

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

Herausgeberbeirat: Notare Dr. Hermann Amann, Dr. Johann Frank, Prof. Dr. Reinhold Geimer, Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Dr. Dieter Mayer, Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Dr. Hans Wolfsteiner

Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Oliver Vossius

Druck: E. Mülthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstr. 35, 80333 München – Gedruckt auf Recyclingpapier

# MittBayNot

6

November/  
Dezember 1994  
Begründet 1864

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

## ABHANDLUNGEN

### Ausblick auf das neue Umwandlungsrecht<sup>1 2</sup>

Von Notar Dr. Dieter Mayer, Zwiesel und Notar a. D. Dr. Oliver Vossius, München

#### I. Stand der Gesetzgebung

Im Bundesgesetzblatt vom 6. 11. 1994 ist das „Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG)“ und als dessen Artikel 1 das Umwandlungsgesetz verkündet<sup>3</sup>. Damit konnte ein umfangreiches Gesetzesvorhaben auf dem Gebiet des Zivilrechts noch in der vergangenen Legislaturperiode zum Abschluß gebracht werden<sup>4</sup>.

Die systematische Zusammenfassung des zersplitterten Rechtsgebiets in einer Kodifikation geht auf einen Auftrag des Bundestags anlässlich der GmbH-Novelle 1980 zurück<sup>5</sup>. Zwischenstadien des Gesetzes bildeten sein jeweils veröffentlichter und in der Fachwelt eingehend erörterter Diskussions-<sup>6</sup> und Referentenentwurf<sup>7</sup>. Das Gesetzesvorhaben drohte zuletzt an unterschiedlichen Auffassungen

über die mitbestimmungsrechtlichen Folgen der Umwandlung zu scheitern<sup>8</sup>. In der Sitzung des Vermittlungsausschusses vom 31. 8. 1994 konnte jedoch eine Einigung erzielt werden<sup>9</sup>.

#### II. Inkrafttreten

Das neue Umwandlungsgesetz ist zum 1. 1. 1995 in Kraft getreten<sup>10</sup>. Für bereits eingeleitete Umwandlungen gilt § 318. Hiernach verbleibt es bei der Anwendung bisherigen Rechts, wenn zur Vorbereitung einer Umwandlung vor dem 1. 1. 1995 ein Vertrag oder eine Erklärung notariell beglaubigt oder eine Versammlung der Anteilseigner einberufen war<sup>11</sup>. Grundsätzlich möglich sein dürfte demnach die Durchführung einer Umwandlung im Jahr 1995 mit einem Bilanzstichtag im Jahr 1994<sup>12</sup>.

Eine Sonderregelung für die Haftung für Altverbindlichkeiten aufgrund einer Umwandlung alten oder neuen Rechts enthält § 319. Hierbei differenziert die Vorschrift zwischen Forderungen, die vor bzw. nach dem Inkrafttreten des Nachhaftungsbegrenzungsgesetzes<sup>13</sup>, d. h. dem 26. 3. 1994, und dem 1. 1. 1995 entstanden bzw. vor oder nach dem 26. 3. 1994 fällig geworden sind.

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des UmwG (Artikel 1 des UmwBerG).

<sup>2</sup> Einführung in das neue Gesetz: Schwarz, DStR 1994, 1694; Neye, DB 1994, 2069; ders., ZIP 1994, 917; Kallmeyer, ZIP 1994, 1746.

<sup>3</sup> BGBl. I, S. 3209 ff.; hierzu Dötsch/Binger, GmbHR 1992, 588/594.

<sup>4</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren Schwarz, DStR 1994, 1694 f.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 8/3908, S. 77.

<sup>6</sup> Beilage Nr. 214 a zum Bundesanzeiger vom 15. 11. 1988. Zur wissenschaftlichen Diskussion siehe die Aufsätze in ZGR 1990, 392–611; Gäbelein, BB 1989, 1420; Ganske, DB 1992, 125; Hahn, GmbHR 1991, 242; Heckschen, WM 1990, 377; Herzig/Ott, DB 1989, 2033; Hirte, ZIP 1991, 1461; ders., AG 1990, 373; Kleindiek, ZGR 1992, 513; Krebs, BB 1992, 184; Niederleithinger, DStR 1991, 879; K. Schmidt, AcP 191 (1991), 495; ders., FS Heinsius (1991), 716; W. Werner, FS Quack (1991), 519. Zur Diskussion auch Ganske, WM 1993, 1117/1118 Fußnote 3.

<sup>7</sup> Beilage Nr. 112 a zum Bundesanzeiger vom 20. 6. 1992 (hierzu Neye, ZIP 1994, 917; zur Diskussion die Ergebnisse des AK Umwandlungsrecht und die Aufsätze in ZGR 1993, 321–473 sowie die Diskussionsbeiträge in IdW (Hrsg.), Reform des Umwandlungsrechts, 1993. Weiter siehe: Ganske, WM 1993, 1117; ders. in: Wassermeyer (Hrsg.), Grundfragen der Unternehmensbesteuerung, 1994, 43; Henrichs, AG 1993, 508; K. Martens, AG 1994, 66; Wiedemann, DB 1993, 141.

<sup>8</sup> Hierzu BR-Drucks. 75/94, S. 75 ff. sowie Bardodziej, ZIP 1994, 580.

<sup>9</sup> Ergebnisse der Verhandlungen im Vermittlungsausschuss sind das verlängerte Übergangsmandat des Betriebsrats (§ 321 Abs. 1 Satz 3), der verlängerte Kündigungsschutz (§ 323 Abs. 1) und die Mitbestimmungsbeibehaltung bei Spaltungen oder Ausgliederungen (§ 325).

<sup>10</sup> Artikel 20 UmwBerG (BGBl. I, 1994, S. 3266).

<sup>11</sup> D. h. Zugang eines Einladungsschreibens zur Gesellschafterversammlung oder Veröffentlichung der Einladung in einem Gesellschaftsblatt.

<sup>12</sup> § 27 Abs. 1 des neuen Umwandlungssteuergesetzes (BGBl. I, 1994, S. 3267/3275) erfasst den Übergang von Vermögen aufgrund von Rechtsakten, die nach dem 31. 12. 1994 wirksam werden. „Rechtsakt“ in diesem Sinne ist nach Auffassung des BMF, für die gewichtige rechtssystematische Gründe sprechen, ein Akt im Sinne des § 318 UmwG.

<sup>13</sup> Vom 18. 3. 1994, BGBl. I, S. 560.

### III. Einführung

#### 1. Europarechtliche Vorgaben

Dem UmwG sind folgende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft vorgegeben:

- Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie<sup>14</sup> zum Kapital-  
schutz bei Aktiengesellschaften.
- Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie<sup>15</sup> zur Ver-  
schmelzung von Aktiengesellschaften.
- Sechste gesellschaftsrechtliche Richtlinie<sup>16</sup> zur Spaltung  
von Aktiengesellschaften.
- Richtlinie des Rats vom 14. 2. 1977 zur Wahrung von  
Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von  
Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen<sup>17</sup> zur An-  
wendung von § 613 a BGB bei Umwandlungsvorgängen.

Regelungen zur grenzüberschreitenden Umwandlung auf EU-Ebene liegen derzeit nicht vor. Derartige Vorgänge sind Gegenstand der 10. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie, deren Verabschiedung sich jedoch aufgrund ungelöster arbeits- und mitbestimmungsrechtlicher Fragen verzögert. Die Möglichkeit grenzüberschreitender Umwandlungen soll auch im Rahmen einer EU-Verordnung über das Statut für die europäische Aktiengesellschaft geschaffen werden. Der Entwurf wurde der Kommission 1989 vorgelegt, über ihn konnte jedoch bislang — ebenfalls aufgrund der EU-weit unterschiedlich geregelten Mitbestimmung — noch keine Einigung erzielt werden. Die Fusionsrichtlinie<sup>18</sup> sieht lediglich die Steuerneutralität einer grenzüberschreitenden Fusion, Spaltung, Betriebs- bzw. Teilbetriebseinbringung und eines grenzüberschreitenden Anteilstausches vor, enthält aber keine gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für transnationale Einbringungen oder Umwandlungen. Sie ist durch das Steuerrechtsänderungsgesetz 1992<sup>19</sup> durch Änderung des § 20 Abs. 6 und 8 UmwStG teilweise — Einbringung von Gesellschaftsanteilen, Betrieben oder Teilbetrieben — in nationales Recht umgesetzt worden<sup>20</sup>.

Das UmwG selbst gilt nur für Rechtsträger mit Sitz im Inland (§ 1 Abs. 1)<sup>21</sup>. Klärungsbedürftig ist allerdings, ob es auf den statutarischen Sitz oder den Sitz der effektiven Geschäftsleitung ankommt (wohl auf beides).

#### 2. Nationalrechtliche Vorläufer

Bei folgenden Gesetzesvorhaben wurde auf die bereits in Entwicklung befindliche Konzeption des neuen Umwandlungsrechts zurückgegriffen:

- Landwirtschaftsanpassungsgesetz<sup>22</sup>.

— Gesetz über die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen — SpTrUG<sup>23</sup>.

— Eisenbahnneuordnungsgesetz<sup>24</sup>.

Nicht zuletzt die bei Anwendung des SpTrUG gemachten Erfahrungen konnten in den Referentenentwurf einfließen und beeinflussten die endgültige Fassung des Umwandlungsbereinigungs-gesetzes.

#### 3. Zielsetzung des Umwandlungsbereinigungs-gesetzes

Die Umwandlung von Unternehmensträgern (Rechtsträgern), also die Verschmelzung, die Spaltung, die Vermögensübertragung und der Wechsel der Rechtsform, war bisher im deutschen Gesellschaftsrecht verstreut, unübersichtlich und lückenhaft geregelt. Der geltende Typenzwang führt dazu, daß ein Unternehmer die einmal für seine wirtschaftliche Betätigung gewählte Rechtsform nur verändern kann, wenn ihm hierfür durch Gesetz eine Möglichkeit eröffnet wird, sofern er sein Unternehmen nicht liquidieren und anschließend neu gründen will. Eine umfassende Regelung des Umwandlungsrechts war daher gerade in einer Zeit geboten, in der nationale wie internationale, insbesondere europäische Entwicklungen von den Unternehmensträgern besondere Flexibilität gerade auch bei der rechtlichen Anpassung ihrer Unternehmensstrukturen an sich verändernde wirtschaftliche Gegebenheiten verlangen<sup>25</sup>.

Durch das neue Umwandlungsrecht sollen zunächst einmal die bisher möglichen Fälle der Umwandlung im weitesten Sinn unter Herauslösung der verstreuten Regelungen aus fünf verschiedenen Gesetzen (AktG, KapErhG, GenG, UmwG und VAG) kodifiziert werden (*Rechtsbereinigung*).

Weitere Umwandlungsmöglichkeiten sollen zugelassen werden, damit für die Unternehmen die notwendigen Rechtsinstrumente verfügbar werden (*Erweiterung*). Neben die 61 bisher bestehenden Fälle der Umstrukturierung sollen 271 weitere Möglichkeiten treten<sup>26</sup>. Dazu gehören z. B. die bisher nicht zugelassene Verschmelzung von Personenhandels-gesellschaften miteinander und mit Kapitalgesellschaften, die Verschmelzung einer eingetragenen Genossenschaft mit Rechtsträgern anderer Rechtsform, die Vermögensübertragung unter Unternehmensträgern dieser Rechtsformen sowie die Umwandlung von Vereinen und Stiftungen. „Filetstück“ des Referentenentwurfs ist die allgemeine Einführung des Rechtsinstituts der Spaltung in den drei Arten der Aufspaltung, der Abspaltung und der Ausgliederung.

Das Umwandlungsbereinigungs-gesetz verstärkt zudem den Schutz der Anteilshaber durch verbesserte Informationsrechte in Bezug auf Beschlußfassung, die Prüfung des Anteilstausches bzw. der Anteilsveränderung durch unab-

<sup>14</sup> Richtlinie 77/91/EWG, ABl. EG Nr. L 26 vom 31. 1. 1977, S. 1.

<sup>15</sup> Richtlinie 78/855/EWG ABl. EG Nr. L 295 vom 20. 10. 1978, S. 36.

<sup>16</sup> Richtlinie 82/891/EWG ABl. EG Nr. L 378 vom 31. 12. 1982, S. 47.

<sup>17</sup> Richtlinie 77/197/EWG ABl. EG Nr. L 61 vom 5. 3. 1977, S. 26.

<sup>18</sup> Richtlinie 90/434, ABl. EG Nr. L 225 vom 23. 7. 1990, S. 1.

<sup>19</sup> Vom 25. 2. 1992, BGBl. I, S. 297 ff.

<sup>20</sup> Siehe nunmehr § 23 UmwStG.

<sup>21</sup> Hierzu Schwarz, DStR 1994, 1694/1698.

<sup>22</sup> BGBl. I, 1991, S. 14; dort §§ 4–40.

<sup>23</sup> BGBl. I, 1991, S. 854. Hierzu D. Mayer, DB 1991, 1609; D. Mayer/Vossius, Spaltung und Kapitalneufestsetzung, 1991; Münchner Vertragshandbuch-D. Mayer, Band I, 3. Aufl. 1992, S. 1230 ff.; D. Mayer/R. Kössinger in Widmann/Mayer, „Kommentierung zum SpTrUG“ (Rdz. 2915–3326).

<sup>24</sup> Vom 27. 12. 1993, BGBl. I, S. 2378; in dessen Artikel 1 ist die Überführung des Bundeseisenbahnvermögens in eine Aktiengesellschaft als Fall der Ausgliederung behandelt.

<sup>25</sup> Niederleithinger, DStR 1991, 879.

<sup>26</sup> Diese Zahlen nennt Schwarz, DStR 1994, 1694/1996 bei Fußnote 33 im Gegensatz zu der Zählung in BT-Drucks. 12/6699, S. 75; (44 bestehende und 75 neue Möglichkeiten; hierzu Ganske, WM 1993, 1117).

hängige Sachverständige, die Möglichkeit des Austrittsrechts gegen Barabfindung sowie die Haftung der Organmitglieder (*Verbesserung des Anlegerschutzes*). Im Gegenzug wird die Rechtssicherheit dadurch erhöht, daß die einmal getroffene Umwandlungsentscheidung nur eingeschränkt anfechtbar ist<sup>27</sup>. Nicht stimmberechtigte Inhaber von Sonderrechten erhalten einen Anspruch auf Einräumung eines wirtschaftlich gleichwertigen Rechts (sog. Verwässerungsschutz)<sup>28</sup>. Gläubiger werden durch besondere Haftungsbestimmungen<sup>29</sup> bzw. durch die allgemeinen Kapitalschutzvorschriften<sup>30</sup> geschützt.

## IV. Inhalt des neuen Umwandlungsrechts

### 1. Systematik des neuen Umwandlungsgesetzes

#### a) Gesetzesaufbau

Das Umwandlungsbereinigungsgesetz regelt in Art. 1 die Neufassung des Umwandlungsgesetzes. Unter dem Oberbegriff der „Umwandlung“ sind nunmehr die verschiedenen Umwandlungsmöglichkeiten von Rechtsträgern abschließend geregelt (numerus clausus, § 1 Abs. 2 UmwG), und zwar

- im 2. Buch die Verschmelzung,
- im 3. Buch die Spaltung (als Aufspaltung, Abspaltung und Ausgliederung),
- im 4. Buch die Vermögensübertragung und
- im 5. Buch der Formwechsel (bisherige formwechselnde bzw. übertragende Umwandlung),

soweit möglich und erforderlich jeweils unterteilt in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Das 6. Buch befaßt sich mit dem Spruchverfahren, das 7. Buch enthält Strafvorschriften, im 8. Buch schließlich sind die Übergangs- und Schlußvorschriften geregelt.

Der numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten gem. § 1 Abs. 2 UmwG gilt aber nur für die im Umwandlungsgesetz definierten Varianten; d. h. weiterhin zulässig bleiben die bereits bestehenden zivil- und handelsrechtlichen Umstrukturierungsmöglichkeiten — z. B. Übertragung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens durch Einzelrechtsübertragung und die Anwachsung nach §§ 105 Abs. 2 HGB i. V. m. § 738 BGB. Unberührt bleiben auch Umwandlungen nach dem Landwirtschaftsanpassungsgesetz<sup>31</sup>.

Nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 1 ist — unter Beachtung der rechtsform- und variantenabhängigen Vorgaben zur Umwandlungsfähigkeit der einzelnen Rechtsträger — die Mehrheitsumwandlung, also die Umwandlung *mehrerer* Rechtsträger bzw. die Umwandlung auf mehrere Rechtsträger, in einem Umwandlungsvorgang zulässig; dies trägt ebenfalls den Bedürfnissen nach schnellerer Anpassung der Rechtsform Rechnung.

#### b) Verschmelzung

Bei der Verschmelzung geht das gesamte Vermögen von Rechtsträgern im Wege der *Gesamtrechtsnachfolge* auf

einen anderen, bereits bestehenden (Verschmelzung durch Aufnahme) oder neu gegründeten (Verschmelzung durch Neugründung) Rechtsträger unter Auflösung ohne Abwicklung über. Die Anteilshaber (Gesellschafter, Aktionäre, Genossen, Mitglieder) der/des übertragenden Rechtsträger/s werden durch Anteilstausch an dem übernehmenden bzw. neu gegründeten Rechtsträger beteiligt (§ 2). Die Verschmelzung ist nach § 3 Abs. 1 und 2 zulässig — gleichgültig, ob als übertragende oder als übernehmende — für Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften, eG, genossenschaftliche Prüfungsverbände, VVaG<sup>32</sup> sowie für wirtschaftliche Vereine (nur als Übertrager)<sup>33</sup> und Personen als Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft (nur als Übernehmer)<sup>34</sup>. Erstmals ist damit die Verschmelzung von eG mit Vereinen oder Gesellschaften anderer Rechtsform möglich; damit kommt der Gesetzesentwurf dem praktischen Bedürfnis nach, die Umwandlung auch von rechtsfähigen Vereinen (z. B. Postsparkassen) und von früheren Idealvereinen, die sich mittlerweile zu wirtschaftlichen Vereinen entwickelt haben (z. B. Fußballvereinen) zuzulassen. Klargestellt ist damit auch eine wichtige Streitfrage im bisherigen Verschmelzungsrecht: Es können gleichzeitig mehrere Rechtsträger auf einen Übernehmer verschmolzen werden<sup>35</sup>.

#### c) Spaltung

##### aa) Neuregelung

Die Spaltung eines Rechtsträgers wird in drei Formen — als *Aufspaltung*, *Abspaltung* und *Ausgliederung* — zugelassen.

Bei der *Aufspaltung*, dem Gegenstück zur Verschmelzung, ist das gesamte Vermögen des Rechtsträgers ohne Abwicklung aufzulösen; die Vermögensteile gehen als Gesamtheit im Wege der Sonderrechtsnachfolge („partielle Universal-sukzession“) auf mindestens zwei andere, bereits bestehende (Aufspaltung durch Aufnahme) oder neu gegründete (Aufspaltung durch Neugründung) Rechtsträger über. Die Anteilshaber des sich aufspaltenden Rechtsträgers werden an dem übernehmenden oder neuen Rechtsträger beteiligt (§ 123 Abs. 1).

Bei der *Abspaltung* bleibt der alte Rechtsträger bestehen und überträgt im Wege der Sonderrechtsnachfolge einen bzw. mehrere Vermögensteile — jeweils als Gesamtheit — auf einen oder mehrere andere, bereits bestehende (Abspaltung zur Aufnahme) oder neu gegründete (Abspaltung zur Neugründung) Rechtsträger; hinsichtlich der Beteiligung der Anteilshaber gilt das zur Aufspaltung Gesagte (§ 123 Abs. 2).

Bei der *Ausgliederung* ist wie bei der Abspaltung vorzugehen, wobei die Anteile an den übernehmenden (Ausgliederung zur Aufnahme) oder an den neu gegründeten (Ausgliederung zur Neugründung) Rechtsträgern in das Vermögen des alten Rumpf-Rechtsträgers fallen (es entsteht dabei also ein Mutter-Tochter-Konzernverhältnis).

Die spaltungsfähigen Rechtsträger sind in § 124 genannt. Dabei ist die Ausgliederung grundsätzlich auch für Einzelkaufleute, Stiftungen, Gebietskörperschaften sowie deren

<sup>27</sup> Vgl. §§ 14, 195.

<sup>28</sup> §§ 23, 36 Abs. 1 Satz 1, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 204.

<sup>29</sup> §§ 22, 45, 133, 134, 204, 224.

<sup>30</sup> §§ 36 Abs. 2 Satz 1, 56-59, 78, 135 Satz 2, 197.

<sup>31</sup> Vgl. hierzu insbesondere den neuen § 38 a LAnpG, Art. 19 des UmwBerG.

<sup>32</sup> § 3 Abs. 1.

<sup>33</sup> § 3 Abs. 1 Nr. 1.

<sup>34</sup> § 3 Abs. 2 Nr. 2.

<sup>35</sup> § 3 Abs. 4.

Zusammenschlüsse, die nicht Gebietskörperschaften sind, als übertragende Rechtsträger zulässig. Wirtschaftliche Vereine sind generell nur als übertragende Rechtsträger „spaltungsberechtigt“.

#### bb) Bisherige Rechtssituation

Bei der Spaltung handelt es sich um den für die Unternehmensumstrukturierung wirtschaftlich bedeutsamsten Teilbereich des neuregelten Umwandlungsrechts. Sieht man von den durch die Wiedervereinigung eröffneten Möglichkeiten der Spaltung von Rechtsträgern ab, konnten Abspaltungen von Teilbetrieben bzw. einzelner Vermögensteile bislang nur im Wege der Einbringung und unter *Einzelrechtsnachfolge* bewirkt werden<sup>36</sup>. Die Anteilsgewährung an die Anteilseigner war dann entweder

- im Wege des *Anteilstausches* (Anteile der Gesellschafter an der abgespaltenen Gesellschaft werden getauscht gegen eigene Anteile an der neuen Gesellschaft. Folge: Die abspaltende Gesellschaft erwirbt eigene Anteile; sog. Tausch-Lösung),
- im Wege der *Anteileinziehung* (die Gesellschafter stimmen der Einziehung der Anteile an der abgespaltenen Gesellschaft zu und scheiden aus ihr aus, im Gegenzug werden auf die Alt-Gesellschafter Anteile an der neuen Gesellschaft übertragen),
- oder im Wege der — infolge des dabei zu beachtenden Sperrjahres zeitraubenden — Herabsetzung (Ausscheiden der Gesellschafter, an die statt einer Auszahlung in Geld die Anteile an der neuen Gesellschaft übertragen werden),

vorzunehmen<sup>37</sup>.

Die Einbringung ist sowohl wegen der erforderlichen Einzelübertragung als auch wegen der Übernahme der bestehenden Verbindlichkeiten und Verträge (Zustimmungserfordernis der Gläubiger nach § 415 BGB) nachteilig. Das Gesetz erleichtert dies dadurch, daß es — wie erstmalig beim SpTrUG und LwAnpG — eine partielle oder vollständige Gesamtrechtsnachfolge vorsieht.

#### d) Vermögensübertragung

Die Vermögensübertragung kann als Vollübertragung (§ 174 Abs. 1, dann rechtliche Konstruktion wie bei der Verschmelzung) oder als Teilübertragung (§ 174 Abs. 2, dann wie bei der Spaltung) erfolgen; im Gegensatz zur Verschmelzung bzw. Spaltung werden die Anteilsinhaber jedoch nicht an dem übernehmenden bzw. neugegründeten Rechtsträger beteiligt, sondern erhalten eine Gegenleistung anderer Art, insbesondere eine Barleistung (vgl. § 181).

Die Vermögensübertragung kann nur von einer Kapitalgesellschaft auf die öffentliche Hand durchgeführt werden bzw. unter Versicherungsunternehmen dann erfolgen, wenn sie in der Rechtsform der AG, VVaG oder des öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmens geführt werden (§ 175).

#### e) Formwechsel

Beim Formwechsel (§ 190) handelt es sich sowohl um die formwechselnde Umwandlung als auch um die Mehrzahl

der Fälle der übertragenden Umwandlung des bisherigen Umwandlungsrechts. Die Identität des Rechtsträgers als Verband bleibt unberührt, allein sein „Kleid“ ändert sich<sup>38</sup>. Formwechselnde Rechtsträger können Personenhandelsgesellschaften (auch Kapitalgesellschaften & Co., Stiftung & Co.), Kapitalgesellschaften, eG, rechtsfähige Vereine, VVaG, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sein<sup>39</sup>. Rechtsträger neuer Rechtsform können GbR, Personenhandelsgesellschaften, Kapitalgesellschaften (auch Kapitalgesellschaften & Co.) und eG sein<sup>40</sup>. Die Neuregelung eröffnet somit Umwandlungsmöglichkeiten auch für — bislang aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung — nicht zulässige Formwechsel, so insbesondere für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft & Co.

#### f) Mischformen

Verschmelzung und Spaltung sind auch als Mischformen möglich (§§ 3 Abs. 4, 124 Abs. 2), es können also mehrere Rechtsträger unterschiedlicher Rechtsform beteiligt sein. Die Umwandlung ist auch dann zulässig, wenn an dem Rechtsträger, in welchen eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird, eine Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt ist (Wegfall der Umwandlungssperre des bisherigen § 1 Abs. 2 S. 1 UmwG). So kann nach neuem Recht beispielsweise die unmittelbare Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG durchgeführt werden.

Nicht zulässig bleibt wegen der unüberwindbaren verfahrensrechtlichen Probleme die Übertragung von Vermögensteilen durch mehrere Gesellschaften auf einen Rechtsträger durch gleichzeitige Spaltung und Verschmelzung (sog. verschmelzende Auf- oder Abspaltung)<sup>41</sup>.

## 2. Umwandlungsverfahren

Das Umwandlungsverfahren ist bei allen Umwandlungsvarianten in drei *Entwicklungsphasen* aufgeteilt<sup>42</sup>.

### a) Vorbereitungsphase

#### aa) Rechtsgeschäftliche Grundlage

Der erste Schritt bei Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung ist der Entwurf eines Verschmelzungsvertrages (§§ 4–7) eines Spaltungs- und Übernahmevertrages (§§ 125, 126) oder eines Spaltungsplans (§ 136) oder eines Übertragungsvertrages (§§ 176, 177). Diese Akte bilden die materielle Grundlage für den beabsichtigten Vorgang einer auf Rechtsgeschäft beruhenden vollständigen (bei Verschmelzung und Vollübertragung) oder teilweisen (bei Spaltung und Teilübertragung) Gesamtrechtsnachfolge.

Beim Formwechsel reduziert sich die Vorbereitungsphase auf die Erstattung des Umwandlungsberichts (§ 192).

Die Verträge, Pläne und Berichte müssen einen bestimmten *Mindestinhalt* haben. §§ 5 Abs. 1, 126 Abs. 1, 192 i. V. m. 194 Abs. 1 verlangen hierzu in Form einer „Checkliste“ detaillierte Angaben<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Vgl. Schwarz, DStR 1994, 1694/1699.

<sup>39</sup> § 191 Abs. 1.

<sup>40</sup> § 191 Abs. 2.

<sup>41</sup> So noch § 138 Abs. 2 des Diskussionsentwurfs zum UmwBerG; Hierzu D. Mayer/R. Kössinger in Widmann/Mayer, Rdz. 2923.

<sup>42</sup> Vgl. Dehmer, WiB 1994, 309.

<sup>43</sup> Dazu bereits ausführlich D. Mayer, DB 1991, 1609.

<sup>36</sup> D. h. Einbringung der abzuspaltenen Vermögensteile im Wege der Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung (Stufengründung).

<sup>37</sup> Einzelheiten bei D. Mayer, GmbHR 1992, 129; Dehmer, WiB 1994, 309.

## bb) Erläuterung der Umwandlung für die Anteilsinhaber

Die Umwandlung wird in allen Formen durch einen *Bericht* vorbereitet (§§ 8, 127, 162, 176, 177, 192), der von den Leitungsorganen der Rechtsträger zu erstellen ist. Der Bericht und die Umwandlung und ihre Einzelheiten sind zu erläutern und zu begründen. Er soll den Anteilsinhabern eine Grundlage für die Entscheidung über die Umwandlung geben und Ihnen dafür hinreichende, plausible Informationen zur Verfügung stellen. Dabei liegt der Schwerpunkt der Berichterstattung in der Erläuterung der Veränderung der Beteiligung (Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Gegenleistung). Der Bericht braucht keine Tatsachen zu enthalten, deren Bekanntwerden zu erheblichen Nachteilen für die beteiligten Rechtsträger führen kann (§§ 8 Abs. 2, 127, 192 Abs. 1 Satz 2). Der Bericht liegt nicht nur im Interesse der Anteilsinhaber eines übertragenden, sondern auch derjenigen eines übernehmenden Rechtsträgers; er entfällt deshalb auch bei Verzicht der Anteilsinhaber sämtlicher beteiligter Rechtsträger (§ 8 Abs. 3, 127, 192 Abs. 3).

## cc) Prüfung der Umwandlung

Im Interesse der Anteilsinhaber, vor allem des übertragenden Rechtsträgers, hat die *Prüfung* des Umwandlungsvertrags oder -planes, insbesondere des Umtauschverhältnisses der Anteile oder der Gegenleistung, zu erfolgen. Dabei ist das Rechtsinstitut der Prüfung in den allgemeinen Vorschriften (§§ 9–12, 125, 176, 177), der Prüfungsbefehl jedoch für die verschiedenen Rechtsformen jeweils im besonderen Teil enthalten (§§ 44, 48, 60, 78, 81, 100). Die Prüfung<sup>44</sup> hat stattzufinden:

- für Aktiengesellschaften und KGaA sowie wirtschaftliche Vereine stets (§§ 60, 78, 100),
- bei GmbH auf Verlangen eines Gesellschafters (§ 48),
- bei Personenhandelsgesellschaften im Falle einer Mehrheitsentscheidung auf Verlangen eines Gesellschafters (§ 44),
- bei eingetragenen Vereinen auf Verlangen von 10% der Mitglieder (§ 100).

Bei eingetragenen Genossenschaften wird diese Umwandlungsprüfung ersetzt durch die Prüfung des genossenschaftlichen Prüfungsverbandes (§ 81), wie dies bisher auch schon üblich war.

Gegenstand der Umwandlungsprüfung ist insbesondere, ob das Umtauschverhältnis der Anteile (ggf. auch die Höhe einer baren Zuzahlung) oder die Mitgliedschaft bei den übernehmenden Rechtsträgern, einschließlich die Gegenleistung anderer Art als Gegenleistung angemessen ist (vgl. § 12 Abs. 2). Die Prüfung ist von unabhängigen Sachverständigen durchzuführen (vgl. § 11). Diese werden von dem Vertretungsorgan des Rechtsträgers oder auf dessen Antrag vom Gericht bestellt (§ 10). Die Prüfer haben über das Ergebnis einen schriftlichen Bericht zu erstatten (§ 12 Abs. 1) und die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses usw. zu testieren (§ 12 Abs. 2). Prüfung und Prüfungsbericht sind entbehrlich, wenn sämtliche Anteilsinhaber aller beteiligten Rechtsträger hierauf verzichten (§§ 9 Abs. 3, 12 Abs. 3 i. V. m. § 8 Abs. 3).

Im Fall des Formwechsels ist eine Prüfung des Umwandlungsberichts nur beim Formwechsel eingetragener Genossenschaften erforderlich (§ 259).

## b) Beschlussfassung

### aa) Beschlußerfordernis

Die Entscheidung der Anteilsinhaber (vgl. die Legaldefinition in § 2 a. E.) über die Umwandlung durch Beschluß ist ein Kernstück des neuen Umwandlungsrechts (§§ 13, 65, 125, 128, 176, 177, 193, 194 Abs. 1). Die Zustimmung ist Voraussetzung für das Wirksamwerden der Umwandlung. Der Beschluß kann nur in einer Versammlung der Anteilsinhaber gefaßt werden (§§ 13 Abs. 1 S. 2, 125, 176, 177, 193 Abs. 1 Satz 2). In bestimmten Fällen ist ferner die Zustimmung bestimmter einzelner Anteilsinhaber vorgeschrieben, so z. B. wenn die Abtretung der Anteile eines übertragenden Rechtsträgers von der Zustimmung bestimmter Anteilsinhaber abhängt (§§ 13 Abs. 2, 193 Abs. 2).

### bb) Vorbereitung der Beschlussfassung

Zur Erleichterung ihrer Entscheidung müssen in bestimmten Fällen den Anteilsinhabern schon im Vorfeld der Beschlussfassung der „Umwandlungsvertrag oder -plan“ sowie der „Umwandlungsbericht“ zur Verfügung gestellt werden<sup>45</sup>. Das Gesetz sieht hierbei je nach Art des beteiligten Rechtsträgers die Übersendung an die Anteilsinhaber, die Auslage im Geschäftsraum bzw. während der Versammlung oder die Einreichung zum Handelsregister vor.

### cc) Beschlussfassung

Für den Umwandlungsbeschluß sind in der Regel die für Satzungsänderungen erforderlichen Mehrheiten nach dem für den beteiligten Rechtsträger anwendbaren Recht vorgeschrieben. Strengere Anforderungen durch den Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung sind zulässig<sup>46</sup>. Sonderregelungen bestehen für Personengesellschaften. Hiernach ist grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich, der Gesellschaftsvertrag kann jedoch eine qualifizierte Mehrheit von mindestens 75% aller Gesellschafter vorsehen<sup>47</sup>. Bestimmungen in Personengesellschaften, nach denen für Umwandlungen eine qualifizierte Mehrheit ausreichen soll, müssen darüberhinaus dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen<sup>48</sup>.

Dies entspricht den bisherigen Vorgaben zur Verschmelzung und Vermögensübertragung. Eine Sonderregelung enthält § 128 für die sog. nicht-verhältniswahrende-Aufspaltung und Abspaltung, bei der die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers an dem oder den Übernehmenden oder

<sup>45</sup> Vgl. etwa §§ 42, 47, 49 Abs. 2, 61 Abs. 1, 64 Abs. 1, 78, 81, 82, 83 Abs. 1, 101, 102, 106, 111, 112, 121, 125, 176 Abs. 1, 177, 216, 230, 232 Abs. 1, 238 Satz 1, 239 Abs. 1, 251 Abs. 1 Satz 1, 261, 274 Abs. 2, 283, 292.

<sup>46</sup> Vgl. etwa §§ 43, 50 Abs. 1, 65 Abs. 1 und 2, 78, 84, 103, 106, 112 Abs. 3, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 217 Abs. 1, 233 Abs. 1, 233 Abs. 2 Sätze 1–2, 240 Abs. 1, 252, 262 Abs. 1, 275, 284, 293.

<sup>47</sup> §§ 43 Abs. 1 und 2, 217 Abs. 1.

<sup>48</sup> Zum Bestimmtheitsgrundsatz Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts-Weipert, Band 4, Kommanditgesellschaft, § 10 Rdz. 48–65. Eine Vertragsbestimmung, die sich auf Umwandlungen nach früherem Recht bezieht, dürfte jedenfalls insoweit eine Umstrukturierung nach neuem Recht decken.

<sup>44</sup> Ausführlich dazu Ganske, Wpg 1994, 157 ff.

neuen Rechtsträgern nicht mit der selben Quote beteiligt werden wie an dem übertragenden Rechtsträger; hier müssen alle Gesellschafter der Spaltung zustimmen.

#### c) Form des Beschlusses

Sowohl der Umwandlungsbeschuß selbst als auch die Zustimmung- oder Verzichtserklärungen einzelner Anteilhaber bedürfen der notariellen Beurkundung (§ 8 Abs. 3, 12 Abs. 3, 13 Abs. 3, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 192 Abs. 3, 193 Abs. 3). Für den Beschluß reicht die Form nach §§ 36, 37 BeurkG aus, Zustimmung- oder Verzichtserklärungen bedürfen hingegen als Willenserklärungen der Beurkundung im Verfahren nach §§ 8 ff. BeurkG.

### 3. Anfechtung des Beschlusses

#### a) Frist

Nach §§ 14 Abs. 1, 195 Abs. 1 muß eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Beschlusses binnen eines Monats nach der Beschlußfassung erhoben werden.

#### b) Einschränkung der Klagemöglichkeiten

Häufig wird eine Klage darauf gestützt sein, daß die Bemessung des Umtauschverhältnisses oder der Wert einer neuen Mitgliedschaft oder einer Gegenleistung unrichtig festgelegt wurde. Wie schon im geltenden aktienrechtlichen Verschmelzungsrecht (§ 352 c AktG) wird deshalb die Klagemöglichkeit gegen den Umwandlungsbeschuß eingeschränkt. Eine Anfechtungsklage kann nicht darauf gestützt werden, daß das Umtauschverhältnis oder der Gegenwert zu niedrig bemessen sind (§§ 14 Abs. 2, 195 Abs. 2). Sie kann auch nicht darauf gestützt werden, daß ein in einem Umwandlungsvertrag enthaltenes Angebot einer Barabfindung zu niedrig bemessen oder gar nicht gemacht worden ist (§§ 15, 210). Als Ausgleich sieht das Gesetz die Überprüfung der Angemessenheit in einem gerichtlichen Spruchverfahren (§§ 305 bis 312) vor.

#### c) Anfechtungsmissbrauch

Die Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses führt zu einer Registersperre (§§ 16 Abs. 2 S. 2, 198 Abs. 3), wie dies nach h. M. bei der aktienrechtlichen Verschmelzung schon bisher der Fall war<sup>49</sup>. Mit dieser Regelung verbindet sich die Befürchtung mißbräuchlicher Anfechtungsklagen, deren Zurücknahme in der Vergangenheit häufig von den Unternehmen „erkauft“ wurde. Das von der Umstrukturierung betroffene Unternehmen kann vor dem Prozeßgericht durch Klage feststellen lassen, daß die Klage des Dritten der Eintragung der Umwandlung nicht entgegensteht (§§ 16 Abs. 3 S. 1, 198 Abs. 3). Ein entsprechender Beschluß darf aber nur ergehen, wenn die Klage unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, oder wenn das alsbaldige Wirksamwerden der Verschmelzung nach freier Überzeugung des Gerichts unter Berücksichtigung der Schwere der mit der Klage geltend gemachten Rechtsverletzungen zur Abwendung der vom Antragsteller dargelegten wesentlichen Nachteile für die an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger und ihre Anteilhaber vorrangig erscheint (§§ 16 Abs. 3 S. 2, 198 Abs. 3). Das Verfahren ist dem der einstweiligen Verfügung nachgebildet.

### 4. Anmeldung und Eintragung der Umwandlung

Betreffend die Anmeldungen, deren Anlagen sowie die Eintragungen der Umwandlung in den verschiedenen zuständi-

gen Registern sieht das Gesetz sehr unterschiedliche Regelungen vor, insbesondere was die Reihenfolge der notwendigen Anmeldungen und Eintragungen anbelangt. Dabei muß sowohl bei der Verschmelzung als auch bei der Spaltung unterschieden werden zwischen den Formen der Verschmelzung durch Aufnahme (§§ 16, 17, 19) einerseits und der Verschmelzung durch Neugründung (§§ 36 Abs. 1, 38) und der Spaltung zur Neugründung (§ 135 Abs. 1, 137) andererseits. Für die Vermögensübertragung (§§ 176 Abs. 1, 177 Abs. 1) stellt sich dieses technische Problem wieder in anderer Weise. Beim Formwechsel kommt es auf die Eintragung beim Gericht des neuen Rechtsträgers an (§ 198 Abs. 1 und 2).

Die unterschiedliche Reihenfolge der Anmeldungen und Eintragungen sowie vorgesehener Bekanntmachungen soll dafür Sorge tragen, daß die Beteiligten über Umwandlungsvorgänge rechtzeitig unterrichtet werden. Zugleich wird ein einheitlicher Zeitpunkt auch für solche Fälle festgelegt, in denen mehrere Unternehmensträger an dem Umwandlungsvorgang beteiligt sind. Schließlich soll sichergestellt werden, daß aus dem Umwandlungsvorgang nicht Unternehmensträger hervorgehen können, denen das erforderliche Vermögen fehlt<sup>50</sup>.

Der Anmeldung sind diejenigen Anlagen beizufügen und es sind diejenigen Erklärungen abzugeben, die es dem Registergericht ermöglichen, die Ordnungsmäßigkeit der Umwandlung zu prüfen, so z. B. Ausfertigungen des Umwandlungsvertrages usw., Umwandlungsbeschuß und Zustimmungserklärungen, Umwandlungsbericht, ggf. Prüfungsbericht und Verzichtserklärungen sowie Urkunden über staatliche Genehmigungen und schließlich die Umwandlungsbilanz bzw. der Vermögensübersicht (§§ 17, 52, 86, 125, 140, 148, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 199).

### 5. Wirkungen der Umwandlung

Die entscheidende Eintragung im zuständigen Register (bei Verschmelzung und Vollübertragung: Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers — §§ 20 Abs. 1, 36 Abs. 1, 176 Abs. 2; bei Spaltung und Teilvermögensübertragung: Register des Sitzes des übertragenden Rechtsträgers — §§ 131 Abs. 1, 135 Abs. 1, 177 Abs. 2; beim Formwechsel: § 198 Abs. 1 und 2) führt die Wirksamkeit der Umwandlung herbei. Diese hat folgende Wirkungen:

#### a) Vermögensübergang

Bei *Verschmelzung* und *Vollübertragung* geht das Vermögen der übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden oder neuen Rechtsträger über (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 36 Abs. 1 S. 2, 176 Abs. 1). Bei *Spaltung* und *Teilvermögensübertragung* gehen die durch den Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan bestimmten Aktiva und Passiva entsprechend der dort vorgesehenen Aufteilung jeweils als Gesamtheit im Wege der teilweisen Gesamtrechtsnachfolge (partielle Universalsukzession) auf den/die übernehmenden oder neuen Rechtsträger über (§ 131 Abs. 1 Nr. 1, § 135 Abs. 1, 177 Abs. 1). Für im Spaltungsvertrag oder Spaltungsplan „vergessene“ oder nicht hinreichend bestimmte Aktiva ist ein verhältnismäßiger Übergang vorgesehen (§ 131 Abs. 3<sup>51</sup>). Für „vergessene“ Passiva ist eine Regelung

<sup>49</sup> Nachweise bei Ganske, WM 1993, 23.

<sup>50</sup> Ganske, WM 1993, 1124.

<sup>51</sup> Sondervorschrift nunmehr: § 27 Abs. 2 MarkenG.

nicht ausdrücklich getroffen. Sie ergibt sich aus der allgemein angeordneten gesamtschuldnerischen Haftung aller an der Spaltung beteiligten Unternehmen (§ 133 Abs. 1).

Im Fall des Formwechsel besteht der Rechtsträger in der durch Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiter (§ 202 Abs. 1 Nr. 1).

#### b) Erlöschen des Rechtsträgers

Bei Verschmelzung, Aufspaltung und Vollübertragung erlöschen die übertragenen Rechtsträger (§§ 20 Abs. 1 Nr. 2, 36 Abs. 1 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 2, 135 Abs. 1, 176 Abs. 1).

#### c) Anteilstausch

Bei Verschmelzung, Aufspaltung und Abspaltung werden die Anteilshaber der übertragenen Rechtsträger Anteilshaber des übernehmenden oder neuen (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 36 Abs. 1 S. 1, 176 Abs. 1) oder der übernehmenden oder neuen (§§ 131 Abs. 1 Nr. 3, 135 Abs. 1 S. 1, 177 Abs. 1) Rechtsträger oder erhalten eine Gegenleistung anderer Art. Bei der Ausgliederung und der ihr entsprechenden Teilvermögensübertragung wird der übertragende Rechtsträger Anteilshaber des oder der neuen Rechtsträger oder erhält eine Gegenleistung anderer Art (§§ 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3, 135 Abs. 1 S. 1, 177 Abs. 1).

Beim Formwechsel tritt Surrogation gemäß den Vorgaben des Umwandlungsbeschlusses ein (§ 202 Abs. 1 Nr. 2).

#### d) Heilung

Mängel der notariellen Beurkundung des Umwandlungsvertrags oder -plans und das Fehlen erforderlicher Zustimmung- oder Verzichtserklärungen werden geheilt (§§ 20 Abs. 1 Nr. 4, 36 Abs. 1 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 4, 135 Abs. 1 S. 1, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 202 Abs. 1 Nr. 3). Hat die Umwandlung sonstige Mängel, so lassen diese die Wirkungen der Eintragung unberührt<sup>52</sup>. Insbesondere gehen im Fall der Abspaltung oder Ausgliederung nicht hinreichend genau bezeichnete Grundstücke nicht auf den neuen Rechtsträger über.

### 6. Schutz der Anteilshaber

#### a) Nachbesserungsanspruch

Die Anteilshaber übertragender Rechtsträger haben die Möglichkeit, die Angemessenheit der neuen Beteiligung, den Wert der neuen Mitgliedschaft oder der Gegenleistung mit dem Ziel einer Verbesserung (§§ 15, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 196) — gewissermaßen als Ersatz für das ausgeschlossene Anfechtungsrecht — in einem gerichtlichen Spruchverfahren (§§ 305–312) vor dem Landgericht nachprüfen zu lassen. Ihnen wird, falls sie sich nicht selbst melden, ein gemeinsamer Vertreter bestellt (§ 308). Eine Entscheidung wirkt für und gegen alle (§ 311).

#### b) Barabfindung

Ein Anspruch auf Barabfindung entsteht, wenn sich infolge der Umwandlung für den Anteilshaber eines übertragenen Rechtsträgers die Rechtsnatur seiner Beteiligung verändert, er also z. B. vom GmbH-Gesellschafter zum Aktionär werden würde (§§ 29–31, 34, 36 Abs. 1 S. 1, 125, 135 Abs. 1 S. 1, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 207–212). Das Abfindungsangebot muß bereits im Organisationsakt vorgesehen sein. Voraussetzung für den Anspruch ist allerdings, daß

der Anteilshaber gegen den Umwandlungsbeschluß Widerspruch zur Niederschrift der Versammlung erklärt hat (§§ 29 Abs. 1 S. 1, 207 Abs. 1 Satz 1). Die Angemessenheit der Abfindung muß stets von den bereits erwähnten Prüfern geprüft werden (§§ 30, 208). Sie unterliegt der Höhe nach ebenfalls der gerichtlichen Nachprüfung im Spruchverfahren (§§ 34, 212).

#### c) Organhaftung

Schließlich haften die Mitglieder der Organe der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger den Anteilshabern unmittelbar auf Schadensersatz (§§ 25–27, 36 Abs. 1 S. 1, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 205, 206).

### 7. Schutz der Inhaber von Sonderrechten

Bestimmte Personen, die Rechte beim übertragenden Rechtsträger innehaben, deren Status also über den eines „normalen“ Gläubigers hinausgeht, die aber gleichwohl mangels Stimmrecht auf die Umwandlungsentscheidung keinen Einfluß nehmen können (z. B. Inhaber stimmrechtloser Anteile, oder Inhaber von Genußrechten) wird ein sogenannter Verwässerungsschutz gewährt (§§ 23, 36 Abs. 1 S. 1, 125, 133, 204). Ihnen müssen beim übernehmenden oder neuen Rechtsträger wirtschaftlich mindestens gleichwertige Rechte gewährt werden.

### 8. Gläubigerschutz

#### a) Erhaltung der Zugriffsmasse

Zum Schutz der Interessen bereits vorhandener Gläubiger soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers die Vermögensmasse unverändert bleiben, auf die diese Gläubiger vor der Umstrukturierung Zugriff hatten. Bei Verschmelzung und Vermögensübertragung als Vollübertragung folgt dies bereits aus der Zusammenführung der Vermögensmassen der beteiligten Rechtsträger einschließlich deren Verbindlichkeiten. Gleiches gilt für den Formwechsel. Anders liegen die Dinge bei der Spaltung, bei der die Vermögensmassen des übertragenden Rechtsträgers nahezu willkürlich<sup>53</sup> auf die übernehmenden oder neuen Rechtsträger verteilt werden können. Die dadurch eröffnete Möglichkeit, Aktiva und Passiva beliebig zuzuweisen, kann zur Zuteilung des größeren Teils der Aktiva an einen übernehmenden oder neuen Rechtsträger des größeren Teils der Passiva an einen anderen übernehmenden oder neuen Rechtsträger führen und damit zu einer Gefährdung der Gläubiger. Dem begegnet das Gesetz durch die Anordnung einer gesamtschuldnerischen Haftung aller an der Spaltung beteiligten Rechtsträger (§ 133 Abs. 1 S. 1). Die Haftung unterliegt einer 5-jährigen Sonderverjährung (§ 133 Abs. 6). Zu einer Haftungsverschärfung führt die Sondervorschrift des § 134.

#### b) Sicherheitsleistung

Für noch nicht fällig gewordene Forderungen gewährt das Gesetz den einzelnen Gläubigern einen Individualanspruch auf Sicherheitsleistung (§§ 22, 36 Abs. 1, 125, 133 Abs. 1 S. 2, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 204), und zwar in allen Fällen der Umwandlung, sofern der Gläubiger noch nicht hinreichend aus einer Deckungsmasse gesichert ist.

#### c) Organhaftung

Auch gegenüber den Gläubigern haften die Organe der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger unmittelbar (§§ 25, 36 Abs. 1 S. 1, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1, 205, 206).

<sup>52</sup> Keim, AG 1992, 433.

<sup>53</sup> Hierzu Ganske, WM 1993, 1125.

## 9. Kapitalschutz

Besondere Schutzvorschriften greifen dort, wo ein bestimmtes Kapital als Mindestzugriffsmasse aufgebracht werden muß, also bei Kapitalgesellschaften.

### a) Anwendung des Gründungsrechts

Dies geschieht zunächst dadurch, daß beim Formwechsel oder dort, wo es zur Neugründung von Rechtsträgern im Wege der Verschmelzung oder zur Neugründung durch Spaltungen kommt, die Anwendung des Gründungsrechts für die neuen Rechtsträger zwingend vorgeschrieben ist (§§ 36 Abs. 2, 78, 125, 135 Abs. 2, 145, 197). Die für die einzelnen Gesellschaften geltenden Gründungsvorschriften werden dabei teilweise noch verstärkt (§§ 58 Abs. 1, 67, 75 Abs. 1, 78, 125, 138, 145, 220 Abs. 3, 264 Abs. 3), teilweise aber auch abgeschwächt (§§ 58 Abs. 2, 75 Abs. 2, 78, 125, 245 Abs. 4, 264 Abs. 2 und 3).

### b) Schutz bei Kapitalerhöhung in einer übernehmenden Kapitalgesellschaft

In allen Fällen, in denen eine Kapitalgesellschaft einen anderen Rechtsträger oder Teile desselben übernimmt, kann eine Kapitalerhöhung erforderlich werden. Diese muß alsdann vor der Verschmelzung durch Aufnahme, der Spaltung zur Aufnahme oder der Vermögensübertragung durch Aufnahme durchgeführt werden (§§ 53, 55, 66, 78, 125, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1). Bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien muß eine Sacheinlagenprüfung stattfinden, sofern der übertragende Rechtsträger die Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft oder eines rechtsfähigen Vereins hat, wenn Vermögensgegenstände unter Ausnutzung der lediglich fakultativen Buchwertverknüpfung (§ 24, 36 Abs. 1 S. 1, 176 Abs. 1, 177 Abs. 1) höher bewertet worden sind als bei dem übertragenden Rechtsträger, oder wenn das Gericht Zweifel an der Werthaltigkeit der Sacheinlagen hat (§ 69 Abs. 1). Bei der Spaltung zur Aufnahme muß die Sacheinlage stets geprüft werden (§§ 142, 144).

### c) Schutz bei Kapitalherabsetzungen einer übertragenden Kapitalgesellschaft

Spaltet eine Kapitalgesellschaft einen Vermögensteil ab oder gliedert sie ihn aus, so kann es erforderlich werden, das Stammkapital oder Grundkapital herabzusetzen, weil das verbleibende Vermögen der Rumpfgesellschaft das nominale Kapital nicht mehr deckt. Hier muß die Kapitalherabsetzung vor der Umwandlung durchgeführt werden (§ 139 S. 2, 145). Die Kapitalherabsetzung kann dabei in vereinfachter Form vorgenommen werden (§§ 139, 145 S. 1 i. V. m. § 229 ff. AktG); durch Artikel 4 Nr. 3 UmwBerG ist die vereinfachte Kapitalherabsetzung auch bei der GmbH vorgesehen, §§ 58 a)–f) GmbHG<sup>54</sup> (Rechtsfolgeverweisung). Zusätzlich muß das Leitungsorgan der Rumpfgesellschaft bei der Anmeldung der Abspaltung oder Ausgliederung erklären, daß das Stammkapital oder Grundkapital auch nach der Spaltung gedeckt ist (§§ 140, 146).

## IV. Arbeitsrechtliche Sondervorschriften

### 1. Vorbemerkung

Umwandlungsvorgänge lassen in der Regel auch die Interessen der Arbeitnehmer der beteiligten Rechtsträger nicht unberührt. Aus diesem Grund enthält das Gesetz einige Sonderregelungen.

<sup>54</sup> Hierzu Neye, ZIP 1994, 920.

## 2. Amtsdauer von Aufsichtsratsmitgliedern

Bei einem Formwechsel soll die Amtszeit für die bisherigen Mitglieder in einem mitbestimmten Aufsichtsrat in dem Rechtsträger neuer Rechtsform bis zum Ablauf ihrer ursprünglichen Wahlperiode verlängert werden. Aus Gründen besserer Systematik ist die Regelung in dem Formwechsel betreffenden 5. Buch enthalten (§ 203). Weiterhin wird nunmehr generell in Fällen der Betriebsspaltung ein Übergangsmandat für den Betriebsrat geschaffen (§ 321). Danach vertritt der Betriebsrat des ursprünglichen Betriebs auch die Interessen der Arbeitnehmer in den abgespaltenen Betriebsteilen für eine Übergangszeit weiter. Dieses Mandat ist befristet bis zur Wahl eines eigenen Betriebsrats in den betroffenen Betriebsteilen, längstens aber für 6 Monate nach der Spaltung.

## 3. Unterrichtung der Arbeitnehmer

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 muß der Verschmelzungsvertrag auch Bestimmungen über die voraussichtlichen Folgen der Verschmelzung für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen enthalten. Zeitgleich mit der Unterrichtung der Anteilseiner ist gem. § 5 Abs. 3 der Vertrag oder sein Entwurf den zuständigen Betriebsräten der beteiligten Rechtsträger zuzuleiten. Entsprechende Vorschriften sind für die anderen Umwandlungsfälle vorgesehen (§§ 126 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 3 für die Spaltung, 194 Abs. 1 Nr. 7 und Abs. 2 für den Formwechsel). Die Beachtung dieser Bestimmung wird dadurch gewährleistet, daß bei der Anmeldung der Umwandlung zur Eintragung in das Register, ein Nachweis über die rechtzeitige Zuleitung an den Betriebsrat beizufügen ist. Wie dieser Nachweis erbracht werden kann, soll der Praxis überlassen bleiben. Sinnvollerweise wird man hier mit einer Empfangsbestätigung durch den Betriebsratsvorsitzenden operieren können. Durch die genannten Regelungen soll die frühzeitige Unterrichtung insbesondere der Betriebsräte über geplante Umstrukturierungsvorgänge erreicht werden, damit die Interessen der Arbeitnehmer angemessen berücksichtigt werden können und der Vorgang möglichst sozialverträglich durchgeführt wird.

## 4. Haftung für Arbeitnehmeransprüche bei Betriebsaufspaltungen

Die häufig aus steuerlichen Gründen zweckmäßige Aufspaltung eines Unternehmens in eine Anlagegesellschaft und eine Betriebsgesellschaft bringt vor allem für die Arbeitnehmer der Betriebsgesellschaft erhebliche Risiken mit sich. Durch die Verlagerung des Vermögens auf die Anlagegesellschaft ist die bei der Betriebsgesellschaft vorhandene Haftungsmasse erheblich verringert. Jedenfalls in Fällen, in denen auch bei der Betriebsaufspaltung der Kreis der an beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter im wesentlichen unverändert ist, soll nach der Regelung in § 134 Abs. 1 eine auf 5 Jahre befristete Haftungsgemeinschaft beider Gesellschaften bestehen. Gerade in den ersten Jahren, in denen die Betriebsgesellschaft erfahrungsgemäß besonders insolvenzgefährdet ist, soll die Anlagegesellschaft die gesamtschuldnerische Mithaftung für Ansprüche von Arbeitnehmern der Betriebsgesellschaft treffen, die in dieser Zeit aufgrund von Sozialplänen oder nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung entstehen. Die gesamtschuldnerische Mithaftung erfaßt alle Ansprüche, die innerhalb von 5 Jahren nach der Spaltung begründet werden. Sachlich ist die Haftung aller-

dings beschränkt auf solche Versorgungsverpflichtungen nach dem Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, die vor der Spaltung begründet worden sind. Absatz 3 der Vorschrift enthält eine Enthafungsregelung. Rechtstechnisch erfolgt dies durch Verweisung auf § 133 Abs. 3–5. Dieser Enthafungsgrundsatz ist aus dem Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz übernommen. Um dem besonderen Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer in Fällen der Betriebsaufspaltung Rechnung zu tragen, wird aber nunmehr abweichend von § 133 Abs. 3 und 4 der Haftungszeitraum um 5 Jahre auf nunmehr 10 Jahre nach der Spaltung verdoppelt. Damit endet die gesamtschuldnerische Mithaftung der Anlagegesellschaft spätestens 10 Jahre nach der Spaltung. § 134 geht insoweit als Spezialregelung der allgemeinen Gläubigerschutzvorschrift in § 133 vor.

Es bleibt abzuwarten, ob § 134 entsprechend auf Umgehungskonstruktionen wie die Übertragung des Anlagevermögens im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf die Besitzgesellschaft mit anschließendem Formwechsel der Betriebspersonenhandels-gesellschaft in eine Betriebs-GmbH Anwendung findet.

### 5. Gemeinsamer Betrieb

Nach § 322 Abs. 1 wird vermutet, daß bei einer Betriebsaufspaltung ohne anschließende Organisationsänderung, ein einheitlicher Betrieb fortgeführt wird. Diese Vermutung kann im einzelnen Fall widerlegt werden. Die Möglichkeit, daß mehrere rechtlich selbständige Unternehmen einen einheitlichen Betrieb bilden, ist auch für das Kündigungsschutzrecht anerkannt<sup>55</sup>. § 322 Abs. 2 stellt dies jetzt ausdrücklich klar. Danach ist im Fall einer betriebsbedingten Kündigung beispielsweise für die Prüfung einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit oder bei der Frage der Sozialauswahl — auch nach einer Spaltung — auf die Verhältnisse des gemeinsamen Betriebs abzustellen.

### 6. Kündigungsrechtliche Stellung

Für eine Übergangszeit von 2 Jahren nach einer Spaltung soll sich nach der Regelung des § 323 die kündigungsrechtliche Stellung eines Arbeitnehmers, der vor der Spaltung bei dem gespaltenen Rechtsträger beschäftigt war, nicht verschlechtern, wenn bei dem neuen Rechtsträger, bei dem er nunmehr tätig ist, die für die Anwendung kündigungsrechtlicher Regelungen insbesondere § 23 Abs. 1 KSchG notwendige Beschäftigungszahl nicht erreicht wird. § 323 Abs. 2 enthält eine zusätzliche Regelung. Danach soll die Zuordnung eines Arbeitnehmers durch das Arbeitsgericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, wenn bei einer Verschmelzung, Spaltung oder Vermögenübertragung ein Interessensausgleich zustande kommt, in dem diejenigen Arbeitnehmer namentlich bezeichnet werden, die nach der Umwandlung einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet werden.

### 7. Anwendung des § 613 a Abs. 1 und Abs. 4 BGB

In § 324 ist nunmehr die unbeschränkte Anwendung des § 613 a Abs. 1 und Abs. 4 BGB in Umwandlungsfällen entgegen der bisher herrschenden Meinung klargestellt<sup>56</sup>.

### 8. Mitbestimmung

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das UmwG mitbestimmungsneutral. Insoweit ergeben sich Rechtsfolgen

aus den jeweiligen mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften. So führt der Weg von der Personen- in die Kapitalgesellschaft u. U. zu einem Mitbestimmungsgewinn, umgekehrt hingegen zu einem Mitbestimmungsverlust. Der Weg in die Aktiengesellschaft ist jedoch wegen der zwischenzeitlichen Änderung des § 76 Abs. 6 BetrVG 1952 dann nicht mehr mitbestimmungsschädlich, wenn diese weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

Eine Sondervorschrift insoweit bildet § 325. Hiernach ist im Fall von Abspaltungen oder Ausgliederungen eine bestehende Mitbestimmung auf Unternehmensebene (Abs. 1) grundsätzlich noch fünf Jahre beizubehalten. Auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene kann entsprechendes durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung erreicht werden (Abs. 2). Eine Umgehung der Mitbestimmungsbeibehaltung dürfte über den (teureren) Weg der Aufspaltung möglich sein.

## V. Einzelfälle

### 1. Umwandlung eines Einzelunternehmens in eine GmbH

Im geltenden Recht ist die Übertragung eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine Kapitalgesellschaft als errichtende Umwandlung geregelt.

Das neue Umwandlungsrecht behandelt nunmehr die Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens als einen Fall der Ausgliederung (§§ 152–160). Begrifflich werden zwei Formen der Ausgliederung unterschieden, die Ausgliederung zur Aufnahme (§§ 153–157) und die Ausgliederung zur Neugründung (Ausgründung genannt, §§ 158–160). Gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 wird bei der Ausgliederung zur Aufnahme aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers ein Teil oder mehrere Teile ausgegliedert und jeweils als Gesamtheit auf einen oder mehrere bestehende Rechtsträger (übernehmende Rechtsträger) übertragen. Die Ausgliederung zur Neugründung (§ 123 Abs. 3 Nr. 2) kennzeichnet sich dadurch, daß die Übertragung auf einen oder mehrere neugegründete Rechtsträger erfolgt. Die speziellen Regelungen der §§ 152 ff. verpflichten zur Eintragung der Ausgliederung, regeln ferner die Wirkung der Ausgliederung, die Haftung des Einzelkaufmanns und die Verjährung von Ansprüchen. Ein Ausgliederungsbericht ist für den Einzelkaufmann nicht erforderlich (§ 153). Bei der Ausgliederung zur Neugründung muß zusätzlich ein Sachgründungsbericht und ein die Gründungsprüfung vorbereitender Gründungsbericht erstellt werden (§ 159). Diese Regelungen entsprechen weitestgehend §§ 50 ff., 56 a ff. UmwG. § 152 erweitert jedoch die für einen Einzelkaufmann zur Zeit bestehende Umwandlungsmöglichkeit dahin, daß er sein Geschäftsvermögen im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme auf eine bereits bestehende Kapitalgesellschaft übertragen kann, an der er dann die seiner Sacheinlage entsprechende Beteiligung erwirbt.

Zu beachten ist, daß die §§ 152 ff. lediglich Sonderregelungen enthalten und im allgemeinen die Vorschriften über die Spaltung (§§ 123 ff.) Anwendung finden, soweit in den vorgenannten Sonderbestimmungen nicht abweichendes geregelt ist.

### 2. Umwandlung einer GmbH in eine Einzelfirma

Die Umwandlung einer GmbH in eine Einzelfirma war bisher nur unter den Voraussetzungen des § 24 UmwG

<sup>55</sup> BAG ZIP 1987, 183.

<sup>56</sup> Hierzu Boecken, ZIP 1994, 1087.

möglich. Danach konnte der Alleingesellschafter, der das Unternehmen der GmbH als Einzelfirma fortführen wollte, diese umwandeln. Soweit der Gesellschafter über mehr als 90% der Anteile an der umzuwandelnden GmbH, jedoch weniger 100% verfügte, konnte er auch gegen den Widerstand der verbleibenden Gesellschafter die Umwandlung beschließen, wenn die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 UmwG beachtet wurden. Nach den neuen Vorschriften werden die Fälle der verschmelzenden Umwandlung nun als Verschmelzung behandelt (§§ 120–122 i. V. m. §§ 46–59).

### 3. Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine GmbH

#### a) Umwandlung durch Formwechsel

Die bisher in den §§ 46 ff. UmwG eröffnete Umwandlungsmöglichkeit behandelt das neue Umwandlungsrecht nun als Fälle des Formwechsels. Einschlägig sind die Vorschriften der §§ 214–225, die eine Ergänzung durch den allgemeinen Teil zum Formwechsel (§§ 190–213) erfahren. Eine Personenhandelsgesellschaft kann aufgrund eines Umwandlungsbeschlusses nur die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft erlangen (§ 214 Abs. 1). Eine § 40 Abs. 2 UmwG entsprechende Regelung enthält § 214 Abs. 2, wonach der Formwechsel einer aufgelösten Personenhandelsgesellschaft unzulässig ist, wenn die Gesellschafter gem. § 145 HGB eine andere Art der Auseinandersetzung als die Abwicklung oder den Formwechsel vereinbart haben. Abweichend von § 40 Abs. 2 UmwG wird jedoch nicht mehr verlangt, daß eine Liquidation stattfindet; davon wurde abgesehen, weil die Gläubiger der formwechselnden Personenhandelsgesellschaft durch die Haftung des neuen Rechtsträgers und durch die 5-jährige Nachhaftung der Gesellschafter der formwechselnden Personenhandelsgesellschaft ausreichend geschützt sind.

#### b) Umwandlung durch Verschmelzung

Daneben eröffnen die neuen gesetzlichen Regelungen auch die Möglichkeit der Verschmelzung durch Aufnahme, wie auch durch Neugründung unter Beteiligung einer Personenhandelsgesellschaft als Übertragerin und einer Kapitalgesellschaft als Übernehmerin (§§ 2, 3 ff., 39 ff.), wobei ausdrücklich auch mehrere Personenhandelsgesellschaften gleichzeitig auf den neuen Rechtsträger verschmolzen werden können (vgl. §§ 3, 5).

### 4. Umwandlung einer GmbH in eine Personenhandelsgesellschaft

Die in den §§ 24 i. V. m. 3–14 UmwG bisher geregelte Umwandlung einer GmbH in eine Personenhandelsgesellschaft, die als verschmelzende und errichtende Umwandlung möglich war, spielte bisher in der Praxis keine große Rolle, da der nach den steuerlichen Vorschriften nicht abdingbare Teilwertansatz bei der übernehmenden Personenhandelsgesellschaft zur Auflösung aller, in den bilanzierten Wirtschaftsgütern noch vorhandenen stillen Reserven führte. Die dadurch regelmäßig entstehende sehr hohe Steuerbelastung führte dazu, daß die Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft sich oftmals als „Einbahnstraße“ erwies (zu den Neuregelungen durch das UmwStG n. F. vgl. bei Ziffer VI 3.).

Vertragsmuster für die Umwandlung einer GmbH in eine OHG finden sich bei Ziffer X. 22. und für die Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co. KG bei Ziffer X. 24. des Münchener Vertragshandbuchs.

#### a) Umwandlung durch Verschmelzung durch Aufnahme

Die Fälle der verschmelzenden Umwandlung sind nunmehr in §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 4–38 und in den besonderen Vorschriften über die „Verschmelzung unter Beteiligung von GmbH“ (§§ 46–59) geregelt. Abweichend von § 4 Abs. 2 UmwG wird durch § 17 Abs. 2 die Frist für das Alter der Umwandlungsbilanz (Schlußbilanz) auf 8 Monate festgelegt. Dadurch soll ermöglicht werden, die Bilanz des letzten Geschäftsjahres als Schlußbilanz zu verwenden. Mängel der Verschmelzung haben nach deren Eintragung in das Handelsregister keinen Einfluß mehr auf die Wirksamkeit der Verschmelzung (§ 20 Abs. 2). Zudem wird mit der Eintragung der Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrages geheilt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4).

#### b) Umwandlung durch Formwechsel

Die GmbH kann auch formwechselndes Unternehmen sein, wobei das neue Umwandlungsrecht unter Formwechsel auch die Fälle der errichtenden Umwandlung versteht. Die Systematik des neuen Umwandlungsrechts unterscheidet auch hier allgemeine (§§ 190–213) und besondere (§§ 214–312) Vorschriften. Bei dem § 24 UmwG entsprechenden Formwechsel in eine Personengesellschaft sind insbesondere die §§ 228–237 zu beachten. Danach kann eine GmbH formwechselnd in eine GbR, eine Personenhandelsgesellschaft, eine andere Kapitalgesellschaft oder in eine eG umgewandelt werden. § 228 läßt den Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft allerdings nur zu, wenn der Unternehmensgegenstand im Zeitpunkt des Formwechsels den Vorschriften über die Gründung einer OHG (§§ 105 Abs. 1, 4 Abs. 1 HGB) genügt. Betreibt die formwechselnde Kapitalgesellschaft kein vollkaufmännisches Handelsgewerbe, so kommt nur eine GbR als neue Rechtsform in Betracht, sofern der Formwechsel in eine Personengesellschaft gewollt ist (§ 228 Abs. 2). Diese Vorschrift läßt aber auch einen hilfsweisen Formwechsel in eine GbR zu, wenn der ursprünglich gewollte Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft fehlschlägt, weil der Unternehmensgegenstand nicht zur Gründung einer OHG genügt. Dies soll aber nicht für den umgekehrten Fall gelten, in dem die Kapitalgesellschaft in eine GbR umgewandelt werden soll, der Unternehmensgegenstand aber nur den Formwechsel in eine Personenhandelsgesellschaft zuläßt. Beim Formwechsel in eine GbR oder OHG sind die §§ 233 und 234 zu beachten, wonach die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, d. h., daß eine Mehrheitsumwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft nicht mehr möglich ist. Ausnahme ist lediglich der Formwechsel in eine Kommanditgesellschaft durch Mehrheitsbeschluß (§ 233 Abs. 2).

Von besonderer Bedeutung ist der hiernach zulässige Formwechsel einer GmbH (mit der künftigen Komplementär-GmbH als Mitgesellschafter) in eine GmbH & Co. KG. Hinsichtlich der Fortführung der Firma der GmbH paßt die entsprechende Regelung in § 200 nicht. Soweit kein Firmentausch mit der im Zuge des Formwechsels gegründeten Komplementär-GmbH möglich ist (etwa bei Personenfirma), erscheint eine Firmenfortführung nach § 200 Abs. 3 geboten. Ansonsten bleibt nur der Weg der Abspaltung entsprechender Teile des Betriebsvermögens zur Aufnahme in eine zu diesem Zweck gegründete KG<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> Neben höheren Notarkosten (Spaltungsvertrag) löst die Spaltung Grunderwerbsteuer aus.

## 5. Verschmelzung von GmbH

Die in den §§ 19 ff. KapErhG geregelte Materie erfährt durch das neue Umwandlungsrecht umfangreiche Änderungen. Das Verschmelzungsrecht ist einheitlich geregelt in den §§ 2–122. Das Kapitalerhöhungsgesetz wird aufgehoben. Nach den neuen Rechtsvorschriften ist auch die Verschmelzung von mehr als zwei Rechtsträgern möglich (§ 2). Weiterhin ist die Einführung einer Verschmelzungsmöglichkeit für Personenhandelsgesellschaften vorgesehen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1). Im Gegensatz zur bisherigen Regelung ermöglicht das neue Umwandlungsrecht auch die Abfindung eines überstimmten Gesellschafters (§§ 29 ff.).

## 6. Spaltung von GmbH

Die Spaltung einer Kapitalgesellschaft war bisher weder im Handelsrecht noch im Steuerrecht als eigenes Rechtsinstitut geregelt. Bedingt durch die Entwicklung in den neuen Bundesländern ist für die Spaltung der von der Treuhandanstalt verwalteten Unternehmen durch das SpTrUG erstmals zivilrechtlich eine gesetzliche Grundlage geschaffen worden (dazu oben III. 2.) Das neue Umwandlungsrecht sieht eine entsprechende Regelung allgemein für Kapitalgesellschaften vor (siehe für die GmbH §§ 123–140). Bisher war eine Spaltung im Wege der Sonderrechtsnachfolge — mit Ausnahme der Treuhandunternehmen — ausgeschlossen. Sie konnte daher nur in Schritten vollzogen werden, wobei die zu spaltende GmbH ihr Vermögen in zwei (neu zu gründende oder bereits bestehende) GmbH's gegen Gewährung von Gesellschafterrechten einbringen mußte. Anschließend wurde die zu spaltende GmbH liquidiert und ihr Vermögen (Anteile an den zwei GmbH's) an die Gesellschafter ausgekehrt (Aufspaltung). Praxishäufiger war der Vorgang, daß die zu spaltende GmbH einen Teilbetrieb in eine neugegründete oder bestehende GmbH gegen Gewährung von Gesellschafterrechten einbrachte und die dabei erhaltenen Anteile (alle oder einen Teil) mit ihren Gesellschaftern gegen eigene Anteile tauschte. Die eigenen Anteile wurden dann eingezogen (Abspaltung)<sup>58</sup>.

## VI. Neuerungen im Bereich des Umwandlungssteuerrechts<sup>59</sup>

### 1. Zielsetzung

Aus steuerlicher Hinsicht lag das schwerwiegendste Hindernis des früheren Steuerrechts darin, daß nach den allgemeinen Grundsätzen des Ertragsteuerrechts eine interpersonale Vermögensübertragung die Aufdeckung der stillen Reserven bedingt, sofern der Gesetzgeber nicht ausdrücklich Abweichungen hierzu zuläßt. Aufgrund des neuen Umwandlungssteuerrechts lassen sich nun Umstrukturierungsmaßnahmen stärker als bisher steuerneutral gestalten und auch Verlustvorträge besser ausnutzen.

### 2. Systematik des neuen Umwandlungssteuerrechts

Das neue Umwandlungssteuerrecht lehnt sich eng an die Vorschriften des neuen Umwandlungsgesetzes an. Den 1. bis 7. Teil des Umwandlungssteuerrechts n.F. betreffen die eigentlichen Umwandlungsvorgänge, den 8. und 9. Teil

<sup>58</sup> Ausführlich *D. Mayer*, GmbHHR 1992, 129 sowie die Vertragsmuster in *Widmann/Mayer*.

<sup>59</sup> Hierzu *Dehmer*, DStR 1994, 1713; *Herzig/Ott*, DB 1989, 2033; *Herzig/Momen*, DB 1994, 2157 und 2210; *Krebs*, BB 1994, 2115.

Einbringungsvorgänge. Innerhalb des ersten Regelungskomplexes, dem 2. bis 7. Teil, sind in Anlehnung an das neue Umwandlungsrecht folgende Regelungen aufgenommen worden:

- 2. Teil (§§ 3–10 UmwStG n. F.) Vermögensübertragung von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person.
- 3. Teil (§§ 11–13 UmwStG n. F.) Verschmelzung oder Vermögensübertragung (Vollübertragung) auf eine andere Körperschaft.
- 4. Teil (§ 14 UmwStG n. F.) Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft.
- 5. Teil (§§ 15–16 UmwStG n. F.) Aufspaltung, Abspaltung und Vermögensübertragung (Teilübertragung) auf eine andere Körperschaft oder auf eine Personengesellschaft.
- 6. Teil (§ 17 UmwStG n. F.) Barabfindung des Minderheitsgesellschafters.
- 7. Teil (§ 18 UmwStG n. F.) Gewerbesteuer bei Vermögensübergang.

Die Anwendung der Vorschriften des 2. bis 7. Teils ist — wie bereits bisher — auf Körperschaften beschränkt, die nach § 1 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sind (§ 1 Abs. 5 UmwStG n. F.) und die ihr Vermögen nach den Vorschriften des neuen Umwandlungsrechts im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder der Sonderrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übertragen oder sich in eine andere Rechtsform umwandeln. Ausgenommen sind die Fälle der Ausgliederung, da diese aus steuerrechtlicher Sicht als Einbringungstatbestände aufzufassen sind und damit unter die Vorschriften der §§ 20 ff. UmwStG n. F. fallen.

Der 8. Teil des Umwandlungssteuergesetzes n. F. (§§ 20 bis 23) regelt die Besteuerung der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils und von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten an der aufnehmenden Kapitalgesellschaft zugunsten des Einbringenden.

Der 9. Teil des Umwandlungssteuergesetzes n. F. besteht ausschließlich aus § 24. Erfaßt wird die Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft unter der Voraussetzung, daß der Einbringende Mitunternehmer der Gesellschaft wird. Gleichgestellt ist die Einbringung einer 100%-igen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft. Die Fälle der formwechselnden Umwandlung einer Personenhandelsgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft werden durch den 10. Teil des Umwandlungssteuergesetzes n. F. (§ 25) geregelt; durch den 11. Teil (§ 26) werden für unterschiedliche Fallgruppen die steuerlichen Vergünstigungen, die das Umwandlungssteuergesetz zur Milderung der sonst nach allgemeinen Vorschriften entstehenden Steuerbelastungen bei der Änderung der Unternehmensform gewährt, ausgeschlossen.

### 3. Wichtige Änderungen durch das neue Umwandlungssteuerrecht

- a) *Vermögensübertragung von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder auf eine natürliche Person (§§ 3–10 UmwStG n. F.)*

Während die Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft bereits nach dem bisher geltenden Umwandlungssteuerrecht

steuerlich durch das Wahlrecht zur Buchwertfortführung oder aber zur Aufstockung der Buchwerte der Wirtschaftsgüter bis zum Teilwert begünstigt war, zwingen die Vorschriften des 2. Teils des Umwandlungssteuergesetzes 1977 durch den nicht abdingbaren Teilwertansatz bei der Übertragung von einer Kapitalgesellschaft auf eine Personengesellschaft oder auf ein Einzelunternehmen zur Auflösung aller, in den bilanzierten Wirtschaftsgütern noch vorhandenen stillen Reserven.

Abweichend davon sieht die Änderung des Umwandlungssteuergesetzes eine steuerneutrale Vermögensübertragung von Körperschaften auf Personengesellschaften oder natürliche Personen vor. § 3 UmwStG n. F. läßt beim Vermögensübergang von einer Körperschaft auf eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person im Wege der Gesamtrechtsnachfolge die Buchwertfortführung in der steuerlichen Schlußbilanz der übertragenden Körperschaft zu. Gem. § 4 Abs. 1 UmwStG n. F. hat die übernehmende Personengesellschaft die auf sie übertragenen Wirtschaftsgüter mit den in der steuerlichen Schlußbilanz der übertragenden Körperschaft enthaltenen Werten zu übernehmen.

Die Vermeidung der Aufdeckung von stillen Reserven bedingt durch den Buchwertansatz in der steuerlichen Schlußbilanz der übertragenden Körperschaft und der Buchwertverknüpfung ist jedoch nur dann zulässig, wenn die spätere Besteuerung der stillen Reserven bei den Gesellschaftern der übernehmenden Personengesellschaft bzw. der übernehmenden natürlichen Personen sichergestellt ist. Bleiben die stillen Reserven im Rahmen der Übertragung nicht steuerverhaftet, beispielsweise weil das Vermögen der übertragenden Körperschaft nicht Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft wird, so sind die Wirtschaftsgüter der steuerlichen Schlußbilanz der übertragenden Körperschaft mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Eine interpersonale Übertragung stiller Reserven findet nicht statt, vielmehr tritt dann eine Gewinnrealisierung ein.

Die Buchwertverknüpfung hat gem. § 4 Abs. 2 UmwStG n. F. zwingend zur Folge, daß die übernehmende Personengesellschaft hinsichtlich der Absetzung für Abnutzung sowie der erhöhten Absetzung und ähnlicher Erleichterungen entsprechend dem Grundsatz der Gesamtrechtsfolge in die Rechtsstellung der übertragenden Körperschaft eintritt. In einen verbleibenden Verlustabzug i. S. d. § 10 d) III 2. EStG tritt die übernehmende Personengesellschaft bzw. die übernehmende natürliche Person nicht ein (§ 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG n. F.). Existiert somit bei der übertragenden Körperschaft ein noch nicht ausgeglichener Verlust, so kann der Ansatz der übergehenden Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlußbilanz mit einem über dem Buchwert liegenden Wert zur Schaffung von AfA-Volumen vorteilhaft sein (*Step-up-Modell*).

Die übertragende Körperschaft kann die Wirtschaftsgüter in ihrer steuerlichen Schlußbilanz mit einem höheren Wert als dem Buchwert höchstens jedoch mit dem Teilwert ansetzen.

Auf Seiten der übernehmenden Personengesellschaft liegt kein Anschaffungsvorgang vor, eine Investitionszulage kann damit beispielsweise nicht gewährt werden.

In den Fällen des § 7 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 EStG richtet sich bei Buchwertaufstockung die Absetzung für Abnutzung bei der übernehmenden Personengesellschaft nach der bisherigen Bemessungsgrundlage, in allen anderen Fällen

nach dem Buchwert, jeweils vermehrt um den Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert der einzelnen Wirtschaftsgüter und dem Wert, mit dem die übertragende Körperschaft die Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlußbilanz angesetzt hat (§ 4 Abs. 2 UmwStG n. F.).

*b) Verschmelzung oder Vermögensübertragung (Vollübertragung) auf eine andere Körperschaft (§§ 11–13 UmwStG n. F.)*

Die Regelung über die Verschmelzung oder Vermögensübertragung (Vollübertragung) auf eine andere Körperschaft stimmt in ihrer Grundaussage mit den Vorschriften der §§ 14 ff. UmwStG 1977 überein. Der übertragenden Körperschaft ist es wie bisher gem. § 11 Abs. 1 UmwStG n. F. freigestellt, die übertragenen Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlußbilanz für das letzte Wirtschaftsjahr mit dem Buchwert, einem Zwischenwert, höchstens jedoch mit dem Teilwert anzusetzen. Dieses Wahlrecht wird jedoch nur gewährt, wenn die spätere Besteuerung der in den übergegangenen Vermögen enthaltenen stillen Reserven bei der übernehmenden Körperschaft sichergestellt ist und eine Gegenleistung nicht gewährt wird oder lediglich in Gesellschaftsrechten besteht.

Im Gegensatz zur bisherigen Regelung (§ 14 Abs. 2 UmwStG 1977) setzt der Besteuerungsaufschub keinen entsprechenden Antrag mehr voraus. Sind die Voraussetzungen einer Buchwertfortführung nicht gegeben, so müssen die übertragenen Wirtschaftsgüter entweder mit dem Wert der Gegenleistung, bei Unentgeltlichkeit mit dem Teilwert angesetzt werden. Eine inhaltlich neue Regelung trifft § 12 Abs. 3 UmwStG n.F. Danach geht ein verbleibender Verlustabzug i. S. d. § 10 d) III 2. EStG von der übertragenden Körperschaft auf die übernehmende Körperschaft über, wenn die übertragende Körperschaft ihren Geschäftsbetrieb im Zeitpunkt der Eintragung des Vermögensübergangs im Handelsregister noch nicht eingestellt hatte.

*c) Aufspaltung, Abspaltung und Vermögensübertragung (Teilübertragung) auf eine andere Körperschaft oder auf eine Personengesellschaft (§§ 15 und 16 UmwStG n. F.)*

Eine umfassende gesetzliche Regelung betreffend die Steuerneutralität von Spaltungen fehlte bisher. Die Finanzverwaltung hatte unter Vernachlässigung der handelsrechtlichen Gegebenheiten solche Umstrukturierungsmaßnahmen als einheitlichen Gesamtvorgang bewertet und unter den im BMF-Schreiben vom 9. 1. 1992 (Spaltungserlaß) enthaltenen Voraussetzungen lediglich aus Billigkeitsgründen auf die Realisierung der stillen Reserven im Zeitpunkt der Spaltung verzichtet.

Eine steuerneutrale Spaltung setzte hiernach insbesondere voraus, daß die stillen Reserven im Vermögen der übertragenden Kapitalgesellschaft und in den untergehenden Gesellschaftsanteilen bei einer späteren Realisierung wie bisher der Besteuerung unterliegen. Eine Übertragung von Verlusten im Rahmen der Spaltung wurde bisher nicht zugelassen. Insgesamt wendete man die Vorschriften der §§ 14–16, 19 UmwStG 1977 entsprechend an.

In Anlehnung an die handelsrechtlichen Regelungen enthält das Umwandlungssteuergesetz n. F. jetzt eine gesetzliche Regelung betreffend die Spaltung von Körperschaften. Grundsätzlich ist danach unter bestimmten Voraussetzungen eine steuerneutrale Spaltung möglich. Gem. § 15 Abs. 1 S. 1 und 3 UmwStG n. F. setzt die Steuerneutralität voraus,

daß auf die Übernehmerin ein Teilbetrieb, ein Mitunternehmeranteil oder eine 100%-ige Beteiligung an eine Kapitalgesellschaft übergeht.

Im Fall der Abspaltung oder Teilübertragung muß das der übertragenden Körperschaft verbleibende Vermögen ebenfalls einen Teilbetrieb darstellen (§ 15 Abs. 1 S. 2 UmwStG n. F.). Die Neuregelung sieht mit § 15 Abs. 3 S. 1 UmwStG n. F. eine Art „Mißbrauchsklausel“ vor, wonach unter gewissen Voraussetzungen die Steuerverneutralität nicht gewährt werden kann. Mitunternehmeranteile und 100%-ige Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft können nicht in den steuerneutralen Spaltungsvorgang einbezogen werden, wenn sie innerhalb eines Zeitraums von 3 Jahren vor der Spaltung durch Übertragung von Wirtschaftsgütern, die selbst keinen Teilbetrieb darstellen, erworben oder aufgestockt worden sind.

Eine steuerneutrale Gestaltung ist auch dann nicht möglich, wenn durch die Spaltung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen wird oder aber durch die Spaltung die Voraussetzungen für eine solche Veräußerung geschaffen werden (§ 15 Abs. 3 Sätze 1 und 2 UmwStG n. F.). Von letzterem ist auszugehen, „wenn innerhalb von 5 Jahren nach dem steuerlichen Übertragungstichtag Anteile an einer an der Spaltung beteiligten Körperschaft, die mehr als 20% der vor Wirksamwerden der Spaltung an der Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen, veräußert werden“ (§ 15 Abs. 3 Satz 3 UmwStG n. F.).

Bei der Trennung von Gesellschafterstämmen setzt eine steuerneutrale Spaltung weiter voraus, daß die Beteiligung an der übertragenden Körperschaft mindestens 5 Jahre vor dem steuerlichen Übergangstichtag bestanden hat (§ 15 Abs. 3 Satz 4 UmwStG n. F.).

Bei der Aufspaltung, Abspaltung und Teilübertragung auf eine andere Körperschaft geht ein verbleibender Verlustabzug anteilig auf die einzelnen übernehmenden Körperschaften über. Der verbleibende Verlustabzug ist grundsätzlich im Verhältnis der gemeinen Werte der übergehenden Vermögensteile zu dem bei der übertragenden Körperschaft vor der Spaltung bestehenden Vermögen aufzuteilen. Soweit das Vermögen einer Körperschaft durch Aufspal-

tung oder Abspaltung auf eine Personengesellschaft übergeht, mindert sich der verbleibende Verlustabzug gem. § 16 S. 3 UmwStG n. F.

*d) Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und umgekehrt (§§ 14, 25 UmwStG n. F.)*

Das Steuerrecht kann dem Handelsrecht nicht folgen, soweit es um den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft geht. Das Steuerrecht qualifiziert Kapitalgesellschaften und die an ihnen beteiligten Gesellschafter als selbständige Steuersubjekte. Kapitalgesellschaften unterliegen mit ihrem Gewinn der Körperschaftsteuer, die Gesellschafter — soweit sie natürliche Personen sind — der Einkommensteuer. Demgegenüber unterliegen Personengesellschaften mit ihrem Einkommen nicht unmittelbar selbst der Steuerpflicht; ihre Gewinne werden unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet und bei diesen nach dem persönlichen Verhältnis der Einkommensteuer oder der Körperschaftsteuer unterworfen. Diese unterschiedlichen Regelungen zur Besteuerung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften machen auch für den Formwechsel von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften gesonderte steuerliche Vorschriften erforderlich. § 14 UmwStG n. F. schreibt daher vor, daß die Vorschriften des 3. Teils (§§ 3–7, 9 und 10 UmwStG n. F.) entsprechend anzuwenden sind. Im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels hat die Kapitalgesellschaft eine Übertragungsbilanz und die Personengesellschaft eine Eröffnungsbilanz zu erstellen. Beim Formwechsel einer Personenhandels-gesellschaft in eine Kapitalgesellschaft gilt der 8. Teil des UmwStG n. F. (§§ 20–23 UmwStG n. F.) entsprechend. Im Ergebnis kann damit wie beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft auch im umgekehrten Fall steuerlich eine Übertragung des Betriebsvermögens zu Buchwerten, Zwischenwerten oder Teilwerten möglich.

*e) Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsanteilen (§§ 20–23 UmwStG n. F.); bzw. in eine Personengesellschaft (§ 24 UmwStG n. F.)*

Die Regelungen entsprechen — bis auf redaktionelle Anpassungen — den bisherigen Bestimmungen des Umwandlungssteuerrechts a. F.

# Aktuelle Probleme zur Testamentsvollstreckung

— zugleich eine Besprechung zu *Bengel/Reimann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung\*

Von Notar Dr. Karl Winkler, München

Das Erbrecht und damit auch das Institut der Testamentsvollstreckung gewinnen zunehmend an Bedeutung. Was die „Gründerväter“ der Bundesrepublik in den Jahren nach dem 2. Weltkrieg aufgebaut haben, wird nunmehr allmählich auf die nächste Generation vererbt. Schätzungen gehen für die 90er Jahre von einem zu vererbenden Geldvermögen von rund 20 Milliarden DM und einem Immobilienvermögen von rund 100 Milliarden DM jährlich aus. Auf die Notare kommen daher auf diesem Gebiet in noch stärkerem Umfang als bisher verantwortungsvolle Aufgaben zu. Eines der wichtigsten erbrechtlichen Instrumente zur Durchsetzung des letzten Willens sowie zur Bewältigung erbrechtlicher und nachlaßbedingter Konflikte ist die Testamentsvollstreckung. Es ist daher zu begrüßen, daß ein neues Handbuch zu diesem Thema erschienen ist, in dem der Versuch unternommen wird, alle wesentlichen Bereiche des Gesamtfeldes „Testamentsvollstreckung“ praxisnah und doch wissenschaftlich fundiert zu bearbeiten.

Das neue Handbuch erläutert in zwölf Kapiteln alles, was bei Anordnung und Durchführung einer Testamentsvollstreckung zu beachten ist. Neben allgemeinen Fragen werden auch schwierige Einzelprobleme behandelt. Das Werk befaßt sich im einzelnen mit dem Amt des Testamentsvollstreckers, seiner Ernennung, dem Amtsbeginn und Nachweisfragen, der Konstituierung des Nachlasses, der Ausführung des Amtes im Normalfall und in besonders typischen Situationen, der Auskunftspflicht, der Rechnungslegung, der Herausgabe des Nachlasses, der Beendigung der Testamentsvollstreckung, der Testamentsvollstreckung im Steuerrecht und im internationalen Bereich, mit Vergütung, mit Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Notaren und Steuerberatern als Testamentsvollstrecker und mit Haftungsfragen. Dabei spricht schon allein der Umstand, daß sich 11 (!) Spezialisten mit der Materie befassen, für die Qualität des Buches.

Im ersten Kapitel erläutert *Bengel* das Amt des Testamentsvollstreckers. Wenn er eingangs den Testamentsvollstrecker nicht als „Feind des Erben, sondern begleitend, bestimmend, den Erben schützend“ bezeichnet und seiner Tätigkeit eine „friedenssichernde Funktion“ beimißt, so hat er damit natürlich recht. Die Praxis sieht allerdings häufig anders aus, da die Erben den Testamentsvollstrecker allzuoft als aufgezungenen Vormund ansehen, der ihnen den Genuß der Erbschaft vorenthält. Testamentsvollstrecker, die in ihrem Amt — bei größeren Vermögen — eine sichere Pfründe sehen, sind im übrigen nicht so selten, wie dem Unterzeichner aus Gutachten bekannt ist. Ob, wie *Bengel* Rdnr. 7 meint, Mißstände „unschwer durch eine richtige Ausgestaltung des Umfangs und der Dauer der Testamentsvollstreckung vermeidbar“ sind, sei dahingestellt, da dies meist eine sehr genaue ins einzelne gehende Regelung für die Zukunft erfordert.

Zur Frage der Pflegerbestellung für den unbekanntem Testamentsvollstrecker schließt sich *Bengel* der Ansicht von *Damrau* an (zum Problem: *Haegele/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 13. Aufl. 1994, Rdnr. 111 a), wonach für die Zeit bis zur Ernennung oder Annahme ein Pfleger zu bestellen ist. Im Gegensatz zu *Damrau*, der hier § 1913 BGB anwenden will und das Vormundschaftsgericht für zuständig hält, zieht *Bengel* eine Analogie zu § 1960 BGB, wonach das Nachlaßgericht zur Bestellung des Pflegers zuständig ist. Da es sich letztlich wie beim Pfleger für den unbekanntem Erben um eine Nachlaßsache und Nachlaßsicherung handelt, nicht aber um eine familienrechtliche Angelegenheit, erscheint dieses sachgerecht und ist dem zuzustimmen.

Ausführlich behandelt *Bengel* das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und postmortaler Vollmacht (Rdnr. 35 ff.). Während die h. M. und die Rechtsprechung grundsätzlich Vollmacht und Testamentsvollstreckung isoliert nebeneinander sehen, löst *Bengel* das Problem mittels Auslegung. „Begleitumstände, Äußerungen der Beteiligten, schließlich der verfolgte Zweck und die bestehende Interessenslage führen zu einer differenzierten Betrachtung“, je nachdem ob die Vollmacht nach, gleichzeitig oder vor Anordnung der Testamentsvollstreckung erteilt wurde. Es erscheint mir zweifelhaft, ob sich mit einer so differenzierten Betrachtungsweise in der Praxis arbeiten läßt und ob hierdurch die Rechtssicherheit gewährleistet ist. Wichtig ist in jedem Fall der Hinweis, daß in der Verfügung von Todes wegen wie auch in der Vollmacht deutlich ausgesagt sein sollte, wie sie sich zueinander verhalten, ob sie über den Tod hinaus gelten und wann sie enden (Rdnr. 41). Für den Notar wichtig ist auch der Hinweis, daß wegen Verfahrensproblemen regelmäßig von der Aufnahme einer postmortalen Vollmacht in die Verfügung von Todes wegen abzuraten und auf gesonderte Beurkundung bzw. Beglaubigung der Bevollmächtigung hinzuwirken ist (Rdnr. 47). Zuzustimmen ist *Bengel* auch, wenn er in der Vollmacht an den Testamentsvollstrecker die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrvertretung zuläßt (Rdnr. 52; a. A. ohne Angabe von Gründen *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung Rdnr. 689 und *Palandt/Edenhofer*, BGB, 53. Aufl. 1994, Vor § 2197 Rdnr. 18). Da die Vollmacht durch den Erben regelmäßig widerruflich ist, besteht oft ein Bedürfnis, den Erben wirksam zu verpflichten, die Vollmacht nicht zu widerrufen; dies kann durch Auflagen oder Bedingungen im Testament geschehen; hierzu und zu den dazu erforderlichen Einschränkungen (erbrechtliche Begrenzung der überschießenden Außenmacht der Vollmacht) hätte man sich eine etwas ausführlichere Darstellung gewünscht (Rdnr. 60; vgl. *Haegele/Winkler*, Rdnr. 313 ff.). Für die „unbenannten Zuwendungen“ unter Ehegatten vertritt *Bengel* in Übereinstimmung mit dem BGH zutreffend die Meinung, daß diese zwar regelmäßig nicht als Schenkung im Sinn des § 516 BGB zu qualifizieren sind, jedoch als unentgeltlich im Sinn des Erbrechts (§ 2205 Satz 3 BGB). Der Testamentsvollstrecker darf also solche Verfügungen nur mit Zustimmung etwa vorhandener Miterben und Vermächtnisnehmer vornehmen (Rdnr. 139).

\* *Bengel/Reimann* (Hrsg.): Handbuch der Testamentsvollstreckung, Verlag C. H. Beck, München 1994, 553 Seiten, DM 148,—

Bei der Verwaltungsvollstreckung gem. § 2209 BGB sollten m. E. die zwei in Satz 1 geregelten Sonderfälle, die sich gegenseitig ausschließen (*Palandt/Edenhofer*, § 2209 BGB Rdnr. 1), etwas deutlicher getrennt werden. Während Halbsatz 1 die Vollstreckung nur zur Verwaltung des Nachlasses ohne andere Aufgaben vorsieht, gestattet Halbsatz 2 die Dauervollstreckung. Zutreffend lehnt *Bengel* die Meinung ab, daß die Dauervollstreckung zusammen mit weiteren Maßnahmen des Erblassers zu einer sittenwidrigen Beschränkung und damit zur Nichtigkeit nach § 138 BGB führen könne, da dem Erben die Möglichkeit der Ausschlagung und des Pflichtteilsverlangens gem. § 2306 BGB verbleibt (Rdnr. 148). In seinen Ausführungen zur vermeintlichen Testamentsvollstreckung schließt sich *Bengel* mit Recht der Meinung an, daß eine analoge Anwendung der §§ 2218, 674 BGB auch dann gerechtfertigt ist, wenn die Erben der Testamentsvollstreckung widersprochen haben (Rdnr. 238; a. A. BGHZ 41, 23).

Im zweiten Kapitel befaßt sich *Reimann* mit Fragen der Anordnung, der Ernennung und dem Beginn der Testamentsvollstreckung. Ist die Testamentsvollstreckung wegen fehlender Testierfreiheit nicht mehr möglich, etwa wegen Bindung durch einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament, so kann der überlebende Ehegatte den Zweck, den die Anordnung der Testamentsvollstreckung verfolgt hätte, bis zu einem gewissen Grad — die Erben können widerrufen! — durch Erteilung einer Vollmacht über den Tod hinaus erreichen, worauf *Reimann* hinweist (Rdnr. 23). Besondere Aufmerksamkeit hat der Erblasser der Frage zu widmen, ob und in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker von einem etwa bestehenden Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) befreit sein soll; *Reimann* betont, daß davon ausgegangen werden kann, daß der Erblasser dem Testamentsvollstrecker alle diejenigen Rechtsgeschäfte, auch unter § 181 BGB fallende, gestattet hat, die im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) liegen; insofern besteht ein enger inhaltlicher Zusammenhang zwischen § 181 BGB und § 2216 BGB (Rdnr. 56). Dies ist insbesondere dann wichtig, wenn der Testamentsvollstrecker Miterbe ist oder Ansprüche gegen den Nachlaß hat. Besonderes Augenmerk widmet *Reimann* der speziellen Aufgabenzuweisung in besonderen Situationen (Rdnr. 69 ff.); jeweilige Interessenlagen fordern eigene Maßnahmen und auf die typischen Bedürfnisse des Einzelfalls zugeschnittene Testamentsvollstreckeranordnungen. Dies kann sich ergeben aus den Möglichkeiten, die den Erben zur Verfügung stehen, oder aus der Zusammensetzung des Nachlasses (Rdnr. 78 ff.); eine Immobilie ist anders zu verwalten als ein Wertpapierdepot, ein Landgut anders als ein Unternehmen. Ein wichtiger Hinweis, um späteren Ärger zu ersparen, ist auch, daß der Erblasser die Honorarfrage ausdrücklich regeln sollte; Streitigkeiten hierüber sind häufig.

Für die Praxis des Notars von besonderer Bedeutung sind die Ausführungen zur Beurkundung. Bekanntlich ist der Urkundsnotar durch § 27 BeurkG gehindert, seine Einsetzung als Testamentsvollstrecker zu beurkunden. Es ist aber zulässig, wenn der Notar den Wunsch des Erblassers, nach Möglichkeit ihn zu berufen, mitbeurkundet (Rdnr. 192; OLG Stuttgart DNotZ 1990, 430). Wünscht der Erblasser den Urkundsnotar als Testamentsvollstrecker, so ist er darauf angewiesen, ihn in einem gesonderten Ergänzungstestament zu ernennen, das entweder privatschriftlich verfaßt oder von einem anderen Notar protokolliert ist (Rdnr. 193;

OLG Oldenburg DNotZ 1990, 431). Das Testament kann auch vom Sozius des Notars beurkundet werden, der zum Testamentsvollstrecker ernannt wird (Rdnr. 194; BGH DNotZ 1987, 768). Nach vereinzelter Auffassung (OLG Oldenburg a. a. O.; *Moritz* NJW 1992, 3215) ist diese Beurkundung allerdings dann unwirksam, wenn der Notar an der im Testament vorgesehenen Testamentsvollstreckervergütung seines Sozius über die Sozietätseinkünfte beteiligt ist; *Reimann* lehnt diese Auffassung zu Recht ab, da die §§ 27, 7 BeurkG auf den rechtlichen, nicht auf den wirtschaftlichen Vorteil abstellen. Hierzu rät *Stockebrand* im 11. Kap. Rdnr. 32, die Entscheidung des OLG Oldenburg zu beachten, da der Notar stets den sichersten Weg zu gehen habe. Diesem Rat schließt sich jüngst *Reimann* (DNotZ 1994, 659, 667) bis zur Klärung der Streitfrage durch den BGH an. Soweit er jedoch im gleichen Aufsatz äußert (a. a. O. S. 668), ich sei der Meinung, die Testamentsvollstreckung sei eine „notarielle Tätigkeit“, ist dies nicht richtig. Meines Erachtens ist die Testamentsvollstreckung eine „berufstypische Tätigkeit“, und zwar gleichermaßen für Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater (*Haegeler/Winkler* 13. Aufl. 1994, Rdnr. 656; vgl. dazu auch Fußnote 1: „Selbstverständlich kann die Testamentsvollstreckung nicht der notariellen Amtstätigkeit zugerechnet werden.“). *Stockebrand* spricht ähnlich von „beruflicher Tätigkeit im weiteren Sinn“ (11. Kap. Rdnr. 19).

Der täglichen Notariatspraxis dienen auch die Ausführungen zum Nachweis des Testamentsvollstrecker-Amtes (Rdnr. 242 ff). Dies ist für das *Grundbuch* das Testamentsvollstreckerzeugnis oder die öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen mit der Niederschrift über ihre Eröffnung (Rdnr. 258). Ob die Testamentsvollstreckung im *Handelsregister* zu verlautbaren ist, ist bestritten. *Reimann* schließt sich der neueren Auffassung an, daß im Handelsregister nicht nur einzutragen ist, was ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist, sondern auch was ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschrift Sinn und Zweck des Handelsregisters erfordert, z. B. die Gestattung des Selbstkontrahierens (Rdnr. 268; BGHZ 87, 60; ebenso *Klumpp* 3. Kap. Rdnr. 84). Steht man auf dem Standpunkt, das Handelsregister habe nur die Aufgabe, die Vertretungsverhältnisse einer Gesellschaft zu verlautbaren, ist es konsequent, die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung im Handelsregister zu verneinen.

Wird der Notar gem. § 2215 Abs. 4 BGB zur Aufnahme eines Verzeichnisses beigezogen, so wird er sich gern der Ausführungen von *Klumpp* im dritten Kapitel bedienen, der alle Einzelfragen darstellt, die sich in diesem Zusammenhang stellen und ein ausführliches Muster eines Nachlaßverzeichnisses bringt (Rdnr. 44 ff.). Bei der nicht seltenen Fallgestaltung, daß Eltern eines minderjährigen Erben zugleich Testamentsvollstrecker sind, schließt sich *Klumpp* der Meinung an, daß für die Prüfung des Nachlaßverzeichnisses die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB nicht erforderlich ist (Rdnr. 39), ein sicherlich der Praxis dienendes Ergebnis. Antragsberechtigt zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks ist der Testamentsvollstrecker; nach heute noch h. A. soll der Erbe selbst nicht antragsberechtigt sein; mit Recht schließt sich *Klumpp* der Meinung an, auch dem Erben selbst die Antragsbefugnis für einen solchen Berichtigungsantrag einzuräumen (vgl. *Haegeler/Winkler* Rdnr. 273), weil auch er im Regelfall ein Interesse an einer korrekten Nachlaßabwicklung haben wird. Nicht zuzustim-

men ist der Ansicht, daß zur Löschung des Vermerks neben der Bewilligung des Testamentsvollstreckers der Grund für die Löschung nachgewiesen werden muß (Rdnr. 79; die darin enthaltene Verweisung auf Kap. 2 Rdnr. 268 ist unzutreffend). Der Unrichtigkeitsnachweis kann nämlich durch öffentliche Urkunde allenfalls über einen Erbschein, der den Testamentsvollstreckervermerk nicht mehr ausweist, geführt werden, was die Einziehung des bisherigen Erbscheins mit dem Vermerk erfordert — eine kostspielige Lösung. Eine Einziehung oder Kraftloserklärung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, wie beim Erbschein, kennt das Gesetz nicht, weil das Zeugnis nach Beendigung der Testamentsvollstreckung kraft Gesetzes kraftlos wird (§ 2268 Abs. 3 BGB); aber auch ein Zeugnis über den Wegfall der Testamentsvollstreckung (sog. Negativzeugnis) ist nicht möglich, so daß auch eine Löschung von Amts wegen nach § 84 GBO kaum in Betracht kommt. Man sollte die Anforderungen an die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks nicht überspannen. Wenn das Amt des Testamentsvollstreckers beendet und seine Verfügungsbefugnis über den Grundbesitz erloschen ist, gleicht seine Stellung bei der Löschung des Vermerks dem eines Betroffenen i. S. des § 19 GBO und sein Löschantrag ist zugleich Bewilligung. Der öffentlich beglaubigte Antrag des Testamentsvollstreckers sollte daher für die Löschung des Vermerks genügen (LG Köln MittBayNot 1986, 50; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann* § 52 GBO Rdnr. 16; *Haegele/Winkler* Rdnr. 830; überzeugend *Schelter* DNotZ 1992, 683).

Mit dem „Alltag“ des Testamentsvollstreckers, nämlich den Rechtsfragen und Problemen bei der Durchführung einer Testamentsvollstreckung im Normalfall, befaßt sich *Schaub* im vierten Kapitel. Er stellt als Grundsatz dar, daß das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers nach den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich allgemein, ausschließlich und unbeschränkt ist, sich auf den ganzen Nachlaß erstreckt und in diesem Umfang das Verfügungsrecht des Erben ausschließt (Rdnr. 2). Es ist lediglich beschränkt durch das Schenkungsverbot (§ 2205 S. 3 BGB), durch Anordnungen des Erblassers (§ 2208 BGB) und durch die Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung (§§ 2206, 2216 BGB). Wie *Schaub* zutreffend ausführt, ist vom Testamentsvollstrecker ein hohes Maß an unternehmerischer Eigeninitiative gefragt. Er darf sich nicht mit einem mäßigen Erfolg seiner Tätigkeit begnügen, sondern muß Möglichkeiten zu einem besseren Ergebnis wahrnehmen, womit es unvereinbar wäre, ihn bei seinen Entscheidungen auf den „sichersten Weg“ zu verweisen; vielmehr ist ihm ein Ermessensspielraum bei seinen Entscheidungen zuzubilligen. Im Vordergrund steht das Bild eines zwar umsichtigen und soliden, aber „dynamischen“ Geschäftsführers, der die Risiken und Chancen einer Vermögensanlage kalkuliert und dann eingetht bzw. nutzt, oder dies unterläßt (Rdnr. 26, 27). Seiner Verwaltung unterliegt auch, was aufgrund eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlaßgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft erworben ist. Obwohl die gesetzlichen Vorschriften zur Testamentsvollstreckung keine Bestimmung zum Surrogationserwerb enthalten, gilt der Grundsatz der dinglichen Surrogation entsprechend § 2041 BGB auch für den der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlaß (h. M.); verkauft daher der Testamentsvollstrecker einen Nachlaßgegenstand, unterliegt der Verkaufserlös wiederum der Testamentsvollstreckung (Rdnr. 67). Dies gilt selbst bei entgegenstehendem

Willen des Testamentsvollstreckers oder der Erben; die objektive Beziehung zum Nachlaß reicht hier allein aus (Rdnr. 68). Ausführlich behandelt *Schaub* die Verpflichtungsgeschäfte (Rdnr. 77 ff.) und die Verfügungen des Testamentsvollstreckers (Rdnr. 121 ff.). In der Frage, ob der nur für den Vorerben ernannte Testamentsvollstrecker die für den Vorerben geltenden Verfügungsbeschränkungen einhalten muß, schließt sich *Schaub* der dies bejahenden Meinung an, da der nur für den Vorerben bestellte Testamentsvollstrecker nicht mehr Rechte haben könne als der Vorerbe ohne Testamentsvollstreckung (Rdnr. 198). Die andere Ansicht, die von *Mayer* im 5. Kap. Rdnr. 270 vertreten wird, argumentiert damit, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers dasjenige des Vorerben verdrängt (*Palandt/Edenhofer*, § 2205 BGB Anm. 28 m. w. N.). Die Ausführungen zur Auseinandersetzung des Nachlasses unterscheiden zwischen dem Auseinandersetzungsplan, bei dem der Testamentsvollstrecker die Auseinandersetzung auch ohne Zustimmung der Erben, lediglich unter ihrer Anhörung (Rdnr. 236) bewirkt, und dem Auseinandersetzungsvertrag unter Mitwirkung der Erben (Rdnr. 259), dem wegen vielfältiger Vorteile der Vorzug zu geben ist (Rdnr. 260).

Besonders typische Situationen werden im 5. Kapitel dargestellt, wobei für den Notar besonders wichtig die Ausführungen zum Nachlaß mit Grundbesitz (Rdnr. 1–108) von *Schaub*, die Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht (Rdnr. 109–265) und bei Anordnung von Vor- und Nacherbschaft (Rdnr. 266–359), jeweils von *Mayer*, sind. Bei der Beurkundung hat der Notar vor allem die Testamentsvollstreckereigenschaft zu prüfen. Ist der Testamentsvollstrecker in einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen ernannt worden und daher die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht notwendig, so ist darauf zu achten, daß außerdem die Annahme des Amtes nachgewiesen wird; dieser Nachweis wird durch ein Zeugnis des Nachlaßgerichts über die Annahme oder durch die Niederschrift über die Annahmeerklärung erbracht. Da die Annahme des Amtes in diesem Fall in einer dem § 29 GBO entsprechenden Form nachgewiesen werden muß, genügt die Verweisung auf die Nachlaßakten dann nicht, wenn diese nur eine privatschriftliche Annahmeerklärung des Testamentsvollstreckers enthalten (Rdnr. 27). Bei der Beurkundung hat der Notar zu prüfen, ob sich aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis inhaltliche oder gegenständliche Beschränkungen der Verfügungsbefugnisse ergeben (Rdnr. 31). Nicht ausreichend zur Legitimation ist dagegen die Eintragung des Testamentsvollstreckers im Grundbuch gem. § 52 GBO. Ebenso wenig kann der Erbschein, in dem nach § 2364 BGB die Ernennung des Testamentsvollstreckers angegeben ist, das Testamentsvollstreckerzeugnis ersetzen, auch dann nicht, wenn — fälschlicherweise — der Name des Testamentsvollstreckers darin aufgeführt ist (Rdnr. 32). Schwierigkeiten in der Praxis macht nicht selten der Nachweis der Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts; zutreffend betont *Schaub* (Rdnr. 34), daß dieser Nachweis nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden muß, da diesen Nachweis durch öffentliche Urkunden zu führen meist unmöglich sein wird. Die Rechtsprechung hat daher Beweiserleichterungen vorgesehen, wenn es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen. Es genügt hier, daß im Weg der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamts Zweifel an der Pflichtmäßigkeit ausgeräumt werden können.

Mit der Testamentsvollstreckung im Handels- und im Gesellschaftsrecht, die zu den schwierigsten Problemen im Grenzbereich zwischen Handels- und Erbrecht gehört, befaßt sich *Dieter Mayer*. Seine Darstellung besticht durch ihre Übersichtlichkeit. Nach der Problemstellung wird die Ausgestaltung bei der Abwicklungsvollstreckung und der Dauertestamentsvollstreckung erörtert. Beim Einzelunternehmen muß der Notar bei der Abfassung des Testaments zwischen der Treuhändlung und der Vollmachtstreckung wählen. Besonderes Augenmerk ist dabei darauf zu legen, daß der Testamentsvollstrecker seine Rechte nur dann wahrnehmen kann, wenn der Erblasser den Erben durch Auflage oder Bedingung zwingt, die treuhänderische Übertragung des Handelsgeschäfts auf den Testamentsvollstrecker vorzunehmen (Rdnr. 123) oder eine entsprechende Vollmacht zu erteilen (Rdnr. 137). Die Befugnisse des Erblassers zum Einsatz dieser erbrechtlichen Druckmittel ist unter Hinweis auf § 138 BGB nicht unbestritten; unzumutbare Gefahren für den Erben sind damit aber nicht verbunden, da er die Erbschaft ausschlagen kann, wenn er das persönliche Haftungsrisiko vermeiden will (Rdnr. 137). Lehnt der Erbe eine Vollmachtstreckung an den Testamentsvollstrecker ab, so kann der Testamentsvollstrecker entweder Klage gegen den Erben auf Vollmachtstreckung erheben, oder die Treuhändlung wählen. In diesem Fall übernimmt er allerdings die nicht zu unterschätzende Haftung mit seinem eigenen Vermögen. Um dem Testamentsvollstrecker die Übernahme des Amtes annehmbar zu machen, sollte ihm der Erblasser deshalb zum Ausgleich der Haftungsrisiken zumindest eine Umsatz- oder Gewinnprovision zugestehen, worauf *Mayer* hinweist (Rdnr. 139, Formulierungsvorschlag Rdnr. 140). Aufgrund dieser Schwierigkeiten schlägt *Mayer* vor, den Erben durch Auflage und den Testamentsvollstrecker durch Anordnung zu veranlassen, das zum Nachlaß gehörende Einzelunternehmen im Weg der Sachgründung auf eine GmbH überzuführen oder umzuwandeln; die Testamentsvollstreckung kann dann auf die GmbH-Geschäftsanteile bezogen werden (Rdnr. 142, Formulierungsvorschlag Rdnr. 143); im Einzelfall hält er es auch für sinnvoll, daß der Erblasser bereits zu Lebzeiten eine Vorratsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH gründet (Rdnr. 144). Bei der Personengesellschaft ist *Mayer* zuzustimmen, daß die Praxis möglichst davon Abstand nehmen sollte, eine vollhaftende Beteiligung einer Dauertestamentsvollstreckung zu unterstellen. Bemerkenswert ist sein Hinweis, im Hinblick auf die nunmehrige Zulassung der Erstreckung einer Testamentsvollstreckung auf einen Kommanditanteil für den Fall des Todes eines persönlich haftenden Gesellschafters die Umwandlung seiner Beteiligung in eine Kommanditbeteiligung gesellschaftsvertraglich vorzusehen und hierfür Testamentsvollstreckung anzuordnen; dem Nachfolger-Erben kann dann gesellschaftsvertraglich das Recht eingeräumt werden, unter bestimmten Voraussetzungen, z. B. nach Ablauf der für die Testamentsvollstreckung vorgesehenen Frist, die (Rück-)Umwandlung der Kommanditistenstellung in eine Kommanditistenstellung zu verlangen (Rdnr. 171). Nicht selten erbt ein Gesellschafter eine weitere Beteiligung in der gleichen Gesellschaft hinzu. Hier wendet sich *Mayer* zu Recht gegen die Auffassung des BGH, der in einem solchen Fall eine Testamentsvollstreckung nicht zuläßt: durch den erbrechtlichen Zuerwerb entstehe eine neue vergrößerte, aber einheitliche Gesellschaftsbeteiligung; lasse man die Testamentsvollstreckung für den ererbten Anteil zu, so käme es nach BGH zu einer Abspaltung des entstandenen einheitlichen Gesellschafts-

anteils, die nicht möglich sei (BGHZ 24, 106, 113, offen gelassen von BGH NJW 1989, 3152, 3155). Hiergegen verweist *Mayer* zutreffend darauf, daß die Einheitlichkeit der Gesellschaftsbeteiligung auch in anderen Fällen durchbrochen wird, etwa dadurch, daß der Anteil des Erblassers anders als der bisher vom Gesellschafter-Erben gehaltene Anteil in den Nachlaß fällt; will man die Problematik sachgerecht erfassen, müsse man eine vermögensmäßige Trennung der beiden Gesellschaftsanteile bejahen und den bisherigen Anteil des Gesellschafter-Erben weiter seinem Privatvermögen bzw. den Anteil des Erblassers dem Nachlaß zuordnen (Rdnr. 186). Ist beim Tod eines Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft der überlebende Gesellschafter zugleich alleiniger Erbe, führt die Zulassung der Testamentsvollstreckung an der Außenseite der vererbten Beteiligung auch nach Auffassung des BGH dazu, daß das Gesellschaftsverhältnis für die Dauer der Testamentsvollstreckung insoweit als nicht erloschen anzusehen ist (Rdnr. 187; BGH NJW 1986, 2431). Solange eine höchstgerichtliche Entscheidung aussteht, rät *Mayer* bei lebzeitiger Aufnahme eines Erben in die Gesellschaft zur Vorsicht; der Erblasser gebe damit, meist ohne diese Konsequenzen zu bedenken, gegebenenfalls das Instrument der Testamentsvollstreckung aus der Hand (Rdnr. 188).

Den Ausführungen bei Vor- und Nacherbschaft (Rdnr. 266 ff.), zum Nießbrauch (Rdnr. 299 ff.), zum Urheberrecht (Rdnr. 330) und Bankenrecht (Rdnr. 334) folgen Ausführungen zum Testament bei behinderten Kindern (Rdnr. 342 ff.), das in letzter Zeit zunehmend Gerichte und Literatur beschäftigt hat. Eltern, die ein behindertes Kind zu versorgen haben, stehen bei der Regelung ihres künftigen Nachlasses in einem schweren Interessenkonflikt; einerseits soll die Versorgung des behinderten Kindes möglichst über dem gesetzlichen Sozialhilfeniveau sichergestellt werden, andererseits aber ist gewollt, daß eine Anrechnung von Zuwendungen aus dem Nachlaß der Eltern auf die gesetzlichen Sozialhilfeleistungen nicht erfolgen soll. Hierzu stellt *Mayer* ausführlich die maßgeblichen Grundsätze des Sozialhilferechts (Rdnr. 344) und die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten (Rdnr. 350) dar. Bei Verfügungen von Todes wegen hat sich — in unterschiedlichen Variationen — eine Kombination der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung eingebürgert: Der Behinderte wird dabei in Höhe eines Erbteils, der zumindest geringfügig über dem gesetzlichen Pflichtteil liegen sollte, zum Vorerben eingesetzt; als Nacherben werden seine Abkömmlinge bzw. falls nicht vorhanden, seine Geschwister oder andere Verwandte eingesetzt. Der Nacherbfall tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Für den Erbteil, der auf den Behinderten entfällt, wird Dauertestamentsvollstreckung bis zum Tod des Behinderten angeordnet; zum Testamentsvollstrecker wird eine dem Behinderten nahestehende Person bestimmt, der der Erblasser die Anweisung erteilt, aus den Erträgen des Erbteils dem Behinderten Zuwendungen zu machen, die möglichst nicht auf die Sozialhilfeleistungen anrechenbar sind (Rdnr. 351). Auch die Frage der Sittenwidrigkeit eines solchen „Behinderten-Testaments“ wird aufgeworfen, aber verneint (Rdnr. 357; so auch BGH NJW 1994, 248) und der Praxis ein umfangreicher Formulierungsvorschlag angeboten (Rdnr. 359).

Für die notarielle Praxis weniger interessant sind die Kapitel über Auskunftspflicht, Rechnungslegung, Herausgabe des Nachlasses von *Klumpp* und über die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes von *Reimann*. Beide Autoren

behandeln dabei alle nur denkbaren Einzelheiten und Variationen und lassen kaum eine Frage offen. Umstritten ist nach wie vor, inwieweit der Testamentsvollstrecker einem Dritten Generalvollmacht erteilen darf, wobei die dazu vertretenen Meinungen zum Teil widersprüchlich und verschwommen sind. So darf der Testamentsvollstrecker nach *Palandt/Edenhofer* (§ 2218 BGB Anm. 2) sein Vertrauensamt nicht im ganzen einem Dritten übertragen, dagegen soll er einen Generalbevollmächtigten bestellen dürfen, wenn er sich den Widerruf vorbehält. Nach *Staudinger/Reimann* (§ 2218 BGB Rdnr. 12) kann der Testamentsvollstrecker Generalvollmacht immer dann erteilen, wenn der Erblasser eine solche Bevollmächtigung letztwillig nicht untersagt hat, muß sich jedoch das Recht des jederzeitigen Widerrufs vorbehalten (ebenso *Erman/Hense/Schmidt* § 2218 BGB Rdnr. 2). *Brandner* (MüKo § 2218 BGB Rdnr. 6) vertritt die Auffassung, daß die Erteilung einer Generalvollmacht dann nicht gegen das Verbot der Amtsübertragung verstoße, wenn dies mit dem Erblasserwillen zu vereinbaren sei. *Soergel/Damrau* (§ 2218 BGB Rdnr. 3) hält eine Generalvollmacht für unproblematisch. *Klumpp* zieht hier zutreffend eine Parallele zum Gesellschaftsrecht, in dem der Grundsatz gilt, daß ein GmbH-Geschäftsführer seine Organstellung nicht durch Generalvollmacht auf Dritte übertragen kann (BGH NJW 1977, 199), schränkt aber gleichzeitig ein, daß sie zwar im rechtsgeschäftlichen Außenverkehr zulässig sei, die Vertretungsmacht aber nicht verdrängen dürfe und widerruflich sein müsse, was der Geschäftsgegner dem einzelnen Geschäft aber nicht ansehen könne (Rdnr. 27). Der Testamentsvollstrecker muß sein Amt höchstpersönlich ausüben und darf weder sein Amt als solches noch einzelne Obliegenheiten einem Dritten derart übertragen, daß er sich der Erledigung seiner Aufgaben entzieht (§ 664 BGB); für einzelne Fälle und Handlungen darf er Bevollmächtigte aufstellen. Die Erteilung einer Generalvollmacht ist ihm daher grundsätzlich verwehrt, soweit nicht der Erblasserwille etwas anderes ergibt (*Haegle/Winkler* Rdnr. 468; ebenso *Schlüter*, Erbrecht, § 42 XII 2 b; *Kipp/Coing*, Erbrecht § 73 II 5 b). Der Notar sollte also, wenn er eine solche Vollmacht zu beurkunden hat, oder wenn bei einer Beurkundung aufgrund einer solchen Vollmacht gehandelt wird, besondere Vorsicht walten lassen. Praktisch unbestritten ist, daß mit der Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes auch jede vom Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht erlischt (Rdnr. 29); der Notar hat also bei einer Beurkundung, bei der eine von einem Testamentsvollstrecker bevollmächtigte Person auftritt, im Rahmen der Prüfung des Bestehens der Vollmacht auch den Fortbestand des Testamentsvollstreckeramtes zu überprüfen.

Die Schwerpunkte des Buchs liegen in den für den Notar weniger bedeutsamen Kapiteln über die Testamentsvollstreckung im Steuerrecht von *Piltz*, über die internationale Testamentsvollstreckung von *Gottwald* und *Haas* und über die Vergütung des Testamentsvollstreckers und ihre Besteuerung von *Eckelskemper*. Auch hier werden in bewundernswerter Akribie alle Einzelfragen dargestellt und für den Benutzer übersichtlich aufbereitet, so etwa von *Piltz* die vor dem Erbfall (Rdnr. 10 ff.), durch den Erbfall (Rdnr. 42 ff.) und nach dem Erbfall entstandenen Steuern (Rdnr. 90 ff.). Behandelt sind auch die verschiedenen Regelungen der Abzugsfähigkeit der Testamentsvollstrecker-Gebühren im Rahmen der Erbschafts-, Einkommens-, Vermögens-, Gewerbe- und Umsatzsteuer (Rdnr. 146–166).

Bei der internationalen Testamentsvollstreckung trennen die Autoren zwischen den Statutfragen der Testamentsvollstreckung (Rdnr. 1–55), dem Länderbericht (Rdnr. 56–217) und dem Verfahrensrecht (Rdnr. 218–250). Für den Notar zu beachten ist dabei vor allem die Möglichkeit, daß ausländische Erblasser gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB für ihr im Inland belegenes unbewegliches Vermögen — und damit auch für die sich darauf erstreckende Testamentsvollstreckung — in der Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen können. Wenn in Rdnr. 17 darauf hingewiesen wird, daß Art. 5 des Haager Erbrechtsübereinkommens vom 1. 8. 1989 demgegenüber eine weitergehende Rechtswahl gestattet, der Erblasser nämlich zwischen dem Heimatrecht und dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt wählen könne, so sollte auch hier und nicht nur in Rdnr. 8 (nicht 5!) vermerkt werden, daß dieses für die Bundesrepublik Deutschland nicht in Kraft ist. Ausführungen zum interlokalen und internationalen Erbrecht im Hinblick auf die ehemalige DDR und die Auswirkungen des Einigungsvertrags (Rdnr. 46 ff.) vervollständigen die Darstellung. Verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf ausländisches Recht, so ist nach Art. 4 Abs. 1 EGBGB auch dessen IPR anzuwenden. Daher umfaßt die Darstellung der einzelnen nationalen Rechtsordnungen zum einen die autonomen und internationalen Kollisionsnormen der betreffenden Länder und zum anderen die Vorschriften der Testamentsvollstreckung. Dieser Länderbericht stellt die Vorschriften der in der Praxis häufig vorkommenden Länder dar, wie Belgien, Frankreich, Großbritannien, die GUS-Staaten, Italien, Luxemburg, Österreich, Polen, Rumänien, Schweiz, Slowakei und Tschechien, USA. Soweit dieser Länderbericht eine Darstellung einer nationalen Rechtsordnung nicht enthält, wird auf *Ferid-Firsching*, Internationales Erbrecht, verwiesen. Zwei Beispielsfälle, nämlich ein deutsch-schweizerischer Erbfall (Rdnr. 251) und ein deutsch-österreichischer Erbfall (Rdnr. 259), veranschaulichen diese Ausführungen. Soweit ersichtlich, gibt es auf dem Gebiet der internationalen Testamentsvollstreckung nichts Vergleichbares; für jeden, der mit Testamentsvollstreckung im internationalen Bereich zu tun hat, ist die Darstellung unentbehrlich.

Bei der Vergütung des Testamentsvollstreckers hat sich bis heute keine einheitliche Meinung herausgebildet. Bereits im Jahr 1925 hat der Verein für das Notariat in Rheinpreußen eine Zahlentabelle hierfür veröffentlicht (DNotZ 1925, 623). Sie hat in der Praxis größte Beachtung gefunden. Bei der Diskussion um eine Erhöhung dieser Tabelle vertreten der BGH (NJW 1967, 2402) und ein Teil der führenden Kommentarliteratur die Auffassung, es lasse sich nicht mit Rücksicht auf die geänderten Zeitverhältnisse sagen, daß die Richtsätze wesentlich erhöht werden müßten. Dagegen wird im Spezialschrifttum überwiegend die Auffassung vertreten, im Hinblick auf die komplizierter gewordenen Verhältnisse seien allgemein gewisse Zuschläge zu diesen Sätzen zu machen (vgl. *Eckelskemper*, MittRhNotK 1981, 148; *Haegle/Winkler* Rdnr. 581 Fn 2, 4). Im Vordringen begriffen ist die *Möhring'sche* Tabelle, die sich zwischen 7,5% aus der Aktivmasse des verwalteten Vermögens bei Kleinnachlässen und 2,81% aus der Aktivmasse des verwalteten Vermögens für Großnachlässe bewegt. *Eckelskemper* selbst schlägt im Hinblick darauf, daß sich die Lebenshaltungskosten seit 1925 in absehbarer Zeit verfünffacht haben werden, eine eigene Tabelle vor und geht bei einem Nachlaßwert bis zu 100.000,00 DM von 4%, für einen Mehrbetrag bis zu 500.000,00 DM von 3%, für einen weite-

ren Mehrbetrag bis zu 5 Millionen von 2% und für Werte darüberhinaus von 1% aus (Rdnr. 43). Er schlägt darüberhinaus vor, soweit es sich um arbeitsaufwendige Nachlässe handelt, diese Normalvergütung nach Stundensätzen zu erhöhen (Rdnr. 45 ff.).

Mit dem Berufsrecht der Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer befaßt sich *Stockebrand* im 11. Kapitel. Gerade in letzter Zeit sind in der Rechtsprechung Entscheidungen zu beurkundungsrechtlichen Sonderfragen ergangen, auf die der Autor ausführlich eingeht. Gem. §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG darf der Notar nicht an einer Beurkundung mitwirken, wenn er in der von ihm protokollierten letztwilligen Verfügung zum Testamentsvollstrecker ernannt wird. Der Erblasser kann aber mit einem eigenhändigen Ergänzungstestament den Notar, der seinen letzten Willen im übrigen beurkundet hat, zum Testamentsvollstrecker ernennen (OLG Oldenburg DNotZ 1990, 431); *Stockebrand* rät davon ab, dieses privatschriftliche Ergänzungstestament zusammen mit dem notariellen Testament zu verschließen und in die besondere amtliche Verwahrung zu geben, da gem. § 34 BeurkG der Testamentsumschlag „Zubehör“ der Testamentsurkunde sei und die Nichtigkeit, die aus einer Mißachtung der §§ 27, 7 BeurkG folgt, sich u. U. auch auf das privatschriftliche Ergänzungstestament erstrecken und damit den letzten Willen des Erblassers theoretisch gefährden könne (Rdnr. 31). Hat der Notar nur den Wunsch des Erblassers an das Nachlaßgericht beurkundet, nach Möglichkeit ihn zu berufen, so ist dies wirksam; das Nachlaßgericht kann auf Ersuchen des Erblassers den Notar zum Testamentsvollstrecker ernennen (OLG Stuttgart OLGZ 1990, 14 = DNotZ 1990, 430). Die Beurkundung durch den Notar-Sozius wird in Praxis und Literatur für unbedenklich angesehen. Will man allerdings den beurkundungsrechtlich sichersten Weg gehen, so rät *Stockebrand* dazu, die Entscheidung des OLG Oldenburg (DNotZ 1990, 431) zu berücksichtigen, die eine solche Testamentsvollstreckerernennung des Sozius dann für unwirksam ansieht, wenn der Urkundsnotar in Sozietät mit dem ernannten Testaments-

vollstrecker verbunden ist und an der Testamentsvollstreckervergütung über die Sozietätseinkünfte demnächst beteiligt ist, da das Gericht den Begriff des „rechtlichen Vorteils“, von dem § 7 BeurkG ausgeht, mit dem des wirtschaftlichen Vorteils verwechselt (Rdnr. 32). Besteht auch kein gesetzliches Verbot der Beurkundung für Sozius, so muß jedoch schon der Anschein nicht gegebener Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vermieden werden (Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 11. 5. 1985, Rdnr. 42). *Stockebrand* rät daher hiervon gänzlich ab, von einfach gelagerten Fällen vielleicht abgesehen (Rdnr. 43).

Mit Fragen der Haftung des Testamentsvollstreckers befaßt sich im 12. Kapitel *Riederer v. Paar*. Bemerkenswert ist sein Vorschlag, die Rechtsprechung des BGH, der für die Ersatzansprüche der Beteiligten gegen den Konkursverwalter nach § 82 KO die Verjährungsfrist des § 852 BGB entsprechend anwendet (BGH NJW, 1985, 1161), auch auf die Haftung des Testamentsvollstreckers zu übertragen (Rdnr. 70).

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß das Handbuch in bewundernswerter Akribie alle Fragen, die im Rahmen einer Testamentsvollstreckung auftauchen, umfassend behandelt. Neben allgemeinen Fragen stellt es auch schwierige Einzelprobleme dar, z. B. den Komplex der Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht. Bei der Vielzahl der Autoren lassen sich Wiederholungen nicht ganz vermeiden. \*) Ein umfangreiches Sachverzeichnis erleichtert dem Benutzer die Arbeit mit dem Buch ebenso wie zahlreiche Formulierungsvorschläge. Das Werk stellt eine Bereicherung der Literatur zum Testamentsvollstreckungsrecht dar und sollte in keiner einschlägigen Praxis fehlen.

\*) Z. B. zu Fragen des § 181 BGB 2. Kap. Rdnr. 56–58 und 4. Kap. Rdnr. 1160–186, zur Testamentsvollstreckung im Handelsrecht 2. Kap. Rdnr. 30–33, 3. Kap. Rdnr. 82–89 und 5. Kap. Rdnr. 109–265, zu Beurkundungsfragen 2. Kap. Rdnr. 191–195 und 11. Kap. Rdnr. 29–33, zur Vor- und Nacherbschaft 4. Kap. Rdnr. 192–212 und 5. Kap. Rdnr. 266–292.

# Zur grundbuchmäßigen Behandlung von Stellplätzen in Doppelstockgaragen\*

Von Notar Dr. Johann Frank, Greding

Angesichts einer sich immer stärker verdichtenden Bebauung, der anhaltenden Nachfrage nach Wohnraum und des begrenzten Angebots an entsprechendem Bauland stellt sich bei Neubaumaßnahmen regelmäßig die Frage, wie die für die Baumaßnahme notwendigen Kfz-Stellplätze geschaffen werden können. Darüber hinaus sehen die Bauordnungen aller Bundesländer vor, daß bei der Errichtung von baulichen Anlagen Stellplätze in ausreichender Zahl und Größe und in geeigneter Beschaffenheit herzustellen sind<sup>1</sup>. Nicht selten werden bei Bauträgermaßnahmen je Wohneinheit zwei Stellplätze verlangt, was vor allem in Ballungsgebieten zu erheblichen Schwierigkeiten bei der praktischen Realisierung führt. Aus diesem Grund werden in letzter Zeit vermehrt und v. a. bei Mehrfamilienwohnhäusern, die von Bauträgern errichtet werden, Kfz-Stellplätze in sog. Duplexgaragen mit einer Hebebühne, welche die Einstellmöglichkeit von zwei Fahrzeugen auf geringem Raum ermöglicht, errichtet. Die rechtliche Ausgestaltung und Veräußerung von Stellplätzen in solchen Doppelparkern hat in der notariellen Praxis und bei den Grundbuchämtern zu Problemen geführt, mit denen sich das Bayerische Oberste Landesgericht — soweit ersichtlich — erstmals im Jahr 1974<sup>2</sup> beschäftigen mußte. Die nunmehr vorliegende Entscheidung vom 4. 8. 1994<sup>3</sup> bringt zusammen mit einem weiterem Beschluß vom 21. 7. 1994<sup>4</sup> weitere Klarheit für die praktische Handhabung, wenngleich noch nicht alle Fragen geklärt sind.

## I. Gestaltungsmöglichkeiten bei Doppelstockgaragenstellplätzen

Wenn im Zusammenhang mit einer Baumaßnahme Doppelparkerstellplätze an verschiedene Berechtigte veräußert werden sollen, stellt sich für den Notar bereits bei der rechtlichen Konzeption des Gesamtvorhabens, insbesondere bei der Ausarbeitung der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung die Frage, wie die rechtlichen Verhältnisse an den Doppelparkerstellplätzen geregelt werden sollen<sup>5</sup>.

### 1. Doppelparker als eigenes Grundstück

Wenn Doppelparkgaragen nicht auf dem Grundstück der Wohnanlage liegen, sondern z. B. auf einem angrenzenden oder auf der anderen Straßenseite gelegenen Grundstück errichtet werden, können die einzelnen Garagenparzellen als eigene Grundstücke vermessen und rechtlich gesondert

veräußert werden. Die Stellplatzgrundstücke sind dann nicht in die Eigentümergemeinschaft eingegliedert. Eine solche Lösung erfordert zunächst die rechtliche Zulässigkeit der Grundstücksteilung und die anschließende Vermessung in einzelne Parzellen, was v. a. bei Einzelgaragen nicht selten geschieht. Bei Doppelparkern, deren Stellplätze an unterschiedliche Berechtigte übertragen werden sollen, ergeben sich jedoch weitere Probleme, da die Aufteilung — mangels Grundstückseigenschaft des einzelnen Einstellplatzes — zwischen den beiden Nutzungsberechtigten erfolgen muß. Dies geschieht in der Praxis in der Weise, daß jeder Nutzer einen ideellen Miteigentumsanteil an der Duplex-Garage erwirbt und zusammen mit dem anderen Miteigentümer eine nach § 1010 BGB verdinglichte Verwaltungs- und Benutzungsregelung trifft. Hierbei stellen sich dann die gleichen Probleme wie beim Miteigentum an der Garage als Sondereigentumseinheit (dazu unten II).

### 2. Duplex-Garage innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft

Wenn die Duplex-Garagen nicht separat vermessen werden können (z. B. weil die Grundstücksteilung nicht genehmigt wird oder die Garagen sich innerhalb des Wohngebäudes — insbesondere der Tiefgarage — befinden) oder sollen (z. B. um eine Zersplitterung des Grundbesitzes zu vermeiden), ist die Regelung der Eigentumsverhältnisse hieran schon in der Teilungserklärung vorzubereiten, wobei sich wiederum mehrere Möglichkeiten ergeben:

#### a) Sondereigentum am einzelnen Einstellplatz

Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur verneinen die Sondereigentumsfähigkeit des einzelnen Stellplatzes in der Duplex-Garage, weil dieser nicht abgeschlossen i. S. v. § 3 Abs. 2 WEG sei<sup>6</sup>. Die notarielle Praxis hat sich dieser Ansicht wohl weitgehend angeschlossen, obwohl für die Sondereigentumsfähigkeit gewichtige Gründe sprechen:

Auch der Doppelparkerstellplatz stellt einen abgeschlossenen Raum dar, dessen Abgrenzung dauerhafter und eindeutiger ist als bei einem Tiefgaragenstellplatz, dessen Abgeschlossenheit nach § 3 Abs. 2 S. 2 WEG fingiert wird, wenn die Fläche durch eine dauerhafte Markierung ersichtlich ist. Daß der Luftraum über dem räumlich umgrenzten Stellplatz alternativ genutzt werden kann, steht der Sondereigentumsfähigkeit nicht entgegen<sup>7</sup>. Für die Gegenansicht spricht letztlich auch, daß sich die nachfolgend dargestellten Probleme der Buchung der einzelnen Stellplätze nicht stellen würden, wenn der einzelne Stellplatz sondereigentumsfähig wäre.

\* Anmerkungen zu den Beschlüssen des BayObLG vom 21. 7. 1994 — 2 Z BR 56/94 (MittBayNot 1994, 438) und vom 4. 8. 1994 — 2 Z BR 76/94 (in diesem Heft S. 538).

<sup>1</sup> Vgl. z. B. in Bayern Art. 58 BayBO und im übrigen *Grziwotz*, Baulanderschließung (1993), S. 130.

<sup>2</sup> BayObLGZ 1974, 466 = MittBayNot 1974, 216 = DNotZ 1976, 28.

<sup>3</sup> MittBayNot 1994 (in diesem Heft), S. 538 = DNotI-Report 18/1994, 4.

<sup>4</sup> MittBayNot 1994, 438 = DNotI-Report 18/1994, 4.

<sup>5</sup> Vgl. insbes. die Übersicht von *Schmidt*, in Münchener Vertragshandbuch, Band 4, Bürgerliches Recht, 2. Halbband, 3. Aufl. 1992 (nachfolgend Vertragshandbuch), Form. IX.1., Anm. 15.

<sup>6</sup> BayObLGZ 1974, 466; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1978, 85; *Noack*, RPflegler 1976, 5; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann/Ertl/Albrecht*, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991 (nachfolgend KEHE/Bearbeiter) Einl. E 33; *Palandt/Bassenge*, BGB, 53. Aufl. 1994, § 3 WEG Rdnr. 7; *Erman/Gantzen*, BGB, 9. Aufl. 1993, § 3 WEG Rdnr. 5a; a. M. *MünchKomm/Röll*, BGB, 2. Aufl., § 3 WEG Rdnr. 34; *Gleichmann*, RPflegler 1988, 10; *Linderhaus*, MittRhNotK 1978, 86; *Sauren*, MittRhNotK 1982, 213; *Haegele/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rdnr. 2836; *Schmidt*, Vertragshandbuch, a. a. O. (Fn. 5).

<sup>7</sup> So zu Recht *Haegele/Schöner/Stöber*; *Röll*, je a. a. O.

Schmidt<sup>8</sup> vertritt die Meinung, daß der einzelne Stellplatz — ähnlich wie Kellerräume — dann sondereigentumsfähig ist, wenn er mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung verbunden wird. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, weil auch für Annexräume das Erfordernis der Abgeschlossenheit gilt<sup>9</sup> und die Frage der Sondereigentumsfähigkeit nur einheitlich beantwortet werden kann.

#### b) Sondereigentum an der gesamten Duplex-Garage

Da nach der Rechtsprechung Sondereigentum nur an der gesamten Duplex-Garage möglich ist, können unterschiedliche Eigentumsverhältnisse hieran nur durch Miteigentum nach (gleichen) Bruchteilen begründet werden. Um die getrennte Benutzung sicherzustellen, sind verschiedene Wege denkbar.

##### (1) Gebrauchsregelung nach § 1010 BGB

Die in der Praxis wohl am häufigsten gewählte Regelung besteht darin, daß die (künftigen) Eigentümer der Garage das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausschließen und zugleich eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach §§ 745, 1010 BGB treffen. Hierzu hat das BayObLG den Kreis der nach § 1010 BGB verdinglichten Regelungsmöglichkeiten in einer Entscheidung vom 30. 7. 1992<sup>10</sup> in einer für die Praxis entgegenkommenden Weise erheblich ausgeweitet, nachdem bisher im Hinblick auf den Wortlaut („Verwaltung und Benutzung“) streitig war, in welchem Umfang Miteigentümerregelungen möglich waren. Nach der Rechtsprechung des BayObLG ist es nunmehr auch zulässig, verdinglichte Regelungen über die in der Praxis wichtige Kosten- und Lastentragung zu treffen. Solange hierzu keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt und die Frage in der Literatur kontrovers behandelt wird, stellt dies (neben den nachstehend in Ziff. II behandelten Buchungsproblemen) eine weitere Schwäche der Bildung von Miteigentumsanteilen dar. Als alternative (und sichere) Regelung bietet sich hier nur die Möglichkeit an, im Rahmen der Benutzungsregelung die weitere Nutzung durch den Begünstigten von der *Bedingung* abhängig zu machen, daß er sich an Kosten und Lasten wie vereinbart beteiligt.

##### (2) Gebrauchsregelung nach § 15 WEG

Nach § 15 WEG haben die Wohnungseigentümer die Möglichkeit, „den Gebrauch des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums durch Vereinbarung zu regeln“. In Anlehnung an die zur Gebrauchsregelung hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums weit verbreiteten und anerkannten sog. *Sondernutzungsrechte*<sup>11</sup> stellt sich hierbei die Frage, ob Gebrauchsregelungen auch am Sondereigentum „Duplex-Garage“ möglich sind<sup>12</sup>. Hierzu hat das

BayObLG im Beschluß vom 21. 7. 1994 (MittBayNot 1994, 438) zutreffend entschieden, daß die Möglichkeit einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 BGB eine Gebrauchsregelung nach § 15 WEG nicht ausschließt. Bereits der Wortlaut läßt eine solche Regelung zu. Fraglich ist allerdings — dies kommt im Beschluß nicht klar zum Ausdruck —, ob eine solche Regelung wie im Rahmen des § 1010 BGB nur von den an der Doppelstockgarage Berechtigten getroffen werden kann oder hierzu eine Mitwirkung aller Wohnungseigentümer nötig ist. Dies ist im letzteren Sinn zu entscheiden, da auch eine Gebrauchsregelung bezüglich des Sondereigentums einen Teil der Gemeinschaftsordnung darstellt und nur von allen Wohnungseigentümern gemeinsam vereinbart werden kann. Daran schließt sich die weitere Fragestellung an, ob eine solche wirksame Regelung zu einem „Sondernutzungsrecht am Sondereigentum“<sup>13</sup> führt, was vom BayObLG verneint wird. Sondernutzungsrechte werden herkömmlicherweise als Nutzungsbefugnisse am Gemeinschaftseigentum verstanden<sup>14</sup>. Die hierzu entwickelten Grundsätze lassen sich jedoch auch auf Nutzungsregelungen hinsichtlich des Sondereigentums anwenden, denn auch hier ist eine isolierte Übertragung der Nutzungsbefugnis (z. B. ein Stellplatzwechsel) zwischen den Berechtigten am Sondereigentum ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer und deren dinglichen Berechtigten möglich<sup>15</sup>. Das gleiche gilt für eine Aufhebung des Nutzungsrechts. Auch das vom BayObLG angeführte Beispiel von Streitigkeiten zwischen den Nutzungsberechtigten paßt zu einer solchen Betrachtung als Sondernutzungsrecht am Wohnungseigentum.

Nach alledem ist es auch zulässig, den Gebrauch am Sondereigentum Duplex-Garage nach § 15 WEG zu regeln. Der aufteilende Eigentümer, insbesondere der Bauträger, kann sich bei der Aufteilung das Recht vorbehalten, die Zuweisung der einzelnen Stellplätze im Zusammenhang mit der Veräußerung der einzelnen Miteigentumsanteile an den Duplex-Garagen ohne Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer und Inhaber beschränkt dinglicher Rechte vorzunehmen<sup>16</sup>.

Die Vorteile einer solchen Regelung liegen auf der Hand: Sie kommt zunächst dem Interesse des Bauträgers entgegen, der sich hinsichtlich der Verteilung der Stellplätze noch nicht endgültig festlegen will und deren Zuweisung erst beim Verkauf der Wohnungen vornimmt. Die Zuweisung kann darüber hinaus — ohne daß eine spätere Miteigentümergeinschaft nötig ist — sofort im Grundbuch eingetragen werden und dadurch dem Erwerber eine sofortige Sicherheit geben.

#### c) Duplex-Garage im Gemeinschaftseigentum

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit besteht darin, kein Sondereigentum an den Duplex-Garagen zu begründen, sondern sie im Gemeinschaftseigentum zu belassen und deren Gebrauch und die Zuweisung der einzelnen Einstellplätze

<sup>8</sup> Vertragshandbuch, a. a. O. (Fn. 5).

<sup>9</sup> Vgl. z. B. für Kellerräume: MünchKomm/Röll, § 5 WEG Rdnr. 20.

<sup>10</sup> MittBayNot 1992, 333 mit Nachw. zum Meinungsstand; a. M. z. B. Staudinger/Gursky, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Bearb. 1993, § 1010 Rdnr. 15.

<sup>11</sup> BGHZ 73, 145/147.

<sup>12</sup> Die Zulässigkeit einer Nutzungsregelung nach § 15 WEG für mehrere Berechtigte einer Sondereigentumsseinheit (z. B. Tiefgarage) wurde z. B. bejaht von LG München I MittBayNot 1971, 242; LG München II MittBayNot 1988, 78; v. Heynitz, DNotZ 1971, 645/654; Staudenmaier, BWNZ 1975, 170/172; Ertl, RPflegler 1979, 81; Haegle/Schöner/Stöber Rdnr. 2836; a. M. Stumpp, MittBayNot 1971, 10; LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 163 und die vom BayObLG angegebenen weiteren Fundstellen.

<sup>13</sup> Zu diesem Begriff: Ertl, DNotZ 1988, 4/11; Schmidt, Vertragshandbuch a. a. O. Anm. 15 (1) c; Haegle/Schöner/Stöber Rdnr. 2836.

<sup>14</sup> KEHE/Ertl/Albrecht, Einl. E 82.

<sup>15</sup> Eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer wäre allerdings notwendig, wenn das Nutzungsrecht an einen anderen Wohnungseigentümer übertragen werden soll, der nicht zu den Eigentümern des Sondereigentums gehört, vgl. Ertl, DNotZ 1988, 4/12.

<sup>16</sup> Entsprechend den Grundsätzen der Entscheidungen des BayObLG MittBayNot 1985, 74; 1986, 24.

durch Sondernutzungsrechte zu regeln<sup>17</sup>. In der Gemeinschaftsordnung müssen in diesem Fall die Instandhaltungs-, Unterhaltungspflichten und laufenden Kosten ausschließlich den Stellplatzberechtigten zugewiesen werden, um die Belastung der übrigen Miteigentümer zu vermeiden. Die Sondernutzungsrechtslösung hat neben den oben b (2) genannten Gesichtspunkten v. a. den Vorteil, daß eine Veräußerung von Miteigentumsanteilen entfällt, dadurch die Anzahl der Sondereigentumseinheiten geringer ist und die nachfolgend behandelten Buchungsprobleme entfallen.

## II. Zur grundbuchmäßigen Behandlung von Miteigentumsanteilen an der Duplex-Garage

Wenn die Duplex-Garage nach Miteigentumsanteilen an verschiedene Berechtigte veräußert wird — sei es als Sondereigentum oder selbständiges Grundstück —, ergeben sich bei der praktischen Umsetzung eine Reihe von Problemen. Das Ziel sollte hierbei immer sein, eine möglichst einfache und unkomplizierte Handhabung zu ermöglichen.

### 1. Buchung der Miteigentumsanteile

#### a) Gesetzliche Regelung

Für Grundstücke im Miteigentum mehrerer Eigentümer ist grundsätzlich ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen und zu führen. Nach der bis 25. 12. 1993 geltenden Regelung konnte nach § 3 Abs. 3 GBO ein solches Grundstück, das den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke zu dienen bestimmt ist, unter bestimmten Voraussetzungen auf dem Bestandsblatt dieser anderen Grundstücke jeweils mit dem entsprechenden Miteigentumsanteil mitgebucht werden. Der Gesetzgeber hat im Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz (RegVBG, BGBl. 1993 I, 2181) diese Buchung von Miteigentumsanteilen noch weiter vereinfacht, die jetzt unter folgenden Voraussetzungen möglich ist:

Das dienende Grundstück muß

(1) den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke zu dienen bestimmt sein (nach der bisherigen Regelung mußte es darüber hinaus von geringer wirtschaftlicher Bedeutung sein, was v. a. bei Stellplatzgrundstücken zweifelhaft sein konnte),

(2) in einem der wirtschaftlichen Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis zu den diesen Grundstücken stehen (wie die bisherige Regelung),

(3) im Miteigentum der Eigentümer dieser Grundstücke stehen (wie die bisherige Regelung).

Weitere (negative) Voraussetzung ist, daß von einer solchen Buchung eine Verwirrung oder wesentliche Erschwerung des Rechtsverkehrs oder der Grundbuchführung nicht zu erwarten ist. Bisher mußte zusätzlich (als weiteres positives Erfordernis) hinzukommen, daß die Buchung der Miteigentumsanteile bei den Miteigentümern der herrschenden Grundstücke zur Erleichterung des Rechtsverkehrs angezeigt und hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist.

Die Neuregelung sieht nunmehr in § 3 Abs. 6 GBO ausdrücklich vor, daß die Buchung der Miteigentumsanteile nach § 3 Abs. 4 und 5 GBO auch zulässig ist, wenn die beteiligten Grundstücke noch einem Eigentümer gehören.

Die Buchung im Eigenbesitz war bisher streitig, wenngleich sie bereits vielfach praktiziert wurde<sup>18</sup>. Die Bestimmung und Zuordnung der Miteigentumsanteile zu den herrschenden Grundstücken stellt keine rechtsgeschäftliche Verfügung dar und unterliegt daher nicht der Form des § 29 GBO<sup>19</sup>.

Die Buchung nach § 3 Abs. 4 GBO steht auch nach der Neuregelung im Ermessen des Grundbuchamts. Ein Antrag (oder gar eine Bewilligung) des Eigentümers ist weder Voraussetzung, noch muß umgekehrt das Grundbuchamt bei einem Antrag entsprechend buchen. Nach § 3 Abs. 7 GBO soll jedoch in der Regel das Grundbuchamt bei der Neubildung von Miteigentumsanteilen nach § 3 Abs. 4 GBO verfahren, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Die Buchung von Miteigentumsanteilen bei den begünstigten Miteigentümern geschieht meist bei Wegeanteilen, Anteilen an einer Tiefgarage (wenn nicht die einzelnen Stellplätze, sondern nur die Tiefgarage im ganzen als Sondereigentum gebildet ist), gemeinsam genutzten Anliegerflächen (z. B. Mülltonnenstellplatz) oder — wie bei der Entscheidung des BayObLG vom 4. 8. 1994 (MittBayNot 1994, in diesem Heft) — an einer Duplex-Garage.

Der Vorteil einer solchen Buchung besteht im wesentlichen darin, daß

- die Führung des Grundbuchs dadurch meist nicht erschwert, sondern im Gegenteil erleichtert wird, insbesondere bei der späteren Beleihung und Veräußerung des Grundstücks und des dienenden Miteigentumsanteils, die regelmäßig zusammen erfolgt<sup>20</sup>.
- die Gefahr des Vergessens solcher Miteigentumsanteile vermindert wird<sup>21</sup>. Gerade wenn den Beteiligten die Existenz eines eigens gebuchten Miteigentumsanteils nicht bekannt ist, kann der Notar aus dem Grundbuch häufig nicht erkennen, ob und wieviele Miteigentumsanteile dem Grundstück bzw. der Wohnung noch zustehen.
- die Belastungen der einzelnen Miteigentumsanteile nicht ohne weiteres den übrigen Miteigentümern offengelegt werden sollen, was bei der Anlegung eines einzelnen Grundbuchblatts für das gemeinschaftliche Grundbuch der Fall wäre<sup>22</sup>.

#### b) Offene Fragen

Wie der Beschluß des BayObLG vom 4. 8. 1994 zeigt, der bereits zur Neufassung des § 3 GBO ergangen ist, bestehen nach wie vor bei der praktischen Anwendung offene Fragen, die im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt sind. Sie sollen hier anhand des Duplexgaragen-Falles behandelt werden:

(1) Nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, ob auch Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten „herr-

<sup>18</sup> BayObLGZ 1974, 466/471; OLG Köln OLGZ 1982, 141; AG München MittBayNot 1972, 237; *Haegele/Schöner/Stöber*, a. a. O. Rdnr. 590; *KEHE/Eickmann*, § 3 Rdnr. 15; a. M. *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl. 1993, § 3 Rdnr. 37; LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1971, 87.

<sup>19</sup> Grundbuch-Info Nr. 3, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz Nr. 3/1994, S. 12.

<sup>20</sup> Vgl. bereits BayObLGZ 1974, 466/471.

<sup>21</sup> *Vossius*, MittBayNot 1994, 10/11.

<sup>22</sup> Grundbuch-Info, a. a. O. (Fn. 19), S. 11 f.

<sup>17</sup> *Schmidt*, a. a. O. (Fn 5) Anm. 15 (3).

schende“ oder „dienende“ Grundstücke i. S. v. § 3 Abs. 4 GBO sein können. Wie schon bei der bisherigen Fassung wird dies jedoch von der ganz h. M. zu Recht bejaht<sup>23</sup>.

Wenn Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten „andere Grundstücke“ i. S. v. § 3 Abs. 4 GBO sein können, ist die Buchung von Miteigentumsanteilen danach auch dann zulässig, wenn das gemeinschaftliche Grundstück oder Teileigentum nicht allen Wohnungseigentümern gehört, sondern nur einzelnen Berechtigten der Eigentümergemeinschaft.

(2) Ob die sonstigen Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 GBO für eine Duplex-Garage vorliegen, hat das BayObLG in seiner neuen Entscheidung offengelassen, in BayObLGZ 1974, 466, 471 jedoch für zulässig erachtet. Auch nach der Neufassung von § 3 Abs. 4 GBO ist das Buchungsverfahren in einem solchen Fall als zulässig und zweckmäßig anzusehen. Die Duplex-Garage dient den wirtschaftlichen Zwecken der Einheiten, in deren Miteigentum sie steht. Nach heutiger Verkehrsanschauung ist die Abstellmöglichkeit für ein Kfz ein wesentlicher wertbestimmender Faktor einer Wohnung. Nach dem Gesetz ist eine rechtliche Verknüpfung nicht erforderlich, so daß die — theoretische — Möglichkeit einer getrennten Verfügung über Wohnung und Stellplatz außer Ansatz bleiben muß. Auch das Argument, der Stellplatz könne ja auch anderen Wohnungen in derselben Anlage dienen, kann nicht entscheidend sein, denn nach dem Gesetzeswortlaut genügt es, daß das dienende Grundstück den wirtschaftlichen Zwecken der herrschenden Grundstücke „zu dienen bestimmt ist“, was nur aufgrund einer entsprechenden „Widmung“ und damit einer rein subjektiven Entscheidung der beteiligten Eigentümer möglich ist. Auch bei der Aufteilung im Eigenbesitz überläßt § 3 Abs. 6 GBO die Zuordnung allein der Erklärung der Eigentümer.

Das Erfordernis des räumlichen Verhältnisses ist bei Duplex-Garagen immer erfüllt, wenn sich diese im gleichen Gebäude oder einem angrenzenden Grundstück befinden. Hierbei wird man bei Kfz-Stellplätzen im übrigen keine strengen Anforderungen stellen dürfen, weil bereits nach dem Gesetzeswortlaut dieses räumliche Verhältnis nur der dienenden Funktion „entsprechen“ muß und bei Kfz-Stellplätzen auch eine weitere Entfernung als z. B. bei Mülltonnenstellplätzen oder Anliegerwegen genügen muß.

(3) Teilweise Buchung von Miteigentumsanteilen nach § 3 Abs. 4 GBO

Die für den Beschluß des BayObLG vom 4. 8. 1994 entscheidende Frage war, ob es zulässig ist, ein Grundstück nur teilweise nach § 3 Abs. 4 GBO zu buchen, soweit eine Zuweisung durch den teilenden Eigentümer erfolgt ist, im übrigen aber das Grundbuch für das dienende Grundstück beizubehalten. Diese Frage hat das BayObLG m. E. zu Recht verneint und somit einer stufenweisen Abspaltung von Miteigentumsanteilen den Weg versperrt. Die Entscheidung mag zwar auf den ersten Blick praxisfeindlich wirken, im Ergebnis bestehen aber auch bei der schrittweisen Zuordnung von Miteigentumsanteilen keine Schwierigkeiten bei einer späteren Realisierung (vgl. nachfolgend 4).

<sup>23</sup> Horber/Demharter, § 3 Rdnr. 37 sowie die Nachweise in der Entscheidung des BayObLG MittBayNot 1994 (in diesem Heft S. 538).

Die GBO sieht die Buchung eines Grundstückes in Miteigentumsanteilen nur einheitlich entweder auf einem besonderen Grundbuchblatt oder nach § 3 Abs. 4 GBO vor. Eine Misch-Buchung ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung im Schrifttum nicht möglich<sup>24</sup>.

Bei einer nur teilweisen Buchung würde es nicht nur daran fehlen, daß die dienende Funktion für mehrere andere Grundstücke oder Wohnungseigentumseinheiten nicht gegeben ist. § 3 Abs. 8 GBO sieht ausdrücklich die Pflicht zur Anlegung eines eigenen Grundbuchblattes vor, wenn die Anteile am dienenden Grundstück nicht mehr (ganz oder teilweise) den Eigentümern der herrschenden Grundstücke zustehen.

(4) Änderung der Zuordnung, „Parken“ von Anteilen

Bei der erstmaligen Veräußerung von Wohneinheiten ergibt sich häufig der Wunsch oder das Bedürfnis, die Zuweisung der Stellplätze noch offen zu halten und erst im Zusammenhang mit dem jeweiligen Verkauf festzulegen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang weiter, ob und in welchem Umfang die Zuordnung der Miteigentumsanteile zu bestimmten herrschenden Grundstücken wieder geändert werden kann, z. B. weil ein Miteigentumsanteil an der Duplex-Garage später an einen anderen Erwerber als den Erwerber der Wohnung veräußert wird, bei welcher der Miteigentumsanteil gebucht ist. Aus § 3 Abs. 8 GBO kann nicht gefolgert werden, daß dann ohne weiteres ein selbständiges Grundbuchblatt angelegt werden müßte. Bleibt eine Zuordnung zu einem herrschenden Grundstück weiterhin möglich, kann (und muß)<sup>25</sup> die Buchung beim bisher herrschenden Grundstück berichtet werden.

Nachdem die GBO die Zuordnung der Miteigentumsanteile nicht von objektiven Merkmalen, sondern der wirtschaftlichen Zweckbestimmung bzw. der Zuordnung durch den teilenden Eigentümer abhängig gemacht hat, muß es auch möglich sein, bei einer schrittweisen Veräußerung der Miteigentumsanteile am Doppelparker den noch nicht veräußerten Anteil bei einer anderen Wohnung zu „parken“ und erst später dem eigentlich berechtigten Eigentümer zuzuweisen<sup>26</sup>. Auch hier sind die Voraussetzungen nach § 3 Abs. 6 GBO erfüllt, denn solange der nicht veräußerte Anteil bei einer Einheit des aufteilenden Eigentümers verbleibt, ist er diesem „zugeordnet“, was — wie oben ausgeführt — später geändert werden kann. Damit ergibt sich auch eine Lösung für den vom BayObLG entschiedenen Fall: Der Eigentümer hätte den nicht veräußerten Anteil an der Duplex-Garage vorläufig einer anderen Wohnung zuordnen und diese Zuordnung später bei Bedarf ändern müssen. Der Nachteil liegt freilich darin, daß eine endgültige Zuordnung erst später möglich ist und in der Zwischenzeit weitere (vorläufige) Änderungen notwendig werden können<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Haegle/Schöner/Stöber, Rdnr. 590; KEHE/Eickmann, § 3 Rdnr. 15; vgl. auch LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1971, 87.

<sup>25</sup> Weil ansonsten Verwirrung i. S. v. § 3 Abs. 4 GBO eintreten würde.

<sup>26</sup> Zweifelnd Vossius, MittBayNot 1994, 10/11.

<sup>27</sup> Diesen Nachteil hätte auch die alternative Möglichkeit, für die Duplex-Garage zunächst ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen und die Buchung nach § 3 Abs. 3 GBO erst nach der endgültigen Zuweisung vorzunehmen.

## 2. Belastung des unselbständig gebuchten Miteigentumsanteils

Werden im Zusammenhang mit einer Baumaßnahme Miteigentumsanteile an Gemeinschaftsgrundstücken gebildet und veräußert, kommen an diesen regelmäßig Belastungen zur Eintragung, und zwar in Abt. II der Ausschluß des Rechts auf Aufhebung der Gemeinschaft sowie Miteigentümergeinschaften zur Regelung der Verwaltung und Benutzung (§ 1010 BGB) und in Abt. III Grundpfandrechte des Erwerbers, weil für die finanzierenden Kreditinstitute die Beleihungssicherheit nur gegeben ist, wenn bei einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme auch der Miteigentumsanteil erfaßt wird. Auch bei solchen Eintragungen, die nicht das Grundstück als solches, sondern den einzelnen Miteigentumsanteil belasten, ergeben sich weitere Probleme:

### a) Miteigentümergeinschaften

Ein entscheidender Nachteil der Bildung von Miteigentumsanteilen ist, daß die i. d. R. notwendigen Miteigentümergeinschaften auch bei einer Buchung nach § 3 Abs. 3 GBO erst eingetragen werden können, wenn zumindest zwei Miteigentümer vorhanden sind. Eine Vereinbarung durch den teilenden Eigentümer (ähnlich wie nach § 8 WEG oder der Grundbucheintragung nach § 3 Abs. 6 GBO) ist in § 1010 BGB nicht vorgesehen und kommt daher nach h. M. nicht in Betracht<sup>28</sup>. Dies gilt auch dann, wenn die Veräußerung der Miteigentumsanteile geplant oder bereits geschehen ist und entsprechende Auflassungsvormerkungen im Grundbuch eingetragen werden.

Weitere Schwächen von Miteigentümergeinschaften ergeben sich auch bei *Zwangsvollstreckungsmaßnahmen* gegen einen Miteigentümer: Dessen Gläubiger kann nämlich unabhängig von abweichenden Miteigentümergeinschaften immer die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern sein Titel nicht nur vorläufig vollstreckbar ist (§ 751 S. 2 BGB). Da im übrigen bei einer Zwangsversteigerung des einzelnen Miteigentumsanteils die zu Lasten dieses Anteils nachrangig eingetragene Miteigentümergeinschaften erlischt<sup>29</sup>, ist es notwendig, diese immer an erster Rangstelle im Grundbuch einzutragen, was auch von den finanzierenden Banken allgemein akzeptiert wird. Da die Eintragung von Grundpfandrechten jedoch bereits vor dem Entstehen einer Miteigentümergeinschaft möglich ist (§ 1114 BGB, dazu unten b)), ergibt sich daraus die Notwendigkeit, die richtige Rangfolge bei der Belastung sicherzustellen. Dafür bieten sich in der Praxis drei Möglichkeiten an:

(1) Die Grundschild wird zunächst nur an der Wohnung eingetragen und erst mit Eigentumsumschreibung am Miteigentumsanteil im Range nach den dann eintragungsfähigen Miteigentümergeinschaften (*Teilvollzug*).

(2) Bei der Grundschildbestellung wird ein *Rangvorbehalt* für die künftigen Miteigentümergeinschaften aufgenommen<sup>30</sup>. Da der Rangvorbehalt vom Eigentümer erklärt werden muß, ist bei den häufig vom Bauträger erteilten

Käuferfinanzierungsvollmachten darauf zu achten, daß die Vollmacht auch den Rangvorbehalt mit umfaßt und sichergestellt wird, daß von der Vollmacht nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn der Rangvorbehalt ausgenutzt wird.

(3) Die erstrangige Eintragung der Vereinbarungen nach § 1010 BGB kann auch durch eine *Vormerkung* nach § 883 BGB gesichert werden, die zusammen mit der Auflassungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Miteigentümers eingetragen wird<sup>31</sup>. Die Vormerkung sichert in diesem Fall einen Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer auf Eintragung der entsprechenden Miteigentümergeinschaft. Daß diese künftige Belastung auch den Anteil des Erwerbers belastet<sup>32</sup> und zugunsten der jeweiligen Eigentümer der anderen Miteigentumsanteile und nicht des Veräußerers wirkt, steht einer Eintragung nicht entgegen<sup>33</sup>, da gesicherter Anspruch und später einzutragendes Recht nicht identisch sein müssen. Zu achten ist jedoch darauf, daß die Vormerkung nicht nur am veräußerten Miteigentumsanteil, sondern am ganzen im künftigen Miteigentum stehenden Grundbesitz (Doppelparker) eingetragen wird, um sicherzustellen, daß die später veräußerten weiteren Miteigentumsanteile nicht vorrangig belastet werden können.

Der gemeinsame Nachteil dieser Lösungen besteht darin, daß — abgesehen von der komplizierteren Abwicklung — die endgültige Grundbucheintragung mit der richtigen Rangfolge immer erst mit Eigentumsumschreibung möglich ist, die bei Bauträgerverträgen oft Jahre nach dem Abschluß des Erwerbsvertrages erfolgt und daher die Gefahr besteht, daß die entsprechenden Eintragungen übersehen werden oder Zwischeneintragungen erfolgt sind.

Freilich gibt es in der Praxis Fälle, in denen Eintragungen in Abt. II als „Eigentümerrechte“ erfolgen. Weitgehend anerkannt ist dies z. B. bei Eigentümerdienstbarkeiten<sup>34</sup> und auch beim Eigentümergebrauch<sup>35</sup>. Soweit ersichtlich, wird § 1010 BGB nur in einem einzigen Fall entsprechend angewendet, in welchem kein Miteigentümergeinschaftsverhältnis besteht, nämlich beim sogenannten Quotenniegebrauch<sup>36</sup>.

Aus den vorstehenden Fällen läßt sich de lege lata jedoch nicht folgern, auch eine erweiternde Anwendung des § 1010 BGB auf selbständig gebuchte Miteigentumsanteile im Alleineigentum eines Eigentümers zuzulassen. Im Fall des Quotenniegebrauchs sind bereits mehrere Personen an der Verwaltung und Nutzung beteiligt. Die Konstruktion der Eigentümerrechte resultiert letztlich daraus, daß bei einer

<sup>28</sup> Z. B. Palandt/Bassenge § 1010 Rdnr. 2; MünchKomm/K. Schmidt, § 1010 Rdnr. 2; Döbler, MittRhNotK 1983, 181/182.

<sup>29</sup> Zeller/Stöber, ZVG, 13. Aufl., § 92 Rdnr. 6.6; Döbler, MittRhNotK 1983, 181/194.

<sup>30</sup> Vossius, MittBayNot 1994, 10/12; Hägele/Schöner/Stöber, Rdnr. 2134.

<sup>31</sup> Schmidt, a. a. O. (Fn 5) Anm. 15 (1) c.

<sup>32</sup> So kann z. B. auch ein Anspruch des Erwerbers einer Grundstücksteilfläche auf Eintragung einer Grundschild zu eigenen Finanzierungszwecken durch Vormerkung gesichert werden (Ertl, MittBayNot 1989, 53/57).

<sup>33</sup> Hier gilt das gleiche wie für einen Anspruch gegen den Veräußerer auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit, der ebenso durch Vormerkung zugunsten einer bestimmten Person gesichert werden kann (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 235; Horber/Demharter, Anh. zu § 44 GBO Rdnr. 145; Amann, in: Beck'sches Notarhandbuch A VII Rdnr. 6).

<sup>34</sup> BGH NJW 1988, 2362; BayObLG MittBayNot 1989, 213; Hägele/Schöner/Stöber, Rdnr. 1123 und 1200; Staudinger/Ring, § 1018 Rdnr. 24; Palandt/Bassenge § 1018 Rdnr. 3.

<sup>35</sup> MünchKomm/Petzoldt, § 1030 Rdnr. 21; Staudinger/Frank, § 1030 Rdnr. 27 ff.

<sup>36</sup> KEHE/Ertl/Albrecht, Einl. D 26; Soergel/Stürner, § 1066 Rdnr. 1 a; Staudinger/Frank, § 1066 Rdnr. 16.

späteren Vereinigung von Dienstbarkeits- und Nießbrauchsberechtigten die Rechte grundsätzlich nicht erlöschen (vgl. nur §§ 889, 1063 BGB), während Miteigentümervereinbarungen ipso iure gegenstandslos werden, wenn die Miteigentümergeinschaft wegfällt<sup>37</sup>.

Freilich wäre es de lege ferenda und aus der Sicht der Praxis dringend zu wünschen, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit von Miteigentümervereinbarungen des aufteilenden Eigentümers zulassen würde<sup>38</sup>. Nicht zuletzt für das Grundbuchamt würde sich daraus eine erhebliche Arbeits-erleichterung ergeben, weil die Eintragung sofort mit der Anlegung der Grundbücher für die Miteigentumsanteile erfolgen könnte und die Notwendigkeit des Teilvollzugs von Grundschulden oder entsprechende Rangvorbehalte entfallen würden.

#### b) Grundpfandrechte

Das Registerverfahrensbeschleunigungsgesetz hat durch eine Änderung des § 1114 BGB eine Erleichterung in der

<sup>37</sup> *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1472; *Palandt/Bassenge*, § 1010 Rdnr. 2.

<sup>38</sup> Ebenso *Vossius*, *MittBayNot* 1994, 10/12, der zutreffend erwähnt, daß die Probleme der fingierten Rechte gegen sich selbst kein Hinderungsgrund wären.

praktischen Behandlung von unselbständig gebuchten Miteigentumsanteilen gebracht und die bisher für zulässig gehaltene Belastung des nach § 3 GBO unselbständig gebuchten Miteigentumsanteils<sup>39</sup> nunmehr auf eine klare gesetzliche Grundlage gestellt.

### III. Zusammenfassung

Die durch das RegVBG erleichterte Buchung von Miteigentumsanteilen sollte angesichts der dargestellten Fragen nicht ohne weiteres dazu verleiten, bei Duplex-Garagen immer die Miteigentumlösung zu wählen, wie dies häufig geschieht<sup>40</sup>. Die Zuweisungs-, Kostenregelungs-, Buchungs- und Beleihungsprobleme sind bei Wohnungseigentümergeinschaften geringer, wenn die Nutzung der Duplex-Garage (gleichgültig ob im Sonder- oder Gemeinschaftseigentum) über eine Vereinbarung nach § 15 WEG geregelt wird, wie oben in Ziff. I 2 b (2) und c dargestellt.

<sup>39</sup> So bereits *BayObLGZ* 1974, 366/471; *OLG Köln MittRhNotK* 1981, 264; *Palandt/Bassenge*, § 1114 Rdnr. 3; *Haegele/Schöner/Stöber*, Rdnr. 1917.

<sup>40</sup> Das *BayObLG* sieht dies im Beschluß vom 21. 7. 1994 sogar als Regelfall an.

# Die Beschlagnahme von notariellen Urkunden durch Strafverfolgungsorgane\*

Von Notarassessor *Martin Thomas Reiß*, München

## I. Vorbemerkung

Mit seinem Beschluß, wonach im Rahmen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen beim Notar befindliche Urkunden beschlagnahmt werden können, liegt das LG Landshut auf der Linie der ganz herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung<sup>1</sup> (dazu unter II.). Dieser Meinung kann gleichwohl nicht gefolgt werden (dazu unter III.). Nachdem jedoch kaum eine berichtigende höchstrichterliche Entscheidung zu erwarten ist (dazu unter IV.), stellt sich die Frage, wie sich der Notar in dem Dilemma zwischen Amtsverschwiegenheit und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen zu verhalten hat (dazu unter V.).

## II. Die Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsgrundlage der strafprozessualen<sup>2</sup> Beschlagnahme findet sich in §§ 94 ff. StPO. Danach können beweiserhebliche Gegenstände sichergestellt und beschlagnahmt werden. Zum Auffinden von derartigen Gegenständen kann nach §§ 102, 103 StPO eine Durchsuchung durchgeführt werden.

Einer Beschlagnahme von Gegenständen, die sich beim Notar befinden, kann jedoch § 97 Abs. 1 StPO entgegenstehen. Zweck des § 97 und der §§ 53 und 53 a StPO ist es, das Vertrauensverhältnis zwischen dem zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Amtsträger (einschließlich seiner Hilfspersonen) und dem Betroffenen zu schützen<sup>3</sup>. § 97 StPO soll die Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechtes durch die Beschlagnahme von Aufzeichnungen verhindern<sup>4</sup>. § 97 StPO schützt damit die Verschwiegenheitspflicht des Notars nach § 18 BNotO, die nach § 203 StGB bei unbefugter Offenbarung von Privatgeheimnissen auch strafbewehrt sein kann<sup>5</sup>.

Gegenstand des Beschlagnahmeverbotes ist grundsätzlich alles das, was der Beteiligte dem Notar anvertraut hat, und die Aufzeichnungen des Notars darüber. Nach der Rechtsprechung ist das Merkmal „anvertraut“ regelmäßig weit zu fassen. So wurde etwa entschieden, daß das Zeugnisverweigerungsrecht auch die Umstände der Kontaktaufnahme<sup>6</sup> umfaßt.

\* Zugleich Anmerkung zum Beschluß des LG Landshut vom 26. 5. 1994 — Qs 127/94, MittBayNot 1994 (in diesem Heft S. 586).

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 20. 09. 1979 — 4 StR 364/79, S. 5 f. = NStZ 1981, 94 (nur Leitsatz), BGH NJW 1987, 2441, 2442, LG Darmstadt Wistra 1987, 232, LG Stuttgart Wistra 1988, 245, LG Darmstadt WM 1990, 12, 13, Karlsruher Kommentar-Nack, 3. Aufl., 1993, § 97 Rdnr. 9; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 41. Aufl., 1993, § 97 Rdnr. 40.

<sup>2</sup> Die Regelungen sind nach § 46 OWiG im Ordnungswidrigkeitenverfahren entsprechend anwendbar, bei Beschlagnahmen dürfte aber oft die Verhältnismäßigkeit entgegenstehen.

<sup>3</sup> Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 53 Rdnr. 1.

<sup>4</sup> Fischer MittRhNotK 1983, 125, 126; Amelung DNotZ 1984, 195, 197; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 97 Rdnr. 1 m. w. N.

<sup>5</sup> Fischer a. a. O.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1985, 2203, 2204: Krankenhauseinlieferung eines angeschossenen Einbrechers.

Gleichwohl sollen nach der h. M. notarielle Urkunden beim Notar beschlagnahmt werden können. Als Argument dafür wird vorgebracht, es handele sich um öffentliche Urkunden, die regelmäßig nicht geheimhaltungsbedürftig und damit der Beschlagnahme zugänglich seien<sup>7</sup>. Eine vermittelnde Meinung stellt darauf ab, ob die Urkunde mit dem Willen des Beteiligten an die Öffentlichkeit zugeleitet wurde, was etwa bei Handelsregisteranmeldungen der Fall sei<sup>8</sup>. Die Grundsätze der Rechtsprechung dürften auch für öffentlich beglaubigte Urkunden gelten<sup>9</sup>.

Auch nach der h. M. sind aber jedenfalls Entwürfe und sonstige Notizen des Notars beschlagnahmefrei, da sie keine öffentlichen Urkunden darstellen<sup>10</sup>.

Sonstige Bücher des Notars, Urkundenrolle und Kostenregister sind keinesfalls für die Öffentlichkeit bestimmt, so daß auch hier eine Beschlagnahmefreiheit anzunehmen ist<sup>11</sup>.

Das Beschlagnahmeverbot dürfte auch Unterlagen umfassen, die der Beteiligte dem Notar anvertraut hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn nicht planmäßig Beweismittel beiseite geschafft werden. Die anders lautende Rechtsprechung bei Buchführungsunterlagen des Steuerberaters liegt darin begründet, daß das Gesetz dem Mandanten die Pflicht zur Aufbewahrung der Steuerunterlagen gerade deshalb auferlegt, damit die Buchführung überprüft werden kann, und er sich dieser Überprüfung nicht durch Überlassung der Unterlagen an den Steuerberater entziehen soll<sup>12</sup>.

## III. Kritik an der Rechtsprechung

Die Gegenmeinung<sup>13</sup> geht dagegen zu Recht davon aus, daß entgegen der h. M. eine Beschlagnahme von Urkunden unzulässig ist:

Die h. M. unterscheidet nicht zutreffend zwischen öffentlichen Urkunden (§ 415 ZPO) und für die Öffentlichkeit bestimmten Urkunden. Der Begriff der öffentlichen Urkunde definiert sich durch bestimmte formelle Anforderungen (Aufnahme durch eine öffentliche Behörde im Rahmen

<sup>7</sup> Vgl. zur h. M. die Nachweise in Fußnote 1 — a. A. Amelung, DNotZ 1984, 195, 200 ff.; Fischer, MittRhNotK 1983, 125, 127; Bayer. Staatsministerium der Justiz vom 16. 5. 1967 Az. 3830-IV-193/67; LG Köln NJW 1981, 1746.

<sup>8</sup> So LG München I vom 23. 11. 1988, 19 Qs 21/88.

<sup>9</sup> So z. B. LG Landshut a. a. O. Dem läßt sich jedoch auch mit den Argumenten der Rechtsprechung entgegenhalten, daß öffentliche Urkunde hier nur der Beglaubigungsvermerk ist, während der von den Beteiligten unterzeichnete Text seine Qualität als Privaturkunde behält (so z. B. Bernhard in Beck'sches Notarhandbuch, 1992, G 27).

<sup>10</sup> Vgl. die zur h. M. zitierten Belegstellen.

<sup>11</sup> So wohl auch die h. M., allerdings fehlen klare Entscheidungen.

<sup>12</sup> Nachweise bei Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 97, Rdnr. 40.

<sup>13</sup> Vgl. die oben unter Fußnote 7 zitierten Fundstellen, ferner Landesnotarkammer Bayern in verschiedenen Stellungnahmen in Einzelfällen, sowie die Bundesnotarkammer (Rundschreiben vom 3. 5. 1983, Merkblatt über das Verhalten des Notars bei Durchsuchungen vom 24. 5. 1983, S. 2).

ihrer Amtsbefugnisse unter Einhaltung der Formvorschriften<sup>14</sup> und den dadurch ausgelösten öffentlichen Glauben im Prozeß (§ 415 ZPO).

Über die Geheimhaltungsbedürftigkeit sagt der Begriff der öffentlichen Urkunde nichts. Wer vertrauliche Urkunden staatlicher Stellen (z. B. brisante Regierungsdokumente) ausspäht und veröffentlicht, macht sich unzweifelhaft nach §§ 93 ff. StGB strafbar. Auch die Tatsache, daß öffentliche Urkunden Eigentum des Staates sind, ändert nichts an ihrer Geheimhaltungsbedürftigkeit: Obwohl Amtsträger, ist auch der Notar gegenüber dem Staat zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 53 Abs. 1 Ziffer 3 StPO).

Beim Notar ändert die Tatsache, daß er eine öffentliche Urkunde errichtet hat, nichts an der fortwirkenden Pflicht zur Amtsverschwiegenheit nach § 18 BNotO<sup>15</sup>. Davon geht auch das Gesetz aus: So haben nach § 51 BeurkG nur die Urkundsbeteiligten ein Recht auf Einsicht in die Notarurkunden. Die unbefugte Offenbarung des Inhalts einer Notarurkunde kann strafbar nach § 203 StGB sein. Soll aber § 97 StPO die Schweigepflicht des Notars auch im Strafverfahren gewährleisten, muß sich das Beschlagnahmeverbot grundsätzlich auch auf öffentliche Urkunden beziehen.

Mag man vielleicht noch bei sowieso in öffentlichen Registern befindlichen Urkunden (z. B. Gesellschaftsverträgen beim Handelsregister) eine mangelnde Geheimhaltungsbedürftigkeit zumindest für vertretbar halten — aber auch hier gilt für den Notar § 18 BNotO —, stellt die zu besprechende Entscheidung ein besonders anschauliches Beispiel für die Unrichtigkeit der h. M. dar. Danach sollen sogar „erbrechtliche Urkunden . . . sowohl vom Inhalt als auch vom Zweck her zur Kenntnisnahme Dritter bestimmt“<sup>16</sup> sein und damit beschlagnahmt werden können. Zur Verwertung in der Hauptverhandlung könnte und müßte danach etwa ein Erbvertrag öffentlich verlesen werden (§ 249 StPO), da er ja für die Öffentlichkeit bestimmt sei. Daß der Gesetzgeber diese Öffentlichkeit nicht wollte, zeigen jedoch schon die viel engeren Vorschriften des BGB über die Testamentseröffnung (§§ 2273, 2264 BGB)<sup>17</sup>, die einer unbegrenzten Öffentlichkeit gerade vorbeugen wollen. Die Verkündung eines Erbvertrages durch den Notar an die Öffentlichkeit sollte — wendet man nicht die strafprozessuale Rechtsprechung entsprechend an — ein klarer Anwendungsfall des § 203 StGB sein.

Entgegen der h. M. sind notarielle Urkunden daher grundsätzlich beschlagnahmefrei.

Die zwei Fälle, in denen die StPO eine Beschlagnahme von Urkunden zuläßt, sind von geringerer Bedeutung: Der Verdacht der eigenen Tatteteiligung des Schweigeberechtigten (§ 97 Abs. 2 Satz 3, 1. Alt. StPO) — der nach dem Zweck der Vorschrift unter Beachtung der Verhältnismäßigkeit eine gewisse Konkretisierung haben muß<sup>18</sup> — sollte bei Notaren die Ausnahme bilden.

<sup>14</sup> Dazu *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 20. Aufl. 1989, § 415 Rdnr. 1 ff.

<sup>15</sup> Nicht recht verständlich ist, warum der Entwurf, nicht jedoch die beurkundete Urkunde vom Vertrauensverhältnis erfaßt sein soll (so LG Landshut).

<sup>16</sup> LG Landshut.

<sup>17</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit der Bekanntgabe untrennbarer Verfügungen bei Ehegattentestamenten BVerfG NJW 1994, 2535.

<sup>18</sup> *Amelung* a. a. O. S. 212; *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, § 97 Rdnr. 20.

Tatobjekt und Tatwerkzeug im Sinne des § 97 Abs. 2 Satz 3, 2. Alt. StPO dürften notarielle Urkunden wohl nur in Fällen von Urkundsdelikten und Falschbeurkundungen<sup>19</sup> sein. Teilweise wird noch diskutiert, ob die Ausfertigung, mit der etwa der Betrüger nach außen tätig wird, Tatwerkzeug ist<sup>20</sup>. Nachdem die Urschrift etwa beim Betrug oder einer Steuerhinterziehung wohl nur der verkörperte Niederschlag des betrügerischen Vertrages, während das eigentliche „Tatwerkzeug“ nur der Vertrag (als Rechtsbegriff) ist, dürfte es sich wohl im Regelfall nur um einen nicht beschlagnahmefähigen Beziehungsgegenstand handeln<sup>21</sup>.

#### IV. Rechtsschutzmöglichkeiten

Die für die Notare unbefriedigende Rechtslage wird wohl auch noch einige Zeit andauern, da auch die Rechtsschutzmöglichkeiten — und damit die Möglichkeit, eine höchstrichterliche Klärung herbeizuführen<sup>22</sup> — regelmäßig eingeschränkt sind:

Soweit die Maßnahme noch ansteht oder fort dauert, kann der Betroffene (der Beschuldigte oder der Notar) bei einem Handeln von Staatsanwalt oder Polizei ohne vorherige richterliche Beschlagnahmeanordnung richterliche Entscheidung beantragen (§ 98 Abs. 2 Satz 2 StPO). Im Regelfall (mit Ausnahme von Staatsschutzsachen, § 130 Abs. 2 GVG, und Beschlagnahmen nach Erhebung der Anklage) ist das örtlich zuständige Amtsgericht — Ermittlungsrichter — zuständig (§ 162 StPO).

Nach § 98 StPO wird im Regelfall jedoch ein richterlicher Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluß vorliegen<sup>23</sup>. Gegen richterliche Maßnahmen kann schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle Beschwerde (§§ 304 ff. StPO) bei dem Gericht eingelegt werden, dessen Maßnahme angefochten wird. Nachdem nach § 307 StPO die Einlegung nicht den Vollzug der angefochtenen Entscheidung hemmt, empfiehlt es sich, mit der Beschwerde einlegung gleichzeitig die Aussetzung der Vollziehung nach § 307 Abs. 2 StPO zu beantragen.

<sup>19</sup> LG Köln NJW 1981, 1746; *Amelung* DNotZ 1984, 195, 208 ff.; BNotK, Merkblatt S. 2.

<sup>20</sup> *Fischer*, MittRhNotK 1983, 125, 129; *Amelung*, a. a. O., S. 211; BNotK a. a. O. — a. A. OLG Bamberg vom 14. 8. 1986 — Ws 462/86.

<sup>21</sup> Zumindest in den Kommentaren findet sich keine für notarielle Urkunden passende Vorentscheidung. Zum Beziehungsgegenstand allgemein *Dreher/Tröndle*, StGB, 46. Aufl. 1993, § 74 Rdnr. 10; *Schönke/Schröder/Eser*, StGB, 24. Aufl. 1991, § 74 Rdnr. 12 a. Tatwerkzeug und Beziehungsgegenstand sollen sich danach dadurch unterscheiden, ob die Tat „mittels“ des Werkzeugs (so BGHSt 10, 28) verübt wurde, oder ob der Gegenstand nur passives Objekt war, an dem die Tat begangen wurde. Die Begriffe sind jedoch schillernd (so auch *Eser* a. a. O.).

<sup>22</sup> Die meisten höchstrichterlichen Entscheidungen zur Frage der Zulässigkeit von Beschlagnahmen sind konsequenterweise inzident im Rahmen anderer Rechtsfragen ergangen, so etwa BGH, Urteil vom 20. 9. 1979 (Fußnote 1), zur Frage der Verjährungsunterbrechung, BGH NJW 1987, 2441, 2442 in einer Dienstaufsichtssache.

<sup>23</sup> Eine strafprozessuale Beschlagnahme (§ 94 Abs. 2 StPO) liegt strenggenommen nur dann vor, wenn das Beweismittel nicht freiwillig herausgegeben wird. Aus Gründen der Arbeitsökonomie wird der Richter jedoch im Regelfall den Durchsuchungsbeschluß (§ 103 StPO, zum Auffinden von Beweismitteln) und Beschlagnahmebeschluß (§ 98 StPO) zusammenfassen.

Ist jedoch die Ermittlungshandlung beendet, d. h. die Durchsuchung abgeschlossen und die Beschlagnahme aufgehoben, soll nach h. M. kein Rechtsbehelf mehr möglich sein, da sich die Angelegenheit erledigt habe. Die herrschende Meinung im Strafprozeßrecht läßt im Regelfall — anders als etwa bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO<sup>24</sup> im Verwaltungsprozeß — keine „Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde“ oder einen sonstigen Rechtsbehelf mehr zu<sup>25</sup>. BGH NJW 1978, 1013 mit insoweit ablehnender Anmerkung von *Amelung*<sup>26</sup> möchte selbst dann keinen Rechtsbehelf zulassen, wenn kein Richter entschieden hat. Nach der Gegenmeinung ist entweder analog § 98 StPO oder nach §§ 23 ff. EGGVG zu verfahren<sup>27</sup>.

Diese — nur vereinzelt auf Widerspruch gestoßene — herrschende Rechtsprechung wurde auch vom BVerfG<sup>28</sup> zumindest für die Fälle gebilligt, in denen ein Beschluß des Ermittlungsrichters der Beschlagnahme vorausgegangen war<sup>29</sup>: Im Gegensatz zum Verwaltungsprozeß sei der Ausschluß eines weiteren Rechtswegs durch den strafprozessualen Beschleunigungsgrundsatz und das daraus resultierende Interesse der Gerichte gerechtfertigt, nicht über Gebühr belastet zu werden<sup>30</sup>. Entscheidend sei aber, daß der Justizgewährungsanspruch des Art. 19 Abs. 4 GG erfüllt sei, wenn schon einmal der Ermittlungsrichter entschieden habe; ein Rechtsweg werde von dieser Vorschrift nicht verlangt<sup>31</sup>. Selbst wenn wegen des Eilcharakters der Maßnahme der Betroffene kein rechtliches Gehör erhalten habe, eröffne auch Art. 103 Abs. 1 GG keinen Instanzenzug<sup>32</sup>. Immerhin behält sich das BVerfG in seiner Entscheidung den Ausweg vor, daß in Ausnahmefällen bei Wiederholungsgefahr und schwersten Grundrechtsverletzungen keine Erledigung eintreten soll<sup>33</sup>.

<sup>24</sup> Dazu *Kopp*, VwGO, 9. Aufl. 1992, § 113, Rdnr. 47 ff.

<sup>25</sup> *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, vor § 296, Rdnr. 17; BGH NJW 1978, 1013 und 1815 (= BGHSt 28, 57); weitere Nachweise bei BVerfGE 49, 329, 338 (= NJW 1979, 154); BGH NSZ 1993, 27; OLG Karlsruhe Strafverteidiger 1992, 264 m. abl. Anm. *Sommermeier*; etwas eingeschränkt BGHSt 33, 196, 207; zweifelnd *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl. 1993, § 29 II ff. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen am Ende des Beschlusses des LG Landshut zu verstehen. Einen nie Gesetz gewordenen Reformentwurf beschreibt *Rieß*, ZRP 1981, 101 ff.

<sup>26</sup> NJW 1978, 1013, 1014.

<sup>27</sup> Für § 98 StPO: *KK-Nack*, § 98 Rdnr. 21, sofern sich die Beschwerde nicht nur auf die Art und Weise bezieht; so wohl auch *Roxin* und *Sommermeier* a. a. O. — für § 23 EGGVG: *Amelung* a. a. O.

<sup>28</sup> BVerfGE 49, 329 = NJW 1979, 154.

<sup>29</sup> Sofern eine vorherige Entscheidung durch den Richter fehlt, dürfte eine nachträgliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit nach heute h. M. dagegen wohl möglich sein.

<sup>30</sup> A. a. O., S. 340.

<sup>31</sup> S. 340 ff.; ähnlich bei richterlichen Entscheidungen im Verwaltungsrecht *Kopp* VwGO, § 133 Rdnr. 48; BayObLG BayVBl 1988, 541.

<sup>32</sup> BVerfG a. a. O., S. 342 f.

<sup>33</sup> A. a. O. S. 338; so auch BGHSt 33, 196, 207 für Fälle der Wiederholungsgefahr und des (eng zu fassenden) diskriminierenden Charakters der Maßnahme. Ein Fall, in dem das BVerfG Rechtsmittel zugelassen hat, ist in MDR 1990, 980 abgedruckt: Willkürliche Durchsuchung ohne irgendwie begründeten Tatverdacht.

Das Argument einer vorhergehenden richterlichen Überprüfung wirkt sicher auf den ersten Blick einleuchtend. Problematisch ist jedoch, daß bei strafprozessualen Beschlagnahmen im Regelfall eine Eilentscheidung erfolgt, bei der häufig eine vorherige Anhörung des Betroffenen nach § 33 StPO für unzulässig erklärt wurde, so daß ein Eingehen auf die Rechtsstandpunkte der Gegenseite nicht stattfindet. Zumindest unbewußt dürfte auch die traditionelle Fixierung des Strafverfahrens auf die Hauptverhandlung bei dieser Rechtsprechung mitwirken: Danach ist eine unzulässige Beschlagnahme in erster Linie im Hinblick auf die Verwertung bedeutsam; der Rolle der weiteren Betroffenen neben dem Beschuldigten ist erst in letzter Zeit mehr Aufmerksamkeit geschenkt worden (vgl. die erst 1986 verbesserte Stellung des Verletzten im Strafverfahren [§§ 406 d ff. StPO]).

## V. Verhalten bei Beschlagnahmen

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß die Rechtslage ungeklärt ist. Der Notar, dem eine Durchsuchung seiner Amtsräume droht, befindet sich in der mißlichen Situation, daß das Standesrecht eine Herausgabe und Beschlagnahme von Urkunden untersagt, die nach der ganz herrschenden strafprozessualen Rechtsmeinung<sup>34</sup> jedoch zulässig ist<sup>35</sup>. Im folgenden soll versucht werden, dieses Dilemma wenigstens einigermaßen handhabbar zu machen:

Wenn sich Ermittlungsmaßnahmen gegen einen (nicht selbst beschuldigten) Notar richten, stoßen die Interessensphären zweier voneinander unabhängiger Organe der Justiz aufeinander. Das Verhalten von Notar und Staatsanwaltschaft muß daher trotz der Interessengegensätze von gegenseitiger Achtung und Kollegialität geprägt sein.

Der Notar ist als Amtsträger dem Gesetz unterworfen. Daher ist regelmäßig nicht zu befürchten, daß der Notar Beweismittel beiseite schafft oder sonst die Ermittlungen stört. Deswegen sind die Ermittlungsmaßnahmen entsprechend der gesetzlichen Regel des § 33 StPO dem Notar im voraus anzuzeigen, damit dieser seinen Standpunkt vorbringen und um Rechtsschutz nachsuchen kann (§ 33 Abs. 3 StPO). Aus dem selben Grund dürfte auch regelmäßig Zeit für die Einholung einer richterlichen Anordnung nach § 98 StPO bleiben<sup>36</sup>.

Bei Durchsuchungen und Beschlagnahmungen wird regelmäßig der leitende Staatsanwalt persönlich anwesend sein. Zur Durchsicht von Papieren ist sowieso nur der Staatsanwalt befugt (§ 110 StPO); Polizeibeamte dürfen nur äußerliche Prüfungen vornehmen. Stellt der Staatsanwalt fest, daß ein Papier nicht der Beschlagnahme unterliegt, darf er keine Kenntnis nehmen. Der Notar hat das Recht auf Anwesenheit (§ 106 StPO) und sollte dieses Recht auch persönlich ausüben.

Der Notar soll gegenüber dem Staatsanwalt auf seine Schweigepflicht (§ 18 BNotO, § 203 StGB) und das schutz-

<sup>34</sup> So stellen insbesondere die in Fußnote 1 zitierten Kommentare von *Kleinknecht/Meyer-Goßner* und der Karlsruher Kommentator die für die Praxis maßgebliche „h. M.“ dar.

<sup>35</sup> Zur Durchsetzung der Maßnahmen kann sogar Gewalt angewendet werden (§ 164 StPO); nach § 113 StGB ist Notwehr allenfalls gegen ganz offensichtlich rechtswidrige Akte zulässig (*Dreher/Tröndle*, StGB, § 113 Rdnr. 10).

<sup>36</sup> Ebenso BNotK, Merkblatt (vgl. Fußnote 13) S. 4.

würdige Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und anderer, unbeteiligter Dritter hinweisen.

Bei Unstimmigkeiten über den Umfang des Beschlagnahmerechts sollte der Notar zuerst versuchen, einen Aufschub der Maßnahme und eine gerichtliche Beschwerdeentscheidung (unter Aussetzung der Vollziehung nach § 307 Abs. 2 StPO) zu erreichen<sup>37</sup>. Auf alle Fälle ist eine Durchsichtung des Büros oder der Urkundensammlung nach § 103 StPO nach Möglichkeit zu vermeiden. Neben dem Ansehen des Notars in der Öffentlichkeit stehen dem insbesondere auch die Geheimhaltungsinteressen nicht betroffener Dritter gegenüber, deren Urkunden bei einer Durchsichtung möglicherweise zum Vorschein kommen<sup>38</sup>. Soll eine bestimmte Urkunde beschlagnahmt werden, bietet sich an, entweder auf die Möglichkeit der Einsichtnahme in öffentliche Register, wie Handelsregister oder Grundbuch, hinzuweisen oder darauf hinzuwirken, daß die streitigen Unterlagen in einem Umschlag versiegelt werden<sup>39</sup>, bis das Gericht über die Beschlagnahme, ggf. auch über die Beschwerde des Notars, entschieden hat.

Nachdem die Aufsichtsbehörde nicht berechtigt ist, über Rechte des durch die Verschwiegenheitspflicht Begünstigten zu verfügen, ist eine Entscheidung nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO oder eine aufsichtliche Entscheidung über eine Her-

<sup>37</sup> So auch BNotK, Merkblatt S. 3 f.

<sup>38</sup> Nachdem die Urkundenrolle der Beschlagnahme keinesfalls unterliegt, dürfte der Weg, über die notariellen Register die Urkunden zu finden, regelmäßig verschlossen sein.

<sup>39</sup> BNotK, Merkblatt S. 5.

ausgabepflicht nicht möglich<sup>40</sup>. Zum eigenen Schutz soll der Notar jedoch eine Entscheidung nach § 18 Abs. 2 BNotO einholen<sup>41</sup>. Ein weiterer Vorzug dieses Weges ist es, daß die Einschaltung des Landgerichtspräsidenten die Möglichkeit einer justizinternen informellen Einigung erleichtern dürfte.

Werden Durchsuchungen und Beschlagnahmen gegenüber einem Notar angeordnet, so sind unverzüglich die Aufsichtsbehörde und die Notarkammer in Kenntnis zu setzen.

Bei einer Beschlagnahme von Urkunden ist ferner zu beachten, daß nach § 25 BNotO, § 45 BeurkG der Notar verpflichtet ist, die Urschriften seiner Urkunden in der Urkundensammlung aufzubewahren. Da die Vorschrift im öffentlichen Interesse einer geordneten und vollständigen Aufbewahrung und Archivierung besteht, sollte eine Aushändigung der Urschrift im Regelfall unterbleiben. Wenn es nicht ausnahmsweise auf das Original ankommt — ein solcher Fall wäre etwa denkbar, wenn mittels der Unterschriften nachgewiesen werden soll, daß der der Urkundenfälschung bezichtigte Beschuldigte unter falschem Namen unterschrieben hat —, muß die Aushändigung von (beglaubigten) Abschriften genügen. Darauf soll der Notar den Staatsanwalt hinweisen. Wird ausnahmsweise die Urschrift beschlagnahmt, muß entsprechend dem Normzweck des § 45 BeurkG vor Aushändigung der Urkunde eine Ausfertigung für die Urkundensammlung angefertigt werden.

<sup>40</sup> *Amelung*, DNotZ 1984, 195, 219 f.

<sup>41</sup> Ebenso BNotK, Merkblatt S. 5.

**Bürgerliches Recht**

1. BGB §§ 313 Satz 1, 667 (*Keine Formbedürftigkeit für Auftrag zum treuhänderischen Erwerb von Miteigentumsanteilen an Grundstück*)

1. Auch der Auftrag zum treuhänderischen Erwerb von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück ist wegen der den Auftragnehmer treffenden Herausgabepflicht nicht beurkundungsbedürftig (Fortführung von BGHZ 85, 245 [= DNotZ 1984, 241]).

2. Zur Formbedürftigkeit eines Vertrages, durch den ein vollzogener Grundstückskaufvertrag aufgehoben werden soll (Ergänzung zu BGHZ 81, 395 [= MittBayNot 1982, 116 = DNotZ 1982, 619])

BGH, Urteil vom 7. 10. 1994 — V ZR 102/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Mit notariellem Vertrag vom 9. 11. 1988 kauften die vier Beklagten von dem geschiedenen Ehemann der Klägerin zu 2 ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück. Zur Finanzierung des Kaufpreises von 620.000 DM stellten die Kläger ihnen 12.000 DM und einen Bausparvertrag über 26.230,56 DM zur Verfügung. Der restliche Kaufpreis wurde über ein Darlehen von 600.000 DM fremdfinanziert, das die Parteien gemeinsam aufgenommen haben und in gleich hohen Raten tilgen. Außerdem vermieteten die Beklagten zu 1 und 2 der Klägerin zu 2 die von ihr und dem Kläger zu 1 bewohnten Räume in dem Mehrfamilienhaus. Die Beklagten sind inzwischen als Miteigentümer zu je 1/4 im Grundbuch eingetragen.

Die Kläger verlangen von jedem der Beklagten die Übertragung von 1/24 Miteigentumsanteil an jeden von ihnen. Sie behaupten, mit den Beklagten vor Ankauf des Grundstücks vereinbart zu haben, daß diese im eigenen Namen, jedoch im Auftrag und für Rechnung der Kläger treuhänderisch einen Miteigentumsanteil von je 1/6 an dem Hausgrundstück erwerben und bis 1990 auf die Kläger weiterübertragen sollten.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Die Revision hat zur Aufhebung und Zurückverweisung geführt.

*Aus den Gründen:*

I. ...

II. 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß nach der ständigen Rechtsprechung des Senats der einem Dritten erteilte Auftrag, im eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers ein Grundstück (treuhänderisch) zu beschaffen, im Hinblick auf die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Weiterübertragung des Grundstücks auf den Auftraggeber nicht nach § 313 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig ist; denn diese Verpflichtung ergibt sich nicht erst aus der hierauf gerichteten vertraglichen Abrede, sondern folgt schon aus § 667 BGB, wonach der Auftragnehmer das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte an den Auftraggeber herauszugeben hat (vgl. BGH WM 1969, 917, 918 [= DNotZ 1969, 744]; WM 1981, 361 [= MittBayNot 1981, 118 = DNotZ 1981, 372]).

An dieser Auffassung hat der Senat trotz der hiergegen erhobenen Bedenken (vgl. Gut., JW 1929, 710; Linden, MittBayNot 1981, 169, 171; Schwanecke, NJW 1984,

1585 ff.; Heckschen, Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987, S. 60 ff; Brüggemann, Beurkundungszwang bei Durchgangserwerb von Grundeigentum im Rahmen einer Geschäftsbesorgung, Diss. 1987, S. 38 ff.) festgehalten (BGHZ 85, 245, 248, 249 [= DNotZ 1984, 241]; BGHR BGB § 313 Satz 1 — Treuhand 2). Dem haben sich andere Senate des Bundesgerichtshofes angeschlossen (BGHR BGB § 313 Satz 1 — Treuhand 1 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]; BGH WM 1990, 1543, 1544; WM 1994, 752, 754).

2. Diese Rechtsprechung trifft entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch auf die hier vorliegende Fallgestaltung zu, bei der Gegenstand des Auftrags nicht das gesamte Eigentum an einem Grundstück, sondern nur das Bruchteilseigentum ist. Bruchteilseigentum kann insoweit nicht anders beurteilt werden als ungeteiltes Eigentum. Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat daher schon unter der Geltung des § 313 Satz 1 BGB a. F. für einen vergleichbaren Sachverhalt entschieden, daß die Vereinbarung nicht der Form des § 313 Satz 1 BGB bedürfe (WM 1961, 1080 [= DNotZ 1961, 583]). Dem schließt sich der Senat an.

a) Die Erweiterung der Beurkundungspflicht auf die Erwerbsverpflichtung durch das Gesetz vom 30. 5. 1973 (BGBl I S. 501) hat insoweit die Rechtslage nicht verändert. Sie hat nur bewirkt, daß der Auftrag zur Verschaffung eines Grundstücks unter dem Gesichtspunkt der Begründung einer Erwerbsverpflichtung des Auftragnehmers oder des Auftraggebers nach § 313 Satz 1 BGB formbedürftig ist (BGH NJW 1981, 1267, 1268 [= MittBayNot 1981, 118 = DNotZ 1981, 372]; BGHZ 85, 245, 250 f. [= DNotZ 1984, 241]; NJW 1987, 2071 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]; ZIP 1987, 831, 834; WM 1989, 1543, 1544; WM 1994, 752, 754). Hinsichtlich der Pflicht zur Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten gem. § 667 BGB ist es aber geblieben, daß ein Beurkundungszwang nicht besteht, weil die Verpflichtung nicht auf dem Vertrag, sondern auf dem Gesetz beruht.

Dies gilt auch für den — hier gegebenen — Fall, daß die aus der Geschäftsbesorgung erlangten, für die Kläger bestimmten Vermögensvorteile noch nicht rechtlich verselbständigt sind. Es reicht aus, daß sie durch Bildung entsprechender Miteigentumsanteile (hier: je 1/24) verselbständigt und dann auf die Kläger übertragen werden können. In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zu den Fällen, in denen der Auftrag dahin geht, daß der Auftragnehmer nicht das erworbene Grundstück als ganzes, sondern die nach einer realen Teilung entstehenden neuen (Teil-)Grundstücke an eine oder mehrere Personen herausgeben soll (BGH NJW 1987, 2071 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]; WM 1994, 752, 754).

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts besteht ein maßgeblicher Unterschied zu den bisher entschiedenen Fällen auch nicht darin, daß die Beklagten von den Miteigentumsanteilen nur einen Teil (je 1/24) für Rechnung der Kläger, den Rest (je 1/6) aber auf eigene Rechnung erwerben und für sich behalten wollten. Denn ein eigenes Erwerbsinteresse der Beklagten bezog sich nur auf diese restlichen Miteigentumsanteile; um deren Herausgabe geht es aber nicht. Hinsichtlich der für die Kläger bestimmten

Anteile sind die Beklagten dagegen ebenso bloße Durchgangsstelle wie ein Beauftragter, der für den Auftraggeber ein ganzes Grundstück erwirbt.

c) Der Auftrag zur Beschaffung von Miteigentumsanteilen an dem Grundstück ist hinsichtlich der Herausgabeverpflichtung auch nicht deswegen formbedürftig, weil mit einer Beurkundung die Normzwecke des § 313 Satz 1 BGB erreicht würden, nämlich den Veräußerer und den Erwerber von Grundstückseigentum vor übereilten Verträgen zu bewahren und ihnen reifliche Überlegungsfreiheit sowie sachkundige und unparteiische Beratung durch den Notar zu gewähren (Warn- und Schutzfunktion) sowie den Inhalt der Vereinbarung klar und genau festzustellen und die Beweisführung zu sichern (Beweis- und Gewährfunktion). Die von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang herangezogene Rechtsprechung des Senats (BGHZ 69, 266, 269 [= MittBayNot 1978, 4 = DNotZ 1978, 148]) befaßt sich nur mit der Frage, was und wie zu beurkunden ist, wenn eine notarielle Beurkundung vom Gesetz vorgeschrieben ist. Ein Rechtsgeschäft ist aber nicht deswegen schon formbedürftig, weil mit einer Beurkundung auch deren Zweck erreicht würde. Die Warn- und Beweisfunktion waren zwar gesetzgeberisches Motiv für die Schaffung des § 313 Satz 1 BGB, sind jedoch nicht tatbestandsmäßige Voraussetzung der Anwendung der Vorschrift im Einzelfall (BGHZ, 53, 189, 195 [= MittBayNot 1970, 103 = DNotZ 1970, 492]; MünchKomm-BGB/Förschler, 3. Aufl., § 125 Rdnr. 5, 68). Allein die Nützlichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung sowie einwandfreier Beweisbarkeit der getroffenen Abreden begründet für gesetzliche Ansprüche im Rahmen eines Grundstücksgeschäfts noch keinen gesetzlichen Formzwang. Nach der klaren Entscheidung des Gesetzgebers macht nur die *vertragliche* Verpflichtung zum Erwerb oder zur Übertragung von Eigentum an einem Grundstück das Geschäft beurkundungsbedürftig. Ist der Vertragspartner dagegen schon kraft Gesetzes zur Übertragung verpflichtet, greift § 313 BGB nicht ein. Eine *entsprechende* Anwendung der Vorschrift kommt mangels einer hierfür erforderlichen Regelungslücke nicht in Betracht.

Das Berufungsgericht stützt sich zur Begründung seiner gegenteiligen Ansicht u. a. auf die Rechtsprechung des Senats zur Formbedürftigkeit der Aufhebungsvereinbarung über einen bereits vollzogenen Grundstückskaufvertrag (BGHZ 83, 395, 397 ff. [= MittBayNot 1982, 116 = DNotZ 1982, 619]; 85, 245, 249 f. [= DNotZ 1984, 241]). Nach diesen Entscheidungen unterliegt ein solcher Vertrag allerdings *analog* § 313 Satz 1 BGB dem Beurkundungszwang auch dann, wenn die Verpflichtung zur Rückübertragung des erlangten Grundstückseigentums (oder eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb des Grundstücks) nicht in den Aufhebungsvertrag aufgenommen, sondern den gesetzlichen Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB) überlassen worden ist. An diesen Entscheidungen ist zwar im praktischen Ergebnis, nicht aber in der Begründung festzuhalten. Für den Regelfall von Aufhebungsvereinbarungen ergibt sich die Beurkundungspflicht nämlich auch ohne ausdrückliche Regelung der Pflicht zur Rückübertragung des Eigentums bereits *unmittelbar* aus § 313 Satz 1 BGB; denn die Parteien werden typischerweise den Grundstückskaufvertrag nicht nur aufheben, sondern auch nach Vertragsrecht rückabwickeln wollen. Nur so erlangen sie insoweit den Schutz der Sanktionen des Schadensersatzrechts für Leistungsstörungen (unter Einschluß der Haftung für Erfüllungs-

gehilfen) und bleiben nicht auf die weniger weitreichenden und schwächer bewehrten gesetzlichen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung beschränkt. Nach § 157 BGB ist deshalb im Wege der Auslegung derartigen Aufhebungsvereinbarungen regelmäßig auch eine *vertragliche* Verpflichtung zur Rückgewähr des Erlangten zu entnehmen. Sollten die Parteien allerdings im Einzelfall aus besonderen Gründen die Regelung der Rückgewähr den Vorschriften des Bereicherungsrechts überlassen wollen, böte dies weder Anlaß noch Rechtfertigung, ihnen den Schutz des § 313 Satz 1 BGB im Wege richterlicher Rechtsfortbildung von Rechts wegen aufzudrängen.

d) Unzutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Verpflichtung zur Übertragung der Miteigentumsanteile sei, anders als in den Fällen des treuhänderischen Erwerbs des gesamten Grundstücks, nicht durch das Gesetz konkretisiert. (*Wird ausgeführt.*)

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

1. Soweit die behauptete Parteivereinbarung im Hinblick auf eine von den Beklagten übernommene Verpflichtung zum treuhänderischen Erwerb von Miteigentumsanteilen für die Kläger gem. § 313 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig war (vgl. BGH NJW 1981, 1267 [= MittBayNot 1981, 118 = DNotZ 1981, 372]; BGHZ 85, 245, 250 [= DNotZ 1984, 241]; NJW 1987, 2071 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]; ZIP 1987, 831, 834; BGHZ 110, 319, 321 [= MittBayNot 1990, 237]), hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, daß ein hierdurch bewirkter Formmangel durch die Eintragung der Beklagten in das Grundbuch zu einem den herausgabepflichtigen Anteil einschließenden Miteigentumsanteil von 1/4 gem. § 313 Satz 2 BGB geheilt ist (BGHZ 85, 245, 251 [= DNotZ 1984, 241]; NJW 1987, 2071 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]; WM 1990, 1543, 1544; WM 1994, 752, 754).

2. Ob eine Erwerbspflicht der Kläger als Auftraggeber besteht, ist im allgemeinen durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln (BGH NJW 1981, 1267, 1268 [= MittBayNot 1981, 118 = DNotZ 1981, 372]; NJW 1987, 2071 [= MittBayNot 1987, 184 = DNotZ 1987, 751]), kann vorliegend jedoch offenbleiben. Denn die Beklagten könnten sich auf eine etwaige Formnichtigkeit der Vereinbarung nicht berufen, weil es gegen Treu und Glauben verstieße, wenn sie, nachdem sie mit dem Geld der Kläger im eigenen Namen ein Grundstück zu Eigentum erworben haben, dieses unter Berufung auf eine nur dem Schutz der Kläger als Auftraggeber dienende Formvorschrift für sich behalten könnten (BGHZ 85, 245, 251/252 [= DNotZ 1984, 241]). Dabei ist unerheblich, daß die Kläger den Kaufpreis überwiegend durch Beteiligung an der gemeinsamen Finanzierung durch ein Darlehen aufgebracht haben.

2. BGB §§ 139, 387 (Zum Umfang der Beurkundungsbedürftigkeit bei rechtlich zusammenhängenden Geschäften)

1. Sind das Geschäft, aus dem die zu sichernde Forderung erwächst, und die Sicherungsabrede durch den Parteiwillen zu einer rechtlichen Einheit verbunden, hat die Nichtigkeit des ersten Geschäfts auch die Nichtigkeit der Sicherungsabrede zur Folge.
2. Hat der Sicherungsnehmer eine ihm zur Sicherung eines bestimmten Anspruchs übereignete Sache verwertet, kann er gegen den Anspruch auf Auskehrung des Mehrerlöses grundsätzlich nicht mit anderen, ungesicherten Ansprüchen aufrechnen.

BGH, Urteil vom 14. 7. 1994 — IX ZR 110/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 2. 3. 1988 kaufte der Beklagte zu 2) (im folgenden: der Beklagte) vom Kläger eine noch auszubauende Dachgeschoßwohnung. Ausweislich des notariellen Vertrages sollte der Kaufpreis 349.635 DM betragen. Ebenfalls am 2. 3. 1988 schlossen der Kläger und der Beklagte eine privatschriftliche Vereinbarung, in der es heißt:

1. „Herr R. (Käufer und Beklagter) kauft von Herrn P. (Verkäufer und Kläger) die Wohnung Dachgeschoß im Anwesen R.-Straße 48 (...). Aufgrund der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Herrn P. ... hat sich Herr R. zum Kauf der vorgenannten Wohnung bereit erklärt, um Herrn P. bei der Bewältigung seiner derzeitigen wirtschaftlichen Probleme zu helfen. ...

Herr P. erkennt dieses Entgegenkommen des Herrn R. an, das er mit einem Betrag von 100.000 DM beziffert.

2. Dementsprechend verpflichtet sich Herr P., an Herrn R. einen Betrag in Höhe von 100.000 DM in monatlichen Raten ... zu bezahlen ...
3. Zur Sicherheit für die vorangegangenen Zahlungsverpflichtungen des Herrn P. gegenüber Herrn R. übereignet Herr P. an Herrn R. das ... Aquarell „M.“ des Malers E. N. ... Herr P. übergibt und übereignet das vorgenannte Bild mit Unterzeichnung des Vertrages. Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Eigentum — zur Sicherheit — an dem Bild nunmehr Herrn R. zusteht.

...

7. Die Parteien stellen klar, daß diese Vereinbarung nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit dem notariellen Kaufvertrag vom 29. 2. 1988 (richtig: 2. 3. 1988) steht, dessen Wirksamkeit in keinerlei Weise betreffen und regeln soll. Mit dieser Regelung wird lediglich klargestellt, daß eine notarielle Beurkundung dieser Vereinbarung nicht erforderlich ist.“

Nachdem sich Zweifel an der Echtheit des übereigneten Bildes ergeben hatten, kam es am 29. 3. 1988 zu einer ebenfalls privatschriftlichen Zusatzvereinbarung, aufgrund derer der Beklagte statt des zunächst übereigneten Bildes das Aquarell „Mo.“ von E. N. erhielt. In Ziffer 3 dieser Zusatzvereinbarung heißt es am Ende in bezug auf den Beklagten:

„Nach Wegfertigung der Schuld, die Gegenstand des Vertrages vom 2. 3. 1988 ist, stehen keine weiteren Rechte von seiner Seite einer Aushändigung des Bildes an Herrn P. im Wege.“

Der Kläger zahlte einige Raten und stellte dann die Zahlungen ein. Der Beklagte behauptet, das Aquarell zu einem Preis von 350.000 DM veräußert zu haben — dieses Vorbringen hat der Kläger sich hilfsweise zu eigen gemacht — und rechnet hilfsweise hinsichtlich des die Restforderung übersteigenden Erlöses mit Gegenforderungen auf.

Am 9. 7. 1991 vereinbarten unter anderem der Beklagte und der Kläger die Hinterlegung eines Betrages von 362.500 DM auf einem Konto der B-Bank. Dieser Betrag dient zur Sicherung von Forderungen, die dem Kläger oder seiner Mutter im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung gegen den Beklagten zustehen könnten.

Der Kläger hat unter anderem Freigabe des Guthabens und Zahlung von 350.000 DM verlangt. Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Klägers auf Freigabe des auf dem Konto bei der H-Bank hinterlegten Geldes sowie auf Auskunft hinsichtlich des veräußerten N-Aquarells nur unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen §§ 138, 826 BGB geprüft. Das war rechtsfehlerhaft.

Aufgrund des derzeitigen Sach- und Streitstandes können ein Anspruch des Klägers auf Auskehrung des gesamten bei der Veräußerung des Aquarells erzielten Erlöses gem. §§ 677, 681 Satz 2, 667 BGB und ein Wertersatzanspruch gem. §§ 812, 818 Abs. 2 BGB nicht verneint werden.

1. Die Vereinbarungen vom 2. und 29. 3. 1988 sind gem. §§ 313, 125 BGB nichtig.

Allerdings ist ein auf eine Sicherungsübereignung gerichteter Sicherungsvertrag grundsätzlich formfrei wirksam. Er muß aber gem. § 313 Satz 1 BGB notariell beurkundet werden, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag rechtlich zusammenhängt. Das ist dann der Fall, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragsparteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander stehen und fallen sollen (st. Rspr., vgl. BGHZ 76, 43, 48 f. [= MittBayNot 1980, 62 = DNotZ 1980, 409]; 101, 393, 396 [= MittBayNot 1988, 28 = DNotZ 1988, 547]; BGH WM 1987, 215, 216 [= MittBayNot 1987, 21 = DNotZ 1987, 350]; WM 1990, 764, 765 f. [= DNotZ 1990, 658]; NJW 1993, 3196). Ob ein in diesem Sinne einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, hat im Einzelfall der Tatrichter zu entscheiden (BGHZ 76, 43, 49 [= MittBayNot 1980, 62 = DNotZ 1980, 409]; 101, 393, 397 [= MittBayNot 1988, 28 = DNotZ 1988, 547]; BGH WM 1992, 1662, 1664). Da die Instanzgerichte sich mit dieser Frage nicht befassen haben und die maßgeblichen Tatsachen feststehen, ist der Senat jedoch an einer eigenen Auslegung nicht gehindert (vgl. Senatsurteil NJW 1991, 353, 354).

Die Verpflichtung in Ziffer 2 der Vereinbarung vom 2. 3. 1988 hängt rechtlich mit dem am selben Tage (die Bezugnahme auf einen „notariellen Kaufvertrag vom 29. 2. 1988“ in Ziffer 7 beruht auf einem offensichtlichen Versehen) beurkundeten Kaufvertrag über die Dachgeschoßwohnung zusammen. Deren Preis sollte gegenüber dem notariellen Vertrag im Ergebnis um 100.000 DM gemindert werden. Anhaltspunkte dafür, daß die Vereinbarung selbständige Bedeutung haben, der Kläger also ohne Bezug zu dem Wohnungskauf dem Beklagten 100.000 DM zahlen sollte, sind nicht ersichtlich. Dieser Kauf war ja aus der damaligen Sicht der Parteien das „Entgegenkommen“, das mit 100.000 DM honoriert werden sollte. An diesen Zusammenhängen vermag die „Klarstellung“ in Ziffer 7 der Vereinbarung nichts zu ändern.

Der Formzwang des § 313 BGB — und damit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 125 BGB — erfaßt gem. § 139 BGB auch die in Ziffer 3 der Vereinbarung vom

2. 3. 1988 enthaltene Abrede, daß die Zahlungsverpflichtung gem. Ziffer 2 durch die Sicherungsübereignung des N.-Aquarells gesichert werden sollte. Zwar läßt die Nichtigkeit des Geschäfts, aus dem die zu sichernde Forderung erwächst, den auf eine Sicherungsübereignung gerichteten schuldrechtlichen Sicherungsvertrag grundsätzlich unberührt (MünchKomm/Quack, BGB, 2. Aufl., Anh. §§ 929–936 Rdnr. 34; Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung, 6. Aufl., Rdnr. 219). Dieser soll das Schicksal der Sicherheit auch und gerade dann regeln, wenn die zu sichernde Forderung nicht besteht. Die Begründung der zu sichernden Forderung und die Sicherungsabrede können aber durch den Parteiwillen zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden; dann hat die Nichtigkeit der einen die Nichtigkeit der anderen zur Folge (vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, § 4 II 3 (S. 60); § 4 II 4 (S. 63); Soergel/Mühl, BGB, 12. Aufl., § 930 Rdnr. 31; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 3. Aufl., Rdnr. 810). So verhielt es sich im vorliegenden Fall. Die Übertragung des Eigentums an dem Gemälde sollte nur zur Sicherung der Forderung gem. Ziffer 2 der Vereinbarung vom 2. 3. 1988 dienen. Andere, gegenwärtige oder künftig entstehende Forderungen haben die Parteien ausgenommen. Ebenso wenig war an einen Bereicherungsanspruch zu denken, falls die Forderung gemäß Ziffer 2 der Vereinbarung nicht wirksam entstanden war. Ohne eine zu sichernde Forderung war die Sicherungsabrede aber sinnlos. Die Nichtigkeit der Forderung hat daher im vorliegenden Fall die Nichtigkeit auch der Sicherungsabrede zur Folge. Diese Rechtsfolge entfällt nicht deshalb, weil den Vertragsparteien die Formnichtigkeit jedenfalls der Zahlungsverpflichtung bewußt gewesen wäre (vgl. BGHZ 45, 376, 379 f; Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl., § 139 BGB, Rdnr. 28, jeweils m. w. N.). Daß der Kläger die Nichtigkeit der Vereinbarung gekannt habe, ist nicht behauptet und auch nicht ersichtlich.

Für die Voraussetzungen einer Heilung des Vertrages gem. § 313 Satz 2 BGB ist nichts festgestellt.

2. Da kein wirksamer Sicherungsvertrag vorliegt, hatte der Beklagte das Sicherungsgut ohne Rechtsgrund erlangt. Es war deshalb an den Sicherungsgeber zurückzugewähren (§ 812 BGB) und dürfte nicht verwertet werden. Geschah dies dennoch, schuldete der Sicherungsnehmer Wertersatz (§ 818 Abs. 2 BGB). Der Kläger konnte den Beklagten außerdem aufgrund der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf Herausgabe des Verwertungserlöses in Anspruch nehmen. Für das Verhältnis zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer gelten im Rahmen der Sicherungsabrede die Vorschriften des Auftragsrechts, insbesondere die §§ 666, 667 BGB entsprechend (vgl. BGH NJW 1993, 2041, 2042; Serick, Bd. II, § 18 I 1 [S. 46]). Ist die Sicherungsabrede unwirksam, sind die §§ 677, 681 Satz 2 BGB anwendbar (vgl. BGH LM § 677 BGB Nr. 31 m. w. N.). Daß der Geschäftsführer sich zur Geschäftsführung für berechtigt oder verpflichtet hielt, schließt allein die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB nicht aus (vgl. BGH WM 1972, 616, 618; NJW 1993, 3196).

3. Die Sachbefugnis des Klägers kann nicht verneint werden. (Wird ausgeführt.)

II. Das angefochtene Urteil ist damit teilweise aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da die Frage einer Heilung des Vertrages vom 2./29. 3. 1988 bisher noch nicht angesprochen worden ist und auch der vom Beklagten erklärten Aufrech-

nung nachgegangen werden muß, wird die Sache zur anderen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 565 ZPO). Für die erneute Verhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

1. Falls der Beklagte mittlerweile als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden sein sollte, ist der gesamte Grundstückskaufvertrag einschließlich der nicht beurkundeten Nebenabreden und der mit ihm zusammenhängenden anderen Rechtsgeschäfte gem. § 313 Satz 2 BGB wirksam geworden (vgl. BGH WM 1974, 52, 53). Dann besteht ein Anspruch des Klägers auf Auskehrung des Verkaufserlöses nur insoweit, als dieser die gesicherte Forderung übersteigt (vgl. Serick, Bd. III, § 38 II 7 (S. 477), Bd. II, § 18 I 1 (S. 46); Scholz/Lwowski, Rdnr. 292).

2. Die vom Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung ist nur zu einem geringen Teil zulässig. (Wird ausgeführt.)

3. BGB § 139; WEG § 10 Abs. 1; GBO § 19 (Keine geltungserhaltende Reduktion einer mangels Bestimmtheit teilweise nichtigen Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung)

**Ist eine Grundbuchvollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer (Bauträger) ermächtigt, die Teilungserklärung unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen zu ändern, wegen Verstosses gegen den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz teilweise unwirksam, so hat dies die Unwirksamkeit der ganzen Vollmacht zur Folge. Eine „geltungserhaltende Reduktion“ der Vollmacht ist ausgeschlossen (Ergänzung zu BayObLGZ 1993, 259 und 1994, 244).**

BayObLG, Beschluß vom 18.10.1994 — 2 Z BR 55/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 60 —, mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Die Antragsgegnerin war Alleineigentümerin eines Grundstücks, das sie in Wohnungseigentum aufteilte. Im Kellergeschoß der drei neu errichteten Häuser A, B und C befinden sich jeweils zwei als Teileigentum ausgewiesene Räume von ca. 37 m<sup>2</sup> Größe, die im Grundbuch entsprechend der Teilungserklärung als Hobbyräume, im Aufteilungsplan als Abstellräume bezeichnet sind. Diese Einheiten gehören der Antragsgegnerin, die zugleich Verwalterin der Wohnanlage ist.

Die Stadt B. als untere Baubehörde erteilte am 6. 2. 1991 die Genehmigung, daß in den Kellergeschossen anstelle der Hobbyräume jeweils zwei Wohnungen eingebaut werden; die Genehmigung umfaßte Veränderungen der Geländeoberfläche, Grundrißänderungen und den Einbau von Fenstern. Die Antragsgegnerin baute die Kellerräume entsprechend der Genehmigung aus. Die Antragsteller wollen ihr im Haus A die Nutzung der Hobbyräume als Wohnungen untersagen lassen. Sie kauften in diesem Haus im Laufe des Jahres 1990 Wohnungen; ihr Eigentumsverschaffungsanspruch wurde jeweils im Jahre 1990 durch Vormerkung gesichert, als Eigentümer sind sie noch nicht im Grundbuch eingetragen. Das gleiche gilt entsprechend für die weiteren Beteiligten mit Ausnahme der Firma V. GmbH (Nr. 1 im Rubrum des landgerichtlichen Beschlusses); diese ist seit dem 16. 6. 1992 als Eigentümerin einer Wohnung eingetragen. Die Antragsgegnerin und die weitere Beteiligte zu 1 faßten am 20. 6. 1992 in einer Versammlung, in der nur sie anwesend waren, den Beschluß, „daß entsprechend der dem Bauträger erteilten Vollmacht die in der Teilungserklärung als Hobbyräume ausgewiesenen Teileigentumseinheiten . . . nunmehr als Wohnungseigentum ausgewiesen und im Grundbuch eingetragen werden“. Der Beschluß ist rechtskräftig für ungültig erklärt worden.

Die notariellen Kaufverträge zwischen der Antragsgegnerin und den übrigen Beteiligten enthalten in Nr. 15 jeweils folgende Vollmacht:

Der Käufer bevollmächtigt den Verkäufer unwiderruflich ab sofort bis zur Eigentumsumschreibung und danach noch ein Jahr für ihn die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum samt Gemeinschaftsordnung vor und nach Grundbuchvollzug (= also auch hinsichtlich des Vertragsobjekts) zu ändern, wenn das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist, oder bei baulichen Änderungen, die die Wohnung des Käufers nicht unmittelbar berühren, oder bei Überführung von Sonder- in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt. Es ist auch eine Änderung der 1000stel Miteigentumsanteile gestattet, soweit diese Änderung durch Auflagen, Bedingungen oder Forderungen der Baugenehmigungsbehörde veranlaßt ist. Die jeweiligen Änderungen müssen dem Käufer jedoch zumutbar sein. Dem Grundbuchamt ist aber insoweit nichts nachzuweisen. Bei einer Änderung der Teilungserklärung aufgrund der vorstehenden Vollmacht kann der Verkäufer auch die vorstehend erklärte Auflassung entsprechend ergänzen.

Die Antragsteller haben am 15. 10. 1991, jeweils verbunden mit der Androhung von Ordnungsmitteln, beantragt, es der Antragsgegnerin zu untersagen, die Hobbyräume im Haus A zu Wohnzwecken zu nutzen oder nutzen zu lassen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, diese Räume der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Hobbyräume zur Verfügung zu stellen. Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin mit Beschluß vom 9. 7. 1992 verpflichtet, die Nutzung der Räume als Wohnungen zu unterlassen; den weiteren Antrag hat es abgewiesen. Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde und die Antragsteller Anschlußbeschwerde eingelegt, die das Landgericht zurückgewiesen hat. Die weitere Beschwerde blieb ebenfalls erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet. . . .

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Die Antragsteller können von der Antragsgegnerin gem. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 15 Abs. 3 WEG verlangen, daß diese es unterläßt, die im Beschluß des Amtsgerichts näher bezeichneten Räume als Wohnung zu nutzen oder nutzen zu lassen.

a) Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand ist die Nutzung der im Kellergeschoß des Hauses A gelegenen Räume als Wohnungen nicht zulässig.

Diese Räume sind in der zum Inhalt des Grundbuchs gewordenen Teilungserklärung als „Hobbyräume“ bezeichnet. In dieser Beschreibung liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats und vieler Oberlandesgerichte (vgl. BayObLG WuM 1993, 697/698 f. m. w. N.; speziell zur Bezeichnung als „Hobbyräume“ BayObLG NJW-RR 1991, 139 und 140; MittBayNot 1991, 220) eine die Nutzung des Teileigentums einschränkende Zweckbestimmung mit Vereinbarungskarakter. Es ist jedenfalls keine Nutzung zulässig, die mehr stört oder beeinträchtigt als die bestimmungsgemäße Nutzung (BayObLG a. a. O. m. w. N.); dies ist bei der Nutzung als Wohnung jedoch bei der hier gebotenen „typisierenden“, d. h. verallgemeinernden Betrachtungsweise (BayObLGZ 1990, 15/17; BayObLG ZMR 1990, 230) der Fall (vgl. auch BayObLG NJW-RR 1991, 139). Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es ausnahmsweise auch anders sein kann (BayObLG a. a. O.). Der Widerspruch zwischen dem durch doppelte Bezugnahme gleichfalls Inhalt des Grundbuchs gewordenen Aufteilungsplan, in dem die Räume als „Abstellräume“, und der Teilungserklärung, in der sie als „Hobbyräume“ bezeichnet sind, ist hier rechtlich ohne Bedeutung, da die Nutzung von Abstellräumen zu Wohnzwecken genauso unzulässig wäre wie die

von Hobbyräumen (zum Verhältnis von Teilungserklärung und Aufteilungsplan in bezug auf Zweckbestimmungen vgl. BayObLG WuM 1985, 238; OLG Stuttgart Die Justiz 1989, 327).

b) Die Antragsgegnerin kann dem Unterlassungsanspruch der Antragsteller nicht erfolgreich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB) entgegenhalten.

(1) Die Geltendmachung eines an sich bestehenden Anspruchs kann dann unzulässige Rechtsausübung sein, wenn die geforderte Leistung (Unterlassung) alsbald zurückzugewähren wäre, d. h., wenn die Antragsgegnerin von den Antragstellern Duldung der Wohnnutzung verlangen könnte (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 53. Aufl., § 242 Rdnr. 52 und die dort zitierten Fälle). Dies trifft hier unmittelbar nicht zu. Die Antragsgegnerin hat keinen Gegenanspruch, sondern allenfalls aufgrund der Vollmachten in den Kaufverträgen die rechtliche Möglichkeit, durch Änderung von Teilungserklärung und Grundbucheintragung die Wohnnutzung zulässig zu machen. Anders als im Beschluß des Senats vom 24. 6. 1993 (BayObLGZ 1993, 259 ff. = NJW-RR 1993, 1362 [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]) geht es hier nicht um die Eintragung einer Änderung der Teilungserklärung in das Grundbuch, sondern um die Zulässigkeit einer Nutzung. Bei den Vollmachten in Nr. 15 der Kaufverträge handelt es sich aber um Grundbuchvollmachten. Die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum kann nur durch Eintragung in das Grundbuch geändert werden; das gleiche gilt für die Überführung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum oder umgekehrt und für die Änderung der Miteigentumsanteile. Die Voraussetzungen für die Ausübung der Vollmachten sind dem Grundbuchamt, was die Zumutbarkeit für den Käufer betrifft, nicht nachzuweisen; dies macht besonders deutlich, daß die Vollmachten im übrigen dem Grundbuchamt nachzuweisen sind. Da aber die Zulässigkeit der Nutzung zu Wohnzwecken letzten Endes davon abhängt, ob die Antragsgegnerin durch Änderung der Teilungserklärung die rechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen kann, hat das Landgericht die Wirksamkeit der Vollmachten zu Recht unter diesem Gesichtspunkt geprüft. Es hat die Wirksamkeit auch zu Recht verneint. Daher kann offen bleiben, ob dieser Fall — die rechtliche Möglichkeit, die bestimmungswidrige Nutzung rechtmäßig zu machen — dem Bestehen eines Gegenanspruchs gleichzusetzen wäre, nachdem die Antragsgegnerin bisher keine Schritte in dieser Richtung unternommen hat. Denn das Landgericht stellt zutreffend fest, daß die Voraussetzungen für eine entsprechende Änderung von Teilungserklärung und Grundbuchinhalt nicht gegeben sind.

(2) Mit der Eintragung von Auflassungsvormerkungen für Käufer von Wohnungseigentum hat die Antragsgegnerin die Befugnis verloren, die Teilungserklärung einseitig zu ändern; dazu ist jetzt die Zustimmung der Vormerkungsberechtigten erforderlich (BayObLGZ 1993, 259/261 f. [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]). Zustimmung und grundbuchrechtliche Bewilligung können auch von einem Vertreter abgegeben werden; Voraussetzung dafür ist eine wirksame Vollmacht oder die nachträgliche Genehmigung des Vertretenen (BayObLGZ 1993, 259/263 [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]). An diesen Voraussetzungen fehlt es hier; die Vollmacht in Nr. 15 der Kaufverträge ist keine geeignete Grundlage dafür, in Vertretung der Vormerkungsberechtigten Grundbucheintragungen zu bewirken.

(3) Bei der Auslegung einer Vollmacht sind die für Grundbucherklärungen geltenden Grundsätze anzuwenden; es ist auf den Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Bei der Auslegung ist jedoch zu beachten, daß der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt im übrigen nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (*Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., § 19 Rdnr. 28 und 75). Darauf, was der Urkundsnotar mit den Vollmachten bezweckte oder welchen Inhalt er ihnen beilegte, kommt es bei der hier gebotenen objektiven Auslegung nicht an (vgl. BayObLG WuM 1993, 697/699 m. w. N.); eine Vernehmung des Notars als Zeuge war somit nicht geboten.

(4) Die Auslegung anhand dieser Grundsätze ergibt zunächst, daß es sich, wie bereits ausgeführt, bei den Vollmachten mit Ausnahme der Bestimmung, die auf die Zumutbarkeit abstellt, um Grundbuchvollmachten handelt. Soweit die Antragsgegnerin zur Änderung der Teilungserklärung ermächtigt wird, „wenn das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“, wäre sie nach Ansicht des Senats auch als Grundbuchvollmacht ausreichend bestimmt. Ihre Auslegung ergibt als nächstliegende Bedeutung, daß die Teilungserklärung geändert werden kann, sofern dadurch nicht die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden (vgl. BayObLG MittBayNot 1989, 211 f.; Senat BayObLGZ 1994, 244 = MittBayNot 1994 [in diesem Heft S. 529]). Da in der Klausel vom Sondereigentum schlechthin und nicht vom „Inhalt des Sondereigentums“ gesprochen wird, ist ihre nächstliegende Bedeutung, daß hier das Sondereigentum als tatsächlicher ausschließlicher Herrschaftsbereich eines Wohnungseigentümers gemeint ist; darauf, ob eine Änderung der Teilungserklärung zugleich eine rechtliche Änderung des Inhalts des Sondereigentums im Sinne von § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 WEG bedeutet, ist entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht abzustellen. Die Feststellung, ob Lage und Größe der im Sondereigentum stehenden Räume durch die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung in Mitleidenschaft gezogen werden, kann das Grundbuchamt anhand des Grundbuchinhalts und der urkundlichen Eintragungsunterlagen selbständig vornehmen (vgl. BayObLG a. a. O.).

Nicht vereinbar mit den oben dargelegten Anforderungen an eine Grundbuchvollmacht ist jedoch, wie das Landgericht richtig ausführt, die Bestimmung, die zur Änderung der Teilungserklärung ermächtigt „bei baulichen Veränderungen, die die Wohnung des Käufers nicht unmittelbar berühren“. Denn das Vorliegen der ersten (positiven) und der zweiten (negativen) Voraussetzung für die Änderung der Teilungserklärung kann das Grundbuchamt anhand der ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel nicht feststellen (vgl. BayObLGZ 1993, 259/264 [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]); die Voraussetzungen, von denen die Ausübung der Vollmacht abhängig gemacht ist, liegen hier weitgehend auf tatsächlichem Gebiet. Im übrigen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler festgestellt, daß die im Erdgeschoß gelegenen Wohnungen der Antragsteller zu 3 und 4 vom Umbau der Hobbyräume zu Wohnungen unmittelbar berührt sein dürften. Die Antragsgegnerin hat diese Feststellung in der Begründung der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen.

(5) Im Unterschied zu der Vollmacht, die Gegenstand des Senatsbeschlusses BayObLGZ 1993, 259 ff. [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233] war, sind hier die einschränkenden Voraussetzungen nicht kumulativ, sondern alternativ formuliert. Dies ändert aber nichts daran, daß die Vollmacht als Grundbuchvollmacht insgesamt unwirksam ist und nicht Grundlage für eine Änderung der Teilungserklärung durch die Antragsgegnerin als Vertreterin der Antragsteller sein kann. Wie ausgeführt, wäre die Klausel insoweit, als sie zur Änderung der Teilungserklärung ermächtigt, wenn das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist, inhaltlich nicht zu beanstanden. Nach dem Grundsatz des § 139 BGB hat aber die Unwirksamkeit eines Teils der Vollmacht deren Unwirksamkeit im ganzen zur Folge; es ist nicht anzunehmen, daß sie teilweise wirksam bleibt, da sich die Teilwirksamkeit zum Vorteil der Antragsgegnerin auswirken würde; dies entspricht mit Sicherheit nicht dem Willen der Antragsteller als Käufer. Dem Grundbuchamt steht auch nicht die Entscheidung darüber zu, ob die Vermutung des § 139 BGB widerlegt ist (*Horber/Demharter*, § 19 Rdnr. 30 m. w. N.). Eine salvatorische Klausel enthalten die Kaufverträge nicht. Das gleiche gilt, wenn man auf die in zahlreichen Kaufverträgen mit gleichem Wortlaut verwendeten Vollmachten die in den Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken heranzieht; unmittelbar dürfte das AGB-Gesetz auf Grundbuchvollmachten nicht anzuwenden sein (vgl. *Horber/Demharter*, § 19 Rdnr. 40 ff.). Die teilweise Unwirksamkeit einer Klausel führt nach dem AGB-Gesetz grundsätzlich dazu, daß die ganze Klausel unwirksam ist; eine „geltungserhaltende Reduktion“ ist nicht zulässig (*Palandt/Heinrichs*, Rdnr. 9 vor § 8 AGBG m. w. N.); sie kommt vor allem dann nicht in Frage, wenn sich die Rechtsstellung des Verwenders dadurch verbessern würde. Dies wäre hier durch die Erweiterung der Vollmacht infolge Wegfalls einer der einschränkenden Voraussetzungen der Fall.

Das Rechtsmittel der Antragsgegnerin kann somit keinen Erfolg haben.

#### 4. BGB § 133; WEG § 10 Abs. 1; GBO § 19 (*Bauträgervollmacht zur Abänderung der Teilungserklärung*)

**Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer (Bau-träger) ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, „soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“, ist ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergibt, daß der Bau-träger nur zu solchen Änderungen nicht ermächtigt ist, durch welche die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden (Abgrenzung zu BayObLGZ 1993, 259 [= MittBayNot 1993, 292 = DNotZ 1994, 233]).**

BayObLG, Beschluß vom 25. 8. 1994 — 2 Z BR 80/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 49 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1, eine Bau-trägerin, verkaufte zu notarieller Urkunde vom 16. 11. 1993 an die Beteiligten zu 2 und 3 ein Wohnungseigentum und ein Teileigentum mit einem Sondernutzungsrecht. In der Urkunde änderte die Beteiligte zu 1 im eigenen Namen und namens der Berechtigten von Auflassungsvormerkungen an anderen Wohnungseigentumsrechten aufgrund der ihr in den Kaufverträgen von diesen erteilten Vollmacht die Teilungs-

erklärung dahin ab, daß den Beteiligten zu 2 und 3 ein weiteres Sondernutzungsrecht eingeräumt wird. In den Kaufverträgen ist die Beteiligte bevollmächtigt, die „Teilungserklärung zu ändern, soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“.

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung vom 21. 1. 1994 beanstandet, weil die Vollmachten in den Kaufverträgen nicht ausreichend bestimmt und deshalb die Bewilligungen der Vormerkungsberechtigten erforderlich seien. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das Landgericht zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde war erfolgreich.

#### *Aus den Gründen:*

...

Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Vorinstanzen haben die Anforderungen an die erforderliche Bestimmtheit einer Vollmacht überspannt.

Der Senat hat am 24. 6. 1993 (BayObLGZ 1993, 259 [= MittBayNot 1993, 292]) mit näherer Begründung entschieden, daß der Bauträger, der noch als Eigentümer aller Wohnungen im Grundbuch eingetragen ist, die Befugnis zur einseitigen Änderung der Teilungserklärung verliert, sobald für einen Erwerber eines Wohnungseigentums eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist; dann ist dessen Zustimmung zu einer Änderung erforderlich. Die grundbuchrechtlich notwendige Bewilligung des Auflassungsvormerkungsberechtigten kann auch vom Bauträger aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht erklärt werden. Die Vollmacht muß im Hinblick auf den das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz eindeutig sein; sie muß mindestens im Weg der Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Diese Grundsätze werden, soweit ersichtlich, nicht in Zweifel gezogen; der Senat hält an ihnen fest.

b) In der Entscheidung vom 24. 6. 1993 hat der Senat eine Vollmacht, die den Bauträger ermächtigte, die Teilungserklärung zu ändern, solange „dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird“, nicht für ausreichend bestimmt angesehen. Insoweit ist die Entscheidung auf Kritik gestoßen (*Röll*, DNotZ 1994, 237). Auch insoweit hält der Senat an seiner Entscheidung fest. Die in dem damals entschiedenen Fall vorliegende Vollmacht war in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Dabei konnten die in der Vollmacht verwendeten unbestimmten Begriffe nur durch eine Wertung unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände ausgefüllt werden; eine solche Wertung kann vom Grundbuchamt aber in aller Regel in dem auf den Urkundenbeweis beschränkten Eintragungsverfahren, das eine Beweisaufnahme nicht zuläßt, nicht vorgenommen werden (BayObLGZ 1993, 259/264 = MittBayNot 1993, 292; insoweit in DNotZ 1994, 233/237 nicht vollständig abgedruckt).

Ausgangspunkt der Kritik von *Röll* ist die Behauptung, dem Bauträger müsse ein Freiraum zur nachträglichen Änderung der Teilungserklärung eingeräumt werden, damit er seine Aufgabe erfüllen könne. Ob ein anerkanntes Bedürfnis für die Einräumung solcher Freiräume besteht, ist in Zweifel zu ziehen, wenngleich die Beantwortung der Frage für das grundbuchrechtliche Verfahren ohne Bedeutung ist, weil die Anforderungen an die Bestimmtheit einer

Vollmacht nicht davon abhängig gemacht werden können. In aller Regel dient die vorbehaltene Abänderungsmöglichkeit nur dazu, dem Bauträger den Verkauf der übrigen Wohnungen durch die Möglichkeit zu erleichtern, den Käufern Zugeständnisse machen zu können, z. B. wie hier durch die Einräumung eines weiteren Sondernutzungsrechts oder wie in dem vom Senat im Jahr 1993 entschiedenen Fall durch die Erlaubnis, einen Wintergarten errichten zu dürfen. Solche Zugeständnisse sind grundsätzlich nur zu Lasten derjenigen möglich, die bereits Wohnungen gekauft haben. Durch die ihnen in den Kaufverträgen abverlangte Vollmacht wird ihnen zugemutet, Wohnungseigentum zu erwerben, dessen rechtliche Ausgestaltung nachträglich vom Bauträger ohne ihre Mitwirkung zu ihren Ungunsten verändert werden kann.

c) Die Entscheidung des Senats vom Jahr 1993 entbindet nicht davon, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine dem Bauträger erteilte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit erfüllt. Im vorliegenden Fall erschöpft sich die Vollmacht darin, daß eine Änderung zulässig ist, soweit das Sondereigentum des Erwerbers nicht unmittelbar betroffen wird. Eine ähnliche Bestimmung war Teil der Vollmacht in dem im Jahr 1993 entschiedenen Fall. Sie war dort aber in andere Bestimmungen eingebettet und mußte im Zusammenhang mit diesen ausgelegt werden. Die hier vorliegende Vollmacht erscheint dem Senat ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergibt als nächstliegende Bedeutung, daß alle Änderungen der Teilungserklärung vorgenommen werden können, sofern dadurch nicht die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden. Die Vollmacht ermächtigt damit zu außerordentlich weitreichenden Änderungen der Teilungserklärung, die von der Schaffung weiterer Wohnungseigentumsrechte in einem auf dem gemeinschaftlichen Grundstück zu errichtenden Gebäude bis zu einer Änderung des Kostenverteilungsschlüssels reichen. Gleichwohl liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die aufgrund der Vollmacht erklärte Eintragungsbewilligung wegen Verstoßes gegen § 138 oder § 242 BGB nichtig oder unwirksam wäre (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 20). Der weite Umfang berührt die Frage der Bestimmtheit der Vollmacht nicht. Die Wertung, ob Lage und Größe der im Sondereigentum stehenden Räume durch die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung verändert werden, kann das Grundbuchamt anhand der urkundlichen Eintragungunterlagen abschließend vornehmen. Weil die Vorinstanzen bei der Auslegung die rechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit überspannt haben, ist der Senat zu einer eigenen Auslegung berechtigt (vgl. *Horber/Demharter*, § 78 Rdnr. 18, m. w. N.).

#### 5. BGB § 313 (*Formbedürftigkeit einer dem Bauträger nachträglich erteilten Vollmacht*)

**Eine Vollmacht, die dem Bauträger nach notarieller Beurkundung des Erwerbsvertrages erteilt wird, und die zu einer rechtlich erheblichen Abänderung der formgültig begründeten Verpflichtung zum Erwerb eines Grundstücks führt (z. B. Umwandlung eines Bauträgervertrages in einen Baubetreuungsvertrag), bedarf ebenfalls der notariellen Beurkundung.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Hamm, Urteil vom 16. 5. 1994 — 17 U 36/93 —

### *Aus dem Tatbestand:*

Die Klägerin macht gegen die Beklagten Werklohn aus einem am 30. 1. 1991 von dem Architekten E. erteilten Auftrag über die Lieferung und den Einbau von Fenstern, Rolläden und einer Tür geltend. Über dieses Bauvorhaben haben Herr E. als Eigentümer dieses Grundstücks und die Beklagten am 27. 6. 1989 einen notariellen Vertrag geschlossen, nach dessen Inhalt sich Herr E. verpflichtete, den Beklagten zu einem Festpreis schlüsselfertig bebauten Wohnungs- und Teileigentum nach näherer Bezeichnung des Vertrages zu verschaffen. Am 23. 1. 1990 schrieb der Beklagte Herrn E.:

„Wie gewünscht bestätige ich Ihnen, daß Sie Vollmacht haben, alle Aufträge wie bei den drei anderen Bauherren in unserem Namen und Rechnung an die Firmen zu vergeben. Die Kosten für den Vertrag überschreitende Ausführungen übernehmen wir. Gestaltung und techn. Ausführung wie die drei anderen Häuser.“

Mit den drei anderen Erwerbern hatte Herr E. Verträge geschlossen, nach deren Inhalt diese Bauherren waren und ihm den Architektenauftrag erteilt hatten. Die Parteien streiten darüber, ob der Architekt E. bevollmächtigt war, für die Beklagten Aufträge an die Klägerin als bauausführende Handwerkerin zu erteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Architekt keine Vertretungsmacht gehabt habe, für die Beklagten Aufträge zu vergeben. Auch eine Anscheins- oder Duldungsvollmacht sei nicht dargetan.

Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos.

### *Aus den Gründen:*

Nach der Beweisaufnahme steht fest, daß der Zeuge E. keine Vollmacht hatte, den Auftrag über die Lieferung und den Einbau von Fenster, Rolläden und einer Tür namens der Beklagten an die Klägerin zu erteilen. Da die Beklagten den ohne Vertretungsmacht erteilten Auftrag auch nicht genehmigt haben, hat die Klägerin keinen Werklohnanspruch gegen die Beklagten.

1. Nach dem am 27. 6. 1989 geschlossenen Erwerbsvertrag hatte der Zeuge keine Vollmacht, Bauaufträge für die Beklagten zu vergeben.

a) In diesem Vertrag hatte sich der Zeuge verpflichtet, auf dem zu übertragenden Grundstück schlüsselfertig zu bauen und den Beklagten nach Fertigstellung des Bauvorhabens das Grundstück zu übergeben. Danach war der Zeuge nicht berechtigt, die Beklagten zu verpflichten. Vielmehr hatte er wie ein Bauträger die Aufträge an die Handwerker in eigenem Namen zu vergeben. Er hatte seinerseits den Anspruch gegen die Beklagten auf Zahlung des vereinbarten Festpreises. Diese Vertragsgestaltung war von den Parteien beabsichtigt, wie der Zeuge ausgesagt und der Beklagte auch bestätigt hat. Sie war Voraussetzung dafür, daß die Beklagten öffentliche Mittel in Anspruch nehmen konnten. Diese Vertragsgestaltung wurde bewußt in Abweichung von der Vertragsgestaltung der anderen drei Erwerber gewählt.

b) Dieser Vertrag war, so wie er abgeschlossen wurde, wirksam. Daran ändert nichts, daß der Zeuge gemeint hat, man sei sich von vornherein darüber einig gewesen, daß er nicht als Bauträger auftreten solle. Diese Aussage rechtfertigt nicht die Annahme eines Scheingeschäftes, das die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 117 BGB zur Folge hätte. Es kann deshalb offen bleiben, ob die Aussage richtig ist oder die Darstellung des Beklagten, über eine vom notariellen Vertrag abweichende Durchführung des Vertrages sei nicht gesprochen worden. Die Rechtsprechung hat schon mehrfach entschieden, daß ein Scheingeschäft nicht vorliegt,

wenn der von den Parteien erstrebte Rechtserfolg die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes voraussetzt (BGH NJW 1977, 294 [= MittBayNot 1977, 12]). So liegt es hier. Die Parteien wollten einen Bauträgervertrag, um die Finanzierung des Bauvorhabens zu sichern. Der innere Vorbehalt des Zeugen, nicht als Bauträger auftreten zu wollen, ist unbeachtlich.

c) Im übrigen hätte der Zeuge auch dann keine Vollmacht, wenn die getroffene Vereinbarung eines Bauträgervertrages als Scheingeschäft zu werten wäre. Denn der dann von den Parteien gewollte Baubetreuungsvertrag, nach dessen Inhalt der Zeuge die Aufträge namens der Beklagten vergibt, wäre mangels notarieller Beurkundung formunwirksam, §§ 313, 125 BGB. Die Vereinbarung über die angeblich gewollte Baubetreuung stand mit dem Vertrag über den Erwerb des Wohnungseigentums in einem unlöslichen rechtlichen Zusammenhang, so daß der gesamte Vertrag einschließlich der Vollmacht beurkundungsbedürftig war (vgl. BGH NJW 1988 132 [= MittBayNot 1988, 28 = DNotZ 1988, 547]; NJW — RR 1990, 340 [= DNotZ 1990, 658]). Da die angeblich gewollte Vereinbarung nicht beurkundet worden ist, ist sie nichtig, § 125 BGB. Eine Heilung des Formmangels ist nicht eingetreten, weil der Zeuge die Auffassung an die Beklagten wegen der zwischen den Vertragsparteien bestehenden Differenzen verweigert.

2. Auch das Schreiben vom 23. 1. 1990 verschaffte dem Zeugen keine wirksame Vollmacht, für die Beklagten Bauaufträge zu vergeben. Dabei kann dahin stehen, ob die in diesem Schreiben erteilte Vollmacht nur auf Zusatzaufträge bezogen war, wie der Beklagte behauptet, oder die gesamte Bauabwicklung betraf, wie der Zeuge ausgesagt hat. Wenn die Vollmacht nur Zusatzaufträge betraf, war der Auftrag über die Lieferung der Fenster etc. davon nicht erfaßt. Denn dieser Auftrag war kein Zusatzauftrag, sondern ein Auftrag über Leistungen, die in der Baubeschreibung enthalten waren. Wenn die Vollmacht die gesamte Bauabwicklung betraf, war sie nichtig. Denn sie änderte den am 27. 6. 1989 geschlossenen Erwerbsvertrag in einem wesentlichen Punkt ab und bedurfte deshalb der notariellen Beurkundung, § 313 BGB.

a) Die die gesamte Bauabwicklung betreffende Vollmacht bewirkte im Zusammenhang mit der ihr zugrunde liegenden Abrede eine Änderung des Vertrages dahin, daß der Zeuge nunmehr das Bauvorhaben nicht mehr in eigenem Namen, sondern im Namen der Beklagten durchführen sollte. Diese Rechtsgeschäfte waren formlos nicht möglich, sondern bedurften der notariellen Beurkundung. Bei einem Grundstücksgeschäft sind alle Vereinbarungen beurkundungsbedürftig, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (BGH NJW 1989, 898 [= MittBayNot 1989, 76 = DNotZ 1989, 503]). § 313 BGB findet auch auf nachträgliche Vereinbarungen der Vertragsschließenden Anwendung, sofern dadurch eine bereits formgültig begründete Verpflichtung zum Grundstückserwerb in rechtlich erheblicher Weise abgeändert wird (BGH NJW 1973, 27 [= MittBayNot 1973, 16 = DNotZ 1973, 473]). Dem Formzwang unterliegen danach nicht nur die Vereinbarungen, die unmittelbar dem Grundstücksgeschäft dienen. Soweit der rechtliche Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft den Beurkundungszwang für andere Vereinbarungen begründet, unterliegt auch die Abänderung dieser Vereinbarungen dem Formzwang. Hier ist die Durchfüh-

zung des Grundstücksgeschäfts rechtlich unlösbar mit der Bebauung des Grundstücks durch den Zeugen verbunden. Auch die Art und Weise der Bebauung als Bauträger ist ein untrennbarer Bestandteil der gesamten Vereinbarung. Die Änderung der Vertragsabwicklung von einem Bauträgervertrag in einen Baubetreuungsvertrag bedurfte deshalb der notariellen Beurkundung. Das betrifft nicht nur die der Vollmacht zugrunde liegende Vereinbarung, sondern auch die Vollmacht selbst. Auch diese kann aus dem Gesamtzusammenhang nicht gelöst werden und steht in engem rechtlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb. Der Normzweck des § 313 BGB würde nicht erreicht, wenn die Vollmacht dem Beurkundungszwang nicht unterfiele. Warn-, Schutz- und Beweisfunktion des § 313 (vgl. BGH NJW 1987, 1069 [= MittBayNot 1987, 21 = DNotZ 1987, 350]) gebieten vielmehr die Einbeziehung. Insbesondere und gerade die erteilte Vollmacht verändert die Rechtsstellung erheblich. Durch sie werden die Beklagten Verpflichtungen ausgesetzt, die sie nach dem ursprünglichen Vertrag nicht zu befürchten hatten. Dieser Eingriff in ihre Rechtsstellung ist von derartigem Gewicht für die Beklagten, daß sie durchaus des Schutzes vor übereilter Entscheidung bedürfen. Es besteht auch erheblicher Beratungsbedarf, wie allein dadurch dokumentiert wird, daß die Entscheidung für einen Bauträgervertrag auf das Anraten des Notars getroffen wurde.

b) Aus allem wird deutlich, daß eine Ausnahme von der Beurkundungsbedürftigkeit nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen nicht in Betracht kommt. Danach besteht kein Formzwang, wenn durch eine nachträgliche Vereinbarung nur unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffene Vereinbarung die beiderseitigen Verpflichtungen aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändert (BGH NJW 1982, 434 [= MittBayNot 1982, 19 = DNotZ 1982, 310]). Die durch die Vertragsparteien beabsichtigte Änderung hatte ganz erhebliches Gewicht. Sie führte zu einer tiefgreifenden schuldrechtlichen Umgestaltung des Vertragsverhältnisses und konnte auch erhebliche steuerrechtliche Wirkungen entfalten. Zudem konnte sie Auswirkungen auf die Bewilligung der angestrebten öffentlich-rechtlichen Mittel haben.

c) Die Vollmacht und die ihr zugrunde liegende Vereinbarung sind nicht notariell beurkundet worden. Eine Heilung dieses Formmangels nach § 313 Satz 2 BGB ist nicht eingetreten.

3. Der Zeuge konnte die Beklagten auch nicht nach den Grundsätzen über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht wirksam verpflichten. Inwieweit der durch eine nichtige Vollmacht begründete Vertrauenstatbestand überhaupt zur Anwendung der Grundsätze über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht führt, ist problematisch, bedarf aber hier keiner Klärung. Denn die Klägerin hat bereits nicht darlegen können, daß sie den Vertrag im Vertrauen auf einen den Beklagten zuzurechnenden Vertrauenstatbestand geschlossen hat. (*Wird ausgeführt.*)

6. BGB § 326 (*Gem. § 326 BGB untergegangenes Austauschverhältnis nicht durch Angebot der Vertragsleistung wieder herstellbar*)

**Der Grundstückskäufer kann im Rahmen des § 326 BGB den vereinbarten Kaufpreis nicht deswegen als Schadensersatz beanspruchen, weil er die Erfüllung seiner Verpflichtung zur Auflassung des Grundstücks dem Käufer anbietet (Abweichung von dem Senatsurteil BGHZ 20, 338, 343).**

BGH, Beschluß vom 6. 10. 1994 — V ZR 92/94 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger verkaufte den Beklagten durch notariellen Vertrag vom 12. 9. 1990 zwei Grundstücke zum Preis von 3.200.000 DM. Ein Teilbetrag von 2.200.000 DM sollte bis zum 30. 6. 1991, der Rest ein halbes Jahr später gezahlt werden. Mit Schreiben vom 15. 8. 1991 setzte der Kläger den — damals durch Auflassungsvormerkung gesicherten — Beklagten zur Zahlung der ersten Rate eine Frist bis zum 1. 9. 1991 mit der Erklärung, er werde nach fruchtlosem Fristablauf die Erfüllung des Vertrages ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen.

Der Kläger hat beantragt, die Beklagten Zug um Zug gegen Übereignung der Grundstücke zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises nebst Zinsen zu verurteilen. Außerdem hat er die Feststellung verlangt, daß die Beklagten mit der Annahme der Auflassung in Verzug seien. Diesen Antrag hat das Landgericht durch Teilurteil abgewiesen. Die dagegen gerichtete Sprungrevision hat der Senat nicht angenommen.

#### *Aus den Gründen:*

1. Der Kläger hat den Beklagten mit dem noch nicht beschiedenen Klageantrag zu 1 die Auflassung der ihnen verkauften Grundstücke angeboten. Dieses wörtliche Angebot genügte jedoch nicht, weil die Beklagten nicht erklärten, daß sie die Leistung nicht annehmen würden (§ 295 BGB). Sie haben sich zwar auf den — vom Tatrichter verworfenen — Standpunkt gestellt, der Kläger sei gem. § 326 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten; diese Ansicht haben sie aber nur der Auffassung des Klägers entgegengehalten, er könne bei Übereignung der Grundstücke Schadensersatz in Höhe des Kaufpreises verlangen. Der Kläger hätte daher Annahmeverzug der Beklagten nur durch ein tatsächliches Angebot herbeiführen können (§ 294 BGB), das den vom Senat in BGHZ 116, 244, 250 [= MittBayNot 1992, 123 = DNotZ 1993, 381] dargelegten Erfordernissen hätte entsprechen müssen. Die Abgabe eines solchen Angebots hat der Kläger nicht behauptet.

Bei Zug um Zug zu erbringenden Leistungen, wovon der Klageantrag zu 1 ausgeht, kommt der Gläubiger nach § 298 BGB auch dann in Annahmeverzug, wenn er zwar die ihm angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Voraussetzung ist also, daß der Schuldner seine Leistung ordnungsgemäß angeboten hatte. Solange er das nicht getan hat, kann die Verweigerung der Gegenleistung keinen Annahmeverzug des Gläubigers begründen.

2. Der Senat billigt zudem die Meinung des Landgerichts, die Beklagten seien zur Zahlung des Grundstückskaufpreises auch nicht mehr verpflichtet. Denn im Rahmen des § 326 BGB kann der Gläubiger Schadensersatz nicht in der Weise geltend machen, daß er Zug um Zug gegen Erfüllung seiner vertraglichen Leistungspflicht die ihm geschuldete Gegenleistung verlangt (*Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., § 326 Rdnr. 72 ff.). Hat der Gläubiger, wie hier, dem Schuldner zur Bewirkung der Leistung fruchtlos eine

Frist mit der Erklärung gesetzt, er lehne nach Fristablauf die Annahme der Leistung ab, so erlischt gem. § 326 Abs. 1 BGB der Anspruch auf Erfüllung und dann auch der dem Schuldner seinerseits zustehende Erfüllungsanspruch. Damit verwandelt sich das vertragliche Austauschverhältnis in ein einseitiges Abrechnungsverhältnis (BGHZ 87, 156, 158/159 [= DNotZ 1983, 549]). Der Kläger konnte deshalb das untergegangene Austauschverhältnis nicht dadurch wiederherstellen, daß er seine Vertragsleistung den Beklagten anbot. Der Senat hält daher an der in BGHZ 20, 338, 343 vertretenen gegenteiligen Ansicht nicht fest. Die dort herangezogene eingeschränkte Differenztheorie kommt nur im Falle des § 325 BGB in Betracht.

#### 7. WEG § 16 Abs. 2 (Haftung des eingetragenen Wohnungseigentümers nach Anfechtung des Erwerbs)

**Wer den Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum wirksam nach § 123 BGB angefochten hat, haftet, auch wenn er noch im Grundbuch eingetragen ist, nicht in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 WEG für Verbindlichkeiten, die nach seiner Grundbucheintragung begründet und fällig werden (Ergänzung zu BGHZ 107, 285 [= MittBayNot 1989, 269 = DNotZ 1990, 371]).**

BGH, Beschluß vom 6. 10. 1994 — V ZB 2/94 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Antragsgegnerin kaufte mit notariellem Vertrag vom 16. 1. 1987 von dem ursprünglichen Grundstückseigentümer ein im Keller der auf diesem Grundstück errichteten Wohnungseigentumsanlage gelegenes Ein-Zimmer-Ferienappartement. Am 27. 8. 1987 wurde sie als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 12. 1. 1988 focht sie die im notariellen Vertrag vom 16. 1. 1987 abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen wegen arglistiger Täuschung an, weil eine Nutzung des Appartements zu Wohnzwecken baurechtlich nicht zulässig war. Die Wohnungsschlüssel wurden im November 1988 zurückgegeben.

Der Rechtsstreit wegen der Anfechtung zwischen den Kaufvertragsparteien endete mit einem in zweiter Instanz abgeschlossenen Vergleich, in dem der Verkäufer sich verpflichtete, 45.000 DM Zug um Zug gegen Rückübereignung der Wohnung und des Mobiliars zu zahlen. Der Vergleich ist beiderseits erfüllt worden.

Die Antragsteller (die übrigen Wohnungseigentümer) haben in der Zeit von Oktober 1988 bis September 1990 verschiedene Beschlüsse über die Zahlung von Wohngeldern für den Zeitraum vom 1. 6. 1987 bis 31. 5. 1991 gefaßt, aus denen sie die Antragsgegnerin auf Zahlung von insgesamt 4.036,35 DM in Anspruch nehmen.

Das Amtsgericht hat die Antragsgegnerin zur Zahlung verpflichtet. Das Landgericht hat auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin den Beschluß abgeändert und den Zahlungsantrag zurückgewiesen.

Die dagegen gerichtete sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller hält das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht in Schleswig für unbegründet, sieht sich aber an der beabsichtigten Entscheidung durch den Beschluß des Oberlandesgerichts Celle vom 13. 9. 1983 (DWE 1983, 122) gehindert und hat die Sache daher dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Das Rechtsmittel wurde zurückgewiesen.

#### *Aus den Gründen:*

1. Das vorlegende Gericht verneint einen Anspruch gegen die Antragsgegnerin zur Mittragung der geltend gemachten Lasten und Kosten nach § 16 Abs. 2 WEG, weil diese nach den für rechtsfehlerfrei erachteten Feststellungen des Landgerichts infolge wirksamer Anfechtung von Kaufvertrag und dinglicher Einigung nicht (Teil-)Eigentümerin geworden sei und als lediglich Buchberechtigte nicht in Anspruch genommen werden könne. Dabei sei es ohne Bedeutung, daß die Antragsgegnerin für einen gewissen Zeitraum, bis zur Rückgabe der Schlüssel im November 1988, die Wohnung tatsächlich genutzt habe. Demgegenüber hält das Oberlandesgericht Celle in der auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung (DWE 1983, 122) den Erwerber einer Eigentumswohnung nach Besitzübergang und Eintragung als faktisches Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 WEG zur Mittragung der gemeinschaftlichen Lasten und Kosten jedenfalls dann für verpflichtet, wenn die materiellrechtliche Eigentümerstellung, z. B. wegen später erfolgter Anfechtung nach § 123 BGB, zweifelhaft sei.

2. Der Senat stimmt mit dem vorlegenden Gericht darin überein, daß die Antragsgegnerin nicht für den durch die Umlagebeschlüsse der Antragsteller festgesetzten Wohngeldanteil haftet.

a) Die in § 16 Abs. 2 WEG geregelte Pflicht der Wohnungseigentümer untereinander, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen, beruht auf dem mit dem Sondereigentum verbundenen Anteil am gemeinschaftlichen Eigentum. Die Vorschrift setzt mithin die Zugehörigkeit zur Wohnungseigentümergeinschaft voraus (vgl. BGHZ 87, 138, 142 [= MittBayNot 1983, 127 = DNotZ 1984, 32]). Für Teileigentum gilt dasselbe (§ 1 Abs. 6 WEG). An dieser Voraussetzung fehlt es im vorliegenden Fall. Das Landgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Antragsgegnerin den Kaufvertrag und die dingliche Einigung zum Erwerb des Teileigentums an dem „Appartement“ aufgrund arglistiger Täuschung nach § 123 BGB wirksam angefochten hat. Die Wirksamkeit ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen ist daher rückwirkend entfallen (§ 142 BGB), so daß die Zugehörigkeit zur Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft nicht begründet worden ist. An diese tatrichterliche Würdigung ist der Senat, der die Stelle des Rechtsbeschwerdegerichts einnimmt (§ 28 Abs. 3 FGG), gebunden, weil sie rechtsfehlerfrei ist (§ 27 FGG, § 561 ZPO).

b) Abweichend von dieser gesetzlichen Regelung sind früher in Rechtsprechung und Schrifttum als Wohnungseigentümer (bzw. Teileigentümer) im Sinne von § 16 Abs. 2 WEG auch die „werdenden“ oder „faktischen“ oder „wirtschaftlichen“ Eigentümer angesehen worden, die das Sondereigentum aufgrund eines Erwerbsvertrages bereits nutzen, im Grundbuch aber noch nicht als Wohnungseigentümer eingetragen sind (vgl. OLG Karlsruhe, OLGZ 1978, 177; OLG Köln, OLGZ 1978, 151; BayObLG, WuM 1986, 29; MünchKomm-BGB/Röll, 2. Aufl., § 16 WEG, Rdnr. 24 ff.). Der Senat hat sich dem jedoch nicht angeschlossen und entschieden, daß der „werdende“ Eigentümer nicht in entsprechender Anwendung von § 16 Abs. 2 WEG für Verbindlichkeiten haftet, die noch vor seinem Eigentumserwerb begründet worden und fällig geworden sind, und zwar erst durch Beschluß einer Eigentümerversammlung, in der

er kein eigenes Stimmrecht hatte (BGHZ 107, 285, 287 m. w. N. [= MittBayNot 1989, 269 = DNotZ 1990, 371]). Für die Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums haftet der im Grundbuch eingetragene Eigentümer auch dann, wenn er das Wohnungseigentum veräußert hat, nicht mehr nutzt und für den Erwerber schon eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist (BGH, 107, 285 [= MittBayNot 1989, 269 = DNotZ 1990, 371]).

c) Ausgehend von dieser Rechtsprechung, an der der Senat festhält, ist es folgerichtig, daß auch derjenige, der die auf den Erwerb des Wohnungs-/Teileigentums gerichteten Willenserklärungen nach seiner Eintragung ins Grundbuch gem. § 123 BGB wirksam angefochten hat, nicht in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 WEG zur Mithaftung für Verbindlichkeiten der Eigentümergemeinschaft herangezogen werden kann. Für eine Analogie fehlt es sowohl an einer planwidrigen Gesetzeslücke als auch an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Derjenige, der den Eigentumserwerb wirksam angefochten hat, hat rechtlich der Eigentümergemeinschaft nie angehört (§ 142 BGB). Das Grundbuch weist ihn zwar als Eigentümer aus, es ist aber unrichtig. Dies erzeugt auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhende Rechtswirkungen (§§ 891 ff. BGB), begründet aber nicht die nur an die Eigentümerstellung anknüpfende Haftung. Die faktische Zugehörigkeit zur Eigentümergemeinschaft vermag daher die fehlende Rechtsstellung nicht zu ersetzen (vgl. BGHZ 87, 138, 142 f. [= MittBayNot 1983, 127 = DNotZ 1984, 32]).

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Celle (DWE 1983, 122) besteht auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 2 WEG. Es kann insbesondere nicht mit dem Argument der Unsicherheit der Rechtslage begründet werden. Die Unsicherheit über die Frage der rechtlichen Zugehörigkeit zur Eigentümergemeinschaft bietet keine Grundlage für die Annahme eines berechtigten und schutzwürdigen Interesses der Gemeinschaft daran, daß für die Zeit der Ungewißheit über die materielle Rechtslage eine Person als Eigentümer zu gelten habe, die zur Lasten- und Kostentragung herangezogen werden könnte. Die Eigentümergemeinschaft muß daher die Rechtslage klären, damit der richtige Schuldner in Anspruch genommen werden kann. Diese Klärung kann durchaus im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 43 Abs. 1 WEG) herbeigeführt werden. Es ist dazu nicht weniger geeignet als ein Streitverfahren nach der Zivilprozeßordnung.

8. BGB §§ 362 Abs. 2, 398, 883, 925 (*Wirkung der dem Käufer eingeräumten Auflassungsvormerkung zugunsten des später mit seiner Zustimmung eingetragenen Dritten*)

1. Die Auflassung des Kaufgrundstücks steht der Abtretung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung und der diesen Anspruch sichernden Vormerkung an einen Dritten nicht entgegen.
2. Übereignet der Verkäufer das Kaufgrundstück mit Zustimmung des Käufers an einen Dritten (§§ 362 Abs. 2, 185 BGB), so kommen die Wirkungen einer dem Käufer eingeräumten Auflassungsvormerkung dem Dritten zugute.

BGH, Urteil vom 17. 6. 1994 — V ZR 204/92 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Am 19. 12. 1985 schlossen die Klägerin und deren Eltern als Käufer mit dem Beklagten zu 1 als Verkäufer vor dem früheren Beklagten zu 2 als beurkundendem Notar einen Kaufvertrag über die Grundstücke Flst. 32/2 und 33/4 der Gemarkung L., Flur 7, eingetragen im Grundbuch von L. Blatt 5342. Durch notariellen Änderungsvertrag vom 5. 11. 1986 trat der Kläger anstelle der Eltern in den Vertrag ein.

Die Grundstücke hatte der Beklagte zu 1 durch notariellen Vertrag vom 5. 6. / 31. 8. 1984 von der Erbengemeinschaft H. u. a. (im folgenden: Erbengemeinschaft) gekauft und am 31. 8. 1984 aufgelassen erhalten. Zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruches war für ihn am 21. 12. 1984 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen worden. Im Kaufvertrag vom 19. 12. 1985 und dem Änderungsvertrag trat der Beklagte zu 1 den Klägern diese Vormerkung ab. Die Kläger bewilligten die Löschung der Vormerkung „für den Zeitpunkt der vertragsgerechten Eigentumsumschreibung im Grundbuch, vorausgesetzt, daß bis dahin keine ihre Rechte beeinträchtigenden Zwischeneintragungen erfolgt oder zum Grundbuch beantragt sind“.

Im Jahre 1907 war ein früheres Grundstück, aus dem die an die Kläger verkauften Flächen hervorgegangen sind, mit einer Grunddienstbarkeit belastet worden, die dem Eigentümer des herrschenden Nachbargrundstückes ein Wegerecht einräumte, das im wesentlichen im Bereich des heutigen Grundstücks Flst. 33/4 auszuüben war. Der vor 1984 aufgestellte und bestandskräftige Bebauungsplan der Stadt L. sieht auf einem Teil dieses Grundstücks eine öffentliche Straße vor.

1973 waren die Grundstücke Flst. 32/2 und 33/4 auf das Blatt 5342 des Grundbuchs von L. umgeschrieben worden, wobei jedoch das Wegerecht nur zu Lasten des Flurstücks 32/2 mitübertragen worden war. Auf Veranlassung des Beklagten zu 1 erklärte der damalige Eigentümer des herrschenden Grundstücks, N., am 9. 5. 1985 die Entlassung dieses Grundstücks aus der Mitbelastung. Am 6. 5. 1985 hatte das Grundbuchamt bei dem Wegerecht als Veränderung vermerkt:

„Das Grundbuch Nr. 17 haftet mit. Umschreibungsvermerk von Amts wegen ergänzt.“

Unter lfd. Nr. 17 war das Grundstück Flst. 33/4 im Bestandsverzeichnis eingetragen.

Am 3. 3. 1987 wurden die Kläger nach Übertragung der an sie verkauften Grundstücke auf das neu angelegte Grundbuchblatt 9033 als Eigentümer eingetragen, nachdem am selben Tage der Beklagte zu 1 aufgrund der Auflassung der Erbengemeinschaft an ihn noch in das bisher geführte Grundbuch eingetragen worden war. Die Vormerkung und das Wegerecht zu Lasten des Grundstücks Flst. 32/2 wurden gelöscht, zu Lasten des Flurstückes 33/4 wurde das Wegerecht übertragen.

Am 5. 3. 1987 wurde die Firma W. B. und K. GmbH & Co. KG (im folgenden: W.), in die N. das herrschende Grundstück eingebracht hatte, als dessen neue Eigentümerin aufgrund eines am 29. 12. 1986 beim Grundbuchamt L. eingegangenen Antrages eingetragen.

Auf Antrag der W. wurden die Kläger von dem Amtsgericht L. am 8. 3. 1989 rechtskräftig verurteilt, eine von ihnen auf dem Grundstück Flst. 33/4 begonnene Bebauung zu beseitigen und einen die Ausübung der Grunddienstbarkeit nicht beeinträchtigenden Zustand des Grundstückes herzustellen. Die Kläger kamen dem Urteil nach.

Die Kläger haben Ersatz des ihnen entstandenen bezifferten Schadens von dem Beklagten zu 1 und aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung auch von dem Beklagten zu 2 (Notar) und dem Land N. als Beklagten zu 3 verlangt sowie die Feststellung beantragt, daß die Beklagten allen künftig durch den Abbruch des Bauvorhabens und den Abriß der errichteten Gebäude entstehenden Schaden zu ersetzen haben.

Das Landgericht hat die Klage gegen die Beklagten zu 2 und 3 als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Gegenüber dem Beklagten zu 1

hat es durch Teilurteil die begehrte Feststellung getroffen sowie durch Grundurteil dessen Verpflichtung zum Ersatz des bezifferten Schadens ausgesprochen.

Auf die Berufung des Beklagten zu 1, der sich als Streithelfer der Beklagte zu 2 angeschlossen hat, hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihrer vom Beklagten zu 3 als Streithelfer unterstützten Revision. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Nach §§ 433 Abs. 1, 434 BGB war der Beklagte zu 1 verpflichtet, den Klägern das Eigentum an dem Grundstück Flst. 33/4 frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Im Ergebnis zutreffend ist das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt, daß der Beklagte zu 1 dieser Verpflichtung nachgekommen ist. Die Kläger haben aufgrund der für den Beklagten zu 1 am 21. 12. 1984 eingetragenen, an sie abgetretenen Auflassungsvormerkung am 3. 3. 1987 lastenfreies Eigentum erlangt.

a) Die von der Erbengemeinschaft bewilligte Vormerkung ermöglichte es dem Rechtsvorgänger der Kläger, dem Beklagten zu 1, das Grundstück Flst. 33/4 unbelastet von dem Wegerecht gutgläubig zu erwerben.

Bei Eintragung der Vormerkung am 21. 12. 1984 war das Grundbuch hinsichtlich des Wegerechtes unrichtig; denn das Recht war bei der fehlerhaften Umschreibung auf das Grundbuchblatt 5342 nicht erloschen, wenn es auch gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht galt. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats schützt die Vormerkung den Berechtigten nicht nur gegen nachteilige Verfügungen im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB. Sie schützt auch den guten Glauben an den Erwerb des jeweiligen Rechtes nach dem Grundbuchstand zur Zeit der Eintragung der Vormerkung (§§ 892, 893 BGB; BGHZ 28, 182 f. [= DNotZ 1959, 36]; 57, 341 f. [= DNotZ 1972, 365]; Senat NJW 1981, 446 [= MittBayNot 1981, 19 = DNotZ 1981, 179]). Besteht, was beides hier unstreitig ist, der zu sichernde Anspruch und bewilligt der wahre Berechtigte die Vormerkung, so ist der gutgläubige Vormerkungsbegünstigte gegen nicht eingetragene Rechte und Verfügungsbeschränkungen geschützt. Nach den nicht angegriffenen und deshalb bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts (§ 561 Abs. 2 ZPO) war der Beklagte zu 1 zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung hinsichtlich des Umfanges des Wegerechtes gutgläubig, er hatte daher die Vormerkung erworben. Die am 6. 5. 1985 im Grundbuch vermerkte Mithaftung des Grundstücks Flst. 33/4, die im übrigen in § 53 GBO keine Grundlage hatte, konnte den Erwerb nicht mehr beeinträchtigen.

b) Die Kläger haben diese Vormerkung vom Beklagten zu 1 erlangt. Zwar ist eine isolierte Abtretung der Vormerkung, welche die Verträge der Parteien ihrem Wortlaut nach zum Gegenstand hatten, wegen der strengen Akzessorietät zum gesicherten schuldrechtlichen Anspruch nicht möglich. Jedoch war in den Verträgen, wovon das Berufungsgericht im Tatsächlichen ausgeht, die Abtretung des zugrundeliegenden gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs (§ 398 BGB) gemeint, die entsprechend § 401 BGB die Vormerkung mitumfaßte (vgl. BGHZ 25, 16, 23).

Der Umstand, daß die Erbengemeinschaft schon die Auflassung an den Beklagten zu 1 erklärt hatte, hinderte die Abtretung nicht. Er führte nicht zum Untergang des kaufvertraglichen Anspruchs auf Eigentumsverschaffung. Der

Senat hat diese Frage in BGHZ 49, 197, 204 [= DNotZ 1968, 483] offengelassen. In Rechtsprechung und Literatur wird zum Teil angenommen, mit der Auflassung habe der Schuldner erfüllt, so daß insbesondere keine Pfändung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung in Betracht komme (OLG Jena SeuffArch 67 Nr. 49; BayObLG JFG 9, 233; KG JFG 14, 131; Marcuse, JW 1923, 41; Hoche, NJW 1955, 933; Ronke, FS f. Nottarp, 1961, S. 104, 108; Schwab/Prütting, Sachenrecht, 24. Aufl., § 29 IV 4). Dem ist aber nicht zu folgen. Solange noch nicht Erfüllung eingetreten ist, besteht ein Anspruch unabhängig davon weiter, ob die erforderliche Leistungshandlung teilweise oder vollständig erbracht wurde (Senat DNotZ 1983, 549 f. mit Anm. Zimmermann). Deshalb existiert der schuldrechtliche Eigentumsverschaffungsanspruch trotz Auflassung fort (RGZ 113, 403, 405; KG Rpfleger 1971, 312, 313 mit Anm. Haegeler [= MittBayNot 1971, 315 = DNotZ 1971, 418]; BayObLGZ 1985, 332 [= MittBayNot 1985, 254 = DNotZ 1986, 345]; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1989, 252; LG Essen NJW 1955, 1401 mit Anm. Horber; Senat BB 1964, 576; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 925 Rdnr. 45, § 883 Rdnr. 44; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 2. Aufl., § 925 Rdnr. 38; BGB-RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 925 Rdnr. 83; Thomas/Putzo, ZPO, 18. Aufl., § 848 Rdnr. 2; Münzberg, FS f. Schiedermaier, 1976, S. 457; Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961, S. 27 ff., 89; Hieber, DNotZ 1959, 350 f.; Kuchinke, JZ 1964, 149 f.; Vollkommer, Rpfleger 1968, 339; 1969, 412). Dem entspricht es auch, daß nach zutreffender Auffassung trotz Auflassung der Anspruch noch durch Vormerkung gesichert werden kann (RGZ 113, 403 f.; KG Rpfleger 1971, 312 f. [= MittBayNot 1971, 315 = DNotZ 1971, 418]; Erman/Hagen, BGB, 9. Aufl., § 925 Rdnr. 51; Hieber, DNotZ 1954, 176). Damit konnte eine Abtretung noch wirksam erfolgen.

c) Ein Erwerb lastenfreien Eigentums durch die Kläger kam aber, was das Berufungsgericht nicht erörtert hat, nur in Betracht, wenn die Vormerkung — trotz des Zwischenerwerbs des Beklagten zu 1 — ihre Wirkung entfaltete. Dies setzte voraus, daß die Übertragung des Eigentums durch die Erbengemeinschaft sich als Erfüllung des gesicherten Anspruchs darstellte. Hiervon ist auszugehen:

Die Kläger waren Inhaber zweier Forderungen auf Übertragung des Eigentums an den Grundstücken Flst. 32/2 und 33/4. Einerseits hatten sie einen — ungesicherten — originären Anspruch gegen den Beklagten zu 1 aus dem Kaufvertrag mit diesem, andererseits stand ihnen aufgrund Abtretung auch der obligatorische Anspruch des Beklagten zu 1 gegen die Erbengemeinschaft aus dessen Kaufvertrag mit ihr zu. Eine Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs konnte gem. § 362 Abs. 1 BGB nur eintreten, wenn die Erbengemeinschaft an die Kläger leistete. Die Erbengemeinschaft hat aber keine Leistungshandlung gegenüber den Klägern vorgenommen, sondern an den Beklagten zu 1 das Eigentum aufgrund der vorher schon am 31. 8. 1984 erklärten Auflassung übertragen.

Eine Leistung an einen Dritten führt jedoch Erfüllungswirkung herbei, wenn dieser vom Gläubiger entsprechend § 185 Abs. 1 BGB ermächtigt ist, im eigenen Namen die Leistung in Empfang zu nehmen (§ 362 Abs. 2 BGB). Eine solche Ermächtigung des Beklagten zu 1 lag vor. Dies ergab sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag. Zwar ist dort eine ausdrückliche Ermächtigung seitens der Kläger nicht festgehalten, jedoch erschließt sie sich bei

sinnreicher Auslegung des Vertrages nach §§ 133, 157 BGB. Diese Auslegung kann das Revisionsgericht selbst vornehmen, da das Berufungsgericht die Erklärung der Kläger unter diesem Gesichtspunkt nicht ausgelegt hat und keine Anhaltspunkte vorliegen, daß über den Wortlaut des Vertrages hinaus weitere Umstände bei der Auslegung Berücksichtigung finden müßten (vgl. BGHZ 65, 107, 112; Senat NJW 1993, 1614). Die Parteien haben einerseits vereinbart, daß die vormerkungsgesicherte Forderung auf die Kläger übergang. Dies geschah, wie sich aus dem Zusammenhang mit der durch den Beklagten zu 1 den Klägern bewilligten Eigentumsverschaffungsvormerkung ergibt, zu ihrer möglichst umfangreichen Sicherung. Andererseits bestand zwischen den Parteien Einigkeit, daß der Beklagte zu 1 die Leistung von der Erbengemeinschaft — seiner Verkäuferin — weiterhin in Empfang nehmen sollte, obwohl er insoweit nicht mehr Inhaber der Forderung war. So gehen die Parteien im Kaufvertrag davon aus, daß zunächst die Eigentumsumschreibung auf den Beklagten zu 1 erfolgen müsse. Weiter heißt es, „daß die endgültige Durchführung des heute vereinbarten Weiterkaufvertrages erst möglich ist, wenn zuvor die Eigentumsumschreibung auf den Erschienenen zu 1 (Beklagter zu 1) aufgrund seines vorangegangenen Kaufvertrages im Grundbuch von L. Blatt 5342 erfolgt ist.“ Hieraus ergibt sich deutlich, daß die Empfangszuständigkeit trotz der Abtretung bei dem Beklagten zu 1 verbleiben sollte, er also berechtigt war, das Eigentum an dem Grundstück zu erwerben. Dies führte zur Erfüllung der gesicherten Forderung.

d) Das vom Beklagten zu 1 zunächst am 3. 3. 1987 von der Erbengemeinschaft lastenfrei erworbene Eigentum hat er am selben Tag auf die Kläger übertragen und somit seinerseits seine Leistungspflicht insoweit erfüllt.

2. Darüber hinaus war der Beklagte zu 1 verpflichtet, auch für die Löschung des Wegerechts zu Lasten des Grundstücks Flst. 33/4 im Grundbuch zu sorgen. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 435 BGB, wonach der Verkäufer im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, zur Löschung zu bringen hat, wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden. Die Verletzung dieser, im vertraglichen Austauschverhältnis stehenden Hauptleistungspflicht löst gem. § 440 Abs. 1 BGB die Rechte des Käufers aus §§ 320 ff. BGB aus.

a) Das für den Erwerb einer Grunddienstbarkeit maßgebliche Grundbuchblatt des dienenden Grundstücks (Senat Rpfleger 1988, 353, 354 [= MittBayNot 1988, 174 = DNotZ 1989, 146]; vgl. auch RGZ 104, 316/319) wies zu Unrecht das Wegerecht zu Lasten des Grundstücks Flst. 33/4 aus. Bei der Eintragung des Mithaftungsvermerks am 6. 5. 1985 war dem Grundbuchamt zwar ein Verfahrensfehler unterlaufen, denn eine Berichtigung von Amts wegen kam trotz des Umstandes, daß die Belastung des Grundstückes im Jahre 1973 zu Unrecht gelöscht worden war (§ 46 Abs. 2 GBO), nicht in Frage (zur Möglichkeit eines Amtswiderspruchs gem. § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO bei irrtümlicher Nichtübertragung vgl. BayObLGZ 1988, 124, 127; *Horber/Demharter*, GBO, 19. Aufl., § 46 Anm. 4 c). Der gleichwohl eingetragene Mithaftungsvermerk war aber wirksam, denn ein Verstoß gegen Ordnungsvorschriften — und dazu zählen die grundbuchrechtlichen Verfahrensnormen, vgl. *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., B 61) — berührte die Beachtlichkeit

der Eintragung nicht (*Staudinger/Ertl*, § 873 Rdnr. 171; *MünchKomm-BGB/Wacke*, 2. Aufl., § 892 Rdnr. 18; *Erman/Hagen*, BGB, 9. Aufl., vor §§ 891 bis 893 Rdnr. 8). Inhaltlich wies der Vermerk aus, daß das Flurstück 33/4 vom Wegerecht erfaßt sein sollte. Am 3. 3. 1987 stand dem Fortbestehen der Eintragung — vergleichbar den Fällen, in denen eine vormerkungswidrige Grundbuchberichtigung bewilligt oder erzwungen wird (*MünchKomm-BGB/Wacke*, § 883 Rdnr. 71 m. w. N.) — die Schutzwirkung entgegen, die § 888 BGB zugunsten der Kläger entfaltete. Der Beklagte zu 1 hätte mithin die Löschung des Rechts erreichen können.

b) Die eingetragene Vormerkung hätte sich auch gegenüber einem gutgläubig lastenfreien Erwerb der W. durchgesetzt, so daß dem Kläger die Erfüllung der Löschungspflicht weiterhin möglich gewesen wäre (RGZ 93, 114, 118; *Palandt/Bassenge*, BGB, 53. Aufl., § 883 Rdnr. 21). Denn der Erwerb des Wegerechtes wäre gem. § 883 Abs. 2 BGB den Klägern gegenüber relativ unwirksam gewesen, da er auf einer nach Eintragung der Vormerkung erfolgten rechtsgeschäftlichen Verfügung beruhte und den Anspruch der Kläger auf Übertragung insoweit lastenfreien Eigentums an dem Grundstück beeinträchtigte. Die Verfügung lag in der rechtsgeschäftlichen Übertragung des herrschenden Grundstücks durch N. an die W.; diese Verfügung erstreckte sich auch auf die Grunddienstbarkeit, die gem. § 96 BGB als Bestandteil damit verbunden war.

c) Die Beseitigung der eingetragenen Belastung wurde dem Beklagten zu 1 allerdings zufolge des Umstandes unmöglich, daß das Grundbuchamt vor dem Erwerb des herrschenden Grundstücks durch die W. die Vormerkung gelöscht hatte. Danach konnte die W. mit dem herrschenden Grundstück das Wegerecht kraft guten Glaubens vormerkungsfrei erwerben (BGHZ 60, 46, 51 [= MittBayNot 1973, 87 = DNotZ 1973, 367]; BGH NJW 1991, 1113). Der Erwerb ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eingetreten.

Dies hat der Beklagte zu 1 aber nicht nach § 325 BGB zu vertreten. Rechtlich zutreffend ist das Berufungsgericht der Auffassung, daß die Auflassungsvormerkung vom Grundbuchamt zu Unrecht gelöscht worden war. Die Vormerkung war nicht durch Aufgabeerklärung und Löschung im Grundbuch entsprechend § 875 BGB (vgl. BGHZ 60, 46, 51 [= MittBayNot 1973, 87 = DNotZ 1973, 367]) erloschen. Zwar enthielt die Löschungsbewilligung der Kläger zugleich eine materiell-rechtliche Aufgabeerklärung (vgl. Senat LM BGB § 1165 Nr. 2 [= DNotZ 1975, 158 = NJW 1974, 1083]). Jedoch ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, daß der Vermerk des Grundbuchamtes vom 6. 5. 1985, das Flurstück 33/4 hafte mit, eine beeinträchtigende Zwischeneintragung darstellte. Deshalb sollte die Vormerkung fortbestehen, wie sich aus Wortlaut und Sinn der Erklärung der Kläger ergab. Mit dem Bearbeitungsfehler des Grundbuchamtes brauchte der Kläger nicht zu rechnen (vgl. Senat NJW 1984, 1748 [= DNotZ 1984, 511] und BGHZ 28, 104, 106 [= DNotZ 1958, 557]). Fahrlässigkeit ist ihm deshalb nicht vorzuwerfen.

9. BGB §§ 276, 823 (Vollstreckung einer formnichtigen Kaufpreisforderung aufgrund Zwangsvollstreckungsunterwerfung in im übrigen formnichtigem Vertrag gerechtfertigt)

**Hat sich der Käufer eines Grundstücks in einem formnichtigen Vertrag (Nichtbeurkundung einer Nebenabrede) der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen und vollstreckt der Verkäufer auf dieser Grundlage den „Kaufpreisanspruch“, so ist dieses Verhalten jedenfalls solange gerechtfertigt und verpflichtet nicht zum Schadensersatz, als der Käufer nicht die Unwirksamkeit des Vertrages geltend macht und/oder Vollstreckungsabwehrklage erhebt.**

BGH, Urteil vom 24. 6. 1994 — V ZR 19/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte war Inhaber mehrerer Teilerbbaurechte an Grundstücken in H., die er mit Vertrag vom 22. 12. 1986 an P. und B. verkaufte, wobei ein Kaufpreis von 1,5 Millionen DM beurkundet wurde. Der Beklagte hatte an jeden der Käufer 300.000 DM bezahlt. Der Vertrag wurde nicht durchgeführt, sondern am 29. 9. 1987 einvernehmlich aufgehoben. Am selben Tag schloß der Beklagte über die Teilerbbaurechte einen neuen notariellen Kaufvertrag mit der T. Treuhand GmbH (vertreten durch den Geschäftsführer P.) und K. Auch in diesem Vertrag wurde ein Kaufpreis von 1,5 Millionen DM beurkundet. P. übernahm in einer notariellen Erklärung vom 14. 10. 1987 die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Zahlungsverpflichtung der Käufer. In beiden Urkunden unterwarfen sich die Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr Vermögen. Sie erfüllten ihre Zahlungsverpflichtungen nicht.

P. und die T. Treuhand GmbH hatten am 9. 4. 1987 an M. und S. sowie H. einen Grundbesitz in U. verkauft und sich verpflichtet, hierauf ein Geschäftshaus und Garagen zu errichten. Auf dem Grundbesitz lastete eine Grundschuld zugunsten der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank in Höhe von 1.350.000 DM.

Anfang des Jahres 1988 betrieb der Beklagte die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden vom 29. 9. 1987 und vom 14. 10. 1987 und erwirkte die Eintragung von Sicherungshypotheken über insgesamt 1,5 Millionen DM auf den Grundbesitz seiner Schuldner in U. Im Verlauf des Jahres 1988 kündigte die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank das der T. Treuhand GmbH und P. gewährte Darlehen und betrieb die Zwangsversteigerung des Grundbesitzes. Der Kaufvertrag zwischen P. und der T. Treuhand GmbH einerseits und den Erwerbern S. und H. andererseits wurde nicht durchgeführt.

Der Kläger behauptet, der Beklagte und die Käufer des Vertrages vom 29. 9. 1987 seien sich darüber einig gewesen, daß der vom Beklagten an die Käufer des vorangegangenen Vertrages vom 22. 12. 1986 (P. und B.) gezahlte Betrag von 600.000 DM nicht zurückgezahlt werden müsse, die Rückzahlungsverpflichtung bei Durchführung des Vertrages vielmehr erlassen werde, weil die Teilerbbaurechte nur einen Wert von 900.000 DM gehabt hätten. Die Nichtbeurkundung dieser nur mündlich getroffenen Nebenabrede habe zur Formnichtigkeit des Vertrages vom 29. 9. 1987 geführt. Der Beklagte habe dies gewußt und gleichwohl die titulierten Forderungen aus den notariellen Urkunden vollstreckt. Das habe zur Kündigung des Darlehens durch die Bayerische Hypotheken- und Wechselbank geführt mit der Folge, daß das geplante Projekt in U. nicht mehr habe durchgeführt werden können. Dadurch sei ein Schaden in Höhe von 584.500 DM entstanden. Die T. Treuhand GmbH und P. hätten ihm ihre entsprechenden Ansprüche am 18. 3. 1988 abgetreten.

Die auf Zahlung von 584.500 DM nebst Zinsen gerichtete Klage hat in den Tatsacheninstanzen keinen Erfolg gehabt. Die Revision blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

1. Nach dem Klagevortrag zu Recht unterstellt das Berufungsgericht die Formnichtigkeit des Vertrages vom 29. 9. 1987 (§ 313 Satz 1; § 125 Satz 1 BGB), weil die beurkundungspflichtige Nebenabrede nicht beurkundet wurde (vgl. auch Senatsurteile NJW-RR 1992, 589; WM 1985, 1452). Bestand demnach weder eine Kaufpreisschuld noch eine Bürgschaftsschuld (des P., vgl. § 767 Abs. 1 Satz 1 BGB), hat der Beklagte ihm nicht zustehende Ansprüche vollstreckt. Daraus folgt aber keine Gefährdungshaftung nach § 717 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschrift ist auf Zwangsvollstreckungen aus vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) nicht entsprechend anwendbar (vgl. BGH WM 1977, 656, 657).

2. Zu Recht verneint das Berufungsgericht auch einen Schadensersatzanspruch auf vertraglicher oder quasivertraglicher Grundlage. Insoweit wird in der Literatur zwar grundsätzlich die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs bejaht (vgl. z. B. MünchKomm-ZPO/Schilken, § 804 Rdnr. 33 m. w. N.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 767 Rdnr. 56). Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hält im Ansatz auf der Grundlage einer positiven Forderungsverletzung denjenigen für Schadensersatzpflichtig, der bei bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen einen nicht gegebenen Anspruch vollstreckt (vgl. BGH WM 1977, 656, 657; BGHR BGB vor § 1 positive Vertragsverletzung, Kündigung 1; vgl. auch BGHZ 74, 9, 11 und 17 sowie 95, 10, 17 unter Ziff. 4). Ob bei einem nichtigen Vertrag (wie hier unterstellt) eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung ausscheidet und insoweit auf die Rechtsfigur des Verschuldens bei Vertragsschluß zurückgegriffen werden muß (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 276 Rdnr. 106; Staudinger/Löwisch, BGB, 12. Aufl., vor § 275 Rdnr. 22 je m. w. N.; a. A. auf der Grundlage eines einheitlichen gesetzlichen Schutzpflichtverhältnisses vor, während und nach dem Vertrag z. B. Canaris, JZ 65, 475; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., vor § 275 Rdnr. 362–364), kann hier offenbleiben. Nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts stellt die Vollstreckung des Beklagten jedenfalls keine rechtswidrige Verletzung einer vertraglichen oder quasivertraglichen Schutzpflicht dar. Wie der Kläger selbst vorträgt, haben die Vertragsparteien bewußt die Nebenabrede nicht beurkundet, um bei einem wahren Wert der Erbbaurechte von 900.000 DM einen um 600.000 DM höheren Verkehrswert vorzutauschen, damit die Käufer dies im entsprechenden Rahmen zu Zwecken einer höheren Finanzierungsbeileihung nutzen könnten. Der Beklagte hat auf der Grundlage der Anrechnungsabrede (nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte er die 600.000 DM bezahlt) nur das vollstreckt, worüber sich die Vertragsparteien einig waren, und zwar auf der Grundlage einer von den Käufern abgegebenen und formal wirksamen Vollstreckungsunterwerfung. Dies gilt auch für die im Kaufvertrag vom 29. 9. 1987 enthaltene Vollstreckungsunterwerfung, weil sich die Nichtigkeit des Kaufvertrages nicht auf die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung auswirkt (vgl. Senatsurt. NJW 1985, 2423; Thomas/Putzo, ZPO, 18. Aufl., § 794 Rdnr. 54; Zöller/Stöber, ZPO, 18. Aufl., § 794 Rdnr. 29; Baumbach/Hartmann, ZPO, 52. Aufl., § 794 Rdnr. 36; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 794

Rdnr. 140). Wer eine solche Erklärung abgibt, muß auch mit einer Vollstreckung rechnen und erklärt sich mit ihr einverstanden, unabhängig davon, ob er die Nichtigkeit des Vertrages erkennt und mit einer Heilung rechnet (§ 313 Satz 2 BGB) oder sich der Formnichtigkeit nicht bewußt ist. Dies gilt jedenfalls solange, als sich die Käufer auf die Nichtigkeit des Vertrages nicht beriefen und/oder die Unzulässigkeit der Vollstreckung auf dem dafür vorgesehenen Weg (§ 767 ZPO) nicht geltend machten und damit auch die Heilung der Formnichtigkeit weiterhin möglich war (§ 313 Satz 2 BGB). Bei dieser Sachlage bestand für den Beklagten keine Rechtspflicht, von der Beitreibung dessen abzusehen, was dem übereinstimmenden Willen (von dessen Fortbestand er ausgehen durfte) der Vertragsparteien entsprach. Auch im Rahmen eines nichtigen Vertrages kann eine in Betracht kommende Schutzpflicht nämlich nur aus § 242 BGB hergeleitet werden. Nach Treu und Glauben geht es aber nicht an, vom Beklagten zu verlangen, er müsse seine Vertragspartner vor sich selbst und gegen deren erklärten Willen vor Vollstreckungsnachteilen schützen, solange diese nicht erklären, sie wollten an dem Vertrag — wegen dessen Formnichtigkeit — nicht festhalten. Auch der Kläger behauptet nicht, der Beklagte habe die Vollstreckung noch weiterbetrieben oder aufrechterhalten, nachdem die Käufer die Nichtigkeit des Vertrages geltend gemacht hatten. Die eingetragenen Sicherungshypotheken wurden nach den vorgelegten Grundbuchauszügen bereits am 22. 9. 1988 wieder gelöscht.

3. Damit scheidet auch eine deliktische Haftung des Beklagten aus. Waren seine Vollstreckungsakte im Rahmen der zwischen den Kaufvertragsparteien bestehenden quasi-vertraglichen Sonderbeziehung erlaubt, so kann dies im Rahmen der deliktischen Anspruchsgrundlage (§ 823 Abs. 1 BGB) nicht anders beurteilt werden. Zwar unterliegen Schadensersatzansprüche, die aus beiden rechtlichen Gesichtspunkten nebeneinander entstehen können, nach Voraussetzung, Inhalt und Verwirklichung grundsätzlich dem ihnen eigentümlichen Rechtsbereich (vgl. z. B. BGHZ 55, 392, 395; 61, 203, 204; 67, 359, 362 ff.; 116, 297, 300); auch im Rahmen der Deliktshaftung hebt aber eine wirksame Einwilligung des Betroffenen die Rechtswidrigkeit des Angriffs auf (vgl. BGB-RGRK/Steffen, 12. Aufl., § 823 Rdnr. 377; MünchKomm-BGB/Ulmer, 2. Aufl., § 823 Rdnr. 32; Palandt/Thomas, BGB, 53. Aufl., § 823 Rdnr. 42). Wie ausgeführt, muß von einer solchen (mindestens konkludenten) Einwilligung jedenfalls so lange ausgegangen werden, als die Käufer die Nichtigkeit des Vertrages nicht geltend machten und/oder Vollstreckungsabwehrklage erhoben. Es kann offenbleiben, ob die Erklärung der Käufer durch einen Irrtum (etwa zur Wirksamkeit des Kaufvertrages) beeinflußt worden ist, denn dies würde im vorliegenden Fall die Rechtfertigung durch Einwilligung nicht aufheben (vgl. auch BGH NJW 1964, 1177 ff.).

Auf weitere Fragen kommt es damit nicht mehr an, insbesondere auch nicht mehr darauf, ob die deliktische Haftung des Beklagten auch deshalb ausscheiden müßte, weil er sich auf verfahrensrechtlich wirksamer Grundlage eines gesetzlich geregelten Verfahrens bedient hat (vgl. BGHZ 38, 18, 20 ff.; 74, 9, 15 ff.; 95, 10, 18 ff.).

10. GBO § 3 (*Unselbständige Buchung von Miteigentumsanteilen*)

**Die unselbständige Buchung einzelner Miteigentumsanteile an einem dienenden Teileigentum bei den herrschenden Wohnungseigentumsrechten ist ausgeschlossen, wenn wegen der übrigen Miteigentumsanteile das Teileigentumsgrundbuchblatt beibehalten werden müßte. Für einzelne ideelle Miteigentumsanteile kann ein Grundbuchblatt auch nach der Änderung durch das RegVBG nicht geführt werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

BayObLG, Beschluß vom 4. 8. 1994 — 2 Z BR 76/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 44 —, mitgeteilt von Notarassessor Hans-Hermann Wörner, München

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Wohnungseigentums und eines Teileigentums (Duplex-Stellplatz) eingetragen.

Anlässlich des Verkaufs des Wohnungseigentums und eines Hälfteigentumsanteils an dem Teileigentum „bewilligten und beantragten“ die Beteiligten, „den in dieser Urkunde verkauften Hälfteigentumsanteil am Teileigentum dem hier verkauften Wohnungseigentum gem. § 3 Abs. 6 GBO zuzuschreiben und das Teileigentumsgrundbuch (teilweise) zu schließen“.

Des weiteren bestellten sie eine Grundschuld an dem Wohnungseigentum und dem Hälfteigentumsanteil an dem Teileigentum. Der Notar beantragte die Buchung des Hälfteigentumsanteils an dem Teileigentum im Grundbuch des Wohnungseigentums und die Eintragung der Grundschuld am Wohnungseigentum und am Hälfteigentumsanteil an dem Teileigentum.

Das Amtsgericht hat den Antrag, den Miteigentumsanteil an dem Teileigentum auf dem Wohnungsgrundbuchblatt zu buchen, abgewiesen. Den Antrag auf Eintragung der Grundschuld hat es durch Zwischenverfügung mit der Begründung beanstandet, die Eintragung am Hälfteigentumsanteil an dem Teileigentum komme nicht in Betracht, solange ein selbständiger Miteigentumsanteil noch nicht entstanden sei. Das Landgericht hat die Erinnerung/Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Beteiligten blieb erfolglos.

*Aus den Gründen:*

Das Rechtsmittel ist unbegründet. . . .

Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. . . .

Die Erstbeschwerden sind zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO). (*Wird ausgeführt.*)

Eine Buchung des Hälfteigentumsanteils an dem Teileigentum auf dem Wohnungsgrundbuchblatt kommt nicht in Betracht.

(1) Gem. § 3 Abs. 1 GBO erhält jedes Grundstück ein Grundbuchblatt. Wenn jedoch ein Grundstück (dienendes Grundstück) den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke (herrschende Grundstücke) zu dienen bestimmt ist, zu diesen in einem dieser Bestimmungen entsprechenden räumlichen Verhältnis und im Miteigentum der Eigentümer dieser Grundstücke steht, kann das Grundbuchamt gem. § 3 Abs. 4, 5 GBO unter bestimmten Voraussetzungen von der Anlegung oder Beibehaltung eines Grundbuchblatts für das dienende Grundstück absehen und die einzelnen Miteigentumsanteile auf den Grundbuchblättern der herrschenden Grundstücke buchen. Während

diese Form der selbständigen Buchung von Miteigentumsanteilen nach dem bisherigen Recht nur unter eng begrenzten Voraussetzungen zulässig war, ist sie seit der Neufassung des § 3 GBO durch das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz (RegVBG) unter wesentlich erleichterten Voraussetzungen zulässig.

Sie kommt grundsätzlich auch beim Wohnungseigentum in Betracht (BayObLGZ 1974, 466/470 [= MittBayNot 1974, 216 = DNotZ 1976, 28]; OLG Düsseldorf Rpfleger 1970, 394; *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., § 3 Rdnr. 37). Mehreren Grundstücken oder Wohnungseigentumsrechten oder einem Wohnungseigentum und Grundstücken kann ein Grundstück (OLG Düsseldorf a. a. O.) oder ein Teileigentum (BayObLG a. a. O.) als dienendes Grundstück im Sinne des § 3 Abs. 4 GBO zugeordnet sein. Der Senat hat in seiner erwähnten Entscheidung vom Jahr 1974 die Voraussetzungen für die Buchung von Miteigentumsanteilen an einem aus einem Duplex-Stellplatz bestehenden Teileigentum bei den zugehörigen Wohnungseigentumsrechten bejaht. Er hat diese Form der Buchung auch dann für zulässig erachtet, wenn die herrschenden Wohnungseigentumsrechte und das dienende Teileigentum sich in der Hand eines Eigentümers befanden (s. hierzu auch OLG Köln Rpfleger 1981, 481): die Bedenken hiergegen (vgl. *Horber/Demharter*, § 3 Rdnr. 37) sind durch die Einfügung des § 3 Abs. 6 GBO durch das RegVBG beseitigt worden.

(2) Es kann dahinstehen, ob die sonstigen Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 GBO für eine Buchung der Miteigentumsanteile an einem aus einem Duplex-Stellplatz bestehenden Teileigentum auf den Wohnungsgrundbuchblättern der zugehörigen Wohnungseigentumsrechte vorliegen. Eine solche Buchung scheidet hier jedenfalls deshalb aus, weil nach Sinn und Wortlaut des § 3 Abs. 4, 5 GBO Voraussetzung hierfür wäre, daß das Teileigentum mehreren Wohnungseigentumsrechten dient und sämtliche Miteigentumsanteile an dem dienenden Teileigentum bei den herrschenden Wohnungseigentumsrechten gebucht werden. Es ist ausgeschlossen, daß nur einzelne Miteigentumsanteile des dienenden Grundstücks (Teileigentums) jeweils selbständig bei den herrschenden Grundstücken (Wohnungseigentumsrechten) gebucht werden und wegen der übrigen Miteigentumsanteile das Grundbuchblatt (Teileigentumsgrundbuchblatt) beibehalten wird. Für einzelne ideelle Miteigentumsanteile kann ein Grundbuchblatt nicht geführt werden; sie können selbständig nur in der Form des § 3 Abs. 4 GBO bei einem herrschenden Grundstück gebucht werden (LG Nürnberg-Fürth Rpfleger 1971, 223; *KEHE/Eickmann*, Grundbuchrecht, 4. Aufl., Rdnr. 15; *Meikel/Nowak*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., Rdnr. 49, jeweils zu § 3 GBO).

Im vorliegenden Fall ist die Beteiligte zu 1 Eigentümerin des Wohnungseigentums und des Teileigentums. Nach den Vorstellungen der Beteiligten soll auf dem Grundbuchblatt für das Wohnungseigentum ein Hälfteiteigentumsanteil an dem Teileigentum gebucht und für den verbleibenden anderen Hälfteiteigentumsanteil das Teileigentumsgrundbuchblatt fortgeführt und im übrigen geschlossen werden. Diese Form der Buchung von Miteigentumsanteilen sieht § 3 GBO auch in seiner Neufassung durch das RegVBG nicht vor.

Eine Belastung des verkauften Hälfteiteigentumsanteils an dem Teileigentum mit der Grundschuld kommt nicht in Betracht (vgl. §§ 1192, 1114 BGB). Sie scheidet aus, weil an dem im Alleineigentum der Beteiligten zu 1 stehenden Teileigentum ein ideeller Miteigentumsanteil, der belastet wer-

den könnte, nicht bestehen kann. Ein ideeller Miteigentumsanteil liegt grundsätzlich erst nach rechtlicher Verselbständigung vor (allg. Meinung; vgl. BayObLGZ 1974, 466/468 f. m. w. N. [= MittBayNot 1974, 216 = DNotZ 1976, 28] und Hinweisen auf Ausnahmefälle). Eine solche ist hier ebensowenig gegeben wie ein Ausnahmefall, in dem gleichwohl eine Belastung des Miteigentumsanteils in Betracht kommt.

11. WEG § 4 Abs. 1; BGB §§ 876, 877 (*Bildung neuer Wohnungseigentumsrechte bei Errichtung eines weiteren Gebäudes*)

1. **Neue Wohnungseigentumsrechte können dadurch gebildet werden, daß das Sondereigentum eines bestehenden Wohnungseigentums in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, der Miteigentumsanteil aufgespalten und mit jedem Teil Sondereigentum verbunden wird, das durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum geschaffen wird (Errichtung eines weiteren Gebäudes). Dieser Vorgang beinhaltet die Aufhebung des betroffenen Wohnungseigentums mit der Folge, daß die daran bestehenden dinglichen Rechte erlöschen, und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungseigentumsrechte. Hierzu ist die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und die Zustimmung der dinglich Berechtigten erforderlich.**
2. **Haben die dinglich Berechtigten zugestimmt und wird das Sondereigentum einzelner neu zu schaffender Wohnungseigentumsrechte aufgrund einer nachträglichen Planänderung durch die Wohnungseigentümer kleiner, so ist eine erneute Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich, weil ihre Rechtsstellung nicht nachteilig berührt wird.**

BayObLG, Beschluß vom 18. 8. 1994 — 2 Z BR 30/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 47 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

12. GBO §§ 23, 79 (*Zu den Voraussetzungen der Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel*)

1. **Die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel ist nicht zulässig, wenn der bedingte Rückkaufansanspruch zwar nur zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam werden kann, er dann aber vererblich und auch die zur Sicherung des Anspruchs bewilligte Vormerkung zeitlich nicht beschränkt ist (Vorlage an den BGH).**
2. **Der Senat hält die Voraussetzungen einer Vorlage an den Bundesgerichtshof auch dann für gegeben, wenn ein Oberlandesgericht mit ausführlicher Begründung eine Abweichung von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs verneint hat, ein anderes Oberlandesgericht, das anders entscheiden möchte, eine Abweichung aber für gegeben erachtet.**

BayObLG, Beschluß vom 20. 10. 1994 — 2 Z BR 96/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 60 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

Der Beteiligte zu 1 war als Alleineigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Durch notariellen Überlassungsvertrag vom 28. 3. 1994 ließ er einen Miteigentumsanteil von 1/2 an seine Tochter, die Beteiligte zu 2, auf. Abschnitt III Nr. 3 des Vertrags lautet:

Die Erwerberin verpflichtet sich, nicht ohne Zustimmung des Veräußerers über ihren Miteigentumsanteil am Vertragsgrundstück zu verfügen, diesen insbesondere nicht zu veräußern oder zu belasten.

Der Veräußerer ist berechtigt, die Rückübertragung des übergebenen Miteigentumsanteils auf sich zu verlangen, wenn

a) die Erwerberin über den Vertragsgegenstand ohne die nach vorstehendem Absatz erforderliche Zustimmung verfügt,

b) über das Vermögen der Erwerberin das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird oder die Erwerberin sonst in Vermögensverfall gerät oder die Zwangsvollstreckung in das Vertragsgrundstück betrieben wird.

Alle vorgenannten Verpflichtungen der Erwerberin erlöschen mit dem Ableben des Veräußerers, falls der Übereignungsanspruch noch nicht unbedingt entstanden sein sollte.

Zur Sicherung der vorstehend begründeten bedingten Übereignungsansprüche des Veräußerers wird die Eintragung einer Auflassungsvormerkung an dem übergebenen Miteigentumsanteil zur Hälfte am Vertragsgrundstück zugunsten des Veräußerers in das Grundbuch bewilligt.

Zur Löschung soll der Nachweis des Ablebens des Berechtigten genügen.

Die Beteiligten haben beantragt, die notarielle Urkunde im Grundbuch zu vollziehen. Das Grundbuchamt hat am 4. 5. 1994 die Beteiligte zu 2 als Miteigentümerin zu 1/2 und an ihrem Miteigentumsanteil zugunsten des Beteiligten zu 1 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Den Antrag auf Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel hat es am 19. 4. 1994 zurückgewiesen. Die Erinnerung/Beschwerde dagegen hat das Landgericht durch Beschluß vom 23. 6. 1994 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### *Aus den Gründen:*

Der Senat hält die weitere Beschwerde für unbegründet. An der Zurückweisung sieht er sich jedoch durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 9. 2. 1994 (Rpflerger 1994, 345 [= MittBayNot 1994, 331]) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher gem. § 79 Abs. 2, 3 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Diese hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel zulässig ist, wenn ein bedingter Rückauflassungsanspruch zwar nur zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam werden kann, er dann aber vererblich und auch die zur Sicherung des Anspruchs bewilligte Auflassungsvormerkung zeitlich nicht beschränkt ist. Im Gegensatz zum Oberlandesgericht Köln möchte der Senat die Frage verneinen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel komme nur bei Rechten in Betracht, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt seien. Hier sei aber die Vormerkung selbst nicht zeitlich beschränkt. Das Ziel, die Vormerkung greifen zu lassen, falls der Anspruch entstanden, aber noch nicht erfüllt sei, würde gefährdet, wenn es dem Verpflichteten möglich wäre, die Sicherung des Rückübertragungsanspruchs durch den Todesnachweis zunichte zu machen.

2. Nach Ansicht des Senats hält die Entscheidung des Landgerichts der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Die Regelung des § 23 GBO hat dingliche Rechte zum Gegenstand, die auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind und bei denen ein Rückstand von Leistungen

möglich ist. Bei einer Vormerkung handelt es sich nicht um ein dingliches Recht, so daß eine unmittelbare Anwendung von § 23 GBO von vorneherein ausscheidet. Auch sind Rückstände der Vormerkung an sich nicht denkbar. In Betracht kommt allenfalls eine entsprechende Anwendung von § 23 GBO. Der Senat hat eine solche bei einer Auflassungsvormerkung in Übereinstimmung mit Teilen der Rechtsprechung und der neuen Grundbuchliteratur für möglich gehalten, sofern die Vormerkung, nicht aber auch der durch sie gesicherte Anspruch auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt ist. Als möglichen Rückstand hat er den zu Lebzeiten des Berechtigten entstandenen, aber nicht mehr erfüllten und auf die Erben des Berechtigten übergegangenen Eigentumsverschaffungsanspruch angesehen (BayObLGZ 1991, 288 [= MittBayNot 1992, 259]). Der Bundesgerichtshof ist in der Entscheidung vom 26. 3. 1992 dieser Ansicht nicht gefolgt und hat gemeint, daß das, was dabei an Rückstand der Vormerkung angesehen werde, allein den schuldrechtlichen Anspruch betreffe (BGHZ 117, 390/393 [= MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569]).

(1) Wenn dem so ist, muß dies auch im vorliegenden Fall gelten. Dieser unterscheidet sich allerdings von dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs und dem Vorlegungsbeschluß des Senats vom Jahr 1991 zugrundeliegenden Fall. In beiden Fällen decken sich die Erklärungen der Beteiligten zwar weitgehend. Der Senat ist seinerzeit im Hinblick auf die zur Eintragung beantragte Löschungserleichterungsklausel im Weg der Auslegung zu dem Ergebnis gelangt, daß die bewilligte Auflassungsvormerkung auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sein sollte (BayObLGZ 1991, 288/290). Eine solche Auslegung kommt aber im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Die Erklärungen wurden über zwei Jahre nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom Jahr 1992 notariell beurkundet. Es besteht kein vernünftiger Zweifel daran, daß dem beurkundenden Notar dabei die Entscheidung des Bundesgerichtshofs bekannt war. Dann kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß er den Beteiligten dieselbe rechtliche Gestaltung vorgeschlagen haben sollte, deren rechtliche Umsetzung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht möglich ist. Hinzu kommt, da die Beteiligten im vorliegenden Verfahren von Anfang an erklärt haben, die Auflassungsvormerkung habe nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sein sollen. Damit liegt der Entscheidung derselbe Sachverhalt zugrunde wie dem Beschluß des Oberlandesgerichts Köln vom 9. 2. 1994.

(2) Auch bei dieser Fallgestaltung gilt, daß ein Rückstand eines dinglichen Rechts nicht vorliegt, weil das, was als Rückstand angesehen wird, nämlich der durch Geltendmachung zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam gewordene und noch zu erfüllende Auflassungsanspruch (vgl. OLG Köln Rpflerger 1994, 345/346), nur den schuldrechtlichen Anspruch betrifft (vgl. BGHZ 117, 390/393 [= MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569]). Abgesehen davon ist nicht erkennbar, worin das auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkte dingliche Recht liegen sollte, nachdem die Vormerkung nicht zeitlich beschränkt ist. Die Ansicht des Oberlandesgerichts Köln wird allerdings vom Amtsgericht München (MittBayNot 1992, 279), ferner von Ertl (MittBayNot 1992, 195), Haegle/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1544 b, Rastätter, BWNNotZ 1994, 135/137 f. und Lülldorf, MittRhNotK 1994, 129/134 geteilt. Sie steht jedoch in Widerspruch zu

der von *Tiedtke*, DNotZ 1992, 539 vertretenen und vom Senat für richtig erachteten Ansicht. *Streuer*, Rpfleger 1994, 346 hat der Ansicht des Oberlandesgerichts Köln zu Recht widersprochen. Bei einer Vormerkung kann § 23 GBO daher auch dann nicht entsprechend angewendet werden, wenn der bedingte Rückkaufanspruch zwar nur zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam werden kann, er dann aber vererblich und auch die zur Sicherung des Anspruchs bewilligte Vormerkung zeitlich nicht beschränkt ist.

b) Die weitere Beschwerde wäre somit zurückzuweisen. Dabei kann offenbleiben, ob das Grundbuchamt die Eintragung der Löschungserleichterungsklausel ablehnen, gleichwohl aber die Vormerkung im übrigen eintragen durfte (§ 16 Abs. 2 GBO). Die nachträgliche Eintragung der Löschungserleichterungsklausel würde hier jedenfalls nicht daran scheitern, daß dazu die Bewilligung des Eigentümers nicht ausreicht, vielmehr die des Berechtigten erforderlich ist (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., § 23 Rdnr. 24). Denn diese liegt vor. An der Zurückweisung der weiteren Beschwerde ist der Senat durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln (Rpfleger 1994, 345 [= MittBayNot 1994, 331]; vgl. auch Rpfleger 1985, 290) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt.

Nach Ansicht des Senats weicht das Oberlandesgericht Köln mit seiner Entscheidung von dem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 26. 3. 1992 ab. In einem solchen Fall ist für eine Vorlegung grundsätzlich kein Raum (vgl. *Horber/Demharter*, § 79 Rdnr. 12 mit Rechtsprechungsnachweisen). Hier besteht aber die Besonderheit, daß sich das Oberlandesgericht Köln in seinem Beschluß vom 9. 2. 1994 eingehend mit der Frage einer Abweichung von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. 3. 1992 (BGHZ 117, 390/393 [= MittBayNot 1992, 193 = DNotZ 1992, 569]) auseinandergesetzt und sie in Übereinstimmung mit Teilen des Schrifttums verneint hat. Bei dieser Sachlage hält der Senat eine Vorlegung nicht nur für zulässig, sondern auch für notwendig, weil nur dadurch das mit § 79 Abs. 2 GBO verfolgte Ziel erreicht werden kann, eine einheitliche Rechtsprechung zu sichern. Die von mehreren Obergerichten unterschiedlich beantwortete Frage, ob eine bestimmte Rechtsfrage vom Bundesgerichtshof entschieden ist, so daß von einer Entscheidung dieses Gerichts im Sinn des § 79 Abs. 2 GBO abgewichen würde, kann nur der Bundesgerichtshof einer klärenden Entscheidung zuführen. Hierzu bedarf es der Vorlegung. Würde der Senat selbst entscheiden, dann müßte das Oberlandesgericht Köln, wenn es an seiner Rechtsansicht festhält, ebenso ein anderes Oberlandesgericht, wenn es ihm folgen will, die Sache wegen Abweichung von der Entscheidung des Senats dem Bundesgerichtshof vorlegen. Die Vorlegung durch den Senat führt demgegenüber schneller zu einer einheitlichen Rechtsprechung.

13. BGB §§ 497, 157, 880 (*Pflicht der wiederkaufsberechtigten Gemeinde zum Rangrücktritt hinter Grundpfandrechte*)

**Hat bei einem Verkauf eines Grundstücks die Gemeinde ein Wiederkaufsrecht vereinbart und sich gleichzeitig verpflichtet, mit der zur Sicherung eingetragenen Auflassungsvormerkung hinter Finanzierungsgrundpfandrechte zurückzutreten, so ist die Gemeinde zu einem Rangrücktritt nur**

**verpflichtet, wenn in ausreichendem Maße sichergestellt ist, daß die Darlehenssumme nur zweckgebunden für die Errichtung des Bauvorhabens ausgereicht wird.**

(*Leitsatz des Einsenders*)

OLG München, Urteil vom 16. 3. 1993 — 25 U 6864/92, mitgeteilt von Notar *Dr. Dr. Herbert Grziwotz*, Regen

*Tatbestand der Schriftleitung:*

Die Kläger haben mit notariellem Vertrag von der Beklagten, einer Gemeinde, im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells einen Bauplatz erworben, auf dem sie derzeit eine Doppelhaushälfte errichten. In diesem Vertrag war ein bedingtes Wiederkaufsrecht vereinbart worden, zu dessen Absicherung eine Auflassungsvormerkung für die Beklagte in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Beklagte verpflichtete sich, mit dieser Vormerkung im Rang hinter Grundpfandrechte zurückzutreten, die die Kläger für die Finanzierung ihres Bauvorhabens aufnehmen müssen.

Zur Finanzierung der auf ca. 400.000 DM geschätzten Gesamtkosten des Bauvorhabens wollen die Kläger bei der R.-Bank einen Kredit in Höhe von 300.000 DM aufnehmen, der durch eine Grundschuld abgesichert werden soll. Mit ihrer Klage verlangen sie hierzu von der Beklagten die Abgabe einer Rangrücktrittserklärung mit ihrer Vormerkung hinter die einzutragende Grundschuld.

Die Beklagte ist der Ansicht, sie müsse insbesondere gegen eine zweckwidrige Verwendung der Mittel oder Neuvaluierung hinreichend abgesichert sein. Daher müsse sie den Rangrücktritt nur abgeben, wenn die Kläger eine Zweckbestimmungserklärung der Bank beibringen, in der sich die Bank verpflichtet, das Grundpfandrecht nur insoweit als Sicherheit zu verwerten, als sie Zahlungen auf Baukosten für das Bauvorhaben der Kläger geleistet hat.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen.

*Aus den Gründen:*

Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Rangrücktritt zu erklären, da die Kläger den ihnen obliegenden Nachweis, daß das Grundpfandrecht nur der Sicherung der Baufinanzierung dient, nicht erbracht haben.

Die Beklagte ist verpflichtet, mit ihrer Auflassungsvormerkung im Rang nur hinter solche Grundpfandrechte zurückzutreten, die für die Finanzierung des Bauvorhabens der Kläger auf dem erworbenen Grundstück erforderlich werden. Dies ergibt — wie das Landgericht bereits zutreffend dargelegt hat — die Auslegung des Vertrages, insbesondere der Ziffer XIII 2. nach §§ 133, 157 BGB und ist zwischen den Parteien auch unstrittig.

Wie der Nachweis, daß das Grundpfandrecht nur der Sicherung der Baufinanzierung dient, zu führen ist, ist im Vertrag nicht geregelt und durch weitere Auslegung des Vertrages festzustellen. Dies gilt auch, wenn das AGBG zur Anwendung kommen sollte, denn die Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen richtet sich grundsätzlich nach den für Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Regeln. Maßgebend ist dabei der objektive Inhalt und der typische Sinn der Klausel. Es kommt darauf an, wie sie von verständigen und redlichen, rechtlich nicht vorgebildeten Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise an solchen Geschäften beteiligten Kreise aufgefaßt werden (vgl. BGHZ 79, 119, 120; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 52. Auflage, Rdnrn. 1 und 7 zu §§ 4, 5 AGBG).

Sinn und Zweck der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechtes im Rahmen eines sog. Einheimischen-Modells bestehen

darin, anderen Mitbürgern die Möglichkeit zu geben, Bauland zu günstigen Bedingungen zu erwerben, wenn der Erstkäufer bestimmte, im Vertrag näher geregelte Voraussetzungen nicht erfüllt. Es muß daher in ausreichendem Maße sichergestellt werden, daß das Grundstück nicht mit vorrangigen Grundpfandrechten belastet wird, für die ihm kein Gegenwert zufließt. Denn andernfalls könnte das Wiederkaufsrecht seinen Zweck verlieren, weil das Grundstück infolge seiner Belastung ohne entsprechende Wertschöpfung im Einheimischen-Modell nicht mehr kostengünstig weiterveräußert werden kann. Zwar sind im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts die Grundpfandrechte vom (Erst-)Käufer nach Ziffer XIII 1.6. des streitgegenständlichen Vertrages zur Löschung zu bringen. Diese rein schuldrechtliche Verpflichtung kann aber — ebenso wie die von den Klägern im Verfahren abgegebene Verpflichtungserklärung — nicht als ausreichende Sicherheit angesehen werden, da sie im Falle des wirtschaftlichen Unvermögens des Käufers nicht durchgesetzt werden kann. Das gilt jedenfalls soweit die Gemeinde die Grundpfandrechte nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen kann (vgl. Ziffer XIII 1.6. des Vertrages).

Es müssen daher von den Klägern zur Absicherung des Einheimischen-Modells weitere Nachweise gefordert werden. Eine unmittelbare Verpflichtung des Sicherungsnehmers gegenüber der Gemeinde, die Darlehenssumme nur zweckgebunden für das Bauvorhaben auszureichen, wäre hierfür geeignet. Auch in den ähnlich gelagerten Fällen der Kaufpreisfinanzierung vor Eigentumsübergang beim Grundstückskaufvertrag wird dies so gehandhabt (vgl. *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Rdnrn. 3158 und 3159).

Unter Abwägung der beiderseitigen Interessenlagen wäre es für die Kläger auch zumutbar, eine entsprechende Erklärung des Kreditgebers beizubringen. Ein unzulässiger Eingriff in ihre Privatautonomie kann darin nicht gesehen werden. Wenn die als Grundschildgläubigerin eingetragene Bank der Kläger nicht bereit ist, mit der Beklagten einen Sicherungsvertrag abzuschließen, müssen sie sich um einen anderen Kredit bemühen.

Die Kläger haben somit den erforderlichen Nachweis weder mit ihrer persönlichen Verpflichtungserklärung noch mit der vorgelegten Zweckerklärung ihrer Bank geführt und können daher von der Beklagten den Rangrücktritt nicht verlangen.

14. ErbbauVO §§ 1, 2, 11, 27; GBO 13, 29, 873 (*Laufzeit des Erbbaurechts*)

**Soll die Dauer des Erbbaurechts ab einem Zeitpunkt vor der notariellen Beurkundung des Erbbaurechtsvertrages und damit auch zwangsläufig vor Eintragung des Erbbaurechts in das Grundbuch berechnet werden, so handelt es sich nicht um die — unzulässige — Bestimmung eines vor der Eintragung liegenden Anfangszeitpunktes des Erbbaurechts, sondern liegt darin die zulässige Berechnungsgrundlage eines Endtermins.**

OLG Zweibrücken, Beschluß vom 9. 8. 1994 — 3 W 116/94 —, mitgeteilt vom 3. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken

15. WEG §§ 3, 8, 12, 20, 61 (*Verwalterzustimmung bei Veräußerung von Wohnungseigentum*)

- 1. Die nach § 20 Abs. 2 WEG unverzichtbare Verwaltung kann nur einer einzelnen Person übertragen werden, bei der es sich auch um eine juristische Person oder um eine Personengesellschaft des Handelsrechts, nicht aber um eine in anderer Weise, insbesondere in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, verbundene Mehrheit von Personen handeln kann.**
- 2. Die durch Gesetz vom 3. 1. 1994 (BGBl. I S. 66) eingefügte Vorschrift des § 61 WEG ist nur anzuwenden, soweit es sich um die erstmalige Veräußerung des Wohnungseigentums nach seiner Begründung im Wege der Teilung gem. § 8 WEG handelt.**

Kammergericht, Beschluß vom 7. 6. 1994 — 1 W 6026/93 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Beteiligten zu 1.) und 2.) waren ursprünglich zusammen mit den Eheleuten R. als Miteigentümer zu je  $\frac{1}{4}$  des mit einem Wohnhaus, bestehend aus fünf Wohnungen, bebauten Stammgrundstücks eingetragen. Die Eheleute R. ließen ihre Miteigentumsanteile mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16. 12. 1985 in der Weise auf, daß G. H. zu  $\frac{150}{1000}$  und Dr. G. K. zu  $\frac{350}{1000}$  Miteigentümer des Grundstücks werden sollten. Ebenfalls am 16. 12. 1985 schlossen die Beteiligten zu 1.) und 2.) sowie G. H. und Dr. G. K., diese zugleich als Vertreter der Eheleute R., vor demselben Notar unter Bezugnahme auf die eingetragenen Miteigentumsanteile der Beteiligten zu 1.) und 2.) sowie die noch einzutragenden Miteigentumsanteile der weiter Erschienenen einen Vertrag über die Begründung von Wohnungseigentum an den fünf Wohnungen. Dazu wurden die jeder Wohnung zugeordneten Miteigentumsanteile am Grundstück abweichend von den im Stammgrundbuch eingetragenen oder noch einzutragenden Miteigentumsanteilen der Erschienenen bestimmt. In § 6 der im Vertrag enthaltenen Teilungserklärung heißt es, die Veräußerung des Wohnungseigentums bedürfe der Zustimmung des jeweiligen Verwalters, ausgenommen bestimmte, hier nicht gegebene Fälle. Nach § 15 der Teilungserklärung wurden „zum Verwalter für 1986“ der Beteiligte zu 1.) und G. H. bestellt.

Die Beteiligten zu 1.) und 2.) sollten danach u. a. das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 3, verbunden mit einem Miteigentumsanteil von  $\frac{280}{1000}$  je zur Hälfte erhalten. Sie veräußerten dieses Wohnungseigentum mit notariell beurkundetem Vertrag vom 2. 6. 1986 an den jetzt eingetragenen Eigentümer, wobei dieser im Vertrag u. a. ausdrücklich erklärte, er habe die Teilungserklärung gelesen und sei mit ihr voll inhaltlich einverstanden. Der alle Verträge beurkundende Notar reichte zunächst die Verträge vom 16. 12. 1985 beim Grundbuchamt zum Vollzug ein, sodann den Vertrag vom 2. 6. 1986. Eine Verwalterzustimmung dazu war nicht beigefügt. Am 6. 10. 1986 wurden anstelle der Eheleute R. Herr G. H. zu  $\frac{150}{1000}$  und Dr. G. K. zu  $\frac{350}{1000}$  als Miteigentümer im Stammgrundbuch eingetragen. Ebenfalls am 6. 10. 1986 wurde der Vertrag vom 16. 12. 1985 über die Begründung von Wohnungseigentum durch Übertragung der gebildeten Miteigentumsanteile auf fünf angelegte Wohnungsgrundbuchblätter vollzogen, in deren Bestandsverzeichnissen zum Inhalt des Sondereigentums auf das Erfordernis der Verwalterzustimmung zu Veräußerungen hingewiesen wird. Am selben Tage wurden die Beteiligten zu 1.) und 2.) in dem für das Wohnungseigentum Nr. 3 angelegten Grundbuchblatt als Eigentümer je zur Hälfte eingetragen. Der Käufer dieses Wohnungseigentums, für den zunächst am 30. 10. 1986 eine Eigentumsübertragungsvormerkung eingetragen worden war, wurde am 13. 1. 1987 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Gegen diese Eigentümerintragung hat der Grundbuchrechtspfleger am 16. 7. 1992 einen Widerspruch zugunsten der Beteiligten zu 1.) und 2.) eingetragen, weil die für notwendig gehaltene Zustimmung des Verwalters nicht nachgewiesen worden sei. Dagegen hat

der eingetragene Eigentümer die dem Landgericht als Beschwerde vorgelegte Erinnerung eingelegt und dazu ausgeführt, unter den Umständen des vorliegenden Falles bedürfe die Veräußerung an ihn keiner Verwalterzustimmung. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde war erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Das mit dem Ziel der Löschung des im Grundbuch eingetragenen Widerspruchs eingelegte Erstrechtsmittel war zwar zulässig, insbesondere steht dem die Vorschrift des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO nicht entgegen, da die Berechtigung aus dem Widerspruch nicht gutgläubig erworben werden kann (vgl. Senat NJW-RR 1988, 1426 m. w. N.). Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, daß die Voraussetzungen für die Eintragung des Widerspruchs nach den im Zeitpunkt seiner Entscheidung anzuwendenden Rechtsvorschriften gegeben waren. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers rechtfertigt auch die nach Erlaß der Entscheidung des Landgerichts in Kraft getretene Vorschrift des § 61 WEG in der Fassung des Gesetzes vom 3. 1. 1994 (BGBl. I S. 66), die vom Senat als Rechtsbeschwerdegericht zu berücksichtigen ist, da sie nach ihrem zeitlichen Geltungswillen gerade die Wirksamkeit früherer Veräußerungen betrifft (vgl. *Horber/Demharter*, GBO, 20. Aufl., § 78 Rdnr. 10; *Keidel/Kuntze*, FGG, 13. Aufl., § 27 Rdnr. 22), keine andere Beurteilung. Denn diese Vorschrift bezieht sich trotz ihres scheinbar weitergehenden Wortlauts nur auf die Erstveräußerung nach der Begründung von Wohnungseigentum gem. § 8 WEG durch Vorratsteilung des Grundstückseigentümers. Im vorliegenden Fall ist das Wohnungseigentum entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nicht durch Verbindung der Begründungsarten nach §§ 3 und 8 WEG, sondern im Wege vertraglicher Einräumung von Sondereigentum nach § 3 WEG begründet worden.

Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eigentümereintragung als gegeben angesehen. Das Grundbuch ist insoweit unrichtig, weil die Veräußerung an den jetzt eingetragenen Eigentümer mangels der nach der Teilungserklärung erforderlichen Verwalterzustimmung schwebend unwirksam ist. Nach den im Zeitpunkt der Entscheidung des Landgerichts anzuwendenden Rechtsvorschriften kam es noch nicht darauf an, ob das Wohnungseigentum nach § 3 oder § 8 WEG begründet worden ist. Denn nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der sich der Senat unter Aufgabe seiner früheren Auffassung (NJW-RR 1988, 1426) anschließt, wäre die als Inhalt des Sondereigentums vereinbarte Verwalterzustimmung § 12 Abs. 1 WEG) entgegen der bis dahin in Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einmütig vertretenen Ansicht auch zu einer Erstveräußerung nach Begründung von Wohnungseigentum im Wege der Vorratsteilung gem. § 8 WEG erforderlich. Entgegen der im Erstbeschwerdeverfahren vertretenen Auffassung des Beschwerdeführers steht der Maßgeblichkeit des Erfordernisses der Verwalterzustimmung nicht entgegen, daß es im Zeitpunkt des Abschlusses des Veräußerungsvertrages über das Wohnungseigentum Nr. 3 am 2. 6. 1986 noch nicht gem. §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2 WEG als Inhalt des Sondereigentums im Wohnungsgrundbuch eingetragen war. Es ist anerkannt, daß es der Wirksamkeit eines Kaufvertrages über noch zu begründendes Wohnungseigentum nicht entgegensteht, wenn der Inhalt des Sondereigentums erst

durch eine noch abzugebende Teilungserklärung festgelegt werden soll (BGH NJW 1986, 845; vgl. auch Senat OLGZ 1984, 418/424). Gleiches gilt, soweit das Wohnungseigentum — wie hier — nach Abschluß des Vertrages über die Einräumung von Sondereigentum gem. § 3 WEG einschließlich Teilungsvereinbarung verkauft wird, bevor das Wohnungseigentum durch Eintragung im Grundbuch (§ 4 Abs. 1 WEG) mit dem festgelegten Inhalt entstanden ist. In beiden Fällen kann der Käufer das Wohnungseigentum nur mit dem Inhalt erwerben, der im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums verlaubar wird. Dazu gehört hier auch das im Wohnungsgrundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragene Erfordernis der Verwalterzustimmung (§§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2, 12 Abs. 1 WEG). Daher kommt es nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer das Erfordernis der Verwalterzustimmung nicht auch deshalb gegen sich gelten lassen muß, weil er sich im Veräußerungsvertrag vom 2. 6. 1986 ausdrücklich den Bestimmungen der Teilungserklärung unterworfen hat.

Soweit der Beschwerdeführer hilfsweise geltend gemacht hat, die nach Maßgabe der Teilungserklärung bestellten Verwalter seien alleinvertretungsberechtigt, und in der Veräußerung seitens des Beteiligten zu 1.) liege zugleich eine wirksame und ausreichende Veräußerungszustimmung als Verwalter, kommt es auf diese Fragen nicht an. Denn die in der Teilungserklärung enthaltene Bestellung zweier natürlicher Personen zu Verwaltern ist unwirksam, so daß der Beteiligte zu 1.) nicht wirksam als Verwalter handeln konnte, worauf das Landgericht rechtlich zutreffend hingewiesen hat. Soweit nach § 20 Abs. 2 WEG die Bestellung eines Verwalters unverzichtbar ist, geht das Gesetz davon aus, daß die Verwaltung aus Gründen der erforderlichen Klarheit der Verantwortlichkeit nur einer einzelnen Person übertragen werden kann, bei der es sich auch um eine juristische Person oder um eine Personengesellschaft des Handelsrechts handeln kann (BGHZ 107, 268 = NJW 1989, 2059). Es entspricht daher mit Recht der heute einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, daß etwa eine in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts verbundene Mehrheit von Personen nach dem Wohnungseigentumsgesetz nicht zum Verwalter bestellt werden kann (BayObLG NJW-RR 1989, 526; *Bärmann/Pick/Merle*, WEG, 6. Aufl., § 26 Rdnr. 9; *Henkes/Niedenführ/Schulze*, WEG, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 8; *Weitnauer*, WEG, 7. Aufl., § 26 Rdnr. 5; MünchKomm BGB-Röll, 2. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 2; *Palandt/Bassenge*, BGB, 53. Aufl., § 26 WEG Rdnr. 1 und insbesondere BGH, a. a. O. m. w. N.). Gleiches gilt erst Recht, wenn — wie hier — zwei Personen zu Verwaltern bestellt werden sollen, die nicht einmal eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bilden (vgl. BGH WuM 1990, 128).

Die neben der Unrichtigkeit des Grundbuchs für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO weiter erforderliche Verletzung gesetzlicher Vorschriften durch das Grundbuchamt sieht der Senat mit dem Landgericht darin, daß bei der Eigentümereintragung des Beschwerdeführers die zwingende Vorschrift des § 12 Abs. 1 WEG nicht beachtet worden ist.

Das Grundbuch ist hinsichtlich der Eigentümereintragung des Beschwerdeführers auch nicht dadurch nachträglich richtig geworden, was nach dem Sinn und Zweck der Eintragung des Amtswiderspruchs zu seiner Löschung auf Beschwerde führen würde (vgl. KG JFG 10, 221; *Meikel/*

Streck, GBO, 7. Aufl., § 53 Rdnr. 87), weil das Fehlen der erforderlichen Verwalterzustimmung nach durch Gesetz vom 3. 1. 1994 eingefügten und im Rechtsbeschwerdeverfahren zu beachtenden rückwirkend rechtsändernden Vorschrift des § 61 Satz 1 WEG geheilt sei. In dieser Vorschrift heißt es: „Fehlt eine nach § 12 erforderliche Zustimmung, so sind die Veräußerung und das zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft unbeschadet der sonstigen Voraussetzungen wirksam, wenn die Eintragung der Veräußerung oder einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch vor dem 15. 1. 1994 erfolgt ist und es sich um die erstmalige Veräußerung dieses Wohnungseigentums nach seiner Begründung handelt, es sei denn, daß eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung entgegensteht“. Die Vorschrift des § 61 WEG bezieht sich entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers nach ihrem objektiven Regelungsgehalt nicht unterschiedslos sowohl auf die erstmalige Veräußerung seitens des nach § 8 WEG teilenden Eigentümers als auch auf diejenige nach Teilung gem. § 3 WEG (so aber *Pause*, NJW 1994, 501/502), sondern trotz des scheinbar weitergehenden, alle Fälle einer Erstveräußerung umfassenden Wortlauts nur auf die erstmalige Veräußerung des Wohnungseigentums nach seiner Begründung gemäß § 8 WEG (so wohl auch *Bärmann/Pick*, WEG, 13. Aufl., § 61 Rdnr. 3). Nach der amtlichen Begründung zum Entwurf des Gesetzes beruht die Einfügung der Vorschrift des § 61 WEG darauf, daß bis zur gegenteiligen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 113, 374 = NJW 1991, 1613) in Rechtsprechung und Literatur bislang ganz überwiegend (so z. B. auch Senat NJW-RR 1988, 1426) die Auffassung vertreten wurde, daß die nach § 12 WEG erforderliche Zustimmung des Verwalters nicht erforderlich sei für die Erstveräußerung des Wohnungseigentums durch denjenigen, welcher das Wohnungseigentum durch Teilung nach § 8 WEG begründet hat; bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs hätten eine Vielzahl von Personen, die in der Vergangenheit als Wohnungseigentümer in das Grundbuch eingetragen worden sind, tatsächlich mangels der Verwalterzustimmung kein Eigentum erworben, obwohl sie auf die insbesondere auch durch Obergerichte vertretene Rechtsauffassung und die Praxis der Grundbuchämter vertraut hätten; es bestehe daher ein dringender Anlaß, die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgetretene Rechtsunsicherheit mit Hilfe der Vorschrift des § 61 WEG zu beheben, der bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs eine echte, verfassungsrechtlich jedoch zulässige Rückwirkung zukäme (vgl. BT-Drucksache 12/3961 S. 4; *Palandt/Bassenge*, § 61 WEG Rdnr. 1; *Seuß*, Wohnungseigentum 1994, 36; vgl. auch *Der Wohnungseigentümer* 1993, 140). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt es für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung allerdings nicht entscheidend auf die in der Entstehungsgeschichte und in den Gesetzesmaterialien ausgedrückte subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe an; maßgebend ist vielmehr der im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Bestimmung und aus dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist (vgl. BVerfGE 1, 299/312 ff.; 11, 126/110 f.; 47, 109/127; 53, 115/147). Unter Beachtung dieser Grundsätze ermöglicht und gebietet der im Gesetz verwendete Begriff „erstmalige Veräußerung“ nach seinem Wortlaut und Sinnzusammenhang die Auslegung, daß er sich nur auf eine Erstveräußerung von Wohnungseigentum nach seiner Begründung im Wege

der Vorratsteilung gemäß § 8 WEG bezieht, die hier nicht gegeben ist.

Der Begriff der „Erstveräußerung“, der dem vom Gesetzgeber verwendeten Begriff entspricht, ist in der Zeit bis zur erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Rechtsprechung und Schrifttum im Zusammenhang mit der Verwalterzustimmung nur für die Veräußerung von Wohnungseigentum durch den Grundstückseigentümer, der durch Teilung nach § 8 WEG Wohnungseigentum begründet hat, zum Zwecke der Begründung der Zustimmungsfreiheit in diesem Fall geprägt worden (so auch Senat NJW-RR 1988, 1426 und z. B. *Bärmann/Pick/Merle*, § 12 Rdnr. 6; *Weitnauer*, § 12 Rdnr. 2), während im Falle der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG seit jeher jede Veräußerung, also auch eine „Erstveräußerung“ als zustimmungsbedürftig angesehen wurde (vgl. BayObLG NJW-RR 1987, 270; OLG Hamburg OLGZ 1982, 53/54 f.; *Bärmann/Pick/Merle* und *Weitnauer*, je a. a. O.). Dem Begriff der Erstveräußerung wurde somit in Rechtsprechung und Schrifttum eine rechtserhebliche Bedeutung nur im Falle der Veräußerung von Wohnungseigentum nach dessen Begründung gem. § 8 WEG beigelegt. Daher muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber den in § 61 WEG verwendeten Begriff „erstmalige Veräußerung“ ebenfalls nur auf die Fälle beschränken wollte, in denen ihm nach bisheriger Rechtspraxis für das Zustimmungserfordernis des § 12 WEG Bedeutung zukam, also nur auf Fälle der erstmaligen Veräußerung von Wohnungseigentum nach dessen Begründung gem. § 8 WEG. Soweit nach Wortlaut und Sinnzusammenhang des Gesetzes auch eine weitergehende Auslegung in Betracht kommt und insoweit Zweifel über die Reichweite der Vorschrift verbleiben mögen, ist die einschränkende Auslegung vorzuziehen. Denn sie wird durch die insoweit eindeutigen Gesetzesmaterialien bestätigt, wonach die Vorschrift des § 61 WEG ausschließlich dazu dienen sollte, Erstveräußerungen nach Begründung von Wohnungseigentum durch Teilung nach § 8 WEG rückwirkend zu heilen, die bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mangels Verwalterzustimmung schwebend unwirksam wären. Ist die Vorschrift des § 61 WEG nach alledem auf die erstmalige Veräußerung von Wohnungseigentum nach seiner Begründung gem. § 3 WEG nicht anzuwenden, so bedarf es keiner Stellungnahme zu der Frage, ob sie anderenfalls verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre, weil sie dann möglicherweise die Voraussetzungen der zulässigen Rückwirkung einer belastenden gesetzlichen Vorschrift (vgl. etwa BVerfGE 18, 429/439; BGH NJW 1981, 228) aus der Sicht der übrigen Wohnungseigentümer nicht erfüllte.

Das Wohnungseigentum ist hier insgesamt nach § 3 WEG begründet worden, also auch, soweit es um die hier betroffene Wohnung Nr. 3 geht. Der Beschwerdeführer kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, es handle sich deshalb um eine Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG, weil die zahlenmäßigen Bruchteile der bei Begründung der fünf Wohnungseigentumsrechte entstehenden Miteigentumsanteile hier notwendigerweise nicht mit denjenigen der eingetragenen Miteigentumsanteile am Stammgrundstück übereinstimmen. Denn weder der Wortlaut noch der Sinn und Zweck des § 3 WEG schließen es aus, daß die beteiligten Miteigentümer in einem auf die Begründung von Wohnungseigentum gerichteten dinglichen Vertrag sowohl die Zahl der Miteigentumsanteile verändern als auch diesen neuen Anteilen jeweils das Sondereigentum an einer Woh-

nung zuordnen (BGH Rpfleger 1983, 270; *Bärmann/Pick/Merle*, § 3 Rdnr. 8; vgl. auch *Weitnauer*, § 3 Rdnr. 2 ff.). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist das Wohnungseigentum auch nicht im Sinne einer gemischten Teilung sowohl nach § 3 WEG als auch, was für die Anwendung des § 61 WEG möglicherweise entscheidend wäre, nach § 8 WEG begründet worden, soweit es um die Wohnung Nr. 3 geht, an der die Beteiligten zu 1.) und 2.) als Miteigentümer je zur Hälfte eingetragen worden waren.

Eine Verbindung beider Arten der Begründung von Wohnungseigentum wird zwar etwa in der Weise für möglich gehalten, daß die bruchteilsmäßig eingetragenen Miteigentümer des Grundstücks die Begründung einer Anzahl von Wohnungseigentumsrechten mit der Maßgabe vereinbaren, daß sie einen Teil davon selbst zu Eigentum übernehmen (Fall des § 3 WEG), sich jedoch hinsichtlich der übrigen Wohnungseigentumsrechte als Miteigentümer zu den am Stammgrundstück bestehenden ursprünglichen Anteilen eintragen lassen (insoweit Fall des § 8 WEG, vgl. etwa *Bärmann/Pick/Merle*, § 3 Rdnr. 15 unter Hinweis auf *Diester*, WEG, § 8 Rdnr. 6). Ein solcher Fall der teilweisen Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG ist hier jedoch nicht gegeben, und zwar auch nicht deshalb, weil die Beteiligten zu 1.) und 2.) das Miteigentum an der hier betroffenen Wohnung Nr. 3 je zur Hälfte erworben haben. Denn Wesensmerkmal der sog. Vorratsteilung nach § 8 WEG ist, daß die Teilung als rechtstechnische Maßnahme die bisherige Gemeinschaftsform der Miteigentümer des Grundstücks nicht verändert, sondern lediglich dazu dient, die Entstehung einer Wohnungseigentümergeinschaft vorzubereiten und zu erleichtern; steht das Eigentum an einem Grundstück mehreren Personen in Bruchteilsgemeinschaft zu, so hat eine Teilung des Eigentums nach § 8 WEG zur Folge, daß sich die Bruchteilsgemeinschaft an den einzelnen Raumeigentumsrechten fortsetzt (BayObLG NJW 1969, 883; *Bärmann/Pick*, § 3 Rdnr. 4). Die bisherige Bruchteilsgemeinschaft sollte sich hier jedoch auch nicht teilweise fortsetzen, auch nicht am Wohnungseigentumsrecht Nr. 3 hinsichtlich der Beteiligten zu 1.) und 2.). Denn diese waren als Miteigentümer des Stammgrundstücks zu je 1/4 eingetragen, während ihnen das Wohnungseigentumsrecht Nr. 3 zu je 1/2 zugewiesen worden ist, was zulässig ist (*Bärmann/Pick*, Rdnr. 3). Somit handelt es sich auch insoweit um die Begründung von Wohnungseigentum ausschließlich nach § 3 WEG.

16. § 1093 BGB (*Dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechtes*)

**Die Übernahme von Kosten für Schönheitsreparaturen, Strom, Wasser, Abwasser und Heizung in einer Wohnung durch die Eigentümer kann als bloße Nebenleistung zu einem dinglichen Wohnrecht als dessen Inhalt im Grundbuch eingetragen werden (Im Anschluß an BayObLGZ 1980, 176 = DNotZ 1981, 124; OLG Köln, MittRhNotK 1986, 264, 265; MittRhNotK 1992, 46, 47 je m. w. N. und gegen *Haegle/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rdnr. 1253).**

OLG Schleswig, Beschluß vom 9. 6. 1994 — 2 W 52/94 —

17. BGB § 1093 (*Dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechtes*)

**Eine vertragliche Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Wohnungsberechtigtem, durch die eine Pflicht des Grundstückseigentümers begründet wird, die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume in einem beheizbaren Zustand zu erhalten und eine ordnungsgemäße Wasserzufuhr zu gewährleisten, kann dinglicher Inhalt eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB sein, da diese Leistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ausübung der Dienstbarkeit stehen. Die diesbezügliche Kostentragungspflicht des Eigentümers stellt keine — unzulässige — Hauptpflicht des Eigentümers, sondern eine Ausgestaltung des Wohnungsrechts durch den Berechtigten dar.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG Trier, Beschluß vom 21. 9. 1994 — 4 T 43/94 —, mitgeteilt von Notar *Wilhelm F. Pfeifer*, Bitburg

18. BGB §§ 1896, 2201, 2225; FGG § 69 f. (*Erlöschen des Testamentsvollstreckeramtes*)

**Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt auch dann, wenn für ihn ein vorläufiger Betreuer für alle Vermögensangelegenheiten bestellt wird.**

BayObLG, Beschluß vom 26. 10. 1994 — 1 Z BR 159/93 = BayObLGZ 1994 Nr. 61 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

19. BGB §§ 1939, 2174, 133 (*Vermächtnisweise Zuwendung eines Wohnrechts gibt keinen Anspruch auf dingliche Sicherung durch Eintragung ins Grundbuch*)

**Hat der Erblasser im privatschriftlichen Testament der überlebenden Ehefrau vermächtnisweise ein lebenslanges Wohnrecht an der gemeinsamen Ehwohnung zugewandt, ohne anzudeuten, daß es durch eine Grundstücksbelastung gesichert werden soll, so steht der Vermächtnisnehmerin nur ein als Leihe zu wertendes schuldrechtliches Wohnrecht zu. Dieses kann bei Gefährdung durch Nachlaßverwaltung, Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Bamberg, Beschluß vom 28. 6. 1994 — 1 W 35/94 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die Antragstellerin ist die Witwe des am 4. 11. 1992 verstorbenen A. R. Mit ihr war der Erblasser in zweiter Ehe verheiratet. In erster Ehe war der Erblasser verheiratet mit M. R., die 1982 verstarb. Während der Zeit der ersten Ehe wurde die Antragsgegnerin P. R. von den Eheleuten R. adoptiert. Die Ehe der Antragstellerin mit dem Erblasser blieb kinderlos. Der Erblasser hinterließ ein privatschriftliches Testament vom 10. 3. 1989, mit dem er die Antragsgegnerin zur Alleinerbin einsetzte und die Antragstellerin mit einem Vermächtnis bedachte.

Einen wesentlichen Teil des Nachlasses macht ein Anwesen (Wohnhaus mit Nebengebäude und Garten) aus. Es handelt sich hierbei um ein Zweifamilienhaus mit Einliegerwohnung und einer eingebauten Pkw-Garage. In diesem Anwesen befindet sich im ersten Obergeschoß eine abgeschlossene Wohnung mit Flurabschluß und weiteren Räumen. Letzteres war die Ehwohnung der Antragstellerin und des Erblassers.

Das Testament hat — auszugsweise — folgenden Inhalt:

„Bei einem vorzeitigen Ableben verfüge ich hiermit, daß meine Ehefrau E. R., geborene B., geboren am 15. 5. 1937, in meinem Wohnhaus . . . das Wohnungsrecht erhält. Und zwar die Wohnung im ersten Stock. Zirka 100 qm Wohnfläche. . . . Die Mitbenutzung eines Kellerraumes, sowie der Waschküche ist zu gestatten. Das Wohnungsrecht meiner Ehefrau E. R. erlischt mit deren Tode, bzw. bei eventueller Wiederverheiratung. . . . die Benutzung der Garage ist ihr solange Bedarf besteht kostenlos erlaubt. Im Bedarfsfalle soll ihr im Garten eine Fläche von zirka 80 qm zur Eigennutzung zur Verfügung stehen. . . .“ (Bl. 10/10 R. d. Nachlaßakten VI 1100/92 AG Aschaffenburg).

Mit Schriftsatz vom 9. 3. 1994 beantragte die Antragstellerin Prozeßkostenhilfe für eine im Entwurf beigegebene Klageschrift. In dieser begehrt sie u. a., die Beklagte zu verurteilen, in die Eintragung eines Wohnungsrechts nach § 1093 BGB im Grundbuch einzuwilligen. Sie ist der Rechtsauffassung, daß ihr auf Grund des Testaments nicht nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung des Wohnungsrechts, sondern ein Anspruch auf dingliche Sicherung dieses Wohnungsrechts i. S. v. § 1093 BGB zusteht.

Mit Beschluß vom 3. 5. 1994 wies das Landgericht Aschaffenburg den Prozeßkostenhilfeantrag mangels Erfolgsaussichten der Klage zurück. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Die gem. §§ 127 Abs. 2 Satz 2, 567 f. ZPO zulässige Beschwerde ist in der Sache unbegründet, weil die Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 ZPO).

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien bestimmen sich nach erbrechtlichen Grundsätzen (§§ 1939, 2174 BGB) auf der Grundlage des Vermächtnisses im Testament. Darin hat der Erblasser der Antragstellerin ein unentgeltliches, lebenslängliches bzw. bis zur Wiederverheiratung befristetes Wohnungsrecht an den dort näher bestimmten Räumen samt Nutzung von Garage und Gartenteil vermacht. Die Antragstellerin kann folglich nach § 2174 BGB von der Antragsgegnerin als Alleinerbin die Einräumung dieses unentgeltlichen Gebrauchsrechts verlangen.

Unter den Parteien steht nunmehr in Streit, ob sich dieser Anspruch auf eine mit dinglicher Rechtswirkung versehene beschränkt persönliche Dienstbarkeit gem. § 1093 BGB oder lediglich auf ein nach höchstrichterlicher Rechtsprechung als Leihe zu wertendes schuldrechtliches Wohnungsrecht (vgl. BGH NJW 1982, 820; 1985, 313; vgl. dazu *Langen*, ZMR 1986, 150 ff.) bezieht. Welche der beiden Möglichkeiten vom Erblasser gemeint und gewollt war, ist durch Testamentsauslegung zu ermitteln. Die Antragstellerin trifft insoweit die (materiell-rechtliche) Beweislast für das von ihr behauptete dingliche Wohnungsrecht. Der Nachweis dafür läßt sich nach Sachlage nicht erbringen. Es mag sein, daß die Intention des Erblassers dahin ging, seiner Ehefrau die eheliche Wohnung bis zu deren Lebensende bzw. Wiederverheiratung zu sichern. Im Testament findet sich jedoch kein Hinweis darauf, daß das Wohnrecht durch eine Grundstücksbelastung gesichert werden sollte. Hätte der Erblasser tatsächlich die dingliche Absicherung gewollt, hätte er es wohl im Testament zum Ausdruck gebracht. Dies umso mehr, als er auf Grund seiner beruflichen Erfahrung als Bankkaufmann nicht völlig rechtsunkundig gewesen sein konnte.

Im übrigen genießt auch das durch Vermächtnis eingeräumte schuldrechtliche Wohnungsrecht einen gewissen Schutz. Zwar steht dem Vermächtnisnehmer ein Anspruch

auf Sicherung seiner Vermächtnisforderung kraft Gesetzes nicht zu. Ihm verbleibt jedoch, bei Gefährdung seines Anspruchs Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 1981 Abs. 2 BGB) oder von den sogenannten Sicherungsmitteln des Arrests und der einstweiligen Verfügung Gebrauch zu machen (vgl. *Staudinger/Otte*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 13 zu § 2174; *Soergel/Wolf*, BGB, 12. Aufl., Rdnr. 15 zu § 2174).

20. BGB §§ 2269, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 (*Wiederverheiratungsklausel in einem gemeinschaftlichen Testament*)

**Ist in der Wiederverheiratungsklausel eines gemeinschaftlichen Testaments bestimmt, daß der überlebende Ehegatte durch die Wiederheirat jegliche Beteiligung am Nachlaß des Zuerstverstorbenen verliert, werden mit der Wiederheirat des Überlebenden dessen in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen mangels Vorliegens besonderer Umstände entsprechend dem Rechtsgedanken des § 2270 Abs. 1 BGB gegenstandslos, ohne daß es eines besonderen Widerrufs bedarf (vgl. auch OLG Hamm, Beschluß v. 16. 3. 1993 — 15 W 135/92 — = NJW-RR 1993, 1225 = FamRZ 1994, 118).**

OLG Hamm, Beschluß vom 23. 6. 1994 — 15 W 265/93 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

#### *Aus dem Tatbestand:*

Der damals 42jährige Erblasser errichtete mit seiner damals 47jährigen ersten Ehefrau, mit der er ein gemeinsames Kind (Bet. zu 1) hat, ein gemeinschaftliches notarielles Testament mit folgendem Wortlaut:

§ 1 Wir setzen uns gegenseitig zum Vorerben unseres beiderseitigen gesamten Vermögens ein.

§ 2 Zu unserem Nacherben berufen wir unser gemeinsames Kind ... (Bet. zu 1), geboren am 10. 10. 1953.

§ 3 Der Vorerbe von uns soll die Stellung eines beschränkten Vorerben erhalten.

§ 4 Sollte der Überlebende bzw. Vorerbe von uns wieder heiraten, soll die Nacherbfolge sofort eintreten.

Die Eheleute waren damals Berechtigte zu je ein Halb eines auf einem Erbbaugrundstück erbauten Hauses, das im wesentlichen ihr Vermögen ausmachte. Nach dem Tod der ersten Ehefrau am 10. 6. 1975 lebte der Ehemann seit 1979 mit der Bet. zu 2 zusammen, mit der er seit 23. 2. 1989 in kinderloser Ehe verheiratet war. Nach dem Tod des Ehemannes beantragte die Bet. zu 1 die Erteilung eines Erbscheines, der sie als Alleinerbin ihres Vaters ausweisen soll. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen, das Landgericht hat auf Beschwerde den Abweisungsbeschluß aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, dem Antrag stattzugeben. Auf die weitere Beschwerde der Bet. zu 2 hat das Oberlandesgericht die landgerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen, welches die Erstbeschwerde nach weiterer Zeugenvernehmung erneut zurückgewiesen hat. Der Bet. zu 1 wurde ein Erbschein erteilt, der sie als Alleinerbin nach ihrem Vater ausweist. Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat die Bet. zu 2 weitere Beschwerde eingelegt und die Einziehung des Erbscheines beantragt.

#### *Aus den Gründen:*

Die erneute weitere Beschwerde ist zulässig.

Hat das Nachlaßgericht — wie hier — einen Erbschein erteilt, dann können mit Rücksicht auf dessen öffentlichen

Glauben seine Wirkungen nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft beseitigt werden. Der Beteiligte, der die Richtigkeit des erteilten Erbscheins bezweifelt, hat dann die Wahl, entweder beim Nachlaßgericht die Einziehung gem. § 2361 BGB anzuregen oder, wenn ihm ein Beschwerderecht (§ 20 Abs. 1 FGG) zusteht, gegen die Erteilung des Erbscheins unmittelbar Beschwerde einzulegen mit dem Ziel, daß das Beschwerdegericht das Nachlaßgericht zu dessen Einziehung anweist. Mit diesem Ziel ist das Rechtsmittel hier zulässig (vgl. *Keidel-Winkler*, FG, 13. Aufl., § 84 Rdnr. 5; *Jansen*, FGG, 2. Aufl., § 84 Rdnr. 22).

Das Rechtsmittel ist auch begründet, denn die Beschwerdeentscheidung beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 S. 1 FGG). . . .

Der beantragte Erbschein kann nur erteilt werden, wenn die rechtlich nicht zu beanstandende Annahme des Landgerichts, die Eheleute hätten auch über den Nachlaß des Letztversterbenden testiert und der Erblasser habe die Beteiligte zu 1) zu seiner Ersatzerbin berufen, nicht durch die Regelung in § 4 des notariellen Testaments und seine Wiederheirat gegenstandslos geworden ist. Der Senat hat in seinem die Vorentscheidung des Landgerichts aufhebenden Beschluß dargelegt, die Wiederverheiratsklausel in § 4 des Testaments könne besagen, daß

a) entweder die Willensrichtung der testierenden Eheleute dahin gegangen sei, den neuen Ehegatten des Überlebenden von der Erbfolge auszuschließen; oder

b) mit der Wiederheirat des Erblassers die Einsetzung der Beteiligten zu 1) zu seiner Ersatzerbin den Charakter der Wechselbezüglichkeit verloren habe, er also an seine eigene letztwillige Verfügung nicht mehr gebunden sei und er daher abweichende Anordnungen zugunsten seiner neuen Ehefrau treffen können; oder

c) die testierenden Ehegatten die Einsetzung ihrer gemeinsamen Tochter auf den Nachlaß des Überlebenden mit dessen Wiederheirat als gegenstandslos angesehen hätten, so daß auch ohne Widerrufstestament nach dem Letztversterbenden Ehegatten gesetzliche Erbfolge habe eintreten können.

Bezüglich der letzteren Auslegungsmöglichkeit hat der Senat darauf hingewiesen, daß sie im Einzelfall möglich sei und nach der Rechtsprechung des Kammergerichts davon in der Regel auszugehen sei, wenn der überlebende Ehegatte mit der Wiederheirat seine Erbenstellung nach dem Erstverstorbenen verliere, das Gegenseitigkeitsverhältnis der Erbinsetzungen bei beiden Erbfällen gestört und das Interesse des Überlebenden sichtbar werde, sein Vermögen auch seiner zweiten Ehefrau bzw. seiner zweiten Familie zukommen zu lassen. Eine abschließende Auslegung der Wiederverheiratsklausel hielt der Senat mangels hinreichender Sachaufklärung für nicht möglich.

Von diesem das Landgericht bindenden Ausgangspunkt der möglichen Auslegung der Wiederverheiratsklausel ausgehend hat das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht im fortgesetzten Erstbeschwerdeverfahren festgestellt, daß nach dem Willen des Erblassers und seiner vorverstorbenen Ehefrau die Wiederverheiratsklausel in Verbindung mit der später tatsächlich erfolgten Wiederheirat des Überlebenden nicht automatisch zum Fortfall der zugunsten der Beteiligten zu 1) erfolgten Verfügung des Erblassers habe führen sollen, vielmehr dadurch allenfalls die Wechselbezüglichkeit der Erbinsetzung der Beteiligten zu 1) ent-

fallen sei und der Erblasser seine Testierfreiheit wiedererlangt habe. (*Wird ausgeführt.*)

Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung, bei der der wirkliche Wille des Erblassers — bei gemeinschaftlichem Testament der übereinstimmende Wille der Ehegatten zur Zeit der Testamentserrichtung — zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdruckes zu haften ist, gehört zum Aufgabenbereich des Tatrichters. Seine Auslegung bindet deshalb das Beschwerdegericht, wenn sie nach den Denkgesetzen und der Erfahrung möglich ist, mit den gesetzlichen Auslegungsregeln in Einklang steht, dem klaren Sinn und Wortlaut der Erklärung nicht widerspricht, keine möglicherweise in Betracht kommende Auslegung übergeht und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (vgl. *Jansen*, § 27 Rdnr. 20; *Keidel-Kuntze*, § 27 Rdnr. 48). Bei der Ermittlung des Sinnes testamentarischer Erklärungen können auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände und Äußerungen des Erblassers bzw. der gemeinsam testierenden Ehegatten, die zur Ermittlung ihrer Willensrichtung bei Testamentserrichtung dienlich sind und nicht etwa nur eine inzwischen eingetretene Willensänderung erkennen lassen, mit herangezogen werden. Dieser rechtlichen Nachprüfung hält die Begründung der landgerichtlichen Entscheidung nicht stand. . . .

Darüber hinaus hat das Landgericht nicht alle für die Auslegung maßgeblichen Umstände berücksichtigt. Die Feststellung, nach den Umständen könne nicht angenommen werden, daß nach dem Willen der Testatoren die gesicherte Position der Beteiligten zu 1) als Erbin des Letztversterbenden durch eine Wiederheirat habe in Wegfall kommen sollen, rechtfertigt es nicht, von vornherein eine Auslegung der letztwilligen Verfügung der Beteiligten zu 1) in dem Sinne auszuschließen, daß deren Erbinsetzung im Falle der Wiederheirat des überlebenden Ehegatten automatisch gegenstandslos geworden sei.

Der vom Landgericht bei der Auslegung der Wiederverheiratsklausel in den Vordergrund gestellte Wille der Testatoren, der Beteiligten zu 1) eine „gesicherte Position“ auch im Hinblick auf den Nachlaß des Letztversterbenden einzuräumen, hätte sich nämlich nur erreichen lassen, wenn die Willensrichtungen der testierenden Ehegatten dahin gegangen wären, den neuen Ehegatten des Überlebenden von der Erbfolge auszuschließen. Sowohl im Falle eines gewollten Wegfalles der Wechselbezüglichkeit mit der dem Überlebenden eröffneten Möglichkeit, abweichende letztwillige Verfügungen zu treffen, als auch in dem Falle, daß seine Verfügung im gemeinschaftlichen Testament mit seiner Wiederverheiratung ohne Widerrufstestament hinfällig werden sollte, erlangte die Beteiligte zu 1) keine „gesicherte Position“, da der Erblasser zumindest durch anderweitige Verfügung von Todes wegen bezüglich seines Nachlasses die Beteiligte zu 1) von der Erbfolge ausschließen konnte. Das Landgericht hätte deshalb ergänzend prüfen müssen, ob aufgrund des geäußerten Willens der Eltern der Beteiligten zu 1) oder aufgrund ihrer nach einer Interessenabwägung zu ermittelnden mutmaßlichen Willensrichtung anzunehmen sei, sie seien davon ausgegangen, daß es auch im Falle der Wiederheirat des Überlebenden bei der Alleinerbschaft des Kindes aus erster Ehe verbleiben solle, daß der Ehegatte und eventuelle Kinder aus zweiter Ehe jedenfalls durch Ausschluß von der Erbfolge und durch Verweisung auf den Pflichtteil grundsätzlich schlechtergestellt werden sollten,

wenn der Überlebende keine anderweitige Verfügung von Todes wegen treffen werde.

Im Ergebnis hat das Landgericht aus den Gründen, die es herangezogen hat, um die Einsetzung der Beteiligten zu 1) zur Erbin des Letztversterbenden zu begründen, in unzulässiger Weise geschlossen, daß damit auch die Wiederverheiraturungsklausel dem Überlebenden — sofern überhaupt — nur die Möglichkeit eröffnet habe, durch Widerrufstestament die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) zu beseitigen.

Aufgrund der Rechtsfehler der angefochtenen Entscheidung ist der Senat zu einer eigenständigen Testamentsauslegung befugt (vgl. *Keidel-Kuntze*, § 27 Rdnr. 48 und 59). Der Senat kann eine abschließende Sachentscheidung treffen, weil der Sachvortrag der Beteiligten keine weiteren Gesichtspunkte ergibt, unter denen ergänzende tatsächliche Ermittlungen noch zu einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts führen könnten (§ 12 FGG).

Die Aussagen der vom Amtsgericht und Landgericht vernommenen Zeugen einschließlich der von den Eheleuten eingeholten schriftlichen Aussagen und die Anhörung der Beteiligten sind für den von den Eheleuten gewollten Inhalt der Wiederverheiraturungsklausel unergiebig. . . Insbesondere ergibt sich aus den Aussagen nicht, daß der Erblasser auch nach der Wiederverheiraturung davon ausgegangen ist, eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) sei unabänderlich, abgesehen davon, daß ein solcher Rechtsirrtum kaum einen Schluß auf die Willensrichtung der Testatoren zur Zeit der Testamentserrichtung zulassen würde.

Aus alledem folgt, daß sich nach den Umständen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben haben, daß die Eheleute bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes den Willen gehabt hätten, für den Fall der Wiederheirat den neuen Ehegatten des Überlebenden von der Erbfolge auszuschließen. Ein solcher allenfalls stillschweigend anzunehmender Wille widerspricht auch der Lebenserfahrung, denn es kann jedenfalls dann, wenn, wie hier, die Wiederverheiraturungsklausel so ausgestaltet ist, daß der Längerlebende mit seiner Wiederheirat jegliche Beteiligung am Nachlaß des Zuerstverstorbenen verliert, nicht davon ausgegangen werden, daß die Ehegatten der ersten Ehe bei Anordnungen für den Wiederverheiraturungsfall schon stillschweigend zum Nachteil des neuen Ehegatten und eventuell weiterer Erbberechtigter Verfügungen haben treffen wollen.

Für den Fall, daß der überlebende Ehegatte durch die Wiederheirat jegliche Beteiligung am Nachlaß des Zuerstverstorbenen verliert, entfällt nach Ansicht des Senats, wie er bereits in seiner Entscheidung vom 13. 3. 1987 — 15 U 40/85 (JR 1987, 376, 377) angedeutet hat, mangels Vorliegens besonderer Umstände mit der Wiederheirat des Überlebenden entsprechend der herrschenden Meinung (vgl. Nachweise im Senatsbeschluß vom 16. 3. 1993 und die nachfolgend zitierten Schrifttumshinweise) nicht nur dessen Bindung an seine Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament, sondern darüber hinaus werden nach dem mutmaßlichen Willen der Testatoren die von dem überlebenden Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen gegenstandslos, ohne daß es eines besonderen Widerrufs bedarf. Für diesen Fall schließt sich der Senat der Auffassung des Kammergerichts (NJW 1957, 1073 = DNotZ 1957, 557; FamRZ 1968, 331) an, daß die in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen des überlebenden Ehegatten mit dessen Wieder-

verheiraturung automatisch ihre Wirksamkeit verlieren, die im Schrifttum auf Zustimmung gestoßen ist (vgl. *Soergel-Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 2269 Rdnr. 31; *Leipold*, Erbrecht, 9. Aufl. Rdnr. 359 und FamRZ 1988, 352, 354; *Haegele*, Rpfleger 1976, 77, 78; einschränkend und nur, wenn im Einzelfall ein solcher Wille — ggf. durch ergänzende Auslegung — konkret ermittelt werden kann: MünchKommMusielak, BGB, 2. Aufl., § 2269 Rdnr. 59; *Erman-Schmidt*, BGB, 9. Aufl., § 2269 Rdnr. 14; *Staudinger-Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., § 2269 Rdnr. 48; *Palandt-Edenhofer*, BGB, 53. Aufl., § 2269 Rdnr. 21).

Die Auslegung durch den Senat findet ihre innere Rechtfertigung in der Erwägung, daß die testierenden Eheleute jedenfalls dann, wenn sie sich im Wiederverheiraturungsfall von der Erbfolge gänzlich ausschließen, nicht davon ausgehen können, daß es in diesem Falle bei der im gemeinschaftlichen Testament vorgesehenen Alleinerbschaft der Kinder aus erster Ehe verbleiben soll und der neue Ehegatte und eventuell hinzukommende Kinder aus der neuen Ehe von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen bleiben sollen, wenn der Erblasser die in einem gemeinschaftlichen Testament mit dem verstorbenen Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügungen nicht widerruft. Die testierenden Ehegatten werden ihren das Hinzukommen neuer Erbberechtigter berücksichtigenden Willen in der Regel nicht davon abhängig machen, ob der überlebende Ehegatte ein neues Testament errichtet oder dies mit der Folge unterläßt, daß die neuen Erbberechtigten auf ihren Pflichtteilsanspruch beschränkt sind. Deshalb kann der überlebende Ehegatte davon ausgehen, daß mit dem durch seine Wiederheirat eintretenden Ausschluß von der Erbfolge nach dem Erstversterbenden auch seine Verfügung, die mit Rücksicht auf seine Einsetzung durch den Erstversterbenden erfolgt ist, als gegenstandslos anzusehen ist und er in gesetzlicher Erbfolge beerbt wird, wenn er keine weiteren Verfügungen trifft. Im Gesetz findet diese Auslegung insoweit eine Stütze, als § 2270 Abs. 1 BGB für wechselbezügliche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, für den Fall der Nichtigkeit oder des Widerrufs der einen Verfügung auch die Unwirksamkeit der anderen anordnet. Eine entsprechende Übertragung auf den Fortfall der Erbeinsetzung des Überlebenden im Falle seiner Wiederheirat erscheint gerechtfertigt (vgl. *Leipold*, Erbrecht, Rdnr. 359).

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist daher vorliegend davon auszugehen, daß nach dem Erblasser gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Damit liegen die Voraussetzungen für die Einziehung des erteilten Erbscheines gem. § 2361 Abs. 1 S. 1 BGB vor, denn durch den erteilten Erbschein ist die Erbfolge sachlich nicht richtig festgestellt worden. Die Ausführung der Einziehung des Erbscheines ist dem Amtsgericht zu überlassen.

#### Anmerkung:

1. Wiederverheiraturungsklauseln führen in der Praxis häufig zu Auslegungsproblemen, wenn sie in privatschriftlichen, ohne sachkundigen Rat abgefaßten, gemeinschaftlichen Testamenten enthalten sind. Dem vorstehenden Beschluß des OLG Hamm liegt allerdings ein lückenhaftes notarielles Ehegattentestament zugrunde.

Das Gericht hatte hier zu entscheiden, ob mit dem Wirksamwerden einer Wiederverheiraturungsklausel durch die

erneute Heirat des überlebenden Ehegatten dessen letztwillige Verfügung zugunsten des erstehelichen Kindes fortgalt oder — ohne daß ein Widerruf erforderlich war — gegenstandslos wurde. Der Senat schließt sich in Ergebnis und Begründung der Auffassung des Kammergerichts<sup>1</sup> an. Danach entfällt in diesem Fall nicht nur die Bindung des überlebenden Ehegatten an die getroffene Schlußerbenbesetzung<sup>2</sup>, sondern diese wird ohne weiteres unwirksam, wenn nicht besondere Umstände auf einen anderen Willen der Ehegatten schließen lassen.

Den Leser der Urteilsgründe überrascht, daß der Senat auf die Kritik, die die Entscheidungen des Kammergerichts in der Literatur gefunden haben, in keiner Weise eingeht. Die Darstellung des OLG Hamm, das Schrifttum sei der Auffassung des Kammergerichts — wenn auch teilweise mit Einschränkungen — gefolgt, ist nicht zutreffend. Vielmehr spricht sich die Literatur hier überwiegend<sup>3</sup> für eine Fortgeltung der Verfügungen des überlebenden Ehegatten aus.

Für diese Auslegung sprechen auch die besseren Argumente:

Das OLG Hamm meint, Ehegatten würden bei Abschluß eines gemeinschaftlichen Testaments typischerweise nicht den neuen Ehegatten und eventuelle Kinder aus der zweiten Ehe von der Erbfolge ausschließen wollen. Sie seien vielmehr entsprechend dem in § 2270 Absatz 1 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken in der Regel der Überzeugung, daß durch die Wiederheirat und der damit verbundenen Entziehung der Vorteile der Erbenbesetzung durch den vorverstorbenen Ehegatten die Verfügungen des überlebenden Ehegatten zugunsten der erstehelichen Kinder unwirksam würden.

Dies stimmt mit den Erfahrungen der notariellen Praxis nicht überein. Die hierzu von *Huken*<sup>4</sup> 1965 getroffenen Aussagen sind auch heute noch uneingeschränkt gültig: Typischerweise sehen Ehegatten das gemeinschaftliche, und insbesondere das gemeinschaftlich erarbeitete, Vermögen als Einheit. Die Ehegatten hoffen und wünschen sich im Regelfall, daß nach dem Versterben des Längstlebenden von ihnen ihr Vermögen vollständig auf die gemeinschaftlichen Kinder übergeht. Eine erneute Heirat nach dem Vor-

versterben eines Ehegatten wird bei der Testamentserrichtung — trotz der Anordnung einer Wiederverheirathungsklausel — nur als theoretische Möglichkeit angesehen.

Der nach der Wiederverheirathung vornehmlich bei Hinzutreten von Kindern aus der zweiten Ehe entstehende Wunsch des überlebenden Ehegatten, auch die neue Familie zu versorgen, ist für die ergänzende Auslegung der Verfügung von Todes wegen unbeachtlich. Hier zählt allein der übereinstimmende Wille der Eheleute bei Testamentserrichtung.

Für ein Fortgelten der ursprünglichen Schlußerbenbesetzung spricht zudem folgende Überlegung: Würde auch ohne Widerruf durch den überlebenden Ehegatten die Erbenbesetzung der erstehelichen Kinder im Zweifel gegenstandslos, würde u. U. mit der gesetzlichen Erbfolge ein Ergebnis eintreten, das der überlebende Ehegatte nie gewollt hat. Die ursprüngliche Verfügung für die Schlußerbenbesetzung hat zumindest einmal seinem Willen entsprochen<sup>5</sup>. Für die Wirksamkeit der getroffenen Schlußerbenbesetzung spricht deshalb die Auslegungsregel des § 2084 BGB<sup>6</sup>. Danach ist diejenige Auslegung vorzuziehen, die zum Erfolg der letztwilligen Verfügung führt.

Die Begründung des Gerichts vermag auch im übrigen nicht zu überzeugen.

Aus der Regelung des § 2270 Absatz 1 BGB kann keine Aussage über die ergänzende Auslegung einer Wiederverheirathungsklausel abgeleitet werden. Diese Norm ordnet zwar die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung eines Ehegatten an, wenn dessen Partner seine wechselbezügliche Verfügung widerrufen hat oder diese nichtig ist. Gleichzeitig wird aber ein Ehegatte, der die ihm aufgrund einer wechselbezüglichen Verfügung seines Ehegatten anfallende Erbschaft ausschlägt, gem. § 2271 Absatz 2 Satz 1 (2. Halbsatz) BGB lediglich von der Bindung an seine Verfügung befreit<sup>7</sup>. Die Anordnung selbst besteht jedoch bis zu einem Widerruf fort. Das Gesetz geht also nicht allgemein davon aus, daß eine letztwillige Verfügung eines Ehegatten ohne weiteres unwirksam wird, wenn diesem die Vorteile der wechselbezüglichen Erbenbesetzung durch den vorverstorbenen Ehegatten nach dem Erbanfall nicht erhalten bleiben.

Im übrigen könnte ein in der Regelung des § 2270 Absatz 1 BGB zum Ausdruck gekommener Rechtsgedanke über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus keine Geltung beanspruchen. Das BGB regelt die Entstehung und Vernichtung von letztwilligen Verfügungen bis in alle Einzelheiten. Deshalb ist zu vermuten, daß eine getroffene Verfügung solange wirksam ist, bis einer der im Gesetz vorgesehenen Auflösungsgründe eingreift<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> NJW 1957, 1073; FamRZ 1968, 331 (332).

<sup>2</sup> Vgl. MünchKomm-Musielak, BGB, 2. Aufl. (1989), § 2269 Rdnr. 59 m. w. N. in FN 104; a. A. Buchholz, Erbfolge und Wiederverheirathung (1986), S. 86 ff.; differenzierend Staudinger-Kanzleiter, BGB, 12. Aufl. (1983), § 2269 Rdnr. 46.

<sup>3</sup> Staudinger/Kanzleiter, (o. FN 2), § 2269 Rdnr. 48; MünchKomm/Musielak (o. FN 2), § 2269 Rdnr. 59; Erman/Schmidt, BGB, 9. Aufl. (1993), § 2269 Rdnr. 14; Palandt/Edenhofer, BGB, 53. Aufl. (1994), § 2269 Rdnr. 21; AlternativKomm/Schaper (1990), BGB, § 2269 Rdnr. 59; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 3. Aufl. (1989), § 22 IV 1 d (FN 87); v. Lübtow, Erbrecht II (1971), S. 921; Bengel, in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. (1986), § 2269 Rdnr. 45; Brox, Erbrecht, 14. Aufl. (1992), Rdnr. 189; Huken, DNotZ 1965, 729 (730 ff.); M. Huber, Rpfleger 1981, 41 (44);

a. A. Soergel/Wölf, BGB, 12. Aufl. (1992), § 2269 Rdnr. 31 m. w. N.; Jauernig/Stirner, BGB, 7. Aufl. (1994), § 2269 Anm. 6 a; Ebenroth, Erbrecht (1992), Rdnr. 240; Leipold, Erbrecht, 9. Aufl. (1991), Rdnr. 359; ders., FamRZ 1988, 352 (354).

Der BGH (FamRZ 1985, 1123 [1124]) hat die Frage ausdrücklich offengelassen.

<sup>4</sup> DNotZ 1965, 729 (730 f.).

<sup>5</sup> Lange/Kuchinke (o. FN 3), § 22 IV 1 (FN 66), und Staudinger/Kanzleiter (o. FN 2), § 2269 Rdnr. 48, wollen im Einzelfall mit einer Anfechtung nach § 2078 Absatz 2 BGB helfen, wenn die Ehegatten die Schlußerbenbesetzung bei Wiederverheirathung entfallen lassen wollten. Sollten die Ehegatten aber tatsächlich doch angenommen haben, die Erbenbesetzung durch den überlebenden Ehegatten sei dann gegenstandslos, müßte schon eine Auslegung der letztwilligen Verfügung zu diesem Ergebnis führen. Auch hier geht Auslegung vor Anfechtung; so richtig AlternativKomm/Schaper (o. FN 3), § 2269 Rdnr. 59.

<sup>6</sup> Huken, DNotZ 1965, 729 (732).

<sup>7</sup> Vgl. Lange/Kuchinke (o. FN 3), § 22 IV 1 d (FN 87).

<sup>8</sup> Huken, DNotZ 1965, 729 (732 f.); Bengel (o. FN 3), Rdnr. 45.

Bei Wiederverhehlung des durch eine Wiederverheirungsklausel beschwerten längstlebenden Ehegatten ist also entgegen der Ansicht des OLG Hamm im Zweifelsfall bis zum Widerruf der ursprünglichen Verfügung von deren Fortbestehen auszugehen.

2. In der notariellen Praxis finden Wiederverheirungsklauseln<sup>9</sup> heute relativ selten Verwendung<sup>10</sup>. Werden sie aber benutzt, ist zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Auslegung der letztwilligen Verfügung unbedingt klarzustellen, ob mit der erneuten Heirat nur die Bindung des überlebenden Ehegatten an seine Anordnungen zugunsten der erstehelichen Kinder entfällt oder ob die Verfügungen dann auch ohne Widerruf gegenstandslos sein sollen. Dies könnte etwa so formuliert werden:

„Die vorstehende Anordnung der Schlußerbfolge durch den überlebenden Ehegatten bleibt auch im Falle seiner Wiederverhehlung bestehen. Es steht ihm dann aber frei, sie ganz oder teilweise zu widerrufen oder beliebig abzuändern.“

Ein Übergehen dieser Frage stellt bei der Beurkundung eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags mit Wiederverheirungsklausel einen Gestaltungsfehler dar.

Notarassessor Dr. Klaus Hohmann, München

<sup>9</sup> Zur Gestaltung von Wiederverheirungsklauseln, insbesondere zur Frage, bedingte Nacherbeneinsetzung oder Vermächtnislösung, Langenfeld, Das Ehegattentestament (1994), Rdnr. 234 ff.; Wegmann, Ehegattentestament und Erbvertrag (1993), S. 47 ff., 53 ff., 79 f.

<sup>10</sup> Gegen ihre Verwendung spricht sich Langenfeld (o. FN 9), Rdnr. 240, aus.

21. BGB §§ 2227, 2278 Abs. 2, 2289, 2299, 2361 Abs. 1, 2368 Abs. 3 (Testamentsvollstreckung im Erbvertrag)

1. Die Berufung bestimmter Testamentsvollstrecker nach dem Überlebenden kann in einem Erbvertrag nicht „vertragsgemäß“ erfolgen.
2. Die bloße Auswechslung der Person eines Testamentsvollstreckers ist regelmäßig keine unzulässige Beeinträchtigung des (erb-)vertragsgemäß Bedachten.
3. Ein einseitiger Verzicht auf das Recht zur Bestimmung eines anderen Testamentsvollstreckers ist wie ein Verzicht auf die Testierfreiheit grundsätzlich nicht möglich.
4. Persönliche Spannungen zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem der Miterben rechtfertigen eine Entlassung des Testamentsvollstreckers im allgemeinen nicht.

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 17.6.1994 — 3 Wx 218/94 —, mitgeteilt von Dr. Johannes Schütz, Richter am OLG Düsseldorf

#### Aus dem Tatbestand:

Die Erblasserin hat im Juli 1980 durch Erbvertrag mit ihrer 1981 verstorbenen Schwester die Beteiligten zu 1. bis 4. als Erben — der Überlebenden — eingesetzt. Für den Nachlaß der Überlebenden wurde Testamentsvollstreckung angeordnet; die Überlebende berief in einer Kollegialpraxis verbundene Rechtsanwälte zu Testamentsvollstreckern bzw. Ersatztestamentsvollstreckern. Der Überlebenden blieb das Recht vorbehalten, über die Hälfte des beiderseitigen Nachlasses anderweitig zu verfügen.

Nach dem Tod ihrer Schwester errichtete die Erblasserin mehrere Verfügungen von Todes wegen. Durch privatschriftliches Testament vom 17. 1. 1983 berief sie unter Abänderung der Bestimmung im Erbvertrag den Beteiligten zu 5. zum Testamentsvollstrecker. Darüberhinaus traf sie weitere Anordnungen im wesentlichen über Grundbesitz.

Im April 1993 beantragte der Beteiligte zu 1., das dem Beteiligten zu 5. im Januar 1992 erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis wegen Unrichtigkeit einzuziehen, und stellte im August 1991 vorsorglich den Antrag, den Beteiligten zu 5. gem. § 2227 BGB als Testamentsvollstrecker abzurufen. Er hat zur Begründung geltend gemacht:

Die einseitige testamentarische Änderung der Person des Testamentsvollstreckers sei wegen Widerspruchs zu der erbvertraglichen Regelung unwirksam. Der Beteiligte zu 5. habe die von der Erblasserin angeordneten Vermächtnisse vorschnell erfüllt, ohne ihm ausreichend Gelegenheit zu geben, die rechtliche Wirksamkeit dieser letztwilligen Verfügungen gerichtlich prüfen zu lassen. Hierdurch sei es zu erheblichen auch persönlichen Spannungen gekommen, die der Beteiligte zu 5. jedenfalls mitverschuldet habe.

Die übrigen Beteiligten sind diesen Anträgen entgegengetreten.

Mit Beschluß vom 25. 10. 1993 hat das Amtsgericht die Anträge kostenpflichtig zurückgewiesen, weil die Erblasserin an einer Änderung der Person des Testamentsvollstreckers durch den Erbvertrag nicht gehindert gewesen sei und ein wichtiger Grund für die Entlassung des Beteiligten zu 5. als Testamentsvollstrecker nicht vorliege.

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1., der die übrigen Beteiligten entgegengetreten sind, hat das Landgericht den angefochtenen Beschluß des Amtsgerichts abgeändert, die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses angeordnet und die weiteren hiermit verbundenen Maßnahmen dem Amtsgericht übertragen. Es hat zur Begründung unter anderem ausgeführt, der im Erbvertrag enthaltene Vorbehalt habe die Erblasserin verpflichtet, die dort genannten Personen zu Testamentsvollstreckern zu berufen. Damit hätten sich die Erbvertragsparteien des Rechtes auf Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers durch einseitige Verfügung von Todes wegen begeben.

Die weitere Beschwerde war erfolgreich.

#### Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 5. ist begründet. Die Entscheidung des Landgerichts beruht auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 27 FGG).

1. ...

2. Nach §§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 1 BGB setzt die Einziehung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses dessen inhaltliche Unrichtigkeit voraus. Die Annahme des Landgerichts, die Erblasserin sei durch die im Erbvertrag enthaltenen Regelungen an einer Änderung der Person des Testamentsvollstreckers durch einseitige Verfügung von Todes wegen gehindert gewesen, ist rechtsfehlerhaft begründet.

a) Nach § 2278 Abs. 2 BGB können in einem Erbvertrag nur bestimmte Verfügungen „vertragsgemäß“, d. h. mit der Folge einer Bindungswirkung aus § 2289 BGB getroffen werden. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung und die Berufung bestimmter Testamentsvollstrecker gehört dazu nicht. Im vorliegenden Fall sind im Erbvertrag vom 9. 7. 1980 im Zusammenhang mit der Berufung von Testamentsvollstreckern keine beiderseitigen Erklärungen abgegeben worden; vielmehr hat nur „der Überlebende von uns“ bestimmte Personen zu Testamentsvollstreckern für seinen Nachlaß berufen.

b) Die im Erbvertrag nur einseitig getroffenen Anordnungen zur Testamentsvollstreckung für den Nachlaß der Über-

lebenden nehmen als solche an der Bindungswirkung des § 2289 nicht teil (§ 2299 BGB). Zwar können frühere (§ 2289 Abs. 1 Satz 1) und spätere (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB) letztwillige Verfügungen des Erblassers unwirksam sein, wenn und soweit sie die Rechte der vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen. Auch in dieser Hinsicht ist jedoch die bloße Änderung der Person des Testamentsvollstreckers im vorliegenden Fall unbedenklich.

aa) Auf einseitige Anordnungen im Erbvertrag selbst (§ 2299) ist § 2289 BGB nicht anzuwenden. Denn da diese mit Wissen und Zustimmung des Vertragsgegners erfolgt sind, handelt es sich insoweit um einvernehmliche Beschränkungen des Gegenstandes der (erb-)vertragsgemäßen Zuwendung, deren Wirksamkeit anzuerkennen ist (vgl. u. a. *Soergel/Wolff*, BGB, 12. Aufl., § 2289 Rdnr. 7; *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 12. Aufl., § 2289 Rdnr. 10).

bb) Im übrigen sind spätere Verfügungen von Todes wegen nur dann und insoweit unwirksam, als sie die Rechte der vertragsmäßigen Schlußerben über die im Erbvertrag getroffenen Anordnungen hinaus beeinträchtigen würden. Die bloße Auswechslung der Person eines Testamentsvollstreckers ist regelmäßig — anders als die Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst — nicht als eine unzulässige Beeinträchtigung des durch einen Erbvertrag vertragsmäßig Bedachten zu bewerten (so u. a. KG FamRZ 1977, 485 ff.; OLG Hamburg, Recht 1920 Nr. 1914 und 2460; *Soergel/Wolff*, § 2289 Rdnr. 10; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 19; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 53. Aufl., § 2289 Rdnr. 9). Dabei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob dem Erblasser generell entsprechend der Absicht des Gesetzgebers (vgl. Motive IV, Seite 334) auch im Falle einer erbrechtlichen Bindung die Befugnis erhalten bleiben muß, einen Testamentsvollstrecker seines Vertrauens nachträglich berufen zu können. Jedenfalls ist — für den vorliegenden Fall — weder dargetan noch ersichtlich, welche rechtliche oder wirtschaftliche Beeinträchtigung der Schlußerben allein dadurch entstanden sein könnte, daß der ursprünglich — in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt und Notar — berufene Testamentsvollstrecker durch eine — in vergleichbarer Funktion tätige — andere Person ersetzt worden ist. Die durch die letztwilligen Verfügungen begründeten und auch begrenzten Rechte der Bedachten werden hierdurch nicht berührt.

c) Läßt sich demnach eine die Rechte der vertragsmäßigen Schlußerben beeinträchtigende Wirkung der Änderung der Person des Testamentsvollstreckers nicht feststellen, kommt es auf einen im Erbvertrag etwa enthaltenen „Änderungsvorbehalt“ aus Rechtsgründen nicht an.

Ziffer IV des Erbvertrages enthält im übrigen nicht, wie das Landgericht angenommen hat, einen „Vorbehalt, der der Überlebenden aufgab, im einzelnen genannte Personen . . . zu Testamentsvollstreckern zu berufen“, sondern nicht mehr als eine einseitige Verfügung der Überlebenden von Todes wegen im Sinne von § 2299 Abs. 1 BGB. Eine solche nur *einseitige* Verfügung kann schon aus Rechtsgründen nicht als ein *beiderseitiger* Verzicht auf eine Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers gewertet werden, sofern nicht weitere Umstände innerhalb oder außerhalb der Urkunde unzweideutig auf die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen dieses Inhalts schließen lassen. Hierfür ist jedoch nichts dargetan oder ersichtlich; auch das Landgericht hat hierzu keinerlei Feststellungen getroffen. Daß es für die Berufung der im Erbvertrag genannten

Personen triftige Gründe gegeben und ein Vertrauensverhältnis zwischen der vorverstorbenen Schwester der Erblasserin und derjenigen Anwaltspraxis bestanden haben mag, deren Sozien seinerzeit zu Testamentsvollstreckern berufen wurden, rechtfertigt jedenfalls die Feststellung nicht, daß beiden Erbvertragsparteien im Überlebensfall das Recht auf Auswechslung der Testamentsvollstrecker genommen sein sollte. Eine solche Schlußfolgerung ist weder denkgesetzlich notwendig noch naheliegend.

Die Annahme des Landgerichts, ein Erblasser könne — einseitig — „auf sein Recht auf Auswechslung des Testamentsvollstreckers durch eindeutige Verfügung von Todes wegen verzichten“, findet weder im Gesetz eine Rechtfertigung noch in der zitierten Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart (OLG Z 1979, 49 ff.) eine Stütze. Niemand kann sich *einseitig* seiner Testierfreiheit aus § 2253 BGB begeben (vgl. § 2302 BGB). Soweit das Oberlandesgericht Stuttgart angenommen hat, ein die Anordnung einer Testamentsvollstreckung betreffender Änderungsvorbehalt in einem Erbvertrag könne auch mit der Maßgabe vereinbart werden, daß dem Überlebenden die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nur unter Verknüpfung mit der Person eines bestimmten Testamentsvollstreckers gestattet sein solle, ist diese Entscheidung für den vorliegenden Fall ohne Relevanz. Ob dieser Annahme zu folgen wäre, ist hier nicht entscheidungserheblich und kann deshalb dahingestellt bleiben.

3. Soweit sich das Landgericht — folgerichtig — einer Entscheidung über den nur vorsorglich gestellten Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund (§ 2227 BGB) enthalten hat, war die Erstbeschwerde des Beteiligten zu 1. ebenfalls unbegründet. Das Amtsgericht hat zu Recht und mit zutreffender Begründung angenommen, daß wichtige Gründe, die eine Entlassung rechtfertigen könnten, nicht feststellbar sind.

Ob die festgestellten Tatumstände in ihrer Gesamtheit die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffs eines wichtigen Grundes ausfüllen, ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz überprüfbar (Hamm OLGZ 1986, 1 ff.). Reichen die getroffenen Feststellungen nicht aus, kommt es auf die dem Tatrichter vorzubehaltene Ermessensausübung (BayObLGZ 1976, 67, 75), ob eine Entlassung auch tunlich erscheint, nicht mehr an.

Ein wichtiger Entlassungsgrund liegt vor, wenn der Testamentsvollstrecker begründeten Anlaß zu der Befürchtung gibt, daß sein längeres Verbleiben im Amt für die berechtigten Interessen der Beteiligten nachteilig sein könnte (BayObLGZ 1985, 298), oder wenn konkrete Verhältnisse die Annahme rechtfertigen, daß der Erblasser bei Kenntnis der Umstände und der weiteren Entwicklung die Ernennung nicht vorgenommen haben würde (u. a. Köln OLGZ 1969, 281).

Im vorliegenden Fall sind keine objektiven Tatsachen dargetan, die die Eignung des von der Erblasserin berufenen Testamentsvollstreckers im bezeichneten Sinne in Frage stellen könnten. Daß zwischen ihm und dem Beteiligten zu 1. als Miterben inzwischen persönliche Spannungen entstanden sein mögen, stellt jedenfalls allein keinen Entlassungsgrund dar. Das Amt des Testamentsvollstreckers beruht nicht auf einem Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Erben, sondern auf der Anordnung der Erblasser-

rin, deren Willen er auszuführen hat. Gerade deshalb kann auch mit dem Vorwurf, daß der Testamentsvollstrecker die Anordnungen der Erblasserin aus der Zeit nach dem Erbvertrag ausgeführt habe, dessen Entlassung nicht begründet werden. Insoweit hat der Beteiligte zu 5. auch nicht feststellbar grob pflichtwidrig gegen die Interessen der Erben gehandelt. Er hat dem Beteiligten zu 1. vielmehr mit Schreiben vom 17. 9. 1992 definitiv angekündigt, er „werde in Kürze die an die Miterben im Wege der Teilungs- und Vermächtnisanordnung zugewiesenen Eigentumswohnungen durch notariell zu beurkundende Verträge übertragen“; zum Wertverhältnis der unterschiedlichen letztwilligen Verfügungen waren seinerzeit Sachverständigengutachten eingeholt worden.

Unter den gegebenen Umständen war das Nachlaßgericht zu etwaigen weiteren Ermittlungen von Amts wegen nicht verpflichtet. Die Entscheidung, daß der vorgetragene Sachverhalt die Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht rechtfertige, ist rechts- und verfahrensfehlerfrei begründet.

## Handelsrecht einschließlich Registerrecht

22. HGB § 172 a; GmbHG §§ 30, 31, 32 a; KO § 32 a (*Wirkung der eigenkapitaleretzenden Nutzungsüberlassung, Lagergrundstück III*)

1. Für eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassungen gelten grundsätzlich die im Überlassungsvertrag vereinbarten zeitlichen Grenzen. Wäre jedoch ein inhaltsgleicher Vertrag mit einem außenstehenden Dritten nur unter Vereinbarung einer längeren Überlassungsdauer oder längerer Kündigungsfristen geschlossen worden, dann hat der Gesellschafter der Gesellschaft das Nutzungsrecht für den sich daraus ergebenden Mindestzeitraum zu überlassen.
2. Im Konkurs ist der Konkursverwalter befugt, das Nutzungsrecht, solange es besteht, durch eigene Nutzung, durch Überlassung an Dritte zur Ausübung oder durch Weiterübertragung (zusammen mit dem Betrieb oder einzeln) zu verwerten. Eine Verwertung der Sachsubstanz ist ihm nicht gestattet.
3. Der Gesellschafter ist grundsätzlich nicht verpflichtet, anstelle der weiteren Überlassung der Gegenstände den Wert des Nutzungsrechts in Geld zu ersetzen. Ein Anspruch auf Wertersatz besteht jedoch dann, wenn die weitere Nutzungsüberlassung dadurch unmöglich wird, daß der Gesellschafter die Gegenstände gegen den Willen der Gesellschaft oder des Konkursverwalters veräußert oder wenn diese einverständlich veräußert werden und zwischen den Beteiligten Einigkeit darüber besteht, daß der Erlös in Höhe des Restwerts des Nutzungsrechts der Gesellschaft oder der Konkursmasse zufließen soll.

BGH, Urteil vom 11. 7. 1994 — II ZR 146/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

23. HGB § 172 a; GmbHG §§ 30, 31, 32 a; KO § 32 a (*Wirkung der eigenkapitaleretzenden Nutzungsüberlassung, Lagergrundstück IV*)

1. Die eigenkapitaleretzende Nutzungsüberlassung eines Betriebsgrundstücks begründet im Konkurs der Gesellschaft keinen Anspruch der Konkursmasse auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück oder auf dessen Herausgabe an den Konkursverwalter zum Zwecke der Verwertung durch Veräußerung.
2. Ebensowenig besteht grundsätzlich (vgl. aber auch Senatsurteil vom 11. 7. 1994 — II ZR 146/92) ein Anspruch der Masse auf Ersatz des Verkehrswertes oder des kapitalisierten Wertes der weiteren Nutzung des Grundstücks.
3. Der Konkursverwalter ist jedoch berechtigt, das der Gemeinschuldnerin in eigenkapitaleretzender Weise überlassene oder belassene Grundstück zugunsten der Konkursmasse durch Weiternutzung innerhalb des Gesellschaftsunternehmens oder durch anderweitige Vermietung oder Verpachtung weiter zu verwerten.

BGH, Urteil vom 11. 7. 1994 — II ZR 162/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

24. AktG 1965 § 130 (*Recht auf Erteilung einer Abschrift des Hauptversammlungsprotokolls bei AG*)

1. Wird auf Veranlassung der Verwaltung der Verlauf der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft durch ein stenografisches Wortprotokoll oder eine Tonbandaufnahme aufgezeichnet, kann der Aktionär von der Gesellschaft gegen Erstattung der Selbstkosten eine Abschrift der Teile des Protokolls bzw. der Aufzeichnung verlangen, die seine eigenen Fragen und Redebeiträge sowie die von den Mitgliedern des Vorstandes darauf erteilten Antworten und dazu abgegebenen Stellungnahmen umfaßt. Ein Anspruch auf Aushändigung einer vollständigen Abschrift des Protokolls bzw. der Tonbandaufnahme steht dem Aktionär nicht zu.
2. Die Frage, ob der Aktionär, der zu einem bestimmten Tagesordnungspunkt Widerspruch zu notariellem Protokoll erklärt hat, ohne selbst Fragen gestellt oder Redebeiträge geleistet zu haben, eine Protokollabschrift über die Stellungnahmen und Antworten der Vorstandsmitglieder dazu verlangen kann, bleibt offen.

BGH, Urteil vom 19. 9. 1994 — II ZR 248/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

25. HGB §§ 161, 171 Abs. 1, 172 (*Leistung der Pflichteinlage des Kommanditisten im Innenverhältnis durch Bürgschaftsübernahme möglich*)

Die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft können im Innenverhältnis wirksam vereinbaren, daß die Kommanditisten ihre Pflichteinlage durch Übernahme einer Bürgschaft oder dadurch leisten, daß an den Bürgschaftsgläubiger gezahlt wird. Die Frage, ob sie in diesem Fall durch die Bürgschaftsübernahme oder durch die Zahlung auf die Bürgschaft zugleich von ihrer Kommanditistenhaftung gegenüber Gläubigern der Gesellschaft frei geworden sind, ist davon streng zu trennen.

BGH, Urteil vom 10. 10. 1994 — II ZR 220/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

### Aus dem Tatbestand:

Der Beklagte, der einen Kommanditeil an der D.-GmbH & Co. KG (D.) in Höhe von 150.000,— DM hielt, schloß im Jahre 1986 mit dem Kläger einen Treuhandvertrag, nach welchem dieser den genannten Anteil, auf den bis dahin die Hälfte der Einlage in bar eingezahlt worden war, treuhänderisch für den Beklagten übernehmen sollte. Der Kläger wurde 1987 in das Handelsregister als Sonderrechtsnachfolger eingetragen. Mit Schreiben vom 21. 9. 1988 kündigte der Beklagte den Treuhandvertrag, der für diesen Fall bestimmt:

„Der Treuhänder tritt bereits jetzt mit Wirkung ab dem Zeitpunkt der Absendung der Kündigung den Geschäftsanteil an den Treugeber ab.“

Eine Änderung der Handelsregistereintragung ist bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht herbeigeführt worden. Der Beklagte, sein Bruder und ihre Ehefrauen, die sich der Sparkasse O. gegenüber in Höhe von 75.000,— DM für alle Forderungen dieses Instituts gegen die D. verbürgt hatten, sind, nachdem ein befristeter Kontokorrentkredit von der D. nicht pünktlich zurückgeführt worden war, aus der Bürgschaft in Anspruch genommen und vom Landgericht Stade zur Zahlung verurteilt worden. Der Bruder des Beklagten übersandte der Sparkasse daraufhin am 9. 3. 1990 einen Verrechnungsscheck über 79.000,— DM mit dem Bemerkten, die Zahlung diene der Erbringung der ausstehenden Einlage des Beklagten bei der D. und zugleich der Erledigung der genannten titulierten Bürgschaftsforderung gegen die vier Bürgen.

Unabhängig von dem Beklagten hatte sich auch der Kläger für die D. in Höhe von 50.000,— DM verbürgt und einen Betrag in dieser Höhe an die Gläubigerin bezahlt. Im Zusammenhang damit erwirkte der Kläger mehrere Titel über insgesamt 66.481,47 DM gegen die D. Als er von der D. mit Schreiben vom 10. 10. 1989 auf Zahlung der zweiten Hälfte der Kommanditeinlage in Anspruch genommen wurde, erklärte er am 19. 12. 1989 die Aufrechnung mit den titulierten Forderungen. Zugleich verlangte er von dem Beklagten Zahlung in entsprechender Höhe, weil er, der Kläger, den Beklagten in dieser Höhe von seiner Einlageschuld befreit habe. Am 5. 12. 1990 erwirkte der Kläger erneut einen Pfändungs- und Überweisungsbeschuß gegen die D., mit dem er in deren angeblichen Anspruch gegen den Beklagten auf Einzahlung der restlichen Kommanditeinlage vollstreckte.

Der Kläger hat von dem Beklagten Zahlung von insgesamt 66.481,47 DM verlangt. Das Landgericht hat dem Begehren durch Versäumnisurteil über 5.500,— DM und streitiges Urteil über 60.981,47 DM zuzüglich Zinsen entsprochen. Dabei hat es angenommen, daß 6.481,47 DM von dem Beklagten als Aufwendersersatz geschuldet werden, während sich der Kläger wegen des weiteren Betrages von 60.000,— DM auf die Pfändung und Überweisung des Anspruchs der D. gegen den Beklagten auf Einzahlung der Resteinlage stützen könne. Die Berufung des Beklagten hatte nur hinsichtlich des Zinsbegehrens teilweise Erfolg. Die Revision des Beklagten, die der Senat nur hinsichtlich des 981,47 DM zuzüglich Zinsen übersteigenden Betrages angenommen hat, war erfolgreich und führte zur teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

### Aus den Gründen:

Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Oberlandesgericht angenommen, daß der Kläger die 60.000,— DM, über die noch nicht rechtskräftig befunden worden ist, allein aufgrund des von ihm erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses vom 5. 12. 1990 fordern kann. Dabei spielt es für die Entscheidung keine Rolle, ob — worauf das Berufungsgericht, das zwischen Hafteinlage und Pflichteinlage nicht genau unterscheidet (vgl. dazu v. Gerkan, EWIR 1994, 367 f. m. w. N.), abzustellen scheint — der Beklagte durch die Bürgschaftsübernahme oder die Zahlung seines Bruders vom 9. 3. 1990 von seiner aus §§ 171 Abs. 1, 172

HGB folgenden Haftung gegenüber Gläubigern der D. frei geworden ist. Erfasst von der Pfändung und Überweisung wird nur der aus dem gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis zwischen der D. und dem Beklagten herzuleitende Anspruch auf vollständige Einzahlung der Pflichteinlage.

Abweichend von der dem angefochtenen Urteil zugrundeliegenden Ansicht hätten die Gesellschafter der D. im Innenverhältnis wirksam vereinbaren können, daß die Kommanditisten ihre Pflichteinlage auch durch die Übernahme einer Bürgschaft leisteten (vgl. allg. hierzu: Staub/Schilling, HGB, 4. Aufl., § 161 Rdnr. 17, 23; Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl., § 161 Rdnr. 24; Schlegelberger/K. Schmidt, § 171 Rdnr. 11; v. Falkenhausen in Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 2, § 15 KG Rdnr. 2 ff.; § 14 KG Rdnr. 14 ff., 48). Ungeachtet des unzutreffenden Ausgangspunktes erweist sich das Berufungsurteil in diesem Punkt im Ergebnis aber als richtig, weil nach dem widersprüchlichen Vortrag des Beklagten nicht angenommen werden kann, daß schon die Übernahme der Bürgschaft als verabredete Einlageleistung der Kommanditisten der D. angesehen worden ist.

Begründet ist das Rechtsmittel aber deswegen, weil das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, entscheidungserheblichen Vortrag des Beklagten übergangen hat. Nach dem vom Oberlandesgericht nicht geprüften und für die Revisionsinstanz deswegen als richtig zu unterstellenden, obendrein durch Vorlage von Urkunden belegten Vortrag des Beklagten hatte die Sparkasse der D. einen Kontokorrentkredit von 380.000,— DM gewährt, für den u. a. er sich in Höhe von 75.000,— DM verbürgt hatte; nachdem die Sparkasse im Oktober 1988 den Kredit gekündigt und auf Rückführung des Saldos gedrängt hatte, haben die Gesellschafter am 29. 12. 1988 beschlossen, die ausstehenden Einlagen einzufordern. Das ist in der Weise geschehen, daß die D. den Beklagten aufgefordert hat, die ausstehende Einlage unverzüglich einzuzahlen und ihm zugleich mitgeteilt hat, er erhalte nach erbrachter Zahlung die von ihm gegebene Bürgschaft umgehend zurück. Gleichzeitig hat auch die Sparkasse mit Schreiben vom 13. 1. 1989 den Beklagten unter Hinweis auf den Einzahlungsbeschuß der D. aufgefordert, die „gegen Ihre Bürgschaft“ vorfinanzierte Einlage auf ein bestimmtes Konto bei ihr einzuzahlen, was schuldbefreiende Wirkung ihr gegenüber haben werde. Dies hätte dem Berufungsgericht Anlaß zu der Prüfung der Richtigkeit des weiteren Vorbringens des Beklagten geben müssen, es sei bei Fassung des Einzahlungsbeschlusses von der Gesellschafterversammlung entschieden worden, mit der Zahlung an die Sparkasse solle zugleich die Einlageschuld erfüllt werden. Hätte nämlich die Ablösung der Kreditschuld der D. durch ihre Kommanditisten vereinbarungsgemäß als Verrechnung der Einlageschuld gelten sollen, bedurfte es der vom Berufungsgericht vermißten Aufrechnungserklärung nicht mehr. Die Zahlung des Bruders des Beklagten vom 9. 3. 1990, anlässlich derer er auf die genannte Verrechnungsabrede hingewiesen hat, hätte dann den Anspruch der D. auf Erbringung der Pflichteinlage zum Erlöschen gebracht, und der von dem Kläger am 5. 12. 1990 erwirkte Pfändungs- und Überweisungsbeschuß wäre ins Leere gegangen.

26. GmbHG § 15 (Heilung eines formnichtigen Verkaufs von GmbH-Anteilen)

**Für die Heilung eines formnichtigen Verkaufs von GmbH-Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG reicht es aus, daß die dingliche Anteilsübertragung voll wirksam wird und die Willensübereinstimmung der Vertragsparteien hinsichtlich des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts noch in dem Augenblick fortbesteht, als ihre Bindung an das Verfügungsgeschäft eingetreten ist.**

BGH, Urteil vom 21. 9. 1994 — VIII ZR 257/93 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

*Aus dem Tatbestand:*

Der Kläger war alleiniger Gesellschafter der Firma F. W. GmbH (künftig: GmbH). Mit notariellem Vertrag vom 20. 7. 1990 veräußerte er seinen Geschäftsanteil an dieser Firma an den Beklagten. Der Kaufpreis sollte 2.200.000 DM betragen und in zwei gleichen Raten am 20. 9. und 20. 10. 1990 gezahlt werden. In II § 1 des Vertrages heißt es:

„1. Der Verkäufer verkauft und überträgt den . . . bezeichneten Geschäftsanteil im Nennbetrag von DM 300.000,— an den dies annehmenden Käufer.

2. . . .

Die dingliche Rechtsänderung steht jedoch unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. . . .“

Unmittelbar vor Abschluß des notariellen Vertrages übergab der Beklagte dem Kläger 250.000 DM in bar. Den Kaufpreis von 2.200.000 DM zahlte der Beklagte nicht.

Diesen Kaufpreis verlangt der Kläger mit der Klage. Der Beklagte beansprucht widerklagend Rückzahlung der 250.000 DM. Er macht in erster Linie geltend, der beurkundete Vertrag sei nichtig, weil die Parteien tatsächlich einen Kaufpreis von 2.450.000 DM vereinbart hätten, dessen teilweiser Begleichung die von ihm vor dem Notartermin erbrachte Zahlung von 250.000 DM gedient habe. Im übrigen hat er den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten und sich auf Minderung des Kaufpreises berufen, jeweils mit der Begründung, der Kläger habe entgegen seiner Versicherung in II § 3 Nr. 2 des notariellen Vertrages die Bilanzen der GmbH fehlerhaft erstellt. Der Kläger hat eine „Schwarzgeldabrede“ bestritten und behauptet, mit dem gezahlten Betrag von 250.000 DM hätten — ebenso wie mit einer weiteren, vor dem Notar vereinbarten Zahlung von 10.000 DM — seine Vertragsstrafen- und Schadensersatzansprüche aus zwei Verträgen mit einer Firma R. E. GmbH & Co. KG (künftig: KG), deren Komplementärin von dem Beklagten als Geschäftsführer vertreten wurde, ausgeglichen werden sollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung von 250.000 DM nebst Zinsen verurteilt. In der Berufungsinstanz hat der Kläger durch privatschriftliche Erklärung auf die aufschiebende Bedingung in II § 1 Nr. 2 des notariellen Vertrages verzichtet. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision führte zur Zurückverweisung an das Oberlandesgericht.

*Aus den Gründen:*

Die Revision hat Erfolg.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der notarielle Vertrag als Scheingeschäft (§ 117 Abs. 1 BGB) und die von den Parteien wirklich gewollte Vereinbarung (§ 117 Abs. 2 BGB) wegen Formmangels (§§ 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG, 125 Satz 1 BGB) nichtig sei. . . .

Seine Auffassung, die Formnichtigkeit der Vereinbarung eines Kaufpreises von 2.450.000 DM sei nicht gem. § 15 Abs. 4 Satz 2, Abs. 3 GmbHG durch die in notarieller Form vorgenommene Abtretung des GmbH-Anteils geheilt worden, hat das Berufungsgericht folgendermaßen begründet:

Voraussetzung einer Heilung sei eine voll wirksame Abtretung, also auch die Erfüllung der vereinbarten aufschiebenden Bedingung. Mangels Kaufpreiszahlung sei es dazu nicht gekommen. Die Heilungswirkung habe der Kläger nicht durch Verzicht auf die Bedingung herbeiführen können. Es bestünden bereits Bedenken, ob ein derartiger Verzicht formlos und einseitig möglich sei. Jedenfalls fehle es an der Heilungsvoraussetzung einer fortbestehenden Willensübereinstimmung der Parteien im Augenblick des Eintritts des heilenden Ereignisses, also der erst im Berufungszug abgegebenen Verzichtserklärung des Klägers. Denn der Beklagte habe zuvor bereits durch Anfechtung des Vertrages zu erkennen gegeben, daß er an ihm nicht festhalten wolle. Der Beklagte sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 162 BGB gehindert, sich auf den fehlenden Bedingungseintritt zu berufen. Den Käufer treffe auch dann keine Verpflichtung zur Mitwirkung an einem die Heilung herbeiführenden dinglichen Vollzugsgeschäft, wenn seine Erwerbsabsicht inzwischen aus anderen Gründen entfallen sei.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

1. Das dingliche Geschäft der Anteilsabtretung ist voll wirksam geworden.

a) Weder der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts noch seiner Heilungswirkung hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts steht entgegen, daß Kaufvertrag und Abtretung in derselben notariellen Urkunde enthalten sind (BGH WM 1991, 589 unter II 1 und WM 1992, 670, 671 [= MittBayNot 1992, 407 = DNotZ 1993, 614], jeweils m. w. N.; zu § 313 Satz 2 ebenso z. B. BGH WM 1978, 793 unter II 1). Schon daraus ergibt sich, daß entgegen der Ansicht der Revisions- erwidern die Abtretung nicht nach § 139 BGB von der Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts berührt wird. Die Annahme der dafür vorausgesetzten rechtlichen Verknüpfung zwischen schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft verbietet sich, wenn die Parteien das beurkundete schuldrechtliche Geschäft in Wirklichkeit nicht gewollt, es vielmehr nur zur Verdeckung eines anderen — wirklich gewollten — Rechtsgeschäfts erklärt haben und dieses letztere durch das dingliche Geschäft erfüllen wollten (RGZ 112, 236, 240 und 168, 292, 296 zu § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG; ebenso RGZ 104, 102, 104 und 104, 296, 298 zur Auflassung).

b) Zwar setzt die volle Wirksamkeit des unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Verfügungsgeschäfts und damit auch die Heilung des Verpflichtungsgeschäfts grundsätzlich die Erfüllung der Bedingung voraus (BGH WM 1989, 256 [= MittBayNot 1989, 165 = DNotZ 1990, 122] unter A II 1 b aa; Rowedder, GmbH-Gesetz, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 16), die hier nicht eingetreten ist. Der erkennende Senat hat jedoch bereits mit seinem Urteil vom 23. 11. 1988 (WM 1989, 256 = DNotZ 1990, 122) unter Zustimmung des Schrifttums (z. B. Hachenburg/Zutt, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 85; Deuchler, WuB II C. § 15 GmbHG 2.89; Meyer-Landrut, EWiR § 15 GmbHG 1.89, 265) entschieden, daß der aus der Bedingung Begünstigte einseitig durch formfreie und keiner Annahme bedürftige Erklärung auf die Bedingung verzichten kann. Daran wird festgehalten. Allerdings ist in dieser Entscheidung, die sich auch auf die Rechtsprechung zum einseitigen Verzicht des Verkäufers auf einen Eigentumsvorbehalt stützte (BGH WM 1958, 818 unter II 2), darauf hingewiesen worden, daß beim Eigentumsvorbehalt die aufschiebende Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung stets allein den Verkäufer begünstige, so

daß auch nur er zum Verzicht befugt sein könne, während die Abtretung eines Geschäftsanteils mit Bedingungen versehen werden könne, die den Interessen des Verkäufers ebenso wie denen des Erwerbers dienen könnten (vgl. dazu auch *Soergel/M. Wolf*, BGB, 12. Aufl., § 158 Rdnr. 33; *MünchKomm.-H. P. Westermann*, BGB, 3. Aufl., § 158 Rdnr. 44). Daraus ergeben sich indessen im vorliegenden Fall entgegen der Meinung der Revisionserwiderung und den Zweifeln des Berufungsgerichts keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Verzichts des Klägers. Denn hier sollte die Wirksamkeit der Abtretung allein von der vollständigen Kaufpreiszahlung abhängen, und bei dieser Bedingung ist bei einer Geschäftsanteilsübertragung ebensowenig wie beim Eigentumsvorbehalt zweifelhaft, daß sie *allein* den Veräußerer begünstigt. Daß auch der Käufer, wie das Berufungsgericht nicht von der Hand weisen will, durch die Bedingung der Kaufpreiszahlung deshalb begünstigt sein könnte, weil er durch Nichtzahlung die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts und damit die Heilung des Verpflichtungsgeschäfts zu verhindern vermöge, ist ein bloßer „Reflex“ der Bedingungsvereinbarung, dem für die Frage der Verzichtsbefugnis keine Bedeutung zukommt. Denn dafür ist entscheidend, wer durch die *Erfüllung* der Bedingung begünstigt wird — und deshalb einseitig auf sie verzichten kann —, nicht aber, wem die *Nichterfüllung* der Bedingung zugute kommen könnte.

c) Für die Wirksamkeit des dinglichen Verfügungsgeschäfts der Anteilsübertragung ist es schließlich auch unschädlich, daß der Beklagte mit ihm im Zeitpunkt der Verzichtserklärung des Klägers nicht mehr einverstanden war. Aus dem Wesen der Bedingung und dem Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB folgt, daß das aufschiebend bedingte Rechtsgeschäft tatbestandlich mit seiner Vornahme vollendet ist — die Parteien daher fortan bindet — und seine Wirksamkeit mit dem Bedingungsfall ipso iure eintritt, ohne daß die Willenseinigung der Parteien noch bis dahin Bestand haben müßte (allgemeine Meinung, z. B. *Staudinger/Dilcher*, BGB, 12. Aufl., § 158 Rdnr. 10; *Soergel/M. Wolf*, Rdnr. 28; *MünchKomm.-H. P. Westermann*, Rdnr. 38; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 53. Aufl., § 158 Rdnr. 2). Darauf beruht im übrigen auch, worauf die Revision zu Recht hinweist, die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Eigentumsvorbehalt, nach der es auf den Fortbestand des Veräußerungswillens des Verkäufers bei Bedingungsseintritt nicht ankommt (BGHZ 20, 88, 97 f.; 30, 374, 377; BGH LM BGB § 163 Nr. 2 unter II 3). Wäre dies anders, so stünde es im Belieben jeder Vertragspartei, sich in der Zeit zwischen Abgabe der Erklärungen und Eintritt der aufschiebenden Bedingung durch einseitige Erklärung von der Vereinbarung zu lösen; daß dies allgemeinen Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zuwiderliefe, bedarf keiner näheren Begründung.

2. a) Die Heilungswirkung des wirksamen Verfügungsgeschäfts setzt allerdings, was mit der zuvor erörterten Frage nicht verwechselt werden darf, voraus, daß die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des *Kausalgeschäfts* noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäfts gegeben war (z. B. BGH WM 1967, 935 [= DNotZ 1968, 93] unter II 1; *MünchKomm.-Förschler*, § 125 Rdnr. 35; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 1992, S. 137). Denn grundsätzlich sind die Parteien bis zur Erfüllung an das formunwirksame — und nicht nur, wie die Anteilsübertragung, unter einer Bedingung stehende — schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft nicht gebunden und können

die tatsächlich getroffene Einigung widerrufen (z. B. RGZ 54, 107, 109; *D. Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, 1969, S. 14; *Pohlmann*, S. 138, 145). Daraus folgt indessen noch nicht, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, daß der für die fortbestehende Willensübereinstimmung maßgebende Zeitpunkt bei einem aufschiebend bedingten Erfüllungsgeschäft stets der Eintritt — oder hier Wegfall — der Bedingung sein muß. Für seine gegenteilige Ansicht kann sich das Berufungsgericht auch nicht auf das von ihm angeführte Zitat aus der Kommentarliteratur (*Hachenburg/Zutt*, Rdnr. 66) berufen. Dort wie an anderen Stellen (z. B. *Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 15 Rdnr. 35; *Scholz/Winter*, GmbH-Gesetz, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 74) wird lediglich ausgeführt, die Willensübereinstimmung müsse „im Zeitpunkt der Abtretung“ bestehen, ohne daß dabei auf den Fall der bedingten Abtretung eingegangen wird.

b) Für die Heilung des formnichtigen Anteilskaufs reicht es aus, daß das dingliche Vollzugsgeschäft der Anteilsübertragung voll wirksam wird und die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Verpflichtungsgeschäfts noch in dem Augenblick fortbesteht, als ihre Bindung an das Verfügungsgeschäft eingetreten ist. Das folgt aus Sinn und Zweck der Form- (§ 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) und der Heilungsvorschrift (§ 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) und steht in Übereinstimmung mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Heilung formnichtiger Grundstücksgeschäfte.

aa) Zweck der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG ist nach ganz überwiegender Meinung, der sich der erkennende Senat bereits früher angeschlossen hat (WM 1959, 689 unter I), den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Anteilen zu unterbinden oder doch zu erschweren (BGHZ 13, 49, 51 f.; 75, 352, 353 f.; zustimmend z. B. *Schlüter*, FS f. *Bartholomeyczik*, 1973, 359, 361 f.; *Steindorff*, ZHR 129 [1967], 21, 26). Dieser Sinn der Formvorschrift steht der Annahme der Heilungswirkung im vorliegenden Fall jedenfalls nicht entgegen. Ist der Geschäftsanteil dinglich wirksam übertragen und hat sich damit der Handel, der verhindert oder erschwert werden sollte, gerade vollzogen, so ist der Formzweck zwar nicht erreicht (*Pohlmann*, S. 59, 91), er hat sich aber erledigt.

Der Sinn der Heilungsvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG besteht nach der Begründung zum Entwurf des GmbH-Gesetzes (Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, I. Session, 1890/1892, 5. Anlagenband, S. 3738) darin, daß ein ohne die geforderte Form geschlossenes Rechtsgeschäft „nachträglich gültig werden (muß), sobald der dingliche Abtretungsvertrag hinzutritt. Andernfalls würde der materielle Rechtsgrund des letzteren, wenn er nicht ebenfalls in dem Vertrag beurkundet wird, stets der Wirksamkeit entbehren, so daß auch der dingliche Vertrag selbst der Anfechtung ausgesetzt wäre.“ Die Heilungsvorschrift will mithin den Bestand der formgerecht vollzogenen Abtretung bewirken und eine Rückforderung aus Gründen der Rechtssicherheit ausschließen (*Pohlmann*, S. 91, 93 f.). Wenn formgerecht erfüllt ist, so soll unabhängig davon, ob auf der Ebene des Verpflichtungsgeschäfts die angestrebte Handlung erreicht war, die Anteilsübertragung nicht mehr rückabgewickelt werden (vgl. in etwas anderem Zusammenhang auch *Pohlmann*, S. 129; ähnlich *Schlüter*, S. 362), womit naturgemäß auch der Verpflichtung des Erwerbers zur Gegenleistung aus dem Verpflichtungsgeschäft Bestand verliehen werden muß.

bb) Daß dafür die Willensübereinstimmung der Parteien im Zeitpunkt des Eintritts ihrer Bindung an das dingliche Verfügungsgeschäft genügt, zeigt die Parallele zur Heilung formnichtiger Grundstückskaufverträge, die — ungeachtet der unterschiedlichen Formzwecke der §§ 313 Satz 1 BGB und 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG (dazu z. B. *Schlüter*, S. 360 ff., 365) — wegen des übereinstimmenden Sinns der Heilungsvorschriften der §§ 313 Satz 2 BGB, 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG die vom erkennenden Senat vertretene Meinung zu stützen geeignet ist. Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z. B. BGH WM 1963, 943 unter 2 b; WM 1969, 613 [= DNotZ 1969, 350] unter 2 c; WM 1973, 612 [= MittBayNot 1973, 198] unter 3; WM 1978, 793 II 1; WM 1980, 166 [= MittBayNot 1980, 8 = DNotZ 1980, 222] unter 2; NJW 1981, 2293 unter 2), die die ständige reichsgerichtliche Judikatur fortsetzt (z. B. RGZ 65, 390, 392; 82, 413, 416; 109, 351, 354; 111, 98, 100 f.; 134, 83, 86), ist für das zur Heilung gem. § 313 Satz 2 BGB notwendige Fortbestehen der Willensübereinstimmung der Zeitpunkt der Auflassung und nicht derjenige der Eintragung maßgeblich. Begründet wird dies mit der dinglichen Bindung der Auflassung (z. B. BGH WM 1973, 612 [= MittBayNot 1973, 198] und damit, daß das Gesetz den Widerruf nicht nach der dinglichen Seite habe ausschließen, ihn aber nach der schuldrechtlichen Seite noch bis zur Eintragung im Grundbuch habe gestatten wollen (z. B. RGZ 109, 351, 354). Das Ergebnis der Heilungswirkung wird insbesondere mit dem Ziel der Rechtssicherheit im Sinne der Aufrechterhaltung sachenrechtlich abgeschlossener Verhältnisse gerechtfertigt (z. B. BGHZ 82, 398, 405 [= DNotZ 1982, 433]; 73, 391, 397 [= DNotZ 1979, 539]; dazu auch *Hagen*, DNotZ 1984, 267, 289 und *Pohlmann*, S. 41, 62 ff.). Ganz ebenso verhält es sich, wie ausgeführt (oben II 2 b aa), mit Sinn und Zweck der Heilungsvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wie die Revisionserwiderung meint, daraus, daß die Erforderlichkeit fortbestehender Willensübereinstimmung (nur) bis zur Auflassung auf der Vorschrift des § 873 Abs. 2 BGB beruhe, während eine vergleichbare Bestimmung bei der Geschäftsanteilsübertragung fehle. § 873 Abs. 2 BGB ist gerade eine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz, daß die Bindung bereits mit Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärungen eintritt, und verlegt ausnahmsweise die Bindungswirkung auf den Zeitpunkt der Eintragung bzw. der Erfüllung der besonderen Voraussetzungen des § 873 Abs. 2 BGB (vgl. dazu z. B. *Erman/Hagen*, BGB, 9. Aufl., § 873 Rdnr. 15). Bei der Abtretung von Geschäftsanteilen, bei der es sich anders als bei der Grundstücksübergang nicht um einen „gestreckten“ Erfüllungstatbestand handelt (z. B. *Pohlmann*, S. 155), tritt die Bindung demgegenüber, ohne daß es einer § 873 Abs. 2 BGB entsprechenden Vorschrift bedarf, mit Abgabe der Angebots- und Annahmeerklärung ein, dies auch dann, wie ausgeführt (oben II 1 c), wenn das Verfügungsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wird. Von diesem Zeitpunkt ab ist es mithin jeder Vertragspartei verwehrt, sich von dem — nichtigen — Kausalgeschäft zu lösen.

Nach allem vermag die vom Berufungsgericht gegebene Begründung die Abweisung der Klage und die Verurteilung des Klägers auf die Widerklage hin nicht zu tragen. An einer Entscheidung in der Sache selbst (§ 565 Abs. 3 ZPO) ist der Senat gehindert. (*Wird ausgeführt.*)

27. BGB §§ 138, 157, 723 Abs. 3 (*Rechtsfolgen eines groben Mißverhältnisses zwischen Verkehrswert eines Gesellschaftsanteils und der vereinbarten Abfindung*)

1. Enthält ein Vertrag, durch den Gesellschafter einer oder mehrerer Kapitalgesellschaften auf unbestimmte Zeit eine Schutzgemeinschaft in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Gesamthandsvermögen eingehen, eine Regelung, nach der ein Mitglied, das seine der Vertragsbindung unterliegenden Kapitalgesellschaftsanteile an einen Dritten veräußern möchte, diese zuvor allen übrigen Mitgliedern der Gemeinschaft anzubieten hat, liegt darin weder ein unzulässiger Ausschluß noch eine gesetzeswidrige Beschränkung des Kündigungsrechtes i. S. des § 723 Abs. 3 BGB.
2. Eine Bestimmung, die den Preis regelt, den die Gesellschafter für die Übernahme der Gesellschaftsanteile zu zahlen haben, ist nichtig, wenn bei Vertragsschluß ein grobes Mißverhältnis zwischen dem Übernahmepreis und dem Verkehrswert der Anteile besteht.
3. Ist ein grobes Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen Übernahmepreis und dem Verkehrswert erst nach Vertragsschluß eingetreten und besteht es noch in dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschafter die Anteile veräußern möchte, haben die übernehmenden Gesellschafter einen entsprechend §§ 157, 242 BGB den veränderten Umständen angepaßten Preis zu bezahlen. Für dessen Ermittlung kann der von den Parteien bei Vertragsschluß der Bemessung zugrunde gelegte Maßstab ein wesentlicher Anhaltspunkt sein.

BGH, Urteil vom 13. 6. 1994 — II ZR 38/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### *Aus dem Tatbestand:*

Die Parteien sind Aktionäre der S. AG mit Sitz in E., die ein Grundkapital von 45,5 Mio. DM hat. Daran sind die Klägerinnen zu 1 und 2 mit insgesamt 37,877%, der Kläger zu 3 mit 6,587% und der Beklagte mit 14,2% beteiligt. Ein Anteil von 30,19%, der unter Testamentsvollstreckung steht, wird von der aus dem Kläger zu 3 und dem Beklagten zu je 1/2 bestehenden Erbengemeinschaft gehalten.

Zwischen den Parteien besteht ein Schutzgemeinschaftsvertrag, der ihre Aktien an der S. AG und ihre — mittlerweile teils unmittelbar, teils mittelbar auf diese Gesellschaft übertragenen — Geschäftsanteile an zwei Gesellschaften mbH umfaßt. Die Schutzgemeinschaft ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in der Rechtsform der Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen (§ 1 Nr. 3). Ihr Zweck liegt in der Sicherstellung der einheitlichen Rechtsausübung aus den Beteiligungen ihrer Mitglieder an den Vertragsunternehmen sowie in der Erhaltung des Beteiligungsbesitzes in der Hand der jeweiligen Mitglieder der Schutzgemeinschaft (§ 1 Nr. 2).

Der auf unbestimmte Zeit abgeschlossene Vertrag kann von jedem Mitglied unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Jahren auf den Schluß eines jeden Geschäftsjahres der S. AG gekündigt werden (§ 9 Nr. 1, 2). Die verbleibenden Mitglieder führen die Gemeinschaft fort (§ 9 Nr. 5). Sie sind berechtigt, die Anteile, die das ausscheidende Mitglied an dem Vertragsunternehmen hält, zu übernehmen (§ 9 Nr. 6). Beabsichtigt ein Mitglied, Anteile an den Vertragsgesellschaften auf Abkömmlinge, die der Schutzgemeinschaft nicht beitreten, oder auf sonstige Personen, die ihr nicht angehören, zu übertragen, hat es die Anteile zuvor allen übrigen Mitgliedern schriftlich zum Erwerb anzubieten (§ 6 Nr. 1). Der für den Erwerb der Anteile zu zahlende Entschädigungsbetrag bemißt sich nach dem

a) „Nennbetrag der angebotenen Geschäftsanteile zuzüglich des darauf entfallenden Anteils an den offenen Rücklagen (einschließlich Gewinnvortrag) sowie der versteuerten stillen Reserven und abzüglich eines darauf entfallenden Anteils an einem etwaigen Verlustvortrag“

und der

b) „Hälfte des auf die angebotenen Geschäftsanteile entfallenden Anteils am Gewinn des Vertragsunternehmens in den letzten drei Jahren vor der Übertragung“,

wobei für die Berechnung die Handelsbilanzen der jeweiligen Vertragsunternehmen für die vor der Übertragung abgelaufenen Geschäftsjahre maßgebend sind. Der Gesamtentschädigungsbetrag, der in fünf gleichen Jahresraten beginnend sechs Monate nach der Übertragung verzinslich zu zahlen ist, darf den Verkehrswert der Anteile nicht übersteigen (§ 6 Nr. 4).

Die Kläger möchten aus der Schutzgemeinschaft ausscheiden und ihre Beteiligungen an Dritte veräußern. Die Parteien streiten darüber, ob und in welchem Umfange dabei dem vereinbarten Ankaufs- bzw. Übernahmerecht Rechnung getragen werden muß.

Die Kläger haben erstinstanzlich die Feststellung der Unwirksamkeit des Schutzgemeinschaftsvertrages angestrebt. Hilfsweise wollten sie festgestellt wissen, daß sie zur fristlosen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund und ohne Bindung an das Übernahmerecht berechtigt, mit einem zweiten Hilfsantrag, daß sie bei ordentlicher oder außerordentlicher Kündigung an dieses Recht nicht gebunden sind. Das Landgericht hat — unter Abweisung der Klage im übrigen — dem zweiten Hilfsantrag stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage sowie mit einer Hilfswiderklage die Einwilligung der Kläger in bestimmte Änderungen des Vertrages erstrebt. Mit ihrer Anschlußberufung wollten die Kläger die Feststellung erreichen, daß sie bei der Inaussichtnahme einer Anteilsveräußerung nicht an das vereinbarte Ankaufsrecht, jedenfalls (hilfsweise) nicht zu dem im Schutzvertrag festgelegten Preis gebunden sind. Ferner haben sie an dem erstinstanzlich mit dem zweiten Hilfsantrag verfolgten Begehren in der Form des Hauptantrages festgehalten. Berufung und Anschlußberufung waren erfolglos.

Die Revision des Beklagten führte zur vollständigen Abweisung der Klage. Die Anschlußrevision der Kläger führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Aus den Gründen:

1. Das in § 9 Nr. 6 des Schutzgemeinschaftsvertrages für den Fall des kündigungsbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Schutzgemeinschaft geregelte Übernahmerecht enthält keine ausdrückliche, dem Wortlaut des § 723 Abs. 3 BGB unmittelbar widersprechende Ausschließung oder Beschränkung des Kündigungsrechtes. Die Möglichkeit, aus der für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft durch ordentliche Kündigung unter Wahrung der durch § 9 Nr. 2 des Vertrages gesetzten Fristen oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Beachtung dieser Fristen (§ 723 Abs. 1 Satz 3 BGB) jederzeit auszuscheiden, wird von der Vereinbarung nicht ausgeschlossen. Sie schränkt dieses Kündigungsrecht der Gesellschafter sowie die rechtlichen Voraussetzungen für ein durch seine Ausübung eintretendes Ausscheiden auch nicht ein. Zutreffend wird in dem von dem Beklagten zu den Akten gereichten Rechtsgutachten des Gutachters *Prof. Dr. Stimpel* unter Berufung auf das Schrifttum (vgl. insoweit *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/1, Die Personengesellschaft, 1977, § 12 IV, S. 182 ff.; *Heckelmann*, Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, 1973, S. 142) ausgeführt, die Kündigung und das durch sie bewirkte Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters blieben vom Übernahmerecht als bloßer Folge des Ausscheidens unberührt.

2. Allerdings können auch bestimmte, nach der vertraglichen Vereinbarung an die Kündigung geknüpfte, den Ausscheidenden wirtschaftlich benachteiligende vermögensrechtliche Folgen zu einer Anwendung der in § 723 Abs. 3 BGB getroffenen Regelung führen. Dieser Vorschrift liegt der allgemeine Rechtsgedanke zugrunde, daß es mit der persönlichen Freiheit von Vertragsschließenden unvereinbar ist, persönliche oder wirtschaftliche Bindungen ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit einzugehen. Der zwingende Charakter der Vorschrift führt dazu, daß derartige Beschränkungen auch nicht freiwillig vereinbart werden können (BGH LM HGB § 132 Nr. 2 [= DNotZ 1954, 82]; MünchKomm-BGB/*Ulmer*, 2. Aufl., § 723 Rdnr. 42 m. w. N. in Fn. 91; zur Unverzichtbarkeit dieses Schutzrechtes vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 16 III 3, S. 386; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 7 IV 2, S. 397). Es verstößt gegen diesen Rechtsgedanken, wenn dem Gesellschafter, der aus der Gesellschaft ausscheiden möchte, für den Fall seiner Kündigung in dem Gesellschaftsvertrag vermögensrechtliche Verpflichtungen auferlegt werden, die zwar formal sein Kündigungsrecht nicht tangieren, im Ergebnis aber dazu führen, daß er nicht mehr frei entscheiden kann, ob er von dem Kündigungsrecht Gebrauch macht oder nicht. Eine solche Sachlage kommt faktisch einem Ausschluß des Kündigungsrechtes gleich. Vereinbarungen über derartige an die Kündigung geknüpfte nachteilige Folgen werden — bei unterschiedlichen Anforderungen an die Schwere dieser Folgen — im Schrifttum überwiegend als nichtig angesehen (MünchKomm-BGB/*Ulmer*, § 723 Rdnr. 52; *Staudinger/Keffler*, BGB, 12. Aufl., § 723 Rdnr. 41 ff.; *Flume* a. a. O., S. 183; unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsverbotes MünchKomm-BGB/*Ulmer*, § 738 Rdnr. 33; *Heckelmann* a. a. O., S. 142; differenzierend *Möhring*, FS *Barz*, 1974, S. 49, 60 ff.). Auch der Senat hat derartige Klauseln als unwirksam behandelt (BGH WM 1984, 1506 [= MittBayNot 1985, 41 = DNotZ 1986, 31]; ZIP 1989, 768 [= MittBayNot 1989, 225]; zum Austrittsrecht aus der GmbH vgl. BGHZ 116, 359, 369 [= MittBayNot 1989, 225]).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das in § 9 Nr. 6 des Schutzgemeinschaftsvertrages für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters vereinbarte Übernahmerecht der verbleibenden Gesellschafter auch nach diesen Grundsätzen nicht unwirksam.

a) Die Frage, ob und in welchem Umfang Vereinbarungen über nachteilige vermögensrechtliche Folgen faktisch zu einem Ausschluß des Kündigungsrechtes führen und damit als unwirksam anzusehen sind, ist bisher lediglich in bezug auf das Ausscheiden aus Personengesellschaften mit Gesamthandsvermögen behandelt worden. Die Erörterung der Voraussetzungen, unter denen derartige Vereinbarungen als Ausschluß des Kündigungsrechtes im Sinne des § 723 Abs. 3 BGB gewertet werden können, hat sich demzufolge stets an den Folgen orientiert, die das Gesetz an das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer derartigen Gesellschaft knüpft (vgl. § 738 BGB). Insoweit wird allgemein gefordert, daß der Kündigende eine Vermögenseinbuße — durch den Ausschluß oder die Beschränkung von Abfindungsansprüchen — erleiden muß, wobei im einzelnen umstritten ist, welche Höhe unter den jeweils gegebenen Umständen des Einzelfalles gegeben sein muß, damit die Freiheit der Entschlußfassung zur Kündigung als ausgeschlossen angesehen werden kann, und welcher Zeitpunkt für die Annahme der kündigungsausschließenden Wirkung

zugrunde zu legen ist. In der Rechtsprechung werden die Voraussetzungen der kündigungsausschließenden Wirkung unterschiedlich umschrieben: So soll die Zufügung eines erheblichen wirtschaftlichen Nachteils, der zu einer ungebührlichen Erschwerung des Ausscheidens führt, erforderlich sein (RGZ 162, 388, 393). Der Senat hat die Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte in einem Maße gefordert, daß dem Gesellschafter ein Verbleib in der Gesellschaft nicht mehr zumutbar ist (BGH WM 1973, 326, 327 [= MittBayNot 1973, 166 = DNotZ 1973, 480]). In anderen Entscheidungen heißt es, die Freiheit des Gesellschafters, sich zu einer Kündigung zu entschließen, dürfe nicht unvertretbar eingeengt werden; das sei der Fall, wenn zwischen Buch- und wirklichem Wert ein erhebliches Mißverhältnis bestehe bzw. wenn der Gesellschafter durch die Art der Abfindung einen unverhältnismäßigen Vermögensnachteil erleide (BGH WM 1984, 1506 [= MittBayNot 1985, 41 = DNotZ 1986, 31]; ZIP 1989, 768 [= MittBayNot 1989, 225]; WM 1979, 1064, 1065).

Das Schrifttum ist diesen unterschiedlichen Wendungen teilweise gefolgt, teilweise hat es die Ansätze modifiziert (vgl. u. a. MünchKomm-BGB/Ulmer, § 723 Rdnr. 42, 52; Staudinger/Keßler, § 72 Rdnr. 44; Soergel/Hadding, BGB, 11. Aufl., § 723 Rdnr. 29; Ehrmann/Westermann, BGB, 9. Aufl., § 72 Rdnr. 21; RGRK/v. Gamm, BGB, 12. Aufl., § 823 Rdnr. 15; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 7 IV 2 a, aa, S. 400; vgl. ferner die Zusammenstellung bei Möhring, FS Barz, S. 60).

Als maßgebender Zeitpunkt wird teilweise derjenige der Kündigung angesehen (MünchKomm-BGB/Ulmer, § 723 Rdnr. 52; Heckelmann, S. 145). Zum Teil wird auf den Zeitpunkt der Vereinbarung abgestellt (Möhring, FS Barz, S. 63). Fallen vertraglicher Abfindungs- und realer Anteilswert im Zeitpunkt der Kündigung auseinander, soll eine Anpassung nach § 242 BGB vorgenommen werden (Möhring, FS Barz, S. 58, 62). Mit letzterem stimmt im Ergebnis die neuere Rechtsprechung des Senates überein (vgl. ZIP 1993, 1160 = WM 1993, 1412; ZIP 1993, 1611 = WM 1993, 2008 [= MittBayNot 1994, 159]; zu vergleichbaren Fällen aus der früheren Senatsrechtsprechung vgl. Kellermann/Stodolkowitz, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 58).

b) Die aufgrund des Schutzgemeinschaftsvertrages vom 18. 4. 1972 gebildete Gesellschaft ist, wie in § 1 Nr. 3 des Vertrages ausdrücklich klargestellt wird, eine Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen. Die für die Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen entwickelten Grundsätze über die kündigungsausschließende Wirkung von Vereinbarungen über kündigungsbedingte nachteilige vermögensrechtliche Folgen in Form des Ausschlusses oder der Beschränkung von Abfindungsansprüchen treffen somit auf diese Gesellschaftsform nicht zu, weil Gesamthandsvermögen nicht gebildet worden ist und demgemäß ein Abfindungsanspruch nicht entstehen kann. Da der kündigende Gesellschafter bei seinem Ausscheiden nach § 6 Nr. 4 des Vertrages für die Übertragung seiner Anteile auf die verbleibenden Gesellschafter (§ 9 Nr. 6 des Vertrages) einen Anspruch auf „Entschädigung“ erhält, stellt sich hier vor-dergründig lediglich die Frage, ob der Betrag der im Zeitpunkt des Ausscheidens vereinbarungsgemäß zu zahlenden Entschädigung kündigungsausschließende Wirkung hat, weil seine im Vergleich zum realen Abfindungswert möglicherweise geringe Höhe geeignet sein kann, die Freiheit des austrittswilligen Gesellschafters, sich zur Kündigung zu

entschließen, zu beseitigen und damit sein Kündigungsrecht auszuschließen. Nach der neueren Rechtsprechung des Senats bewirkt dieser Umstand jedoch nicht die Unwirksamkeit der Klausel. Vielmehr führt eine derartige Entwicklung lediglich zur Anpassung des dem Kündigenden zu zahlenden Betrages (WM 1993, 1412 = ZIP 1993, 1160; ZIP 1993, 1611 = WM 1993, 2008 [= MittBayNot 1994, 159]). Eine solche Anpassung ist jedoch nicht Gegenstand des von den Klägern in diesem Zusammenhang verfolgten, in der Revisionsinstanz rechtshängigen Antrags.

c) Es stellt sich demnach die — vom Berufungsgericht bejahte — Frage, ob die bei kündigungsbedingtem Ausscheiden eines Gesellschafters nach § 9 Nr. 6 des Schutzgemeinschaftsvertrages entstehende Verpflichtung, seine Gesellschaftsanteile den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern zu überlassen, bei vollständigem Wertausgleich — also für sich genommen — als eine derart schwerwiegende vermögensrechtliche Einbuße zu werten ist, daß dem Gesellschafter die Freiheit der Entscheidung zur Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses genommen und dadurch sein Kündigungsrecht verbotswidrig ausgeschlossen wird. Im Gegensatz zu den Vorinstanzen verneint der Senat diese Frage.

aa) Eine Schutzgemeinschaft, mit der die in § 1 Nr. 2 des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages niedergelegten Zwecke verfolgt werden, wird üblicherweise als Innengesellschaft ohne Bildung von Gesamthandsvermögen eingegangen (vgl. die Gestaltungen in BGH WM 1966, 511; WM 1970, 962; ZIP 1987, 103 = WM 1987, 10; MünchKomm-BGB/Ulmer vor § 705 Rdnr. 41; Hengeler in Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., VIII A. 2, S. 861 ff.; Lübbert, Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Großbritanniens, 1971, S. 83; auch Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, 3. Aufl., Rdnr. 1, 66, S. 52; Friedlaender, Konzernrecht, 2. Aufl., S. 87 f., 90 f.). Es gibt keinen rechtlichen Gesichtspunkt, welcher der Bildung einer derartigen Schutzgemeinschaft in der Form der Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen, also unter Einbringung der an einer Aktiengesellschaft oder GmbH gehaltenen Anteile in die BGB-Gesellschaft, entgegensteht (vgl. Schrötter, NJW 1979, 2592, 2595; zur BGB-Gesellschaft als Gesellschafterin einer Kapitalgesellschaft vgl. BGHZ 78, 311, 313 (GmbH) [= DNotZ 1981, 299]; BGHZ 116, 86 (Genossenschaft); BGH ZIP 1992, 995, 1001 (AG) [= MittBayNot 1992, 347]).

Der Grund, aus dem in der Praxis eine derartige Gestaltung äußerst selten gewählt wird, liegt darin, daß die Parteien steuerliche Nachteile befürchten oder die förmliche Aufgabe des Eigentums an den Anteilen vermeiden möchten (Lübbert S. 83, 196).

bb) Die Wahl der Rechtsform einer Innengesellschaft ohne Bildung von Gesamthandsvermögen hindert die Beteiligten nicht, den Vertrag über die Innengesellschaft in einer Weise zu gestalten, daß die Durchsetzung der von ihnen verfolgten Ziele partiell in gleicher Weise gewährleistet wird wie bei der Eingehung einer Gesellschaft unter Bildung von Gesamthandsvermögen. Durch den Gesellschaftsvertrag, in dem sich die Gesellschafter zur Einbringung ihrer Kapitalgesellschaftsanteile verpflichten, wird sichergestellt, daß auch das Ausscheiden eines Gesellschafters nach Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses im Rahmen einer Fortsetzungs-

klausel die weitere Verfolgung des vereinbarten Schutzzweckes in dem bisherigen Umfange nicht beeinträchtigt. Dies geschieht mit bindender dinglicher Wirkung, weil eine Übertragung des Gesamthandsanteils auf Dritte nach der gesetzlichen Regelung nicht möglich ist (§ 719 Abs. 1 BGB) und beim Ausscheiden der Anteil auf die verbleibenden Gesellschafter übergeht (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Belange des ausscheidenden Gesellschafters werden dadurch gewahrt, daß der ihm entstehende Verlust finanziell durch Gewährung einer Abfindung ausgeglichen wird (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB).

In der Innengesellschaft, in der kein Gesamthandsvermögen gebildet wird, läßt sich der Schutzzweck des Gemeinschaftsvertrages nur durch schuldrechtliche Abreden sicherstellen: Das kann nur in der Weise geschehen, daß bei kündigungsbedingtem Ausscheiden die verbleibenden Gesellschafter das Recht haben, die Anteile des Ausscheidenden zu übernehmen, um die Bindung dieser Anteile an die Stimmrechtsvereinbarung aufrechtzuerhalten und eine — spätere — Veräußerung an außenstehende Dritte, deren Beitritt zu dem Schutzgemeinschaftsvertrag generell nicht vorgesehen ist, oder an Familienmitglieder, die diesem Vertrag beizutreten nicht gewillt sind, zu verhindern. Eine Veräußerung der Anteile durch einen der Schutzgemeinschaft angehörenden Gesellschafter an Dritte, die dem Vertrag nicht beitreten dürfen, oder an nicht beitriftswillige Familienangehörige kann lediglich durch Vereinbarung eines Ankaufsrechtes der verbleibenden Gesellschafter, dem eine Anbieterpflicht des Veräußerungswilligen entspricht, unterbunden werden (vgl. BGH WM 1966, 511; WM 1970, 962; WM 1987, 10 = ZIP 1987, 103).

Die Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses — sei es als Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen, sei es als Innengesellschaft ohne Bildung eines solchen unter Vereinbarung von Ankaufs- und Übernahmerechten — übt keinen Einfluß auf die mit ihr verfolgten Zwecke aus. Diese sind identisch und stehen nicht im Widerspruch zu dem Gesetz. Sie kann daher — entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts — auch keinen unterschiedlichen, von der jeweiligen Rechtsform der Schutzgemeinschaft abhängigen Einfluß auf die Freiheit der Willensbildung und die davon abhängige Entscheidung des Gesellschafters, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen, ausüben.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann es auch keinen Unterschied machen, ob sich die Gesellschafter bei Gründung einer Gesellschaft mit Gesamthandsvermögen von vornherein ihres Alleineigentums und ihrer alleinigen (dinglichen) Verfügungsgewalt begeben, oder ob sie bei Eingehung einer Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen dieses dingliche Recht zwar behalten, es aber einer schuldrechtlichen Bindung unterwerfen, die — bedingt durch die Ausübung des Kündigungs- und Übernahmrechtes — erst bei dem Ausscheiden aus der Gesellschaft zu dem Rechtsverlust führt. Das Kündigungsrecht als solches gehört zu den unverzichtbaren Gesellschafterrechten. Würde man den Verlust des Eigentums und der (dinglichen) Verfügungsgewalt an den Kapitalgesellschaftsanteilen einem Ausschluß des Kündigungsrechtes mit der Begründung faktisch gleichstellen, dieser Verlust beeinträchtigt gravierend die Freiheit der Entscheidung des Gesellschafters, aus der Gesellschaft durch Kündigung auszuscheiden, würde das für beide Gesellschaftsformen gelten: In der Gesellschaft mit Gesamthandsvermögen müßte dem

ausscheidenden Gesellschafter, sollte sein Kündigungsrecht durch den Eigentums- und Verfügungsverlust nicht unzulässigerweise ausgeschlossen werden, stets das Recht eingeräumt werden, die von ihm zu Gesamthandseigentum eingebrachten Kapitalgesellschaftsanteile zurückzuverlangen. Für die Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen entspräche diesem Ergebnis die Unwirksamkeit des Übernahme- bzw. Ankaufsrechtes. Der Gesellschafter könnte sich seines Eigentums- und Verfügungsrechtes an den der gesellschaftsrechtlichen Bindung unterstellten Gegenständen deswegen nie endgültig begeben, weil dadurch sein unverzichtbares Kündigungsrecht faktisch ausgeschlossen würde. Das würde der in den Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gesellschaft (§§ 730 ff. BGB) und die Abfindungsregelung bei Ausscheiden aus der Gesellschaft (§ 738 BGB) zum Ausdruck gebrachten gesetzlichen Wertung eindeutig widersprechen. Auf die Unterschiedlichkeit der Vertragskonzeptionen kann daher nicht entscheidend abgestellt werden. Daraus folgt zugleich, daß die Grundsätze des faktischen Ausschlusses des Kündigungsrechtes entsprechend § 723 Abs. 3 BGB auf die Fälle beschränkt bleiben müssen, in denen die Entschließungsfreiheit des Ausscheidungswilligen dadurch in schwerwiegender Weise beeinträchtigt wird, daß ihm — soweit er die Gegenstände nicht nur, wie im Gesetz ausdrücklich geregelt, zur Nutzung eingebracht hat — bei seinem Ausscheiden lediglich ein unangemessener finanzieller Ausgleich gewährt wird. . . .

d) § 9 Nr. 6 des Schutzgemeinschaftsvertrages gewährt das Übernahmerecht allgemein für das Ausscheiden eines Mitgliedes der Schutzgemeinschaft „durch Kündigung“. Da diese Regelung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem in § 1 Nr. 2 des Vertrages niedergelegten Schutzzweck — Sicherstellung einheitlicher Rechtsausübung an den Beteiligungen und Erhaltung des Beteiligungsbesitzes in der Hand der Mitglieder der Schutzgemeinschaft — steht, folgt aus Wortlaut und Regelungszweck der Bestimmung, daß jegliches Ausscheiden durch Kündigung zu dem Recht auf Übernahme der Anteile des Ausscheidenden durch die verbleibenden Gesellschafter führen soll. Das Übernahmerecht greift daher sowohl bei der ordentlichen Kündigung nach § 9 Nr. 2 des Vertrages als auch bei der Kündigung aus wichtigem Grund nach § 723 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ein. Davon gehen auch beide Parteien in ihrem Vorbringen aus.

Es ergeben sich keine Bedenken dagegen, daß in bezug auf die Geltendmachung des Übernahmrechtes keine Differenzierung zwischen der ordentlichen Kündigung und einer solchen aus wichtigem Grund vorgenommen worden ist. Eine Unterscheidung nach dem Grund der Kündigung erscheint nicht geboten, weil die Frage, ob das Übernahmerecht die Entschließungsfreiheit des Gesellschafters zur Vornahme der Kündigung ausschließt oder nicht, von den zur Kündigung führenden Umständen unabhängig ist und beide Kündigungsarten gleichermaßen betrifft.

e) Zusammenfassend ist daher festzustellen, daß die in § 9 Nr. 6 des Schutzgemeinschaftsvertrages getroffene Regelung nicht zu einem faktischen Ausschluß des Kündigungsrechtes entsprechend § 723 Abs. 3 BGB führt. Sie ist daher wirksam und für die Parteien bindend.

Die Anschlußrevision der Kläger ist ebenfalls begründet. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, als sie die Feststellung begehren, nicht verpflichtet zu sein, ihre Aktien an der S. AG bei Inaussichtnahme ihrer Ver-

äußerung an Dritte den verbleibenden Gesellschaftern zu einem nach § 6 Nr. 4 des Schutzgemeinschaftsvertrages festgelegten Preis anzubieten.

I. Die Begründetheit der Anschlußrevision folgt allerdings nicht aus der Nichtigkeit des § 6 Nr. 4 wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Eine solche hat das Berufungsgericht zu Recht verneint.

1. Die Kläger meinen, dieses Ergebnis beruhe darauf, daß der Beurteilung der Sittenwidrigkeit ein falscher Bewertungsmaßstab zugrunde gelegt worden sei. Dieser werde überspannt, wenn man mit dem Berufungsurteil das Vorliegen eines solch groben Mißverhältnisses zwischen dem nach der Vereinbarung zu ermittelnden Übernahmepreis und dem Verkehrswert der Gesellschaftsanteile fordere, daß dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des veräußerungswilligen Gesellschafters eingeengt werde. Um die berechtigten Vertragszwecke einheitlicher Stimmrechtsausübung und des Überfremdungsschutzes abzusichern, sei es nicht erforderlich, daß der veräußerungswillige Gesellschafter erhebliche Vermögensverluste hinnehmen müsse und die verbleibenden Gesellschafter die Anteile unter Wert erwerben könnten. Es reiche aus, Vorkaufsfichte zugunsten der die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschafter zu vereinbaren oder die Veräußerung an die Bereitschaft des Erwerbers zu koppeln, der Schutzgemeinschaft beizutreten. Diese Überlegungen der Anschlußrevision werden den Anforderungen, die an die Sittenwidrigkeit der Klausel über die Abgeltung von Anteilen zu stellen sind, die ein Gesellschafter bei Inaussichtnahme ihrer Veräußerung an einen Dritten den übrigen Mitgliedern der Schutzgemeinschaft anzubieten hat, nicht gerecht.

Die Kläger weisen zwar zutreffend darauf hin, daß die Veräußerung der Anteile als legitimes Ziel die Realisierung des tatsächlichen Anteilswertes hat. Dem hält der Beklagte ebenso zutreffend entgegen, der Vertragszweck, die Überfremdung der Gemeinschaft zu verhindern, müsse als ein legitimes Ziel der Schutzgemeinschaft angesehen werden. Beiden Anliegen kann durch Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes, wie die Kläger richtig ausführen, grundsätzlich in durchaus angemessener Weise Rechnung getragen werden. Dieser Umstand schließt es aber nicht aus, daß sich die Parteien eines Schutzvertrages zu einer weitergehenden Bindung bereitfinden, die ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit stärker einschränkt. Welchen Umfang und welche Intensität diese Bindung erreichen soll, haben die am Vertragsschluß Beteiligten im Rahmen der ihnen vom Gesetz zugestandenen Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit zu verantworten. Dafür können eine Vielzahl von Motiven und Überlegungen der Beteiligten von Bedeutung sein, denen man ebensowenig wie dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit gerecht werden könnte, wenn jegliche Unausgewogenheit der vertraglichen Regelungen und jegliche Abweichung von einer vollkommenen Ausgeglichenheit der vereinbarten Rechte und Pflichten zu ihrer Unverbindlichkeit führen würde, wie das den Klägern offenbar vorschwebt. Zutreffend hat das Berufungsgericht insoweit ausgeführt, die Übernahmeregelung solle einerseits die Mitglieder der Gemeinschaft von Veräußerungen abhalten und andererseits den Anteilserwerb durch die verbleibenden Mitglieder dadurch erleichtern, daß der Übernahmepreis hinter dem Verkehrswert zurückbleibe. Der mit dem Schutzvertrag verfolgte Zweck, den der Bindung unterstellten Anteilsbesitz in der Familie zu halten und mit Rücksicht

darauf die Veräußerung von Anteilen an — außenstehende — Dritte zu vermeiden, rechtfertige eine derartige Regelung.

Die vertragliche Gestaltungsfreiheit stößt bei der hier zur Beurteilung stehenden Klausel über die Abgeltung von der Anbieterspflicht unterliegenden Anteilen erst dann an ihre Grenzen, wenn zwischen dem nach § 6 Nr. 4 des Schutzvertrages zu ermittelnden Übernahmepreis und dem Verkehrswert der Kapitalgesellschaftsanteile im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein grobes Mißverhältnis bestanden hat. Denn dann droht dem Gesellschafter bei der Veräußerung der Anteile ein finanzieller Verlust, der allgemein geeignet ist, seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in einem Maße ganz oder teilweise zu beseitigen, das zur Erreichung der vertraglich gesteckten Ziele von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann (vgl. allgemein zur Nichtigkeit von Schutzgemeinschaftsverträgen *Friedlaender*, S. 87; *Janberg/Schlaus*, AG 1967, 32, 35; zur Sittenwidrigkeit beschränkender Abfindungsklauseln vgl. BGHZ 116, 359, 368 m. w. N.; BGH ZIP 1989, 770, 771 f. = WM 1989, 783, 784 f. [= MittBayNot 1989, 223]).

2. Das Berufungsgericht hat ein derart grobes Mißverhältnis nach dem Vortrag der Kläger verneint. Die dagegen gerichteten Angriffe der Anschlußrevision haben — jedenfalls im Ergebnis — keinen Erfolg. (*Wird ausgeführt.*)

II. Die Regelung des § 6 Nr. 4 des Schutzgemeinschaftsvertrages ist zwar nicht nichtig. Die Kläger sind aber dennoch nicht verpflichtet, ihre Anteile den verbleibenden Vertragspartnern zu dem nach dieser Bestimmung festzusetzenden Übernahmepreis anzubieten. Vielmehr hat das unter Zugrundelegung des Vortrages der Kläger zu einem entsprechend §§ 157, 242 BGB den veränderten Umständen angepaßten Preis zu geschehen.

1. ...

2. Die Rüge der Anschlußrevision ist begründet. Nach dem Vortrag der Kläger ist der nach § 6 Abs. 4 des Schutzgemeinschaftsvertrages zu ermittelnde Übernahmepreis der dargelegten Entwicklung des Verkehrswertes der Kapitalgesellschaftsanteile anzupassen.

a) Für die Fälle des Ausschlusses und des kündigungsbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft hat der Senat entschieden, daß eine gesellschaftsvertragliche Abfindungsklausel, die eine unter dem realen Anteilswert liegende Abfindung vorsieht, unanwendbar sein kann, wenn dem Ausscheidenden mit Rücksicht auf die seit dem Vertragsschluß eingetretene Änderung der Verhältnisse das Festhalten an dieser Regelung unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgesellschafter nicht zugemutet werden kann. In einem solchen Falle sind Abfindungsmaßstab und Abfindungsbetrag durch ergänzende Vertragsauslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles entsprechend den veränderten Verhältnissen neu zu ermitteln. Diesen Entscheidungen liegen Fallgestaltungen zugrunde, in denen sich der vertragliche Abfindungsanspruch und der reale Abfindungswert im Verlauf der Jahre zu dem Zeitpunkt der Kündigung bzw. des Ausscheidens in außergewöhnlich hohem Maße auseinanderentwickelt haben, ohne daß eine solche Entwicklung bei dem Abschluß des Vertrages absehbar war (BGH ZIP 1993, 1160 = WM 1993, 1412; ZIP 1993, 1611 = WM 1993, 2008 [= MittBayNot 1994, 159]).

Mit dieser Rechtsprechung wird ein den geänderten Verhältnissen angepaßter, angemessener Interessenausgleich zwischen ausscheidenden und verbleibenden Gesellschaftern unter Berücksichtigung der mit der vertraglichen Abfindungsregelung verfolgten Zwecke angestrebt (vgl. BGHZ 116, 359, 371; BGH ZIP 1993, 1611, 1612 = WM 1993, 2008, 2009 [= MittBayNot 1994, 159]). Es soll verhindert werden, daß der Ausscheidende durch eine von der Entwicklung überholte Abfindungsregelung unangemessen benachteiligt und daß die Fortsetzung der Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter durch eine schematische Regelung gefährdet wird.

b) Ein derartiger Konflikt bei vergleichbarer Interessenlage liegt auch dem vorliegenden Fall zugrunde, in dem sich ein Gesellschafter seiner der Bindung in einer BGB-Gesellschaft unterworfenen Kapitalgesellschaftsanteile entäußert und dadurch aus der BGB-Gesellschaft ausscheidet, aufgrund seiner Verpflichtung, die Anteile den verbleibenden Gesellschaftern zum Erwerb anzubieten, als Entgelt jedoch nicht den realen Anteilswert, sondern eine nach bestimmten Vorgaben des Gesellschaftsvertrages zu ermittelnde Entschädigung von den übernehmenden Gesellschaftern erhält. Auch hier können im Laufe der Zeit durch die geschäftliche Entwicklung der Kapitalgesellschaften Änderungen des Verkehrswertes der in der BGB-Gesellschaft gebundenen Gesellschaftsanteile eintreten, die dazu führen, daß Verkehrswert und vertraglicher Übernahmepreis anders als bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages in außergewöhnlich weitgehendem Maße auseinanderfallen. Da der Zeitpunkt, in dem Absicht und Gelegenheit zur Veräußerung auftreten, nicht notwendigerweise mit demjenigen zusammenfällt, in dem der Gesellschafter durch fristgemäße Kündigung aus der Gesellschaft ausscheiden kann, kann sich auch hier die Notwendigkeit ergeben, die eingetretene Diskrepanz durch einen Interessenausgleich zu bereinigen, der den geänderten Verhältnissen Rechnung trägt und verhindert, daß der veräußerungswillige Gesellschafter unangemessen benachteiligt wird und den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit genommen wird, die Gesellschaftsziele weiterzuverfolgen.

Der Senat hat in den zum Ausschluß und zum kündigungsbedingten Ausscheiden ergangenen Urteilen die Annahme einer starren Wertgrenze, von der an das Festhalten an der vertraglichen Regelung dem ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann, abgelehnt. Er hat die Entscheidung von der Würdigung einer Reihe des Gesellschaftsverhältnisses betreffender Umstände abhängig gemacht. Solche kommen im vorliegenden Falle nicht in Betracht. Als entscheidender Faktor ist das Ausmaß des zwischen den beiden Werten eingetretenen Mißverhältnisses in Betracht zu ziehen, das unter Berücksichtigung des berechtigten Interesses der verbleibenden Gesellschafter an der Aufrechterhaltung des vertraglich vorgesehenen Schutzzweckes zu bewerten ist. Zwar gilt die Regelung des § 6 Abs. 4 auch in dem Falle, daß der Gesellschafter durch Kündigung aus der Gesellschaft ausscheidet und nach § 9 Nr. 6 des Vertrages seine Anteile den übrigen Gesellschaftern überlassen muß. Das schließt aber nicht aus, daß im Rahmen der dadurch veranlaßten Prüfung auch die Voraussetzungen in die Würdigung einbezogen werden, die der Senat für das Ausscheiden durch Ausschluß oder Kündigung als maßgebend erachtet hat.

c) Der mit der Anschlußrevision aufgezeigte Tatsachenvortrag der Kläger erfüllt die Voraussetzungen für eine Anpassung der Entschädigung bei Erfüllung der Anbieters-

pfllicht nach § 6 Nr. 1 des Vertrages. Nach den für die Revisionsinstanz maßgebenden Feststellungen des Berufungsgerichtes ist die in § 6 Nr. 4 getroffene Regelung nicht sittenwidrig und damit wirksam. Nach der Lebenserfahrung war bei Vertragsschluß im Jahre 1972 für die Beteiligten nicht vorhersehbar, daß aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der S. AG der Verkehrswert der Aktien nach zwanzig Jahren Geschäftstätigkeit erheblich ansteigen und ein außerordentliches Mißverhältnis zu dem vertraglichen Übernahmepreis auftreten würde. Nach dem für die Revisionsinstanz maßgebenden Vortrag der Kläger lag der Übernahmepreis im Jahre 1991 bei 289,49%, die nach den Erklärungen des Beklagten bzw. des Vorstandsvorsitzenden der S. AG mitgeteilten Verkehrswerte bewegen sich zwischen 600% und 1000%. Das ist ein Mehrfaches des Übernahmepreises, das die Annahme eines außergewöhnlichen Mißverhältnisses rechtfertigt.

3. Auf der Grundlage der vorstehend dargelegten rechtlichen Beurteilung ist das Berufungsgericht gehalten, die weiterhin erforderlichen Feststellungen — gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag durch die Parteien — zu treffen. Soweit es dabei auch über die Höhe eines angemessenen Übernahmepreises zu befinden hat, erscheint dem Senat nach den mit dem Schutzvertrag verfolgten Zwecken ein Betrag angemessen, für dessen Ermittlung der Maßstab einen wesentlichen Anhaltspunkt geben kann, den die Parteien bei Vertragsschluß zugrunde gelegt haben. Dieser Betrag muß nicht unbedingt dem Verkehrswert entsprechen.

28. BGB § 267 Abs. 1; GmbHG § 16 Abs. 3 (*Haftung gem. § 16 Abs. 3 GmbHG; Erfüllung der Einlageverpflichtung durch Dritteistung*)

#### Zur Frage

1. der gesamtschuldnerischen Haftung von Veräußerer und Erwerber eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 3 GmbHG bei Nichtigkeit der Anteilsübertragung,
2. der Erfüllungswirkung bei Zahlung auf die Einlageverpflichtung eines Gesellschafters durch einen Dritten i. S. des § 267 Abs. 1 BGB.

BGH, Urteil vom 26. 9. 1994 — II ZR 166/93 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

#### Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der in An. niedergelassenen R. GmbH (künftig: R.). Er nimmt die Beklagte auf Zahlung von 97.500,— DM aus — nach seiner Ansicht — nicht erfüllter Einlageverpflichtung in Anspruch. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Alleingesellschafter der R., M., erhöhte durch Beschluß vom 19. 1. 1990 das bis zu diesem Zeitpunkt mit 50.000,— DM bemessene Stammkapital um 100.000,— DM auf 150.000,— DM. Von dem Erhöhungsbetrag übernahm er selbst als Bareinlageverpflichtung 2.500,— DM und die Beklagte 97.500,— DM. Die Durchführung der Kapitalerhöhung wurde am 26. 3. 1990 aufgrund des Antrages vom 28. 2. 1990 in das Handelsregister eingetragen.

Am Tage der Beschlußfassung fertigte der mit der Angelegenheit betraute Notar den Entwurf eines Vertrages, der die Teilung des Geschäftsanteils von 97.500,— DM in zwei Geschäftsanteile von 45.000,— DM und 52.500,— DM, die Zustimmung des geschäftsführenden Alleingeschafters der R. dazu und die Abtretung des Anteils von 45.000,— DM durch die Beklagte an den Kaufmann Y. aus T. zum Gegenstand hatte. Dieses Schriftstück haben die Beteiligten am 22. 1. 1990 im Deutschen Generalkonsulat in Hong Kong unterzeichnet und die Unterschriften durch eine Konsultsbeamtin beglaubigen lassen. Der Kaufmann Y. überwies am 8. 2. 1990 einen

Betrag von 100.000,— DM auf ein bei der A.-Bank in An. geführtes Konto der R. mit dem Vermerk „for invest R. GmbH of share ‚Stammeinlage‘“.

Die Beklagte hat den Einlagebetrag unstreitig aus eigenen Mitteln nicht aufgebracht. Die Parteien streiten jedoch darüber, ob die Zahlung durch den Kaufmann Y. gem. § 267 Abs. 1 BGB als Leistung auf die Einlagenschuld der Beklagten — sowie in Höhe von 2.500,— DM auf die des Gesellschafters M. — anzusehen ist.

Landgericht und Berufungsgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

Das Berufungsgericht ist, wie die Revision zutreffend rügt, nur deswegen zu dem Ergebnis gelangt, daß die Zahlung des Kaufmannes Y. an die R. nicht als Leistung auf die Einlagenschuld der Beklagten betrachtet und deren Verbindlichkeit somit nicht als erfüllt angesehen werden kann, weil es erheblichen Sachvortrag der Beklagten nicht berücksichtigt und die angebotenen Beweise dazu nicht erhoben hat.

1. Entgegen der Ansicht der Revision kann die Erfüllung der Einlageverpflichtung der Beklagten durch die Zahlung des Kaufmannes Y. allerdings nicht auf § 16 Abs. 3 GmbHG gestützt werden.

Wird ein Geschäftsanteil veräußert und der Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet, so ist nach dieser Vorschrift für die zur Zeit der Anmeldung auf den Geschäftsanteil rückständigen Leistungen der Erwerber neben dem Veräußerer verhaftet. Erwerber und Veräußerer haften als Gesamtschuldner (BGHZ 68, 191, 197 [= DNotZ 1977, 423]; BGH BB 1991, 713, 714; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 12; *Scholz/Winter*, GmbHG, 8. Aufl., § 16 Rdnr. 42; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 16 Rdnr. 17). Bezahlt daher der Erwerber rückständige Einlagebeträge, hat das auch Erfüllungswirkung für den Veräußerer (§ 422 Abs. 1 Satz 1 BGB). Da es im vorliegenden Falle um die Veräußerung eines Geschäftsanteils von 45.000,— DM geht, könnte die von Y. vorgenommene Zahlung — bezogen auf den Nominalbetrag — auch nur in dieser Höhe als Erfüllung zugunsten der Beklagten angesehen werden. Das würde jedoch nach § 16 Abs. 1 GmbHG voraussetzen, daß der Erwerb des Geschäftsanteils bei der Gesellschaft angemeldet und sein Übergang nachgewiesen wird. Ein Nachweis des Übergangs liegt in der Regel nur dann vor, wenn das Vertretungsorgan der Gesellschaft von dem Rechtsübergang überzeugend unterrichtet wird (BGH WM 1960, 289, 291 [= DNotZ 1960, 389]; ZIP 1991, 724, 725). Dem steht zwar nicht entgegen, daß hier ein künftiger Geschäftsanteil abgetreten worden ist. Die Abtretung künftiger Geschäftsanteile ist zulässig, weil das GmbH-Gesetz keine § 41 Abs. 4 Satz 1 AktG entsprechende Vorschrift über ein Verbot der Anteilsübertragung vor Eintragung der Gesellschaft kennt. Die Abtretung eines künftigen Geschäftsanteils wird demnach mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister wirksam (BGHZ 21, 242, 245 [= DNotZ 1956, 608]; 21, 378, 383 [= DNotZ 1957, 97]). Die Voraussetzung einer „überzeugenden Unterrichtung“ ist aber deswegen nicht erfüllt, weil der Anteilsübertragungsvertrag nicht in der nach § 15 Abs. 3 GmbHG vorgeschriebenen Form geschlossen worden und damit nichtig ist. Die Tatsache, daß die Unterschriften der beteiligten Personen nur beglaubigt worden sind, war dem Geschäftsführer der R. von vornherein bekannt.

2. Unter diesen Umständen ist die Beklagte nur dann von ihrer Einlageverpflichtung befreit worden, wenn die Zahlung durch den Kaufmann Y. zu ihren Gunsten als Drittleistung im Sinne des § 267 Abs. 1 BGB Erfüllungswirkung hat. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch eine solche Erfüllungswirkung rechtsfehlerhaft verneint.

a) Nach § 267 Abs. 1 Satz 1 BGB kann auch ein Dritter die Leistung bewirken, wenn der Schuldner nicht in Person zu leisten hat. Für die Erfüllung der — fällig gestellten — Bar-einlageverpflichtung gegenüber einer Kapitalgesellschaft bestehen keine Einschränkungen, die einer Leistungsbewirkung durch Dritte entgegenstehen könnten.

Dritter im Sinne dieser Vorschrift ist derjenige, der mit dem Willen leistet, eine fremde Schuld zu tilgen (BGHZ 43, 1, 11; 46, 319, 325; BGH NJW 1980, 452, 453 m. w. N.). Maßgebend ist jedoch nicht der innere Wille des Leistenden, sondern der Umstand, als wessen Leistung sich die Zuwendung bei objektiver Betrachtungsweise aus der Sicht des Zuwendungsempfängers darstellt (BGHZ 40, 272, 277 f.; 72, 246, 249 [= DNotZ 1979, 414]; *MünchKomm-BGB/Keller*, 2. Aufl., § 267 Rdnr. 5; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 53. Aufl., § 267 Rdnr. 4).

b) Das Berufungsgericht mißt der Tatsache, daß der Überweisungsbeleg nach der Empfängerbezeichnung („R.-GmbH“) und der Zweckangabe („for invest R.-GmbH“) an die Gesellschaft — und nicht an die Beklagte — gerichtet ist, im Hinblick darauf, daß diese Angaben von dem Kaufmann Y. selbst stammen und daher seinem Willen entsprechen, entscheidende Bedeutung bei. Bereits in diesem Zusammenhang läßt das Berufungsgericht unberücksichtigt, daß eine Zahlungsverpflichtung des Kaufmannes Y. gegenüber der R. nicht bestand, sondern daß ihm nach dem zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Abtretungsvertrag vom 22. 1. 1990 eine Verpflichtung gegenüber der Beklagten obliegen sollte. Ging Y. von der Wirksamkeit dieser Vereinbarung aus — dafür spricht, daß er im Anschluß an seine Unterschriftsleistung den vereinbarten Betrag zahlte — ergeben sich bereits daraus gewisse Anhaltspunkte dafür, daß seine Überweisung als Erfüllung der im Zusammenhang mit dem Abtretungsvertrag getroffenen Zahlungsvereinbarung vorgenommen worden ist. Dafür spricht auch, daß der Überweisungsträger als Zahlungszweck nicht nur, wie das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde legt, den Vermerk „for invest R.-GmbH“, sondern darüber hinaus den Zusatz „of share ‚Stammeinlage‘“ enthält. Damit wird hinreichend verdeutlicht, daß die Zahlung als Leistung auf die „Stammeinlage“ gedacht ist.

c) Das Berufungsgericht schließt aus der Tatsache, daß Y. nicht die dem Nominalbetrag des von der Beklagten übernommenen Geschäftsanteils entsprechende Summe von 97.500,— DM, sondern 100.000,— DM gezahlt hat, der von ihm verfolgte Zweck sei nicht auf eine Leistung für die Beklagte an die R., sondern darauf gerichtet gewesen, sich durch die zu dem bereits früher geleisteten Betrag von 50.000,— DM hinzutretende, an R. erbrachte Zahlung von 100.000,— DM einen — erhöhten — Geschäftsanteil zu verschaffen. Die Revision rügt zu Recht, daß im Rahmen dieser Würdigung der unter Beweis gestellte Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt worden ist, Y. habe sich bereit erklärt, eine Kapitalaufstockung von 100.000,— DM zu finanzieren und in diesem Zusammenhang zugleich einen Geschäftsanteil von 30% zu über-

nehmen. Auf der Grundlage dieser — für die Revisionsinstanz als zutreffend zu unterstellenden — Behauptung der Beklagten ist auch ihr weiteres Vorbringen schlüssig, unter Zugrundelegung eines Stammkapitals von 150.000,— DM habe Y. nach Zahlung von 50.000,— DM ein Geschäftsanteil von 15.000,— DM (10%), bei weiterer Zahlung von 100.000,— DM ein solcher in Höhe von 45.000,— DM (30%) zustehen sollen. Habe der Betrag von 50.000,— DM dem ursprünglichen Stammkapital entsprochen, so habe der Betrag von 100.000,— DM nicht nur der Finanzierung des vom Geschäftsführer M. mit 2.500,— DM übernommenen Geschäftsanteils, sondern auch des in Höhe von 97.500,— DM von der Beklagten übernommenen einschließlich des an Y. mit 45.000,— DM abgetretenen Anteils dienen sollen.

d) Die vorstehenden Einzelheiten gebieten weitere Feststellungen zu dem vom Berufungsgericht bisher nicht berücksichtigten Vortrag der Parteien, insbesondere der Beklagten. (Wird ausgeführt.)

e) Auf dieser Grundlage wird das Berufungsgericht in der Lage sein zu entscheiden, ob der Kaufmann Y. aus der Sicht der R. und ihres Geschäftsführers die Zahlung als Leistung auf die aus der Kapitalerhöhung herrührende Stammeinlage bewirken wollte. Ist das der Fall, könnte daraus auf jeden Fall geschlossen werden, daß 2.500,— DM zugunsten des Geschäftsführers M. und 52.500,— DM zugunsten der Beklagten gezahlt werden sollten. Für den Restbetrag von 45.000,— DM ist die in § 4 Abs. 2 des — allerdings nichtigen — Abtretungsvertrages getroffene Regelung sowie der Umstand zu berücksichtigen, daß eine in erster Linie vorhandene Absicht, eine eigene Schuld zu tilgen, nicht ausschließt, daß auch der Wille vorhanden sein kann, für den wahren Schuldner zu leisten (vgl. BGHZ 72, 246, 249 [= DNotZ 1979, 414]).

#### 29. HGB § 19 Abs. 5 (Haftungsbeschränkung in der abgeleiteten Firma einer mehrstufigen KG)

**Die Ausnahmebestimmung des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB gilt über ihren Wortlaut hinaus auch für die Fälle, in denen in einer mehrstufigen Kommanditgesellschaft erst auf deren dritter Ebene eine natürliche Person unbeschränkt haftet (Abgrenzung zu KG Rpfleger 1989, 24).**

BayObLG, Beschluß vom 8.9.1994 — 3 Z BR 118/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 51 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister ist die Firma X GmbH & Co. KG in A eingetragen. Die Gesellschaft meldete zur Eintragung in das Handelsregister an:

1. Die bisherige Kommanditistin, die Firma X KG, in B, hat ihre Kommanditeinlage in Höhe von DM 13.000.000,— im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf die neu eingetretene Kommanditistin, die Firma X & Co., in B übertragen und ist damit aus der Gesellschaft ausgeschieden.
2. Die ausgeschiedene Kommanditistin, die Firma X KG ist als neue persönlich haftende Gesellschafterin in die Gesellschaft eingetreten.
3. Die bisherige persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma X Verwaltungs-GmbH ist aus der Gesellschaft ausgeschieden.
4. Die Firma der Gesellschaft ist geändert und lautet nunmehr: X KG in A.

Das Amtsgericht hat die Eintragung der geänderten Firma abgelehnt.

Die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos. Die weitere Beschwerde führte zur Aufhebung.

#### Aus den Gründen:

Es handelt sich nicht um die erstmalige Bildung der Firma, sondern vielmehr um die Frage, ob die gewählte Firma als abgeleitete Firma zulässig ist.

Nach § 24 Abs. 1 HGB darf u. a. beim Ausscheiden oder Eintritt eines Gesellschafters aus einer Handelsgesellschaft die bisherige Firma fortgeführt werden. Dies gilt nach dem Gesetzeswortlaut auch für einen etwaigen Gesellschafterszusatz, da auch der Firmenbestandteil ist (vgl. BGHZ 44, 286/287). Zu beachten ist dabei jedoch die Bestimmung des § 18 Abs. 2 HGB, die täuschende Zusätze verbietet und grundsätzlich auch für abgeleitete Firmen gilt; denn auch bei solchen Firmen kann es nicht hingenommen werden, daß derartige Zusätze im Rechtsverkehr unzutreffende Vorstellungen über Art, Umfang und Rechtsverhältnisse des Unternehmens hervorrufen (vgl. BGHZ 53, 65/66 f. [= DNotZ 1970, 296]). Die Allgemeinheit hält nämlich eine in der Firma enthaltene Angabe über die Rechtsform unabhängig davon für zutreffend, ob diese Angabe gesetzlich vorgeschrieben ist oder nicht (vgl. BGHZ 68, 12/14 [= MittBayNot 1977, 26 = DNotZ 1977, 370]). Die Beibehaltung eines unzutreffend gewordenen Zusatzes ist immer unzulässig, wenn damit eine Täuschung des Rechtsverkehrs verbunden ist; erforderlich ist nicht, daß der unzutreffende Zusatz bei der abgeleiteten Firma auch schädlich ist, weil er mehr besagt, als dahintersteht. Der Grundsatz der Firmenwahrheit ist für das gesamte Firmenrecht von grundlegender Bedeutung (vgl. BGHZ 65, 103/105 f. [= MittBayNot 1975, 268 = DNotZ 1976, 175]). Diesem Grundsatz kommt auch unabhängig davon, ob durch den Gebrauch einer irreführenden Firma andere geschädigt werden könnten, im Interesse der Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs eine ganz erhebliche eigenständige Bedeutung zu. Deshalb durfte und mußte die Gesellschaft bei der Bildung der abgeleiteten Firma den GmbH-Zusatz wegfallen lassen.

b) Die Aufnahme eines Zusatzes über eine Haftungsbeschränkung in die abgeleitete Firma ist nicht geboten.

Nach § 19 Abs. 5 HGB, der auch auf die abgeleitete Firma anzuwenden ist, muß die Firma einer Personenhandels-gesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, einen Hinweis auf die Haftungsbeschränkung enthalten. Nach der Ausnahmebestimmung des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB gilt dies nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine OHG oder KG gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.

Mit der Einfügung des § 19 Abs. 5 HGB durch die GmbH-Novelle 1980 wollte der Gesetzgeber lediglich einer Forderung der Rechtsprechung nachkommen, daß bei der abgeleiteten Firma einer KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist, ein die Haftungsbeschränkung kennzeichnender Zusatz, wie etwa „GmbH & Co.“, aufzunehmen sei (vgl. BGHZ 62, 216/217 [= MittBayNot 1974, 162 = DNotZ 1974, 743]).

Umstritten ist, ob die Ausnahmeregelung des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB auch dann anzuwenden ist, wenn die persönlich haftende Gesellschafterin der KG ebenfalls eine KG mit

einer weiteren KG als persönlich haftende Gesellschafterin ist und erst deren persönlich haftende Gesellschafter natürliche Personen sind.

Nach einer Auffassung sollen nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 5 HGB auch Gesellschaften erfaßt werden, bei denen es zur unbeschränkten Haftung natürlicher Personen im Rahmen der Komplementär-Gesellschaft kommen könne, z. B. bei der Übernahme der Komplementärrolle durch eine KGaA mit natürlichen Personen als Komplementären oder im Fall einer dreistufigen GmbH & Co., auf deren dritter Ebene eine natürliche Person als Komplementär beteiligt ist. Die Ausnahmevorschrift des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB greife hier nicht ein; ihrer erweiternden oder analogen Anwendung auf derartige Fälle stünden der eindeutige Wortlaut der Vorschrift, aber auch die Probleme entgegen, die sich für den Rechtsverkehr bei Ermittlung der in der Unternehmensverbindung anzutreffenden natürlichen Personen ergeben könnten (vgl. *Hachenburg/Irmgard Heinrich*, GmbHG, 8. Aufl., § 4 Rdnr. 119; KG Rpfleger 1989, 24 f.).

Nach Ansicht des Senats müssen über den Gesetzeswortlaut des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB hinaus auch die Fälle ausgenommen sein, in denen die Komplementär-KG zwar keine natürlichen Personen als persönlich haftende Gesellschafter hat, sondern wiederum eine OHG oder KG, bei denen jedoch dann die persönlich haftenden Gesellschafter natürliche Personen sind (so *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl., § 19 Anm. 3 D d), weil es dem Grundsatz der Firmenwahrheit widerspräche, in einer Firma eine Haftungsbeschränkung zu kennzeichnen, obwohl im Ergebnis keine vorliegt. Für diese Meinung sprechen Sinn und Entstehungsgeschichte des § 19 Abs. 5 HGB; sein Wortlaut steht nicht entgegen.

Die Sonderregelung des § 19 Abs. 5 HGB betrifft zunächst die Firmierung von Personenhandelsgesellschaften, bei denen alle unbeschränkt haftenden Gesellschafter juristische Personen sind. Im wesentlichen fallen darunter die GmbH & Co. KG, die AG & Co. KG, die Stiftung & Co. KG (vgl. hierzu *Udo A. Delp*, Die Stiftung & Co. KG, 1991, S. 56 f.) oder die GmbH & Co. OHG, sofern auch die weiteren persönlich haftenden Gesellschafter juristische Personen sind (zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift im einzelnen vgl. *Staub/Hüffer*, HGB, 4. Aufl., § 19 Rdnr. 3 f.).

Die Kennzeichnung einer Haftungsbeschränkung ist nicht vorgeschrieben, wenn die Haftung nicht auf eine bestimmte Vermögensmasse beschränkt ist. Die Bestimmung ist vielmehr dahin auszulegen, daß eine Kennzeichnung einer beschränkten Haftung immer dann entfällt, wenn wenigstens eine natürliche Person, sei es unmittelbar oder mittelbar, unbeschränkt für die Schulden der Gesellschaft haftet (vgl. *Heymann/Emmerich*, HGB, § 19 Rdnr. 31). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Haftung der natürlichen Person auf der zweiten Ebene (Grundfall des § 19 Abs. 5 Satz 2 HGB) oder erst auf der dritten Ebene gegeben ist. Die Vorschrift des § 19 Abs. 5 HGB dient nach Entstehungsgeschichte und Sinn dazu, den Rechtsverkehr bereits durch die Firmierung der Personenhandelsgesellschaft vor einer im Ergebnis allseitigen Haftungsbeschränkung zu warnen (vgl. *Staub/Hüffer*, § 19 Rdnr. 36). Einer solchen Warnung bedarf es aber nicht, wenn im Ergebnis natürliche Personen unbeschränkt haften. Ein Zusatz wie „beschränkt haftende KG“ könnte in einem solchen Fall wegen des Grundsatzes der Firmenwahrheit Bedenken bezeugen.

30. GmbHG § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 10 (*Bestimmtheit des Unternehmensgegenstandes einer GmbH*)

**Die Bezeichnung des Unternehmensgegenstandes im Gesellschaftsvertrag einer GmbH mit „Produktion von Waren aller Art“ ist wegen unzureichender Individualisierung unzulässig.**

BayObLG, Beschluß vom 1. 8. 1994 — 3 Z BR 157/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 45 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus den Gründen:*

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG muß in den Gesellschaftsvertrag (Satzung) als notwendiger Inhalt der Gegenstand des Unternehmens aufgenommen werden. Er bezeichnet Bereich und Art der von der Gesellschaft beabsichtigten Betätigung. Die Verpflichtung zur Eintragung des Unternehmensgegenstandes in das Handelsregister (vgl. § 10 Abs. 1 GmbHG) zeigt, daß der Gesetzgeber insoweit ein Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit für gegeben erachtet. Der Hauptzweck dieser Vorschrift ist, die interessierte Öffentlichkeit zumindest in groben Zügen über den Tätigkeitsbereich des neuen Unternehmens zu unterrichten, d. h. es muß der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise ausreichend erkennbar gemacht werden (vgl. BGH BB 1981, 450 = DB 1981, 466). Das erfordert, daß die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes informativ ist und ihn hinreichend individualisiert. Daneben wird durch diese Vorschrift erreicht, daß insbesondere eine Minderheit von Gesellschaftern gegen eine willkürliche Ausweitung oder Änderung des Betätigungsfeldes der Gesellschaft durch Bindung des Geschäftsführers an den Gesellschaftsvertrag (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) einen gewissen Schutz erfährt, auch wenn diese Beschränkung keine Außenwirkung hat (vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG; *Baumbach/Zöllner*, GmbHG, 15. Aufl., 1988, § 35 Rdnr. 38). Schließlich kann die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung auch einen Anhalt für den Registerrichter bieten, ob im Einzelfall eine nach § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG genehmigungsbedürftige Tätigkeit ausgeübt werden soll.

31. HGB §§ 48, 53, 161 (*Gesamtprokura bei GmbH & Co. KG*)

**In einer Kommanditgesellschaft, deren einzige persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist, darf die KG, für die Gesamtprokuristen bestellt sind, Prokura jedenfalls nicht in der Weise erteilen, daß ein Gesamtprokurist an die Mitwirkung eines gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gebunden wird; eine solche Gesamtprokura ist unwirksam.**

BayObLG, Beschluß vom 3. 8. 1994 — 3 Z BR 174/94 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

*Aus dem Tatbestand:*

1. Im Handelsregister ist die X-GmbH & Co., eine Kommanditgesellschaft (nachfolgend KG) eingetragen, deren alleinige Komplementärin die X-Geschäftsführungs-GmbH (nachfolgend GmbH) ist. Unter der Spalte „Prokura“ ist für die KG eingetragen:

Einzelprokura: A

Prokura zusammen mit einem anderen Prokuristen: B und C.

Am 29. 12. 1993 meldete die Komplementärin (GmbH) zur Eintragung in das Handelsregister an, „daß den nachgenannten Herren Gesamtprokura in der Weise erteilt ist, daß sie die Gesellschaft jeweils entweder gemeinsam mit einem weiteren Prokuristen oder einem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertreten können.

- a) B
- b) C.

2. Mit Zwischenverfügung vom 3. 1. 1994 hat das Registergericht — Rechtspfleger — die Anmeldung beanstandet; es sei unzulässig, den Prokuristen bei der Vertretung der KG an die Mitwirkung eines außenstehenden Dritten zu binden. Die als Beschwerde geltende Erinnerung der KG, welcher der Rechtspfleger und die Registerrichterin nicht abgeholfen haben, hat das Landgericht mit Beschluß vom 28. 4. 1994 zurückgewiesen. Die hiergegen erhobene weitere Beschwerde der KG blieb ebenfalls erfolglos.

#### Aus den Gründen:

1. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, nach der die Prokura auch in der Weise erteilt werden kann, daß der Prokurist einer GmbH berechtigt ist, die GmbH in Gemeinschaft mit einem gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführer zu vertreten (BGHZ 99, 76 [= MittBayNot 1987, 107 = DNotZ 1987, 371]), nicht hergeleitet werden, daß der Prokurist einer KG auch an die Zustimmung eines gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gebunden werden könnte. Diesen Fall hat der BGH ausdrücklich nicht entschieden (vgl. BGHZ 99, 80 [= MittBayNot 1987, 107 = DNotZ 1987, 371]).

2. Bei der echten oder allseitigen Gesamtprokura ist jeder Prokurist nur gemeinsam mit einem anderen Gesamtprokuristen, mit einem von mehreren oder nur mit allen anderen Gesamtprokuristen vertretungsberechtigt (vgl. *Heymann/Sonnenschein*, HGB, Rdnr. 22; *Staub/Joost*, HGB, 1. Aufl., Rdnr. 99 ff., je zu § 48). Bei der sog. unechten Gesamtprokura, um die es hier geht, wird die Ausübung der Vertretungsmacht des Prokuristen an die Mitwirkung einer anderen Person gebunden, die nicht selbst Prokurist ist, und deren Vertretungsbefugnis auf anderen Rechtsgrundlagen beruht (vgl. *Heymann/Sonnenschein*, Rdnr. 25; *Staub/Joost*, Rdnr. 102, je zu § 48). Dabei ist aber der Grundsatz zu beachten, daß der Prokurist nicht an die Mitwirkung eines unternehmensfremden Dritten gebunden werden kann; denn aus dem Handelsregister muß die Beschränkung der Prokura ersichtlich sein. Die Eintragung einer solchen Beschränkung scheidet aber daran, daß das Verhältnis zu unternehmensfremden Dritten im Handelsregister nicht eintragungsfähig ist, unbeschadet der Tatsache, daß eine solche Bindung im Innenverhältnis regelmäßig wirksam ist.

a) Demnach ist es bei der KG grundsätzlich zulässig, den Prokuristen an die Mitwirkung eines Komplementärs — auch einer Komplementär-GmbH — zu binden. Dies ist zwar nicht völlig unproblematisch (vgl. hierzu *Hofmann*, Der Prokurist, 6. Aufl., S. 84 f., 100 ff.), wird aber als gemischte Gesamtprokura allgemein für zulässig erachtet (vgl. BGHZ 99, 76/78 [= MittBayNot 1987, 107 = DNotZ 1987, 371]; BayObLG WM 1970, 333 = Rpfleger 1970, 92 f.; *Heymann/Sonnenschein*, Rdnr. 26; *Staub/Joost*, Rdnr. 106, je zu § 48).

b) Hingegen ist es nach h. M. nicht zulässig, eine Prokura in der Weise zu bestellen, daß der Prokurist der KG zusammen mit einem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertretungsberechtigt ist (vgl. BayObLG WM 1970, 333 = Rpfleger 1970, 92 f.; OLG Hamburg GmbHR 1961, 128

m. Anm. *Hesselmann*, S. 129; *Heymann/Sonnenschein*, Rdnr. 26 a. E.; *Staub/Joost*, Rdnr. 108 je zu § 48; *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, 28. Aufl., Anh. § 177 a, Anm. IV 2 B; *Germer*, BWNotZ 1986, 54/56; *Ziegler*, Rpfleger 1984, 5/6 Fn. 27; *Grüter*, BB 1979, 243/245). Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie hier die Bindung der Prokura auch an einen gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestehen soll. Der von der KG erstrebte „Durchgriff“ auf einen Geschäftsführer scheidet schon grundsätzlich daran, daß es mit dem Wesen einer juristischen Person nicht zu vereinbaren ist, ihr Vertretungsorgan direkt als den Rechtsträger auszuweisen. Die Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sind als solche keine Angehörigen des Unternehmens der KG, sondern Dritte; an deren Mitwirkung kann aber der Prokurist nicht mit Wirkung nach außen gebunden werden. Ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung einer Prokura der hier angemeldeten Art ist nicht ersichtlich (vgl. BayObLG WM 1979, 333 = Rpfleger 1970, 92 f.; *Staub/Joost*, § 48 Rdnr. 108), und auch nicht vorgetragen. Der Senat hält deshalb an der bisherigen Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts fest.

32. GmbHG §§ 1, 9 c; BRAO §§ 4, 59 a (*Anwalts-GmbH*)

1. Der Zusammenschluß von Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in einer GmbH ist grundsätzlich zulässig.
2. Die Anwalts-GmbH ist jedenfalls dann im Handelsregister eintragungsfähig, wenn ihre Satzung die zur Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts unerläßlichen Mindestvoraussetzungen enthält.

BayObLG, Beschluß vom 24. 11. 1994 — 3 Z BR 115/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 68 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

#### Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister ist die Firma S-GmbH eingetragen. Gegenstand des Unternehmens ist laut Eintrag im Handelsregister die „Unternehmensberatung“.

Am 8. 10. 1992 hat die Gesellschaft die Eintragung einer Satzungsänderung angemeldet; die Änderung bezieht sich insbesondere auf den Unternehmensgegenstand, der wie folgt lautet:

#### § 2

#### Gegenstand des Unternehmens

Gegenstand des Unternehmens ist die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung durch Übernahme von Anwaltsaufträgen, die nur durch die in den Diensten der Gesellschaft stehenden, zugelassenen Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen unabhängig und eigenverantwortlich unter Beachtung ihres Berufsrechts ausgeführt werden, wofür die Gesellschaft die erforderlichen personellen, sachlichen und räumlichen Voraussetzungen schafft sowie die damit verbundenen Geschäfte tätigt.

Die Registerrichterin hat mit Beschluß vom 17. 5. 1993 die Anmeldung zurückgewiesen und als Begründung lediglich ausgeführt, daß die Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz fehle und anwaltliche Tätigkeit in Form einer GmbH unzulässig sei. Die Gesellschaft hat hiergegen Beschwerde eingelegt, der die Registerrichterin nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat das Rechtsmittel mit Beschluß vom 10. 3. 1994 als unbegründet zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde der Gesellschaft war erfolgreich und führte zur Zurückverweisung an das Amtsgericht.

## Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Eine GmbH dürfe nicht in das Handelsregister eingetragen werden, wenn der Gegenstand des Unternehmens unzulässig sei. Diese Voraussetzungen seien gegeben, wenn die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden solle. Es entspräche ganz herrschender Meinung, daß Rechtsanwälten für ihre Zusammenschlüsse die Rechtsform der GmbH verschlossen sei. Mit der Verpflichtung des Rechtsanwalts, höchstpersönlich seine Tätigkeit am gesetzlichen Leitbild des unabhängigen Organs der Rechtspflege auszurichten, sei es nicht zu vereinbaren, daß sich Rechtsanwälte gesellschaftsrechtlich als GmbH organisierten. Dieser Organisationsform stehe sowohl das berechnete Interesse des Rechtssuchenden, mit dem Rechtsanwalt als Vertreter seiner rechtlichen Interessen in unmittelbare vertragliche Beziehungen zu treten, als auch die der Rechtsform der GmbH immanente Haftungsbegrenzung entgegen. Dies stelle auch nach geltendem Recht ein wesentliches Hindernis für die Zulässigkeit der Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten einschließlich der Rechtsberatung in der Form der GmbH dar.

Die lange Zeit weitgehend einheitliche Auffassung, daß die Anwalts-GmbH wegen standesrechtlicher Bedenken und wegen der unvereinbaren Gegensätze zwischen berufsständischen Grundsätzen und der Struktur einer GmbH nicht zulässig sei, muß anhand der neuen Gesetzeslage und der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Zahnbehandlungs-GmbH (vgl. BGH vom 25. 11. 1993, BGHZ 124, 224 = ZIP 1994, 381) überprüft werden.

Der Beschluß des Landgerichts ist ersichtlich in Unkenntnis dieser Entscheidung ergangen. Allerdings hätte Anlaß bestanden, auf die Ausgangsentscheidung des LG Düsseldorf vom 10. 10. 1991 einzugehen (vgl. WRP 1992, 112 = GRUR 1992, 178), deren Auffassung zur Zulässigkeit der Zahnheilkunde-GmbH der Bundesgerichtshof bestätigt hat. *Grüber* (WRP 1992, 115) hat hierzu bereits zutreffend angemerkt, daß demnach das OLG Düsseldorf auch die Anwalts-GmbH für zulässig halten mußte. *Henssler* kritisiert am Beschluß des Landgerichts, daß er sich nicht mit dem neueren Schrifttum auseinandersetzt (vgl. *Henssler*, Die Freiberufler-GmbH, ZIP 1994, 844/848).

Die insbesondere bei den Berufsorganisationen vorherrschende Ablehnung der Anwalts-GmbH beruht darauf, daß ersichtlich einer erkennbar gewordenen fortschreitenden Kommerzialisierung des Anwaltsberufes entgegengewirkt werden soll. Der Anwaltsberuf sei traditionell von einem Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant geprägt, der sich auf die fachliche Qualifikation, Einsatzbereitschaft und Loyalität des Anwalts verlasse. Der Mandant vertraue auf die Diskretion des Anwalts bei der Berufsausübung. Es stehe zu befürchten, daß im Zuge der Kommerzialisierung berufsethische Gesichtspunkte vernachlässigt würden. Spezialisierung bedeute Abkehr von der umfassenden Befähigung auf einem traditionellen Berufsfeld; durch die Kollektivierung sei die Unabhängigkeit der Berufsausübung tangiert, so daß gegen eine Anwalts-GmbH durchgreifende standesrechtliche Bedenken gegeben seien (vgl. *Kremer*, GmbHR 1983, 259/265 m. w. N.).

Das Landgericht beruft sich für seine Auffassung, eine Anwalts-GmbH sei unzulässig, in erster Linie auf die Meinungen in den Kommentaren zum GmbHG. Diese

gehen aber übereinstimmend davon aus, daß aus der Sicht des Gesellschaftsrechts keine Bedenken gegen die Verwendung der GmbH für freiberufliche Tätigkeit zu erheben seien, da für eine GmbH jeder beliebige Zweck in Frage komme, sofern er mit dem Gesetz vereinbar sei. Andererseits dürfe aber die freiberufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts aus standesrechtlichen Gründen nicht in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ausgeübt werden (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 20; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 1 Rdnr. 9; *Roth*, GmbHG, 2. Aufl., § 1 Anm. 3.1. b; *Rowedder/Rittner*, GmbHG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 12; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 1 Rdnr. 7; ähnlich auch für Ärzte: AG Saarbrücken GmbHR 1989, 297). Allerdings weist *Emmerich* (in *Scholz*, GmbHG, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 13) bereits darauf hin, daß in Zukunft Änderungen zu erwarten seien, seitdem die vielfältigen Beschränkungen für die ärztliche und anwaltliche Tätigkeit durch das Ständerecht dieser Berufe zunehmend kritischer beurteilt werden. Schließlich wird bereits seit Jahren diese Frage auch von den Rechtsanwaltskammern nicht einheitlich beurteilt. Schon auf der Hauptversammlung der Bundesrechtsanwaltskammer im Jahre 1990 haben sich immerhin 8 Rechtsanwaltskammern für die Zulassung einer Anwalts-GmbH ausgesprochen, 13 Rechtsanwaltskammern waren dagegen und 2 Rechtsanwaltskammern haben sich der Stimme enthalten (vgl. BRAK-Mitt. 1990, 76).

a) Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 25. 11. 1993 (BGHZ 124, 224) die Zahnbehandlungs-GmbH für zulässig erklärt. Jede nach deutschem Recht gebildete und in Deutschland ansässige juristische Person habe gemäß Art. 12 Abs. 1 GG das Recht auf freie Berufswahl; es könne daher nicht maßgeblich darauf ankommen, ob es gesetzliche Bestimmungen gebe, die eine solche Tätigkeit zuließen. Vielmehr sei umgekehrt zu prüfen, ob es rechtliche Regelungen gebe, die eine entsprechende Berufsausübung verbieten würden und ob solche Regelungen, sollten sie bestehen, mit Art. 12 GG vereinbar wären. Diese Grundsätze sind auch für die Beurteilung der Frage maßgeblich, ob eine Anwalts-GmbH zulässig ist.

b) Ergibt die Prüfung des Registergerichts, daß die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet worden ist, hat die Anmelderin einen Rechtsanspruch auf Eintragung vgl. BGHZ 113, 335/352). Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen stehen der Eintragung einer Anwalts-GmbH weder ein gesetzliches Verbot noch ein gewohnheitsrechtlich fixiertes Berufsbild des Rechtsanwalts (vgl. hierzu BVerfGE 22, 114/122) entgegen. Für Wirtschaftsprüfer- und Steuerberatungsgesellschaften hat der Gesetzgeber den Zusammenschluß in der Rechtsform der GmbH ausdrücklich zugelassen (vgl. § 1 Abs. 3, § 27 Abs. 1 WPO; §§ 3, 49 StBerG). Daraus läßt sich ersehen, daß die GmbH auch für freie Berufe grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist.

(1) Die neugefaßte Bundesrechtsanwaltsordnung (i. d. F. des Gesetzes zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und Patentanwälte vom 2. 9. 1994 — BGBl. I S. 2278) enthält kein ausdrückliches Verbot für den Zusammenschluß von Rechtsanwälten in der Form einer GmbH (vgl. §§ 59 a, 59 b BRAO). Ein solches Verbot läßt sich aus dem Gesetz auch unter Berücksichtigung der Begründung des Regierungsentwurfes vom 19. 5. 1993 (vgl. BT-Drucks. 12/4993) nicht herleiten. Die Regelung des § 5 a BRAO schließt den Zusammenschluß von Rechtsanwälten zur gemeinsamen Berufsausübung in Form einer GmbH nicht

aus. Zwar ist Grundprinzip einer in dieser Bestimmung beschriebenen Sozietät, daß ihre Mitglieder gemeinsam die Erfüllung übernommener Pflichten schulden und den Mandanten solidarisch haften. Das gilt aber immer nur, soweit sich die Rechtsanwälte gerade für diese Form der Zusammenarbeit entschieden haben. Der Bestimmung des § 59 a BRAO läßt sich nämlich nicht mit der für ein die Berufsausübung einschränkendes Verbot erforderlichen Bestimmtheit entnehmen, daß den Rechtsanwälten als Rechtsform für ihre Zusammenarbeit nur und ausschließlich die Sozietät zur Verfügung stehen und jede andere Rechtsform eines Zusammenschlusses untersagt sein soll. Wie schon das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz zeigt, sind andere rechtliche Formen der gemeinsamen Berufsausübung gesetzlich nicht ausgeschlossen. Ergänzend sei insoweit auf die Möglichkeit des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten in einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) hingewiesen (zu den Einzelheiten vgl. *Klein-Blenkers*, DB 1994, 2224/2225).

Nach Auffassung der Begründung des Regierungsentwurfes (a. a. O.) hat sich seit dem Inkrafttreten der Bundesrechtsanwaltsordnung am 1. 10. 1959 das Verständnis vom Beruf des Rechtsanwalts erheblich gewandelt. Die dem Berufsbild zugrundeliegende Vorstellung vom „Kanzleianwalt“, der nur zu Gerichtsterminen sein Büro verläßt, ist überholt. Ein einheitliches Berufsbild des Rechtsanwalts existiert nicht mehr. Rechtsanwälte sind als Testamentsvollstrecker, Konkursverwalter, Beiräte, Treuhänder oder Vormünder tätig, eine erhebliche Zahl hat die Stellung eines Syndikusanwalts. Neben Einzelanwälten sind Anwälte in großen deutschen Sozietäten und in internationalen Sozietäten zusammengeschlossen. Internationale Wirtschaftsbeziehungen haben das Recht geprägt und die Anforderungen an die anwaltliche Betreuung erhöht und verändert. Zugleich sieht sich die deutsche Anwaltschaft internationalem Wettbewerb ausgesetzt. Dem vielfältiger gewordenen Berufsbild soll auch bei der Neuordnung des Berufsrechts Rechnung getragen werden (vgl. BT-Drucks. 12/4993 S. 22 f.).

Das am 1. 7. 1995 in Kraft tretende Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften vom 25. 7. 1994 (BGBl. I S. 1744) enthält für Rechtsanwälte ebenfalls kein Verbot einer Anwalts-GmbH. In der Begründung des Regierungsentwurfes vom 11. 11. 1993 zu diesem Gesetz wird vielmehr ausdrücklich darauf hingewiesen, daß den Angehörigen freier Berufe neben der Partnerschaft auch die Kapitalgesellschaften grundsätzlich zur Verfügung stehen sollen. Diese können insbesondere dann als Organisationsform vorzugswürdig sein, wenn großer Investitionsbedarf besteht und gegebenenfalls die Möglichkeiten der Kapitalgesellschaft zur Eigenkapitalbeschaffung genutzt werden sollen. Auch hier obliegt es den jeweiligen Berufsrechten, zu entscheiden, unter welchen näher zu bezeichnenden Voraussetzungen sie ihren Angehörigen den Zugang zu diesen Gesellschaftsformen eröffnen bzw. versagen wollen. Zudem ist auch die Aufspaltung in eine Kapitalgesellschaft (als Besitzgesellschaft) und eine Partnerschaft (als Berufsausübungsgesellschaft) denkbar (vgl. BT-Drucks. 12/6152, S. 8). Festzuhalten ist, daß bereits das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz den Rechtsanwälten ein rechtlich verselbständigt Sondervermögen als Organisationsform zur Verfügung stellt (vgl. *Stuber*, WiB 1994, 705/708), so daß der Einwand gegen die Anwalts-GmbH, Partner eines Anwaltsvertrages müsse stets eine natürliche Person, also ein zugelassener Rechtsanwalt sein, nicht mehr durchgreift.

(2) Die Auffassung, eine Anwalts-GmbH sei unzulässig (vgl. z. B. *Weigel*, Zur Zulässigkeit der RechtsberatungsgmbH nach geltendem Recht, BRAK-Mitt. 1992, 183/184 m. w. N.; *Donath*, Rechtsberatungsgesellschaften, ZHR 156 [1992], 134/137 f.; *Haas*, Neue Gesellschaftsform, BRAK-Mitt. 1994, 1; eher beiläufig und ohne Begründung, *Stucken*, WiB 1994, 744; nicht eindeutig, *Schardey*, Die neue Bundesrechtsanwaltsordnung, AnwBl. 1994, 369/370 und *Kempter*, Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, BRAK-Mitt. 1994, 122), vermag den Senat nicht zu überzeugen. Er folgt der auch in der Literatur vermehrt anzutreffenden Meinung, daß eine Rechtsanwalts- oder Rechtsberatungs-GmbH, jedenfalls unter bestimmten, im Gesellschaftsvertrag zu regelnden Voraussetzungen nach geltendem Recht grundsätzlich zulässig ist (vgl. *Ahlers*, Die Anwalts-GmbH nach geltendem Recht, AnwBl. 1991, 226; *ders.* FS f. *Rowedder* [1994], Die GmbH als Zusammenschluß Angehöriger freier Berufe zur gemeinsamen Berufsausübung, S. 1; *Heinemann*, Rechtsformwahl und Anwalts-GmbH, AnwBl. 1991, 233; *Grüber* a. a. O.; *Heßsler*, Die Rechtsanwalts-GmbH, JZ 1992, 697; *ders.*, Anwaltsgesellschaften, NJW 1993, 2139; *ders.* Die Freiberufler-GmbH, ZIP 1994, 844; Zur Zulässigkeit der Anwalts-GmbH nach geltendem Recht, AnwBl. 1993, 157; *Bakker*, Rechtsanwaltsgesellschaften in England, AnwBl. 1993, 245; *von Falkenhausen*, Brauchen die Rechtsanwälte ein Partnerschaftsgesetz? AnwBl. 1993, 479/481; Deutscher Richterbund, Reform des anwaltlichen Berufsrechts, DRiZ 1992, 29/32; vgl. ferner *Lenz*, Die Partnerschaft — Alternative Gesellschaftsform für Freiberufler? MDR 1994, 741/742 bei Fn. 25 und 29).

c) Die Auffassung, Rechtsanwälten sei es nach geltendem Recht verboten, sich in der Rechtsform der GmbH zusammenzuschließen, wird im wesentlichen damit begründet, daß einer GmbH, die nach Art. 1 § 1 RBerG erforderliche Erlaubnis nicht erteilt werden könne und § 4 BRAO die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft mit der Befähigung zum Richteramt verknüpfe, eine Befähigung, die nur von natürlichen Personen erworben werden könne. Daraus sei zu folgern, daß für die Zulassung einer Rechtsanwalts-GmbH eine entsprechende Gesetzesänderung erforderlich sei (vgl. z. B. *Odersky*, AnwBl. 1991, 238/242; ferner BGHZ 119, 225/234 m. w. N.). Weiter wird angeführt, daß gegen die Zulässigkeit einer Anwalts-GmbH die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts, das Vertrauensverhältnis zum Mandanten und der Charakter als freier Beruf sprechen würden (vgl. die Nachweise bei *Heßsler*, ZIP 1994 S. 848 bei Fn. 43, 44 und 42).

(1) Nach § 1 GmbHG muß nicht die Zulassung der GmbH für den Zusammenschluß von Rechtsanwälten in dieser Gesellschaftsform durch eine gesetzliche Regelung legitimiert sein; es bedürfte vielmehr eines gesetzlichen Verbotes der Anwalts-GmbH (vgl. *Ahlers*, FS f. *Rowedder*, 1994, S. 8). Daran fehlt es. Nach § 4 BRAO kann zur Rechtsanwaltschaft nur zugelassen werden, wer die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz erlangt oder die Eignungsprüfung nach dem Gesetz über die Eignungsprüfung für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 6. 7. 1990 (BGBl. I S. 1349) bestanden hat. Nach § 1 des Zahnheilkundengesetzes (ZHG) ist die Ausübung der Zahnheilkunde approbierten Zahnärzten vorbehalten. Zu dieser dem § 4 BRAO vergleichbaren Bestimmung hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß sie dem Angebot einer GmbH, ambulante Zahnbehandlungen als eigene vertrag-

liche Leistungen zu erbringen, grundsätzlich nicht entgegenstehe (vgl. BGHZ 124, 224). Ausübung der Zahnheilkunde im Sinne von § 1 ZHG bedeute eine Betätigung, die dem eigentlichen Bereich der zahnärztlichen Betätigung, nämlich Feststellung, Heilung oder Linderung des Leidens der Patienten, zuzuordnen sei. Unter diesen Begriff falle es aber nicht, wenn die GmbH lediglich die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine solche Betätigung der bei ihr angestellten Zahnärzte schaffe. Überträgt man diese Auffassung auf die Anwalts-GmbH, so kann aus § 4 BRAO zunächst nur hergeleitet werden, daß auch in einer GmbH diejenigen, welche die Rechtsberatungstätigkeit ausüben, die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft haben müssen; das können Gesellschafter, Geschäftsführer oder angestellte Rechtsanwälte sein. Soweit aber die Anwalts-GmbH als Organisationseinheit nur die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Ausübung der Rechtsberatungstätigkeit schafft, übt sie nicht selbst Rechtsberatung aus und bedarf daher nicht der Zulassung zur Rechtsanwaltschaft. Dem steht auch nicht entgegen, daß nach § 10 der 1. AVO z. RBERG in ganz besonders gelagerten Fällen einer juristischen Person die Erlaubnis zur Rechtsberatung nach Art. 1 § 1 RBERG erteilt werden kann. Das Rechtsberatungsgesetz hat eine andere Zielrichtung. Es soll Rechtsanwälte, die im Interesse der Rechtspflege als deren Organ standes- und gebührenrechtlichen Schranken unterliegen, im Bereich der Rechtsberatung gegen den Wettbewerb von Personen schützen, für die solche Einschränkungen nicht bestehen. Selbst wenn der Gesetzgeber die Ausübung der Rechtsberatungstätigkeit ausschließlich auf zugelassene Rechtsanwälte beschränken würde, könnte daraus ein Verbot der Anwalts-GmbH nicht hergeleitet werden.

(2) Ebenso wie der Beruf des niedergelassenen Arztes oder Zahnarztes ist der Beruf des „Kanzleirechtsanwalts“ ein durch Rechtstradition und allgemeine gesellschaftliche Anschauung geprägter typischer Beruf (vgl. hierzu BVerfGE 17, 232/241). Das ist aber nur eine Seite eines vielschichtigen Berufsbildes; denn neben dem Kanzleianwalt, der seine Tätigkeit selbständig ausübt, gibt es den angestellten Rechtsanwalt, den arbeitnehmerähnlichen Rechtsanwalt, den Syndikusanwalt, den Konkursverwalter, den Beirat, den Treuhänder etc. (vgl. BT-Drucks. 12/4993 S. 23; *Henssler*, ZIP 1994, 848/849). Weder aus dem in der Bundesrechtsanwaltsordnung verankerten Berufsbild des Rechtsanwalts noch aus vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht kann für den Rechtsanwalt ein einheitliches Berufsbild hergeleitet werden. Das geltende Recht kennt für den Rechtsanwalt eine Reihe von Betätigungsmöglichkeiten, die nicht abschließend festgelegt sind, sondern auch durch Rechtsfortbildung erweitert werden können. Existiert aber, wie ausgeführt, kein einheitliches Berufsbild des Rechtsanwalts, so fehlt es an der nach Art. 12 GG notwendigen Festlegung dieses Berufsbildes und seiner Ausschließlichkeit, die sich aus Gesetz oder vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht ergeben müßte.

(3) Die unbeschränkte und persönliche Haftung des Rechtsanwalts ist für das Berufsbild nicht mehr maßgebend. Nach § 51 a Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 51 Abs. 4 Satz 1 BRAO kann der Anwalt seine Haftung für fahrlässig verursachte Schäden durch Individualvereinbarung auf 500.000 DM beschränken; durch vorformulierte Vertragsbedingungen darf die Haftung auf 2 Millionen DM für Fälle einfacher Fahrlässigkeit beschränkt werden, sofern insoweit Versicherungsschutz besteht (§ 51 a Abs. 1 Nr. 2 BRAO).

d) Da somit eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Unzulässigkeit oder für ein Verbot der Anwalts-GmbH nicht gegeben ist, kann ihre Eintragung (hier die Änderung des Unternehmensgegenstandes der Satzung) nicht mit dem Hinweis auf ein angebliches standesrechtliches Verbot abgelehnt werden. Der Regierungsentwurf vom 19. 5. 1993 führt aus:

Den von Teilen der Rechtsanwaltschaft gemachten Vorschlag, die GmbH mit ergänzenden Sonderbestimmungen als mögliche Form der gemeinsamen anwaltlichen Berufsausübung zu öffnen, greift der Entwurf nicht auf. Trotz der Erfahrungen, die in anderen Beratungsberufen gemacht worden sind, verbleiben Zweifel, ob die Form einer Kapitalgesellschaft den besonderen Strukturen der anwaltlichen Tätigkeit gerecht werden kann, in deren Mittelpunkt das persönliche Vertrauensverhältnis vom Mandant zu seinem Anwalt steht (BT-Drucks. 12/4993 S. 23).

Daraus kann entnommen werden, daß auch der Entwurf von einer grundsätzlichen Zulässigkeit des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten in der Form einer Kapitalgesellschaft ausgeht. Wenn er nur Zweifel äußert, ob deren besondere Strukturen der anwaltlichen Tätigkeit gerecht werden können, kann daraus ein Verbot der Anwalts-GmbH nicht hergeleitet werden. Es bleibt dem rechtsuchenden Publikum überlassen, ob es eine Anwalts-GmbH beauftragt oder die „klassische“ Rechtsanwaltskanzlei aufsuchen will. Schließlich zeigt auch der Blick ins europäische Ausland, daß der Zusammenschluß von Rechtsanwälten in der Rechtsform von Kapitalgesellschaften nichts Außergewöhnliches ist. So ist z. B. in Frankreich die GmbH für Rechtsanwälte ausdrücklich zugelassen; ähnliches gilt für die Niederlande, Dänemark und England (vgl. *Stuber*, WiB 1994, 705, S. 706). Daraus folgt, daß auch in anderen Staaten der europäischen Union der Zusammenschluß von Rechtsanwälten in körperschaftlicher Form zur gemeinsamen Berufsausübung nicht etwa im Widerspruch zum Berufsbild der dortigen Rechtsanwälte steht.

Der Senat verkennt nicht, daß es die Stellung des Rechtsanwalts, der ein unabhängiges Organ der Rechtspflege ist, erfordert, eine Anwalts-GmbH nur zuzulassen, wenn bestimmte unerläßliche Mindestnormen eingehalten sind. Ist aber nach der derzeitigen Gesetzeslage, vor allem im Hinblick auf Art. 9, 12 GG die Anwalts-GmbH zulässig, bleibt es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diese Organisationsform im Interesse einer geordneten Rechtspflege und Rechtsberatung mit den erforderlichen Mindestnormen auszustatten (vgl. *Henssler*, JZ 1992, 697/709; *Bakker*, AnwBl. 1993, 245/246, je m. w. N.). Insbesondere *Henssler* (ZIP 1994, 849) weist zu Recht darauf hin, daß in Anlehnung an die Regelungen in den §§ 27 ff. WPO und §§ 49 ff. StBerG zu den zwingend notwendigen Bestandteilen einer gesetzlichen Normierung als Voraussetzungen einer Anwalts-GmbH zu zählen sind: Die Beschränkung der Geschäftsführerposition auf Rechtsanwälte. Keine Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern hinsichtlich der anwaltlichen Tätigkeit im Einzelfall. Das Verbot auswärtiger Kapitalbeteiligung. Der Abschluß einer Haftpflichtversicherung, deren Mindestbetrag deutlich höher als die Mindestversicherungssumme eines Einzelanwalts liegen muß.

Solange der Gesetzgeber davon absieht, diese Mindestnormen festzulegen, muß bei der Eintragung einer Anwalts-GmbH in das Handelsregister geprüft werden, ob nach den

Satzungsbestimmungen das Berufsbild des freien unabhängigen Rechtsanwalts gewahrt bleibt. Deshalb ist erforderlich, daß auch in der Anwalts-GmbH die Wesensmerkmale des Anwaltsberufes als eines Freien Berufes durch entsprechende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag gewahrt bleiben. Dazu gehören unter anderem die Eigenverantwortung, die Weisungsfreiheit in der Berufsausübung und, soweit vom Mandanten gewünscht, eine persönlich-vertrauensvolle Beziehung zum Auftraggeber (vgl. hierzu *Kempter*, BRAK-Mitt. 1994, 122). Die Satzung wird daher Vorsorge zu treffen haben, daß der Erwerb von Geschäftsanteilen der GmbH nur für den in § 59 a BRAO aufgeführten Personenkreis möglich ist, damit der Einfluß von berufsfremden Kapitaleignern zuverlässig ausgeschlossen bleibt. Ferner wird zu fordern sein, daß sich die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte in der Hand von Rechtsanwälten, die ihren Beruf aktiv in der Gesellschaft ausüben, befindet.

Sind die obengenannten Mindestnormen und die hier ergänzend aufgeführten Voraussetzungen in der Satzung sichergestellt, ist das Registergericht grundsätzlich nicht befugt, ohne gesetzliche oder vorkonstitutionelle gewohnheitsrechtliche Normen, zusätzliche Anforderungen, selbst wenn sie im Interesse der Rechtsuchenden für wünschenswert oder gar notwendig gehalten werden, an die Eintragungsfähigkeit einer Anwalts-GmbH zu stellen, wenn solche Anforderungen im Ergebnis das Recht der freien Berufswahl einschränken würden. Die Frage, wie der Senat zu entscheiden hätte, wenn die oben aufgeführten, für zwingend notwendig zu erachtenden Regelungen nicht satzungsmäßig niedergelegt sind, kann offenbleiben, da hier die Satzung der GmbH diese Fragen ersichtlich weitgehend behandelt und geregelt hat; andernfalls müßte der Gesellschaft zunächst Gelegenheit gegeben werden, eine geänderte oder ergänzte Satzung einzureichen. Das Registergericht wird daher eigenverantwortlich zu prüfen haben, ob die Satzung der Gesellschaft die für eine Anwalts-GmbH unerläßlichen Mindestnormen erfüllt oder ob aus seiner Sicht Anlaß besteht, gegebenenfalls durch Zwischenverfügung auf eine Änderung oder Ergänzung der Satzung hinzuwirken.

3. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind somit aufzuheben; die Sache ist an das Registergericht zurückzugeben, das unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Eintragung der Satzungsänderung zu entscheiden hat.

33. HGB §§ 161 Abs. 2, 108 Abs. 2; GmbHG § 8 Abs. 5 (*Firmenzeichnung bei Anmeldung einer GmbH & Co. KG*)

**Anläßlich der Handelsregisteranmeldung einer GmbH & Co. KG muß nur die Firma der KG, nicht die Firma der Komplementär-GmbH gezeichnet werden. Die Firma der Komplementär-GmbH ist nicht Bestandteil der Firma der GmbH & Co. KG.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Celle, Beschluß vom 1. 7. 1994 — 9 W 55/94 —

*Aus den Gründen:*

Die Beschwerde ist begründet.

Der seinerzeit zuständige hiesige 1. Zivilsenat hat in einem Beschluß vom 3. 5. 1979 (BB 1980, 223) entschieden, die Vorschrift, bei Anmeldung einer offenen Handelsgesellschaft

oder einer Kommanditgesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister deren Firma zu zeichnen (§§ 161 Abs. 2, 108 Abs. 2 HGB), könne nicht dahin interpretiert werden, daß bei der Zeichnung der Firma einer GmbH & Co. KG auch die Firma der Komplementär-GmbH gezeichnet werden müsse. Zur Begründung hat er im wesentlichen ausgeführt, daß die Firma der Komplementär-GmbH nicht Bestandteil der Firma der GmbH & Co. KG sei. § 108 Abs. 2 HGB könne auch nicht so ausgelegt werden, daß die zu hinterlegende *Unterschrift* in der Weise zu zeichnen sei, daß dabei die Firma der GmbH zu erwähnen sei. Nach § 35 Abs. 2 GmbHG müsse zwar der Geschäftsführer einer GmbH der Firma der Gesellschaft seine Namensunterschrift beifügen. Indessen gelte diese Vorschrift nur für die Zeichnung im Geschäftsverkehr. Zur Hinterlegung beim Registergericht müßten die Geschäftsführer nach § 8 Abs. 5 GmbHG dagegen nur ihre Unterschrift, nicht auch die Firma der GmbH zeichnen. Wollte man § 35 Abs. 3 GmbHG auf die GmbH & Co. entsprechend anwenden, so könne das sinnvollerweise nur so geschehen, daß die Geschäftsführer der GmbH die für die Kommanditgesellschaft abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärungen mit ihrer Unterschrift und der Firma derjenigen Gesellschaft zu zeichnen haben, die die Rechtswirkungen der jeweiligen Erklärung treffen. Das sei nur die GmbH & Co. Dann könne aber für die beim Registergericht zu hinterlegende Zeichnung nichts anders gelten. Es sei wenig sinnvoll zu verlangen, daß die Firma beim Gericht in anderer Form hinterlegt wird, als sie im Geschäftsverkehr tunlichst verwendet werden sollte. Für alle Arten der Kapitalgesellschaften schreibe das Gesetz nur vor, daß die zur Vertretung berufenen Personen ihre Unterschriften, nicht auch, daß sie die Firma zur Aufbewahrung beim Registergericht handschriftlich zeichnen (§ 8 Abs. 5 GmbHG, § 37 Abs. 5 AktG und § 11 Abs. 4 GenG). Das lege es nahe, die in § 108 Abs. 2 HGB für die Personengesellschaften des Handelsrechts enthaltene Regelung eher restriktiv als extensiv anzuwenden. Auch deshalb sei es nicht geboten, für die GmbH & Co. zu verlangen, daß neben der Firma der Kommanditgesellschaft auch die der Komplementär-GmbH handschriftlich gezeichnet werde.

Nach wohl noch herrschender Auffassung haben im Gegensatz zu dem vom seinerzeit zuständigen 1. Zivilsenat vertretenen Standpunkt bei einer GmbH & Co. KG die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zu zeichnen: zunächst die Firma der GmbH & Co. KG, dann die Firma der Komplementär-GmbH und zuletzt ihre eigenen Unterschriften (vgl. zuletzt BayObLG NJW 1988, 2051 mit umfassenden Nachweisen). Zur Begründung wird darauf hingewiesen, die Einsicht in das Handelsregister sowie in die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke sei jedem gestattet (§ 9 Abs. 1 HGB). Diese ermögliche demnach auch die Nachprüfung der Firmenzeichnung. Die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH könnten aber im Handelsverkehr wahlweise mit der Firma der GmbH & Co. KG und mit derjenigen der GmbH zeichnen. Durch die beim Registergericht hinterlegte Firmenzeichnung müsse gewährleistet sein, daß Auskunft über sämtliche Möglichkeiten der Firmenzeichnung durch die dazu berufenen Personen erlangt werden könne (BayObLG NJW 1988, 2051).

Der jetzt zuständige 9. Zivilsenat hält an der Rechtsprechung des 1. Zivilsenats im Hinblick auf eine praxisgerechte Ausgestaltung des Anmeldeverfahrens fest. Die §§ 161 Abs. 2, 108 Abs. 2 HGB enthalten keine ausdrückliche

Regelung für die Zeichnung einer GmbH & Co KG. Denn sie sind geschaffen worden, bevor die generelle Zulässigkeit dieser Gesellschaftsform durch das Reichsgericht (RGZ 105, 101) festgestellt wurde. Hält man sich an den bloßen Wortlaut des § 108 Abs. 2 HGB, so genügt es, wenn die Firma der KG handschriftlich gezeichnet wird und wenn außerdem die Unterschriften der diese Gesellschaft vertretenden natürlichen Personen zur Aufbewahrung bei Gericht gezeichnet werden. Da die Firma der persönlich haftenden GmbH von der Firma der Kommanditgesellschaft zu unterscheiden ist, muß sie nach dem Wortlaut des § 108 Abs. 2 HGB nicht gezeichnet werden. Auch aus § 35 Abs. 3 GmbHG ergibt sich nichts Gegenteiliges. Diese Vorschrift betrifft (lediglich) die Offenlegung des Handelns für die GmbH im Rechtsverkehr.

Danach könnte sich das Erfordernis, daß die Firma der GmbH — handschriftlich — zu zeichnen ist, nur noch aus dem Zweck des § 108 Abs. 2 HGB ergeben. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Zeichnung der Unterschrift soll dazu dienen, den am Rechtsverkehr beteiligten Personen eine möglichst sichere Grundlage für die im Handelsverkehr häufig erforderliche Prüfung der Echtheit von Unterschriften zu gewährleisten (RGZ 54, 168, 171). Dafür genügt es — das hat der hiesige 1. Zivilsenat (BB 1980, 223) überzeugend dargelegt —, wenn lediglich die handschriftlich gezeichnete Firma der Kommanditgesellschaft und die Unterschriften der für die GmbH vertretungsberechtigten Personen bei Gericht hinterlegt sind. Der Zweck des § 108 Abs. 2 HGB fordert keine darüber hinausgehende — handschriftliche — Zeichnung (ebenso *Ulmer* in *Großkomm. HGB*, 4. Aufl., § 108 Rdnr. 21; *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*, 15. Aufl., § 8 Rdnr. 16).

§ 108 Abs. 2 HGB verlangt danach nur, daß die Firma der einzutragenden Gesellschaft und die Unterschriften der vertretungsberechtigten Personen zur Aufbewahrung bei Gericht zu zeichnen sind. Aus der Anmeldung muß sich lediglich ergeben, daß sie auch namens der persönlich haftenden GmbH bewirkt wird. Wie dies zu geschehen hat, ist nicht näher geregelt. Es genügt, da auch Handelsregisteranmeldungen auslegungsfähig sind, jede Formulierung, die den Willen, (auch) für die Komplementär-GmbH zu handeln, erkennen läßt (*Baumgart*, *DNotZ* 1979, 761 ff.).

Der Senat hat ebenso wie seinerzeit der hiesige 1. Zivilsenat keine Möglichkeit, dem Bundesgerichtshof die Rechtsfrage gem. § 28 Abs. 2 FGG zur abschließenden Klärung vorzulegen, weil die bisher im Rahmen der Anmeldung einer GmbH & Co. KG ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen sich in erster Linie mit anderen Rechtsfragen beschäftigen, also nicht auf der Beantwortung der Frage nach dem Umfang der Zeichnungspflicht beruhen. Das wäre aber für eine Vorlage an den Bundesgerichtshof erforderlich (vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 13. Aufl., § 28 Rdnr. 18). Auch das BayObLG (NJW 1988, 2051) und das Oberlandesgericht Hamm (OLGZ 1983, 257) haben ihre abweichenden Rechtsauffassungen lediglich im Rahmen von Hinweisen für das weitere Verfahren des Registergerichts geäußert.

34. GmbHG § 8 Abs. 3 (*Inhalt der GmbH-Registeranmeldung*)

**In die Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG müssen die Überschriften der §§ 283 bis 283 d StGB nicht aufgenommen werden. Die §§-Zitierung unter Anfügung des Wortes „Konkursstraftat“ in einer Formulierung wie „ich bin nicht wegen einer Straftat nach §§ 283 bis 283 d StGB (Konkursstraftat) verurteilt . . .“ genügt.**

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Thüringen, Beschluß vom 6. 9. 1994 — 6 W 311/94 (54) —, mitgeteilt von Notar *Dr. Heinrich Kreuzer*, Parsberg/Opf.

*Aus dem Tatbestand:*

Der Notar hat Gründungsurkunde, Gesellschafterliste und Einzahlungsnachweis für die Beschwerdeführerin (GmbH i. Gr.) bei dem Registergericht eingereicht und deren Eintragung beantragt. Der Eintragungsantrag enthielt u. a. folgende Angabe:

„Der Geschäftsführer versichert hierzu:

Es liegen keine Umstände vor, die meiner Bestellung zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Sätze 2–4 GmbHG entgegenstehen; ich bin also insbesondere nicht wegen einer Straftat nach §§ 283 bis 283 d StGB (Konkursstraftat) verurteilt worden, und mir ist nicht durch gerichtliches Urteil oder durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufs, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbezweiges untersagt worden. Ich bin ferner vom unterschriftsbeglaubigenden Notar über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht nach § 53 Abs. 2 BZRG belehrt worden.“

Mit Zwischenverfügung hat der Registerrichter diese Versicherung gem. § 8 Abs. 3 GmbHG als unzureichend beanstandet, da jeder Ausschlußgrund einzeln aufzuführen und zu verneinen sei und stattdessen folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Ich versichere hiermit, daß keine Umstände vorliegen, die meiner Bestellung zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG entgegenstehen.

Insbesondere wurde ich niemals wegen einer Konkursstraftat (Bankrott, Verletzung der Buchführungspflicht, Gläubigerbegünstigung, Schuldnerbegünstigung, §§ 283 bis 283 d StGB) rechtskräftig verurteilt und die Ausübung eines Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbezweiges ist mir weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde untersagt worden.

Über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht wurde ich durch den amtierenden Notar belehrt.“

Der Beschwerde hiergegen half das Registergericht nicht ab. Das Landgericht hat die Beschwerde mit dem angefochtenen Beschluß zurückgewiesen, da die vorliegende Versicherung des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin der Auskunftspflicht gem. § 8 Abs. 3 GmbHG nicht genüge und dem Registergericht eine hinreichende Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht ermögli- che.

Die weitere Beschwerde führte zur Zurückverweisung an das Amtsgericht.

*Aus den Gründen:*

In der Sache führt das Rechtsmittel zu einem Teilerfolg. Die ablehnenden Vorentscheidungen legen § 8 Abs. 3 GmbHG zu eng aus.

Nach § 8 Abs. 3 GmbHG hat der Geschäftsführer in der Anmeldung zu versichern, daß in seiner Person keine

Umstände vorliegen, die seiner Geschäftsführerbestellung nach § 6 GmbHG entgegenstehen und daß er über seine Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt worden ist. Nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich auch der Senat anschließt, genügt hierzu die pauschale Angabe, daß Ausschlußgründe der in § 6 GmbHG genannten Art nicht vorliegen, nicht. Vielmehr ist eine konkrete Erklärung des Nichtvorliegens unter Bezugnahme auf die einzelnen Ausschlußgründe und den Unternehmensgegenstand erforderlich. Nur so wird das Registergericht in die Lage versetzt, ohne eigene Einholung eines Bundeszentralregisterauszuges oder sonstige aufwendige weitere Ermittlungen zu prüfen, ob der Geschäftsführerbestellung Hinderungsgründe entgegenstehen (*Ulmer/Hachenburg*, GmbHG, 8. Aufl., 1992, § 8 Rdnr. 34; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., 1991, § 8 Rdnr. 14, BayObLG BB 1982, 200; so wohl auch BayObLG Rpfleger 1982, 150, jedoch auf § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG abstellend; ebenso LG Kassel, Rpfleger 1982, 152).

Der Senat erachtet den vom Beschwerdeführer verwandten Text seiner Versicherung für noch ausreichend, um dem Registergericht die erforderliche Prüfung zu ermöglichen. Die Ausschlußgründe gem. § 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG sind umfassend ausgeführt und verneint.

Aber auch die Versicherung des Fehlens einschlägiger strafgerichtlicher Verurteilungen genügt den an sie zu stellenden Anforderungen. Sie führt nicht nur die entsprechenden Paragraphen des Strafgesetzbuches auf, sondern gibt auch die Überschrift des 24. Abschnitts des StGB („Konkursstrafaten“) wieder. Die wörtliche Wiederholung der Überschriften der einzelnen Tatbestände der §§ 283 bis 283 d StGB erscheint in einem solchen Fall entbehrlich, da sie insbesondere für den anmeldenden juristischen Laien nicht besonders „griffig“ sind. Seiner Erklärung, er sei auch nicht wegen — etwa — des „besonders schweren Falles des Bankrotts“ verurteilt, wird keine größere Überzeugungskraft beizumessen sein, als wenn diese nur lauten würde, er sei nicht wegen Konkursstrafaten nach §§ 283 — 283 d StGB bestraft worden.

## Kostenrecht

35. KostO § 144 Abs. 2 (*Kostenermäßigung gem. § 144 Abs. 2 KostO nur bei ausschließlich mildtätigen Zwecken*)

**Die Ermäßigung der Notargebühren nach § 144 Abs. 2 KostO ist nur zu gewähren, wenn ausschließlich mildtätige oder/und kirchliche Zwecke, nicht aber, wenn daneben auch gemeinnützige Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgt werden.**

BayObLG, Beschluß vom 13. 10. 1994 — 3 Z BR 210/94 = BayObLGZ 1994 Nr. 55 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

### *Aus dem Tatbestand:*

Der Notar nahm für den Beteiligten, der als Verein mildtätige und gemeinnützige Zwecke verfolgt, mehrere Beurkundungen vor, die er diesem mit Kostenberechnungen vom 28. 9. 1992 (Kostenreg. Nr. 2128 und 2129), berichtigt am 7. 10. 1992, und vom 1. 2. 1993 (Kostenreg. Nr. 236 bis 239), berichtigt am 1. 3. 1993, in Rechnung stellte. Eine Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 2 KostO wurde dem Beteiligten nicht gewährt.

Gegen die Kostenberechnungen erhob der Beteiligte Einwendungen. Er rügt, daß seinem Antrag auf Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 2 KostO nicht entsprochen worden sei. Für die Gebührenermäßigung sei es unschädlich, wenn mehrere steuerbegünstigte Zwecke nebeneinander, somit hier neben mildtätigen auch gemeinnützige Zwecke, verfolgt würden. Ansonsten läge ein Verstoß gegen Art. 3 GG vor.

Der Notar hält an der Versagung der Gebührenermäßigung fest.

Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten als unbegründet zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Die weitere Beschwerde blieb erfolglos.

### *Aus den Gründen:*

a) (1) Nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung des § 144 Abs. 2 KostO ist die Gebührenermäßigung des § 144 Abs. 1 KostO nur einer Körperschaft, Vereinigung oder Stiftung zu gewähren, die ausschließlich und unmittelbar mildtätige oder kirchliche Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgt. Die KostO schränkt die Gebührenermäßigung somit auf die ausschließliche (§ 56 AO) und unmittelbare (§ 57 AO) Verfolgung mildtätiger Zwecke (§ 53 AO) oder (und) kirchlicher Zwecke (§ 54 AO) ein; die Verfolgung (auch) gemeinnütziger Zwecke (§ 52 AO) ist von der Privilegierung ausgenommen. Die Verweisung auf die Abgabenordnung in § 144 Abs. 2 KostO erfolgt nur hinsichtlich der in der Regelung abschließend aufgeführten privilegierten Zwecke und nicht allgemein. Sie macht deutlich, daß ein gesetzgeberisches Versehen (versehentliche Nichtaufführung der gemeinnützigen Zwecke) ausscheidet. Gegenteiliges ist auch den Materialien zur Neufassung des § 144 Abs. 2 KostO (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 11/4394 S. 11) nicht zu entnehmen.

(2) Die Einschränkung der Privilegierung auf die Verfolgung ausschließlich mildtätiger oder kirchlicher Zwecke hat der Gesetzgeber bewußt vorgenommen. Er wollte die Gebührenermäßigung offensichtlich nicht auf den weiten Bereich der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Sinne des § 52 AO ausdehnen, der die schwer zu vermeidende Gefahr der Ausuferung der Bevorteilung in sich birgt (vgl. *Kühn/Kutter/Hofmann*, AO, 16. Aufl., § 52 Anm. 3), sondern die Privilegierung auf die beiden Fälle steuerbegünstigter Zwecke, nämlich der selbstlosen Unterstützung hilfsbedürftiger oder wirtschaftlich notleidender Personen oder der selbstlosen Förderung einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, beschränken. Daß die Abgrenzung von Gemeinnützigkeit und Mildtätigkeit im Einzelfall nicht immer scharf zu treffen ist (vgl. *Hübshmann/Hepp/Spitaler*, AO und FGO, § 53 AO Rdnr. 7), enthebt nicht der Verpflichtung, die vom Gesetz geforderte Beschränkung zu beachten.

(3) Dem Gesetzgeber stand es frei, die Gebührenermäßigung abweichend von der Steuerbegünstigung — insbesondere im Hinblick auf das Gebührenaufkommen der Notare (vgl. BVerfGE 69, 373/ 378 f.) — weiter einzuschränken (vgl. BVerfGE 21, 12/26 f.). Er durfte die Vergünstigung im Interesse einer möglichst eindeutigen und praktikablen Regelung daran anknüpfen, daß die privilegierten Zwecke „ausschließlich“ und nicht neben anderen nicht begünstigten Zwecken verfolgt werden.

Entgegenstehende Gründe übergeordneten Rechts, insbesondere wegen des Willkürverbots (§ 3 Abs. 1 GG), sind angesichts der verschiedenen Tatbestände der gemeinnützigen und der mildtätigen Zwecke nicht ersichtlich.

b) Da der Beteiligte nicht nur mildtätige Zwecke verfolgt, ist ihm, auch wenn ihm im übrigen Gemeinnützigkeit zuerkannt ist, die Gebührenermäßigung des § 144 Abs. 2 KostO nicht zu gewähren (so *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 12. Aufl., § 144 Rdnr. 12; vgl. auch *Schmidt*, MittRhNotK 1989, 209/210).

Die weitere Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist zurückzuweisen.

## Steuerrecht

36. EStG §§ 7 Abs. 1 Satz 1, 9 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Nr. 7, 21 (*Nebenaufwendungen bei Immobilienfonds als Grundstücksanschaffungskosten*)

**Auch bei Immobilienfonds gehören modellbedingte Nebenaufwendungen (Provisionen und Gebühren der Initiatoren) regelmäßig zu den Anschaffungskosten des bebauten und vermieteten Grundstücks (Anschluß an das Urteil vom 14. 11. 1989 — IX R 197/84, BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299 = MittBayNot 1990, 200).**

BFH, Urteil vom 11. 1. 1994 — IX R 82/91 —

37. AO 1977 § 46 Abs. 2, 3 und 5; BGB §§ 177, 180, 409 (*Abtretung von Steuererstattungsansprüchen*)

**Zur Wirksamkeit der Abtretung von Steuererstattungsansprüchen, wenn die Abtretung der Finanzbehörde nicht vom (bisherigen) Gläubiger, sondern vom Abtretungsempfänger angezeigt worden ist (Vollmacht, Genehmigung, Schuldnerschutz).**

BFH, Urteil vom 22. 3. 1994 — VII R 117/92 —

### Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) traten zur Sicherung der Ansprüche einer Bank gegenüber Unternehmen, an denen sie beteiligt waren, ihre Einkommensteuer- und Kirchensteuererstattungsansprüche an die Bank ab. Die Abtretungsanzeigen auf dem amtlichen vorgeschriebenen Vordruck wurden von den Klägern unterzeichnet und am 12. 10. 1984 von der Bank dem Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt — FA —) übersandt. In einer am 24. 10. 1984 von den Klägern unterzeichneten weiteren Abtretungserklärung über ihre Steuererstattungsansprüche an die Bank heißt es wörtlich: „Die Anzeige dieser Abtretung an das zuständige Finanzamt wird von Ihnen vorgenommen.“

Mit Schreiben vom 28. 11. 1984 teilten die Rechtsanwälte der Kläger dem FA u. a. mit, daß die Abtretungen der Steuererstattungsansprüche der Kläger an die Bank angefochten und dadurch rückwirkend aufgehoben worden seien. Das FA verfügte im Januar 1985 die Auszahlung der Einkommensteuer- und Kirchensteuerguthaben der Kläger an die Bank.

Durch Abrechnungsbescheid vom 18. 1. 1990 stellte das FA fest, daß den Klägern die von ihnen geltend gemachten Steuererstattungsansprüche nicht zustünden, weil sie durch Auszahlung der Erstattungsbeträge an die Bank erloschen seien. Der Einspruch, mit dem die Kläger im wesentlichen vortrugen, die Abtretungen seien unwirksam, weil die Bank nicht bevollmächtigt gewesen sei, sie dem FA anzuzeigen, blieb erfolglos.

Die Klage wurde vom Finanzgericht (FG) abgewiesen.

Die gegen das Urteil erhobene Revision blieb erfolglos.

### Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet.

Wie das FG zutreffend entschieden hat, ist der angefochtene Abrechnungsbescheid insoweit rechtlich nicht zu beanstanden, als mit ihm festgestellt wird, daß den Klägern Einkommensteuer- und Kirchensteuererstattungsansprüche nicht mehr zustehen, weil sie durch Auszahlung der Erstattungsbeträge an die Bank als Zessionarin erloschen sind (§§ 46, 47 AO 1977). Die Abtretung dieser Ansprüche war wirksam; die Kläger müssen die dem FA gegenüber angezeigten Abtretungen gegen sich gelten lassen. Das FA ist deshalb mit der Auszahlung an die Bank auch den Klägern gegenüber von seiner Leistungspflicht frei geworden.

1. a) Nach § 46 Abs. 2 AO 1977 wird die — nach Abs. 1 zulässige — Abtretung von Steuererstattungsansprüchen erst wirksam, wenn sie der Gläubiger in der nach Abs. 3 vorgeschriebenen Form der zuständigen Finanzbehörde nach Entstehung des Anspruchs anzeigt. Wie das FG festgestellt hat, entsprachen die für die Streitjahre dem FA vorgelegten Abtretungsanzeigen der in § 46 Abs. 3 AO 1977 vorgeschriebenen Form. Zweifel an der Wirksamkeit der Anzeigen bestehen allein deshalb, weil die formalisierten Abtretungsanzeigen nicht — wie in § 46 Abs. 2 AO 1977 vorgeschrieben — von den (bisherigen) Gläubigern, den Klägern, sondern von der Bank als Abtretungsempfängerin dem FA übersandt worden sind.

Die Anzeige durch den Zessionar ist nach herrschender Meinung unwirksam, weil dieser zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich des Anspruchs noch nicht Verfügungsberechtigt ist. Der Gläubiger kann sich aber bei seiner Anzeige des Abtretungsempfängers oder einer anderen Person als Vertreter oder Boten bedienen (*Tipke/Kruse*, Abgabenordnung-Finanzgerichtsordnung, 14. Aufl. § 46 AO 1977 Tz. 4 h; *Schwarz*, Kommentar zur Abgabenordnung, § 46 Anm. 14). Das FG hat keine Feststellungen darüber getroffen, ob die Kläger die Bank zur Anzeige der Abtretungen an das FG bevollmächtigt haben. Es hat diese Frage offengelassen, weil die Kläger nach seinen Feststellungen jedenfalls die Anzeige durch die Bank genehmigt haben, was nach Auffassung des FG rechtlich zulässig war.

b) Nach dem Urteil des FG Berlin (EFG 1992, 103) soll es unerheblich sein, wer die Abtretungsanzeige beim FA einreicht, sofern nur die Anzeige selbst von dem Gläubiger stammt, da der Begriff des „Anzeigens“ i. S. von § 46 Abs. 2 AO 1977 nicht notwendig den des „Einreichens“ umfasse. Nach dieser Auffassung ist nach dem Sinn und Schutzzweck des § 46 AO 1977 vielmehr maßgeblich, ob der Zedent die Anzeige wissentlich und willentlich aus der Hand gegeben hat, um die Abtretung der Behörde bekannt werden zu lassen (ebenso: *Tipke/Kruse*, § 46 AO 1977 Tz. 4 h). Auf welche Weise eine derartige Anzeige dem FA zugeht, ist danach eine bloß formelle Übermittlungsmodalität.

Der Senat folgt dieser Auffassung jedenfalls insoweit, als sich im Regelfall aus einer formgerechten, vom Gläubiger (Abtretenden) unterschriebenen Abtretungsanzeige auf dem amtlich vorgeschriebenen Vordruck, die der Abtretende dem Abtretungsempfänger wissentlich und willentlich überläßt, auf die Bevollmächtigung des Abtretungsempfängers schließen läßt, diese Anzeige zum Wirksamwerden der Abtretung dem FA zu übermitteln. Dies ist aus Praktikabili-

tätsgründen auch deshalb anzunehmen, weil für das FA in vielen Fällen nicht erkennbar sein wird, wer ihm die Abtretungsanzeige übermittelt hat. Im Streitfall spricht neben der Tatsache, daß die der Form des § 46 Abs. 3 AO 1977 entsprechenden, von den Abtretenden und vom Abtretungsempfänger unterschriebenen Anzeigen der Bank (Abtretungsempfänger) überlassen worden sind für deren Bevollmächtigung zur Abgabe der Abtretungsanzeige gegenüber dem FA auch die nachfolgende Erklärung der Kläger vom 24. 10. 1984, worin ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden ist, daß die Anzeige der Abtretung an das zuständige FA von der Bank vorgenommen werden sollte. Darin muß nicht — wie das FG angenommen hat — nur eine Genehmigung der bereits erfolgten Anzeige durch die Bank liegen. Die schriftliche Erklärung der Kläger vom 24. 10. 1984 kann vielmehr bei natürlicher Betrachtungsweise — ebenso wie die darin enthaltene Wiederholung der Abtretungserklärung selbst — insgesamt als eine Bestätigung bereits vorher abgegebener Willenserklärungen angesehen werden.

Es kann dahinstehen, ob das Revisionsgericht im Streitfall ohne eine entsprechende Würdigung durch die Tatsacheninstanz zu einer eigenständigen Auslegung der Willenserklärung der Kläger in dem vorstehenden Sinne — Vollmacht zur Anzeige — befugt ist. Die Abtretungen sind jedenfalls deshalb wirksam, weil die Kläger die Anzeige der Abtretungen an das FA durch die Bank genehmigt haben und diese Genehmigung — wie das FG zutreffend entschieden hat — rechtlich zulässig und wirksam war.

2. Die Anzeige der Abtretung nach § 46 Abs. 2 AO 1977 stellt eine einseitige amtsempfangsbedürftige Willenserklärung dar (*Tipke/Kruse*, § 46 AO 1977 Tz. 4; *Boeker in Hübschmann/Hepp/Spitaler*, Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 9. Aufl., § 46 AO 1977 Anm. 18). Nach § 180 Satz 1 BGB sind einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Vertreter ohne Vertretungsmacht vornimmt, unzulässig; sie sind grundsätzlich nichtig und nicht genehmigungsfähig. Der Zweck dieser Regelung ist die Wahrung der Gewißheitsinteressen der von dem Rechtsgeschäft Betroffenen. Da sie sich dem Vertreterhandeln nicht entziehen können, sollen sie nicht gegen ihren Willen der schwebenden Unwirksamkeit ausgesetzt sein (vgl. MünchKomm-BGB/*Schramm*, 3. Aufl., § 180 Rdnr. 1). Für empfangsbedürftige einseitige Willenserklärungen sieht § 180 Satz 2 BGB bei der aktiven Stellvertretung ohne Vertretungsmacht eine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtigkeit nach Satz 1 der Vorschrift vor. Hat derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handle, so finden danach die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Das Rechtsgeschäft ist in diesem Falle schwebend unwirksam und kann durch die Genehmigung des Vertretenen rückwirkend geheilt werden (§ 177 Abs. 1 BGB), weil der Erklärungsempfänger, der sich trotz der mangelnden Vertretungsmacht des Erklärenden nicht gegen das Rechtsgeschäft wendet, nicht schutzwürdig ist.

Im zivilrechtlichen Schrifttum wird die Anwendbarkeit des § 180 Satz 2 BGB und damit die Genehmigungsfähigkeit bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen überwiegend abgelehnt, weil die Bestimmung auf den Verkehr mit Behörden nicht passe und hierfür ungeeignet erscheine (vgl.

*Soergel/Leptin*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., § 180 Rdnr. 3; *Erman/Brox*, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., § 180 Rdnr. 5; *Palandt/Heinrichs*, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Aufl., § 180 Anm. 1; ebenso: BPatG, NJW 1964, 615). Der erkennende Senat schließt sich aber für die hier zu beurteilende Anzeige der Abtretung gegenüber dem FA (§ 46 Abs. 2 BGB) — ebenso wie das FG — der differenzierenden Auffassung von *Schramm* (MünchKomm, § 180 Rdnr. 3) an (ebenso zuvor schon bis zur 2. Auflage dieses Kommentars: *Thiele*).

Danach ist es nicht gerechtfertigt, auf amtsempfangsbedürftige Rechtsgeschäfte § 180 Satz 2 BGB überhaupt nicht anzuwenden, denn auch die Behörde, der gegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, hat die Möglichkeit, den Zustand der Ungewißheit zu verhindern (§§ 174, 180 Satz 2 BGB) oder abzukürzen (§ 180 Satz 2 i. V. m. § 177 Abs. 2 BGB). Diese Ausnahmvorschrift gilt dann nicht, wenn die Erklärung außer der Behörde auch einem anderen gegenüber hätte abgegeben werden können, da in diesem Falle auch dessen Gewißheitsinteressen berührt sind. Allein mit der Interessenlage in dem letztgenannten Fall wird, soweit überhaupt eine Begründung gegeben wird, in der sonstigen Kommentarliteratur — zu Unrecht, weil zu weitgehend — die generelle Ablehnung der Anwendbarkeit des § 180 Satz 2 BGB auf amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen begründet (vgl. *Soergel/Leptin*, § 180 Rdnr. 3). Der Beschluß des BPatG in NJW 1964, 615 stellt für die Unanwendbarkeit des § 180 Satz 2 BGB auf amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen (hier: Verzicht auf ein Patent) auf die Besonderheiten des patentamtlichen Verfahrens und auf das Interesse der Allgemeinheit an der Rechtssicherheit hinsichtlich der Eintragungen in die Patentrolle ab. Auch dieser Zwang zur Berücksichtigung von Allgemeininteressen ist bei der Anzeige nach § 46 Abs. 2 AO 1977 nicht gegeben.

Da die in § 46 Abs. 2 AO 1977 vorgeschriebene Anzeige der Abtretung nach dem eindeutigen Wortlaut und Zweck der Vorschrift allein der zuständigen Finanzbehörde gegenüber abzugeben ist und die Erklärung gegenüber einem anderen, auf dessen Gewißheitsinteressen Rücksicht zu nehmen wäre, hier rechtlich gar nicht möglich oder wirksam wäre, steht der Anwendbarkeit des § 180 Satz 2 BGB im Streitfall nichts im Wege. Denn das FA, das als Empfänger der einseitigen Willenserklärung diese ohne Beanstandung entgegengenommen hat, obwohl es — wie das FG festgestellt hat — erkennen konnte, daß die Anzeige nicht von den Altgläubigern, den Klägern, sondern von der Bank stammte, deren Vertretungsmacht zur Anzeige ihm nicht nachgewiesen worden war, ist hinsichtlich des Zustandes der schwebenden Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht schutzwürdig. Es hatte die Möglichkeit, den Zustand der Ungewißheit durch einen Hinweis an die Bank, daß eine Bevollmächtigung erforderlich sei, zu verhindern, oder zu beheben. Neben dem Interesse der Finanzbehörde als Schuldner der abgetretenen Forderung werden hier durch die Anzeige nach § 46 Abs. 2 AO 1977 und damit auch durch § 180 BGB die Interessen anderer, die an dem Rechtsgeschäft der Abtretung beteiligt sind, nicht geschützt. Die Kläger konnten somit nach § 180 Satz 2 i. V. m. §§ 177, 184 Abs. 1 BGB die zunächst ohne ihre Vertretungsmacht durch die Bank vorgenommene Anzeige der Abtretungen mit Rückwirkung genehmigen.

Da es insgesamt um die Wirksamkeit der Abtretung als privatrechtliches Rechtsgeschäft geht, ist die Anwendung

der vorgenannten Vorschriften des Privatrechts — entgegen der Auffassung der Revision — auch nicht systemwidrig, zumal die Interessen des FA dadurch nicht beeinträchtigt werden. Die Genehmigung der Anzeige ist — wie das FG zutreffend entschieden hat — durch die an die Bank gerichtete Erklärung der Kläger vom 24. 10. 1984 erfolgt, die den Satz enthält: „Die Anzeige dieser Abtretung an das zuständige Finanzamt wird von Ihnen vorgenommen.“ Die Abtretungen sind somit dem FA gegenüber wirksam angezeigt worden, so daß auch das Rechtsgeschäft nach § 46 Abs. 2 und 3 AO 1977 wirksam ist.

3. a) Der Senat ist im übrigen der Auffassung, daß sich die Kläger, selbst wenn man mit der Revision von der Unwirksamkeit der Anzeige mangels Genehmigungsfähigkeit der von der Bank abgegebenen einseitigen amtsempfangsbedürftigen Willenserklärung ausgehen würde (§ 180 Satz 1 BGB), hinsichtlich ihrer Steuererstattungsansprüche nicht auf die Unwirksamkeit der Abtretungen an die Bank berufen können. Wird die Abtretung der Finanzbehörde angezeigt, so müssen nach § 46 Abs. 5 AO 1977 der Abtretende und der Abtretungsempfänger dieser gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam oder wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 4 AO 1977 nichtig ist. Die Regelung entspricht § 409 Abs. 1 BGB und dient wie diese dem Schuldnerschutz. Dem FA soll es vor der Auszahlung an den ihm angezeigten Abtretungsempfänger erspart werden zu prüfen, ob die Abtretung wirksam geworden ist.

Wie der Senat (BFHE 162, 202, BStBl II 1991, 201) entschieden hat, folgt aus dem Schutzzweck des § 46 Abs. 5 AO 1977, daß das FA, dem die Abtretung angezeigt worden ist und das an den Abtretungsempfänger gezahlt hat, auch dann von seiner Leistungspflicht gegenüber dem Abtretenden frei wird, wenn die Abtretungsanzeige nicht der in § 46 Abs. 3 AO 1977 vorgeschriebenen Form entspricht. Daraus kann für den Streitfall gefolgert werden, daß der Abtretende, der — wie die Kläger — eine formgerechte Abtretungsanzeige unterzeichnet und sie dem Abtretungsempfänger in der Weise überlassen hat, daß dieser zumindest tatsächlich in die Lage versetzt wurde, die Anzeige der Finanzbehörde zu übermitteln, sich dem FA gegenüber auch dann nicht auf die Unwirksamkeit der Abtretung berufen kann, wenn es an der Bevollmächtigung zur Anzeige der Abtretung durch den Abtretungsempfänger bzw. zur Übermittlung der Abtretungsanzeige durch diesen als Boten fehlt. Denn der Schuldnerschutz greift nach dem Wortlaut des § 46 Abs. 5 AO 1977 generell ein, wenn die angezeigte Abtretung „nicht erfolgt oder nicht wirksam oder ... nichtig ist“. Die Unwirksamkeit einer Abtretung im Sinne dieser Vorschrift kann sich danach gem. § 46 Abs. 2 AO 1977 auch daraus ergeben, daß die vorgeschriebene Anzeige an das FA zwar im tatsächlichen Sinne erfolgt, aber rechtlich nicht wirksam ist, weil es an der Bevollmächtigung des hierzu nach dem Gesetz nicht ermächtigten Abtretungsempfängers durch den Abtretenden fehlt.

Da die Schuldnerschutzregelung hinsichtlich der Rechtsgründe, aus denen die Abtretung nicht wirksam ist, keinerlei Einschränkungen enthält, verdient die vorstehende Gesetzesauslegung den Vorzug gegenüber einer Betrachtungsweise, die für die Anwendung des § 46 Abs. 5 AO 1977 eine „ordnungsgemäße“ Anzeige durch den Gläubiger verlangt (so das FG unter Hinweis auf *Schwarz*, § 46 AO 1977 Anm. 14 und 20). Eine den Schuldnerschutz auslösende

Anzeige der Abtretung kann somit auch dann vorliegen, wenn diese nach § 46 Abs. 2 oder 3 AO 1977 unvollständig oder fehlerbehaftet ist (Senat in BFHE 162, 202, BStBl II 1991, 201, 203), wozu auch die fehlende Vollmacht des Gläubigers zu der Anzeige gehört. Dem entspricht auch die Gesetzesbegründung der Vorschrift (früher § 159 Abs. 4 der Reichsabgabenordnung), in der es heißt: „Da das Lohnsteuerverfahren ein Massenverfahren ist, das im Interesse der redlichen Steuerzahler ohne zeitliche Verzögerung abgewickelt werden muß, ist den Finanzbehörden die eingehende Überprüfung der Wirksamkeit einer eingegangenen Abtretungserklärung nicht zuzumuten“ (BT-Drucks 7/2852, S. 47).

Dies gilt auch hinsichtlich des Vorliegens einer Vollmacht des (bisherigen) Gläubigers für eine Abtretungsanzeige, die dem FA vom Abtretungsempfänger übermittelt worden ist, zumal die Bevollmächtigung des Zessionars in der Regel gegeben sein wird, wenn dieser die vom Zedenten unterschriebene Abtretungsanzeige dem FA einreicht.

Für die Richtigkeit der Auffassung des Senats spricht auch die Regelung in § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB, die die dem Schuldnerschutz gem. § 46 Abs. 5 AO 1977 entsprechende Vorschrift des Zivilrechts (dort § 409 Abs. 1 Satz 1 BGB) ergänzt. Danach steht es der Anzeige — mit der Rechtsfolge gem. § 409 Abs. 1 Satz 1 BGB — gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt. Die im Streitfall von den Klägern unterschriebene Abtretungsanzeige, die der Bank ausgehändigt worden ist, entspricht inhaltlich (vgl. § 46 Abs. 3 AO 1977) der Urkunde über die Abtretung gem. § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sie ist auch von der Bank als neuem Gläubiger dem FA vorgelegt worden, so daß die Schuldnerschutzregelung gem. § 409 Abs. 1 BGB eingreifen würde. Zwar enthält die öffentlich-rechtliche Schuldnerschutzbestimmung des § 46 Abs. 5 AO 1977 nicht ausdrücklich eine dem § 409 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Regelung. Die in den §§ 398 ff. BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedanken finden aber auf die Abtretung von Ansprüchen aus dem Steuerschuldverhältnis sinngemäß Anwendung (*Schwarz*, § 46 Anm. 9; *Tipke/Kruse*, § 46 AO 1977 Tz. 3 m. w. N.). Es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber im Steuerrecht den Schuldnerschutz des FA nach § 46 Abs. 5 AO 1977 gegenüber der Schutzwirkung des § 409 BGB, der ihm als Vorbild diente, nicht einschränken wollte (Senat in BFHE 162, 202, BStBl II 1991, 201, 203).

Das FA konnte somit im Streitfall ohne Überprüfung der Vollmacht zur Anzeige der Abtretung den Erstattungsbetrag an den Abtretungsempfänger (Bank) auszahlen und sich gegenüber dem Zahlungsanspruch der Kläger auf § 46 Abs. 5 AO 1977 berufen. Wie der Senat in BFHE 162, 202, BStBl II 1991, 201, 203, 204 ausgeführt hat, könnte der Schuldnerschutz nach dieser Bestimmung allenfalls dann entfallen, wenn die Finanzbehörde eindeutige Kenntnis von den Tatsachen hat, die die Unwirksamkeit der Abtretung begründen. Im Streitfall kann aber nach den Feststellungen des FG und dem Vorbringen der Revision nicht davon ausgegangen werden, daß das FA positiv wußte, daß die Kläger die Bank zur Anzeige der Abtretung an das FG nicht bevollmächtigt hatten. Die Entscheidung bietet deshalb keinen Anlaß, die Grenzen des Schuldnerschutzes insoweit (positive Kenntnis des FA) näher zu bestimmen.

b) Die vorstehende Gesetzesauslegung kollidiert nicht mit der Schutzfunktion des § 46 Abs. 3 AO 1977 zugunsten der Abtretenden, als oft unerfahrene Lohnsteuerpflichtige. Sie entspricht dem ebenfalls mit der formalisierten Abtretungsanzeige verfolgten Zweck, dem FA im Zusammenhang mit der Abtretung der Erstattungsbeträge die Arbeit zu erleichtern (vgl. BT-Drucks 7/2852, S. 47; *Tipke/Kruse*, § 46 AO 1977 Tz. 4 a).

Der Schutz der Abtretenden wird dadurch erreicht, daß § 46 Abs. 3 AO 1977 für die Abtretungsanzeige die Verwendung eines amtlich vorgeschriebenen Vordrucks bestimmt, der warnende Hinweise enthält, die den Steuerpflichtigen vor unüberlegten Abtretungen schützen sollen. Das wird dadurch gewährleistet, daß der Anzeigevordruck von dem Abtretenden zu unterschreiben ist (§ 46 Abs. 3 Satz 2 AO 1977) bzw. dessen Kenntnisnahme von dem Vordruck und den darin enthaltenen Warnhinweisen auf andere Weise nachgewiesen werden muß (BFHE 137, 150, BStBl II 1983, 123). Der Abtretende wird in den Hinweisen zur Abtretung ausdrücklich davor gewarnt, ein Formular zu unterschreiben, das nicht ausgefüllt ist und dessen Inhalt er nicht versteht. Ferner wird er darauf hingewiesen, daß das FA selbst dann mit schuldbefreiender Wirkung an den angezeigten Abtretungsempfänger leisten darf, wenn die angezeigte Abtretung unwirksam ist.

Wenn er trotz dieser Hinweise — wie die Kläger im Streitfall — das vollständig ausgefüllte Abtretungsformular unterschreibt und es dem darin benannten Abtretungsempfänger überläßt, ohne sich hinsichtlich eines etwaigen Vorbehalts oder einer Bedingung für die Weiterleitung der Abtretungsanzeige an das FA gegenüber dem Abtretungsempfänger zu sichern, ist er insoweit nicht schutzwürdig. Die Schutzfunktion, die die formalisierte Abtretungsanzeige für den Abtretenden hat, muß in diesem Falle jedenfalls zurücktreten gegenüber dem Schuldnerschutz zugunsten der Finanzbehörde nach § 46 Abs. 5 AO 1977 (vgl. Senat in BFHE 162, 202, BStBl II 1991, 201, 203).

4. Mit Recht hat das FG auch entschieden, daß durch das nachfolgende Schreiben der Rechtsanwälte der Kläger an das FA vom 28. 11. 1984, mit dem diese sich auf die Unwirksamkeit der Abtretungen wegen Anfechtung berufen haben, die Wirksamkeit der Abtretung hinsichtlich der Steuererstattungsansprüche nicht beseitigt worden ist.

Soweit in dem Schreiben ein Widerruf der in der vorangegangenen Erklärung der Kläger an die Bank vom 24. 10. 1984 enthaltenen Genehmigung zur Anzeige der Abtretung an die Finanzbehörde (§ 46 Abs. 2 AO 1977, § 180 Satz 2 BGB) liegen sollte (vgl. oben 2.), konnte diese Genehmigung nicht mehr wirksam widerrufen werden, weil sie als rechtsgestaltende Erklärung mit Rückwirkung (§§ 177, 184 Abs. 1 BGB) unwiderruflich ist (*Palandt/Heinrichs*, § 184 Anm. 1).

Das FG hat auch zutreffend darauf hingewiesen, daß nach § 409 Abs. 2 BGB, dessen allgemeiner Rechtsgedanke im Falle der Abtretung von Steuererstattungsansprüchen sinngemäß Anwendung findet (vgl. oben 3. a), die Abtretungsanzeige nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden kann, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist. Die Bank als in der Anzeige benannter Abtretungsempfänger hat aber der Rücknahme der Anzeige nicht zugestimmt. Auf die Unwirksamkeit (Nichtigkeit) der Abtretungen wegen Anfechtung ihrer Willenserklärungen (§ 142 Abs. 1 BGB), die dem Abtretungsvertrag nach § 398

BGB zugrunde liegen, können sich die Kläger dem FA gegenüber nicht berufen, weil die Abtretung dem FA angezeigt worden ist (§ 46 Abs. 5 AO 1977; vgl. oben 3.). Da die Kläger nach § 46 Abs. 5 AO 1977 die der Finanzbehörde gegenüber angezeigten Abtretungen gegen sich gelten lassen müssen, auch wenn sie nicht erfolgt oder unwirksam sind, hat das FG schließlich auch ihre sonstigen Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Abtretungsvertrags (aufschiebend bedingte Willenserklärungen, Nichteinhaltung der Kreditzusage durch die Bank) zu Recht als unbeachtlich angesehen.

38. EStG §§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 und Nr. 7, 21, 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a; BewG § 14 Abs. 1 (*Vereinbarung einer dauernden Last beim Erwerb eines Mietgrundstücks führt zu Anschaffungskosten in Höhe des Barwerts*)

**Werden beim Kauf eines zum Vermieten bestimmten Grundstücks als Entgelt laufende monatliche Zahlungen vereinbart, die als dauernde Last zu beurteilen sind, so liegen in Höhe des Barwerts der dauernden Last (§ 14 BewG i. V. m. Anlage 9 zum BewG) Anschaffungskosten vor, die nach Maßgabe des § 7 EStG im Wege der AfA anteilig auf die Gesamtnutzungsdauer zu verteilen sind. Sofort als Werbungskosten abziehbar sind lediglich die in den wiederkehrenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteile gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG.**

BFH, Urteil vom 9. 2. 1994 — IX R 110/90 —

#### *Aus dem Tatbestand:*

Streitig ist, in welchem Umfang eine als Kaufpreis für ein Mietwohngrundstück gewährte dauernde Last zum Werbungskostenabzug bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berechtigt.

Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) kauften im Streitjahr (1982) ein Mietwohngrundstück. Der Kaufpreis bestand neben einer einmaligen Zahlung von 200 000 DM u. a. in einer „wiederkehrenden monatlichen Zahlung in der Form einer dauernden Last“ von 5 000 DM, die ab Februar 1982 auf Lebenszeit des am 19. 3. 1908 geborenen Verkäufers zu leisten war. Falls dieser vor seiner Ehefrau versterben sollte, war an letztere, beginnend mit dem folgenden Monat nach dem Sterbemonat des Verkäufers, eine wiederkehrende monatliche Zahlung in Höhe von 7 v. H. der bislang an den Verkäufer entrichteten monatlichen Zahlungen zu leisten. Die dauernde Last sollte zur Sicherung des Lebensunterhalts des Verkäufers und seiner Ehefrau dienen. Der Vertrag enthielt außerdem die Klausel: „§ 323 ZPO wird ausdrücklich vereinbart.“ Zusätzlich umfaßte er eine Wertsicherungsklausel, derzufolge jede Partei unter näher bestimmten Voraussetzungen — auch wiederholt — die unverzügliche Aufnahme von Verhandlungen über eine Neufestsetzung der Rente verlangen konnte. Im Jahr 1986 ist der Verkäufer verstorben.

Die Kläger begeherten beim Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt — FA —) erfolglos, die geleisteten monatlichen Zahlungen im Streitjahr 1982 in vollem Umfang als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzuziehen. Das FA ermittelte den Barwert der an den Verkäufer und seine Ehefrau zu leistenden wiederkehrenden Zahlungen nach § 14 des Bewertungsgesetzes (BewG) i. V. m. Anlage 9 und bezog ihn in die Bemessungsgrundlage der Absetzungen für Abnutzung (AfA) ein.

Die Klage vor dem Finanzgericht (FG) blieb hinsichtlich des Abzugs der dauernden Last ohne Erfolg (EFG 1990, 629).

Mit ihrer Revision rügen die Kläger Verletzung der §§ 2, 9 und 21 des Einkommensteuergesetzes (EStG) sowie von Art. 14, Art. 20 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG). Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG seien dauernde Lasten als Werbungskosten ohne Einschränkung abziehbar. Die zum Sonderausgabenabzug ergangene Rechtsprechung könne auf dauernde Lasten, die Werbungskosten seien, nicht übertragen werden. Der uneingeschränkte Werbungskostenabzug neben den AfA führe auch nicht zu einem doppelten Abzug der Aufwendungen. Denn der volle Werbungskostenabzug der einzelnen Zahlungen sei lediglich ein Spiegelbild der Besteuerung beim Empfänger nach § 22 EStG. Im übrigen habe das FG — wie unstreitig ist — die Einkünfte auf Grund eines Schreibfehlers um 3 000 DM zu hoch angesetzt.

Die Kläger beantragen sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben sowie negative Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung von ./. 37 130 DM festzustellen.

Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen. Die Revision war erfolgreich.

#### *Aus den Gründen:*

Die Revision ist begründet. Nach § 126 Abs. 3 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) ist die Vorentscheidung aufzuheben und in der Sache zu entscheiden.

Das FG hat zwar zu Recht den von den Klägern begehrten vollständigen Abzug der wiederkehrenden Leistungen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG versagt. Es hat aber unter Verstoß gegen diese Vorschrift den in den einzelnen wiederkehrenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteil außer acht gelassen.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen. Gemäß Satz 3 Nr. 1 der Vorschrift rechnen dazu u. a. auch Schuldzinsen und auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende Renten und dauernde Lasten, soweit sie mit einer Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Bei Leibrenten kann nur der in § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG näher geregelte Ertragsanteil abgezogen werden. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG zählen zu den Werbungskosten u. a. auch AfA i. S. von § 7 EStG.

1. Das FG hat zutreffend die strittigen wiederkehrenden Zahlungen grundsätzlich als Werbungskosten i. S. von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG beurteilt und nicht als auf Grund einer Vermögensübergabe geleistete Sonderausgaben i. S. von § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG (vgl. dazu Beschluß des Großen Senats des Bundesfinanzhofs BFHE 161, 317, 328 = BStBl II 1990, 847, 851 f. [= MittBayNot 1990, 372]). Es handelt sich um einen Kauf eines der Erzielung von Einkünften dienenden Grundstücks unter Fremden, für den die zwischen Angehörigen entwickelte Vermutung der Unentgeltlichkeit (BFHE 167, 95, 98 f., BStBl II 1992, 465) nicht gilt. Die wiederkehrenden Zahlungen bildeten einen Teil des Kaufpreises. Daß die Zahlungen zugleich die Versorgung des Verkäufers sicherstellen sollten, ist für diesen lediglich das Motiv für den Leistungsaustausch (vgl. Beschluß des Großen Senats BFHE 165, 225, 237, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1992, 67]). Den Erwerb des Grundstücks, deren Vorstellungen für die Beurteilung maßgebend sind (vgl. BFHE 124, 338, BStBl II 1978, 301; *Wolff-Diepenbrock* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, Das Einkommensteuerrecht, §§ 4, 5 EStG Rdnr. 1512; *Wollny*, BB 1980, 306, 311), kam es dagegen unstreitig auf den Erwerb des Grundstücks gegen angemessenes Entgelt an.

2. Das FG ist auch zutreffend davon ausgegangen, daß — entgegen dem Begehren der Kläger — die wiederkehrenden Zahlungen nicht in voller Höhe als Werbungskosten abziehbar sind.

Die strittigen Zahlungen stellen allerdings, weil sie abänderbar sind, eine dauernde Last i. S. von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG dar. Der Senat kann insoweit die Vertragsauslegung durch die Vorinstanz nur daraufhin überprüfen, ob diese die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) beachtet und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen hat (BFHE 146, 68, 70, BStBl II 1986, 348 [= MittBayNot 1986, 147]). Derartige Verstöße liegen nicht vor. Die im Kaufvertrag enthaltene ausdrückliche Bezugnahme auf § 323 der Zivilprozeßordnung (ZPO) und der Hinweis auf die Sicherung des Lebensunterhalts des Verkäufers und seiner Ehefrau konnten so verstanden werden, daß diesen Vertragsformulierungen neben der ebenfalls vereinbarten Wertsicherungsklausel eine eigenständige Bedeutung zukam (vgl. BFHE 146, 68, BStBl II 1986, 348 [= MittBayNot 1986, 147] und BFH/NV 1986, 526). Auf Grund dieser vertraglichen Regelung stand fest, daß die Leistungen über den konkret vereinbarten Rahmen hinaus abänderbar sein sollten (vgl. BFHE 167, 344, BStBl II 1993, 15).

Mit der Beurteilung als dauernde Last i. S. von § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG ist jedoch — entgegen der Auffassung der Revision — nicht ein Werbungskostenabzug in voller Höhe eröffnet.

a) Der vollständige Werbungskostenabzug der dauernden Last scheidet allerdings nicht an dem in der Rechtsprechung entwickelten Grundsatz der Wertverrechnung (vgl. dazu Beschluß des Großen Senats in BFHE 165, 225, 234, BStBl II 1992, 78 m. w. N. [= MittBayNot 1992, 67]). Die Wertverrechnungslehre, die im Zusammenhang mit der Besteuerung dauernder Lasten nach § 22 EStG und ihrem Abzug nach § 10 EStG entwickelt worden ist, ist auf die steuerliche Berücksichtigung dauernder Lasten gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG nicht anwendbar. § 10 EStG betrifft — im Gegensatz zu § 9 EStG — nicht die Ermittlung der durch Einsatz von Arbeit und/oder Kapital erwirtschafteten Einkünfte, sondern eröffnet ausnahmsweise den Abzug von Ausgaben, die nicht mit der Einkünfterzielung zusammenhängen. Der rechtssystematische Kern der Regelung des § 10 EStG liegt darin, daß private Aufwendungen für den Steuerpflichtigen unvermeidbar sein können und deshalb die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit mindern (sog. subjektives Nettoprinzip; vgl. *Söhn*, in: *Kirchhof/Söhn*, Einkommensteuergesetz, Kommentar, § 10 Rdnr. A 17 m. w. N.; *Heuer* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, § 10 EStG Anm. 5; *Stephan* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, § 10 EStG Rdnr. 1; vgl. auch BFHE 157, 101, BStBl II 1989, 683). Dieser Gesetzeszweck erfordert es, dauernde Lasten vom Sonderausgabenabzug auszuschließen, soweit sie auf Grund einer Gegenleistung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Ergebnis nicht mindern. Dem dient die Wertverrechnung. Demgegenüber läßt § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG im Fall der Anschaffung eines der Einkünfterzielung dienenden Wirtschaftsguts zur Erfüllung des objektiven Nettoprinzips bei der Einkünftermittlung (vgl. BFHE 156, 417, 419, BStBl II 1989, 922 m. w. N.) den Abzug der Anschaffungskosten als Werbungskosten zu, obwohl ihnen ein Gegenwert in Form des angeschafften Wirtschaftsguts gegenübersteht. Die Anschaf-

fungskosten sind allerdings nicht bereits bei ihrem Abfluß abziehbar, sondern nur in dem Umfang, in dem sich das als Gegenleistung erworbene Wirtschaftsgut abnutzt, d. h. in Form der AfA verteilt auf die Nutzungsdauer des Wirtschaftsguts.

b) Der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG könnte zwar dafür sprechen, daß Werbungskosten i. S. von Nr. 1 Satz 1 uneingeschränkt abzuziehen sind (vgl. BFHE 83, 568, BStBl III 1965, 706 — die Ausführungen waren insoweit nicht entscheidungserheblich —; *Biergans*, Renten und Raten in der Einkommensteuer, 4. Aufl. 1993, S. 210; auch bereits *Steinweg*, DStZ 1939, 192; *Theis*, DB 1953, 89; *Littmann*, FR 1955, 81, 82; *Brockhoff*, DStZ/A 1954, 399, 402). Eine solche Auslegung ist jedoch deshalb nicht möglich, weil § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG in seinem Satz 1 für die dort genannten Aufwendungen keine über die Grundnorm des § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG hinausgehende gesonderte (vorrangige) Abzugsmöglichkeit regelt, sondern nur beispielhaft Anwendungsfälle der allgemeinen Werbungskosten definition aufzählt (v. *Bornhaupt*, in: *Kirchhof/Söhn*, § 9 Rdnr. A 28 f., C 161; *Prinz* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 9 EStG Anm. 350). Unter der Geltung aller Einkommensteuergesetze seit 1906 war anerkannt, daß Schuldzinsen, Renten und dauernde Lasten Werbungskosten sein konnten, ohne daß diese Arten von Ausgaben ausdrücklich in den jeweiligen Vorschriften über Werbungskosten erwähnt waren (§ 8 Nr. I des Preussischen EStG 1906, dazu *Fuisting/Strutz*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 8. Aufl. 1915, § 8 Anm. 4; § 13 Abs. 1 EStG 1920; § 15 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2, § 16 EStG 1925, dazu *Strutz*, Kommentar zum Einkommensteuergesetz vom 10. 8. 1925, 1927, § 15 Anm. 18). Die erstmalige Aufzählung von Schuldzinsen, Renten und dauernden Lasten unter den Werbungskosten durch § 9 EStG 1934 bedeutete in der Sache keine Änderung (vgl. RStBl 1935, 33, 39).

c) Da sich der Abzug dauernder Lasten als Werbungskosten somit nach den allgemein für Werbungskosten geltenden Regeln richtet, schließt im Falle der Anschaffung gegen dauernde Last die insoweit vorrangige Norm des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG (vgl. BFHE 156, 417, 422, BStBl II 1989, 922) den vollen Abzug der Zahlungen im Zeitpunkt des Abflusses aus und schreibt dafür eine Verteilung des Barwerts der dauernden Last auf die Gesamtnutzungsdauer im Wege der AfA nach § 7 EStG vor.

Die dauernde Last bildete im Streitfall — über den sofort fälligen Betrag von 200 000 DM hinaus — einen weiteren Teil des Kaufpreises für den Erwerb des Mietwohngrundstücks. Die wiederkehrenden Zahlungen wurden anstelle des restlichen Kaufpreises geschuldet (vgl. *Staudinger/Köhler*, BGB, 12. Aufl. 1978, § 433 Anm. 26). In Höhe ihres Barwerts liegen (weitere) Anschaffungskosten vor (§ 6 EStG i. V. m. §§ 255, 253 Abs. 1 Satz 2 HGB), die gem. §§ 7, 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG für den auf das Gebäude entfallenden Anteil zum Abzug von AfA führen (BFH/NV 1992, 166, 168; vgl. auch zur Anschaffung gegen Leibrente BFHE 78, 20, BStBl III 1964, 8; BFHE 130, 372, BStBl II 1980, 491; BFHE 139, 403, 406, BStBl II 1984, 109 [= MittBayNot 1984, 217]).

3. Das FA und das FG haben den als zusätzliche Anschaffungskosten anzusetzenden Barwert im Streitfall zutreffend gem. § 14 Abs. 1 BewG nach Anlage 9 zum BewG ermittelt. (*Wird ausgeführt.*)

Dabei hat das FA zutreffend auch die an die Ehefrau des Verkäufers nach dessen Tod zu erbringende dauernde Last in den Barwert einbezogen, obwohl sie, weil aufschiebend bedingt, bewertungsrechtlich außer Ansatz zu lassen war (§ 4 BewG). Das Bewertungsrecht ist stichtagsbezogen und darf dementsprechend aufschiebend bedingte Forderungen und Verbindlichkeiten vor Eintritt der Bedingung nicht berücksichtigen. Demgegenüber sind die Anschaffungskosten (§ 255 HGB) nach wirtschaftlichen Maßstäben zu bestimmen (vgl. BFHE 158, 546, 558, BStBl II 1990, 299 [= MittBayNot 1990, 200]). Wirtschaftlich bedeutet es für den Erwerber eines Grundstücks keinen Unterschied, ob er als Gegenleistung an beide Eheleute eine dauernde Last zusagt, die sich nach dem Tode des Ehemannes ermäßigt, oder ob der ermäßigte Anspruch der Ehefrau erst mit dem Tod des Ehemannes entsteht (BFHE 78, 20, BStBl III 1964, 8; ebenso FG Düsseldorf, EFG 1986, 598 — rechtskräftig —).

4. Die Anschaffungskosten des gegen dauernde Last erworbenen Grundstücks zum 1. 2. 1982 sind durch das Ableben des Veräußerers im Jahre 1986 unberührt geblieben, obwohl im Zeitpunkt des Erwerbs die statistische Lebenserwartung nach der Allgemeinen Sterbetafel (Anhang 3 zu Abschn. 56 VStR 1980) noch acht Jahre betragen hatte. Die Anschaffungskosten bleiben unverändert, wenn die tatsächliche Lebensdauer des Veräußerers von der im Zeitpunkt der Veräußerung angenommenen statistischen Lebenserwartung nach der Sterbetafel abweicht.

a) Das — gemessen an der Sterbetafel vorzeitige — Ableben des Veräußerers stellt kein Ereignis mit steuerrechtlicher Rückwirkung dar, das eine Korrektur der Anschaffungskosten nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 der Abgabenordnung (AO 1977) erfordert. Besteht die Gegenleistung für den Erwerb (ganz oder teilweise) in einer auf Lebenszeit des Veräußerers zugesagten dauernden Last, so besteht das von beiden Vertragsparteien eingegangene Wagnis darin, daß erst der Zeitpunkt des Ablebens des Veräußerers darüber entscheidet, wieviel der Erwerber letztlich für das erworbene Wirtschaftsgut aufwenden muß. Im Zeitpunkt des Erwerbs kann der aufzuwendende Betrag nur anhand statistischer Wahrscheinlichkeitswerte (Sterbetafel) geschätzt werden. Die Norm des § 14 BewG i. V. m. Anlage 9 schreibt eine solche Schätzung vor. Ist die darauf gestützte Veranlagung in Bestandskraft erwachsen, dann ist das Ergebnis der Schätzung der Besteuerung auch dann zugrunde zu legen, wenn sich in späteren Jahren nach dem Ableben des Veräußerers die vom Erwerber erbrachte Gegenleistung genau bestimmen läßt. Diese nachträgliche genaue Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen ist kein steuerrechtlich rückwirkendes Ereignis, das zu einer Änderung der ursprünglichen Veranlagung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 führt. Steuerliche Rückwirkung tritt in derartigen Fällen nur dann ein, wenn der von den Beteiligten im Anschaffungszeitpunkt zugrunde gelegte Kaufpreis selbst nachträglich verändert wird (vgl. BFHE 82, 296, BStBl III 1965, 354; BFHE 141, 488, BStBl II 1984, 786; BFHE 149, 163, BStBl II 1987, 423; BFHE 154, 85, BStBl II 1989, 41; vgl. auch die weiteren Nachweise im Beschluß des Großen Senats BFHE 172, 66, 71 f., BStBl II 1993, 897). Die nachträgliche Änderung der Kaufpreisverbindlichkeit auf Grund des mit der dauernden Last verbundenen Wagnisses (Wegfall durch vorzeitiges Ableben oder Erhöhung auf Grund längeren Lebens des Verkäufers) läßt dagegen den ursprünglichen Kaufpreis und damit auch die Anschaffungskosten und die AfA unbe-

rührt. Es realisiert sich dann lediglich das bei Vertrags-schluß von beiden Beteiligten eingegangene Risiko (vgl. BFHE 89, 443, BStBl III 1967, 699). Nach wie vor wird genau das geleistet, was auf Grund des ursprünglichen Kaufvertrags geschuldet ist. Die Abweichung des letztlich entrichteten Gesamtbetrages von dem bei der Anschaffung zugrunde gelegten Kaufpreis hängt nicht mehr mit dem Anschaffungsvorgang zusammen, sondern ist vom Tod des Veräußerers abhängig (*Schmidt/Glanegger*, § 6 EStG Anm. 27 a; *Jansen und Heuer* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 5 EStG Anm. 1370, § 6 EStG Anm. 296, 1168; *Meincke* in *Littmann/Bitz/Hellwig*, § 6 EStG Rdnr. 107).

b) Wenn das gegen dauernde Last erworbene Wirtschaftsgut im betrieblichen Bereich zur Erzielung von *Gewinneinkünften* dient, wird der Barwert der dauernden Last als Anschaffungskosten des erworbenen Wirtschaftsguts aktiviert (§ 255 HGB) und auf der Passivseite der Bilanz eine Verbindlichkeit in gleicher Höhe ausgewiesen (§ 253 Abs. 1 Satz 2 HGB; vgl. BFHE 130, 372, 375, BStBl II 1980, 491; BFHE 163, 42, BStBl II 1991, 358). Diese Verbindlichkeit wird für jeden Bilanzstichtag erneut anhand des jeweiligen (sich ständig verringernden) Barwerts der dauernden Last nach der verbleibenden Lebenserwartung des Veräußerers ermittelt. Die jährlichen Barwertminderungen werden als Ertrag behandelt und die laufenden Zahlungen als Betriebsausgaben abgezogen; nur der die Barwertminderung übersteigende Teil der Jahreszahlungen wirkt sich per Saldo gewinnmindernd aus; die Anschaffungskosten und die AfA bleiben dabei stets unverändert (BFHE 140, 548, BStBl II 1984, 516; BFHE 163, 42, BStBl II 1991, 358).

*Stirbt* der Veräußerer *vorzeitig*, so fallen die vom Erwerber zu leistenden laufenden Zahlungen weg oder verringern sich, wenn — wie im Streitfall — an den Ehegatten des Veräußerers geringere Zahlungen geleistet werden müssen. Durch den Wegfall (oder die Verringerung) der passivierten Verbindlichkeit aus der dauernden Last ergibt sich eine Gewinnerhöhung (a. o. Ertrag). Gleichwohl bleibt die AfA-Bemessungsgrundlage in diesem Fall ebenso unverändert wie bei der Erhöhung der Verbindlichkeit durch eine Wert-sicherungsklausel (vgl. BFHE 89, 443, BStBl III 1967, 699; BFHE 95, 151, BStBl II 1969, 334; BFHE 139, 403, 406, BStBl II 1984, 109; BFHE 163, 42, BStBl II 1991, 358; BFH/NV 1991, 227, 228). Für die Ermittlung der AfA ist eine feste, vom Wagnis der dauernden Last unabhängige Bemessung der Anschaffungskosten nach § 7 EStG notwendig (BFHE 78, 20, BStBl III 1964, 8; *Jansen/Wrede*, Rdnr. 175; *Reichel*, BB 1983, 1072, 1074 f.). Da die Abweichung der individuellen Lebensdauer von der statistischen Lebenserwartung praktisch den Regelfall bildet, würde eine in derartigen Fällen vorzunehmende Änderung der Anschaffungskosten eine nicht hinnehmbare Komplizierung der Besteuerung bedeuten.

Dient das erworbene Wirtschaftsgut — wie im Streitfall — zur Erzielung von *Überschußeinkünften* des Erwerbers, so hat das vorzeitige Ableben des Veräußerers keine steuerlichen Folgen. Der (völlige oder teilweise) Wegfall der Zahlungsverpflichtung stellt keinen Zufluß einer Einnahme i. S. von § 8 Abs. 1 EStG dar, weil es sich um einen Vermögenszuwachs in der steuerrechtlich unbeachtlichen privaten Vermögenssphäre handelt. Die Anschaffungskosten bleiben als AfA-Bemessungsgrundlage auch in diesem Fall unberührt. Ihr Ansatz richtet sich nach den vorstehend für den betrieblichen Bereich dargestellten Grundsätzen, da § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG insoweit auf die §§ 6 und 7 EStG verweist.

*Lebt der Veräußerer länger* als nach der Sterbetafel angenommen, dann übersteigen die weiterhin vom Erwerber zu leistenden Zahlungen den ursprünglich als Anschaffungskosten zugrunde gelegten Barwert der dauernden Last. Im *betrieblichen Bereich* wird auch in derartigen Fällen der Gewinn gemindert, soweit die Jahresleistungen die jeweiligen Barwertminderungen der weiterhin an jedem Bilanzstichtag neu zu passivierenden dauernden Last übersteigen. Die Anschaffungskosten und die AfA bleiben ebenfalls unverändert. Es liegen keine nachträglichen Anschaffungskosten vor, weil der Erwerber nach wie vor die Zahlungen allein auf Grund des ursprünglichen Kaufvertrags leistet. Für die *Überschußeinkünfte* bleiben die Anschaffungskosten und die AfA dementsprechend ebenfalls unverändert. Die über die Anschaffungskosten hinaus weiterhin zu leistenden Zahlungen sind nur mit dem in ihnen enthaltenen Zinsanteil (s. unten 5.) als Schuldzinsen nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abziehbar. Dem Abzug des Tilgungsanteils der weiteren Zahlungen stehen § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 EStG und die insoweit unveränderliche AfA-Bemessungsgrundlage in Form der ursprünglichen Anschaffungskosten entgegen. Denn die Zahlungen bleiben, auch wenn sie den Wert des angeschafften Wirtschaftsguts übersteigen, als Kaufpreisbestandteile Entgelt im Rahmen einer Vermögensumschichtung.

5. Die Vorentscheidung ist jedoch aufzuheben, weil das FG verkannt hat, daß die Kläger zusätzlich zu den AfA die in ihren wiederkehrenden Zahlungen enthaltenen Zinsanteile als Schuldzinsen gem. § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG abziehen können.

a) Schuldzinsen im Sinne dieser Vorschrift sind alle einmaligen oder laufenden Leistungen in Geld oder Geldeswert, die der Steuerpflichtige für die Überlassung von Kapital an den Gläubiger zu entrichten hat (ständige Rechtsprechung, vgl. z. B. BFHE 110, 336, BStBl II 1973, 868; BFHE 125, 254, 257, BStBl II 1978, 618). Es kommt nicht auf die Bezeichnung der Leistungen an, sondern darauf, ob die Leistungen ihrem wirtschaftlichen Gehalt nach zu den Schuldzinsen gehören (*Schmidt/Drenseck*, § 9 Anm. 4 c; *Blümich/Thürmer*, § 9 EStG Rdnr. 206; *von Bornhaupt*, in: *Kirchhof/Söhn*, § 9 Rdnr. C 12). Bei einheitlicher Leistung von Zins und Tilgung, insbesondere bei wiederkehrenden Jahresleistungen, muß der nicht abziehbare Tilgungsanteil ausgesondert werden (vgl. *von Bornhaupt*, in: *Kirchhof/Söhn*, § 9 Rdnr. C 16).

b) Dementsprechend sind auch laufende Zahlungen auf Grund von dauernden Lasten, die das Entgelt für den Erwerb eines zur Einkunftserzielung bestimmten Wirtschaftsguts bilden, in einen Zins- und einen Tilgungsanteil zu zerlegen. Damit wird — ebenso wie für Leibrenten nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG — der Vermögensumschichtung auch bei dauernden Lasten Rechnung getragen. Die Vermögensumschichtung führt beim Erwerber zu keinem sofort abziehbaren Aufwand und — korrespondierend — beim Veräußerer als Vorgang der nicht steuerbaren privaten Vermögenssphäre zu keinen nach § 22 Nr. 1 EStG steuerbaren sonstigen Einkünften. Abziehbar bleibt aber nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG der in den einzelnen wiederkehrenden Zahlungen enthaltene Zinsanteil. Dies allein wird dem Charakter der Zahlungen als langfristig gestundetes Entgelt im Rahmen einer Vermögensumschichtung gerecht (vgl. BFHE 61, 315, BStBl III 1955, 320; BFHE 63, 1, BStBl III 1956, 194; BFHE 114, 79, BStBl II 1975 173; BFH/NV 1993, 586).

c) Die Berücksichtigung eines in den einzelnen Zahlungen enthaltenen Zinsanteils ist auch deshalb erforderlich, weil sich andernfalls ein Widerspruch zur Ermittlung der Anschaffungskosten des erworbenen Grundstücks ergäbe. Die Anschaffungskosten bemessen sich gem. § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. Anlage 9 nach dem Barwert der dauernden Last, der nach der Allgemeinen Sterbetafel unter Berücksichtigung von Zwischenzinsen und Zinseszinsen mit 5,5 v. H. errechnet worden ist. Der durch diese gesetzlich vorgeschriebene Abzinsung aus der AfA-Bemessungsgrundlage ausgesonderte Zinsanteil, den der Erwerber des Grundstücks in den einzelnen wiederkehrenden Leistungen mitzutragen hat, darf bei der Anwendung des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG nicht unberücksichtigt bleiben.

d) Die gesonderte Ermittlung eines Zinsanteils für solche dauernden Lasten, die das Entgelt für einen Erwerbsvorgang bilden, ist ferner geboten, um sie insoweit mit anderen langfristig angelegten Vermögensumschichtungen gleichzu behandeln, bei denen die Stundung des Entgelts ebenfalls durch Ansatz eines Zinsanteils zu berücksichtigen ist.

aa) So sind nach ständiger Rechtsprechung wiederkehrende Bezüge ohne Rücksicht auf die Bezeichnung durch die Vertragsparteien immer dann als (in zins- und Tilgungsanteil zu zerlegende) Kaufpreistraten zu behandeln, wenn die einzelnen Zahlungen wirtschaftlich als Kapitalrückzahlung aus einem darlehensähnlichen Geschäft (Stundung des Kaufpreises) angesehen werden können (RFH RStBl 1930, 578, 579; vgl. ferner z. B. BFHE 99, 38, BStBl II 1970, 541; BFHE 100, 97, BStBl II 1970, 807 [= MittBayNot 1971, 208]; BFH/NV 1993, 87).

bb) Wird das Entgelt für den Erwerb eines zur Einkunfts-erzielung bestimmten Wirtschaftsguts in Form lebenslanger gleichmäßiger Zahlungen (Leibrente) erbracht, so bestimmt die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG (ebenso wie § 10 Nr. 1 a Satz 2 und § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG), daß auch in diesen Fällen die wiederkehrenden Leistungen sich einkommensteuerrechtlich insoweit nicht auswirken, als sie nur zu einer Vermögensumschichtung führen (BFHE 146, 442, 445 f., BStBl II 1986, 674 [= MittBayNot 1986, 282]).

cc) Besteht das Entgelt für den Erwerb eines zur Einkunfts-erzielung bestimmten Wirtschaftsguts in lebenslangen ungleichmäßigen oder abänderbaren Zahlungen (dauernde Last), so gebietet es der wirtschaftliche Gehalt der Zahlungen, mit denen ebenso wie im Falle einer Veräußerungsleibrente die Kaufpreisschuld auf Lebenszeit des Verkäufers nach und nach abgetragen wird, auch in diesem Falle die Zahlungen von Beginn an in einen Zins- und einen Tilgungsanteil zu zerlegen. Zwar hat der Große Senat ausdrücklich nur erkannt, daß für *gleichmäßige* lebenslange Leistungen ein vom Zinsfuß und von der Lebensdauer beeinflusster Ertrag bzw. Zinsaufwand zu erfassen ist (Großer Senat in BFHE 165, 225, 237, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1990, 372]). Für entsprechende *ungleichmäßige oder abänderbare* Leistungen hat er die steuerliche Behandlung insoweit offengelassen. Für durch ungleichmäßige Leistungen erbrachte Entgelte darf aber insoweit nichts anderes gelten als für gleichmäßige Leistungen. Die vereinbarte Abänderbarkeit (nach § 323 ZPO) oder Ungleichmäßigkeit (z. B. bei umsatz- oder gewinnabhängigen Leistungen) des für den Erwerb eines Wirtschaftsguts langfristig abzutragenden Entgelts bildet kein Unterscheidungsmerkmal, das die Besteuerungsunterschiede rechtfertigen

könnte, die sich ergeben, wenn man bei dauernden Lasten im Gegensatz zu Leibrenten von der durchgängigen Erfassung eines Zinsanteils absieht (ebenso für den Abzug dauernder Lasten als Sonderausgaben (BFHE 167, 375, 378 ff., BStBl II 1992, 609 [= MittBayNot 1993, 231]; BFHE 170, 76, BFHE 170, 82; BFH/NV 1993, 586, 588; BFHE 170, 98, BStBl II 1993, 298).

Ein solcher Differenzierungsgrund für die Besteuerung von dauernden Lasten und Leibrenten ergibt sich insbesondere nicht daraus, daß der zivilrechtliche Begriff der Leibrente ein Rentenstammrecht voraussetzt (vgl. die Nachweise im Beschluß des Großen Senats in BFHE 165, 225, 232, BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1990, 372]), während bei dauernden Lasten ein solches Stammrecht fehlt (Senatsurteil in BFHE 146, 442, 446, BStBl II 1986, 674). Die Abhängigkeit des steuerlichen Tatbestandsmerkmals „Leibrente“ von der zivilrechtlichen Begriffsbildung hat der Große Senat des BFH aufgehoben: Der Gesetzeszweck, den steuerbaren Ertragsanteil (= Zinsanteil) von der nichtsteuerbaren Vermögensumschichtung zu sondern, kann durch Anknüpfung an den bürgerlich-rechtlichen Leibrentenbegriff nicht erreicht werden. Deshalb ist das steuerrechtliche Tatbestandsmerkmal „Leibrente“ auf den genannten steuerrechtlichen Gesetzeszweck zugeschnitten. Die Leibrente ist insoweit nicht anders als ein langfristig gestundeter Kaufpreis zu behandeln (Großer Senat in BFHE 165, 225, 236 f., BStBl II 1992, 78 [= MittBayNot 1990, 372]). Diese Erwägungen des Großen Senats, denen sich der erkennende Senat anschließt, gelten ebenso für dauernde Lasten, die das Entgelt für den Erwerb eines Wirtschaftsguts bilden. Soweit sich aus der Entscheidung des erkennenden Senats in BFHE 146, 442, 446, BStBl II 1986, 674 etwas anderes ergeben sollte, ist sie jedenfalls durch die Entscheidung des Großen Senats überholt.

e) Dem steht nicht entgegen, daß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG (ebenso wie § 10 Abs. 1 Nr. 1 a und § 22 Nr. 1 EStG) nach seinem Wortlaut nur für Leibrenten die Erfassung eines Ertragsanteils (= Zinsanteils) vorschreibt, während für dauernde Lasten eine entsprechende eindeutige Regelung fehlt. Aus dieser Beschränkung der ausdrücklichen gesetzlichen Berücksichtigung des Zinsanteils auf Leibrenten ist nicht zu schließen, daß nach der gesetzgeberischen Zielvorstellung allein für Leibrenten ein Zinsanteil berücksichtigt werden soll, für dauernde Lasten dagegen nicht. Vielmehr entspricht es, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Neuordnung von Steuern (StNOG) 1954 ergibt, den gesetzgeberischen Grundwertungen, auch bei dauernden Lasten, die als Entgelt für den Erwerb eines Wirtschaftsguts geschuldet werden, aus den einzelnen Zahlungen einen Zinsanteil auszusondern.

aa) Anlaß der Berücksichtigung eines Ertragsanteils für Leibrenten in §§ 9, 10 und 22 EStG durch das StNOG 1954 (vgl. BT-Drucks II/481, S. 85 f.) war die Änderung der Rechtsprechung des BFH in den Jahren 1952/1953, nach der Veräußerungsrenten, die wirtschaftlich den Kaufpreis darstellen, zunächst mit der Gegenleistung zu verrechnen waren (BFHE 56, 754, BStBl III 1952, 290, 291 f.; BFHE 57, 265, BStBl III 1953, 105; BFHE 64, 356, BStBl III 1957, 134). Um die in diesen Entscheidungen enthaltenen Anregungen an den Gesetzgeber aufzugreifen, hätte es nahegelegen, den vom BFH entwickelten Grundsatz der Wertverrechnung ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

Diese Methode zur Aussonderung von Vermögensumschichtungen aus den Einkünften hat die Steuergesetzgebung aber gerade nicht weiterverfolgt. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum StNOG 1954 sah zwar in Übereinstimmung mit dem BFH die Rechtsprechung des RFH zur Besteuerung privater Leibrenten insoweit als wirtschaftlich nicht befriedigend an, als die Rentenbezüge Kapitalrückzahlungen enthielten. Zur Lösung des Problems wurde die Besteuerung aber — insoweit abweichend vom BFH — auf eine andere Grundlage gestellt. Der Entwurf ging davon aus, daß bei einer Veräußerungsrente die Gegenleistung nicht unmittelbar für die Rente, sondern für ein Rentenstammrecht hingegeben werde. Der Erwerb des Rentenstammrechts spiele sich für die Überschusseinkunftsarten ausschließlich in der Vermögenssphäre ab. Es wäre deshalb mit der Systematik des EStG nicht vereinbar, den Teil der Rente, der über den Wert des hingegebenen Vermögensgegenstandes hinausgeht, als Einkunft zu bezeichnen. Hingegen entspreche es einkommensteuerlichen Vorstellungen, den Ertrag eines erworbenen Vermögens zu besteuern, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Kapital oder um ein Rentenstammrecht handele (BT-Drucks II/481, S. 86).

Diese den §§ 9, 10 und 22 EStG seit 1954 zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen entsprechen dem in § 2 EStG normierten Grundsatz, daß die „erzielten“, d. h. am Markt erwirtschafteten Einkünfte als Maßgröße objektiver Leistungsfähigkeit zur Einkommensteuer herangezogen werden, nicht aber bloße Vermögensumschichtungen (Beschluß des Großen Senats des BFH (BFHE 141, 405, 425, BStBl II 1984, 751; BFHE 170, 76, 81; *Ruppe* in *Tipke* [Hrsg.], Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, Köln 1978, S. 18; *Raupach/Schenking in Herrmann/Heuer/Raupach*, § 2 EStG Anm. 10; *Meincke in Littmann/Bitz/Hellwig*, § 2 Rdnr. 27; *Kirchhof* in: *Kirchhof/Söhn*, § 2 Rdnr. A 95). Zur Ausgrenzung von Vermögensumschichtungen aus den Einkünften hat sich der Gesetzgeber damals grundsätzlich dafür entschieden, Zahlungen im Rahmen langfristiger Vermögensumschichtungen in einen Tilgungs- und einen abziehbaren/steuerbaren Zinsanteil zu zerlegen.

bb) Im Gesetzgebungsverfahren zum StNOG 1954 ist nicht berücksichtigt worden, daß die damals angestellten rechtssystematischen Überlegungen auf solche dauernden Lasten übertragbar sind, die die Gegenleistung für den Erwerb eines Wirtschaftsguts bilden. Daß insoweit Regelungsbedarf nicht nur für Leibrenten, sondern auch für dauernde Lasten bestand, ist nicht bedacht worden (*Welter*, Wiederkehrende Leistungen im Zivilrecht und im Steuerrecht, 1984, S. 108 ff.). Dies ist daraus zu erklären, daß bis zum Erlaß des StNOG 1954 mit Rücksicht auf die übereinstimmenden steuerrechtlichen Rechtsfolgen keine trennscharfe Abgrenzung zwischen Renten und dauernden Lasten erforderlich war. So wurde z. B. die Gleichmäßigkeit der Leistungen nicht als zwingende Voraussetzung einer Rente angesehen (*Enno Becker*, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940, S. 347). Dauernde Lasten waren praktisch ohne Bedeutung (*Brockhoff*, DStZ/A 1956, 182, 183). Aus der auf Leibrenten beschränkten ausdrücklichen gesetzlichen Berücksichtigung des Ertragsanteils folgt demnach nicht, daß nach der gesetzgeberischen Zielvorstellung bei dauernden Lasten ein Zinsanteil zu vernachlässigen ist. Vielmehr gebieten die oben (vorstehend aa) dargestellten, vom Gesetzgeber der Regelung zugrunde gelegten rechtssystematischen Grundwertungen eine Auslegung dahin, daß bei allen wiederkehrenden Bezügen, die das Entgelt für

die Anschaffung eines Wirtschaftsguts bilden, der Zinsanteil steuerlich zu erfassen ist, und zwar für Leibrenten als Ertragsanteil nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG, für entsprechende dauernde Lasten dagegen als Schuldzinsen i. S. von Satz 1 dieser Vorschrift.

f) Der in solchen dauernden Lasten, die das Entgelt für die Anschaffung eines Wirtschaftsguts bilden, enthaltene Zinsanteil ist in entsprechender Anwendung der Ertragsanteiltabelle des § 22 Nr. 1 Satz 3 Buchst. a EStG zu bestimmen.

aa) Diese Ertragsanteiltabelle, die in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 und § 10 Abs. 1 EStG auch für den Abzug von Leibrenten zugrunde gelegt wird, hat der Gesetzgeber des StNOG 1954 in bewußter Abkehr von versicherungsmathematischen und allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen so gestaltet, daß der Tilgungs- und der Ertragsanteil der Zahlungen gleichmäßig auf die Laufzeit der Rente verteilt werden. Die Höhe dieser Anteile soll nur einmal zu Beginn der Laufzeit der Rente ermittelt werden und dann für den einzelnen Rentenfall unverändert bleiben. Dadurch wird vermieden, daß die Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung alljährlich erneut Ermittlungen über den — sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen stets ändernden — Ertragsanteil anstellen müssen (BT-Drucks II/481, S. 86 f.). Im Interesse der Vereinfachung wird dabei ein im Vergleich zu versicherungsmathematischen und allgemeinen steuerrechtlichen Grundsätzen sehr ungenauer Ansatz der Besteuerungsgrundlagen in Kauf genommen.

bb) Dieser der gesetzlichen Regelung für Leibrenten zugrundeliegende Vereinfachungszweck ist in vollem Umfang auch auf dauernde Lasten, die das Entgelt für die Anschaffung eines Wirtschaftsguts bilden, zu übertragen. Wie oben (e bb) dargelegt, ist seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren nicht berücksichtigt worden, daß für derartige dauernde Lasten ebenso ein Zinsanteil anzusetzen ist wie für Veräußerungsleibrenten. Während ein solcher Zinsanteil für dauernde Lasten dem Grunde nach durch entsprechende Auslegung des Begriffs „Schuldzinsen“ in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 1 EStG berücksichtigt werden kann, ist die hinsichtlich der Höhe dieses Zinsanteils im Gesetz vorhandene Lücke durch entsprechende Anwendung der Ertragsanteiltabelle des § 22 EStG zu schließen. Dies ist auch deshalb geboten, um nicht durch unterschiedliche Ermittlungsmethoden für den Zinsanteil/Ertragsanteil im Recht der wiederkehrenden Leistungen Unstimmigkeiten herbeizuführen.

cc) Ebenso wie bei der Bestimmung der Anschaffungskosten (oben 3. am Ende) ist im Streitfall auch für die Ermittlung des Zinsanteils die zugunsten der Ehefrau des Verkäufers aufschiebend bedingt zugesagte dauernde Last zu berücksichtigen. Um die wirtschaftliche Belastung der Grundstückserwerber zutreffend widerzuspiegeln, ist § 55 Abs. 1 Nr. 3 EStDV sinngemäß anzuwenden (BFHE 78, 20, BStBl III 1964, 8; FG Düsseldorf, EFG 1986, 598). Der im Schrifttum zu § 22 EStG insoweit vertretenen abweichenden Ansicht (*Blümich/Stuhrmann*, § 22 EStG Rdnr. 91; *Jansen* in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 22 EStG Anm. 180; *Fischer* in: *Kirchhof/Söhn*, § 22 Rdnr. B 239; vgl. auch Abschn. 167 Abs. 11 EStR) ist nicht zu folgen, weil der Zinsanteil für dauernde Lasten, die die Gegenleistung für den Erwerb eines Wirtschaftsguts bilden, beim Empfänger — wie im Falle von Kaufpreistraten — gem. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu erfassen ist.

dd) Der erkennende Senat weicht nicht von der Rechtsprechung des X. Senats des BFH ab, nach der der Zinsanteil grundsätzlich finanzmathematisch unter Verwendung eines Rechnungszinsfußes von 5,5 v. H. zu berechnen ist und zur Ermittlung der Laufzeit der wiederkehrenden Bezüge die biometrischen Durchschnittswerte der Allgemeinen Deutschen Sterbetafel (VStR Anhang 3) heranzuziehen sind (BFHE 170, 76, 81). Denn der X. Senat hat sich dabei ausdrücklich ebenfalls an die Rechnungsgrundlagen des § 22 EStG angelehnt und überdies andere Berechnungsmethoden nicht ausgeschlossen (BFHE 170, 98, 106; BStBl II 1993, 298).

g) Durch diese Rechtsauffassung des Senats ist die Unterscheidung zwischen dauernden Lasten und Leibrenten in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 1 und 2 EStG nicht aufgehoben. Sie behält ihre Bedeutung für solche Leibrenten und dauernden Lasten, die nicht das Entgelt für die Anschaffung eines Wirtschaftsguts bilden.

6. Die Auffassung des erkennenden Senats stimmt im Ergebnis mit dem überwiegenden Teil des Schrifttums überein (Wolff-Diepenbrock in: Littmann/Bitz/Meincke, § 9 EStG Rdnr. 220; Prinz in: Herrmann/Heuer/Raupach, § 9 EStG Anm. 396; Blümich/Thürmer, § 9 EStG Rdnr. 220; Thürmer, DB 1989, 1895, 1896; Loritz, StVj 1991, 195, 228; Sauerland/Wendt/Schmidt/Schulz, Rentenbesteuerung, 9. Aufl. 1983, S. 67; nicht eindeutig Schmidt/Drenseck, § 9 Anm. 4 e; anderer Ansicht noch Schmidt/Drenseck, 11. Aufl.; anderer Ansicht auch Jansen in: Heuer/Raupach, § 22 EStG Anm. 75, S. E 31; von Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn, § 9 Rdnr. C 161; Richter, Handbuch der Rentenbesteuerung, Fach 3.2 Rdnr. 204).

Der erkennende Senat weicht durch die Berücksichtigung eines Zinsanteils vom Urteil des XI. Senats in BFH/NV 1992, 166, 168 ab. Der XI. Senat hat auf Anfrage erklärt, daß er der Abweichung zustimmt.

7. Da das FG von einer anderen Rechtsauffassung ausgegangen ist, ist die Vorentscheidung aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. . . .

## Beurkundungs- und Notarrecht

39. BNotO § 9 Abs. 2 (*Unzulässigkeit der Mehrpersonensozietät von Nur-Notaren*)

1. Die Genehmigung, von der die gemeinsame Berufsausübung von Nur-Notaren gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO durch Rechtsverordnung abhängig gemacht werden kann, steht im pflichtgemäßen (Organisations-)Ermessen der Aufsichtsbehörde (Bestätigung von BGHZ 46, 29 [= DNotZ 1966, 759] und 59, 274 [= MittBayNot 1973, 37] im Ergebnis) und wird durch die „örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten“ und die „Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege“ begrenzt.

2. Die Aufsichtsbehörde darf die Genehmigung von Sozietäten mit mehr als zwei Nur-Notaren grundsätzlich versagen.

(Leitsatz der Schriftleitung)

BGH, Beschluß vom 18.7.1994 — NotZ 14/93 —, mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

## Aus dem Tatbestand:

I. Die drei Antragsteller sind zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellte Notare mit dem Amtssitz in D. Sie beabsichtigen, sich zur gemeinsamen Berufsausübung zu verbinden.

Die Antragsteller zu 1 und 2 bilden mit Genehmigung des Antragsgegners bereits seit 1973 eine Sozietät. Der Antragsteller zu 3, der als Notarassessor ab März 1990 dem Antragsteller zu 2 zur Ausbildung zugewiesen war, bewarb sich im Februar 1992 — zuletzt als einziger Bewerber — auf die Stelle des aus dem Amt ausgeschiedenen Notars T. in D., der mit dem Notar Sch. soziiert war, der die Sozietät mit dem Amtsnachfolger nicht fortsetzen will.

Die Antragsteller beantragten, ihnen für den Fall der Bestellung des Antragstellers zu 3 zum Notar die gemeinsame Berufsausübung zu gestatten. Zur Begründung trugen sie im wesentlichen vor: Die Sozietät der Antragsteller zu 1 und 2, eines der größten Notariate im Bereich der Rheinischen Notarkammer, habe ihren Schwerpunkt im gesellschaftsrechtlichen Bereich. Dort seien die Verhandlungen und Beurkundungen bei teilweise hochkomplexen Sachverhalten nicht selten sehr langwierig und schwierig. Die beabsichtigte Vergrößerung der Sozietät auf drei Notare solle es ermöglichen, einen Sozios für umfangreiche Sachen zeitweise von der Alltagsarbeit zu entlasten. Das sei in einer Zweiersozietät angesichts des Geschäftsumfangs nur bei unzumutbarer Belastung des anderen Sozios möglich. Weiter erfordere das mit der wachsenden internationalen Wirtschaftsverflechtung einhergehende Vordringen großer und größter Anwaltssozietäten und Wirtschaftsprüfungsbzw. -beratungsunternehmen auch eine Spezialisierung des Notars in einer größeren Sozietät, wenn er nicht nur von anderen Vorgesetzten nachvollziehen, sondern seiner Aufgabe als unabhängiger, sachkundiger und unparteiischer Berater und originärer Gestalter auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gerecht werden wolle. Eine „blinde“ Beurkundung anderweitig entworfener Vertragswerke sei mit dem Selbstverständnis des Notars nicht zu vereinbaren und setze ihn unwägbar Haftungsrisiken aus. Schließlich mache auch die Konkurrenz des Anwaltsnotariats eine Vergrößerung der Sozietät erforderlich. Seit einiger Zeit sei eine Abwanderung von Klienten zu großen Anwaltsnotariaten, vornehmlich im Frankfurter Raum, festzustellen. In einigen EG-Nachbarländern habe man bereits auf die neue Herausforderung für das Notariat reagiert. So hätten Frankreich, die Niederlande und Belgien die Bildung von Notarsozietäten generell freigestellt. Dort bestünden jetzt vor allem in Großstädten Sozietäten mit teilweise mehr als zehn Notaren.

Der Antragsgegner (das Justizministerium als Genehmigungsbehörde, Anm. d. Red.) hat die beantragte Genehmigung mit Bescheid vom 8.9.1992 abgelehnt. Zur Begründung hat er im wesentlichen ausgeführt: Nach seiner ständigen Verwaltungspraxis erteile er die Genehmigung zur gemeinsamen Berufsausübung nur unter der Voraussetzung, daß ein echtes, auf Dauer und nicht auf Alterssicherung angelegtes Sozietätsverhältnis zu erwarten sei und darüber hinaus bestimmte Umstände vorlägen, die eine gemeinsame Berufsausübung ausnahmsweise rechtfertigten. Ein echtes, auf Dauer und nicht auf Alterssicherung angelegtes Sozietätsverhältnis sei nach seiner ständigen Verwaltungsübung, durch die er sein Ermessen gebunden habe, stets dann nicht zu erwarten, wenn ein Antragsteller bereits das 60. Lebensjahr vollendet habe, denn nach der Erfahrung gehe die berufliche Schaffenskraft und die persönliche Einsatzfähigkeit nicht selten zwischen dem 60. und dem 70. Lebensjahr zurück. Seine Verwaltungsübung sei bewußt schematisiert angelegt, weil eine individuelle Prognose, wie lange ein Notar amtieren könne und wolle, nicht möglich sei. Die Problematik der Altersgrenze stelle sich bei mehrgliedrigen Sozietäten nicht anders als bei Zweiersozietäten. In beiden Konstellationen bestehe die Gefahr, daß seine Personalhoheit eingeschränkt werde, weil sich um eine freigewordene Sozietätsstelle nur noch diejenigen Anwärter bewürben, die — aufgrund entsprechender Vorsorgevereinbarungen — von den verbliebenen Partnern den Abschluß einer Sozietät zugesichert bekommen hätten. Daher könne er die nachgesuchte Genehmigung schon deswegen nicht erteilen, weil der Antragsteller zu 1 über 60 Jahre alt sei. Er wolle auch an seiner bis-

herigen Verwaltungsbüro festhalten, keine mehrgliedrige Sozietäten zu genehmigen, weil andernfalls infolge des Beispiels der Antragsteller in den Großstädten, aber auch im mittelstädtischen Bereich mit einer Vermehrung der Sozietäten gerechnet werden müsse und letztlich auch Sozietäten von vier und mehr Notaren nicht aufzuhalten seien. Da die Nichtaufnahme in eine Sozietät regelmäßig dazu führe, daß die ausgeschriebene Stelle einer Nullstelle gleichkomme, würden sich nur noch diejenigen Assessoren bewerben, denen die Fortführung der Sozietät mit den verbliebenen Partnern bereits vorab zugesagt worden sei. Deswegen werde bei einer Zunahme von Sozietäten die Steuerung des Zugangs zum Notariat zunehmend zu Lasten der Personalhoheit der Justizverwaltung in die Hand der bereits bestellten Notare geraten.

Mit ihrem gegen diesen Bescheid gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung haben die Antragsteller in erster Linie geltend gemacht, bei der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung stehe dem Antragsgegner kein Ermessen zu. Es handle sich vielmehr um eine gebundene Erlaubnis, die nur versagt werden dürfe, wenn dies unter Berücksichtigung der Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege geboten sei oder wenn damit örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten Rechnung getragen werde. Das sei nicht der Fall. Hilfsweise haben die Antragsteller Ermessensfehler des Antragsgegners gerügt. Insbesondere habe der Antragsgegner nicht die besonderen Umstände des vorliegenden Falles berücksichtigt.

Der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts Köln hat den Hauptantrag der Antragsteller, den Antragsgegner zu verpflichten, ihnen die gemeinsame Berufsausübung zu genehmigen, zurückgewiesen. Auf den Hilfsantrag der Antragsteller hat er den Bescheid des Antragsgegners vom 8.9.1992 aufgehoben und diesen verpflichtet, über den Antrag der Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die sofortige Beschwerde (§§ 111 Abs. 4 BNotO, 42 Abs. 4 BRAO) des Antragsgegners hatte Erfolg, die der Antragsteller blieb dagegen erfolglos.

#### *Aus den Gründen:*

Der Antragsgegner hat den Antrag der Antragsteller, ihnen die gemeinsame Berufsausübung zu genehmigen, zu Recht abgelehnt.

1. Rechtsgrundlage für die Versagung der beantragten Genehmigung ist § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO in Verbindung mit § 2 der Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur Ausführung der Bundesnotarordnung vom 18. 6. 1991 (GVBl. NW 1991 S. 290). Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO werden die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Stellen ermächtigt, um den örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten Rechnung zu tragen, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, daß sich ein zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellter Notar („Nur-Notar“) nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde mit einem anderen Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder gemeinsame Geschäftsräume mit ihm haben kann. Von dieser Ermächtigung hat die Landesregierung Nordrhein-Westfalen zuletzt durch § 2 der genannten Verordnung Gebrauch gemacht. Danach dürfen sich die zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellten Notarinnen und Notare nur mit Genehmigung des Antragsgegners mit anderen Notarinnen oder Notaren zur gemeinsamen Berufsausübung verbinden oder gemeinsame Geschäftsräume mit ihnen haben.

2. Aus dem Umstand, daß § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO lediglich von der gemeinsamen Berufsausübung „eines“ Notars mit „einem“ anderen Notar spricht, folgt allerdings — entgegen einer früher vom Oberlandesgericht Köln erwogenen Auffassung (DNotZ 1974, 760, 761/762) — nicht bereits,

daß nur Zweiersozietäten, nicht aber mehrgliedrige Sozietäten genehmigungsfähig sind. Das Wort „ein“ ist nicht nur ein Zahlwort, sondern auch ein unbestimmter Artikel. Was in § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO gemeint ist, läßt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen. Aus deren Entstehungsgeschichte (vgl. hierzu eingehend Senat, BGHZ 46, 29, 33/34 [= DNotZ 1966, 759]) ergibt sich indessen, daß nicht das Zahlwort, sondern der unbestimmte Artikel gemeint ist und demgemäß mit der zweifachen Wendung „ein“ bzw. „einem Notar“ jeweils nicht die Einzahl ausgedrückt, sondern die Berufsgruppe bezeichnet werden soll. Als nämlich dem — später zu § 9 BNotO gewordenen — § 10 des Entwurfes eines Gesetzes über Maßnahmen auf dem Gebiet des Notarrechts (BR-Drucks. 1/58) auf Vorschlag des Bundesrates (BT-Drucks. 3. Wahlperiode 219) der jetzige Absatz 2 angefügt wurde, gab es in Hamburg bereits mehrgliedrige Sozietäten von Nur-Notaren. Aus den Beratungen des Bundesrates und des Bundestages (vgl. BGHZ 46, 29, 33/34 [= DNotZ 1966, 759]) ist jedoch nichts dafür ersichtlich, daß diesen Sozietäten durch die eingefügte Regelung über die gemeinsame Berufsausübung von Nur-Notaren die Grundlage entzogen werden sollte. Vielmehr sollte gerade dadurch, daß der Genehmigungsvorbehalt — entgegen einem früheren Vorschlag des Bundesrates (BT-Drucks. 2. Wahlperiode 2017) — nicht bereits in die bundesgesetzliche Regelung selbst aufgenommen, sondern den Ländern im Wege einer Verordnungsermächtigung freigestellt wurde, den „örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten“ Rechnung getragen werden können.

Deswegen ist auch jede anderweitige Auslegung des § 9 Abs. 2 BNotO dahin, daß bereits nach dem Gesetz selbst, also unabhängig davon, ob von der Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht worden ist, die mehrgliedrige Sozietät von Nur-Notaren verboten und nur die zweigliedrige Sozietät erlaubnisfähig sei, ausgeschlossen. Insoweit unterscheidet sich die rechtliche Ausgangslage, was die mehrgliedrige Sozietät von Nur-Notaren anbetrifft, von der in bezug auf die mehrgliedrige Sozietät von BGH-Anwälten. Deren Verbot ergibt sich bereits aus dem Gesetz (Bundesrechtsanwaltsordnung) selbst (BGH NJW 1984, 1042).

3. Der Senat hat in seiner Entscheidung in BGHZ 59, 274 [= MittBayNot 1973, 37] im Anschluß an BGHZ 46, 29 [= DNotZ 1966, 759] die Auffassung vertreten, die Genehmigung, von der die gemeinsame Berufsausübung der Nur-Notare gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO durch Rechtsverordnung abhängig gemacht werden kann, stehe im Ermessen der Aufsichtsbehörde (BGHZ 59, 274, 277 [= MittBayNot 1973, 37]). Das Ermessen werde durch die „örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten“ und die „Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege“ begrenzt, so daß die Justizverwaltung die Genehmigung nur versagen oder beschränken dürfe, wenn die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege das geböten oder wenn sie damit örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten Rechnung tragen wolle (BGHZ 59, 274, 277 [= MittBayNot 1973, 37]). Bei dieser verfassungskonformen Auslegung bestünden gegen § 9 Abs. 2 BNotO und § 1 der Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur Ausführung der Bundesnotarordnung vom 14. 3. 1961 (GVBl. NW 1961 S. 163) — der § 2 der Ausführungsverordnung vom 18. 6. 1991 (a. a. O.) nicht wörtlich, aber inhaltlich entspricht — keine verfassungsrechtlichen Bedenken (BGHZ 59, 274, 275 ff. [= MittBayNot 1973, 37]). An dieser Auffassung, die das Bundesverfassungsgericht durch

Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen die betreffende Entscheidung des Senats gebilligt hat (DNotZ 1973, 493), hält der Senat — entgegen der hieran von *Bettermann* (DVBl. 1973, 186) geäußerten und von den Antragstellern aufgegriffenen und vertieften Kritik — fest.

a) Allerdings spricht der Umstand, daß nach § 9 Abs. 2 Satz 2 BNotO die Genehmigung mit Auflagen verbunden oder befristet werden kann, entgegen der bisher vom Senat vertretenen Auffassung (BGHZ 46, 29, 32 [= DNotZ 1966, 759]; 59, 274, 277 [= MittBayNot 1973, 37]) nicht gegen die Annahme, daß es sich um eine gebundene Erlaubnis handelt, die bei Vorliegen bestimmter Tatbestände erteilt werden muß. Denn nach § 36 Abs. 1 VwVfG, der zwar zum Zeitpunkt der vorgenannten Senatsentscheidung noch nicht galt, jedoch dem früheren ungeschriebenen Verwaltungsrecht entspricht (vgl. *Kopp*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5. Aufl., § 36 Rdnr. 2), darf auch ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn sie durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts erfüllt werden.

Andererseits läßt sich aus § 9 Abs. 2 Satz 2 BNotO aber auch nichts gegen eine Ermessensentscheidung herleiten. Zwar kann eine solche auch ohne ausdrückliche Ermächtigung mit Nebenbestimmungen versehen werden. Gleichwohl behält § 9 Abs. 2 Satz 2 BNotO auch dann, wenn es sich bei der Genehmigung um eine Ermessensentscheidung handelt, einen Sinn, indem die Vorschrift den Kreis der in Betracht kommenden Nebenbestimmungen (vgl. § 36 Abs. 2 VwVfG) auf die Auflage und die Befristung beschränkt.

Daß die Genehmigung, von der die gemeinsame Berufsausübung der Nur-Notare gem. § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO durch Rechtsverordnung abhängig gemacht werden kann, im Ermessen der Aufsichtsbehörde (§ 92 BNotO) steht, ergibt sich jedoch daraus, daß es sich um eine Maßnahme handelt, die in den Bereich der staatlichen Organisationsgewalt fällt, und insoweit (Organisations-)Ermessen gilt. Der Notar übt als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) einen „staatlich gebundenen“ Beruf (BVerfGE 7, 377, 398) aus, der auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dient (BVerfGE 73, 280, 292; Senat, BGHZ 37, 179, 183; DNotZ 1983, 236, 237; BGHR BNotO § 4 Abs. 2 Bedürfnisprüfung 9, st. Rspr.). Wegen seiner Nähe zum öffentlichen Dienst ist es der Organisationsgewalt der Justizverwaltung vorbehalten, die Zahl und den Zuschnitt der Notariate zu bestimmen (BVerfGE 17, 371, 379; 73, 280, 292; Senat a. a. O., st. Rspr.). Dabei kommt der Justizverwaltung ein — durch die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege begrenztes — (Organisations-)Ermessen zu (BVerfGE 17, 371, 380; 73, 280, 294; Senat a. a. O., st. Rspr.). Die Organisationsgewalt und das damit einhergehende Organisationsermessen der Justizverwaltung (vgl. *Ronellenfisch*, DNotZ 1990, 75, 78) beschränken sich jedoch nicht auf die Bestimmung der Zahl und des Zuschnitts der Notariate, sondern erstrecken sich auf alle Maßnahmen, die die Errichtung, Ausgestaltung und Einziehung der Notarstellen betreffen (*Ronellenfisch*, a. a. O.). Dazu gehört auch die — bei Wahrnehmung der Verordnungsermächtigung des § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO erforderliche — Genehmigung der Verbindung mehrerer Nur-Notare zur gemeinsamen Berufsausübung, da hierdurch mehrere

selbständige Notariate organisatorisch vereinigt werden (vgl. auch Senat, BGHZ 59, 274, 279 [= MittBayNot 1973, 37]).

Das somit bestehende (Organisations-)Ermessen der Justizverwaltung bei der Entscheidung über die Verbindung mehrerer Nur-Notare zur gemeinsamen Berufsausübung wird nicht nur durch die als Zweck der Verordnungsermächtigung in § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO selbst angeführten „örtlichen Bedürfnisse und Gewohnheiten“, sondern insbesondere auch durch die den Grundgedanken und die Leitlinie der Bundesnotarordnung bildenden (BGHZ 59, 274, 275 [= MittBayNot 1973, 37]) „Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege“ (§§ 3 Abs. 3, 4, 10 Abs. 1, 10 a Abs. 1 BNotO) begrenzt, so daß die Justizverwaltung die Genehmigung nur versagen oder — gem. § 9 Abs. 2 Satz 2 BNotO — beschränken darf, wenn die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege das gebieten oder wenn sie damit örtlichen Bedürfnissen und Gewohnheiten Rechnung tragen will (BGHZ 59, 274, 277 [= MittBayNot 1973, 37]). Es ist kein Grund ersichtlich, von dieser durch das Bundesverfassungsgericht (DNotZ 1973, 493) ausdrücklich gebilligten Rechtsprechung abzugehen.

b) Die von den Antragstellern gegen die Annahme einer Ermessensentscheidung vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken sind nicht berechtigt.

aa) Insbesondere ist Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt.

Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt auch die Freiheit des Notars, seinen Beruf gemeinsam mit anderen auszuüben (vgl. BVerfGE 54, 237, 245; 80, 269, 278). Der Genehmigungsvorbehalt, zu dem § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO ermächtigt, greift in dieses Grundrecht ein, und zwar in die Freiheit der Berufsausübung, nicht in die der Berufswahl (BGHZ 59, 274, 278 [= MittBayNot 1973, 37]; vgl. auch BVerfGE 80, 269, 278 für ein aus der Bundesnotarordnung selbst abgeleitetes Sozietätsverbot).

aaa) Das schließt es indessen nicht aus, die Entscheidung über die Genehmigung als Ermessensentscheidung zu qualifizieren.

Durch den Genehmigungsvorbehalt werden Sozietäten von Notaren nicht grundsätzlich verboten mit der Möglichkeit, für den Einzelfall Ausnahmen zuzulassen, wie das in § 9 Abs. 1 BNotO für Sozietäten zwischen Notaren, die nicht selbst als Rechtsanwälte zugelassen sind, und Rechtsanwältinnen bestimmt ist. Sie werden vielmehr durch die Genehmigungsbedürftigkeit einer vorherigen Kontrolle unterstellt, ohne daß man jedoch bei dem Genehmigungsvorbehalt, zu dem § 9 Abs. 2 BNotO ermächtigt, von einem Regel-Ausnahmeverhältnis sprechen kann. Insoweit unterscheiden sich die beiden Absätze des § 9 BNotO (Senat, BGHZ 59, 274, 276 [= MittBayNot 1973, 37]; anders noch BGHZ 46, 29, 32 [= DNotZ 1966, 759]). Während es sich in § 9 Abs. 1 BNotO um ein sogenanntes repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt handelt, ermächtigt § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO zu einem sogenannten präventiven Verbot mit Genehmigungsvorbehalt. Bei der Verwendung dieses Rechtsinstituts im Bereich der Grundrechtsausübung darf der Gesetzgeber der Verwaltung nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Vorbehalt des Gesetzes) und dem Prinzip der Gewaltenteilung zwar grundsätzlich kein Ermessen einräumen; vielmehr muß er selbst regeln, unter welchen Voraussetzungen die Genehmigung zu erteilen ist (BVerfGE 20, 150, 157/158, st. Rspr., vgl. zuletzt

BVerfGE 80, 137, 161). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch in besonders gelagerten Fällen (vgl. BVerfGE 49, 89, 145/146).

Ein solcher Sonderfall ist hier dadurch begründet, daß der Notar — wie oben dargelegt — einen „staatlich gebundenen“ Beruf ausübt. Für diesen gilt zwar ebenso wie für Berufe, die zum öffentlichen Dienst im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG gehören, grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 GG. Je nach der Nähe des Berufs zum öffentlichen Dienst finden aber Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG Anwendung, die die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG weitgehend zurückdrängen. Die Nähe zum öffentlichen Dienst ist beim Notar besonders ausgeprägt. Er steht wegen der von ihm zu erfüllenden Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege, die originäre Staatsaufgaben sind, dem Richter nahe und wird deshalb auch in § 1 BNotO als Träger eines öffentlichen Amtes bezeichnet (BVerfGE 17, 371, 376/377; 73, 280, 292; Senat, BGHZ 59, 274, 278 [= MittBayNot 1973, 37]; 64, 214, 217; 69, 224, 227; 73, 46, 48; DNotZ 1983, 241, 242, st. Rspr.). Deswegen ist es von Verfassungs wegen gerechtfertigt, den Notar der dem Staat bei der Organisation der öffentlichen Ämter zukommenden Organisationsgewalt und dem damit einhergehenden Organisationsermessen mit der Folge zu unterwerfen, daß der Justizverwaltung — abweichend von dem Grundsatz, daß das präventive Verbot mit Genehmigungsvorbehalt ein Verwaltungsermessen nicht zuläßt — bei der Entscheidung über die Genehmigung der Verbindung mehrerer Notare zur gemeinsamen Berufsausübung ausnahmsweise Ermessen zusteht.

bbb) Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen läßt. Diesem Gesetzesvorbehalt unterliegen nicht nur Maßnahmen, welche die Freiheit der Berufswahl betreffen, sondern auch solche, die — wie hier — lediglich die Ausübung des Berufes berühren. Allerdings sind an die Bestimmtheit und Erkennbarkeit einer Regelung, die nur die Berufsausübung betrifft, geringere Anforderungen zu stellen als an eine gesetzliche Einschränkung der Freiheit der Berufswahl. Daß der Notar einen „staatlich gebundenen“ Beruf ausübt, ermöglicht dagegen zwar inhaltlich Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG, bedeutet aber nicht, daß an die Form der gesetzlichen Regelung geringere Anforderungen zu stellen wären als bei anderen Berufen (BVerfGE 54, 237, 245/246; 73, 280, 294/295; 80, 257, 265). Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG fordert schließlich nicht, daß die Grundrechtseinschränkung im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen ist. Eine dem Gesetzesvorbehalt genügende, hinreichend erkennbare und bestimmte Regelung der Berufsausübung kann sich auch aus dem Regelungszusammenhang unter Berücksichtigung der Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum ergeben (BVerfGE 54, 237, 247; 80, 269, 279).

Diesen Anforderungen wird § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO auch bei Annahme einer Ermessensentscheidung gerecht. Daß die Genehmigung, von der die gemeinsame Berufsausübung der Nur-Notare nach dieser Vorschrift durch Rechtsverordnung abhängig gemacht werden kann, im Ermessen der Aufsichtsbehörde steht, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich jedoch mit hinreichender Deutlichkeit aus dem Regelungszusammenhang. Daß die Genehmigung eine Maßnahme der Organisationsgewalt ist, ist offensichtlich. Es klingt auch bereits in der Entschei-

dung des Senats in BGHZ 59, 274, 279 [= MittBayNot 1973, 37] an. Daß der Senat in dieser und der vorausgehenden Entscheidung in BGHZ 46, 29 [= DNotZ 1966, 759] zur Begründung einer Ermessensentscheidung weniger auf den Gesichtspunkt der Genehmigung als Akt der staatlichen Organisationsgewalt abgestellt, sondern die Regelung des § 9 Abs. 2 Satz 2 BNotO in den Vordergrund gerückt hat, ist durch das Bestreben zu erklären, einen Anhaltspunkt für das Vorliegen einer Ermessensentscheidung aus dem Gesetz selbst abzuleiten. Daß der Justizverwaltung bei Ausübung der Organisationsgewalt (Organisations-)Ermessen zukommt, steht ebenfalls außer Frage (vgl. BVerfGE 17, 370, 380; 73, 280, 294; Senat, BGHZ 37, 179, 183; DNotZ 1983, 236, 237; BGHR BNotO § 4 Abs. 2 Bedürfnisprüfung 9, st. Rspr.). Danach können — zumindest in dem beschränkten Kreis der sach- und rechtskundigen Nur-Notare als den betroffenen Berufsangehörigen (vgl. BVerfGE 54, 237, 247/248) — keine Zweifel an dem Charakter der Genehmigung als Ermessensentscheidung bestehen.

Aus den vorstehenden Gründen sind im übrigen auch verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Annahme einer Ermessensentscheidung wegen der nach Art. 20 (Rechtsstaatsprinzip) und Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG erforderlichen Bestimmtheit des § 9 Abs. 2 BNotO nicht berechtigt.

ccc) Schließlich ist der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Nur-Notare, der in dem durch § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO ermöglichten Genehmigungsvorbehalt liegt, auch inhaltlich zulässig.

Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls das zweckmäßig erscheinen lassen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (seit BVerfGE 7, 377, 405 st. Rspr.). Das ist hier der Fall. Der Genehmigungsvorbehalt hat nach der Entstehungsgeschichte des § 9 Abs. 2 BNotO insbesondere den Zweck, der durch die Bildung von Sozietäten bewirkten Einschränkung der Personalhoheit der Landesjustizverwaltung bei der Besetzung der Notarstellen (§ 12 BNotO) entgegenzuwirken (BGHZ 46, 29, 33/34 [= DNotZ 1966, 759]; 59, 274, 279, 282 [= MittBayNot 1973, 37]). Die Einschränkung ergibt sich daraus, daß die Stelle eines ausgeschiedenen Sozietätsnotars praktisch nur mit einem Bewerber besetzt werden kann, der von dem oder den verbliebenen Partner/n in die Sozietät aufgenommen wird, weil die Nichtaufnahme in die Sozietät regelmäßig dazu führt, daß die betreffende Stelle einer neugeschaffenen Stelle („Nullstelle“) mit den dieser eigenen Anfangsschwierigkeiten gleichkommt. Damit wird die Entscheidung über die Besetzung der Stelle nicht mehr allein von der hierfür zuständigen Justizverwaltung, sondern maßgeblich von dem oder den verbliebenen Partner/n der Sozietät getroffen. Die Personalhoheit der Landesjustizverwaltung ist — entgegen der von *Bettermann* (DVBl. 1973, 186, 187) geäußerten Kritik — kein Selbstzweck. Sie sichert vielmehr die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Chancengleichheit der Bewerber und den verfassungsrechtlich garantierten (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) gleichen Zugang zu dem öffentlichen Amt des Notars nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung und verhindert damit, daß die Besetzung der Notarstelle nach sachfremden Motiven wie persönlicher Beziehung oder finanzieller Zuwendung erfolgt. Die Personalhoheit dient damit zugleich den Interessen einer geordneten Rechtspflege. Da der Genehmigungsvorbehalt danach einen im öffentlichen Interesse liegenden Zweck verfolgt, ist die durch ihn bewirkte Beschränkung der

Berufsausübungsfreiheit der Nur-Notare durch sachgerechte Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Im Hinblick auf die hohe Bedeutung des mit dem Genehmigungsvorbehalt verfolgten Zwecks, der Einschränkung der Personalhoheit der Landesjustizverwaltung zu begegnen, ist der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Notare unter Berücksichtigung der „staatlichen Bindung“ des Berufes auch verhältnismäßig.

bb) Auf das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG) können die Antragsteller sich nicht berufen. Dieses Grundrecht kann einem gemeinsam verfolgten Zweck keinen weitergehenden Schutz vermitteln als einem individuell verfolgten; es kann hier deshalb nicht weiter reichen als Art. 12 Abs. 1 GG (BVerfGE 54, 237, 251).

cc) Sonstige verfassungsrechtliche Bedenken — etwa aus Art. 20 und Art. 80 GG — bestehen nicht. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die auch weiterhin gültigen Ausführungen in BGHZ 59, 274, 275 f. [= MittBayNot 1973, 37] verwiesen werden.

c) Gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 2 der Verordnung der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur Ausführung der Bundesnotarordnung vom 18. 6. 1991 (a. a. O.) bestehen — ungeachtet dessen, daß die Vorschrift weder Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung festlegt noch das der Aufsichtsbehörde zukommende Ermessen regelt — bei verfassungskonformer Auslegung unter Rückgriff auf die Ermächtigungsnorm des § 9 Abs. 2 BNotO ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BGHZ 59, 374, 379 [= MittBayNot 1973, 37]; BVerfG DNotZ 1973, 493 für die nicht wort-, aber inhaltsgleiche Regelung des § 1 der Ausführungsverordnung vom 14. 3. 1961, a. a. O.).

4. Steht nach alledem die Entscheidung über die Genehmigung der Verbindung mehrerer Nur-Notare im Ermessen der Aufsichtsbehörde, kann der Bescheid des Antragsgegners vom 8. 9. 1992 gem. § 111 Abs. 1 Satz 3 BNotO gerichtlich nur darauf überprüft werden, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten und ob von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht worden ist. Das ist im Ergebnis zu verneinen.

a) Der Antragsgegner hat die Ablehnung in erster Linie darauf gestützt, daß der Antragsteller zu 1 die von ihm (Antragsgegner) in ständiger Verwaltungsübung für die zweigliedrige Sozietät praktizierte Altersgrenze von 60 Jahren überschritten hat, die die Einschränkung der Personalhoheit der Landesjustizverwaltung bei der Besetzung der Notarstellen in Fällen verhindern soll, in denen die Sozietät in Wahrheit nicht der gemeinsamen Berufsausübung, sondern lediglich der Altersversorgung des Seniorpartners dient. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Altersgrenze — wie der Antragsgegner annimmt — bei mehrgliedrigen Sozietäten in gleichem oder sogar noch in stärkerem Maße berechtigt ist wie bei zweigliedrigen Sozietäten oder ob sie — wie das Oberlandesgericht meint — bei mehrgliedrigen Sozietäten allenfalls dann berechtigt ist, wenn alle Partner der bestehenden Sozietät über 60 Jahre alt sind, weil andernfalls in verfassungswidriger Weise nicht nur dem über 60 Jahre alten Seniorpartner, sondern auch dem unter 60 Jahre alten Juniorpartner die Sozietät mit einem weiteren Partner verwehrt wird.

b) Jedenfalls ist die Hilfsbegründung, mit der der Antragsgegner die beantragte Genehmigung abgelehnt hat, frei von Ermessensfehlern. (*Wird ausgeführt.*)

bb) Nach der Auffassung des Antragsgegners gebieten es die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege, die Genehmigung mehrgliedriger Sozietäten abzulehnen, weil andernfalls die Entwicklung zu immer mehr und größeren Sozietäten nicht aufzuhalten wäre mit der Folge, daß die — bereits durch die Bildung von Zweiersozietäten eingeschränkte — Personalhoheit der Landesjustizverwaltung bei der Besetzung der Notarstellen immer mehr zugunsten der bereits bestellten Notare eingeengt würde.

Diese Erwägung ist — wie auch das Oberlandesgericht nicht verkennt — nicht von der Hand zu weisen. Sie läßt darüber hinaus — entgegen der Ansicht des Oberlandesgerichts — Ermessensfehler nicht erkennen.

Angesichts der vielfältigen Vorteile einer Sozietät für deren Mitglieder (vgl. BGHZ 59, 274, 280/281 [= MittBayNot 1973, 37]) steht außer Zweifel, daß bei einer Genehmigung des Antrags der Antragsteller deren Beispiel zahlreiche Gefolgschaft nicht nur in der Großstadt, sondern aus Konkurrenzgründen zunehmend auch im mittelstädtischen Bereich finden würde. Der durch die Antragsteller in Gang gesetzte Trend zu immer mehr und größeren Sozietäten wäre wegen des Gleichbehandlungsgebotes des Art. 3 Abs. 1 GG nicht aufzuhalten. Im Ergebnis würde die Bestellung der Notare weitgehend aus den Händen der zuständigen Landesjustizverwaltung in die der amtierenden Notare übergehen mit den bereits oben dargestellten schädlichen Folgen für die Chancengleichheit der Bewerber, den gleichen Zugang zum öffentlichen Amt des Notars nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung und damit letztlich die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege.

Wie die Erläuterungen seines Bescheides im vorliegenden gerichtlichen Verfahren verdeutlichen, hat der Antragsgegner die Gesichtspunkte, die die Antragsteller zur Begründung ihres Antrags vorgetragen haben, nicht unberücksichtigt gelassen. Gegenüber der von den Antragstellern zu 1 und 2 angestrebten Entlastung hat der Antragsgegner darauf hingewiesen, daß es den Antragstellern bei Überlastung zuzumuten sei, das rechtsuchende Publikum zur Vermeidung längerer Wartezeiten an andere, weniger belastete Notare zu verweisen, zumal dadurch einer vom Gesetzgeber nicht erwünschten Konzentration von Urkundsgeschäften in „Notarfabriken“ (vgl. BGHZ 46, 29, 34 [= DNotZ 1966, 759]) entgegengewirkt werde. Weiter hat der Antragsgegner die Auffassung vertreten, daß den von den Antragstellern im übrigen verfolgten Zielen der Spezialisierung und der Verbesserung der Konkurrenzfähigkeit gegenüber anderen (rechts-)beratenden Berufen, soweit sie nicht bereits in der genehmigten Zweiersozietät verwirklicht werden könnten, weniger Bedeutung beizumessen sei als der infolge der Genehmigung der Sozietät beeinträchtigten Personalhoheit. Das sind sachgerechte Erwägungen, die im Hinblick auf das dem Antragsgegner eingeräumte Ermessen nicht zu beanstanden sind.

Schließlich steht der Verwaltungsübung des Antragsgegners, keine mehrgliedrige Sozietät zu genehmigen, nicht entgegen, daß nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 59, 274, 276 [= MittBayNot 1973, 37]) bei dem Genehmigungsvorbehalt, zu dem § 9 Abs. 2 Satz 1 BNotO ermächtigt, nicht von einem „Regel-Ausnahmeverhältnis“ gesprochen werden kann. Damit ist lediglich das allgemeine Verhältnis zwischen Erteilung und Versagung der Genehmigung gemeint. Das schließt es indessen nicht aus, daß die Aufsichtsbehörde das ihr zustehende Ermessen in

der Weise bindet, daß sie die Genehmigung unter bestimmten Voraussetzungen oder in bestimmten Fallgruppen nur ausnahmsweise erteilt.

5. Nach alledem waren die sofortige Beschwerde der Antragsteller zurückzuweisen und auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners der angefochtene Beschluß aufzuheben und der Antrag der Antragsteller auf gerichtliche Entscheidung gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 8. 9. 1992 zurückzuweisen.

#### **Anmerkung der Schriftleitung:**

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde mit nicht begründetem Beschluß vom 24. 10. 1994 — 1 BvR 17/94 — nicht angenommen.

40. BNotO § 18 (*Verschwiegenheitspflicht von Kassenangestellten; Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht*)

**Die Pflicht zur Verschwiegenheit entfällt gem. § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO nur dann, wenn auch die „materiell“ beteiligten Personen den Notar bzw. die bei ihm Beschäftigten davon befreien. Auf die Teilnahme am Beurkundungsgeschäft selbst kommt es nicht an.**

*(Leitsatz der Schriftleitung)*

OLG München, Beschluß vom 24. 11. 1994 — 19 W 2760/94 — mitgeteilt von *B. Nitschke*, OI i. N., München

#### *Aus dem Tatbestand:*

In dem Rechtsstreit der Hauptparteien sollte der Zeuge N., der im Notariat des Notars P. beschäftigt ist und damit beauftragt gewesen sein soll, den Entwurf des notariellen Kaufvertrages zwischen der Klägerin und der Eigentümerin vom 11. 05. 1993 (UR-Nr. 1200/1993) zu fertigen, in der mündlichen Verhandlung vernommen werden. Er sollte zu der Behauptung der Klägerin gehört werden, der Zeuge K. habe für die Beklagte verbindlich erklärt, daß die Eigentümerin dem Verkauf ihrer Eigentumswohnung zustimmen werde. Die Klägerin war mehrfach darauf hingewiesen worden, als Beweisführerin zum vorgesehenen Beweistermin eine Erklärung der Eigentümerin vorzulegen, wonach sie den Zeugen N. von seiner Schweigepflicht entbindet. Die Klägerin hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß eine Schweigepflicht gegenüber der Eigentümerin nicht bestehe, da diese den Notar nicht beauftragt und im Beurkundungstermin sie — die Klägerin — für die Eigentümerin gehandelt habe vorbehaltlich deren Genehmigung. Da die Klägerin im Termin eine Aussagegenehmigung der Eigentümerin nicht vorlegen konnte, machte der anwesende Zeuge N. von dem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO Gebrauch, wogegen sich die Klägerin zur Wehr setzte. Mit in diesem Termin erlassenen Beschluß entschied das Landgericht daraufhin, daß eine Einvernahme des Zeugen N. zu dem von der Klägerseite benannten Beweisthema nicht in Frage komme, weil von der Klägerseite als Beweisführerin nicht die Schweigepflichtsentbindung von beiden an der Veräußerung der Eigentumswohnung beteiligten Personen (Käuferin und Verkäuferin) vorgelegt worden sei. Gegen diesen Beschluß legte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin noch im Termin zu Protokoll „Beschwerde“ ein, die jedoch in der Sache keinen Erfolg hatte.

#### *Aus den Gründen:*

Die „Beschwerde“ ist als „sofortige Beschwerde“ zulässig. (*Wird ausgeführt.*)

Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, weil das Landgericht zu Recht dahin entschieden hat, daß dem Zeugen N. ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 ZPO zusteht, weil ihn die Eigentümerin nicht von der Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO) entbunden hat.

Gem. § 18 Abs. 1 Satz 2 BNotO fällt die Pflicht zur Verschwiegenheit weg, wenn die Beteiligten den Notar oder die bei ihm beschäftigten Personen davon befreien. Die Eigentümerin als die vorgesehene Verkäuferin der Eigentumswohnung ist als Beteiligte in diesem Sinne anzusehen, auch wenn sie an dem eigentlichen Beurkundungsvorgang nicht beteiligt war und auch keinen entsprechenden Auftrag erteilt hat. Denn unter Beteiligten sind die Parteien zu verstehen, deren Interessen berührt worden sind. Entscheidend ist die sachliche Beteiligung an dem Beurkundungsvorgang. Auch ohne Teilnahme an dem Beurkundungsgeschäft selbst genügt die materielle Berechtigung oder Verpflichtung aus der Urkunde bzw. dem beurkundeten Vorgang (*Arndt*, BNotO 2. Aufl., Erl. 2). Der Begriff ist also weit auszulegen und vom Landgericht nicht verkannt worden.

### **Straf- und Strafprozeßrecht**

41. BNotO § 18; StPO §§ 53, 87 (*Beschlagnahme notarieller Urkunden im Strafverfahren*)

**Öffentliche Urkunden in der Urkundensammlung des Notars unterliegen im Strafverfahren gegen den Urkundsbeteiligten regelmäßig der Beschlagnahme. § 97 StPO betrifft nur Unterlagen, die im Rahmen eines konkreten Vertrauensverhältnisses entstanden sind; notarielle Urkunden sind dagegen naturgemäß für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt.**

*(Leitsatz der Schriftleitung)*

LG Landshut, Beschluß vom 26. 5. 1994 — Qs 127/94 — mitgeteilt von Notar *Dr. Hartmut Schmidt*, Roththalmünster

#### *Tatbestand der Schriftleitung:*

Im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens wegen Steuerdelikten gegen den Urkundsbeteiligten X wurde mit Beschluß des Amtsgerichts — Ermittlungsrichter — die Durchsuchung der Diensträume des Notars Y zur Auffindung und Beschlagnahme aller mit einem bestimmten Sachverhaltskomplex zusammenhängenden Originalurkunden grundstücks-, gesellschafts- und erbrechtlicher Art angeordnet. In der Begründung ging der Ermittlungsrichter davon aus, daß öffentliche Urkunden nicht der Beschlagnahme unterliegen.

Während der Durchsuchung legte der Notar beim Amtsgericht telefonisch Beschwerde ein und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Das Amtsgericht half der Beschwerde nicht ab. Nach Abschluß der Maßnahme wiederholte der Notar die Beschwerde und beantragte, den Beschluß als rechtswidrig aufzuheben, da notarielle Urkunden nicht beschlagnahmt werden dürften.

Auch das Landgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen bzw. verworfen.

#### *Aus den Gründen:*

Die zulässigen Beschwerden waren zurückzuweisen, da die zugrundeliegenden Beschlüsse des Amtsgerichts in rechtmäßiger Weise ergangen sind.

Die Beschwerde des Notars vom . . . gegen den Beschluß des Amtsgerichts, mit welchem . . . die Durchsuchung der Diensträume und die Beschlagnahme etwaiger aufgefundener Beweismittel angeordnet wurde, ist als unbegründet zu verwerfen, da der zugrundeliegende Beschluß in rechtmäßiger Weise erging. Dabei geht das Gericht davon aus, daß eine zulässige Beschwerde erst am . . . vorgelegen hat, da ein „telefonisch eingelegtes Rechtsmittel“ nicht zulässig ist. Soweit sich die Beschwerde des Notars gegen den Nichtabhilfebefehl des Amtsgerichts richtet, geht die Kammer davon aus, daß sich die zulässige Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags der Aussetzung der Vollziehung der angefochtenen Entscheidung (§ 307 Abs. 2 StPO) richtet.

Zunächst ist festzustellen, daß die Durchsuchung der Notariatsräume rechtmäßig war (§ 103 StPO). Auch bei anderen Personen als den Verdächtigen sind Durchsuchungen zur Beschlagnahme bestimmter Gegenstände zulässig, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die gesuchte Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Dies war hier bei den gesuchten Beweismitteln, nämlich Grundstücksverträgen, beurkundeten gesellschaftsrechtlichen Verträgen als auch erbrechtlichen notariellen Urkunden, soweit sie für den dem Ermittlungsverfahren zugrundeliegenden Tatvorwurf von Bedeutung waren, der Fall.

Ein Zeugnisverweigerungsrecht der Person, bei der nach § 103 StPO durchsucht werden soll, steht der Anordnung und Durchführung der Maßnahme nicht entgegen (*Creifelds*, GA 60, 70). Jedoch dürfen Durchsuchungen nicht zu dem Zweck vorgenommen werden, Gegenstände aufzuspüren, die nach § 97 StPO von der Beschlagnahme ausgenommen sind (KGJR 83, 382; LG Köln, NJW 81, 1746; *Jarass*, NJW 81, 197).

Im vorliegenden Fall ist festzustellen, daß die bei der Durchsuchung im Notariat beschlagnahmten Gegenstände (Urkunden), welche sich im einzelnen aus der Niederschrift vom 26. 4. 1994 ergeben, nicht dem Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO unterliegen und deshalb sowohl die Durchsuchung als auch die Beschlagnahme als rechtmäßig anzusehen sind.

Das Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO knüpft unmittelbar an das Zeugnisverweigerungsrecht gem. §§ 52, 53 StPO an, wobei sich aus der Aufzählung der geschützten Gegenstände in § 97 Abs. 1 StPO ergibt, daß auch solche Gegenstände beschlagnahmefrei sein sollen, die nach ihrem Aussagegehalt zu dem Vertrauensverhältnis gehören, das zwischen den Beschuldigten und demjenigen besteht, der ein Zeugnisverweigerungsrecht hat. Aus dem Schutzzweck bzw. der Zielrichtung der Vorschriften über die Zeugnisverweigerung und des hieraus konsequent folgenden Verbotes der Beschlagnahme bei zeugnisverweigerungsberechtigten Personen ergibt sich, daß nur solche Aufzeichnungen, Mitteilungen und andere Gegenstände geschützt werden sollen, die innerhalb dieses Vertrauensverhältnisses entstanden sind. Ein Beschlagnahmeverbot kommt daher nicht in Betracht bei Schriftstücken, die keiner besonderen Geheimhaltung unterliegen, sondern für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt sind (*Laufhütte* in Karlsruher Kommentar, StPO, 2. Auflage, § 97 Rdnr. 9), wie dies naturgemäß bei notariellen Urkunden der Fall ist (LG Stuttgart in WiStra 1988, 245 f.). Auch die Kammer vertritt mit dem Landgericht Stuttgart a. a. O. die Auffassung, daß sich aus dem Sinnzusammenhang der Aufzählung in § 97 Abs. 1 StPO sowie dem Schutzzweck der Norm ergibt, daß nur Unterlagen, die im Rahmen eines konkreten Vertrauensverhältnisses entstanden sind, auf das sich gerade das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht, beschlagnahmefrei sein sollen. Es bleibt daher festzustellen, daß auch privatschriftliche Vereinbarungen und Verträge, welche notariell beurkundet sind, da sie nicht geheimhaltungsbedürftig sind, beschlagnahmt werden können (*Kleinknecht/Meyer-Goßner*, StPO, 41. Auflage, § 97 Rdnr. 40; LG Darmstadt, WiStra 87, 232; a. M. *Amelung*, DNotZ 84, 195, der nicht auf die Geheimhaltungs- sondern auf die Beweisbedürftigkeit abstellt). Unter das Beschlagnahmeprivileg fallen lediglich Unterlagen, die dem Entstehen der oben angeführten Urkunden

vorangegangen sind, insbesondere Gesprächsnotizen und Vertragsentwürfe. Solche wurden jedoch ersichtlich nicht beschlagnahmt.

Da die bei der Durchsuchung beschlagnahmten notariellen Urkunden auch im konkreten Fall keiner besonderen Geheimhaltung unterliegen, sondern vielmehr für die Kenntnisnahme Dritter bestimmt sind, bestehen gegen die Beschlagnahme dieser Urkunden, auch soweit es sich um Grundstücksverträge, gesellschaftsrechtliche Verträge und erbrechtliche Urkunden handelt, nach Auffassung der Kammer keine Bedenken. Es ist nicht ersichtlich, daß die beschlagnahmten Unterlagen ... einer besonderen Geheimhaltung unterliegen würden. Vielmehr ist davon auszugehen, daß sie sowohl vom Inhalt als auch von ihrem Zweck her zur Kenntnisnahme Dritter bestimmt sind, wie dies naturgemäß bei notariellen Urkunden der Fall ist.

Auch die Tatsache, daß sich der Durchsuchungs- bzw. Beschlagnahmebeschluß des Amtsgerichts dem Wortlaut nach auf „Originalurkunden“ bezog und bei der Durchsuchung in den Räumen des Notariats nicht nur Originalurkunden, sondern auch zahlreiche beglaubigte Schriftstücke beschlagnahmt wurden, führt nach Auffassung der Kammer nicht dazu, daß die beschlagnahmten Gegenstände wieder herauszugeben sind. Die Kammer geht nämlich davon aus, daß der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts, als er die Beschlagnahme von Originalurkunden anordnete, diese Differenzierung lediglich in Abgrenzung zur Beschlagnahme von Fotokopien treffen wollte. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß auch beglaubigte Texte bzw. Unterschriftsbeglaubigungen, welche ebenfalls aus Urkunden i. w. S. anzusehen sind, unter den Begriff „Originalurkunde“ fallen sollten, da der Beweiszweck auch durch sie erreicht werden kann. (*Wird ausgeführt.*)

Die zulässigen Beschwerden gegen den Durchsuchungs- bzw. Beschlagnahmebeschluß des Amtsgerichts Landshut waren deshalb aus den o. g. Gründen als unbegründet zu verwerfen.

Auch die Beschwerde des Notars gegen den Beschluß des Amtsgerichts Landshut — Ermittlungsrichter — mit welchem dieser es abgelehnt hat, den Vollzug der angefochtenen Entscheidung auszusetzen, erweist sich als erfolglos.

Wenn man davon ausgeht, daß die Beschwerde nicht bereits wegen „prozessualer Überholung“ unzulässig ist, ist jedenfalls festzustellen, daß das Amtsgericht es zu Recht abgelehnt hat, die aufschiebende Wirkung der eingelegten Beschwerde herzustellen, da es sich hierbei um eine Ermessensentscheidung handelt, bei der das öffentliche Interesse an sofortiger Vollziehung einerseits gegen die dem Beschwerdeführer drohenden Nachteile andererseits abzuwägen werden muß (OLG Frankfurt NJW 76, 303). Maßgebend sind insbesondere die Aussichten des Rechtsmittels. Wie jedoch aus der gegenständlichen Entscheidung hervorgeht, erweist sich die Beschwerde des Notars aus den angeführten Gründen als unbegründet, so daß die Aussetzung der Vollziehung des angefochtenen Beschlusses vom Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Landshut zu Recht abgelehnt wurde.

#### Anmerkung der Schriftleitung:

Siehe zu diesem Beschluß den Besprechungsaufsatz von *Reiß*, in diesem Heft S. 518.

## 1. Vereinbarung von Schiedsgutachterklauseln in Verträgen

Zur Vermeidung gerichtlicher Auseinandersetzungen verpflichten sich die Parteien beim Abschluß zivilrechtlicher Verträge zunehmend, die Klärung bestimmter Zweifels- und Streitfragen einem Schiedsgutachter anzuvertrauen, diesem die erforderlichen Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung zu stellen und sein Gutachten als für beide Teile verbindlich anzuerkennen.

In der Regel sind diese Klauseln so formuliert, daß die örtlich zuständige Industrie- und Handelskammer einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter zu benennen hat, dessen Gutachten für beide Parteien bindende Wirkung haben soll.

Immer häufiger ist jedoch festzustellen, daß ungenaue Formulierungen dieser Klauseln die Bestellung eines solchen Schiedsgutachters erschweren. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn unklar ist, ob die rechtlichen Voraussetzungen für eine Schiedsgutachterbenennung gegeben sind, oder wenn aus der Formulierung nicht hervorgeht, welchen Auftrag der Schiedsgutachter konkret zu erfüllen hat.

Im Interesse eines reibungslosen Ablaufs der Benennung von Schiedsgutachtern ist eine klare Formulierung der Schiedsgutachterklauseln unumgänglich. Unterschiedliche Auslegungsmöglichkeiten müssen weitestgehend ausgeschlossen werden. Nur wenn für die Industrie- und Handelskammer klar erkennbar ist, daß die rechtlichen Voraussetzungen für die Benennung eines Schiedsgutachters vorliegen, kann eine zügige Bearbeitung des Antrages gewährleistet werden.

Insbesondere sollte vermieden werden, daß die Benennung eines Schiedsgutachters an Bedingungen geknüpft wird, deren Erfüllung die Industrie- und Handelskammer nicht überprüfen kann, so z. B. an die Frage, ob über bestimmte Mängel zwischen den Parteien Streit besteht. Ferner sollte es ausreichend sein, daß der Antrag auf Benennung eines Schiedsgutachters von einer Partei gestellt wird, um zusätzliche Abstimmungsschwierigkeiten zwischen den Parteien zu vermeiden. Die Industrie- und Handelskammer wird nach Eingang des Antrags ihrerseits die Gegenseite am Verfahren beteiligen. Dabei können jedoch nur formelle Einwendungen der Gegenseite berücksichtigt werden. Inhaltlich hat sie sich mit der Schiedsgutachtersvereinbarung diesem Verfahren bereits unterworfen.

Eine Schiedsgutachterklausel, die diese Anforderungen erfüllt, könnte folgenden Wortlaut haben:

„§ ... Schiedsgutachtervereinbarung

Die Parteien vereinbaren, daß bei Meinungsverschiedenheiten über ... (*genaue Angabe, welche Leistungen aus dem Vertrag der Beurteilung durch den Schiedsgutachter unterliegen sollen*) ein Schiedsgutachter für beide Parteien verbindliche Feststellungen treffen soll. Der Schiedsgutachter muß/soll öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für ... (*Sachgebiet einsetzen*) sein.

Können sich die Parteien auf einen Schiedsgutachter nicht einigen, so wird der Schiedsgutachter auf Antrag

einer Partei nach Anhörung der anderen durch die örtlich zuständige Industrie- und Handelskammer verbindlich für die Parteien bestimmt. Örtlich zuständig ist im Zweifel die IHK, in deren Bezirk der Ort, an dem diese Beurkundung erfolgt, liegt.

Die Kosten des Schiedsgutachters trägt ... (z. B. „jede Partei zur Hälfte“ oder „die Partei, die überwiegend unterliegt“, o. ä. bzw. analoge Anwendung der Kostenregelung der ZPO).“

Eine ähnliche Formulierung findet sich in der Broschüre „Ich vereinbare eine Schiedsgerichtsklausel“ (Schriftenreihe der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern, Band 6, S. 16 ff.), die bei der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern, Max-Joseph-Str. 2, 80323 München, Tel. 089/51 16-257 kostenlos angefordert werden kann. Außerdem gibt das Institut für Sachverständigenwesen e.V. (IfS) das „Merkblatt für Schiedsgutachter“ heraus, das gegen eine Gebühr von DM 15,— bei der Geschäftsstelle München des IfS, c/o Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern, Tel. 089/51 16-255 bezogen werden kann.“

*Prof. Dr. Wilhelm Wimmer*

Hauptgeschäftsführer der IHK München und Oberbayern

## 2. Behandlung von Rückabwicklungsfällen in Verbindung mit Steuervergünstigungen bei der Grunderwerbsteuer

Schreiben des Bayer. Staatsministeriums der Finanzen vom 27. 10. 1994 — 37 — S 4543 — 1/18 — 67 924 —

Das Bayerische Staatsministerium der Finanzen weist auf folgende Problematik hin, um künftig Probleme mit der Grunderwerbsteuer in sog. „Rückabwicklungsfällen“ zu vermeiden:

In letzter Zeit sind vermehrt Probleme mit folgenden Fallgestaltungen aufgetaucht:

1. Ein Ehegatte erwirbt mit notariellem Vertrag (Vertrag I) ein Grundstück. Später vereinbaren die Vertragsparteien in einem Nachtrag (Vertrag II), daß die Vorurkunde aufgehoben bzw. dahingehend abgeändert wird, daß die Ehegatten nun je zu 1/2 das Grundstück erwerben. Diese Gestaltung ist auch umgekehrt denkbar.
2. Ein Ehegatte erwirbt ein Grundstück zu Alleineigentum (Vertrag I). In einem Nachtrag (Vertrag II) wird vereinbart, daß die Vorurkunde aufgehoben wird und nun der andere Ehegatte das Grundstück zu Alleineigentum erwirbt.

Die Beteiligten gehen stets davon aus, daß der Vertrag I rückgängig gemacht wurde und beantragen die Erstattung der hierfür festgesetzten Grunderwerbsteuer gem. § 16 Abs. 1 GrEStG. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes (vgl. u. a. BFH-Urteil vom 26. 9. 1990, II R 107/87 BFH-NV 1991 S. 482) liegen jedoch die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 GrEStG hier nicht vor. Der Erwerbsvorgang (Vertrag I) wird nach höchstrichterlicher

Rechtsprechung nicht tatsächlich rückgängig gemacht, da der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtstellung nicht wieder erlangt.

Der Vertrag II begründet keine Rechtsbeziehungen zwischen dem Erst- und Zweiterwerber, den Ehegatten, sondern zwischen dem ursprünglichen Veräußerer und dem Zweiterwerber, so daß hier die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 4 GrEStG nicht zur Anwendung kommt.

Dies hat zur Folge, daß derartige Fallgestaltungen zu einer *zweifachen* Festsetzung von Grunderwerbsteuer führen. Dies läßt sich vermeiden, wenn anstatt eines Nachtrages der eine Ehegatte seine Rechte aus dem ursprünglich geschlossenen Kaufvertrag an den anderen Ehegatten abtritt.

Dieser Erwerbsvorgang ist gem. § 3 Nr. 4 GrEStG steuerfrei, so daß nur einmal Grunderwerbsteuer anfällt.

### **3. Kein Abzug von Schuldzinsen als Betriebsausgaben oder Werbungskosten — Aufgabe der sog. Sekundärfolgenrechtsprechung durch den BFH**

Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 11. 8. 1994 — IV B 2 — S 2242 — 33/94 —

Mit Urteil vom 2. 3. 1993 — VIII R 47/90 — (BStBl 1994 II S. 619) hat der VIII. Senat des BFH mit Zustimmung des I., III. und IV. Senats die sog. Sekundärfolgenrechtsprechung (vgl. BFH-Urteile vom 2. 4. 1987 — BStBl II S. 621 —, vom 28. 4. 1989 — BStBl II S. 618 — und vom 17. 10. 1991 — BStBl 1992 II S. 392 —) unter Hinweis auf die Beschlüsse des Großen Senats zur steuerlichen Behandlung von Kontokorrentzinsen vom 4. 7. 1990 (BStBl II S. 817) und zur Erbauseinandersetzung vom 5. 7. 1990 (BStBl II S. 837) als überholt aufgegeben.

Wird ein Pflichtteilsanspruch aufgrund einer Vereinbarung mit dem Erben eines Betriebes verzinslich gestundet, dürfen die hierauf entfallenden Schuldzinsen nach dem Urteil des VIII. Senats vom 2. 3. 1993 (a. a. O.) mangels Vorliegens einer Betriebsschuld nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden.

Hat ein Hoferbe ein Darlehen aufgenommen, um damit die höferechtlichen Abfindungsansprüche der weichenden Erben zu tilgen, dürfen die Darlehenszinsen nach dem Urteil des IV. Senats vom 25. 11. 1993 — IV R 66/93 — (BStBl 1994 II S. 623) nicht als Betriebsausgaben abgezogen werden.

Ist eine oHG-Beteiligung aufgrund einer sog. qualifizierten Nachfolgeklausel unmittelbar und ausschließlich auf einen Miterben mit der Maßgabe übergegangen, daß er die übrigen Miterben insoweit abzufinden hat, stellen die durch die Finanzierung dieser — privaten — Wertausgleichsverbindlichkeiten entstandenen Schuldzinsen keine Sonderbetriebsausgaben dar, wie der VIII. Senat mit Urteil vom 27. 7. 1993 — VIII R 72/90 — (BStBl 1994 II S. 625) entschieden hat.

Zur Anwendung der genannten BFH-Urteile nehme ich unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung:

Das Urteil des VIII. Senats vom 2. 3. 1993 (a. a. O.) ist auch für Aufwendungen zur Finanzierung von Vermächtnisschulden, Erbersatzverbindlichkeiten und Zugewinnausgleichsschulden (vgl. zu letzteren auch das BFH-Urteil vom 8. 12. 1992 — IX R 68/89 — BStBl 1993 II S. 434) zu beachten. Solche Aufwendungen sind nach der neuen Rechtsprechung privat veranlaßt. Die geänderte Rechtsprechung des BFH hat deshalb zur Folge, daß Aufwendungen für die Stundung bzw. Finanzierung von

- Pflichtteilsverbindlichkeiten
- Vermächtnisschulden
- Erbersatzverbindlichkeiten
- Zugewinnausgleichsschulden
- Abfindungsschulden nach der Höfeordnung
- Abfindungsschulden im Zusammenhang mit der Vererbung eines Anteils an einer Personengesellschaft im Wege der qualifizierten Nachfolgeklausel oder im Wege der qualifizierten Eintrittsklausel

nicht als Betriebsausgaben oder Werbungskosten abgezogen werden dürfen.

Die Tzn. 37 letzter Absatz, 70 und 89 Satz 4 des BMF-Schreibens zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erben-gemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung (BStBl 1993 I S. 62 ff.) sind damit überholt. Dies gilt nicht, soweit nach Tzn. 36, 37 des BMF-Schreibens Privatschulden, die von Miterben im Rahmen der Realteilung eines Mischnachlasses übernommen werden, Betriebsschulden werden können.

Die geänderte Rechtsprechung und Verwaltungsauffassung ist für Werbungskosten erstmals für den Veranlagungszeitraum 1995 und für Betriebsausgaben erstmals für Wirtschaftsjahre, die nach dem 31. 12. 1994 beginnen, anzuwenden.