AktG ist somit bei Einzelverwaltung der verwaltende Ehegatte automatisch zur Ausübung der

---

41 So *Hachenburg/Zutt*, Anh § 15 Rdnr. 76; *Schacht*, Beck’sches Handbuch der GmbH, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 257. Dagegen *Lutter*, AcP 161 (1962), 163, 165 ff.; *Scholz/Winter*, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 11.

42 Für Sondergutseigenschaft RGRK/*Finke*, BGB, 12. Aufl., § 1417 Rdnr. 5; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 38 IV 1; MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1417 Rdnr. 3; *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 9. Dagegen *Palandt/Brudermüller*, § 1417 Rdnr. 3; *Soergel/Gaul*, § 1417 Rdnr. 3.

43 Formulierungsbeispiel bei *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, Rdnr. 222.

44 *Baumbach/Hueck*, § 1 Rdnr. 36; *Hachenburg/Ulmer*, § 2 Rdnr. 82; *Scholz/Emmerich*, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 45; *Schwaiger*, Beck’sches Handbuch der GmbH, § 2 Rdnr. 45.

45 *Baumbach/Hueck*, § 18 Rdnr. 2; *Hachenburg/Zutt*, § 18 Rdnr. 9; *Hüffer*, 6. Aufl., § 69 Rdnr. 3; *Lutter/Hommelhoff*, 15. Aufl., § 18 Rdnr. 2; *Scholz/Emmerich*, § 18 Rdnr. 10, 45.

46 Für Vorrang des Gesellschaftsrechts *Hachenburg/Ulmer*, § 2 Rdnr. 82. Für Vorrang des Familienrechts *Baumbach/Hueck*, § 1 Rdnr. 36; *Scholz/Emmerich*, § 2 Rdnr. 45.

47 *Baumbach/Hueck*, § 18 Rdnr. 5; *Hachenburg/Zutt*, § 18 Rdnr. 24; *Scholz/Winter*, § 18 Rdnr. 21.

Gesellschafterrechte berechtigt und wird die Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten über § 1437 BGB beschränkt,[48] außer er handelt bei Gesellschaftsgründung selbst und begründet dadurch eine Haftung mit seinem gesamten Vermögen. Dem Familienrecht ist der Vorrang einzuräumen.

b) Stadium der Vorgesellschaft

Im Stadium der nach notarieller Beurkundung, aber vor Eintragung existierenden Vorgesellschaft ist zu differenzieren. Übernimmt bei Gesellschaftsgründung nur ein Ehegatte den Anteil allein, fällt dieser in sein Sondergut. Denn im Stadium der Vorgesellschaft gelten die §§ 15 GmbHG, 67 AktG noch nicht, vielmehr ist eine Änderung in der Zusammensetzung der Gesellschafter nur unter Mitwirkung aller im Wege einer Gesellschaftsvertragsänderung möglich.[49] Erst mit Eintragung der Kapitalgesellschaft wird der Ehegatte über § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB Gesellschafter. Daher kann sich auch bei Einzelverwaltung der nicht verwaltungsberechtigte Ehegatte wirksam bei Gesellschaftsgründung mit der Folge beteiligen, dass nach Eintragung der Gesellschaft der Anteil bzw. die Anteile automatisch in das Gesamtgut fallen.

Wird hingegen der Anteil von beiden Ehegatten übernommen, fällt auch der Anteil an der Vorgesellschaft in das Gesamtgut. Hier greift der Grundsatz, dass ein seiner Art und seinem Inhalt nach nicht durch Rechtsgeschäft übertragbarer Vermögensgegenstand unmittelbar in das Gesamtgut fällt, wenn er von vornherein für die Gesamthand der Ehegatten begründet wird.[50] Normwidersprüche zwischen Gesellschafts- und Familienrecht verlangen anders als beim Personengesellschaftsanteil[51] kein anderes Ergebnis. Zum einen gilt bereits für das Stadium der Vorgesellschaft das Prinzip der Drittorganschaft. Unbedenklich ist des Weiteren die unbegrenzte Differenz- und Vorbelastungshaftung im Hinblick darauf, dass beide Ehegatten handeln und dieses Risiko somit zurechenbar ist.

3. Beide Ehegatten als Gründer der Kapitalgesellschaft

Die gesamthänderische Gründungsteilnahme beider Ehegatten mit einer gemeinschaftlichen Einlage ist möglich, und zwar sowohl im Rahmen einer Mehrpersonengründung mit anderen Gesellschaftern wie auch allein als Einpersonengründung.[52] Die Möglichkeit einer Einpersonengründung erscheint im Hinblick auf den Wortlaut der §§ 1 GmbHG, 2 AktG befremdlich, da ja die Gütergemeinschaft als solche keine Rechtsfähigkeit besitzt und somit zwei im eigenen Namen handelnde Personen bei Gründung der Gesellschaft auftreten und handeln. Jedoch greift auch in diesem Fall der unter Abschnitt C. I.3. herausgearbeitete Gedanke ein, dass aufgrund der Zugehörigkeit des einzigen die Gesellschafterrechte vermittelnden Gesellschaftsanteils zum Gesamtgut dieser einheitlich verwaltet werden muss, so dass von einer selbständigen Gesellschafterstellung keine Rede sein kann. Zum anderen kann wertungsgemäß kein Unterschied zu dem Fall bestehen, dass ein Ehepartner bei Gesellschaftsgründung allein auftritt, somit unstreitig eine Einpersonengründung vorliegt, der Anteil dann sogleich in das Gesamtgut fällt.

Wollen die Gesellschafter eine Einpersonengründung insbesondere im Hinblick auf das Gebot der sofortigen Volleinzahlung bzw. Sicherheitsleistung nach § 7 Abs. 2 Satz 3 GmbHG bzw. § 36 Abs. 2 Satz 2 AktG vermeiden, sind zwei Einlagen von den Gesellschaftern zu übernehmen, nämlich eine durch jeden Ehegatten. Auch die Zulässigkeit dieser Gestaltung ist anerkannt.[53] Im Hinblick auf § 5 Abs. 2 GmbHG, wonach kein Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft mehr als eine Stammeinlage übernehmen kann, ist die Übernahme von zwei Stammeinlagen bei der GmbH von in Gütergemeinschaft verheirateten Eheleuten jedoch unzulässig, wenn man der Auffassung ist, Gesamtgut werde unmittelbar durch die Gesamthand erworben (Unmittelbarkeitstheorie), da der jeweilige Anteil zu keinem Zeitpunkt einem Ehegatten-Gesellschafter ausschließlich zugeordnet werden kann. Keine Probleme bereitet § 5 Abs. 2 GmbHG dagegen bei der auch in der Rechtsprechung vertretenen Durchgangstheorie, wonach für eine logische Sekunde ein alleiniger Zwischenerwerb des handelnden Ehegatten vorliegt.[54]

Die Zugehörigkeit zum Gesamtgut ist dabei sowohl in der Gründungsurkunde als auch in der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG kenntlich zu machen.

4. Die bei Gesellschaftsgründung nicht erkannte Gütergemeinschaft

Treten bei Gesellschaftsgründung zwei Ehegatten auf, wird jedoch nicht erkannt, dass sie in Gütergemeinschaft verheiratet sind – sei es, weil Angaben über den Personenstand komplett vergessen werden, sei es, weil diese unrichtig wiedergegeben werden – und übernimmt jeder von ihnen eine Stammeinlage, stellt sich die Frage, ob die Gesellschaftsanteile in das Gesamt- oder in das Vorbehaltsgut fallen. Denn aufgrund der notariellen Form der GmbH- und AG-Gründung kommt eine konkludente Vorbehaltsgutsvereinbarung in Betracht.

Der Annahme einer solchen Vereinbarung steht zunächst entgegen, dass die Ehegatten mit der Vereinbarung über das Entstehen der Gütergemeinschaft ihren Willen geäußert haben, dass jeder Vermögensgegenstand jedem gemeinsam gehören soll. Auch wird beim Grundstückskauf, wenn die Ehegatten das Erwerbsverhältnis als Miteigentum je zur Hälfte festgelegt haben, da das Bestehen einer Gütergemeinschaft unbekannt geblieben ist, regelmäßig keine konkludente Vorbehaltsgutsvereinbarung angenommen.[55] Falls das Bestehen einer Gütergemeinschaft im Rahmen des Grundbuchvollzugs erkannt wird, wird die Urkunde i. d. R. durch eine Feststellung nach § 44 a Abs. 2 BeurkG berichtigt. Wird die Gütergemeinschaft erst nach Grundbuchvollzug bekannt, genügt eine Grundbuchberichtigung, ohne dass es einer erneuten Auflassung bedarf.

Auf der anderen Seite ist aber die andersartige Struktur des Vermögensgegenstands Kapitalgesellschaftsanteil im Vergleich zum Grundstück sowie der Erwerbsvorgänge zu beachten.

---

48 Der Zusammenhang der Verwaltungsregelung und der strengeren Haftung wird nicht von allen Autoren vertreten. So geht *Scholz/Winter*, § 18 Rdnr. 17 von einem Vorrang der familienrechtlichen Verwaltungsregelung aus, in Rdnr. 30 geht er für die Haftung nach § 18 Abs. 2 GmbHG hingegen von einem Vorrang des Gesellschaftsrechts aus.

49 BGH, II ZR 123/94, NJW 1997, 1507.

50 *Staudinger/Thiele*, § 1417 Rdnr. 3.

51 Vgl. C. I.2. b).

52 *Baumbach/Hueck*, § 1 Rdnr. 36; *Scholz/Emmerich*, § 2 Rdnr. 45; *Schwaiger*, Beck'sches Handbuch der GmbH, § 2 Rdnr. 45.

53 *Baumbach/Hueck*, § 1 Rdnr. 36.

54 RG, V 12/13, RGZ 84, 71, 74; BayObLG, 1 Z I 38/53, BayObLGZ 1954, 12, 14. Zu den unterschiedlichen Auffassungen MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1416 Rdnr. 20 ff.; *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 21 ff.

55 *Staudinger/Thiele*, § 1416 Rdnr. 29.

Beim Grundstückskauf bringen die Ehegatten, wenn sie in Miteigentum erwerben möchten, ihren Willen zum gemeinsamen Erwerb zum Ausdruck. Der Unterschied zwischen einem ideellen Miteigentumsanteil und dem Erwerb zu Gesamtgut ist ihnen regelmäßig nicht bewusst. Für sie ist wichtig, zusammen zu erwerben, zumal wenn es sich um das Wohnhaus oder einen Teil der gemeinsam bewirtschafteten Landwirtschaft handelt. Beim Kapitalgesellschaftsanteil wird dagegen der Wille zum getrennten Erwerb zum Ausdruck gebracht. Auch ist es regelmäßiger Wille und Vorstellung der Ehegatten, ihre Gesellschafterrechte alleine und eigenverantwortlich auszuüben.

Insgesamt spricht somit vieles für eine konkludente Vorbehaltsgutsvereinbarung. Aufgrund des Fehlens höchstrichterlicher Rechtsprechung hierzu ist es aber angeraten, vorsorglich die Ausübung sämtlicher Gesellschafterrechte und die Durchführung von gesellschafterlichen Maßnahmen durch den einen Ehegatten allein jeweils nochmals ausdrücklich durch den anderen Ehegatten genehmigen zu lassen und nunmehr aus Gründen der Rechtsklarheit eine bestätigende ausdrückliche Vorbehaltsgutsvereinbarung zu treffen.

D. Die Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung

I. Problemstellung

Insbesondere in Fällen einer bislang unerkannten Gütergemeinschaft stellt sich das Problem der Wirksamkeit bisher durchgeführter gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen. Dabei lassen sich im Wesentlichen drei Fallgruppen unterscheiden: Zum einen die Ausübung der mitgliedschaftlichen Verwaltungs- und Vermögensrechte durch den Gesellschafter, also vor allem des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung sowie des Rechts zur Geltendmachung des Gewinnanspruchs und Liquidationsguthabens; zweitens einseitige Rechtsgeschäfte und geschäftsähnliche Handlungen der Gesellschaft wie die Aufforderung zur Leistung der Einlage, die Kündigung, die Einladung zur Gesellschafterversammlung, die Kaduzierung oder die Einziehung; drittens Verfügungen über den Gesellschaftsanteil.

In diesen Fällen ist zunächst stets zu prüfen, welcher Vermögensmasse der Gesellschaftsanteil zugehörig ist. Handelt es sich um Sondergut oder Vorbehaltsgut, ergeben sich keine Probleme, wenn derartige Maßnahmen gegenüber dem Gesellschafter-Ehegatten bzw. durch den Gesellschafter-Ehegatten vorgenommen wurden.

Gehört die Mitgliedschaft zum Gesamtgut, sind derartige Maßnahmen des Gesellschafters oder der Gesellschaft aus der Sicht des Rechts der Gütergemeinschaft unproblematisch, wenn sie bei Einzelverwaltung durch den verwaltungsberechtigten Ehegatten bzw. ihm gegenüber oder bei gemeinsamer Verwaltung durch beide Ehegatten bzw. gegenüber beiden durchgeführt wurden.

Insgesamt gibt es demnach lediglich zwei Konstellationen, in denen die Wirksamkeit im Hinblick auf das Recht der Gütergemeinschaft näher beleuchtet werden muss: Zum einen das Handeln des nicht verwaltungsberechtigten Ehegatten bei der Einzelverwaltung, zum anderen das Handeln lediglich eines Ehegatten bei gemeinschaftlicher Verwaltung.

Die Wirksamkeit von gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen des Gesellschafters und der Gesellschaft sowie der Verfügung über die Mitgliedschaft kann sich dabei sowohl aus familienrechtlichen Regelungen als auch aus Bestimmungen des Gesellschaftsrechts ergeben.

II. Wirksamkeit aufgrund familienrechtlicher Regelungen

1. Die fehlende Eintragung im Güterrechtsregister, § 1412 BGB

Wird das Vorliegen einer Gütergemeinschaft – wie regelmäßig – nicht in das Güterrechtsregister eingetragen, dürfen sich entsprechend dem Verkehrsschutzzweck des § 1412 BGB Dritte wie Mitgesellschafter, die Gesellschaft oder der Erwerber eines Gesellschaftsanteils darauf verlassen, dass der Gesellschafter im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft verheiratet ist, falls ihnen das Bestehen des anderen Güterstands bei Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht bekannt war. Die Rechtslage ist daher so zu prüfen, als bestünde Zugewinngemeinschaft. Jedoch sind auch bei § 1412 BGB etwaige Schranken des Verkehrsschutzes genau zu überprüfen. So kann bei Maßnahmen der Gesellschaft die Lehre über die Zurechnung des Wissens von Organwaltern eine Rolle spielen, wonach auch die Kenntnis lediglich eines Organwalters, der die Maßnahme noch nicht einmal vorgenommen haben muss, schadet.[56] Bei personalistisch strukturierten Gesellschaften dürfte indes der Ehegatten-Gesellschafter nicht selten zugleich Geschäftsführer sein. Auch im Rahmen von Gesellschafterversammlungen sind die Stimmabgaben der einzelnen Gesellschafter je nach Kenntnis vom Vorliegen einer Gütergemeinschaft getrennt zu prüfen. Dabei ist zu unterstreichen, dass die Kenntnis des Dritten lediglich das Wissen um den Abschluss des Ehevertrags und dessen Inhalt verlangt, die rechtliche Schlussfolgerung, welche Konsequenzen an eine Gütergemeinschaft geknüpft werden, aber nicht gezogen zu werden braucht.[57] Ein weiterer Unsicherheitsfaktor ergibt sich daraus, dass sich gutgläubige Dritte jederzeit, auch zu ihren Ungunsten, auf die wirklich bestehende güterrechtliche Lage berufen können, auf den Schutz des § 1412 BGB also verzichten können.[58] Schließlich bietet § 1412 BGB keinen Schutz, wenn ausnahmsweise der Güterstand in das Güterrechtsregister eingetragen wurde.

2. Das Betreiben eines selbständigen Erwerbsgeschäfts, §§ 1431, 1456 BGB

Keinen Schutz bieten die §§ 1431, 1456 BGB. Danach kann bei Einzelverwaltung der nichtverwaltende Ehegatte im Rahmen der Ausübung eines Erwerbsgeschäfts Rechtsgeschäfte mit Wirkung für das Gesamtgut vornehmen, wenn der andere verwaltende Ehegatte Kenntnis hiervon hat und keinen Einspruch dagegen einlegt. Unter derselben Voraussetzung steht bei gemeinschaftlicher Verwaltung des Gesamtguts einem Ehegatten das Recht zur alleinigen Geschäftsführung zu. Anerkannt ist, dass unter den Begriff des selbständigen Betreibens eines Erwerbsgeschäfts auch die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter in einer Erwerbsgesellschaft zu fassen ist, nicht hingegen die Stellung als Kommanditist oder Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft.[59] Damit böten §§ 1431, 1456 BGB lediglich in Fallkonstellationen Schutz, in denen es eines solchen nicht bedarf, da der Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters ohnehin stets Sondergut ist.

---

56 *Palandt/Heinrichs*, § 166 Rdnr. 2.

57 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1412 Rdnr. 8; *Palandt/Brudermüller*, § 1412 Rdnr. 9; *Staudinger/Thiele*, § 1412 Rdnr. 39.

58 *Soergel/Gaul*, § 1412 Rdnr. 7; *Staudinger/Thiele*, § 1412 Rdnr. 39.

59 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1431 Rdnr. 4; *Palandt/Brudermüller*, § 1431 Rdnr. 2; *Staudinger/Thiele*, § 1431 Rdnr. 7.

3. Vollmacht und Ermächtigung zur Verwaltung der Gesellschaftsbeteiligung und Verfügung über den Anteil

Der nichtverwaltende oder gemeinschaftlich verwaltende Ehegatte kann vom anderen Ehegatten in beliebiger Weise ermächtigt werden, über bestimmte Gegenstände des Gesamtguts zu verfügen, Rechtsgeschäfte für das Gesamtgut abzuschließen und ihn persönlich zu verpflichten (mit der Folge, dass Gesamtgut, Sondergut und Vorbehaltsgut des anderen Ehegatten für die Verpflichtung haften).[60] Im Rahmen der Verwaltung einer Gesellschaftsbeteiligung wird in aller Regel lediglich eine konkludente Bevollmächtigung in Betracht kommen. Zu beachten ist dabei, dass es sich bei der Vollmacht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, ein rechtsgeschäftlicher Erklärungstatbestand somit unabdingbar ist. Ein bloßes Dulden der Verwaltung des Gesellschaftsanteils und der Ausübung der Gesellschafterrechte genügt gerade nicht. Das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Erklärungstatbestands grenzt die konkludente Vollmacht von einer Duldungsvollmacht ab,[61] einer dogmatischen Kategorie, die in der hier zu diskutierenden Fallkonstellation nicht in Betracht kommt, da sie ein Handeln als Vertreter und nicht im eigenen Namen voraussetzt.[62] Damit hängt das Vorliegen einer stillschweigenden Bevollmächtigung letztlich davon ab, ob die Ehegatten bzw. insbesondere der handelnde Ehegatte als Erklärungsempfänger davon ausgegangen sind, dass einem allein der Gesellschaftsanteil gehört und somit ihm allein Rechte hieraus zustehen oder ob sie das Bewusstsein hatten, der Anteil stehe beiden gemeinsam zu. Nur im zweiten Fall kommt eine konkludente Vollmachtserteilung in Betracht.

III. Wirksamkeit aufgrund gesellschaftsrechtlicher Regelungen

1. Die Mitberechtigung am Kapitalgesellschaftsanteil, §§ 18 GmbHG, 69 AktG

Die §§ 18 GmbHG, 69 AktG unterscheiden jeweils zwischen der Geltendmachung der Gesellschafterrechte durch den Gesellschafter (Abs. 1) und Rechtshandlungen, welche die Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter vornimmt (Abs. 3). In den Fällen der Verfügungen über den Gesellschaftsanteil ist die Vorschrift dagegen bedeutungslos.

Maßnahmen nach Abs. 1 können im Aktienrecht nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausgeübt werden, während im GmbH-Recht die Rechte gemeinschaftlich auszuüben sind, außer es ist ein gemeinsamer Vertreter bestellt.[63] Für die hier interessierenden problematischen Fallgestaltungen (Ausübung der Gesellschafterrechte durch den nicht verwaltungsberechtigten Ehegatten bei Einzelverwaltung und Handeln eines Ehegatten bei gemeinschaftlicher Verwaltung) verfehlt die Regelung ihren Zweck, den Rechtsverkehr zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bei der Berechtigung mehrerer an einem Anteil zu erleichtern. Denn für die Bestellung des gemeinsamen Vertreters gelten die Vorschriften der jeweiligen Rechtsgemeinschaft,[64] somit die Verwaltungsregelungen des Rechts der Gütergemeinschaft, die konträr zur Ausübung der Gesellschafterrechte in den hier zu diskutierenden Konstellationen verlaufen. Nur wenn eine ausdrückliche oder konkludente Bevollmächtigung zur Ausübung dieser Rechte vorliegt, bieten diese Regelungen Schutz. Kriterien hierfür wurden in Abschnitt D. II.3. benannt.

Der Schutz nach Abs. 3 ist hingegen weiter gefasst. Danach genügt im GmbH-Recht die Vornahme der Handlung gegenüber einem Mitberechtigten, außer es ist ein gemeinsamer Vertreter vorhanden. Dann muss die Maßnahme ihm gegenüber vorgenommen werden. Diese Ausnahme führt in den hier interessierenden Konstellationen nicht zu einer Einschränkung des Schutzes der GmbH. Bei gemeinsamer Verwaltung gibt es ohnehin nach den Regeln des Güterrechts keinen gemeinsamen Vertreter, bei der Einzelverwaltung und der Vornahme der Handlung gegenüber dem nicht verwaltungsberechtigten Ehegatten bietet die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „vorhanden“ Schutz. Danach ist die Gesellschaft solange geschützt, bis sie Kenntnis von einem gemeinsamen Vertreter erlangt.[65] Teilweise wird darüber hinaus sogar eine Anzeige entsprechend § 16 Abs. 1 GmbHG verlangt.[66] Zu beachten ist demnach auch hier die Lehre von der Zurechnung des Wissens von Organwaltern. Im Aktienrecht ist ein derart weiter Schutz bereits dem Gesetzestext zu entnehmen. Nach § 69 Abs. 3 AktG muss der gemeinschaftliche Vertreter der AG gegenüber „benannt“ worden sein.

2. Die Anmeldung bei der Gesellschaft und Eintragung im Aktienregister, §§ 16 GmbHG, 67 Abs. 2 AktG sowie §§ 413, 412, 404 ff. BGB

a) GmbH-Recht

Nach § 16 GmbHG bewirkt die ordnungsgemäße, von der Gesellschaft angenommene Anmeldung, dass der Veräußerer unabhängig von der Rechtswirksamkeit der Anteilsübertragung der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter ausscheidet und der Erwerber der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter gilt. Ausschließlich der Angemeldete kann die Mitgliedschaftsrechte ausüben. Nur ihm gegenüber vorgenommene Rechtshandlungen durch die Gesellschaft sind wirksam. Erwirbt der in Gütergemeinschaft verheiratete Ehegatte im Wege der Einzelrechtsnachfolge einen Geschäftsanteil und wird er als neuer Gesellschafter gemäß § 16 GmbHG angemeldet, legitimiert ihn diese Vorschrift jedoch nicht als alleinigen Inhaber des in das Gesamtgut fallenden Anteils. Denn die Legitimationswirkung des § 16 GmbHG greift nach seinem eindeutigen Wortlaut nur bei Veräußerungen ein, nicht aber beim Anteilsübergang kraft Gesetzes, wie er an den Ehegatten nach § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB stattfindet.[67]

Jedoch genießt die Gesellschaft Schutz über §§ 413, 412, 404 ff. BGB.[68] Dieser Schutz kann allerdings von vornherein nur greifen, wenn man – wie die Rechtsprechung[69] – bei § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB der Durchgangstheorie folgt, da nur dann ein gesetzlicher Rechtsübergang i. S. d. § 412 BGB stattfindet. Insbesondere § 407 BGB bewirkt demnach, dass sowohl die Gesellschaft Rechtshandlungen gegenüber dem Gesell-

---

60 MünchKommBGB/*Kanzleiter*, § 1422 Rdnr. 5, § 1450 Rdnr. 7.

61 MünchKommBGB/*Schramm*, § 167 Rdnr. 49 m. w. N.

62 *Palandt/Heinrichs*, § 173 Rdnr. 11.

63 Diese Ausnahme ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut, ist aber allgemein anerkannt. Vgl. nur *Hachenburg/Zutt*, § 18 Rdnr. 22.

64 *Baumbach/Hueck*, § 18 Rdnr. 5; *Lutter/Hommelhoff*, § 18 Rdnr. 8; *Scholz/Winter*, § 18 Rdnr. 21.

65 *Hachenburg/Zutt*, § 18 Rdnr. 28.

66 *Scholz/Winter*, § 18 Rdnr. 35

67 *Baumbach/Hueck*, § 16 Rdnr. 2; *Hachenburg/Zutt*, § 16 Rdnr. 4; *Müller*, DStR 1998, 296.

68 Dies spricht an *Scholz/Winter*, § 16 Rdnr. 31.

69 RG, V 12/13, RGZ 84, 71, 74; BayObLG, 1 Z I 38/53, BayObLGZ 1954, 12, 14.

schafter vornehmen kann, als auch die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft möglich ist. Denn § 407 erfasst auch die Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte durch den Zedenten[70] bzw. bei entsprechender Anwendung gemäß § 413 BGB durch den Gesellschafter bei der Mitgliedschaft. Grundvoraussetzung ist jedoch stets die Gutgläubigkeit der Gesellschaft. Auch hier kann die Lehre von der Zurechnung des Wissens von Organwaltern Bedeutung erlangen.

Veräußert der angemeldete Ehegatte den Geschäftsanteil an einen Dritten und meldet der Veräußerer-Ehegatte den Erwerber an, so ist er hierzu nach § 16 GmbHG legitimiert. Danach kann der nichtverwaltende oder bei gemeinschaftlicher Verwaltung der ohne Vollmacht allein handelnde Veräußerer-Ehegatte einem Erwerber zwar nicht die materielle Rechtsinhaberschaft verschaffen, jedoch ist dieser zur Ausübung der Gesellschafterrechte befugt. Maßgeblich ist, dass als anmeldungsberechtigter Veräußerer derjenige anzusehen ist, der bis dahin der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter galt.[71]

b) Aktienrecht

Im Aktienrecht ist zunächst nach der Gattung der ausgegebenen Aktien zu unterscheiden, da § 67 Abs. 2 AktG nur für Namensaktien gilt. Wurden Inhaberaktien ausgegeben und ist die Mitgliedschaft tatsächlich in einer Aktienurkunde verbrieft, ist entsprechend der wertpapierrechtlichen Legitimationsfunktion[72] der Inhaber der Aktienurkunde gegenüber der Gesellschaft legitimiert. Keinerlei Legitimationswirkung und Verkehrsschutz im Verhältnis AG-Aktionär gibt es hingegen, wenn bei der Ausgabe von Inhaberaktien die Mitgliedschaft nicht in Aktienurkunden verbrieft ist.

Bei der Namensaktie gilt der im Aktienregister eingetragene unwiderruflich als Aktionär, und zwar unabhängig davon, ob Aktienurkunden ausgegeben wurden oder nicht.[73] Insoweit ist der Wortlaut des § 67 Abs. 2 AktG sehr viel weitergehend als derjenige des § 16 GmbHG, da diese Legitimationswirkung nicht nur beim Erwerb der Mitgliedschaft im Wege der Veräußerung, also bei der Einzelrechtsnachfolge, eingreift, sondern auch bei dem Erwerb kraft Gesetzes. Allerdings wird der Wortlaut des § 67 Abs. 2 AktG einschränkend dahingehend interpretiert, dass zumindest auf den Erben auch ohne Eintragung im Aktienregister alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten übergehen bzw. diese ausgeübt werden können.[74] Diese Ausnahme vom weitergehenden Wortlaut erklärt sich maßgeblich aus dem Gesichtspunkt der unbeschränkten Erbenhaftung.[75] Eine Übertragung auf die Gütergemeinschaft liegt damit nahe, da auch bei der Einzelverwaltung zumindest über das Gesamtgut der nichtverwaltende Ehegatte mithaftet und bei Gesamtverwaltung der andere Ehegatte sogar noch weitergehend mit seinem Sonder- und Vorbehaltsgut. Auf der anderen Seite ist jedoch auch der weitergehende Wortlaut des § 67 Abs. 2 AktG zu berücksichtigen sowie, dass der AG-Anteil grundsätzlich verkehrsfähig sein soll. Daher ist vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer Verlässlichkeit des Aktienregisters und des Verkehrsschutzes die gegenteilige Auffassung vorzugswürdig. Für die Vertragsgestaltung von Bedeutung ist, dass zu dieser Rechtsfrage eine gesicherte Rechtsprechung nicht vorliegt, so dass von einer Nichtlegitimation auch des eingetragenen Ehegatten wie bei der GmbH ausgegangen werden muss. Insoweit kann auf die dortigen Ausführungen und insbesondere auf einen etwaigen Schutz über §§ 413, 412, 407 ff. BGB sowie auf die Legitimationsfunktion der Aktienurkunde verwiesen werden.

Jedoch selbst wenn man von der Legitimationswirkung des § 67 Abs. 2 AktG auch in Fällen der Gütergemeinschaft ausgeht, sind folgende Einschränkungen von der Schutzwirkung des § 67 Abs. 2 AktG zu beachten: Dem Inhaber eines verkörperten Dividendenscheins steht ein Anspruch auf Auszahlung der Dividende auch dann zu, wenn er nicht als Aktionär im Aktienregister eingetragen ist. Insoweit wird die wertpapierrechtliche Legitimationswirkung des Inhabers des Wertpapiers als stärker erachtet.[76] Zum anderen ist umstritten, ob bei Vorhandensein einer satzungsmäßigen Regelung gemäß § 123 Abs. 2 Satz 1 AktG, wonach die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts von der fristgerechten Hinterlegung der Aktien abhängig ist, dieser Regelung der Vorrang gegenüber § 67 Abs. 2 AktG zukommt.[77] Ist in beiden Fällen der nichtverwaltende oder allein handelnde Ehegatte durch die Innehabung des Wertpapiers legitimiert, greift der volle wertpapierrechtliche Verkehrsschutz.

3. Die Fehlerfolgen gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen

Im Recht der Kapitalgesellschaften gilt bei Gesellschafterbeschlüssen der Grundsatz, dass die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nicht notwendigerweise ihre Unwirksamkeit nach sich zieht. So gelten für Hauptversammlungsbeschlüsse, dass diese nur in den Fällen des § 241 AktG nichtig sind, im Übrigen aber der fehlerhafte Beschluss erst durch eine erfolgreiche Anfechtungsklage nach §§ 243 ff. AktG seine Wirksamkeit einbüßt. Auch eine Nichtigkeit kann über § 242 AktG geheilt werden. Bei der GmbH gelten diese Grundsätze entsprechend.[78] Die fehlende Ladung eines teilnahmeberechtigten Gesellschafters stellt demnach grundsätzlich einen Nichtigkeitsgrund gemäß § 241 Nr. 1 AktG dar.[79] Allerdings ist bei der Prüfung des Vorliegens eines Ladungsfehlers der enge Zusammenhang mit den Regelungen der §§ 18 Abs. 3 GmbHG, 69 Abs. 3 AktG zu berücksichtigen. Soweit diese Vorschriften bei der Ladung zu einer Gesellschafter- oder Hauptversammlung einen Schutz bieten, muss auf die Grundsätze zur Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen trotz Rechtswidrigkeit nicht zurückgegriffen werden. Im Personengesellschaftsrecht gilt hingegen der Grundsatz, dass fehlerhafte Beschlüsse stets nichtig sind.[80] Bei Verfahrensfehlern ist zwar grundsätzlich zusätzlich eine Kausalität zwischen Fehler und Abstimmungsergebnis erforderlich, die Nichtladung stellt bei da-

---

70 MünchKommBGB/*Roth*, § 407 Rdnr. 7.

71 *Hachenburg/Zutt*, § 16 Rdnr. 9; *Lutter/Hommelhoff*, § 16 Rdnr. 12.

72 Vgl. hierzu *Hueck/Canaris*, Wertpapierrecht, 12. Aufl., § 1 II 2.

73 MünchKommAktG/*Bayer*, § 67 Rdnr. 39.

74 *Lutter*, Kölner Kommentar AktG, 2. Aufl., § 67 Rdnr. 34; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 236 f.

75 MünchKommAktG/*Bayer*, § 67 Rdnr. 63.

76 MünchKommAktG/*Bayer*, § 67 Rdnr. 63; *Hüffer*, AktG, § 67 Rdnr. 14; *Lutter*, Kölner Kommentar AktG, § 67 Rdnr. 11.

77 Umfassend zum Streitstand MünchKommAktG/*Bayer*, § 67 Rdnr. 48 ff.

78 BGH, II ZR 167/52, BGHZ 11, 231, 235; *Wolff*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 3, § 40 Rdnr. 4 m. w. N.

79 BGH, II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 211; *Baumbach/Hueck*, Anh. § 47 Rdnr. 20; *Scholz/Schmidt*, § 45 Rdnr. 64; *Wolff*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 3, § 40 Rdnr. 14.

80 *Baumbach/Hopt*, § 119 Rdnr. 31.

durch vereitelter Teilnahme jedoch stets einen Nichtigkeitsgrund dar im Hinblick darauf, dass es sich beim Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen um ein Recht des Kernbereichs der Mitgliedschaft handelt.[81] Darüber hinaus existieren vergleichbare Vorschriften zu §§ 18 GmbHG, 69 AktG im Personengesellschaftsrecht nicht. Allerdings kann sich die Problematik der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen aufgrund der Nichtladung des Ehegatten-Gesellschafters nur bei Kommanditanteilen ergeben, da Anteile des persönlich haftenden Gesellschafters stets Sondergut sind. Die Nichtladung des Ehegatten-Kommanditisten führt daher in den aufgezeigten problematischen Fallkonstellationen zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses. Etwas anderes kann sich auch nicht aus der Annahme einer Empfangsvollmacht zur Entgegennahme der Einladung des anderen Ehegatten ergeben. Denn auch wenn die Ladung dem Stimmbevollmächtigten zugesandt wird oder sonst zugeht, muss sie doch den anderen Gesellschafter als Adressaten bezeichnen.[82] Lediglich bei der Publikums-Personengesellschaft gelten andere Grundsätze. Wenn hier ein Gesellschafter versehentlich nicht eingeladen wurde, zugleich aber feststeht, dass die Anwesenheit des Gesellschafters oder seine Nichtanwesenheit keine Auswirkungen auf die gefassten Beschlüsse hatte, sind sie trotz des Einberufungsmangels wirksam.[83]

E. Zusammenfassung

1. Die Gütergemeinschaft besitzt keine Teilrechtsfähigkeit und kann daher nicht Gesellschafter sein.

2. Der Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters ist stets Sondergut. Der zumindest an den Ehegatten frei übertragbare Kommanditanteil fällt entgegen der Rechtsprechung des BayObLG in das Gesamtgut. Ist der Kommanditanteil nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag nur mit Zustimmung aller Gesellschafter oder mit Mehrheitsbeschluss übertragbar, ist er Sondergut.

3. Entgegen der Rechtsprechung des BGH ist die Gründung oder der Bestand einer Personengesellschaft ausschließlich zwischen den Ehegatten auch ohne ausdrückliche Vorbehaltsgutsvereinbarung möglich.

4. Eine Vinkulierungsklausel in der Satzung der Kapitalgesellschaft begründet kein Sondergut am Kapitalgesellschaftsanteil.

5. Kapitalgesellschaftsanteile fallen nach ihrer Eintragung stets in das Gesamtgut, außer es liegt eine Vorbehaltsgutsvereinbarung vor. Der Anteil an der Vorgesellschaft stellt Sondergut dar, wenn ein Ehegatte bei Gesellschaftsgründung allein und ausschließlich für sich handelt, und Gesamtgut, sofern beide bei Gründung den Anteil zu Gesamtgut übernehmen. Entgegen §§ 18 GmbHG, 69 AktG ist bei Einzelverwaltung der verwaltende Ehegatte automatisch zur Ausübung der Gesellschafterrechte berechtigt und wird die Haftung des nichtverwaltenden Ehegatten über § 1437 BGB beschränkt, außer er tritt als Gründer auf.

6. Die gesamthänderische Gründungsteilnahme beider Ehegatten mit einer gemeinschaftlichen Einlage ist sowohl im Rahmen einer Mehrpersonengründung mit anderen Gesellschaftern als auch als Einpersonengründung möglich.

7. Treten bei der Gründung einer GmbH oder AG zwei Ehegatten auf, die jeweils selbständig eine Stammeinlage übernehmen, wird jedoch das Bestehen einer Gütergemeinschaft nicht erkannt, kommt eine konkludente Vorbehaltsgutsvereinbarung in Betracht.

8. Bei der Vornahme gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen durch den Gesellschafter oder die Gesellschaft sowie bei Verfügungen über die Mitgliedschaft bereiten die Fälle Probleme, in denen bei Einzelverwaltung der nicht verwaltungsberechtigte Ehegatte handelt oder bei Gesamtverwaltung ein Ehegatte allein. Ein weitgehender Schutz besteht bei GmbH- und AG-Anteilen nach §§ 18 Abs. 3 GmbHG, 69 Abs. 3 AktG nur bei Maßnahmen der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter. Die Wirksamkeit gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen oder der Verfügung über die Mitgliedschaft kann sich daneben aus § 1412 BGB, über die Annahme einer konkludenten Vollmacht und aus §§ 413, 412, 404 ff. BGB bei Anwendung der Durchgangstheorie ergeben. § 16 GmbHG bietet nur Schutz i. S. einer formalen Legitimation des Erwerbers, wenn der angemeldete Ehegatten-Gesellschafter über die Mitgliedschaft verfügt. Die Anwendung des § 67 Abs. 2 AktG bei der Gütergemeinschaft ist zweifelhaft. Daneben greifen insbesondere bei der Inhaberaktie die Grundsätze zur Legitimationswirkung bei Innehabung eines Wertpapiers ein, sofern Aktienurkunden ausgegeben wurden.

Kein Verkehrsschutz wird über §§ 18 Abs. 1 GmbHG, 69 Abs. 1 AktG erzielt sowie über die Regelungen der §§ 1431, 1456 BGB. Zu beachten ist daneben stets die Lehre über die Zurechnung des Wissens von Organwaltern. Beim Kommanditanteil an einer Publikums-Personengesellschaft führt die Nichtladung des Ehegatten-Gesellschafters bei fehlender Kausalität des Mangels für das Abstimmungsverhalten nicht zur Rechtsunwirksamkeit der Gesellschafterbeschlüsse. Der sicherste Lösungsweg besteht regelmäßig darin, bei Erkennen des Vorliegens einer Gütergemeinschaft sämtliche gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen durch den anderen Ehegatten genehmigen zu lassen sowie bei künftigen Fällen gemeinsam zu handeln oder eine entsprechende Vollmacht ausdrücklich zu erteilen.

---

81 *Weipert*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 1, 2. Aufl., § 57 Rdnr. 89; MünchKommBGB/*Ulmer*, § 709 Rdnr. 106 m. w. N.

82 *Wolff*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 3, GmbH, § 39 Rdnr. 37.

83 *Gummert*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 2, § 66 Rdnr. 5.

Aufsätze

Die Europäische Aktiengesellschaft

– Grundstruktur, Gründungsformen und Funktionsweise –

Von Notarassessor Dr. *Hartmut Wicke*, LL.M. (Univ. Stellenbosch), Würzburg

Nach über vierzigjähriger Entstehungsgeschichte steht Unternehmen und Konzernen in der EU sowie im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) seit dem 8.10.2004 erstmals die supranationale Europäische Aktiengesellschaft, das „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“[1], als alternative Rechtsform zur Verfügung. Die Idee einer Societas Europaea (SE) geht zurück auf Thibièrge, der auf dem Kongress des französischen Notariats im Jahre 1959 erstmals entsprechende Überlegungen vortrug.[2] Mit der Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft verfolgt der europäische Gesetzgeber das Ziel, neue Möglichkeiten für den Zusammenschluss, die Kooperation und Restrukturierung von Gesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten durch Verschmelzung, Formwechsel, Begründung gemeinsamer Holding- oder Tochtergesellschaften und durch die Zulassung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung zu schaffen, um letztlich aufgrund der damit einhergehenden Effizienzvorteile sowie des Abbaus psychologischer Barrieren den Binnenmarkt zu fördern.[3] Nachdem die österreichische Strabag SE die Umwandlung in die Europäische Aktiengesellschaft bereits vollzogen hat und neben anderen europäischen Großunternehmen auch die Allianz AG entsprechende Pläne verlautbart hat, ist das Interesse der deutschen Wirtschaft an der neuen Rechtsform ungeachtet anfänglicher Skepsis sprunghaft angestiegen.[4] Vor diesem Hintergrund stellt der vorliegende Beitrag die gesetzliche Regelung der Europäischen Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung von Gründung, Organstruktur und Satzungsgestaltung in ihren Grundzügen dar und geht gleichzeitig der Frage nach, welche rechtlichen Gestaltungsvorteile die Europäische Aktiengesellschaft insbesondere für mittelständische Unternehmen bieten kann.[5]

I. Rechtliche Grundlagen

1. Rechtsnatur und Rechtsquellenhierarchie

Die SE ist als supranationale Rechtsform eine genuine Schöpfung des europäischen Gemeinschaftsrechts, deren Struktur und Funktionsweise in allen Mitgliedstaaten im Grundsatz einheitlich ausgestaltet sein soll. Maßgebliche Rechtsgrundlage ist die aufgrund Art. 308 EG erlassene Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001[6] (nachfolgend: SE-VO).[7] Ihrer Rechtsnatur nach ist die SE eine Aktiengesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, die über ein festes in Aktien zerlegtes Kapital von mindestens 120.000 € verfügt. Die Aktionäre schulden lediglich die Erbringung der Einlage und haften darüber hinaus nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.[8] Eine strukturelle Besonderheit der SE gegenüber dem deutschen Aktienrecht liegt in der Wahlmöglichkeit zwischen dem gewohnten dualistischen System mit Vorstand und Aufsichtsrat und dem monistischen System mit einem einheitlichen Verwaltungsorgan, das zugleich Leitungs- und Überwachungsfunktionen ausübt. Als Verordnung des Rates beansprucht die SE-VO gemäß Art. 249 Abs. 2 EG innerhalb der EU unmittelbare Geltung, ohne dass es eines mitgliedstaatlichen Transformationsaktes bedürfte. Dennoch verzichtet die SE-VO auf eine umfassende Ausgestaltung der SE, sondern schafft nur einen Regelungsrahmen und verweist im Übrigen auf das Recht des Mitgliedstaates, in dem die SE ihren Sitz hat. Als zentrale Bestimmung zeichnet Art. 9 SE-VO die Normenhierarchie mit ihrem abgestuften System des auf die SE anwendbaren Rechts in der folgenden Reihenfolge vor:[9]

Die SE unterliegt demzufolge in erster Linie den zwingenden Bestimmungen der SE-VO (Art. 9 lit. a SE-VO).[10] Darin sind insbesondere geregelt die Grundstruktur der SE, ihre Gründungsmodalitäten, Fragen der Sitzverlegung und Firmierung sowie der Aufbau und die Zuständigkeit der Organe. Daneben finden sich in der SE-VO kursorische Hinweise auf Bekanntmachungen, Registereintragung, Jahresabschluss, Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung der Gesellschaft.[11] Auf der zweiten Ebene stehen solche Satzungsregelungen, die durch die SE-VO ausdrücklich zugelassen werden (Art. 9 lit. b SE-VO). Es gilt damit auch auf europäischer Ebene der Grundsatz der Satzungsstrenge, der allerdings gegenüber dem deutschen Aktienrecht noch strikter ausgestaltet ist, da im Unterschied zu § 23 Abs. 5 Satz 2 AktG

---

1 *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99.

2 *Thibièrge*, Le statut des sociétés étrangères, Paris 1959, S. 270 ff., 360 ff.; vgl. *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2003, S. 397; zur Entstehungsgeschichte siehe ferner *Lutter*, BB 2002, 1; *Theisen/Wenz*, in dies., Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2005, S. 27 ff.; *Taschner*, in Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2005, S. 9 ff.; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2004, S. 480; *Kalss/Greda*, in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, 2004, Allgemeiner Teil Rdnr. 1 ff. Der Durchbruch gelang im Europäischen Rat von Nizza Ende 2000, vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1 f. („Wunder von Nizza“).

3 Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 1–4 und 10 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001; ferner *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 33 f.

4 Vgl. *Brandt*, BB-Special 3/2005, 1; *Lutter/Kollmorgen/Feldhaus*, BB 2005, 2473.

5 Siehe bereits *Gutsche*, Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, 1993, S. 240. Zur betriebswirtschaftlichen Seite vgl. *Wenz*, AG 2003, 185.

6 ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001.

7 Sämtliche Gemeinschaftsrechtsakte können im Internet unter http://www.europa.eu.int/eur-lex/index.html abgerufen werden.

8 Vgl. Art. 1 und 4 SE-VO.

9 Siehe zur Normenhierarchie und Verweisungstechnik eingehend *Hommelhoff*, in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft, 2005, S. 5 ff.; ferner *Heckschen*, in Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. (Hrsg.), Aktuelle Tendenzen und Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, S. 168, 169 f.; *Fleischer*, AcP 2004, 503, 507 ff.; *Kuhn*, in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 25; *Theisen/Wenz* (Fn. 2), S. 50 ff.; *Schröder/Fuchs*, in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, 2005, Art. 9 SE-VO Rdnr. 14 ff.; MünchKomm-AktG/*Schäfer*, 2. Aufl. 2006, Art. 9 SE-VO Rdnr. 21 ff.

10 Die Auslegungskompetenz bezüglich der SE-VO einschließlich der Frage der Anwendung des nationalen Rechts liegt beim Europäischen Gerichtshof, vgl. *Kuhn* (Fn. 9), S. 31.

11 Vgl. *Thümmel*, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2005, S. 22.

ergänzende Regelungen nicht zugelassen sind.[12] Die SE-VO sieht die Möglichkeit zur Satzungsgestaltung in 18 Vorschriften ausdrücklich vor.[13]

Es folgen die Rechtsvorschriften, welche die Mitgliedstaaten speziell für die SE erlassen haben (Art. 9 lit. c) Unterpunkt i) SE-VO). Das hierzu ergangene deutsche SE-Ausführungsgesetz (SEAG) ist als Bestandteil des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)[14] am 29.12.2004 in Kraft getreten.

Soweit weder die SE-VO, noch die Ausführungsgesetze eine Regelung enthalten, ist auf das Recht des Sitzstaates zurückzugreifen, welches für nationale Aktiengesellschaften gilt, also in Deutschland insbesondere auf das AktG und das UmwG (Art. 9 lit. c) Unterpunkt ii) SE-VO). Auf der untersten Ebene liegen die Vorschriften der Satzung der SE, die nach dem Aktienrecht des Sitzstaates zulässig sind (Art. 9 lit. c Unterpunkt iii) SE-VO).

2. Mitbestimmung

Hinzu kommen Sondervorschriften zur Beteiligung der Arbeitnehmer. Die SE-VO wird auf europäischer Ebene insofern durch die Richtlinie zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft (SE-Richtlinie) flankiert, die als Richtlinie gemäß Art. 249 Abs. 3 EG der Transformation in nationales Recht bedarf.[15] Die Umsetzung erfolgte in Deutschland durch das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) als zweiter Bestandteil des SEEG. Da die Arbeitnehmerbeteiligung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich ausgestaltet und insbesondere in Deutschland sehr breit angelegt ist, hat ein Dissens zum Mitbestimmungsregime die Einigung über die SE lange Zeit verhindert. Als Ergebnis der Einigung, die als „ein Unglück für Deutschland" und als „großer Nachteil" bezeichnet wurde,[16] soll vorrangig eine Verhandlungslösung zwischen den Arbeitnehmervertretern und den zuständigen Organen der beteiligten Gesellschaften angestrebt werden (Art. 3–6 SE-RL). Zu diesem Zweck wird in einem komplizierten Verfahren ein besonderes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer eingesetzt (§§ 4 ff. SE-BG). Die SE kann erst eingetragen werden, wenn die Verhandlungen durch Einigung oder durch Zeitablauf abgeschlossen sind (Art. 12 Abs. 2 SE-VO). Wird eine Vereinbarung nicht erzielt, kommt eine Auffanglösung zum Zuge, die einerseits die Einrichtung eines besonderen SE-Betriebsrates vorsieht (§§ 22 ff. SEBG), andererseits in Abhängigkeit von der Gründungsform und der relativen Mitarbeiterzahl der beteiligten Unternehmen dem höchsten Mitbestimmungsstandard zum Durchbruch verhilft (§§ 34 ff. SEBG).[17]

3. Das nationale Gesicht der SE

Die SE wird somit durch das Ineinandergreifen mehrerer Normschichten bestimmt. Als wichtige Konsequenz aus der Verzahnung von europäischem und mitgliedstaatlichem Recht folgt zunächst, dass die SE nicht europaweit einheitlich ausgestaltet ist, sondern dass sie je nach Sitz der Gesellschaft in unterschiedlichem Gewand auftritt. Im Ergebnis gibt es daher ebenso viele, in der Einzelausgestaltung variierende Formen der Europäischen Aktiengesellschaft wie Mitgliedstaaten in der EU.[18] Demgemäß beziehen sich die nachstehenden Ausführungen primär auf die deutsche SE.

4. Lawyer's Paradise

Wie sich zeigen wird, unterscheidet sich die Betreuung der einmal erfolgreich gegründeten SE mit Sitz in Deutschland in den notarrelevanten Bereichen nicht wesentlich von der gewohnten Beratungspraxis bei der Aktiengesellschaft. Das Nebeneinander einer Vielzahl von Rechtsquellen nationalen und europäischen Rechts führt dennoch zu einer nicht unerheblichen Komplexität in der Rechtsanwendung. Dieser Umstand und die Schwelle des Mindestkapitals von 120.000 € indizieren, dass die SE ihrer Konzeption nach eher auf größere, international tätige Unternehmen zugeschnitten ist.[19] Bei der unternehmerischen Entscheidung für die SE muss daher ein potentiell erhöhter Rechtsberatungsaufwand einkalkuliert werden. Nicht ohne Grund wurde die SE deshalb auch als „lawyer's paradise"[20] bezeichnet. Insofern kann allerdings gerade das System der notariellen Beurkundung aufgrund der gesetzlichen Gebührenfestlegung und der im Preis weitgehend enthaltenen Beratungsleistungen zu erheblichen Kostenvorteilen führen.[21]

II. Die Gründung der SE

1. Unternehmensumstrukturierung mit Mehrstaatenbezug

Das Regelwerk der SE sieht eine einfache Bar- oder Sachgründung entsprechend dem Modell der §§ 23 ff. AktG, die auch durch natürliche Personen vorgenommen werden könnte, nicht vor. Vielmehr unterliegt der Zugang zur Rechtsform der SE in mehrfacher Hinsicht Beschränkungen.[22] Als Gründer einer SE kommen nur bestimmte Gesellschaftsformen in Betracht, die je nach Art der Errichtung variieren. Die beteiligten Gesellschaften müssen zudem im Regelfall einen Mehrstaatenbezug aufweisen. Zu beachten ist darüber hinaus der Numerus clausus der Gründungsformen, der in den Art. 2 und 3 der SE-VO niedergelegt ist:[23] Eine SE kann demnach errichtet werden durch Verschmelzung, Gründung einer SE als Holdinggesellschaft oder gemeinsamer Tochtergesellschaft sowie durch formwechselnde Umwandlung. In diesen

---

12 Vgl. *Hommelhoff*, FS Ulmer, 2003, S. 267 ff.; *Schwarz*, SE-Verordnung, 2006, Einleitung Rdnr. 160; *ders.*, in Deutsche Notarrechtliche Vereinigung (Fn. 9), S. 148, 155; siehe aber auch *Seibt*, in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 69.

13 Siehe *Wagner*, NZG 2002, 985, 988; *Schwarz*, in Deutsche Notarrechtliche Vereinigung (Fn. 9), S. 155.

14 V. 22.12.2004, BGBl. I, S. 3675.

15 Richtlinie 201/86 des Rates v. 8.10.2001, ABl. EG Nr. L 294 v. 10.11.2001.

16 So *Lutter*, BB 2005, 1, 5; vgl. auch *Junker*, ZfA 2005, 211, 223 f.

17 Zur Arbeitnehmerbeteiligung in der SE siehe etwa *Oetker*, BB-Special 1/2005, 2; *Krause*, BB 2005, 1221; *Junker*, ZfA 2005, 211; *Nagel*, BB 2004, 1299, 1300 ff.; *Wisskirchen/Prinz*, DB 2004, 2638; *Müller-Bonanni*, GmbHR 2005, 195; *Kübler*, in FS Raiser, 2005, S. 247; *Wollburg/Banerjea*, ZIP 2005, 277.

18 Vgl. *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 252; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 22.

19 *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 252; *Früchtl*, NotBZ 2005, 244, 245.

20 *Sanders*, Structure and Progress of the European Company, in Schmitthof, The Harmonisation of European Company Law, 1973, S. 83, 89; dazu *Schwarz*, in Deutsche Notarrechtliche Vereinigung (Fn. 9), S. 148, 154.

21 Vgl. *Vossius*, ZIP 2005, 741, 749.

22 Vgl. *Bayer* in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 25, 26; *Horn*, DB 2005, 147, 148; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 403; Memento Gesellschaftsrecht für die Praxis 2005, S. 1283; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 41; *Hirte*, DStR 2005, 653, 655 f.

23 *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl. 2006, S. 851; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 41; MünchKommAktG/*Oechser*, Art. 3 SE-VO Rdnr. 1.

Konstellationen einer Primärgründung ist ein internationaler Sachverhalt, d. h. ein Bezug zu mehreren Mitgliedstaaten zwingende Voraussetzung. Als Sonderform einer Sekundärgründung kann ferner eine bestehende SE ihrerseits eine Tochter-SE errichten und zwar ohne dass ein zusätzlicher Mehrstaatenbezug erforderlich wäre. Die Voraussetzungen und der Ablauf der einzelnen Gründungsarten sollen im Folgenden (überblicksartig) skizziert werden.[24]

2. Gründung einer SE durch Verschmelzung

a) Voraussetzungen

Nach Art. 2 Abs. 1 SE-VO können an der Gründung einer SE durch Verschmelzung nur Aktiengesellschaften teilnehmen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Der Mehrstaatenbezug liegt in dem Erfordernis, dass mindestens zwei der verschmelzungswilligen Aktiengesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen müssen.[25] Die beteiligten Gesellschaften müssen nicht operativ tätig sein, Holding-, Vorrats- oder Mantelgesellschaften kommen ebenso in Betracht.[26] Das Verfahren der Verschmelzung ist in erster Linie in den Art. 17 ff. SE-VO geregelt. Zur Ausfüllung von Lücken in den offen gelassenen Bereichen verweist Art. 18 SE-VO für die jeweiligen Gründungsgesellschaften auf das nationale Recht, das ergänzend auch auf die künftige SE zur Anwendung kommt (Art. 9, 15 SE-VO).[27] Für den Fall der Wegzugsverschmelzung einer deutschen Gründungsgesellschaft enthalten die §§ 5 bis 8 SEAG ferner besondere Bestimmungen zum Aktionärs- und Gläubigerschutz.[28] Die Verschmelzung kann durch Aufnahme unter Umwandlung der aufnehmenden Gesellschaft in eine SE oder zur Neugründung erfolgen, jeweils mit der Folge der Auflösung der übertragenden Gesellschaft(en) (Art. 17 SE-VO).

b) Verfahrensablauf

Im Fall der Beteiligung einer deutschen Aktiengesellschaft an der Verschmelzung zur Gründung der SE entspricht das Verfahren in wesentlicher Hinsicht dem deutschen Umwandlungsrecht, das seinerseits maßgeblich durch die Verschmelzungsrichtlinie geprägt ist.[29] Nach einer Vorbereitungsphase (in der die Entscheidung über die Verschmelzung zu treffen ist, die Schlussbilanzen aufgestellt und geprüft werden[30], ggf. die Unternehmen bewertet sowie Umtauschverhältnis und Abfindungshöhe ermittelt werden) erfolgt die Aufstellung des gemeinsamen Verschmelzungsplans und als deren Bestandteil der Satzung der SE.[31] Der Verschmelzungsplan samt Satzung ist notariell zu beurkunden[32] und unterliegt der Offenlegung und Bekanntmachung.[33] Durch die Satzung und damit im Rahmen des Verschmelzungsplans erfolgt zugleich die Bestellung der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats bzw. Verwaltungsrats.[34] Erforderlich ist weiterhin ein Verschmelzungsbericht[35] und eine Prüfung des Verschmelzungsplans durch unabhängige Sachverständige.[36] Die Leitungs- und Verwaltungsorgane der beteiligten Gesellschaften leiten die Verhandlungen mit der Arbeitnehmerseite mit dem Ziel des Abschlusses einer Vereinbarung nach Art. 4 SE-Richtlinie ein.[37] Sie berufen ferner die Hauptversammlungen ihrer Gesellschaften ein, die dem Verschmelzungsplan zustimmen müssen[38] und ggf. zur Durchführung erforderliche Kapitalmaßnahmen beschließen.[39] Der Zustimmungsbeschluss einer deutschen Gründungsgesellschaft ist notariell zu beurkunden, ebenso etwaige Verzichtserklärungen.[40] Der Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat bestellt sodann die Vorstände bzw. geschäftsführenden Direktoren. Bei der Verschmelzung zur Neugründung einer deutschen SE haben die Leitungs- und Aufsichtsorgane einen Gründungsbericht zu verfassen.[41] Die Anmeldung zur (Erst-)Eintragung der SE mit Sitz in Deutschland ist von den vertretungsberechtigten Organen der Gründungsgesellschaften und den Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats (dualistisches System) bzw. den Mitgliedern des Verwaltungsrats und den geschäftsführenden Direktoren (monistisches System) vorzunehmen.[42] Die Rechtmäßigkeit der

---

24 Ausgeklammert bleiben Fragen der Fusionskontrolle nach deutschem (§§ 35 ff. GWB) und europäischem Recht (Verordnung [EG] Nr. 139/2004). Zum Konzernrecht der SE vgl. *Hommelhoff*, AG 2003, 179; *Maul*, ZGR 2003, 743; *Veil*, WM 2003, 2169; *Brandi*, NZG 2003, 889.

25 Das anwendbare Gesellschaftsstatut richtet sich nach den kollisionsrechtlichen Bestimmungen der die Verschmelzung vollziehenden nationalen Rechtsordnungen, vgl. *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 42.

26 *Kallmeyer*, AG 2003, 197, 198; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 42.

27 *Walden/Meyer-Landrut*, DB 2005, 2119; *Bayer* (Fn. 22), S. 33; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1285.

28 Hinsichtlich des Spruchverfahrens sieht Art. 25 Abs. 3 SE-VO einen Zustimmungsvorbehalt für Gesellschaften vor, die einer Rechtsordnung unterliegen, die das Instrument des Spruchverfahrens nicht kennen. Siehe hierzu *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14, Europäische Gesellschaft, Rdnr. 184.

29 Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978 gemäß Art. 54 Abs. 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. EG L 295 v. 20.10.1978, S. 36, zuletzt geändert durch die Beitrittsakte von 1994. Die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien und Verordnungen sind übersichtlich dargestellt und erläutert bei *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2003.

30 Ggf. ist eine Zwischenbilanz zu erstellen, § 63 Abs. 1 Nr. 3 UmwG.

31 Art. 20 SE-VO. Zum Verfahren siehe eingehend *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 136 ff.; *Neun*, in Theisen/Wenz (Fn. 2), S. 77 ff.; *Bayer* (Fn. 22), S. 32 ff.; *Heckschen* (Fn. 9), S. 175 ff.; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 43 ff.; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 743 f.; *Jannott*, in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 42 ff.; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1285 ff.

32 § 6 UmwG, § 23 Abs. 1 AktG. So die ganz h. M. Vgl. auch *Neun* (Fn. 31), S. 96; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1286; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 42; MünchKommAktG/*Schäfer*, Art. 20 SE-VO Rdnr. 6; einschränkend *Brandes*, AG 2005, 177, 182. Ein Musterentwurf eines Verschmelzungsplans findet sich bei *Heidenhain*, in Münchener Vertragshandbuch Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005, S. 1782.

33 Art. 21 SE-VO, § 5 SEAG, § 61 S. 2 UmwG. Börsennotierte Gesellschaften müssen die Anforderungen der Ad-hoc-Publizität (§§ 15 ff. WpHG) berücksichtigen. Der Verschmelzungsplan ist ferner wohl dem Betriebsrat zuzuleiten, § 5 Abs. 3 UmwG, vgl. etwa *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 226.

34 Art. 40 Abs. 2 Satz 2, 43 Abs. 3 Satz 2 SE-VO, vgl. *Jannott* (Fn. 31), S. 56.

35 § 8 UmwG. Ein Verzicht ist möglich.

36 Art. 22 SE-VO, §§ 60, 9–12 UmwG.

37 Art. 23 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2–4 SE-VO.

38 Art. 23 Abs. 1 SE-VO.

39 §§ 68, 69 UmwG. Ggf. sind Sonderbeschlüsse zu fassen (§ 65 Abs. 2 UmwG) und die Vorschriften über die Nachgründung zu berücksichtigen (§ 67 UmwG). Im Hinblick auf den Aktienumtausch sind §§ 71, 72 UmwG zu beachten.

40 § 13 Abs. 3 UmwG.

41 § 75 UmwG, § 33 Abs. 1 AktG; § 22 Abs. 6 SEAG. Für die Verschmelzung zur Aufnahme vgl. § 69 Abs. 1 Satz 1 UmwG i. V. m. 183 Abs. 3 AktG.

42 Vgl. Art. 15 SE-VO, §§ 3, 21 SEAG, 16, 17 UmwG, 36 AktG, 12 HGB; vgl. auch *Kleindiek*, in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 95, 96 ff.; *Jannott* (Fn. 31), S. 58 f.

Verschmelzung wird in einem zweistufigen Verfahren durch die Behörden oder Register am Sitz der sich verschmelzenden Gesellschaften, die eine Bescheinigung hierüber ausstellen, sowie durch das Register der übernehmenden Gesellschaft geprüft.[43] Die Verschmelzung und damit die Gründung der SE wird mit der (bekannt zu machenden) Eintragung im Register des Sitzstaates der übernehmenden Gesellschaft wirksam.[44]

c) Grenzüberschreitende Verschmelzungen außerhalb der SE-VO

Nach den Entscheidungen des EuGH in Überseering[45] und Inspire Art[46] sind Eintragungen von Zweigniederlassungen von nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates wirksam errichteten Gesellschaften zulässig und die Rechts- und Parteifähigkeit einer derart wirksam errichteten Gesellschaft in jedem Mitgliedstaat anzuerkennen. Diese Rechtsprechung hat bekanntlich erhebliche Bewegung in die Entwicklung des europäischen Gesellschaftsrechts gebracht und ebenso die Frage nach den Möglichkeiten einer grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften unterschiedlicher Mitgliedstaaten aufgeworfen. Da § 1 Abs. 1 UmwG den Anwendungsbereich des Umwandlungsgesetzes auf Rechtsträger im Inland beschränkt, ist deutschen Unternehmen nach traditioneller Auffassung eine grenzüberschreitende Verschmelzung auf direktem Weg, von der aufgezeigten Verschmelzung zur Gründung einer SE abgesehen, verwehrt.[47] Der EuGH hat in dem Verfahren SEVIC Systems AG gegen das AG Neuwied nunmehr aber entschieden, dass die Vorschrift gegen die europäische Niederlassungsfreiheit verstößt.[48] Damit kann auch die Verschmelzung einer Gesellschaft aus einem anderen Mitgliedstaat mit einer deutschen Gesellschaft im Handelsregister wirksam vollzogen werden. Am 15.12.2005 ist ferner die Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in Kraft getreten, die innerhalb von zwei Jahren nach der Veröffentlichung im EU-Amtsblatt von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden muss und die grenzüberschreitende Verschmelzung von in der EU ansässigen Kapitalgesellschaften nach dem Verfahrensmuster der Verschmelzung zur Gründung einer SE ermöglicht. Die Gründung einer SE durch Verschmelzung bietet demgegenüber weiterhin den psychologischen Vorteil, dass der Vorgang nicht als Übernahme des Unternehmens einer Nationalität durch das einer anderen, sondern vielmehr als Zusammenschluss von Gleichen erscheint (merger of equals).[49]

3. Gründung einer Holding-SE

a) Voraussetzungen

Die Errichtung einer Holding-SE stellt aus Sicht deutscher Gesellschaften eine gesetzlich bislang nicht vorgesehene Gestaltungsvariante dar.[50] Bei dieser Gründungsform bringen die Gesellschafter mindestens 50 % ihrer Anteile an den Gründungsgesellschaften in die neue SE ein und erhalten dafür im Gegenzug Aktien an der SE. Es handelt sich mithin um eine Sachgründung, bei der die Gründungsgesellschaften zu Tochtergesellschaften der Holding-SE werden. Die Gründung kann durch Aktiengesellschaften und daneben auch durch Gesellschaften mbH erfolgen, wenn mindestens zwei von ihnen entweder dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben (Art. 2 Abs. 2 SE-VO). Auf diesem Weg können auch zwei deutsche Gesellschaften eine Holding-SE errichten.[51] Die Gründung der Holding-SE ist in den Art. 32-34 SE-VO geregelt. Wenngleich eine dem Art. 18 SE-VO entsprechende Verweisungsvorschrift fehlt, besteht im Ergebnis Einigkeit, dass ergänzend zur SE-VO auf jede Gründungsgesellschaft deren Heimatrecht Anwendung findet. Neben den allgemeinen Vorschriften des Aktien- und GmbH-Rechts sind für eine deutsche Gründungsgesellschaft nach h. M. daher die Verschmelzungsvorschriften des UmwG einschlägig.[52] Die §§ 9 bis 11 SEAG enthalten ferner Regelungen zum Minderheitenschutz sowie zu Mehrheitserfordernissen bei der Beschlussfassung über den Gründungsplan.[53]

b) Verfahrensablauf

Nach einer Vorbereitungsphase, in der wiederum die Entscheidung für die SE-Gründung getroffen und die Gesellschaften bewertet werden, stellen die gründungswilligen Gesellschaften einen gleich lautenden, nach h. M. notariell zu beurkundenden[54] Gründungsplan einschließlich der Satzung auf,[55] der zudem die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats bzw.

---

43 Art. 25, 26 SE-VO. Im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 25 Abs. 2 SE-VO kann die Bescheinigung ungeachtet § 4 SEAG auch durch den Notar ausgestellt werden, vgl. auch *Vossius*, ZIP 2005, 741, 744; *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 268.

44 Art. 27 Abs. 1, 16 Abs. 1, 12 Abs. 1, 28 SE-VO.

45 DNotZ 2003, 139.

46 DNotZ 2004, 55.

47 *Knapp*, DNotZ 2005, 723 mit Hinweis auf die Möglichkeit der Gründung einer Europäischen Genossenschaft durch grenzüberschreitende Verschmelzung nach der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates v. 22.7.2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. EG L 207/1.

48 Urteil v. 13.12.2005, Rs. C-411/03, BB 2006, 11 m. Anm. *Schmidt/Maul*. Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts am EuGH *Tizzano*, veröffentlicht in DB 2005, 1510; ferner *Teichmann*, ZIP 2006, 355; *Kieninger*, EWS 2006, 49.

49 *Kallmeyer*, AG 2003, 197, 200; *Wenz*, AG 2003, 185, 188 ff. Die Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten ist veröffentlicht im ABl. EU L 310, S. 1 vom 25.11.2005; s. ferner RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes; hierzu *Neye/Timing*, DB 2006, 488.

50 *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 404; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1289; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 58.

51 *Heckschen* (Fn. 9), S. 197; *Kalss*, ZG 2003, 593, 630.

52 *Bayer* (Fn. 22), S. 46; *Teichmann*, ZGR 2003, 367, 389 f.; a. A. *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 261, der die Vorschriften über die Ausgliederung heranzieht; ferner *ders*., in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 275: Lückenfüllung für jeden Regelungsbereich einzeln zu prüfen.

53 Umstritten ist, ob bei börsennotierten Gesellschaften neben der SE-VO die Bestimmungen des WpÜG anzuwenden sind. Bejahend etwa *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 59; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1292; dagegen *Horn*, DB 2005, 147, 149 sowie bei entsprechender Ausgestaltung *Teichmann*, AG 2004, 67. Ggf. sind die Fusionskontrollvorschriften des deutschen (§§ 35 ff. GWB) und des europäischen Rechts (Verordnung [EG] Nr. 139/2004) zu beachten.

54 Art. 18 SE-VO analog i. V. m. § 6 UmwG, vgl. *Bayer* (Fn. 22), S. 48; *Jannott* (Fn. 31), S. 66 f.; MünchKommAktG/*Schäfer*, Art. 32 SE-VO Rdnr. 23; im Hinblick auf § 23 Abs. 1 AktG auch Memento Gesellschaftsrecht, S. 1290.

55 Art. 32 Abs. 2 SE-VO. Zum Verfahren der Holding-Gründung siehe *Neun* (Fn. 31), S. 142 ff.; *Bayer* (Fn. 22), S. 45 ff.; *Heckschen* (Fn. 9), S. 196 ff.; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 57 ff.; *Brandes*, AG 2005, 177; *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 270 ff.; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 744 ff.; *Jannott* (Fn. 31), S. 66 ff.; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1289 ff. Ein Musterentwurf eines Gründungsplans findet sich bei *Heidenhain* (Fn. 32), S. 1786.

Verwaltungsrats benennt.[56] Erforderlich ist weiterhin ein Gründungsbericht, der die rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen der Transaktion darstellt und die Auswirkungen der SE-Rechtsform auf Aktionäre und Arbeitnehmer erläutert.[57] Der Gründungsplan muss offen gelegt und bekannt gemacht werden[58] und unterliegt der Prüfung durch unabhängige Sachverständige.[59] Die Leitungs- und Verwaltungsorgane nehmen sodann die Verhandlungen mit den Arbeitnehmern über ihre Beteiligung auf (SE-Betriebsrat, Arbeitnehmermitbestimmung)[60] und berufen die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlungen ein, die dem Gründungsplan zustimmen müssen,[61] deutsche Gesellschaften nach zutreffender Ansicht durch notariell zu beurkundenden Beschluss.[62] Die Gesellschafter bringen ferner ihre Aktien oder GmbH-Geschäftsanteile in die Vor-SE ein.[63] Die beteiligten Gesellschaften legen im Anschluss gegenüber dem Handelsregister offen,[64] dass der nach dem Gründungsplan für jede Gesellschaft festgelegte Mindestprozentsatz an Anteilen, der 50 % überschreiten muss, eingebracht wurde.[65] Der Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat bestellt die Vorstandsmitglieder bzw. geschäftsführenden Direktoren. Bei der Gründung einer SE mit Sitz in Deutschland folgt sodann die Gründungsprüfung gemäß §§ 32 ff. AktG nach den Vorschriften über die Sachgründung und anschließend die Anmeldung zum Handelsregister.[66] Sofern sämtliche Voraussetzungen der Holding-Gründung erfüllt sind, wird diese im Register des Sitzstaates eingetragen und die Eintragung bekannt gemacht.[67]

4. Gründung einer Tochter-SE

a) Voraussetzungen

Als Gegenstück zur Gründung einer Holding-SE sieht die SE-Verordnung ferner die Gründung einer Tochter-SE vor, die im Hinblick auf grenzüberschreitende Joint Ventures besondere Bedeutung erlangen kann.[68] Der Kreis der möglichen Gründer ist am weitesten gezogen: Neben der Aktiengesellschaft und der GmbH können auch andere juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sowie Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EGV eine Tochter-SE errichten. Damit steht diese Gründungsform insbesondere auch (einen Erwerbszweck verfolgenden) Personengesellschaften offen.[69] Der erforderliche internationale Bezug ist gegeben, wenn mindestens zwei der Gründungsgesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen oder seit mindestens zwei Jahren in einem anderen Mitgliedstaat eine Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung unterhalten.[70] Das Verfahren zur Gründung einer Tochter-SE ist in der SE-Verordnung nicht im Einzelnen ausgestaltet. Vielmehr verweist Art. 36 Abs. 1 SE-VO hinsichtlich der Gründer auf die Vorschriften über deren Beteiligung an der Gründung einer Tochtergesellschaft in Form einer Aktiengesellschaft nach nationalem Recht, während für die künftige SE über die Verweisung des Art. 15 SE-VO das Recht an ihrem Sitz gilt.[71] Damit sind aus deutscher Sicht die allgemeinen Vorschriften über die Bar- oder Sachgründung einer Aktiengesellschaft nach den §§ 23 ff. AktG einschlägig.[72] Zusätzlich sind die Bestimmungen über die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem SEBG zu berücksichtigen.[73]

b) Verfahrensablauf

Wenngleich ein förmlicher Gründungsplan nicht vorgeschrieben ist, wird die Gründung einer gemeinsamen Tochter-SE dennoch mit einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung, etwa in Form eines Joint Venture Agreements beginnen.[74] Die Leitungsorgane und Verwaltungsorgane der beteiligten

---

56 Art. 40 Abs. 2 Satz 2, 43 Abs. 3 Satz 2 SE-VO, vgl. *Jannott* (Fn. 31), S. 76.

57 Art. 32 Abs. 2 Satz 2. Der Bericht muss nach dem Wortlaut der Vorschrift im Gründungsplan enthalten sein. Ein Verzicht ist möglich. Vgl. auch *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 298 f. sowie Rdnr. 306 unter Hinweis auf §§ 9 Abs. 3 und 12 Abs. 3 UmwG.

58 Art. 32 Abs. 3 SE-VO i. V. m. Art. 3 und 4 der Publizitätsrichtlinie (Erste Richtlinie 68/151/EWG v. 9.3.1968, ABl. EG Nr. L 65, zuletzt geändert durch Beschluss v. 1.1.1995): Dem entspricht es, wenn analog § 61 UmwG der Gründungsplan beim Handelsregister eingereicht und dies anschließend gemäß § 10 HGB bekannt gemacht wird, vgl. *Bayer* (Fn. 22), S. 49.

59 Art. 32 Abs. 4, 5 SE-VO.

60 Art. 32 Abs. 6 UAbs. 2 SE-VO.

61 Art. 32 Abs. 3, 6 SE-VO, § 10 SEAG. Nach *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 309 gilt § 63 UmwG entsprechend.

62 MünchKommAktG/*Schäfer*, Art. 32 SE-VO Rdnr. 34. Das Beurkundungserfordernis folgt für die AG bereits aus der notwendigen Drei-Viertel-Kapitalmehrheit gemäß § 10 Abs. 1 SEAG, vgl. § 130 AktG; siehe insoweit auch *Jannott* (Fn. 31), S. 75. Im Übrigen folgt das Beurkundungserfordernis aus einer analogen Anwendung des § 13 Abs. 3 UmwG (vgl. *El Mahi*, Die Europäische Aktiengesellschaft, 2003, S. 62) sowie aus einer Analogie zum sog. „Supermarktbeschluss", BGH DNotZ 1989, 102 (vgl. *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 262; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 745 Fn. 55).

63 *Jannott* (Fn. 31), S. 77; zu beachten ist ggf. § 15 GmbHG. Nach *Vossius*, ZIP 2005, 741, 746 kann die SE vor Erreichen des in Art. 32 Abs. 2 SE-VO vorgesehenen Mindestquorums nicht Vertragspartner der Abtretungsverträge sein.

64 Art. 33 Abs. 3 SE-VO i. V. m. Art. 3 der Publizitätsrichtlinie (Fn. 58).

65 Sofern nicht von vornherein feststeht, wie viele Anteile im Rahmen der Gründung in die SE eingebracht werden, kann die Grundkapitalziffer in der Satzung noch nicht abschließend fixiert werden. Als Lösung wird diskutiert, in die Gründungssatzung ein genehmigtes Kapital oder ein bedingtes Kapital (insoweit entgegen der h. M. in der aktienrechtlichen Literatur) aufzunehmen oder die Festlegung einer Mindest- und Höchstsumme mit anschließender Fassungsänderung gemäß § 179 Abs. 1 Satz 2 AktG. Vgl. *Brandes*, AG 2005, 177, 182; *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 287 ff.; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 745 Fn. 50. Die Mindestquote von 50 % in Art. 32 Abs. 2 Satz 4 SE-VO bezieht sich auf die durch die Aktien (oder GmbH-Anteile) verliehenen ständigen Stimmrechte, so dass stimmrechtslose Vorzugsaktien nicht berücksichtigt werden, vgl. *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 285.

66 §§ 36–37 AktG, 21, 10 Abs. 2 SEAG.

67 Art. 33 Abs. 5, 12 SE-VO, § 39 AktG; Art. 13, 14 SE-VO, §§ 39, 40 AktG, § 10 HGB.

68 *Wenz*, AG 2003, 185, 193; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1292.

69 Vgl. *Neun* (Fn. 31), S. 185; *Jannott* (Fn. 31), S. 39; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 67; zu den möglichen Gründern einer Tochter-SE vgl. i. E. *Schröder*, in Manz/Mayer/Schröder (Fn. 9), Teil B Art. 2 SE-VO Rdnr. 21, 76 (für Deutschland) sowie Rdnr. 81–84 (für andere Mitgliedstaaten).

70 Nach *Heckschen* (Fn. 9), S. 210 muss die Zweigniederlassung gemäß der Zweigniederlassungsrichtlinie (Richtlinie 89/666 EWG v. 21.12.1989, ABl. EG Nr. L 294 v. 30.12.1989) eingetragen sein. Dies dürfte schon aus Beweisgründen unumgänglich sein.

71 *Bayer* (Fn. 22), S. 58; *Jannott* (Fn. 31), S. 86.

72 Ein Musterentwurf eines Gründungsprotokolls findet sich bei *Heidenhain* (Fn. 32), S. 1788.

73 Zu beachten sind ggf. kartellrechtliche Beschränkungen auf nationaler und EU-Ebene. Das SEAG sieht nur dann Sonderregeln vor, wenn eine monistische Organstruktur angestrebt wird. Vgl. auch *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 68.

74 *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 68.

Gesellschaften müssen auch bei dieser Gründungsvariante Verhandlungen mit der Arbeitnehmerseite nach Art. 3 ff. SE-RiL aufnehmen. Im Übrigen entspricht das Verfahren bei einer Tochter-SE mit Sitz in Deutschland im Wesentlichen einer normalen Bar- oder Sachgründung nach dem deutschen Aktienrecht. Die Gründung einer Tochter-SE wird sich in vielen Fällen schon deshalb anbieten, um das strengere und umständlichere Verschmelzungsverfahren zu vermeiden.[75] Die Zustimmung der Haupt- oder Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften ist nicht vorgesehen; etwas anderes gilt nach der Holzmüller-/Gelatine-Rechtsprechung des BGH[76] allein dann, wenn eine der beteiligten Gesellschaften einen wesentlichen Teil ihres Vermögens auf die Tochter-SE überträgt.[77]

5. Gründung einer SE durch Umwandlung

a) Voraussetzungen

Eine SE kann gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO durch formwechselnde Umwandlung einer Aktiengesellschaft unter Wahrung der Identität des Rechtsträgers entstehen. Die umwandlungswillige Gesellschaft muss zwingend eine Aktiengesellschaft sein, die nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet worden ist, ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft hat und seit mindestens zwei Jahren über eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft verfügt. Die Umwandlung der nationalen Aktiengesellschaft in eine SE ist in Art. 37 SE-VO geregelt, die Vorschriften der SE-RiL und des SEBG sind ebenfalls anwendbar. Im Ergebnis besteht ungeachtet einer fehlenden Verweisungsvorschrift ferner Einigkeit, dass die §§ 190 ff. UmwG und das AktG ergänzend heranzuziehen sind.[78]

b) Verfahrensablauf

Das Verfahren beginnt mit der Aufstellung eines (dem deutschen Recht fremden) Umwandlungsplans, dessen Inhalt mangels vorrangiger Regelung in der SE-VO oder dem SEAG in Anlehnung an § 194 UmwG zu bestimmen ist,[79] sowie eines Umwandlungsberichts.[80] Der Umwandlungsplan unterliegt der Offenlegung[81] und Prüfung.[82] Das Leitungsorgan oder Verwaltungsorgan der Aktiengesellschaft unternimmt die erforderlichen Schritte zur Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitnehmern und beruft die Hauptversammlung ein, die dem Umwandlungsplan zustimmen muss und den Aufsichtsrat oder Verwaltungsrat bestellt.[83] Der Zustimmungsbeschluss bedarf einer Drei-Viertel-Kapitalmehrheit und ist notariell zu beurkunden.[84] Nach Bestellung der Vorstandsmitglieder bzw. der geschäftsführenden Direktoren folgen Gründungsbericht, Gründungsprüfung[85] und die Anmeldung zum Handelsregister.[86] Die formwechselnde Umwandlung wird mit der (bekannt zu machenden) Eintragung im Handelsregister wirksam.[87]

c) Rückumwandlung einer SE und Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Recht

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die in Art. 66 SE-VO vorgesehene Möglichkeit der (Rück-)Umwandlung einer SE in eine dem Recht ihres Sitzstaates unterliegende Aktiengesellschaft. Der Umwandlungsbeschluss darf allerdings erst zwei Jahre nach Eintragung der SE im Handelsregister oder nach Feststellung der beiden ersten Jahresabschlüsse durch Aufsichtsrat, Verwaltungsrat oder Hauptversammlung gefasst werden. Das Verfahren der Rückumwandlung entspricht weitgehend den Regelungen, die für die Gründung einer SE im Wege der Umwandlung gelten. Darüber hinaus kann sich eine SE im Grundsatz wie eine Aktiengesellschaft an Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Umwandlungsrecht beteiligen (Art. 10 SE-VO). In Betracht kommen neben einem Formwechsel in andere Rechtsformen als Aktiengesellschaften auch Verschmelzungen oder Spaltungen.[88] Die Einzelheiten sind freilich umstritten. So werden insbesondere die Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung einer SE für unzulässig erachtet, da die Gründungsvarianten für eine SE in Art. 2 SE-VO abschließend geregelt sind.[89] Die Zweijahresfrist des Art. 66 SE-VO gilt nach zutreffender Auffassung für Umwandlungsmaßnahmen nach nationalem Recht nicht, da die Vorschrift nur einen speziellen Umstrukturierungsfall normiert und als Ausnahmetatbestand eng auszulegen ist.[90]

---

75 *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 263; *Bayer* (Fn. 22), S. 59.

76 BGHZ 83, 122 – Holzmüller; BGH NJW 2004, 1860 – Gelatine.

77 *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 263; *Bayer* (Fn. 22), S. 58; *Teichmann*, ZGR 2002, 383, 438.

78 Vgl. *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 73, der Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO heran zieht; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 747.

79 *Neun* (Fn. 31), S. 175; *Jannott* (Fn. 31), S. 93; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 74. Es ist streitig, ob die Schriftform ausreicht oder Beurkundungspflicht besteht. Für ein Beurkundungserfordernis *Bayer* (Fn. 22), S. 61; *Heckschen* (Fn. 9), S. 217; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 747 Fn. 74; wohl auch *Schröder* (Fn. 69), Teil B Art. 37 Rdnr. 15 a. E.; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1293; dagegen *Jannott* (Fn. 31), S. 92; *Seibt/Reinhard*, DK 2005, 407, 414.

80 Art. 37 Abs. 4 SE-VO. Auf den Umwandlungsbericht kann analog § 192 Abs. 3 UmwG durch notariell beurkundete Erklärung verzichtet werden, vgl. *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 74.

81 Art. 37 Abs. 5 SE-VO i. V. m. Art. 3, 4 Erste Richtlinie 68/151/EWG: Einreichung zum Handelsregister, das einen Hinweis bekannt macht.

82 Art. 37 Abs. 6 SE-VO. Entsprechend § 194 Abs. 2 UmwG kann Zuleitung des Umwandlungsplans an den Betriebsrat erforderlich sein, vgl. *Jannott* (Fn. 31), S. 93; dagegen aber *Seibt/Reinhard*, DK 2005, 407, 415.

83 Vgl. hierzu auch *Jannott* (Fn. 31), S. 97 f.; *Neun* (Fn. 31), S. 182. Siehe ferner §§ 123 Abs. 1 AktG, 230 Abs. 2 UmwG.

84 *Neun* (Fn. 31), S. 180 f.; *Jannott* (Fn. 31), S. 97. Musterentwurf bei *Heidenhain* (Fn. 32), S. 1789.

85 §§ 197 Satz 1 UmwG, 32 ff. AktG, vgl. *Bayer* (Fn. 22), S. 64. Einschränkend *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 385, der Art. 37 Abs. 6 SE-VO insoweit als abschließend ansieht. Da bei Aktiengesellschaften mit Streubesitz eine Unterzeichnung des Gründungsberichts durch sämtliche Aktionäre faktisch ausgeschlossen ist, wird zu Recht vertreten, dass die Unterschrift durch Vorstand und Aufsichtsrat bzw. Verwaltungsrat ausreichen muss, vgl. *Neun* (Fn. 31), S. 184.

86 Art. 15 SE-VO, §§ 3, 21 SEAG, §§ 197, 246 UmwG, 36–37 AktG.

87 Art. 12–14, 16 SE-VO.

88 *Schwarz*, SE-VO, Art. 3 Rdnr. 34; *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 520, 524 ff.; *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 15 ff.; *Vossius*, in Widmann/Mayer, § 20 UmwG Rdnr. 423 ff.; einschränkend im Hinblick auf den Formwechsel aber *Vossius*, ZIP 2005, 741, 749; restriktiv ferner *Veil* in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 337.

89 *Schwarz*, SE-VO, Art. 3 Rdnr. 35 f.; *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 525, 529; anders für die Neugründung einer SE durch Spaltung einer bereits bestehenden SE *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 17.

90 Vgl. *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 526; *Vossius*, ZIP 2005, 741, 748; a. A. *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13, 15 ff.; für den Formwechsel auch *Schwarz*, SE-VO, Rdnr. 31. Siehe aber auch §§ 76 Abs. 1, 141 UmwG.

6. Gründung einer Tochter-SE durch eine bereits bestehende SE

Eine Sonderstellung nimmt schließlich die in Art. 3 Abs. 2 SE-VO vorgesehene Möglichkeit ein, dass eine SE selbst eine oder mehrere Tochtergesellschaften gründet, auch als „abgeleitete“[91], „derivative“[92], „sekundäre“[93] Gründung oder als „cloning“[94] bezeichnet. Es handelt sich somit um den Fall einer Einpersonengründung. Der bei den anderen Gründungsformen durchgängig notwendige Mehrstaatenbezug ist nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO nicht erforderlich. Die Mutter-SE wird gewissermaßen kraft ihrer Rechtsform und als Folge ihrer Entstehung als mehrstaatlich angesehen, auch wenn jeglicher Bezug zu anderen Ländern als dem Sitzstaat nachträglich weggefallen ist und die Eigengründung daher von einer rein „nationalen“ SE vorgenommen wird.[95] Ebenso ist eine Kettengründung dergestalt möglich, dass die entstandene Tochter-SE ihrerseits eine oder mehrere Tocher-SE gründet.[96]

Hinsichtlich des Gründungsverfahrens kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zur Gründung einer Tochter-SE verwiesen werden. Als besonderer Gestaltungsaspekt verdient in diesem Zusammenhang Beachtung, dass die SE auch als Vorratsgesellschaft eingesetzt werden kann.[97] Die Durchführung des Verfahrens zur Arbeitnehmerbeteiligung muss nach zutreffender Auffassung dabei aus rein praktischen Erwägungen ausscheiden, wenn die Gründungsgesellschaft über keine Arbeitnehmer verfügt und dieser Tatbestand gegenüber dem Registergericht im Rahmen der Anmeldung versichert wird; auch das Zuwarten der sonst erforderlichen sechsmonatigen Verhandlungsfrist kann in diesem Fall nicht verlangt werden.[98] Da sich die Übertragung der Anteile nach dem Aktienrecht am Sitzstaat beurteilt, könnte die auf Vorrat gegründete Tochter-SE sodann auch von natürlichen Personen erworben werden. Sofern sich ein entsprechender Markt für Vorrats-SE entwickeln sollte, wäre es damit denkbar, dass die SE (entgegen ihrer Grundkonzeption) künftig auch als relativ leicht zugängliche Rechtsformalternative bei reinen Inlandssachverhalten einsetzbar wird.

III. Strukturelemente der SE

1. Organstruktur

Jede SE verfügt über eine Hauptversammlung der Aktionäre. Hinsichtlich der Leitungsstruktur eröffnet die SE-VO die Möglichkeit, zwischen dem dualistischen System mit einem Aufsichtsorgan und einem Leitungsorgan und dem monistischen System mit einem einheitlichen Verwaltungsorgan zu wählen (Art. 38 SE-VO). Die Entscheidung für eines der beiden Systeme ist in der Satzung zu treffen, ein nachträglicher Wechsel im Wege der Satzungsänderung ist zulässig. Während das dualistische System den Vorstellungen des deutschen Aktienrechts entspricht, ist das monistische System im angloamerikanischen Rechtskreis verbreitet, darüber hinaus aber etwa auch in Frankreich, wo beide Modelle alternativ zur Verfügung stehen. Die Organstruktur ist in erster Linie in den Art. 38 ff. SE-VO geregelt, ergänzend kommen für eine SE mit Sitz in Deutschland die Ausführungsbestimmungen der §§ 15 ff. SEAG zur Anwendung sowie beim dualistischen System subsidiär die §§ 76 ff. AktG. Die Frage der Leitungsorganisation ist eng mit den Anforderungen an eine gute Corporate Governance verknüpft, die eine angemessene Führung und Kontrolle des Unternehmensgeschehens gewährleisten soll.[99]

a) Dualistisches System

In dieser Hinsicht ist für das dualistische System zunächst die klare Trennung zwischen Leitungs- und Kontrollfunktion charakteristisch, bei der personelle Überschneidungen unzulässig sind (Art. 39 Abs. 3 SE-VO).[100] Die Aufgabengebiete werden in Art. 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 SE-VO dahin gehend voneinander abgegrenzt, dass das Aufsichtsorgan der SE (nachstehend: Aufsichtsrat) die Geschäftsführung durch das Leitungsorgan (nachstehend: Vorstand) zu überwachen hat, aber nicht seinerseits berechtigt ist, die Geschäfte der SE zu führen. Dem Vorstand ist neben der Geschäftsführung die Vertretung der Gesellschaft zugewiesen, die §§ 77, 78 AktG finden Anwendung.[101] Ein Weisungsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand besteht nicht. Zur Ausübung der Überwachungstätigkeit verfügt der Aufsichtsrat jedoch über Informationsrechte (Art. 41 SE-VO). Ein wichtiges Steuerungsrecht sind zudem Zustimmungsvorbehalte, die entweder in der Satzung oder vom Aufsichtsrat selbst im Beschlussweg festgelegt werden müssen (Art. 48 SE-VO, § 19 SEAG).[102] Der Aufsichtsrat bestellt ferner die Vorstandsmitglieder (Art 39 Abs. 2 SE-VO). Die Zahl der Vorstandsmitglieder (Art. 39 Abs. 4 SE-VO, § 16 SEAG) sowie die Dauer der Bestellung von maximal sechs Jahren sind in der Satzung anzugeben (Art. 46 SE-VO). Die Abberufung der Vorstandsmitglieder ist entsprechend § 84 Abs. 3 AktG nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig.[103] Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden, soweit nicht von einem Entsenderecht Gebrauch gemacht wird (§ 101 Abs. 2 AktG), von der Hauptversammlung bestellt, die des ersten Aufsichtsrats auch durch die Satzung (Art. 40 Abs. 2 SE-VO, 46 SE-VO).

---

91 *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 280.

92 *Pluskat*, EuZW 2001, 524, 527 Fn. 31.

93 *Lutter*, BB 2002, 1, 4.

94 *Vossius*, ZIP 2005, 741, 748.

95 *Schröder* (Fn. 69), Teil B Art. 2 Rdnr. 39; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 72; *Heckschen* (Fn. 9), 218. Generell ist nach der Gründungsphase einer SE Transnationalität nicht mehr erforderlich, *Schröder* (Fn. 69), Teil B Art. 2 Rdnr. 67.

96 *Heckschen* (Fn. 9), S. 218. Nach *Heckschen*, in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Anh. 14 Rdnr. 404 ist auch die Gründung einer Tochter-SE im Wege der Ausgliederung zur Neugründung möglich.

97 *Heckschen* (Fn. 9), S. 219; *Jannott/Frodermann* (Fn. 2), S. 7; *Seibt*, ZIP 2005, 2248, 2250.

98 *Kienast*, in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 414 f.; AG Düsseldorf, ZIP 2006, 287. Etwas anderes gilt nach AG Hamburg und LG Hamburg, ZIP 2005, 2017 dann, wenn die zu gründende Gesellschaft keine Arbeitnehmer haben soll, aber die Gründungsgesellschaft Arbeitnehmer (wenn auch keine Mitbestimmung) hat; insoweit zustimmend *Frodermann/Jannott*, ZIP 2005, 2251. Nach *Seibt*, ZIP 2005, 2248, ist das mitbestimmungsrechtliche Beteiligungsverfahren auch bei (voraussichtlicher) Arbeitnehmerlosigkeit der SE durchzuführen, es sei denn, nicht nur die (Vor-)SE, sondern auch die beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe beschäftigen insgesamt weniger als zehn Arbeitnehmer (Folge: Abgabepflicht eines Negativattests) oder es handelt sich um eine Sekundärgründung i. S. v. Art. 3 Abs. 2 SE-VO.

99 Vgl. *Theisen/Hölzl*, in Theisen/Wenz (Fn. 2), S. 269, 312 ff.

100 Vgl. auch § 105 AktG.

101 *Frodermann*, in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 149 f.; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 85.

102 Vgl. *Hoffmann-Becking*, ZGR 2004, 355, 365 f.; *Seibt*, in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 67, 79.

103 *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 82; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1295. Nach einer Gegenauffassung ist die Abberufung jederzeit möglich, was die Machtposition des Aufsichtsrats nicht unerheblich stärken würde. Zum Streitstand siehe *Manz*, in Manz/Mayer/Schröder (Fn. 9), Teil B Art. 39 Rdnr. 28 ff.

b) Monistisches System

Das monistische Leitungssystem, auch nach angelsächsischem Vorbild „Board System" genannt, ist ein Novum im deutschen Recht.[104] Eine SE mit monistischem System verfügt im Grundsatz lediglich über ein Verwaltungsorgan (Art. 38 lit. b SE-VO), das in Deutschland als Verwaltungsrat bezeichnet wird (§ 20 SEAG). Die SE-VO schränkt dieses Konzept allerdings ihrerseits ein, indem sie die Mitgliedstaaten ermächtigt, die laufenden Geschäfte unter denselben Voraussetzungen, wie sie für eine AG im Sitzstaat der SE gelten, zur eigenverantwortlichen Erledigung in die Hand eines oder mehrerer Geschäftsführer zu legen (Art. 43 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 SE-VO).[105] Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und umschreibt die Funktionsteilung zwischen Verwaltungsrat durch eine unterschiedliche Definition der Aufgaben: Während der Verwaltungsrat die Gesellschaft leitet, die Grundlinien ihrer Tätigkeit bestimmt und deren Umsetzung überwacht (§ 22 Abs. 1 SEAG), führen die (sog.) geschäftsführenden Direktoren die Geschäfte der Gesellschaft und vertreten diese gerichtlich und außergerichtlich (§ 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG).[106] Subsidiär tritt immer dann, wenn auf Aktiengesellschaften anwendbare Rechtsvorschriften dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat Rechte oder Pflichten zuweisen, der Verwaltungsrat an deren Stelle, soweit nicht das SEAG ausdrücklich den Verwaltungsrat oder die geschäftsführenden Direktoren für zuständig erklärt (§ 22 Abs. 6, § 20 SEAG). Dem Verwaltungsrat kommt insbesondere die Aufgabe zu, den (oder die) geschäftsführenden Direktor(en) zu bestellen (§ 40 Abs. 1 SEAG).

Ungeachtet der systematischen Annäherung der Position der geschäftsführenden Direktoren an diejenige des Vorstands im dualistischen System bleibt die Rolle des Verwaltungsrats in wesentlicher Hinsicht eine andere als die des Aufsichtsrats, da er die Letztverantwortung für die Unternehmenspolitik und Unternehmensleitung trägt, den geschäftsführenden Direktoren Weisungen erteilen kann (§ 44 Abs. 2 SEAG) und diese jederzeit abberufen kann (§ 40 Abs. 5 SEAG).[107] Im Unterschied zur dualistischen Organstruktur ist die Funktion des geschäftsführenden Direktors zudem nicht mit derjenigen eines Verwaltungsratsmitglieds inkompatibel: Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG können Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden, soweit nicht von einem Entsenderecht Gebrauch gemacht wird (§ 28 Abs. 2 SEAG), von der Hauptversammlung bestellt, die des ersten Verwaltungsrats auch durch die Satzung (Art. 43 Abs. 3 SE-VO). Die Dauer der Bestellung der Verwaltungsratsmitglieder von maximal sechs Jahren (Art. 46 SE-VO)[108] ist ebenso wie ihre Anzahl in der Satzung anzugeben (Art. 43 Abs. 2 SE-VO, § 23 SEAG). Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen Euro hat der Verwaltungsrat aus mindestens drei Personen zu bestehen; im Übrigen ist es auch denkbar, dass ein einziges Mitglied vorgesehen wird.[109] Der Verwaltungsrat hat bei einem mehrköpfigen Gremium aus seiner Mitte einen Vorsitzenden zu wählen (Art. 45 Satz 1 SE-VO, § 34 SEAG). Sofern der Vorsitzende des Verwaltungsrats gleichzeitig die Funktion des geschäftsführenden Direktors wahrnimmt, kann dieser nach dem Vorbild des französischen président directeur général (P.D.G.) oder des amerikanischen chief executive officer (C.E.O.) einen faktischen Einfluss gewinnen, der über den eines Vorstands- oder Aufsichtsratsvorsitzenden im dualistischen System hinaus geht.[110]

c) Hauptversammlung

Die Hauptversammlung ist sowohl im dualistischen als auch im monistischen System das gesetzlich vorgeschriebene Organ der Aktionäre. Die Konzeption der Hauptversammlung der SE entspricht weitgehend derjenigen einer deutschen Aktiengesellschaft. Zentrale Norm für die Zuständigkeit der Hauptversammlung ist Art. 52 SE-VO. Danach hat die Hauptversammlung in Angelegenheiten zu beschließen, in denen ihr die Zuständigkeit durch die SE-VO ausdrücklich zugewiesen wird und in denen die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft nach den Rechtsvorschriften des Sitzstaates oder aufgrund der damit in Einklang stehenden Satzung zuständig wäre. Die SE-VO begründet in folgenden Fällen eine Zuständigkeit der Hauptversammlung: Danach beschließt die Hauptversammlung über die Änderung der Satzung (Art. 59 Abs. 1 SE-VO), die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats bzw. Verwaltungsrats (Art. 40 Abs. 2, 43 Abs. 3 SE-VO), über die Teilnahme an Gründungsakten für weitere SE (Art. 23 Abs. 1, 32 Abs. 6, 37 Abs. 7 SE-VO) und über die Rückumwandlung der SE in eine AG (Art. 66 Abs. 6 SE-VO). Zudem sind die gewohnten Beschlusszuständigkeiten nach dem AktG eröffnet: Dies gilt namentlich für die Verwendung des Bilanzgewinns, die Entlastung der Organe, die Bestellung des Abschlussprüfers, die Durchführung von Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung, die Auflösung der SE (§ 119 AktG), die Zustimmung zu Nachgründungsverträgen (§ 52 Abs.1 AktG) oder die ungeschriebenen Zuständigkeiten nach der Holzmüller-/Gelatine-Rechtsprechung des BGH.[111]

---

104 Zu entsprechenden Ansätzen im deutschen Aktienrecht des 19. Jahrhunderts vgl. *Teichmann*, in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 195.

105 Kritisch hierzu die Stellungnahme des DAV, NZG 2004, 75, 82 („verdeckt dualistisches System"); dagegen *Teichmann*, BB 2004, 53, 58 ff.

106 Zur Frage, ob entsprechend dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG die gesamte Geschäftsführung den geschäftsführenden Direktoren übertragen ist oder (in europarechtskonformer Auslegung) entsprechend Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO nur die laufenden Geschäfte siehe *Schwarz*, SE-VO, Art. 43 Rdnr. 30 f., Anh. Art. 43 Rdnr. 276. Die geschäftsführenden Direktoren nehmen ferner die Handelsregisteranmeldungen vor (§ 40 Abs. 2 Satz 4 SEAG) und zeichnen für die Gesellschaft, indem sie der Firma ihre Namensunterschrift mit dem Zusatz „Geschäftsführender Direktor" hinzufügen.

107 Vgl. Begründung RegE BT-Drucks. 15/3405, S. 36; *Horn*, DB 2005, 147, 150 f.; *Teichmann* (Fn. 104), S. 205.

108 Nach zutreffender Auffassung ist eine § 102 Abs. 1 AktG entsprechende Satzungsregelung zur Amtszeit der Organe der Gesellschaft eintragungsfähig, vgl. *Frodermann/Jannott*, ZIP 2005, 2251; a. A. AG Hamburg und LG Hamburg, ZIP 2005, 2017.

109 *Teichmann*, BB 2004, 53; *Merkt*, ZGR 2003, 676 f.; *Früchtl*, NotBZ 2005, 244, 249. Daneben muss nach dem Gesagten ein externer Direktor bestellt werden, da die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG die Mehrheit im Verwaltungsrat stellen müssen. Im Ergebnis reichen beim monistischen System zwei Personen an der Spitze aus, während beim dualistischen System mindestens vier Personen erforderlich sind (ein Vorstandsmitglied und drei Aufsichtsräte).

110 Vgl. *Brandt*, BB-Special 3/2005, 1, 3; *Ihrig/Wagner*, BB 2004, 1749, 1758; *Merkt*, ZGR 2003, 650, 664 f.; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 98. Zur Vertretung einer AG nach englischem und französischem Recht vgl. *Süß*, in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 2005, S. 2818, 2821.

111 BGHZ 83, 122 – Holzmüller; BGH NJW 2004, 1860 – Gelatine. Zu den Zuständigkeiten siehe i. E. *Spindler*, in Lutter/Hommelhoff (Fn. 9), S. 223, 226 ff.; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 121 f.; *Baatz/Weydner*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 208 f.; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1300 f.

Die SE-Verordnung enthält in den Art. 54 bis 56 ferner vorrangige Regelungen über die Häufigkeit der Hauptversammlung, über die Zuständigkeit zu ihrer Einberufung sowie über die Ergänzung der Tagesordnung.[112] So bestimmt Art. 54 Abs. 2 SE-VO, dass die Hauptversammlung jederzeit vom Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgan einberufen werden kann.[113] Im Übrigen verweist Art. 53 für die Organisation und den Ablauf der Hauptversammlung in weitem Umfang auf nationales Recht. Dies betrifft etwa die Form und Frist der Einberufung (§§ 121 Abs. 3, 123 Abs. 1, 124 AktG),[114] erforderliche Mitteilungen an die Aktionäre (§ 125 AktG), die Behandlung von Anträgen und Gegenanträgen von Aktionären (§§ 126, 127 AktG), eine Geschäftsordnung, Vertretungsregelungen und das Teilnehmerverzeichnis (§ 129 AktG), Auskunftsrechte von Aktionären (§§ 131, 132 AktG), sowie deren Teilnahme- und Stimmrecht (§§ 134 ff. AktG).[115] Über die Beschlüsse der Hauptversammlung ist nach Maßgabe des § 130 AktG eine notarielle Niederschrift aufzunehmen.[116] Die Beurkundungspflicht dürfte sich dabei angesichts der gesetzgeberischen Konzeption der Europäischen Aktiengesellschaft als Rechtsform für Großunternehmen und wegen der hohen Komplexität der Normenstruktur über § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG hinaus auch auf einfache Beschlüsse einer nichtbörsennotierten SE erstrecken.[117]

2. Satzungsmaßnahmen

a) Beschlussmehrheiten

Die Hauptversammlung bildet ihren Willen durch Beschlüsse. Im Grundsatz geht Art. 57 SE-VO – ebenso wie § 133 AktG – von dem Erfordernis einer einfachen Stimmenmehrheit aus. Bei Vorhandensein unterschiedlicher Aktiengattungen muss nach Art. 60 Abs. 1 SE-VO eine gesonderte Abstimmung durch jede Gruppe von Aktionären hinzukommen, deren spezifische Rechte durch den Beschluss berührt sind. Für Änderungen der Satzung verlangt Art. 59 Abs. 1 SE-VO eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, sofern das Aktienrecht im Sitzstaat der SE keine größere Mehrheit vorsieht oder zulässt. Im deutschen Aktienrecht ist nach zutreffender h. M. insoweit § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG einschlägig, der regelmäßig eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Kapitals verlangt.[118] § 51 Satz 2 SEAG erlaubt eine Herabsetzung dieses Quorums durch die Satzung, sofern nicht gesetzlich zwingend eine höhere Kapitalmehrheit vorgeschrieben ist, der Unternehmensgegenstand geändert oder die Sitzverlegung nach Maßgabe von Art. 8 Abs. 6 SE-VO beschlossen werden soll

b) Sitzverlegung

Die Verlegung des (tatsächlichen oder statutarischen) Sitzes einer deutschen Kapitalgesellschaft in das Ausland kann nach überwiegender Auffassung nur durch Auflösung und Neugründung im Zuzugstaat erreicht werden.[119] Für die SE sieht Art. 8 SE-VO demgegenüber die Möglichkeit einer identitätswahrenden Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat vor, wobei der Sitz stets in dem Mitgliedstaat liegen muss, in dem sich die Hauptverwaltung befindet (Art. 7 SE-VO). Da die SE in weitem Umfang den nationalen aktienrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Sitzstaates unterliegt, hat die Sitzverlegung ungeachtet des Fortbestands des Rechtsträgers regelmäßig den Charakter eines Rechtsformwechsels. Daher ist es folgerichtig, dass Art. 8 SE-VO für die Sitzverlegung Regelungen vorsieht, die denen einer Umwandlung entsprechen (Verlegungsplan und -bericht, Verlegungsbeschluss, Eintragung im Handelsregister, Schutz von Minderheitsaktionären und Gläubigern gemäß §§ 12 ff. SEAG etc.).[120] Wenngleich die SE mit der Möglichkeit der Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat eine über das nationale Kapitalgesellschaftsrecht hinaus gehende Gestaltungsvariante bietet, bleibt zu berücksichtigen, dass dem in der Praxis steuerliche Erwägungen entgegenstehen können, da die Grenzüberschreitung nach derzeitigem Stand wohl noch der Schlussbesteuerung gemäß §§ 11, 12 KStG unterfällt.[121]

c) Satzungsinhalt

In der Satzung sind die wesentlichen Strukturmerkmale der SE festzulegen. Für die SE gilt nach dem Gesagten der Grundsatz der Satzungsstrenge.[122] Über den für die deutsche Aktiengesellschaft nach § 23 AktG maßgebenden Mindestinhalt hinaus muss die Satzung der SE verschiedene spezifische Angaben zwingend enthalten.[123] So muss die Firma den Zu-

---

112 Vgl. i. E. *Brandt*, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 173 ff.

113 Die Einberufungszuständigkeit der in Art. 54 Abs. 2 SE-VO genannten Organe besteht nach überwiegender Auffassung unabhängig vom nationalen Recht, vgl. *Brandt* (Fn. 112), S. 180 f.; zustimmend *Baatz/Weydner* (Fn. 111), S. 206; einschränkend *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 118.

114 *Brandt* (Fn. 112), S. 185 f.

115 *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 122; Memento Gesellschaftsrecht, S. 1302.

116 *Schwarz*, SE-VO, Art. 59 Rdnr. 23; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 123; *Hirte*, DStR 2005, 700, 702.

117 Zutreffend *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 268. Differenzierend zwischen börsennotierten und nichtbörsennotierten SE demgegenüber etwa *Mayer*, in Manz/Mayer/Schröder (Fn. 9), Teil B Art. 53 Rdnr. 34.

118 Vgl. *Baatz/Weydner* (Fn. 111), S. 234; *Mayer* (Fn. 117), Teil B Art. 59 SE Rdnr. 18; *Thümmel*, Europäische Aktiengesellschaft, S. 123; *Heckschen*, DNotZ 2003, 251, 267; a. A. *Brandt* (Fn. 112), S. 248. Als „größere Mehrheit" ist entsprechend dem Wortlaut des Art. 59 Abs. 1 SE-VO auch eine erhöhte Kapitalmehrheit zu verstehen, zumal die Drei-Viertel-Kapitalmehrheit des § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG in den praktisch meisten Fällen auch auf eine erhöhte Stimmenmehrheit hinaus läuft. Für eine Drei-Viertel-Stimmenmehrheit *Schwarz*, SE-VO, Art. 59 Rdnr. 15.

119 Vgl. BayObLG, GmbHR 2004, 490; OLG Hamm, ZIP 1996, 1696; LG Berlin, NotBZ 2004, 224; OLG Brandenburg, DB 2005, 604; kritisch etwa *Eidenmüller*, JZ 2004, 29; *Wälzholz*, RNotZ 2004, 410; *Weller*, DStR 2005, 1219; siehe ferner EuGH in Sachen de Lasteyrie du Saillant, GmbHR 2004, 504 sowie den Entwurf für die geplante Sitzverlegungsrichtlinie unter: http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm.

120 Begr RegE BT-Drucks. 15/3405, S. 35; siehe eingehend *Oechsler*, AG 2005, 373.

121 Vgl. *Horn*, DB 2005, 147, 153, dort auch zu europarechtlichen Bedenken; nach Art. 10 b der Richtlinie 2005/19/EG des Rates vom 17.2.2005 zur Änderung der Richtlinie 90/434/EWG, ABl. EU v. 4.3.2005 L 58/19, darf die Sitzverlegung einer SE keine Besteuerung des Veräußerungsgewinns aus Aktiv- und Passivvermögen auslösen, das nach der Sitzverlegung tatsächlich einer Betriebsstätte der SE in dem Mitgliedstaat zugerechnet bleibt, in dem die Gesellschaft zuvor ansässig war, und das zur Erzielung des steuerlich zu berücksichtigenden Ergebnisses beiträgt. Folge dieser Regelung ist ein Steueraufschub, vgl. auch *Schindler*, IStR 2005, 551, 554. Zum korrespondierenden Entwurf eines Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, vgl. *Hahn*, IStR 2005, 677.

122 Oben Abschnitt II. 1.

123 Zu Mustersatzungen vgl. *Lutter/Kollmorgen/Feldhaus*, BB 2005, 2473; *Heidenhain* (Fn. 32), S. 1790; *Kolster*, in Jannott/Frodermann (Fn. 2), S. 1067 ff.

satz „SE“ enthalten (Art. 11 SE-VO), das Kapital muss auf Euro lauten und mindestens 120.000 € betragen, als Sitz muss der Ort bestimmt werden, an dem die Hauptverwaltung geführt wird (Art. 7 SE-VO, § 2 SEAG). Die Satzung muss ferner die Wahl zwischen dem dualistischen und dem monistischen Leitungssystem treffen (Art. 38 SE-VO), die Zahl und die Amtsperiode der Organmitglieder festlegen,[124] sowie zustimmungspflichtige Geschäfte bestimmen (Art. 48 SE-VO). Sie darf zu keinem Zeitpunkt im Widerspruch zu der ausgehandelten Mitbestimmungsvereinbarung stehen (Art. 12 Abs. 4 SE-VO). Die SE-VO enthält zudem zahlreiche Gestaltungsermächtigungen, die teilweise allerdings voraussetzen, dass nach dem für Aktiengesellschaften maßgeblichen Recht des Sitzstaates entsprechende Regelungen zulässig wären.[125]

124 Vgl. zur Zahl der Organmitglieder Art. 39 Abs. 4 SE-VO, § 16 SEAG, Art 40 Abs. 3 SE-VO, § 17 SEAG, Art. 43 Abs. 2 SE-VO, § 23 SEAG; zur Amtsperiode vgl. Art. 36 SE-VO. Nach *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rdnr. 102 gehört auch die Bestimmung der Sitzungsperiode des Verwaltungsrats gemäß Art. 44 Abs. 1 SE-VO zum zwingenden Satzungsinhalt.

125 Satzungsermächtigungen, die ein Gleichlauferfordernis mit dem nationalen Aktiengesellschaftsrecht begründen, finden sich in den Art. 39 Abs. 2 UAbs. 2 SE-VO, 47 Abs. 1 UAbs. 1, Abs. 3, 52 Satz 2, 55 Abs. 1, HSatz 2, Art. 56 Satz 3 SE-VO, Satzungsermächtigungen ohne Gleichlauferfordernis in den Art. 40 Abs. 2 Satz 2, 43 Abs. 3 Satz 2, 44 Abs. 1, 46 Abs. 2, 50 Abs. 1, Abs. 2 SE-VO. Vgl. den Überblick bei *Seibt* (Fn. 102), S. 71, bei *Schwarz*, SE-VO, Art. 6 Rdnr. 103 und bei *Fuchs*, in Manz/Mayer/Schröder (Fn. 9), Teil B Art. 6 Rdnr. 11.

IV. Fazit

Die Europäische Aktiengesellschaft schafft neue rechtliche Perspektiven für grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen, Joint Ventures und die Reorganisation europäischer Konzernstrukturen. Diese Gestaltungsvorteile können ebenso wie die Möglichkeit zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung (nach Klärung der steuerlichen Zweifelsfragen) auch für mittelständische Unternehmen mit entsprechender internationaler Ausrichtung Bedeutung gewinnen. Das System der Mitbestimmung der Europäischen Aktiengesellschaft kann sich einerseits aufgrund der Auffanglösung zugunsten des höchsten Standards der beteiligten Gesellschaften zu einem Standortnachteil für die deutsche SE entwickeln, andererseits aber mit der Verhandlungslösung auch Chancen eröffnen. Über die Komplexität der Gründungsverfahren wird sich die Praxis möglicherweise durch den Einsatz von Vorratsgesellschaften hinwegsetzen. Auf diesem Wege könnte die SE auch von kleineren, national tätigen Unternehmen genutzt werden, sofern sie zur Aufbringung des Mindestkapitals von 120.000 € bereit und in der Lage sind. Neben Imagegewinnen, die sich aus dem europäischen Auftritt der SE ergeben können, bietet das (wählbare) monistische Leitungssystem mit einem einheitlichen Verwaltungsrat und weisungsgebundenen geschäftsführenden Direktoren eine für das deutsche Aktienrecht neuartige flexible Führungsstruktur. Während sich der Rechtsberatungsaufwand bei der SE angesichts der komplexen Verflechtung von nationalem und europäischem Recht generell erhöht, unterscheidet sich die laufende Betreuung in den notarrelevanten Fragen nicht wesentlich von der gewohnten Praxis bei der Aktiengesellschaft.

Die Auslegung des § 29 BNotO durch das Bundesverfassungsgericht

Von Notar Dr. *Jürgen Vollhardt*, Hersbruck

Ausgelöst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit ihrer Betonung der Bedeutung des Art. 12 GG für die Berufsausübung der Rechtsanwälte, Steuerberater und anderer freier Berufe, hat der Gesetzgeber bei der Berufsrechtsreform im Jahr 1998 die Werbung der Notare im § 29 BNotO ausdrücklich geregelt. Diese Regelung ist jedoch – sieht man von den in § 29 Abs. 2 und 3 BNotO angesprochenen Sonderfällen ab – nur generalklauselartig erfolgt. Dem Notar ist als Unterfall eines gewerblichen Verhaltens jede „dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung“ untersagt. Angesichts dieser lapidaren gesetzlichen Regelung kommt der Auslegung der Norm durch die Gerichte erhöhte Bedeutung zu. Mit großem Interesse nimmt deshalb der am Berufsrecht der Notare Interessierte insbesondere die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu § 29 BNotO zur Hand. Bislang sind drei Entscheidungen ergangen, die im Folgenden dargestellt werden sollen.

I. Die „Logo“-Entscheidung

Das erste sog. „Logo-Urteil“[1] erging zwar noch vor Inkrafttreten der Berufsrechtsreform 1998, aber zum Zeitpunkt der Entscheidung lag dem BVerfG der Gesetzentwurf der Bundesregierung zu § 29 BNotO bereits vor und es hat auf diese Vorschrift in seiner Entscheidung auch Bezug genommen.

1. Rechtfertigung des Verbots der berufsrechtswidrigen Werbung

Da bei der Auslegung einer Norm deren Zweck eine ausschlaggebende Rolle spielt, stellt das BVerfG fest: „Das Verbot berufswidriger Werbung dient dem Zweck, die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes zu sichern. Zwar kann ein Werbeverbot nicht gewährleisten, dass Notare ihren Beruf entsprechend den Berufspflichten im engeren Sinne (unabhängig, gewissenhaft, unparteilich) ausüben; es dient aber als flankierende Maßnahme der Sicherung der ordnungsgemäßen Berufsausübung. Dadurch erhält das Verbot berufswidriger Werbung seine Rechtfertigung.“ Weiter unterscheidet das BVerfG zwischen bloß werbewirksamem Verhalten und gezielter beruflicher Werbung, an welche nicht der gleiche Maßstab angelegt werden könne. Ob das Verhalten des Notars dem einen oder anderen Bereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob die vom Notar getroffene Maßnahme ihren werbenden Charakter mehr oder weniger offen auf der Stirne trägt. Die graphische Gestaltung eines Briefbogens unter Verwendung eines Logos und Farbe wird vom BVerfG als bloß werbewirksames Ver-

1 DNotZ 1998, 69 mit Anm. *Schippel* = NJW 1997, 2510.

halten angesehen. Zwischen werbewirksamem Verhalten und Werbung im engeren Sinne, besteht jedoch kein prinzipieller, sondern nur ein gradueller Unterschied. Die Formulierung des BVerfG, dass an beide Bereiche nicht der gleiche Maßstab angelegt werden könne, ist deshalb richtigerweise dahingehend zu verstehen, dass bei Anwendung des gleichen Maßstabs beide Bereiche selbstverständlich unterschiedlich zu bewerten sind. Es fällt in keiner Weise schwer, dem BVerfG darin zu folgen, dass die Verwendung eines Briefkopfes mit einem Logo in den Maßen 2,1 cm x 1,0 cm und einer dezenten farblichen Gestaltung nichts ist, was unter den Begriff „berufswidrige Werbung" subsumiert werden kann. Das BVerfG weist zu Recht darauf hin, dass es heute weithin üblich ist, dass Verbände, öffentlich-rechtliche Körperschaften, Landesregierungen und nachgeordnete Behörden ihre Briefbögen graphisch und farblich gestalten oder mit einem Logo versehen. Es sei nur schwer vorstellbar, dass diese Gestaltung Zweifel an der verantwortlichen Aufgabenerfüllung zu wecken geeignet sei. Es handelt sich, worauf *Schippel* in seiner Anmerkung richtigerweise hinweist, um „minima", die den Prätor zu Recht nicht kümmern müssen.

2. Folgerungen für die notarielle Praxis

Dem „Logo-Urteil" kann entnommen werden, dass es bei der Werbung eines Notars einen Bereich gibt, dessen werbender Charakter für den Betrachter so unauffällig ist, dass er auf die Einschätzung des Notars und seiner Tätigkeit keinen Einfluss ausübt. Diese „Unauffälligkeit" kann unter vielem anderen darauf beruhen, dass der Notar mit seiner Maßnahme zuförderst andere als werbende Zwecke verfolgt (z. B. künstlerische Ausstattung seiner Geschäftsräume, wissenschaftliche Veröffentlichungen) oder die Maßnahme (z. B. graphische Gestaltung des Briefbogens) von Behörden, Landesregierungen oder Gerichten in gleicher Weise angewandt wird.

II. Entscheidung vom 8.3.2005

Mit der zweiten Entscheidung vom 8.3.2005[2] erklärte das BVerfG § 29 Abs. 3 Satz 1 BNotO mit Art. 12 Abs. 1 GG insoweit als unvereinbar, als Anwaltsnotaren in überörtlichen Sozietäten untersagt wird, die Amtsbezeichnung als Notar auf Geschäftspapieren anzugeben, die nicht von der Geschäftsstelle des Notars aus versandt werden. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (BT-Drucks. 13/4184 S. 28) sollten durch § 29 Abs. 3 BNotO zwei Ziele erreicht werden. Zum einen soll berufswidrige Werbung verhindert werden, zum anderen soll der zielgerichteten Verlagerung notarieller Amtsgeschäfte entgegengewirkt werden. Nur die Ausführungen des BVerfG zu ersterem Gesichtspunkt sind für die Auslegung des § 29 Abs. 1 BNotO von Bedeutung.

Das BVerfG geht unter Verweis auf sein „Logo-Urteil" davon aus, dass das Verbot berufswidriger Werbung nur als flankierende Maßnahme zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Berufsausübung der Notare gerechtfertigt ist. „Zweifel an der damit angesprochenen Unparteilichkeit oder Gewissenhaftigkeit des Anwaltsnotars können jedoch nicht schon dadurch begründet werden, dass er als Notar in Geschäftspapieren einer überörtlichen Sozietät benannt wird, wenn die Versendung nicht vom Ort der Geschäftsstelle des Notars aus erfolgt. Insbesondere kann nicht unterstellt werden, diese Art der Information signalisiere die Bereitschaft des Notars, unter Verletzung seiner Amtspflichten Urkundstätigkeit außerhalb seines Amtsbereichs (§ 10 a BNotO) oder außerhalb seines Amtsbezirks (§ 11 BNotO) auszuüben."

Das BVerfG stellt somit bei der Auslegung des Begriffs „eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung" darauf ab, ob das werbende Verhalten des Notars Zweifel an seiner Unparteilichkeit erweckt oder die Bereitschaft zur Verletzung seiner Amtspflichten signalisiert. Wäre das der einzige und entscheidende Gesichtspunkt, so hätte sich der Gesetzgeber die Einfügung des Werbeverbots in die Bundesnotarordnung sparen können. Denn im § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO ist dem Notar bereits die Pflicht auferlegt, „jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erzeugt, insbesondere den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit".

III. Entscheidung vom 24.11.2005

Der durch die zweite Entscheidung des BVerfG erweckte Eindruck, dass das Gericht bei der Auslegung des § 29 Abs. 1 BNotO nur darauf abstellen will, ob die werbende Maßnahme des Notars Zweifel an der Erfüllung seiner Amtspflichten erweckt (nur dann ist sie mit seinem Amt nicht vereinbar), wird nun durch das jüngste Urteil des BVerfG vom 24.11.2005 noch verstärkt.

1. Sachverhalt

Ein Notar an der Grenze von Hessen ließ in dem Telefonbuch einer benachbarten Großstadt (die zu Baden-Württemberg gehört) seinen Namen, seine Anschrift und seine Telefonnummer mit dem Hinweis auf seine Stellung als Notar veröffentlichen. Das Telefonbuch der Großstadt schloss seinen Amtsbereich nicht ein. Die Aufforderung des Präsidenten seines Landgerichts „diese Art der Werbung" nicht fortzusetzen, wies der Notar zurück. Daraufhin untersagte der Landgerichtspräsident dem Notar eine weitere Veröffentlichung. Der BGH bestätigte die Untersagungsverfügung.[3] Zwar könne ein schlichter Telefonbucheintrag allein wegen seines Inhalts nicht als amtswidrige Werbung verstanden werden. Die rechtliche Ausgestaltung des Notaramtes mit ihrer Ortsbezogenheit verleihe einem solchen Eintrag unzulässigen Werbungscharakter aber dann, wenn er in einem Telefonbuch vorgenommen werde, das nicht zumindest auch für den Amtssitz des Notars ausgegeben sei. Das BVerfG hat die Entscheidung des BGH aufgehoben und verweist die Sache an ihn zurück.

2. Amtswidrigkeit der Werbung

Was an der jüngsten Entscheidung des BVerfG Bedenken erweckt, ist nicht ihr Ergebnis. Unter dem Gesichtspunkt „minima non curat praetor" (=Verhältnismäßigkeitsprinzip) ist die Entscheidung sicherlich vertretbar. Bedenklich erscheint jedoch, dass das BVerfG seine Argumentation wieder allein unter dem Aspekt aufbaut, ob die Werbemaßnahme des Notars im konkreten Fall Amtspflichten verletzt oder zumindest die Bereitschaft signalisiert, Amtspflichten zu verletzen. Lapidar stellt das BVerfG fest, dass eine Werbung nur dann amtswidrig ist, „wenn sie die ordnungsgemäße Berufsausübung des Notars in Frage stellt". Dieser auf die Auswirkungen einer Werbemaßnahme auf die Tätigkeit des betreffenden Notars eingeengte Blickwinkel des BVerfG verdient Widerspruch.

Das in die BNotO 1998 ausdrücklich aufgenommene Verbot einer dem öffentlichen Amt widersprechenden Werbung be-

---

2 DNotZ 2005, 931 = NJW 2005, 1483.

3 DNotZ 2005, 151 = NJW 2004, 2974.

zweckt nicht nur (als flankierende Maßnahme) den Notar bei seiner Berufsausübung innerhalb seiner Amtspflichten zu halten, sondern es dient auch dazu, in der Bevölkerung keinen Zweifel daran aufkommen zu lassen, dass der Notar die ihm vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege in großer Unparteilichkeit wahrnimmt. Im Unterschied zum Rechtsanwalt ist der Notar bei seiner Berufsausübung darauf angewiesen, nicht nur das Vertrauen einer Partei, sondern das Vertrauen beider Vertragsteile mit zum Teil höchst unterschiedlichen Interessen zu genießen. Beim Notar sitzen hierbei auch häufig Vertragsparteien an einem Tisch, deren eine zum Einkommen des Notars nicht wenig beiträgt (Bauträger, Makler, Kreditinstitute) oder zu der der Notar private Beziehungen pflegt und deren andere einen Notar nur einmal im Leben braucht. Dass letztere der Aussage des Notars, er sei unparteilich, u. U. mit einer gewissen Skepsis begegnet, liegt auf der Hand. Beruhigt wird diese Partei im Vorfeld nur dadurch, dass sie weiß, der Notar wird vom Staat bestellt und überwacht und es gibt nicht beliebig viele Notare, sondern nur so viele, dass jeder Notar am Ort ein hinreichendes Auskommen hat. Die jedem Notar auferlegte Werbebeschränkung dient als flankierende Maßnahme auch dazu, dieses in der Bevölkerung vorhandene Bewusstsein vom allgemeinen Status eines Notars und das dadurch hervorgerufene Vertrauen nicht zu gefährden. Die Werbemaßnahmen des Notars dürfen in der Bevölkerung nicht den Eindruck erwecken, als sei der Notar darauf angewiesen, das durch die Beschränkung der Zahl der Notarstellen und die gesetzlichen Formvorschriften gesicherte Einkommen durch gezielte Werbemaßnahmen (wie z. B. Postwurfsendungen, anlasslose Werbung in den Medien) zu vermehren. Solche Werbemaßnahmen würden in der Bevölkerung Zweifel am Status des Notars, als eines dem Wettbewerb in hohem Maße durch die BNotO entzogenen Rechts-Dienstleisters, erwecken. Diese Zweifel würden es dem Notar erschweren, das notwendige Vertrauen der Mandanten zu gewinnen und damit wäre auch seine Funktion in der vorsorgenden Rechtspflege als unparteiischer Berater beider Vertragsteile gefährdet. Eine solche Entwicklung zu verhindern ist auch einer der Zwecke, die § 29 Abs. 1 BNotO verfolgt und der deshalb bei der Auslegung nicht unberücksichtigt bleiben darf. Es kommt somit bei der Auslegung des § 29 Abs. 1 BNotO nicht nur darauf an, welche Auswirkungen eine bestimmte Werbemaßnahme auf den Notar und seine Klientel hat, sondern auch darauf, wie solche Werbemaßnahmen allgemein das Bewusstsein der Bevölkerung vom Status eines Notars verändern können. Damit ist keineswegs gesagt, dass die Beurteilung der Frage, welche Werbung mit dem Amt des Notars vereinbar ist, nicht auch Veränderungen unterliegt und dass nicht auch die Auslegung der BNotO geänderten Anschauungen in der Bevölkerung Rechnung tragen darf. Der von der BNotO vorgegebene Status des Notars als Träger eines öffentlichen Amts mit eingeschränkter Konkurrenz und das Bewusstsein von diesem Status in der Bevölkerung, kann jedoch nur durch den Gesetzgeber und nicht durch Gesetzesauslegung verändert werden.

Der Aufforderung von *Kleine-Cosack* an die Notare in der NJW „nun werbt mal schön“[4], können die Notare deshalb so nicht folgen. Auch wenn manche der von *Kleine-Cosack* getroffenen Feststellungen richtig sind, kranken seine Ausführungen jedoch insgesamt daran, dass er die Besonderheiten des Berufs „Notar“ gegenüber anderen rechts- und steuerberatenden Berufen ignoriert. Der schlichte Hinweis darauf, dass der Notar „Träger eines öffentlichen Amtes“ ist (§ 1 BNotO) und einen völlig anderen Status und andere Aufgaben als der Rechtsanwalt hat, wird von *Kleine-Cosack* bereits als Pflege eines „Mythos des besonderen Amts“ apostrophiert. Die Feststellung des BVerfG im „Logo-Urteil“: „Es ist auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die berufswidrige Werbung bei Notaren engeren Maßstäben unterliegt als bei Rechtsanwälten. Denn Notare sind als zur Unparteilichkeit verpflichtete Träger eines öffentlichen Amtes strengeren Bindungen unterworfen, als Rechtsanwälte“, wird von *Kleine-Cosack* nicht zur Kenntnis genommen. Dass sich *Kleine-Cosack* so den Zugang zu einer den Besonderheiten des Berufs „Notar“ gerecht werdenden Auslegung des § 29 Abs. 1 BNotO verbaut, ist bedauerlich, denn einige seiner „Ermahnungen“ sollten nicht ungehört verhallen. Insbesondere manche Ergänzungen, die von einigen Notarkammern in ihren Richtlinien gegenüber den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer im Bereich der Werbung vorgenommen wurden, halten einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.[5] Verfassungskonform sind mit Werbeverboten verbundene Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit schließlich nur, wenn sie durch Gemeinwohlzwecke gedeckt sind und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.[6]

---

4 NJW 2005, 1231.

5 Siehe hierzu die Diskussion zwischen *Eylmann* und *Decku*, ZNotP 2000, 179 u. 290; 2001, 17 u. 19.

6 BVerfG, NJW 2002, 3091; 2003, 1027.

Aufsätze

TAGUNGSBERICHT

Aktuelle Fragestellungen im Recht der GmbH und der Limited

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München am 7.2.2006

Von Wiss. Mitarbeiter *Martin Kober*, München

Am 7.2.2006 fand an der Ludwig-Maximilians-Universität München eine Veranstaltung zu aktuellen Fragestellungen im Recht der GmbH und der Limited statt. Die Zusammenkunft von zahlreichen Notaren, Richtern, Anwälten und Wissenschaftlern wurde von der Forschungsstelle für Notarrecht in Kooperation mit der Landesnotarkammer Bayern, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. und der Universität München ausgerichtet. Sie bot Gelegenheit, aktuelle Probleme und Tendenzen im Recht der GmbH und der Limited aus verschiedenen Blickwinkeln zu beleuchten. Die von der Bundesregierung gegenwärtig geplante Reform des GmbH-Rechts unterstreicht die Aktualität und Bedeutung der Thematik.

Nach der Begrüßung durch den geschäftsführenden Leiter der Forschungsstelle, Professor Dr. *Johannes Hager* von der Ludwig-Maximilians-Universität sprach die Bayerische Staatsministerin der Justiz, Frau Dr. *Beate Merk*, einleitende Grußworte. Sie betonte die wichtige Rolle des Notariats auf dem Gebiet der Vermeidung von Streit durch juristische Beratung. Vor diesem Hintergrund begrüßte sie auch, dass der Notarberuf aus dem Anwendungsbereich des aktuellen Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie herausgenommen wurde. Den Vorsitz Bayerns in der Justizministerkonferenz werde sie nutzen, um sich weiter für die Vorschläge zur Übertragung des Nachlassverfahrens und weiterer Aufgaben auf die Notare einzusetzen. Die im Bereich des GmbH-Rechts zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Rechtsformen erforderliche Reform müsse Lösungen anbieten hinsichtlich der fehlenden Transparenz der Inhaber von Geschäftsanteilen, des Eigenkapitalersatzrechts und bei der Frage der Kapitalaufbringung und -erhaltung, etwa betreffend Cash-Pooling und verdeckte Sachgründungen. Ferner müsse die Exportfähigkeit deutscher Rechtsformen hergestellt werden. Als passende Rechtsform für Existenzgründer brachte sie überdies die Rechtsform des Kaufmanns mit beschränkter Haftung ins Spiel. Die Haftungsbeschränkung solle durch eine Trennung zwischen dem privaten und dem für die Verbindlichkeiten des Handelsgewerbes haftenden Vermögen auf der Grundlage eines Inventars und einer Eröffnungsbilanz erreicht werden. Eine Durchgriffshaftung auf das private Vermögen solle auf Ausnahmefälle beschränkt sein.

In seinem anschließenden Grußwort betonte Professor Dr. *Rudolf Streinz*, Dekan der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München, den bedeutenden Bereich notarieller Tätigkeit, der sich breiter und vielseitiger darstelle, als er in der öffentlichen Meinung teilweise wahrgenommen werde und sich zunehmend etwa auch mit europarechtlichen Fragen auseinanderzusetzen habe. Ferner hob er die durch die Forschungsstelle für Notarrecht bewirkte, für beide Seiten wertvolle Vernetzung von Wissenschaft und Praxis hervor.

Im ersten Teil der Tagung referierte Professor Dr. *Wulf Goette*, Vorsitzender Richter am zweiten Zivilsenat des BGH, zu den Folgen der Anerkennung ausländischer Gesellschaften mit tatsächlichem Sitz im Inland für die Haftung ihrer Gesellschafter und Organe.[1] Er skizzierte zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit und legte dar, dass auch die Zivilsenate des BGH diese Grundsätze in ihrer Rechtsprechung befolgten. Somit würden im EU-Ausland wirksam gegründete Gesellschaften in Deutschland anerkannt, selbst wenn sie nicht als Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen sind. Diese Grundsätze habe der II. Zivilsenat mittlerweile auch auf eine EWR-Gesellschaft angewandt. Nach ständiger Rechtsprechung habe in Hinblick auf den Deutsch-Amerikanischen Schifffahrts- und Freundschaftsvertrag Entsprechendes auch für US-amerikanische Gesellschaften zu gelten. Im zweiten Teil des Vortrags analysierte der Referent die bisher einzige Entscheidung des II. Zivilsenats zur Haftung des „Geschäftsführers" einer ausschließlich in Deutschland agierenden, nicht in das Handelsregister als Zweigniederlassung eingetragenen Limited (Urt. vom 14.3.2005, DNotZ 2005, 712). Dabei vertrat er im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH die Auffassung, die Ausnutzung der unterschiedlichen Strukturen der verschiedenen Gesellschaftsrechtssysteme sei mit Blick auf die Funktionsfähigkeit der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich hinzunehmen. Die Niederlassungsfreiheit sei indes kein Freibrief für opportunistisches Verhalten. Wie allerdings der EuGH selbst die Grenzen zu einem betrügerischen oder missbräuchlichen Verhalten ziehen wolle, sei indes schwer vorhersehbar. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt sei ferner die Frage, in welchem Umfang die Regeln des Gründungsstaates oder die des Sitzstaates Anwendung finden müssten; das Urteil vom 14.3.2005 spreche für eine weitgehende Heranziehung des Rechts des Gründungsstaates, was noch nicht absehbare Folgen für die Handhabung des Auslandsrechts durch die deutschen Gerichte nach sich ziehe. Schließlich sei unter Gläubigerschutzgesichtspunkten zu klären, welcher Stellenwert im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung nach dem Vier-Kriterien-Test den entsprechenden Anordnungen oder auch dem Schweigen des Rechts des Gründungsstaates zukomme. Klar sei allerdings, dass die Niederlassungsfreiheit nicht durch das deutsche Deliktsrecht, etwa über einen von nationalen Kapitalschutzvorschriften überlagerten deliktischen Pflich-

1 Der Vortrag ist in ZIP 2006, 541 veröffentlicht.

tenstandard, ausgehebelt werden dürfe. Andererseits unterlägen auch die Organe einer Auslandsgesellschaft, wenn sie in Deutschland agierten – etwa bei betrügerischem Handeln –, der deliktischen Haftung des BGB; daran könne auch die Niederlassungsfreiheit nichts ändern.

Im Anschluss legte Wiss. Ass. Dr. *Andreas Engert* die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Niederlassungsfreiheit dar. Die Ortswahl sei ohne Einfluss auf das Gesellschaftsrecht, eine Ortsveränderung ohne Liquidation möglich. Gerade im Hinblick auf große Unternehmen wies er ferner auf die Möglichkeit grenzüberschreitender Verschmelzungen hin. Die Richtlinie 2005/56/EG werde insoweit Rechtssicherheit schaffen. Da dann alle Tochtergesellschaften eines Konzerns demselben Recht unterliegen könnten, bedürfe es nicht mehr der Konstruktion eines „europäischen Patchworkkonzerns". Nach alledem sei das Binnenmarktziel für Unternehmen geradezu ideal verwirklicht. Darauf aufbauend schilderte er Möglichkeiten für europäische Unternehmen und das europäische Gesellschaftsrecht. Er sehe den durch die Rechtswahlfreiheit im Europäischen Binnenmarkt erzeugten Wettbewerb der Gesellschaftsrechte als Chance. Das deutsche Recht sollte diese Herausforderung annehmen. Als Beispiel für Bereiche, in denen sich das deutsche Gesellschaftsrecht gerade im Licht des europäischen Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte als reformbedürftig darstelle, nannte er die Sacheinlageprüfung in der GmbH. Ferner müsse die Bedeutung des Cash-Pooling für die Gesellschaftsrechtswahl von Konzernen berücksichtigt werden.

Nach einer Podiumsdiskussion unter reger Beteiligung des Publikums widmete sich Professor Dr. *Lorenz Fastrich* der Optimierung des Gläubigerschutzes bei der GmbH.[2] Vom Ausgangspunkt der sich in der Insolvenzstatistik abzeichnenden Insolvenzanfälligkeit der GmbH mit ihrer hohen „Kindersterblichkeit" stellte er die Optimierung des Gläubigerschutzes als bestmöglichen Kompromiss zwischen sicherer Handhabbarkeit des GmbH-Rechts für seine Adressaten und Effizienz des Gläubigerschutzes dar. Er sprach sich gegen die Aufgabe des Systems des festen Stammkapitals aus; die derzeit diskutierte Herabsetzung des Mindeststammkapitals sehe er skeptisch, da dies die Kindersterblichkeit noch erhöhen dürfte. Ferner müsse das Recht auch für Nichtjuristen einsichtig und verständlich bleiben; die Rechtsfortbildung dürfe nicht zu „Haftungsfallen" führen. Die Attraktivität der GmbH gegenüber der Limited sehe er insoweit neben dem „Heimvorteil" vor allem in der Haftungsbeschränkung, die auch in der Insolvenz greife. Eine Übernahme der aus dem Recht Großbritanniens bekannten Figur des *wrongful trading* bewertete er deswegen skeptisch. Der Tatbestand sei wenig konkret und könne in der Insolvenz faktisch zu einer Aushöhlung der Haftungsbeschränkung der GmbH führen. Im Hinblick auf die häufig unterbleibende rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags führte er das Modell eines bereits bei drohender Überschuldung zwingenden Reorganisationsverfahrens an. Dieses zur Abwicklung oder Restrukturierung dienende Verfahren müsse indes kostengünstig sein und dürfe nicht den Makel der Insolvenz tragen. Dies sei in der Praxis aber angesichts der Modelle in Frankreich und Italien, die keinen Durchbruch bewirkt hätten, wohl nur schwer zu verwirklichen. Problematisch sei ferner der Schutz nicht gesicherter Gläubiger. Dieser könne durch aussagekräftige Information optimiert werden, die eine Selbstvorsorge der Gläubiger ermögliche. So könnten die „Taschen" der GmbH etwa durch eine vorgeschriebene Nennung der Kennzahlen der letzten Handelsbilanz auf den Geschäftsbögen „gläserner" gemacht werden.

Anschließend erläuterte Notar Dr. *Oliver Vossius*, München, nach einer rechtshistorischen Hinführung seinen Entwurf eines ganzheitlichen GmbH-Reformgesetzes.[3] Als Anlass der GmbH-Reform sieht er ein hypertrophes Kapitalschutzrecht, ein Versagen des Insolvenzrechts und europäische Entwicklungen. Die rechtspolitische Diskussion sei vor allem durch die sogenannten „GmbH-Bestatter" und die Konkurrenz, die der GmbH durch die Limited erwachse, befördert worden. Vor dem Hintergrund von Reformhindernissen weise das deutsche Gesellschaftsrecht einen technologischen Rückstand auf; Deutschland brauche „better legislation". Er attestierte dem geltenden Kapitalschutzrecht einen geringen Wirkungsgrad trotz hohen Aufwands. Die Ansätze zur Missbrauchsbekämpfung seien nicht spezifisch genug, wodurch es zu hohen „Kollateralschäden" käme. Er sprach sich daher für einen Abbau des Kapialschutzrechts aus, der durch eine Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung für *fraudulent transfer* zu kompensieren sei. Eine Kapitalaufbringungskontrolle solle nicht stattfinden, die Kapitalerhaltungskontrolle solle durch deliktsähnliche Haftung gewährleistet werden. Er plädierte für eine GmbH nach dem Modell einer „KG ohne Komplementär". Als Vorbild nannte er die LLC des US-amerikanischen Rechts. Flankierend solle ein Anteilsregister nach dem Vorbild des Grundbuchs und ein „*registered office*" eingeführt werden. Ferner schlug er vor, die „Exportfähigkeit" der GmbH durch einen Übergang zur Gründungstheorie zu gewährleisten und den gutgläubigen Erwerb von Anteilen und Rechten an Anteilen zu ermöglichen, wodurch GmbH-Anteile zur tauglichen Kreditsicherheit würden. Schließlich sprach er sich für eine genauere Regelung der Einziehung, für Bestimmungen zum Unternehmensvertrag, Bezugsrecht, Sonderrechten und dem *squeeze-out* und einer praxisnäheren Normierung der Vertretungsmacht aus. Wie bei der KG solle zudem eine automatische Nachtragsliquidation geregelt werden.

Nach einer Podiumsdiskussion gab ein kleiner Empfang schließlich Gelegenheit zur anregenden Vertiefung der Fragestellungen und zum persönlichen und fachlichen Austausch. Insgesamt bot die Tagung erneut eine hervorragende Möglichkeit zum Dialog zwischen der notariellen Praxis und der Wissenschaft. Die nächste Tagung ist bereits in Planung.

---

2 Der Vortrag ist in DStR 2006, 656 veröffentlicht.

3 Der Entwurf des ganzheitlichen Reformgesetzes und dessen Begründung können unter http://www.gmbhr.de/volltext.htm abgerufen werden.

BUCHBESPRECHUNGEN

Brambring/Jerschke (Hrsg.): Beck'sches Notar-Handbuch. 4. Aufl., Beck, 2006. 1 729 S., 98 €

Das in der Werbung des Beck-Verlages mittlerweile zum „Toptitel" aufgestiegene Beck'sche Notarhandbuch liegt seit 18.11.2005 in nunmehr 4. Auflage vor. Gegenüber der im Jahr 1992 erschienenen Erstauflage hat sich der Umfang mittlerweile um knapp die Hälfte erweitert. Diese Steigerung hat sich – die Käufer werden es danken – nicht im Kaufpreis wieder gefunden, nachdem bereits die 1. Auflage für einen Kaufpreis von (umgerechnet) 91,01 € zu kriegen war. Eine statistische Erfassung der Verbreitung des Beck'schen Notarhandbuches im Notariat muss – mangels Angaben des Verlages zur Höhe der einzelnen Auflagen – Vermutungen weichen: eigenen Erfahrungen des Rezensenten zufolge dürfte es keinen hauptberuflichen Notar geben, in dessen Bibliothek sich nicht zumindest eine ältere Auflage des Beck'schen Notarhandbuches finden lässt.

Ob sich auch die aktuelle Auflage zur Anschaffung lohnt, möge nun jeder mit der gleichen Sorgfalt abwägen und entscheiden, mit der er auch die Frage nach der Anschaffung der Neuauflage des Palandt beantwortet. Zu empfehlen ist der Erwerb der Neuauflage allemal: in die 4. Auflage sind nicht nur die Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf Vereinbarungen in Grundstückskaufverträgen, Überlassungsverträgen, Bauträgerverträgen, Unternehmenskäufen usw. eingearbeitet worden; neben weiteren Gesetzesänderungen sind auch das zum 1.4.2005 in Kraft getretene Justizkommunikationsgesetz und die Fortentwicklung von Rechtsprechung und Literatur seit der Vorauflage berücksichtigt. Das Werk ist damit auf aktuellem Stand.

Die Neuauflage beschränkt sich jedoch nicht auf eine Aktualisierung der bereits vorhandenen Ausführungen. Bereits ein Blick in die Inhaltsübersicht verrät den Hang zur allgemeinen Verbesserung: es wurde verschlankt, wo die bisherige Darstellung etwas breit geraten war (so sind z. B. die bislang in Kapitel A. Teil 3–5 gesondert behandelten einzelnen Typen eines Grundstückskaufvertrages in den allgemeinen Abschnitt Grundstückskaufvertrag integriert worden). Ebenso wurden – in Erfüllung einer Anregung des Rezensenten der Vorauflage (*Reiß*, MittBayNot 2000, 528) – bislang etwas kurz geratene Komplexe ausführlicher bearbeitet; dies gilt insbesondere für die neu aufgenommenen Abschnitte zur Personengesellschaft, zu den eingetragenen Vereinen, den eingetragenen Lebenspartnerschaften und Vollmachten sowie für die deutlich ausgeweiteten Ausführungen zum Unternehmenskauf.

Das Autorenteam ist weitgehend gleich geblieben. Ausgeschieden ist lediglich Dr. *Karl Haug*, welcher bislang das Kapitel über die Notarhaftung bearbeitet hatte. Sein Part wurde von *Heinz Schlee* übernommen, welcher vielen Notaren – natürlich nur im Zusammenhang mit entsprechenden Fortbildungsveranstaltungen – als kompetenter Leiter der Schadensabteilung einer namhaften Versicherung für Notarhaftungsfragen bekannt sein dürfte. Neu hinzugekommen sind Notar Dr. *Marc Hermanns*, welcher die Bearbeitung des Abschnittes über die Personengesellschaften übernommen, und Notar Dr. *Wolfgang Reetz*, welcher das Kapitel „Vollmacht" bearbeitet hat.

Insgesamt schlägt die Neuauflage den bewährten Bogen über nahezu das gesamte Spektrum notarieller Tätigkeit unter Einbeziehung der organisatorischen und berufsrechtlichen Fragen: Den Schwerpunkt nimmt hier mit knapp der Hälfte des Gesamtwerkes – wenig verwunderlich – das Grundstücksrecht ein. Sieht man die Ausführlichkeit der Darstellung der übrigen Komplexe als repräsentativ für die Tätigkeitsbereiche eines Notars an, so beschäftigt sich dieser zu etwas über 10 % mit Ehe- und Familienrecht, etwas unter 10 % mit erbrechtlichen Fragen, dagegen zu knapp 30 % mit Gesellschaftsrecht und 2,5 % mit Fragen der Vollmachtserteilung. Über die vorerwähnten Bereiche hinaus enthält das Handbuch eingehende Darstellungen zum Beurkundungsrecht, Fragen der Auslandsberührung, Kostenrecht und Büroorganisation. Entsprechend der gestiegenen Bedeutung des Steuerrechts in der notariellen Praxis ist nunmehr auch das bisherige Kapitel „Steuergünstige Vertragsgestaltung" von *Spiegelberger* vollständig neu konzipiert worden und nunmehr mit „Steuerrecht für Notare" überschrieben.

Zu den Kapiteln im Einzelnen:

Die Darstellung des Grundstückskaufs in Kapitel A. I. wurde – nicht zuletzt wegen der zum 1.1.2002 durch die Schuldrechtsreform eingetretenen Rechtsänderungen – umfassend überarbeitet. So hat *Brambring* insbesondere die in Rdnr. 110 ff. enthaltenen Ausführungen zum Verzug, Zwangsvollstreckung und Rücktritt wegen Nichtzahlung des Kaufpreises grundlegend neu bearbeitet. *Amann* hat seine bekannt instruktiven Ausführungen zur Finanzierung des Kaufpreises unter Mitwirkung des Verkäufers – wohl auf Wunsch des Verlages hin – um ein Formulierungsbeispiel ergänzt (Rdnr. 120), wobei lediglich die Frage im Raum steht, ob in Anbetracht der zunehmend grenzüberschreitenden Tätigkeit der Banken die Beschränkung auf Grundpfandrechte für deutsche Kreditinstitute sinnvoll ist. Neu sind auch die Ausführungen zu § 566 a BGB (Haftung für Mietsicherheiten beim Verkauf eines Mietobjektes): *Brambring* stellt in Rdnr. 132 dem Anwender ein empfehlenswertes Formulierungsbeispiel zur Verfügung. Die Ausführungen von *Brambring* zur Mängelhaftung des Verkäufers in Rdnr. 135 ff. sind ausführlich und geben einen guten Überblick über die durch die Schuldrechtsmodernisierung eingetretene Neuregelung. Gleichwohl ist zu erwarten, dass aus Gründen der Homogenität des Gesamtwerkes in der nächsten Auflage die Darstellungstiefe hier wieder etwas zurück genommen werden wird. Die Ausführungen von *Reibold* zum Vertragsvollzug einschließlich der Anwendungsfälle notarieller Eigenurkunden (Rdnr. 186 ff.) sind weiterhin bewährt und klar. Das „ABC zur Formbedürftigkeit" von Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Kauf eines Grundstückes wurde von *Heckschen* um etliche Schlagworte ergänzt. Dass in der Liste immer noch Schlagworte wie „Wandlung" und „Zusicherung" enthalten sind, mag den fortwährenden Sprachgewohnheiten Tribut zollen. Die mittlerweile zu einem eigenständigen Teil erhobenen Ausführungen von *Reibold* zur Abwicklung von Grundstücksverträgen (Rdnr. 228 ff.) enthalten – auf das Gesamtwerk betrachtet – überdurchschnittlich viele Musterschreiben und sind damit sehr stark anwendungsorientiert. Neu sind auch die Ausführungen von *Brambring* zur Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr (Rdnr. 315 ff.) und zum sog. Verbrauchervertrag (Rdnr. 324 ff.). Die Darstellung von *Tönnies* zur Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto (Rdnr. 349 ff.) ist gegenüber der Vorauflage nahezu unverändert geblieben. Die Ausführungen von *Brambring* zum Kaufvertragsangebot

(Rdnr. 382 ff.) ließen sich in der nächsten Auflage vielleicht noch um Ausführungen zu dem häufig gewünschten Bindungsentgelt des Verkäufers (Fälligkeit, Anrechnung auf den späteren Kaufpreis usw.) ergänzen.

Kapitel A. II. enthält weiterhin die von *Kutter* verfasste und überaus instruktive Darstellung des Bauträgervertrages. Hier erhält der Suchende ausreichende und präzise Informationen zu den meisten praxisrelevanten Fragen des Bauträgerrechtes. Erweitert wurde insbesondere die Behandlung von Wohnflächenabweichungen (Rdnr. 48). Neu aufgenommen wurden Ausführungen zur Anwendbarkeit des Rechtsberatungsgesetzes bei der Einschaltung eines Treuhänders im Rahmen sog. Bauherrenmodelle (Rdnr. 149). Überlegenswert erscheint es, die zahlreichen steuerlichen Hinweise trotz ihrer Nützlichkeit in das Kapitel „Steuerrecht für Notare" zu integrieren, um auf diesem Weg Wiederholungen im Rahmen der Gesamtdarstellung zu vermeiden. Klarstellen ließe sich in Rdnr. 57, dass die Abtretung des Auflassungsanspruchs des Bauträgers gegen seinen Verkäufer an seinen Käufer die Voraussetzungen des § 3 MaBV nicht erfüllt und damit allenfalls eine zusätzliche Sicherung des Käufers bieten kann. Ebenso könnte in Rdnr. 74 klargestellt werden, dass beim Verkauf einer Eigentumswohnung die Erklärung der Gemeinde über ein Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB – mangels Anwendbarkeit – keine Fälligkeitsvoraussetzung für den Kaufpreis sein kann. Wünschenswert wären außerdem konkrete Ausführungen zur „Bezugsfertigkeit" einer Wohnung im Unterschied zur vollständigen Fertigstellung der Wohnung und des Gesamtobjektes.

Der von *Rapp* verfasste Abschnitt „Wohnungseigentum" (Kapitel A. III.) war auch in den Vorauflagen gut und ist deswegen weitgehend gleich geblieben. Lediglich einige Überschriften wurden neu gefasst. Erfreulich sind die neuen Ausführungen zum Wohnungserbbaurecht (Rdnr. 206 ff.), welches bislang im Rahmen des Abschnittes Erbbaurecht etwas stiefmütterlich behandelt war: insbesondere die Problematik der gesamtschuldnerischen Haftung für den Erbbauzins bei Aufteilung eines Erbbaurechtes in Wohnungserbbaurechte ohne entsprechende Verteilung des Erbbauzinses (Rdnr. 213 ff.) und die Gefahr eines kollektiven Heimfalls bei Vorliegen eines Heimfallgrundes bei nur einzelnen Wohnungserbbauberechtigten (Rdnr. 212) ist sehr gut dargestellt. In Anbetracht des sehr positiven Gesamteindruckes fällt es nicht ins Gewicht, wenn die Ausführungen in Rdnr. 216 hinsichtlich der Folgen des Rangverhältnisses von Erbbauzins und Grundpfandrecht noch von der Rechtslage bei sog. „alten" Erbbauzinsreallasten (vor 1.10.1994) ausgehen und in Rdnr. 222 bei den Besonderheiten im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Wohnungserbbaurechtes der erforderliche Eintritt des Erwerbers in den Erbbaurechtsvertrag unerwähnt bleibt.

Die klaren Ausführungen von *Eichel* zum Erbbaurecht (Kapitel A. IV.) sind ebenfalls weitgehend unverändert geblieben. Neu sind die Ausführungen zum Untererbbaurecht bei Heimfall des Obererbbaurechtes (Rdnr. 11a). Die Darstellung des Erbbauzinses (Rdnr. 77 ff.) wäre noch abgerundeter, wenn sie auch Hinweise zu der immer wieder an den Notar gerichteten Frage geben würde, nach welchen Kriterien sich die Höhe des Erbbauzinses bei der Neubestellung eines Erbbaurechtes bestimmen lässt.

Der Abschnitt „Grundstückszuwendung" (Kapitel A. V.) wurde in Anbetracht der Schuldrechtsmodernisierung von *Jerschke* ebenfalls überarbeitet. Die neue Rechtsprechung des BGH zur Gesamtbetrachtung im Rahmen der Beurteilung eines lediglich rechtlichen Vorteils der Grundstückszuwendung ist in Rdnr. 56 eingearbeitet. Ferner gibt *Krauß* zu den immer wichtiger werdenden sozialrechtlichen Aspekten der Grundstücksübertragungen eine einführende Übersicht (Rdnr. 237 a ff.), welche allerdings noch relativ abstrakt geblieben ist. Den Abschluss bildet – wie auch in der Vorauflage – eine Darstellung typischer Fallgruppen der Grundstückszuwendung. Aufrecht erhalten bleiben muss jedoch der bereits in einer Rezension zur 2. Auflage von *Dolp* (MittBayNot 1997, 280) geäußerte Wunsch nach einem homogeneren Aufbau, mit welchem sich unnötige Wiederholungen innerhalb des gleichen Abschnittes vermeiden ließen.

Abgerundet wird das Grundstücksrecht mit den Abschnitten „Grundschulden", „Dienstbarkeiten", „Vorkaufsrechte" (alle von *Amann* bearbeitet), „Grundstücksrecht in den neuen Bundesländern" (*Krauß*), „Sonderformen des Immobilienerwerbs" (*Heckschen*) und „Verträgen im Erschließungs- und Städtebaurecht" (*Grziwotz*). Insbesondere der letzte Abschnitt verstärkt durch die ergänzenden Ausführungen zum Stadtumbauvertrag nach §§ 176 a ff. BauGB (Rdnr. 61), zur Nutzungspflicht von Anlagen zur Kraft-Wärme-Kopplung und Solaranlagen (Rdnr. 251) einschließlich entsprechender Checklisten den positiven Gesamteindruck.

Kapitel B. beschäftigt sich mit den für die notarielle Praxis bedeutenden Bereichen des Ehe- und Familienrechtes. Der Abschnitt „Eheverträge" (B. I.) wurde von *Grziwotz* weitgehend unverändert gelassen; die Ausführungen zum Unterhaltsrecht (Rdnr. 147 ff.) hätten vielleicht eine eingehendere Darstellung der neueren Rechtsprechung des BGH zur Anerkennung von Unterhaltsvereinbarungen vertragen. In den anschließenden neu aufgenommenen Ausführungen in Kapitel B. II. zu Lebenspartnerschaftsverträgen spannt *Grziwotz* in bekannt kundiger Weise den Bogen über die Möglichkeiten und den Bedarf vertraglicher Vereinbarungen bei Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Der Abschnitt B. III. „Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen" (*Riemann*) gibt einen guten Überblick über die gesamte Bandbreite möglicher Vereinbarungen zur elterlichen Sorge, Umgangsrecht, Unterhalt, Versorgungsausgleich, Vermögensauseinandersetzung und erbrechtlicher Art. Abgerundet wird die Darstellung mit einer hilfreichen, an verschiedenen Ehetypen orientierten Checkliste für die Regelungsgegenstände von Scheidungsvereinbarungen. Der Abschnitt B. IV. „Partnerschaftsverträge" gibt Anlass, über eine Neukonzeption nachzudenken: die notarielle Praxis kennt zwar viele Vereinbarungen zwischen nichtverheirateten Partnern. Jedoch steht hier regelmäßig weniger die gemeinsame Lebensgestaltung als vielmehr ein gemeinsamer Hausbau auf dem im Alleineigentum eines Partners stehenden Grundstück im Mittelpunkt des Regelungsinteresses. Die damit verbundenen vermögensrechtlichen Fragen (Darlehensvereinbarung; Fälligkeit; Verzinsung, Absicherung usw.) werden jedoch in diesem Abschnitt allenfalls am Rande gestreift. Im Rahmen des Abschnittes „Beurkundungen im Kindschaftsrecht" (B. V.) verdienen insbesondere die prägnanten Ausführungen von *Grziwotz* zur Annahme an Kindes Statt (Rdnr. 44 ff.) besondere Erwähnung.

Kapitel C. enthält eine von dem bewährten Autorenteam *Bengel/Reimann* seit der 1. Auflage vorbildliche Aufbereitung des gesamten für die Notarpraxis wichtigen Erbrechts. In Teil 1 werden sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Erstellung und Formulierung einer Verfügung von Todes wegen behandelt (Sachverhaltsermittlung, beurkundungsrechtliche Fragen, erbrechtliche Gestaltungsmittel, Darstellung typischer Verfügungen, begleitende Rechtsgeschäfte unter Lebenden usw.). Teil 2 beschäftigt sich mit Regelungen nach dem Tod des Erblassers (Erbscheinsantrag, Erbauseinandersetzung, Erbteilsveräußerung, Nachlassregulierung unter Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers usw.).

Gegenstand von Kapitel D. ist das Gesellschaftsrecht. Am Anfang steht die von *D. Mayer* seit der 1. Auflage profund und kompetent formulierte Darstellung des gesamten Rechts der GmbH, begonnen bei der Gründung über Satzungsänderungen, Einzelfragen der Kapitalerhöhung und Geschäftsanteilsveräußerung bis hin zur Liquidation. Die Neudarstellung des Personengesellschaftsrechtes (*Hermanns*) ist rundum gut gelungen und ist mehr als eine einführende Lektüre. Die Darstellung über das Recht der Aktiengesellschaft hat *Heckschen* um die Stichpunkte „squeeze out" (Rdnr. 133 ff.) und „Europäische Aktiengesellschaft – SE" (Rdnr. 140 ff.) erweitert und damit auch die aktuellen Entwicklungen aufgenommen. Lediglich in Rdnr. 49 hätte die Einschränkung der Nachgründungsvorschriften in persönlicher Hinsicht durch die Neufassung von § 52 AktG deutlicher herausgestrichen werden können. Den Abschnitt IV. über „Umwandlungen" hielt *Heckschen* in gegenüber der Vorauflage weitgehend unveränderter Qualität, während er im nachfolgenden Abschnitt V. über den Unternehmenskauf die noch in der Vorauflage vorhandene skizzenhafte Darstellung nunmehr zu einer bemerkenswert eingehenden Abhandlung über die wichtigsten Regelungspunkte ausgearbeitet hat. Abschnitt D. VI. ist eine neu aufgenommene und von *Waldner* didaktisch gut formulierte Darstellung des Vereinsrechts.

Spiegelberger hat in Kapitel E. die Chance ergriffen und auf gut 100 Seiten eine völlig neu konzipierte, bemerkenswert grundlegende und umfassende Darstellung des für die notarielle Tätigkeit relevanten Steuerrechtes zu Papier gebracht. Der Bedeutung von Vollmachten in der notariellen Praxis wurde in der Neuauflage durch Aufnahme eines eigenen Kapitels „Vollmacht" Rechnung getragen: *Reetz* behandelt auf 31 Seiten in sachkundiger und instruktiver Weise u. a. Fragen der Form, Geltungsdauer, Vertretungsbeschränkungen nach § 181 BGB, General- und Vorsorgevollmacht und des Vollmachtsnachweises.

Neu ist im nachfolgenden Kapitel G. Beurkundung (*Bernhard*) in Rdnr. 61 ff. die Darstellung der für die Beurkundungspraxis bei sog. Verbraucherverträgen wichtigen Neuregelung in § 17 Abs. 2 a BeurkG. Die weiteren Kapitel H. Auslandsberührung (*Zimmermann*), J. Kostenrecht (*Waldner*), K. Notarhaftung (*Schlee*), L. Berufsrecht (*Starke/Sandkühler*) und M. Dienstordnung (*Bettendorf*) sind weitgehend – trotz teilweisem Autorenwechsel – unverändert geblieben, so dass insoweit auf die lobenden Ausführungen der Vorrezensenten verwiesen werden kann.

Bleibt noch der Hinweis auf den Anhang, welcher bereits viele praktische Arbeitshilfen enthalten hat und in der Neuauflage maßvoll erweitert worden ist: Wer gerade kein Beurkundungsgesetz zur Hand hat oder die aktuelle Fassung der Düsseldorfer Tabelle sucht, wird im Anhang genauso fündig wie derjenige, der anhand der aktuellen Sterbetafeln herausfinden möchte, ob er die Altersgrenze nach § 48 a BNotO (von dessen Abdruck im Anhang allerdings abgesehen worden ist) statistisch noch erleben wird. Neu aufgenommen sind die Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2 a Satz 2 BeurkG, das Rundschreiben Nr. 1/2005 der Rheinischen Notarkammer zu Vollmachten in Bauträgerverträgen und eine Übersicht zur Entbehrlichkeit der grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung bei Eigentumsumschreibungen im Grundbuch. Leider konnte bei der Vorauflage die Neufassung des von der Landesnotarkammer Bayern herausgegebenen Bauträgermerkblattes (noch) nicht berücksichtigt werden, so dass diesbezüglich auf die im Internet unter www.notare.bayern.de zu findende aktuelle Version vom Januar 2006 hingewiesen werden darf.

Insgesamt überrascht es nicht, dass auch die 4. Auflage eine gelungene praxisnahe Synthese von Lehrbuch, Formularbuch und Kommentar (so schon *Dolp*, MittBayNot 1997, 280) geworden ist. Sowohl derjenige, welcher sich erstmals in einen neuen Bereich einarbeiten will (in der Regel werden dies Assessoren sein), als auch der erfahrende Praktiker, welcher zu einer Einzelfrage eine kurze und praxisnahe Antwort oder einen ersten Einstieg in die vertiefte Beschäftigung mit einem Spezialproblem sucht, wird auch mit der Neuauflage gut bedient. Als solches stellt das Beck'sche Notarhandbuch weiterhin ein zuverlässiges Hilfsmittel für jeden Notar dar. Vereinzelt noch vorhandene oder in der Neuauflage erstmals aufgetauchte Rechtschreibfehler (z. B. A. I. Rdnr. 138, 337, A. II. Rdnr. 141., A. V. Rdnr. 245, A. X. Rdnr. 58) sind hierbei allenfalls unbedeutende Schönheitsfehler. Generell stellt sich jedoch die Frage, welche Ausrichtung das Beck'sche Notarhandbuch in den künftigen Auflagen nehmen möchte: war es in seinen ersten Auflagen noch ohne vergleichbare Konkurrenz, so stehen dem Notar seit dem Erscheinen des *Würzburger Notarhandbuches* im vergangenen Jahr und mit dem altbewährten *Formularbuch für die Freiwillige Gerichtsbarkeit* von *Kersten/Bühling* ernst zu nehmende Alternativen gegenüber, welche – trotz des in der Neuauflage zu verzeichnenden Zuwachses an Formulierungsbeispielen und (nicht immer ihren Anspruch erfüllenden) Checklisten – deutliche Stärken im Bereich der „Disziplin" Formularbuch aufweisen.

Die eigentliche Qualität des Beck'schen Notarhandbuches liegt demgegenüber darin, dass es nicht nur dem schnellen Anwender eine zuverlässige Hilfe bietet, sondern beim Rechtsanwender tiefergehendes Verständnis und Überblick über die Hintergründe und Zusammenhänge des jeweiligen Rechtsgebietes zu vermitteln versteht. Die in der Neuauflage festzustellende Ausweitung von Formulierungsbeispielen und Checklisten ist hierfür nicht zwingend. M. E. liegen die Vorzüge des Beck'schen Notarhandbuches auf anderem Gebiet. Insofern schließe ich mich der Einschätzung von *Zimmermann* in seiner Rezension zur Erstauflage (DNotZ 1993, 349) an, wonach es sich bei dem Beck'schen Notarhandbuch um ein „Lern- und Denkbuch" handele. Diese von Anfang an bestehende Stärke findet sich auch in der 4. Auflage wieder. Somit kann ich die Neuauflage insbesondere jedem Notarassessor als hervorragend geeignetes Ausbildungsbuch, aber auch jedem Notar als mindestens genauso geeignetes Nachschlagewerk zur Anschaffung empfehlen.

Notar Dr. *Wolfram Schneeweiß*,
LL. M. (Cornell Univ.), Straubing

Weingärtner: Vermeidbare Fehler im Notariat. 7., überarb. Aufl., Heymanns, 2005. 220 S., 38 €

Die neue Ausgabe des Buches von *Weingärtner* zu von ihm so bezeichneten „vermeidbaren Fehlern im Notariat" eignet sich vor allem, um anlässlich der eigenen Amtsübernahme oder einer späteren Geschäftsprüfung die eigene Beurkundungs- und Büropraxis einer kritischen Analyse zu unterziehen. *Weingärtner* selbst, Vorsitzender Richter am Landgericht Dortmund, gibt seinem Werk den Untertitel „Erfahrungen aus Geschäftsprüfungen für Notare, ihre Mitarbeiter und Notarprüfer" und stellt in klarer Sprache, mit zahlreichen Beispielen illustriert, typische Fehler der notariellen Praxis zusammen. Einige davon seien in dieser Besprechung des Buches beispielhaft aufgegriffen.

Angesichts der nach wie vor prekären wirtschaftlichen Situation insbesondere des Baugewerbes sieht sich der Notar häufig mit Beurkundungsaufträgen im Zusammenhang mit einer drohenden Insolvenz konfrontiert. Häufig werden ihm gegenüber die schwierige Lage des Unternehmens und die drohende Zahlungsunfähigkeit offen gelegt. Beteiligte wünschen in diesen Konstellationen häufig die Beurkundung von Kaufverträgen mit nahen Angehörigen bzw. von Überlassungen, um Vermögensgegenstände der Insolvenzmasse und dem Gläubigerzugriff zu entziehen. Dem Notar wird hier also die Mitwirkung an zumindest anfechtbaren Rechtsgeschäften angesonnen. *Weingärtner* vertritt in diesem Zusammenhang eine eher großzügige Linie und stellt klar die Bedeutung des Urkundsgewährungsanspruchs der Beteiligten in den Vordergrund. Trotz des in § 4 BeurkG normierten Verbots für den Notar, Beurkundungen über Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die ohne jeden vernünftigen Zweifel unwirksam sind, stellt *Weingärtner* klar, dass die bloße Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäftes nicht ausreiche, um die Beurkundung zu verweigern. Die Möglichkeiten – insbesondere der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO – würden Insolvenzverwaltern gerade die Möglichkeit geben, die Insolvenzmasse vor dem Entzug von Vermögenswerten zu schützen. Der Notar hingegen dürfe die Beurkundung nur verweigern, wenn darüber hinaus eine Sittenwidrigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts vorliege. Natürlich werden sich in der Praxis, vor allem angesichts des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Sittenwidrigkeit", immer Grenzfälle ergeben, in denen sich der Notar nicht auf *Weingärtner* oder andere standes- oder berufsrechtliche Stimmen stützen kann und sich auf sein eigenes Judiz und Berufsethos verlassen muss. Jedoch erscheint die Beurkundung von Verträgen in der Phase einer sich ankündigenden Verkäuferinsolvenz nach den Kriterien von *Weingärtner* zumindest dann möglich zu sein, wenn ein Vollzug des Vertrages z. B. nur unter Mitwirkung von im Grundbuch eingetragenen Gläubigern erfolgen kann.

Angesichts der zunehmenden steuerrechtlichen Profilierung der Notare erscheint auch ein Blick in die Ausführungen *Weingärtners* zu den steuerrechtlichen Belehrungspflichten lohnend. Mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betont *Weingärtner*, dass den Notar eine Belehrungspflicht über die möglichen steuerrechtlichen Folgen des von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfts nur trifft, wenn dies ausdrücklich gesetzlich normiert ist (wie etwa in §§ 7, 8 ErbStDV für die Möglichkeit des Entstehens von Erbschaft- und Schenkungsteuer) oder von einem speziellen Einzelfall auszugehen ist, etwa wenn der Notar erkennt, dass sich ein Beteiligter in einem offensichtlichen schwerwiegenden Irrtum über die steuerrechtlichen Folgen seiner Erklärung befindet. Diese den Notar weitgehend von einer steuerlichen Haftung ausnehmende Einschätzung ändert sich jedoch, wenn der Notar über mögliche steuerrechtliche Folgen ausdrücklich belehrt. In diesem Falle kann er sich nach der Darstellung *Weingärtners* der Haftung für mögliche negative Steuerfolgen seiner Beratung nicht entziehen. Diese Problematik wird sich für ein modernes, steuerrechtlich auskunftsfähiges Notariat sicher in verstärktem Maße stellen.

Weingärtner geht in seinem Buch auf eine Vielzahl möglicher Fehlerquellen ein, von der Führung der Bücher des Notars über die Gestaltung der Beurkundungspraxis bis hin zur Abwicklung von Verwahrungsgeschäften. Exemplarisch sei noch darauf hingewiesen, dass *Weingärtner* eine ausgeprägte Skepsis gegenüber der Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Notars im Bereich von Vollzugs- oder Grundbucherklärungen äußert und im Zweifelsfalle eher zur Notarvollmacht rät, auf deren Grundlage notarielle Eigenurkunden erstellt werden könnten. Am Ende des Buches bietet *Weingärtner* noch eine „Checkliste" vor Geschäftsprüfungen an, die einen schnellen Überblick über die prüfungssensiblen Bereiche notarieller Tätigkeit ermöglicht.

Die am Ende einer Buchbesprechung obligatorisch erwartete Empfehlung fällt beim *Weingärtner* nicht schwer. Das Buch ist sowohl für frischgebackene als auch für erfahrene Notare empfehlenswert. Mag man auch nicht jeden Standpunkt des Autors teilen, insbesondere was seine vergleichsweise rigide Interpretation des Geldwäschegesetzes für den notariellen Bereich angeht, so ermöglicht es doch eine umfassende Möglichkeit der Selbstvergewisserung über die Qualität der eigenen Berufsausübung und zudem eine gute Grundlage für die Vorbereitung auf Geschäftsprüfungen.

Notar *Tobias Fembacher*, Greding

Bruns/Kemper (Hrsg.): Lebenspartnerschaftsrecht – Handkommentar. 2. Aufl., Nomos, 2006. 497 S., 79 €

Das Lebenspartnerschaftsrecht kommt nicht zur Ruhe. Bis vor kurzem konnte man noch der Auffassung sein, mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004 sei im Hinblick auf das Ergebnis der Bundestagswahl und die derzeitigen Mehrheitsverhältnisse im Bundesrat ein vorläufiger Schlusspunkt erreicht worden. Mittlerweile muss man jedoch einen neuen Anlauf des Gesetzgebers zur Reform des Lebenspartnerschaftsrechts zur Kenntnis nehmen. Von der Fraktion der FDP und von der Fraktion Bündnis 90 / Die Grünen wurden Entschließungsanträge in den Bundestag eingebracht, die zum Ziel haben, die vollständige Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe zu erreichen (BT-Drs. 16/497 und 16/565). Dies würde vor allem Änderungen im Steuerrecht, im Beamtenrecht und beim Adoptionsrecht notwendig machen.

Von den Regierungsfraktionen, insbesondere von der solche Regelungen bislang ablehnenden Fraktion der CDU/CSU, wurde überraschenderweise jedenfalls für eine Gleichstellung

im Steuerrecht und im Beamtenrecht Verhandlungsbereitschaft signalisiert (vgl. die Protokolle der 17. Sitzung des Bundestages vom 10.2.2006). Das Ergebnis der parlamentarischen Beratungen ist offen. Es scheint also durchaus möglich, wenn nicht gar wahrscheinlich, dass in dieser Legislaturperiode ein weiteres Überarbeitungs- bzw. Ergänzungsgesetz zum Lebenspartnerschaftsrecht verabschiedet wird.

Angesichts dieser gesetzgeberischen Aktivitäten wird daher der 2. Auflage des von *Bruns* und *Kemper* herausgegebenen Handkommentars zum Lebenspartnerschaftsrecht (in der 1. Auflage noch unter dem Titel „LPartG – Handkommentar" erschienen) wohl bald eine 3. Auflage zu folgen haben. Eine Besprechung dieses Werks ist trotzdem angezeigt, ist es doch eines der wenigen aktuellen Werke zum Lebenspartnerschaftsrecht, sieht man von den zahlreichen im Jahr 2005 erschienenen Aufsätzen zum vorgenannten Überarbeitungsgesetz ab.

Der Handkommentar ist in zwei Teile gegliedert. Die erste Hälfte des Werks ist nach einer Einführung der Kommentierung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) gewidmet. Die zweite Hälfte des Werks behandelt in Einzeldarstellungen andere für eingetragene Lebenspartner wichtige Rechtsgebiete.

Stüber stellt in der Einführung zunächst ausführlich die Geschichte des Lebenspartnerschaftsrechts dar, endend mit dem vorgenannten Überarbeitungsgesetz. Detailliert, ja fast detailversessen, listet *Stüber* dann die zur vollständigen Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe noch fehlenden Einzelregelungen auf. Anhand dieser Liste wäre es, soweit politisch gewünscht, dem Gesetzgeber ein leichtes, die zu einer Gleichstellung noch fehlenden Regelungen zu schaffen – ohne Einzelpunkte zu übersehen. Empfehlenswert – dafür spricht sich auch *Stüber* aus – dürfte gleichwohl eine Generalklausel sein. *Kemper* stellt sodann die einzelnen Regelungen des LPartG dar (mit Ausnahme von § 11 LPartG, der von *Bruns* kommentiert wird). Da durch das Überarbeitungsgesetz eine weitgehende Angleichung an die Regelungen des BGB für die Ehe eingetreten ist, werden nur die wenigen Besonderheiten für eingetragene Lebenspartner hervorgehoben. Eine Kommentierung der alten Rechtslage erfolgt nicht, vielmehr wird insoweit auf die Vorauflage verwiesen. Dies ist angesichts der geringen praktischen Relevanz der alten Rechtslage gut zu verschmerzen und dient der Übersichtlichkeit des Werkes. Die Kommentierung zum LPartG ist daher im Vergleich zur Vorauflage deutlich gestrafft worden.

Die zweite Hälfte des Werks beginnt mit einer Darstellung von *Emmert* zu den im Mietrecht für Lebenspartner geltenden Regelungen. Verfahrens- und kostenrechtliche Bezüge des Lebenspartnerschaftsrechts schließen sich an. Hervorzuheben ist insbesondere die umfangreiche Kommentierung von *Kemper* zu § 661 ZPO. Gut gelungen sind auch die Ausführungen von *Kiel* zum IPR. Angesichts der zunehmenden Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften bis hin zu einer Öffnung der Ehe in einigen Staaten, wie z. B. in den Niederlanden oder Spanien, sind diese von großer praktischer Bedeutung.

Die Ausführungen von *Bruns* zum Arbeitsrecht und zum Recht des öffentlichen Dienstes sowie zum Steuerrecht stellen ausführlich die geltende Rechtslage dar, mit deren Bezügen zum Europarecht. Sehr lesenswert sind insbesondere seine Ausführungen zum Urteil des BAG vom 29.4.2004 (Ortszuschlag für Lebenspartner auch bei fehlender Regel im Tarifvertrag), das ein Auslöser der aktuellen gesetzgeberischen Aktivitäten gewesen sein dürfte. Der Beitrag von *Siegfried* zum Ausländerrecht erläutert einen für viele eingetragene Lebenspartner zentralen Rechtsbereich. Die zweite Hälfte des Werks enthält ferner kurze Überblicke zum Sozialrecht, Staatsangehörigkeitsrecht und Transsexuellenrecht. Auch der zweite Teil des Werks ist im Vergleich zur Vorauflage deutlich gestrafft worden.

Das zu besprechende Werk eignet sich als Nachschlagewerk meines Erachtens vor allem für die Bereiche des Lebenspartnerschaftsrechts, die nicht im Zentrum der notariellen Tätigkeit stehen und in denen bislang keine vollständige Angleichung an die eherechtlichen Regelungen erfolgt ist. Es trägt dazu bei, die Hintergründe von Partnerschaftsbegründungen besser zu verstehen. Denn oftmals liegt die Motivation zur Begründung einer Lebenspartnerschaft nicht in der Herbeiführung der Rechtsfolgen des LPartG selbst, sondern stammt aus anderen Rechtsbereichen. Für den regelmäßig mit der Begründung von Lebenspartnerschaften oder der Gestaltung von Lebenspartnerschaftsverträgen befassten Notar ist das Werk daher uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar *Martin Walter*, Neumarkt i. d. OPf.

LexisNexis Deutschland: Die Erbrechtsbibliothek. 2005. CD-ROM, 248 €, Updatepreis (halbjährlich) 98 €

LexisNexis hat sich in jüngerer Zeit mit Gesetzestexten auf CD-ROM einen Namen und dem Beck-Verlag Konkurrenz gemacht. Während man bei Gesetzessammlungen in Papierform an dem von C. H. Beck verlegten „Schönfelder" nicht vorbeikommt, ist man bei Gesetzessammlungen in elektronischer Form vor eine echte Wahl gestellt (vgl. die Besprechung von *Schervier,* MittBayNot 2005, 391). LexisNexis hat jetzt den nächsten Schritt auf dem Weg in das elektronische Zeitalter getan und in Zusammenarbeit mit dem ZErb-Verlag die „Erbrechtsbibliothek" herausgegeben. Zwar ist schon bisher gebundenen Werken häufig eine CD-ROM beigegeben, in der Regel mit Mustertexten, die auf diese Weise schnell in die tägliche Arbeit übernommen werden können. Mit der „Erbrechtsbibliothek" ist jetzt aber erstmals eine CD-ROM auf dem Markt, die ganz für sich steht und ohne begleitende Literatur in gebundener Form auskommt, laut Verlag „... ein in dieser Form konkurrenzloses Komplettwerk ...".

Die CD-ROM enthält eine Sammlung von Publikationen auf dem Gebiet des Erbrechts, die der ZErb-Verlag verlegt hat, nämlich den von *Damrau* herausgegebenen Praxiskommentar Erbrecht, das Nachschlagewerk „Der Erbprozess" von *Bonefeld/Kroiß/Tanck*, die „Gebührenabrechnung familien- und erbrechtlicher Mandate" von *Bonefeld*, „Arbeitshilfen im Erbrecht" von *Bonefeld/Daragan/Tanck* sowie den bisherigen Bestand der Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis (ZErb), nämlich deren Jahrgänge 1999 bis 2005. Mit dem neuesten Update ist „Der Fachanwalt für Erbrecht" von *Bonefeld/Daragan/Wachter* hinzugekommen, der jüngst in Papierform erschienen ist. Daneben enthält die *Erbrechtsbibliothek*

über 7.000 Entscheidungen mit erbrechtlichem Bezug, außerdem eine große Zahl von erbrechtlich relevanten Gesetzestexten, nämlich ca. 35 EU-Richtlinien und -Verordnungen, über 400 Vorschriften des Bundesrechts, mehr als 200 landesrechtliche Regelungen sowie über 80 einschlägige Verwaltungsanweisungen des BMF, der Landesfinanzministerien und der Oberfinanzdirektionen. Mittels einer Online-Prüfung kann festgestellt werden, ob die jeweilige Norm noch dem aktuellen Rechtsstand entspricht.

Die Installation ist leicht zu bewältigen. Beim Einlegen der CD-ROM startet automatisch ein Install-Shield-Wizard, der den Anwender durch die Installation führt. Vor die Wahl gestellt, die kompletten Daten auf der Festplatte abzulegen oder lediglich eine verkürzte Version dort zu speichern, empfiehlt sich unbedingt die Entscheidung für die Vollversion, die bei der späteren Nutzung der Datenbank vor dem lästigen Rückgriff auf die CD bewahrt. Die Vollversion benötigt 272 MB Speicherplatz, eine Größenordnung, die einen Arbeitsplatz heute vor keine größeren Schwierigkeiten stellen sollte.

Die Benutzeroberfläche der *Erbrechtsbibliothek* ermöglicht ein schnelles Zurechtfinden. Ohne langes Nachlesen führt schon das Ausprobieren der verschiedenen Funktionen wie etwa der Schnell- und Expertensuche relativ problemlos zum Ziel. Einen ersten Überblick über die Menüführung bietet ein Faltblatt. Darüber hinaus sind kleine Einführungsvideos gespeichert, die aber nicht allzu viele weitere Erkenntnisse liefern. Unterhalb der Navigationsleiste findet sich im linken oberen Drittel des Bildschirms ein Feld, in dem – ähnlich dem Windows-Explorer – eine Übersicht über die vorhandenen Datenbanken gegeben wird, wahlweise gegliedert nach Sachgebieten oder nach den gespeicherten Büchern. Wer schon weiß, wo er suchen muss, ist hier am besten aufgehoben: Über eine logische Suche anhand der verschiedenen Gliederungsebenen kommt man schnell zum Ziel, wenn man beispielsweise die Kommentierung einer bestimmten Vorschrift im Kommentar von *Damrau* anschauen will.

Will man breiter gestreute Ergebnisse, gibt man über die Schnellsuche ein Schlagwort ein. Rasch werden im linken unteren Drittel des Bildschirms die Ergebnisse der Suche angezeigt, und zwar mittels Reitern gegliedert danach, ob der Suchbegriff in der Überschrift, im Register oder im Volltext vorkommt. Der Inhalt der ersten Fundstelle ist in einem großen Fenster zu sehen, in dem der Suchbegriff rot markiert ist. Das Anklicken der weiteren Fundstellen lässt deren Inhalt im großen Fenster erscheinen. Der Suchbereich lässt sich nach Kategorien einschränken (Normen, Urteile, Stichwörter, Sonstige), eine Expertensuche im eigentlichen Sinn gibt es leider nur für Rechtsnormen und Entscheidungen. Die Zahl der Ergebnisse lässt sich letztlich nur mit Hilfe geeigneter Stichwörter kontrollieren, wobei die übersichtliche Darstellung aber auch bei relativ hohen Ergebniszahlen einen schnellen Zugriff auf die interessanten Fundstellen zulässt. Ein schöner Nebeneffekt liegt darin, dass sich die Suche auch auf steuerlich relevante Fundstellen erstreckt. Gerade weil steuerliche Aspekte für den Notar nicht im Hauptfokus erbrechtlicher Recherche liegen, kann man so praktisch im Vorbeigehen ohne großen Aufwand prüfen, ob zu dem gerade problematischen Bereich steuerlich relevante Fundstellen vorhanden sind.

Hervorragende Dienste leistet die Verlinkung auf Gesetzestexte. Ein Mausklick auf die in einer Fundstelle enthaltene Norm lässt die Vorschrift mit allen Absätzen erscheinen. Der Nachteil, dass man – anders als bei einem Blick in den „Schönfelder“ – nicht aus dem Augenwinkel ein paar Paragraphen davor und danach erspitzeln kann, wird durch den leichten Zugriff auf die Norm mehr als kompensiert. Spart man sich sonst vielfach den Blick in den Gesetzestext, weil man diesen ja ohnehin kennt oder zumindest zu kennen meint, nutzt man den schnellen Klick auf die Norm hier sehr viel öfter. Der banale Satz, dass ein Blick in das Gesetz die Rechtskenntnis fördert, wird häufiger bestätigt, als einem lieb sein sollte.

Wer sich gerne Anmerkungen und Randnotizen macht, findet in der *Erbrechtsbibliothek* einen mindestens gleichwertigen Ersatz: Mit einem Klick lässt sich ein Fenster öffnen, in dem ein Kommentar eingefügt werden kann, der bei dem aufgerufenen Dokument abgespeichert wird. Anders als bei handschriftlichen Notizen, die erfahrungsgemäß nicht selten zusammen mit dem kopierten Aufsatz oder der Kommentarstelle für immer in der Ablage verschwinden, können die festgehaltenen Erkenntnisse hier anhand der Suche nach Kommentaren gezielt angesteuert werden, so dass sie nicht nur „zufällig“ zusammen mit dem Hauptdokument wiedergefunden werden.

Wer schon bisher auf elektronische Gesetzestexte zurückgreift, wird sich in der *Erbrechtsbibliothek* schnell zurechtfinden. „Ungeübte“ bedürfen sicher einer gewissen Eingewöhnungszeit, die wegen der einfachen Handhabung des Programms aber nur kurz sein wird. Anfangs bedarf es einiger Disziplin, um dem Impuls zu widerstehen, das Gefundene auszudrucken und es sich dadurch in gewohnter Papierform zugänglich zu machen. Ein solches Vorgehen kann sicher ein Kompromiss sein, um sich die Umstellung auf elektronische Recherche zu erleichtern. Auf Dauer verschenkt man so aber zumindest einen Großteil der Annehmlichkeiten des Programms, wie etwa die Verlinkung zu den Gesetzestexten oder die Möglichkeit des raschen Wechselns zwischen verschiedenen Fundstellen und Büchern. Wider Erwarten gewöhnt man sich nämlich erstaunlich schnell an das Navigieren auf dem Bildschirm. Die übersichtliche Gliederung trägt hierzu bei: Schlagwörter erscheinen im Fettdruck, so dass ein „Querlesen“ auch auf dem Bildschirm möglich ist. Im „Praxiskommentar Erbrecht“ ist jedem Kapitel eine Übersicht vorangestellt, aus der man direkt zu den einzelnen Randnummern springen kann. Bei den anderen Werken vermittelt das „Explorer-Fenster“ links auf dem Bildschirm immer einen Überblick darüber, wo man sich befindet, außerdem ist über dieses Fenster ein schnelles Wechseln zu einer anderen Fundstelle möglich.

Der Inhalt der Datenbanken ist ersichtlich auf die neue Zielgruppe des Fachanwalts für Erbrecht ausgerichtet. Kann man den „Praxiskommentar Erbrecht“ ebenso wie die ZErb auch als Notar häufig brauchen, gilt dies für die „Arbeitshilfen im Erbrecht“ schon weniger; allenfalls am Rande interessieren den Notar Fragen des Erbprozesses. Der „Fachanwalt im Erbrecht“ ist dagegen auch für den Notar interessant. Klickt man sich durch die einzelnen Kapitel, angefangen von Erbengemeinschaft, „Rund um die Beerdigung“, Immobilienbewertung oder Unternehmertestament bis zu Vorsorge und Patientenverfügung, bleibt man neugierig bei einem ausführlichen Abschnitt über die Kosten in Erbsachen hängen. Dort erfährt man, dass die Erstellung eines Testamentsentwurfs das Betreiben eines Geschäfts darstellt und mit einem Gebührensatz von 0,5 bis 2,4 belegt werden darf. Bringt der Rechtsanwalt bei einem Gegenstandswert von 50.000 € die mittlere Gebühr von 1,5 in Ansatz, ergibt sich eine Vergütung in Höhe von 1.596 €, bei einem Gegenstandswert von 500.000 € errechnen sich beim gleichen Gebührensatz 4.494 €. Gegenüber Gebühren von 132 € bzw. 807 € bei einem notariellen Testament mit gleichen Werten dürfte sich angesichts der weiteren Vorteile eines solchen (Feststellungen zur Testierfähigkeit

durch den Notar, keine haftungsbeschränkende Vereinbarung, kein Erbschein, kein lästiges Abschreiben des Entwurfs mit Hand) fast die Frage aufdrängen, ob der Rechtsanwalt seinen Mandanten nicht ohnehin zum Notar schicken sollte oder sogar muss. Erst recht gilt dies, wenn an anderer Stelle mitgeteilt wird, dass vorhandene Immobilien oft den Beratungsschwerpunkt bilden. Die Erfahrung jedes Notars wird dies bestätigen, bildet doch das Familienwohnheim nach wie vor häufig das Herzstück des vorhandenen Vermögens.

Von den gespeicherten Urteilen und Normen können zwar auch Notare profitieren, gleichwohl bleibt der Nutzen, den der Notar aus der *Erbrechtsbibliothek* zieht, hinter demjenigen zurück, den der im Erbrecht spezialisierte Rechtsanwalt ziehen wird. Dem „Komplettwerk", wie es der Verlag anpreist, fehlt aus Sicht des Notars ein Handbuch mit Mustern und Regelungsvorschlägen. Im „Fachanwalt für Erbrecht" sind solche zwar vereinzelt zu finden. Wer wie die Notare den Schwerpunkt seiner Tätigkeit aber auf die Beratung im Vorfeld legt und Erbprozesse, wie sie behandelt werden, gerade vermeiden möchte, wird sich mit den wenigen Gestaltungsvorschlägen nicht begnügen wollen. Wer neugierig geworden ist, sollte ohne Zögern von der von LexisNexis angebotenen Option Gebrauch machen, die *Erbrechtsbibliothek* vier Wochen lang kostenfrei und unverbindlich testen.

Notarin *Monika Schmid*, Höchstädt a. d. Donau

Hölters (Hrsg.): Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs. 6. Aufl., 2005. O. Schmidt,1 364 S., 139 €

Das umfangreiche (ca. 1 100 Seiten) Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs von *Hölters* liegt nunmehr in 6. Aufl. vor. Es wurde umfassend aktualisiert und ist – soweit ersichtlich – auf dem Stand von Anfang 2005. Zum durchwegs renommierten Autorenteam gehören – neben dem Herausgeber – u. a. *Semler*, der die Vertragsgestaltung behandelt, und *Bauer*, der zusammen mit *Steinau-Steinrück* das Arbeitsrecht bearbeitet.

Das Handbuch gliedert sich wie folgt:

Teil I:	Mergers & Acquisitions (ca. 70 S., dort werden die Grundfragen, Projektmanagement und Abwicklung eines Unternehmenskaufs behandelt)
Teil II:	Bewertung (ca. 140 S.)
Teil III:	Unternehmensbewertung und Post-Merger-/Acquisition-Bilanzierung von Beteiligungen (ca. 80 S.)
Teil IV:	Finanzierungsfragen (ca. 90 S.)
Teil V:	Steuerrechtliche Fragen (ca. 60 S.)
Teil VI:	Personalpolitische und arbeitsrechtliche Fragen (ca. 180 S.)
Teil VII:	Der Unternehmens- und Beteiligungskaufvertrag (ca. 95 S.)
Teil VIII:	Kartellrecht (ca. 120 S.)
Teil IX:	Wertorientiertes Integrationsmanagement (ca. 90 S.)
Teil X:	Erwerb börsennotierter Unternehmen (ca. 90 S., einschließlich Übernahmeangebot, Abwehrmaßnahmen und Squeeze out)
Teil XI:	Aktiengesellschaften und Unternehmensaquisition (ca. 70 S.)
Teil XII:	Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz (ca. 40 S.)
Teil XIII:	Internationaler Unternehmenskauf (ca. 70 S.).

Abgerundet werden diese Kapitel mit einem Anhang, der – neben verschiedenen Checklisten – Vertragsmuster, z. B. für Share-deals von GmbH-Anteilen, Aktien und Kommanditanteilen enthält, ferner für einen Asset-deal und ein Übernahmeangebot; für Share-deal und Asset-deal finden sich sogar Muster in englischer Sprache.

Der Unternehmenskauf wird bei *Hölters* umfassend abgehandelt, einschließlich Vertragsgestaltung, Steuerrecht, Abwicklung und einem sehr ausführlichen Teil zu den betriebswirtschaftlichen und bewertungsrechtlichen Aspekten.

Das den Notar besonders interessierende Kapitel „Vertragsgestaltung" fällt allerdings mit nur ca. 95 S. eher bescheiden aus, wobei dann noch rund ein Drittel des Kapitels auf Vorverträge und die Due Diligence entfällt. Namentlich rechtsformspezifische Besonderheiten kommen zu kurz (Ausnahme: börsennotierte Aktiengesellschaften). Zum dinglichen Vollzugsgeschäft beim Asset-deal findet sich z. B. die Formulierung: „Beim dinglichen Vollzugsgeschäft sind die für die einzelnen Gegenstände geltenden unterschiedlichen Vorschriften einzuhalten. Darauf braucht hier im Einzelnen nicht eingegangen werden." – Warum eigentlich nicht?

Eine interessante Gestaltung findet sich zum Bereich der Gewährleistung. Der Verkäufer verpflichtet sich zur Aushändigung zahlreicher, im Vertrag näher bezeichneter Unternehmensunterlagen; die Garantievereinbarung beschränkt sich sodann im Wesentlichen auf die Richtigkeit der in den Unterlagen enthaltenen Angaben (vgl. §§ 5 ff. des Vertragsbeispiels I. im Anhang A) und der Rechtsfolgen bei einem Verstoß.

Mit ca. 60 S. verhältnismäßig kurz ist auch das Kapitel zu den steuerrechtlichen Aspekten; dies reicht nur zu einem kurzen Überblick mit (zu) wenigen Gestaltungshinweisen, z. B. zu den Steuerermäßigungen gem. § 34 EStG. Im (ausführlichen) Kapitel zur Unternehmensbewertung (Teil II), das naturgemäß stark betriebswirtschaftlich geprägt ist, vermisst man erläuternde Beispiele, welche die Bewertungsmethoden in der Anwendung verständlicher machen. Das umfangreiche Kapitel zu den Finanzierungsfragen beschäftigt sich nicht näher mit dem Problem der Kapitalerhaltung bei der Verwendung von Wirtschaftsgütern einer Kapitalgesellschaft als Finanzierungssicherheit für Gesellschafterdarlehen; nur sehr knappe Hinweise hierzu finden sich in Kapitel VII., Rdnr. 207 f., in dem immerhin das BGH-Urteil vom 24.11.2003, II ZR 171/01 (= MittBayNot 2004, 287) zitiert ist. Ähnliches gilt für die steuerlichen Probleme einer Finanzierung, die sich im Bereich des § 8 a KStG ergeben können. Ausführlich und sehr kompetent sind die arbeitsrechtlichen Aspekte des Unternehmenskaufs (Teil VI) dargestellt, namentlich die Problemfelder des § 613 a BGB, z. B. die Unterrichtungspflicht der Arbeitnehmer gemäß § 613 a Abs. 5 BGB bei einem Asset-deal (Rdnr. 114 ff.), und des Fortbestands von Mitarbeiter-Aktienoptionsprogrammen (Rdnr. 183 ff.).

Der *Hölters* ist durchwegs auf qualitativ hohem Niveau geschrieben, und zwar von Praktikern für Praktiker. Notarspezifische Belange kommen jedoch zu kurz und sind anderenorts ausführlicher behandelt (etwa die Werke, die Grundlage der

Rezensionen in MittBayNot 2004, 244 [Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf] und 2003, 377 [*Rödder/Hetzel/Müller-Thuns*: Unternehmenskauf] sind), so dass sich eine Anschaffung eigentlich nur für Notare lohnt, die sich mit der Materie des Unternehmenskaufs umfassend – über die reine Vertragsgestaltung hinaus – auseinandersetzen wollen.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

Lutter (Hrsg.): Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland. O. Schmidt, 2005. 447 S., 74,80 €

Seit der EuGH in der „Überseering-Entscheidung" vom 5.11.2002 (Rs. C-208/00) entschieden hat, dass die in einem EU-Mitgliedstaat wirksam begründete Kapitalgesellschaft in allen anderen Mitgliedstaaten als solche anzuerkennen ist, hat die Zahl der Gründungen englischer Limiteds in Deutschland deutlich zugenommen. Nach einer Schätzung des Bundesjustizministeriums vom Dezember 2005 wurden in den ersten acht Monaten des vergangenen Jahres 3 125 Zweigniederlassungen englischer Limiteds gewerberechtlich angezeigt (vgl. BT-Drucks. 16/283, S. 2). Auch wenn demgegenüber im gleichen Zeitraum noch über 23 000 GmbH-Hauptniederlassungen bei den Gewerbeämtern angemeldet worden sind, hat sich der Rechtsverkehr auf diese neue Form der Geschäftstätigkeit einzustellen. Mit dem zunehmenden Einsatz ausländischer Kapitalgesellschaften in Deutschland steigt auch die deutschsprachige Literatur (über-)proportional an. Nach dem ersten Handbuch zu „Ausländischen Kapitalgesellschaften im Deutschen Recht" von *Eidenmüller* (Besprechung in MittBayNot 2005, 219) liegen nun weitere deutschsprachige Werke vor. In dem hier vorzustellenden und von *Lutter* herausgegebenen Sammelband haben sich die zivilrechtlichen Mitglieder des Bonner Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht zusammengefunden, um die mit der Gründung und Geschäftstätigkeit von Auslandsgesellschaften in Deutschland neu aufgetauchten Rechtsfragen zu erörtern.

In seinem Beitrag zur Eintragung von EU-Auslandsgesellschaften im deutschen Handelsregister untersucht *Lutter* ausgehend von der Eintragungspflicht als Zweigniederlassung nach den §§ 13 d–13 g HGB Sanktionsmöglichkeiten zur Durchsetzung der Eintragungspflicht. Bereits vor der Entscheidung des BGH vom 14.3.2005 (DNotZ 2005, 712) verneint er eine Haftung der Geschäftsführer solcher Auslandsgesellschaften entsprechend § 11 Abs. 2 GmbHG, § 41 Abs. 1 AktG. Als Sanktion komme lediglich die Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 14 HGB in Betracht, die zwar auch für ausländische Personen gelte, im EU-Ausland jedoch nicht vollzogen werden könne. Ausgehend von diesem Vollzugsdefizit schlägt der Autor vor, die Nichteintragung von Auslandsgesellschaften in das deutsche Handelregister de lege ferenda mit einer Geschäftsführerhaftung zu ahnden, um damit die Ungleichbehandlung ausländischer und deutscher Gesellschaften zu beseitigen und um zugleich Auslandsgesellschaften zu besserer Publizität zu verpflichten.

Karsten Schmidt untersucht in seinem Beitrag die firmenrechtlichen Vorgaben zur Publizität von „Schein-Auslandsgesellschaften". Unabhängig vom Vorliegen einer handelsgewerblichen Tätigkeit im Sinn der §§ 1–3 HGB möchte er die Zweigniederlassungen als Formkaufleute handelsrechtlichen Regelungen unterwerfen. Entsprechend seien auch die Regelungen zur Kennzeichnungsfähigkeit, zur Unterscheidungskraft und das Verbot der Irreführung zu beachten, auch wenn derartige Mängel – z. B. aus sprachlichen Gründen – im Gründungsstaat nicht erkannt werden konnten. Die Anmeldung der Zweigniederlassung einer „Bayern-Kapital Limited" zum Handelsregister sollte Beteiligten daher abgeraten werden. Für Angaben auf Geschäftsbriefen seien die § 80 Abs. 4 AktG, § 35 a Abs. 4 GmbHG sowie § 37 a HGB zu beachten. Wegen des abschließenden Charakters von Art. 6 der elften gesellschaftlichen Richtlinie könnten Angaben über die Geschäftsleiter einer Auslandsgesellschaft zwar nicht verlangt werden, rechtspolitisch scheine dies jedoch vorzugswürdig.

Dem Kapitalschutz und der Durchgriffshaftung bei Auslandsgesellschaften widmet *Fleischer* detaillierte 80 Seiten. Er zeigt dabei den aktuellen Meinungsstand zur Anwendung deutscher Gläubigerschutzregelungen auf Auslandsgesellschaften auf. Die referierte Meinungsvielfalt im Schrifttum kann indes jeden betrügerischen Unternehmensgründer nur anziehen. Dem Berater zeigt sie, dass von einem sicheren Weg keine Rede sein kann.

In weiteren Beiträgen beleuchten *U. Huber* die insolvenzrechtliche Lage von Auslandsgesellschaften und *G. Wagner* deren prozessuale Behandlung, die ebenso wie der Beitrag von *Zimmer* zur unternehmerischen Mitbestimmung bei der Limited aus notarieller Sicht nur von geringerem Interesse ist. Relevanter, auch im Hinblick auf die jüngste SEVIC-Rechtsprechung des EuGH, sind die Beiträge zum Wegzug von Auslandsgesellschaften aus gesellschaftsrechtlicher (*Roth*) und aus steuerrechtlicher Sicht (*Schaumburg*). *Roth* plädiert für die Möglichkeit eines Wechsels des Satzungssitzes de lege ferenda, der mittels einer entsprechenden Umwandlungsregelung auch mit einem Statutenwechsel verbunden werden könnte. Im Rahmen der anstehenden europäischen Sitzverlegungsrichtlinie wird die Frage der praktischen Umsetzung solcher Sitzverlegungen zu diskutieren sein.

Zusammenfassend stellt der Sammelband eine lesenswerte Auseinandersetzung mit den Problemkreisen der Auslandsgesellschaften auf hohem wissenschaftlichem Niveau dar. Für die vorsorgend tätige Rechtspraxis bleibt mangels höchstrichterlicher Entscheidungen weiterhin große Rechtsunsicherheit bestehen.

Notarassessor Dr. *Martin T. Schwab*, München

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. EG Art. 234, 95 Abs. 3; RiL 85/577/EWG Art. 3, 4 *(Widerruf von Realkreditverträgen)*

1. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen ist dahin auszulegen, dass er vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch Verträge über den Verkauf von Immobilien ausnimmt, die lediglich Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells sind und bei denen die bis zum Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation erfolgen.

2. Die Richtlinie 85/577 steht nationalen Vorschriften nicht entgegen, die die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auch im Rahmen von Kapitalanlagemodellen, bei denen das Darlehen ohne den Erwerb der Immobilie nicht gewährt worden wäre, auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränken.

3. Die Richtlinie 85/ 577 verbietet es nicht, dass

– ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird;

– die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird;

– nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Artikel 4 der Richtlinie 85/577 jedoch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

EuGH, Urteil vom 25.10.2005, C-350/03 Schulte ./. Badenia AG

1. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 95 Abs. 3 EG sowie der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372, S. 31, im Folgenden: Richtlinie) und insbesondere ihrer Art. 3 Abs. 2, 4, 5 und 7.

2. Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits der Eheleute Schulte gegen die Deutsche Bausparkasse Badenia AG (im Folgenden: Bausparkasse) über die Folgen, die der Widerruf des von den Eheleuten bei der Bausparkasse geschlossenen Realkreditvertrags nach dem anwendbaren nationalen Recht über Haustürgeschäfte hat.

20. Nach den Angaben im Vorlagebeschluss finanziert die Bausparkasse seit Ende der achtziger Jahre den Erwerb von gebrauchten Eigentumswohnungen. Dabei handelt es sich in der Regel um Immobilien, die im sozialen Wohnungsbau der sechziger und siebziger Jahre erstellt worden waren und die von der Allgemeinen Wohnungsvermögens-AG angekauft, teilrenoviert und anschließend angeboten wurden. Der eigentliche Vertrieb der Eigentumswohnungen sowie die Vermittlung der Finanzierung erfolgten über die mit der Vermittlung von Immobilien- und Finanzdienstleistungen befasste Heinen & Biege GmbH (im Folgenden: Heinen & Biege).

21. Im Rahmen dieses Vertriebskonzepts trat im Februar 1992 ein Mitarbeiter von Heinen & Biege an die Eheleute Schulte heran und bot ihnen das Anlagemodell des kreditfinanzierten Immobilienerwerbs an. Aus steuerlichen Gründen sah das Modell eine vollständige Kreditfinanzierung der angebotenen, fremdgenutzten Eigentumswohnung vor.

22. Am 28.4.1992 erwarben die Eheleute Schulte eine Wohnung zum Preis von 90.519 DM. Der Kaufvertrag wurde im Einklang mit den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften vor einem Notar unterzeichnet. 23. Ausschließlich zur Finanzierung dieses Kaufes nahmen die Eheleute Schulte mit Vertrag vom 7.4.1992 bei der Bausparkasse ein Darlehen in Höhe von 105.000 DM auf, das durch eine mit notarieller Urkunde vom 8.5.1992 bestellte Grundschuld an dem erworbenen Wohnungseigentum in derselben Höhe abgesichert wurde. In dieser Urkunde übernahmen sie die persönliche Haftung für die Zahlung der Grundschuld und unterwarfen sich hinsichtlich des Darlehensvertrags der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Auf Verlangen der Bausparkasse mussten sie sich verpflichten, einer Mieteinnahmegemeinschaft beizutreten, die eine gleichmäßige Verteilung der gesamten Mieteinnahmen in dem Wohnkomplex gewährleisten sollte. 24. Außerdem verpflichteten sie sich, bei der Bausparkasse zwei Bausparverträge über je 50 % der Darlehenssumme zu schließen. Es wurde vereinbart, dass eine Tilgung des Darlehens erst mit der Zuteilung des ersten Bausparvertrags erfolgen sollte. Der Darlehensvertrag enthielt keine Widerrufsbelehrung nach dem HWiG. 25. Nach Abschluss sämtlicher Verträge und Bestellung der im Darlehensvertrag geforderten Sicherheiten zahlte die Bausparkasse auf schriftliche Anweisung der Eheleute Schulte einen Betrag in Höhe von 101.850 DM unmittelbar an die Verkäuferin der Wohnung aus. 26. Nachdem die Eheleute Schulte ihren monatlichen Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht mehr nachgekommen waren, kündigte die Bausparkasse diesen Vertrag, verlangte die sofortige Rückzahlung des Darlehens und betrieb, da keine Zahlung erfolgte, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 8.5.1992. 27. Im November 2002 widerriefen die Eheleute Schulte den Darlehensvertrag auf der Grundlage

des § 1 HWiG und erhoben beim Landgericht Bochum Vollstreckungsabwehrklage.

33. Das Landgericht Bochum stellt fest, dass nach nationalem Recht der Widerruf eines Realkreditvertrags zur Rückabwicklung dieses Vertrages führe, bei der nach § 3 Absätze 1 und 3 HWiG jeder Teil verpflichtet sei, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und für die Gebrauchsüberlassung bis zum Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufs deren Wert zu vergüten. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gelte ein Darlehen auch dann als empfangen, wenn die Darlehensvaluta nicht an den Darlehensnehmer, sondern auf dessen Weisung an einen Dritten ausbezahlt worden sei.

38. Es sei fraglich, ob eine nationale Bestimmung wie § 3 HWiG in seiner Auslegung durch den Bundesgerichtshof mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehe, da die Rechtsfolgen einer solchen Auslegung dieser Bestimmung dem Schutzzweck des Widerrufsrechts nicht gerecht würden.

40. Unter diesen Umständen hat das Landgericht Bochum beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Werden von Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a der Richtlinie 85/577 auch solche Kaufverträge über Immobilien erfasst, die lediglich als Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells anzusehen sind und bei denen die bis zum Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation nach § 1 HWiG erfolgen?

2. Entspricht eine nationale Rechtsordnung bzw. deren Auslegung, die die Rechtsfolgen des Widerrufs der Darlehenserklärung auch im Rahmen solcher Kapitalanlagemodelle, bei denen das Darlehen ohne Erwerb der Immobilie überhaupt nicht gewährt worden wäre, lediglich auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränkt, den Anforderungen des Gebotes des hohen Schutzniveaus auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 95 Abs. 3 EG) sowie der von der Richtlinie 85/577 gewährleisteten Effektivität des Verbraucherschutzes?

3. Genügt eine nationale Regelung der Rechtsfolge des Widerrufs des Darlehensvertrags dergestalt, dass der widerrufende Verbraucher die Darlehensvaluta an die finanzierende Bank zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich der Finanzierung der Immobilie dient und unmittelbar an den Verkäufer der Immobilie ausbezahlt wird, dem Schutzzweck der Widerrufsregelung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 85/577?

4. Verstößt eine nationale Rechtsfolge des Widerrufs in der Form, dass der Verbraucher nach Widerrufserklärung zur sofortigen Rückzahlung der – auf Grundlage des für die Kapitalanlage entwickelten Konzepts – bisher überhaupt noch nicht getilgten Darlehensvaluta nebst deren marktüblichen Verzinsung verpflichtet ist, gegen das Gebot des hohen Schutzniveaus auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes (Art. 95 Abs. 3 EG) sowie gegen den in der Richtlinie 85/577 verankerten Grundsatz der Effektivität des Verbraucherschutzes?

Zum Gegenstand der Fragen

Vorbemerkungen

– Zu der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Kapitalanlage

46. Die Kapitalanlage, an der die Eheleute Schulte eine Beteiligung erworben haben, weist insbesondere folgende Merkmale auf. 47. Ein Vermittler bot ihnen eine Eigentumswohnung zum Kauf an, deren Verkäufer eine Gesellschaft war, die eine Vielzahl von Wohnungen erworben und renoviert hatte, um sie sodann weiterzuverkaufen. 48. Aus steuerlichen Gründen sollte der Erwerb dieser Wohnung vollständig fremdfinanziert werden. 49. Der erwähnte Vermittler bot an, den Kaufpreis und die Abwicklungskosten durch ein Darlehen der Bausparkasse zu finanzieren, das durch eine Grundschuld abgesichert wurde und für dessen Rückzahlung die Eheleute Schulte auch persönlich hafteten. 50. Die Eheleute verpflichteten sich, einer Mieteinnahmegemeinschaft für das fragliche Gebäude beizutreten, die eine gleichmäßige Verteilung der gesamten Mieteinnahmen gewährleisten sollte. 51. Die vollständig durch das Darlehen finanzierte Investition in die Eigentumswohnung sollte für die Eheleute Schulte mit keinen Ausgaben verbunden sein, da die Mieteinnahmen insbesondere in Verbindung mit bestimmten Steuervorteilen die Rückzahlung des Darlehens ermöglichen sollten. 52. Vor dem Gerichtshof ist nicht in Zweifel gezogen worden, dass mit solchen Kapitalanlagen neben der Gefahr, dass die Wohnung zum Zeitpunkt ihres Kaufs zu hoch bewertet wird, insbesondere das Risiko verbunden ist, dass sich die veranschlagten Mieteinnahmen nicht erzielen lassen und dass sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen. 53. Bei den Eheleuten Schulte haben sich offenbar die beiden letztgenannten Risiken verwirklicht. 54. Im Fall des Ausgangsverfahrens haben die Eheleute Schulte im Anschluss an das Urteil Heininger den Darlehensvertrag gemäß dem HWiG widerrufen und die Ansicht vertreten, dass sie dadurch von allen Verpflichtungen gegenüber der Bausparkasse befreit würden.

– Zur Tragweite der Vorlagefragen

55. Das vorlegende Gericht führt aus, dass nach der zur Zeit der Ereignisse des Ausgangsverfahrens geltenden nationalen Regelung der Darlehensnehmer zwar durch seinen Widerruf von allen seinen Verpflichtungen aus dem Darlehensvertrag befreit werde, dass er aber das Darlehen sofort und vollständig zuzüglich Zinsen zurückzahlen müsse. Nach der Auslegung der einschlägigen nationalen Regelung durch den Bundesgerichtshof sei es unerheblich, dass das Darlehen von der Bausparkasse unmittelbar an den Verkäufer der Wohnung ausgezahlt worden sei, und sei es unter Umständen wie den vorliegenden nicht möglich, den Darlehensvertrag und den Kaufvertrag als verbundene Verträge anzusehen, die eine wirtschaftliche Einheit bildeten. 56. Vor dem Gerichtshof ist nicht bezweifelt worden, dass – wie auch der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung (Urteil vom 12.11.2002, BGHZ 152, 331) bestätigt hat – unter diesen Umständen nach deutschem Recht ein Widerruf des Darlehensvertrags im Allgemeinen wirtschaftlich wenig oder gar nicht interessant ist. Der Verbraucher würde durch den Widerruf nicht besser, sondern sogar schlechter gestellt, da er das Darlehen sofort und nicht, wie vertraglich vorgesehen, in Raten zurückzahlen müsste. 57. Im Hinblick auf eine solche Feststellung wirft das vorlegende Gericht die Frage auf, ob das deutsche Recht mit dieser Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs eines in einer Haustürsituation geschlossenen Darlehensvertrags mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht. 58. Die ersten beiden Vorlagefragen betreffen die Auswirkungen des Widerrufs auf den Kaufvertrag und die letzten beiden Fragen die Auswirkungen des Widerrufs auf den Darlehensvertrag.

– Zum anwendbaren Gemeinschaftsrecht

59. In der zweiten und der vierten Frage verweist das vorlegende Gericht auf Art. 95 Abs. 3 EG, wonach die Kommis-

sion in ihren Vorschlägen nach Absatz 1 dieses Artikels im Bereich des Verbraucherschutzes von einem hohen Schutzniveau ausgeht und das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union dieses Ziel im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse ebenfalls anstreben.

60. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung, die 1986 durch die Einheitliche Europäische Akte in den EG-Vertrag eingefügt wurde, zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie im Jahr 1985 noch nicht anwendbar war.

61. Selbst wenn sie aber anwendbar gewesen wäre, so richtet sie sich jedenfalls an die verschiedenen Gemeinschaftsorgane, von denen jedes im Rechtsetzungsverfahren der Gemeinschaft seine Rolle spielt, und kann daher nicht als unmittelbare Grundlage für die Verpflichtungen eines Mitgliedstaats herangezogen werden. Sie könnte allenfalls als Kriterium für die Auslegung der Richtlinie dienen.

62. Die für die Beantwortung der Vorlagefragen relevanten Vorschriften des Gemeinschaftsrechts sind somit die der Richtlinie.

63. Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 der Richtlinie nicht daran gehindert sind, auf dem Gebiet der Richtlinie noch günstigere Verbraucherschutzbestimmungen zu erlassen oder beizubehalten.

64. Sodann gilt die Richtlinie nach ihrem Art. 1 für alle Verträge zwischen Gewerbetreibenden und Verbrauchern mit Ausnahme bestimmter in ihrem Art. 3 Abs. 2 abschließend aufgezählter Verträge, zu denen u. a. Verträge über den Verkauf von Immobilien gehören.

65. Schließlich besteht der Schutz des Verbrauchers, der einen Vertrag im Rahmen eines Haustürgeschäfts geschlossen hat, nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie insbesondere darin, dass er die Möglichkeit hat, den Vertrag innerhalb von sieben Tagen nach dem Zeitpunkt zu widerrufen, zu dem ihn der Gewerbetreibende über sein Widerrufsrecht belehrt hat; zu dieser Belehrung ist der Gewerbetreibende nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet.

66. Darauf hat der Gerichtshof in Rdnr. 38 des Urteils Heininger [EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99, Slg. 2001, I-9945] hingewiesen und hervorgehoben, dass die Richtlinie den Verbraucher vor den Gefahren schützen soll, die sich aus den Umständen eines Vertragsschlusses außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden ergeben, und dass der Verbraucherschutz in der Richtlinie durch die Einführung eines Widerrufsrechts verwirklicht wird.

67. Was die Folgen des Widerrufs angeht, so sieht Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie vor, dass der Verbraucher durch den Widerruf aus allen aus dem Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist, und Art. 7 der Richtlinie bestimmt, dass sich die Rechtsfolgen des Widerrufs nach dem einzelstaatlichen Recht richten.

68. In Rdnr. 35 des Urteils Heininger hat der Gerichtshof auf die letztgenannte Bestimmung Bezug genommen und hinzugefügt, dass zwar ein Realkreditvertrag unter die Richtlinie fällt, dass sich aber die Folgen eines gemäß der Richtlinie vorgenommenen Widerrufs dieses Vertrages für den Kaufvertrag über die Immobilie und für die Bestellung des Grundpfandrechts nach dem nationalen Recht richten.

69. Demnach ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln, doch muss diese Befugnis unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie ausgeübt werden, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Weise, die ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet, auszulegen sind. Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten (vgl. u. a. Urteile vom 17.6.1999 in der Rs. C-336/97, Kommission/Italien, Slg. 1999, I-3771, Rdnr. 19, und vom 5.12.2002 in der Rs. C-324/01, Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-11197, Rdnr. 18).

70. Darüber hinaus hat der Gerichtshof entschieden, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist (vgl. u. a. Urteile vom 14.7.1994 in der Rs. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Rdnr. 20, und vom 5.10.2004 in den Rs. C-397/01 bis C-403/01, Pfeiffer u. a., Slg. 2004, I-8835, Rdnr. 108).

71. Ein nationales Gericht, bei dem ein Rechtsstreit zwischen Privatpersonen anhängig ist, muss allerdings bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist (vgl. Urteil Pfeiffer u. a., Rdnr. 120).

Zur ersten und zur zweiten Frage

72. Mit seiner ersten Frage ersucht das vorlegende Gericht um eine Auslegung des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie, der von ihrem Anwendungsbereich u. a. Verträge über den Verkauf von Immobilien ausnimmt. Das Gericht möchte wissen, ob diese Ausnahme auch für Kaufverträge über Immobilien gilt, die lediglich als Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells anzusehen sind und bei denen die bis zum Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation erfolgen.

73. Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Richtlinie nationalen Vorschriften entgegensteht, die die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auch im Rahmen von Kapitalanlagemodellen, bei denen das Darlehen ohne den Erwerb der Immobilie nicht gewährt worden wäre, auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränken.

74. Nach den Angaben im Vorlagebeschluss hat das vorlegende Gericht diese beiden Fragen in der Erwägung gestellt, dass die beiden Verträge unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens möglicherweise verbundene Verträge darstellen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, so dass der Widerruf des Darlehensvertrags Auswirkungen auf die Gültigkeit des Kaufvertrags haben und der Darlehensnehmer aufgrund des Widerrufs des Darlehensvertrags nicht mehr an den Kaufvertrag gebunden sein könnte.

75. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die Richtlinie Kaufverträge über Immobilien ausdrücklich und unmissverständlich von ihrem Anwendungsbereich ausschließt.

76. Während andere Richtlinien der Gemeinschaft, die die Interessen der Verbraucher schützen sollen, u. a. die Richtlinie 87/102, Vorschriften über verbundene Verträge enthalten, enthält die vorliegende Richtlinie keine solche Vorschrift und bietet auch keine Grundlage für die Annahme, dass es stillschweigende derartige Vorschriften gibt.

77. In einigen der beim Gerichtshof abgegebenen Erklärungen, wie in denen der französischen Regierung, wird vorgetragen, aus dem Urteil vom 22.4.1999 in der Rechtssache C-423/97 (Travel Vac, Slg. 1999, I-2195) ergebe sich, dass die Richtlinie für eine Haustürsituation gelte, die zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Immobilie führe, der untrennbarer Bestandteil einer umfassenderen Gruppe von Verträgen sei, zu denen auch ein durch eine Grundschuld abgesicherter Darlehensvertrag, ein Bausparvertrag und ein Immobilienverwaltungsvertrag gehörten, wobei die letztgenannten Verträge als Vertrag über Dienstleistungen anzusehen seien, deren Wert den der Immobilie übersteige.

78. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der Teilzeitnutzungsvertrag, der Gegenstand des Urteils Travel Vac war und der nach diesem Urteil nicht unter die Ausnahme des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie fällt, ist mit den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verträgen schon deshalb nicht vergleichbar, weil es bei diesem Urteil um einen einzigen Vertrag ging, der dingliche Rechte und Dienstleistungen betraf, wobei die Dienstleistungen überwogen, während es sich im Ausgangsverfahren um zwei rechtlich getrennte Rechtsgeschäfte handelt, die im Prinzip unterschiedliche Zielsetzungen haben.

79. Im Übrigen hat der Gerichtshof bereits in Rdnr. 35 des Urteils Heininger hervorgehoben, dass sich die Folgen eines gemäß der Richtlinie vorgenommenen Widerrufs eines Realkreditvertrags für den Kaufvertrag über die mit dem Kredit finanzierte Immobilie und für die Bestellung des Grundpfandrechts nach dem nationalen Recht richten.

80. Unter diesen Umständen schließt es die Richtlinie zwar nicht aus, dass das nationale Recht für den Fall, dass die beiden verbundenen Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, vorsieht, dass sich der Widerruf des Realkreditvertrags auf die Gültigkeit des Kaufvertrags über eine Immobilie auswirkt, doch schreibt sie in einem Fall, wie ihn das vorlegende Gericht schildert, ein solches Ergebnis nicht vor.

81. Daher ist auf die ersten beiden Fragen zu antworten, dass

– Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a der Richtlinie dahin auszulegen ist, dass er vom Anwendungsbereich der Richtlinie auch Verträge über den Verkauf von Immobilien ausnimmt, die lediglich Bestandteil eines kreditfinanzierten Kapitalanlagemodells sind und bei denen die vor Vertragsabschluss durchgeführten Vertragsverhandlungen sowohl hinsichtlich des Immobilienkaufvertrags als auch des ausschließlich der Finanzierung dienenden Darlehensvertrags in einer Haustürsituation erfolgen;

– die Richtlinie nationalen Vorschriften nicht entgegensteht, die die Rechtsfolgen des Widerrufs eines Darlehensvertrags auch im Rahmen von Kapitalanlagemodellen, bei denen das Darlehen ohne den Erwerb der Immobilie nicht gewährt worden wäre, auf die Rückabwicklung des Darlehensvertrags beschränken.

Zur dritten und zur vierten Frage

82. Das vorlegende Gericht fragt zunächst, ob die Richtlinie, insbesondere ihr Art. 5 Abs. 2, es verbietet, dass ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird.

83. Nach Ansicht der Eheleute Schulte und der italienischen Regierung entspricht eine solche Verpflichtung nicht dem Schutzzweck des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Die Eheleute Schulte tragen vor, bei einem wirtschaftlich einheitlichen Geschäft, das künstlich in ein Erwerbsgeschäft und ein Finanzierungsgeschäft aufgespalten worden sei, wäre das durch die Richtlinie verliehene Widerrufsrecht nicht effektiv, wenn sich der Widerruf des Geschäfts auf einen der beiden Verträge, und zwar den Darlehensvertrag, beschränken würde. Nach der Konzeption des gesamten Geschäfts habe der Verbraucher die Darlehensvaluta nie selbst erhalten und auch auf deren Auszahlung keinen Einfluss nehmen können. In einem solchen Fall entspreche es nicht dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit, dass der Verbraucher die Darlehensvaluta, die er nie selbst habe erhalten können, an das finanzierende Kreditinstitut zurückzahlen müsse.

84. Insoweit braucht nur, übereinstimmend mit der Bausparkasse, der deutschen Regierung und der Kommission, festgestellt zu werden, dass die beiden in dieser Frage erwähnten Umstände – dass nämlich das Darlehen ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an den Verkäufer ausbezahlt wird – einer weithin üblichen Praxis entsprechen.

85. Im Übrigen kann entgegen dem Vorbringen der Eheleute Schulte nicht angenommen werden, dass der Darlehensnehmer die vom Kreditinstitut unmittelbar an den Verkäufer der Immobilie ausbezahlte Darlehensvaluta nicht erhalten hat, wenn das Kreditinstitut – wie im Ausgangsverfahren – auf Weisung der Verbraucher gehandelt hat, die als Gegenleistung für die Zahlung des Darlehensbetrags das Eigentum an einer Immobilie erwerben konnten.

86. Auch wenn das Darlehen ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird, steht die Richtlinie daher einer Verpflichtung des Verbrauchers zur Rückzahlung des Darlehensbetrags nicht entgegen.

87. Sodann fragt das vorlegende Gericht, ob die Richtlinie es in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens verbietet, dass die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird.

88. Insoweit ist, übereinstimmend mit der Bausparkasse, der deutschen Regierung und der Kommission, daran zu erinnern, dass nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie die Anzeige des Widerrufs bewirkt, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist. Ein solcher Wegfall der Verpflichtungen des Verbrauchers bedeutet sowohl für ihn selbst als auch für den Darlehensgeber eine Wiederherstellung der ursprünglichen Situation.

89. Die Richtlinie steht daher im Fall des Widerrufs des Realkreditvertrags der Verpflichtung des Verbrauchers zur sofortigen Rückzahlung der Darlehensvaluta an den Darlehensgeber nicht entgegen.

90. Schließlich möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie es in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens verbietet, dass der Verbraucher nach der nationalen Regelung im Fall des Widerrufs des Darlehensvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

91. Nach Ansicht der Eheleute Schulte verstößt eine solche Regelung gegen den in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Effektivität des Verbraucherschutzes. Nach Meinung der Bausparkasse und der deutschen Regierung enthält die Richtlinie auch unter Berücksichtigung der von ihr gewährleisteten Effektivität des Verbraucherschutzes kein Erfordernis, das einer solchen nationalen Regelung entgegenstünde.

92. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Ausübung des in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehenen Widerrufsrechts in Bezug auf einen Darlehensvertrag nach Art. 5 Abs. 2 den Wegfall der dem Verbraucher aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zur Folge hat; dies bedeutet eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands.

93. Die Richtlinie steht daher einer nationalen Regelung nicht entgegen, wonach der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

Zu den Erfordernissen, die sich aus der Richtlinie für den Fall der Nichtbeachtung der Verpflichtung ergeben, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren

94. Die Richtlinie steht zwar grundsätzlich nicht der Anwendung nationaler Vorschriften, wonach der Verbraucher, der einen Darlehensvertrag widerruft, das Darlehen zuzüglich der marktüblichen Zinsen sofort vollständig zurückzahlen muss, in Fällen entgegen, in denen der Gewerbetreibende seiner Verpflichtung zur Belehrung des Verbrauchers nach Art. 4 der Richtlinie nachgekommen ist. Dies gilt jedoch nicht zwangsläufig auch dann, wenn der Gewerbetreibende dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist.

95. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie dafür zu sorgen haben, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die Belehrung über das Widerrufsrecht nicht erfolgt.

96. Ein für die Beurteilung des Ausgangsrechtsstreits relevanter Umstand besteht – sofern der Widerruf nach Ansicht des vorlegenden Gerichts wirksam erfolgt ist – darin, dass die Bausparkasse die Eheleute Schulte nicht über deren Widerrufsrecht belehrt hat und dass diese den Darlehensvertrag erst nach mehreren Jahren widerrufen haben.

97. Hätte die Bausparkasse die Eheleute Schulte rechtzeitig über deren Widerrufsrecht nach dem HWiG belehrt, so hätten diese sieben Tage Zeit gehabt, um ihre Entscheidung, den Darlehensvertrag zu schließen, rückgängig zu machen. Hätten sie sich zu diesem Zeitpunkt zum Widerruf entschlossen, so steht fest, dass in Anbetracht des Verhältnisses zwischen dem Darlehensvertrag und dem Kaufvertrag Letzterer nicht zustande gekommen wäre.

98. In einem Fall, in dem ein Kreditinstitut der ihm nach Art. 4 der Richtlinie obliegenden Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, trägt der Verbraucher, wenn er das Darlehen nach deutschem Recht in seiner Auslegung durch den BGH zurückzahlen muss, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbundenen Risiken, die in Rdnr. 52 des vorliegenden Urteils erwähnt sind.

99. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens hätte aber der Verbraucher, wenn er rechtzeitig über sein Widerrufsrecht belehrt worden wäre, es vermeiden können, sich diesen Risiken auszusetzen.

100. Unter solchen Umständen verpflichtet die Richtlinie die Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu treffen, damit der Verbraucher nicht die Folgen der Verwirklichung derartiger Risiken zu tragen hat. Die Mitgliedstaaten müssen also dafür sorgen, dass unter diesen Umständen das Kreditinstitut, das seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken trägt, damit der Pflicht, die Verbraucher zu schützen, genügt wird.

101. In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut ihn über sein Widerrufsrecht belehrt hätte, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Art. 4 der Richtlinie daher die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

102. Wie in Rdnr. 71 des vorliegenden Urteils ausgeführt, ist es Sache der nationalen Gerichte, die nationale Regelung so weit wie möglich so auszulegen, dass das in Rdnr. 101 des vorliegenden Urteils genannte Ergebnis erzielt wird.

103. Nach alledem ist auf die dritte und die vierte Frage zu antworten, dass die Richtlinie es nicht verbietet, dass

– ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht nach der Richtlinie Gebrauch gemacht hat, die Darlehensvaluta an den Darlehensgeber zurückzahlen muss, obwohl das Darlehen nach dem für die Kapitalanlage entwickelten Konzept ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an deren Verkäufer ausbezahlt wird;

– die sofortige Rückzahlung der Darlehensvaluta verlangt wird;

– nationale Rechtsvorschriften vorsehen, dass der Verbraucher im Fall des Widerrufs eines Realkreditvertrags nicht nur die aufgrund dieses Vertrages erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen muss.

In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Art. 4 der Richtlinie jedoch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen.

Anmerkung:

Der EuGH bestätigt mit seiner Vorabentscheidung die deutsche Rechtslage in zwei wesentlichen Punkten:

Zum einen zwingt die Richtlinie nicht, Kreditvertrag und Kaufvertrag, selbst wenn beide Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, als verbundenes Rechtsgeschäft anzusehen. Der Widerruf des Kreditvertrages muss also nicht zwingend zur Unwirksamkeit des Kaufvertrages führen. Zum anderen ist es mit der Richtlinie vereinbar, den Verbraucher im Fall des Widerrufs des Kreditvertrages zur sofortigen Rückzahlung der Darlehenssumme zuzüglich der marktüblichen Zinsen zu verpflichten, wenn der Verbraucher ordnungsgemäß belehrt wurde.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des XI. BGH-Senats stellt der EuGH jedoch klar, dass ein Kreditinstitut, das seiner Widerrufsbelehrungspflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist, die mit der jeweiligen Kapitalanlage verbundenen Risiken zu tragen hat. In dem Ausgangsverfahren liegen nach dem EuGH diese Risiken neben der Gefahr, dass die Wohnung zum Zeitpunkt ihres Kaufs zu hoch bewertet wird, insbesondere darin, dass sich die veranschlagten Mieteinnahmen, aus denen sich Zins und Tilgung zusammen mit den

Steuervorteilen ergeben sollten, tatsächlich nicht erzielen lassen und sich die Erwartungen in Bezug auf die Entwicklung des Immobilienpreises als falsch erweisen. Diese Risiken muss das Kreditinstitut allerdings auch nur dann tragen, wenn der Verbraucher es bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung hätte vermeiden können, sich diesen Risiken auszusetzen. Der EuGH fordert also neben der unterbliebenen Widerrufsbelehrung auch eine Kausalität zwischen Pflichtverletzung des Kreditinstituts und Risikoverwirklichung.

Der EuGH lässt den Weg bewusst offen, wie die nationalen Rechtsordnungen das vorgenannte Ergebnis erreichen. Insoweit ist der EuGH durch Art. 7 der Richtlinie gebunden, wonach sich die Folgen des Widerrufs grundsätzlich nach dem nationalen Recht richten.

Vor der EuGH-Entscheidung wurden im Wesentlichen folgende zwei Möglichkeiten im deutschen Schrifttum diskutiert:

Ein Teil der Autoren[1] schlägt wie die Kommission in ihrer Stellungnahme im Verfahren vor dem EuGH vor, die Rückzahlung des Darlehens als wirtschaftlich unmöglich einzustufen und den Verbraucher zur Rückgabe des Surrogats der Darlehenssummen, also der Immobilie, zu verpflichten. Als Rechtsgrundlage könne § 3 HWiG bzw. §§ 355 ff. BGB in Verbindung mit § 818 Abs. 1 BGB als allgemeiner Rechtsgedanke dienen.[2] Als weiterer Lösungsweg wird im deutschen Schrifttum eine analoge Anwendung von § 9 VerbrKrG diskutiert.[3] Der BGH habe selbst in seiner Folgeentscheidung zum Urteil des EuGH in der Sache *Heininger*[4] entschieden, dass das VerbrKrG weiterhin anwendbar bleibe und nur soweit vom HWiG verdrängt werde, als es zur Absicherung des Widerrufsrechts des Verbrauchers bei einem Haustürgeschäft erforderlich sei. Die Bereichsausnahme des § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG sei zudem teleologisch zu reduzieren. Hinsichtlich der Einzelheiten, wann zwischen Kreditvertrag und Immobiliengeschäft ein verbundenes Geschäft vorliegt, wird im Wesentlichen auf die bisherige Rechtsprechung zu § 9 VerbrKrG bei Nichtrealkreditverträgen zurückgegriffen.

Die Lektüre des nunmehr ergangenen EuGH-Urteils legt jedoch eine andere Umsetzung in das deutsche Recht nahe:

Der Verstoß gegen die Widerrufsbelehrungspflicht könnte im Wege des Schadensersatzes nach §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB sanktioniert werden. Dies erlaubt insbesondere den Gedanken der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Risikoverwirklichung zu berücksichtigen. Das Kreditinstitut hat den Verbraucher so zu stellen, wie er bei einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung gestanden hätte. Die insoweit gemeinschaftswidrige deutsche Rechtsprechung entschuldigt das Kreditinstitut nicht. Ebensowenig kann dem Verbraucher die Beweislast für die Kausalität zwischen unterbliebener Widerrufsbelehrung und Abschluss des Kaufvertrages auferlegt werden. Andernfalls würde ein Schadensersatz des Verbrauchers illusorisch. Andererseits fehlt es an einem Kausalzusammenhang zwischen unterbliebener Widerrufsbelehrung und Kaufvertragsabschluss, wenn der Kaufvertrag bereits vor Abschluss des Kreditvertrages beurkundet wurde.[5] Dies gilt auch, wenn bereits Vorverhandlungen über einen Kreditvertrag aufgenommen worden waren, es aber bei Beurkundung des Kaufvertrages noch nicht zum Abschluss des Kreditvertrages oder zu einem verbindlichen Angebot des Verbrauchers gekommen war.[6] Die Gegenauffassung, die mit der Zufälligkeit der zeitlichen Abfolge argumentiert, verwässert den vom EuGH geforderten Ursachenzusammenhang zwischen unterbliebener Widerrufsbelehrung und Eingehen weiterer Risiken.[7] Hatte sich der Verbraucher bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem das Kreditinstitut den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht hinsichtlich des Darlehensvertrages hätte informieren müssen, also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kreditvertrages bzw. des verbindlichen Angebots durch den Verbraucher[8] und nicht etwa zu Beginn der Vertragsverhandlungen, dem Risiko einer schlechten Kapitalanlage ausgesetzt, kann auch eine Belehrung über sein Widerrufsrecht nichts mehr ändern.

Schließlich lässt sich über die Schadensersatzlösung im Rahmen der haftungsausfüllenden Kausalität auch eine Begrenzung der Freistellung des Verbrauchers von den anlagespezifischen Risiken erreichen.

Die Feststellung der jeweiligen Risiken der Kapitalanlage dürfte den nationalen Gerichten allerdings erhebliche Mühe bereiten. Im Ausgangsfall tut sich der EuGH leicht, wenn er diese Feststellung damit rechtfertigt, dass die von ihm dargestellten Risiken vor dem Gerichtshof nicht in Zweifel gezogen wurden. Offensichtlich soll das Kriterium der spezifischen Risiken der Kapitalanlage der Abgrenzung zum Widerruf des Immobilienvertrages dienen. Das Risiko einer Überbewertung der Immobilie und einer negativen Entwicklung der Immobilienpreise ist jedoch jedem Kaufvertrag immanent. Somit wäre bei jedem Kaufvertrag ein Schadensersatzrisiko der nicht belehrenden Bank bis hin zur Rückübertragung der Immobilie gegeben. Entscheidend muss daher sein, dass nach dem Anlagekonzept die Einkünfte aus der Immobilie zusammen mit den Steuervorteilen kostendeckend für den Verbraucher sein sollten und die Darlehenssumme des auf den Kaufvertrag abgestimmten Kreditvertrages hundert Prozent des Kaufpreises betrug.

In jedem Fall hat die Bestimmung der anlagespezifischen Risiken objektiv zu erfolgen. Es kommt also nicht darauf an, ob das Kreditinstitut Kenntnis von den Merkmalen der Kapitalanlage hatte oder hätte haben müssen. Eine Zurechnung des Wissens eines etwaigen Vermittler, der die Verbraucher zur Abgabe ihrer Erklärungen in der Haustürsituation gebracht hat, nach den für die Zurechnung nach § 123 Abs. 2 BGB entwickelten Kriterien ist nicht erforderlich. Der II. BGH-Senat hat diese „Verobjektivierung“ mittlerweile in Absprache mit dem XI. Senat für die Frage der Zurechnung der Haustürsituation als solcher nachvollzogen.[9] Der BGH vertritt nunmehr im Anschluss an die EuGH-Entscheidung die Auffassung, dass § 1 HWiG dahingehend richtlinienkonform auszulegen ist, dass das Kreditinstitut keine Kenntnis von der objektiv bestehenden Haustürsituation haben muss.

---

1 Siehe z. B. *Fritz*, ZfIR 2002, 529, 531.

2 NJW 2004, Heft 11, Dokumentation S. XXX ff. Die Stellungnahme der Kommission wurde auf deren Initiative (ein Novum!) in einer deutschen Fachzeitschrift noch während des Verfahrens veröffentlicht. Bisher waren die Schriftsätze der Kommission in den EuGH-Verfahren nicht öffentlich zugänglich.

3 *Fischer*, DB 2002, 1266, 1267; *Hoffmann*, ZIP 2002, 1066, 1068 ff.

4 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99, Heininger/Bayerische Hypo-Vereinsbank AG, Slg. 2001, 9945.

5 Zugegebenermaßen wird diese zeitliche Abfolge die Ausnahme darstellen.

6 Nach Art. 1 Abs. 3 und 4 der Richtlinie reicht ausdrücklich die Abgabe eines verbindlichen Angebots des Verbrauchers in einer Haustürsituation oder einer der Haustürsituation ähnlichen Situation zur Begründung eines Widerrufsrechts aus.

7 *Staudinger*, NJW 2005, 3521, 3523.

8 Siehe Art. 4 der Richtlinie.

9 BGH, Urteil vom 12.12.2005, II ZR 327/04, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

Ob der BGH den hier vorgeschlagenen Weg gehen wird, wird sich zeigen. Der EuGH jedenfalls geht offensichtlich davon aus, dass sich ein richtlinienkonformes Ergebnis im Wege einer Korrektur der Rechtsprechung des XI. Senats erzielen lässt und eine Gesetzesänderung nicht erforderlich ist.[10]

Abschließend ist noch auf folgenden Aspekt des Urteils hinzuweisen: Der EuGH bekräftigt in der Vorabentscheidung die bereits in der Richtlinie 85/577/EWG enthaltene Aussage, dass Kaufverträge über Immobilien in den meisten Mitgliedstaaten besonderen Formerfordernissen unterliegen und ein besonders hohes Maß an Rechtssicherheit benötigen und deshalb einem Widerrufsrecht nicht zugänglich sind.[11] Dieses Ergebnis verdient vor allem vor dem Hintergrund der rasant fortschreitenden Arbeiten zum Europäischen Vertragsrecht[12] Beachtung. Nach dem bisherigen Stand der Arbeiten am sogenannten Gemeinsamen Referenzrahmen sind zwar Verträge über unbewegliche Sachen ausgenommen, jedoch liegt eine Übertragung der Grundsätze auf Immobiliarverträge in gefährlicher Nähe. Die nunmehr vorliegende Entscheidung des EuGH macht klar, dass die Widerrufsfeindlichkeit von Immobilienverträgen Teil des Acquis communautaire ist. Der Gemeinsame Referenzrahmen sollte deshalb eine ebenso klare und unmissverständliche Regelung wie Art. 3 Abs. 2 lit. a) Haustürwiderrufsrichtlinie enthalten, nach der Verträge über den Bau und den Verkauf von Immobilien sowie Verträge über andere Rechte an Immobilien vom Widerrufsrecht ausgenommen sind.

Notar Dr. *Andreas Knapp*, Abensberg

---

10 Das Urteil erwähnt zweimal ausdrücklich die Pflicht der nationalen Gerichte das gesamte nationale Recht zu berücksichtigen und so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der Richtlinie auszulegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit der Richtlinie vereinbar ist (EuGH, MittBayNot 2006, 218 Tz. 71, 102 [in diesem Heft]).

11 EuGH, MittBayNot 2006, 218 Tz. 75 (in diesem Heft). Der EuGH folgt damit der Stellungnahme der Kommission, die diese beiden Aspekte besonders hervorgehoben hatte (NJW 2004, Heft 11, Dokumentation S. XXX).

12 Siehe hierzu u. a. aus notarieller Sicht *Schmucker*, DNotZ 2005, 897 ff.; *Jeep/Vossius*, notar 2005, 101 ff.; *Langhein*, notar 2005, 119 ff.; *Lehne/Schulte-Nölke/Staudenmayer*, notar 2005, 157 ff.

---

2. AnfG §§ 1, 3 Abs. 2 *(Übertragung eines belasteten Grundstücks als Gläubigerbenachteiligung)*

a) Die Übertragung eines belasteten Grundstücks kann nur dann eine Benachteiligung der Gläubiger zur Folge haben, wenn der in der Zwangsversteigerung erzielbare Wert des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt.

b) Den Anfechtungsgegner, der sich auf eine wertausschöpfende Belastung des ihm übertragenen Grundstücks beruft, trifft eine sekundäre Darlegungslast dazu, in welcher Höhe im Zeitpunkt seines Erwerbs Belastungen bestanden und valutierten.

c) Hat der Anfechtungskläger den Abschluss eines entgeltlichen Vertrages mit einer nahestehenden Person sowie die dadurch verursachte unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger dargelegt und bewiesen, werden sowohl der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners als auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon gesetzlich vermutet.

BGH, Urteil vom 20.10.2005, IX ZR 276/02

Die Klägerin verlangt vom Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Gläubigeranfechtung Wertersatz für zwei mittlerweile weiterveräußerte Grundstücke. Schuldner ist der geschiedene Ehemann der Klägerin, der zu Unterhaltsleistungen verurteilt worden ist, aber keinen Unterhalt zahlt. Der Beklagte ist dessen Sohn. Die Unterhaltsansprüche waren am 7.4.2000 in erster Instanz tituliert worden. Im Juni 2000 erbte der Schuldner von seiner Mutter zwei bebaute Grundstücke. Aufgrund Vertrages vom 29.12.2000 übertrug er beide Grundstücke gegen Mitübernahme einer persönlichen Haftung für die auf den Grundstücken grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen auf den Beklagten. Am 26.3.2001 bestätigte das Oberlandesgericht den Unterhaltsanspruch der Klägerin. Am 2.7.2001 ging die Klage im vorliegenden Prozess ein. Während des laufenden Prozesses, am 2.7.2002, übertrug der Beklagte die Grundstücke auf eine GmbH, deren Verbindung zum Schuldner streitig ist.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung zur Zahlung von Wertersatz in Höhe von 47.871,76 Euro nebst Zinsen verurteilt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen eines Anfechtungsanspruchs für gegeben erachtet. Die Gläubigerbenachteiligung folge daraus, dass der Wert der Grundstücke – wie der Beklagte zugestanden habe – 1,5 Mio. DM betragen habe; belastet gewesen seien die Grundstücke im Dezember 2000 nur mit insgesamt nominal 1.312.500 DM. Von diesen Zahlen sei angesichts des unzureichenden Vortrags des Beklagten auszugehen, der einer gerichtlichen Aufforderung, den Stand der Belastungen im Dezember 2000 darzulegen, nicht nachgekommen sei. Ein Anfechtungsrecht folge aus § 4 AnfG. Eine Gegenleistung habe der Beklagte nicht erbracht. Weder das Wohnrecht noch die Übernahme der persönlichen Haftung für die durch die Grundpfandrechte gesicherten Forderungen stellten eine Gegenleistung im Rechtssinne dar. Auf gegenteilige Vorstellungen des Beklagten oder des Schuldners komme es nicht an. Ein Anfechtungsrecht folge zudem auch aus § 3 Abs. 2 AnfG. Der Beklagte habe nicht ausreichend dazu vorgetragen, dass ihm die Benachteiligungsabsicht des Schuldners nicht bekannt gewesen sei.

II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen den Schluss auf das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung nicht zu. Das Berufungsgericht hat seinem Urteil den vom Beklagten zugestandenen „Wert“ der Grundstücke zugrunde gelegt, ohne zu prüfen, ob es sich um die Werte handelt, die im Rahmen einer Zwangsversteigerung erzielt werden könnten. Auf diese Werte kommt es an.

1. Nach § 1 Abs. 1 AnfG können solche Rechtshandlungen eines Schuldners angefochten werden, die dessen Gläubiger benachteiligen. Durch die Anfechtung soll die Zugriffslage wiederhergestellt werden, die ohne die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners für den Gläubiger bestanden hätte (BGHZ 104, 355, 357; 123, 183, 184 f.; 130, 314, 322; 159, 397, 400). Deshalb ist eine Rechtshandlung des Schuldners nur anfechtbar, wenn durch sie die Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers aus dem Schuldnervermögen beeinträchtigt wird, der Gläubiger also objektiv benachteiligt worden ist.

2. Wäre die angefochtene Übertragung der Grundstücke unterblieben, hätte die Klägerin deren Zwangsversteigerung betreiben können. Die hierbei erzielten Erlöse abzüglich der vorrangigen Belastungen und der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens hätten zur Befriedigung der Unterhaltsforderung der Klägerin zur Verfügung gestanden. Eine Gläubigerbenachteiligung kommt nicht in Betracht, wenn Grundstücke wertausschöpfend belastend sind und eine Zwangsversteigerung nicht zu einer – auch nur teilweisen – Befriedigung des Gläubigers geführt hätte (BGHZ 104, 355, 357; BGH, Urteil vom 17.12.1998, IX ZR 196/97, ZIP 1999, 196). Ob eine wertausschöpfende Belastung vorliegt, hängt vom Wert des Grundstücks sowie von der tatsächlichen Höhe derjenigen Forderungen ab, welche durch die eingetragenen Grundpfandrechte gesichert werden (BGH, Urteil vom 17.12.1998, a. a. O.; Urteil vom 24.9.1996, IX ZR 190/95, ZIP 1996, 1907, 1908). Anspruch auf den bei einer freihändigen Veräußerung zu erzielenden Verkehrswert hätte die Klägerin hingegen nicht gehabt. Die Frage der Benachteiligung kann folglich nicht danach beantwortet werden, welchen Verkehrswert die Grundstücke hatten. Maßgeblich muss vielmehr sein, ob bei einer Zwangsversteigerung der Grundstücke ein an den Gläubiger auszukehrender Erlös hätte erzielt werden können. Dazu fehlt es an ausreichenden Feststellungen.

III.

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende rechtliche Gesichtspunkte hin:

1. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen der Gläubigerbenachteiligung ist der Anfechtungskläger (BGH, Urteil vom 17.12.1998, IX ZR 196/97, ZIP 1999, 196). Da die Gläubigerbenachteiligung Voraussetzung jedes Anfechtungsanspruchs ist, gehört sie zu den klagebegründenden Umständen. Die Klägerin, die einen noch höheren Wert der Grundstücke behauptet hatte, hat Beweis durch den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens angetreten. Dieser Beweis wird – allerdings bezogen auf die im Rahmen einer Zwangsversteigerung erzielbaren Einzelwerte im jeweils maßgeblichen Zeitpunkt – zu erheben sein. Welchen Erlös ein Grundstück bei einer Zwangsversteigerung voraussichtlich erbringen wird oder erbracht hätte, kann in der Regel nur aufgrund besonderer Sachkunde beurteilt werden (BGH, Urteil vom 18.3.1993, IX ZR 198/92, ZIP 1993, 868). Die nach § 195 Abs. 1 Satz 2 BauGB zur Kaufpreissammlung mitgeteilten Zuschlagsbeschlüsse ergeben hierfür im Vergleichsverfahren eine Grundlage.

2. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Recht für verpflichtet gehalten, Einzelheiten zum Stand der Belastungen im Dezember 2000 vorzutragen.

a) Muss eine Partei Umstände darlegen und beweisen, die zu dem ihrem Einblick entzogenen Bereich des Prozessgegners gehören, ist zu prüfen, ob es dem Prozessgegner im Rahmen seiner Erklärungslast nach § 138 Abs. 2 ZPO zuzumuten ist, dieser Partei eine prozessordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die zu ihrem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen. Kennt der Prozessgegner alle wesentlichen Tatsachen und ist es ihm zumutbar, nähere Angaben zu machen, kann von ihm ein substantiiertes Bestreiten verlangt werden. Kommt er dieser sekundären Darlegungslast nicht nach, gilt der sonst als nicht hinreichend substantiiert anzusehende Vortrag des Prozessgegners als zugestanden (BGHZ 86, 23, 29; 140, 156, 158 f.; BGH, Urteil vom 19.4.1999, II ZR 331/97, NJW-RR 1999, 1152).

b) Für den Beklagten ist der Umfang der von ihm übernommenen grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten im Dezember 2000 ohne weiteres ersichtlich. Er hat sich auf eine wertausschöpfende Belastung der Grundstücke berufen. Ihm war und ist daher auch zuzumuten, detailliert zum Valutierungsstand im fraglichen Zeitpunkt vorzutragen (vgl. auch *Huber*, AnfG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 41). Die schlichte Behauptung einer wertausschöpfenden Belastung reicht nicht aus.

3. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen ist nicht klar, ob die Übertragung der Grundstücke auf den Beklagten im Sinne von § 4 AnfG unentgeltlich erfolgte. In der Regel wird die Übernahme der persönlichen Haftung für die Forderungen, die durch auf dem Grundstück lastende Grundpfandrechte gesichert sind, eine Gegenleistung darstellen; denn der Übernehmer haftet dann nicht nur mit dem übernommenen Grundstück, sondern auch mit seinem übrigen Vermögen für die gesicherten Verbindlichkeiten. Anderes mag gelten, wenn der Übernehmer über kein nennenswertes sonstiges Vermögen verfügt, die Übernahme also praktisch wertlos ist. Wie es sich im vorliegenden Fall verhält, ist weder von den Parteien dargelegt noch vom Berufungsgericht festgestellt worden.

4. Entgegen der Ansicht der Revision hat die Klägerin jedoch ausreichend zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 2 AnfG vorgetragen.

a) Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand folgt im Falle einer Gläubigerbenachteiligung ein Anfechtungsgrund der Klägerin jedenfalls aus § 3 Abs. 2 AnfG. Der Wortlaut dieser Vorschrift verlangt (nur) einen entgeltlichen Vertrag, den der Schuldner mit einer ihm nahestehenden Person geschlossen hat (§ 3 Abs. 2 Satz 1 AnfG). Mehr als diese Tatbestandsmerkmale braucht der Anfechtungskläger nicht vorzutragen. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners werden gesetzlich vermutet. Das hat der Senat für die insoweit gleichlautende Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO bereits entschieden (BGH, Urteil vom 6.4.1995, IX ZR 61/94, ZIP 1995, 1021). Die Vorschriften des § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO einerseits, des § 3 Abs. 2 AnfG und des § 133 Abs. 2 InsO andererseits sind nicht wortgleich. Sie stimmen jedoch insoweit überein, als Anfechtungsvoraussetzung nur eine „entgeltliche Leistung“ an bzw. ein „entgeltlicher Vertrag“ mit einer nahestehende(n) Person sowie eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung sind. Dem Anfechtungsgegner wird jeweils auferlegt, die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs. 2 Satz 2 AnfG darzulegen und zu beweisen. Er muss insbesondere beweisen, dass ihm zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war. Dieser Beweis kann auch in der Form geführt werden, dass schon ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht vorlag.

b) Die Behauptung des Beklagten, der Schuldner habe mit der Übertragung Wünschen der Erblasserin nachkommen wollen, ist unerheblich. Die Gläubigerbenachteiligung muss nicht das Ziel des Schuldnerhandelns sein. Der Tatbestand des § 3 Abs. 2 AnfG ist auch erfüllt, wenn bei einem auf einen anderen Zweck gerichteten Handeln der Schuldner die Benachteiligung als mögliche Folge seines Handelns erkennt und billigend in Kauf nimmt (vgl. BGHZ 130, 314, 319).

5. Nachdem der Beklagte die Grundstücke auf die GmbH übertragen hat, kann die Klägerin – falls sich die übrigen Voraussetzungen eines Anfechtungsanspruchs feststellen lassen – gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 AnfG, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, §§ 989, 990 BGB Schadensersatz in Höhe des im Rahmen einer Zwangsversteigerung erzielbaren Wertes der Grundstücke im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in

der Tatsacheninstanz verlangen. Auch dieser Wert wird sich voraussichtlich nur mit sachverständiger Hilfe ermitteln lassen.

6. Der Wortlaut des Übertragungsvertrages vom 29.12.2000 ist bisher nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden. Eine Ablichtung des Vertrages befindet sich bei den Prozesskostenhilfeunterlagen des Beklagten, darf so aber nicht verwertet werden. Welche Gegenleistungen und welche Belastungen der Beklagte übernommen hat, dürfte sich mit letzter Sicherheit nur aus dem Vertrag selbst ergeben.

---

3. BGB § 1023 Abs. 1 *(Verlegung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit)*

Die Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit kann nicht durch bloße tatsächliche Ausübung verlegt werden, wenn die vorherige Ausübungsstelle durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Beteiligten als Inhalt der Dienstbarkeit festgelegt und diese Inhaltsbestimmung in das Grundbuch eingetragen worden war; in diesem Fall erfordert die Verlegung eine Änderung des Rechtsinhalts durch Vereinbarung und die Eintragung in das Grundbuch.

BGH, Urteil vom 7.10.2005, V ZR 140/04

Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, welche landwirtschaftlich genutzt werden. Ursprünglicher Eigentümer der Flächen war B. S., von dem die Mutter der Klägerin mit notariell beurkundetem Vertrag vom 9.12.1982 das Flurstück Nr. 236 kaufte.

In § 6 heißt es: „Der Verkäufer ist außerdem Eigentümer der Grundstücke Gemarkung H, Flurstück 248 und 249. Auf diesen Grundstücken befindet sich ein Weg. Der Verkäufer als Eigentümer der Grundstücke Gemarkung H, Flurstücke 248 und 249 räumt dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Gemarkung H, Flurstück 236 ein Wegerecht für alle Verkaufsfälle ein und bewilligt und beantragt die Eintragung des Wegerechts im Grundbuch. Die Käuferin verpflichtet sich, in die Löschung dieses Wegerechts einzuwilligen, sobald eine öffentliche, mindestens 3,50 m breite Zuwegung zu ihrem Grundstück besteht. Diese Verpflichtung gilt auch für die Rechtsnachfolgerin der Käuferin hinsichtlich des erworbenen Grundstücks."

Das Wegerecht wurde in das Grundbuch „unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom 9.12.1982" eingetragen. Die tatsächliche Ausübungsstelle der Dienstbarkeit war der in dem Kaufvertrag genannte Weg. Dieser wurde später mit PKW-Stellplätzen und einem Gebäude zur Lagerung von Heu und Stroh verbaut. Jetzt verläuft der Weg über einen anderen Teil der belasteten Flurstücke. Jetzige Eigentümerin des Flurstücks 236 ist die Klägerin, Eigentümer der früheren Flurstücke 248 und 249 sind nunmehr die Beklagten. Sie errichteten im Frühjahr oder Sommer 2002 in der Nähe des jetzt von der Klägerin genutzten Weges ein Gebäude als Heu- und Strohlager. Die Klägerin versuchte das durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung zu verhindern. Der Rechtsstreit endete mit einem Vergleich, in welchem es u. a. heißt: „Die Parteien sind sich darüber einig, dass im Rahmen dieses Rechtsstreits hinsichtlich des Verlaufs und des Umfangs des Wegerechts keine verbindlichen Aussagen getroffen worden sind." Im Dezember 2002 errichtete B. S. auf seinem Grundstück in der Nähe des Heu- und Strohlagers aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs mit den Beklagten einen Zaun, welcher die Durchfahrtsmöglichkeit der Klägerin an dieser Stelle weiter einengt. Die Beklagten beabsichtigen den Bau einer Fahrzeughalle, die ebenfalls in der Nähe des von der Klägerin genutzten Weges stehen soll. Mit der Behauptung, der Weg sei an seiner engsten Stelle – im Bereich des Heu- und Strohlagers – 3,53 m breit, so dass es nicht möglich sei, ihn mit einem Mähdrescher zu befahren, hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Beseitigung der Baulichkeiten und zum Verbot der Errichtung neuer Gebäude insoweit, als sie das Wegerecht in der Weise beeinträchtigen, dass ein Befahren des Weges mit landwirtschaftlichem Gerät mit einer Breite von 4 m verhindert wird, beantragt, ferner die Feststellung, dass die Beklagten zum Schadensersatz verpflichtet sind. Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, der Klägerin die Nutzung ihres Wegerechts in einer Breite von mindestens 4 m zu ermöglichen; auch hat es die Schadensersatzpflicht der Beklagten für die Beeinträchtigung des Wegerechts festgestellt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin nach § 1027 BGB i. V. m. § 1004 BGB, weil das am 9.12.1982 bestellte Wegerecht in wesentlichen Teilen andere Flächen betreffe als die, um deren Benutzung in diesem Rechtsstreit gestritten werde. Aus demselben Grund scheide ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

II.

1. Nicht zu beanstanden ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts.

Es nimmt zutreffend an, dass Streitgegenstand die Beeinträchtigung des Wegerechts dort ist, wo derzeit der von der Klägerin benutzte Weg über die Flurstücke der Beklagten verläuft. Das ergibt sich aus dem Vortrag der Parteien und aus den – mehrfach modifizierten – erstinstanzlichen Klageanträgen.

2. Fehlerhaft zieht das Berufungsgericht daraus jedoch den Schluss, dass der Klägerin keine Ansprüche wegen der Beeinträchtigung ihres Wegerechts zustünden, weil sich das in dem Kaufvertrag vom 9.12.1982 bestellte Wegerecht nicht auf die jetzige Ausübungsstelle erstrecke. Das verkennt, dass die ursprüngliche Ausübungsstelle während des Bestehens des Wegerechts verlegt werden kann.

a) Nach der Eintragungsbewilligung erstreckt sich das Wegerecht auf die gesamte Fläche der Flurstücke 248 und 249. Die Ausübung des Rechts war allerdings von Anfang an auf die realen Teile der Flurstücke beschränkt, auf denen der damals bereits vorhandene Weg verlief. Ob diese Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich oder durch tatsächliche Ausübung bestimmt wurde, ist unerheblich. Beides ist zulässig (Senat, BGHZ 90, 181). Hier kommt allerdings für den Zeitpunkt der Entstehung des Wegerechts nur letzteres in Betracht, weil in der Eintragungsbewilligung keine Ausübungsstelle bezeichnet ist. Ob danach durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten der Inhalt der Dienstbarkeit dahingehend geändert wurde, dass die Ausübungsstelle bestimmt und diese Inhaltsänderung in das Grundbuch eingetragen wurde (vgl. Senat, Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/73, DNotZ 1976, 530), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

b) Später wurde die Ausübungsstelle verlegt. Sie befindet sich heute am westlichen Rand der Flurstücke der Beklagten. Bedenken gegen die Zulässigkeit einer solchen Verlegung bestehen nicht. Sie ist nach § 1023 Abs. 1 BGB auf Verlangen des Eigentümers des dienenden Grundstücks vorzunehmen, wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für ihn besonders beschwerlich und die neue Ausübungsstelle für den Berechtigten ebenso geeignet ist. Ohne diese Voraussetzungen ist eine Verlegung auch möglich, wenn sich der Berechtigte und der Verpflichtete über die neue Ausübungsstelle einigen (*Staudinger/Mayer*, BGB, 2002, § 1023 Rdnr. 22).

c) Wie es zu der Verlegung der Ausübungsstelle kam, hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht festgestellt; auch fehlen

Feststellungen zu einer eventuellen Eintragung der Verlegung in das Grundbuch. Beides muss das Berufungsgericht nachholen; denn für die Wirksamkeit der Verlegung und damit für einen eventuellen Erfolg der Klage kommt es zunächst darauf an, ob es sich bei der Verlegung um eine bloße Ausübungsregelung oder um eine inhaltliche Änderung des Wegerechts (vgl. § 1023 Abs. 1 Satz 2 BGB) handelt. Im ersten Fall bedurfte es keiner Eintragung in das Grundbuch, falls die ursprüngliche Ausübungsstelle lediglich durch die tatsächliche Ausübung bestimmt worden war. War sie jedoch durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung als Inhalt der Dienstbarkeit festgelegt worden und wurde diese Inhaltsbestimmung in das Grundbuch eingetragen, konnte die Ausübungsstelle später nicht durch eine bloße Ausübungsregelung verlegt werden. Denn die Verlegung erforderte eine Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit, die nach § 877 BGB i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB der Einigung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten sowie der Einigung in das Grundbuch bedurfte (Senat, Urteil vom 21.11.1975, V ZR 237/73, DNotZ 1976, 530; vgl. auch Senat, BGHZ 90, 181 und Beschluss vom 6.3.1981, V ZB 2/81, DNotZ 1982, 228).

3. Wenn das Berufungsgericht feststellt, dass die Ausübungsbeschränkung auf die Teile der Flurstücke der Beklagten, über die der jetzt von der Klägerin genutzte Weg führt, rechtsgeschäftlich vereinbart und nunmehr Inhalt der Grundstücksbelastung werden sollte, ohne dass eine Eintragung in das Grundbuch erfolgt ist, ist die Verlegung der Ausübungsstelle gescheitert. Dann erstreckt sich das Recht der Klägerin auf den ursprünglichen Weg. Allerdings haben beide Parteien einen Anspruch auf Vollzug der Vereinbarung durch Eintragung in das Grundbuch. Die gescheiterte inhaltliche Änderung des Wegerechts kann allerdings als bloße Verlegung der Ausübungsstelle ohne Inhaltsänderung angesehen werden, falls die ursprüngliche Ausübungsstelle nicht als Inhalt der Dienstbarkeit rechtsgeschäftlich vereinbart war. Dann kommt in Betracht, dass der jetzige Verlauf des Weges der einzig mögliche ist (vgl. § 1023 Abs. 1 BGB) oder dass er mit den Beklagten so festgelegt worden ist.

4. Stellt das Berufungsgericht fest, dass die für eine Inhaltsänderung der Dienstbarkeit erforderliche Eintragung in das Grundbuch vorgenommen wurde oder dass die Parteien – wirksam – nur die tatsächliche Ausübung des Wegerechts ohne Inhaltsänderung geregelt haben, können der Klägerin nach §§ 823, 1004 i. V. m. 1027 BGB die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche zustehen. Voraussetzung dafür ist, dass die Klägerin in der von den Beklagten zu duldenden Benutzung des Weges behindert wird. Ob das der Fall ist, richtet sich nicht nach der bei der Bestellung des Wegerechts bestehenden Nutzung; es kommt vielmehr auf den allgemeinen, der Verkehrsauffassung entsprechenden und äußerlich für jedermann ersichtlichen Charakter des betroffenen Grundstücks an sowie auf das Bedürfnis, von dem Wegerecht in diesem Rahmen Gebrauch zu machen (Senat, Urteil vom 11.4.2003, V ZR 323/02, DNotZ 2003, 704 m. w. N.). Dementsprechend kann der Umfang einer Dienstbarkeit mit dem Bedürfnis des herrschenden Grundstücks wachsen, wenn sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung dieses Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht vorhersehbare oder auf eine willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist (Senat a. a. O.). Unter diesen Gesichtspunkten kann die Klägerin gegen die Beklagten nach §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB einen Anspruch auf die unbeeinträchtigte Ausübung ihres Wegerechts in einer Breite von 4 m haben.

---

4. BGB § 890 Abs. 1; ZVG § 27 Abs. 1 *(Zwangsvollstreckung bei Vereinigung des belasteten Grundstücks mit einem anderen Grundstück)*

a) Verliert ein belastetes Grundstück durch Vereinigung mit einem anderen Grundstück die Selbständigkeit, so ruhen die Belastungen auf dem Teil des neuen Grundstücks, der vor der Vereinigung Belastungsgegenstand war.

b) In einem solchen Fall ist der Gläubiger des Rechts, das auf dem früheren selbständigen Grundstück gelastet hat, nicht gehindert, einem Zwangsversteigerungsverfahren beizutreten, das das vereinigte neue Grundstück betrifft. Dabei ist es unerheblich, ob das frühere Grundstück, weil katastermäßig nicht verschmolzen, als Flurstück fortbesteht oder ob es auch als Flurstück nicht mehr existiert, da auch im letzteren Fall anhand der Genese der Flächenabschnitt ermittelt werden kann, auf den sich die Belastung mit welcher Rangfolge erstreckt.

BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Aus den Gründen:

I.

Mit Beschluss vom 21.5.2002 ordnete das Amtsgericht Chemnitz auf Antrag der Gläubigerin wegen einer in Abt. III, lfd. Nr. 5, eingetragenen Zwangshypothek über 75.000 € die Zwangsversteigerung des im Tenor näher bezeichneten Grundstücks des Schuldners an. Das Grundstück ist 1997 durch eine Vereinigung dreier Flurstücke entstanden, darunter das Flurstück 245/4, welches zugunsten der Gläubigerin mit einer Grundschuld in Höhe von 250.000 DM belastet war. Die Flurstücke wurden nachfolgend zu dem neuen Flurstück 245/11 verschmolzen. In Abt. III des Grundbuchs sind folgende Belastungen des neuen Grundstücks eingetragen:

Nr. 1 Grundschuld i. H. v. 250.000 DM „lastend am ehemaligen Flurstück 245/4“;

Nr. 2 Grundschuld i. H. v. 150.000 DM „lastend am ehemaligen Flurstück 245/4“;

Nr. 3 Zwangssicherungshypothek i. H. v. 7.717,09 €;

Nr. 4 Zwangssicherungshypothek i. H. v. 4.416,69 €;

Nr. 5 Zwangssicherungshypothek i. H. v. 75.000 €;

Nr. 6 Zwangssicherungshypothek i. H. v. 16.428,70 €.

Am 26.11.2002 hat die Gläubigerin wegen der zu ihren Gunsten als laufende Nr. 1 eingetragenen Grundschuld den Beitritt zu dem anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren beantragt. Das Amtsgericht hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, die Zwangsversteigerung des Fl. Nr. 245/4 sei nach dessen Verschmelzung in das Fl. Nr. 245/11 nicht mehr möglich.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt die Gläubigerin weiterhin den Beitritt zu dem anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren. (…)

III.

Die gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthafte und zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet.

(…)

2. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts halten aber auch in der Sache rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Entgegen seiner Auffassung liegen die nach § 27 Abs. 1 ZVG erforderlichen Voraussetzungen für einen Beitritt der Gläubigerin zu dem anhängigen Verfahren über die Zwangs-

versteigerung des als Flurstück 245/11 eingetragenen Grundstücks vor. Der Beitrittsantrag der Gläubigerin betrifft denselben Vollstreckungsgegenstand und die gleiche Verfahrensart. Darüber hinaus erfüllt er die allgemeinen Voraussetzungen für eine Zwangsvollstreckung in das genannte Grundstück, insbesondere ist der dem Beitrittsantrag zugrundeliegende Vollstreckungstitel hinreichend bestimmt.

aa) Ein Beitritt ist zuzulassen, wenn er sich auf den von der Vollstreckung bereits erfassten Gegenstand bezieht, also dasselbe Grundstück oder denselben Grundstücksbruchteil betrifft wie der Anordnungsbeschluss (vgl. *Stöber*, ZVG, 17. Aufl., § 27 Rdnr. 4.8). Dabei müssen die Gegenstände nicht identisch sein, es genügt, dass sich der Beitritt auf einen von dem Hauptgegenstand umfassten Teil bezieht (vgl. *Steiner/Teufel*, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 5 f.).

Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Die Gläubigerin vollstreckt aus einer am ehemaligen Flurstück 245/4 lastenden Grundschuld. Das Grundstück ist durch eine Vereinigung mehrerer Flurstücke gemäß § 890 Abs. 1 BGB in dem im Anordnungsbeschluss genannten Grundstück aufgegangen. Es hat dadurch seine Selbständigkeit verloren und ist Bestandteil des neuen einheitlichen Grundstücks geworden (vgl. *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 890 Rdnr. 3; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 608). Die auf ihm lastenden Grundpfandrechte sind in dem bisherigen Umfang bestehen geblieben und ruhen auf dem Teil des neuen Grundstücks, der bereits vor der Vereinigung Belastungsgegenstand war (vgl. *Soergel/Stürner*, a. a. O.; OLG Hamm, Rpfleger 1998, 154).

bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Antrag auch nicht deshalb zurückzuweisen, weil sich der Grundstücksteil, auf dem das Grundpfandrecht der Gläubigerin lastet, nicht mehr aus dem Grundbuch feststellen ließe und es dem Vollstreckungstitel deshalb an der erforderlichen Bestimmtheit fehlte.

Richtig ist zwar, dass die Zwangsvollstreckung in einen Grundstücksteil im Allgemeinen voraussetzt, dass dieser katastermäßig ein Flurstück darstellt (*Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 81). Ihren Grund hat dieses Erfordernis in dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchsrechts (vgl. Senat, Urteil vom 2.5.1975, V ZR 131/73, NJW 1975, 1314; Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02, WM 2004, 230, 231). Er gewährleistet im Zwangsversteigerungsverfahren, dass der Umfang der Gläubigerrechte, die Rechtsstellung des Erstehers sowie die Änderungen, die an den dinglichen Rechten der Beteiligten eintreten, zweifelsfrei feststellbar sind. Demgemäß muss bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücksteils feststehen, auf welche Bodenfläche sich die Rechte des betreibenden Gläubigers beziehen.

Keine Schwierigkeiten treten in dieser Hinsicht auf, wenn der im Vollstreckungstitel als belastet bezeichnete Grundstücksteil seine rechtliche Selbständigkeit infolge einer Vereinigung gemäß § 890 BGB zwar verloren hat, er jedoch – weil eine katastermäßige Verschmelzung mit den anderen Flurstücken, aus denen sich das vereinigte Grundstück zusammensetzt, nicht stattgefunden hat – weiterhin als Flurstück besteht (vgl. KG, NJW-RR 1989, 1360). Da im Bestandsverzeichnis des neuen Grundstücks auf die früheren, nunmehr geröteten Eintragungen verwiesen wird, lässt sich durch Vergleich der Flurstücksnummern weiterhin aus dem Grundbuch feststellen, auf welcher Bodenfläche das Grundpfandrecht lastet (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 608; *Wendt*, Rpfleger 1983, 192).

Nichts anderes gilt, wenn der Grundstücksteil, in den vollstreckt werden soll, nach einer Verschmelzung zwar nicht mehr als Flurstück existiert, seine Benennung und Feststellung aber anhand der alten Grundbuchbezeichnung, mit der zugleich auf die katastermäßige Vermessung des alten Flurstücks Bezug genommen wird, noch möglich ist. Ist die Einzelbelastung des Grundstücksteils weiterhin aus dem Grundbuch ersichtlich und lässt sich daraus auch die Rangfolge der Belastungen entnehmen, ist der Flächenabschnitt, auf den sich das Recht des betreibenden Gläubigers bezieht, katastermäßig und damit in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise feststellbar (so zutreffend *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 284 f.). So verhält es sich auch hier. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ergibt sich aus dem Bestandsverzeichnis des neu gebildeten Grundstücks, dass es durch Verschmelzung der Flurstücke 245/4, 245/7 und 245/8 entstanden ist. Weiterhin ist ersichtlich, dass die Grundschuld der Gläubigerin auf dem Teil des einheitlichen Grundstücks (245/11) lastet, welcher dem früheren Flurstück 245/4 entspricht, und dass dieses Recht allen anderen am Grundstück bestehenden Grundpfandrechten im Rang vorgeht.

b) Die von dem Amtsgericht in seinem Beschluss vom 5.7.2004 dargestellten Erschwernisse bei der Durchführung der Zwangsversteigerung stehen einem Beitritt der Gläubigerin ebenfalls nicht entgegen.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Schwierigkeiten eine Verwirrung im Sinne des § 5 GBO begründen und das Grundbuchamt deshalb möglicherweise bereits die Vereinigung der Grundstücke (so *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 283), jedenfalls aber die Eintragung der Verschmelzung (so BayObLG, NJW-RR 1994, 404; KG, NJW-RR 1989, 1360; OLG Hamm, Rpfleger 1998, 154; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 608) hätte ablehnen müssen. Ein etwaiger Verstoß gegen die Ordnungsvorschrift des § 5 GBO hat keine materiellrechtlichen Auswirkungen, führt also nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung (vgl. *Soergel/Stürner*, BGB, § 890 Rdnr. 9 a; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 24). Er berechtigt das Vollstreckungsgericht deshalb auch nicht, einem beteiligten Grundpfandgläubiger den Beitritt zu dem anhängigen Verfahren über das vereinigte Grundstück zu verwehren und ihn dadurch an der Verwertung seines Grundpfandrechts zu hindern. Sind Verwicklungen bei der Zwangsversteigerung eingetreten, die die Vorschrift des § 5 GBO zu vermeiden sucht (dazu *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 13 m. w. N.), muss das Vollstreckungsgericht sie, soweit dies unter Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes möglich ist, im Einzelfall durch eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes auflösen. Das ist vorliegend in der Weise möglich, dass die unterschiedlich belasteten Grundstückteile im Zwangsversteigerungsverfahren wie selbständige Grundstücke im Rechtssinne behandelt werden und die Vorschriften über mehrere in demselben Verfahren zu versteigernde Grundstücke (z. B. §§ 63, 64, 112 ZVG) sinngemäße Anwendung finden (vgl. generell zu dieser Möglichkeit bei nur vereinigten Grundstücken: OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 608; *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196 einerseits und *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 283 andererseits). Sollten die Grundstücksteile verschiedenen Erstehern zugeschlagen werden, wird das Grundstück mit der Rechtskraft des Zuschlags durch Hoheitsakt geteilt und das Flurstück 245/4 abgetrennt (vgl. *Stöber*, ZVG, 17. Aufl., Einl. 11.7 für vereinigte Grundstücke). Es wäre dann von Amts wegen katastermäßig zu zerlegen (vgl. *Bengel/Simmerding*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 76 u. 78) und anschließend wieder als selbständiges Grundstück in das Grundbuch einzutragen (vgl. *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 81).

IV.

Der angefochtene Beschluss kann somit keinen Bestand haben. Da die Sache entscheidungsreif ist, hat der Senat über den Antrag der Gläubigerin selbst entschieden und ihren Beitritt zugelassen (§ 577 Abs. 5 ZPO).

Anmerkung:

Der Entscheidung des BGH ist im Ergebnis beizupflichten. Sie bildet jedoch Anlass die versteigerungsrechtlichen Folgen näher zu erläutern und insbesondere die oftmals großzügige Handhabung des § 5 Abs. 1 Satz 1 und des § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO kritisch zu beleuchten.

1. Sachverhalt

Ausgangspunkt war die Vereinigung dreier Flurstücke, die nachfolgend zu einem Grundstück verschmolzen wurden. Die Vereinigung ist dabei im Grundbuch vollzogen worden, obwohl eines der ehemaligen Flurstücke, nämlich Nr. 245/4, mit zwei Grundschulden belastet ist, ohne dass diese Rechte auf das gesamte neu gebildete Grundstück Flurstück 245/11 erstreckt wurden. Demzufolge bestehen sie weiterhin nur am bisherigen Belastungsgegenstand fort. Am neu entstandenen Grundstück sind anschließend vier Zwangssicherungshypotheken zur Eintragung gelangt, wobei der Gläubiger der an vorletzter Rangstelle unter lfd. Nr. 5 in Abteilung III eingetragenen Sicherungshypothek die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks aus seinem dinglichen Recht erwirkte. Diesem Verfahren ist dann der Grundschuldgläubiger beigetreten, dessen Recht unter lfd. Nr. 1 lediglich an der Teilfläche des vormaligen Flurstücks 245/4 an erster Rangstelle in Abteilung III eingetragen ist, wobei sich der Beitritt gemäß dem Haftungsgegenstand nur auf die belastete Teilfläche beschränkte.

2. Hinreichend bestimmte Bezeichnung des Vollstreckungsgegenstands

Der BGH hat – in Abweichung von den Ansichten der Vorinstanzen – zu Recht festgestellt, dass eine hinreichende, dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot entsprechende Bezeichnung des Vollstreckungsgegenstands selbst dann noch gegeben ist, wenn infolge Verschmelzung das alte Flurstück, das den belasteten Grundstücksteil bezeichnete, nicht mehr existiert. Auch nach Änderung der katastermäßigen Bezeichnung ist der in der vollstreckbaren Grundschuldbestellungsurkunde als Belastungsgegenstand benannte Grundstückteil als Gegenstand der Immobiliarvollstreckung noch feststellbar und grundbuchersichtlich. Die Vorträge im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblattes zeigen eindeutig und zweifelsfrei auf, welche Flurstücke das vereinigte Grundstück bilden und welche neue Bezeichnung es erhalten hat.[1] Damit ist durch das Grundbuch auch (weiterhin) einwandfrei ausgewiesen, auf welchem realen Teil des neu gebildeten Grundstücks die vor Vereinigung und Verschmelzung eingetragenen Grundschulden lasten.[2] Selbst wenn das Grundbuchblatt später umgeschrieben (§ 28 GBV) oder das Bestandsverzeichnis neu gefasst wird (§ 33 GBV), ist die nach Vereinigung und Verschmelzung gerötete vormalige Bestandseintragung auch auf das neue Grundbuchblatt zu übernehmen, wenn wie vorliegend, eines der vereinigten Einzelgrundstücke gesondert belastet ist (§ 30 Abs. 1 c und § 33 Abs. 2 c GBV).[3]

Dem Beitritt des Grundschuldgläubigers, der sich zulässigerweise auf einen Teil des bereits angeordneten Verfahrens beschränkt, stand daher nichts im Wege. Dass hieraus resultierende Schwierigkeiten durch die konsequente Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO seitens des Grundbuchamts hätten vermieden werden können, ist für die weitere Abwicklung des Versteigerungsverfahrens ohne Belang, weil die Verletzung der grundbuchrechtlichen Ordnungsvorschrift keinerlei Auswirkungen auf die entstandene Rechtlage hat.

3. Vollstreckungsrechtliche Konsequenzen unterschiedlich belasteter Grundstücksteile

In konsequenter Folge kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass zur Lösung der Probleme die unterschiedlich belasteten Grundstücksteile wie selbständige Grundstücke im Rechtssinn zu behandeln und insbesondere die Vorschriften des ZVG über mehrere in demselben Verfahren zu versteigernde Grundstücke sinngemäß anzuwenden sind. Dies bedeutet u. a., dass die Teilfläche des früheren Flurstücks 245/4 und die restliche Teilfläche des neu gebildeten Flurstücks 245/11 nach § 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG *einzeln auszubieten* sind. Demzufolge müssen bereits im Hinblick auf die Zuschlagsversagungsmöglichkeiten nach § 85 a und § 74 a ZVG für diese Teilflächen getrennte Verkehrswerte gemäß § 74 a Abs. 5 ZVG festgestellt werden. Ein *Gesamtausgebot* des neuen Grundstücks Fl. Nr. 245/11 kann von Amts wegen nur stattfinden, wenn die einzeln auszubietenden Grundstücksflächen mit einem *einheitlichen Bauwerk* überbaut sind (§ 63 Abs. 1 Satz 2 ZVG). Ansonsten setzt ein Gesamtausgebot den Antrag eines Verfahrensbeteiligten nach § 9 ZVG voraus, der spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten zu stellen ist (§ 63 Abs. 2 Satz 1 ZVG). Die vorerwähnten Einzelausgebote, die die Regel darstellen, können unterbleiben, wenn sämtliche im Versteigerungstermin anwesenden Beteiligten, deren Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht zu berücksichtigen sind, hierauf bis spätestens vor der Aufforderung zur Gebotsabgabe verzichten (§ 63 Abs. 4 ZVG). Stimmt nur einer der Beteiligten, zu denen auch der Vollstreckungsschuldner zu zählen ist, nicht zu, dann müssen die Einzelausgebote in jedem Fall stattfinden.[4]

a. Rechte im geringsten Gebot

In das geringste Gebot für das frühere Flurstück 245/4 sind keine Grundpfandrechte aufzunehmen, da bestrangig Betreibender nach § 44 ZVG der Gläubiger der erstrangigen Grundschuld ist und nur die diesem Gläubiger im Range *vorgehenden* Rechte und Ansprüche zu berücksichtigen sind. Für die restliche Teilfläche von Flurstück 245/11 ist dagegen der maßgeblich betreibende Gläubiger der Berechtigte der an vorletzter Rangstelle eingetragenen Zwangshypothek Nr. 5. In das geringste Gebot sind daher insoweit die laufenden wiederkehrenden Leistungen[5] aus den beiden vorgehenden Zwangshypotheken Nr. 3 und 4 von Amts wegen und etwaige weitere Zinsrückstände der Rangklasse § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG auf Anmeldung hin in den bar zu zahlenden Teil aufzunehmen (§ 45 Abs. 2 ZVG). Die Zwangshypotheken Nr. 3 und 4 selbst sind

---

1 Zur ordnungsgemäßen Buchung im Einzelnen siehe §§ 6, 13 Abs. 1 GBV.

2 *Stöber* hat dies in seinem Aufsatz mit dem treffenden Titel „Was verwirrt bei Vereinigung?“, MittBayNot 2001, 281, 284 f., umfassend und zutreffend ausgeführt. Der BGH ist seiner Argumentation mit der vorliegenden Entscheidung gefolgt.

3 Vgl. *Meikel/Ebeling*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 30 GBV Rdnr. 6.

4 OLG Saarbrücken, Rpfleger 1992, 123 mit Anm. *Hintzen.*

5 Zur Abgrenzung siehe § 13 ZVG.

nach § 52 Abs. 1 Satz 1 ZVG als bestehen bleibende Rechte zu berücksichtigen.

Im Falle eines *Gesamtausgebots* des neu gebildeten Flurstücks 245/11 führt die Aufstellung des geringsten Gebots dazu, dass die Zwangshypotheken Nr. 3 und 4 nur an der Restfläche des Grundstücks fortbestehen, die unter Ausschluss der Teilfläche des früheren Grundstücks Fl. Nr. 245/4 verbleibt, so dass sich im Falle eines abgegebenen Meistgebots und einer Zuschlagserteilung auf dieses Ausgebot wiederum eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Belastung einer realen Teilfläche mit Grundpfandrechten ergibt.

Haben *Einzelausgebote* stattgefunden und ist der Zuschlag auf diese zu erteilen, weil das Meistgebot für das Gesamtausgebot nicht höher ist als die Summe der Einzelausgebote (§ 63 Abs. 3 Satz 2 ZVG), so bewirkt dieser Hoheitsakt wie der BGH richtig ausführt, die Teilung des Grundstücks Fl. Nr. 245/11 und die Schaffung selbständiger Grundstücke im Rechtssinn, ungeachtet der Tatsache, dass infolge der Verschmelzung eine katastermäßige Bezeichnung der Teilflächen nicht gegeben ist und zwangsläufig wieder zu erfolgen hat. Das Ergebnis ist auch dann kein anderes, wenn der Ersteher bei beiden Einzelausgeboten derselbe ist, weil es sich bei der Zuschlagserteilung um zwei getrennte Hoheitsakte handelt. Dem neuen Eigentümer der ersteigerten Objekte bleibt es unbenommen nachträglich eine Erklärung nach § 890 BGB abzugeben, gezwungen werden kann er dazu jedoch grundsätzlich nicht.

b. Erlösverteilung

Kommt es zur erfolgreichen Versteigerung der beiden Grundstücksteile *durch Einzelausgebote,* so ist der Erlös für die Restfläche von Fl. Nr. 245/11, nach Abzug der anteiligen Verfahrenskosten gemäß § 109 Abs. 1 ZVG, zunächst auf die Zinsen der bestehen gebliebenen Zwangshypotheken Nr. 3 und 4 sowie dann auf die Ansprüche der erloschenen Zwangshypothek Nr. 5 unter Beachtung der Befriedigungsreihenfolge des § 12 ZVG (erst Kosten, dann Zinsen und zuletzt die Hauptsache) zu verteilen. Wird darüber hinaus für die Teilfläche des früheren Flurstücks 245/4 ein Erlös erzielt, der neben den nach § 91 Abs. 1 ZVG erloschenen beiden vorrangigen Grundschulden (vgl. § 11 Abs. 1 ZVG, § 879 BGB) auch eine (teilweise) Befriedigung der nachfolgenden Ansprüche aus den Zwangshypotheken ermöglicht, so bedarf es dabei hinsichtlich der jeweils nach § 12 Nr. 2 ZVG vor den Hauptansprüchen zu befriedigenden Zinsen einer entsprechenden Aufteilung. Vorbehaltlich einer Erklärung des jeweiligen Gläubigers nach § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB, ist bei jedem der beiden vormaligen Grundstücksteile und nunmehr selbständigen Grundstücken gemäß § 122 Abs. 1 Satz 1 ZVG nur ein nach dem Verhältnis der Erlöse zu verteilender Zinsbetrag in den Teilungsplan aufzunehmen. Der Erlös bestimmt sich insoweit unter Abzug der dem Anspruch des Zinsgläubigers vorgehenden Ansprüche (§ 122 Abs. 1 Satz 2 ZVG).

Kann weiter aus dem Versteigerungserlös für das vormalige Grundstück Fl. Nr. 245/4 eine Zuteilung auf die Hauptsache einer der diesbezüglich erloschenen Zwangshypotheken Nr. 3 und 4 erfolgen, so führt dies gemäß § 1181 Abs. 2 BGB kraft Gesetzes zum Erlöschen des an dem restlichen Grundstück von Fl. Nr. 245/11 als bestehen bleibend berücksichtigten Rechte. Wenn und soweit dies eintritt, muss zur Vermeidung einer Bereicherung des Erstehers nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 125 ZVG von Amts wegen eine bedingte Forderungsübertragung erfolgen und zu deren Absicherung im Rahmen des vom Versteigerungsgericht an das Grundbuchamt einzureichenden Eintragungsersuchen nach § 130 ZVG die Eintragung entsprechender bedingter Sicherungshypotheken nach § 128 ZVG im Range des Anspruchs veranlasst werden.

Wird der Zuschlag auf ein Meistgebot der im *Gesamtausgebot* versteigerten Grundstücksteile erteilt, so muss, da diese unterschiedlich belastet sind, eine Verteilung des Erlöses nach § 112 ZVG erfolgen. Nach Abzug der Verfahrenskosten gemäß § 109 Abs. 1 ZVG ist der verbleibende Überschuss in Einzelerlösmassen aufzuteilen, wobei die Verteilung im Verhältnis des Wertes der Grundstücksteile unter Einbeziehung der bestehen bleibenden Rechte vorzunehmen ist. Soweit die ermittelte Erlösmasse für die Teilfläche des vormaligen Flurstücks 245/4 größer ist, als zur Abdeckung der nur hieraus zu befriedigenden Grundschulden benötigt wird, gilt das für die Befriedigung der Zwangshypotheken zu den Einzelausgeboten Gesagte gleichermaßen nur mit dem Unterschied, dass die Eintragung der bedingten Sicherungshypotheken nach § 128 ZVG lediglich an dem restlichen Grundstücksteil von Fl. Nr. 245/11 erfolgen kann, auch wenn es sich dabei um kein Grundstück im Rechtssinne handelt, weil die Hypotheken nur insoweit entstehen dürfen, als ein Haftungsanspruch für die Forderungen besteht.[6]

c. Verpflichtung zur Bezahlung des abgegebenen Meistgebots

Erhebliche noch weitergehende Schwierigkeiten könnten sich dadurch ergeben, dass beispielsweise im Falle eines Gesamtausgebots oder bei den Einzelausgeboten der jeweilige Ersteher den Verpflichtungen nach § 49 Abs. 1 ZVG auf Bezahlung des abgegeben Meistgebots nicht spätestens im Verteilungstermin nachkommt. Dies würde dann eine Übertragung der einzelnen zu befriedigenden Forderungen gegen den jeweiligen Ersteher auf die Berechtigten nach § 118 Abs. 1 ZVG erfordern, wobei im Falle des Gesamtausgebots die Sicherungshypotheken nach § 128 ZVG für sämtliche Grundpfandrechtsansprüche entsprechend ihrer Haftungsgrundlage nur an den nicht mehr existierenden Grundstücksteilflächen einzutragen wären. Darüber hinaus müsste in Bezug auf die Erlösbeträge, die gegebenenfalls auf die Zwangshypotheken entfallen, nach § 122 Abs. 2 ZVG i. V. m. § 123 ZVG eine Hilfsübertragung vorgenommen werden, da die Zwangshypotheken hinsichtlich der belasteten Teilflächen als Gesamtrechte zu behandeln sind. Bei Zuschlagserteilung auf Einzelausgebote ergibt sich mit Rechtskraft des Zuschlagsbeschlusses die Teilung des Grundstücks Fl. Nr. 245/11 und die Verselbständigung der Teile als zwingende Folge, wodurch sich die auf die Zwangshypotheken entfallenden Erlöse als Gesamtrechtsansprüche darstellen.[7]

4. Lösung als Ergebnis einer unzutreffenden Handhabung von § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO

Die aufrissartige Darstellung über die verfahrensrechtliche Abwicklung des Versteigerungsverfahrens, die beileibe nicht alle denkbaren Ergebnisse beinhaltet, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass der vom BGH aufgezeigte und m. E. einzig gangbare Lösungsweg schlichtweg das aufgezwungene Ergebnis einer unzutreffenden Handhabung von § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO ist. Wäre als Voraussetzung der Grundstücksvereinigung eine Pfanderstreckung der Grundschulden auf das gesamte neu gebildete Grundstück erfolgt, hätten sich die aufgezeigten Erschwernisse und Verwicklungen größtenteils überhaupt nicht ergeben.

---

6 Vgl. dazu auch *Stöber*, ZVG, § 128 Rdnr. 2.6.

7 Siehe zur Zulässigkeit BayObLG, DNotZ 1997, 319 = NJW-RR 1996, 1041= Rpfleger 1996, 333.

a. Besorgnis der Verwirrung bei Eintragung der Vereinigung

aa. Herrschende Auffassung

Zurückzuführen ist dies auf die bisher weitgehend in Rechtsprechung und Schrifttum vertretene Ansicht, dass grundsätzlich eine Besorgnis der Verwirrung nicht bestehen soll, solange aus dem Grundbuch auch nach Eintragung der Vereinigung zu ersehen sei, auf welchen Teil des nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet.[8] Ferner sei für die Beurteilung der Verwirrungsgefahr von der Sachlage im Zeitpunkt der Eintragung der Verbindung auszugehen. Die Gefahr künftiger Verwicklungen rechtfertige die Annahme nicht.[9] Darüber hinaus könne eine einzelne unterschiedliche Belastung für sich allein, einen Antrag nach § 890 BGB nicht hindern, weil ansonsten die Rechte des Eigentümers aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG eingeschränkt würden, was nur gerechtfertigt wäre, wenn objektiv anzunehmen ist, dass die Vereinigung (und gleichermaßen eine Zuschreibung) zur Verwirrung führen würde.[10]

Ein Hindernis für die Vereinigung sei die unterschiedliche Belastung der Grundstücke mit Grundpfandrechten jedoch dann, wenn die Flurstücke, aus denen die zu vereinigenden Grundstücke bestehen, verschmolzen werden und eine einheitliche Flurnummer erhalten.[11] Die Flurstücksverschmelzung soll insoweit unzulässig sein und sogar materielles Recht verletzen, weil sie gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des § 873 BGB verstoße, zur Unanwendbarkeit der §§ 891, 892 BGB führe und die Verwertung von Grundpfandrechten verhindere.[12]

bb. Gegenargumente

Nach der Denkschrift zur Grundbuchordnung[13] ist Verwirrung bereits zu besorgen und die beantragte Grundstücksvereinigung oder Bestandteilszuschreibung abzulehnen, wenn sie wegen verschiedener Belastung der Grundstücke das Grundbuch unübersichtlich machen oder was hier zutrifft, bei der Zwangsvollstreckung zu Verwicklungen führen kann. Die Denkschrift stellt dabei ausdrücklich klar, dass die Verschiedenheit der Belastung mit Grundpfandrechten ein *unbedingtes Hindernis* für die Vereinigung oder Zuschreibung ist.

Unzutreffend ist auch, für die Prüfung der Verwirrung auf den Sachstand bei Grundbucheintragung abzustellen. Die Regelungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 wie auch § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO setzen nicht voraus, dass die Verwirrung bereits durch die Eintragung der Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung entsteht. Eine Ablehnung des Vollzugs durch das Grundbuchamt ist ebenso dann veranlasst, wenn hierdurch später Verwirrung zu besorgen ist.[14] Für Verwicklungen im Falle der Zwangsvollstreckung ist nahezu immer davon auszugehen, dass diese erst nachträglich auftreten.

Nicht stichhaltig ist ferner das Argument, die Ablehnung einer Vereinigung bei unterschiedlicher Belastung einzelner Grundstücksteile für sich allein sei kein Hinderungsgrund und würde die Rechte des Grundstückseigentümers ungerechtfertigt einschränken. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG stellt klar, dass Inhalt und Schranken der Gewährleistung des Eigentums durch Gesetze bestimmt werden. Das Sachenrecht des BGB beinhaltet keine gesetzliche Regelung, welche die Belastung eines realen Grundstücksteils mit einem Grundpfandrecht vorsieht. Demzufolge ist sie auch verfahrensrechtlich durch § 7 Abs. 1 GBO ausgeschlossen. Der Grundstückseigentümer, dem eine derartige Belastung von Anfang an verwehrt ist, kann nicht für nachträgliche Maßnahmen, die zu demselben vom Gesetz nicht gedeckten Zustand führen, den Schutz des Grundgesetzes beanspruchen. Aus den Motiven zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs[15] ist zu entnehmen, dass durchaus Überlegungen dahingehend angestellt wurden, für den Fall von verschieden belasteten Grundstücken *positiv* die Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung auszuschließen. Da dies jedoch bei jeder zuwiderlaufenden Eintragung zur Nichtigkeit geführt hätte, war man sich letztlich einig, den mit einer nicht einheitlichen Belastung des Grundstücks verbundenen Übelständen lediglich durch eine in die Grundbuchordnung aufzunehmende Ordnungsvorschrift zu begegnen. Dessen ungeachtet stellen auch die Bestimmungen §§ 5 Abs. 1 Satz 1, 6 Abs. 1 Satz 1 GBO eine gesetzliche Beschränkung des Eigentums dar.[16]

Die Einwände, dass (erst) die Verschmelzung der Flurstücke, die stets eine rechtliche Grundstücksvereinigung oder Bestandteilszuschreibung voraussetzt, zu einer Verwirrung führen und die Verwertung eines Grundpfandrechts durch Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücksteils verhindern würde, hat der BGH mit der vorliegenden Entscheidung, wie schon eingangs ausgeführt, als nicht zutreffend abgelehnt. Abwegig ist es, insoweit bei unterschiedlicher Belastung von Teilflächen des Grundstücks in der Flurstücksverschmelzung eine Verletzung des materiellen Rechts zu sehen. Veränderungen in der katastertechnischen Bezeichnung der Flurstücke, zu denen insbesondere Änderungen der Flurstücksnummern gehören, sind vom Grundbuchamt von Amts wegen in das Grundbuch zu übernehmen. Sie erfolgen aufgrund von Auszügen aus den Veränderungsnachweisen (siehe § 45 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 a BayGBGA). Dabei ist der Veränderungsnachweis ein Verwaltungsakt,[17] an den das Grundbuchamt gebunden ist und den es durch die Berichtigung der Bestandsangaben ohne weiteres zu vollziehen hat.[18] Nur wenn der Vollzug zu Rechtsänderungen führen würde, was aber bei einer Verschmelzung von Flurstücken keineswegs der Fall ist, hätte das Grundbuchamt deren Voraussetzungen zu prüfen.

b. Besonderheiten bei der automatisierten Führung der Grundbücher

Wird das Grundbuch und das Liegenschaftskataster in automatisierter Form geführt, so ist es nach § 127 GBO bereits zulässig, diejenigen Angaben des Liegenschaftskatasters, die ohne rechtliche Änderungen am Grundstück von der Katasterbehörde selbständig festgelegt werden können, direkt in das Grundbuch zu übernehmen. Dazu gehört auch eine katastertechnische Verschmelzung mehrerer Flurstücke, wenn die äußeren Grenzen des Grundstücks unverändert bleiben.[19]

---

8 KG, NJW-RR 1989, 1360 = Rpfleger 1989, 500 m. Anm. *Meyer-Stolte*. *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 5 Rdnr. 14.

9 OLG Düsseldorf, MittBayNot 2001, 74 = NJW-RR 2000, 608 = Rpfleger 2000, 211; OLG Hamm, FGPrax 1998, 44 = Rpfleger 1998, 154; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, GBO, §§ 5, 6 Rdnr. 25.

10 Vgl. BayObLG, DNotZ 1978, 102 = Rpfleger 1977, 251.

11 BayObLG, DNotZ 1994, 242 = Rpfleger 1994, 250; OLG Hamm, a. a. O. (Fn. 10); KG a. a. O. (Fn. 8).

12 So *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196 ff. und ergänzend *ders*., Rpfleger 1994, 456; *Böttcher*, BWNotZ 1986, 73, 74; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 5 Rdnr. 33.

13 *Hahn/Mugdan*, Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, 1897, S. 150.

14 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 636 cc.

15 Amtliche Ausgabe 1896, Band III Sachenrecht, S. 57 f.

16 Ebenso *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 282 (Fn. 2).

17 BVerwG 1966, 609 = Rpfleger 1966, 108.

18 Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 604.

19 Siehe *Meikel/Göttlinger,* GBO, § 127 Rdnr. 10, 11.

5. Fazit

Die sinngemäße Anwendung der Vorschriften des ZVG über mehrere in demselben Verfahren zu versteigernde Grundstücke auf unterschiedlich belastete Grundstücksteile eines durch Vereinigung oder Bestandteilzuschreibung entstandenen Grundstücks ist ein geeigneter Weg zur Lösung der sich durch diese Situation ergebenden vollstreckungsrechtlichen Probleme. Verwicklungen, die eine Zwangsvollstreckung mit sich bringt, werden jedoch damit nicht vermieden und bei gewissen Fallkonstellationen kann es sogar zu weitergehenden Komplikationen führen.

Die sich aus einer Grundstücksvereinigung ergebende Belastung eines Grundstücksteils mit einem Grundpfandrecht ist stets geeignet, ein nachfolgendes Vollstreckungsverfahren zu erschweren und Verwirrung zu besorgen. Gleiches gilt für den Fall der Bestandteilszuschreibung, wenn ein Grundpfandrecht am zuzuschreibenden Grundstück eingetragen ist. Lediglich am Hauptgrundstück bestehende Grundpfandrechte werden dagegen gesetzlich auf das zugeschriebene Grundstück erstreckt (§ 1131 mit § 1192 Abs. 1 BGB). Zur Vermeidung von Übelständen sind die Vorschriften § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO grundsätzlich dahingehend anzuwenden, dass ein Verwirrung auslösendes Belastungsverhältnis überhaupt nicht entstehen kann.

Regierungsdirektor *Theodor Morvilius*, Grünwald

———

5. WEG §§ 12, 26; BGB §§ 278, 280, 286 (*Haftung des Verwalters bei unberechtigter Zustimmungsverweigerung*)

Unterlässt es der Verwalter, dem nach der Gemeinschaftsordnung die Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums obliegt, bei zweifelhafter Rechtslage unverzüglich eine Weisung der Eigentümergemeinschaft einzuholen, so haftet er auf Ersatz des dem Veräußerer entstandenen Verzögerungsschadens auch dann, wenn er seine Zustimmung nach anwaltlicher Beratung verweigert hat, obwohl erkennbar war, dass ein wichtiger Verweigerungsgrund nicht vorlag.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2005, I-3 Wx 321/04

Aus den Gründen:

A.

Der Beteiligte zu 1), Mitglied einer Wohnungseigentumsanlage und Sondereigentümer der Wohnung Nr. 34, nimmt die Beteiligte zu 2) als Verwalterin der Anlage auf Schadensersatz wegen der Verweigerung der Zustimmung zum Verkauf seines Wohnungseigentums in Anspruch.

Nach Nr. 9.2 der Gemeinschaftsordnung vom 29.7.1980 bedarf die Weiterveräußerung der Zustimmung des Verwalters. Der Verwalter darf die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grunde versagen. Als wichtiger Grund gilt insbesondere, wenn durch Tatsachen begründete Zweifel daran bestehen, dass der Erwerber die ihm gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegenden finanziellen Verpflichtungen nicht erfüllt, oder der Erwerber beziehungsweise Nutzungsberechtigte oder eine zu seinem Hausstand gehörende Person sich nicht in die Hausgemeinschaft einfügen wird. Verweigert der Verwalter die Zustimmung, so entscheidet auf Antrag des Sondereigentümers die Eigentümerversammlung. Diese kann mit $^2/_3$ Mehrheit die Zustimmung des Verwalters ersetzen.

In einem früheren Wohnungseigentumsverfahren verlangten die übrigen Wohnungseigentümer von dem Beteiligten zu 1) und seiner damaligen Ehefrau, der zu jenem Zeitpunkt das Wohnungseigentum gemeinschaftlich mit dem Beteiligten zu 1) zustand, nach einer Fassaden- und Wohnflächenveränderung die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands. Das gerichtliche Verfahren wurde durch einen Vergleich vom 4.9.1986 beendet. Hierin einigten sich die damals Beteiligten unter anderem darauf, dass auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verzichtet werde. Der Beteiligte zu 1) und seine damalige Ehefrau verpflichteten sich im Gegenzug, 161.250 DM als verlorenen Zuschuss in die Rücklage der Wohnungseigentümergemeinschaft einzuzahlen und die Kosten für bestimmte, im Vergleich näher beschriebene bauliche Maßnahmen zu übernehmen. Es wurde vereinbart, dass mit der Zahlung der Vergleichssumme „alle wechselseitigen Ansprüche der Wohnungseigentümer und der Eheleute B. aus den streitgegenständlichen Umbau- und Veränderungsmaßnahmen erledigt“ seien. In Ziffer VI dieses Vergleichs wurde festgelegt, dass „sich die Eheleute B. gegenüber der Wohnungseigentümergemeinschaft verpflichten, im Falle einer Veräußerung der WE 34 alle übernommenen Bedingungen und Verpflichtungen auch ihren Rechtsnachfolgern aufzuerlegen und diese wiederum entsprechend zu verpflichten, und zwar in der Weise, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft insoweit durch Schuldbeitritt der Rechtsnachfolger einen unmittelbaren Erfüllungsanspruch auch gegen die Rechtsnachfolger erwirbt. Die Eheleute B. erkennen an, dass die Nichtweitergabe der Verpflichtung aus diesem Vergleich an ihre etwaigen Rechtsnachfolger einen wichtigen Grund, der den Verwalter zur Versagung der Veräußerungszustimmung berechtigt, darstellt.“

Die von dem Beteiligten zu 1) und seiner damaligen Ehefrau in diesem Vergleich übernommenen Zahlungspflichten wurden von diesen nachfolgend erfüllt.

Durch einen am 22.4.2003 geschlossenen notariellen Kaufvertrag verkaufte der Beteiligte zu 1) sein Wohneigentum zu einem Kaufpreis von insgesamt 770.000 € an Herrn B. G. Die Vertragsparteien vereinbarten, dass der beurkundende Notar die erforderliche Zustimmung des Verwalters der Wohnungseigentumsgemeinschaft zur Veräußerung einholen sollte. Einen ausdrücklichen Hinweis auf den dargestellten Vergleich und die darin vom Beteiligten zu 1) übernommenen Verpflichtungen enthält die Vertragsurkunde nicht. Der Beteiligte zu 1) bat die Beteiligte zu 2) sodann um Erteilung der Zustimmung zu der Veräußerung. Mit Schreiben vom 2.5.2003 teilte die Beteiligte zu 2) dem Beteiligten zu 1) mit, dass sie die Zustimmung zur Veräußerung vorläufig nicht erteilen könne, da im Kaufvertrag eine Weitergabe der Verpflichtungen an den Rechtsnachfolger entsprechend der Ziffer VI. des Vergleiches vom 4.9.1986 nicht enthalten sei. Unter dem 7.5.2003 bestand die Beteiligte zu 2) gegenüber dem Notar auf der Übernahme der Vereinbarung aus dem Vergleich durch den Käufer. Die Beteiligte zu 2) verweigerte durch ihren jetzigen Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 2.6.2003 erneut unter Hinweis auf Abschnitt VI. des Vergleichs die Verwalterzustimmung.

Der Beteiligte zu 1) begehrt nun von der Beteiligten zu 2) Schadensersatz in Höhe von insgesamt 10.825,53 DM.

B.

Die zulässige sofortige weitere Beschwerde ist überwiegend auch begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht teilweise auf einer Rechtsverletzung (§§ 27 FGG, 546 ZPO).

I. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: (…)

II. Diese Erwägungen halten der dem Senat obliegenden rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Im zuerkannten Umfang ist der Zahlungsanspruch des Beteiligten zu 1) gerechtfertigt. Dieser kann von der Beteiligten zu 2) Schadensersatz wegen der verzögerten Zustimmung zur Veräußerung des Wohnungseigentums aus §§ 280 Abs. 2, 286 BGB verlangen.

Soweit es auf die Anwendung bürgerlichen Rechts ankommt, ist das seit dem 1.1.2002 geltende Recht maßgeblich (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

1. Die Beteiligte zu 2) war nicht berechtigt, die Zustimmung zur Veräußerung zu verweigern, weil der Beteiligte zu 1) die Verpflichtungen aus dem am 4.9.1986 geschlossenen gerichtlichen Vergleich entgegen der dortigen Ziff. VI dem Wohnungseigentumskäufer in dem notariellen Vertrag nicht auferlegt hat.

Es muss nicht entschieden werden, ob die Beteiligte zu 2) sich bei der Zustimmungsverweigerung grundsätzlich nicht darauf berufen konnte, dass der Beteiligte zu 1) seine Verpflichtung aus dem Vergleich in dem notariellen Vertrag nicht an den Erwerber weitergeleitet hatte, was nach diesem Vergleich einen wichtigen Grund für die Versagung der Veräußerungszustimmung darstellen sollte.

a) Diese Vereinbarung konnte eine Zustimmungsverweigerung von vornherein dann nicht rechtfertigen, wenn hierin eine dinglich wirkende rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung zu sehen wäre. § 12 WEG, wonach vereinbart werden kann, dass die Veräußerung von Wohnungseigentum der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, stellt eine Ausnahme von der Nichtigkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen gemäß § 137 Satz 1 BGB dar und ist demgemäß nach allgemeinen Grundsätzen einschränkend auszulegen (*Weitnauer/Lüke*, WEG, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 3). Nach § 12 Abs. 2 WEG darf die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund versagt werden. Diese Bestimmung ist unabdingbar, wie sich aus § 12 Abs. 2 Satz 2 WEG ergibt. Dagegen verstoßende Bestimmungen in einer Gemeinschaftsordnung sind ebenso nichtig wie entsprechende Vereinbarungen oder Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung (vgl. BayObLGZ 1980, 29; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 279; *Weitnauer/Lüke*, a. a. O., § 12 Rdnr. 9; *Bärmann/Pick/Merle/Pick*, WEG, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 32; jew. m. w. N.). Als wichtig ist ein Grund nur dann anzuerkennen, wenn die Veräußerung aufgrund von in der Person des Erwerbers liegenden Umständen, z. B. dessen persönliche oder finanzielle Unzuverlässigkeit, eine gemeinschaftswidrige Gefahr für die anderen Wohnungseigentümer darstellt (vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 280; OLG Hamm, a. a. O.; *Weitnauer/Lüke*, WEG, § 12 Rdnr. 10; *Bärmann/Pick/Merle/Pick*, a. a. O.). Einen solchen Grund stellt die fehlende Übertragung der Verpflichtungen aus dem Vergleich auf den Erwerber nicht dar.

b) Die Zustimmungsverweigerung seitens der Beteiligten zu 2) war aber auch dann nicht gerechtfertigt, wenn man in dem Vergleich von 1986 lediglich eine grundsätzlich gemäß § 137 Satz 2 BGB zulässige rein schuldrechtliche Verpflichtung des Beteiligten zu 1) sieht, über sein Wohnungseigentum nur nach Übertragung der Pflichten aus dem Vergleich auf den Erwerber und mit Zustimmung des Verwalters zu verfügen. Dann stünde einer Verweigerung der Zustimmung entgegen, dass der Beteiligte zu 1) seine im gerichtlichen Vergleich mit den übrigen Wohnungseigentümern übernommenen Verpflichtungen bereits lange vor dem Verkauf des Wohnungseigentums erfüllt hatte. Ein rechtlich schützenswertes Interesse, die Veräußerung von einer Übertragung der bereits erfüllten Verpflichtungen auf den Erwerber abhängig zu machen, ist nicht erkennbar, weshalb die Verweigerung der Zustimmung treuwidrig (§ 242 BGB) war. Damit hätte die Beteiligte zu 2) bei pflichtgemäßem Verhalten die Zustimmung erteilen müssen, selbst wenn durch den Vergleich eine Verpflichtung für den Beteiligten zu 1) zur Übertragung der Pflichten hieraus auf den Erwerber wirksam begründet worden wäre.

2. Die pflichtwidrige Nichterteilung der Zustimmung zur Veräußerung hat die Beteiligte zu 2) auch zu vertreten. Hierbei ist zunächst davon auszugehen, dass gemäß § 286 Abs. 4 BGB ein Verschulden vermutet wird. Allerdings ist wegen der mit der Zustimmungserteilung verbundenen erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten anerkannt, dass eine Haftung des Verwalters dann nicht angenommen werden kann, wenn er die bei der Zustimmungserteilung auftretenden Rechtsfragen mit der erforderlichen Sorgfalt geprüft hat und er gleichwohl einem Rechtsirrtum unterliegt (BGH, NJW 1996, 1216 – für die Zustimmung zu einer baulichen Veränderung; *Gottschalg*, Die Haftung von Verwalter und Beirat, 2. Aufl., Rdnr. 212). Bei einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung des Zustimmungsbegehrens des Beteiligten zu 1) aber hätte, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, die Beteiligte zu 2) erkennen müssen, dass der Beteiligte zu 1) einen Anspruch auf die begehrte Zustimmung hatte. Hierbei kann die Beteiligte zu 2) nicht entlasten, dass sie einen Rechtsanwalt eingeschaltet hat, der zu dem Ergebnis kam, die Zustimmung zur Veräußerung sei zu verweigern. Denn das Verschulden dieses Rechtsanwalts muss sich die Beteiligte zu 2) zurechnen lassen (278 BGB). Die Beteiligte zu 2) kann sich auch nicht darauf berufen, sie sei berechtigt gewesen, die Eigentümerversammlung einzuschalten, um diese über die Zustimmungserteilung entscheiden zu lassen. Auch wenn anerkannt ist, dass in Fällen, in denen ernstliche Zweifel bestehen, ob ein wichtiger Grund zur Versagung der beantragten Zustimmung vorliegt, der Verwalter berechtigt ist, zunächst von den Wohnungseigentümern eine Weisung einzuholen (BGH, a. a. O.; *Gottschalg*, a. a. O.), so trifft die Beteiligte zu 2) im konkreten Fall ein Verschulden. Sie hat diese Weisung zunächst gerade nicht eingeholt, sondern die Zustimmung verweigert. Sie hat dann auch nachfolgend auf der Eigentümerversammlung am 12.6.2003 die Wohnungseigentümer nicht mit einer Ersetzung der Zustimmung befasst, sondern diese Frage erst mit erheblicher Zeitverzögerung einer außerordentlichen Eigentümerversammlung vorgelegt, die dann im Sinne des Beteiligten zu 1) entschied. Nach der Aufforderung, die Zustimmung zur Veräußerung zu erteilen, hätte die Beteiligte zu 2) bei bestehenden Zweifeln an der Begründetheit des Verlangens die Gelegenheit nutzen müssen, die ordentliche Eigentümerversammlung am 12.6.2003 mit dieser Frage zu beschäftigen. Die Ladungsfrist für diese Versammlung von „ca. 3 Wochen“ hätte sie hierbei ohne weiteres einhalten können. Es ist davon auszugehen, dass bei einer umfassenden Aufklärung über die Sach- und Rechtslage die Eigentümerversammlung bereits dann so entschieden hätte, wie später am 31.7.2003, also selbst die Zustimmung erteilt hätte. Damit liegt auch in der verspäteten Einberufung der Eigentümerversammlung ein schuldhaftes Fehlverhalten der Beteiligten zu 2).

3. Die damit gegebene Schadensersatzpflicht der Beteiligten zu 2. umfasst den gesamten Verzögerungsschaden, der dem Beteiligten zu 1) nach dem 7.5.2003 entstanden ist. Denn unter diesem Datum hat die Beteiligte zu 2) die Zustimmungserteilung endgültig im Sinne des § 286 Abs. 2 Nr. 3

BGB abgelehnt, wodurch sie zugleich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie vor einer Entscheidung nicht zunächst das Votum der Eigentümerversammlung einholen wollte.

(*wird ausgeführt*.)

———

6. BGB §§ 137 Satz 2, 883, 2160; GBO § 22 Abs. 1 Satz 1 (*Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO*)

Eine zur Sicherung eines bedingten Anspruchs auf Grundstücksübereignung im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung ist im Wege der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu löschen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der gesicherte Anspruch und mit ihm die Vormerkung erloschen ist.

Pfälzisches Oberlandesgericht Zweibrücken, Beschluss vom 6.6.2005, 3 W 16/05; mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des OLG

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligte ist im Grundbuch als alleinige Eigentümerin des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks eingetragen.

In einem notariellen Vertrag vom 5.11.1991 zwischen der Beteiligten und ihrem im Jahr 1998 verstorbenen Ehemann trafen die Eheleute Vereinbarungen u. a. dahin, dass im Falle der Beendigung ihrer Ehe aus anderen Gründen als dem Tod eines Ehegatten der vorbezeichnete Grundbesitz der Beteiligten bei einem Zugewinnausgleich keine Berücksichtigung finden solle. Im Übrigen bestätigten die Eheleute ihren bereits zuvor erklärten gegenseitigen vertraglichen Verzicht auf Erb- und Pflichtteilsansprüche. Im Weiteren enthält die Notarurkunde eine vertraglich vereinbarte Vermächtnisanordnung der Beteiligten zugunsten ihres Ehemannes, worin sie diesem ein lebenslängliches unentgeltliches Wohnungsrecht an näher bezeichneten Räumlichkeiten ihres Wohnhauses zugewandt hat, sowie die vertragliche Verpflichtung der Beteiligten gegenüber ihrem Ehemann, „zu Lebzeiten“ nur mit dessen Zustimmung über ihren Grundbesitz durch Veräußerung, Schenkung oder Belastung zu verfügen. Verletzungen dieses Verfügungsverbotes begründen nach dem Vertrag einen unmittelbaren Anspruch des Ehemannes auf kostenfreie Übertragung des Eigentums an dem Grundstück. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung bewilligte die Beteiligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, die am 14.11.1991 unter Bezugnahme auf die Bewilligung im Grundbuch eingetragen wurde.

Nach dem Tod ihres Ehemannes hat die Beteiligte – vertreten durch ihren rechtlichen Betreuer – im August 2004 die Löschung der Vormerkung beantragt. Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat mit Zwischenverfügung vom 7.9.2004 die beantragte Eintragung von der Vorlage einer Löschungsbewilligung der Rechtsnachfolger des verstorbenen Vormerkungsberechtigten abhängig gemacht. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht am 3.1.2005 zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer weiteren Beschwerde.

II.

1. a) Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 78 Satz 1 GBO), nicht an eine Frist gebunden und auch im Übrigen verfahrensrechtlich bedenkenfrei (§§ 80 Abs. 1 Sätze 1 und 3, Abs. 3, 71 Abs. 1 GBO). Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt bereits aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde. (…)

2. Die weitere Beschwerde ist auch begründet. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 78 Satz 1 GBO, § 546 ZPO) nicht stand.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen hängt in dem hier zu entscheidenden Fall der Vollzug der von der Beteiligten als Grundstückseigentümerin beantragten Löschung der zugunsten ihres verstorbenen Ehemannes eingetragenen Auflassungsvormerkung nicht von der Zustimmung (Bewilligung gemäß § 19 GBO) von dessen Rechtsnachfolgern (Erben) ab. Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

a) Für die Löschung einer im Grundbuch eingetragenen Eigentumsvormerkung (Auflassungsvormerkung) bedarf es, wie für deren Eintragung, grundsätzlich einer Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) oder eines Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO). Da vorliegend eine Löschungsbewilligung des Inhabers des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht vorgelegt wurde, war das Begehren der Beteiligten auf Löschung der Vormerkung von vornherein als Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO anzusehen. Hierfür bedarf es der Bewilligung nach § 19 GBO nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird, also die Nichtübereinstimmung des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage (§ 894 BGB). Zwar stellt eine Auflassungsvormerkung selbst kein dingliches Recht dar. Ihre Eintragung unterliegt indes gleichwohl der Berichtigung nach § 22 GBO, sofern in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise der Nachweis geführt wird, dass die wirkliche Rechtslage mit dem Inhalt des Grundbuchs deshalb nicht übereinstimmt, weil der durch die Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch auf dingliche Rechtsänderung nicht mehr besteht und auch nicht mehr entstehen kann, so dass die – ursprünglich zu Recht eingetragene – Auflassungsvormerkung das Grundbuch unrichtig macht (vgl. zum Ganzen BayObLG, Rpfleger 1980, 278 f.; BayObLG, NJW-RR 1997, 590; BayObLG, NJOZ 2002, 2063, 2064; OLG Hamm, Rpfleger 1992, 474; *Demharter*, GBO, 25. Aufl., § 46 Rdnr. 3, 7 und § 22 Rdnr. 4, 18; jew. m. w. N.).

b) Diese Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO sind im vorliegenden Fall erfüllt, weil mit dem Tod des Ehemannes der Beteiligten der vorgemerkte Auflassungsanspruch endgültig weggefallen und damit das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung der forderungsabhängigen Eigentumsvormerkung unrichtig geworden ist. Das ergibt sich zur sicheren Überzeugung des Senats aufgrund einer Auslegung des im Eintragungsvermerk vom 14.11.1991 in Bezug genommenen notariellen Vertrages vom 5.11.1991, die an Gegenstand und Zweck der Vereinbarung ausgerichtet ist und den gesamten Vertragsinhalt berücksichtigt. Zu einer eigenen und selbständigen Interpretation der darin beurkundeten Abreden der Eheleute ist das Rechtsbeschwerdegericht hier deshalb berechtigt, weil sich die Vorinstanzen mit dem Vertragsinhalt nur in einem einzelnen Punkt auseinandergesetzt und damit nicht alle für die Auslegung des Vertrages in Betracht kommenden Gesichtspunkte umfassend gewürdigt haben (vgl. *Demharter*, GBO, § 78 Rdnr. 13; *Keidel/Kuntze/Winkler/Meyer-Holz*, FG, 15. Aufl., § 27 Rdnr. 49).

Die Auslegung des notariellen Vertrages vom 5.11.1991 durch den Senat führt dabei zu folgendem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis:

Der Ehemann der Beteiligten sollte zu deren Lebzeiten – insbesondere für den Fall einer etwaigen Scheidung – keine wirtschaftliche Teilhabe an dem seiner Ehefrau allein gehörenden

Wohngrundstück erlangen. Für den Fall ihres Vorversterbens war zudem ein Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbart und ihm dadurch auch insoweit der Zugriff auf den Grundbesitz versperrt. Diese Regelungen belegen, dass nach dem Willen der Vertragschließenden der Ehemann der Beteiligten grundsätzlich gerade keine dingliche (Mit-)Berechtigung, insbesondere kein Eigentum, an dem Grundstück der Beteiligten erwerben sollte. Andererseits wurde ihm für den Fall, dass er sie überleben sollte, von der Beteiligten durch Erbvertrag ein Wohnungsrecht (§ 1093 BGB) in dem Hausanwesen vermacht, §§ 1939, 1941 BGB. Bei der letztgenannten Abrede war den rechtskundig beratenen Eheleuten offenbar bewusst, dass die Beteiligte trotz des erbvertraglich verfügten Vermächtnisses wegen § 2286 BGB nicht gehindert war, über den Grundbesitz unter Lebenden zu verfügen und dass von daher ihr Ehemann hinsichtlich des ihm vermachten Wohnungsrechts keine gesicherte Rechtsposition hatte. Im Wissen darum haben die Vertragsparteien deshalb augenscheinlich mit notarieller Hilfe den einzig möglichen Weg gewählt, zu einer Absicherung für den Ehemann durch Vormerkung zu gelangen. Dieser bestand darin, dass sie – wie geschehen – einen Verfügungsunterlassungsvertrag (§ 137 Satz 2 BGB) schlossen und die Beteiligte zusätzlich die Verpflichtung einging, bei einem Verstoß gegen die Nichtverfügungspflicht das Eigentum an dem Grundstück an den Ehemann zu übertragen. Dieser Übertragungsanspruch war sonach von vornherein in zweifacher Weise aufschiebend bedingt: Er sollte nur im Falle der Zuwiderhandlung gegen das schuldrechtliche Verfügungsverbot entstehen und auch nur dann, wenn der Ehemann von dem für diesen Fall vorbehaltenen Recht Gebrauch macht. Ein derartig bedingt gestalteter Anspruch konnte – anders als die Vermächtnisanordnung (vgl. BayObLG, NJOZ 2002, 2063, 2066) – durch Vormerkung gesichert werden (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 2003, 290; BGHZ 134, 182 ff.; *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., § 883 Rdnr. 9, jew. m. w. N.) und war deshalb ein taugliches Mittel zur Verhinderung vermächtniswidriger Verfügungen der Beteiligten über das Grundstück zu Lebzeiten.

Zweifelsfrei deutlich wird aus der getroffenen Regelung auf der anderen Seite aber auch, dass es den Vertragsparteien mit der gewählten rechtlichen Konstruktion ausschließlich darum ging, Vorsorge gegen eine Vereitelung des dem Ehemann vermachten Wohnungsrechts durch lebzeitige Verfügungen der Beteiligten zu treffen und nicht etwa einen Eigentumsverschaffungsanspruch auch dann zu begründen, wenn der ins Auge gefasste „Sicherungsfall" überhaupt nicht mehr eintreten kann. In diesem Sinne war nach dem Willen der Eheleute der vorgemerkte bedingte Anspruch des Ehemannes auf dingliche Rechtsänderung akzessorisch an die erbvertragliche Vermächtnisanordnung angebunden. Mit anderen Worten: Wenn das Vermächtnis unwirksam ist, ist damit auch der bedingte Eigentumsübertragungsanspruch und mit diesem aus Rechtsgründen zugleich die ihn sichernde forderungsabhängige Auflassungsvormerkung erloschen (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, § 886 Rdnr. 4 m. w. N.). So aber liegen die Dinge hier, weil aufgrund des Vorversterbens des bedachten Ehemannes der Beteiligten im Jahr 1998 das Vermächtnis bezüglich des Wohnungsrechts nach § 2160 BGB unwirksam ist. Die Löschung der Vormerkung, bei der es sich mithin nicht um eine rechtsändernde, sondern um eine bloß berichtigende Eintragung handelt, hat deshalb nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO zu erfolgen, ohne dass es der mit der Zwischenverfügung verlangten Bewilligung nach § 19 GBO bedarf.

———

7. BGB §§ 1578 Abs. 1, 1586 Abs. 1, 1612 b, 1615 l *(Entfallen des Unterhaltsanspruchs aus Anlass der Geburt bei Eheschließung mit einem anderen Mann)*

1. **Die Vorschrift des § 1586 Abs. 1 BGB, nach der ein Anspruch auf nachehelichen Ehegattenunterhalt bei Wiederheirat des Unterhaltsberechtigten entfällt, ist auf den Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt nach § 1615 l Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB entsprechend anwendbar.**
2. **Kindesunterhalt ist bei der Bemessung weiterer Unterhaltspflichten sowohl im Rahmen der Bedarfsermittlung als auch bei der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners mit dem vollen Tabellenbetrag und nicht nur mit dem Zahlbetrag zu berücksichtigen (im Anschluss an BGH, FamRZ 1997, 806, 811; BGH, FamRZ 2002, 536, 540 f.). Im Übrigen kommt im absoluten Mangelfall die Nachrangigkeit des Unterhaltsanspruchs der Mutter nach § 1615 l Abs. 3 Satz 3 BGB gegenüber dem Kindesunterhaltsanspruch zum Tragen.**

BGH, Urteil vom 17.11.2004, XII ZR 183/02; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Unterhalt aus Anlass der Geburt eines Kindes gemäß § 1615 l BGB.

Der Beklagte ist Vater der am 4.9.2000 geborenen Tochter der Klägerin. Er hat seine Unterhaltspflicht für das Kind für die Zeit ab dem 1.11.2001 mit Jugendamtsurkunde vom 18.10.2001 in Höhe von 100 % des jeweiligen Regelbetrages abzüglich anzurechnenden hälftigen Kindergeldes, soweit dieses zusammen mit dem Unterhalt 135 % des Regelbetrages übersteigt, anerkannt und für die vorangegangene Zeit rückständigen Kindesunterhalt gezahlt. Die Klägerin hat am 11.1.2002 ihren jetzigen Ehemann geheiratet und am 28.5.2002 einen Sohn geboren.

Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Unterhaltsleistungen an die Klägerin für die Zeit vom 24.7.2000 bis zum 4.9.2003 – also über den Zeitpunkt ihrer Heirat hinaus – in unterschiedlicher Höhe verurteilt. Dabei hat es von dem bereinigten Einkommen des Beklagten nur den um das halbe Kindergeld geminderten Zahlbetrag auf Kindesunterhalt abgesetzt. Nach Abzug weiterer Verbindlichkeiten hat es für den Beklagten den angemessenen Selbstbehalt, zeitlich gestaffelt, zuletzt in Höhe von 1.000 € berücksichtigt. So ist es zu einer ebenfalls gestaffelten Leistungsfähigkeit des Beklagten, zuletzt in Höhe von 115 €, gelangt.

Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte einen Wegfall seiner Unterhaltspflicht für die Zeit nach dem 11.1.2002 und eine zusätzliche Berücksichtigung des hälftigen Kindergeldes auch im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt für die Zeit ab dem 12.1.2002 zur Klagabweisung und, soweit im Übrigen zum Nachteil des Beklagten entschieden ist, zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. (…)

B.

In beiden Punkten hält das Berufungsurteil den Angriffen der Revision nicht stand. Die Fortdauer einer Unterhaltspflicht nach § 1615 l BGB über die Wiederheirat der Berechtigten hinaus ist mit der gesetzlichen Regelung nicht in Einklang zu bringen. Die Bemessung des Unterhalts ohne Berücksichtigung des hälftigen Kindergeldes widerspricht außerdem der Rechtsprechung des Senats.

I.

Ein Unterhaltsanspruch der Klägerin scheidet für die Zeit ab ihrer Heirat in analoger Anwendung des § 1586 Abs. 1 BGB aus.

1. Das Gesetz enthält für den Unterhaltsanspruch nach § 1615 l BGB – im Gegensatz zum nachehelichen Unterhaltsanspruch, z. B. nach § 1570 BGB – keine ausdrückliche Regelung, wie zu verfahren ist, wenn die unterhaltsberechtigte Mutter einen anderen Mann als den Vater ihres Kindes heiratet. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung und aus einem Vergleich mit anderen gesetzlichen Unterhaltsansprüchen ergibt, handelt es sich dabei um eine unbewusste Regelungslücke.

a) Ansprüche der Mutter gegen den Vater aus Anlass der Geburt sind in der jüngsten Vergangenheit mehr und mehr den Unterhaltsansprüchen getrennt lebender oder geschiedener Ehegatten angeglichen worden.

Ursprünglich sah das Gesetz in § 1715 BGB lediglich einen reinen Ersatzanspruch der nichtehelichen Mutter für Aufwendungen infolge der Schwangerschaft und Entbindung vor. Erst mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vom 19.8.1969 (BGBl I, 1243) ist mit Wirkung zum 1.7.1970 in § 1615 l Abs. 1 BGB ein echter Unterhaltsanspruch der Mutter für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt geschaffen worden (vgl. *Puls*, FamRZ 1998, 865, 866). Darüber hinaus war nach § 1615 l Abs. 2 BGB damaliger Fassung Unterhalt bis höchstens ein Jahr nach der Geburt nur geschuldet, wenn die Mutter wegen schwangerschaftsbedingter Krankheit oder weil das Kind anderenfalls nicht versorgt werden konnte, nicht erwerbstätig war. Wie der Unterhaltsanspruch der getrennt lebenden oder der geschiedenen Mutter war der Unterhaltsanspruch nach § 1615 l Abs. 2 BGB fortan von der Bedürftigkeit der Mutter und der Leistungsfähigkeit des Vaters abhängig (*Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 6 Rdnr. 753, 756; *Göppinger/Wax/Maurer*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rdnr. 1212). Mit Wirkung zum 1.10.1995 wurde die Unterhaltspflicht durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995 (SFHÄndG, BGBl I, 1050) auf drei Jahre ab der Entbindung verlängert. Zugleich wurde der Wortlaut des § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB demjenigen des § 1570 BGB angeglichen. Seitdem richtet sich die Pflicht zur Aufnahme einer eigenen Erwerbstätigkeit deswegen – wie bei dem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt – nur nach der Zumutbarkeit für die Mutter. Inzwischen ist § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16.12.1997 (KindRG, BGBl I, 2942) mit Wirkung vom 1.7.1998 dahin abgeändert worden, dass sich die Unterhaltspflicht über die dreijährige Frist hinaus verlängert, sofern es grob unbillig wäre, den Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen (zur Gesetzesgeschichte vgl. *Wendl/Pauling*, a. a. O., § 6 Rdnr. 750; *Göppinger/Wax/Maurer*, a. a. O., Rdnr. 1210; *Büdenbender*, FamRZ 1998, 129, 130). Auch dafür waren im Hinblick auf den Schutzzweck, nämlich dem Kind die Sorge und Erziehung durch die Mutter zu ermöglichen, verfassungsrechtliche Erwägungen ausschlaggebend.

Auch sonst ist der Anspruch der Mutter aus Anlass der Geburt nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB dem Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB inhaltlich immer weiter angeglichen worden. Nach der ursprünglichen Fassung des § 1615 l Abs. 2 BGB musste die Nichterwerbstätigkeit der Mutter darauf beruhen, dass ihr Kind anderenfalls nicht versorgt werden konnte. Es stand deswegen nicht im Belieben der Mutter, das Kind selbst zu versorgen, sondern sie hatte den Nachweis zu führen, dass eine anderweitige Möglichkeit der Kindesbetreuung, z. B. in einer Kindertagesstätte, nicht bestand (vgl. Senatsurteil, BGHZ 93, 123, 128). Seit der Neuregelung durch das Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz vom 21.8.1995 sieht § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB dagegen einen Anspruch bereits dann vor, wenn von der Mutter wegen der Pflege und Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann. Zwar ist die Betreuungsbedürftigkeit des Kindes auch hier Voraussetzung. Mit der weitgehenden Angleichung der Anspruchsvoraussetzungen an den für die Betreuung ehelicher Kinder geltenden § 1570 BGB sollte aber die soziale und wirtschaftliche Ausgangslage des nichtehelichen Kindes mittelbar dadurch verbessert werden, dass die Mutter nicht mehr nachweisen muss, dass sie mangels anderweitiger Versorgungsmöglichkeit des Kindes nicht erwerbstätig sein kann (*Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 581 f.; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 782; *Reinecke*, ZAP Fach 11, S. 527). Die Erweiterung des Anspruchs auf Betreuungsunterhalt sollte den Vater mehr in die Verantwortung dafür einbeziehen, dass ein nichteheliches Kind während der ersten drei Lebensjahre in den Genuss der persönlichen Betreuung durch die Mutter kommt, was durch den Unterhaltsanspruch sichergestellt wird (BT-Drucks. 13/1850, S. 24). Darauf, ob ohne die Kindesbetreuung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt würde, ob also die Kindesbetreuung die alleinige Ursache für die Nichterwerbstätigkeit ist, kommt es nicht mehr an (BGH, FamRZ 1998, 541, 543).

Diese bürgerlich-rechtliche Wertung korrespondiert mit weiteren sozial- und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, in denen die Vollendung des dritten Lebensjahres durch das Kind Bedeutung erlangt. Nach § 24 Abs. 1 SGB VIII steht dem Kind von der Vollendung seines dritten Lebensjahres an ein gesetzlich garantierter Kindergartenplatz zu. Ebenso sind der Anspruch seiner Mutter auf Elternzeit und die rentenversicherungsrechtlich anrechenbaren Erziehungszeiten auf drei Jahre seit der Geburt begrenzt (§ 15 Abs. 2 BErzGG, § 56 Abs. 1 Satz 1 SGB VI). Nach § 18 Abs. 3 Satz 3 BSHG ist eine geordnete Erziehung des Kindes nach Vollendung des dritten Lebensjahres in der Regel nicht gefährdet, wenn seine Betreuung in einer Tageseinrichtung möglich ist (vgl. *Göppinger/Wax/Maurer*, a. a. O. Rdnr. 1210).

Neben dieser materiell-rechtlichen Ausgestaltung sind die Unterhaltsansprüche aus Anlass der Geburt nach § 1615 l BGB auch prozessrechtlich solchen auf nachehelichen Ehegattenunterhalt nach § 1570 BGB angeglichen worden. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz hat mit Wirkung vom 1.7.1998 durch Einführung des § 23 b Abs. 1 Nr. 13 GVG und des § 621 Abs. 1 Nr. 11 ZPO für den Rechtsweg die Zuständigkeit der Familiengerichte eröffnet.

Diese weitgehende Angleichung des Anspruchs nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB mit dem Anspruch der getrennt lebenden oder geschiedenen Mutter aus den §§ 1361 und 1570 BGB hat den Senat veranlasst, Ansprüche anteilig zuzusprechen, wenn die Mutter, die schon wegen der Betreuung ehelicher Kinder an einer Erwerbstätigkeit gehindert ist, später durch die Geburt eines weiteren Kindes auch einen Unterhaltsanspruch nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB erlangt (BGH, FamRZ 1998, 541, 543). Trotz der allgemeinen Verweisung in § 1615 l Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Unterhaltsvorschriften zwischen Verwandten würde eine vorrangige Haftung des – getrennt lebenden oder geschiedenen – Ehemannes vor dem nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB unterhaltspflichtigen Vater eines weiteren Kindes in Anwendung des § 1608 BGB nicht zu interessengerechten Ergebnissen führen. Denn nach der ausdrücklichen Regelung in § 1615 l Abs. 3 Satz 2 BGB haftet der nicht mit der Mutter verheiratete Vater gerade nicht gleichrangig mit den sonstigen Verwandten der Mutter, sondern geht ihnen vor. Auch dieses qualifiziert den Unterhaltsanspruch der Mutter aus Anlass der Geburt nicht als typischen Anspruch auf Ver-

wandtenunterhalt, sondern eher als einen dem Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB vergleichbaren Anspruch. Dafür spricht auch der Schutzzweck dieser Vorschrift, nämlich die Kindesmutter jedenfalls während der ersten drei Lebensjahre des Kindes von ihrer Erwerbspflicht zu befreien, um sich in vollem Umfang der Pflege und Erziehung des Kindes widmen zu können. Die fortschreitende Angleichung der Unterhaltsansprüche einer nicht verheirateten Mutter aus Anlass der Geburt an solche einer geschiedenen Ehefrau nach § 1570 BGB war insoweit auch gemäß Art. 6 Abs. 5 GG von Verfassung wegen geboten (vgl. Begr. zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 13/4899, S. 89; *Wagner*, NJW 1998, 3097). Dieser Umstand, aber auch der allgemeine Schutz der Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG ist deswegen im Rahmen der Auslegung der Vorschrift des § 1615 l BGB zu berücksichtigen.

Soweit § 1615 l Abs. 3 Satz 1 BGB andererseits nach wie vor ergänzend auf die Vorschriften über die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten verweist, trägt die Regelung der Entwicklung des Anspruchs auf Unterhalt aus Anlass der Geburt nicht hinreichend Rechnung. Zwar steht der Vater des außerhalb einer Ehe geborenen Kindes nicht einem getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten gleich; ebenso wenig ist er aber mit der Mutter verwandt. Der Zweck des Unterhaltsanspruchs aus § 1615 l Abs. 2 BGB, nämlich für eine gewisse Zeit die Sorge und Erziehung des Kindes zu sichern, ist – wie ausgeführt – dem Anspruch des § 1570 BGB grundsätzlich vergleichbar. Wenn der Gesetzgeber trotz dieser großen Nähe beider Ansprüche gleichwohl von einer dem § 1586 Abs. 1 BGB entsprechenden Regelung abgesehen, dessen Anwendung aber auch nicht ausgeschlossen hat, kann das nur auf einer unbeabsichtigten Regelungslücke beruhen.

b) Allerdings hat der Gesetzgeber trotz der weitgehenden Angleichung der Ansprüche der Mutter aus Anlass der Geburt an die Unterhaltsansprüche der getrennt lebenden oder der geschiedenen Ehefrau im Übrigen an einer unterschiedlichen Ausgestaltung der Ansprüche festgehalten. Dem abweichenden Vorschlag des Bundesrats, der die dreijährige Unterhaltspflicht nach § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB durch eine entsprechende Geltung der §§ 1570, 1577 BGB mit Versagungsmöglichkeit aus Billigkeitsgründen ergänzen wollte, ist der Gesetzgeber nämlich nicht gefolgt (vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 149 f. und den Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags BT-Drucks. 13/8511, S. 79; *Göppinger/Wax/Maurer*, a. a. O., Rdnr. 1211 Fn. 11). Soweit er in § 1615 l Abs. 2 Satz 3 BGB die dreijährige Befristung des Anspruchs beibehalten und lediglich eine Verlängerungsmöglichkeit aus Billigkeitsgründen vorgesehen hat, hat er § 1615 l BGB von § 1570 BGB abgegrenzt, da Letzterer außerdem von der vorangegangenen Ehe und damit dem Grundsatz der nachwirkenden ehelichen Solidarität mitbestimmt wird (vgl. *Wever/Schilling*, FamRZ 2002, 581, 583; *Büttner*, FamRZ 2000, 781, 786; *Wellenhofer-Klein*, FuR 1999, 448, 452; *Müller*, DAVorm 2000, 829, 834 ff.). Indessen beschränkt sich dieser Gesichtspunkt auf die ausdrücklich abweichend geregelten Umstände und steht der oben dargestellten grundsätzlichen Gleichstellung nicht entgegen, insbesondere soweit beide Unterhaltstatbestände einer gemeinsamen Zweckbestimmung unterliegen.

2. Die für den Unterhaltsanspruch nach § 1615 l Abs. 2 BGB somit ungeregelte Frage, ob der Anspruch mit einer Heirat der Unterhaltsberechtigten unabhängig von der Leistungsfähigkeit des neuen Ehemannes entfällt, ist im Wege der von Verfassungs wegen gebotenen analogen Anwendung des § 1586 Abs. 1 BGB zu lösen (a. A. neben dem Berufungsurteil OLG Schleswig, FamRZ 2000, 637 f. und OLG München, OLGR 2002, 144 sowie dem folgend *Wendl/Pauling*, a. a. O., § 6 Rdnr. 769 und *Eschenbruch*, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rdnr. 4039).

Nach § 1615 l Abs. 3 Satz 1 BGB sind auf den Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt grundsätzlich zwar nicht die Vorschriften über den Unterhalt des geschiedenen Ehegatten, zu denen nach der systematischen Stellung im Gesetz auch § 1586 BGB zählt, sondern die Vorschriften über die Unterhaltspflicht zwischen Verwandten entsprechend anwendbar. Wie sich allerdings schon aus der besonderen Vorschrift zur Rangfolge in § 1615 l Abs. 3 Satz 2 BGB und der Regelung zur Fortdauer der Unterhaltspflicht beim Tod des Unterhaltspflichtigen nach § 1615 l Abs. 3 Satz 5 BGB ergibt, kann auf die allgemeinen Vorschriften zur Unterhaltspflicht zwischen Verwandten nur dann zurückgegriffen werden, wenn es den Besonderheiten des Unterhaltsanspruchs aus § 1615 l BGB nicht widerspricht. Der fehlende Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 1586 BGB schließt deswegen eine analoge Anwendung wegen der gleichen Interessenlage jedenfalls nicht aus. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten, der im Falle einer Wiederheirat nach § 1586 Abs. 1 BGB entfällt, ist sogar stärker ausgeprägt und beruht neben dem Zweck einer Sicherung der Pflege und Erziehung des Kindes auch auf einer fortgeltenden nachehelichen Solidarität der geschiedenen Ehegatten. Wenn bei Wiederheirat der Unterhaltsberechtigten selbst dieser Unterhaltsanspruch nach § 1586 Abs. 1 BGB entfällt, muss das aus Sicht des Unterhaltspflichtigen erst recht für den Anspruch aus § 1615 l Abs. 2 BGB gelten.

Eine abweichende Beurteilung ist auch aus der Sicht der unterhaltsberechtigten Mutter nicht geboten. Mit der Heirat erwirbt sie einen Anspruch auf Familienunterhalt nach § 1360 BGB, der zum Erlöschen früherer Unterhaltsansprüche führt, ohne nach einzelnen Unterhaltstatbeständen zu differenzieren (BGH, FamRZ 1988, 46). Darin unterscheidet sich der Fall von der Konstellation in dem Senatsurteil vom 21.1.1998. Dort war der Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt erst entstanden, als die noch verheiratete Mutter von ihrem Ehemann bereits getrennt lebte und ihr ein Unterhaltsanspruch gemäß § 1361 BGB zustand. Die anteilige Haftung des Ehemanns einerseits und des Vaters des Kindes andererseits in entsprechender Anwendung des § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB bezog sich somit auf konkurrierende Unterhaltsansprüche aus gescheiterter Ehe einerseits mit einem neu hinzugekommenen Anspruch aus § 1615 l BGB andererseits. Im vorliegenden Fall ist dagegen während der laufenden Unterhaltspflicht gemäß § 1615 l Abs. 2 Satz 2 BGB durch die Heirat der Klägerin ein neuer Anspruch auf Familienunterhalt nach §§ 1360, 1360 a BGB entstanden (zum Umfang des Anspruchs auf Familienunterhalt vgl. *Wendl/Scholz*, a. a. O., § 3 Rdnr. 22 ff.). Dieser Anspruch auf Familienunterhalt geht nach der ausdrücklichen gesetzlichen Wertung in § 1586 Abs. 1 BGB sogar einem Anspruch auf nachehelichen Unterhalt gemäß § 1570 BGB vor. Der stärkere Anspruch auf Familienunterhalt verdrängt deswegen auch den nach Wortlaut und inhaltlicher Ausgestaltung mit § 1570 BGB weitgehend vergleichbaren, nach dem Schutzzweck aber sogar noch schwächer ausgestalteten Unterhaltsanspruch gemäß § 1615 l BGB. Im Zeitpunkt der Heirat sind auch hier die zu dem früheren Unterhaltsanspruch nach § 1615 l Abs. 2 BGB führenden Umstände bekannt und werden von den neuen Ehegatten bewusst in den Schutz ihrer neuen Ehe einbezogen.

Auch die noch bestehenden Unterschiede der Ansprüche aus § 1615 l Abs. 2 und § 1570 BGB können eine unterschiedliche Behandlung bei (Wieder-)Heirat der unterhaltsberechtig-

ten Mutter nicht rechtfertigen. Zwar findet der Anspruch aus § 1570 BGB seinen Grund zum einen – wie der Anspruch aus § 1615 l BGB – darin, dass der Mutter während der ersten drei Lebensjahre des Kindes die Pflege und Erziehung des Kindes ermöglicht werden soll, ohne hieran durch eine Erwerbstätigkeit gehindert zu sein. Zum anderen beruht der Unterhaltsanspruch nach § 1570 BGB – wie ausgeführt – auf einer fortgeltenden nachehelichen Solidarität der geschiedenen Ehegatten. Der betreuende Elternteil soll sich zusätzlich in dem Umfang um die Pflege und Erziehung des Kindes kümmern können, wie es die Ehegatten in ihrem ursprünglichen Lebensplan vereinbart hatten. Deswegen ist der Anspruch auf nachehelichen Ehegattenunterhalt, worauf auch das Berufungsgericht abstellt, gegenüber dem Anspruch nach § 1615 l BGB teilweise privilegiert. Diese – durch den zusätzlichen Schutzzweck gebotene – Privilegierung des Unterhaltsanspruchs nach § 1570 BGB kann es nicht rechtfertigen, umgekehrt den Unterhaltsanspruch aus Anlass der Geburt gemäß § 1615 l BGB bei den Voraussetzungen für einen Wegfall des Anspruchs stärker auszugestalten. Denn dann könnte der vom Gesetzgeber schwächer ausgestaltete Anspruch den grundsätzlich weiter gehenden Anspruch nach § 1570 BGB im Falle einer schnellen (Wieder-)Heirat der Mutter überdauern, was nicht nur systemwidrig wäre, sondern auch dem von Verfassungs wegen garantierten Schutz der Ehe und Familie widersprechen würde. Um eine Schlechterstellung des unterhaltsberechtigten Ehegatten zu vermeiden, ist es somit geboten, die Vorschrift des § 1586 Abs. 1 BGB analog auch auf den Unterhaltsanspruch der Mutter aus Anlass der Geburt nach § 1615 l Abs. 2 BGB anzuwenden.

II.

Auch soweit das Berufungsgericht bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs nach § 1615 l Abs. 2 BGB lediglich den Zahlbetrag des nach § 1615 l Abs. 3 Satz 3 BGB vorrangigen Anspruchs auf Kindesunterhalt abgesetzt und dem Ehemann seinen hälftigen Anteil am Kindergeld nicht belassen hat, hält seine Entscheidung den Angriffen der Revision nicht stand.

Der Senat hatte schon mit Urteil vom 16.4.1997 (BGH, FamRZ 1997, 806, 809) die frühere Rechtsprechung aufgegeben und nicht mehr daran festgehalten, das Kindergeld zum unterhaltsrelevanten Einkommen des Unterhaltspflichtigen zu zählen und daraus den eheangemessenen Unterhaltsbedarf des berechtigten Ehegatten zu ermitteln. Dem folgend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der dem Unterhaltsschuldner verbleibende Anteil des Kindergelds nicht der Verteilungsmasse für die Berechnung des Unterhaltsbedarfs der Mutter hinzuzurechnen ist.

Davon ist auch für die Leistungsfähigkeit des Beklagten keine Ausnahme geboten. Das staatliche Kindergeld nach den Vorschriften des BKGG und den §§ 62 ff. EStG dient dem allgemeinen Familienlastenausgleich. Es ist eine öffentliche Sozialleistung, die den Eltern gewährt wird, um ihre Unterhaltslast gegenüber den Kindern zu erleichtern. Nach dem Grundgedanken der gleichen Teilhabe beider Eltern an der Unterhaltspflicht (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) steht auch das Kindergeld beiden Eltern zu gleichen Teilen zu. Lediglich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung wird das Kindergeld gemäß § 64 Abs. 1 EStG nur an einen Berechtigten ausbezahlt. Den internen Ausgleich unter den Eltern hat die Praxis stets über den Anspruch auf Kindesunterhalt oder, sofern ein solcher nicht geschuldet ist, mittels eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs durchgeführt. Diese Praxis hat die zum 1.7.1998 neu geschaffene Vorschrift des § 1612 b BGB übernommen. Bezieht also der unterhaltspflichtige Elternteil das Kindergeld, ist der von ihm geschuldete Unterhaltsbetrag (Tabellenbetrag) um das halbe Kindergeld zu erhöhen. Erhält hingegen der Elternteil das Kindergeld, der das Kind in seinen Haushalt aufgenommen hat, wie es dem Regelfall des § 64 Abs. 2 Satz 1 EStG entspricht, ist vom Tabellenbetrag des barunterhaltspflichtigen Elternteils das halbe Kindergeld abzusetzen. So wird erreicht, dass dem Kind der geschuldete Unterhaltsbetrag zufließt und zugleich das Kindergeld hälftig zwischen den Eltern aufgeteilt wird (vgl. *Wendl/Dose*, a. a. O., § 1 Rdnr. 460 f.). Mit der Neufassung des § 1612 b Abs. 5 BGB in der Fassung des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts vom 21.11.2000 (BGBl I, 1479) hat der Gesetzgeber zusätzlich auch die Verwendung des dem barunterhaltspflichtigen Elternteils zustehenden Kindergeldanteils geregelt. Er muss seinen hälftigen Kindergeldanteil nutzen, um den geschuldeten Kindesunterhalt bei mangelnder Leistungsfähigkeit auf bis zu 135 % des Regelbetrages der jeweils gültigen Regelbetragsverordnung aufzustocken. Eine Anrechnung des Kindergeldes unterbleibt also bereits dann, wenn der Unterhaltspflichtige außer Stande ist, Unterhalt in Höhe von 135 % des Regelbetrages nach der Regelbetragsverordnung zu leisten. Damit hat der Gesetzgeber das Barexistenzminimum der unterhaltsberechtigten Kinder sichern wollen (Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/3781, S. 8; vgl. auch BGH, FamRZ 2002, 536, 540 f.). Verbleiben dem Barunterhaltspflichtigen hingegen Teile des Kindergeldes, weil er auch ohne dieses in Höhe von 135 % des Regelbetrages leistungsfähig ist, handelt es sich dabei um die vom Gesetzgeber bezweckte Entlastung, die dem Elternteil zu belassen ist. Sie findet ihren Grund in den zusätzlichen Kosten, die ihm beim persönlichen Umgang mit dem Kind und durch weitere freiwillige Leistungen (Geschenke usw.) entstehen. Der Senat hat deswegen an der Rechtsprechung festgehalten, dass Kindergeld nicht dem unterhaltsrelevanten Einkommen hinzuzurechnen ist (BGH, FamRZ 1997, 806; BGH, FamRZ 2000, 1492, 1494; zur Verfassungsmäßigkeit des § 1612 b Abs. 5 BGB vgl. BGH, FamRZ 2003, 445 und BVerfG, FamRZ 2003, 1370).

Nach der Rechtsprechung des Senats scheidet auch ein Einsatz des dem Unterhaltsschuldner verbleibenden Kindergeldanteils für die gleichrangigen Unterhaltsansprüche des anderen Ehegatten aus (BGH, FamRZ 1997, 806, 810 f.). Nach § 1603 Abs. 2 Satz 1 BGB hat der unterhaltspflichtige Elternteil alle verfügbaren Mittel zu seinem und der minderjährigen Kinder Unterhalt zu verwenden. Verbleibt ihm trotz dieser verschärften Haftung und der zur Sicherung des Existenzminimums der Kinder in § 1612 b Abs. 5 BGB vorgeschriebenen Verwendung des Kindergeldes noch ein Restbetrag, ist ihm dieser ungekürzt zu belassen, zumal der andere Ehegatte ohnehin den hälftigen Anteil des Kindergeldes erhält. Das gilt erst recht für den Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Mutter aus Anlass der Geburt, weil er gegenüber dem Anspruch minderjähriger Kinder nachrangig ist (§ 1615 l Abs. 3 Satz 3 BGB).

Der dem Unterhaltspflichtigen verbleibende Anteil des Kindergeldes bleibt somit auch bei der Leistungsfähigkeit im absoluten Mangelfall außer Betracht. Entsprechend gehen auch die Leitlinien der Oberlandesgerichte davon aus, dass Kindergeld nicht dem unterhaltsrelevanten Einkommen hinzuzurechnen ist, § 1612 b Abs. 5 BGB eine abschließende Regelung für die Anrechnung des Kindergelds im Mangelfall getroffen und danach eine weitere Kindergeldanrechnung zu unterbleiben hat (jeweils Nr. 3 und 14; so auch *Wendl/Scholz*, a. a. O., § 2 Rdnr. 159 und 163; *Wendl/Gutdeutsch*, a. a. O.,

§ 5 Rdnr. 85, 87; a. A. *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rdnr. 38; vgl. auch *Eschenbruch/Wohlgemuth*, Der Unterhaltsprozess, 3. Aufl., Rdnr. 3123 ff.).

———

8. BGB § 1603 Abs. 2; ZPO § 323 Abs. 2; InsO §§ 286 ff., 304 ff. *(Unterhaltsrechtliche Obliegenheit zur Verbraucherinsolvenz)*

Den Unterhaltsschuldner trifft grundsätzlich eine Obliegenheit zur Einleitung der Verbraucherinsolvenz, wenn dieses Verfahren zulässig und geeignet ist, den laufenden Unterhalt seiner minderjährigen Kinder dadurch sicherzustellen, dass ihm Vorrang vor sonstigen Verbindlichkeiten eingeräumt wird. Das gilt nur dann nicht, wenn der Unterhaltsschuldner Umstände vorträgt und ggf. beweist, die eine solche Obliegenheit im Einzelfall als unzumutbar darstellen.

BGH, Urteil vom 23.2.2005, XII ZR 114/03; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien streiten um Abänderung der Unterhaltspflicht des Beklagten für seinen minderjährigen Sohn. Der am 23.5.1990 geborene Kläger und sein am 3.1.1987 geborener Bruder sind Kinder des Beklagten aus seiner geschiedenen Ehe. Nach der Ehescheidung verkauften die Eltern des Klägers ihr im Miteigentum stehendes Hausgrundstück. Weil der Kaufpreis nicht ausreichte, um das zur Finanzierung aufgenommene Darlehen vollständig zu tilgen, übernahm jeder geschiedene Ehegatte die Hälfte des restlichen Darlehens von rund 50.000 DM. Der Beklagte zahlt auf seinen Anteil monatliche Raten in Höhe von 375 DM und wird das Darlehen voraussichtlich gegen Ende 2006 getilgt haben.

Mit rechtskräftigem Urteil des Amtsgerichts wurde der Beklagte verurteilt, ab Juli 2001 monatlichen Kindesunterhalt an den Kläger in Höhe von 244,20 DM und an dessen Bruder in Höhe von 288,80 DM zu zahlen. Dabei ging das Amtsgericht von einem bereinigten Einkommen des allein barunterhaltspflichtigen Beklagten in Höhe von 2.548 DM aus und setzte davon die Kreditraten in Höhe von 375 DM sowie einen notwendigen Selbstbehalt in Höhe von 1.640 DM ab. Wegen der eingeschränkten Leistungsfähigkeit des Beklagten errechnete das Amtsgericht auf der Grundlage des Unterhaltsbedarfs des Klägers und seines älteren Bruders die ausgeurteilten Unterhaltsansprüche im Wege einer Mangelfallverteilung. Eine Verpflichtung des Beklagten zur Einleitung einer Verbraucherinsolvenz lehnte das Gericht seinerzeit ab.

Nach Vollendung des 12. Lebensjahres begehrt der Kläger nunmehr eine Erhöhung des Unterhalts auf den Regelbetrag der dritten Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle. Das Amtsgericht hat den Beklagten in Abänderung des früheren Urteils verurteilt, an den Kläger für die Zeit ab Januar 2003 monatlichen Unterhalt in Höhe von 222,50 € zu zahlen. Dabei ist es von einem unterhaltsrelevanten Einkommen in Höhe von 1.285 € ausgegangen, von dem es einen notwendigen Selbstbehalt in Höhe von 840 € abgesetzt hat. Die vom Beklagten gezahlten Kreditraten in Höhe von 191,73 € (= 375 DM) hat es hingegen nicht mehr abgesetzt. Das verteilungsfähige Einkommen in Höhe von 445 € hat es hälftig auf den Kläger und seinen bis Januar 2005 ebenfalls noch minderjährigen Bruder aufgeteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. (…)

II.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Abänderungsklage ausgegangen, weil der Kläger sein Abänderungsverlangen auf die allgemeine Änderung der Bedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle und auch auf das Erreichen deren dritter Altersstufe mit Vollendung des 12. Lebensjahres stützt.

a) Schon die Erhöhung des Unterhaltsbedarfs durch Wechsel in eine andere Altersstufe der Düsseldorfer Tabelle kann eine Abänderung im Sinne des § 323 Abs. 2 ZPO rechtfertigen (vgl. *Wendl/Thalmann*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 8 Rdnr. 159, 160 a; *Göppinger/Wax/Vogel*, Unterhaltsrecht, 8. Aufl., Rdnr. 2406). Gleiches gilt für die Neufestsetzung der Unterhaltsbeträge nach der Düsseldorfer Tabelle, die der zweijährigen Änderung der Regelbeträge gemäß § 1612 a Abs. 4 BGB in Verbindung mit §§ 1 und 2 der Regelbetrag-Verordnung folgen. Zwar bilden Unterhaltsrichtlinien als richterliche Entscheidungshilfen selbst keine tatsächlichen Umstände, so dass eine Neufestsetzung der in diesen Tabellen festgelegten Bedarfssätze für sich allein genommen noch keine Abänderungsklage nach § 323 ZPO rechtfertigen kann. Die Änderung der Regelbeträge und damit der Werte der Düsseldorfer Tabelle trägt allerdings dem Umstand Rechnung, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse sowohl auf Seiten des Bedürftigen als auch auf Seiten des Verpflichteten infolge Änderung der Lebenshaltungskosten und der Einkommensverhältnisse seit der letzten Festsetzung dieser Sätze gewandelt haben, und ist damit zugleich Ausdruck der Veränderung dieser tatsächlichen Verhältnisse. In dem Vorbringen einer Partei, die ihr Abänderungsverlangen auf eine Änderung der Bedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle stützt, ist daher regelmäßig auch die Behauptung zu sehen, dass sich die Einkommen und/oder die Lebenshaltungskosten seit der vorausgegangenen Fassung dieser Tabelle allgemein in einem Maße verändert hätten, wie dies der Änderung der Bedarfssätze entspreche (BGH, FamRZ 1995, 221, 222).

b) Der Kläger ist im Abänderungsverfahren auch nicht mit seinem Verlangen nach Einleitung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Beklagten präkludiert. Zwar hat das Amtsgericht die Darlehensverpflichtung des Beklagten in dem abzuändernden Urteil noch berücksichtigt und ihn nicht auf die Durchführung eines Insolvenzverfahrens verwiesen. Insoweit stützt sich die Entscheidung aber nicht auf früher vorhandene Tatsachen, deren Berücksichtigung § 323 Abs. 2 ZPO entgegen stünde, sondern auf eine geänderte Rechtsauffassung, die nach der Rechtsprechung des Senats auch im Abänderungsverfahren zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, FamRZ 2003, 848, 851 f.).

III.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält auch im Übrigen den Angriffen der Revision stand.

1. Der Beklagte ist wegen seiner gesteigerten Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kläger (§ 1603 Abs. 2 BGB) gehalten, alle zumutbaren Möglichkeiten auszunutzen, um dessen Unterhaltsbedarf sicherzustellen. Dazu zählt grundsätzlich auch die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, um den laufenden Unterhaltsverpflichtungen Vorrang vor den Darlehensverbindlichkeiten zu verschaffen.

a) Zwar schränkt schon eine gerichtlich angeordnete Unterhaltsleistung den Unterhaltspflichtigen in seiner durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Handlungsfreiheit ein. Dieses ist im Rahmen der verfassungsgemäßen Ordnung, zu der auch das Unterhaltsrecht gehört, nur insoweit zulässig, als es mit Art. 6 Abs. 1 GG im Einklang steht. Der ausgeurteilte Unterhalt darf deswegen nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Unterhaltspflichtigen führen. Wird bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs hingegen die Grenze des Zumutbaren

überschritten, ist die damit verbundene Beschränkung der finanziellen Dispositionsfreiheit des Verpflichteten nicht mehr Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung und kann vor dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht bestehen (BVerfGE 57, 361, 381; BVerfG, FamRZ 2001, 1685). Eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Unterhaltsrecht ist die Vorschrift des § 1603 Abs. 1 BGB, nach der nicht unterhaltspflichtig ist, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts anderen Personen Unterhalt zu gewähren. Dieser Grundsatz ist allerdings insoweit eingeschränkt, als Eltern gemäß § 1603 Abs. 2 BGB ihren minderjährigen unverheirateten (und denen gleichgestellten) Kindern gegenüber verpflichtet sind, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden. Grundvoraussetzung auch dieses Unterhaltsanspruchs bleibt allerdings die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten. Die Gerichte haben deswegen im Einzelfall zu prüfen, ob der Unterhaltspflichtige in der Lage ist, den beanspruchten Unterhalt zu zahlen oder ob dieser – unbeschadet der Zulässigkeit der Zurechnung fiktiven Einkommens – die finanzielle Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen übersteigt (BVerfG, FamRZ 2001, 1685).

Auf dieser Grundlage hat der Senat bei gesteigerter Unterhaltspflicht gegenüber minderjährigen Kindern nach § 1603 Abs. 2 BGB in ständiger Rechtsprechung stärkere Anstrengungen des Unterhaltsschuldners für zumutbar gehalten (BGH, FamRZ 2001, 1065 zu Überstunden und Nebenerwerb; BGH, FamRZ 1999, 843, 844 zur Umschulung zu einem besser dotierten Beruf; BGH, FamRZ 1994, 372, 374 zur Arbeitsplatzsuche und zum Rechtsbehelf gegen eine offensichtlich unbegründete Kündigung; BGH, FamRZ 1980, 1113, 1114 zur Zumutbarkeit eines Orts- und Berufswechsels).

b) Allerdings hat es der Senat bislang stets abgelehnt, den Ansprüchen Unterhaltsberechtigter einen allgemeinen Vorrang vor anderen Verbindlichkeiten des Unterhaltspflichtigen einzuräumen (BGH, FamRZ 1984, 657, 658 f.). Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen wäre es dem Unterhaltsschuldner nicht zumutbar, durch seine Unterhaltszahlungen immer tiefer in Schulden zu geraten (BVerfG, FamRZ 2001, 1685, 1686; BVerfG, FamRZ 2002, 1397, 1399; vgl. auch BGH, FamRZ 1989, 272 f.). Nachdem der Gesetzgeber mit den §§ 304 ff. InsO die Möglichkeit einer Verbraucherinsolvenz mit Restschuldbefreiung geschaffen hat, kann an dieser Rechtsprechung nicht mehr uneingeschränkt festgehalten werden. Denn nun ist es dem Unterhaltsschuldner möglich, den ohne Berücksichtigung von Drittschulden bemessenen laufenden Unterhalt zu zahlen und nach Ablauf von sechs Jahren seit Eröffnung des Insolvenzverfahrens Befreiung von seinen Schulden zu erlangen (§§ 286 ff. InsO). Aus den Vorschriften über die Insolvenzmasse (§§ 35 ff., 40 InsO) und dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 und 2 InsO folgt nämlich, dass dem Schuldner während der Dauer des Insolvenzverfahrens der nach § 850 c ZPO pfändungsfreie Teil seines Einkommens verbleibt (vgl. *Wendl/Gutdeutsch*, § 5 Rdnr. 122 a ff.; *Luthin/Margraf*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 10. Aufl., Rdnr. 1327 ff.; *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 9. Aufl., Rdnr. 113 b–113 d; *Weisbrodt*, FamRZ 2003, 1240, 1241; *Melchers*, FamRZ 2001, 1509; OLG Celle, FamRZ 2003, 1116; kritisch *Wohlgemuth*, FF 2004, 9, 12). Unterhaltsrückstände können ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens hingegen nicht mehr im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben werden und erlöschen im Falle einer späteren Restschuldbefreiung (§ 287 InsO; vgl. auch OLG Naumburg, ZInsO 2003, 1002; OLG Koblenz, FamRZ 2002, 31). Auf dieser gesetzlichen Grundlage ist es dem Unterhaltsschuldner jetzt zumutbar, den Unterhaltsansprüchen seiner minderjährigen Kinder Vorrang vor sonstigen Verbindlichkeiten einzuräumen. Ob es ihm in Anbetracht der gesteigerten Unterhaltspflicht nach § 1603 Abs. 2 BGB obliegt, Verbraucherinsolvenz zu beantragen, kann sich nur aus einer umfassenden Würdigung aller vom Unterhaltsschuldner darzulegenden Umstände, zu denen auch die eigenen und die Interessen der Unterhaltsgläubiger zählen, ergeben.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht zunächst die Voraussetzungen für eine Verbraucherinsolvenz mit Restschuldbefreiungsmöglichkeit bejaht. Nach §§ 16 ff. InsO setzt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Eröffnungsgrund voraus, der in einer Zahlungsunfähigkeit, einer drohenden Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung liegen kann. Im Falle einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit muss der allein antragsberechtigte Schuldner (§ 18 Abs. 1 InsO) eine längerfristige Liquiditätslücke belegen und dazu einerseits seine Verbindlichkeiten und andererseits sein Vermögen und seine Einkünfte in den nächsten ein bis zwei Jahren darlegen (vgl. *Kirchhof* in Heidelberger Kommentar InsO, 3. Aufl., § 18 InsO Rdnr. 8 f.). Hier ist nach den von der Revision nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hingegen nicht nur eine drohende, sondern bereits eine endgültige Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 InsO eingetreten. Der Beklagte schuldet dem Kläger und dessen Bruder nach dem rechtskräftigen Urteil des Amtsgerichts monatlichen Kindesunterhalt in Höhe von 272,52 € (= 533 DM). Davon konnten in der Vergangenheit lediglich 116 € monatlich gepfändet werden (§§ 850 a ff., 850 d ZPO). Wegen der noch ausstehenden Unterhaltsschulden hat der Beklagte inzwischen die eidesstattliche Versicherung abgegeben (§§ 899 ff. ZPO). Er ist somit nicht in der Lage, seine fälligen Unterhaltspflichten zu erfüllen, was für eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ausreicht (vgl. *Melchers/Hauß*, Unterhalt und Verbraucherinsolvenz, Rdnr. 130; a. A. noch OLG Stuttgart, FamRZ 2002, 982, das seine gegenteilige Rechtsprechung in dem Berufungsurteil aber ausdrücklich aufgegeben hat).

Nach dem Vortrag der Parteien sind gegenwärtig auch keine durchgreifenden Gründe gegen eine spätere Restschuldbefreiung nach Maßgabe der §§ 286 ff. InsO ersichtlich. Über eine Versagung der Restschuldbefreiung wird letztlich erst nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode von sechs Jahren entschieden (vgl. *Pape*, ZInsO 2004, 647, 649 f.). Für die Stundung der Verfahrenskosten verlangt § 4 a InsO deswegen zunächst nur eine summarische Prüfung, ob Versagungsgründe der beantragten Restschuldbefreiung entgegenstehen (BGH, MDR 2005, 711). Nichts anderes kann für die Obliegenheit zur Durchführung der Verbraucherinsolvenz gelten. Solche durchgreifenden Gründe, die gegen eine Restschuldbefreiung sprechen könnten, ergeben sich aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht.

3. Erscheint danach ein Verbraucherinsolvenzverfahren zulässig und geeignet, den Unterhaltsansprüchen minderjähriger oder ihnen gleichgestellter Kinder nach § 1603 Abs. 2 BGB Vorrang vor sonstigen Verbindlichkeiten des Unterhaltsschuldners einzuräumen, trifft den Unterhaltsschuldner eine Obliegenheit zur Einleitung dieses Verfahrens, wenn er nicht Umstände vorträgt, die eine Antragspflicht im konkreten Einzelfall als unzumutbar darstellen (so auch OLG Hamm, FamRZ 2001, 441; OLG Dresden, FamRZ 2003, 1028; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 656; a. A. OLG Naumburg, FamRZ 2003, 1215; OLG Düsseldorf, OLGR 2003, 30). Solche besonderen Umstände sind hier weder vorgetragen noch ersichtlich.

a) Durch die Einleitung des Insolvenzverfahrens wird der Beklagte als Unterhaltsschuldner zwar mit weiteren Kosten belastet. Nachdem der Bundesgerichtshof die Beschränkung auf die regelmäßige Mindestvergütung in masselosen Insolvenzverfahren für verfassungswidrig erklärt hat (vgl. BGH, NJW 2004, 941 = BGHZ 157, 282; BGH, NJW-RR 2004, 551), ist insoweit mit Kosten zu rechnen, die sich auf ca. 3.000 € belaufen können (zur Vergütung des Insolvenzverwalters vgl. auch BGH, WM 2004, 1783; BGH, WM 2004, 1842; BGH, WM 2005, 243 f.). Wegen dieser zusätzlichen Kosten kann dem Schuldner trotz seiner Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung auch keine Prozesskostenhilfe bewilligt werden, weil § 4 a InsO eine Stundung der Kosten des Insolvenzverfahrens vorsieht. Allerdings ist der Schuldner nach Abschluss des Insolvenzverfahrens und Erteilung der Restschuldbefreiung nur im Rahmen des § 115 Abs. 1 und 2 ZPO zur Rückzahlung dieser Kosten verpflichtet (§ 4 b InsO). Die durch das Verbraucherinsolvenzverfahren entstehenden Kosten belasten den Unterhaltsschuldner deswegen nicht unangemessen und sind für sich allein genommen noch nicht geeignet, das Verfahren für den Unterhaltsschuldner als unzumutbar darzustellen.

b) Durch die Bestellung eines Treuhänders im Insolvenzverfahren gemäß §§ 313 Abs. 1, 292 InsO wird der Unterhaltsschuldner in seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht unerheblich eingeschränkt (vgl. *Melchers/Hauß*, a. a. O., Rdnr. 131 ff.). Wie gegenüber einem Insolvenzverwalter bestehen nach §§ 97 f. InsO auch gegenüber dem Treuhänder weitgehende Auskunfts- und Mitwirkungspflichten (vgl. auch § 305 Abs. 1 und 2 InsO). Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht insbesondere das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter bzw. den Treuhänder über (§§ 21 Abs. 2, 80 bis 82, 313 Abs. 1 InsO). Die begehrte Restschuldbefreiung setzt nach § 287 Abs. 2 InsO voraus, dass der Schuldner seine pfändbaren Forderungen auf Bezüge aus einem Dienstverhältnis für die Dauer des Insolvenzverfahrens an den Treuhänder abtritt. Diese besonderen Bindungen des Schuldners schränken ihn während der sechsjährigen Wohlverhaltensperiode gemäß §§ 287 Abs. 2, 292 Abs. 1 InsO (vgl. Art. 107 EGInsO) und zusätzlich während des ca. sechsmonatigen vorbereitenden Verfahrens durch die Beratungsstelle (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO) ein. Gleichwohl überwiegen die Belastungen, die ein Insolvenzverfahren zwangsläufig für den Unterhaltsschuldner mit sich bringt, die Interessen seiner minderjährigen Kinder auf möglichst ungeschmälerte Unterhaltszahlungen regelmäßig nicht.

c) Betrachtet man im vorliegenden Fall die Dauer des Insolvenzverfahrens im Vergleich zu derjenigen der voraussichtlichen Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber dem noch bis Mai 2008 minderjährigen Kläger, ergibt sich keine für ihn unzumutbar lange Bindung. Hätte der Beklagte, wie ihm von den Vorinstanzen angesonnen wurde, am 1.1.2003 ein Verbraucherinsolvenzverfahren zur Eröffnung gebracht, wäre dieses Ende 2008 und somit nur wenige Monate nach Erreichen der Volljährigkeit des Klägers beendet gewesen. Die gesteigerte Unterhaltspflicht des Beklagten dauert nach § 1603 Abs. 2 Satz 2 BGB sogar über die Volljährigkeit bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des unterhaltsbedürftigen Kindes fort, wenn es noch im Haushalt eines Elternteils lebt und sich in der allgemeinen Schulausbildung befindet. Auch im Vergleich zu der Laufzeit des vom Beklagten geschuldeten Darlehens ergibt sich hier keine unzumutbar lange Bindungsfrist für den Beklagten. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts müsste der Beklagte die geschuldeten Darlehensraten mindestens noch bis Ende 2006 zahlen, was seine Leistungsfähigkeit einschränken würde, bis der Kläger fast 17 Jahre alt und der gesteigerten Unterhaltsberechtigung alsbald entwachsen ist. Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse, seinen Unterhaltsansprüchen Vorrang vor sonstigen Schulden zu verschaffen.

d) Mit der Einleitung des Insolvenzverfahrens sind zwar auch erhebliche Einschnitte in die Rechte anderer Gläubiger verbunden. Insbesondere können einzelne Insolvenzgläubiger, auch die Träger öffentlicher Leistungen wegen der auf sie übergegangenen Ansprüche, während der Dauer des Insolvenzverfahrens weder in die Insolvenzmasse noch in das sonstige Vermögen des Schuldners vollstrecken (§ 89 Abs. 1 InsO). Vorbehaltlich vorrangiger Rechte auf Absonderung (§§ 165 ff. InsO) sind sie auf eine quotenmäßige Befriedigung durch die Insolvenzmasse verwiesen (§§ 187 ff. InsO) und verlieren ihre Forderung im Fall der Restschuldbefreiung endgültig (§§ 286 ff. InsO). Das aber ist Folge der vom Gesetzgeber geschaffenen Verbraucherinsolvenz, die deswegen grundsätzlich nicht zu einer Unzumutbarkeit des Verfahrens für den Schuldner führen kann. Dem Beklagten wäre es auch ohne unterhaltsrechtliche Obliegenheit möglich, sich durch einen eigenen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens der bereits aufgelaufenen Unterhaltsrückstände zu entledigen.

Allerdings zählen zu diesen Insolvenzforderungen auch die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon fälligen Unterhaltsrückstände, weil auch diese ab Eröffnung der Verbraucherinsolvenz nicht mehr im Wege der Einzelzwangsvollstreckung durchgesetzt werden können (vgl. *Melchers/Hauß*, a. a. O.. Rdnr. 142 ff.). Neben dem Kläger erhalten im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens also auch sein inzwischen volljähriger Bruder und seine Mutter wegen des Vollstreckungsverbots nach § 89 InsO Unterhaltsrückstände allenfalls durch eine Verteilung im Insolvenzverfahren und auch nur insoweit, als der Unterhaltsschuldner Einkünfte erzielt, die die Pfändungsfreigrenzen des § 850 c Abs. 1 Satz 1 ZPO in Verbindung mit den Erhöhungsbeträgen nach Satz 2 übersteigen. Solche Einkünfte, die die Pfändungsgrenze nach § 850 c Abs. 1 ZPO von gegenwärtig 1.475 € bei einer laufenden Unterhaltspflicht gegenüber zwei Kindern (930 € + 350 € + 195 €) übersteigen, erzielt der Beklagte aber nicht. Allerdings begehrt der Kläger selbst, vertreten durch seine Mutter, die Einleitung des Insolvenzverfahrens, um somit wenigstens seinen laufenden Unterhalt zu sichern. Umstände, die aus Sicht des ebenfalls unterhaltsberechtigten Bruders zur Unzumutbarkeit der Einleitung eines Insolvenzverfahrens führen könnten, sind vom Berufungsgericht – von der Revision unangefochten – nicht festgestellt.

e) Die stets gebotene Abwägung der unmittelbaren Vorteile einer Einleitung des Insolvenzverfahrens mit dessen Nachteilen (vgl. insoweit *Weisbrodt*, FamRZ 2003, 1240, 1244) führt hier zu einer Obliegenheit des Beklagten zur Durchführung der Verbraucherinsolvenz. Denn gegenwärtig sind von dem erzielten Arbeitseinkommen des Beklagten nur sehr geringe monatliche Beträge pfändbar, die noch nicht einmal den ursprünglich titulierten Unterhalt des Klägers decken.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, nach der der einem Unterhaltsschuldner im Rahmen der Zwangsvollstreckung gemäß § 850 d Abs. 1 Satz 2 ZPO nur verbleibende notwendige eigene Unterhalt dem notwendigen Lebensbedarf im Sinne der Abschnitte 2 und 4 des Bundessozialhilfegesetzes (jetzt SGB XII Kapitel 3 und 11) entspricht (BGH, FamRZ 2003, 1466 = BGHZ 156, 30; *Zöller/Stöber*, ZPO, 25. Aufl., § 850 d Rdnr. 7), ergibt sich mit

Einleitung des Insolvenzverfahrens neben der erhöhten Unterhaltspflicht auch eine ungeschmälerte Vollstreckbarkeit. Denn Unterhaltsgläubiger können fortan wegen des Verbots der Einzelzwangsvollstreckung für andere Gläubiger hinsichtlich ihrer laufenden Unterhaltsansprüche auf den Differenzbetrag zwischen den Pfändungsfreigrenzen des § 850 c ZPO und dem dem Schuldner zu belassenden Unterhalt i. S. von § 850 d Abs. 1 Satz 2 ZPO zugreifen (OLG Celle, FamRZ 2003, 1116). Während der Kläger gegenwärtig monatlich nur 58 € (116 € : 2) beitreiben kann, was für die Zeit von Januar 2003 bis Mai 2008 insgesamt 3.770 € ausmacht, wäre ab Einleitung des Insolvenzverfahrens jedenfalls der vom Berufungsgericht für die Zeit ab Januar 2003 zugesprochene monatliche Unterhalt in Höhe von 222,50 € beitreibbar. Die Differenz beläuft sich mithin auf 164,50 € (222,50 € – 58€) monatlich, was selbst bei einer Unterhaltspflicht von nur noch ca. drei Jahren zu einem Mehrbetrag in Höhe von 5.922 € (164,50 € x 36) führt.

Insgesamt überwiegen deswegen die Vorteile für den nach § 1603 Abs. 2 BGB unterhaltsberechtigten Kläger die mit der Einleitung des Insolvenzverfahrens notwendigerweise verbundenen Belastungen des Beklagten so erheblich, dass diesem wegen der gesteigerten Unterhaltspflicht die Durchführung des Insolvenzverfahrens im Interesse seines minderjährigen Kindes zumutbar ist.

---

9. BGB § 1896 Abs. 3 *(Bestellung eines Überwachungsbetreuers)*

Ein Überwachungsbetreuer darf nur bestellt werden, wenn dies erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist insbesondere gegeben, wenn der Betroffene den Bevollmächtigten aufgrund seiner psychischen Erkrankung nicht mehr selbst kontrollieren kann und konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht nicht zum Wohle des Betroffenen verwendet, sei es, weil er dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte nicht gewachsen ist oder weil er die Vollmacht für eigene Zwecke missbraucht (vgl. Beschluss des Senats vom 9.3.2005, 3Z BR 271/04, FamRZ 2005, 1777). Das gilt insbesondere, wenn der Bevollmächtigte bereits seit mehreren Jahren für den Betroffenen tätig ist, ohne dass sich Anhaltspunkte für Regelwidrigkeiten ergeben haben.

BayObLG, Beschluss vom 11.5.2005, 3Z BR 260/04

Aus den Gründen:

I.

Die Betroffene erteilte mit notarieller Urkunde vom 27.12.1994 ihren beiden Töchtern, den Beteiligten zu 1 und 2, jeweils einzeln eine General- und Betreuungsvollmacht. Mit Schreiben vom 27.11.2003 widerrief die Betroffene die General- und Betreuungsvollmacht bezüglich der Beteiligten zu 1. Mit Beschluss des Amtsgerichts vom 18.5.2004 wurde eine Rechtsanwältin als Kontrollbetreuerin mit dem Aufgabenkreis Geltendmachung von Rechten der Betroffenen gegenüber den bevollmächtigten Beteiligten zu 1 und 2 bestellt. Der Beschluss beruhte auf einem psychiatrischen Gutachten vom 24.1.2004 sowie einer ergänzenden Stellungnahme der Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie Dr. C. vom 3.5.2004. Das Gutachten vom 24.1.2004 kam zu dem Ergebnis, dass bei der Betroffenen leichte kognitive Störungen bzw. eine beginnende Altersdemenz vorlägen. Es sei noch von einer Geschäftsfähig-keit der Betroffenen auszugehen, jedoch nicht von einer Testierfähigkeit. In der ergänzenden Stellungnahme der Fachärztin wurde ausgeführt, dass die Betroffene aufgrund ihrer kognitiven Defizite nicht in der Lage sei, die von ihr 1994 erteilte Vollmacht zu überwachen.

Auf die Beschwerde der Betroffenen hob das Landgericht – nach einer Anhörung der Betroffenen durch einen von der Kammer beauftragten Richter – mit Beschluss vom 12.11.2004 den Beschluss des Amtsgerichts vom 18.5.2004 auf. Gegen den Beschluss des Landgerichts vom 12.11.2004 wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer weiteren Beschwerde, mit der sie die Wiederherstellung der vom Amtsgericht angeordneten Kontrollbetreuung erstrebt.

II.

1. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 27 Abs. 1, § 29 Abs. 1 FGG). Sein Gegenstand ist ausschließlich die Frage der Bestellung einer Kontrollbetreuerin und nicht die Frage, ob für die Betroffene auch für andere Aufgabenkreise ein Betreuer zu bestellen ist. Das Rechtsmittel hat in der Sache im Ergebnis keinen Erfolg. (…)

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand (§ 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 546 ZPO). Sie erweist sich aber im Ergebnis aus anderen Gründen als zutreffend.

Die Feststellungen zur Frage, ob die Betroffene ihren Willen in dem der Kontrollbetreuung unterliegenden Bereich frei bilden kann, sind nicht verfahrensfehlerfrei getroffen worden.

a) Eine Überwachungsbetreuung setzt voraus, dass der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage ist, den Bevollmächtigten selbst zu überwachen (§ 1896 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB; vgl. BayObLG, FamRZ 1999, 1302).

b) Das Landgericht sieht diese Voraussetzungen nicht als gegeben an und bezieht sich dabei im Wesentlichen auf das fachärztliche Gutachten vom 24.1.2004 und dessen Ergänzung vom 3.5.2004. Im Verfahren bzgl. einer Überwachungsbetreuung genügt gemäß § 68 b Abs. 1 Satz 3 FGG zwar die Einholung eines ärztlichen Zeugnisses. Wenn – wie hier – jedoch ein Gutachten eines Sachverständigen im Sinne des § 68 Abs. 1 Satz 1 FGG im Verfahren zugrunde gelegt wird, ist dieses vom Gericht zu würdigen. Die Würdigung von Gutachten ist Sache der freien tatrichterlichen Beweiswürdigung und vom Rechtsbeschwerdegericht nur dahin überprüfbar, ob der Tatrichter den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG) und bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat (§ 25 FGG), ob seine Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt, ferner ob die Beweisanforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (BayObLGZ 1993, 18 m. w. N).

Die Erholung eines weiteren Sachverständigengutachtens steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts und kann dann erforderlich sein, wenn das vorliegende Gutachten an gravierenden Mängeln leidet, in unauflösbarem Widerspruch zu anderen gutachtlichen Äußerungen steht, Zweifel an der Sachkunde des Gutachters bestehen oder ein anderer Gutachter über überlegene Diagnosemittel und Fachkenntnisse verfügen würde (vgl. BayObLG, FamRZ 1998, 921; *Bassenge/Herbst/Roth*, FGG/RPflG, 10. Aufl., § 15 FGG Rdnr. 33; *Keidel/Schmidt*, FGG, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 46).

Das Landgericht stützt sich im Wesentlichen auf das fachärztliche Gutachten vom 24.1.2004 und dessen Ergänzung vom 3.5.2004, soweit dort ausgeführt wird, dass noch von einer

Geschäftsfähigkeit der Betroffenen auszugehen sei. Nicht gefolgt wird dem Gutachten jedoch in Bezug auf die Frage, ob die Betroffene aufgrund ihrer Krankheit oder Behinderung ihren Willen frei bestimmen könne bezüglich des Aufgabenkreises des § 1896 Abs. 3 BGB. Insoweit sei die Aussage der Sachverständigen so pauschal, dass sie nicht übernommen werden könne. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Gutachten erfolgt insoweit nicht. Ausgeführt wird nur, dass die geschäftsfähige Betroffene wisse, dass ihre Tochter die Vollmacht ausübe, und zwar zur Erhaltung des Vermögens der Betroffenen. Es wird nicht näher dargelegt, worauf diese Aussage beruht, sie dürfte sich jedoch wohl auf die Anhörung durch den beauftragten Richter am 22.10.2004 beziehen.

Die Ausführungen des Landgerichts lassen eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem Gutachten vermissen. Die ergänzende Stellungnahme vom 3.5.2004 führt ausdrücklich aus, dass die Betroffene aufgrund ihrer kognitiven Defizite nicht in der Lage sei, die von ihr 1994 erteilte Vollmacht zu überwachen und erläutert dies näher. Andererseits enthalten das fachärztliche Gutachten vom 24.1.2004 und dessen Ergänzung vom 3.5.2004 keine hinreichenden Ausführungen zur Frage, ob die Betroffene ihren Willen in dem der Kontrollbetreuung unterliegenden Bereich frei bilden kann. Hierzu heißt es in der ergänzenden Stellungnahme nur, dass die Betroffene „nicht frei davon erscheine, sich Einflüssen gegenüber Dritten abzugrenzen“. Nähere Erläuterungen hierzu fehlen. Es wird auch nicht hinreichend herausgearbeitet, warum die Betroffene zwar noch geschäftsfähig sein, aber ihre Vollmachten nicht mehr überwachen können soll. Im Hinblick auf die genannten Mängel der vorliegenden Sachverständigengutachten wäre es geboten gewesen, eine ergänzende Stellungnahme der Sachverständigen einzuholen, um die oben aufgezeigten Defizite zu beseitigen. Alternativ hätte das Landgericht aufgrund des Eindrucks der persönlichen Anhörung der Betroffenen von dem ärztlichen Gutachten abweichen können. Dann hätte die Betroffene aber nicht nur von einem beauftragten Mitglied, sondern vom ganzen Spruchkörper persönlich angehört werden müssen. Die Anhörung darf nicht von einem Mitglied der Kammer allein durchgeführt werden, wenn es auf den eigenen Eindruck des Gerichts von der Betroffenen ankommt (§ 69 g Abs. 5 Satz 2 FGG; vgl. Senatsentscheidung vom 30.6.2004, 3Z BR 103/04).

4. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich im Ergebnis aus anderen Gründen als zutreffend.

Eine Vollmachtskontrollbetreuung darf nur angeordnet werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls ein konkretes Bedürfnis für die Überwachung besteht (vgl. Beschluss des Senats vom 9.3.2005, 3Z BR 271/04; OLG Schleswig, FGPrax 2004, 70). Hierfür genügt der konkrete, d. h. der durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan wird (*Palandt/Diederichsen*, BGB, 64. Aufl., § 1896 Rdnr. 21). Ein Überwachungsbedürfnis in diesem Sinn ist etwa gegeben, wenn gegen die Redlichkeit oder die Tauglichkeit des Bevollmächtigten Bedenken bestehen, z. B. wegen eines vorangegangenen Verhaltens des Bevollmächtigten (LG München I, FamRZ 1998, 923). Das Bestehen solcher Bedenken ist aber nicht zwingende Voraussetzung (BayObLG, FamRZ 1999, 1302). Ein Überwachungsbedürfnis kann vielmehr auch zu bejahen sein, wenn nach den üblichen Maßstäben aus der Sicht eines vernünftigen Vollmachtgebers unter Berücksichtigung des in den Bevollmächtigten gesetzten Vertrauens eine ständige Kontrolle schon deshalb geboten ist, weil die zu besorgenden Geschäfte von besonderer Schwierigkeit und/oder besonderem Umfang sind (OLG Schleswig, a. a. O.; BayObLG, FamRZ 1994, 1550; BayObLG, FamRZ 1999, 1302). Dabei wird auch die Nähebeziehung zwischen dem Betroffenen und dem Bevollmächtigten eine Rolle spielen. So geht das Gesetz etwa davon aus, dass bei Betreuungen durch die Eltern, den Ehegatten oder einen Abkömmling ein geringeres Überwachungsbedürfnis besteht (vgl. § 1908 i i. V. m. § 1857 a BGB).

Nach dem bisherigen Akteninhalt besteht ein konkretes Bedürfnis für die Überwachung nicht. Vorsorgebevollmächtigt sind hier (bzw. waren ursprünglich) die beiden Töchter der Betroffenen, bei denen wegen des Rechtsgedankens des § 1908 i i. V. m. § 1857 a BGB generell ein geringeres Überwachungsbedürfnis besteht. Die Betroffene hat bei ihrer Anhörung auch ausdrücklich betont, dass die Beteiligte zu 2 für sie handeln solle. Die Vollmachten wurden bereits vor mehr als zehn Jahren in sehr weitgehendem Umfang erteilt, ohne dass es in der langen Zeit seither jedenfalls bezüglich der Beteiligten zu 2 zu Beanstandungen gekommen wäre. Die Vollmacht für die Beteiligte zu 1 wurde bereits widerrufen und diese hat gegenüber der Überwachungsbetreuerin und auch gegenüber dem Gericht mitgeteilt, dass sie keinerlei Geschäfte im Namen der Betroffenen tätigt.

Die Tatsache, dass auch Grundbesitz in überschaubarem Umfang vorhanden ist, reicht für ein Überwachungsbedürfnis allein nicht aus. Dass die Verwaltung des Vermögens der Betroffenen besondere Schwierigkeiten mit sich bringen würde, ist derzeit ebenso wenig erkennbar wie eine Überforderung der Bevollmächtigten. Konkrete Anhaltspunkte, dass die Beteiligte zu 2 die erteilte Vollmacht missbraucht hätte oder aus anderen Gründen Zweifel an ihrer Redlichkeit begründet wären, sind aus dem Akteninhalt nicht zu entnehmen und trotz des eindeutigen und ausführlichen richterlichen Hinweises vom 4.6.2004 auch nicht vorgebracht worden. Insbesondere sind offenbar Grundstücksverkäufe nur von der Betroffenen selbst getätigt worden und nicht durch die Beteiligte zu 2. Dass die Mitwirkung der Beteiligten zu 2 an Eigengeschäften der Betroffenen Zweifel an ihrer Redlichkeit begründen könnte, ist nicht dargelegt worden. Dass Flächen an die Gemeinde unter Wert verkauft worden sein sollen, kann etwa auch auf achtenswerten Motiven der Betroffenen beruhen (Beitrag zum Gemeindefestplatz als Gönnerin der Gemeinde).

Der Senat weist darauf hin, dass mit dieser Entscheidung für den jetzigen Zeitpunkt eine Überwachungsbetreuung abgelehnt worden ist. Sollten sich in Zukunft hinreichend konkrete Anhaltspunkte für ein Überwachungsbedürfnis ergeben, ist die Anordnung einer Überwachungs- bzw. Vollbetreuung jederzeit möglich.

———

10. BGB § § 138, 313 *(Scheidungsfolgenvereinbarung mit gehaltsunabhängigem Mindestunterhalt kann sittenwidrig sein)*

Eine Scheidungsfolgenvereinbarung kann sittenwidrig sein, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte einkommensunabhängigen Unterhalt ohne Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit zahlen soll.

OLG Celle, Beschluss vom 24.9.2004, 15 WF 214/04

Die Parteien sind getrennt lebende Eheleute. Der Kläger bezieht seit dem 1.9.2002 Altersrente, die 1941 geborene Beklagte ist nicht erwerbstätig. Der Kläger hat seine mit monatlichen Einkünften von rund 307 € verbundene Aushilfstätigkeit zum 31.12.2002 verloren. Er begehrt die Herabsetzung des in der Trennungs- und Scheidungs-

folgenvereinbarung vom 7.3.2002 vereinbarten Ehegattenunterhalts von monatlich 766,94 € auf monatlich 500 €. Das Amtsgericht hat dem Kläger die für seine Abänderungsklage nachgesuchte Prozesskostenhilfe versagt.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde des Klägers ist begründet. Die Rechtsverfolgung bietet im Sinne des § 114 ZPO hinreichende Aussicht auf Erfolg. Es kommt auf die Beurteilung einer schwierigen Rechtsfrage an, die zudem eine umfassende tatrichterliche Würdigung erfordert. Beides kann im summarischen Prozesskostenhilfeverfahren nach dessen Zweck nicht vorweggenommen werden, sondern ist dem Hauptsacheverfahren vorzubehalten (vgl. BVerfG, NJW 2004, 1789 unter III.2 a der Gründe; BGH, FamRZ 2003, 671, 672 unter II.1.).

Das Amtsgericht hat zutreffend erkannt, dass sich aus den in § 3 der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung der Parteien unter Nrn. 1. bis 3. getroffenen Regelungen die Vereinbarung eines vom Kläger geschuldeten Mindestunterhalts ergibt, der weder von der tatsächlichen Höhe seiner dort mit rund 1.280 € monatlich – statt derzeit lediglich bezogener monatlich 1.159,13 € – angenommenen Rente (und somit von dem durch die ehelichen Lebensverhältnisse geprägten Bedarf der Beklagten) noch von der Einhaltung des dem Kläger zu belassenden Selbstbehalts abhängig ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Kläger mit seinem im Wege der Abänderungsklage (auch) erhobenen Einwand der Unwirksamkeit dieser Vereinbarung ausgeschlossen ist, wovon das Amtsgericht jedoch ersichtlich ausgeht.

Zwar wird Hauptanwendungsfall der Grundsätze, die das BVerfG im Urteil vom 6.2.2001 (NJW 2001, 957 = MittBayNot 2001, 207 = DNotZ 2001, 222) zu dem aus Art. 2 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG folgenden Schutz vor einseitiger Lastenverteilung zwischen Ehegatten und die der BGH im Urteil vom 11.2.2004 (NJW 2004, 930 = MittBayNot 2004, 270 = DNotZ 2004, 550) zur Beurteilung der Wirksamkeit von Eheverträgen (§§ 1408, 1410 BGB) aufgestellt haben, eine mögliche Benachteiligung der infolge Schwangerschaft bzw. Kinderbetreuung über keine oder unzureichende Erwerbseinkünfte verfügenden und deshalb im Verhältnis zum erwerbstätigen Ehemann sozial schwächeren Ehefrau, d. h. des unterhaltsberechtigten Ehegatten sein. Aber der verfassungsrechtliche Schutz vor einer mit dem Gedanken der ehelichen Solidarität nicht in Einklang zu bringenden und von wesentlichen Elementen der gesetzlichen Unterhaltsnormen abweichenden vertraglichen Regelung kommt ebenso dem unterhaltsverpflichteten Ehegatten zu. Auch für ihn kann es durch einen Ehevertrag zu einer offenkundig einseitigen und durch individuelle Besonderheiten nicht gerechtfertigten Lastenverteilung kommen, die bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint und wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

Ob dies im Hinblick auf die hier zu beurteilende Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung, für deren Inhaltskontrolle die vorgenannten Kriterien gleichermaßen gelten (vgl. Senat, NJW 2004, 1961 = MittBayNot 2004, 367; *Johannsen/Henrich/Sedemund-Treiber*, Eherecht, 4. Aufl., § 630 ZPO Rdnr. 10 m. w. N.), der Fall ist, wird das Amtsgericht im Hauptsacheverfahren zu prüfen haben, und zwar nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien zu ihrer der Vereinbarung im Einzelnen zugrundeliegenden und die jeweilige Verhandlungsposition bestimmenden Lebenssituation sowie nach einer eventuell zum Zustandekommen der Vereinbarung durchzuführenden Beweisaufnahme. Diese Prüfung ist nicht dadurch entbehrlich, dass der Kläger, wie hier zu unterstellen, durch den beurkundenden Notar hinreichend über Inhalt und Konsequenzen der Regelungen belehrt wurde (vgl. BGH, NJW 2004, 930, 934 unter 3.).

Gegen die Wirksamkeit der in § 3 Nrn. 2. und 3. der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung getroffenen Regelungen könnte sprechen, dass der Kläger in Abkehr von dem das gesetzliche Leitbild des Unterhaltsrechts wesentlich prägenden Grundsatz der gleichmäßigen Teilhabe der Ehegatten an den die ehelichen Lebensverhältnisse prägenden Einnahmen und geldwerten Vorteile (sogenannte Halbteilung) und ohne Rücksicht auf seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit zur Zahlung eines Mindestunterhalts verpflichtet ist, wohingegen die Beklagte im Fall eigener (Renten) Einkünfte Anspruch auf einen sich nach Maßgabe des Halbteilungsgrundsatzes eventuell ergebenden noch höheren Unterhalt hat. Bei Festhalten am vereinbarten Unterhalt hätte der Kläger derzeit rechnerisch weniger als das Existenzminimum an Einkünften zur Verfügung. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein bei der Bemessung der Leistungsfähigkeit zu berücksichtigender Wohnvorteil des Klägers besteht, wird noch festzustellen sein. Bei der vorzunehmenden Wirksamkeitskontrolle ist auch zu berücksichtigen, dass es sich um eine schon 1961 geschlossene und damit sehr lange Ehe handelt, was sich hinsichtlich beider Parteien auf das Maß ihrer Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und damit auf die Beurteilung der Rechtfertigung der getroffenen Unterhaltsvereinbarung auswirken kann.

Sollten sich danach die vertraglichen Regelungen zum Unterhalt als unwirksam erweisen, werden sie bei gemäß § 139 BGB nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien anzunehmender Aufrechterhaltung der übrigen Vertragsbestandteile (Vereinbarung der Gütertrennung, Regelung des Zugewinnausgleichs, Hausratsteilung und Zuweisung der Ehewohnung) durch die gesetzlichen Regelungen zu ersetzen sein, nach denen sich kein höherer Unterhaltsanspruch der Beklagten als im Umfang zugestandener monatlich 500 € ergeben dürfte.

Haben dagegen die durch die Parteien getroffenen Regelungen nach einer Wirksamkeitskontrolle Bestand, wird das Amtsgericht im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen haben, ob der Kläger unter angemessener Berücksichtigung der berechtigten Belange der Beklagten und ihres Vertrauens in den Bestand der Vereinbarung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) an dieser festzuhalten oder ob sie im Sinne eines Interessenausgleichs an die jetzt eingetretene Situation anzupassen ist. Dabei wird im Hinblick auf § 313 Abs. 1 und 2 BGB auch festzustellen sein, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich die (subjektive und/oder objektive, vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 62. Aufl., § 313 Rdnr. 4 ff.) Geschäftsgrundlage des Vertrages schwerwiegend, d. h. wesentlich (§ 323 Abs. 1 und 4, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) geändert hat. Insoweit wäre nicht nur die bei Abschluss der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung zutage getretene Vorstellung der Parteien von einer bestimmten Höhe der künftigen Altersrente des Klägers von Bedeutung, sondern auch die Zugrundelegung seiner inzwischen weggefallenen Nebeneinkünfte.

11. BGB §§ 2038 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1; 745 Abs. 3 Satz 1 *(Mitwirkungspflicht eines Miterben bei der Veräußerung eines Nachlassgrundstücks)*

1. **Zu den mitwirkungspflichtigen Verwaltungsmaßregeln gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB zählen grundsätzlich auch Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände.**
2. **Die Beurteilung, ob eine Veränderung wesentlich i. S. von §§ 745 Abs. 3 Satz 1, 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB ist, richtet sich nach dem gesamten Nachlass und nicht den einzelnen davon betroffenen Nachlassgegenständen.**
3. **In der bloßen Umstrukturierung des Nachlasses durch die mit dem Verkauf eines Nachlassgrundstückes verbundene Verschiebung des Verhältnisses von Grund- zu Barvermögen liegt allein noch keine wesentliche Veränderung des Gesamtnachlasses.**

BGH, Urteil vom 28.9.2005, IV ZR 82/04

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen Verletzung von Mitwirkungspflichten gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB bei der Veräußerung eines Nachlassgrundstückes. Sie sind zusammen mit ihrem unter Betreuung stehenden Bruder Mitglieder einer Erbengemeinschaft nach ihrem am 14.3.2002 verstorbenen Vater. Zum Nachlass mit einem Gesamtwert von über 800.000 € gehörte neben Barvermögen und weiteren Immobilien ein Ferienhaus in D. Noch zu Lebzeiten ihres Vaters beauftragte die Klägerin in ihrer Eigenschaft als seine Betreuerin im Juni 2001 einen Immobilienmakler mit dem Verkauf dieses Anwesens. Nach mehr als 40 erfolglosen Veräußerungsversuchen boten im April 2002 Interessenten einen Kaufpreis von 144.000 €, der dem Schätzwert des örtlichen Gutachterausschusses vom März 2001 entsprach. Die Klägerin drängte wegen des angeblich fortschreitenden Verfalls verbunden mit unwirtschaftlichen Verwaltungsmaßnahmen auf einen Verkauf. Ihrer Aufforderung, dem zuzustimmen, kam die Beklagte nicht nach, weil sie damals noch an einer Eigennutzung interessiert gewesen sein will. Die Einzelheiten der unter Einschaltung des Immobilienmaklers darüber geführten Gespräche sind umstritten. Die Kaufinteressenten sahen schließlich von einem Erwerb des Ferienhauses ab. Im Oktober 2003 wurde es zu einem Preis von 100.000 € verkauft.

Die Klägerin will festgestellt wissen, dass die Beklagte der Erbengemeinschaft den Schaden zu ersetzen hat, der durch den nicht erfolgten Verkauf im Juni 2002 entstanden ist. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Wiederherstellung der Entscheidung des Landgerichts.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (…)

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

(…)

2. Richtig ist auch der materiell-rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts. Eine Schadensersatzpflicht der Beklagten im Zusammenhang mit der von der Klägerin betriebenen Veräußerung des Ferienhauses im Frühjahr 2002 setzt voraus, dass sie mit der nicht erteilten Zustimmung und der dadurch bewirkten Absage der Kaufinteressenten schuldhaft die ihr als Mitglied der Erbengemeinschaft obliegende Pflicht gegenüber den übrigen Miterben verletzt hat, bei Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich sind (§§ 280 Abs. 1, § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Die Annahme des Berufungsgerichts, eine solche Mitwirkungspflicht der Beklagten scheide bereits deswegen aus, weil ohne besondere Umstände vom Regelfall auszugehen sei, dass Verfügungen keine Verwaltungsmaßnahmen sind, trifft dagegen nicht zu. Sie beruht auf einem Missverständnis der von ihm im Ausgangspunkt allerdings zu Recht herangezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die den Begriff der Verwaltungsmaßregel näher bestimmt. Auch seine hilfsweise angestellten Erwägungen, die Veräußerung des Ferienhauses hätte eine von der Minderheit nicht hinzunehmende wesentliche Veränderung des Nachlasses bedeutet, sind nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Unter den Begriff gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses im Sinne von § 2038 Abs. 1 BGB fallen alle Maßregeln zur Verwahrung, Sicherung, Erhaltung und Vermehrung sowie zur Gewinnung der Nutzungen und Bestreitung der laufenden Verbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 22.2.1965, III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267 unter 3; Beschluss vom 29.1.1952, V BLw 16/51, LM Nr. 2 zu § 2038 BGB). Dazu zählen grundsätzlich auch Verfügungen über Nachlassgegenstände, nur muss neben der Ordnungsmäßigkeit die Erforderlichkeit einer solchen Verwaltungsmaßnahme durch besondere Umstände belegt sein, um eine Mitwirkungspflicht zu begründen.

aa) Das ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift. § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB spricht sehr viel umfassender als etwa § 2040 Abs. 1 BGB, der sich nur auf Verfügungen bezieht, von „Maßregeln“. Die systematische Stellung des engeren § 2040 Abs. 1 BGB, der dem weitergehenden § 2038 Abs. 1 BGB nachfolgt, unterstützt ein solches Verständnis, das auch durch die Entstehungsgeschichte belegt wird. Nach den Motiven zum BGB umfasst die Verwaltung – ähnlich weit – die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schließt also Veräußerungen, zu denen der Verwalter berechtigt ist, nicht aus (*Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, S. 337 zu § 1978 Abs. 1). Auch § 180 ZVG, der jedem Erben das Recht einräumt, zur Vorbereitung der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft selbständig einen Antrag auf Teilungsversteigerung zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998, IX ZR 284/97, NJW-RR 1999, 504 unter II 2; MünchKomm-BGB/*Heldrich*, 4. Aufl., § 2042 Rdnr. 65) verdeutlicht, dass Verfügungen, die einer Erbauseinandersetzung vorangehen und sie eventuell vorbereiten sollen – einschließlich solcher über Nachlassgrundbesitz –, Verwaltungsmaßnahmen sein können (vgl. BGHZ 101, 24, 26 f.; 140, 63, 68 f.; ebenso *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 43 I 3 a; *Staudinger/Werner*, BGB, 2002, § 2038 Rdnr. 6 f.

bb) Die vom Berufungsgericht missverstandene Formulierung im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 22.2.1965 (a. a. O. unter 3), dass unter Umständen zur Verwaltung auch Verfügungshandlungen erforderlich werden können, sollte lediglich das gesetzliche Gebot der Erforderlichkeit einer konkreten Verwaltungsmaßnahme hervorheben, ersichtlich aber nicht den Kreis der möglichen mitwirkungspflichtigen Verwaltungsmaßregeln einschränken. Eine Veräußerung wird danach nicht erst durch besondere Umstände zur Verwaltungsmaßnahme, vielmehr bedarf es besonderer Umstände, damit sie im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung als erforderlich bewertet werden kann.

cc) Die Annahme einer Verwaltungsmaßnahme scheitert schließlich nicht daran, dass es sich bei der vorgesehenen Veräußerung des Ferienhauses im Juni 2002 um eine damit unvereinbare Teilauseinandersetzung gehandelt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 22.2.1965, a. a. O.).

Anhaltspunkte für eine (gegebenenfalls sogar unzulässige) Teilauseinandersetzung gibt es nach den Angaben zu dem Veräußerungsgeschäft nicht; nicht einmal der Erlös sollte sogleich verteilt werden. Die beabsichtigte schlichte freihändige Veräußerung des Nachlassgrundstückes könnte sich allenfalls als eine insoweit unschädliche, die Erbauseinandersetzung lediglich vorbereitende Maßnahme darstellen, die ihre Eigenschaft als Verwaltungsmaßregel nicht in Frage stellt. Die Veräußerungspläne der Klägerin betrafen daher eine gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich mitwirkungspflichtige Verwaltungsmaßregel.

b) Die Beklagte war auch nicht deswegen von ihrer Mitwirkungspflicht entbunden, weil in der Veräußerung eine „wesentliche Veränderung des Gegenstandes" gelegen hätte, die gemäß §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht verlangt werden kann.

aa) Das Berufungsgericht hat die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage offen gelassen, ob mit Gegenstand im Sinne des § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB der gesamte Nachlass (so die wohl herrschende Meinung, vgl. MünchKommBGB/*Heldrich*, 4. Aufl., § 2038 Rdnr. 30; *Ann*, Die Erbengemeinschaft S. 22 f.; *Brox*, Erbrecht, 21. Aufl., Rdnr. 492; *Staudinger/Langhein*, BGB, 2002, § 745 Rdnr. 10, 42; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 64. Aufl., § 2038 Rdnr. 6; *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 225; *Lange/Kuchinke*, a. a. O., § 43 I 3 b) oder auch bzw. nur der konkrete einzelne Nachlassgegenstand gemeint ist (LG Hannover, NJW-RR 1990, 454; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2038 Rdnr. 9; *Schlüter*, Erbrecht, 15. Aufl., Rdnr. 672; *Staudinger/Werner*, a. a. O., § 2038 Rdnr. 13). Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Für die Wesentlichkeit einer Veränderung ist auf den gesamten Nachlass abzustellen, anderenfalls läge in jeder Verfügung über einen Nachlassgegenstand eine wesentliche Veränderung; derartige Maßnahmen wären mithin nie ordnungsgemäß. Das wäre indes mit Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Mitwirkungsregelungen unvereinbar, die – wie vorstehend unter 2 a) ausgeführt – Verfügungen in den Katalog der möglichen Verwaltungsmaßregeln grundsätzlich mit einbeziehen. Gestützt wird dies durch die Gesetzgebungsmotive zur Bruchteilsgemeinschaft. Die Frage nach dem Gegenstand der Gemeinschaft soll sich aus „den Vorschriften über die in Frage kommenden Rechtsinstitute" ergeben (*Mugdan*, a. a. O., II. Band, S. 488). Dies ist aus dem Kontext der maßgeblichen Verweisung des § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB der gesamte Nachlass. So regelt § 2038 Abs. 1 BGB – anders als etwa § 2040 Abs. 1 BGB – nicht (nur) die Verwaltung eines einzelnen Nachlassgegenstandes, sondern die Verwaltung des Nachlasses insgesamt (*Muscheler*, ZEV 1997, 171). Auch zur Erhaltung notwendige Maßregeln im Sinne des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB können sowohl solche sein, die auf Erhaltung des Nachlasses in seiner Gesamtheit abzielen, als auch solche, die nur der Erhaltung bestimmter einzelner Nachlassgegenstände dienen (BGHZ 6, 76, 80 f.). Damit umfasst die Verweisung des § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB auf § 745 Abs. 3 BGB ebenso den Nachlass als Ganzen (vgl. BGHZ 140, 63, 66 f.; MünchKommBGB/*Heldrich*, a. a. O.; *Brox*, a. a. O.; *Muscheler*, a. a. O., 225).

bb) Nicht gefolgt werden kann schließlich der Ansicht des Berufungsgerichts, es liege eine wesentliche Veränderung des Nachlasses vor, weil der Wert des Ferienhauses im Verhältnis zum Gesamtnachlass erheblich sei. Eine wesentliche Veränderung setzt voraus, dass durch die Verwaltungsmaßnahme die Zweckbestimmung oder Gestalt des Nachlasses in einschneidender Weise geändert werden würde (BGHZ 101, 24, 28; BGH, Urteile vom 8.3.2004, II ZR 5/02, BGH-Report 2004, 970 unter II 2 b; vom 14.11.1994, II ZR 209/93, NJW-RR 1995, 267 unter II 2 a aa und ständig). In diesem Zusammenhang misst das Berufungsgericht den wirtschaftlichen Auswirkungen der beabsichtigten Veräußerung zu wenig Gewicht bei. Durch den Verkauf des Grundstücks wäre der an die Erbengemeinschaft zu zahlende Erlös im Wege der dinglichen Surrogation an die Stelle der Immobilie getreten (§ 2041 Satz 1 BGB). Der Verkauf hätte also nur die Zusammensetzung des Nachlasses verändert, ohne dessen Substanzwert zu mindern. Zweck der §§ 2038 ff., 743 ff. BGB ist es hingegen, Wertverluste des Nachlasses bis zu dessen Teilung zu vermeiden (AnwKomm-BGB/*Ann*, § 2038 Rdnr. 1). Vor diesem Hintergrund stellt sich die geplante Veräußerung eines von mehreren Nachlassgrundstücken als bloße Umstrukturierung des Gesamtnachlasses dar, mit der lediglich das ursprünglich bestehende etwa gleichwertige Verhältnis von Barvermögen und Grundbesitz zugunsten des Barvermögens verschoben werden sollte. Bei einem Gesamtnachlasswert von über 800.000 € kann eine solche Veränderung des Nachlassbestandes in Höhe des zu erzielenden Kaufpreises von 144.000 € nicht als wesentlich gewertet werden; die wirtschaftliche Grundlage der Erbengemeinschaft bliebe davon unberührt (vgl. MünchKommBGB/*K. Schmidt*, §§ 744, 745 Rdnr. 25). Ebenso wenig würde dadurch der Charakter des gesamten Nachlasses geändert (vgl. BGHZ 140, 63). Zum Nachlass gehörten mehrere Immobilien; das streitgegenständliche Ferienhaus hat ihm also nicht das maßgebliche Gepräge geben können. Den Entzug der konkreten Nutzungsmöglichkeit durch den Verkauf einer bestimmten Immobilie muss der einzelne Miterbe hingegen hinnehmen, da die §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 2 BGB nur die Nutzungsquote garantierten, nicht aber die reale Eigennutzung (BGH, Urteil vom 14.11.1994, a. a. O., unter II 2 a bb).

3. Die Sache ist noch nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Grundstücksveräußerung als Verwaltungsmaßregel im Sinne des § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB ordnungsgemäß und auch erforderlich gewesen wäre. Das wird nachzuholen sein. Der Senat weist insoweit vorsorglich auf folgende Gesichtspunkte hin.

a) Die Ordnungsmäßigkeit einer Maßnahme ist aus objektiver Sicht zu beurteilen (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1982, II ZR 13/82, NJW 1983, 932 unter II 4 d; KG OLGE 30, 184). Entscheidend ist der Standpunkt eines vernünftig und wirtschaftlich denkenden Beurteilers (BGH, Urteil vom 22.2.1965, a. a. O., unter 3). Nach dem bisherigen Parteivortrag wird insoweit insbesondere zu berücksichtigen sein, ob dem von der Klägerin geforderten Verkauf gegenüber dem weiteren Leerstand des Hauses oder den vom Berufungsgericht genannten anderen Möglichkeiten – Sanierung, Vermietung oder Übernahme des Ferienhauses durch einen Miteigentümer – aus wirtschaftlicher Sicht der Vorzug zu geben gewesen wäre.

b) Die sich anschließend gegebenenfalls stellende Frage der Erforderlichkeit ist danach zu beantworten, ob ohne den beabsichtigten Verkauf eine wirtschaftliche Beeinträchtigung des Nachlasswertes zu besorgen gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 12.1.1972, IV ZR 1206/68, LM Nr. 2/3 zu § 2120 BGB; vgl. ferner Urteil vom 17.9.1954, V ZR 35/54, LM Nr. 14 zu § 1004 BGB). Dafür reicht der Umstand, dass der Landeswohlfahrtsverband H. als Kostenträger für den unter Betreuung stehenden Bruder der Parteien und Miterben zur Deckung seiner Kosten eine Veräußerung des streitgegenständlichen Anwesens gewollt und bereits in anderem Zusammenhang dem Bruder mit einer Teilungsversteigerung ge-

droht hat, allerdings nicht aus. Dieser in der Berufungsinstanz erstmals gehaltene – unstreitige – Sachvortrag der Klägerin hätte zwar grundsätzlich Berücksichtigung finden müssen (BGHZ 161, 138, 141 ff.). Dem Landeswohlfahrtsverband stand aber auch Barvermögen des Nachlasses in nicht unbeträchtlicher Höhe zur Befriedigung seiner Geldforderung zur Verfügung. Bislang ist kein Grund vorgetragen und auch sonst nicht ersichtlich, warum sich der Landeswohlfahrtsverband nicht hieraus als für den Nachlass weniger einschneidende Maßnahme – leichter und ohne etwaige wirtschaftliche Nachteile bei einer Zwangsversteigerung des Grundstückes – befriedigen könnte. Es besteht daher auch kein Anhalt, dass die Grundstückssubstanz wegen dieser Forderungen ohnehin nicht zu erhalten gewesen wäre (vgl. BGHZ 159, 254, 258 f.).

c) Die Feststellung des Landgerichts, das von der Beklagten behauptete Interesse an der Eigennutzung der Immobilie sei nur vorgeschoben gewesen, steht einer neuerlichen Beweiserhebung insoweit nicht entgegen. Schon die in der Berufungsbegründung der Beklagten dargelegten Zweifel an der Richtigkeit der landgerichtlichen Feststellungen geben Anlass für eine erneute Beweisaufnahme (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; vgl. BGH, Urteil vom 8.6.2004, VI ZR 230/03, NJW 2004, 2828). In diesem Zusammenhang kann auch der Vorhalt der Beklagten Bedeutung erlangen, die Klägerin habe vorschnell auf eine Veräußerung gedrungen, dieser Verkauf sei übereilt gewesen.

d) Sollte eine Mitwirkungspflicht festzustellen sein, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Beklagte ihr schuldhaft nicht nachgekommen ist. Die Verkaufsbemühungen sind von der Klägerin lange vor dem Erbfall eingeleitet worden. Der erst nach dem Erbfall damit in ihrer Eigenschaft als Miterbin befassten Beklagten muss eine gewisse Überlegungsfrist zugebilligt werden, wie aus ihrer Sicht mit der Immobilie verfahren werden soll.

Anmerkung

Die anzuzeigende Entscheidung des BGH-Erbrechtssenats ist zu begrüßen. Sie leistet einen wesentlichen Beitrag zur Erhellung des Rechts der Nachlassverwaltung durch Miterben. Obschon praktisch hochrelevant, ist das Thema dogmatisch noch verschiedentlich unklar. Der Senat hat mit der Entscheidung einige wichtige Fragen einer auch praktisch überzeugenden Lösung zugeführt.

Vergleichweise unproblematisch ist zunächst die Feststellung der Haftung für Schäden, die eine Erbengemeinschaft aus schuldhaften Pflichtverletzungen einzelner Miterben erleidet: Miterben, die nicht an Maßregeln mitwirken, die zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung erforderlich sind, schulden den anderen nach §§ 280 Abs. 1, 2038 Abs. 1 BGB Ersatz daraus entstehender Schäden.

Dann folgt der Kern der Entscheidung. Hier stellt der BGH zunächst das Verhältnis der Nachlassverwaltung nach § 2038 Abs. 1 BGB einerseits und der Verfügung über Nachlassgegenstände nach § 2040 BGB andererseits klar. Dieses Verhältnis ist schwierig, denn der Wortlaut des ursprünglich zur Sicherung des Nachlassbestands gedachten § 2040 BGB ist von der wirtschaftlichen Realität überholt worden.[1] Zweitens führt der Senat zu der höchstrichterlich noch nicht entschiedenen Frage aus, was „Gegenstand" i. S. d. §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 1 BGB ist: der Nachlass als ganzer oder nur ein einzelner Nachlassgegenstand. Diese Frage ist relevant, weil nach §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 1 BGB eine „wesentliche Veränderung des Gegenstandes" in der Erbengemeinschaft nicht beschlossen oder verlangt werden kann, Miterben daran folglich auch nicht mitwirken müssen. Drittens schließlich diskutiert der Senat die sich anschließende Frage, unter welchen Umständen die Veräußerung eines von mehreren Nachlassgrundstücken eine wesentliche Veränderung des Nachlasses darstellt.

Die erste Frage, ob die Veräußerung einer Nachlassimmobilie *per se* keine Verwaltungsmaßnahme nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB und damit grundsätzlich nicht mitwirkungspflichtig sein kann, berührt den eingangs erwähnten Streit um das Verhältnis der §§ 2038, 2040 BGB zueinander. Dieser Streit ist ein Grundproblem der Nachlassverwaltung. Seinen Kern bilden Wortlaut und Systematik beider Vorschriften. Sie lassen nicht klar erkennen, ob § 2040 Abs. 1 BGB für sämtliche Verfügungen über Nachlassgegenstände gelten soll oder nur für Verfügungen, die nicht auch Verwaltungsmaßregeln i. S. v. § 2038 BGB sind. Der Unterschied ist erheblich: Während § 2038 BGB neben der Gemeinschaftsverwaltung auch die Mehrheitsverwaltung und für Notfälle sogar die Einzelverwaltung kennt, gestattet der Wortlaut des § 2040 Abs. 1 BGB Verfügungen über Nachlassgegenstände nur gemeinschaftlich. Wäre § 2040 Abs. 1 BGB für jede Verfügung über Nachlassgegenstände anwendbar, könnten (zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung erforderliche) Verfügungen zwar mehrheitlich beschlossen werden. Vollzogen werden könnten diese Beschlüsse aber dennoch nur einstimmig. Das würde die Beschlussfassung der Miterben in den Grenzen von § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB faktisch zur „verbindlichen Meinungsumfrage"[2] herabstufen und querulatorisch strukturierte Miterben zur Obstruktion geradezu einladen. Zu Recht stellt der BGH darum im Anschluss an eine ältere Entscheidung des 3. Zivilsenats[3] fest, dass der § 2038 Abs. 1 BGB zugrundeliegende Verwaltungsbegriff weit verstanden werden und alle Maßnahmen umfassen muss, die „auf die Erhaltung, Nutzung und Mehrung des Nachlassvermögens gerichtet sind"[4]. Dazu zählen auch Verfügungen über Nachlassgegenstände.[5] Den zweiten Schritt, die Anwendbarkeit von § 2040 Abs. 1 BGB auch auf Verfügungen, die nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Nachlassverwaltung erforderliche Maßregeln darstellen, spricht der BGH nicht explizit an, obwohl hier doch die eigentlich entscheidende Frage liegt. Immerhin stellt der Senat klar, dass auch Verfügungen, zu denen der Verwalter berechtigt ist, Verwaltungsmaßnahmen sein können. Das erlaubt den Schluss, dass solche Verfügungen unter den Voraussetzungen des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB getroffen werden können, also nicht gemeinschaftlich erfolgen müssen, wie von § 2040 Abs. 1 BGB gefordert. Anders als noch vom Berufungsgericht verlangt, bedarf es *keiner* besonderen Umstände für die Qualifikation einer Verfügung als *nicht* gemeinschaftspflichtige Verwaltungsmaßregel. Vielmehr müssen solche Umstände umgekehrt zur Begründung der Gemeinschaftspflichtigkeit einer zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung erforderlichen Maßnahme vorliegen. Wie weit dies im Grundbuchverkehr tatsächlich praktisch wird, ist freilich unklar. Das Grundbuchamt wird nur schwer feststellen können, ob eine Verfügung nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB wirksam erfolgt ist. Eine entsprechende Auflassung wird es ohne richterliche Entscheidung daher wohl kaum vollziehen.

---

1 *Ann*, Die Erbengemeinschaft, Köln 2001, S. 121 f. m. w. N.

2 *Wiedemann*, GmbHR 1969, 248.

3 Urt. v. 22.2.1965, III ZR 208/63, FamRZ 1965, 267, 269.

4 *Staudinger/Werner*, § 2038 Rdnr. 4.

5 H. M.; vgl. statt aller nur *Ann*, a. a. O. (Fn. 1), S. 14; *Muscheler*, ZEV 1997, 172.

Zur zweiten wichtigen Frage der Entscheidung, was „Gegenstand“ im Sinne der §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 1 BGB ist, knüpft der Senat an seine vorstehenden Überlegungen an. Da das Abstellen auf Einzelgegenstände des Nachlasses bewirken würde, dass Verfügungen darüber nie ordnungsmäßig sein, sondern stets „eine wesentliche Veränderung des Gegenstands“ darstellen würden, die als solche dann nach §§ 2038 Abs. 2 Satz 1, 745 Abs. 3 Satz 1 BGB weder beschlossen, noch verlangt werden könnte, folgert der Senat, dass „Gegenstand“ im vorgenannten Zusammenhang stets der Nachlass als Ganzer sein muss. Das ist richtig. Es wird durch die Materialien gestützt und ist überwiegende Ansicht in dem vom Senat nachgewiesenen Schrifttum. Auch wird dieser Ansatz den Anforderungen der Praxis besser gerecht, denn stets ist zu bedenken: Je weiter die Gemeinschaftspflichtigkeit von Verwaltungsmaßnahmen ausgedehnt wird, desto mehr Anreiz besteht für nicht kooperationswillige Miterben, erst zu blockieren und sich ihre Zustimmung anschließend abkaufen zu lassen. Natürlich beschränkt dies die Rechte des einzelnen Miterben und erweitert die Dispositionsmöglichkeiten der Miterbenmehrheit. Dies ist aber hinzunehmen angesichts des Hinweises in den Materialien, entscheidend für die Definition des Gegenstandsbegriffs seien „die Vorschriften über die in Frage kommenden Rechtsinstitute“. Für die Verweisung in § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB ist dies der Gesamtnachlass.[6] Auch darauf weist der Senat völlig zu Recht hin.

Die Festlegung, was Gegenstand der Nachlassverwaltung ist, führt zur dritten Frage der Entscheidung: Lag in der vorliegend von der Miterbenmehrheit beschlossenen Veräußerung eines von mehreren nachlasszugehörigen Hausgrundstücken eine „wesentliche Veränderung“ des Nachlasses i. S. v. § 745 Abs. 3 BGB mit der Folge, dass die Veräußerung nicht von den Miterben hatte beschlossen oder verlangt werden können? Mit der ständigen Rechtsprechung (des Gesellschaftsrechtssenats)[7] fordert der Senat auch hier für das Vorliegen einer wesentlichen Änderung i. S. v. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB, dass *durch die fragliche Verwaltungsmaßnahme die Zweckbestimmung oder Gestalt des Nachlasses in einschneidender Weise verändert werden würde*. Das Berufungsgericht hatte das bejaht, dabei jedoch den Zweck der Erbengemeinschaft verkannt und die wirtschaftlichen Auswirkungen der Veräußerung auf den Nachlass unzureichend gewichtet:

Entgegen der (ebenso verbreiteten wie irreführenden) Rede von der Erbengemeinschaft als sterbender oder Liquidationsgemeinschaft[8] ist Hauptzweck der Erbengemeinschaft nicht ihre alsbaldige Selbstliquidierung, sondern die Erhaltung des Nachlasswerts zur Sicherung der Nachlassgläubiger und zum Wohl der Miterben sowie die gerechte Verteilung des nach Befriedigung der Gläubiger verbleibenden Rests. Vorher soll der Nachlass bis zur Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten beieinander bleiben, damit die Nachlassgläubiger durch den Tod ihres Schuldners keine Rechtsverluste erleiden. Damit die Miterben nicht entgegen § 2046 Abs. 1 Satz 1 BGB teilen schon bevor die Nachlassschulden beglichen sind, droht ihnen § 2059 Abs. 1 Satz 1 BGB mit dem Verlust ihrer Haftungsbeschränkungsmöglichkeit auf die jeweiligen Nachlassanteile und dem Eintritt der sofortigen persönlichen Haftung. Gegen Wertverluste, die dem Nachlass in der Zeit bis zur Teilung drohen, soll die Nachlassverwaltung durch die Miterben Schutz bieten. Das ist, wie der erkennende Senat ausdrücklich feststellt,[9] Hauptzweck der Nachlassverwaltung durch die Miterben. Abgesichert werden die Nachlassgläubiger in diesem Prozess maßgeblich durch die Anordnung der dinglichen Surrogation in § 2041 Satz 1 BGB. Sie hätte im vorliegenden Fall bewirkt, dass an die Stelle des Nachlassgrundstücks der von den Parteien vereinbarte Kaufpreis i. H. v. 144.000 € getreten wäre. Im Ergebnis hätte sich so nur die Zusammensetzung des Nachlasses verändert. Der für alle Beteiligten maßgeblichere Nachlasswert wäre hingegen unverändert geblieben. Angesichts eines Gesamtnachlasswerts von 800.000 € wäre die Veränderung eines von mehreren Nachlassgrundstücken im angegebenen Wert auch nicht wesentlich gewesen: Weder hätte sie die wirtschaftlichen Grundlagen der Erbengemeinschaft berührt, noch den Charakter des Nachlasses, zu dem mehrere Grundstücke gehört hatten, insgesamt verändert. Auch das ist sachgerecht, denn umgekehrt stellt der Senat damit klar, dass es auf zwei Wegen zu einer „wesentlichen Veränderung“ des Nachlasses i. S. v. § 745 Abs. 3 Satz 1 BGB kommen kann: Durch Überschreitung einer Wertgrenze, die bei 18 % jedenfalls noch nicht erreicht ist, und durch den Austausch „stilprägender“ Nachlassgegenstände, wie z. B. einer Kunstsammlung.

Dass der einzelne Miterbe nicht den Erhalt der konkreten Nutzungsmöglichkeit beanspruchen kann, die ihm der veräußerte Nachlassgegenstand sonst geboten hätte, hatte der Senat bereits früher entscheiden.[10]

Noch nicht Stellung nehmen kann der Senat demgegenüber zu der am Ende entscheidenden Frage, ob die hier in Rede stehende Verfügung über das nachlasszugehörige Hausgrundstück ordnungsmäßig im Sinne von § 2038 Abs. 1 BGB gewesen wäre. Zur Nachholung der dazu notwendigen Feststellungen erteilt der Senat dem Berufungsgericht noch folgende Hinweise: Die Ordnungsmäßigkeit einer Maßnahme ist aus der *ex-ante*-Sicht eines wirtschaftlich sinnvoll denkenden Urteilers zu bestimmen. Die Erforderlichkeit der Maßnahme bestimmt sich danach, ob nach objektiver Betrachtung ohne den Verkauf eine Beeinträchtigung des Nachlasswerts gedroht hätte. – Man darf gespannt sein, wie das Berufungsgericht diese Frage entscheiden wird, wenn es die dazu ausstehenden Feststellungen nachgeholt hat!

Prof. Dr. jur. *Christoph Ann* LL.M., (Duke Univ.), München

6 Zutr. *Muscheler*, ZEV 1997, 222, 225.

7 Zuletzt BGH v. 8.3.2004, II ZR 5/02, NJW-RR 2004, 809, 810.

8 Vgl. statt vieler nur *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl., § 42 I 5 a m. w. N.; a. A. *Ann*, a. a. O. (Fn. 1), S. 398 ff.

9 BGH MittBayNot 2006, 246 (in diesem Heft) unter Hinweis auf AnwK-BGB/*Ann*, § 2038 Rdnr. 1.

10 BGH v. 14.11.1994, II ZR 209/93, NJW-RR 1995, 267.

12. BGB §§ 1924 Abs. 4, 2287 Abs. 1 *(Missbräuchliche Benachteiligung von Vertragserben)*

Lebzeitige Zuwendungen, die der Erblasser einigen seiner Abkömmlinge im Hinblick auf die Vorempfänge anderer Vertragserben abweichend vom Erbvertrag zukommen lässt, können eine missbräuchliche Benachteiligung von Vertragserben im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB sein, auch wenn der Erblasser damit Vorempfänge an andere Vertragserben ausgleichen wollte. (Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Urteil vom 25.1.2006, IV ZR 153/04

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht auf der Website des Bundesgerichtshofs unter www.bundesgerichtshof.de

13. ZPO § 543; BGB § 2325 Abs. 2 Satz 2 *(Grundstückswert bei Pflichtteilsergänzung)*

a) Die Beschränkung einer Revisionszulassung „hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs" ist nicht zulässig, wenn sie nur einen unselbständigen, nicht abtrennbaren Teil des Ergänzungsanspruchs betrifft. Dies kann der Fall sein, wenn die Revision auf die Behandlung eines Wohnungsrechts bei der Ermittlung des Schenkungswertes beschränkt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

b) Kommt es gemäß § 2325 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 BGB auf den Grundstückswert im Zeitpunkt des Erbfalls an, bleibt der Wert des dem Erblasser bei vorheriger Grundstücksübertragung vorbehaltenen Wohnrechts unberücksichtigt (Bestätigung von BGHZ 118, 49).

BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen veröffentlicht auf der Website des Bundesgerichtshofes unter www.bundesgerichtshof.de.

---

14. BGB §§ 2078, 2079, 2346 *(Anfechtbarkeit des Erbverzichts)*

1. Die Anfechtung eines Erbverzichts durch den Verzichtenden ist nach dem Eintritt des Erbfalls ausgeschlossen.

2. Zur Frage, ob ein Irrtum im Beweggrund vorliegt, wenn der Erblasser eine seinen Vorstellungen entsprechende erbrechtliche Regelung gewählt, jedoch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten nicht gekannt und nicht berücksichtigt hat.

BayObLG, Beschluss vom 4.1.2006, 1Z BR 097/03; mitgeteilt von *Jupp Joachimski*, Vorsitzender Richter am BayObLG

Die Erblasserin ist am 12.12.1987 im Alter von 82 Jahren verstorben; ihr Ehemann ist am 15.5.1988 verstorben. Zum Vermögen der als Unternehmer tätigen Eheleute zählte insbesondere umfangreicher Grundbesitz. Der Beteiligte zu 1 ist einer der drei Söhne. Er befand sich vom 3.4.1981 bis zum 10.6.1981 in Untersuchungshaft wegen Verdachts des Betruges und der Steuerhinterziehung; er wurde 1986 wegen versuchter Steuerhinterziehung rechtskräftig verurteilt. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die 1964 und 1968 geborenen Kinder des Beteiligten zu 1. Der Beteiligte zu 2, einer der Brüder des Beteiligten zu 1, hat am 2.5.1981 auf Pflichtteilsansprüche gegenüber beiden Eltern verzichtet; der weitere Bruder H. im Schenkungsvertrag vom 1.3.1983 auf das Pflichtteilsrecht gegenüber seiner Mutter.

Mit notarieller Urkunde des Notars S. vom 18.5.1981 hat der Beteiligte zu 1, vertreten durch seine damalige Ehefrau, gegenüber seinen Eltern auf sein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht sowie einen etwaigen Ergänzungsanspruch nach § 2325 BGB zugunsten seiner Kinder verzichtet; seine Eltern haben den Verzicht angenommen. Der Urkunde ist eine schriftliche „Erklärung" des Beteiligten zu 1 vom 22.5.1981 beigeheftet, wonach seine Ehefrau „berechtigt und beauftragt" sei, aufgrund der ihr erteilten allgemeinen Vollmacht vom 14.3.1972 für ihn einen Erb- und Pflichtteilsverzicht abzugeben. Der Beteiligte zu 1 wurde damals durch Rechtsanwalt Dr. Z. anwaltlich beraten, seine Eltern durch Rechtsanwalt Dr. Sch.

Es liegen notarielle Testamente der Erblasserin vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 vor, ferner ein notarielles gemeinschaftliches Testament vom 10.9.1985 sowie privatschriftliche gemeinschaftliche Testamente der Eheleute vom 13.5.1981, 10.11.1981 und 4.2.1983. Der Ehemann der Erblasserin hat ebenfalls am 14.5.1981 und am 10.9.1985 notarielle Testamente errichtet, die mit denjenigen der Erblasserin weitgehend inhaltsgleich sind.

Mit Schreiben vom 16.2.1987 hat der Beteiligte zu 1 seine Mutter aufgefordert, ihr Versprechen einer gerechten Erbauseinandersetzung einzulösen, da er nur im Vertrauen darauf dem Erbverzicht zugestimmt habe. Die Erblasserin hat mit Schreiben des Notars L. vom 20.5.1987 erwidern lassen, sie sehe keinen Anlass, ihre Verfügungen von Todes wegen aufzuheben oder zu ändern.

Nach dem Tod der Erblasserin wurde Notar Dr. L. am 26.8.1988 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt mit dem Vermerk, dass die Testamentsvollstreckung mit Ablauf des 31.12.1989 ende. Ein Erbschein wurde weder beantragt noch erteilt.

Der Beteiligte zu 1 hat zu Urkunde des Notars Dr. Kr. vom 22.8.2002 die Testamente der Erblasserin vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 wegen Inhalts-, Rechtsfolgen- und Motivirrtums sowie wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten angefochten. Er hat außerdem die Anfechtung des Erb- und Pflichtteilsverzicht vom 18.5.1981 sowie der von ihm erteilten Auftragsbestätigung vom 22.5.1981 wegen Inhalts- und Rechtsfolgenirrtums und wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft in der Person seiner Eltern erklärt. Mit Schreiben vom 18.11.2002 hat er eine weitere Anfechtung des Erb- und Pflichtteilsverzichts wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft seiner Kinder erklärt. Mit Schreiben vom 20.1.2003 hat der Beteiligte zu 1 das Testament vom 4.2.1983 sowie das Testament vom 13.5.1981 angefochten.

Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbe, teils aufgrund Testaments, teils aufgrund Gesetzes und Anwachsung, beantragt. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind dem Antrag entgegengetreten. Sie halten Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe nicht für gegeben und die Anfechtung überdies für verfristet.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 12.3.2003 den Erbscheinsantrag abgewiesen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 8.9.2003 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde. Das Rechtsmittel erwies sich als zulässig, jedoch nicht begründet.

Aus den Gründen:

(…)

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Die zahlreichen Haupt- und Hilfsanträge des Beteiligten zu 1 könnten nur dann Erfolg haben, wenn dem Beteiligten eine Erbenstellung entweder aufgrund Gesetzes oder aufgrund letztwilliger Verfügung zustünde. Beides ist nicht der Fall.

a) Eine Erbenstellung aufgrund gesetzlicher Erbfolge scheidet schon deshalb aus, weil der Beteiligte zu 1 aufgrund des Erbverzichts vom 18.5.1981 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dieser Verzicht sei wirksam.

aa) Selbst wenn man unterstellt, dass zwischen dem Beteiligten zu 1 und seinen Eltern eine Abfindung vereinbart worden war, führt der Umstand, dass diese Vereinbarung nicht in den notariell beurkundeten Verzichtsvertrag aufgenommen wurde, nicht zu dessen Nichtigkeit. Der Erbverzicht ist ein abstraktes Verfügungsgeschäft. Die Vereinbarung einer Abfindung steht rechtlich selbständig neben ihm; wird eine vereinbarte Abfindung nicht geleistet, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des Verzichts, selbst schuldrechtlich kann nicht dessen Aufhebung verlangt werden (*Palandt/Edenhofer*, BGB, 65. Aufl., vor § 2346 Rdnr. 9). Anderes kann nur gelten, wenn die beiden Geschäfte miteinander verknüpft werden, etwa durch Aufnahme einer entsprechenden Bedingung in den Verzichtsvertrag. Das ist hier nicht geschehen. Es kann deshalb im Erbscheinsverfahren dahinstehen, ob tatsächlich eine Abfindung zugunsten des Beteiligten zu 1 im Zusammenhang mit dem Erbverzicht vereinbart wurde. Dagegen spricht im Übrigen das vom Beteiligen zu 1 vorgelegte Schreiben seines Rechtsanwalts vom 13.5.1981, wonach über die Einräumung eines Bruchteilsnießbrauchs zugunsten der Ehefrau des Beteiligten zu 1 verhandelt wurde.

bb) Für einen Dissens über den Erbverzicht als solchen oder für ein Scheingeschäft fehlt jeder konkrete Anhaltspunkt, zumal in der Urkunde selbst ausdrücklich festgehalten ist, dass die Beteiligten über die Rechtswirkungen durch den Notar belehrt worden sind.

cc) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht auch davon ausgegangen, dass nach Eintritt des Erbfalls die Anfechtung eines Erbverzichts nicht mehr möglich ist. Diese Auffassung steht im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur, der sich der Senat anschließt.

Der Erbverzicht ist ein abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft. Er ändert die gesetzliche Erbfolge unmittelbar, indem er die Erbenstellung und Pflichtteilsberechtigung (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB) des Verzichtenden beseitigt (vgl. BGH, NJW 1997, 653). Nach dem Tod des Erblassers ist eine Aufhebung des Erbverzichts (§ 2351 BGB) nicht mehr möglich, da der Erblasser einen solchen Vertrag nur persönlich schließen kann (§ 2351 i. V. m. § 2347 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 BGB; *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2351 Rdnr. 1). Dieses Ziel kann auch nicht durch eine Rückabwicklung des Verzichtsvertrages auf der Grundlage von § 242 BGB erreicht werden, wenn das Fehlen oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage erst nach Eintritt des Erbfalls geltend gemacht werden. Dem stehen gewichtige Gründe der Rechtssicherheit entgegen. Die Erbfolge muss mit dem Tod des Erblassers auf einer festen Grundlage stehen und darf grundsätzlich nicht noch nach beliebig langer Zeit wieder umgestoßen werden können (BGH, NJW 1999, 789).

Für die Anfechtung des Erbverzichts durch den Verzichtenden nach Eintritt des Erbfalls kann nichts anderes gelten (so auch OLG Celle, NJW-RR 2003, 1450 = ZEV 2004, 156, 157 m. abl. Anm. *Damrau*; Schleswig-Holsteinisches OLG, ZEV 1998, 28 m. abl. Anm. *Mankowski*; OLG Koblenz, NJW-RR 1993, 708; OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, 704; ausführlich *Staudinger/Schotten*, BGB, 2004, § 2346 Rdnr. 106 m. w. N.; *Palandt/Edenhofer*, BGB, vor § 2346 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/*Strobel*, 4. Aufl., § 2346 Rdnr. 4 a. E.; a. A. *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2346 Rdnr. 20). Die gegenteilige Ansicht überzeugt nicht. Zwar kann auch das späte Auffinden oder die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung dazu führen, dass die Erbfolge erst längere Zeit nach dem Tod des Erblassers feststeht. Hier handelt es sich jedoch um Fallgestaltungen, bei denen der wahre Wille des Erblassers erst mit Verzögerung festgestellt werden kann, sei es durch das Auffinden seiner letztwilligen Verfügung, in der er die Erbfolge geregelt hat, sei es durch eine Anfechtung, die nur in den Fällen erfolgreich sein kann, in denen die letztwillige Verfügung mit Willensmängeln des Erblassers behaftet ist. Im Gegensatz zu diesen Fällen würde durch die erfolgreiche Anfechtung eines Erbverzichts durch den Verzichtenden nach dem Tod des Erblassers eine neue Sachlage geschaffen, auf die der Erblasser, der bei der Regelung der Erbfolge von der Wirksamkeit des Verzichts ausgegangen ist, nicht mehr reagieren kann. Die Anfechtung des Erbverzichts nach dem Tod des Erblassers beeinträchtigt deshalb nicht nur die Rechtssicherheit, sondern führt auch zu einer Verfälschung der vom Erblasser gewollten Erbfolge. Zudem liegt es in der Natur des Erbverzichts als abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft unter Lebenden auf den Todesfall, dass er die Rechtslage bei Eintritt des Erbfalls unmittelbar umgestalten soll und diese rechtsgestaltende Wirkung nur zu einem ganz genau bestimmten Zeitpunkt, dem Tod des Erblassers, eintreten kann (*Staudinger/Schotten*, BGB, § 2346 Rdnr. 106 a. E.).

Eines Eingehens auf die vom Beteiligten zu 1 bezüglich des Erb- und Pflichtteilsverzichts vorgetragenen Anfechtungsgründe bedarf es deshalb nicht. Der Beteiligte zu 1 übersieht im Übrigen, dass es bezüglich von Willensmängeln nicht auf seine eigenen Vorstellungen, sondern auf diejenigen seiner Ehefrau als Vertreterin ankäme (§ 166 Abs. 1 BGB), der er in seinem Brief vom 2.5.1981 mit den Worten „was immer Du glaubst tun zu müssen, tue es“ freie Hand gelassen und offenbar keineswegs – wie später vorgetragen – eine Weisung erteilt hatte. Insoweit fehlt bisher ein relevanter Anhaltspunkt dafür, dass auch diese die Vorstellungen des Beteiligten zu 1 teilte, wie sie in der Anfechtungserklärung vom 22.8.2002 dargelegt sind. Schließlich wären auch die Anfechtungsfristen (§ 121 Abs. 1, § 124 Abs. 1 BGB) längst verstrichen. Dass eine Abfindung jedenfalls nicht wirksam vereinbart war, wusste der Beteiligte zu 1 ausweislich des Akteneinsichtsgesuchs seiner damaligen Anwältin spätestens 1993.

dd) Der Beteiligte zu 1 hat den Erbverzicht zugunsten seiner Kinder, der Beteiligten zu 3 und 4 erklärt. Nach § 2350 Abs. 1 BGB ist im Zweifel anzunehmen, dass der zugunsten eines anderen erklärte Verzicht nur für den Fall gelten soll, dass der andere Erbe wird. Es kann dahinstehen, ob das auch dann gilt, wenn der Verzichtende die Erbeinsetzung desjenigen, zu dessen Gunsten er verzichtet hat, selbst durch Anfechtung des diesen begünstigenden Testaments beseitigt. Nachdem die Testamentsanfechtungen des Beteiligten zu 1 nicht durchgreifen (siehe unten b), sind die Beteiligten zu 3 und 4 Erben, die Bedingung ist also eingetreten. Dies wäre im Übrigen auch dann der Fall, wenn die Anfechtung der ab dem 14.5.1981 verfassten letztwilligen Verfügungen durchgreifen würde und deshalb gesetzliche Erbfolge eingetreten wäre.

b) Der Beteiligte zu 1 ist auch nicht Erbe aufgrund letztwilliger Verfügung.

Aus den am 13.5.1981 und später errichteten letztwilligen Verfügungen der Erblasserin ergibt sich schon ihrem eindeutigen Inhalt nach keine Erbenstellung des Beteiligten zu 1. Hinsichtlich des Testaments vom 10.11.1981, das immerhin eine Erbeinsetzung vorsieht, folgt dies jedenfalls daraus, dass die dort ausdrücklich statuierte und hervorgehobene Bedingung nicht eingetreten ist. Die Versuche des Beteiligten zu 1, diese Bedingung im Wege der Auslegung zu beseitigen, finden im Testament keinen Anhalt, für eine solche Auslegung fehlt auch jeder tatsächliche Anhaltspunkt. Im Übrigen stützt auch der Beteiligte zu 1 selbst seine Behauptung, er sei Erbe geworden, nicht (mehr) auf diese Verfügung.

Aus den vor dem 13.5.1981 errichteten letztwilligen Verfügungen kann der Beteiligte zu 1 eine Erbenstellung nicht herleiten, da sie jedenfalls durch das gemeinschaftliche Testament vom 13.5.1981 wirksam widerrufen worden sind.

aa) Die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen der Erblasserin wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten (§ 2079 BGB) führt nicht zur Unwirksamkeit dieser Verfügungen. Dies ergibt sich hinsichtlich des hier in erster Linie maßgeblichen Testaments vom 13.5.1981 schon daraus, dass der Beteiligte durch dieses Testament nicht übergangen wurde, sondern die Stellung als gesetzlicher Erbe erwarb. Die Enterbung enthält erst das Testament vom 14.5.1981, den Erbverzicht hat der Beteiligte erst später, nämlich am 18.5.1981, erklärt. Im Übrigen ist infolge des wie dargelegt wirksamen Erbverzichts auch die Pflichtteilsberechtigung des Beteiligten zu 1 entfallen (§ 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ihm fehlt daher die Anfechtungsberechtigung (§ 2080 Abs. 3 BGB). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob und inwieweit überhaupt ein Irrtum der Erblasserin vorlag, sei es über die Wirksamkeit der Pflichtteilsentziehung im Testament vom 14.5.1981, sei es über eine Pflichtteilsberechtigung des Betei-

ligten zu 1 bei Abfassung der Testamente vom 1.3.1983 und 10.9.1985, und ob das – später wieder aufgehobene – Testament vom 10.11.1981 eine Verzeihung im Sinne des § 2337 BGB enthielt.

bb) Jedenfalls im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht auch allen vom Beteiligten zu 1 erklärten Anfechtungen der ab dem 13.5.1981 errichteten letztwilligen Verfügungen wegen Irrtums der Erblasserin im Beweggrund den Erfolg versagt.

(1) Der Beteiligte zu 1 hat zunächst das notarielle Testament der Erblasserin vom 14.5.1981 und die Nachträge dazu vom 1.3.1983 und 10.9.1985 angefochten. Nach diesen letztwilligen Verfügungen sind die Beteiligten zu 3 und 4 Erben. Der Beteiligte zu 1 ist zur Anfechtung dieser letztwilligen Verfügungen dann berechtigt, wenn ihm ihre Aufhebung unmittelbar zustatten kommt (§ 2080 Abs. 1 BGB). Das ist, worauf das Landgericht zutreffend hinweist, zunächst nicht der Fall. Die Aufhebung der in den letztwilligen Verfügungen vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 angeordneten Erbeinsetzungen würde zum Eintritt gesetzlicher Erbfolge führen, da sämtliche anderen letztwilligen Verfügungen durch das gemeinschaftliche Testament vom 10.9.1985 widerrufen worden sind. Die Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 19.7.1980 mit Nachtrag vom 19.4.1981 sind zudem bereits mit dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.5.1981 widerrufen worden. Der Beteiligte zu 1 gehört jedoch nicht zu den gesetzlichen Erben, da er aufgrund des Erbverzichts vom 18.5.1981 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist.

Das Landgericht ist weiter zutreffend davon ausgegangen, dass der Beteiligte zu 1 zur Anfechtung der letztwilligen Verfügungen vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 berechtigt ist, wenn seine Anfechtung der gemeinschaftlichen Testamente vom 13.5.1981 und vom 10.9.1985 durchgreift, da nach Wegfall dieser Testamente (und derjenigen vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985) die in dem gemeinschaftlichen Testament vom 19.7.1980 mit Nachtrag vom 19.4.1981 angeordnete Erbfolge eintrete, nach der der Beteiligte zu 1 Miterbe zu 1/3 sei. Feststellungen dazu, welchen Inhalt das gemeinschaftliche Testament vom 19.7.1980 und der Nachtrag vom 19.4.1981 haben, hat es allerdings nicht getroffen. Es hat vielmehr zugunsten des Beteiligten zu 1 unterstellt, dass er in diesen letztwilligen Verfügungen – wie von ihm vorgetragen – neben seinen beiden Brüdern als Miterbe zu 1/3 eingesetzt war. Eine solche Annahme, für die der Beteiligte zu 1 die Feststellungslast trägt, begegnet jedenfalls insoweit Zweifeln, als der Beteiligte zu 1 die nicht mehr vorhandenen letztwilligen Verfügungen vom 19.7.1980 und 19.4.1981 nicht aus eigener Anschauung kennt, sondern den Inhalt nur ableitet aus einer Äußerung des Notars S., wonach diese Testamente „eine gerechte Lösung, die die Interessen aller drei Söhne … gleichmäßig berücksichtigte, enthielten“ (Versicherung an Eides statt vom 15.11.2002). Der Beteiligte zu 1 zieht daraus den Schluss, dass die Testamente die „gleichmäßige Bedenkung aller drei Söhne“ vorsahen. Ob die „gleichmäßige Bedenkung“ der drei Söhne bereits für den Tod des Erstversterbenden angeordnet war oder ob die Söhne als Schlusserben nach dem Längerlebenden eingesetzt waren, ist jedoch völlig offen. Das Landgericht hat somit ersichtlich zugunsten des Beteiligten zu 1 weiter unterstellt, dass er bereits für den ersten Erbfall als Miterbe eingesetzt war. Eine hinreichende tatsächliche Grundlage für diese Annahme fehlt, insbesondere reicht es entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1 für die Ermittlung des Inhalts einer nicht mehr vorhandenen letztwilligen Verfügung nicht aus, dass sich die übrigen Beteiligten, die deren Inhalt ebenfalls nicht kennen, dazu nicht äußern.

Aber auch wenn man mit dem Landgericht zugunsten des Beteiligten zu 1 unterstellt, er sei durch die genannten letztwilligen Verfügungen zum (Mit-)Erben nach seiner Mutter berufen, und auf dieser Grundlage die Anfechtungsberechtigung bejaht, kann die Anfechtung der ab dem 13.5.1981 errichteten letztwilligen Verfügungen keinen Erfolg haben.

(2) Das Landgericht hat dahinstehen lassen, ob die Erblasserin den vom Beteiligten zu 1 vorgetragenen Fehlvorstellungen hinsichtlich der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten und der Eigenschaften ihrer Enkel unterlegen sei, weil eine solche Fehlvorstellung jedenfalls nicht kausal für die Aufhebung der letztwilligen Verfügungen vom 19.7.1980 und 19.4.1981 gewesen sei; auch bei den vom Beteiligten zu 1 vorgestellten Lösungen habe es nämlich nicht bei der uneingeschränkten Erbeinsetzung bleiben können. Dabei ist es allerdings nicht darauf eingegangen, dass die Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder einer Vor- und Nacherbfolge, wie sie der Beteiligte zu 1 als einzig sachgerechte Lösung ansieht, nicht die Aufhebung einer früher erfolgten Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 erfordert hätte, sondern ergänzend zu dieser hätte angeordnet werden können. Gleichwohl schließt sich der Senat der Auffassung des Landgerichts an, dass die von dem Beteiligten zu 1 behauptete Fehlvorstellung jedenfalls für die im Testament vom 13.5.1981 enthaltene Widerrufsverfügung ohne Bedeutung war. Im Ergebnis ist ein zur Anfechtung berechtigender Willensmangel der Erblasserin hinsichtlich dieser Verfügung wie auch, was aus Gründen der Klarstellung hinzugefügt sei, bezüglich der Verfügungen im gemeinschaftlichen (Aufhebungs-)Testament vom 10.9.1985 und bezüglich der letztwilligen Verfügungen vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 nicht ersichtlich.

(3) Dass die Erblasserin über den Inhalt der letztwilligen Verfügungen geirrt hat oder Erklärungen dieses Inhalts nicht abgeben wollte (§ 2078 Abs. 1 BGB), ist nicht dargetan. In Betracht kommt daher allenfalls ein Motivirrtum (§ 2078 Abs. 2 BGB). Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur solche Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH NJW-RR 1987, 1412). Dabei kann die Anfechtung nur auf Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gehabt hat, nicht auf solche, die er bei Kenntnis von damals unbestimmten Umständen gehabt haben würde (BayObLG FamRZ 1984, 1270). Ferner ist zu beachten, dass sich die Anfechtung nicht auf ein Testament als solches bezieht, sondern jeweils nur auf die einzelne in ihm enthaltene letztwillige Verfügung (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2078 Rdnr. 2). Der Irrtum muss gerade für diese Verfügung ursächlich, d.h. bestimmend oder zumindest derart mitbestimmend sein, dass der Erblasser sie ohne die irrige Vorstellung nicht getroffen hätte (BayObLG, FamRZ 1997, 1436). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen (Beweggrund und Kausalität) trägt der Anfechtende (BayObLG, FamRZ 1997, 772). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen.

(a) Der Beteiligte zu 1 stützt die Anfechtung der Verfügungen sowohl in den Testamenten vom 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 als auch in den Aufhebungstestamenten vom 13.5.1981 und vom 10.9.1985 zunächst darauf, dass die Erblasserin andere – seiner Ansicht nach bessere – rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten nicht gekannt habe, die ebenfalls einen Schutz vor dem Zugriff seiner Gläubiger auf das Erbe geboten hätten.

Dieser Sachverhalt allein lässt schon einen zur Anfechtung berechtigenden Irrtum der Erblasserin nicht erkennen. Irrtum ist das unbewusste Auseinanderfallen von Wille und Er-

klärung (*Palandt/Heinrichs*, BGB, § 119 Rdnr. 7). Ziel der Erblasserin hinsichtlich des Widerrufs ihrer früheren Verfügungen im Testament vom 13.5.1981 war es, diese Verfügungen ohne Ausnahme unwirksam werden zu lassen. Dieses Ziel hat sie zweifelsfrei erreicht. Ziel der Erblasserin hinsichtlich der weiteren letztwilligen Verfügungen war es, zu verhindern, dass ihr Nachlass den Gläubigern des Beteiligten zu 1 zufließen würde. Dieses Ziel hat sie mit der Enterbung des Beteiligten zu 1 ebenfalls erreicht, Wille und Erklärung fallen auch insoweit nicht auseinander. Allein der Umstand, dass es vielleicht auch andere Möglichkeiten gegeben hätte, um den Erbteil des Beteiligten zu 1 vor dem Zugriff von Gläubigern zu schützen, macht die tatsächlich gewählte rechtliche Gestaltung nicht anfechtbar.

(b) Eine Fehlvorstellung der Erblasserin soll weiter deshalb vorgelegen haben, weil sie die Enterbung des Beteiligten zu 1 für den einzigen Weg gehalten habe, den Nachlass nicht in die Hände von dessen Gläubigern gelangen zu lassen. Konkrete tatsächliche Anhaltspunkte für eine solche Annahme der während des gesamten Zeitraums anwaltlich beratenen Erblasserin vermag der Beteiligte zu 1 allerdings nicht zu nennen. Dass die von ihm nun als „besser geeignet“ angesehenen Möglichkeiten damals nicht „ins Gespräch gebracht“ wurden, reicht dafür ebenso wenig aus wie die Tatsache, dass keine dieser Möglichkeiten in den letztwilligen Verfügungen von der Erblasserin gewählt wurde. In dem – später widerrufenen – gemeinschaftlichen Testament vom 10.11.1981 haben die Erblasserin und ihr Ehemann den Beteiligten zu 1 nur für den Fall wieder zum Erben eingesetzt, dass das Ermittlungsverfahren „in jedem Punkt“ durch Freispruch oder Einstellung ende und eine zivilrechtliche Inanspruchnahme durch Gläubiger in einer sein eigenes Vermögen übersteigenden Höhe auszuschließen sei. Diese letztwillige Verfügung lässt deutlich erkennen, dass die Eltern des Beteiligten zu 1 von Todes wegen jede Verwendung ihres Vermögens für die Deckung von Verbindlichkeiten des Beteiligten zu 1 ausschließen wollten. Ein Anhaltspunkt für irrige Vorstellungen der Erblasserin über rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten lässt sich diesem Testament dagegen nicht entnehmen. Die Behauptung des Beteiligten zu 1, der anwaltliche Berater der Erblasserin, Rechtsanwalt Dr. Sch., habe ihr andere Gestaltungsmöglichkeiten arglistig verschwiegen, ist eine Spekulation, die durch keine konkreten Tatsachen belegt wird, ebenso wie die Annahme, sämtlichen beurkundenden Notaren sei der maßgebliche Sachverhalt verschwiegen worden.

(c) Selbst wenn die Erblasserin trotz Beratung durch Rechtsanwalt Dr. Sch. und Befassung mehrerer Notare während des gesamten Zeitraumes zwischen dem 13.5.1981 und dem 10.9.1985 der vom Beteiligten zu 1 behaupteten Fehlvorstellung unterlegen wäre, fehlt es weiter an Anhaltspunkten dafür, dass diese Vorstellung für die ab 13.5.1981 errichteten letztwilligen Verfügungen bewegender Grund oder gar bestimmend war.

Das gilt zunächst und jedenfalls für den Widerruf der früheren letztwilligen Verfügungen vom 19.7.1980/19.4.1981 im Testament vom 13.5.1981. Durch diesen Widerruf sollten die früheren Verfügungen beseitigt werden. Es genügt deshalb nicht, dass die Erblasserin möglicherweise Fehlvorstellungen hinsichtlich der Gestaltung der künftigen Erbfolge hatte. Erforderlich wäre es vielmehr, dass diese Fehlvorstellungen gerade dazu geführt hätten, die früheren Verfügungen bestehen zu lassen, die Erbfolge also nicht durch Widerruf der früheren Verfügungen und eine umfassende Neugestaltung zu regeln, sondern durch eine Ergänzung der vorhandenen Verfügungen. Dafür jedoch fehlt jeglicher Anhalt. Die Eheleute hatten nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 1 gerade erst am 19.4.1981 ihre frühere, im Testament vom 19.7.1980 niedergelegte Gestaltung der Erbfolge verändert. Inzwischen waren offensichtlich Umstände eingetreten, die aus der Sicht der Eheleute weitere Veränderungen erforderlich machten. So hatte der Bruder des Beteiligten zu 1 am 2.5.1981 einen Pflichtteilsverzicht erklärt, auch waren ständig Diskussionen um die künftige Gestaltung der Erbfolge geführt worden. Die bisherigen Verfügungen waren in gemeinschaftlichen Testamenten enthalten, was möglicherweise zu nicht mehr erwünschten Bindungen (§§ 2270, 2271 BGB) führte. Ziel der Eheleute war es daher offensichtlich, durch das Aufhebungstestament den Weg frei zu machen für eine vollständig neue Gestaltung der Erbfolge in Einzeltestamenten, wie auch der Zusatz „Wir werden Einzeltestamente errichten“ zeigt. Die endgültige Gestaltung der Erbfolge, wie auch immer sie aussehen würde, sollte nicht durch das Testament vom 13.5.1981, sondern erst durch diese weiteren Testamente herbeigeführt werden. Hierfür nahmen die Eheleute sogar in Kauf, dass der Beteiligte zu 1 bis zur Errichtung dieser Testamente als gesetzlicher Erbe berufen war und damit im Falle eines plötzlichen Versterbens eines der Ehegatten ein Zugriff der Gläubiger auf das Familienvermögen in Betracht kam. Unter Berücksichtigung dieser Umstände spricht nichts dafür, dass die Eheleute in Kenntnis weiterer, für den Inhalt der Widerrufsverfügung belangloser, Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der künftigen Erbfolge von dem Widerruf ihrer früheren Verfügungen abgesehen hätten.

Hinzu kommen folgende auch für die Regelung der Erbfolge unter Ausschluss des Beteiligten zu 1 durch die notariellen Einzeltestamente 14.5.1981, 1.3.1983 und 10.9.1985 sowie für die erneute Aufhebung aller anderen als der vorstehenden letztwilligen Verfügungen durch das gemeinschaftliche notarielle Aufhebungstestament vom 10.9.1985 maßgebenden Erwägungen: Es gibt keine tatsächlichen Anhaltspunkte von Gewicht dafür, dass die Erblasserin in Kenntnis der vom Beteiligten zu 1 angeführten Möglichkeiten eine von diesen gewählt hätte. Die Pflichtteilsentziehung in guter Absicht setzt ohnehin eine Enterbung voraus. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung hätte nicht verhindern können, dass die Gläubiger des Beteiligten zu 1 dessen Erbteil bzw. Anspruch auf Erbauseinandersetzung hätten pfänden, die Erbauseinandersetzung betreiben und so eine mit Sicherheit von der Erblasserin nicht gewünschte Zerschlagung des Familienvermögens hätten herbeiführen können (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2214 Rdnr. 2; vgl. auch § 2044 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 751 BGB). Bei Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge hätten die Erträgnisse aus dem Nachlass dem Zugriff der Gläubiger unterlegen, jedenfalls, wenn überhaupt, nur durch äußerst komplizierte rechtliche Konstruktionen diesem Zugriff entzogen werden können. Dass die Erblasserin eine dieser beiden letztgenannten Lösungen als die „bessere“ Lösung gegenüber der Enterbung ihres Sohnes – und gleichzeitiger Erbeinsetzung von dessen Kindern – angesehen hätte, ist nicht feststellbar. Der diesbezügliche Vortrag des Beteiligten zu 1 beschränkt sich auf spekulative Erwägungen; im Kern setzt er seine Vorstellungen einer „besseren“ Lösung an die Stelle der Vorstellungen der Erblasserin. Hinzu kommt, dass eine Absicherung des Lebensunterhalts des Beteiligten zu 1 Gegenstand „wochenlanger Verhandlungen“ war, wie er selbst in der Anfechtungserklärung vom 22.8.2002 schildert. Wie das Schreiben des Anwalts des Beteiligten zu 1 vom 13.5.1981 zeigt, wurde von ihm ein Bruchteilsnießbrauch zugunsten der Ehefrau des Beteiligten zu 1 unter auflösender Bedingung der Pfändung vorgeschlagen, wogegen aber Bedenken der Eltern des Beteiligten zu 1 bestanden. Auch das zeigt, dass die Erb-

lasserin nicht gewillt war, dem Beteiligten zu 1 (oder seiner Ehefrau) Erträge aus dem Grundbesitz zuzuwenden, obwohl dieser darauf hinwies, er wolle nicht bei seinen Kindern betteln.

(d) Die vom Beteiligten zu 1 angeführten Gründe für eine – gleichzeitig die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen begründende – Erbunwürdigkeit der Beteiligten zu 3 und 4 sind Konstruktionen, denen jede tatsächliche Grundlage fehlt. Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin in Kenntnis dieser Tatsache von einem Widerruf ihrer früheren Verfügungen abgesehen hätte, fehlen [vgl. oben (c)]. Denn auch bei Berücksichtigung dieser Umstände wäre eine Neuregelung der Erbfolge erforderlich gewesen, um den Zugriff der Gläubiger des Beteiligten zu 1 auf den Nachlass zu verhindern. Im Übrigen gibt es schon keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür, dass der die Erblasserin jahrelang beratende Rechtsanwalt Dr. Sch. ihr arglistig rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten verschwiegen und sie unzureichend beraten hat, wie der Beteiligte zu 1 meint. Dass er das im Auftrag und im Interesse des H. S. getan haben soll, beruht ebenso auf bloßen Schlussfolgerungen des Beteiligten zu 1 wie der Vorwurf, die damals minderjährigen Beteiligten zu 3 und 4 hätten als Partner mit diesem zusammengewirkt. Nachvollziehbare Tatsachengrundlagen für diese ausführlich dargelegten Annahmen des Beteiligten zu 1 sind seinem Vortrag nicht zu entnehmen.

Dasselbe gilt für den Vorwurf der Vernichtung oder Unterdrückung des Testaments vom 19.7.1980 mit dem Nachtrag vom 19.4.1981. Er gründet sich darauf, dass diese Urkunden nicht mehr vorhanden sind. Es fehlt aber schon an Anhaltspunkten dafür, dass die Erblasserin und ihr Ehemann diese letztwilligen Verfügungen, die sie durch mehrere spätere Testamente aufgehoben haben, überhaupt bis zu ihrem Tod aufbewahrt haben. In dem Bankschließfach, das am 8.3.1988 in Gegenwart eines Bankangestellten geöffnet wurde und unter anderem Ausfertigungen der Testamente vom 14.5.1981 und des Erbverzichts vom 18.5.1981 enthielt, befanden sie sich nicht, wie das Protokoll über die Öffnung dieses Schließfachs und den vorgefundenen Inhalt zeigt. Dass die letztwilligen Verfügungen vom 19.7.1980 und vom 19.4.1981 jemals in den Besitz der Beteiligten zu 3 und 4 gelangt sind, ist nicht ersichtlich, auch wenn der Beteiligte zu 1 davon „überzeugt“ ist.

(e) Die nicht erfüllte Erwartung künftigen Wohlverhaltens des eingesetzten Erben kann, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, nur dann die Anfechtung tragen, wenn sie nicht nur eine Ursache, sondern der bewegende Grund für den letzten Willen war (BGH NJW-RR 1987, 1412). Bewegender Grund für die Aufhebung der Verfügungen vom 19.7.1980/ 19.4.1981 und die Erbeinsetzung der Enkel (Beteiligten zu 3 und 4) unter Übergehung des Sohnes war das Bestreben der Erblasserin, einen Zugriff von dessen Gläubigern auf das Familienvermögen zu verhindern. Selbst wenn sie daneben angenommen haben sollte – wie vom Beteiligten zu 1 vorgetragen –, die Beteiligten zu 3 und 4 würden ihren Vater jedenfalls immer anständig behandeln, ihm Unterhalt bezahlen und nach Wegfall der Überschuldung das ererbte Vermögen übertragen, kann eine solche Annahme angesichts der Motive der Erblasserin im Übrigen nicht als bewegender Grund für die Aufhebung der früheren Verfügungen und die Erbeinsetzung der beiden Enkel angesehen werden. Auch hier stellt der Beteiligte zu 1 im Übrigen lediglich die Behauptung auf, die Erblasserin habe diese Vorstellung gehabt, ohne tatsächliche Anhaltspunkte nennen zu können.

(f) Unerheblich ist, wie die Erblasserin nach Meinung des Beteiligten zu 1 testiert hätte, wenn sie die Vorwürfe der Brüder gegen H. S. bezüglich des Abhörens des väterlichen Telefons vor 1979 gekannt hätte. Die Anfechtung kann nur auf Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gehabt hat, nicht auf solche, die er bei Kenntnis von damals unbekannten Umständen gehabt haben würde (*Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2078 Rdnr. 5). Darüber hinaus erschließt sich nicht, inwiefern die Unkenntnis von dem behaupteten Fehlverhalten des Sohnes H. S. ursächlich für den Widerruf der früheren Verfügungen durch das Testament vom 13.5.1981 und den Ausschluss des Beteiligten zu 1 von der Erbfolge sein soll. Beide Maßnahmen hatten zum Ziel, den drohenden Zugriff von Gläubigern auf ein ererbtes Vermögen zu verhindern.

cc) Das Widerrufstestament vom 13.5.1981 ist im Übrigen als unabhängig von den in den Testamenten vom 14.5.1981 getroffenen Regelungen anzusehen. Die jeweiligen Verfügungen wurden in getrennten Testamentsurkunden getroffen. Selbst wenn man annimmt, dass sich auch in einem solchen Fall die Verfügungen zu einer Einheit ergänzen können (a. A. *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2085 Rdnr. 3), spricht hier doch nichts für eine solche Einheit. Auf die Ausführungen zu bb) (3) wird verwiesen.

dd) Das umfangreiche, jedoch weitgehend spekulative Vorbringen des Beteiligten zu 1 ist somit nicht geeignet, die Unwirksamkeit der ab dem 13.5.1981 getroffenen letztwilligen Verfügungen der Erblasserin zu begründen. Das gilt insbesondere für das Widerrufstestament vom 13.5.1981. Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 kommt er deshalb nicht als Erbe aufgrund gewillkürter Erbfolge in Betracht.

Anmerkung:

Die Entscheidung ist kein Teil eines brillanten Schlussfeuerwerks des BayObLG, sondern passt eher in die Reihe der Entscheidungen, die Lästermäuler als Belege dafür nennen, dass Stoiber Recht hatte, das BayObLG zu liquidieren.

1. Anfechtbarkeit des Erbverzichts

Richtig stellt die Entscheidung fest, dass die Behauptung, die Erbfolge müsse mit dem Tod des Erblassers auf einer unumstößlich festen Grundlage stehen, falsch ist, wie schon die Testamentsanfechtung zeigt. In Anbetracht des Standes der Erörterung des Problems der Anfechtung des Erbverzichts nach dem Tode des Erblassers hätte man erwarten können, dass sich das BayObLG nunmehr mit dem Grundgedanken der Anfechtung auseinandersetzt, dass Willenserklärungen, die auf einem relevanten Irrtum beruhen, vernichtbar sind, dass der Schutz des Irrenden sogar hinter den Schutz eines Vertragsgegners zurücktritt. Und genau den gegenteiligen Standpunkt nimmt das BayObLG ein, leider ohne sich selbst mit der Problematik auseinanderzusetzen.

Soweit *Schotten*, der das Problem wohl am gründlichsten behandelt,[1] die Unanfechtbarkeit des Erbverzichts nach dem Tod des Erblassers mit der „Natur des Erbverzichts“ begründet, ist ihm mit *Rüthers*[2], entgegenzuhalten: „... dass mit dem Argument aus der ‚Natur der Sache‘ der wissenschaftstheoretisch unhaltbare Versuch gemacht wird, ein konkretes Sollen aus dem Sein eines bestimmten Lebenssachverhalts abzuleiten.“ Es handelt sich also um ein Scheinargument.

Soweit *Schotten* einen Unterschied zwischen der Verfügung von Todes wegen und dem Erbverzicht hinsichtlich der An-

1 In *Staudinger*, BGB, 13. Aufl. 2004, § 2346 Rdnr. 106.

2 Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rdnr. 919 ff., 924 m. w. N.

fechtung jeweils nach dem Tod des Erblassers macht, bleibt er für die unterschiedliche Bewertung des Beweises schuldig. Man könnte (oder muss?) gerade deshalb die Anfechtbarkeit des Erbverzichts bejahen, weil der Erbverzichtsvertrag ein Vertrag unter Lebenden ist (auf den Todesfall), für die die Anfechtbarkeit in §§ 119 ff. BGB – insbesondere auch nach § 123 BGB – anerkannt ist. Das LG hätte also untersuchen müssen, ob die Anfechtbarkeitsvoraussetzungen vorlagen. Die Richtigkeit des Leitsatzes 1 kann man anzweifeln.

2. Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bei Dauervollstreckung

Das BayObLG behauptet, dass die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht verhindern hätte können, dass die Gläubiger des Beteiligten zu 1 dessen Erbteil bzw. Anspruch auf Erbauseinandersetzung hätten pfänden, die Erbauseinandersetzung betreiben und so eine mit Sicherheit von der Erblasserin nicht gewünschte Zerschlagung des Familienvermögens hätten herbeiführen können. Das Gericht belegt seine Behauptung mit einer Zitatstelle aus *Palandt/Edenhofer*[3]. Das Gericht versäumt es, weiteres Schrifttum heranzuziehen, ja sogar der Palandt hätte das BayObLG stutzig werden lassen müssen. Zutreffend sagt dort *Edenhofer*, dass die Pfändung des Erbteils zwar die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände nicht beschränkt, „aber ggf. Auseinandersetzung erreichbar macht (*Ensthaler*, Rpfleger 1988, 94)".

a) *Ensthaler* selbst nennt keine abweichende Ansicht, obgleich kurz zuvor das Werk von *Weckbach* erschienen war, das auf das vorstehende Problem eingeht.[4] Auch *Palandt/Edenhofer* nennen bis auf den Tag kein Schrifttum, das die gegenteilige Ansicht vertritt und das nach dem Beitrag von *Ensthaler* reichlich erschienen ist, so dass die gegenteilige Auffassung heute absolut herrschend ist.[5] Was die vom BayObLG zitierte Verweisungskette §§ 2204 Abs. 1, 2044, 751 BGB angeht, ist zu sagen: Die Verweisung auf § 751 BGB geht fehl. Nach § 751 Satz 2 BGB soll das Teilungsverbot des Erblassers nicht mehr wirken, wenn ein Privatgläubiger den Erbteil eines Miterben pfändet. Es darf aber § 2209 BGB nicht übersehen werden, der dem § 2204 BGB schon aufgrund seiner systematischen Stellung als Spezialvorschrift vorgeht. Hat der Erblasser also Verwaltungsvollstreckung angeordnet und damit für einige Zeit die Teilung des Nachlasses ausgeschlossen, so sind §§ 2204, 2044, 751 BGB so lange unanwendbar.[6] Das hat im Übrigen bereits das KG[7] im Jahr 1919 in einem obiter dictum gesagt und folgte damit – ohne es auszusprechen – *Strohal*[8] und *Riesenfeld*[9], worauf *Muscheler* hingewiesen hat.[10] Die Ansicht von *Ensthaler* wird heute wohl nur noch vertreten von *Haegele/Winkler*[11], und *Erman/M. Schmidt*[12], die beide – wie *Palandt/Edenhofer* – die gegenteilige Ansicht nicht nennen.

b) Gegen die Wendung, die das BayObLG benutzt: „... dessen Erbteil bzw. Anspruch auf Erbauseinandersetzung hätte pfänden lassen ..." ist zu sagen, dass der Anspruch auf Erbauseinandersetzung nicht selbständig pfändbar ist, dass also der Erbteil gepfändet werden muss. Allerdings wird der Antrag auf Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs umgedeutet als Antrag auf Pfändung des Erbteils.[13]

Prof. Dr. *Jürgen Damrau*, Konstanz

---

3 „§ 2214 Rdnr. 2; vgl. auch § 2044 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 751 BGB".

4 Die Bindungswirkung von Erbteilungsverboten, 1987, S. 117 f.

5 *Muscheler*, AcP 195 (1995), 35, 69, 72; *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 112; *Staudinger/Reimann*, BGB, 13. Aufl. 1996, § 2214 Rdnr. 9 und § 2214 Rdnr. 10; MünchKommBGB/*Brandner*, 3. Aufl. 1997, § 2214 Rdnr. 4; *Nieder*, Hdb. der Testamentsgestaltung, 2. Aufl., Rdnr. 924; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 4. Aufl. 2004, § 2214 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, BGB, 2003, § 2214 Rdnr. 7; *J. Mayer*, in Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 327; *Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2003, Rdnr. 622; AnwKom-Erbrecht/*Weidlich*, 2004, § 2214 Rdnr. 6; *Soergel/Damrau*, BGB, 12. Aufl. 1992 und 13. Aufl. 2003 § 2214 Rdnr. 2.

6 *Soergel/Damrau*, BGB, § 2204 Rdnr. 15.

7 KGJ 52, 113,117 f. = OLGE 40, 112 = RJA 16, 323.

8 Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl. 1903/04, § 65 Fn. 7 b.

9 Die Erbenhaftung nach dem BGB, Bd. I, 1916, S. 192.

10 *Muscheler*, AcP 195 (1995), 35, 69, 72.

11 Testamentsvollstreckung, 16. Aufl. 2001, Rdnr. 180.

12 11. Aufl., 2004, § 2214 Rdnr. 1.

13 KG, JW 1931, 1371; OLG Braunschweig, OLGE 19, 156; *Stöber*, Die Forderungspfändung, 16. Aufl., Rdnr. 1666 und 1671 Fn. 51.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. AktG §§ 57, 62; GmbHG §§ 32 a, 32 b *(Anwendbarkeit der Eigenkapitalersatzregeln bei Finanzierungshilfen eines Aktionärs)*

a) Die Grundsätze des Eigenkapitalersatzes sind auf Finanzierungshilfen eines Aktionärs in der Regel nur dann sinngemäß anzuwenden, wenn er mehr als 25 % der Aktien der Gesellschaft hält oder – bei geringerer, aber nicht unbeträchtlicher Beteiligung – verbunden mit weiteren Umständen über gesellschaftsrechtlich fundierte Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft verfügt, die einer Sperrminorität vergleichbar sind. Ein Vorstands- oder Aufsichtsratsamt genügt dafür nicht (Ergänzung zum Senatsurteil vom 26.3.1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 ff.).

b) Die Gesellschaftsbeteiligungen mehrerer eine Finanzierungshilfe gewährender Gesellschafter können jedenfalls dann nicht zusammengerechnet werden, wenn die Hilfe nicht auf Krisenfinanzierung angelegt ist, außerhalb einer Krise der Gesellschaft gewährt wird und ein „koordiniertes Stehenlassen" der Hilfe in der Krise der Gesellschaft nicht festzustellen ist.

BGH, Versäumnisurteil vom 9.5.2005, II ZR 66/03

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in WM 2005, 1461.

---

16. BGB §§ 134, 157, 306 a. F. *(Verstoß gegen die Teilungsbestimmung bei GmbH-Anteilsübertragung)*

1. Ist die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils wegen Verstoßes gegen die Teilungsbestimmung des § 17 Abs. 4 i. V. m. § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG gemäß § 134 BGB nichtig, so ist das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft auf eine unmögliche Leistung gerichtet und deshalb ebenfalls nichtig.

2. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet aus, wenn mehrere gleichwertige Anpassungsmöglichkeiten in Betracht kommen und keine hinreichenden Anhaltspunkte für den hypothetischen Parteiwillen vorhanden sind (hier: zwei mögliche Varianten zur wechselseitigen Abstimmung zweier wirtschaftlich zusammenhängender Verträge).

BGH, Urteil vom 20.7.2005, VIII ZR 397/03

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen fehlgeschlagener Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Die Beklagten zu 1) und 2), Vater und Onkel des Klägers, waren Gesellschafter der H. GmbH & Co. KG sowie deren Komplementär-GmbH. 1993 entschlossen sie sich, ihre Gesellschaftsanteile auf die Söhne des Beklagten zu 1) zu übertragen. Mit notariellem Vertrag vom 8.9.1993 übertrug der Beklagte zu 1) seinen Geschäftsanteil an der GmbH in Höhe von 12.500 DM zu gleichen Teilen, mithin einen Anteil von jeweils 6.250 DM, unentgeltlich auf den Kläger und dessen Bruder B. Zugleich übertrug er, ebenfalls unentgeltlich, seinen Kommanditanteil an der Kommanditgesellschaft, der sich zuletzt auf 100.000 DM belief, je zur Hälfte auf die beiden Söhne. Der Beklagte zu 2), der einen GmbH-Geschäftsanteil von 22.500 DM sowie einen Kommanditanteil von 180.000 DM hielt, übertrug – jeweils gegen Zahlung einer Rente – mit notariellem Vertrag vom 23.12.1993 den GmbH-Geschäftsanteil mit Teilen von 13.750 DM auf den Kläger, von 6.250 DM auf dessen Bruder B. und von 2.500 DM auf einen weiteren Bruder, E. Seinen Kommanditanteil veräußerte der Beklagte zu 2) gleichfalls an den Kläger sowie dessen Brüder. Insgesamt sollte der Kläger damit 40 % der Anteile an den beiden Gesellschaften halten. Am 8.9.1993 wurde der Kläger zum Geschäftsführer der GmbH bestellt; im Juli 1997 legte er dieses Amt nieder, nachdem es zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern und seinem Vater zu Meinungsverschiedenheiten über die Geschäftsführung gekommen war. Nachdem die Erwerber zunächst von allen Beteiligten als Gesellschafter behandelt worden waren, stellte sich bei einer Gesellschafterversammlung im Mai 1998 erstmals heraus, dass die im Zusammenhang mit der Veräußerung der Geschäftsanteile vorgenommene Teilung gegen die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes verstieß, soweit die Beträge der neuen Anteile nicht durch 100 DM teilbar waren. In der Folgezeit gingen die Beteiligten von der Nichtigkeit der notariellen Verträge aus. Das Verlangen des Klägers, an einer Heilung der Verträge mitzuwirken oder ihm die Geschäftsanteile im vorgesehenen Umfang in einer dem Gesetz entsprechenden Weise erneut zu übertragen, lehnten die Beklagten ab und verfügten anderweitig über ihre Anteile. Der Kläger hat deshalb von den Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert; ferner hat er unter anderem die Freistellung von etwaigen Gewinnrückzahlungsansprüchen der Kommanditgesellschaft verlangt sowie im Wege der Stufenklage gegen den Beklagten zu 1) Ansprüche auf Auskehrung der auf seinen Kommanditanteil in der Zeit vom 7.5.1998 bis 10.12.2001 ausgeschütteten Gewinne geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die gestellten Zahlungsanträge dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und den Beklagten zu 1) im Rahmen der Stufenklage zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wollen die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Die Streithelfer des Klägers beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

(…)

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in dem entscheidenden Punkt nicht stand. Dem Kläger steht ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus den §§ 325, 326 BGB a. F. gegen die Beklagten nicht zu, weil die notariellen Verträge vom 8.9. und 23.12.1993 gemäß §§ 306, 139 BGB a. F. insgesamt nichtig sind.

1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Verstoß gegen § 17 Abs. 4 in Verbindung mit § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F., wonach auch bei der Teilung eines Geschäftsanteils der Nennbetrag der neuen Anteile in DM durch 100 teilbar sein muss, gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit des Übertragungsgeschäfts zur Folge hat (vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 5 Rdnr. 12); eine der gesetzlichen Ausnahmen (§§ 57 h Abs. 1 Satz 2, 57 l Abs. 2 Satz 4, 58 Abs. 2 Satz 2, 58 a Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG) kommt hier nicht in Betracht. Der Mangel wird durch die Eintragung der unzulässigen Stammeinlage in das Handelsregister nicht geheilt (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 13). Zuzustimmen ist dem Berufungsgericht ferner darin, dass die Nichtigkeit der Übertragung der geteilten GmbH-Geschäftsanteile gemäß § 139 BGB auch die Unwirksamkeit der Übertragung der Kommanditanteile zur Folge hatte, weil nach § 9 Abs. 5 des KG-Vertrags und ebenso nach dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten die Anteile beider Gesellschaften jeweils nur zusammen übertragen werden sollten, um übereinstimmende Beteiligungsverhältnisse in den Gesellschaften sicherzustellen.

2. Das Oberlandesgericht hat schließlich nicht verkannt, dass die Nichtigkeit des dinglichen Geschäfts grundsätzlich auch das Verpflichtungsgeschäft erfasst; ein Vertrag, der auf eine rechtlich unzulässige Leistung gerichtet ist, ist regelmäßig wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung nichtig (§ 306 BGB a. F., BGHZ 116, 268, 276 f.). Etwas anderes gilt ausnahmsweise nur dann, wenn Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes, gegen das das Erfüllungsgeschäft verstößt, nicht zwingend die Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts erfordern (§ 134 letzter Halbs. BGB; *Staudinger/Sack*, BGB, 2003, § 134 Rdnr. 34; vgl. auch BGHZ 115, 123, 129 f.). Eine derartige Ausnahme liegt hier jedoch nicht vor, und zwar – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – auch nicht im Hinblick auf den Gesamtnennbetrag der Geschäftsanteile, die der Kläger und sein Bruder B. durch beide Verträge im Ergebnis erhalten sollten und die, wie von den §§ 17 Abs. 4, 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. gefordert, durch 100 DM teilbar waren.

a) Die Bestimmungen des GmbH-Gesetzes über die bei der Teilung einer Stammeinlage (§ 5 Abs. 3 Satz 2) bzw. eines Geschäftsanteils (§ 17 Abs. 4) zulässigen Beträge sollen eine völlige Kapitalzersplitterung verhindern (*Michalski/Zeidler*, GmbHG, 2002, § 5 Rdnr. 56). Dieser Zweck wird aber regelmäßig nur erreicht, wenn einem Rechtsgeschäft, das gegen jene Vorschriften verstößt, jede rechtliche Wirksamkeit versagt wird. Dementsprechend hat ein solcher Verstoß gemäß § 134 BGB grundsätzlich die Nichtigkeit des betreffenden Geschäfts zur Folge; aus dem Gesetz ergibt sich insoweit nichts anderes. Das gilt, da die Übertragung eines in unzulässiger Weise geteilten Geschäftsanteils eine rechtlich unmögliche Leistung darstellt, auch für das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft (§ 306 BGB a. F.; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 306 Rdnr. 7 und 8; *Staudinger/Löwisch*, a. a. O., 2001, § 306 Rdnr. 36).

b) Ob eine Ausnahme dann gerechtfertigt ist, wenn in mehreren, zeitlich (etwa aufgrund einer gleichzeitigen Beurkundung bei ein und demselben Notar) und sachlich unmittelbar zusammenhängenden Verträgen eine unzulässige Aufteilung vorgenommen wird, der Gesamtbetrag der verschiedenen, auf eine Person zu übertragenden Geschäftsanteile aber einen durch 100 teilbaren Betrag ergibt, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn die Verträge vom 8.9. und 23.12.1993 stellen schon wegen des zeitlichen Abstandes keine Einheit in diesem Sinne dar. Insbesondere stand es bei Abschluss des ersten Vertrages nicht mit hinreichender Sicherheit fest, ob es auch zum Abschluss des zweiten Vertrages (zwischen dem Beklagten zu 2) einerseits sowie dem Kläger und seinen Brüdern andererseits) kommen würde. Wollte man mit dem Berufungsgericht ungeachtet der nicht unerheblichen zeitlichen Differenz die Wirksamkeit des Vertrages vom 8.9.1993 bejahen, so hinge diese Wirksamkeit allein vom Abschluss des zweiten

Vertrages ab; dies würde zu einem rechtlichen Schwebezustand von ungewisser Dauer führen, der mit dem Zweck der §§ 5 Abs. 3 Satz 2, 17 Abs. 4 GmbHG nicht zu vereinbaren wäre. Der Umstand, dass den Verträgen ein gemeinsamer Plan aller Beteiligten für die Nachfolge in dem Unternehmen zugrundelag, reicht unter diesen Umständen für die Annahme einer Einheitlichkeit, die möglicherweise eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus.

3. Die Wirksamkeit der schuldrechtlichen Abreden lässt sich, anders als das Berufungsgericht meint, auch nicht im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung herbeiführen.

a) Die ergänzende Vertragsauslegung gehört grundsätzlich zum Bereich der tatrichterlichen Feststellungen; sie ist deshalb revisionsrechtlich nur daraufhin nachprüfbar, ob das Berufungsgericht Auslegungs- und Ergänzungsregeln oder Denk- oder Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Umstände unbeachtet gelassen hat (Senatsurteil vom 17.4.2002, VIII ZR 297/01, DNotZ 2003, 37 m. w. N.). Ein solcher Fehler ist dem Berufungsgericht hier unterlaufen.

b) Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist zunächst, dass die Vereinbarung der Parteien eine Regelungslücke – eine planwidrige Unvollständigkeit – aufweist. Eine Regelungslücke liegt dann vor, wenn die Parteien einen Punkt übersehen oder wenn sie ihn bewusst offen gelassen haben, weil sie ihn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für nicht regelungsbedürftig gehalten haben, und wenn sich diese Annahme nachträglich als unzutreffend herausstellt. Gleich zu behandeln ist der Fall, dass eine bestimmte Vertragsklausel sich nachträglich als unwirksam herausstellt und sich der Vertrag aus diesem Grund als lückenhaft erweist (Senatsurteil vom 17.4.2002, a. a. O., unter II 1 m. w. N.). Das Berufungsgericht sieht eine derartige Lücke in der Unwirksamkeit der vertraglichen Vereinbarungen über die Höhe der zu übertragenden Geschäftsanteile. Ob diese Annahme zutrifft, erscheint fraglich. Die vom Berufungsgericht vorgenommene ergänzende Auslegung ist jedenfalls deshalb rechtsfehlerhaft, weil sie gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze verstößt. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist bei der ergänzenden Auslegung darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten (Senatsurteil vom 17.4.2002, a. a. O., unter II 2). Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen; die darin enthaltenen Regelungen und Wertungen, sein Sinn und Zweck sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung. Lassen sich nach diesen Kriterien hinreichende Anhaltspunkte für den hypothetischen Parteiwillen nicht finden, etwa weil mehrere gleichwertige Auslegungsmöglichkeiten in Betracht kommen, scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus. Im Übrigen findet die ergänzende Auslegung ihre Grenze an dem im – wenn auch lückenhaften – Vertrag zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen; sie darf daher nicht zu einer Abänderung oder Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen (Senatsurteil vom 17.4.2002, a. a. O.). Für die Beseitigung der Unzulässigkeit der von den Parteien gewählten Aufteilung der zu übertragenden Geschäftsanteile kommen jeweils zwei Möglichkeiten in Betracht: Die Parteien hätten, um eine dem Gesetz entsprechende Aufteilung und Übertragung zu erreichen, einen der neuen Geschäftsanteile um 50 DM erhöhen und den anderen um 50 DM reduzieren können. Dieses Verfahren hätte allerdings für einen der beiden betroffenen Erwerber – den Kläger oder seinen Bruder B. – einen wirtschaftlichen Vorteil und für den anderen einen entsprechenden Nachteil mit sich gebracht. Zudem wäre eine Anpassung zweier Verträge erforderlich gewesen, und beim Vertrag vom 23.12.1993 hätten sich darüber hinaus Auswirkungen auf die jeweiligen Gegenleistungen ergeben. Weder aus den vom Tatrichter getroffenen Feststellungen noch aus dem von den Parteien im Revisionsverfahren in Bezug genommenen Vorbringen ergeben sich aber Anhaltspunkte dafür, welche der beiden in Betracht kommenden Lösungen die Parteien gewählt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit der gewollten Anteilsübertragungen bewusst gewesen wäre. Die daraus folgende Ungewissheit über die erforderliche Anpassung der Verträge schließt nach dem Gesagten die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung aus.

4. Sind nach alledem die notariellen Verträge vom 8.9. und 23.12.1993 insgesamt nichtig und lässt sich ihre Wirksamkeit auch nicht durch eine ergänzende Vertragsauslegung herstellen, so scheidet der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß §§ 325, 326 BGB a. F. schon dem Grunde nach aus. Der vom Kläger im Wege der Stufenklage gegen den Beklagten zu 1) geltend gemachte Anspruch auf Auskehrung der Gewinne, die auf die Kommanditanteile ausgeschüttet worden sind, ist ebenfalls unbegründet.

III.

Auf die Revision der Beklagten ist deshalb, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), und die von den Streithelfern geführte Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil ist zurückzuweisen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

---

17. BGB §§ 823 Abs. 2, 826, 830 Abs. 2; GmbHG §§ 13 Abs. 2, 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2; StGB § 27 *(Reichweite der Insolvenzverschleppungshaftung)*

a) Eine über den Ersatz des sog. „Quotenschadens" hinausgehende Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers einer GmbH aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1 GmbHG erstreckt sich nur auf den Vertrauensschaden, der einem Neugläubiger dadurch entsteht, dass er der aktuell insolvenzreifen GmbH Kredit gewährt oder eine sonstige Vorleistung an sie erbringt (BGHZ 126, 181).

b) Die Haftung des Teilnehmers an einer Insolvenzverschleppung aus §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB, 64 Abs. 1, 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG erstreckt sich nicht auf Neugläubigerschäden, welche ohne sein Wissen durch kriminelle Machenschaften des Geschäftsführers (hier: betrügerische Doppelabtretungen von Schuldscheindarlehen) im Stadium der Insolvenzverschleppung verursacht werden.

c) Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen einer Beihilfe zur Insolvenzverschleppung.

d) Eine etwaige Haftung des Gesellschafters einer GmbH wegen existenzvernichtenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen kann während eines laufenden Insolvenzverfahrens nur von dem Insolvenzverwalter, nicht aber von einzelnen Gläubigern der GmbH geltend gemacht werden. Das gilt auch für Altfälle vor Inkrafttreten des § 93 InsO (Ergänzung zu BGH, DNotZ 2003, 205).

BGH, Urteil vom 25.7.2005, II ZR 390/03

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist mit Gründen abgedruckt in WM 2005, 3137.

Kostenrecht

18. KostO §§ 20 Abs. 1, 30 Abs. 1 *(Bewertung einer Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung)*

1. **Der Geschäftswert für die Beurkundung eines Grundstückskaufvertrags bestimmt sich nach dem Gesamtwert der Leistungen des Käufers; ist der Verkehrswert des verkauften Grundstücks höher, ist dieser maßgebend.**
2. **Die Übernahme einer Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung in einem Grundstückskaufvertrag ist eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von § 30 Abs. 1 KostO, auch wenn der Verkäufer kein wirtschaftliches, sondern ein ideelles Interesse an der Erfüllung der Verpflichtung hat.**
3. **Gewährt der Grundstücksverkäufer dem Käufer für die Übernahme einer Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung einen Preisnachlass, ist mangels anderer Anhaltspunkte die Differenz zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert des Grundstücks als Wert der übernommenen Verpflichtung anzusetzen; entspricht der Kaufpreis dem Verkehrswert, ist der Wert der Verpflichtung grundsätzlich mit einem prozentualen Anteil des Kaufpreises unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.**

BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 103/05; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Gründe:

Der Kostengläubiger beurkundete am 15.12.2003 einen Grundstückskaufvertrag, an dem die Kostenschuldner als Käufer und die weitere Beteiligte als Verkäuferin beteiligt waren. Die Kostenschuldner verpflichteten sich außer zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises von 40.400 € (80 €/qm) auch zur Bebauung des Kaufgegenstands mit einem Wohnhaus innerhalb von drei Jahren ab Vertragsschluss und zur anschließenden Selbstnutzung des Hauses während weiterer drei Jahre. Der Verkehrswert des verkauften Grundstücks betrug 42.925 € (85 €/qm). In seiner Kostenberechnung vom 5.1.2004 hat der Kostengläubiger als Geschäftswert für die Beurkundung des Kaufvertrags einen Betrag von 94.400 € angesetzt; dabei hat er die Bauverpflichtung mit 30 Prozent der geschätzten voraussichtlichen Baukosten von 180.000 € bewertet, also mit 54.000 €.

Die Kostenschuldner haben u. a. diesen Wertansatz mit ihrer Beschwerde angegriffen. Das Landgericht hat insoweit die Kostenberechnung geändert und sowohl für die Bauverpflichtung als auch für die Selbstnutzungsverpflichtung einen Betrag von jeweils 3.000 € angesetzt. Hiergegen richtet sich die von dem Landgericht zugelassene weitere Beschwerde des Kostengläubigers, die das Oberlandesgericht zurückweisen möchte. Es sieht sich daran jedoch durch die auf weitere Beschwerden ergangenen Entscheidungen des OLG Frankfurt vom 22.3.1976 (DNotZ 1977, 502), des BayObLG vom 3.12.1992 (MittBayNot 1993, 226) und des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 24.11.1998 (MittBayNot 1999, 313) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (Beschl. v. 10.6.2005, NotBZ 2005, 339).

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i. V. m. § 28 Abs. 2 FGG).

1. Das vorlegende Gericht vertritt die Ansicht, dass die Bauverpflichtung und die Selbstnutzungsverpflichtung regelmäßig als zusätzliche Leistungen für die Überlassung des Grundstücks im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO anzusehen seien und ihr Wert deshalb dem Kaufpreis hinzuzurechnen sei. Für die Bewertung dieser Verpflichtungen sei allein das Interesse des Berechtigten, dem gegenüber sie übernommen worden seien, an der Errichtung des Wohnhauses und an der anschließenden Selbstnutzung maßgebend. Da dieses hier nicht wirtschaftlicher, sondern ideeller Natur sei, handele es sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, für deren Bewertung § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO gelte. Für eine Schätzung des Werts fehle es an genügenden tatsächlichen Anhaltspunkten, weil weder auf die voraussichtlichen Baukosten noch auf einen Bruchteil des Kaufpreises abgestellt werden könne. Deshalb sei der Wert der Verpflichtungen nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO mit jeweils 3.000 € anzunehmen.

Demgegenüber vertritt das OLG Frankfurt in der genannten Entscheidung die Auffassung, dass die voraussichtlichen Baukosten eine geeignete Grundlage für die Schätzung des Werts einer Bauverpflichtung seien. Das BayObLG und das Pfälzische OLG Zweibrücken (jeweils a. a. O.) meinen, dass als Wert einer Bauverpflichtung und einer Selbstnutzungsverpflichtung (OLG Zweibrücken a. a. O.) ein Bruchteil des Kaufpreises anzusetzen sei. Das vorlegende Gericht und die genannten anderen Gerichte sind mithin unterschiedlicher Auffassung in der Frage, wie der Wert einer in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung zu bestimmen ist. Dies trägt die Vorlage.

2. Ihrer Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27.7.2001 (BGBl I, 1887) eingeführt worden ist und dass die Auffassung des vorlegenden Gerichts von Entscheidungen abweicht, die vor dem 1.1.2002 ergangen sind (Senat, MittBayNot 2005, 433).

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 2 KostO). Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Zwar beruht die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO); aber das führt nicht zu einer Änderung der Kostenberechnung zugunsten des Kostengläubigers.

1. Zutreffend hat das Beschwerdegericht seiner Berechnung des Geschäftswerts für die Beurkundung des Kaufvertrags zunächst den Verkehrswert des Kaufgegenstands in Höhe von 42.925 € (85 €/qm) und nicht – wie der Kostengläubiger – den in dem Vertrag vereinbarten Kaufpreis von 40.400 € zugrunde gelegt. Das entspricht der Regelung in § 20 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 KostO.

2. Ebenfalls zu Recht ist es davon ausgegangen, dass auch der Wert der Bauverpflichtung und der Wert der Selbstnutzungsverpflichtung bei der Berechnung des Geschäftswerts für die Beurkundung des Kaufvertrags herangezogen werden müssen. Beide Verpflichtungen sind von den Käufern übernommene Leistungen im Sinne von § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO.

3. Rechtsfehlerhaft hat das Beschwerdegericht jedoch den Wert der Bauverpflichtung und den der Selbstnutzungsverpflichtung nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO mit jeweils 3.000 € angenommen. Das verkennt, dass diese Vorschrift für die Bestimmung des Werts solcher Verpflichtungen keine Anwendung findet.

a) Die Frage, wie der Wert einer Bauverpflichtung zu bemessen ist, die der Erwerber eines Grundstücks gegenüber dem Veräußerer übernimmt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach einer Auffassung bietet der von einer Gemeinde gewährte Preisnachlass gegenüber dem Verkehrswert des verkauften Grundstücks einen tatsächlichen Anhaltspunkt für eine von dem Regelwert des § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO abweichende Schätzung des Werts (OLG Zweibrücken, JurBüro 1998, 202; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2002, § 30 Rdnr. 14 a). Nach anderer Auffassung soll der Geschäftswert einen Bruchteil der zu erwartenden Baukosten betragen (OLG Frankfurt, DNotZ 1968, 383; 1977, 502; OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380; *Lappe*, NJW 1998, 1112, 1116; *ders.*, NotBZ 2005, 339; *Wielgoss*, JurBüro 2001, 520, 521). Wiederum andere setzen einen Bruchteil des Kaufpreises oder des für den Fall der Nichteinhaltung der Bauverpflichtung vereinbarten Rückkaufspreises an (OLG Schleswig, JurBüro 1974, 1416; BayObLG, MittBayNot 1993, 226; OLG Celle, OLGR 1995, 252; OLG Oldenburg, Nds. Rpfleger 1997, 137; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 313; *Waldner*, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl., Rdnr. 65 a). Schließlich wird die – von dem Beschwerdegericht und von dem vorlegenden Gericht geteilte – Auffassung vertreten, dass mangels anderer Anhaltspunkte als Geschäftswert der Bauverpflichtung der Regelwert des § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO anzunehmen sei (OLG Stuttgart, Rpfleger 1964, 132; KG, Rpfleger 1968, 298; OLG Köln, JurBüro 1986, 589; OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723; OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380; *Rohs/Wedewer*, a. a. O.).

b) In Fällen wie dem vorliegenden hält der Senat die erste Auffassung im Ergebnis für zutreffend.

aa) Für die Bewertung der Bauverpflichtung ist nach allgemeiner Auffassung regelmäßig das Interesse des Verkäufers, dem gegenüber sie übernommen wird, an der Bebauung des verkauften Grundstücks maßgebend (siehe nur OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380 m. w. N.; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 16. Aufl., § 30 Rdnr. 16 m. w. N.). Dieses kann sowohl wirtschaftlicher als auch ideeller Art sein. Von ersterem ist zum Beispiel auszugehen, wenn eine Gemeinde mit der Veräußerung des Grundstücks den Zweck verfolgt, einen Gewerbebetrieb anzusiedeln und dadurch ihr Steueraufkommen zu erhöhen (vgl. OLG Oldenburg, Rpfleger 1967, 83) oder wenn ein privater Verkäufer eine ihm obliegende Bauverpflichtung an einen Grundstückserwerber weitergibt (vgl. OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380). Letzteres ist zum Beispiel anzunehmen, wenn eine Gemeinde – wie hier die Beteiligte zu 3 – bei dem Grundstücksverkauf sicherstellen will, dass die Einheitlichkeit des Stadtbildes durch eine in etwa gleichzeitige Bebauung eines größeren Baugebiets gewährleistet wird.

bb) In beiden Fällen hat die Bauverpflichtung einen wirtschaftlichen Wert, also auch dann, wenn der aus ihr Berechtigte an ihrer Übernahme lediglich ein ideelles Interesse hat. Die Übernahme ist in beiden Fällen eine vermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von § 30 Abs. 1 KostO (*Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl., § 30 KostO Rdnr. 5; *Lappe*, NotBZ 2005, 339). Die gegenteilige Auffassung, die auch das vorlegende Gericht vertritt, nimmt an, dass bei einem ideellen Interesse des Berechtigten eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit im Sinne von § 30 Abs. 3 KostO vorliege (OLG Stuttgart, Rpfleger 1964, 132; OLG Karlsruhe, DNotZ 1969, 689, 690; OLG Schleswig, JurBüro 1974, 1416, 1417; OLG Köln, JurBüro 1986, 589; BayObLG, MittBayNot 1993, 226, 227; OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723; OLG Zweibrücken, JurBüro 1998, 202, 203; OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Bauverpflichtung“ Anm. 2; *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, § 30 KostO Rdnr. 15; *Wedewer/Rohs*, § 30 Rdnr. 14 a). Das verkennt die Bedeutung des Begriffs „nichtvermögensrechtlich“. Sie unterscheidet sich hier nicht von der in § 48 Abs. 2 Satz 1 GKG. Deshalb gelten hier dieselben Grundsätze wie dort. Demnach sind vermögensrechtlich nicht nur auf Geld oder Geldeswert gerichtete Ansprüche, sondern auch solche, die auf vermögensrechtlichen Beziehungen beruhen, mögen auch für ihre Geltendmachung andere Beweggründe als die Wahrnehmung eigener Vermögensinteressen im Vordergrund stehen (BGHZ 83, 106, 109), sowie Ansprüche, die im Wesentlichen der Wahrung wirtschaftlicher Belange dienen (BGHZ 89, 198, 200). Alle anderen Ansprüche sind nichtvermögensrechtlich. Danach ist neben der Übernahme von Bauverpflichtungen, die der Grundstücksverkäufer im wirtschaftlichen Interesse durchsetzt, auch die Übernahme solcher Pflichten vermögensrechtlich, die er im ideellen Interesse dem Käufer auferlegt. Denn sie beruhen auf einer vermögensrechtlichen Beziehung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer, nämlich auf der Vereinbarung von Leistungen und Verpflichtungen in einem Grundstückskaufvertrag. Wird – wie hier – für die Übernahme der Bauverpflichtung ein Preisnachlass gewährt, verdeutlicht das ihren wirtschaftlichen Wert und die vermögensrechtliche Beziehung in besonderem Maß.

cc) Damit scheidet die Bestimmung des Werts einer Bauverpflichtung nach § 30 Abs. 3 Satz 1 KostO aus. Möglich ist indes eine Wertbestimmung nach freiem Ermessen durch Schätzung nach § 30 Abs. 1 Hs. 1 KostO. Das setzt jedoch voraus, dass sich der Wert der Bauverpflichtung nicht aus den Vorschriften der Kostenordnung ergibt und auch sonst nicht feststeht. In diesen Fällen bieten allerdings die voraussichtlichen Baukosten im Allgemeinen keine geeignete Grundlage für eine Schätzung. Ihre Höhe hängt von der Entscheidung des Grundstückskäufers ab, mit welchem wirtschaftlichen Aufwand er sein Bauvorhaben verwirklicht. Für die für die Bewertung der Bauverpflichtung maßgeblichen Interessen des Verkäufers sind die Baukosten jedoch ohne Belang. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn die Höhe der Baukosten für den Grundstücksverkäufer ersichtlich von Bedeutung ist wie zum Beispiel bei der Veräußerung eines Grundstücks zur Errichtung gewerblicher Objekte (BayObLG, MittBayNot 1995, 488; OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 97). Dagegen bietet der vereinbarte Kaufpreis bzw. der für den Fall der Nichteinhaltung der Bauverpflichtung vereinbarte Rückkaufspreis eine ausreichende Schätzungsgrundlage. In ihrer Höhe, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von zusätzlichen Leistungen des Verkäufers, kommt dessen Interesse an der Erfüllung der Bauverpflichtung durch den Käufer zum Ausdruck. Denn in der Regel vereinbaren die Vertragsparteien für die Übernahme eine Vergütungspflicht des Verkäufers in der Form, dass der Kaufpreis unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt; die Übernahme der Verpflichtung zusätzlich zu der Pflicht zur Zahlung des dem Verkehrswert entsprechenden Kaufpreises ohne sonstige Gegenleistung des Verkäufers ist eher die Ausnahme. Davon ausgehend ist es gerechtfertigt, den Wert der Bauverpflichtung durch Schätzung anhand des vereinbarten Kaufpreises bzw. des Rückkaufspreises zu bestimmen, wenn sich eine Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert des Grundstücks nicht aus dem Kaufvertrag oder aus sonstigen Umständen ergibt. Dabei kann der Wert mit einem prozentualen Anteil des Kaufpreises unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls bestimmt werden. Bewertungsgesichtspunkte sind die Zeitspanne, innerhalb derer der Erwerber das Grundstück bebauen muss, die Kosten, die er zur Herstellung der Bebaubarkeit des Grundstücks aufwenden muss, und die Wahrschein-

lichkeit der Ausübung eines für den Verkäufer vereinbarten Rückkaufsrechts (BayObLG, MittBayNot 1993, 226, 227; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 313). Für die Bewertung einer Bauverpflichtung mit dem Regelwert von 3.000 € (§ 30 Abs. 2 Satz 1 KostO) bleibt somit kein Raum.

dd) In dem vorliegenden Fall scheidet die Bestimmung des Werts der Bauverpflichtung nach freiem Ermessen nach § 30 Abs. 1 Hs. 1 KostO jedoch aus, weil der Wert feststeht. Das schließt die Anwendung der Vorschrift aus.

Der Verkehrswert des Grundstücks betrug nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts in dem für die Wertberechnung maßgeblichen Zeitpunkt (§ 18 Abs. 1 Satz 1 KostO) 42.925 €. Als Kaufpreis war ein Betrag von 40.400 € vereinbart. Die Differenz von 2.525 € ist der Preisnachlass, den die Beteiligte zu 3 den Kostenschuldnern für die Übernahme der Bauverpflichtung und der Selbstnutzungsverpflichtung gewährt hat, weil weder festgestellt noch ersichtlich ist, dass er ihnen aus einem anderen Grund eingeräumt wurde. Dem Preisnachlass entspricht der Wert der beiden Verpflichtungen. Welcher Teil davon auf die Bauverpflichtung und welcher Teil auf die Selbstnutzungsverpflichtung entfällt, kann offen bleiben. Denn der Wert für die Selbstnutzungsverpflichtung ist nach denselben Grundsätzen wie der für die Bauverpflichtung zu bestimmen. In erster Linie ist ein aufgrund der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem vereinbarten Kaufpreis feststehender Wert zugrunde zu legen; fehlt es daran, hat die Wertbestimmung nach freiem Ermessen durch Schätzung nach § 30 Abs. 1 Hs. 1 KostO zu erfolgen (vgl. OLG Zweibrücken, JurBüro 1998, 202). Hier besteht der Wert beider Verpflichtungen in der Differenz zwischen dem Verkehrswert und dem vereinbarten Kaufpreis. Er ist für die Bestimmung des Geschäftswerts für die Beurkundung des Kaufvertrags insgesamt – ohne dass eine Aufteilung auf die eine und auf die andere Verpflichtung notwendig ist – maßgebend.

4. Dieser Wert ist dem vereinbarten Kaufpreis und nicht dem Verkehrswert hinzuzurechnen; denn der Verkehrswert entspricht hier dem Gesamtwert der Leistungen der Käufer, nämlich dem Kaufpreis zuzüglich dem Wert der Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung (vgl. OLG Zweibrücken, JurBüro 1998, 202, 203; *Tiedtke*, MittBayNot 1998, 54, 55). In diesem Fall scheidet die Hinzurechnung des Werts der zusätzlich zu der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises übernommenen Verpflichtungen zu dem Verkehrswert aus. Anderenfalls würde der Wert der zusätzlich übernommenen Verpflichtungen zweimal angesetzt.

5. Für die hier streitige Kostenrechnung gilt somit Folgendes:

Der Geschäftswert für die Beurkundungsgebühr beträgt 42.925 €; er setzt sich aus dem vereinbarten Kaufpreis (40.000 €) und aus dem Wert der von den Kostenschuldnern übernommenen Bau- und Selbstnutzungsverpflichtung (2.525 €) zusammen. Nach diesem Geschäftswert ist das Doppelte der vollen Gebühr zu erheben (§ 36 Abs. 2 KostO), also 240 €. Das sind zwar 24 € weniger, als das Beschwerdegericht dem Kostengläubiger zugestanden hat. Der Senat kann jedoch die Kostenberechnung des Beschwerdegerichts nicht um diesen Betrag zuzüglich der darauf entfallenden Mehrwertsteuer kürzen. Denn in dem Verfahren nach § 156 KostO gilt zugunsten des Rechtsmittelführers, hier also des Kostengläubigers, das Verbot der Schlechterstellung (BayObLGZ 1955, 185, 197; OLG Hamm, Rpfleger 1957, 26; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 25 Rdnr. 9; *Kahl* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 116). Deshalb verbleibt es bei der bloßen Zurückweisung der weiteren Beschwerde.

Anmerkung:

Zur Bewertung von Bauverpflichtungen war in der Vergangenheit keine einheitliche Linie in Rechtsprechung und Schrifttum auszumachen. War die Errichtung eines Wohnhauses Gegenstand der Bauverpflichtung, wurde zum einen ein Bruchteil des möglichen Rückkaufspreises angenommen[1], zum anderen lediglich der Regelwert nach § 30 Abs. 2 KostO in Höhe von 3.000 € für zutreffend erachtet.[2] Ist der Käufer gegenüber dem Verkäufer zur Bebauung des gekauften Grundstücks mit einem gewerblichen Objekt verpflichtet, ist der Geschäftswert für diese Bauverpflichtung nach h. M. ebenfalls nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmen. Ausgangswert ist in diesem Fall aber nicht der voraussichtliche Rückkaufspreis, sondern der voraussichtliche Baukostenaufwand des Käufers.[3] Diese kostenrechtlichen Grundsätze sind auch maßgebend, wenn der Käufer eine vom Verkäufer eingegangene, also eine bestehende Bauverpflichtung übernimmt.[4]

Der V. Zivilsenat des BGH hat mit seinem Beschluss vom 24.11.2005 die überwiegend vertretene Auffassung zur Bewertung von Bauverpflichtungen bestätigt. Zunächst stellt der Senat fest, dass eine Bauverpflichtung einen wirtschaftlichen Wert hat, gleich ob die Interessen des Verkäufers wirtschaftlicher oder ideeller Art sind. Es liegt somit keine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit vor, die nach § 30 Abs. 3 KostO oder § 30 Abs. 2 KostO zu bewerten wäre, vielmehr richtet sich der Geschäftswert stets nach § 30 Abs. 1 KostO.[5]

Die Übernahme oder Eingehung einer Bauverpflichtung zählt zu den vom Käufer übernommenen Leistungen gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO. Dem Verkehrswert des Grundstücks (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 KostO) sind die Verpflichtungen des Käufers (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO; Kaufpreis, Bauverpflichtung usw.) gegenüberzustellen, der höhere Wert ist als Geschäftswert maßgebend.

Im hier entschiedenen Fall kam die Besonderheit hinzu, dass der Verkauf des Grundstücks durch die beteiligte Gemeinde unter dem Verkehrswert erfolgte (Kaufpreis 80 €/qm, Verkehrswert 85 €/qm). Diesen Preisnachlass wertete der Senat als wirtschaftliches Interesse des Verkäufers und setzte den dementsprechenden Wert als Geschäftswert für die Übernahme der Bauverpflichtung und der zusätzlich vereinbarten Selbstnutzungsverpflichtung an. Aus diesem Grunde kam für die Bauverpflichtung samt Selbstnutzungsverpflichtung der relativ geringe Wert von 2.525 € zustande.

Erfolgt jedoch der Verkauf zum Verkehrswert, sind nach den Feststellungen des BGH die Eingangs dieser Anmerkung

---

1 Beispielsweise BayObLG, MittBayNot 1993, 226 (50 %); OLG Hamm, MittBayNot 2004, 65 = ZNotP 2003, 238 mit Anm. *Tiedtke*.

2 So OLG Düsseldorf, DNotZ 1994, 723; OLG Stuttgart, MittBayNot 1962, 34.

3 BayObLG, MittBayNot 1982, 91; MittBayNot 1993, 226; OLG Frankfurt, DNotZ 1989, 502; OLG Schleswig, DNotZ 1971, 612; OLG Hamm, ZNotP 2003, 238; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 30 Rdnr. 15 ff.; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 20 KostO Rdnr. 22 ff.; *Mümmler*, JurBüro 1986, 524; Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1263; *Tiedtke*, Notarkosten im Grundstücksrecht, Rdnr. 204; a. A. OLG Düsseldorf, Rpfleger 1994, 520 (Regelwert gem. § 30 Abs. 2 KostO, 3.000 €).

4 OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380.

5 Wie schon bisher auch: OLG Hamm, DNotZ 1979, 182; OLG Stuttgart, MittBayNot 1962, 34; OLG Frankfurt, DNotZ 1967, 124; BayObLG, MittBayNot 1993, 226; Pfälzisches OLG Zweibrücken, MittBayNot 2001, 97; OLG Hamm, MittBayNot 2004, 380 = ZNotP 2004, 495 m. Anm. *Tiedtke*; *Korintenberg/Reimann*, § 30 KostO Rdnr. 15 ff.; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 14; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., S. 113.

dargelegten Grundsätze anzuwenden, welche die Rechtsprechung für die einzelnen Fallgestaltungen entwickelt hat. Die Feststellung des V. Zivilsenats, der Unterwertverkauf durch die Gemeinde sei der Normalfall, trifft nach hier vertretener Auffassung nicht zu, da in der Praxis Unterwertverkäufe regelmäßig nur bei Verkäufen im sog. „Einheimischen-Modell" festzustellen sind. Für den Notar muss sich der Verkauf zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Kaufpreis aus dem Kaufvertrag selbst oder sonstigen Umständen ergeben (wie z. B. beim Verkauf im Einheimischen-Modell). Darüber hinaus sind keine Nachforschungen anzustellen, wie etwa zusätzliche Anfragen beim Verkäufer oder eigene Wertermittlungen.

Übernimmt der Käufer zusätzlich für eine bestimmte Dauer eine Selbstnutzungsverpflichtung, ist deren Wert nach denselben Grundsätzen wie für die Bauverpflichtung zu bestimmen. Diese bleibt aber dann kostenrechtlich unbeachtlich, wenn der Kaufpreis unter dem Verkehrswert liegt. Denn der Preisnachlass bildet den kostenrechtlichen Wert für die Bauverpflichtung einschließlich Selbstnutzungsverpflichtung. Beim Verkauf zum Verkehrswert kann für diese Verpflichtung neben der Bewertung der Bauverpflichtung ein angemessener Teilwert in Ansatz gebracht werden. Etwa 10 % des Rückkaufspreises erscheinen angemessen und vertretbar. Insgesamt sollte der Wert für die Bauverpflichtung und die Selbstnutzungsverpflichtung 50 % des Rückkaufspreises nicht überschreiten. Das als Sanktion bei Verstoß gegen die vom Käufer übernommenen Verpflichtungen eingeräumte Wiederkaufsrecht ist als Sicherungsgeschäft gegenstandsgleich mit dem Kaufvertrag und daher nicht zusätzlich zu bewerten.

Klarheit hat die Entscheidung für die Praxis im Hinblick auf die divergierende Rechtsprechung bezüglich der Einordnung einer Bauverpflichtung (vermögensrechtlich oder nichtvermögensrechtlich) gebracht. Im Hinblick darauf, dass selbst ein geringfügiger Preisnachlass – wie im entschiedenen Fall – als Wert für die Bauverpflichtung usw. (bei Verpflichtung zur Wohnhausbebauung) maßgebend sein soll, während bei Verkauf zum Verkehrswert ein Bruchteil des möglichen Rückkaufspreises (ca. 30–50 %) anzunehmen ist, kann im Einzelfall ein krasses Missverhältnis entstehen. Für die Praxis ist daher zu empfehlen, bei Festsetzung des Geschäftswerts alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und den oberen Bereich des Ermessensrahmens nur dann auszuschöpfen, wenn mit der Bauverpflichtung zusätzlich eine Selbstnutzungsverpflichtung und möglicherweise auch noch ein Verfügungsverbot (Zustimmungsbedürfnis zur Veräußerung und/oder Belastung) verbunden werden. Betrifft die Bauverpflichtung ein gewerbliches Objekt, ist ohnehin der voraussichtliche Aufwand des Käufers für das geplante Bauwerk Ausgangswert für die Wertschätzung. Hier liegt das wirtschaftliche Interesse des Verkäufers auf ganz anderer Ebene (Arbeitsplätze, Steuereinnahmen usw.), was durch den BGH bestätigt worden ist.

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

---

19. KostO § 156; GmbHG § 5; Art. 46 KommZG *(Leistung einer Sacheinlage durch Dritte, Informationspflicht des Notars über gebührengünstigere Gestaltung)*

1. Sacheinlagen an eine GmbH können auch durch Dritte, die nicht Gründungsgesellschafter sind, geleistet werden.

2. Der Notar ist grundsätzlich verpflichtet, von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen die billigste zu wählen. Er darf einen höhere Kosten verursachenden Weg wählen, wenn dieser sicherer und sachdienlicher ist. Hierbei ist seinem pflichtgemäßen Ermessen ein weiter Spielraum eingeräumt. (Leitsatz der Schriftleitung)

BayObLG, Beschluss vom 21.6.2005, 3Z BR 258/04; mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG a. D.

Die Beteiligten zu 1 und 2, die Städte A und B, waren ebenso wie die Stadt C Mitglieder des Energiezweckverbands, eines kommunalen Zweckverbands zur Stromversorgung. Mit Urkunde vom 5.8.1999 des beteiligten Notars gründeten der Energiezweckverband und die Überlandwerk AG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma E. GmbH. Von dem Stammkapital der neu gegründeten GmbH in Höhe von 1 Mio. € übernahm der Energiezweckverband als Gesellschafter eine Stammeinlage in Höhe von 711.000 €, die dadurch erbracht wurde, dass der Energiezweckverband mit notariellem Vertrag vom selben Tag seinen Stromversorgungseigenbetrieb mit allen Aktiva und Passiva als Sacheinlage in die GmbH einbrachte.

In § 4 Ziff. 3 der GmbH-Satzung wurde festgehalten, dass die am Energiezweckverband beteiligten Gemeinden beabsichtigten, denselben zu liquidieren und die vom Energiezweckverband übernommene Stammeinlage entsprechend ihrer Beteiligung am Vermögen des Zweckverbandes unter sich aufzuteilen. Mit privatschriftlichem Konsortialvertrag vom 5.8.1999 vereinbarten die Beteiligten zu 1 und 2, die Stadt C sowie die Überlandwerk AG und der Energiezweckverband unter Ziff. 2 Folgendes:

> „Gesellschafter der E. GmbH wird der Energiezweckverband. Im Falle der Auflösung des Energiezweckverbands wird dieser als Gesellschafter in der E. GmbH durch die Städte A, B und C ersetzt. Danach ergeben sich folgende Kapitalanteile an der E. GmbH: Stadt A 26,52 %, Stadt B 34,34 %, Stadt C 10,24 % und Überlandwerk AG 28,90 %."

Im Oktober 1999 beschloss die Verbandsversammlung die Auflösung des Energiezweckverbands mit Wirkung zum 31.12.1999. Das Vermögen des Energiezweckverbandes bestand im Zeitpunkt seiner Auflösung im Wesentlichen aus dem Gesellschaftsanteil an der E. GmbH.

Mit notarieller Urkunde des beteiligten Notars vom 24.10.2001 wurde unter Bezugnahme auf § 4 der Satzung der E. GmbH die Abtretung des Gesellschaftsanteils des Energiezweckverbands gemäß den Prozentanteilen aus dem Konsortialvertrag vom 5.8.1999 an die Beteiligten zu 1 und 2 und die Stadt C abgetreten. Hierfür stellte der beteiligte Notar den drei Gemeinden zunächst unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 711.000 € (Nennbetrag des abgetretenen GmbH-Geschäftsanteils) Kosten von insgesamt 5.230,44 DM in Rechnung. Mit den streitgegenständlichen Kostenrechnungen vom 30.11.2001 stellt der beteiligte Notar den Beteiligten zu 1 und 2 sowie der Stadt C im Wege des berichtigenden Kostenansatzes für die Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung nunmehr unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts in Höhe von 11.226.363 DM (entsprechend dem Wert des abgetretenen Geschäftsanteils auf der Basis der Einbringungsbilanz) Notarkosten in Höhe von insgesamt 37.072,44 DM in Rechnung, darunter der Beteiligten zu 2 einen Betrag von 17.794,77 DM (noch zu zahlender Restbetrag: 7.814,67 €) und der Beteiligten zu 1 einen Betrag von 13.716,80 DM (noch zu zahlender Restbetrag: 6.023,81 €).

Gegen die genannten Notarkostenrechnungen wurden von den Beteiligten zu 1 und 2 und der Stadt C gegenüber dem beteiligten Notar Einwendungen erhoben. Der beteiligte Notar beantragte hierzu die Entscheidung des Landgerichts gemäß § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO. Ergänzend beantragte er, den Beteiligten aufzugeben, die ausstehenden Kosten nebst Zinsen – ab dem 1.1.2002 5 % Verzugszins über dem Basiszinssatz – zu zahlen. Bezüglich der Stadt C, die im Laufe des Verfahrens die sie betreffende Notarkostenrechnung bezahlte, nahm der beteiligte Notar seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurück. Die Beteiligten zu 1 und 2 begründeten ihre Einwendungen gegen die Kostenrechnung unter anderem damit, dass die Gesellschaftsanteilsübertragung bereits bei der Gründung der GmbH mitbeurkundet hätte werden können. Eine Beurkundung der Gesellschaftsanteilsübertragung sei auch überflüssig gewesen, weil es zu

einem gesetzlichen Übergang des Vermögens an die Beteiligten nach Art. 46 Abs. 3 des Bayerischen Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit (KommZG) gekommen sei. Die Gebühren seien außerdem unverhältnismäßig hoch.

Aus den Gründen:

II.

Die gemäß § 156 Abs. 2 KostO zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, weil die Notarkasse bisher keine Gelegenheit hatte, zu der zur Überprüfung stehenden Angelegenheit Stellung zu nehmen, und weil das Landgericht in dem angegriffenen Beschluss nicht hinreichend geprüft hat, ob ein Schadensersatzanspruch der beteiligten Städte der Geltendmachung des Kostenanspruchs durch den beteiligten Notar entgegensteht.

1. In einem Beschwerdeverfahren zur Überprüfung der Kostenberechnung eines Notars (§ 156 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 6 Satz 1 KostO) muss der Notarkasse (§ 113 Abs. 1 BNotO) Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden (BayObLG, MittBayNot 2003, 500 = ZNotP 2003, 359 m. Anm. *Tiedtke*), sofern sich diese noch nicht hat äußern können. Dies gilt auch, wenn ein Schwerpunkt des Verfahrens – wie hier – bei der Frage des Bestehens einer Gegenforderung liegt (BayObLG, MittBayNot 2004, 479). Diese Beteiligung ist im vorliegenden Verfahren nicht erfolgt.

2. Das Landgericht hat in dem angegriffenen Beschluss im Übrigen auch nicht hinreichend geprüft, ob ein Schadensersatzanspruch der Beteiligten der Geltendmachung des Kostenanspruchs durch den beteiligten Notar entgegensteht.

Im Verfahren der Notarkostenbeschwerde ist auch über Einwendungen zu entscheiden, die aus einer behaupteten Pflichtverletzung des Notars oder aus dem Fehlen der rechtlichen Wirksamkeit des beurkundeten Geschäfts hergeleitet werden (BGH, Rpfleger 1967, 140). Hat der Notar durch die Beurkundung eines Geschäfts eine schuldhafte Amtspflichtverletzung begangen, macht der daraus resultierende Schadensersatzanspruch des Beteiligten (in Höhe der Kostenforderung des Notars) die in der Geltendmachung des Kostenanspruchs liegende Rechtsausübung unzulässig (BayObLG, ZNotP 1998, 386). Der Notar ist grundsätzlich verpflichtet, von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen die billigste zu wählen. Er darf einen höhere Kosten verursachenden Weg wählen, wenn dieser sicherer und sachdienlicher ist. Hierbei ist seinem pflichtgemäßen Ermessen ein weiter Spielraum eingeräumt (BayObLG, JurBüro 1985, 1851). Stehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, so hat der Notar auf die billigere hinzuweisen, wenn diese eine für den angestrebten Erfolg angemessene und in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt (BayObLG, MittBayNot 2000, 575).

a) Das Landgericht hat zwar zutreffend ausgeführt, dass die der Kostenrechnung zugrundeliegende Übertragung der Geschäftsanteile an die beteiligten Gemeinden der notariellen Beurkundung bedurfte.

aa) Es lag kein Fall einer Gesamtrechtsnachfolge kraft Gesetzes vor.

Nach der Systematik von Art. 46 KommZG erfolgt die Auflösung eines Zweckverbandes grundsätzlich durch Beschluss der Verbandsversammlung (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 KommZG) und führt zu einer Liquidation gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 KommZG. Ausnahmsweise ist ein Zweckverband (auch ohne Beschluss der Verbandsversammlung) aufgelöst, wenn seine Aufgaben durch ein Gesetz oder aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung vollständig auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts übergehen oder wenn er nur noch aus einem Mitglied besteht (Art. 46 Abs. 3 KommZG). In diesem Fall kommt es grundsätzlich ebenfalls zu einer Liquidation, es sei denn, dass Gesamtrechtsnachfolge eingetreten ist (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 KommZG), z. B. wenn der Zweckverband nur noch aus einem Mitglied besteht und dieses Mitglied an die Stelle des Zweckverbands tritt (Art. 46 Abs. 3 Satz 2 KommZG).

Im vorliegenden Fall liegt keine der Fallkonstellationen von Art. 46 Abs. 3 KommZG vor. Die kommunale Aufgabe der Energieversorgung geht hier weder durch Gesetz noch aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung vollständig auf andere juristische Personen des öffentlichen Rechts über. Vielmehr haben die am Zweckverband beteiligten Städte durch eigene Willensbildung beschlossen, die ihnen grundsätzlich obliegende kommunale Aufgabe der Energieversorgung statt mit dem Zweckverband in Zukunft mit Hilfe einer privatrechtlichen GmbH zu erfüllen. Eine vereinbarte Aufgabenübertragung mit Übergang der vollständigen Aufgaben des Zweckverbands setzt in jedem Fall neben der notwendigen Vereinbarung mit dem Übernehmer der Aufgaben einen genehmigten Auflösungsbeschluss gemäß Art. 46 Abs. 1 und 2 KommZG voraus (*Hauth/Hillermeier/Bonengel*, Verwaltungsgemeinschaft und Zweckverbände, Art. 46 KommZG Rdnr. 5 unter Hinweis auf die amtliche Begründung des Änderungsgesetzes zum KommZG 1994). Im Übrigen käme es auch bei einer gesetzlichen Aufgabenübertragung nur dann zu einer Gesamtrechtsnachfolge, wenn in dem entsprechenden Gesetz auch diese Frage entsprechend geregelt wäre (ähnlich wie in Art. 46 Abs. 3 Satz 2 KommZG). Eine solche Vorschrift, die etwa auch einen Maßstab zur Aufteilung des Verbandsvermögens enthalten müsste, ist hier nicht ersichtlich. Dementsprechend hatte die Auflösung des Zweckverbandes zum 31.12.1999 zur Folge, dass der Zweckverband nach der Auflösung seine Geschäfte abzuwickeln hatte (Art. 47 Abs. 1 Satz 1 KommZG).

bb) Die Abtretung des Geschäftsanteils des Zweckverbands an die Beteiligten im Rahmen der Abwicklung bedurfte danach der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG. Es handelt sich insoweit um eine zwingende Regelung. Sie gilt für jede Veräußerung unter Lebenden mit Ausnahme des Übergangs des Anteils kraft Gesetzes, kraft Hoheitsaktes oder bei Anwachsung (*Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 20, 23, 26). § 15 Abs. 3 GmbHG gilt damit auch für öffentlich-rechtliche Körperschaften. Die genannten Ausnahmefälle greifen im vorliegenden Fall nicht ein.

b) Das Landgericht hat auch zutreffend ausgeführt, dass es rechtlich möglich gewesen wäre, den Geschäftsanteil des Zweckverbandes zugleich mit der GmbH-Gründung an die drei beteiligten Gemeinden abzutreten. Diese Möglichkeit hätte aber nicht zu niedrigeren Notarkosten geführt, weil es sich um verschiedene Gegenstände im Sinn von § 44 Abs. 2 KostO handelt (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl., § 44 Rdnr. 176; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl., „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ 8.1).

c) Nicht hinreichend geprüft wurde aber, ob nicht durch eine andere Vertragsgestaltung Beurkundungskosten hätten vermieden werden können. In Betracht kam hier die Möglichkeit, bei der Gründung der GmbH von vornherein die beteiligten Städte anstelle des Zweckverbandes als Gesellschafter vorzusehen. Die Sacheinlage in Form des Eigenbetriebs, für die in jedem Fall Kosten anfielen, konnte auch durch den

Zweckverband als Leistung eines Dritten auf die Sacheinlageschuld der beteiligten Städte im Sinne von § 267 BGB erbracht werden. Übertragen auf die Gesellschaft kann das Einzubringende nicht nur der einlagepflichtige Gründer selbst, sondern auch jeder sonst hierzu berechtigte Dritte (vgl. *Priester/Heinrich* in Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Bd. 3 GmbH, § 9 Rdnr. 18; *Michalski/Zeidler*, GmbHG, § 5 Rdnr. 72).

Dass diese Möglichkeit bestand, war – wie etwa der Schriftsatz der Beteiligten zu 1 vom 16.10.2002 unter Abs. 1 Satz 1 im ersten Absatz zeigt – offenbar zunächst nicht bekannt. Für den beteiligten Notar war aus § 4 Ziff. 3 der von ihm beurkundeten GmbH-Satzung und – soweit ihm damals bekannt – auch aus Ziff. 2 des Konsortialvertrags eindeutig erkennbar, dass im Ergebnis die beteiligten Städte an der zu gründenden GmbH auf Dauer beteiligt sein sollten. Es ist zwar durchaus denkbar, dass für die von den Beteiligten gewählte Gestaltung sachliche Gründe vorhanden waren. Auf der Basis der bisherigen Aktenlage spricht aber viel dafür, dass die beteiligten Städte bei entsprechendem Hinweis durch den Notar eine solche, für sie wohl erheblich günstigere Lösung gewählt hätten und dass sich auch die anderen an der Gründung Beteiligten dem nicht widersetzt hätten.

Das Landgericht hätte insoweit den Sachverhalt noch ergänzend aufklären müssen (§ 12 FGG). Zwar obliegt den beteiligten Städten eine Darlegungs- und Substantiierungspflicht. Wenn der Kostenschuldner mit dem Einwand der Pflichtverletzung des Notars eine Materie in ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit verlagert, die, soweit das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in Frage steht, grundsätzlich in das allgemeine Streitverfahren gehört, darf dies nicht dazu führen, dass sich der Kostenschuldner auf diese Weise den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises bedient (§ 12 FGG), ohne das Kostenrisiko tragen zu müssen, das ihn im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Notar träfe (§ 91 ZPO im Gegensatz zu § 156 Abs. 5 KostO). Deshalb treffen ihn hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten (vgl. BayObLG, MittBayNot 2005, 304; OLG Hamm, FGPrax 2004, 49 = NotBZ 2004, 197). Durch einen entsprechenden Aufklärungsbeschluss hätte das Landgericht auf eine Substantiierung hinwirken müssen, nachdem die Beteiligten vorgetragen hatten, durch eine andere Gestaltung der Beurkundung wären geringere Kosten angefallen.

III.

Für den weiteren Verfahrensgang wird auf Folgendes hingewiesen: (…)

2. Sofern letztlich ein Schadensersatzanspruch der beteiligten Städte gegen den Notar – wie unter II. 2 c skizziert – bejaht würde, käme es auf die Höhe der Notargebühren im vorliegenden Fall nicht an, weil diese Gebühren – unabhängig von ihrer Höhe – als Schaden anzusehen wären. Die Ausführungen des Landgerichts zur Höhe der Notarkosten werden ohnehin im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht mehr angegriffen. Auch aus der Sicht des Senats sind die Ausführungen des Landgerichts zu § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO und zu § 36 Abs. 2 KostO sowie zum zugrunde gelegten Geschäftswert im Übrigen nicht zu beanstanden.

Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates v. 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital i. d. F. der Richtlinie 85/303/EWG des Rates v. 10.6.1985 in der Auslegung der Entscheidung der 6. Kammer des EuGH vom 21.3.2002 (DNotZ 2002, 389) betrifft nur die Tätigkeit beamteter Notare, deren Gebühren teilweise dem Staat zufließen. Sie ist nicht auf die in Bayern tätigen selbständigen hauptberuflichen Notare übertragbar (vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1431 zu der insoweit identischen Sachlage bei Anwaltsnotaren).

———

20. KostO § 19 Abs. 2, § 38 Abs. 2 Nr. 6 d *(Keine Geschäftswertprivilegierung bei Übertragung von Kommanditanteilen)*

1. **Die Regelung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO privilegiert ausdrücklich das Vollzugsgeschäft „Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH“. Sie kann als Ausnahmeregelung weder im Wege der Auslegung noch im Wege der Analogie auf Fälle angewendet werden, in denen im Zuge der Veräußerung einer GmbH & Co. KG die Beurkundung der Übertragung des Kommanditanteils nur mit Rücksicht auf die Formbedürftigkeit der Übertragung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH nach § 15 Abs. 3, 4 GmbH erfolgt.**
2. **Die Bewertung von Grundbesitz orientiert sich gemäß § 19 Abs. 2 KostO an der Höhe der eingetragenen Grundpfandrechte, wenn Banken, Sparkassen oder Kreditinstitute Gläubiger der eingetragenen Grundpfandrechte sind; wegen der für diese Gläubiger geltenden Beleihungsgrenzen ergibt sich auf jeden Fall ein mindestens gleich hoher Grundstückswert.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.2.2005, I-10 W 92/04

Mit notariellem Vertrag verpflichtete sich die F-AG, die Kommanditanteile von sieben Kommanditgesellschaften sowie die Geschäftsanteile an den sieben Komplementär-GmbHs auf die Beteiligte und mit dieser verbundenen Vertragsparteien zu übertragen. Die Abtretung der Anteile an den Komplementär-GmbHs erfolgte mit notarieller Vertragsurkunde des Notars vom 18.9.2001, die Abtretung der Kommanditanteile mit notarieller Vertragsurkunde gleichen Datums. Die Beurkundung der Abtretung der Kommanditanteile erfolgte, weil die Vertragsparteien im Hinblick auf eine mögliche Formbedürftigkeit dieses Geschäfts nach § 15 Abs. 3 GmbH jedes Nichtigkeitsrisiko ausschließen wollten.

Der Notar berechnete für die Beurkundung der Abtretung der Kommanditanteile eine doppelte Gebühr nach §§ 36 Abs. 2, 44 Abs. 2 a KostO. Als Geschäftswert legte er einen Wert von EUR 114.202.827,76 zugrunde. Dieser setzt sich zusammen aus den Bilanzwerten der veräußerten Geschäftsanteile im Wert von EUR 95.289.475,88 und aus Belastungen des Grundbesitzes der A-GmbH & Co. KG, die in der Bilanz nicht berücksichtigt sind; es handelt sich insoweit um Belastungen in Höhe von gesamt EUR 24.242.904,55 abzüglich der in der Bilanz angesetzten EUR 5.329.552,67.

Mit der weiteren Beschwerde der Beteiligten gegen den Kostenansatz des Notars macht sie geltend, für die Abtretung der Kommanditanteile sei gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO nur die Hälfte einer Gebühr zu erheben. Für den Geschäftswert hält sie den in der Bilanz ausgewiesenen Einheitswert für maßgebend; aus dem vereinbarten Kaufpreis sowie den Bilanzdaten gehe hervor, dass den Beleihungen keine Aussagekraft für den tatsächlichen Wert der Grundstücke zukomme, weil der Grundbesitz weit überbeliehen worden sei.

Aus den Gründen:

II.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten ist gemäß § 156 Abs. 2 KostO zulässig, in der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Es kann nicht festgestellt werden, dass

die Entscheidung des Landgerichts, die Beschwerde der Beteiligten gegen die beanstandete Kostenrechnung des Notars zurückzuweisen, auf einer Verletzung des Rechts beruht.

1. Die Zurückweisung der Beschwerde in Bezug auf den Ansatz der Gebühren für die vorgenommene Beurkundung der Übertragung der Kommanditanteile ist nicht zu beanstanden. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass insoweit gemäß §§ 36 Abs. 2, 44 Abs. 2 a KostO das Doppelte der vollen Gebühr zu erheben und die Gebührenausnahmeregelung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO nicht anzuwenden ist. Die Regelung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO privilegiert ausdrücklich das Vollzugsgeschäft „Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH". Sie kann als Ausnahmeregelung weder im Wege der Auslegung über ihren eindeutigen Wortlaut hinaus noch im Wege der Analogie über die einzelnen Tatbestände hinaus erweitert werden (vgl. *Korintenberg/Lappe/Schwarz*, KostO, 15. Aufl. 2002, § 38 Rdnr. 13).

Entgegen der Auffassung der Beteiligten kann § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO auch nicht im Wege einer teleologischen bzw. verfassungskonformen Auslegung auf Fälle angewendet werden, in denen im Zuge der Veräußerung einer GmbH & Co. KG die Beurkundung der Übertragung des Kommanditanteils nur mit Rücksicht auf die Formbedürftigkeit der Übertragung des Geschäftsanteils an der Komplementär-GmbH nach § 15 Abs. 3, 4 GmbH erfolgt.

Verkauf und Übertragung von Kommanditanteilen sind grundsätzlich formfrei möglich, während Verkauf und Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH gemäß § 15 Abs. 3, 4 GmbH notarieller Beurkundung bedürfen. Wird – wie hier – ein in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG geführtes Unternehmen verkauft, erstreckt sich der für das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der GmbH-Anteile aus § 15 Abs. 4 GmbHG folgende Formzwang grundsätzlich auch auf das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung der Kommanditanteile. Hier sind die Verpflichtungsgeschäfte über die Geschäftsanteile an der GmbH und die Gesellschaftsanteile an der Kommanditgesellschaft aufgrund der Interessenlage beider Parteien typischerweise untrennbar miteinander verbunden, so dass sie eine rechtliche Einheit bilden (h. M., vgl. BGH, DNotZ 1986, 687; OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 28.1.2002, 20 W 599/99, n. v.; *Gummert* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 2. Aufl. 2004, § 50 Rdnr. 45; *Scholz/Winter*, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 15 Rdnr. 71; *Altmeppen/Roth*, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 15 Rdnr. 93; *Wiesbrock*, DB 2002, 2311, 2313; *Schultze*, NJW 1991, 1936).

Ob sich die aus § 15 Abs. 3 GmbHG folgende Formbedürftigkeit für das Verfügungsgeschäft zur Übertragung der GmbH-Anteile auch auf die Übertragung der Kommanditanteile erstreckt, wird dagegen unterschiedlich beurteilt (verneinend: wohl BGH, DNotZ 1993, 615; *Altmeppen/Roth*, § 15 GmbHG Rdnr. 93; *Wiesbrock*, DB 2002, 2311, 2313 f. und *Schultze*, NJW 1991, 1936, 1937 jew. mit Begründung; bejahend *Gummert* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, § 50 Rdnr. 45 unter Hinweis auf eine „wohl herrschende Auffassung", die jedoch nicht belegt wird). Mit Rücksicht auf die Abstraktheit dinglicher Verfügungsgeschäfte werden die Übertragungsgeschäfte nur im Einzelfall untrennbar im Sinne eines einheitlichen Rechtsgeschäfts verbunden sein, so dass sich eine Formbedürftigkeit der Abtretung der Kommanditanteile nur im Ausnahmefall ergeben wird (vgl. BGH, GmbHR 1986, 258, 260 a. E., *Wiesbrock*, a. a. O.; *Schultze*, a. a. O.).

Letztlich mag dahin stehen, ob hier ein derartiger Ausnahmefall vorlag, der zur Formbedürftigkeit der dinglichen Übertragung der Kommanditanteile führte. Von der Beteiligten werden entsprechende Umstände nicht vorgetragen. Vielmehr ging sie offensichtlich selbst davon aus, dass die in einer separaten Urkunde erfolgte Abtretung der Kommanditanteile nicht hätte beurkundet werden müssen. Nach ihrem eigenen Vortrag haben die Vertragsparteien die Frage der Formbedürftigkeit nicht geklärt bzw. klären lassen. Sie haben die notarielle Beurkundung vornehmen lassen, um jegliches Nichtigkeitsrisiko im Hinblick auf eine mögliche Geschäftseinheit mit der gleichzeitig beurkundeten Abtretung der GmbH-Anteile zu vermeiden.

Eine vorsorgliche Beurkundung bei tatsächlich nicht gegebener Formbedürftigkeit vermag die Ausdehnung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO keinesfalls zu rechtfertigen. Diese Vorschrift knüpft an eine bestehende Formbedürftigkeit nach § 15 Abs. 3 GmbHG an. Aber auch dann, wenn unter dem Aspekt der Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts im Einzelfall die dingliche Kommanditanteilsübertragung der aus § 15 Abs. 3 GmbHG folgenden Beurkundungspflicht unterliegen sollte, wäre die Ausdehnung der Ausnahmeregelung des § 38 Abs. 2 Nr. 6 d KostO nicht gerechtfertigt. Die Beurkundungsbedürftigkeit folgte in diesen Fällen allein aufgrund der materiellrechtlichen Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts. Diese allein vermag jedoch nicht zu bewirken, dass kostenrechtliche Ausnahmeregelungen, die für Teile des Rechtsgeschäfts gelten, über deren klar gefassten Wortlaut hinaus auf das gesamte Rechtsgeschäft erstreckt werden.

2. Die Zurückweisung der Beschwerde ist auch im Hinblick auf den Ansatz des Geschäftswertes nicht zu beanstanden. Das Landgericht ist insoweit zutreffend von § 19 Abs. 1 KostO ausgegangen, wonach der Wert einer Sache der gemeine Wert ist, der sich gemäß § 19 Abs. 2 KostO grundsätzlich nach dem Einheitswert richtet, sofern sich nicht aus sonstigen dort genannten Umständen ein höherer Wert ergibt.

Ohne Erfolg wendet sich die Beteiligte gegen die Orientierung des gemeinen Wertes an den Grundstücksbelastungen. Dies mag zwar dann zweifelhaft sein, wenn es sich um eine Zwangs-, Sicherung- oder Gesamthypothek handelt, bei der der Schuldner seinen gesamten Besitz belastet, ohne dass jedes einzelne Grundstück die Belastung im ganzen auch nur annähernd deckt (vgl. *Hartmann*, Kostengesetze, 32. Aufl., § 19 KostO Rdnr. 26). Sind aber – wie hier nach dem eigenen Vortrag der Beteiligten anzunehmen – Banken, Sparkassen oder Kreditinstitute Gläubiger der eingetragenen Grundpfandrechte, so ergibt sich wegen der für diese Gläubiger geltenden Beleihungsgrenzen auf jeden Fall ein mindestens gleich hoher Grundstückswert (vgl. *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand 12/2004, § 19 Rdnr. 26 m. w. N.); ob und inwieweit sogar ein Wert anzusetzen ist, der die Höhe des Hypotheken- oder Grundschuldbetrages in einem gewissen, nicht zu hoch zu veranschlagenden Umfang übersteigt (vgl. *Rohs/Wedewer*, § 19 Rdnr. 27 m. w. N.), ist im Rahmen der weiteren Beschwerde nicht zu prüfen. Dass hier ausnahmsweise von der üblichen Beleihungspraxis abgewichen worden und eine Beleihung deutlich über Wert erfolgt sein soll, ist nicht ersichtlich. Hierzu fehlt jeglicher Sachvortrag der Beteiligten. Ihr pauschaler Hinweis auf die hohe Verschuldung der Grundeigentümerin und die Belastung des gesamten Grundbesitzes genügt insoweit ebenso wenig wie die Ausführungen in Bezug auf den „niedrigen" Kaufpreis. Hieraus ergibt sich nicht zwangsläufig, dass eine Beleihung weit über dem gemeinen Grundstückswert stattgefunden haben muss, diese folglich auch nicht Maßstab für die Grundstückswerte sein kann.

21. KostO § 20; UStG § 13 b *(Bruttokaufpreis als Geschäftswert)*

Die aus § 13 b UStG resultierende Rechtsstellung des Käufers bei grunderwerbsteuerlich relevanten Umsätzen als Steuerschuldner der Mehrwertsteuer auf den Kaufpreis rechtfertigt allein nicht die Annahme, dass die nach dem Vertrag von dem Grundstückskäufer zu entrichtende Mehrwertsteuer nicht als Bestandteil des Kaufpreises im Sinne von § 20 KostO anzusehen ist.

OLG Celle, Beschluss vom 13.9.2005, 4 W 167/05

Das Amtsgericht hat für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung, die Eintragung eines Eigentümers und für die Löschung der Vormerkung Gebühren berechnet und dabei jeweils als Gegenstandwert den im notariellen Kaufvertrag angegebenen Nettokaufpreis von 3.900.000 € zuzüglich der von der Beteiligten nach dem Vertrag zu entrichtenden Mehrwertsteuer von 634.920 €, mithin insgesamt einen Betrag von 4.534.920 €, zugrunde gelegt.

Die Regelung im Kaufvertrag über den Kaufpreis lautet auszugsweise wie folgt:

> „Der Kaufpreis für das Verkaufsobjekt beträgt netto 3.900.000 EUR (…)
>
> Der Verkäufer erklärt, dass er zur Umsatzsteuer optiert. Die daher auf den Kaufpreis zu entrichtende Mehrwertsteuer beträgt auf den Nettokaufpreis zuzüglich 1,75 % Grunderwerbsteuer = 3.968.250 EUR, davon 16 % = 634.290 EUR.
>
> Die Mehrwertsteuer in Höhe von 634.920 EUR wird durch den Käufer unmittelbar an das zuständige Finanzamt gezahlt. Der Verkäufer verpflichtet sich zur Ausstellung einer Rechnung gemäß § 14 UStG."

Die gegen die Kostenrechnung der Beteiligten eingelegte Erinnerung hatte keinen Erfolg. Die dagegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen und zugleich hinsichtlich der Frage, ob auch nach der gegenwärtigen Fassung des Umsatzsteuergesetzes die auf den Grundstückskaufpreis anfallende Mehrwertsteuer in die Bemessung des Geschäftswertes nach § 20 KostO einzubeziehen ist, zugelassen. Mit der weiteren Beschwerde macht die Beteiligte weiter geltend, dass der Nettokaufpreis für die Wertbemessung nach § 20 KostO maßgeblich sei. Mit dem Wirksamwerden der Änderungen des § 13 b UStG zum 1.4.2004 sei nun der Käufer eines Grundstücks Steuerschuldner der Umsatzsteuer geworden und verpflichtet, die Mehrwertsteuer unmittelbar an das Finanzamt abzuführen. Damit sei die Mehrwertsteuer nicht mehr Bestandteil des Kaufpreises und folglich nicht mehr als Gegenleistung des Käufers anzusehen. Die Änderungen des Umsatzsteuerrechts zeigten auch Auswirkungen auf die Höhe der Grunderwerbsteuer. Nach Eintritt der Gesetzesänderung sei die Umsatzsteuer nicht mehr Teil der Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer.

Aus den Gründen:

II.

(…) In der Sache hat die weitere Beschwerde keinen Erfolg. Die weitere Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts entsprechend §§ 546, 547 ZPO beruht. Eine derartige Rechtsverletzung vermag der Senat nicht festzustellen.

Mit Recht ist als Geschäftswert in den Kostenrechnungen jeweils der Bruttokaufpreis zugrunde gelegt worden. Gemäß § 20 Abs. 1 KostO ist bei dem Kauf von Sachen für die Bestimmung des Geschäftswertes der gesamte Kaufpreis und nicht nur ein Teil des Kaufpreises maßgebend, solange der Kaufpreis nicht niedriger als der Wert der Sache ist. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass auch die Mehrwertsteuer Teil des Kaufpreises ist, auch wenn sie, wie im vorliegenden Fall, im notariellen Grundstückskaufvertrag vom 11.6.2004 besonders ausgewiesen ist (vgl. auch *Hartmann*, Kostengesetze, 34. Aufl., § 20 KostO Rdnr. 3).

Die Entscheidung des OLG Zweibrücken vom 20.6.1996 (vgl. NJW-RR 1997, 319) stellt diesen Grundsatz nicht in Frage, sondern sieht lediglich für den Ausnahmefall, dass die Kaufvertragsparteien die Bezahlung der Umsatzsteuer lediglich unter einer Bedingung vereinbart haben, keine volle Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei dem Geschäftswert vor. Selbst in diesem Fall soll aber die Umsatzsteuer teilweise entsprechend dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintritts für den Geschäftswert mit berücksichtigt werden (vgl. OLG Zweibrücken, a. a. O.). Im vorliegenden Fall hat sich die Beteiligte in § 2 des notariellen Grundstückskaufvertrages gegenüber der Verkäuferin jedoch unbedingt zur Entrichtung der Mehrwertsteuer an das zuständige Finanzamt verpflichtet.

Die Änderung des Umsatzsteuerrechts zum 1.4.2004 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Zwar wird die Steuer für Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, dem Finanzamt gemäß § 13 b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 Satz 1 UStG unmittelbar von dem Leistungsempfänger, also hier von der Beteiligten geschuldet. Daraus folgt jedoch nicht, dass die Mehrwertsteuer nicht mehr als Bestandteil des Kaufpreises anzusehen ist. Vielmehr ist nach dem Vertragsinhalt lediglich ein Teil der geschuldeten Gegenleistung nicht an den Gläubiger, sondern direkt an einen Dritten, das Finanzamt, zu erbringen. Eine derartige Vereinbarung ist in gegenseitigen Verträgen auch nicht unüblich.

Der in § 20 KostO verwendete Begriff des Kaufpreises bezeichnet die gesamte privatrechtlich als Entgelt für die Übereignung und Übergabe der Kaufsache vereinbarte Gegenleistung. Die Regelung differenziert nicht zwischen dem Verkauf von unbeweglichen und beweglichen Sachen oder danach, ob Umsätze in Rede stehen, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, NJW 1991, 2484) umfasst die vertragliche oder gesetzliche Festlegung einer Vergütungsleistung in einem bürgerlichrechtlichen, gegenseitigen Vertrag, insbesondere in einem Kaufvertrag, grundsätzlich die auf die Gegenleistung zu entrichtende Umsatzsteuer, falls nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. Im vorliegenden Fall ist die Verpflichtung zur Zahlung der Mehrwertsteuer Teil der Regelung über den Kaufpreis in § 2 des notariellen Kaufvertrages, ohne dass in dem Vertrag auch nur andeutungsweise zum Ausdruck kommt, dass die Beteiligte als Käuferin im Innenverhältnis zur Verkäuferin nicht zur Entrichtung der Mehrwertsteuer verpflichtet sein soll. Die Anweisung zur Zahlung der Mehrwertsteuer direkt an das Finanzamt trägt zwar der Rechtsstellung der Beteiligten als Steuerschuldnerin gegenüber dem Finanzamt Rechnung, verändert aber nicht den Umfang der von der Beteiligten der Verkäuferin geschuldeten Gegenleistung. Wäre die Verpflichtung zur Mehrwertsteuerzahlung nicht als Teil des Kaufpreises anzusehen, würde dies zu dem nicht interessengerechten Ergebnis führen, dass die Verkäuferin im Falle der unterbliebenen Zahlung der Mehrwertsteuer an das Finanzamt die Beteiligte als Käuferin nicht auf Erfüllung dieser Verpflichtung in Anspruch nehmen könnte.

Die steuerrechtliche Gesetzesänderung zur Person des Umsatzsteuerschuldners bei Umsätzen, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, lassen den Inhalt privatrechtlicher Abreden über die Festlegung des Kaufpreises für Grundstücke unberührt. Eine von dem Wortlaut des § 20 KostO abweichende Bestimmung des Geschäftswertes bei Grundstückskäufen kommt überdies auch deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber die Änderung des Umsatzsteuerrechts zum 1.4.2004 nicht zum Anlass genommen hat, die Regelung

in § 20 KostO entsprechend zu ändern, obwohl das Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuletzt durch Art. 4 XXIX KostRMoG vom 5.5.2004 (BGBl, 718) geändert worden ist.

Mit der Änderung des Umsatzsteuerrechts mag beabsichtigt worden sein, die Grunderwerbsteuer nur noch auf den Nettokaufpreis zu erheben, wodurch eine erneute Besteuerung des als Mehrwertsteuer abzuführenden Teils des Kaufpreises vermieden wird. Diese steuerrechtlichen Erwägungen bieten jedoch keine Veranlassung, den für die Bestimmung des Geschäftswertes maßgeblichen, von den Kaufvertragsparteien privatrechtlich festgelegten Kaufpreis bei grunderwerbsteuerpflichtigen Umsätzen um die von dem Käufer geschuldete Mehrwertsteuer zu vermindern.

Ob der den Erwerbsvorgang beurkundende Notar seine Kostennote auf der Grundlage des Nettokaufpreises erstellt hat, ist rechtlich unbeachtlich, weil der Notar verpflichtet ist, die gesetzlichen Gebühren zu erheben, § 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO.

Anmerkung:

1. Entscheidung des OLG

Das Ergebnis des Beschlusses des OLG Celle lautet: Geschäftswert i. S. d. § 20 KostO ist das privatrechtlich vereinbarte Entgelt, dies bleibt trotz § 13 b UStG der Bruttokaufpreis. Diese steuerliche Beurteilung basiert auf der Überlegung des OLG Celle, dass die Rechtsstellung des Käufers nach der Neuregelung des § 13 b UStG ab 1.4.2004 maßgeblich ist. Das Motiv des Gesetzgebers für diese Änderung des Umsatzsteuerrechts war die Absicht, die Grunderwerbsteuer auf den Nettokaufpreis zu erheben.

2. Zivilrechtliche Ausgangslage

In allen BGB-Kommentaren findet man hinsichtlich der Frage nach dem privatrechtlich vereinbarten Entgelt inhaltlich folgende Ausführungen: Kaufpreis i. S. d. § 433 BGB ist das Entgelt für die Übertragung des Kaufgegenstandes. Der Kaufpreis umfasst die Umsatzsteuer.[1] Im zitierten Urteil des BGH vom 24.2.1988 heißt es:

> „Vielmehr ist die bei einem Verkauf anfallende Umsatzsteuer beim Fehlen gegenteiliger Vereinbarungen grundsätzlich ein unselbständiger Bestandteil des vereinbarten bürgerlich-rechtlichen Entgelts, weshalb der Verkäufer die wider sein Erwarten auf einen Verkauf anfallende Umsatzsteuer nicht später vom Käufer nachfordern und deshalb auch nicht die Ausstellung einer Rechnung mit gesondertem Steuerausweis von einer entsprechenden Nachzahlung des Käufers abhängig machen kann. In einem solchen Fall ist die tatsächlich angefallene Umsatzsteuer aus dem Bruttobetrag herauszurechnen und in der Rechnung nach § 14 Abs. 1 UStG gesondert auszuweisen."

Bei dieser Entscheidung ist zu beachten, dass es am 24.2.1988 keine Regelung mit dem Inhalt des § 13 b UStG gab. Steuerschuldner war in diesem Fall der leistende Unternehmer (= Verkäufer).

3. Steuerrechtliche Ausgangslage

Gemäß § 43 AO bestimmen die Steuergesetze, wer Steuerschuldner ist. Gemeint ist der Steuerschuldner gegenüber dem Fiskus.[2]

Das einschlägige Stichwort im Umsatzsteuerrecht lautet Reverse-Charge. Darunter versteht man die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers.[3] Neben das bestehende (s. o. BGH-Fall) Erhebungssystem tritt ein weiteres, das Reverse-Charge-Verfahren, d. h. Vereinigung von Umsatzsteuerschuld und Umsatzsteuererstattungsanspruch für einen Umsatz auf einen einzigen Unternehmer. Diese Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers wird durch § 13 b UStG begründet. Dies bedeutet: Der Leistungsempfänger (= Käufer) schuldet selbst und allein die Steuer. Für den leistenden Unternehmer (= Verkäufer) entsteht keine Steuerschuld.[4] Er haftet auch nicht neben dem Leistungsempfänger. Diese Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers gilt ab 1.4.2004 für alle steuerpflichtigen Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen.[5] Erklärt der leistende Unternehmer den Verzicht auf die Steuerbefreiung im notariellen Vertrag (§ 9 Abs. 3 Satz 2 UStG), werden die an sich steuerfreien Umsätze steuerpflichtig.[6] Die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers für Umsätze gemäß §§ 4 Nr. 9 a, 9 Abs. 3 UStG führt dazu, dass der Leistungsempfänger die Umsatzsteuer, soweit die Option reicht, an das Finanzamt abzuführen hat. Soweit der Leistungsempfänger vorsteuerabzugsberechtigt ist, kann er die Umsatzsteuer als Vorsteuer abziehen. Er wird nicht damit belastet.

Der leistende Unternehmer darf die Umsatzsteuer weder vereinnahmen noch in Rechnung stellen (§ 14 a Abs. 5 Satz 3 UStG). Er muss eine Rechnung ausstellen. In dieser ist auf die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers hinzuweisen (§ 14 a Abs. 5 Satz 2 UStG). Weist er Umsatzsteuer in der Rechnung offen aus, dann schuldet er die Steuer gemäß § 14 c Abs. 2 UStG neben dem Käufer. Durch die neue Regelung sollen – anders als das OLG Celle meint – nach den Vorstellungen des Gesetzgebers Steuerausfälle verhindert werden.[7]

Bei der Abfassung des Vertrages ist somit auf die mögliche Steuerschuld zu achten.[8] Zur Entlastung des OLG Celle darf in diesem Zusammenhang festgehalten werden, dass die Formulierung im Kaufvertrag völlig ungenügend und überholt war.

4. Umsatzsteuer nach neuer Rechtslage nicht mehr Teil des Kaufpreises

Die aufgrund der Option zur Steuerpflicht dem Erwerber in Rechnung gestellte Umsatzsteuer (§ 14 UStG) war somit nach der Rechtslage bis zum 31.3.2004 unstrittig zivilrechtlich ein Bestandteil des Kaufpreises.[9] Sie war damit auch Bestandteil der grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung.[10] Nach der Rechtslage ab 1.4.2004 wird in Optionsfällen die Umsatzsteuer zwingend vom Erwerber geschuldet. Die Umsatzsteuer ist damit nicht mehr Teil des Kaufpreises. Sie ist eine allein

---

1 Statt vieler *Palandt/Putzo*, BGB, 65. Aufl., § 433 Rdnr. 38 unter Verweis auf BGHZ 103, 287.

2 *Bunjes/Geist*, UStG, 8. Aufl., § 13 a Rdnr. 2.

3 *Mattheis/Groß/Vorgel*, DStR 2006, 214.

4 *Widmann*, DB 2002, 166, 171.

5 BMF-Schreiben vom 31.3.2004, BStBl I, 453 Tz. 3; Abschnitt 71 UStR.

6 BMF, a. a. O., Tz 4; Abschnitt 182 a Abs. 2 Nr. 4 UStR.

7 BR-Drucks. 399/01; BT-Drucks. 14/6877, S. 34 f.

8 *Clausen/Mensching*, DStR 2004, 305 f.

9 *Palandt/Putzo*, a. a. O.; BFH, BStBl II 1982, 309.

10 BFH, BStBl II 1973, 126.

vom Grundstückserwerber zu begleichende eigene Steuerschuld.[11] Aus diesem Grund ist sie nicht mehr Bestandteil der grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung. Dies ist allgemeine Meinung.[12]

Dies hat nichts mit der Frage zu tun, ob und in wieweit die bei einer umsatzsteuerpflichtigen Grundstückslieferung anfallende Grunderwerbsteuer in die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage einzustellen ist. Übernimmt der Erwerber die gesamte Grunderwerbsteuer, gehört nur die Hälfte der Grunderwerbsteuer zum umsatzsteuerlichen Entgelt.[13] Die Grunderwerbsteuer war schon bisher ein allein vom Käufer zu tragender Teil der Kosten (§§ 449 BGB a. F, 448 Abs. 2 n.F.).[14]

5. Ergebnis

Die umsatzsteuerlichen Argumente des OLG Celle verkennen die neue Rechtslage. Es ist nicht nachvollziehbar, wie mit Beschluss vom 13.9.2005 auf der Basis der zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden Ausführungen durch Finanzverwaltung und Literatur derart falsch argumentiert werden kann. Die neue Rechtslage rechtfertigt vielmehr die gegenteilige Annahme, dass die allein vom Käufer geschuldete Umsatzsteuer rechtlich kein Bestandteil des Kaufpreises ist und somit auch nicht i. S. des § 20 Abs. 1 KostO.

Notar Dr. *Ottmar Fleischer*, Fürth

---

11 *Pahlke/Franz*, GrEStG, 3. Auflage, § 9 Rdnr. 98.

12 Finanzministerium Baden-Württemberg vom 22.6.2004, DB 2004, 1464; *Küffner/Zugmeier*, DStR 2004, 712; *Krauß*, DB 2004, 1225.

13 BFH, BStBl II 1980, 620.

14 *Pahlke/Franz*, § 9 GrEStG Rdnr. 98.

---

22. KostO §§ 20 Abs. 1; 30; 36 Abs. 2; 147 Abs. 2 (*Bewertung einer negativen Bauverpflichtung und eines Veräußerungsverbots*)

1. **Stellt sich eine in einem Grundstückskaufvertrag übernommene Bauverpflichtung oder ein vereinbartes Veräußerungsverbot als selbständige Leistung des Käufers mit eigenem Wert dar, so ist ihr Wert bei der Geschäftswertberechnung dem Kaufpreis hinzuzurechnen.**
2. **Enthält der Kaufvertrag eine Sanktion für den Fall, dass das Grundstück nicht innerhalb einer bestimmten Zeit bebaut wird, so liegt darin die stillschweigende Vereinbarung einer Bauverpflichtung („negative" Bauverpflichtung).**
3. **Ausdrücklich vereinbarte und stillschweigend vereinbarte Bauverpflichtung („positive" und „negative" Bauverpflichtung) sind wesensgleich und deshalb bei der Wertfestsetzung gleich zu behandeln.**
4. **Werden mit der vom Käufer übernommenen Bauverpflichtung wirtschaftliche Ziele verfolgt, so ist ihr Wert unter Zugrundelegung des Verkäuferinteresses nach freiem Ermessen zu bestimmen.**
5. **Der Geschäftswert der Überwachung der Kaufpreiszahlung durch den Notar bemisst sich als Teil des Kaufpreises; der Wert weiterer Leistungen des Käufers bleibt unberücksichtigt.**

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.12.2005, 14 Wx 47/04; mitgeteilt von Richter am OLG Dr. *Krauß*

1. Mit notariellem Kaufvertrag hat die Gemeinde O. an den Kostenschuldner ein in einem Gewerbegebiet gelegenes lastenfreies Grundstück für einen Kaufpreis von 105.600 € verkauft. In § 3 des Vertrags hat sich die verkaufende Gemeinde das durch Vormerkung dinglich zu sichernde Recht vorbehalten, die lasten-, kosten-, gebühren- und steuerfreie Rückübertragung des Grundstücks auf sich oder von ihr zu benennende Dritte zu verlangen, falls entweder das Kaufgrundstück nicht innerhalb von zehn Jahren im Rahmen der Festsetzung des Bebauungsplans durch den Käufer in der Weise bebaut wird, dass es gewerblich – auch nur teilweise – nutzbar ist und tatsächlich innerhalb des genannten Zeitraums nicht auch überwiegend selbst genutzt wird (§ 3 Nr. 1) oder der Käufer das Kaufgrundstück innerhalb dieser zehn Jahre ohne Zustimmung der Gemeinde veräußert (§ 3 Nr. 2).

Gemäß § 4 des Vertrags kann die verkaufende Gemeinde anstelle der Rückübertragung nach § 3 die Zahlung eines Aufpreises in Höhe der Differenz zwischen dem jetzt vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert des Grundstücks zum Zeitpunkt der Ausübung des Rechts verlangen. In § 5 des Vertrags hat sich die Gemeinde das dinglich zu sichernde Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle an dem Grundstück vorbehalten. In § 6 des Vertrags haben die Kaufvertragsparteien vereinbart, dass in den gewerblich zu nutzenden Räumlichkeiten ein „i-Punkt" einzurichten und zehn Jahre lang zu betreiben sei, in dem touristische Informationen über die Gemeinde bereitgehalten werden. (…)

2. Die Kosten der Beurkundung wurden nach Weisung der Vertreterin der Staatskasse wie folgt berechnet:

Beurkundung Kaufvertrag (§ 36 Abs. 2 KostO)	Wert 137.280 €	534 €
Kaufpreisüberwachung (§ 147 Abs. 2 KostO)	Wert 31.680 €	48 €
Dokumentenpauschale (§ 136 Abs. 1 und 2 KostO)		13,50 €
16 % Umsatzsteuer (§ 151 a KostO) aus 595,50 €		95,28 €
Gesamtbetrag		690,78 €

3. Auf Beschwerde des Kostenschuldners hat das Amtsgericht den Geschäftswert für die Beurkundung des Kaufvertrags folgendermaßen festgesetzt:

Kaufpreis	105.600 €
Bauverpflichtung (30 % des Kaufpreises)	31.680 €
Veräußerungsverbot (10 % des Kaufpreises)	10.560 €
Vorkaufsrecht	0 €
Besondere Vereinbarung „i-Punkt"	3.000 €
Insgesamt	150.840 €

Das Amtsgericht, das auch das Rechtsmittel des Kostenschuldners als Antrag nach § 31 KostO angesehen hat, hat dabei die Auffassung vertreten, bei der die Beurkundung des Kaufpreises betreffenden Geschäftswertbestimmung sei das Wiederverkaufsrecht wie eine positive Bauverpflichtung zu behandeln, weshalb ein Zuschlag in Höhe von 30 % des Kaufpreises vorzunehmen sei. Hinzu komme das in § 3 Nr. 2 des Vertrags vereinbarte und mit 10 % des Kaufpreises anzusetzende Veräußerungsverbot. Das vereinbarte Vorkaufsrecht wirke sich auf die Höhe des Geschäftswertes nicht aus. Der Wert der in § 6 des Vertrags getroffenen Vereinbarung („i-Punkt") sei auf 3.000 € zu schätzen. Weiter hat das Amtsgericht ausgeführt, für die Bewertung der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife (§ 147 Abs. 2 KostO) sei allein der Kaufpreis maßgeblich, der Ansatz wertsteigender Positionen komme nicht in Betracht.

4. Das Landgericht hat die Entscheidung des Amtsgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde des Kostenschuldners teilweise abgeändert und den Geschäftswert für die Beurkundung des Kaufvertrags folgendermaßen festgesetzt:

Kaufpreis	105.600 €
Aufpreisvereinbarung	10.000 €
Besondere Vereinbarung	3.000 €
Insgesamt	118.600 €

Das Landgericht ist der Auffassung des Amtsgerichts zur Bewertung des Vorkaufsrechts, der Vereinbarung gemäß § 6 des Vertrags („i-Punkt") und der Überwachung der Umschreibungsreife gefolgt. Nicht gefolgt ist es dem Amtsgericht dagegen, soweit dieses mit der Begründung, es seien in § 3 Nr. 1 des notariellen Vertrags eine Bauverpflichtung und in § 3 Nr. 2 ein Veräußerungsverbot vereinbart worden, jeweils einen zusätzlichen Geschäftswert hierfür angesetzt hat. Stattdessen hat das Landgericht wegen der in § 4 des Kaufvertrags enthaltenen Möglichkeit, einen Aufpreisanspruch geltend zu machen, dessen auf 10.000 € geschätzten Geschäftswert in Ansatz gebracht.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf einer Rechtsverletzung (§ 14 Abs. 3 Satz 3 KostO a. F.), soweit darin die Übernahme von bei der Geschäftswertermittlung durch Hinzurechnung (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO) zu berücksichtigender Leistungen des Käufers im Zusammenhang mit der in § 3 des notariellen Vertrags vereinbarten Rückübertragungsverpflichtung verneint wird (unten zu 1. und 2.); hinsichtlich der Bewertung der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife ist sie dagegen nicht zu beanstanden (unten zu 4.).

1. Es entspricht einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, dass eine in einem Grundstückskaufvertrag vom Käufer übernommene Bauverpflichtung regelmäßig – nämlich dann, wenn sie von eigenständigem wirtschaftlichem oder ideellem Wert ist (§ 30 KostO) – eine zusätzliche Leistung für die Überlassung des Grundstücks i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO darstellt und deshalb bei der Ermittlung des Geschäftswertes der vom Notar erbrachten Leistung dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist (vgl. nur BayObLG, MittBayNot 1993, 226; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 313, MittBayNot 2001, 97; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 15. Aufl. 2003, Stichwort „Bauverpflichtung"; *Korintenberg/Reimann*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 30 Rdnr. 15; Streifzug durch die Kostenordnung (künftig: Streifzug), 6. Aufl. 2005, Rdnr. 1259 – jeweils m. w. N.).

Das Landgericht hat diesen Grundsatz zwar nicht verkannt, meint aber, dass im vorliegenden Fall eine Bauverpflichtung nicht vereinbart worden sei. Damit hat es den Kaufvertrag unter Verstoß gegen die §§ 133, 157 BGB falsch ausgelegt, so dass die Entscheidung insoweit auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (zur diesbezüglichen Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Feststellung des Inhalts rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen vgl. *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 27 Rdnr. 49 m. w. N.).

Richtig ist zwar, dass in § 3 des notariellen Kaufvertrags eine Verpflichtung des Käufers, das Kaufgrundstück zu bebauen, nicht ausdrücklich (als sogenannte „positive Bauverpflichtung") vereinbart wurde. Indessen enthält der Vertrag für den Fall, dass das Grundstück nicht binnen zehn Jahren in einer die gewerbliche Nutzung ermöglichenden Weise bebaut wird, eine Sanktion, nämlich ein Wiederkaufsrecht (§ 3) bzw. – alternativ hierzu – einen Aufpreisanspruch der verkaufenden Gemeinde (§ 4). Eine solche Regelung kann unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) nur den Zweck haben, eine entsprechende Verpflichtung des Käufers zur Bebauung des Grundstücks zu normieren. Eine solche stillschweigend vereinbarte Bauverpflichtung (üblicherweise – aber missverständlich – als „negative" Bauverpflichtung bezeichnet; vgl. etwa *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 20 KostO Rdnr. 26 b; Streifzug, Rdnr. 1271) ist nicht wesensverschieden gegenüber einer ausdrücklich vereinbarten Bauverpflichtung, die entsprechende Sanktionen vorsieht.

Die demgemäß vereinbarte Bauverpflichtung stellt – was Voraussetzung für eine Hinzurechnung nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 KostO ist – einen eigenständigen Wert dar. Zur Beurteilung dieser Frage bedarf es keiner Beweisaufnahme; der Senat kann vielmehr aufgrund des Akteninhalts selbst in der Sache entscheiden (allgemein hierzu etwa BayObLG, WuM 1994, 565, 566; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1999, 313; OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, 229 ff., 231; *Meyer-Holz* in Keidel/Kuntze/Winkler, § 27 FGG Rdnr. 56), so dass es keiner Zurückverweisung bedarf. Dabei kann der Senat sein eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vorinstanzen stellen (*Meyer-Holz*, a. a. O., mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 317).

Dass die vom Käufer übernommene Bauverpflichtung einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert hat, ergibt sich zweifelsfrei aus dem an die Vertreterin der Staatskasse gerichteten Schreiben der verkaufenden Gemeinde vom 12.3.2004. Denn danach hat die Gemeinde mit der Ausweisung des Baugebiets und damit auch mit der Vergabe der Bauplätze insbesondere wirtschaftliche Ziele (Förderung der Entwicklungsmöglichkeiten für örtliche Betriebe; Sicherung, Erhaltung und Neuschaffung von Arbeitsplätzen) verfolgt. Deren Wert ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen und zwar unter Zugrundelegung des Verkäuferinteresses. Bei gewerblichen Objekten bemisst sich der Wert der Bauverpflichtung – jedenfalls dann, wenn wie hier im Kaufvertrag nicht die Aufwendung einer bestimmten Mindestbausumme ausdrücklich vereinbart ist (vgl. Streifzug, Rdnr. 1263 m. w. N. in Fn. 735) – unter Zugrundelegung des Rückkaufspreises als Ausgangswert. Den Rückkaufspreis schätzt der Senat unter Berücksichtigung einer vom Landgericht im Zusammenhang mit der Bewertung der Aufpreisvereinbarung angenommenen Wertsteigerung um 10.000 € in zehn Jahren auf 115.600 €. Den Wert der Bauverpflichtung bemisst der Senat unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Zeitraum, innerhalb dessen die Bebauung des Grundstücks zu erfolgen hat, mit zehn Jahren recht lang ist, andererseits aber die Baukosten außer Betracht bleiben, auf 30 % des Rückkaufspreises, also auf 34.680 €. Nicht in die Wertberechnung einzubeziehen war die alternativ zur Rückübertragung stehende – geringer zu bewertende – Aufpreisabrede, denn bei beiden handelt es sich um denselben Gegenstand i. S. v. § 44 Abs. 1 KostO (vgl. Streifzug, Rdnr. 40 m. w. N.).

2. Auch soweit das Landgericht die Vereinbarung eines bei der Geschäftswertermittlung hinzuzurechnenden Veräußerungsverbotes verneint hat, vermag ihm der Senat nicht zu folgen. Dabei gelten obige Ausführungen zum Veräußerungsverbot entsprechend:

Dass die Unterwerfung unter ein Veräußerungsverbot dann, wenn dies für den Veräußerer von wirtschaftlichem Interesse ist, i. S. v. § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO eine selbständige Leistung des Käufers darstellt, ist in der Rechtsprechung (vgl. BayObLG, MittBayNot 1999, 492 ff.) und Literatur (*Hartmann*, Kostengesetze, 35. Aufl. 2005, § 20 Rdnr. 24; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 20 KostO Rdnr. 26 a; Streifzug, Rdnr. 1269) anerkannt. Im vorliegenden Fall wurde in § 3 Nr. 2 des Kaufvertrags ein Veräußerungsverbot wiederum zwar nicht ausdrücklich, wohl aber stillschweigend vereinbart, was sich daraus ergibt, dass eine etwaige Weiterveräußerung – nicht anders als eine Nichtbebauung – unter die Sank-

tion eines Wiederkaufsrechts bzw. eines Aufpreisanspruchs der verkaufenden Gemeinde gestellt wurde. Dass das vereinbarte Veräußerungsverbot für beide Vertragsparteien einen wirtschaftlichen Wert darstellt, ergibt sich auf der einen Seite aus seinem Zweck, die Veräußerung des Grundstücks an einen der verkaufenden Gemeinde nicht genehmen Erwerber zu verhindern, und auf der anderen Seite daraus, dass sie für die Dauer von zehn Jahren den Verlust des Rechts des Käufers bedeutet, über sein Eigentum zu verfügen. Der Wert dieser Verfügungsbeschränkung ist – wie in § 30 Abs. 1 Hs. 2 KostO ausdrücklich bestimmt ist – nach freiem Ermessen festzusetzen. Unter Berücksichtigung aller Umstände – insbesondere, dass die Verfügungsbeschränkung sich einerseits über einen recht langen Zeitraum erstreckt, sich andererseits aber auf die Preisgestaltung nicht ausgewirkt hat (S. 2 des Schreibens der verkaufenden Gemeinde vom 12.3.2004), schätzt der Senat ihren Wert auf 10% des vereinbarten Kaufpreises, also 10.560 €, was im unteren Bereich des Üblichen liegt (vgl. *Korintenberg/Reimann*, § 30 KostO Rdnr. 91 mit Beispielen aus der Rechtsprechung). Wie bei der Bauverpflichtung kommt auch hier wieder die Aufpreisvereinbarung nicht in Ansatz.

3. Demgemäß ermittelt sich der Geschäftswert für die Beurkundung wie folgt:

Kaufpreis	105.600 €
Bauverpflichtung	34.680 €
Veräußerungsverbot	10.560 €
Besondere Vereinbarung (i-Punkt)	3.000 €
Gesamtwert der Beurkundung	153.840 €

Wie oben zu 1. und zu 2. (jeweils am Ende) dargelegt, war der vom Landgericht mit 10.000 € angenommene Wert einer Aufpreisvereinbarung nicht in Ansatz zu bringen.

4. Nicht zu beanstanden ist, dass das Landgericht, dem Amtsgericht folgend, den Wert der notariellen Überwachung der Umschreibungsreife für die Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO mit 30 % des vereinbarten Kaufpreises (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 KostO) – also ohne Berücksichtigung des nach § 20 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 KostO hinzuzurechnenden Wertes weiterer Leistungen – bemessen und demgemäß mit 31.680 € angenommen hat.

Dass die Überwachung der Kaufpreiszahlung – entgegen teilweise vertretener Auffassung – kein Nebengeschäft neben der Beurkundung ist und daher eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst, ist durch den Beschluss des BGH vom 12.5.2005 (BGHZ 163, 77 ff. = MittBayNot 2005, 433) geklärt. Der Geschäftswert bemisst sich dabei nach § 30 Abs. 1 KostO (*Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 147 Rdnr. 91). Die durch das Landgericht erfolgte Bewertung mit 30 % des Kaufpreises liegt im Rahmen des Üblichen (vgl. *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 147 Rdnr. 91) und weist keine Rechtsfehler auf. Die Zugrundelegung des – nicht erhöhten – Kaufpreises ist entgegen der Auffassung der Vertreterin der Staatskasse deshalb richtig, weil die Umschreibungsreife allein an den Eingang des Kaufpreises geknüpft ist und sich die Überwachungstätigkeit des Notars demgemäß hierauf beschränkt, also nicht auch die Erfüllung der die Erhöhung des Geschäftswertes bewirkenden Käuferpflichten zum Gegenstand hat.

Anmerkung:

Die kostenrechtliche Behandlung einer vom Käufer im Kaufvertrag eingegangenen oder übernommenen Bauverpflichtung war Gegenstand der Entscheidung des BGH vom 24.11.2005.[1] Der BGH hat die Auffassung bestätigt, die schon bisher davon ausgegangen ist, dass eine vermögensrechtliche Angelegenheit i. S. v. § 30 Abs. 1 KostO gegeben ist, gleich ob wirtschaftliche Interessen des Verkäufers vorliegen oder lediglich ideelle Interessen bestehen. Übernimmt der Käufer eine „positive“ Bauverpflichtung, ist diese zu bewerten, ein zur Sicherung eingeräumtes Wiederkaufsrecht bleibt wegen Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO unbewertet.[2]

Häufig werden bei Grundstücksveräußerungen durch Gemeinden, gemeinnützige Bauträger, kirchliche Einrichtungen usw. im Kaufvertrag Vorkaufs-, Rückkaufs-, Wiederkaufs- oder sonstige Optionsrechte vorbehalten und im Grundbuch dinglich gesichert. Diese Rechte dürften in den meisten Fällen ohne vermögensrechtliche oder wirtschaftliche Interessen nur den Vertragszweck sichern und daher als Vertragsbedingung kostenrechtlich unbeachtlich sein. Etwas anderes gilt jedoch, wenn ein derartiges Recht einen eigenen wirtschaftlichen Wert für den Verkäufer hat. Dies muss sich jedoch aus dem Veräußerungsvertrag selbst ergeben.[3] Ist für das dem Verkäufer eingeräumte Recht ein wirtschaftlicher Wert anzunehmen, liegt eine Hinzurechnung nach § 20 Abs. 1 KostO vor.

Das OLG Karlsruhe hat bei Einräumung eines Wiederkaufsrechts unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) einen vermögensrechtlichen Wert bejaht, wenn der Sicherungszweck eine entsprechende Verpflichtung zur Bebauung des Grundstücks normiert (sogenannte „negative“ oder „stillschweigende“ Bauverpflichtung).[4] Die „positive“ Bauverpflichtung, für die in der Regel ebenfalls ein Wiederkaufsrecht bestellt wird, und die „negative oder stillschweigende“ Bauverpflichtung, die in gleicher Weise gesichert wird, sind wesensgleich. Eine kostenrechtliche Ungleichbehandlung ist weder vertretbar noch veranlasst. Bestellt der Käufer also im Kaufvertrag ein Wiederkaufsrecht, das der Verkäufer nur im Falle der Nichterfüllung einer stillschweigend eingegangenen Bauverpflichtung ausüben kann, ist die Bewertung in gleicher Weise vorzunehmen, wie für die Eingehung oder Übernahme einer sogenannten „positiven“ Bauverpflichtung.[5]

Prüfungsabteilung der Notarkasse München A. d. ö. R.

---

1 MittBayNot 2006, 257 (in diesem Heft).

2 *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 16. Aufl. 2005, § 20 Rdnr. 26 a.

3 OLG Düsseldorf, DNotZ 1978, 317; OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 268; *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 20 KostO Rdnr. 26; *Rohs/Wedewer*, KostO, § 20 Rdnr. 7; *Notarkasse*, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl., Rdnr. 1293.

4 Das Gericht ist somit der insbesondere in *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, § 20 KostO Rdnr. 26 b und im Streifzug, Rdnr. 1271, vertretenen Auffassung gefolgt.

5 Zur Bewertung von Bauverpflichtungen wird auf die Anmerkung der Prüfungsabteilung der Notarkasse zur Entscheidung des BGH vom 24.11.2005, MittBayNot 2006, 259 (in diesem Heft) verwiesen. Die dort dargelegten Bewertungsgrundsätze gelten für den vom OLG Karlsruhe entschiedenen Sachverhalt entsprechend.

Steuerrecht

23. ErbStG § 9 Abs. 1 Nr. 2; AO § 175 Abs. 1; BGB §§ 181; 184 Abs. 1; 1629 Abs. 2 Satz 1; 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; § 1909 Abs. 1 Satz 1 *(Entstehen und rückwirkendes Entfallen der Schenkungsteuer bei Grundstücksschenkung; gesetzliche Vertretung Minderjähriger bei Übertragung von GbR-Anteilen)*

1. **Die mit Beurkundung der Auflassung und Erteilung der Eintragungsbewilligung entstandene Steuer für eine Grundstücksschenkung entfällt rückwirkend, sobald die Schenkungsabrede vor Umschreibung des Eigentums im Grundbuch aufgehoben wird oder die Eintragungsbewilligung aus anderen Gründen nicht mehr zur Umschreibung führen kann.**
2. **Die Übertragung von Anteilen an einer GbR auf ein bisher daran nicht beteiligtes minderjähriges Kind durch die Eltern oder Großeltern bedarf der Zustimmung eines Ergänzungspflegers.**

BFH, Urteil vom 27.4.2005, II R 52/02; eingesandt von Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Der Vater der im November 1987 geborenen Klägerin und seine Eltern verpflichteten sich mit notariell beurkundeten Verträgen vom 28.12.1995, der Klägerin unentgeltlich zahlreiche ideelle Anteile an Grundstücken sowie Anteile an einer zwischen ihnen bestehenden GbR zu übertragen. Bei der Beurkundung traten für die abwesenden Vertragsbeteiligten Notariatsangestellte auf, und zwar nach dem Vertragswortlaut als vollmachtlose Vertreter. Der Notar wies darauf hin, dass die Verträge bis zu ihrer Genehmigung durch die Vertragsparteien schwebend unwirksam seien. Der Vater und die Großeltern der Klägerin sowie ihre Mutter genehmigten die Verträge durch öffentlich beglaubigte Urkunden vom 20.2. bzw. 15.4.1996.

In den Verträgen über die Grundstücksübertragungen wurde die Auflassung der Miteigentumsanteile erklärt. Der Notar wurde angewiesen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums unverzüglich nach Vorliegen aller Genehmigungen beim Grundbuchamt einzureichen. Auflassungsvormerkungen sollten nicht eingetragen werden. Die Klägerin räumte dem jeweiligen Schenker und aufschiebend bedingt durch dessen Tod den anderen beiden Schenkern in einer näher bestimmten Reihenfolge auf deren Lebensdauer unentgeltlich den Nießbrauch an den ihr zu übertragenden Miteigentumsanteilen ein mit dem Recht, sämtliche Nutzungen aus den Grundstücken zu ziehen, und der Verpflichtung, sämtliche hierauf ruhenden privaten und öffentlichen Lasten einschließlich der außerordentlichen Lasten und der außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu tragen. Die Schenker behielten sich ferner je für sich das Recht vor, unter näher bezeichneten Voraussetzungen die kostenlose und unentgeltliche Rückübertragung der geschenkten Miteigentumsanteile auf sich zu verlangen.

Mit dem die GbR betreffenden Vertrag übertrugen der Vater der Klägerin und seine Eltern je die Hälfte ihrer Beteiligungen an der GbR einschließlich der damit verbundenen Stimm- und Gewinnbezugsrechte auf die Klägerin, die dadurch Mitgesellschafterin der GbR werden sollte. Sämtliche dingliche Belastungen im Grundbuch sollten unverändert bestehen bleiben. Die den Belastungen etwa zugrundeliegenden persönlichen Schulden sollten bei den bisherigen Schuldnern verbleiben. Es wurde bewilligt und beantragt, die Klägerin als neue Mitgesellschafterin der GbR im Grundbuch einzutragen. Ebenso wie bei den Grundstücksübertragungen räumte die Klägerin den Schenkern auf deren Lebensdauer und aufschiebend bedingt durch deren Tod den anderen Schenkern unentgeltlich den Nießbrauch an den ihr zugewendeten Beteiligungen ein. Für die Dauer der Nießbrauchsbestellung sollten den Nießbrauchern sämtliche auf sie entfallende entnahmefähige Gewinne und Verluste sowie auf ihrem Konto anfallende, entnahmefähige Zinsen zustehen.

Während die Klägerin annahm, die Schenkungsteuer für die in diesen Verträgen vereinbarten freigebigen Zuwendungen sei bereits am 28.12.1995 entstanden und deshalb auf der Grundlage der für die Grundstücke festgestellten Einheitswerte festzusetzen, vertrat das beklagte Finanzamt (FA) die Auffassung, die Schenkungsteuer sei erst mit der Genehmigung der Verträge durch die Mutter der Klägerin am 15.4.1996 entstanden, und sah dementsprechend die vom Lagefinanzamt nach § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. § 138 Abs. 3 und 5 BewG i. d. F. des Jahressteuergesetzes (JStG) 1997 vom 20.12.1996 (BGBl I, 2049) festgestellten Grundbesitzwerte für die übertragenen Grundstücksanteile und die im Rahmen der GbR intern auf die Klägerin entfallenden Grundstücksanteile als maßgebend an. Die Einsprüche gegen die Schenkungsteuerbescheide blieben insoweit erfolglos.

Das Finanzgericht wies die Klage, mit der die Klägerin die Herabsetzung der Schenkungsteuer auf 51.450 DM für den Erwerb vom Vater, auf 95.719 DM für den Erwerb vom Großvater und auf 91.862 DM für den Erwerb von der Großmutter beantragt und das Fehlen schriftlicher Vollmachten für die Notariatsangestellten eingeräumt hatte, mit dem in EFG 2003, 140 veröffentlichten Urteil mit der Begründung ab, die Schenkungsteuer für die freigebigen Zuwendungen sei erst mit der Genehmigung der Verträge vom 28.12.1995 durch die Mutter der Klägerin am 15.4.1996 entstanden, so dass für die Wertermittlung und Steuerberechnung die ab 1996 geltenden Vorschriften anwendbar seien. Dies gelte sowohl für die Grundstücksübertragungen als auch die Abtretung der Gesellschaftsanteile. Die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigungen wirke sich nicht auf die Entstehung der Schenkungsteuer aus.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unzulässig, soweit die Revisionsanträge der Klägerin über die im Klageverfahren gestellten Anträge hinausgehen. Insoweit fehlt es an der erforderlichen formellen Beschwer der Klägerin. Da die Revision im Übrigen zulässig ist, ist über das Rechtsmittel einheitlich durch Urteil zu entscheiden (BFH, BFHE 187, 362).

Soweit die Revision zulässig ist, ist sie begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Entscheidung in der Sache (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

Das FG hat zwar zutreffend entschieden, dass die Schenkungsteuer im Jahr 1996 entstanden ist, soweit sie die Zuwendungen der Grundstücksanteile betrifft, und dass die im JStG 1997 angeordnete Rückwirkung des neuen Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts auf den 1.1.1996 verfassungsgemäß ist (BFH, BStBl II 2005, 99). Zu Unrecht hat das FG aber angenommen, dass die die Übertragung der Gesellschaftsanteile betreffende Schenkungsteuer ebenfalls entstanden ist.

1. Das FG ist übereinstimmend mit den Verfahrensbeteiligten zutreffend davon ausgegangen, dass die Frage, wann die Schenkungsteuer entstanden ist, im vorliegenden Verfahren und nicht im Rechtsbehelfsverfahren gegen die Feststellungsbescheide über die Grundbesitzwerte zu klären ist. Der Zeitpunkt der Steuerentstehung gehört nicht zu den Besteuerungsgrundlagen, über die in den Bescheiden zur gesonderten Feststellung der Grundbesitzwerte nach § 12 Abs. 3 ErbStG i. V. m. § 138 Abs. 5 BewG verbindlich zu entscheiden ist. Er betrifft vielmehr die Vorfrage, welche Gesetzesfassung auf den Streitfall anzuwenden ist. Wird ein Feststellungsbescheid auf einen Stichtag erlassen, an dem keine Steuer entstanden ist, geht er ins Leere und wirkt sich daher nicht aus. Über die Höhe der festgestellten Werte besteht kein Streit.

2. Die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (§ 38 AO). Nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG entsteht die Steuer bei Schenkungen unter Lebenden mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Eine Schenkung oder freigebige Zuwendung ist ausgeführt, wenn der Bedachte das erhalten hat, was ihm nach der Schenkungs-

abrede, im Fall der freigebigen Zuwendung nach dem Willen des Zuwendenden verschafft werden soll; danach richtet sich auch der Gegenstand der Schenkung, sofern der Wille des Zuwendenden tatsächlich vollzogen wurde (BFH, BFH/NV 2005, 213, m. w. N. zur ständigen Rechtsprechung).

Abweichend hiervon entsteht die Steuer bei der freigebigen Zuwendung (Schenkung) eines Grundstücks oder eines Miteigentumsanteils hieran nicht erst bei Eintritt des Leistungserfolges, also mit Übergang des zivilrechtlichen Eigentums durch Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Vielmehr ist die freigebige Zuwendung (Schenkung) in solchen Fällen bereits ausgeführt, wenn die Vertragspartner die für die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Beschenkte aufgrund dieser Erklärungen in der Lage ist, beim Grundbuchamt die Eintragung der Rechtsänderung zu bewirken. Dies ist der Fall, wenn von den Vertragsparteien die Auflassung erklärt (§ 925 Abs. 1 Satz 1, § 873 Abs. 1 BGB) und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch von dem Berechtigten, nämlich dem Schenker, bewilligt worden ist (§ 19 GBO), der Schenker also alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan hat, und wenn ferner der Beschenkte *jederzeit* seine Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch beantragen und damit den Eintritt der – dinglichen – Rechtsänderung herbeiführen kann (BFH, BFH/NV 2000, 1095 = MittRhNotK 2000, 442; BFH, DStR2005, 518 = RNotZ 2005, 246). Nicht erforderlich ist, dass der Beschenkte den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt stellt (BFH, BFHE 163, 214 = BStBl II 1991, 320).

Bei einem letztlich nicht zustande gekommenen Eigentumsübergang auf den Beschenkten, dessen Erben oder – durch diese veranlasst – auf einen Dritten und damit bei einem Verbleib des Grundstücks im Vermögen des ursprünglichen Eigentümers soll indes mit dieser Rechtsprechung eine Grundstücksschenkung nicht durch Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts fingiert werden. Diese Rechtsprechung hat vielmehr zur Voraussetzung, dass die Umschreibung im Grundbuch und damit der Eigentumswechsel auf den Beschenkten oder ggf. dessen Erben nachfolgt oder nur deshalb unterbleibt, weil der Beschenkte bzw. dessen Erbe die unmittelbare Umschreibung vom Schenker auf einen Dritten – etwa nach Abtretung des Verschaffungsanspruchs oder Übertragung des Anwartschaftsrechts – veranlasst hat. Bezüglich eines solchermaßen zivilrechtlich abgeschlossenen, auf den Eigentumsübergang gerichteten Vorgangs sollte ein unter dem Gesichtspunkt der §§ 11, 14 oder 37 ErbStG sinnvoller Ausführungszeitpunkt nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bestimmt werden (BFH, BFHE 199, 25 = BStBl II 2002, 781 = DNotI-Report 2003, 6; vgl. auch BFH, DStR 2005, 518).

Die Umschreibung im Grundbuch auf den Beschenkten, dessen Erben oder auf deren Veranlassung auf einen Dritten braucht nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erfolgen. Die entstandene Schenkungsteuer fällt vielmehr rückwirkend erst dann weg, wenn die Schenkungsabrede vor der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch wieder aufgehoben wird (BFH, BFHE 199, 25 = BStBl II 2002, 781 = DNotI-Report 2003, 6) oder der Beschenkte aus anderen Gründen aufgrund der Eintragungsbewilligung die Eigentumsumschreibung im Grundbuch auf ihn selbst oder einen Dritten nicht mehr herbeiführen kann, etwa weil der Schenker über das Grundstück gegenüber dem Beschenkten wirksam anderweit verfügt hat. Treten solche Umstände ein, handelt es sich um ein Ereignis mit steuerlicher Wirkung für die Vergangenheit (rückwirkendes Ereignis, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO). Die Festsetzungsfrist für die Änderung eines ergangenen Schenkungsteuerbescheids richtet sich nach § 175 Abs. 1 Satz 2 und § 171 AO.

3. Die Schenkungsteuer für die der Klägerin geschenkten Grundstücksanteile ist danach nicht bereits im Jahr 1995, sondern erst 1996 mit Abgabe der Genehmigungserklärungen durch die Mutter der Klägerin entstanden.

a) Aufgrund der ausdrücklich als schwebend unwirksam bezeichneten Verträge konnte im Jahr 1995 die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin der ihr zugewendeten Grundstücksanteile nicht herbeigeführt werden, und zwar unabhängig davon, ob die Verträge zu Recht so bezeichnet waren. Auf die von der Klägerin behauptete bloße Absicht der Vertragsbeteiligten, die Schenkung noch im Jahr 1995 zu vollziehen, kommt es nicht an; ihre hierauf bezogene Verfahrensrüge geht fehl. Die zivilrechtliche Rückwirkung der Genehmigungen (§ 184 Abs. 1 BGB) hat ebenfalls keine Bedeutung, da sie am maßgebenden tatsächlichen Geschehensablauf nichts ändert.

b) Nachdem im Jahr 1996 die Verträge von den Vertragsbeteiligten genehmigt worden waren, lagen die Voraussetzungen für die Entstehung der Steuer hinsichtlich der zugewendeten Grundstücksanteile vor. Die Auflassungserklärungen waren wirksam. Ihrer Wirksamkeit steht die Bestellung der Nießbrauchsrechte zugunsten der Schenker nicht entgegen. Diese Rechte bedeuten für die Klägerin nur eine Minderung des im Eigentumserwerb liegenden rechtlichen Vorteils, aber keinen rechtlichen Nachteil, da die Nießbraucher über die Verpflichtungen nach § 1041 Satz 2 und § 1047 BGB hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Grundstückslasten zu tragen haben, die Klägerin insoweit also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist. Die Pflicht der Klägerin, im Außenverhältnis auch während des Bestehens der Nießbrauchsrechte sowie nach deren Erlöschen die öffentlichen Lasten des Grundstücks zu tragen (vgl. *Palandt/Bassenge*, BGB, 64. Aufl., § 1047 Rdnr. 1), bedeutet ebenfalls keinen rechtlichen Nachteil (BGH, NJW 2005, 415 = ZEV 2005, 66 = MittBayNot 2005, 408).

Die für bestimmte Fälle vereinbarte Pflicht der Klägerin zur kostenlosen und unentgeltlichen Rückübertragung der geschenkten Miteigentumsanteile könnte zwar für sie rechtlich nachteilig sein und somit die Wirksamkeit der ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen in Frage stellen. Auf die Wirksamkeit der Auflassung hat dies aber keinen Einfluss (BGH, MittBayNot 2005, 408).

Die für die Entstehung der Steuer erforderliche Eintragungsbewilligung ist in dem Auftrag an den Notar zu sehen, den Antrag auf Umschreibung des Eigentums unverzüglich nach Vorliegen aller Genehmigungen beim Grundbuchamt einzureichen. Die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) braucht nicht ausdrücklich als solche gekennzeichnet zu sein. Es muss nur unzweideutig erkennbar sein, dass eine Grundbucheintragung gewollt ist und was eingetragen werden soll. Die Eintragungsbewilligung kann daher auch in die Form eines Eintragungsantrags gekleidet werden (*Demharter*, GBO, 24. Aufl., § 19 Rdnr. 27 m. w. N.).

Der Sachvortrag der Beteiligten zu der Frage, ob die Klägerin als Eigentümerin der ihr zugewendeten Grundstücksanteile im Grundbuch eingetragen wurde oder ob dies noch möglich ist, kann im Revisionsverfahren nach § 118 Abs. 2 FGO nicht berücksichtigt werden. Tatsächliche Feststellungen hierzu

kann der Senat nicht nachholen (BFH, BFHE 203, 484 = BStBl II 2004, 118, unter II. 2.; *Gräber/Ruban*, FGO, § 118 Rdnr. 36, 42 m. w. N.). Soweit die Schenkungsteuer etwa aufgrund einer Veräußerung der der Klägerin zugewendeten Grundstücksanteile durch die Schenker an Dritte rückwirkend entfallen ist, obliegt es der Klägerin, dies im Rahmen eines auf § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO gestützten Änderungsantrags beim FA geltend zu machen.

4. Hinsichtlich der Anteile an der GbR ist die Steuer weder 1995 noch bislang später entstanden. Es fehlt insoweit an der Ausführung der Zuwendung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG). Die Anteile sind wegen der fehlenden Mitwirkung eines Ergänzungspflegers nicht auf die Klägerin übergegangen. Die Genehmigung der Anteilsübertragungen durch einen Ergänzungspfleger war nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich, weil die Eltern die Klägerin beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags, der Voraussetzung für die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf die bisher nicht an der GbR beteiligte Klägerin war, nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 und § 181 BGB nicht vertreten konnten. Ein Rechtsgeschäft, das jemand als Vertreter eines anderen mit sich im eigenen Namen vornimmt (Insichgeschäft), ist zwar über den Wortlaut des § 181 BGB (Entsprechendes gilt für § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) hinaus auch dann zulässig, wenn es dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (vgl. BFH, BFHE 159, 319 = BStBl II 1992, 506 = MittRhNotK 1992, 198, mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH). Diese Voraussetzung war aber beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags nicht gegeben. Mit der Zuwendung eines Anteils an einer Personengesellschaft an einen bisherigen Nichtgesellschafter ist der Übergang eines „Bündels" von Rechten und Pflichten und nicht nur ein rechtlicher Vorteil verbunden (vgl. BGH, BGHZ 68, 225). Aus den Nießbrauchsbestellungen und den in diesem Zusammenhang getroffenen Abreden ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Klägerin aus der Übertragung der Gesellschaftsanteile lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Diese Übertragung und der damit verbundene Abschluss des Gesellschaftsvertrags sollten nämlich nicht nur bis zum Erlöschen der bestellten Nießbrauchsrechte (vgl. § 1068 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1, § 1072 i. V. m. § 1064 BGB), sondern unbefristet darüber hinaus wirken. Auch in einem solchen Fall greifen die zivilrechtlichen Vorschriften zum Schutz Minderjähriger ein. Unter diesen Umständen braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob der Gesellschaftsbeitritt wegen einer bereits während des Bestehens der Nießbrauchsrechte im Außenverhältnis gegebenen Haftung der Klägerin für die Gesellschaftsschulden rechtlich nachteilig ist (vgl. *Palandt/Sprau*, § 714 BGB Rdnr. 11 bis 18, § 736 Rdnr. 6) und ob die GbR auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist und der Beitritt der Klägerin zu der GbR deshalb der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf (§ 1915 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 BGB).

Das Vorbringen des FA, die Klägerin sei teilweise im Grundbuch als Gesellschafterin der GbR eingetragen worden, kann nach § 118 Abs. 2 FGO im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden. Im Übrigen hätte eine solche Eintragung auch nicht zum Vollzug der Schenkung geführt, da das Grundbuch dadurch unrichtig geworden wäre und deshalb den Schenkern ein Anspruch gegen die Klägerin auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung zustünde (§ 894 BGB).

---

24. ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 5 Abs. 2 *(Zugewinnausgleichsforderung auch bei anschließender Neubegründung der Zugewinngemeinschaft nicht steuerbar)*

Entsteht von Gesetzes wegen eine Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft, ist dies nicht als freigebige Zuwendung schenkungsteuerbar, wenn es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung der Zugewinngemeinschaft kommt, und zwar auch dann nicht, wenn der Güterstand der Zugewinngemeinschaft im Anschluss an die Beendigung neu begründet wird.

BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02; eingesandt von Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden

Die Klägerin und ihr Ehemann schlossen am 20.12.1991 einen Ehevertrag, in dem sie die Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft mit Ablauf des Tages des Vertragsschlusses vereinbarten; zugleich begründeten sie mit Beginn des auf den Vertragsschluss folgenden Tages erneut den Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Den während der Dauer der Zugewinngemeinschaft bis zum Abschluss des Ehevertrages vom 20.12.1991 entstandenen und auszugleichenden Zugewinn berechneten die Ehegatten im Einzelnen und setzten einvernehmlich die Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin gegen ihren Ehemann fest. Zugleich wurde bestimmt, dass die Ausgleichsforderung nicht abgetreten werden darf; eine vollständige oder teilweise Abtretung an die gemeinschaftlichen Abkömmlinge war jedoch gestattet. Die Ausgleichsforderung wurde „grundsätzlich" bis zum Tod des Ehemannes der Klägerin gestundet. Sie war nach dem Ehevertrag vom Zeitpunkt ihrer Entstehung an mit 1,5 % zu verzinsen. Das jeweilige Anfangsvermögen für den neuerlich vereinbarten Güterstand der Zugewinngemeinschaft sollte sich unter Berücksichtigung dieses für den beendeten Güterstand durchgeführten Zugewinnausgleichs ergeben.

Das Finanzamt war der Ansicht, dass der Klägerin durch den Ehevertrag ... DM freigebig zugewendet worden seien, und setzte gegen sie Schenkungsteuer fest. Das FG gab der nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobenen Klage mit der Begründung statt, dass die Ehegatten durch den Ehevertrag den Güterstand der Zugewinngemeinschaft beendet hätten und die dadurch begründete Zugewinnausgleichsforderung mangels Vorliegens einer freigebigen Zuwendung nicht schenkungsteuerbar sei (FG Köln, DStRE 2002, 1248). Die Beschränkung der Zessionsbefugnis verstoße zwar gegen § 137 Satz 1 BGB i. V. m. § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB, führe aber nicht zur Nichtigkeit des Ehevertrages, sondern dazu, dass an die Stelle der unwirksamen Regelung die gesetzliche trete, d. h. die uneingeschränkte Übertragbarkeit des Ausgleichsanspruchs. Der Beendigung stehe nicht entgegen, dass die Ehegatten im unmittelbaren Anschluss den Güterstand der Zugewinngemeinschaft erneut begründet hätten. Dies sei zivilrechtlich zulässig und daher schenkungsteuerlich zu beachten. Die demgegenüber vertretene Auffassung, die Nichtsteuerbarkeit nach § 5 Abs. 2 ErbStG erfordere eine Totalbeendigung des gesetzlichen Güterstandes, finde weder im Text noch in der Begründung des Gesetzes eine Stütze. Schließlich liege weder ein Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB i. V. m. § 41 Abs. 2 AO) noch eine rechtsmissbräuchliche Gestaltung (§ 42 AO) vor, Letzteres jedenfalls deswegen nicht, weil die Ehegatten beachtliche außersteuerliche Gründe für den Abschluss des Ehevertrages dargelegt hätten.

Gründe:

II.

Die Revision ist unbegründet. Sie war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Begründung einer Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft (§ 1378 BGB) nicht als freigebige Zuwendung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) schenkungsteuerbar ist, wenn es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung der Zugewinngemeinschaft durch Berechnung der Ausgleichsforderung kommt, und zwar auch dann nicht, wenn der Güterstand der Zugewinngemein-

schaft im Anschluss an die Beendigung neu begründet wird. Die vom FG vorgenommene Auslegung des Ehevertrages, dass es zu einer Beendigung der Zugewinngemeinschaft gekommen ist, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB). Der Gegenstand der Schenkung richtet sich nach bürgerlichem Recht. Auszugehen ist danach zunächst vom Parteiwillen, im Falle der freigebigen Zuwendung vom Willen des Zuwendenden, d. h. davon, was dem Bedachten nach dem Willen des Schenkers geschenkt sein soll (vgl. m. w. N. BFH, MittBayNot 2005, 440).

Die vom FA der Besteuerung unterworfene Begründung einer Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft (§ 1378 BGB) ist keine freigebige Zuwendung. Dem ausgleichsberechtigten Ehegatten wird die Ausgleichsforderung nicht rechtsgeschäftlich zugewendet; sie entsteht vielmehr von Gesetzes wegen mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Begründung der Ausgleichsforderung ist somit nicht schenkungsteuerbar, wie § 5 Abs. 2 ErbStG klarstellend regelt (BFH, MittBayNot 1994, 257).

Der Güterstand der Zugewinngemeinschaft kann – auch bei Fortbestand der Ehe – beendet und – ggf. auch rückwirkend – vereinbart werden (BGH, MittBayNot 1998, 350). Dies folgt aus der in § 1408 Abs. 1 BGB statuierten Vertragsfreiheit. Aus ihr folgt zugleich, dass die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und die anschließende Neubegründung bürgerlich-rechtlich zulässig sind (vgl. etwa *Staudinger/Thiele*, BGB, 2000, § 1408 Rdnr. 14). Der für § 1408 Abs. 1 BGB erforderliche Güterstandsbezug liegt wegen der über den Vermögensausgleich hinausgehenden Wirkung immer vor, wenn der Güterstand insgesamt beendet wird (*Palandt/Brudermüller*, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1408 Rdnr. 14).

Diese bürgerlich-rechtliche Gestaltungsfreiheit muss auch das Schenkungsteuerrecht anerkennen (vgl. BFH, MittBayNot 1989, 282; BFH, MittBayNot 1993, 322), wenn es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung, d. h. Ermittlung der Ausgleichsforderung kommt (vgl. Begründung zum Entwurf eines 2. SteuerreformG, BT-Drucks. VI/3418, S. 63). Soweit danach die Ehegatten – im Rahmen der zivilrechtlichen Vorschriften – den Umfang der Nichtsteuerbarkeit bestimmen können, ist dies in der Anknüpfung an das – insoweit dispositive – Zivilrecht angelegt (vgl. BFH, MittBayNot 1993, 322). Grenzen sind dieser Gestaltungsfreiheit erst dort gezogen, wo sie einem Ehepartner eine überhöhte Ausgleichsforderung dergestalt verschafft, dass der Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung überschritten wird (BFH, MittBayNot 1989, 282). Die Beendigung des gesetzlichen Güterstandes und seine anschließende Neubegründung ist regelmäßig – wie auch im Streitfall vom FG zu Recht angenommen – nicht rechtsmissbräuchlich.

Aus § 5 Abs. 2 ErbStG lässt sich eine Einschränkung, die zivilrechtliche Beendigung des gesetzlichen Güterstandes sei steuerlich nur dann anzuerkennen, wenn die Beendigung endgültig ist (so wohl Abschn. 12 Abs. 3 ErbStR 2003), nicht entnehmen. Abgesehen davon, dass § 5 Abs. 2 ErbStG nur klarstellende Funktion hat (BFH, MittBayNot 1993, 322), also eine Steuerbarkeit nicht begründen kann, wiederholt die Vorschrift lediglich den zivilrechtlichen Gesetzestext (§ 1372 BGB); ihr kommt ein über die zivilrechtliche Bedeutung hinausgehender Inhalt nicht zu. Auch lässt die Tatsache, dass der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BFH zur Anerkennung zivilrechtlicher Gestaltungen im Rahmen des § 5 Abs. 1 ErbStG zum Anlass genommen hat, diese Vorschrift zu ändern, § 5 Abs. 2 ErbStG aber unberührt gelassen hat, nur den Schluss zu, dass es insoweit mit der Anerkennung der zivilrechtlichen Gestaltung sein Bewenden haben soll. Auch die Gesetzesmaterialien lassen nicht erkennen, dass das Tatbestandsmerkmal der Beendigung des Güterstandes in § 5 Abs. 2 ErbStG, abweichend vom Bürgerlichen Recht, eine zeitlich abschließende – endgültige – Bedeutung haben soll. Vielmehr geht der Gesetzgeber insoweit – lediglich – davon aus, dass es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung kommen muss (vgl. Begründung zum Entwurf eines 2. SteuerreformG, BT-Drucks. VI/3418, S. 63).

Das Erfordernis eines zeitlich abschließenden Moments lässt sich schließlich auch nicht aus § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG folgern. Das hierfür in Anspruch genommene BFH-Urteil vom 2.3.1994 (MittBayNot 1994, 266) betrifft keinen Fall der Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch Ehevertrag. § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG entfaltet seinen Regelungsbereich für (steuerbare) freigebige Zuwendungen, wird also auch bei der dargelegten Rechtsauffassung nicht überflüssig.

Die Vorentscheidung entspricht diesen Rechtsgrundsätzen.

2. Im Streitfall ist das FG aufgrund seiner Würdigung des Ehevertrages zum Ergebnis gelangt, dass die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand beendet haben. Diese Vertragsauslegung ist für den Senat bindend, da sie den gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) entspricht und offensichtlich nicht gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze verstößt (m. w. N. etwa BFH, BStBl II 1999, 735 = DStR 1999, 1310). Die Auslegung eines Ehevertrages unterliegt keinen Besonderheiten; es gelten die allgemeinen Grundsätze (*Palandt/Brudermüller*, § 1408 BGB Rdnr. 14).

Das FG ist hierbei rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Ehevertrag weder sittenwidrig – was keiner weiteren Begründung bedarf – noch deshalb insgesamt nichtig ist, weil er die Verfügungsbefugnis der Klägerin über die Ausgleichsforderung beschränkt. Auch wenn diese Verfügungsbeschränkung unwirksam ist, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der übrigen Bestimmungen des Ehevertrages, sondern lediglich dazu, dass an die Stelle der unwirksamen Regelung im Streitfall die uneingeschränkte Übertragbarkeit der Zugewinnausgleichsforderung tritt (§ 139 BGB).

---

25. ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 *(Einbringung in neu gegründete GmbH als Schenkung)*

Gründet ein Einzelunternehmer mit einem Angehörigen eine GmbH und bringt er dabei sein Unternehmen zu Buchwerten in die GmbH ein, kann darin eine freigebige Zuwendung des GmbH-Geschäftsanteils an den Angehörigen liegen, deren Wert dem Unterschiedsbetrag zwischen dem gemeinen Wert des Geschäftsanteils nach der Einbringung des Unternehmens und der Stammeinlage des Angehörigen entspricht.

BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 8/04

Der Kläger, sein Vater (V) und seine Mutter (M) schlossen am 30.11.1993 einen notariell beurkundeten Vertrag über die Errichtung einer GmbH mit bar zu leistenden Stammeinlagen von 24.000 DM (Kläger), 8.000 DM (V) und 18.000 DM (M). Die Übertragung der Geschäftsanteile auf Dritte durch rechtsgeschäftliche Verfügung oder

im Erbfall unterliegt vertraglichen Beschränkungen. Bei der Bemessung der Abfindung für ausscheidende Gesellschafter bleiben stille Reserven unberücksichtigt. Mit einer weiteren, am selben Tag errichteten notariellen Urkunde vereinbarten der Kläger, V und M, nach rechtswirksamer Errichtung der GmbH durch Eintragung in das Handelsregister das Stammkapital um eine von V zu übernehmende Stammeinlage von 10.000 DM zu erhöhen. V leistete diese Stammeinlage wie vereinbart als Sacheinlage, indem er alle aktiven und passiven Wirtschaftsgüter des von ihm betriebenen Einzelunternehmens zu den in der Bilanz zum 31.12.1993 ausgewiesenen Buchwerten mit Wirkung zum 1.1.1994 in die GmbH einbrachte. Soweit das in der Bilanz ausgewiesene Eigenkapital die von V übernommene neue Stammeinlage überstieg, wurde es V als Darlehen gutgeschrieben. Die GmbH führte das Unternehmen mit den bisherigen Buchwerten fort.

Das Finanzamt nahm aufgrund der bei dem Einzelunternehmen zum Einbringungszeitpunkt vorhandenen erheblichen stillen Reserven an, es liege eine Schenkung von V an den Kläger und an M in Höhe der Unterschiedsbeträge zwischen dem Nominalwert von deren Anteilen am Stammkapital der GmbH und dem nach dem Stuttgarter Verfahren ermittelten gemeinen Wert dieser Anteile von 1.216 DM je 100 DM Nominalwert nach der Einbringung des Einzelunternehmens vor, ermittelte danach einen Wert der Bereicherung des Klägers von 267.840 DM (1.216 DM x 240 = 291.840 DM./. 24.000 DM) und setzte nach Berücksichtigung des persönlichen Freibetrags gegen den Kläger Schenkungsteuer von 9.779 DM fest.

Das Finanzgericht (FG) gab der nach erfolglosem Einspruch erhobenen Klage mit dem in EFG 2004, 574 veröffentlichten Urteil mit der Begründung statt, die Einbringung des Einzelunternehmens habe lediglich zu einer Erhöhung des Werts des dem Kläger bereits gehörenden Geschäftsanteils und nicht zu einer substantiellen Vermögensverschiebung geführt. Die Werterhöhung habe sich zudem nicht auf Kosten von V vollzogen und unterliege deshalb nach der Rechtsprechung des BFH nicht der Schenkungsteuer (Urteile vom 25.10.1995, II R 67/93, BFHE 179, 157 = BStBl II 1996, 160, und vom 19.6.1996, II R 83/92, BFHE 181, 88 = BStBl II 1996, 616).

Mit der Revision rügt das FA Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. In der Einbringung des Einzelunternehmens des V in die GmbH liege eine freigebige Zuwendung an die übrigen Gesellschafter in der Form einer mittelbaren Schenkung, durch die diese auf Kosten von V bereichert worden seien. Der Wille des V zur Unentgeltlichkeit sei ebenfalls gegeben gewesen. Das FA beruft sich dazu auch auf R 18 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 Nr. 2 der Erbschaftsteuer-Richtlinien (ErbStR).

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass in den am selben Tag getroffenen Vereinbarungen über die Errichtung der GmbH und die Kapitalerhöhung keine freigebige Zuwendung unter Lebenden, durch die der Kläger auf Kosten von V bereichert wurde (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG), lag. Das FA hat die Schenkungsteuer auch der Höhe nach zutreffend festgesetzt.

1. Die am 30.11.1993 getroffenen Vereinbarungen über die Errichtung der GmbH und die Einbringung des Einzelunternehmens des V in die GmbH bildeten ein einheitliches Rechtsgeschäft und hatten zur Folge, dass der Kläger seinen Geschäftsanteil an der GmbH mit dem gemeinen Wert nach der Einbringung des Unternehmens in die GmbH von V geschenkt erhalten hat.

a) Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB). Der Gegenstand der Schenkung richtet sich nach bürgerlichem Recht (BFH, Urteile vom 5.2.1986, II R 188/83, BStBl II 1986, 460 = MittBayNot 1986, 215; vom 6.3.2002 , II R 85/99, BFH/NV 2002, 1030 = ZEV 2002, 427, und vom 10.11.2004, II R 44/02, BStBl II 2005, 188 = MittBayNot 2005, 440). Auszugehen ist danach zunächst vom Parteiwillen, im Falle der freigebigen Zuwendung vom Willen des Zuwendenden, d. h. davon, was dem Bedachten nach dem Willen des Schenkers geschenkt sein soll. Entscheidend für die Bestimmung des Schenkungsgegenstandes ist indes, wie sich die Vermögensmehrung im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung beim Bedachten darstellt, d. h. worüber der Bedachte im Verhältnis zum Schenker – endgültig – tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Dies ist die den steuerpflichtigen Erwerb (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) darstellende Bereicherung des Bedachten, an die die Wertermittlung gemäß den §§ 11, 12 ErbStG in der jeweils geltenden Fassung anknüpft (BFH, MittBayNot 2005, 440 m. w. N.). Der Gegenstand, um den der Beschenkte bereichert wird, muss sich nicht vorher in derselben Gestalt im Vermögen des Schenkers befunden haben und wesensgleich übergehen. „Entreicherungsgegenstand“ und „Bereicherungsgegenstand“ brauchen nicht identisch zu sein (BFH, MittBayNot 2005, 440).

Eine freigebige Zuwendung unter Lebenden i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt über das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale die Verwirklichung eines subjektiven Tatbestands voraus. Es genügt dabei, wenn sich der Zuwendende der (Teil-)Unentgeltlichkeit seiner Leistung bewusst ist. Bei Unausgewogenheit gegenseitiger Verträge reicht regelmäßig das Bewusstsein des einseitig benachteiligten Vertragspartners über den Mehrwert seiner Leistung aus; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es hingegen nicht an. Die Kenntnis des Zuwendenden hinsichtlich der Umstände, aus denen sich die objektive Bereicherung des Zuwendungsempfängers ergibt, ist dabei regelmäßig prima facie zu unterstellen. Ein auf die Bereicherung des Empfängers gerichteter Wille im Sinne einer Bereicherungsabsicht („animus donandi“) ist nicht erforderlich (BFH, Urteil vom 29.10.1997, II R 60/94, BFHE 183, 253, BStBl II 1997, 832 m. w. N.).

b) Der Kläger hat nach diesen Grundsätzen seinen Geschäftsanteil an der GmbH von V geschenkt bekommen.

Der Vertrag über die Errichtung der GmbH und die Vereinbarung über die Kapitalerhöhung und die Einbringung des Unternehmens des V in die GmbH zu Buchwerten bilden ein einheitliches Rechtsgeschäft, da sie an ein und demselben Tag vor der Entstehung der GmbH durch Eintragung in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) getroffen wurden und sich somit als bloße Teilakte eines einzigen, lediglich formal in getrennte Vereinbarungen aufgespaltenen Vorgangs darstellen, der auf die freigebige Zuwendung des Geschäftsanteils an den Kläger gerichtet war (vgl. *Gebel* in der Anmerkung zur Vorentscheidung, ZEV 2004, 298; zustimmend *Moench*, ErbStG, § 7 ErbStG Rdnr. 182 d). Diese Gestaltung weicht dadurch entscheidungserheblich von dem Sachverhalt ab, der dem BFH-Urteil in BStBl II 1996, 616 zugrunde lag. Der damalige Kläger hatte seinen Anteil an der neu gegründeten GmbH bereits erworben, als der Betriebsüberlassungs- und Pachtvertrag abgeschlossen wurde, der nach Ansicht des Finanzamts und des Finanzgerichts zu einer schenkungsteuerpflichtigen freigebigen Zuwendung an den Kläger geführt hatte. Der Vertragsabschluss hatte danach lediglich zu einer Erhöhung des Werts des dem Kläger bereits zustehenden Anteils an der GmbH geführt. Diese Werterhöhung hat der BFH als nicht schenkungsteuerpflichtig beurteilt.

Da der Kläger seinen Geschäftsanteil an der GmbH von V geschenkt erhalten hat, ist die vom FG herangezogene Rechtsprechung des BFH, wonach disquotale Einlagen eines Gesellschafters einer Kapitalgesellschaft, die zu einer bloßen Erhöhung des Werts der Gesellschaftsanteile anderer Gesellschafter führen, nicht der Schenkungsteuer unterliegen (BFH, BStBl II 1996, 160; BFH, BStBl II 1996, 616), nicht einschlägig. Auf die hiervon abweichende Verwaltungsauffassung (R 18 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 Nr. 2 ErbStR) braucht somit nicht eingegangen zu werden. Es muss auch nicht geprüft werden, ob diese Rechtsprechung mit dem BFH, Beschluss vom 9.6.1997, GrS 1/94 (BStBl II 1998, 307, Abschn. C. III.), wonach es sich bei dem gegenüber einer Kapitalgesellschaft ausgesprochenen Forderungsverzicht um eine schenkweise Zuwendung des Gläubigers an deren Gesellschafter handeln kann, vereinbar ist (vgl. dazu *Groh*, DStR1999, 1050, 1053).

Einer Schenkung des Geschäftsanteils durch V steht nicht entgegen, dass der Kläger den Anteil mit Eintragung der GmbH in das Handelsregister originär erworben hat. Der BFH hat dies für den originären Erwerb eines neuen Geschäftsanteils durch einen Dritten im Zuge einer Kapitalerhöhung einer GmbH für den Fall, dass der gemeine Wert des neuen Geschäftsanteils die zu leistende Einlage übersteigt, bereits entschieden (Urteile vom 20.12.2000, II R 42/99, BStBl II 2001, 454 = MittBayNot 2001, 497, und vom 30.5.2001, II R 6/98, BFH/NV 2002, 26 = ZEV 2002, 104; vgl. dazu *Viskorf*, FR 2001, 910). Für den Erwerb von Geschäftsanteilen bei Gründung einer GmbH gilt nichts anderes.

Der Kläger ist auch, wie es § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG voraussetzt, auf Kosten von V bereichert worden. V hat aufgrund der getroffenen Vereinbarungen sein Einzelunternehmen zu Buchwerten in die GmbH eingebracht, ohne dass er dafür durch den Wert seiner Geschäftsanteile und das vereinbarte Darlehen eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. Die in seinem Einzelunternehmen vorhandenen stillen Reserven kamen V selbst nach der Einbringung in die GmbH nur in dem Verhältnis zugute, in dem der Wert seiner Geschäftsanteile zum gesamten Stammkapital der GmbH stand.

c) V handelte auch mit dem Bewusstsein der Unentgeltlichkeit. Ihm war bekannt, dass in seinem Einzelunternehmen erhebliche stille Reserven vorhanden waren, dass deshalb der Geschäftsanteil des Klägers nach der Einbringung des Unternehmens in die GmbH zu Buchwerten einen weit über dessen Stammeinlage hinausgehenden Wert haben würde (vgl. auch Schreiben des Klägers vom 11.11.1998 an das FA) und dass er ohne die von ihm freiwillig getroffene Vereinbarung vom 30.11.1993 nicht zu der Einbringung verpflichtet gewesen wäre. Das reicht für die Annahme des Bewusstseins der Unentgeltlichkeit aus, ohne dass es darauf ankommt, welche konkreten Motive für V im Vordergrund standen (vgl. BFH, BFH/NV 2002, 26).

2. Die Höhe der vom FA festgesetzten Schenkungsteuer ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

Der steuerpflichtige Erwerb des Klägers ist seine Bereicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG), die im Unterschiedsbetrag zwischen dem gemeinen Wert seines Geschäftsanteils an der GmbH nach der Einbringung des Einzelunternehmens in diese (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 9 Abs. 1, § 11 Abs. 2 Satz 1 BewG) und seiner Stammeinlage besteht, wie das FA zutreffend angenommen hat. Da sich der gemeine Wert nicht aus Verkäufen ableiten lässt, ist er nach § 12 Abs. 1 a ErbStG in der im Jahr 1994 geltenden Fassung (heute § 12 Abs. 2 ErbStG) i. V. m. § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG unter Berücksichtigung des Vermögens und der Ertragsaussichten zu schätzen. Das vom FA der Schätzung zugrunde gelegte Stuttgarter Verfahren ist eine den Anforderungen des § 11 Abs. 2 Satz 2 BewG entsprechende Bewertungsmethode (BFH, Urteil vom 17.6.1998, II R 46/96, BFH/NV 1999, 17 m. w. N.). Die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Verfügungsbeschränkungen für Übertragungen der Geschäftsanteile durch Geschäfte unter Lebenden und im Todesfall gehören zu den persönlichen Verhältnissen i. S. des § 9 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 9 Abs. 2 Satz 3 BewG, die bei der Wertermittlung nicht zu berücksichtigen sind. Die Gesellschafter sind diese Bindungen im eigenen und gegenseitigen Interesse eingegangen und können sie jederzeit wieder beseitigen. Ziel der Verfügungsbeschränkungen ist der Schutz der Gesellschaft gegen das Eindringen Dritter. Dieser Schutz dient mittelbar auch den Interessen der Gesellschafter. Der Anteilswert wird dadurch nicht beeinträchtigt (BFH, BFH/NV 1999, 17). Bei der Stammeinlage handelt es sich nach der Rechtsprechung um gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 ErbStG abziehbaren Erwerbsaufwand (BFH, BFHE 194, 435 = BStBl II 2001, 454; BFH/NV 2002, 26).

Anmerkung:

1. Einordnung der Problematik in den Gesamtzusammenhang

Das BFH-Urteil vom 12.7.2005 hat erhebliche praktische Relevanz für die notarielle Praxis. Auf den ersten Blick wirkt die neue Entscheidung beängstigend weit gefasst und scheint damit zu einer erheblichen Ausweitung der Steuerpflicht nach dem ErbStG bei Einbringungsvorgängen zu führen. Die genauere Analyse der Urteilsgründe bestätigt diesen ersten Eindruck jedoch nicht. Die Entscheidung distanziert sich – noch – nicht von der bisherigen Rechtsprechung, bereitet möglicherweise aber einen Rechtsprechungswechsel vor.

In der früheren Entscheidung vom 19.6.1996[1] hatte der BFH entschieden, die bloße Wertzuwendung an eine GmbH führe grds. nicht zu einer Schenkung an die anderen Gesellschafter, auch wenn dadurch der Wert der Geschäftsanteile der übrigen Mitgesellschafter gesteigert werde; diese Wertsteigerung sei nicht von dem Einbringenden zugewandt. Es handelt sich insoweit um einen bloßen Reflex der Förderung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter, indem dieser einen überproportionalen Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks erbringt. Die Wertsteigerung des Betriebsvermögens der GmbH beruht auf gesellschaftsrechtlichen Gründen als Gesellschafterbeitrag. Die vorstehenden Erwägungen entsprechen auch dem BFH-Urteil vom 25.10.1995, in der er die Vereinbarung der Zinslosigkeit eines Darlehens nicht als schenkungsteuerpflichtige Zuwendung an die Mitgesellschafter angesehen hat.[2]

Der BFH hat in der Besprechungsentscheidung offen gelassen, ob eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung an die GmbH selbst vorliegen könne oder ob gesellschaftsrechtliche Gründe dem entgegenstehen. Dies ist konsequent, da dies nicht entscheidungserheblich war. Die Erbringung eines Gesellschafterbeitrags ist nach h. M. keine Schenkung und keine unentgeltliche Zuwendung i. S. d. § 7 ErbStG. Anderenfalls wäre jeder nicht ausdrücklich gesellschaftsvertraglich vereinbarte Gesellschafterbeitrag eine steuerpflichtige Schenkung an die Gesellschaft. Diese Sichtweise lehnt auch die Finanz-

---

1 II R 83/92, BStBl II 1996, 616 = DStR 1996, 1563.

2 II R 67/93, BStBl II 1996, 160 = DStR 1996, 379.

verwaltung und die übrige finanzgerichtliche Rechtsprechung überzeugend ab.[3]

Die vorstehenden Erwägungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Ergebnis stets auch eine Frage der Sachverhaltsgestaltung ist. Selbstverständlich ist auch eine abweichende Gestaltung möglich, in der der Einlegende zunächst einen Anteil seines Vermögens auf die Mitgesellschafter überträgt und anschließend alle Mitgesellschafter jeweils auf eigene Rechnung eine Einbringung durchführen. Dann liegt selbstverständlich eine vorgeschaltete Schenkung vor (zu den ertragsteuerlichen Konsequenzen s. u.).

2. Einheitlicher Vorgang

Was unterscheidet also den vom BFH entschiedenen Fall, von den übrigen, deutlich häufigeren Fällen, in denen keine Schenkungsteuerpflicht eingreift? Der BFH nimmt in dem Besprechungsurteil eine mittelbare Zuwendung der wertgesteigerten Geschäftsanteile an. Dabei behandelt er den Fall hier entsprechend den Grundsätzen einer mittelbaren Grundstücksschenkung oder mittelbaren Baukostenschenkung (vgl. R 16 ErbStR). Insoweit unterscheidet sich der jetzt entschiedene Fall von den früheren dadurch, dass die Gründung der GmbH und die Einbringung an einem Tage erfolgt sind. Aufgrund dieses Umstandes sieht der BFH darin einen einheitlichen Vorgang, in dessen Rahmen die nichteinbringenden Mitgesellschafter einen wertgesteigerten Gesellschaftsanteil mittelbar erwerben.

3. Vertragsgestaltung

Für den Vertragsgestalter fragt es sich daher, auf welche Weise sich die vorstehende Problematik vermeiden lässt. Es darf sich nach den bisherigen Entscheidungen des BFH nicht um einen *einheitlichen* Gründungs- und Einbringungsvorgang handeln. In dem obigen BFH-Urteil vom 19.6.1996, auf das der BFH sich auch in der Besprechungsentscheidung stützt, lagen zwischen der Gründung und der Einbringung bzw. dem damals vereinbarten Buchwertverkauf ganze eineinhalb Monate.[4] Dies spricht dafür, dass bereits kleinere Zeitabstände ausreichen können, den einheitlichen Zuwendungsvorgang zu vermeiden. M. E. sollte mit der Einbringung zumindest gewartet werden, bis die GmbH selbst im Handelsregister eingetragen ist. Entsprechende Gestaltungsaufgaben können sich auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung ergeben.

4. Die strengere Auffassung der Finanzverwaltung

Die Finanzverwaltung vertritt allerdings eine strengere Meinung als der BFH in seinen früheren Entscheidungen vom 19.6.1996 und vom 25.10.1995. Nach R 18 Abs. 3 ErbStR kann die Einbringung von Vermögen in eine Kapitalgesellschaft eine schenkungsteuerpflichtige Schenkung zugunsten von Mitgesellschaftern darstellen. Sind die übrigen Mitgesellschafter gegenüber dem Einbringenden fremde Dritte, so besteht nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Vermutung, dass die Einbringung nur zum Zwecke der Förderung des Gesellschaftszweckes getätigt wurde. Handelt es sich bei den Mitgesellschaftern hingegen um Angehörige im Sinne des § 15 AO, so bestehe die Vermutung, dass neben der gesellschaftsfördernden Zielsetzung das Motiv der Vermögensübertragung und damit eine Werterhöhung der Anteile der anderen Gesellschafter beabsichtigt sei, die schenkungsteuerpflichtig wäre. Auch wer die Vorgaben des BFH beachtet, wird daher damit rechnen müssen, einen Steuerbescheid zu erhalten und sein Recht erst vor den Finanzgerichten erstreiten zu müssen.

5. Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG

Der BFH spricht in seiner Besprechungsentscheidung nicht die Folgefrage an, ob die steuerpflichtige mittelbare Zuwendung eines GmbH-Geschäftsanteils entsprechend den Grundsätzen einer mittelbaren Grundstücksschenkung zu einer Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG führt. Der BFH hatte sich in seinem Urteil vom 16.2.2005 mit den Fragen einer mittelbaren Zuwendung im Rahmen des § 13 a ErbStG auseinander zu setzen.[5] Dabei ging es um den klassischen Fall einer mittelbaren Betriebsschenkung. Der Vater schenkte dem Sohn Geld, damit dieser sich eine 100%ige Beteiligung an einer GmbH von einem Dritten kaufen könne. Gegenstand der Schenkung sollte nicht das Bargeld, sondern die Beteiligung sein. § 13 a ErbStG sollte in Anspruch genommen werden und wurde beantragt. Der BFH lehnte die Anwendung des § 13 a ErbStG jedoch ab.[6] Dabei stellt er auf die Besonderheiten des § 13 a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG ab, dessen Wortlaut ausdrücklich auf die Beteiligung *des Schenkers* an der GmbH abstellt. Der BFH erkennt dabei selbst, dass das Ergebnis sinnwidrig ist, sieht sich jedoch durch den klaren, wenn auch sinnwidrigen Wortlaut des Gesetzes an einer abweichenden Entscheidung gehindert. Diese Entscheidung führt auch im Besprechungsfall zu einer Versagung der §§ 13 a, 19 a ErbStG. Denn der mittelbar zugewandte Geschäftsanteil hat in dem Entscheidungssachverhalt nie dem Schenker zugestanden.[7] Dieses Problem lässt sich vermeiden, indem der bisherige Betriebsinhaber zunächst die Einbringung in seine Ein-Mann-GmbH durchführt und erst nach der Einbringung die Geschäftsanteile weiter überträgt.

6. Ertragsteuerliche Probleme

Nicht zu vernachlässigen sind in vergleichbaren Sachverhalten die noch gravierenderen ertragsteuerlichen Probleme, insbesondere bei Begründung einer Betriebsaufspaltung unter gleichzeitiger Aufnahme von Angehörigen in die GmbH. Nach der BFH-Entscheidung vom 16.6.2004 führt die verdeckte Einlage von Wirtschaftsgütern des bisherigen Einzelunternehmers in das Betriebsvermögen einer zwischen dem Besitzunternehmer und einem nahen Angehörigen im Wege der Bargründung errichteten GmbH (Betriebsgesellschaft) zu einer anteiligen gewinnrealisierenden Entnahme (!) der betreffenden Wirtschaftsgüter durch den Besitzunternehmer, § 4 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG.[8] Damit werden die stillen Reserven in Höhe des Bruchteils, welcher der Beteiligungsquote des nahen Angehörigen (Nur-Betriebsgesellschafters) an der Betriebs-GmbH entspricht, aufgedeckt und sind zu versteuern. Gleiches gilt für einen ggfs. vorhandenen Firmenwert. In diese Richtung weist auch das Urteil des FG Düsseldorf vom 25.6.2004:[9] Dabei unterstellen die ertragsteuerlichen Senate der Finanzgerichte bzw. des BFH, dass im Rahmen entsprechender Gestaltungen der Begründung einer

---

3 Vgl. R 18 Abs. 2 ErbStR; *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 176; *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG/BewG, 2. Aufl. 2004, § 7 ErbStG Rdnr. 180.

4 DStR 1996, 1563.

5 II R 6/02, BStBl II 2005, 411 = RNotZ 2005, 376 = ZEV 2005, 264 m. kritischer Anm. *Ziegler*; a. A. Hübner, DStR 2003, 4, 9.

6 Ebenso *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 172.

7 *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 172.

8 X R 34/03, GmbHR 2004, 1593 = DStR 2004, 1998.

9 8 K 2277/00 E, Revision unter III R 35/04.

Betriebsaufspaltung mit gleichzeitiger Aufnahme naher Angehöriger logisch vorab ein Anteil des bisherigen Einzelunternehmens gewinnrealisierend auf die nahen Angehörigen übertragen und damit entnommen und erst dann für Rechnung aller Gesellschafter in die GmbH eingebracht werde. Auf diese Problematik ist der BFH in seiner hier zu besprechenden Entscheidung nicht näher eingegangen, da dies nicht Gegenstand des Verfahrens war. Dieser Weg ist jedoch in jedem Fall zu vermeiden. Er führt sowohl zur Aufdeckung der anteiligen stillen Reserven als auch zu einer sicheren Schenkungsteuerpflicht. Denn dann wird das anteilige Unternehmen vorab den zukünftigen Mitgesellschaftern unentgeltlich zugewandt – ohne Begünstigung nach §§ 13 a, 19 a ErbStG. Aus diesem Grunde sollten beide Vorgänge – Begründung der Betriebsaufspaltung bzw. Einbringung und die Durchführung der vorweggenommenen Erbfolge – zeitlich entzerrt werden. Wird erst die Betriebsaufspaltung begründet, indem alle wesentlichen Betriebsgrundlagen an die GmbH verpachtet werden und dann die nahen Angehörigen in die bestehende Betriebsaufspaltung aufgenommen, so erfolgt dies ertragsteuerneutral nach § 6 Abs. 3 EStG als unentgeltliche Aufnahme in ein Einzelunternehmen. Diese ist nach §§ 13 a, 19 a ErbStG begünstigt (R 51 Abs. 3 Satz 3 ErbStR 2003) und damit zumindest erbschaftsteuerbegünstigt. Wenn anschließend, einige Zeit später alle Gesellschafter ihre Wirtschaftsgüter in die GmbH entsprechend ihrer Quote nach § 20 UmwStG einbringen, so ist die schenkungsteuerlich unproblematisch, da keinerlei Wertverschiebungen stattfinden (R 63 Abs. 3 ErbStR). Im Übrigen führt die verdeckte Einlage von Einzelwirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 6 EStG stets zur Aufdeckung der ggfs. vorhandenen stillen Reserven. Deshalb sollten bei Begründung einer Betriebsaufspaltung nur noch die Wirtschaftsgüter des Umlaufvermögens eingelegt und das Anlagevermögen einschließlich Firmenwert an die GmbH verpachtet werden.[10]

7. Anzeigepflicht

Notare sind nach § 34 ErbStG i. V. m. § 8 ErbStDV verpflichtet, Anzeigen an das zuständige Finanzamt – Erbschaftsteuerstelle – zu tätigen, wenn den beurkundeten Erklärungen ein schenkungsteuerrelevanter Sachverhalt zugrunde liegt. Dabei besteht die Anzeigepflicht bereits, wenn die Erklärungen teilweise entgeltlich sind oder der Form nach vollentgeltlich, sofern Anhaltspunkte für eine Schenkung oder Zweckzuwendung vorliegen, § 8 Abs. 2 ErbStDV. Auch § 34 Abs. 1 ErbStG bestimmt die Anzeigepflicht für alle Vorgänge, die für die Festsetzung einer Erbschaftsteuer *von Bedeutung* sein können.[11] Diese Mitwirkungspflicht des Notars ist verhältnismäßig weitgehend und vergleichbar mit einer Verdachtsanzeige bei Vorliegen eines konkreten „Verdachts“ nach dem Geldwäschegesetz. Bei der Einbringung von Vermögen in Mehrpersonen-Kapitalgesellschaften werden fortan auch entsprechende Finanzamts-Anzeigen abzugeben sein. Dementsprechend sollte der Notar in diesen Sachverhalten nach § 8 ErbStDV auf eine mögliche Erbschaftsteuer hinweisen.[12] Dies gilt wohl nur für den hier entschiedenen besonderen Sachverhalt eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs der Gründung und wertsteigernden Einbringung. Da die Finanzverwaltung nach R 18 Abs. 3 ErbStR jedoch – zu Unrecht – von einer weitergehenden Steuerpflicht ausgeht, sollten vorsorglich auch in den übrigen Fällen einer Einbringung mit wertsteigernder Wirkung zugunsten von Mitgesellschaftern Hinweis und Anzeige erfolgen. Entsprechende Anzeigen haben in der Vergangenheit regelmäßig nicht stattgefunden.[13] Um dies nicht im Einzelfall zu übersehen, sollten ggfs. Muster über Einbringungen mit und ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten entsprechend angepasst werden.

Notar Dr. *Eckhard Wälzholz*, Füssen

10 Vgl. BFH, GmbHR 2004, 1593 = DStR 2004, 1998 m. w. N.

11 *Schuck* in Viskorf/Glier/Hübner/Knobel/Schuck, ErbStG/BewG, 2. Aufl. 2004, § 34 ErbStG Rdnr. 5.

12 Vgl. *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 34 Rdnr. 13; OLG Schleswig-Holstein, MittBayNot 2005, 516 mit Anm. *Stelzer*.

13 *Moench*, ErbStG, § 7 Rdnr. 173.

---

26. BGB § 2204, UStG § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 1 *(Unternehmereigenschaft des Testamentsvollstreckers bzw. Nachlassverwalters)*

Nimmt der Nachlassverwalter bzw. Testamentsvollstrecker seine selbständige und nachhaltige Tätigkeit aus privaten Gründen wahr – hier als Miterbe des Nachlasses –, so ist die Tätigkeit als nur gelegentlich anzusehen und damit die Unternehmereigenschaft zu verneinen. Die durch die Tätigkeit erzielten Umsätze sind insoweit nicht zu versteuern.

FG München, Urteil vom 9.12.2004, 14 K 669/02

Hinweis der Schriftleitung:

Das Urteil ist mit Gründen in EFG 2005, 364 veröffentlicht. Revision beim BFH ist eingelegt (V R 6/05).

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

1. Vorläufige Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer) im Hinblick auf anhängige Musterverfahren (§ 165 Abs. 1 AO)

Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautende Erlasse vom 22.11.2005

Im Hinblick auf das beim Bundesverfassungsgericht anhängige Normenkontrollverfahren 1 BvL 10/02 zur Verfassungsmäßigkeit des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes sind sämtliche Festsetzungen der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer) in vollem Umfang für vorläufig zu erklären. Ferner sind Festsetzungen der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer), bei denen die §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29.12.2003 (BGBl. I, 3076, 2004 I, 69) geänderten Fassung angewandt werden, insoweit vorläufig durchzuführen.

In die Steuerbescheide ist folgender Erläuterungstext aufzunehmen:

Festsetzungen ohne Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 geänderten Fassung:

„Die Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer) ist im Hinblick auf das beim Bundesverfassungsgericht anhängige Normenkontrollverfahren 1 BvL 10/02 in vollem Umfang vorläufig.

Die Vorläufigkeitserklärung erfasst nur die Frage, ob das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Sie erfolgt aus verfahrenstechnischen Gründen und ist nicht dahin zu verstehen, dass die Regelungen des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes als verfassungswidrig angesehen werden. Sollte eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Aufhebung oder Änderung dieses Steuerbescheids erfordern, wird die Aufhebung oder Änderung von Amts wegen vorgenommen; ein Einspruch ist insoweit nicht erforderlich."

Festsetzungen mit Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 geänderten Fassung:

„Die Festsetzung der Erbschaftsteuer (Schenkungsteuer) ist im Hinblick auf das beim Bundesverfassungsgericht anhängige Normenkontrollverfahren 1 BvL 10/02 in vollem Umfang vorläufig. Sie ist ferner vorläufig hinsichtlich der Anwendung der §§ 13a, 19a ErbStG in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 vom 29.12.2003 (BGBl. I S. 3076, 2004 I S. 69) geänderten Fassung.

Die Vorläufigkeitserklärung erfasst nur die Frage, ob die bei der Festsetzung angewandten Vorschriften mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Sie erfolgt aus verfahrenstechnischen Gründen und ist nicht dahin zu verstehen, dass die angewandten Vorschriften als verfassungswidrig angesehen werden. Sollte eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine Aufhebung oder Änderung dieses Steuerbescheids erfordern, wird die Aufhebung oder Änderung von Amts wegen vorgenommen; ein Einspruch ist insoweit nicht erforderlich."

Im Übrigen gelten die im BMF-Schreiben vom 27.6.2005 (BStBl I, 794 = DStR 2005, 1138) getroffenen Regelungen entsprechend.

Die gleich lautenden Erlasse vom 6.12.2001 (BStBl I, 985 = DStR 2002, 30) werden aufgehoben.

---

2. Erbschaft- und Schenkungsteuer: Erbschaft- und schenkungsteuerliche Folgen des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechtes

Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 15.7.2005, 34 – S 3800 – 029 – 22782/05 (in der Fassung des Korrekturvermerks vom 2.11.2005, 34 – S 3800 – 029 – 44934/05)

Durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechtes vom 15.12.2004 (BGBl. I, 3396) wurde zum 1. Januar 2005 das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft an das Eherecht, insbesondere beim Erbrecht und Güterrecht, angepasst. Die Änderungen wirken sich wie folgt auf die erbschaft- und schenkungsteuerliche Behandlung von Vermögensübertragungen zwischen den Partnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft aus:

1. Hinterbliebenenbezüge (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG)

Kraft Gesetzes entstehende Versorgungsansprüche hinterbliebener Lebenspartner und vertragliche Hinterbliebenenbezüge des Lebenspartners aus einem Arbeitsverhältnis des Erblassers, unterliegen unter den in R 8 ErbStR genannten Voraussetzungen nicht der Erbschaftsteuer.

2. Güterstandsrechtliche Folgen

2.1. Gesetzlicher Güterstand für Lebenspartner

Für Lebenspartner ist seit dem 1. Januar 2005 die Zugewinngemeinschaft gesetzlicher Güterstand (§ 6 Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG in der Fassung durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. Dezember 2004, BGBl. I 2004 S. 3396). Die Vorschriften über die Zugewinngemeinschaft von Ehegatten (§ 1363 Abs. 2, §§ 1364 bis 1390 BGB gelten entsprechend. Die Lebenspartner können durch Lebenspartnerschaftsvertrag (§ 7 LPartG) Gütertrennung oder Gütergemeinschaft vereinbaren. Die §§ 1409 bis 1563 BGB gelten entsprechend.

2.2. Überleitung in den gesetzlichen Güterstand

Haben die Lebenspartner am 1. Januar 2005 im Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft gelebt, gelten, so-

weit die Lebenspartner nichts anderes vereinbart haben, von diesem Tage an die Vorschriften über den Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§ 21 Abs. 1 LPartG). Ein Ausgleich des Überschusses, den die Lebenspartner während der Dauer des Vermögensstands der Ausgleichsgemeinschaft erzielt haben, erfolgt in diesem Fall nicht. Als Anfangsvermögen im Sinne des § 6 LPartG i.V.m. § 1374 BGB gilt das Vermögen, das einem Lebenspartner bei Begründung des Vermögensstands der Ausgleichsgemeinschaft gehörte.

2.3. Beendigung des Güterstands der Zugewinngemeinschaft

a) Beendigung zu Lebzeiten der Lebenspartner

Wird die Zugewinngemeinschaft zu Lebzeiten der Lebenspartner beendet, erfüllt die Ausgleichsforderung nicht den Tatbestand einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, da nach § 6 LPartG i. V. m. §§ 1371 bis 1390 BGB eine rechtliche Verpflichtung der Lebenspartner besteht, den Überschuss, den sie während der Dauer des Güterstands erzielt haben, auszugleichen. Die Ausgleichsforderung fällt auch nicht unter einen der übrigen Tatbestände des § 7 ErbStG.

b) Beendigung durch Tod eines Lebenspartners

Endet die Zugewinngemeinschaft mit dem Tod eines Lebenspartners und wird der überlebende Lebenspartner Erbe, erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Lebenspartners um ein Viertel (§ 6 LPartG i. V. m. § 1371 Abs. 1 BGB). Der Erwerb durch Erbanfall unterliegt der Erbschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Eine fiktive steuerfreie Ausgleichsforderung, wie sie § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG für Ehegatten im Güterstand der Zugewinngemeinschaft vorsieht, kommt nicht in Betracht. § 5 ErbStG gilt nicht für Lebenspartnerschaften. Hierin kann auch keine planwidrige Gesetzeslücke gesehen werden, denn der Gesetzgeber hat bislang bewusst darauf verzichtet, die im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz für Ehegatten geltenden Regelungen auch auf Lebenspartnerschaften zu übertragen.

Endet die Zugewinngemeinschaft mit dem Tod eines Lebenspartners und wird der überlebende Lebenspartner weder Erbe noch steht ihm ein Vermächtnis zu, kann der überlebende Lebenspartner neben dem Pflichtteil einen Zugewinnausgleich nach § 6 LPartG i. V. m. § 1371 Abs. 2 oder 3 BGB geltend machen. Der Erwerb des Pflichtteils unterliegt der Erbschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Der von Gesetzes wegen entstehende Ausgleichsanspruch fällt nicht unter einen der in § 3 ErbStG aufgeführten Tatbestände.

2.4. Unterbleiben einer Überleitung in den gesetzlichen Güterstand

Ist die Lebenspartnerschaft vor dem 1. Januar 2005 begründet worden und haben die Lebenspartner im Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft gelebt, kann jeder Lebenspartner bis zum 31. Dezember 2005 gegenüber dem Amtsgericht erklären, dass für die Lebenspartnerschaft Gütertrennung gelten soll (§ 21 Abs. 2 LPartG). In diesem Fall wird der Vermögensstand der Ausgleichsgemeinschaft mit Wirkung vom 1. Januar 2005 beendet und der während der Dauer des Vermögensstands erzielte Überschuss ausgeglichen. Die Ausgleichsforderung erfüllt nicht den Tatbestand einer freigebigen Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, da nach § 6 Abs. 2 LPartG a. F. eine rechtliche Verpflichtung der Lebenspartner bestand, den Überschuss, den sie während der Dauer des Vermögensstands erzielt haben, auszugleichen. Die Ausgleichsforderung fällt auch nicht unter einen der übrigen Tatbestände des § 7 ErbStG.

3. Vereinbarung der Gütergemeinschaft (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG)

Vereinbaren Lebenspartner den Güterstand der Gütergemeinschaft, fällt die sich daraus ergebende Bereicherung des weniger vermögenden Lebenspartners nicht unter § 7 Abs. 1

Nr. 4 ErbStG. Es ist jedoch zu prüfen, ob eine freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegt.

4. Sachliche Steuerbefreiungen

4.1 Zuwendung eines Familienwohnheims (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG)

Die Befreiung gilt nicht für Zuwendungen an den Lebenspartner.

4.2 Pflege- und Unterhaltsleistungen (§ 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG)

Der Freibetrag gilt nicht für Pflege- und Unterhaltsleistungen an den Lebenspartner, da eine gesetzliche Unterhaltsverpflichtung besteht (§ 5 LPartG).

5. Steuerklassenzugehörigkeit (§ 15 ErbStG)

Lebenspartner gehören zur Steuerklasse III i. S. d. § 15 Abs. 1 ErbStG.

Zur Steuerklasse I Nr. 2 und 3 ErbStG gehören auch Kinder des anderen Lebenspartners (Stiefkinder) und ihre Abkömmlinge sowie angenommene Kinder des anderen Lebenspartners (§ 9 Abs. 7 LPartG) und ihre Abkömmlinge.

§ 15 Abs. 3 ErbStG gilt nicht für Schlusserben aus einem gemeinschaftlichen Testament von Lebenspartnern.

6. Besonderer Versorgungsfreibetrag (§ 17 ErbStG)

Der besondere Versorgungsfreibetrag nach § 17 Abs. 1 ErbStG steht dem überlebenden Lebenspartner nicht zu.

7. Tarifermäßigung beim Erwerb von Produktivvermögen (§ 19 a ErbStG)

Als Erwerber der Steuerklasse III erhält der Lebenspartner für den Erwerb begünstigten Vermögens die Tarifbegrenzung.

8. Besteuerung bei Nutzungs- und Rentenlast (§ 25 ErbStG)

Die Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn die Nutzungen oder Leistungen dem Lebenspartner des Erblassers oder Schenkers zustehen.

Der Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder. Ich bitte, die Erbschaftsteuerfinanzämter entsprechend zu informieren und den Erlass in die Erbschaftsteuerkartei aufzunehmen.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.6.2006:

Notar Dr. Hermann Reuter, Kempten

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Notar Dr. Anton Obermaier, Sonthofen

Mit Wirkung vom 1.1.2007:

Notar Wolf Weiß, München

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Freising	dem Notar Göran Kleine (bisher in Bad Königshofen im Grabfeld)
Mühldorf a. Inn (in Sozietät mit Notar Hannes Weishäupl)	dem Notarassessor Dr. Andreas Nachreiner (bisher in München Notarstelle Alfons Jungsberger)
Münnerstadt	dem Notarassessor Dr. Markus Roßmann (bisher in München Notarstellen Frhr. v. Oefele/Dr. Götte)
Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Ernst Wahl)	dem Notar Axel Adrian (bisher in Naila)
Zweibrücken (in Sozietät mit Notarin Dorothée Vogel)	dem Notarassessor Dr. Ulrich Schmitz (bisher in Waldfischbach-Burgalben Notarstelle Lechner)

Mit Wirkung vom 1.5.2006:

Bad Kötzting	dem Notarassessor Hans-Dieter Miedaner (bisher in Passau Notarstellen Prof. Dr. Reimann/ Dr. Schwarz)
Bayreuth (in Sozietät mit Notar Hendrik Zuber	dem Notar Dr. Stefan Gottwald (bisher in Pappenheim)
Berchtesgaden	dem Notarassessor Dr. Arne Everts (bisher in Eggenfelden Notarstelle Feller, abgeordnet an das Deutsche Notarinstitut)

Mit Wirkung vom 1.7.2006:

Fürth	dem Notar Dr. Wolfram Eckhardt (bisher in München)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Holger Brückner, Pegnitz (Notarstelle Heinrich)

Florian Dietz, Kitzingen (Notarstellen Dr. Münch/Dr. Hofstetter)

Nico Matheis, Passau (Notarstellen Prof. Dr. Reimann/ Dr. Schwarz)

Christian Seger, Hammelburg (Notarstelle Dr. Kamp)

Dr. Ingmar Wolf, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/ Dr. Gropengießer)

4. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung vom 1.4.2006:

Sabrina Anzinger, Weißenburg i. B. (Notarstelle Stigler)

Henry Awaleh, Bad Dürkheim (Notarstellen Unkrich/ Holland)

Sebastian Bernecker, Ingolstadt (Notarstellen Kopp/Dr. Walz)

Ilona Böhner, Bayreuth (Notarstellen Dr. Roßner/Zuber)

Manuela Euring, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/ Pöllmann-Budnick)

Stefan Feneis, Eschenbach i. d. Opf. (Notarstelle Trautner)

Verena Frühauf, Obernburg a. Main (Notarstellen Herrmann/Vollmer)

Petra Fünfer, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

Thomas Gottschling, Riedenburg (Notarstelle Freitag)

Stefanie Hannemann, Greding (Notarstelle Fembacher)

Florian Heiland, Traunstein (Notarstelle Riegel)

Wolfgang Kintscher, Wertingen (Notarstelle Senft)

Andrea Korb, Dachau (Notarstellen Promberger/Zöbelein)

Andrea Lakner, Weilheim (Notarstelle Gruner)

Klaus Lechner, Bad Aibling (Notarstelle Schmitt)

Andreas Ott, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Monja Peichl, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/ Spoerer)

Melanie Purucker, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler)

Karin Schafflhuber, München (Notarstellen Dr. Schalkhaußer/Dr. Wenner)

Heike Schilder, Münchberg (Notarstelle Schnabel)

Andrea Seimel, Dingolfing (Notarstellen Dr. Pachtner/ Koller)

Martina Spangler, Regensburg (Notarstelle Dr. Gschoßmann)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessor Carl Michael Niemeyer, München (Notarstelle Dr. Karl), wurde mit Wirkung vom 26.2.2006 promoviert

Notarassessor Dr. Carl Michael Niemeyer, Starnberg (Notarstelle Dr. Wufka), ab 20.2.2006 in München (Notarstelle Dr. Karl)

Notarassessorin Isabell Müller, München (Notarstellen Dr. Reinl/Zöller), ab 1.3.2006 in München (Notarstellen Dr. Korte/Dr. Basty)

Notarassessor Dr. Ulrich Schmitz, Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Lechner), ab 1.3.2006 in Zweibrücken (Notarstellen Greiner/Vogel)

Notarassessor Dr. Martin Leiß, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 13.3.2006 in Ingolstadt (Notarstellen Dr. Schmalzl/Blomeier)

Notarassessor Sebastian Franck, Rehau (Notarstelle Dr. Heinemann), ab 27.3.2006 in München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger)

Notarassessor Wolfgang Rösing, Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer), ab 1.4.2006 in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Florian Kroier, Fürth (Notarstelle Angermaier), ab 17.4.2006 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Kornexl)

Notarassessorin Birgit Stahl, München (Notarstelle Dr. Kreuzer), ab 15.5.2006 in Augsburg (Notarstellen Rapp/Feist)

Oberinspektorin i. N. Angelika Bethmann, Schwabach (Notarstellen Hagg/Liebig), ab 1.4.2006 in Nürnberg (Notarstellen Weser/Kühnlein)

Oberinspektor i. N. Franz Böhm, Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann), ab 1.4.2006 in Amberg (Notarstellen Hantke/Engelhardt)

Inspektorin i. N. Manja Fischer, München (Notarstellen Dr. Kopp/Benesch), ab 1.4.2006 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Latinak/Regler)

Amtfrau i. N. Iris Schenk, München (Notarstellen Dr. Eckhardt/Spoerer), ab 1.4.2006 in München (Dr. Kopp/Benesch)

Amtfrau i. N. Renate Strobl, Nürnberg (Notarstellen Weser/Kühnlein), ab 1.4.2006 in Nürnberg (Notarstellen Dr. Rottenfußer/Dr. Brücker)

Inspektor i. N. Jens Tölg, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer), ab 1.4.2006 in Nabburg (Notarstelle Dr. Wiedemann)

Inspektor i. N. Marco Fuchs, Greding (Notarstelle Fembacher), ab 18.4.2006 in Neustadt a. d. Aisch (Notarstelle Dr. Mayr)

Amtmann i. N. Gerard Meier, Landsberg a. Lech (Notarstellen Dr. Lintz/Dr. Rapp), ab 1.8.2006 in Memmingen (Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer)

6. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrätin i. N. Waltraud Stürzenhofecker, Roth (Notarstelle Weidlich), ab 1.7.2006 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Nürnberg, Notarstellen Dr. Michael EL-Gayar/Dr. Christoph Schrenk, E-Mail: kontakt@notare-elgayar-schrenk.de, Website: www.notare-elgayar-schrenk.de

Schongau, Notarstellen Gerald Ferstl/Georg Ruhland, E-Mail: info@notare-schongau.de

Dingolfing, Notarstellen Dr. Bernd Pachtner/Bertrand Koller, Lederergasse 8/10, 84130 Dingolfing

Geisenfeld, Notarstelle Michael Freiherr von Steinaecker, Klosterhof 4, 85290 Geisenfeld, Telefon 08452 303, E-Mail: notar.von.steinaecker@t-online.de

Schriftleitung: Notarassessorin Andrea Lichtenwimmer, Ottostraße 10, 80333 München
Notarassessor Dr. Martin T. Schwab
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 46 € zuzüglich Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.